



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

41. Jahrg.

Februar 2016

Heft 02

---

## Aus dem Inhalt

<b>OLG Hamm:</b>	H-Zulassung als vereinbarte Beschaffenheit
<b>OLG Stuttgart:</b>	Tragen von heißem Punsch auf Adventsmarkt
<b>BGH:</b>	Täuschungsbedingter Irrtum und Vermögensschaden
<b>VG Köln:</b>	Erkennungsdienstliche Behandlung eines Fußballfans
<b>OLG Jena:</b>	Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung des Nebenklägers
<b>OVG Bautzen:</b>	Sicherstellung eines Fahrzeugs
<b>BVerfG:</b>	Garantie des gesetzlichen Richters



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

## Inhalt

### Brandaktuell

BVerfG:	Ausnahme vom Geltungsvorrang des Europarechts (Identitätskontrolle bezüglich Gewährleistungen).....	1
---------	--	---

### Zivilrecht

OLG Hamm:	Mangelhaftigkeit der Kaufsache (H-Zulassung als vereinbarte Beschaffenheit).....	2
OLG Stuttgart:	Verletzung der Verkehrssicherungspflicht (Tragen von heißem Punsch auf Adventsmarkt).....	6

### Strafrecht

BGH:	Mord aus niedrigem Beweggrund (Bewusstes Abreagieren frustrationsbedingter Aggressionen).....	9
BGH:	Betrug (Täuschungsbedingter Irrtum und Vermögensschaden).....	12

### Öffentliches Recht

BVerwG:	Rückforderung einer staatlichen Zuwendung (Eintritt einer auflösenden Bedingung).....	14
VG Köln:	Erkennungsdienstliche Behandlung eines Fußballfans (Nicht ohne Tatverdacht).....	18

### Kurzauslese I

BGH:	Vertragswidrigkeit eines Werkes (Sachmangel auch ohne Beeinträchtigung von Wert oder Gebrauchstauglichkeit) <sub>22</sub>	
BAG:	Bevollmächtigung bei Kündigungen (Fortgeltung einer zuvor vorgelegten).....	22
OLG München:	Teilunmöglichkeit (Unzureichende Fußbodenheizung in einzelnen Räumen).....	22
BAG:	Altersdiskriminierung (Unwirksamkeit einer Kündigung auch im Kleinbetrieb).....	23
BGH:	Hotelbewertungsportal (Haftung des Betreibers für unwahre Tatsachenbehauptungen eines Nutzers)....	24
BGH:	Erpresserischer Menschenraub (Stabile Bemächtigungslage).....	25
OLG Hamm:	Fahrverbot (Beharrliches verbotswidriges Benutzen eines Mobiltelefons).....	25
BGH:	Gewaltsame Wegnahme eines Mobiltelefons (Löschung von Fotos).....	26
BGH:	Abgrenzung Beihilfe und Mittäterschaft (Kenntnis vom Tatplan allein nicht ausreichend für Mittäterschaft).....	27
OVG Lüneburg:	Nutzungsuntersagung an Eigentümer (ständig wechselnde unmittelbare Nutzer).....	27
VGH München:	Ausweisung aus Obdachlosenunterkunft (Ende der Obdachlosigkeit im rechtlichen Sinne).....	28
OLG Bamberg:	Vermummungsverbot im Fußballstadion (Auch bei überdachter Tribüne).....	29

**Zivilrecht**

OLG Hamm: Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Klageänderung  
(Kündigung während Berufungsverfahren)..... 30

**Strafrecht**

BVerfG: Tatgerichtliche Verwerfung einer Revision  
(Nur bei Form- und Fristverstoß)..... 33

OLG Jena: Berufung des Nebenklägers  
(Zulässigkeitsvoraussetzungen)..... 35

**Öffentliches Recht**

OVG Bautzen: Sicherstellung eines Fahrzeugs  
(Eigentümerinteresse und Kostenpflicht)..... 38

BVerfG: Garantie des gesetzlichen Richters  
(Vorlagepflicht des BGH beim EuGH)..... 42

**Kurzauslese II**

OLG Düsseldorf: Verschlechterungsverbot im Berufungsverfahren  
(Rechtskraftwirkung einer Teilabweisung)..... 46

BGH: Berechnung der Wiedereinsetzungsfrist  
(Beginn und Ende)..... 46

BGH: Revision gegen zweites Versäumnisurteil  
(Gleichstellung von Urteil im Entschädigungsprozess mit Berufungsurteil)..... 47

BGH: Zeugnisverweigerungsrecht  
(Auch für geschiedenen Ehegatten des gesetzlichen Vertreters)..... 48

OLG Naumburg: Sicherungsanordnung  
(Nicht nur im Miet- und Pachtrecht)..... 49

LG Düsseldorf: Einstellung des Ermittlungsverfahrens  
(Nur bei hinreichenden Tatverdacht möglich)..... 49

BGH: Unanfechtbarkeit sitzungspolizeilicher Anordnungen  
(Ausschluss von Pressevertretern)..... 51

BVerfG: Anspruch auf rechtliches Gehör  
(Recht zur Befragung des Sachverständigen)..... 52

BVerfG: Verfassungsbeschwerde  
(Beschwerdebefugnis einer juristischen Person)..... 53

BVerfG: Rechtswegerschöpfung bei Verfassungsbeschwerde  
(Notwendigkeit negativer Feststellungsklage)..... 53

**Weitere Schrifttumsnachweise:**..... 55

**Überblick:** Das Pfändungspfandrecht..... 60

**Aus der mündlichen Prüfung**

Referendarprüfung: Strafrecht..... 61

Assessorprüfung: Zivilrecht..... 62

## Brandaktuell

**GG** **VerfR**  
**Art. 1 I** **Art. 1 I**  
**Ausnahme vom Geltungsvorrang des Europarechts**  
**Identitätskontrolle bezüglich Gewährleistungen**

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 4/2016; Beschluss vom 15.12.2015 - 2 BvR 2735/14)

**Fall:** Der Beschwerdeführer, ein US-Staatsangehöriger, wurde mit rechtskräftigem Urteil der Corte di Appello in Florenz 1992 in Abwesenheit wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung sowie Einfuhr und Besitzes von Kokain zu einer Freiheitsstrafe von 30 Jahren verurteilt. 2014 wurde er auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls in Deutschland festgenommen. Im Auslieferungsverfahren machte er im Wesentlichen geltend, in dem nach italienischem Recht eröffneten Berufungsverfahren könne er keine erneute Beweisaufnahme erwirken. Das Oberlandesgericht erklärte die Auslieferung des Beschwerdeführers gleichwohl für zulässig. Mit seiner dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerde rügte der Beschwerdeführer unter anderem eine Verletzung der Menschenwürdegarantie (Art. 1 I GG).

### I. Grundsätzliche Unanwendbarkeit des GG

*„Hoheitsakte der Europäischen Union und - soweit sie durch das Unionsrecht determiniert werden - Akte der deutschen öffentlichen Gewalt sind mit Blick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts **grundsätzlich nicht am Maßstab der im Grundgesetz verankerten Grundrechte zu messen.**“*

*Der **Anwendungsvorrang** reicht jedoch nur soweit, wie das Grundgesetz und das Zustimmungsgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten erlauben oder vorsehen. Er wird **durch** die in Art. 23 I 3 i.V.m. Art. 79 III GG verfassungsänderungs- und integrationsfest ausgestaltete **Verfassungsidentität des Grundgesetzes begrenzt.**“* (BVerfG aaO.)

### II. Prüfung der Verfassungsidentität durch das BVerfG

*„Die Prüfung kann - wie die Ultra-vires-Kontrolle - **im Ergebnis dazu führen**, dass **Unionsrecht** in Deutschland in eng begrenzten Einzelfällen **für unanwendbar erklärt** werden muss. Um zu verhindern, dass sich deutsche Behörden und Gerichte ohne weiteres über den Geltungsanspruch des Unionsrechts hinwegsetzen, verlangen die europarechtsfreundliche Anwendung von Art. 23 I 3 i.V.m. Art. 79 III GG und der in Art. 100 I GG zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke, dass die Feststellung einer **Verletzung der Verfassungsidentität dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten bleibt.**“* (BVerfG aaO.)

### III. Zulässigkeit einer Identitätskontrolle

*„Die Identitätskontrolle ist der Sache nach in Art. 4 II 1 EUV angelegt und **verstößt nicht gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit** im Sinne von Art. 4 III EUV. Die Europäische Union ist ein Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund, der seine Grundlagen in völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten findet. Als Herren der Verträge entscheiden diese durch nationale Geltungsanordnungen darüber, ob und inwieweit das Unionsrecht im jeweiligen Mitgliedstaat Geltung und Vorrang beanspruchen kann. Es bedeutet daher **keinen Widerspruch zur Europarechtsfreundlichkeit** des Grundgesetzes, wenn das Bundesverfassungsgericht unter eng begrenzten Voraussetzungen eine Maßnahme der Europäischen Union für in Deutschland ausnahmsweise nicht anwendbar erklärt.“* (BVerfG aaO.)

### IV. Prüfung des Schutzes der Menschenwürde

*„Zu den Schutzgütern der Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen der supranational ausgeübten öffentlichen Gewalt geschützt sind, gehören die Grundsätze des Art. 1 GG. Die in Art. 23 I 3 i.V.m. Art. 79 III GG für integrationsfest erklärten Schutzgüter dulden **keine Relativierung.**“*

*Durch den Vollzug des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl kann Art. 1 I 1 GG verletzt werden, weil bei einer Auslieferung zur Vollstreckung eines in **Abwesenheit ergangenen Strafurteils** eine strafrechtliche Reaktion auf ein sozial-ethisches Fehlverhalten durchgesetzt wird, die **ohne Feststellung der individuellen Vorwerfbarkeit** mit der Garantie der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar wäre.“* (BVerfG aaO.)

Das italienische Prozessrecht eröffnet dem Bf. nicht die Möglichkeit, eine erneute Beweisaufnahme im Berufungsverfahren zu erwirken. Eine Vollstreckung des Haftbefehls verletzt daher seine Rechte aus Art. 1 I GG.

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 434

### Mangelhaftigkeit der Kaufsache H-Zulassung als vereinbarte Beschaffenheit

SR BT

(OLG Hamm in BeckRS 2015, 18632; Urteil vom 24.09.2015 – 28 U 144/14)

1. Hat ein Verkäufer im Vorfeld eines Oldtimerverkaufs dem Käufer erklärt, dass der Wagen "selbstverständlich bereits eine H-Zulassung" habe, ist darin die Erklärung enthalten, dass das Fahrzeug diese **H-Zulassung zur Recht besitzt**.
2. Es handelt sich um eine **Vorfelderklärung**, die dann zu einer vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung wird, wenn der Verkäufer sich nicht im Rahmen der Vertragsverhandlungen oder im Kaufvertrag davon distanziert.
3. Es ist dann unerheblich, dass diese Beschaffenheit **im Vertrag nicht ausdrücklich** als vereinbart aufgenommen wird.

#### A. Prüfungswissen: Der Begriff des Sachmangels, § 434 BGB

##### I. Beschaffenheitsvereinbarung, § 434 I S. 1 BGB

Mit der Entscheidung des Gesetzgebers für den subjektiven Fehlerbegriff in § 434 I 1 BGB ist klar, dass es vorrangig auf eine **Beschaffenheitsvereinbarung zwischen den Parteien** ankommt. Hierzu gehört neben der ausdrücklichen Vereinbarung über die Eigenschaften einer Sache auch all das, was der **Verkäufer dem Käufer gegenüber als vorhandene Eigenschaften der Sache beschreibt**, sofern der Käufer vor diesem Hintergrund seine Kaufentscheidung getroffen hat. Die – auch nur beschreibenden – Erklärungen des Verkäufers werden damit zum Inhalt des Vertrages und damit zur Beschaffenheitsvereinbarung.

Als Beschaffenheitsvereinbarung ist es auch anzusehen, wenn auf **technische Spezifikationen**, insbesondere auf technische Regelwerke und Normen (z.B. DIN, Prüfzeichen usw.) Bezug genommen wird.

Maßgebend ist der Wille der Parteien sein und die vereinbarte Beschaffenheit, die von ihnen zum Gegenstand des Vertrages gemacht wurde. Hier zeigt sich auch, dass die **Unterscheidung zwischen Fehlern und dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft aufgehoben** wird. Aussagen des Verkäufers, die nach alter Rechtslage als Eigenschaftszusicherung anzusehen waren, haben nunmehr Bedeutung für die Beschaffenheitsvereinbarung des § 434 I 1 BGB.

**Fehlt** es an einer **Beschaffenheitsvereinbarung**, so bestimmt § 434 I 2 BGB welche Beschaffenheit als vereinbart gilt.

##### II. Eignung zur vertraglich vereinbarten Verwendung, § 434 I 2 Nr. 1 BGB

Nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB ist Sachmängelfreiheit dann anzunehmen, wenn sich die Sache für die nach dem **Vertrag vorausgesetzte Verwendung** eignet. Dieser Verwendungszweck muss allerdings **zum Inhalt des Vertrages gemacht** worden sein. Die einseitige Erwartung des Käufers reicht nicht aus (beachte aber § 434 I 2 Nr. 2 BGB).

Anders ist es jedoch zu sehen, wenn diese **Erwartungshaltung** des Käufers bei den Vertragsverhandlungen **klar zum Ausdruck gekommen** ist und der Verkäufer dieser Erwartungshaltung nicht widerspricht. Hier kann wohl von einer stillschweigenden Verwendungsvereinbarung ausgegangen werden.

##### III. Eignung zur gewöhnlichen Verwendung, § 434 I 2 Nr. 2 BGB

Fehlt es an einer Vereinbarung über die Verwendung, so muss die Sache für die gewöhnliche Verwendung geeignet sein und eine Beschaffenheit aufweisen, die **üblicherweise erwartet** werden kann. Dies hat insbesondere für Gattungssachen

Relevanz. Für die **Erwartungshaltung** des Käufers erklärt § 434 I 3 BGB auch für erheblich, welche **öffentlichen Äußerungen**, zu denen insbesondere **Werbeaussagen** zählen, über die Sache gemacht wurden. Bemerkenswert ist, dass es hier nicht nur auf Aussagen des **Verkäufers** oder seiner **Gehilfen**, sondern auch auf Aussagen des **Herstellers** ankommt. Hierbei hat der Gesetzgeber berücksichtigt, dass die Erwartungshaltung des Käufers auch von solchen Werbeaussagen des Herstellers geprägt ist, unabhängig davon, ob der Verkäufer sie bei den Vertragsverhandlungen aufgreift oder nicht. Allerdings ist zu beachten, dass bei einem Aufgreifen der öffentlichen Äußerungen des Herstellers durch den Verkäufer auch eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB vorliegen kann.

**Die Aussagen des Herstellers muss der Verkäufer sich grundsätzlich zurechnen lassen.** Dies gilt nach § 434 I 3 BGB jedoch nur, wenn der Verkäufer die Äußerungen **kannte** oder **infolge Fahrlässigkeit nicht kannte** (z.B. weil er sich nicht über die Herstellerangaben informiert hat) oder die **Äußerungen nicht** in einer ihrer Entäußerung gleichwertigen Weise **berichtigt** waren (z.B. durch eine Klarstellung in späterer Werbung oder durch den Verkäufer selbst) oder die Äußerungen die **Kaufentscheidung beeinflussen konnten** (z.B. wenn der Käufer von ihnen keine Kenntnis hatte).

Diese Umstände muss jedoch nicht der Käufer nachweisen. Will der **Verkäufer** für die öffentlichen Äußerungen des Herstellers nicht haften, **muss** er vielmehr das Vorliegen eines der in § 434 I 3 2. HS BGB genannten Gründe **nachweisen**. Er trägt also hierfür die Beweislast.

#### IV. Montagemängel, § 434 II 1 BGB

Eine Sache ist nach § 434 II 2 BGB auch dann fehlerhaft, wenn sie selbst zwar nicht mangelhaft war, der Verkäufer aber **auch die Montage schuldete** und diese ihrerseits fehlerhaft ist.

Hierbei ist es für die Anwendung von Sachmängelrecht unerheblich, ob die **Sache selbst durch die Montage mangelhaft** wurde oder nur die **Montage als solche mangelhaft** war.

Die Haftung des Verkäufers für die fehlerhafte Montage greift **nicht nur** dann, wenn sie **von ihm selbst durchgeführt** wird, sondern auch, wenn er einen **Erfüllungsgehilfen** einschaltet. Dies hat ausdrücklich in § 434 II 1 BGB Eingang gefunden. Dies ist lex specialis zu § 278 BGB.

#### V. Haftung für fehlerhafte Montageanleitung, § 434 II 2 BGB

In Zeiten, in denen immer mehr Gegenstände der **Selbstmontage** des Käufers überlassen bleiben, der Verkäufer sich also nicht zur Montage als Zusatzleistung verpflichtet, hielt der Gesetzgeber es für angebracht, einen Sachmangel auch dann anzunehmen, wenn die Montage durch den Käufer deshalb zu einer **Mangelhaftigkeit der Sache** selbst führte, **weil die Montageanleitung fehlerhaft** war (sog. **IKEA-Klausel**). Hier fällt die Entstehung des Mangels letztlich auch in den Verantwortungsbereich des Verkäufers, so dass dieser hierfür auch im Rahmen des Sachmängelrechts einzustehen hat. Dies gilt jedoch nur, wenn sich die **fehlerhafte Montageanleitung** auch **tatsächlich ausgewirkt** hat. Ist dem Käufer trotz Fehlerhaftigkeit der Montageanleitung die fehlerfreie Montage gelungen, so haftet der Verkäufer nicht. Allerdings ist diese fehlerfreie Montage von ihm zu beweisen.

### B. H-Zulassung als Beschaffenheitsvereinbarung (vgl. OLG Hamm in BeckRS 2015, 18632)

**Fall:** Der beklagte Verkäufer veräußerte im März 2013 einen Ford "Seven Plus", Baujahr 1962, für 33.000 € an den Kläger. Der Beklagte hatte das Fahrzeug über die Internetplattform "mobile.de" angeboten und dabei neben dem Baujahr 1962 "(mit H-Zulassung)" vermerkt sowie dem Käufer im Vorfeld per E-Mail mitgeteilt, dass der Wagen "selbstverständlich bereits eine H-Zulassung" habe. In den schriftlichen Kaufvertrag, der einen Gewährleistungsausschluss enthält, nahmen die Parteien eine H-Zulassungsbeschaffenheit des Fahrzeugs nicht auf. Tatsächlich war das im Zeitpunkt des Verkaufs abgemeldete Fahrzeug zuvor bereits mit einem H-Kennzeichen zum Verkehr zugelassen gewesen.

Nach der Übergabe ließ der Kläger das Fahrzeug sachverständig begutachten. Die Begutachtung ergab, dass dem Fahrzeug früher zu Unrecht eine H-Zulassung zuerkannt worden sei, eine solche heute aber nicht mehr erteilt werden könne. Nach dem Gutachten waren beim Fahrzeug nur kleine Teile von Ford verbaut, Motor

und Fertigungstechnik des Fahrzeugs wiesen einen deutlich besseren Stand auf, als er 1962 üblich gewesen wäre. Der Kläger verlangte deswegen vom Beklagten die Rückabwicklung des Kaufvertrages. Der Beklagte meinte hingegen, seine Angaben zur H-Zulassung seien nur eine unverbindliche Fahrzeugbeschreibung gewesen. Das Landgericht Bielefeld (BeckRS 2015, 16641) verurteilte den Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich der Nutzwertentschädigung für gefahrene Kilometer Zug um Zug gegen die Rückgabe des Oldtimers. Zu Recht?

Der Kläger könnten einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages aus §§ 346, 323, 433, 434, 437 Nr. 2 BGB haben.

## I. Vorliegen der Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung

### 1. Abschluss eines Kaufvertrages

*„Dass die Parteien am 09.03.2013 einen **Kaufvertrag über den streitgegenständlichen Ford Seven Plus geschlossen** und für das Fahrzeug einen Kaufpreis von 33.000 vereinbart haben, steht zwischen ihnen nicht in Streit. Weil Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte den Kaufvertrag nicht als Privatmann, sondern als Unternehmer im Sinne von § 14 BGB abgeschlossen haben könnte, von dem hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Kläger weder mit Substanz vorgetragen worden, noch sonst ersichtlich sind, ist davon auszugehen, dass es sich um einen **Kauf unter Privatleuten** handelte.“* (OLG Hamm aaO.)

### 2. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang

Bei der Übergabe des Fahrzeugs (§ 446 BGB) müsste ein **Sachmangel** nach § 434 BGB vorgelegen haben. Ein solcher Sachmangel könnte darin zu sehen sein, dass das Fahrzeug nicht die Voraussetzungen für die Zulassung als Oldtimer nach 23 StVZO, § 2 Nr. 22 FahrzeugzulassungsVO erfüllt, was nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme feststeht. Fraglich ist allerdings, ob dies einen **Sachmangel nach § 434 BGB** darstellt. Nach § 434 I 1 BGB ist eine Sache mangelhaft, wenn ihr eine vertraglich vereinbarte Beschaffenheit fehlt.

Eine **Beschaffenheitsvereinbarung** könnte hier hinsichtlich des Bestehens der Voraussetzungen für eine H-Zulassung getroffen worden sein.

*„Durch den -in seiner Anzeige auf der Internetplattform mobile.de geschalteten- Link auf seine Homepage und die dort befindliche **Fahrzeugbeschreibung**, insbesondere aber durch die gegenüber dem Kläger in der **E-Mail** vom 25.02.2013 gemachten Angaben, mit denen der Beklagte den streitbefangenen Ford **als Fahrzeug mit H-Zulassung angeboten** hat, hat er eine verbindliche Vorfelderklärung betreffend eine Beschaffenheit des Fahrzeugs abgegeben.*

*Inhalt der **Vorfelderklärung(en)** des Beklagten war nicht nur, dass der Ford mit einer H-Zulassung versehen ist, sondern auch, dass er diese **Zulassung zu Recht besitzt**. Beschreibt ein Fahrzeugverkäufer das zu veräußernde Fahrzeug auf die Art und Weise, wie es der Beklagte im Streitfall auf seiner Homepage und in seiner E-Mail vom 25.02.2013 getan hat und nimmt er in diesem Zusammenhang auch darauf Bezug, dass der Wagen **durch das Baujahr bedingt selbstverständlich ...bereits eine H-Zulassung** habe, weswegen lediglich eine geringere Steuerbelastung anfalle, dann geht bei einer solchen Zusage das Interesse des Käufers ersichtlich dahin, dass die **amtliche Bescheinigung auch zu Recht erteilt** wurde, also der Zustand des Fahrzeugs die Erteilung der H-Zulassung rechtfertigt und nicht das Risiko besteht, dass diese später wieder entzogen und das Fahrzeug mit deutlich höheren Steuern belegt wird (vgl. für den Fall einer Zulassung nach § 21 c StVZO BGH, Urteil vom 13.03.2013 in NJW 2013, 2749; für den Fall der Eintragung HU neu BGH, Urteil vom 15.04.2015 in NJW 2015, 1669).“* (OLG Hamm aaO.)

Insofern kommt es auch nicht darauf an, ob der Beklagte ein Händler mit eigener Werkstatt ist und insofern davon ausgegangen werden kann, dass er über eine **besondere Fachkenntnis** verfügt. Maßgeblich ist vielmehr, wie der die Fahrzeugbeschreibung abgebende Verkäufer gegenüber dem Käufer auftritt.

*„Ob eine **Fahrzeugbeschreibung** als **verbindliche Beschaffenheitsangabe** anzusehen ist, bestimmt sich in erster Linie aus der **Sicht des Käufers** (Reinking/Eggert: Der Autokauf, 12. Auflage, Rn. 2447). Auch bei einem privaten Verkäufer kann deshalb dann, wenn dieser wie vorliegend durch die Beschreibungen auf seiner Homepage bzw. in seinen E-Mails den Eindruck vermittelt, er verfüge **über umfassendes technisches und fachliches Wissen, das Vertrauen in die Richtigkeit seiner Angaben rechtfertigt**, aus Käufersicht eine Qualitätszusage in Bezug auf eine amtliche Bescheinigung wie die H-Zulassung verbunden sein. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte die nach außen dokumentierte Fachkenntnis tatsächlich besessen hat. **Entscheidend** ist, welchen **Eindruck er durch sein Auftreten gegenüber dem Kläger** als Käufer vermittelt hat. Im Streitfall hat der Beklagte nicht nur sehr detailliert die Entstehungsgeschichte des streitbefangenen Ford in seiner E-Mail vom 25.02.2013 wiedergegeben und **eine technisches Know-How implizierende Vielzahl technischer Einzelheiten** betreffend das Fahrzeug erwähnt, sondern er hat ergänzend mehrfach darauf verwiesen, dass das Fahrzeug von einem absoluten Profi - Herrn B - für den Eigengebrauch qualitativ hochwertig*



aufgebaut worden sei. Aus Sicht eines potentiellen Käufers ist mit einer solchen, auch die Person des (einzigen) Vorbesitzers und **dessen herausragende Fachkenntnis** einschließenden Beschreibung die verbindliche Erklärung des Verkäufers verknüpft, dass das Fahrzeug nicht nur eine H-Zulassung während der Besitzzeit des Erbauers (erhalten) hat, sondern dass es sich auch in einem die Erteilung rechtfertigenden Zustand befindet.“ (OLG Hamm aaO.)

Dem steht auch nicht entgegen, dass der Beklagte in seiner umfassenden Fahrzeugbeschreibung in der E-Mail vom 25.02.2013 alle Details aufgeführt hat, die letztlich zur der Bewertung geführt haben, dass das Fahrzeug die H-Zulassung zu Unrecht erhalten habe.

„Denn allein aus der **Aufzählung der Einzelmerkmale** kann möglicherweise ein Fachmann, **nicht** aber ein **technischer Laie sicher darauf schließen**, dass die im Jahr 2003 amtlich dokumentierte H-Zulassung zu Unrecht vergeben worden ist. Auch der Beklagte will diesen Rückschluss für sich nicht gezogen haben. Dass dann aber der Kläger ihn ohne weiteres hat ziehen können, ist nicht ersichtlich; allein aus dem Umstand, dass der Kläger in der Vergangenheit bereits einen hochmotorisierten Sportwagen gefahren hat, kann auf besondere Fachkenntnis auf seiner Seite nicht geschlossen werden.“ (OLG Hamm aaO.)

An die Vorfelderklärung ist der Beklagte auch deshalb gebunden, weil er hiervon weder bei den Vertragsverhandlungen noch im Kaufvertrag Abstand genommen hat.

„Er hat auch nicht klargestellt, dass er in der E-Mail nur **den Ist-Zustand des Fahrzeugs beschreiben** wollte, aber zu dem Vorliegen der Voraussetzungen für die H-Zulassung keine eigenen, gesicherten Erkenntnisse gehabt habe.

Deshalb ist seine **Vorfelderklärung** mit dem oben beschriebenen Inhalt **Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen** geworden (BGH, Urteil vom 19.12.2012 in NJW 2013,1074; Reinking/Eggert, aaO., Rn. 3276). Allein der Umstand, dass die **H-Zulassung im Kaufvertragsformular nicht mehr ausdrücklich erwähnt** wurde, reicht für eine Zurücknahme der Vorfelderklärung nicht (Senat, Urteil vom 07.07.2009, Az.: 28 U 86/09 - zitiert nach juris-).“ (OLG Hamm aaO.)

### 3. Kein Gewährleistungsausschluss

Der Haftung des Verkäufers für diesen Sachmangel könnte jedoch der vereinbarte Gewährleistungsausschluss nach § 444 BGB entgegenstehen.

„Besteht der Sachmangel darin, dass dem Kaufgegenstand eine **vereinbarte Beschaffenheit fehlt**, dann **greift ein vertraglich vereinbarter Gewährleistungsausschluss nicht durch** (BGH in NJW 2007,1346). Ob der Beklagte sich außerdem auch deshalb nicht auf den Gewährleistungsausschluss berufen darf, weil ihm - wie das Landgericht in dem angefochtenen Urteil gemeint hat - arglistiges Verhalten vorzuwerfen ist, bedarf keiner Entscheidung durch den Senat.“ (OLG Hamm aaO.)

Die Geltendmachung des Rücktrittsrechts war dem Kläger daher nicht aufgrund des im Kaufvertrag vereinbarten Gewährleistungsausschlusses verwehrt.

### 4. Kenntnis vom Sachmangel

„Der Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass dem Kläger der Rücktritt vom Kaufvertrag wegen **Kenntnis vom Sachmangel** zu versagen sei, § 442 BGB. Die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers bezogen auf das Fehlen der Voraussetzungen für die Erteilung einer H-Zulassung muss der **Beklagte darlegen und beweisen** (Reinking/Eggert, aaO., Rn. 3915). Umstände, die auf eine Kenntnis des Klägers schließen lassen könnten, hat der Beklagte nicht vorgetragen. Soweit er in diesem Zusammenhang auf den Inhalt seiner E-Mail vom 25.02.2013 Bezug genommen hat, ist diesem für einen technischen Laien gerade nicht sicher zu entnehmen, dass die Voraussetzungen für die erteilte H-Zulassung zu keiner Zeit vorgelegen haben.“ (OLG Hamm aaO.)

Damit liegen die Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung vor und der Kläger kann die in § 437 BGB vorgesehenen Gewährleistungsrechte geltend machen. Hier hat er sich für einen Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323 entschlossen.

## II. Vorliegen der weiteren Rücktrittsvoraussetzungen

„Der Kläger hat den Beklagten mit Schreiben vom 29.10.2013 unter **Fristsetzung zur Mangelbeseitigung** aufgefordert; diese hat der Beklagte ernsthaft und endgültig abgelehnt (§ 323 I, II BGB). Der Kläger durfte im Anschluss ohne weitere Nacherfüllungsaufforderung vom **Kaufvertrag zurücktreten**; das hat er mit Schreiben vom 10.01.2014 getan (§ 349 BGB).“ (OLG Hamm aaO.)

## III. Ergebnis

Der Kläger hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs aus §§ 346, 323, 433, 434, 437 Nr. 2 BGB.

**Verletzung der Verkehrssicherungspflicht  
Tragen von heißem Punsch auf Adventsmarkt**

(OLG Stuttgart in NJW-RR 2015, 1506; Urteil vom 18.06.2015 – 2 U 140/14)

1. Auch im Umgang mit Kindern reicht es aus, wenn der Verkehrssicherungspflichtige mit einem **für das praktische Leben tauglichen, aber eben gesteigerten Maß an Vorsicht** verfährt und auf die erkennbaren Gefahren Acht hat.
2. Eine Pflicht dahin, dass jedwedem theoretisch denkbaren Schadenseintritt vorgebeugt werden müsste, besteht hingegen auch gegenüber Kindern nicht.

**Fall:** Die Kl. nimmt den Bekl. wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten auf Zahlung von Schmerzensgeld, Schadensersatz und vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Anspruch. Außerdem begehrt sie die Feststellung, dass ihr der Bekl. alle materiellen und immateriellen Zukunftsschäden zu ersetzen hat. Die am 27.11.2007 geborene Kl. war am 24.11.2012 mit ihren Eltern auf dem Adventsmarkt in ... und besuchte in diesem Rahmen auch die Jugendbetreuungseinrichtung ..., die im Gebäude des König-Wilhelm-Zentrums untergebracht ist und dort einen Tag der offenen Tür veranstaltete, wobei den besuchenden Kindern ein Spiel- und Bastelangebot offeriert worden ist. Der Bekl. ist in dieser Einrichtung seit dem 01.12.2003 als Erzieher beschäftigt und ist für die Betreuung von Kindern im Alter von 6 – 16 Jahren zuständig. Gegen 19.40 Uhr wollten die Eltern der Kl. die Einrichtung mit dieser verlassen, trafen aber im ersten Obergeschoss Bekannte, mit denen sie sich unterhielten. Die Kl. lief währenddessen über den Flur in eine andere Wohnung. Ihr Vater ging ihr hinterher, um sie zu ermahnen, dass sie nicht „ganz so arg herumtollen möge“. Danach ging er zurück zu seiner Ehefrau bzw. zur Mutter der Kl., die sich noch mit den Bekannten unterhielt. In diesem Moment kam der Bekl. aus der Küche der Wohnung, die sich im ersten Obergeschoss rechts vom Treppenhaus befindet. Er trug einen großen Topf mit frisch zubereitetem heißem Kinderpunsch, den er zu dem Verkaufsstand im Bereich des Eingangs bringen wollte, wo er zum Verkauf angeboten werden sollte. Der Topf hatte ein Fassungsvermögen von etwa 50 l und war etwa zu ein Drittel bis zur Hälfte mit heißem Kinderpunsch gefüllt. Die Kl. spielte im Flur dieser Wohnung „Flugzeug“ und rannte dabei gegen den Topf, den der Bekl. mit beiden Händen vor sich her trug. Auf Grund dieser Kollision schwappte eine erhebliche Menge des heißen Kinderpunsch über, wodurch die Kl. im Gesicht, am Hals, an beiden Ohren sowie am rechten Unterarm verbrüht wurde und dort Verbrennungen zweiten Grades erlitten hat. Auf Grund dieser Verletzungen war sie bis zum 04.12.2012 in stationärer Krankenhausbehandlung. Danach wurde sie ambulant ärztlich betreut. Die Kl. beantragt, den Bekl. zu verurteilen, an sie ein angemessenes, in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld i.H.v. wenigstens 5.000 € zu bezahlen sowie den Ersatz materieller Schäden. Ist die Klage begründet?

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht nach § 823 I BGB haben.

**I. Rechtsgutverletzung**

Es muss ein von § 823 I BGB geschütztes Rechtsgut verletzt worden sein. Geschützt sind das Leben, der Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum und sonstige Rechte. Hier wurde die Kl. an Körper und Gesundheit verletzt.

**II. Verletzungshandlung**

Es müsste auch eine Verletzungshandlung vorliegen. Dies ist jedes menschliche Verhalten (positives Tun oder Unterlassen bei Garantenstellung), das vom Willen beherrschbar ist. Bei der Abgrenzung Tun/Unterlassen ist auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit abzustellen.

Hier kommt die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht als Verletzungshandlung in Betracht. Die Verkehrssicherungspflicht beruht auf dem Gedanken, dass jeder, der Gefahrenquellen schafft, die notwendigen Vorkehrungen zum Schutze Dritter zu treffen hat.

**1. Bestehen einer Verkehrssicherungspflicht**

*„Der Bekl. war verkehrssicherungspflichtig in Ansehung der **Gefahren**, die **von dem von ihm getragenen Topf mit heißem Kinderpunsch** und von dem streitgegenständlichen Transportvorgang ausgingen.*

*Der **Transport heißer Flüssigkeiten birgt verschiedenartige Gefahren** für die Gesundheit anderer Menschen, weshalb grundsätzlich dafür Sorge zu tragen ist, dass sich diese Gefahren nicht verwirklichen. Dies ist zwischen den Parteien unstrittig.*

*Der Bekl. war rechtlich für diesen streitgegenständlichen Transport verantwortlich. Er hatte die **tatsächliche Herrschaftsgewalt** darüber.“ (OLG Stuttgart aaO.)*

Den Bekl. traf damit eine Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich des getragenen Topfes mit Kinderpunsch.

**2. Verletzung der Verkehrssicherungspflicht**

Fraglich ist jedoch, ob der Bekl. diese Verkehrssicherungspflicht verletzt hat. Hierbei darf nicht schon aus dem bloßen Eintritt eines Schadens auf das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs geschlossen werden. Eine Haftung tritt nur dann ein, wenn der Schaden auf einem haftungsrechtlich relevanten Fehlverhalten des Sicherungspflichtigen beruht, welche im Bereich der Verkehrssicherungspflichten schuldhaft begangen worden sein muss.

### a) Inhalt der Verkehrssicherungspflicht

„Derjenige, der eine **Gefahrenlage schafft**, ist grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren **Vorkehrungen zu treffen**, um eine **Schädigung anderer möglichst zu verhindern**. Dies entspricht der ständigen, auch vom LG wiedergegebenen Rechtsprechung des BGH (vgl. auch BGHZ 121, 368 [375] = NJW 1993, 1799; BGH, NJW-RR 2003, 1459 = MDR 2003, 1352 m.w.N.). Verletzt er diese Pflicht zur Verkehrssicherung schuldhaft, so ist er über § 823 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet.“ (OLG Stuttgart aaO.)

### b) Umfang der Verkehrssicherungspflicht

Allerdings können nicht jegliche Schädigungen unter allen Umständen vermieden werden. Daher stellt sich die Frage, in welchem Umfang Sicherungsmaßnahmen gegen den Schadenseintritt zu treffen sind. Dies bestimmt sich einzelfallabhängig.

„Der Verkehrssicherungspflichtige hat **im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren** die Vorkehrungen zu treffen, eine Schädigung anderer Menschen zu vermeiden. Jedoch muss **nicht gegen jede fernliegende Gefahr Vorsorge getroffen** werden. Ein vollständiger Ausschluss jeglicher Gefahr wäre auch nicht erreichbar. Ein Gebot, unter verschiedenen technischen oder organisatorischen Möglichkeiten stets die sicherste zu wählen, besteht nicht. Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein **umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält**, um andere vor Schäden zu bewahren. Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs ist daher, dass sich **vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die naheliegende Gefahr** ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden können (BGH, NJW-RR 2003, 1459 = MDR 2003, 1352 m.w.N.). Ein abstraktes Optimierungsgebot dahin, dass von allen denkbaren oder verfügbaren Vorsichtsmaßnahmen die sicherste oder beste zu wählen sei, ginge weit über den im Gesetz angelegten Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hinaus, der zwar der Fahrlässigkeitsdefinition entnommen ist, aber dennoch auch dazu geeignet ist, die Grenze von Verkehrssicherungspflichten mitzubestimmen. Die Verkehrssicherungspflicht fordert vom Pflichtigen eine **konkrete Betrachtung seines Verhaltens in Bezug auf die Gefahrenquelle** einerseits und den Rechtsgüterschutz vor den zu verhütenden Gefahren andererseits.“ (OLG Stuttgart aaO.)

Sind Kinder betroffen, so gelten jedoch besondere Maßstäbe. Insofern muss der Verkehrssicherungspflichtige auch Maßnahmen dafür ergreifen, die Gefahrenquellen gegen typisch kindliches unbesonnenes Verhalten absichern.

„[Es] muss im Umgang mit Kindern **mit einem alterstypisch unsachgemäßen Verhalten gerechnet** und auch der kindliche Spieltrieb, die kindliche Neugier und Unerfahrenheit und ein Unvermögen in Rechnung gestellt werden, sich einer gewonnenen Erkenntnis gemäß zu verhalten. Beim Umgang mit Kindern in Kleinkinderverwah- und -betreuungsanstalten sind **erhöhte Anforderungen an Organisation und Verhalten des Personals** zu stellen.

Auch der daraus resultierende strenge Haftungsmaßstab, der besondere Vorsicht gebietet, bewirkt indes **nicht**, dass **jedweder theoretisch denkbare Geschehensablauf** abgesichert werden müsste. Gerade auf Grund der vorbeschriebenen Unwägbarkeiten im Umgang mit Kindern ist eine **umfassende Gefahrverhütung schon gar nicht zu erreichen**. Vielmehr reicht es auch im Umgang mit Kindern aus, wenn der Verkehrssicherungspflichtige **mit einem für das praktische Leben tauglichen, aber eben gesteigerten Maß an Vorsicht** verfährt und auf die erkennbaren Gefahren Acht hat. Eine Pflicht dahin, dass jedwede theoretisch denkbare Schadenseintritt vorgebeugt werden müsste, besteht hingegen auch gegenüber Kindern nicht.“ (OLG Stuttgart aaO.)

### c) Verkehrssicherungspflicht bei Gefahr durch Handlung

Ergibt sich die Verkehrssicherungspflicht – wie hier – aus einer gefahrträchtigen Handlung, so könnte sich eine Pflicht ergeben, auf diese ganz zu verzichten.

„Bei einer **aus einer Handlung herrührenden Gefahr** ist es dem Sicherungspflichtigen regelmäßig zuzumuten, auf ein **gefahrgeneigtes Verhalten ganz zu verzichten**, wenn es **nicht** durch eigenes Verhalten oder durch Sicherheitsvorkehrungen **beherrschen kann**. Aber auch im Falle einer gefahr begründenden Handlung ergibt sich eine **Begrenzung des Zumutbaren** daraus, dass **nicht gegen jeden fernliegenden Geschehensablauf** Vorsichtsmaßnahmen ergriffen werden müssen.

*Die Grenze liegt nicht erst dort, wo die Adäquanz zu verneinen ist. Ein vernünftiges, besonnenes Urteil lässt auch in derartigen Fällen diejenigen Vorsichtsmaßnahmen ausreichen, mit denen ein Schadens Eintritt den Umständen nach nicht mehr zu erwarten ist.“ (OLG Stuttgart aaO.)*

### 3. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob der Bekl. vor diesem Hintergrund die gefahrträchtige Handlung hätte unterlassen müssen oder ob Art und Umfang der für vorhersehbare Fälle getroffenen Vorsichtsmaßnahmen dem genannten Sorgfältigkeitsmaßstab genügen.

*„Dass während des unstreitig noch laufenden Tags der offenen Tür der **J Kinder auf den Gängen herumrennen und spielen** würden, war **vorherzusehen** und musste vom Bekl. in Rechnung gestellt werden. Ebenso, dass sie dabei unachtsam wären. Auch dass ein Kind, wie die Kl., in den Räumlichkeiten „Flugzeug“ spielen werde, lag **nicht außerhalb des bei Kindern im Kindergartenalter zu erwartenden Geschehensablaufs**. Daher kommt es nicht darauf an, ob zum Unfallzeitpunkt in den Räumlichkeiten der Einrichtung, wie von der Kl. vorgetragen, noch überbordender Spielbetrieb stattfand oder, wie vom Bekl. behauptet und angesichts der Uhrzeit (19.40 Uhr) eher naheliegender, nur noch vereinzelt Personen – und insbesondere kleine Kinder – im Gebäude unterwegs waren.*

*Der Bekl. transportierte den Topf mit einem **aufgesetzten Deckel**, der nicht nur lose auflag, sondern in eine ringförmige Führung eingelassen war. Hinzu kommt, dass der Bekl. den unstreitig großen, schweren Topf **zu höchstens der Hälfte** gefüllt hatte.“ (OLG Stuttgart aaO.)*

Dies bot für einen vernünftigen, vorausschauenden Betrachter eine hinreichende Sicherheit dafür, dass selbst bei einem Zusammenstoß mit einem Hindernis mit Gehgeschwindigkeit oder wenn der Träger ins Stolpern geriete, keine heiße Flüssigkeit aus dem Topf herausschwappte.

*„Mit diesen Vorsichtsmaßnahmen hat der Bekl. **dasjenige getan, was erforderlich erscheinen musste**, um einen sicheren Transport zu gewährleisten. Unter den gegebenen Umständen ist es dem Bekl. insbesondere auch nicht vorzuwerfen, dass er den heißen Apfelpunsch transportierte, obwohl der dafür zur Verfügung stehende Topf nicht mit einem verschließbaren Deckel ausgestattet war. Solches zu fordern, liefe auf das **dem Haftungsrecht fremde Optimierungsgebot gegen eine nur abstrakt drohende Gefahr** hinaus.“ (OLG Stuttgart aaO.)*

Die Vorkehrungen, die der Bekl. für den Transport getroffen hat, waren daher grundsätzlich auch im Umgang bei Anwesenheit von Kindern geeignet und nach dem oben aufgezeigten Maßstab ausreichend, der Gefahr einer Schädigung anderer Menschen durch die austretende heiße Flüssigkeit wirksam zu begegnen.

*„Der Umstand, dass die Kl. dennoch zu Schaden kam, resultiert aus einem ganz **ungewöhnlichen, so nicht einzuplanenden Geschehensablauf**, in dem mehrere für sich ungewöhnliche Komponenten schadenstiftend zusammengewirkt haben. Das LG hat zu Recht darauf abgestellt, dass die Kl. unmittelbar vor dem Unfall **unachtsam „Flieger“ spielte** und dabei **sehr schnell herumrannte**, dass sie **mit außergewöhnlicher Wucht** von vorne gegen den Bekl. anrannte und sich noch dazu mit den Händen an dem Topf habe abstützen wollen. Gegen ein so ungewöhnliches Geschehen, das seine **Gefährlichkeit erst aus der Kombination mehrerer Faktoren** gewann, war keine weitergehende Vorsorge zu treffen.“ (OLG Stuttgart aaO.)*

### III. Ergebnis

Der Bekl. hat bei dem streitgegenständlichen Transport die nach den gegebenen Umständen im Verkehr erforderlichen, rechtlich gebotenen Vorsichtsmaßnahmen getroffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angestellter einer Einrichtung für Kinder in der gegebenen Situation für ausreichend halten durfte, um Verbrühungen durch aus dem Topf austretende heiße Flüssigkeit zu vermeiden. Er hat daher die ihm obliegende Verkehrssicherungspflicht nicht verletzt. Mangels Verletzungshandlung hat die Kl. keinen Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 I BGB.

StGB  
§ 211**Mord aus niedrigem Beweggrund**  
**Bewusstes Abreagieren frustrationsbedingter Aggressionen**

StR AT

(BGH in NSTz 2015, 690; Urteil vom 15.09.2015 – 5 StR 222/15)

Das bewusste Abreagieren von frustrationsbedingten Aggressionen **an einem Opfer, das mit der Entstehung der Unzufriedenheit und Angespanntheit des Täters verantwortlich weder personell noch tatsituativ etwas zu tun hat**, lässt auf das Vorliegen niedriger Beweggründe schließen.

**A. Grundlagenwissen: Der Tatbestand des Mordes, § 212, 211 StGB****I. Objektiver Tatbestand****1. Verwirklichung des Tatbestandes des § 212 StGB**

Es muss ein anderer Mensch getötet worden sein.

**2. Objektive Mordmerkmale des § 211 II 2. Gruppe**

- a) **Heimtückisch** handelt, wer – in feindseliger Willensrichtung (streitig) – die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.

**Arglos** ist, wer sich bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs **keines erheblichen tätlichen Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht**.

**Wehrlos** ist, wer infolge seiner Arglosigkeit zur Verteidigung außerstande oder in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und Abwehrfähigkeit stark eingeschränkt ist. Demnach muss die **Wehrlosigkeit auf der Arglosigkeit beruhen**. Dieser Zusammenhang fehlt, wenn das Opfer auch im Falle der rechtzeitigen Kenntnis vom bevorstehenden tätlichen Angriff keine Verteidigungschancen gehabt hätte. Ferner muss stets kumulativ die Arg- und Wehrlosigkeit ausgenutzt werden.

- b) **Grausam** tötet, wer dem Opfer besondere **Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung** zufügt. Eine brutale Tatausführung allein reicht für das Mordmerkmal nicht aus; „besondere“ Schmerzen oder Qualen werden nur zugefügt, wenn sie **über das für die Tötung als solche erforderliche Maß** in dem Sinne hinausgehen, dass das Opfer (vom Vorsatz umfasst) übermäßige starke Schmerzen oder Qualen erleidet.
- c) Mit **gemeingefährlichen Mitteln** tötet, wer ein Tötungsmittel so einsetzt, dass er in der konkreten Tatsituation **die Ausdehnung der Gefahr auf andere Personen** als das oder die individualisierte(n) Opfer **nicht beherrschen** und dadurch eine Mehrzahl weiterer Menschen in Lebensgefahr bringen kann.

**II. Subjektiver Tatbestand****1. Vorsatz bezüglich der objektiven Merkmale des § 212 StGB****2. Vorsatz bzgl. objektiver Mordmerkmale des § 211 II 2. Gruppe****3. Vorliegen subjektiver Mordmerkmale des § 211 II 1. und 3. Gruppe**

- a) Aus **Mordlust** tötet, wenn es allein darauf ankommt, einen Menschen sterben zu sehen. Die Mordlust ist dadurch gekennzeichnet, dass bei ihr der **Tod des Opfers als solcher der einzige Zweck der Tat** ist. Danach tötet aus Mordlust insbesondere, wer allein aus Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens handelt.
- b) **Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes** tötet anerkanntermaßen, wer **im Tötungsakt selbst** geschlechtliche Befriedigung sucht (Lustmord), wer tötet, um **danach** seine **sexuelle Lust an der Leiche** zu befriedigen, oder wer die **Tötung seines Sexualobjekts zumindest in Kauf nimmt**, um typischerweise den Geschlechtsverkehr durchführen zu können.

Dies bedeutet aber nicht, dass ein unmittelbarer zeitlich-räumlicher Zusammenhang zwischen der Tötung und der erstrebten Befriedigung erforderlich ist.

- c) **Habgier** bedeutet ein **rücksichtsloses Streben nach Vermögensvorteilen** um den Preis eines Menschenlebens. Klassische Fälle sind der Raubmord, Taten gedungener Mörder und Tötungen, um in den Genuss einer Erbschaft oder Lebensversicherung zu gelangen (. Generell liegt in **jedem Streben nach Besitz, der Vermögenswert hat**, ein Gewinnstreben. Auf die Größe des materiellen Vorteils kommt es nicht an.
- d) **Niedrig** ist ein Tötungsbeweggrund, wenn er **nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe** steht und deshalb besonders verachtenswert ist. Der Beweggrund muss mithin in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag verwerflich sein. Die Einstufung beurteilt sich auf **Grund einer Gesamtwürdigung**, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt.
- e) Die – auf eine andere Straftat bezogene – **Ermöglichungsabsicht** ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter die **Tötung als funktionales Mittel** einsetzt, um durch eine andere Tathandlung weiteres kriminelles Unrecht begehen zu.

Mit **Verdeckungsabsicht** tötet, wem es darauf ankommt, durch die Tötung entweder die **Aufdeckung der Vortat** in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang **oder die Aufdeckung seiner Täterschaft zu verbergen**.

## B. Bewusstes Abreagieren von frustationsbedingten Aggressionen als niedriger Beweggrund (vgl. BGH in NSTZ 2015, 690)

**Fall:** Die Mitangekl. M war Ende September 2012 mit der später getöteten, am 27.12.2011 geborenen L bei dem Angekl. in dessen Wohnung eingezogen. Sehr früh wurde der Angekl. gegenüber der Mitangekl. und ihren Kindern herrisch und bestimmend. Insbesondere das Verhältnis zu L war angespannt. Eine väterliche Beziehung bestand nie.

Am 10.12.2013 brachte die Angekl. M die beiden Kinder im Kinderzimmer zu Bett und setzte sich neben den Angekl. E ins Wohnzimmer. Dieser war „innerlich erregt“ und nach dem Genuss von mehreren Flaschen Bier alkoholisch beeinflusst. Plötzlich stand er auf und ging in das Kinderzimmer. M folgte ihm und sah, dass der Angekl. E L kräftig schüttelte. Es gelang ihr nicht, ihn am Arm festzuhalten. E ließ L aus einer Höhe von einem halben Meter zweimal mit den Füßen zuerst auf den Boden fallen. E geriet weiter in Rage. Er würgte das Kind und schlug es gegen den Kleiderschrank und auf den Fußboden. Er verließ den Raum und kam danach wütend zurück. E schlug L zweimal mit dem Kopf gegen den Heizkörper. Spätestens jetzt erkannte er die Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs und nahm den Tod des Kindes in Kauf. In dem Wissen, dass L sterben könnte, stellte er seinen linken unbeschuhten Fuß auf den Bauch des mit dem Rücken auf dem Boden liegenden Kleinkindes, verlagerte sein eigenes Körpergewicht auf das Kind und stand schließlich mit seinem vollen Körpergewicht (71 kg) auf dessen Bauch. Nach einer Weile kam er mit L aus dem Zimmer und weinte. Er hatte erkannt, dass er zu weit gegangen war. L regte sich nicht mehr. M versuchte E zu überzeugen, dass L unbedingt zum Arzt gebracht werden müsse. E wurde wieder böse und meinte: „Schenk dem Balg kein Mitleid, das braucht sie nicht“. Als E sah, dass M mit dem nur noch röchelnden Kind „kuschelte“, forderte er sie erneut auf, „dem Balg“ kein Mitleid zu schenken. Nachdem M das Kind wieder ins Bett gelegt hatte, schien E ruhiger zu werden. M wollte auf die Aufforderung des Angekl. E „Schlaf bei deinem Mistbalg!“ bei L im Kinderzimmer bleiben. E ergriff L jedoch erneut und wollte das lebensgefährlich verletzte Kind unter Hinweis darauf, dass das Kinderbett ihm gehöre, der Angekl. M vor die Füße werfen. Dieser gelang es, L aufzufangen. Nun wollte E L töten und packte sie an ihrem linken Fuß und ließ sie - wissend, dass L sterben werde -, aus einer Höhe von etwa 50 cm mit dem Kopf zuerst auf den Boden fallen. Mit lautem Knall schlug Ls Kopf auf dem Boden auf. E hob L auf und ließ sie nochmals mit dem Kopf auf den Boden fallen. Er äußerte wiederum in Richtung der Angekl. M, dass sie mit „dem Balg“ kein Mitleid haben solle, „das braucht kein Mitleid“. Er meinte: „Ich geb' ihr noch 'ne halbe Stunde und wenn sie bis dahin nicht verreckt ist, lege ich sie um“. Dann legte er sich ins Bett und wollte schlafen, fühlte sich jedoch durch Ls Röcheln gestört und sagte in ihre Richtung: „Schnauze“ und „Ick will keen Ton mehr von dir hören“.

Erst am nächsten Morgen fuhren die Angekl. L zur Rettungsstelle, wo sie von einer Notärztin erstversorgt wurde. Das Kind starb; todesursächlich war ein massives Schädel-Hirn-Trauma. Die rechtsmedizinischen Sachverständigen vermochten nicht sicher zu sagen, wann L bewusstlos wurde und ob sie langdauernde, erhebliche Schmerzen verspürte. Ist Der Angekl. E wegen Mordes aus niedrigem Beweggrund strafbar?

Nach § 211 StGB ist jemand Mörder, wenn er Mörder ist, wer einen Menschen tötet aus **Mordlust**, zur Befriedigung des **Geschlechtstriebes**, aus **Habgier** oder sonst aus **niedrigen Beweggründen**, **heimtückisch** oder **grausam** oder **mit gemeingefährlichen Mitteln** oder um eine andere **Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken**.

Hier könnte eine Tötung aus niedrigem Beweggrund vorliegen. **Niedrig** ist ein Tötungsbeweggrund, wenn er **nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe** steht und deshalb besonders verachtenswert ist. Der Beweggrund muss mithin in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag verwerflich sein. Die Einstufung beurteilt sich auf **Grund einer Gesamtwürdigung**, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt.

Problematisch ist im vorliegenden Fall, dass die StrK hat „trotz Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen“ kein Handlungsmotiv und keinen konkreten Anlass des Gewaltausbruchs feststellen können. Vielmehr ist Anlass der Tat eine „diffuse Unzufriedenheit“ gewesen. Fraglich ist, ob dies zur Annahme eines niedrigen Beweggrundes führen kann.

## I. Bewusstes Abreagieren von frustrationsbedingten Aggressionen

„Das bewusste Abreagieren von frustrationsbedingten Aggressionen an einem Opfer, das mit der Entstehung der Unzufriedenheit und Angespanntheit des Täters verantwortlich weder personell noch tatsituativ etwas zu tun hat, lässt auf das Vorliegen niedriger Beweggründe schließen (BGH Ur. v. 12.11.1980 – 3 StR 385/80, NStZ 1981, 100 f.; BGH Ur. v. 23.08.1990 – 4 StR 306/90, BGHR StGB § 211 II niedrige Beweggründe 19): Derjenige, der einen anderen Menschen zum Objekt seiner Wut, Gereiztheit, Enttäuschung oder Verbitterung macht, obschon dieser an der Entstehung solcher Stimmungen nicht den geringsten Anteil hat, bringt mit der Tat eine Gesinnung zum Ausdruck, die **Lust an körperlicher Misshandlung zum Inhalt hat** (MüKoStGB/Schneider 2. Aufl., § 211 Rn. 86 m.w.N.). Insbesondere der Aspekt der **willkürlichen Opferausswahl** (vgl. insow. auch UA S. 69) rechtfertigt die Einstufung solcher Tötungsakte als Mord; denn eine derartige **Degradierung des Opfers zum bloßen Objekt** belegt die totale Missachtung des Anspruchs eines jeden Menschen auf Anerkennung seines personalen Eigenwerts (Senat Ur. v. 17.08.2004 – 5 StR 94/04, NStZ-RR 2004, 332, 333; BGH Ur. v. 05.11.2002 – 1 StR 247/02, NStZ-RR 2003, 78 f.; BGH Ur. v. 19.10.2001 – 2 StR 259/01, BGHSt 47, 128 ff.; Schneider aaO.). Der **den Eigenwert des Opfers negierende Vernichtungswille** tritt hier – neben der Art und Weise der Tatausführung – zusätzlich auch in der Wortwahl des Angekl. zu Tage, der das Kind während seiner Handlungen als Drecksgöre und Balg bezeichnete, mit dem man kein Mitleid haben müsse. Die Inkonnexität der Tötung von L in Relation zur Motivationslage des Angekl. liegt hier auf der Hand. Die generelle Existenz des Kindes, die zur Lebensunzufriedenheit des Angekl. beigetragen haben mag, stellt kein schuldhaftes Vorverhalten dar, das dem Kind zugerechnet werden müsste.“ (BGH aaO.)

## II. Wut und Bestrafungswille wegen Einmischung der Mutter

„Auch die Wut und der Bestrafungswille des Angekl., seine ‚Verzweiflung‘ über die wiederholten Einmischungen seiner Lebensgefährtin beruhen (als generell-abstrakt normalpsychologische Antriebe) ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung.

Denn wenn die aus normalpsychologischem Antrieb begangene **Tötung wie hier eines rechtlich beachtlichen Grundes entbehrt** (zu diesem Maßstab siehe BGH Beschl. v. 23.02.1990 – 2 StR 29/90, BGHR § 211 II niedrige Beweggründe 17; BGH Beschl. v. 13.12.1994 – 4 StR 680/94, BGHR StGB § 211 II niedrige Beweggründe 30), so ist die **Annahme eines niedrigen Tatantriebs** gerechtfertigt.

Nur wenn sich die Tötung in Ansehung der einzelfallspezifischen Gegebenheiten nach normativen Deutungsmustern als begrifflich erweist, kann das ihr zugrunde liegende Tötungsmotiv nicht als niedrig klassifiziert werden (BGH Ur. v. 14.10.1992 – 3 StR 320/92, NStZ 1993, 182, 183; BGH Beschl. v. 22.07.2010 – 4 StR 180/10, NStZ 2011, 35). Entscheidungserheblich sind demnach die **Gründe, die den Täter in Wut oder Verzweiflung versetzt und ihn zur Tötung gebracht haben** (vgl. Schneider aaO., Rn. 99 m.w.N.).

Die festgestellten **näheren Umstände der Tat sowie deren Entstehungsgeschichte** als auch die Persönlichkeit des Täters und dessen Beziehung zum Opfer (vgl. hierzu BGH Beschl. v. 25.10.2010 – 1 StR 57/10, NStZ-RR 2011, 7, 8; Schneider aaO., Rn. 99; Fischer StGB, 62. Aufl., § 211 Rn. 19) lassen hier keinen Zweifel daran, dass die Tatbegehung auch unter diesem Aspekt als niedrig zu qualifizieren ist (vgl. hierzu auch BGH Ur. v. 24.05.2012 – 4 StR 62/12, NStZ 2012, 694, 695) [wird ausgeführt].

Auch die im Urteil beschriebene **Persönlichkeitsstruktur** des Angekl. ist weder für sich genommen noch in Verknüpfung mit der Tatsituation geeignet, die **Tötung des Kleinkindes**, das sich nichts hat zuschulden kommen lassen, **einfach nur existiert**, als menschlich verständlich erscheinen zu lassen und bietet keinen beachtlichen Grund, der der Wertung der Handlungsantriebe des Angekl. als auf sittlich tiefster Stufe stehend entgegenwirken könnte (vgl. auch BGH Ur. v. 14.10.1992 – 3 StR 320/92, NStZ 1993, 182, 183. Die vorliegende Tat war ein reiner Willkürakt ohne jede durch das Opfer (oder anderen Personen) hervorgerufene nervliche Überforderung, sei es durch Streit, intensive Beleidigungen, Zusammenbruch der eigenen ‚Lebenswelt‘ oder langandauerndes Weinen oder Schreien eines Kindes. Nichts davon lag hier vor.).

All dies hat das SchwurG verkannt. Auf die Frage eines, bewusstseinsdominanten Beweggrundes‘ (UA S. 71) kam es angesichts der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zu den Beweggründen und wirkmächtigen Antrieben zur Tat aus den dargestellten Gründen nicht an: Jede einzelne Handlungsmotivation des Angekl. war niedrig.“ (BGH aaO.)

Jede einzelne der festgestellten Handlungsmotivationen in den einzelnen Handlungsabschnitten ist unzweifelhaft im Sinne des § 211 StGB niedrig.

Ein Vermögensschaden scheidet aus, wenn durch die **täuschungsbedingt erwirkte Zahlung** eine entsprechende **Zahlungspflicht des Getäuschten erlischt**.

**Fall:** Der Angekl. fasste zusammen mit dem Angekl. D und der Mitangekl. K den Entschluss, gemeinsam sogenanntes Forderungsmanagement zu betreiben. Über die Firmen MS und SK schlossen sie Verträge mit anderen Unternehmen, den sog. Produktgebern, ab, für die sie Forderungen gegenüber den ihnen genannten Personen geltend machen sollten. Die einzuziehenden Forderungen sollten aus dem telefonischen Vertrieb von Gewinnspieleintragungsdiensten und Zeitschriftenabonnements resultieren. 50 % der generierten Einnahmen sollten an die jeweiligen Produktgeber zurückfließen, den Rest sollten die Angekl. S, D und K vereinnahmen.

Auf dieser Grundlage versendeten die Angekl. Schreiben an die von ihren Vertragspartnern mitgeteilten Kunden, mit denen sie die Zahlung der ihnen genannten Ansprüche anmahnten. In den Fällen der Forderungen, die mit dem Vertrieb des Lottereeintragungsdienstes „Gewinnerzentrale 49“ in Zusammenhang standen, wurden die Kunden in den von den Angekl. versendeten Schreiben aufgefordert, einen Betrag i.H.v. 99 € zur Vertragsbeendigung zu zahlen. Die Gesch. wurden zum Teil durch die in den Mahnschreiben aufgeführte Drohung, dass rechtliche Schritte eingeleitet würden bzw. dass im Falle von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen höhere Kosten entstünden, zu Zahlungen veranlasst, obwohl weitere Maßnahmen gar nicht geplant waren. In einigen Fällen wurde bei den überwiegend älteren Adressaten der Eindruck hervorgerufen, dass sie tatsächlich einen Vertrag geschlossen hatten und damit ein entsprechender Irrtum erregt. Insgesamt erwirkten die Angekl. auf diese Weise Zahlungen i.H.v. 192.398 €.

Hinsichtlich der aus dem Gewinnspieleintragungsdienst „Gewinnerzentrale 49“ geltend gemachten Ansprüche sah der Angekl. die Möglichkeit, dass es sich um nicht bestehende Forderungen handelte, und billigte dies. Bezüglich der Forderungen aus den vertriebenen Zeitschriftenabonnements sowie einem Teil der anderen Gewinnspieleintragungsdienste wusste der Angekl. S, „dass diese Forderungen tatsächlich nicht berechtigt waren, d.h. dass entweder gar keine Forderungen bestanden oder aber dass entsprechende Verträge auf Grund von Betrugshandlungen zustande gekommen waren“. Hinsichtlich des verbleibenden Teils der Gewinnspieleintragungsdienste, aus denen die angemahnten Zahlungsansprüche resultierten („ProWin 59“, „Euromillions“, „SmartWin“ und „WinTotal 24“), wusste er zumindest, „dass derartige Gewinnspiele unter falschen Versprechungen vertrieben wurden, was hinsichtlich dieser Gewinnspiele auch tatsächlich der Fall war“. Ist der Angekl. wegen Betruges strafbar?

Nach § 263 I StGB macht sich strafbar, wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen **rechtswidrigen Vermögensvorteil** zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch **Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

### I. Täuschungshandlung

Zunächst muss eine Täuschungshandlung vorliegen. Dies ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen.

Hier hat der Angekl. vorgespiegelt, dass sie aufgrund von Vertragsverhältnissen zu einer Zahlung verpflichtet seien und bei Nichtbeendigung der Verträge gegen Einmalzahlung mit weiteren, kostenträchtigen, rechtlichen Schritten zu rechnen hätten. Eine Täuschungshandlung liegt damit vor.

### II. Irrtumserregung

Durch diese Täuschungshandlung müsste der Angekl. bei den Opfern einen Irrtum erregt haben, also Fehlvorstellungen über Tatsachen hervorgerufen oder gesteigert haben.

Die Opfer sind davon ausgegangen, ohne die zahlungspflichtige Vertragsaufhebung bei weiterer Nichtzahlung mit Prozessen überzogen zu werden, durch welche weitere Kosten auf sie zukommen könnten. Da tatsächlich aber gar keine weiteren Schritte beabsichtigt werden, wurde insofern ein Irrtum erregt.



### III. Vermögensverfügung

Dieser Irrtum müsste die Opfer zu einer Vermögensverfügung veranlasst haben. Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Dies ist bei der Zahlung durch die Opfer an den Angekl. ohne weiteres anzunehmen. Diese müsste aber auch irrtumsbedingt erfolgt sein. Dies ist nicht der Fall.

*„Darüber hinaus entbehrt die Annahme des LGs, sämtliche festgestellten Zahlungen seien irrtumsbedingt geleistet worden, einer sie tragenden Beweiswürdigung. Dem Urteil lässt sich – auch im Gesamtzusammenhang – nicht entnehmen, auf Grund welcher Umstände sich die StrK hiervon überzeugt hat. Dass ein Teil der Adressaten auf die Mahnschreiben und Angebote zur Vertragsaufhebung in Kenntnis der Rechtslage und unbeeinflusst von der Drohung, es würden andernfalls rechtliche Schritte eingeleitet, nur deshalb zahlten, weil sie mit der Angelegenheit nicht weiter belästigt werden wollten, liegt im Hinblick darauf, dass sich der festgestellte Gesamtschaden aus mehreren hundert Einzelzahlungen zusammensetzt, nicht derart fern, dass sich weitere Ausführungen hierzu erübrigten (vgl. auch BGH, Beschl. v. 23.06.2015 – 1 StR 243/15 – juris = BeckRS 2015, 13121 Rn 4; v. 07.08.2014 – 3 StR 105/14 – juris Rn 3 = NSTZ 2015, 207).“ (BGH aaO.)*

### IV. Vermögensschaden

Diese Vermögensverfügung müsste auch zu einem Vermögensschaden geführt haben. Dieser ist im Wege einer Gesamtsaldierung aus dem Unterschied zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der Verfügung zu ermitteln. Fraglich ist, ob hier ein solcher Vermögensschaden vorliegt.

*„Ein solcher scheidet aus, wenn durch die täuschungsbedingt erwirkte Zahlung eine entsprechende Zahlungspflicht des Getäuschten erlischt (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urt. v. 22.01.2014 – 5 StR 468/12 = BGHR StGB § 263 I Vermögensschaden 80). Dies kommt vorliegend in den Fällen in Betracht, in denen die angeschriebenen **Kunden** zunächst **tatsächlich einen Vertrag mit den Produktgebern geschlossen** hatten. Dass die Befreiung von der vertraglichen Zahlungspflicht keinen kompensationsfähigen Vorteil begründete, weil es sich **um nach § 123 BGB anfechtbare Verträge** handelte (vgl. BGHR StGB § 263 I Vermögensschaden 80), lässt sich anhand der Urteilsfeststellungen nicht nachvollziehen. Allein die pauschale, nicht näher ausgeführte Feststellung, die Verträge seien auf Grund von Betrugshandlungen oder falschen Versprechungen zustande gekommen, zeigt die Voraussetzungen eines Anfechtungsrechts nach § 123 BGB oder anderer auf Vertragsaufhebung gerichteter Rechte der Kunden nicht auf; der Rechtsbegriff des Betrugs ist ebenso ausfüllungsbedürftig wie die Deutungsspielräume zulassende Wendung „falsche Versprechungen“. Insbesondere wird nicht ersichtlich, dass die Kunden über den Wert der erworbenen Gegenleistung getäuscht worden waren. Mangels näherer Feststellungen zu den vertriebenen Gewinnspieleintragungsdiensten und Zeitschriftenabonnements lässt sich deren Wert nicht in Beziehung zu den jeweils geltend gemachten Forderungen setzen; dass die Teilnahme an Gewinnspieleintragungsdienste oder erworbene Zeitschriftenabonnements per se wertlos sind, versteht sich nicht von selbst.*

*Schon aus diesem Grund bedarf der Schuldspruch der Aufhebung. Die Urteilsgründe lassen offen, ob die bei der Bestimmung des Vermögensschadens berücksichtigten Einzelzahlungen der Gesch. auch auf Fälle zurückgingen, in denen gar kein Vertragsschluss zwischen den Kunden und den Produktgebern zustande gekommen war.“ (BGH aaO.)“ (BGH aaO.)*

### V. Ergebnis

Auf der Grundlage der bisherigen Erkenntnisse kann dem Angekl. kein Betrug nachgewiesen werden.

1. Unter den Begriff des eine **Bedingung** auslösenden Ereignisses i.S.d. Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG fallen nur **von der Außenwelt wahrnehmbare Handlungen, Erklärungen oder Geschehnisse**, nicht hingegen nur zur Gedankenwelt eines Beteiligten gehörende Vorstellungen.
2. Die **rein verwaltungsinterne Neubewertung** abgeschlossener Zuwendungsfälle kann darum nicht als künftiges Ereignis für eine auflösende Bedingung dienen und keine automatische Reduzierung einer Zuwendung bewirken.

**Fall:** Die Parteien streiten um die Rückforderung einer staatlichen Zuwendung.

Der klagende Wasserzweckverband plante im Jahr 2003, die Weiler H. und O. an sein Trinkwassernetz anzuschließen. Dafür beantragte und erhielt er am 22.07.2003 eine so genannte "Baufreigabe" des Beklagten. Die Baufreigabe enthielt keine Zusage einer bestimmten Zuwendung, sondern lediglich den Verzicht auf den Einwand des vorzeitigen Baubeginns.

In den Jahren 2003/2004 wurden die Baumaßnahmen mit Gesamtkosten von rund 1,2 Mio. € durchgeführt. Mit Bewilligungsbescheid vom 28.03.2007 gewährte der Beklagte dafür eine staatliche Förderung in Höhe von 513.160,42 €. Der Bescheid geht von zuwendungsfähigen Kosten in Höhe von 971.159 € und einem Fördersatz von 52,84 % aus. Er verweist auf die aus dem Jahr 2005 stammenden Richtlinien für Zuwendungen zu wasserwirtschaftlichen Vorhaben (RZWas 2005) und auf die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften (ANBest-K 2005). Diese sehen in Nr. 2.1 ANBest-K 2005 eine Regelung vor, wonach sich die Zuwendung reduziert, wenn sich "nach der Bewilligung die in dem Finanzierungsplan veranschlagten zuwendungsfähigen Ausgaben ermäßigen".

Eine Überprüfung durch den Bayerischen Obersten Rechnungshof führte ausweislich des Prüfberichts vom 07.04.2008 zu mehreren Beanstandungen, die insbesondere die Festlegung der Fördersatzhöhe, die Berücksichtigung der Mehrwertsteuer und die Förderung der Baukosten eines Löschteichs betrafen. Daraufhin stellte der Beklagte mit Rückforderungs- und Rücknahmebescheid vom 08.04.2009 fest, dass der Bewilligungsbescheid teilweise erloschen sei. Die Höhe der Zuweisung werde nunmehr auf 402.735,05 € festgesetzt, weswegen der Kläger einen Betrag von 110.425,37 € zurückzuerstatten habe. Zu Recht?

Der Kläger könnte als Zuwendungsempfänger nach Art. 49a I 1 BayVwVfG verpflichtet sein, bereits erbrachte Leistungen zu erstatten. Danach sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen worden oder infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist.

## I. Teilunwirksamkeit aufgrund einer auflösenden Bedingung

In Betracht kommt hier ein teilweises Erlöschen des Zuwendungsbescheides wegen des Eintritts einer auflösenden Bedingung nach Nr. 2.1 ANBest-K 2005 vorgesehen ist.

### 1. Begriff Bedingung

„Eine **Bedingung** wird nach Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG dadurch charakterisiert, dass sie den Eintritt oder den Wegfall einer Vergünstigung oder Belastung von dem **ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses** abhängig macht.

Unter den Begriff des **Ereignisses** fallen **nur von der Außenwelt wahrnehmbare Handlungen, Erklärungen oder Geschehnisse**. Für ein Ereignis ist im allgemeinen Sprachgebrauch kennzeichnend, dass es erlebt, gehört, gesehen, mit anderen Worten durch Wahrnehmung erfasst werden kann. Dass es sich bei dem in Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG genannten "Ereignis" um einen **empirisch nachprüfbaren Vorgang** handeln muss, legt auch der semantische Zusammenhang zum "Eintritt" des Ereignisses nahe, der den Zeitpunkt bestimmt, ab dem der Verwaltungsakt einen anderen Regelungsgehalt erhält. Da das **künftige ungewisse Ereignis** kraft Gesetzes **ohne weiteren Zwischenschritt einen Rechtsverlust** oder einen Rechtsgewinn herbeiführt, muss sein Eintritt auch aus Gründen der Rechtssicherheit für alle Beteiligten - für den Adressaten des Bescheids, für die Behörde und ggf. für Dritte - gleichermaßen ohne Weiteres erfassbar sein. Dies ist bei äußeren, zur allgemeinen Erfahrungswelt gehörenden Tatsachen der Fall, nicht hingegen bei nur zur Gedankenwelt eines Beteiligten gehörenden Vorstellungen.“ (BVerwG aaO.)

## 2. Vorliegen einer Bedingung

Fraglich ist, ob sich nach diesen Voraussetzungen die in Nr. 2.1 ANBest-K 2005 enthaltene Nebenbestimmung als auflösende Bedingung im Sinne des Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG qualifizieren lässt.

### a) Kein empirisch wahrnehmbares Geschehen

*„Hierfür kann zwar ins Feld geführt werden, dass durch die Formulierung **„ermäßigt sich“** ein **Automatismus** zwischen dem Rückgang der zuwendungsfähigen Ausgaben und dem Rückgang der Zuwendung nahegelegt wird. Ein solcher Automatismus zwischen dem Eintritt eines künftigen Ereignisses und einer Veränderung des Regelungsgehalts des Verwaltungsaktes prägt auch die Bedingung im Sinne des Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG.*

*Gegen ein solches Verständnis der Nr. 2.1 ANBest-K 2005 als Bedingung spricht aber entscheidend, dass in dieser Klausel **kein die Bedingung auslösendes Ereignis** benannt wird. Versteht man den Begriff des Ereignisses im Sinne des Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG als ein **empirisch wahrnehmbares Geschehen**, dann vermittelt zwar die Formulierung „Rückgang der zuwendungsfähigen Ausgaben“ das Bild eines wahrnehmbaren Vorgangs. Tatsächlich ist der Ausgabenrückgang aber anders als die bauliche Durchführung der geförderten Maßnahmen kein beobachtbares Ereignis. **Die Feststellung, dass und um wieviel die zuwendungsfähigen Ausgaben zurückgegangen sind**, beruht nicht auf der grundsätzlich allen Beteiligten gleichermaßen möglichen Wahrnehmung von Tatsachen. Insbesondere kann der Rückgang der zuwendungsfähigen Ausgaben **nicht auf einfache Weise durch Sichtung und Addition der im Zusammenhang mit der geförderten Maßnahme eingegangenen Abrechnungsbelege** gewonnen werden. Denn bei jedem Einzelbeleg muss eine förderrechtliche Bewertung, ob und inwieweit eine tatsächlich getätigte Ausgabe zuwendungsfähig ist, hinzukommen. Erst dann können die getätigten zuwendungsfähigen Ausgaben addiert und mit den veranschlagten zuwendungsfähigen Ausgaben verglichen werden.*

***Das für eine Bedingung unabdingbare „Ereignis“** kann auch nicht durch Auslegung der Klausel ermittelt werden. Denkbar wäre, dabei auf wahrnehmbare Ereignisse abzustellen, die - wie die Berechnung des Zuwendungsempfängers, der Schlussbescheid der Bewilligungsbehörde oder der Prüfbericht eines Rechnungshofs - dem „Rückgang der zuwendungsfähigen Ausgaben“ nachfolgen. Allerdings enthält die Nr. 2.1 ANBest-K 2005 keinerlei Hinweis darauf, dass es für die „Ermäßigung“ der Zuwendung auf die vom Zuwendungsempfänger, von der Bewilligungsbehörde oder von einem Prüfer subjektiv für richtig gehaltene Rechtsanwendung ankommen soll. Keiner der Akteure wird in der Nebenbestimmung genannt und für maßgeblich erklärt. Insbesondere tritt aus der Regelung **nicht erkennbar der Wille hervor**, dass auch eine **rechtlich vielleicht fehlerhafte „Schlussberechnung“** der Bewilligungsbehörde, sobald sie abgegeben wird, als auflösendes Ereignis den Umfang der Zuwendung bestimmen soll.“ (BVerwG aaO.)*

Damit stellt die rechtliche Neubewertung des Zuwendungsfalles durch die Bewilligungsbehörde kein für den Eintritt der Rechtsänderung taugliches Ereignis im Sinne des Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG dar. Es handelt sich um einen rein inneren Vorgang und nicht - wie von Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG gefordert - um ein von der Außenwelt erfassbares Ereignis.

### b) Kein zukünftiges Ereignis

*„Eine **rein interne Neubewertung** kann daher schon aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit nicht im Sinne des Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG Anknüpfungspunkt einer Änderung der im Bewilligungsbescheid geregelten Zuwendungshöhe sein. Die ...Bedingung [muss] auf ein **ungewisses künftiges Ereignis** Bezug nehmen. Maßgeblich ist dabei die zeitliche Perspektive bei Erlass des Bescheides. Das ungewisse zukünftige Ereignis muss **nach Bescheiderlass** eintreten (Urteil vom 08.03.1990 - 3 C 15.84 - BVerwGE 85, 24 [27]). Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG lässt es nach seinem eindeutigen Wortlaut nicht zu, dass die Wirksamkeit des Bescheides von vergangenen Ereignissen abhängig gemacht wird. Die rechtliche Bewertung von vor Erlass des Bescheides eingetretenen Umständen soll gerade im Verwaltungsakt selbst erfolgen. Das Instrument der Bedingung dient nicht dazu, der Behörde die **Möglichkeit zu verschaffen, die rechtliche Bewertung abgeschlossener Sachverhalte offen zu lassen** oder einer zukünftigen rechtlichen (Neu-)Bewertung vorzubehalten. Daher hat die Rechtsprechung Überprüfungs-vorbehalte in Bezug auf abgeschlossene Sachverhalte nie als Bedingung angesehen (Urteil vom 14.04.1983 - 3 C 8.82 - BVerwG 67, 99 [102]; BSG, Urteile vom 11.06.1987 - 7 RAR 105/85 - BSGE 62, 32 = juris Rn. 32 und vom 25.06.1998 - B 7 AL 126/95 R - BSGE 82, 183 = juris Rn. 31).“ (BVerwG aaO.)*

### c) Umgehung der Rücknahmevorschriften

Zudem würde die Anerkennung eines behördlichen Neubewertungsschreibens als auflösende Bedingung auch eine unzulässige **Umgehung der Art. 43 II, Art. 48 I BayVwVfG** bewirken.

„Denn das Verwaltungsverfahrensgesetz hat in den Vorschriften über die Bestandskraft und die **Rücknahme von Verwaltungsakten** für den Fall, dass sich ein Verwaltungsakt **bei erneuter rechtlicher Bewertung durch die zuständige Behörde** als rechtswidrig erweist, ein austariertes Regelungssystem geschaffen, das den Prinzipien der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit gleichermaßen Rechnung trägt.

Ein **wesentliches Element** dieser Regelung besteht nach Art. 43 II BayVwVfG darin, dass rechtswidrige Verwaltungsakte gleichwohl **aus Gründen der Rechtssicherheit** vorerst wirksam bleiben und nicht im Sinne einer auflösenden Bedingung ab Erkenntnis der Rechtswidrigkeit hinfällig sind. Die Behörde muss, um die Wirksamkeit des für rechtswidrig gehaltenen Verwaltungsakts zu beseitigen, **nach Anhörung des Betroffenen** eine **Ermessensentscheidung** über das "Ob" und "Wie" einer Rücknahme treffen und dabei neben dem Interesse an der Herstellung gesetzmäßiger Zustände auch das Interesse des Betroffenen am Erhalt der Zuwendung berücksichtigen. Dabei spielt naturgemäß die Frage eine Rolle, ob die Gründe für die Rechtswidrigkeit in der Sphäre des Betroffenen oder in der Sphäre der Behörde liegen. Außerdem räumt das Gesetz - wie die Jahresfrist des Art. 48 IV BayVwVfG zeigt - dem Grundsatz der Rechtssicherheit besonderes Gewicht ein, wenn die zu beurteilenden Umstände und die Rechtswidrigkeit der Behörde seit mehr als einem Jahr bekannt sind.

Eine Umgehung der Art. 43 II, Art. 48 BayVwVfG kann auch **nicht mit der Sondersituation von Zuwendungen des Staates an andere öffentlich-rechtliche Körperschaften gerechtfertigt** werden. Es trifft zwar zu, dass öffentlich-rechtliche Körperschaften aufgrund der eigenen Bindung an Recht und Gesetz sich grundsätzlich bei Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nicht auf die besonderen Vertrauensschutzbestimmungen des Art. 48 BayVwVfG berufen können (vgl. Urteil vom 27.04.2006 - 3 C 23.05 - BVerwGE 126, 7 Rn. 24). Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie kein Interesse an einer verlässlichen und bestandssicheren Entscheidung des staatlichen Zuwendungsgebers haben. Vielmehr müssen auch Gemeinden, Zweckverbände und andere öffentlich-rechtliche Zuwendungsempfänger mit den ihnen zugewiesenen Mitteln kalkulieren und sich auf eine staatlicherseits verbindlich zugesagte Finanzierung verlassen können (vgl. Urteil vom 27.04.2006 - 3 C 23.05 - BVerwGE 126, 7 Rn. 25). Es liegt daher keine Lage vor, die eine völlige Außerachtlassung der im Gesetz vorgesehenen Bestandskraft- und Rücknahmeregelungen der Art. 43 II, Art. 48 I 1 BayVwVfG rechtfertigen würde.“ (BVerwG aaO.)

Damit stand der Zuwendungsbescheid nicht unter einer auflösenden Bedingung, nach deren Eintritt dieser teilweise unwirksam geworden ist, so dass die Zuwendung nicht aus diesem Grund teilweise zu Unrecht erfolgt ist.

## II. Teilrücknahme des Zuwendungsbescheides

Der Zuwendungsbescheid könnte aber von dem Beklagten nach Art. 48 I BayVwVfG teilweise zurückgenommen worden sein. In Bezug auf das Mehrwertsteuerproblem, die Löschteichförderung sowie die Festlegung der Fördersatzhöhe

### 1. Rücknahme wegen nicht Zuwendungsfähigkeit der Mehrwert sowie des Löschteichs

Fraglich ist jedoch, ob diesbezüglich überhaupt ein entsprechender Rücknahmeverwaltungsakt vorliegt.

„Der Rückforderungs- und Rücknahmebescheid vom 08.04.2009 kann nicht dahingehend verstanden werden, dass die Behörde den **Bewilligungsbescheid hilfsweise im Ganzen zurückgenommen** hat. Vielmehr spricht bereits der Tenor des Bescheides von einem **teilweisen Erlöschen** und einer teilweisen Rücknahme. Hinsichtlich der Umsatzsteuerbeträge und der Förderung des Löschwasserteichs wird der **Eintritt der auflösenden Bedingung angenommen** und allein Art. 49a I 1 BayVwVfG als Rechtsgrundlage benannt. Diesbezüglich ist der Bewilligungsbescheid somit nicht zurückgenommen worden.“ (BVerwG aaO.)

Darüber hinaus stellt das BVerwG klar, dass die Förderung des Löschwasserteichs nicht als rechtswidrig einzustufen ist.

„Allerdings ist nicht entscheidend, dass der Wortlaut der Förderrichtlinie hinsichtlich der förderfähigen Vorhaben weit gefasst ist und dass die Formulierung "Vorhaben zur Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung" in Nr. 2.2 RZWas 2005 (selbständige) Löschwassereinrichtungen nicht explizit ausschließt. **Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften** unterliegen keiner eigenständigen Auslegung wie Rechtsnormen. Entscheidend ist vielmehr, wie die zuständigen Behörden die Verwaltungsvorschrift im maßgeblichen Zeitpunkt **in ständiger Praxis gehandhabt** haben und in welchem Umfang sie infolgedessen an den **Gleichheitssatz** (Art. 3 I GG) gebunden sind (vgl. Urteil vom 17.01.1996 - 11 C 5.95 - Buchholz 451.55 Subventionsrecht Nr. 101; st. Rspr.). Daher kann die Förderung eines Löschwasserteichs gleichheitswidrig sein, wenn selbstständige Löschwassereinrichtungen aufgrund einer ständigen Behördenpraxis generell nicht gefördert werden.

Die **Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes** setzt aber zudem voraus, dass im Einzelfall **keine sachlichen Gründe für das Abweichen** von dieser Behördenpraxis bestehen (Urteile vom 18.05.1990 - 8 C 48.88 - BVerwGE 85, 163 [167] und vom 25.04.2012 - 8 C 18.11 - BVerwGE 143, 50 Rn. 32).

Nach dem vom Berufungsgericht nicht in Zweifel gezogenen Vorbringen des Klägers erfolgte die **Aufnahme des Löschwasserteichs** in die **Antragsunterlagen in Absprache mit der Bewilligungsbehörde**. Sie diene dem Zweck, Mehrkosten zu vermeiden, die durch eine in das Trinkwassernetz integrierte Löschwasserversorgung eingetreten und als solche zuwendungsfähig gewesen wären. War aber mit dem Bau der selbständigen Löschwassereinrichtung eine erhebliche Kostenersparnis verbunden, so ist dies als sachlicher Grund für eine ausnahmsweise Förderung anzusehen. Daher liegt in der Förderung des Löschwasserteichs kein zur Rücknahme berechtigender Gleichheitsverstoß.“ (BVerwG aaO.)

## 2. Rücknahme hinsichtlich der im Bewilligungsbescheid festgesetzten Fördersatzhöhe

Die erfolgte Teilrücknahme bezieht sich auf die im Bewilligungsbescheid festgesetzte Fördersatzhöhe. Insofern liegt also ein Rücknahmebescheid vor. Fraglich ist jedoch, ob dieser einer rechtlichen Prüfung standhält.

### a) Teilrechtswidrigkeit des Zuwendungsbescheides

Die Rücknahme erfolgte, weil die dem Bewilligungsbescheid zugrunde liegende Berechnung der Fördersatzhöhe von 52,84 % rechtsfehlerhaft war.

„Diese Fördersatzhöhe ist darauf zurückzuführen, dass die Bewilligungsbehörde bei der Ermittlung des Fördersatzes die **Angaben des Klägers im Zusammenhang mit der Baufreigabe** zugrunde legte. Der Bayerische Oberste Rechnungshof weist mit Recht darauf hin, dass diese Angaben im vorliegenden Fall nicht maßgeblich sein können. Im Baufreigabeschreiben vom 22.07.2003 wurde unter Ziffer 3 ausdrücklich erklärt, dass damit keine Zusicherung einer späteren Zuwendung verbunden sei und dass **für eine etwaige künftige Förderung ausschließlich die dann geltenden Zuwendungsrichtlinien maßgeblich** seien. Demzufolge hätte bei der Festlegung des Fördersatzes im nachfolgenden Bewilligungsbescheid vom 28.03.2007 die Fördersatzhöhe auf der Grundlage der Nr. 5.4.1 RZWas 2005 i.V.m. Nr. 3.1 der Anlage 2a zur RZWas 2005 und der festgestellten zuwendungsfähigen Ausgaben erfolgen müssen. Dann hätte sich ein niedrigerer Fördersatz ergeben.“ (BVerwG aaO.)

### b) Ermessensausübung

Allerdings steht die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes wie hier des Zuwendungsbescheides nach § 48 I 1 BayVwVfG im Ermessen der Behörde. Insofern müsste der Beklagte sein Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt haben.

„Im Rücknahme- und Rückforderungsbescheid vom 08.04.2009 wird zur Ausübung des Rücknahmeermessens lediglich **formelhaft ausgeführt**, dass **keine Besonderheiten** vorlägen und somit im Hinblick auf eine **Gleichbehandlung** mit anderen Fördervorhaben die Rückforderung der Zuwendung gerechtfertigt sei. Ergänzend hat der Beklagte in seinem Erläuterungsschreiben vom 29.01.2013 ausgeführt, dass ein **Fall "intendierten" Ermessens** vorliege und dass **kein atypischer Sachverhalt** gegeben sei.

Damit hat der Beklagte das ihm nach Art. 48 I 1 BayVwVfG zustehende Ermessen nicht ausgeschöpft. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach § 48 I 1 VwVfG **grundsätzlich kein Fall intendierten Ermessens** vor. Die Prinzipien der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** und der **Bestandskraft von Verwaltungsakten** stehen vielmehr **gleichberechtigt nebeneinander**, sofern dem anzuwendenden Fachrecht nicht ausnahmsweise eine andere Wertung zu entnehmen ist (Urteile vom 25.09.1992 - 8 C 68.90 u.a. - BVerwGE 91, 82 [90], vom 23.10.2007 - 1 C 10.07 - BVerwGE 129, 367 Rn. 32 und Beschluss vom 07.07.2004 - 6 C 24.03 - BVerwGE 121, 226 [230 f.]). Dies gilt auch, wenn sich der Betroffene nicht auf Vertrauensschutz berufen kann (Urteil vom 14.03.2013 - 5 C 10.12 - Buchholz 435.12 § 45 SGB X Nr. 15 Rn. 29). Im Bereich des hier einschlägigen Zuwendungsrechts ist keine gesetzliche Wertung ersichtlich, die das in Art. 48 I 1 BayVwVfG gewährte Ermessen einschränken würde. Der von der Beklagten angeführte **haushaltsrechtliche Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit** der öffentlichen Verwaltung **allein genügt dafür nicht** (Urteile vom 19.02.2009 - 8 C 4.08 - juris Rn. 46 und vom 14.03.2013 - 5 C 10.12 - Buchholz 435.12 § 45 SGB X Nr. 15 Rn. 40), so dass der formelhafte Verweis hierauf die geschuldete Ermessensausübung nicht zu ersetzen vermag.“ (BVerwG aaO.)

Die Teilrücknahme des Zuwendungsbescheides hinsichtlich des Fördersatzes ist daher ermessenfehlerhaft und somit rechtswidrig. Der Kläger ist zur Erstattung auf der Grundlage dieses Bescheides nicht verpflichtet.

1. Unter einer Identitätsfeststellung wird die **Erhebung und Überprüfung** derjenigen **Persone** **n** **einer Person** verstanden, aus denen sich die Identität des Betroffenen ergibt.
2. Eine **erkennungsdienstliche Behandlung mit dem primären Ziel der Identitätsfeststellung** ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur dann zulässig, wenn andere Mittel zur Feststellung der Identität nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten angewendet werden könnten (ultima ratio).
3. Eine erkennungsdienstliche Behandlung gegenüber Verdächtigen kann nicht auf eine **von den konkreten Umständen des Einzelfalles losgelöste kriminalistische Hypothese** oder eine ausschließlich auf allgemeiner Erfahrung beruhende Verdächtigung ohne Beleg etwa durch Umstände eines zurückliegenden konkreten Einzelfalles gestützt werden.
4. Die Datenerhebung nach § 26 BPolG verlangt nicht nur eine Gefahrenlage, sondern eine **erhebliche Gefahr** und damit eine **hinreichend konkretisierte Gefahr**.
5. § 26 BPolG sind nicht gezielte und isolierte Aufnahmen jeder einzelnen Person gedeckt. Zudem sind die Aufnahmen **auf den wahrscheinlichen Täterkreis zu beschränken**. Bereits das pauschale Aufnehmen aller Teilnehmer einer Ansammlung ist danach unzulässig.

**Fall:** Der Kläger begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit bundespolizeilicher Maßnahmen.

Am Abend des 30.11.2012 fand in Düsseldorf das Bundesligaspiel zwischen Fortuna Düsseldorf und Eintracht Frankfurt statt. Bereits im Vorfeld des Spiels war es im Rahmen der Fanreise zu Gewalttätigkeiten und Ausschreitungen sogenannter Problemfans aus Frankfurt unter anderem in Zügen der Deutschen Bahn (DB) gekommen. Die Landespolizei Düsseldorf setzte nach Spielende Shuttle-Busse ein, die die Frankfurter Fans zum Düsseldorfer Hauptbahnhof brachten und führte die Fans zum Eingang des Bahnhofsgebäudes.

Im Hauptbahnhof wurden die Fans durch die Bundespolizei aufgefordert, einzeln ihren Ausweis so hochzuhalten, dass das Gesicht eines jeden einzelnen Fans zusammen mit seinem Ausweis videofotografiert werden konnte. Diese Maßnahme wurde auch beim Kläger durchgeführt. Die Bundespolizei begründete die Anordnung mit zu erwartenden Ausschreitungen im Bereich der Bahnanlagen durch abreisende Frankfurter Fans. Der Kläger hat gegen diese Maßnahme der Bundespolizei Klage erhoben und will festgestellt wissen, dass es sich um eine rechtswidrige Identitätsfeststellung und um eine rechtswidrige erkennungsdienstliche Behandlung gehandelt habe. Denn er selbst habe sich – was zutrifft - noch nie an Ausschreitungen beteiligt und den Bahnhof an diesem Abend auch gar nicht aufsuchen wollen. Wird die Klage Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit der Klage

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

Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Hier handelt es sich um präventivpolizeiliche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr, so dass das Polizeirecht einschlägig ist, welches Träger öffentlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet. Da auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO damit eröffnet.

### 2. Statthafte Klageart

Die Klage könnte als Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO statthaft sein.

*„Die von Beamten der Beklagten durchgeführte Maßnahme stellt **eine sich kurzfristig erledigende polizeiliche Maßnahme** dar, die in das Grundrecht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG eingegriffen hat.“ (VG Köln aaO.)*

### 3. Berechtigtes Feststellungsinteresse

Der Kläger müsse aber auch an der begehrten Feststellung ein berechtigtes Interesse haben. Hierfür sind verschiedene Fallgruppen anerkannt.

### a) Wiederholungsgefahr und Rehabilitationsinteresse

„[Eine] hinreichend konkrete **Wiederholungsgefahr** [ist] hier ebenso wenig erkennbar, wie ein **Rehabilitationsinteresse**, da dergleichen bereits nicht konkret dargelegt wurde.“ (VG Köln aaO.)

### b) Garantie effektiven Rechtsschutzes

„In Fällen der vorliegenden Art, in denen Feststellungsbegehren **polizeiliche Maßnahmen in grundrechtlich geschützten Bereichen** zum Gegenstand haben, das Feststellungsinteresse und damit die verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit des polizeilichen Handelns zu verneinen, würde einen rechtsfreien Raum eröffnen, der mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit aus Art. 20 III GG und dem durch Art. 19 IV GG garantierten **Anspruch auf effektiven Rechtsschutz** nicht zu vereinbaren wäre (vgl. dazu OVG NRW, Beschluss vom 14.09.2009 - 5 E 548/09 – [Platzverweis]; Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, 18. Auflage 2012, § 113 Rn. 145 m. w. N.)“ (VG Köln aaO.)

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht daher. Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen ohne weiteres vor. Die Klage ist zulässig.

## II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die ergriffene Maßnahme rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzte.

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Zunächst ist fraglich, auf welcher Rechtsgrundlage die Maßnahme erfolgt ist. Dies hängt davon ab, wie diese zu qualifizieren ist. Es könnte sich um erkennungsdienstliche Behandlung handeln.

„Erkennungsdienstliche Maßnahmen zielen auf die **Erfassung äußerer körperlicher Merkmale** einer Person. Die Beamten der Beklagten haben - was zwischen den Beteiligten von Anfang an unstreitig war und ist - das Gesicht des Klägers zusammen mit seinem Ausweis videofotografiert. Sie haben dadurch eine **erkennungsdienstliche Maßnahme im Sinne von § 24 III Nr. 2 BPolG** (Aufnahme von Lichtbildern einschließlich Bildaufzeichnungen) beim Kläger vorgenommen.“ (VG Köln aaO.)

### 2. Formelle Rechtswidrigkeit

Anhaltspunkte für eine formelle Rechtswidrigkeit der Maßnahme liegen nicht vor.

### 3. Materielle Rechtswidrigkeit

Es müssten auch die Handlungsvoraussetzungen vorgelegen haben. Es müsste daher der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sein und die Ermessensausübung einer Prüfung standhalten.

#### a) Erkennungsdienstliche Behandlung nach § 24 I BPolG

Nach § 24 I BPolG kann die Bundespolizei zu präventivpolizeilichen Zwecken erkennungsdienstliche Maßnahmen vornehmen, wenn eine nach § 23 I oder II BPolG zulässige **Identitätsfeststellung** auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich ist oder dies zur **Verhütung von Straftaten** im Sinne des § 12 I erforderlich ist, weil der **Betroffene verdächtig ist**, eine solche Straftat begangen zu haben und wegen der Art oder Ausführung der Tat die **Gefahr einer Wiederholung** besteht.

#### aa) Erkennungsdienstliche Maßnahmen zur Identitätsfeststellung, § 24 I Nr. 1 BPolG

Erkennungsdienstliche Maßnahmen nach § 24 I Nr. 1 BPolG müssen einer Identitätsfeststellung nach § 23 I oder II BPolG dienen, solche nach Abs. 2 verschaffen der Polizei Unterlagen, um den Betroffenen bei späteren Anlässen wiederzuerkennen.

„Sie dienen folglich dazu, der Polizei **vorsorglich** - und zwar unabhängig vom bestehenden strafprozessualen Status einer Person - ein **Hilfsmittel zur Verhütung von Straftaten zu Verfügung zu stellen**.“ (VG Köln aaO.)

**(1) Begriff der Identitätsfeststellung**

„Unter einer Identitätsfeststellung wird die **Erhebung und Überprüfung** derjenigen **Personen einer Person** verstanden, aus denen sich die Identität des Betroffenen ergibt. Die **Identität einer Person** ist vollständig und umfassend festgestellt, wenn Familienname, Vorname, Geburtsort, Geburtsdatum, Anschrift, Staatsangehörigkeit, Familienstand und ggf. Beruf aufgrund der durchgeführten Maßnahmen so feststehen, dass nennenswerte Zweifel ausgeschlossen erscheinen (vgl. dazu Drewes, Malmberg, Walter, Kommentar zum BPolG, 5. Auflage 2015, § 23 Rn. 9).“ (VG Köln aaO.)

**(2) Durchführung einer Identitätsfeststellung**

Fraglich ist aber, ob die durchgeführte Maßnahme eben einer solchen Feststellung dienen sollte.

„Eine solche **unmittelbare und sofortige Feststellung der Identität** des Betroffenen wurde nach Angaben der für den Einsatz verantwortlichen Polizeiführerin, der Zeugin POR L2., entsprechend ihrer Anordnung jedoch insgesamt **nicht vorgenommen und auch nicht bezweckt**. Die Zeugin POR L2. gab dazu auf Befragen unmissverständlich an, dass der **konkrete Name** des Ausweisinhabers **im Zeitpunkt der Maßnahme keine Rolle** gespielt habe und auch nicht festgestellt worden sei. Das betrifft auch das Herausfiltern von Problemfans; auch insoweit waren die Namen der Personen nicht relevant. Ziel der Maßnahme war danach hier vielmehr eine **vorsorgliche Erhebung und Speicherung von Daten für den Fall der Begehung von Straftaten** im Zuständigkeitsbereich der Beklagten, die aufgrund der von der Beklagten dargestellten Gesamtsituation - der Gegebenheiten bei der Anreise der Fans, insbesondere der sogenannten Problemfans, deren Verhalten in Düsseldorf sowie am und im Stadion - aus den Reihen der Frankfurter Fans erwartet wurden.“ (VG Köln aaO.)

Es wurde daher gar keine Identitätsfeststellung durchgeführt, so dass die erkennungsdienstliche Behandlung auch nicht ihr dienen konnte und somit nicht auf § 24 I Nr. 1 BPolG gestützt werden kann.

„Ergänzend sei jedoch darauf hingewiesen, dass jedenfalls eine **erkennungsdienstliche Behandlung mit dem primären Ziel der Identitätsfeststellung** aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nur dann zulässig wäre, wenn andere Mittel zur Feststellung der Identität nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten angewendet werden könnten. Erkennungsdienstliche Maßnahmen wären insofern das letzte Mittel (**ultima ratio**) zur Feststellung einer Identität und damit - entgegen der Annahme der Beklagten - gerade kein zulässiges Mittel der zeitlichen Beschleunigung.“ (VG Köln aaO.)

**bb) Erkennungsdienstliche Maßnahmen gegenüber Verdächtigen, § 24 I Nr. 1 BPolG**

Die Maßnahme könnte von § 24 I Nr. 2 BPolG gedeckt sein. Danach muss der Betroffene verdächtig sein, eine Straftat i.S.d. § 12 BPolG begangen zu haben und die Gefahr einer Wiederholung bestehen.

„Hierzu reicht eine **von den konkreten Umständen des Einzelfalles losgelöste kriminalistische Hypothese** oder eine ausschließlich auf allgemeiner Erfahrung beruhende Verdächtigung ohne Beleg etwa durch Umstände eines zurückliegenden konkreten Einzelfalles aber gerade nicht aus (vgl. Drewes, Malmberg, Walter, Kommentar zum BPolG, 5. Auflage 2015, § 24 Rn. 14.)

Zwischen den Beteiligten ist **unstreitig**, dass **hinsichtlich des Klägers keine konkreten Umstände** vorlagen, die einen solchen Tatverdacht begründeten. Demzufolge wurde hier auch keine individuell auf den Kläger bezogene Gefahrenprognose getroffen.“ (VG Köln aaO.)

**b) Datenerhebung bei öffentlichen Veranstaltungen oder Ansammlungen, § 26 BPolG**

Fraglich ist, ob die Maßnahme nicht auch als Datenerhebung bei öffentlichen Veranstaltungen oder Ansammlungen nach § 26 BPolG qualifiziert werden kann. Nach § 26 I BPolG kann die Bundespolizei bei oder **im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen oder Ansammlungen** an der Grenze oder den in § 23 I Nr. 4 bezeichneten Objekten personenbezogene Daten auch durch **Anfertigung von Bild- und Tonaufzeichnungen von Teilnehmern** erheben, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei oder im Zusammenhang mit einer solchen Veranstaltung oder Ansammlung erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit an der Grenze oder die Sicherheit der in § 23 I Nr. 4 bezeichneten Objekte entstehen.



„Die Norm **bezweckt**, durch **offene Anfertigung** entsprechender Unterlagen erhebliche **Gefahren für Schutz- und Sicherheitsobjekte** im Zuständigkeitsbereich der Bundespolizei abzuwehren und, soweit es zu entsprechenden Rechtsgutverletzungen gekommen ist, gegen hierfür verantwortliche Personen vorgehen zu können (vgl. Drewes, Malmberg, Walter, Kommentar zum BPolG, 5. Auflage 2015, § 26 Rn. 1.). Dabei verlangt § 26 BPolG anders als § 23 I Nr. 4 BPolG nicht nur eine Gefahrenlage, sondern eine **erhebliche Gefahr und damit eine hinreichend konkretisierte Gefahr** (vgl. § 14 II BPolG). Eine solche hat die Beklagte hier weder angenommen noch dargelegt.

Des Weiteren sind von § 26 BPolG **nicht gezielte und isolierte Aufnahmen jeder einzelnen Person im Rahmen einer Kontrollstelle** umfasst, wie von der Beklagten bezweckt und durchgeführt. § 26 I 2 erlaubt zwar zur Observation von Veranstaltungs- oder Ansammlungsteilnehmern auch die Anfertigung von Aufzeichnungen, die eine spätere Identifizierung von Personen zulassen. Gestattet ist danach die Anfertigung von Lichtbildern bzw. Bild- und Tonaufzeichnungen auch dann, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden. Dritte im Sinne dieser Vorschrift sind alle Personen, bei denen die materiell-rechtlichen Voraussetzungen zur Durchführung entsprechender Datenerhebungen nach Abs. 1 nicht vorliegen. Diese dürfen aber nur dann betroffen sein, wenn dies unvermeidbar ist. Danach sind die Aufnahmen auf den wahrscheinlichen Täterkreis zu beschränken. Bereits das pauschale Aufnehmen aller Teilnehmer einer Ansammlung ist danach unzulässig (vgl. Drewes, Malmberg, Walter, Kommentar zum BPolG, 5. Auflage 2015, § 26 Rn. 1, 18.“ (VG Köln aaO.)

Mithin war die Maßnahme der Beklagten auch nicht von § 26 BPolG gedeckt.

### III. Ergebnis

Die Maßnahme war gegenüber dem Kläger rechtswidrig und hat ihn in seinen Rechten verletzt. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet.

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** **Vertragswidrigkeit eines Werkes** **SR BT**  
**§ 633** **Sachmangel auch ohne Beeinträchtigung von Wert oder Gebrauchstauglichkeit**  
 (BGH in NJW-RR 2015, 1300; Beschluss vom 30.07.2015 – VII ZR 70/14)

Ein **Sachmangel** liegt nach § 633 II 1 BGB – und Entsprechendes gilt für § 13 Nr. 1 VOB/B (2002) – auch dann vor, wenn eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit **nicht zu einer Beeinträchtigung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit des Werks** führt

**Fall:** Die Kl. macht gegenüber den Bekl. Mängelansprüche aus abgetretenem Recht geltend. Anfang 2006 beauftragte die L-Grundbesitzgesellschaft die Bekl. mit der Errichtung der Außenanlagen an einem Supermarkt. Gegenstand der Auftragserteilung war unter anderem die Anlage eines Parkplatzes mit gepflasterten Stellflächen und Fahrspuren. Die Vertragsparteien vereinbarten die Anwendung der VOB/B.

Im Rahmen der Pflasterarbeiten verwendete die Bekl. an Stelle des im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Kieses der Körnung 0/5 einen Kies der Körnung 2/5, d.h. einen Kies ohne besonders feinkörnige Anteile mit einem Durchmesser unterhalb von 2 mm. Am 15.05.2006 nahm die L das Werk der Bekl. ab. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 06.09.2006 verkaufte die L das betreffende Objekt an die Kl. Gleichzeitig trat die L alle Gewährleistungsansprüche an die Kl. ab. Im Jahr 2008 zeigten sich im Bereich der Pflasterarbeiten, vor allem an den besonders belasteten Stellen (Fahrspuren), Mangelsymptome unter anderem in Form loser Pflastersteine. Eine umfassende Mangelbeseitigung nahm die Bekl. auch nach erfolgter Mangelrüge und Fristsetzung seitens der Kl. nicht vor. Die Kl. hat im Jahr 2011 die Fahrspuren, nicht hingegen die Stellplätze, durch einen Drittunternehmer sanieren und außerdem Plattendruckversuche durchführen lassen. Hierdurch entstanden Kosten in Höhe von insgesamt 71.921,94 € netto. Die Sanierung der Stellplätze wird 55.419 € kosten. Die Kl. nimmt die Bekl. auf Schadensersatz in Anspruch. Zu Recht?

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 BGB haben. Dies setzt jedoch voraus, dass das erstellte Werk mangelhaft ist. Die Mangelhaftigkeit könnte sich daraus ergeben, dass die Bekl. im Rahmen der Pflasterarbeiten anders als vertraglich vereinbart Kies mit einer Körnung 2/5 statt einer Körnung 0/5 verwandt hat.

„Ein **Sachmangel** liegt nach § 633 II 1 BGB – und Entsprechendes gilt für § 13 Nr. 1 VOB/B (2002) – auch dann vor, wenn eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit **nicht zu einer Beeinträchtigung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit des Werks** führt (vgl. Kniffka/Kniffka, *ibr-online-Komm. Bauvertragsrecht*, Stand 28.07.2015, § 633 BGB Rn. 40 u. 45; BeckOGK/Schmidt, BGB, Stand 03.11.2014, § 633 Rn. 98). Eine Einschränkung des Fehlerbegriffs, wie sie in § 633 I letzter Hs. BGB a.F. enthalten ist, ist in § 633 II 1 BGB entfallen. Wirkt sich eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit **nicht oder nur in geringem Maße nachteilig** aus, kann dies zwar die Prüfung veranlassen, ob Mängelansprüchen des Bestellers der Einwand entgegensteht, der **Mängelbeseitigungsaufwand sei unverhältnismäßig** (so schon BGHZ 198, 150 = NJW 2013, 3297 = NZBau 2013, 693 zu § 633 II Rn. 15 BGB a.F.). An dem Vorliegen eines Mangels in derartigen Fällen ändert dies allerdings nichts.“ (BGH aaO.)

**BGB** **Bevollmächtigung bei Kündigungen** **ArbeitsR**  
**§ 174** **Fortgeltung einer zuvor vorgelegten Vollmacht**  
 (BAG in BB 2015, 3068; Urteil vom 24.09.2015 – 6 AZR 492/14)

1. Der Erklärungsempfänger ist i.S.v. § 174 S. 2 BGB von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt, wenn eine **früher vorgelegte**, den Anforderungen des § 174 S. 1 BGB genügende **Vollmacht** sich auch auf das später vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft erstreckt, etwa auf eine Folgekündigung, sofern dem Erklärungsempfänger nicht zwischenzeitlich vom Vollmachtgeber das Erlöschen der Vollmacht angezeigt worden ist.
2. Bei einseitigen Rechtsgeschäften genügt es – im Gegensatz zu zweiseitigen Rechtsgeschäften – für den Nachweis i.S.v. § 174 S. 1 BGB **grundsätzlich nicht**, dass für ein **früheres einseitiges Rechtsgeschäft** eine Vollmacht vorgelegt war.
3. Ein Inkennntnissetzen i.S.v. § 174 S. 2 BGB liegt auch vor, wenn einem **früheren einseitigen Rechtsgeschäft** eine Vollmacht beigelegt war, wenn daraus für den Empfänger deutlich wird, dass sie sich auch **auf das spätere einseitige Rechtsgeschäft erstreckt**, und wenn sie nicht zwischenzeitlich widerrufen ist. § 174 BGB schützt den Empfänger nicht davor, dass er der Mitteilung über die Vertretungsverhältnisse keinen Glauben schenkt, sondern will ihm nur die Nachforschung darüber ersparen. Bei Zweifeln hinsichtlich der Vertretungsmacht kann er gem. § 180 BGB deren Fehlen rügen.

**BGB** **Teilunmöglichkeit** **SR BT**  
**§§ 326 I, 634, 638** **Unzureichende Fußbodenheizung in einzelnen Räumen**  
 (OLG München in NJW-RR 2015, 1430; Urteil vom 10.02.2015 – 9 U 2902/14)

**Fall:** Die Kl. nimmt die Bekl. auf restlichen Werklohn für Heizungsarbeiten in Anspruch. Die Bekl. beruft sich auf die Mangelhaftigkeit des Werkes. Für die Ausführung der Fußbodenheizung war für das Kinderzimmer im Dachgeschoß eine Innenraumtemperatur

von 23 Grad Celsius bei einer Außentemperatur von minus 16 Grad Celsius als Sollbeschaffenheit vereinbart. Diese Heizwerte werden jedoch nicht erreicht. Der gerichtlich bestellte Sachverständige hat festgestellt, dass es keine Fußbodenheizung gibt, die die gewünschte Raumtemperatur erreichen kann. Eine derartige Flächenheizung könne allenfalls eine Raumtemperatur von 20 Grad Celsius erreichen. Die vereinbarte Heizleistung könne nur durch eine weitere statische Heizfläche erreicht werden.

**I. Vorliegen von Unmöglichkeit**

Es könnte hier Unmöglichkeit im Sinne von § 275 I 2. Fall BGB vorliegen.

„**Selbst bei optimaler Ausführung und Einstellung** der vorhandenen Anlage kann nicht die vereinbarte Raumtemperatur erreicht werden. Da dieses Problem nur die Wohnräume im Dachgeschoss betrifft, nicht jedoch auch die übrigen Stockwerke und die Leistungen der Kl. im Übrigen, handelt es sich bezogen auf das gesamte Vertragsverhältnis um eine **Teilunmöglichkeit**.“ (OLG München aaO.)

**II. Rechtsfolgen der Unmöglichkeit**

„Die Folge der Unmöglichkeit ist das **Entfallen des Erfüllungsanspruchs** und damit ebenso des Nacherfüllungsanspruchs“ (so wörtlich BGHZ 201, 148 = NJW 2014, 3365 = DS 2014, 187 = NZBau 2014, 492 = NZM 2014, 645 = ZfBR 2014, 560 Rn. 24; §§ 634 Nr. 1, 635 BGB) sowie **teilweise des Werklohnanspruchs** der Kl. (§ 326 I 1 BGB). Dieser Sachverhalt begründet zugleich tatsächliche „Umstände nach denen eine Erfüllung des Vertrags nicht mehr in Betracht kommt“ (so wörtlich Leitsatz BGH, NJW 2011, 1224 = NZBau 2011, 310 = NZM 2012, 92 = ZfBR 2011, 461) und lässt ein Abrechnungsverhältnis entstehen, in dem der eingeklagte **Restwerklohn** auch **ohne Abnahme und ohne Abnahmereife fällig** wird.“ (OLG München aaO.)

**III. Minderung bei Teilunmöglichkeit**

„Nach §§ 326 I 1, 441 III BGB ist bei der Teilunmöglichkeit der **Minderungsbetrag zu schätzen** und die **Erklärung der Minderung** durch den Auftraggeber **nicht erforderlich** (wie etwa bei einer Minderung nach § 638 BGB). Wegen der fehlenden Möglichkeit, den Mangel zu beseitigen, kann die Minderung **nicht an der Höhe der Mängelbeseitigungskosten** orientiert werden (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. 2015, Rn. 2194). Legt man zu Grunde, dass die Kl. rund 600 qm Fußbodenheizung für rund 50.000 € brutto ausgeführt hat und dass das Kinderzimmer eine Fläche von 50 qm aufweise, würde auf das Kinderzimmer ein Herstellungsbetrag von 4.166 € entfallen. Unterstellt man zu Gunsten der Bekl., dass während der Hälfte der Heizperiode negative Außentemperaturen herrschen, so dass die ungenügende Wärmeleistung der Fußbodenheizung im Kinderzimmer eine Rolle spielt, würde der anteilige Minderungsbetrag maximal 2.083 € betragen. Dies würde aber voraussetzen, dass eine Minderung auf 0 in der Hälfte der Heizperiode angemessen erscheint. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden, weil die Fußbodenheizung unstreitig mindestens eine Innentemperatur von 17 Grad Celsius erreicht (streitig ist, ob sie darüber hinausgehend eine Innenraumtemperatur von 20 Grad Celsius erreicht). Demzufolge erscheint eine Minderung auf 0 % nicht angemessen, sondern – zu Gunsten der Bekl. – eine solche auf 50 % zutreffend. Dann würde sich ein Minderungsbetrag von rund 1.000 € für das Kinderzimmer ergeben.“ (OLG München aaO.)

AGG  
§ 22

**Altersdiskriminierung**  
**Unwirksamkeit einer Kündigung auch im Kleinbetrieb**  
(BAG in MDR 2016, 37; Urteil vom 23.07.2015 – 6 AZR 457/14)

ArbeitsR

1. Die **Erwähnung der „Pensionsberechtigung“** des betroffenen Arbeitnehmers in einer Kündigungserklärung des Arbeitgebers kann eine **unmittelbare Benachteiligung wegen des Lebensalters** nach § 22 AGG vermuten lassen.
2. Zur Widerlegung der Vermutung ist die Darlegung und gegebenenfalls der Vollbeweis von Tatsachen erforderlich, aus denen sich ergibt, dass es **ausschließlich andere Gründe** waren als das Alter, die zu der Kündigung geführt haben.
3. Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, die Vermutung zu widerlegen, ist die **Kündigung unwirksam**, wenn die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nicht gemäß § 10 oder § 8 AGG zulässig ist. Dies folgt im Kleinbetrieb aus § 134 BGB in Verbindung mit §§ 7 I, 1, 3 AGG.

**Fall:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung im Kleinbetrieb sowie über einen Anspruch der Kl. auf Zahlung einer Entschädigung wegen Altersdiskriminierung.

Die 1950 geborene Kl. erlernte den Beruf der medizinisch-technischen Assistentin und war ab dem 16.12.1991 bei der beklagten Gemeinschaftspraxis auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags vom 21.11.1991 als Arzthelferin angestellt.

Das Arbeitsverhältnis der Kl. kündigten die Gesellschafter der Bekl. mit Schreiben vom 24.05.2013 zum 31.12.2013. Dieses lautet auszugsweise wie folgt:

„...seit über 20 Jahren gehen wir nun beruflich gemeinsame Wege. Wir haben in dieser Zeit viel erlebt, auch manche Veränderung. Inzwischen bist Du pensionsberechtigt und auch für uns beginnt ein neuer Lebensabschnitt in der Praxis. Im kommenden Jahr kommen große Veränderungen im Laborbereich auf uns zu. Dies erfordert eine Umstrukturierung unserer Praxis. Wir kündigen deshalb das zwischen uns bestehende Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen Frist zum 31.12.2013.“

Mit ihrer Klage hat sich die Kl. gegen die Kündigung vom 24.05.2013 gewandt und ihre Weiterbeschäftigung verlangt. Die Kündigung sei wegen unzulässiger Altersdiskriminierung unwirksam. Der Wortlaut des Kündigungsschreibens lasse eine Benachteiligung wegen des Alters vermuten, da darin auf ihre „Pensionsberechtigung“ abgestellt werde.

**I. Vermutung einer Altersdiskriminierung**

„Mit dem LAG ist hier eine **unmittelbare Benachteiligung der Klägerin wegen ihres Lebensalters** und damit wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes **zu vermuten**. Das Kündigungsschreiben führt an, die Klägerin sei „inzwischen pensionsberechtigt“. Das LAG hat zutreffend ausgeführt, dass damit das **Alter der Klägerin in Bezug** genommen wird, denn mit dieser Formulierung wird offensichtlich auf die – zumindest in absehbarer Zeit – bestehende Möglichkeit der Beanspruchung gesetzlicher Altersrente hingewiesen. Diese setzt nach den §§ 35 ff. SGB VI bei jedem Tatbestand ein Mindestalter voraus. Die **Möglichkeit des Bezugs von Altersrente** ist daher **untrennbar mit dem Alter verbunden**. Das LAG hat in revisionsrechtlich nicht zu

beanstandender Weise ausgeführt, dass es unwahrscheinlich sei, dass die „Pensionsberechtigung“ und damit das Alter der Klägerin für die Kündigungsentscheidung keine Rolle gespielt habe. Durch die Verwendung des Wortes „deshalb“ im zweiten Absatz des Schreibens habe zwar wohl nur eine Verbindung zwischen der Kündigung und der Umstrukturierung der Praxis aufgrund der Veränderungen im Laborbereich hergestellt werden sollen. Gleichwohl sei nicht zu erkennen, dass der **Hinweis auf die „Pensionsberechtigung“** allein der Tatsache geschuldet gewesen sein soll, die betrieblich notwendige Kündigung freundlich und verbindlich zu formulieren. Hierfür hätte es ausgereicht die Leistungen und Verdienste der Klägerin in den Vordergrund zu rücken. Dieses Verständnis des Kündigungsschreibens begegnet keinen revisionsrechtlich relevanten Bedenken. Es entspricht vielmehr der **naheliegenden Einschätzung**, dass mit der angeführten „Pensionsberechtigung“ die **soziale Absicherung der Klägerin in den Vordergrund** gestellt werden sollte, um die mit der Kündigung verbundenen Härten für die Klägerin zu relativieren. Dies spricht dafür, dass das Lebensalter bei der Kündigungsentscheidung berücksichtigt wurde.“ (BAG aaO.)

## II. Widerlegung der Vermutung

„Bei einer wegen des Alters vermuteten Benachteiligung ist die Darlegung und ggf. der Beweis von Tatsachen erforderlich, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als das Alter, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben, und dass in dem Motivbündel das Alter keine Rolle gespielt hat (BAG v. 23.08.2012 – 8 AZR 285/11 – Rn. 34).“

Entgegen der Ansicht des LAG und der Beklagten hat der Gesetzgeber die **Möglichkeit eines (zeitnahen) Rentenbezugs** auch **nicht** nach § 10 S. 3 Nr. 5 u. 6 AGG als **generell zulässiges Differenzierungskriterium** angesehen. § 10 S. 3 Nr. 5 AGG gilt gerade nicht für Kündigungen („ohne Kündigung“). Die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung kann daher nicht herangezogen werden (vgl. zur Wirksamkeit von Altersgrenzen BAG v. 12.06.2013 – 7 AZR 917/11 – Rn. 33 f. m.w.N.). § 10 S. 3 Nr. 6 AGG bezieht sich auf die Ausgestaltung von Sozialplänen. Diese kommen nur bei einer wirksamen Kündigung zum Tragen (vgl. zu ihrer Überbrückungsfunktion BAG v. 09.12.2014 – 1 AZR 102/13 – Rn. 23, MDR 2015, 344 f. m.w.N.).

Soweit das LAG anführt, die Kündigung entspreche sogar den Anforderungen an eine nach § 1 III 1 KSchG vorzunehmende Sozialauswahl, kann dahingestellt bleiben, ob dies zutreffend ist. Die **Zulässigkeit der Berücksichtigung einer altersbedingten Rentennähe im Rahmen dieser Sozialauswahl ist umstritten** (vgl. AR/Kaiser 7. Aufl., § 1 KSchG Rn. 205 m.w.N. unter Hinweis auf § 8 I ATZG und § 41 VI SGB). Dessen ungeachtet kann aus der Vereinbarkeit einer Sozialauswahl mit den Vorgaben des § 1 III 1 KSchG nicht geschlossen werden, es liege keine unzulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters vor. Die **Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes** sind vielmehr im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit von Kündigungen zu beachten (BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 790/12 – Rn. 30 f., BAGE 147, 89 = MDR 2014, 478 f.; v. 20.06.2013 – 2 AZR 295/12 – Rn. 36 f., BAGE 145, 296 = MDR 2014, 230 f.; v. 15.12.2011 – 2 AZR 42/10 – Rn. 47, BAGE 140, 169 = MDR 2012, 857 f.; v. 06.11.2008 – 2 AZR 523/07 – Rn. 28, BAGE 128, 238 = MDR 2009, 573 f.). Außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes hat die Prüfung – wie dargelegt – ohnehin unmittelbar am Maßstab des Benachteiligungsverbots des § 7 I AGG zu erfolgen.“ (BAG aaO.)

UWG  
§§ 2, 4

### Hotelbewertungsportal Haftung des Betreibers für unwahre Tatsachenbehauptungen eines Nutzers (BGH in BB 2015, 2443; Urteil vom 13.09.2015 – I ZR 94/13)

SR BT

1. Zwischen dem **Betreiber eines Hotels** und dem Anbieter eines **Online-Reisebüros**, das mit einem Hotelbewertungsportal verknüpft ist, besteht im Hinblick auf den Betrieb des Hotelbewertungsportals ein **konkretes Wettbewerbsverhältnis** im Sinne des § 2 I Nr. 3 UWG. Zwischen der vorteilhaften Wirkung des Hotelbewertungsportals für die Attraktivität des Online-Reisebüros und dem Absatznachteil, der einem Hotelbetreiber aus einer im Bewertungsportal verzeichneten negativen Hotelbewertung zu erwachsen droht, besteht eine für die Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses **hinreichende Wechselwirkung** in dem Sinne, dass der Wettbewerb des Online-Reisebüros gefördert und derjenige des Hotelbetreibers beeinträchtigt werden kann.
2. Der Betreiber eines Hotelbewertungsportals macht sich **erkennbar von Dritten** in das Portal **eingestellte Äußerungen nicht** im Sinne des § 4 Nr. 8 UWG als Tatsachenbehauptung **zu Eigen**, wenn er die Äußerungen nicht inhaltlich-redaktionell aufbereitet oder ihren Wahrheitsgehalt überprüft, sondern die **Anwendung eines automatischen Wortfilters** sowie ggf. eine anschließende manuelle Durchsicht lediglich dem Zweck dienen, gegen die Nutzungsbedingungen verstoßende Einträge (etwa Formalbeleidigungen oder von Hotelbetreibern abgegebene Eigenbewertungen) von der Veröffentlichung auszuschließen. Eine **inhaltlich-redaktionelle Bearbeitung** stellt es mangels inhaltlicher Einflussnahme **nicht** dar, wenn die von Nutzern vergebenen „Noten“ durch die Angabe von Durchschnittswerten oder einer „Weiterempfehlungsrate“ **statistisch ausgewertet** werden.
3. Durch die Aufnahme von Äußerungen Dritter in ein Hotelbewertungsportal werden **fremde Tatsachenbehauptungen nicht** im Sinne des § 4 Nr. 8 UWG „**verbreitet**“, sofern der Betreiber des Portals seine neutrale Stellung nicht aufgibt und spezifische Prüfungspflichten nicht verletzt. Der Betreiber verlässt seine neutrale Stellung nicht, wenn er Nutzerangaben **statistisch auswertet oder einen Wortfilter** sowie ggf. eine manuelle Nachkontrolle einsetzt, um die Einhaltung der Nutzungsbedingungen sicherzustellen. **Spezifische Prüfungspflichten verletzt** der Betreiber einer Internet-Bewertungsplattform erst, wenn er – nachdem er auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen worden ist – die betroffene Angabe **nicht unverzüglich sperrt** und **keine Vorsorge trifft**, dass sie auch zukünftig unterbleibt.

(BGH in NStZ-RR 2015, 336; Beschluss vom 09.09.2015 – 4 StR 184/15)

„Des **erpresserischen Menschenraubes** macht sich schuldig, wer einen **Menschen entführt** oder **sich eines Menschen bemächtigt**, um die Sorge des Opfers um sein Wohl oder die Sorge eines Dritten um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung gem. § 253 StGB auszunutzen, oder wer die durch eine solche Handlung geschaffene Lage eines Menschen zu einer solchen Erpressung ausnutzt. Im Hinblick auf den Anwendungsbereich klassischer Delikte mit Nötigungselementen wie § 177, §§ 249 ff., §§ 253 ff. StGB ist der **Tatbestand des § 239 a I StGB im Zwei-Personen-Verhältnis allerdings, insbesondere für Fälle des Sichbemächtigens, einschränkend auszulegen.**

Der Täter muss durch eine Entführung oder in sonstiger Weise die **physische Herrschaftsgewalt über das Opfer gewinnen**, dadurch eine **stabile Bemächtigungslage schaffen** und entweder von vornherein beabsichtigen, diese Lage zu einer Erpressung auszunutzen, oder die zu anderen Zwecken hergestellte Verfügungsgewalt über das Opfer zu einer Erpressung ausnutzen. Dabei muss der **stabilisierten Bemächtigungslage** mit Blick auf die erstrebte Erpressung eine **eigenständige Bedeutung** zukommen. Damit ist – insbesondere in Abgrenzung zu den Raubdelikten – indes lediglich gemeint, dass sich über die in jeder mit Gewalt oder Drohungen verbundenen Nötigungshandlung liegende Beherrschungssituation hinaus eine **weiter gehende Drucksituation auf das Opfer gerade auch aus der stabilen Bemächtigungslage** ergeben muss. Der erforderliche funktionale Zusammenhang liegt insbesondere dann nicht vor, wenn sich der Täter des Opfers durch Nötigungsmittel bemächtigt, die zugleich unmittelbar der beabsichtigten Erpressung dienen, wenn also **Bemächtigungs- und Nötigungsmittel zusammenfallen** (vgl. BGH, Urt. v. 31.08.2006 – 3 StR 246/06 = NSZ 2007, 32 m.w.N.; v. 02.02.2012 – 3 StR 385/11 = NSZ-RR 2012, 173 [174]).“ (BGH aaO.)

(OLG Hamm in NStZ-RR 2016, 28; Beschluss vom 17.09.2015 – 1 RBs 138/15)

1. Bei der Beurteilung, ob ein Verstoß beharrlich ist, kommt es auf die **Zahl der Vorverstöße**, ihren **zeitlichen**, aber auch auf ihren **Schweregrad** an.
2. Mangelnde Rechtstreue wird sich daher eher bei gravierenden Rechtsverstößen zeigen, kommt aber **auch bei einer Vielzahl kleiner Rechtsverstöße** in Betracht.
3. Bei den sog. **Handyverstößen** handelt es sich um solche **eher leichteren Rechtsverstöße**, wobei sie aber in der Bandbreite der leichteren Rechtsverstöße eher im oberen Bereich anzusiedeln sind.
4. Erforderlich für die Annahme von **Beharrlichkeit** ist auch, dass ein **innerer Zusammenhang i.S. einer auf mangelnder Verkehrsdisziplin** beruhenden Unrechtskontinuität zwischen den Zuwiderhandlungen besteht.

**Fall:** Gegen den Betroffenen, der während der Autofahrt mit seinem Mobiltelefon telefonierte, wurde ein Fahrverbot mit der Begründung festgesetzt, dass bei 2 einschlägigen Vorbelastungen und Begehung der verfahrensgegenständlichen Tat binnen Jahresfrist eine beharrliche Verletzung der Pflichten als Kraftfahrzeugführer vorliege.

### I. Zweifaches Benutzen eines Mobiltelefons in einem 2-Jahres Zeitraum

„**Beharrliche Pflichtverletzungen** liegen vor, wenn ein Verkehrsteilnehmer durch die **wiederholte Verletzung** von Rechtsvorschriften erkennen lässt, dass es ihm an der für die Teilnahme am Straßenverkehr erforderlichen rechtstreuen Gesinnung und der **notwendigen Einsicht in zuvor begangenes Unrecht fehlt** (vgl. nur BGH, NJW 1992, 1398 und OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.04.2014 – IV – 2 RBs 37/14 = BeckRS 2014, 16347). Bei der Beurteilung, ob ein Verstoß beharrlich ist, kommt es auf die **Zahl der Vorverstöße**, ihren **zeitlichen Abstand** (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.04.2014 – IV – 2 RBs 37/14 = BeckRS 2014, 16347) aber auch auf ihren **Schweregrad** an (vgl. insoweit: BayOLGSt 2003, 132 [133]; OLG Hamm, NStZ-RR 2014, 59). Mangelnde Rechtstreue wird sich daher eher bei gravierenden Rechtsverstößen zeigen, kommt aber **auch bei einer Vielzahl kleiner Rechtsverstöße** in Betracht. Bei den sog. **Handyverstößen** handelt es sich – gemessen an ihrer Einordnung im Bußgeldkatalog (Nr. 246) mit einer vergleichsweise geringen Geldbuße – um solche **eher leichteren Rechtsverstöße**, wobei sie aber in der Bandbreite der leichteren Rechtsverstöße eher im oberen Bereich anzusiedeln sind, was sich aus der Bewertung (nach neuem Recht) mit 1 Punkt und damit der gesetzgeberischen Einordnung als verkehrssicherheitsbeeinträchtigende Ordnungswidrigkeit (§ 6 I Nr. 1 lit. s StVG) ergibt.

Hier schon grundsätzlich **bei 2 einschlägigen Vorverstößen**, der letzten Vorbelastung **innerhalb 1 Jahres** vor der neuen Tat, von einer **Beharrlichkeit** auszugehen, völlig ungeachtet dessen, aus welcher Zeit die erste einschlägige Vorbelastung stammt, erscheint dem Senat gleichwohl **nicht überzeugend**. Erforderlich ist nämlich auch, dass ein **innerer Zusammenhang i.S. einer auf mangelnder Verkehrsdisziplin** beruhenden Unrechtskontinuität zwischen den Zuwiderhandlungen besteht (OLG Hamm, NStZ-RR 2014, 59 m.w.N.). Das kann bei diesen vom AG aufgestellten Rechtssätzen der Fall sein, muss es aber nicht. Konkret war es hier so, dass der erste der beiden Handyvorverstöße am 10.01.2012 begangen und am 16.01.2012 mit Bußgeldbescheid geahndet worden ist. Der zweite einschlägige Vorverstoß wurde am 04.03.2014 begangen und mit Bußgeldbescheid vom 11.03.2014 geahndet. Es folgte dann der jetzige Verstoß am 16.09.2014. Hier bestehen wegen des langen Zeitraums zwischen der Ahndung des ersten einschlägigen Vorverstoßes und der Begehung des zweiten einschlägigen Vorverstoßes (immerhin mehr als 2 Jahre) Zweifel an einer solchen Unrechtskontinuität, wenn man allein die Handyverstöße in den Blick nimmt.“ (OLG Hamm aaO.)

### II. Berücksichtigung weiterer Vorverstöße anderer Art

„Der Senat hält gleichwohl eine beharrliche Pflichtverletzung für gegeben, wenn man **alle im angefochtenen Urteil aufgeführten Vorverstöße** seit dem ersten Handyverstoß berücksichtigt. Denn zwischen den beiden einschlägigen Vorverstößen hat der Betr. zwei nicht unerhebliche Geschwindigkeitsverstöße (jeweils um 22 km/h) begangen, die mit Bußgeldbescheide von 29.05.2013 bzw. 09.01.2014 mit Geldbußen geahndet worden sind.

**Sämtliche Vorverstöße** sind auch unter Zugrundelegung des neuen, seit 01.05.2014 geltenden Registerrechts verwertbar und unterliegen nicht dem Verwertungsverbot des § 29 VII StVG.

Angesichts der Begehung von insgesamt **5 Verkehrsverstößen** innerhalb eines Zeitraums von **deutlich weniger als 3 Jahren**, die jeweils Verhaltensweisen mit einem gewissen Gefährdungspotential für Dritte betreffen, was sich aus der Einordnung als verkehrssicherheitsbeeinträchtigende Ordnungswidrigkeit ergibt (§ 6 I Nr. 1 lit. s StVG i.V.m. Tab. 1 Nr. 11.3.4. BKatV und Nr. 246.1 BKatV), ist die **erforderliche Unrechtskontinuität vorhanden**. Die genannten Umstände lassen nur die Bewertung zu, dass es dem Betr. an der für die Teilnahme am Straßenverkehr erforderlichen rechtstreuen Gesinnung und der notwendigen Einsicht in zuvor begangenes Unrecht fehlt. Der Senat hält auf Grund der o.g. Umstände das verhängte Fahrverbot für angemessen.“ (OLG Hamm aaO.)

StGB  
§§ 249, 253

## Gewaltsame Wegnahme eines Mobiltelefons Löschung von Fotos

StR BT

(BGH in NSTZ-RR 2015, 371; Beschluss vom 28.04.2015 – 3 StR 48/15)

1. Die **Zueignungsabsicht** ist gegeben, wenn der Täter im Zeitpunkt der Wegnahme die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsamsinhabers **körperlich oder wirtschaftlich für sich oder einen Dritten erlangen** und sie der Substanz oder dem Sachwert nach **seinem Vermögen oder dem eines Dritten „einverleiben“ oder zuführen** will.
2. An dem für eine Aneignung erforderlichen Willen des Täters, den Bestand seines Vermögens oder den des Vermögens eines Dritten zu mehren, fehlt es dagegen, wenn er das **Nötigungsmittel nur zur Erzwingung einer Gebrauchsanmaßung** einsetzt oder wenn er die fremde Sache nur wegnimmt, um sie „zu zerstören“, „zu vernichten“, „preiszugeben“, „wegzuwerfen“, „beiseite zu schaffen“, „zu beschädigen“, sie als Druckmittel zur Durchsetzung einer Forderung zu benutzen oder um den Eigentümer durch bloßen Sachentzug zu ärgern.
3. **Bloßer Besitz** einer Sache bildet einen **Vermögensvorteil** i.S.d. § 253 StGB nur dann, wenn ihm ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt, etwa weil er zu wirtschaftlich messbaren Gebrauchsvorteilen führt, die der Täter oder der Dritte für sich nutzen will.

**Fall:** Nach den Feststellungen besaß der Gesch. auf seinem Handy Aufnahmen der gesondert verfolgten C, auf denen erkennbar war, dass diese als Prostituierte arbeitete. Um an das Mobiltelefon mitsamt den Bildern zu gelangen, brachte die gesondert verfolgte C die beiden Angekl. mit der Behauptung, um sie zur Prostitution zu zwingen, drohe ihr der Gesch., die Fotos ihrer Familie zu zeigen, zu dem Entschluss, diesem das Handy wegzunehmen. Zusammen mit 2 Mittätern begaben sie sich deshalb zu einem Feldweg, zu dem die gesondert Verf. C den Gesch. nach vorheriger Absprache lockte. Auf der gemeinsamen Fahrt besprachen die 4 Täter ihr Vorgehen. Sie fassten den Plan, die erwartete Gegenwehr des Gesch. mit personeller Überlegenheit und Gewalt zu überwinden. Außerdem zeigte einer der Mittäter eine Schusswaffe oder ein Schusswaffenimitat (im Folgenden: die Waffe), wobei Einigkeit bestand, dass dieser Gegenstand jedenfalls zur Drohung eingesetzt werden sollte. Die Angekl. beabsichtigten, dem Gesch. das Handy wegzunehmen und nicht wiederzugeben. Sie wollten es auf etwaige Aufnahmen untersuchen und diese löschen. Danach sollte über den Verbleib des Mobiltelefons entschieden werden. Während der Angekl. U in dem abseits geparkten Fahrzeug verblieb, erwarteten der Angekl. E und die beiden Mittäter den Gesch. und die gesondert Verf. am verabredeten Ort. Als diese vorfuhren, riss der Angekl. E die Beifahrertür auf und forderte den Gesch. auf, auszusteigen. Dabei hielt ein Mittäter dem Gesch. die Waffe an den Kopf. Dann zog ihn der Angekl. E zusammen mit dem Mittäter aus dem Fahrzeug. Dieser schlug mit der Waffe auf den Kopf des Gesch. ein, wobei der Angekl. E den Gesch. an den Beinen festhielt. Während der Angekl. E die Schläge mit der Waffe billigte und sich in Kenntnis der Schläge weiter an der Tat beteiligte, erschien der Angekl. U erst am Tatort, nachdem der Mittäter die Übergriffe beendet hatte. Ein weiterer Mittäter suchte nach dem Mobiltelefon, fand es schließlich auf dem Boden neben dem Beifahrersitz und übergab es dem Angekl. U, der es einsteckte. Der Verbleib des Handys konnte nicht geklärt werden. Eine Überwachung der IMEI-Nummer ergab, dass das Mobiltelefon einige Wochen später nochmals kurzzeitig in Betrieb genommen worden war. Die Angekl. wurden wegen besonders schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung jeweils zu der Freiheitsstrafe von 5 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Ist die Verurteilung wegen besonders schweren Raubes zu Recht erfolgt?

### I. Anforderungen an Zueignungsabsicht

„Die ... Feststellungen belegen nicht, dass die Angekl., wie von § 249 I StGB vorausgesetzt, die Absicht hatten, das Mobiltelefon des Gesch. sich oder einem Dritten zuzueignen. Die **Zueignungsabsicht** ist gegeben, wenn der Täter im Zeitpunkt der Wegnahme die fremde Sache unter Ausschließung des Eigentümers oder bisherigen Gewahrsamsinhabers **körperlich oder wirtschaftlich für sich oder einen Dritten erlangen** und sie der Substanz oder dem Sachwert nach **seinem Vermögen oder dem eines Dritten „einverleiben“ oder zuführen** will (BGH, Urt. v. 28.06.1961 – 2 StR 184/61 = BGHSt 16, 190 [192] = NJW 1961, 2122; Beschl. v. 05.03.1971 – 3 StR 231/69 = BGHSt 24, 115 [119] = NJW 1971, 900; Urt. v. 27.01.2011 – 4 StR 502/10 = NSTZ 2011, 699 [701]). An dem für eine Aneignung erforderlichen Willen des Täters, den Bestand seines Vermögens oder den des Vermögens eines Dritten zu mehren, fehlt es dagegen, wenn er das **Nötigungsmittel nur zur Erzwingung einer Gebrauchsanmaßung** einsetzt oder wenn er die fremde Sache nur wegnimmt, um sie „zu zerstören“, „zu vernichten“, „preiszugeben“, „wegzuwerfen“, „beiseite zu schaffen“, „zu beschädigen“, sie als Druckmittel zur Durchsetzung einer Forderung zu benutzen oder um den Eigentümer durch bloßen Sachentzug zu ärgern (vgl. BGH, Urt. v. 26.09.1984 – 3 StR 367/84 = NJW 1985, 812; v. 27.01.2011 – 4 StR 502/10 = NSTZ 2011, 699, 701 – jew. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### II. Anwendung auf den Fall

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

Auch eine – bei fehlender Zueignungsabsicht mögliche (vgl. BGH, Urt. v. 05.07.1960 – 5 StR 80/60 = BGHSt 14, 386 = NJW 1960, 1729) – **Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung** (§ 253 I, § 255 StGB) kommt auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht in Betracht, denn die Angekl. handelten **nicht in der Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern. Bloßer Besitz** einer Sache bildet einen Vermögensvorteil nur dann, wenn ihm ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt, etwa weil er zu **wirtschaftlich messbaren Gebrauchsvorteilen** führt, die der Täter oder der Dritte für sich nutzen will. Daran fehlt es nicht nur in den Fällen, in denen der Täter die Sache unmittelbar nach Erlangung vernichten will, sondern auch dann, wenn er den mit seiner Tat verbundenen Vermögensvorteil nur als notwendige oder mögliche Folge seines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens hinnimmt (vgl. nur BGH, Urt. v. 27.01.2011 – 4 StR 502/10 = NSStZ 2011, 699, 701; Beschl. v. 14.02.2012 – 3 StR 392/11 = NSStZ 2012, 627). Nach alledem kann das Urteil keinen Bestand haben. Die Sache bedarf vielmehr neuer Verhandlung und Entscheidung.“ (BGH aaO.)

StGB  
§§ 25 II, 27 I

**Abgrenzung Beihilfe und Mittäterschaft**  
**Kenntnis vom Tatplan allein nicht ausreichend für Mittäterschaft**  
(BGH in NSStZ-RR 2016, 6; Beschluss vom 29.09.2015 – 3 StR 336/15)

StR AT

1. Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mit-täter i.S.v. § 25 II StGB, wer seinen **eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt**, dass er als **Teil der Handlung eines anderen Beteiligten** und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Mittäterschaft erfordert dabei zwar **nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen** selbst.
2. Allein die nach den Feststellungen gegebene **vorherige Kenntnis** von den Taten des Anderen und der **Wille, diese Taten als gemeinsame anzusehen**, kann eine **Mittäterschaft nicht begründen**.

**Fall:** Der Mitangekl. D stieg jeweils allein in einen Baumarkt ein und entwendete Waren im Gesamtwert von rund 4.560 € bzw. etwa 4.260 €. Die jeweilige Beute verbrachte er zum Angekl. nach Hause. Diesem waren die „Vorhaben des D im Vorfeld bekannt“ und er nahm diese „als gemeinsame Tat in seinen Vorsatz“ auf. Die Beute wurde absprachegemäß beim Angekl. S gelagert, der in der Folgezeit versuchte, sie über eBay zu verkaufen, was jedoch ohne Erfolg blieb. Kann Mittäterschaft des Angekl. angenommen werden?

**I. Voraussetzungen der Mittäterschaft**

„Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter i.S.v. § 25 II StGB, wer seinen **eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt**, dass er als **Teil der Handlung eines anderen Beteiligten** und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Mittäterschaft erfordert dabei zwar **nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen** selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt. Stets muss sich diese **Mitwirkung** aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden **als Teil der Tätigkeit aller darstellen**. Ob danach Mittäterschaft anzunehmen ist, hat der Tatrichter auf Grund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände zu prüfen; maßgebliche Kriterien sind der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass die **Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betroffenen** abhängen (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urt. v. 17.10.2002 – 3 StR 153/02 = NSStZ 2003, 253 [254]; Beschl. v. 02.07.2008 – 1 StR 174/08 = NSStZ 2009, 25 [26]).“ (BGH aaO.)

**II. Anwendung auf den Fall**

„Nach diesen Maßstäben begegnet die Annahme mittäterschaftlichen Handelns des Angekl. in den vorbezeichneten Fällen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Allein die nach den Feststellungen gegebene **vorherige Kenntnis** des Angekl. von den Taten des Mitangekl. D und sein **Wille, diese Taten als gemeinsame anzusehen**, kann eine **Mittäterschaft nicht begründen** (vgl. Joecks, in: MüKo-StGB, 2. Aufl., § 25 Rn. 17 ff.). Die festgestellten Tatbeiträge des Angekl. S – wie etwa die Zusage, die Beute in seiner Wohnung zu lagern und sie zu verwerten – waren vielmehr nach ihrem äußeren Erscheinungsbild zunächst in Bezug zu den Tatbeiträgen des Mitangekl. D allenfalls **Beteiligungshandlungen an dessen Diebstahlstaten**, die für sich allein weder auf eine Tatherrschaft noch auf einen Willen hierzu schließen lassen. Die Taten beging der Mitangekl. D allein; ihre Ausführung und ihr Erfolg waren nach den Feststellungen **in jeder Hinsicht dem Einfluss und dem Willen des Angekl. entzogen**. Das vom LG festgestellte Interesse des Angekl. am Gelingen der Einbrüche und die Absprache, das Diebesgut in seiner Wohnung zu lagern sowie einen eventuell erzielten Verkaufserlös hälftig aufzuteilen, vermag – entgegen der Ansicht des GBA – eine andere Beurteilung sowie die rechtliche Einordnung dieser Tatbeiträge durch das LG nicht zu rechtfertigen. Dies gilt auch dann, wenn man dem Tatrichter bei der vorzunehmenden Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe einen Beurteilungsspielraum zubilligen wollte, der nur eingeschränkter revisionsgerichtlicher Überprüfung zugänglich ist (vgl. BGH, Urt. v. 17.10.2002 – 3 StR 153/02 = NSStZ 2003, 253 [254]). Dieser wäre hier jedenfalls überschritten.“ (BGH aaO.)

NBauO  
§ 56

**Nutzungsuntersagung an Eigentümer**  
**Ständig wechselnde unmittelbare Nutzer**  
(OVG Lüneburg in DÖV 2015, 1074; Beschluss vom 11.09.2015 – 1 M 118/15)

ÖffR

1. Eine **Nutzungsuntersagung für vermietete Räume** ist unter dem Gesichtspunkt der effektiven Gefahrenabwehr jedenfalls dann **regelmäßig an den unmittelbaren Nutzer, d.h. den Mieter bzw. Pächter** zu richten ist, wenn nicht nur eine künftige Vermietung, sondern auch die gegenwärtige Nutzung unterbunden werden soll.
2. Eine **Inanspruchnahme des Eigentümers** gem. § 56 S. 1 NBauO ist aber dann möglich, wenn die **unmittelbaren Nutzer der Räume ständig wechseln** bzw. die einzelnen Nutzer der Bauaufsichtsbehörde unbekannt bleiben.

**Fall:** Der Antragsteller wendet sich gegen eine Verfügung des Antragsgegners, die ihm die Vermietung von baurechtlich nicht genehmigten Dachgeschosszimmern an ausländische Arbeitnehmer untersagt.

Das Dachgeschoss dient ausweislich der Baugenehmigung vom 20.04.1983 lediglich als nicht ausgebauter Bodenraum. Eine von dem Antragsteller beantragte Umnutzung in Arbeitnehmerunterkünfte lehnte der Antragsgegner mit Bescheid vom 27.02.2015, dessen Bestandskraft zwischen den Beteiligten in Streit steht, aufgrund planungsrechtlicher Unzulässigkeit ab; zugleich ordnete er den Rückbau an. Zu Recht?

„Ohne Erfolg wendet sich der Antragsteller gegen seine **Inanspruchnahme als Eigentümer** gemäß § 56 Satz 1 NBauO. Zu Recht weist er zwar darauf hin, dass eine Nutzungsuntersagung für vermietete Räume unter dem Gesichtspunkt der effektiven Gefahrenabwehr jedenfalls dann **regelmäßig an den unmittelbaren Nutzer**, d. h. den Mieter bzw. Pächter zu richten ist, wenn - wie hier - nicht nur eine künftige Vermietung, sondern auch die gegenwärtige Nutzung unterbunden werden soll. Etwas anderes gilt allerdings - das Verwaltungsgericht hat das zutreffend ausgeführt - dann, wenn die **unmittelbaren Nutzer der Räume ständig wechseln** bzw. die einzelnen Nutzer der Bauaufsichtsbehörde unbekannt bleiben. Ein solcher Fall liegt regelmäßig bei der Nutzung von Räumen zu Zwecken der Prostitutionsausübung (vgl. Senat, Beschl. v. 24.06.2013 - 1 ME 52/13 -; Beschl. v. 28.08.2014 - 1 ME 91/14 -, V. n. b.), im Einzelfall aber auch bei der kurzzeitigen Überlassung an Arbeitnehmer vor. Ein **Melderegisterauszug** vom 27.03.2015 weist für das gesamte Gebäude insgesamt **123 verschiedene Nutzer seit dem 01.01.2011** aus. Die im Verfahren vorgelegten neun Mietverträge, die für die Dachgeschossnutzung geschlossen sein sollen, dies aber nicht kenntlich machen, waren bei Bescheiderlass gerade einmal vier bis fünf Monate alt. Vor diesem Hintergrund war der Antragsgegner nicht gehalten, die einzelnen Nutzer in Anspruch zu nehmen; einer effektiven Gefahrenabwehr entsprach es angesichts der unübersichtlichen Nutzersituation vielmehr, die Verfügung an den Antragsteller zu richten. Die Duldungsverfügungen stellen sicher, dass der Antragsteller der Verfügung tatsächlich nachkommen kann. Auf die Frage, über welche Möglichkeiten der Umquartierung der Antragsteller verfügt, kommt es deshalb nicht an.“ (OVG Lüneburg aaO.)

BayStVG  
Art. 7

## Ausweisung aus Obdachlosenunterkunft Ende der Obdachlosigkeit im rechtlichen Sinne

POR

(VGH München in NVwZ-RR 2015, 895; Beschluss vom 06.08.2015 – 4 C 15.1578)

**Fall:** Der u.a. für den Aufgabenkreis „Wohnungs- und Heimangelegenheiten“ unter Betreuung stehende Kl. wurde seit 2011 von der Bekl. mit einer Unterbringung in ihre Obdachlosenunterkunft eingewiesen. Im Rahmen der Unterbringung kam es zu zahlreichen Beschwerden und Vorfällen mit dem Kl. Im Oktober 2014 teilte die Bekl. dem Betreuer des Kl. mit, dass der Kl. mehrere Beschädigungen und Polizeieinsätze zu verantworten habe und sein weiterer Aufenthalt in der Obdachlosenunterkunft nicht mehr tragbar sei. Es sei deshalb beabsichtigt, den Aufenthalt des Kl. in der Unterkunft zu beenden.

Mit Schreiben vom 03.03.2015 teilte die Bekl. dem Betreuer des Kl. mit, dass der Kl. auf Grund weiterer Sachbeschädigungen und der unerlaubten Beherbergung nicht im Zuweisungsbescheid ausgewiesener Personen zum 30.04.2015 aus der Obdachlosenunterkunft ausgewiesen werde. Die Räumung solle am 30.04.2015 stattfinden. Dieser Termin wurde später zum 31.05.2015 verlängert. Erst mit Schreiben vom 27.05.2015 teilte der Bevollmächtigte des Kl. der Bekl. mit, dass der Betreuer des Kl. nunmehr zwei Bewerbungen für Mietwohnungen übermittelt habe. Mit Schreiben vom 28.05.2015 erhob der Kl. Klage und beantragte, den Bescheid der Bekl. vom 05.03.2015 (gemeint wohl: 03.03.2015) aufzuheben und ihm Prozesskostenhilfe (Pkh) zu bewilligen. Das VG (VG Ansbach, Entsch. v. 08.07.2015 – AN 5 K 15.853) lehnte die Anträge des Kl. ab. Zu Recht?

„Der Bekl. hat im Klageverfahren auch zu Recht darauf hingewiesen, dass von einer **Obdachlosigkeit im rechtlichen Sinne** dann **nicht mehr** auszugehen ist, wenn sich der Obdachlose durch eigenes Verhalten der Nutzungsmöglichkeit der Obdachlosenunterkunft entziehe, in dem er **beharrlich gegen die innere Ordnung der ihm zugewiesenen Einrichtung** verstoße und deshalb im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung der Unterkunft verwiesen werden müsse. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung geht in nicht zu beanstandender Weise davon aus, dass die Unterbringung eines Obdachlosen nach dem Obdachlosenrecht sowohl dessen **Unterbringungsfähigkeit** als auch dessen **Unterbringungswilligkeit** voraussetzt (VG München, Beschl. v. 24.10.2002 – 22 E 02.2459; VG Osnabrück, Beschl. v. 13.03.2015 – 6 B 10/15, BeckRS 2015, 43346). Dabei darf vor dem Hintergrund, dass die für die Unterbringung Obdachloser zuständigen Behörden auch oftmals mit schwierigen Persönlichkeiten umgehen müssen, gewiss kein kleinlicher Maßstab angelegt werden (VG Bayreuth, Beschl. v. 06.06.2013 – 1 K 12.468, BeckRS 2014, 45517).

Auf Grund der aktenkundigen Gesamtumstände des vorliegenden Falls ist davon auszugehen, dass die erforderliche Unterbringung des Kl. nach den einfachen sicherheitsrechtlichen Maßstäben und Anforderungen des Obdachlosenrechts nicht mehr zu bewältigen ist. Es liegt auf der Hand, dass die für die Obdachlosenunterbringung zuständigen Behörden es weder leisten können noch leisten müssen, **gewalttätige psychisch Kranke**, die sich nicht ansatzweise in die Ordnung einer derartigen Unterkunft einfügen können und hinsichtlich deren Verfehlungen Strafverfahren und Ermittlungsverfahren regelmäßig wegen mangelnder Schuldfähigkeit eingestellt werden, in ihren Einrichtungen unterzubringen. Die Bekl. hat im vorliegenden Fall letztlich auch an die anderen in der Obdachlosenunterkunft untergebrachten Personen zu denken, die sie vor den Exzessen und Übergriffen des Kl. zu schützen hat.

Die Obdachlosenbehörde erfüllt dabei vorliegend ihre **Pflicht zur Unterbringung von Obdachlosen** schon dadurch, dass sie dem Obdachlosen die Möglichkeit verschafft, in einer einfachen menschenwürdigen Unterkunft zu wohnen. Diese Pflicht hat die Bekl. gegenüber dem Kl. bereits mehr als erfüllt. Sie hat auch nicht kleinlich reagiert, sondern dem Kl. mehrere Chancen gegeben und dabei immer wieder die Regeln des Zusammenlebens in der Unterkunft klargemacht. Für die **Unterbringung psychisch kranker schuldunfähiger Menschen**, die sich an keinerlei geordnetem Zusammenleben beteiligen können oder wollen, ist die **Bekl. als Obdachlosenbehörde nicht zuständig**. Irgendeine etwa auf nachvollziehbare und substantiierte Fachgutachten gestützte positive Unterbringungsprognose (vgl. VG München, Beschl. v. 24.10.2002 – 22 E 02.2459) für den Kl. hat die Klägerseite nicht benannt. Im Gegenteil weist der Klägerbevollmächtigte in seiner Beschwerde darauf hin, dass der Kl. auf Grund seiner Verfassung auf dem freien Wohnungsmarkt kaum eine Wohnung finden könne und werde. Auch der Betreuer des Kl. bezeichnet mit Schreiben vom 13.04.2015 (und mit Telefonat vom gleichen Tage) das Sucht- und Sozialverhalten des Kl. als „extrem problematisch“, der Kl. werde sich freiwillig in keine therapeutische Heimeinrichtung begeben. Er sehe auch keine Chance dafür, für den Kl. eine Unterkunft auf dem freien Wohnungsmarkt zu besorgen. Dabei verkennt der Klägerbevollmächtigte und der Betreuer, dass eine einfache Obdachlosenunterkunft kein Ersatz für eine Heimeinrichtung für speziellen Betreuungsbedarf (und im Fall des Kl. auch für speziellen Sicherheitsbedarf.) darstellt. Soweit der Klägerbevollmächtigte meint, dass seiner Beschwerde schon deshalb stattzugeben sei, weil der Kl. ja sonst „auf der Straße stehe“ und damit Gefahren für Leib und Leben verbunden seien, geht er fehl. Denn bei fehlender Unterbringungsfähigkeit lebt die Pflicht der Obdachlosenbehörde zur Unterbringung eines derartigen Obdachlosen nicht von selbst wieder auf. Nachdem eine Unterbringung in der Obdachlosenunterkunft nicht mehr tragbar und der Bekl. wegen der angerichteten kostenintensiven Schäden auch nicht mehr zumutbar ist, wird sich der für diesen Aufgabenkreis zuständige **Betreuer intensiv um Unterbringungsmöglichkeiten nach dem Unterbringungsgesetz** bemühen und professionelle Hilfe für den Kl. anstreben müssen. Hierfür ist aber jedenfalls nicht die Bekl. zuständig (vgl. VG München, Beschl. v. 24.10.2002 – 22 E 02.2459; VG Osnabrück, Beschl. v. 13.03.2015 – 6 B 10/15, BeckRS 2015, 43346), auf die der Betreuer den Betreuungsbedarf für den Kl. nicht einfach abwälzen kann.“ (VGH München aaO.)



1. Bei der Austragung eines Fußballspiels innerhalb eines **zu allen Seiten hin baulich umgrenzten Stadions** handelt es sich auch dann um **eine öffentliche Veranstaltung "unter freiem Himmel"**, wenn der Tribünenbereich mit einer gegen Witterungseinflüsse schützenden Überdachung versehen ist. Entscheidend ist, dass die Veranstaltung **an einem für jedermann zugänglichen und damit öffentlichen Ort** stattfindet, was nicht dadurch in Frage gestellt ist, dass der Einlass nur gegen Eintritt gewährt wird oder der Veranstalter berechtigt ist, Störer auszuschließen.
2. Mit dem möglichen Wortsinn der für öffentliche Veranstaltungen "unter freiem Himmel" ein **bußgeld-bewehrtes „Vermummungsverbot“** vorsehenden Bestimmungen der Art. 16 I, II Nr. 2 i.V.m. Art. 21 II Nr. 7 BayVersG ist die Auslegung vereinbar, dass der Tatbestand auch dann erfüllt ist, wenn der Tribünenbereich eines Sportstadions überdacht ist.

**Fall:** Der Betr. hielt sich am 25.10.2014 gegen 14:55 Uhr vor dem Eingang zur Haupttribüne des Sportstadions in P. auf, da er die Fußball-Regionalliga-Begegnung des ‚1. FC P.‘ gegen den ‚1. FC Q.‘ besuchen wollte. Der Betr. trug hierbei einen sog. Schlauchschal um den Hals, um mit dessen Hilfe zu gegebener Zeit die polizeiliche Feststellung seiner Identität zu verhindern. Er befand sich in einer Gruppierung weiterer Männer, die ebenfalls Schlauchschals, Sturmhauben oder andere Gegenstände bei sich trugen, die grundsätzlich geeignet waren, die Feststellung der Identität zu verhindern. Gegen ihn wurde ein Bußgeld wegen Verstoß gegen das Vermummungsverbot verhängt.

Art. 16 I, II Nr. 2 BayVersG [...] setzt voraus, dass die Veranstaltung „unter freiem Himmel“ stattfindet. Fraglich ist, ob es sich bei einem im Stadion in P. ausgetragenen Fußballspiel um eine Veranstaltung „unter freiem Himmel“ handelt.

„Die durch Art. 16 I BayVersG in Anknüpfung an die tradierte und aus Art. 8 II GG herrührende Formulierung „unter freiem Himmel“ ist nach der in der **verfassungsgerichtlichen Rspr.** vertretenen Auffassung, der sich die **ganz h.M. im Schrifttum** angeschlossen hat, **nicht im engen Wortsinne** als Verweis auf einen **nicht überdachten Veranstaltungsort** zu verstehen. Stattdessen soll mit ihr dem durch die Außenwirkung erhöhten, vielfach besondere Vorkehrungen erfordernden Konfliktpotenzial von derartigen Versammlungen bzw. Veranstaltungen Rechnung getragen werden (BVerfGE 128, 226/256 [Fraport] = NJW 2011, 1201 = EuGRZ 2011, 152). Maßgeblich für Art. 8 II GG ist demgemäß, ob die **Versammlung zu allen Seiten hin gegenüber ihrer Umwelt abgegrenzt** ist (vgl. BVerfGE 69, 315/348 [Brokdorf II] = NJW 1985, 2395 = EuGRZ 1985, 450 = DVBl 1985, 1006 = DÖV 1985, 778 m.w.N.; Erbs/Kohlhaas-Wache Strafrechtliche Nebengesetze [Stand: Mai 2015] § 1 VersammlG, Rn. 28; BeckOK/Schneider GG [Stand: 01.06.2015 - Ed. 24] Art. 8 Rn. 37). Ist dies der Fall, liegt eine Versammlung „unter freiem Himmel“ auch dann vor, wenn sich der Ort der Versammlung innerhalb eines zu allen Seiten abgegrenzten und überdachten Raumes befindet. Insoweit ist **gleichgültig**, ob der für die Allgemeinheit geöffnete Ort als solcher **in der freien Natur oder** - wie beispielsweise im Innern einer Flughafen- oder Bahnhofshalle - **in geschlossenen Gebäuden** liegt. Maßgeblich ist, dass die Versammlung oder Veranstaltung an einem solchen Ort ihrerseits in einem öffentlichen Raum, das heißt **inmitten eines allgemeinen Publikumsverkehrs** stattfindet und **von diesem nicht räumlich** getrennt ist. Denn auch dann bleiben die Teilnehmer nicht mehr unter sich, sondern müssen zumindest damit rechnen, allein aufgrund der Lokalität u.a. auf andere zu treffen, was ein höheres, weniger beherrschbares Gefahrenpotential mit sich bringt (BVerfGE 128, 226/256 [Fraport] = NJW 2011, 1201 = EuGRZ 2011, 152; Jarass/Pieroth GG 12. Aufl. Art. 8 Rn. 17; BeckOK/Schneider Art. 8 Rn. 37.1; Dietel/Gintzel/Kniesel VersG 16. Aufl. Rn. 9 ff. vor § 14, jeweils m.w.N.).

Danach handelt es sich bei der **Austragung eines Fußballspiels** innerhalb eines Stadions auch dann um eine öffentliche Veranstaltung „unter freiem Himmel“, wenn der Zuschauerbereich mit einer **gegen Witterungseinflüsse schützenden Überdachung** versehen ist. Darauf, dass das Stadion als bauliche Anlage und Ort von Großveranstaltungen zu allen Seiten hin baulich klar umgrenzt ist, kommt es entgegen der Auffassung des AG und der Verteidigung nicht an. Entscheidend ist vielmehr, dass sich die Zuschauer bzw. Besucher der sportlichen Veranstaltung an einem für den allgemeinen Publikumsverkehr **grundsätzlich für jedermann zugänglichen Ort** aufhalten. Der Umstand, dass der Einlass nur gegen Bezahlung des Eintrittsgeldes gewährt wird, steht der Annahme der Öffentlichkeit der Veranstaltung von vornherein nicht entgegen. Denn grundsätzlich ist - bei Entrichtung des Eintrittsgeldes - jedermann befugt, die Veranstaltung aufzusuchen, wenn nicht ausnahmsweise der Veranstalter zur präventiven Abwehr von Störungen berechtigt ist, einzelne Störer hiervon auszuschließen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 30.10.2009 - V ZR 253/08 = NJW 2010, 534 = VersR 2010, 825 = JR 2010, 249).“ (OLG Bamberg aaO.)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO                    **Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Klageänderung**                    ZivilVerfR  
 §§ 260, 263                    **Kündigung während Berufungsverfahren**

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

1. Die **Auslegung der §§ 529 I Nr. 2, 531 ZPO** ergibt sich, dass unter "neue Angriffs- und Verteidigungsmittel" im Sinne des § 531 ZPO **lediglich Streitiges und beweisbedürftiges Vorbringen** fällt.
2. **Nicht beweisbedürftiges Vorbringen** hat das Berufungsgericht gemäß § 529 I ZPO seiner Entscheidung **ohne weiteres zugrunde zu legen**.

### A. Prüfungswissen: Klageänderung in der Rechtsmittelinstanz

#### I. Zulässigkeit einer Klageänderung im Allgemeinen

##### 1. Vorliegen einer Klageänderung

Zunächst muss überhaupt eine Klageänderung vorliegen. Eine solche ist anzunehmen, wenn nach **Rechtshängigkeit der Streitgegenstand geändert** wird, also entweder Sachvortrag oder Antrag geändert werden. Dies kann in der mündlichen Verhandlung geschehen oder durch einen den Vorgaben des § 253 ZPO entsprechenden Schriftsatz.

##### 2. Wertung der Klageänderung als solche

Bevor die Voraussetzungen für eine zulässige Klageänderung nach § 263 ZPO geprüft werden, ist festzustellen, ob das Gesetz eine mögliche Klageänderung vielleicht gar nicht als solche ansehen will, so dass es der Voraussetzungen des § 263 ZPO nicht bedarf.

In § 264 ZPO hat der Gesetzgeber eine solche Regelung getroffen. Sie lässt **bestimmte Klageänderungen generell** zu, um inhaltlich zusammenhängende Streitfragen möglichst rasch und umfassend klären zu lassen, wo dies den Beklagten nicht unzumutbar belastet. Das **vermeidet neue Prozesse** und bewahrt die Parteien, aber auch die Justiz davor, sich wiederholt mit demselben Streitstoff befassen zu müssen (vgl. Musielak-Foerste, § 264 ZPO, Rn. 1).

##### 3. Einwilligung des Beklagten

Die klageauswechselnde Klageänderung ist zulässig, wenn der Beklagte in sie einwilligt. Diese Einwilligung muss **nicht ausdrücklich** erklärt werden, sie kann auch **konkludent** erfolgen. Dies kann sowohl in der mündlichen Verhandlung als auch schriftsätzlich geschehen.

##### 4. Sachdienlichkeit

Auch ohne Einwilligung des Beklagten kann das Gericht eine Klageänderung zulassen, wenn es sie für sachdienlich hält.

Die Sachdienlichkeit ist dabei nach **objektiven Kriterien** zu beurteilen, auf die subjektiven Interessen der Parteien kommt es nicht an. Sachdienlichkeit ist gegeben, wenn die Zulassung der Klageänderung den **sachlichen Streitstoff** im Rahmen des anhängenden Rechtsstreits **ausräumt** und andernfalls einem **möglichen weiteren Rechtsstreit vorbeugt** (vgl. BGH NJW-RR 1990, 505; BGH NJW 1985, 1841, 1842; BGH NJW 1951, 311).

## II. Zulässigkeit einer Klageänderung in der Rechtsmittelinstanz

Fraglich ist, ob eine Klageänderung unter den vorgenannten Voraussetzungen auch noch in der Rechtsmittelinstanz zulässig sein kann.

### 1. Klageänderung in der Berufung

Eine Klageänderung in der Berufungsinstanz als 2. Tatsacheninstanz ist **grundsätzlich zulässig**, obwohl der Beklagte hinsichtlich des neuen Vortrags eine Instanz verliert (vgl. BGH NJW 51,311; BGH NJW 85, 1842).

Soweit mit der Rechtsprechung auch in dem **gewillkürten Parteiwechsel** eine Klageänderung zu sehen ist, ist jedoch für die Berufungsinstanz zu beachten, dass hier ein Parteiwechsel nur noch auf Klägerseite zugelassen und **stets die Zustimmung des Beklagten** verlangt wird, ohne dass es auf die Sachdienlichkeit ankommen soll (vgl. BGH NJW 1987, 1946, 1947; BGH NJW 1997, 2885, 2886; BGH DtZ 1994, 282, 283).

Hinsichtlich einer Klageänderung durch Änderung des Lebenssachverhaltens ist zu berücksichtigen, dass unabhängig von den Voraussetzungen einer Klageänderung in der Berufungsinstanz **neuen Vortrags** hinsichtlich der neuen Klage ebenso von den **Einschränkungen des § 529 I Nr. 2 ZPO** abhängig ist, wie ohne Klageänderung. Es kommt also darauf an, ob der neue Vortrag in der Berufungsinstanz überhaupt berücksichtigungsfähig ist. Dies beurteilt sich nach § 531 II ZPO. Im Rahmen der Klageänderung kommt es also insbesondere darauf an, ob der Kläger diese Tatsachen nach **§ 531 II Nr. 2 ZPO** wegen eines **Verfahrensmangels** im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht hat oder nach **§ 531 II Nr. 3 ZPO** diese Umstände **ohne Nachlässigkeit** in der ersten Instanz nicht eingebracht hat.

### 2. Klageänderung in der Revision

Da die Revisionsinstanz auf die reine Rechtsprüfung beschränkt ist, ist eine Klageänderung **regelmäßig unzulässig** (vgl. BGH NJW 1958, 98; BGH NJW 1993, 1207; BGH NJW 1998, 2969, 2970). Lediglich bei Umstellung des Antrags auf **unveränderter Tatsachengrundlage** kommt eine Klageänderung auch noch in der Revisionsinstanz in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 263 ZPO vorliegen (vgl. BGH, WM 1973, 1990. BGH NJW 1991, 1683, 1684; BGH NJW 1993, 2045, 2046 f.; BGH NJW 1998, 2969, 2970).

## B. Klageänderung nach Kündigung im Berufungsverfahren (vgl. OLG Hamm in BeckRS 2015, 18649)

**Fall:** Die Beklagten sind Mieter einer Wohnung der Klägerin in Berlin. Die monatliche Miete betrug einschließlich Nebenkostenvorauszahlung bis April 2012 1.237,70 €, von Mai 2012 bis August 2013 1.229,35 € und ab September 2013 1.264,85 €.

Für den Monat März 2012 zahlten die Beklagten die Miete nicht. In der Folgezeit zahlten sie monatlich nur ungefähr die Hälfte der vereinbarten Miete und begründeten dies mit Schimmelbefall in der Wohnung, dessen Ursache streitig ist. Die Klägerin kündigte das Mietverhältnis mehrmals wegen Zahlungsverzuges fristlos und hilfsweise fristgemäß. Mit ihrer Klage begehrt sie die Verurteilung der Beklagten zur Räumung der Wohnung sowie zur Zahlung der restlichen Miete für den Zeitraum von März 2012 bis November 2013 in Höhe von insgesamt 13.590,19 € zuzüglich Zinsen.

Das Amtsgericht hat die Beklagten zur Zahlung von 8.393,03 € verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit Schriftsatz vom 05.08.2014 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis während des Berufungsverfahrens erneut fristlos sowie hilfsweise fristgemäß unter Berufung auf sämtliche bis Juli 2014 aufgelaufene Zahlungsrückstände und stützte den geltend gemachten Räumungsanspruch auch hierauf. Das Berufungsgericht hat die Berufung beider Parteien zurückgewiesen.

Die Miete sei wegen des Schimmelbefalls, soweit dessen Ursache im Pflichten- und Verantwortungsbereich der Klägerin liege, um 20 % gemindert, so dass die Beklagten zur Zahlung der entsprechend reduzierten Miete verpflichtet seien. Ein Räumungsanspruch bestehe jedoch nicht, da die von der Klägerin vorprozessual und in der ersten Instanz ausgesprochenen Kündigungen das Mietverhältnis nicht beendet hätten. Weder die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung gemäß § 543 II Nr. 3 BGB noch diejenigen einer ordentlichen Kündigung lägen vor, da den Beklagten wegen des Schimmelbefalls ein Zurückbehaltungsrecht zumindest in Höhe des dreifachen Minderungsbetrages (60 %) zustehe. Bereits das Bestehen des Zurückbehaltungsrechts schließe in dieser Höhe einen Verzug mit der Miete aus. Unerheblich sei, ob die Beklagten das Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht hätten.

Soweit die Klägerin ihren Räumungsanspruch auf die in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz von 05.08.2014 ausgesprochene fristlose und (hilfsweise) ordentliche Kündigung stütze, sei dies eine unzulässige Klageänderung. Die Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO für deren Zulässigkeit lägen nicht vor, da die Kündigung nicht auf solche Tatsachen gestützt werde, die das Berufungsgericht ohnehin zu berücksichtigen habe. Sie werde nämlich unter anderem auf Zahlungsrückstände für die Zeit von Januar 2014 bis Juli 2014 gestützt, welche nicht Gegenstand der Zahlungsklage oder der zuvor ausgesprochenen Zahlungsverzugskündigungen seien. Wurde der Vortrag der Klägerin zur neuen Kündigung und zum weiteren Zahlungsverzug zu Recht als unzulässig zurückgewiesen.

Fraglich ist daher, ob der Umstand, dass die Klägerin ihren Räumungsanspruch in der Berufungsinstanz auf die Kündigung vom 05.08.2014 stützt, tatsächlich als unzulässige Klageänderung anzusehen ist.

### I. Vorliegen einer Klageänderung

Fraglich ist, ob die Einführung dieser Kündigung zu einer Änderung des Streitgegenstandes und damit zu einer Klageänderung führt.

„Noch zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Klägerin mit der Kündigung vom 05.08.2014 **einen weiteren Streitgegenstand in den Prozess eingeführt hat**, so dass die auf diese Weise herbeigeführte **nachträgliche Klagehäufung (§ 260 ZPO) wie eine Klageänderung im Sinne der §§ 263, 533 ZPO mit den dafür geltenden Regeln zu behandeln ist** (vgl. Senatsurteil vom 04.02.2015 - VIII ZR 175/14, NZM 2015, 196 Rn. 14 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Somit liegt eine Klageänderung im Sinne des § 260 ZPO vor.

### II Zulässigkeit der Klageänderung

Diese Klageänderung müsste zulässig sein. Eine Klageänderung in der Berufungsinstanz ist nach § 533 ZPO nur zulässig, wenn der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält und diese auf Tatsachen gestützt werden können, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 zugrunde zu legen hat.

#### 1. Einwilligung oder Sachdienlichkeit, § 533 Nr. 1 ZPO

„[Die] Voraussetzungen einer Klageänderung nach § 533 Nr. 1 ZPO liegen vor, denn die Beklagten haben **stillschweigend eingewilligt**. Ihre Einwilligung ist entsprechend § 267 ZPO unwiderleglich zu vermuten, da sie sich in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht **rügelos auf die geänderte Klage eingelassen haben** (vgl. BGH, Urteil vom 28.07.2015 - VI ZR 340/14, WM 2015, 1664 Rn. 41 m.w.N.). Im Übrigen dürfte auch **Sachdienlichkeit** im Sinne von § 533 Nr. 1 ZPO vorgelegen haben, weil mit der Kündigung vom 05.08.2014 **kein grundlegend neuer Streitstoff** in den Prozess eingeführt wurde, sondern die Parteien sich lediglich für einen weiteren Zeitraum über die Berechtigung des Beklagten stritten, wegen des Schimmelpilzbefalls nur eine geminderte Miete zu zahlen und darüber hinaus ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen. Es lag deshalb auf der Hand, dass der bisherige Streitstoff auch für die geänderte Klage eine verwertbare Entscheidungsgrundlage blieb und die **endgültige Beilegung des Streits unter Vermeidung eines neuen Prozesses förderte** (zur Sachdienlichkeit vgl. nur BGH, Urteil vom 30.11.1999 - VI ZR 219/98, BGHZ 143, 189, 197 f.; st. Rspr.).“ (BGH aaO.)

#### 2. Berücksichtigungsfähigkeit nach § 533 Nr. 2 ZPO

Fraglich ist jedoch, ob der Vortrag zum neuen Zahlungsrückstand nach § 529 ZPO berücksichtigungsfähig war.

„Der Vortrag zu den neuen Zahlungsrückständen war bei der Entscheidung des Berufungsgerichts unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 II ZPO zu berücksichtigen, weil es sich um **unstreitiges Vorbringen** handelt. Aus einer die Zwecke des Zivilprozesses und der Präklusionsvorschriften berücksichtigenden **Auslegung der §§ 529 I Nr. 2, 531 ZPO** ergibt sich, dass unter "neue Angriffs- und Verteidigungsmittel" im Sinne des § 531 ZPO **lediglich streitiges und beweisbedürftiges Vorbringen** fällt (BGH, Urteile vom 20.05.2009 - VIII ZR 247/06, NJW 2009, 2532 Rn. 15; vom 06.12.2004 - II ZR 394/02, NJW-RR 2005, 437 unter II 1 b; jeweils m.w.N.). **Nicht beweisbedürftiges Vorbringen hat das Berufungsgericht gemäß § 529 I ZPO seiner Entscheidung ohne weiteres zugrunde zu legen.**“ (BGH aaO.)

Das neue Vorbringen ist daher zu Unrecht als unzulässig zurückgewiesen worden.

(BGH in NSTZ-RR 2016, 24; Beschluss vom 15.04.2015 – 1 StR 112/15)

1. Die **Befugnis des Tatrichters**, eine Revision als unzulässig zu verwerfen, ist auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen ein Beschwerdeführer die für die Einlegung und Begründung des Rechtsmittels vorgeschriebenen **Formen oder Fristen nicht gewahrt** hat.
2. Soweit die Revision dagegen **aus einem anderen Grund als unzulässig** zu verwerfen oder die **Wirksamkeit der Rechtsmittelrücknahme festzustellen** ist, steht die Befugnis hierzu **allein dem Revisionsgericht** zu. Das gilt auch dann, wenn ein solcher Grund mit Mängeln der Form- oder Fristeinhaltung zusammentrifft.

**Fall:** Der Angekl. wurde am 16.05.2013 vom LG München I wegen Diebstahls und anderem zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und drei Monaten verurteilt. Gegen das Urteil hat der Angekl. zu Protokoll der Geschäftsstelle am 22.05.2013 Revision eingelegt; dem Verteidiger des Angekl. wurde das landgerichtliche Urteil am 26.06.2013 zugestellt. Mit Schreiben vom 26.07.2013 erklärte der Verteidiger, er nehme nach Rücksprache mit seinem Mandanten namens und in dessen Auftrag die von diesem eingelegte Revision zurück.

Mit Beschluss vom 30.07.2013 legte das LG dem Angekl. die Kosten der von ihm eingelegten und wieder zurückgenommenen Revision auf.

Mit Schreiben vom 28.05.2014 ersuchte der Angekl. um Übersendung einer Ablichtung der Verfügung des Vorsitzenden Richters über die von ihm angeordneten Urteilszustellungen, weil er diese zur Einlegung des zulässigen Rechtsmittels benötige.

Mit Schreiben vom 04.07.2014 erhob der Angekl. gegen das Urteil vom 16.05.2013 „Nichtzulassungsbeschwerde wegen eines absoluten Revisionsgrunds“ und beantragte insbesondere, die Revision gegen das Urteil vom 16.05.2013 zuzulassen und den Beschluss des LG vom 30.07.2013 aufzuheben. Er erhob die allgemeine Sachrüge und führte u.a. aus, dass das Urteil nur an seinen Verteidiger zugestellt worden sei und keine Unterschriften der Richter enthalte; dieser Umstand führe zwingend zur Urteilsaufhebung. Der Zustellungsmangel habe ihn an der Einlegung des zulässigen Rechtsmittels gehindert. Außerdem sei der Beschluss über die Kostentragungspflicht unzulässig, weil die von ihm eingelegte Revision von ihm selbst nicht zurückgenommen worden sei.

Die „Nichtzulassungsbeschwerde“ des Angekl. hat das LG als erneute Revision gegen das Urteil vom 16.05.2013 ausgelegt und mit Beschluss vom 10.11.2014 als unzulässig verworfen. Die vom Angekl. am 22.05.2013 eingelegte Revision sei durch den Verteidiger wirksam zurückgenommen worden; die Rücknahme enthalte einen Verzicht auf die Wiederholung des Rechtsmittels. Jedenfalls aber sei die Frist zur Begründung der Revision versäumt und die Form nicht gewahrt worden.

Diese Entscheidung wurde dem Verteidiger des Angekl. am 02.12.2014 zugestellt. Mit einem am 01.12.2014 eingegangenen Schreiben vom 26.11.2014 legte der Angekl. gegen den Beschluss vom 10.11.2014 Rechtsmittel ein und führte „ergänzend“ zu seiner „Rechtsmittelschrift vom 04.07.2014“ aus, er habe seinem Verteidiger zu keinem Zeitpunkt eine Rücknahmeerächtigung erteilt; er sei in seiner Entscheidung, Rechtsmittel einzulegen, frei. Wie wird das Gericht entscheiden?

## I. Zulässigkeit der Revision vom 22.05.2013

### 1. Statthaftigkeit

Die Revision ist nach § 333 StPO statthaft gegen Urteile der Strafkammern, der Schwurgerichte und erstinstanzlichen Urteile des OLG. Hier geht es um ein Urteil der Strafkammer beim Landgericht, so dass die Revision grundsätzlich statthaft ist.

### 2. Rechtsmittelberechtigung

Der Angekl. müsste rechtsmittelberechtigt sein. Seine Rechtsmittelberechtigung ergibt sich aus § 296 StPO.

### 3. Form

Die Revision ist nach **§ 341 StPO** schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle des Gerichts einzulegen, dessen Entscheidung angefochten wird (**iudex a quo**). Der Angekl. hat bei dem Landgericht, dessen Entscheidung er mit der Revision anfechten will, diese eingelegt und damit die Form gewahrt.

Insofern schadet es auch nicht, dass der Angekl. die Revision selbst eingelegt hat. Anwaltszwang besteht im strafrechtlichen Revisionsverfahren nicht schon für die Einlegung der Revision (vgl. BGHSt 2, 77; 12, 317; 31, 7; BGH 17.7.1998, 1 StR 262/98; 15.09.1999,

2 StR 441/99; OLG München NJW 2008, 1331). Erst für die Revisionsbegründung muss der Angekl. nach § 345 II StPO einen Rechtsanwalt hinzuziehen.

#### 4. Frist

Die Revision ist nach § 341 StPO binnen einer Woche nach der Verkündigung einzu legen. Diese Frist hat der Angekl. gewahrt.

#### 5. Beschwer

Der Rechtsmittelführer, also der Angekl. müsste durch die angefochtene Entscheidung beschwert sein.

Dazu bedarf es einer **unmittelbaren Beeinträchtigung seiner Rechte oder schutzwürdigen Interessen** durch die angegriffene Entscheidung, die sich aus dem Entscheidungsauspruch ergibt. Im Tenor des angegriffenen Urteils wird der Revisionsführer eines Diebstahls für schuldig befunden, so dass die nötige Revisionsberechtigung gegeben ist.

#### 6. Kein wirksamer Rechtsmittelverzicht und keine wirksame Revisionsrücknahme

Allerdings ist die Revision unzulässig, wenn ein Rechtsmittelverzicht erklärt wurde oder keine wirksame Revisionsrücknahme vorliegt. Eine solche ist durch den Prozessbevollmächtigten der Angekl. erklärt werden. Allerdings stellt sich die Frage, ob die vom Angekl. selbst am 22.05.2013 eingelegte Revision nach § 302 I StPO hierdurch wirksam zurückgenommen wurde. Der Angekl. beruft sich hier darauf, dass sein Verteidiger insofern ohne sein Einverständnis gehandelt habe.

*„Der Verteidiger hatte im Zeitpunkt der Abgabe der Rücknahmeerklärung die gemäß § 302 II StPO **erforderliche ausdrückliche Ermächtigung des Angekl.** Für diese Ermächtigung ist keine bestimmte Form vorgeschrieben. Sie kann auch mündlich erteilt werden. Für ihren **Nachweis** genügt die **anwaltliche Versicherung des Verteidigers** (Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 57. Aufl., § 302 Rn 33). Eine solche anwaltliche Versicherung des Verteidigers liegt in seiner Erklärung vom 26.07.2013, er nehme die Revision nach Rücksprache mit seinem Mandanten namens und in dessen Auftrag zurück.*

*An diese Rücknahme ist der Angekl. gebunden. Denn eine **wirksame Rücknahmeerklärung** ist grundsätzlich **unwiderruflich und unanfechtbar** (st. Rspr. vgl. u.a. BGH, Beschl. v. 29.07.2014 – 5 StR 314/14).“ (BGH aaO.)*

### II. Zulässigkeit einer erneuten Revisionseinlegung

Allerdings könnte der Angekl. erneut wirksam Revision eingelegt haben.

*„Selbst wenn man davon ausginge, der Angekl. hätte erneut Revision eingelegt, hätte diese keinen Erfolg. Einer erneut eingelegten Revision **steht die zuvor erklärte Rechtsmittelrücknahme entgegen** (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt aaO. § 302 Rn 12). Die Revision richtet sich dann **gegen ein rechtskräftiges Urteil** und ist folglich unzulässig.“ (BGH aaO.)*

### III. Entscheidungsbefugnis des Tatgerichts

Fraglich ist jedoch, ob das Landgericht befugt war, über die Unzulässigkeit der Revision bzw. deren wirksame Rücknahme zu entscheiden.

*„Da vom Angekl. die Wirksamkeit der Revisionsrücknahme in Zweifel gezogen wurde, ist es nach st. Rspr. des BGH Sache des Revisionsgerichts, hierüber eine deklaratorische Feststellung zu treffen (vgl. u.a. BGH, Beschl. v. 14.10.2014 – 3 StR 421/14).*

*Die Befugnis des Tatrichters, eine Revision als unzulässig zu verwerfen, ist auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen ein Beschwerdeführer die für die Einlegung und Begründung des Rechtsmittels **vorgeschriebenen Formen oder Fristen nicht gewahrt** hat (vgl. § 346 I StPO). Soweit die Revision dagegen aus einem anderen Grund als unzulässig zu verwerfen oder die **Wirksamkeit der Rechtsmittelrücknahme** festzustellen ist, steht die **Befugnis hierzu allein dem Revisionsgericht** zu. Das gilt auch dann, wenn ein solcher Grund mit Mängeln der Form- oder Fristeneinhaltung zusammentrifft (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt aaO. § 346 Rn. 2 m.w.N.). Der Beschluss des LG vom 10.11.2014, mit dem die Revision gemäß § 346 I StPO als unzulässig verworfen worden ist, war daher aufzuheben.“ (BGH aaO.)*

(OLG Jena in NStZ 2016, 63; Beschluss vom 15.07.2014 – 1 Ws 268/14)

Die **Berufung des Nebenklägers** kann sich auch gegen eine (**nur**) auf **§ 224 I Nr. 4 StGB** gestützte Verurteilung des Angeklagten richten mit dem Ziel der Feststellung einer (**auch**) den **Tatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB** verwirklichenden, erstinstanzlich als nicht erwiesen erachteten weiteren Ausführungshandlung des Angeklagten in Form der eigenhändigen Beibringung einer Stichverletzung.

**Fall:** Die am 16.05.2014 eingegangene sofortige Beschwerde des Nebenkl. richtet sich gegen den seinem Vertreter am 15.05.2014 zugestellten Beschluss der JugK des LG Meiningen vom 25.04.2014, durch den seine Berufung gegen das Urteil des AG S. – JugR – vom 13.01.2014 als unzulässig verworfen worden ist.

Durch dieses Urteil wurde der Angekl. unter Freispruch im Übrigen wegen Bedrohung und jeweils gemeinschaftlich mit mehreren Anderen begangener gefährlicher Körperverletzung in 2 Fällen nach § 224 I Nr. 4 StGB zum Nachteil des Nebenkl. und des Geschädigten HK, begangen am 17.05.2012 auf dem A. bei S., schuldig gesprochen. Die Taten waren im Rahmen einer „Vatertagsschlägerei“ mit mehreren Beteiligten auf Seiten des Angekl. sowie weiteren Geschädigten verübt worden, bei der der Nebenkl. (auch) durch einen Messerstich im Bereich des linken Schulterblattes verletzt worden war. Mit der Anklage waren dem Angekl. Bedrohung und insgesamt 6-fache – teilweise mittels eines gefährlichen Werkzeuges i.S.d. § 224 I Nr. 2 StGB begangene – gefährliche Körperverletzung zur Last gelegt worden. Ob der Angekl., der sowohl vor als auch nach der Attacke auf den Nebenkl. ein Messer in der Hand gehalten und der Gruppe der geschädigten Personen die Drohung, „er werde sie alle abstechen“ zugerufen hatte, dem Nebenkl. tatsächlich den Messerstich zugefügt hatte, ließ sich nicht klären. Allerdings ist in dem Urteil ausgeführt, dass der Angekl. sich die Verwendung des Messers im Rahmen der Körperverletzung zum Nachteil des Zeugen R zurechnen lassen müsse.

Wegen der festgestellten Straftaten wurde der zur Tatzeit 20 Jahre alte Angekl. unter Einbeziehung einer vorhergehenden rechtskräftigen Verurteilung durch das Amtsgericht S vom 17.07.2013 wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung verurteilt. Außerdem wurde ihm aufgegeben, 150 gemeinnützige Arbeitsstunden abzuleisten, an einem Antiaggressionstraining teilzunehmen und an den Nebenkl. ratenweise 1.000,- € zu zahlen.

Gegen das Urteil vom 13.01.2014 legte der Nebenkl. am 20.01.2014 Berufung ein, „soweit dies die unterbliebene Verurteilung des Mitangekl. N wg. § 224 I Nr. 2 StGB betrifft.

Die von ihr vorgenommene Verwerfung der Berufung als unzulässig hat die JugK damit begründet, dass der Nebenkl. nur die Verurteilung des Angekl. wegen einer weiteren, zu der bereits ausgeurteilten hinzutretenden Tatbestandsalternative des § 224 I StGB und so entgegen § 400 StPO lediglich eine Änderung des Schuldumfangs und damit des Rechtsfolgenausspruchs erstrebe. Ist die sofortige Beschwerde begründet?

## I. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde

„Die sofortige Beschwerde ist nach §§ 401 I 1, 322 II StPO statthaft und auch sonst zulässig, insbesondere fristgerecht erhoben.“ (OLG Jena aaO.)

## II. Begründetheit der sofortigen Beschwerde

Die sofortige Beschwerde ist begründet, wenn die Berufung zu Unrecht durch Beschluss als unzulässig verworfen wurde.

Nach § 322 I StPO kann das Berufungsgericht eine Berufung durch Beschluss als unzulässig verwerfen, wenn es die **Vorschriften über die Einlegung der Berufung nicht für beobachtet** erachtet. Da hier der Nebenkl. die Berufung einlegt hat, ist zusätzlich zu den allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen auch noch § 400 StPO zu beachten. Nach § 400 I StPO kann der Nebenkläger das Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass eine **andere Rechtsfolge** der Tat verhängt wird oder dass der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt wird, die nicht zum Anschluss des Nebenklägers berechtigt. Fraglich ist, ob die Berufung hier zu Recht nach § 400 I StPO als unzulässig angesehen wurde.

### 1. Verurteilung wegen einer nicht nebenklagefähigen Tat

Die Berufung des Nebenkl. zielt **nicht** auf eine Verurteilung des Angekl. wegen einer nach § 395 StGB nicht **nebenklagefähigen Tat**.

## 2. Nicht nur Änderung der Rechtsfolge

Allerdings könnte die Berufung allein darauf gerichtet sein, dass lediglich eine andere Rechtsfolge wegen einer im Übrigen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unverändert zu beurteilenden Tat verhängt wird.

### a) Keine Änderung des Schuldspruchs

„[Die] mit der Berufung **erstrebte Feststellung**, dass der Angekl. neben der qualifizierenden Tatbestandsalternative der gemeinschaftlichen Begehung nach § 224 I Nr. 4 StGB auch die des Verwendens einer Waffe nach § 224 I Nr. 2 StGB verwirklicht hat, würde **zu keiner Änderung des Schuldspruchs** des Angekl. wegen gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil des Nebenkl. im Urteilstenor führen. Dies ergibt sich aus § 260 IV 1 u. 2 StPO, wonach die **Tat in der Urteilsformel nicht** nach tatsächlichen Merkmalen **als historische Begebenheit, sondern nur rechtlich** – und zwar nach der gesetzlichen Überschrift des Straftatbestandes – **bezeichnet** wird (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 57. Aufl., § 260 Rn 22), die hier für sämtliche Tatbestandsalternativen des § 224 I Nr. 1-5 StGB einheitlich „gefährliche Körperverletzung“ lautet.“ (OLG Jena aaO.)

### b) Nichtvorliegen verschiedener Tatbestände bei qualifizierenden Tatbestandsalternativen

„Auch stellen die **qualifizierenden Tatbestandsalternativen** des § 224 I Nr. 1-5 StGB in materiell-rechtlicher Hinsicht keine verschiedenen Tatbestände dar. Vielmehr bilden sie zusammen ein alternativ formuliertes Tatbestandsmerkmal, dessen Verwirklichung in mehrfacher Hinsicht – bei im Übrigen einfacher Erfüllung der übrigen Tatbestandsmerkmale der Körperverletzung – **nur eine Tatbestandsverwirklichung** ist (vgl. SK/StGB-Horn/Wolters § 224 Rn 5; Fischer StGB, 61. Aufl., § 224 Rn 16; Altenhain ZStW 107, 395, 401).“ (OLG Jena aaO.)

### c) Änderung der tatsächlichen Feststellungen

„Jedoch würde die auf „die **Ergänzung des erstinstanzlichen Schuldspruchs um eine Qualifikationsnorm**“ gerichtete Berufung des Nebenkl. im Falle ihres Erfolges zu einer **wesentlichen Ergänzung der in den Urteilsgründen dargelegten tatsächlichen Feststellungen und ihrer Subsumtion** unter den gesetzlichen Tatbestand des § 224 I StGB dahingehend führen, dass der Angekl. eine gefährliche Körperverletzung zum Nachteil des Nebenkl. auch dadurch verwirklicht hat, dass er im Sinne der Nr. 2 dieser Vorschrift eine Waffe verwendet und dem Nebenkl. durch eine weitere Ausführungshandlung **(auch) die festgestellte Stichverletzung zugefügt** hat. Ebenso würde die zwar keinen Teil der Urteilsformel bildende, dieser aber anzufügende Liste der angewendeten Vorschriften nach § 260 V StPO, die aus einem auf den Schuldspruch und einem auf den Rechtsfolgenausspruch bezogenen Teil besteht (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt aaO., § 260 Rn 56), in ihrem Schuldspruchbezogenen Teil um die Vorschrift des § 224 I Nr. 2 StGB ergänzt werden.“ (OLG Jena aaO.)

Fraglich ist, ob eine solche Änderung der tatsächlichen Feststellungen, die zu einer geänderten Gesetzessubsumtion führen, den Schuldspruch ändern.

„[Der konkrete Inhalt des Schuldspruchs ergibt] sich **nicht allein aus der Urteilsformel**, sondern aus dem gesamten Urteilsinhalt ergibt. Sie zielen daher nicht notwendiger Weise allein auf die Verhängung einer anderen Rechtsfolge ab, sondern betreffen in erster Linie die **richtige Anwendung der in Rede stehenden Rechtsnormen zum Schuldspruch**.

Das hierauf gerichtete Rechtsmittel des Nebenkl. ist im vorliegenden Fall nach Auffassung des Senats zulässig. Dies gilt insbesondere, soweit der Nebenkl. die Feststellung der **zusätzlichen Verwirklichung einer nebenklagefähigen**, wenn auch nicht in einem eigenen gesetzlichen Tatbestand mit eigener Überschrift, sondern (nur) als weitere Tatbestandsalternative beschriebenen, das Tatbild und **die Tatfolgen jedoch ganz wesentlich prägenden Qualifikation** erstrebt, die zwar nicht in der Urteilsformel, jedoch in den Urteilsgründen und der schuldpruchbezogenen Liste der angewendeten Vorschriften zum Ausdruck kommen würde. Für in eigenständigen Absätzen einzelner Strafvorschriften geregelte Qualifikationstatbestände hat dies – bei im Übrigen durchaus vergleichbarer Fallgestaltung – auch der BGH so gesehen und etwa die mit dem Ziel einer Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung gemäß § 226 II – statt nur I – StGB (die Unterscheidung betrifft hier allein die subjektive Tatseite) bzw. wegen Vergewaltigung gemäß § 177 III StGB (betr. u.a. das Mitführen von Waffen bzw. von Werkzeugen als Nötigungsmittel) – statt nur gemäß § 177 I und II StGB – eingelegten Revisionen der Nebenkl. als zulässig erachtet (für § 226 II StGB: BGH, 4. Strafsenat NJW 2001, 980; für § 177 III StGB: BGH, 3. Strafsenat NStZ 2001, 420; vgl. auch BGH, 1. Strafsenat NStZ 2000, 219, der das Rechtsmittelziel, über die erstrebte Feststellung eines dem Angekl. ungünstigeren Konkurrenzverhältnisses der Tatmehrheit statt Tateinheit eine insgesamt schwerere Rechtsfolge zu erreichen, für zulässig hält, weil es auch die richtige Anwendung der in Rede stehenden Rechtsnormen zum Schuldspruch betrifft).“ (OLG Jena aaO.)



#### d) Feststellungsinteresse

Der Nebenkl. müsste auch an der Feststellung einer solchen zusätzlichen, zumindest in den Urteilsgründen und der Liste der angewendeten Vorschriften zum Ausdruck kommenden Qualifikation ein **legitimes Interesse** haben.

*„[Dies ist der Fall] wenn sie – wie hier – die Frage betrifft, ob der Angekl. eine weitere Tathandlung mittels einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges begangen und dadurch dem Nebenkl. – über die festgestellten, gemeinschaftlich mit anderen verursachten Schlag- und Trittverletzungen hinaus durch die zusätzliche Ausführungshandlung eines Messerstichs – auch eine erhebliche Stichverletzung zugefügt hat.*

*Das auf die Feststellung einer den Urteilstenor unberührt lassenden zusätzlichen Qualifikation gerichtete Rechtsmittelziel steht auch in Einklang mit der ratio legis des § 400 I StPO. Denn nach dieser Vorschrift ist ein **Rechtsmittel des Nebenkl. nur dann unzulässig**, wenn dieser **von vorneherein nicht beschwert** ist, weil es nur um ein nicht nebenklagefähiges Delikt geht oder er – auf der Grundlage unveränderter Schuldfeststellungen – nur eine aus seiner Sicht zu milde Rechtsfolgenentscheidung angreifen will (vgl. Meyer-Goßner/-Schmitt aaO., § 400 Rn 1 und 3 a m.w.N.).“ (OLG Jena aaO.)*

#### e) Keine Abweichung von BGH-Rechtsprechung

Dieser Einschätzung stehen die **Entscheidungen des BGH zur Unzulässigkeit** eines auf die Bejahung **weiterer Mordmerkmale** gerichteten Rechtsmittels des Nebenklägers (vgl. BGH Beschl. v. 17.12.2002, 3 StR 412/02, bei juris; NStZ-RR 1997, 371) nicht entgegen.

*„[Der Senat hält] im Hinblick auf die oben dargestellten Fälle der vom BGH als zulässig angesehenen Nebenkl.-Rechtsmittel und die Besonderheiten des Mord-Tatbestandes jedenfalls dann **nicht für verallgemeinerungsfähig**, wenn mit dem Rechtsmittel der Nebenklage – wie hier – die Feststellung einer weiteren, in ihrer Qualität durchaus herausragenden Tathandlung angestrebt wird, zumal deren abschließende Beurteilung in konkurrenzrechtlicher Hinsicht erst auf der Grundlage eines in objektiver und subjektiver Hinsicht vollständig aufgeklärten Sachverhalts möglich sein wird (s.u.).“ (OLG Jena aaO.)*

Ebenso stellt der Standpunkt des erkennenden Gerichts keine Abweichung von einer Entscheidung des BGH dar, in der dieser ein auf die **Feststellung weiterer Qualifikationen** des § 224 I StGB – konkret der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs nach Nr. 2 und die Vornahme einer lebensgefährdenden Behandlung nach Nr. 5 der Vorschrift – **gerichtetes Rechtsmittel** des im Rahmen einer „Kneipenschlägerei“ mit mehreren Beteiligten vom Angekl. mit beschuhten Füßen getretenen und schwer im Gesicht verletzten Nebenkl. **für unzulässig gehalten** hat (vgl. BGH NJW 2011, 3314).

*„[Dieser Fall] unterscheidet sich ... erheblich vom vorliegenden. Dort stand nämlich **in tatsächlicher Hinsicht fest**, dass der Angekl. – bei Subsumtion des beschuhten Fußes als gefährliches Werkzeug – **die weitere qualifizierende Tatbestandsalternative** des § 224 I Nr. 2 im Rahmen einer einheitlichen Handlung zugleich mit der Qualifikation nach § 224 I Nr. 4 StGB **verwirklicht hatte**, weshalb ihr Hinzutreten sich in der Tat allein auf den Schuldumfang in Form der rechtlichen Bewertung ein- und derselben Verletzungshandlung bei unveränderten Verletzungsfolgen ausgewirkt hätte. **Im vorliegenden Fall** ist dagegen **ungeklärt geblieben**, ob (und ggf. wann) der Angekl. (überhaupt) auf den Nebenkl. eingestochen und welche subjektiven Vorstellungen er dabei gehegt hat. Deshalb kann hier auch **nicht von vorneherein ausgeschlossen** werden, dass die aufgrund der Berufung des Nebenkl. erneut durchzuführende Hauptverhandlung dazu führen würde, dass das **Berufungsgericht zu einer (auch im Tenor zum Ausdruck kommenden) Schuldspruchänderung** bezüglich der durch den Angekl. N konkret verwirklichten Straftatbestände und insbesondere ihres Konkurrenzverhältnisses zueinander **gelangt**. Da die Berufung nicht auf einzelne rechtliche Gesichtspunkte des Schuldspruchs beschränkt werden kann (Meyer-Goßner/Schmitt aaO., § 318 Rn 13), unterliegt auf die Berufung des Nebenkl. – ungeachtet der Formulierung „soweit dies die unterbliebene Verurteilung des Mitangekl. N wg. § 224 I Nr. 2 StGB betrifft“ – der gesamte ihn (als Geschädigten) und den Angekl. N betreffende Tatkomplex der gefährlichen Körperverletzung der Überprüfung durch das Berufungsgericht.“ (OLG Jena aaO.)*

### III. Ergebnis

Die sofortige Beschwerde ist zulässig und begründet. Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und die Sache zu Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

(OVG Bautzen in LKV 2016, 39; Beschluss vom 11.08.2015 – 3 A 224/14)

1. Die Sicherstellung eines Kraftfahrzeugs im Eigentümerinteresse ist schon dann **erforderlich**, wenn der Polizei **andere Maßnahmen**, die den Zweck der Sicherstellung ebenso erreichen würden, **nicht ohne weiteres möglich** sind.
2. die Polizei ist **regelmäßig nicht verpflichtet**, zunächst den Halter oder für die Beseitigung des Fahrzeugs sonst **Verantwortlichen zu ermitteln**. Solche Ermittlungen führen meist zu nicht absehbaren zeitlichen Verzögerungen, die mit dem **Interesse an einer effektiven Gefahrenabwehr** durch die Polizei nicht vereinbar sind.
3. Eine **vorherige Benachrichtigung des Halters** ist nur erforderlich, wenn dieser geradezu in greifbarer Nähe erscheint.
4. Es kommt auf den **mutmaßlichen Willen des Eigentümers** an. Droht ein Eigentumsverlust, ist davon auszugehen, dass die Sicherstellung seinem Willen entspricht.
5. Die **allgemeine Lebenserfahrung** spricht dafür, dass geöffnete Fenster an Fahrzeugen für Dritte Anlass sein können, Zugriff auf das Fahrzeug zu nehmen, oder Gegenstände aus dem Innern zu entwenden.

**A. Prüfungswissen: Die Zulassung der Berufung im Verwaltungsprozess****I. Erforderlichkeit der Berufungszulassung**

Gegen erstinstanzliche Urteile des VG ist die Durchführung eines Berufungsverfahrens nicht ohne weiteres zulässig. Vielmehr ist die Zulassung der Berufung erforderlich.

Die Zulassung erfolgt durch das Verwaltungsgericht in seinem Urteil oder durch das Oberverwaltungsgericht, wenn keine Zulassung im Urteil einem vorgeschalteten Verfahren (Berufungszulassungsverfahren).

**II. Berufungszulassungsgründe**

Die Berufung ist nach § 124 II VwGO nur zuzulassen,

1. wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
2. wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
3. wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
4. wenn das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
5. wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

**III. Das Berufungszulassungsverfahren****1. Antragstellung**

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist beim Verwaltungsgericht zu stellen, dessen Urteil angegriffen werden soll, § 124a IV 2 VwGO.

**2. Antragsfrist**

Der Antrag ist binnen 1 Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils einzureichen, § 124a IV 1 VwGO.

### 3. Antragsbegründung

Erfolgt die Antragsbegründung mit Antragstellung, so kann die Begründung beim Verwaltungsgericht eingereicht werden. Die nachträgliche Berufungsbegründung ist an das Oberverwaltungsgericht zu richten, § 124a IV 5 VwGO.

### 4. Antragsbegründungsfrist

Die Antragsbegründung muss 2 Monate nach Zustellung des vollständigen Urteils eingereicht werden, § 124a IV 4 VwGO. Hierbei ist eine konkrete Ausführung mit Bezug zu den Zulassungsgründen des § 124 II VwGO notwendig.

## IV. Folgen des Zulassungsantrags

### V. Entscheidung über den Zulassungsantrag

Die Rechtskraft des Urteils wird durch den Berufungszulassungsantrag gehemmt, § 124a IV 6 VwGO. Die Entscheidung über den Antrag erfolgt durch Beschluss (nicht Urteil).

Wird die Zulassung abgelehnt, so wird das Urteil nach § 127 V 4 VwGO rechtskräftig. Erfolgt die Zulassung, so wird das Verfahren als Berufung weitergeführt, § 124a V 5 VwGO. Eine gesonderte Berufungseinlegung nicht mehr erforderlich.

## B. Sicherstellung eines Fahrzeugs im Interesse des Eigentümers (vgl. OVG Bautzen in LKV 2016, 39)

**Fall:** Der Kl. wendet sich gegen einen Leistungsbescheid der Polizeidirektion C. vom 28.02.2013 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15.05.2013, mit welchem er zur Zahlung von 191,61 € aufgefordert wird. Mit diesem Kostenbescheid stellte die Bekl. dem Kl., gestützt auf § 29 I 3 SächsPolG, Abschleppkosten i.H.v. 141,61 € in Rechnung und setzte gem. §§ 1, 2 und 6 SächsVwKG i.V.m. § 9 SächsKVZ eine Grundgebühr von 50 € fest. Die Polizeidirektion hatte seinen Pkw am 28.01.2013 von einem Abschleppunternehmen zum Zwecke der Eigentumssicherung abschleppen lassen, da auf der hinteren rechten Seite des Fahrzeugs das Fenster nicht verschlossen war. Zuvor hatten die Polizeibeamten erfolglos versucht, die Telefonnummer des Kl. zu ermitteln, um ihn zu benachrichtigen. Das VG hat die gegen den Kostenbescheid gerichtete Klage abgewiesen. Der Kl. hat die Zulassung der Berufung beim OVG beantragt. Liegt ein Berufungszulassungsgrund vor?

Hat das VG die Berufung nicht in seinem Urteil zugelassen, so kann die Zulassung der Berufung nach § 124a VwGO binnen eines Monats beantragt werden. Nach § 124a V 2 VwGO ist die Berufung zuzulassen, wenn einer der Gründe des § 124 II VwGO dargelegt ist und vorliegt.

### I. Bestehen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils

Die Berufung könnte nach §§ 124a V 2, 124 II Nr. 1 VwGO wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des VG zuzulassen sein. Fraglich ist, ob das VG hier Recht fehlerhaft angewendet hat.

#### 1. Ermächtigungsgrundlage für die Sicherstellung

**Rechtsgrundlage** für eine Sicherstellung nach dem Polizeigesetz ist **§ 26 I SächsPolG**. Danach kann die Polizei eine Sache sicherstellen, wenn dies erforderlich ist, um den **Eigentümer** oder den rechtmäßigen Inhaber der tatsächlichen Gewalt **vor Verlust oder Beschädigung der Sache zu schützen**. Entstehen der Polizei durch die Sicherstellung, Verwahrung oder Notveräußerung Kosten, so ist der Eigentümer oder der rechtmäßige Inhaber der tatsächlichen Gewalt nach § 29 I 3 SächsPolG zum Ersatz verpflichtet.

#### 2. Vorliegen der formellen Handlungsvoraussetzungen

Bedenken hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der Sicherstellung bestehen nicht.

#### 3. Vorliegen der materiellen Rechtmäßigkeitsanforderungen

##### a) Tatbestandsvoraussetzungen

Die Sicherstellung müsste dem Schutz des Eigentums des Kl. gedient haben.

„Bei der **Sicherstellung zum Schutz des Eigentums** wird die Polizei für den Eigentümer oder den rechtmäßigen Inhaber der tatsächlichen Gewalt tätig. Ihrem Wesen nach ist sie **vergleichbar**

*mit der Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. § 677 ff. BGB. Die Sicherstellung zur Eigentums-sicherung ist folglich zulässig, wenn sie dem **objektivierten mutmaßlichen Willen des Berechtigten** entspricht. Ob sie vom Betroffenen tatsächlich gebilligt wird, ist hingegen unerheblich. Ob diese Voraussetzungen für eine Sicherstellung vorliegen, ist eine Frage des konkreten Einzelfalls.“ (OVG Bautzen aaO.)*

Das Fahrzeug war mit geöffneten Fenstern abgestellt. Hierdurch ergab sich die Gefahr, dass das Fahrzeug oder jedenfalls im Fahrzeug befindliche Gegenstände gestohlen werden. Die Sicherstellung diente daher dem Schutz des Eigentums des Kl. am Fahrzeug und an den im Fahrzeug befindlichen Gegenständen.

## b) Ermessen

Allerdings steht die Sicherstellung im Ermessen der Polizei.

### aa) Legitimer Zweck

Die Sicherung des Eigentums der Kl. stellt ohne weiteres einen legitimen Zweck polizeilichen Handelns dar.

### bb) Geeignetheit

Eine polizeiliche Maßnahme ist geeignet, wenn die Erreichung des verfolgten Zwecks zumindest gefördert wird. Durch die Sicherstellung wird das Eigentum des Kl. geschützt, sie ist damit auf jeden Fall zur Zweckerreichung geeignet.

### cc) Erforderlichkeit

Die Maßnahme muss auch erforderlich sein. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn es kein milderes Mittel gibt, das in gleicher Weise geeignet ist, den verfolgten Zweck zu erreichen.

*„Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist die **Sicherstellung im Eigentümerinteresse** schon dann **erforderlich**, wenn der Polizei **andere Maßnahmen**, die den Zweck der Sicherstellung ebenso erreichen würden, **nicht ohne weiteres möglich** sind. Demzufolge ist die Polizei regelmäßig nicht verpflichtet, zunächst den Halter oder für die Beseitigung des Fahrzeugs sonst Verantwortlichen zu ermitteln. Solche Ermittlungen führen meist **zu nicht absehbaren zeitlichen Verzögerungen**, die mit dem Interesse an einer effektiven Gefahrenabwehr durch die Polizei und zudem nur begrenzt zur Verfügung stehenden Polizeikräften nicht vereinbar sind (BVerwG, Beschl. v. 06.07.1983 – 7 B 182.82, juris Rn. 6; OVG Bautzen, Beschl. v. 15.08.2011 – 3 A 230/10, juris Rn. 4 m.w.N.; zum Abschleppen eines Kfz mit geöffneter Beifahrertür: vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 26.06.02002 – 3 B 398/01, juris Rn. 5). Eine **vorherige Benachrichtigung des Halters** ist nur erforderlich, wenn dieser geradezu **in greifbarer Nähe erscheint** (VGH München, Urt. v. 22.02.2001 – 24 B 99.3318, juris Rn. 39).“ (OVG Bautzen aaO.)*

Die Sicherstellung des Fahrzeugs war nach diesen Maßstäben auch erforderlich.

### dd) Angemessenheit

Die Sicherstellung muss aber auch angemessen gewesen sein. Die durch die Sicherstellung beeinträchtigten Interessen des Kl. dürften daher die Vorteile, welche durch die Vornahme der Maßnahme entstanden sind, nicht überwiegen.

*„Ob die im Interesse des Eigentümers vorgenommene Sicherungsmaßnahme verhältnismäßig ist, hängt davon ab, **wie hoch im Einzelfall die Wahrscheinlichkeit eines Diebstahls des Fahrzeugs, eines Diebstahls von Gegenständen aus dem Fahrzeug oder einer Beschädigung des Fahrzeugs ist, wenn die Sicherstellung unterbleibt**. Hierbei handelt es sich um eine Prognoseentscheidung. Sie ist auf der Grundlage der der Polizei zum Zeitpunkt ihres Handelns zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten zu beurteilen, wobei unter anderem die voraussichtliche **Dauer** der die Möglichkeit eines Schadenseintritts erhöhenden Umstände, der **Abstellort** sowie der **Wert eines Fahrzeuges** zu berücksichtigen sind (BVerwG, Beschl. v. 18.02.2002 – 3 B 149.01, juris Rn. 4; OVG Bautzen, Beschl. v. 26.06.2002, SächsVBl. 2002, 268).“ (OVG Bautzen aaO.)*

Fraglich ist, ob vor diesem Hintergrund die hier von der Polizei erstellte Prognose, dass wegen eines zu befürchtenden Diebstahls des Kraftfahrzeugs

oder dessen Beschädigung eine Sicherstellung dem mutmaßlichen Willen des Kl. entspreche, zu beanstanden ist.

„Anders als der Kl. meint, spricht schon die **allgemeine Lebenserfahrung** dafür, dass **geöffnete Fenster** an Fahrzeugen für Dritte Anlass sein können, Zugriff auf das Fahrzeug zu nehmen, oder Gegenstände aus dem Innern zu entwenden. Durch das teilweise offenstehende hintere Seitenfenster wäre es für Dritte einfach möglich gewesen, das Fahrzeug oder Fahrzeugteile im Inneren zu entwenden bzw. zu beschädigen.“ (OVG Bautzen aaO.)

In diesem Zusammenhang ist es auch unerheblich, dass das Fahrzeug mit einer Wegfahrsperre ausgestattet ist.

„Es mag zutreffen, dass sich **Gelegenheitsdiebe** durch Wegfahrsperren von einer Entwendung des Fahrzeugs **abschrecken** lassen. Jedoch dürfen die Anforderungen an die Polizei nicht überspannt werden. Es kann nicht verlangt werden, dass **Polizeibeamten** die **Sicherungseinrichtungen** einer Vielzahl der im Verkehr befindlichen Fahrzeugtypen und ständig wechselnder und sich fortentwickelnder technischer Standards von Kraftfahrzeugen **allgemein kennen** oder sich im Vorfeld einer zum Schutz von Diebstahl beabsichtigten Abschleppmaßnahme bei Fachwerkstätten etwa **kundig machen**, wie das Fahrzeug gesichert werden könnte. Dies wäre mit dem Grundsatz der **Effektivität der Gefahrenabwehr** nicht vereinbar (OVG Bautzen, Beschl. v. 15.08.2011 aaO. Rn. 5 f.; VGH München aaO. Rn. 38). Im Übrigen werden Dritte im Falle einer eingebauten Wegfahrsperre auch nicht daran gehindert, Gegenstände aus dem Innern des Fahrzeugs durch das offene Fenster zu entwenden.“ (OVG Bautzen aaO.)

Es kommt auch nicht darauf an, dass sich zum Zeitpunkt der Sicherstellung **keine vor außen sichtbaren wertvollen Gegenstände im Fahrgastraum** befunden hatten.

„Auch insoweit sind die Polizeibeamten **nicht zu aufwendigen Nachforschungen verpflichtet**, zumal nicht auszuschließen ist, dass sich wertvolle Gegenstände zum Beispiel auch an von außen nicht sichtbaren Stellen im Fahrgastraum befinden können, wie zum Beispiel unter den Sitzen oder im Handschuhfach.“ (OVG Bautzen aaO.)

Ohne Belang ist auch der Umstand, dass sich das Fahrzeug auf einem Parkplatz eines Einkaufszentrums im Sichtbereich einer Überwachungskamera befunden hat.

„Angesichts der **Geschwindigkeit**, mit der **professionelle Autodiebe** vorgehen, bieten Überwachungskameras auf großen Parkplätzen **wenig Schutz** gegen Diebstähle, zumal sie vom Unternehmen primär nicht zum Schutz des Eigentums Dritter errichtet, sondern eher dazu bestimmt sein dürften, Schäden vom Eigentum des Unternehmens durch Abschreckung abzuwenden.“ (OVG Bautzen aaO.)

Es bestehen daher keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des erstinstanzlichen Urteils, die eine Zulassung der Berufung rechtfertigen könnten.

## II. Bestehen besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten

Die Berufung könnte nach §§ 124a V 2, 124 Nr. 2 VwGO wegen des Bestehens besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten zuzulassen sein.

„Der Kl. rügt, das VG habe es sich „zu leicht“ gemacht und habe die **Voraussetzungen der Sicherstellung vorschnell bejaht**. Streitentscheidend seien hier die „Voraussetzungen der polizeilichen Maßnahme der angeblichen Gefahrenabwehr als Grundlage der Beauftragung eines Abschleppunternehmens“. Damit zeigt der Kl. jedoch **keine konkreten Tatsachen- oder Rechtsfragen** auf, deren Klärung besondere Schwierigkeiten aufweist, sondern er wendet sich vielmehr gegen die Tatsachen- und Beweiswürdigung des VG. Dies rechtfertigt nicht die Zulassung der Berufung wegen besonderer rechtlicher oder tatsächlicher Schwierigkeiten der Rechtssache.“ (OVG Bautzen aaO.)

## III. Grundsätzliche Bedeutung

Die Berufung könnte nach §§ 124a V 2, 124 Nr. 3 VwGO wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen sein.

„Sofern sich dem Vorbringen des Kl. sinngemäß die Frage entnehmen lässt, ob die **Sicherstellung bei einem eher geringwertigen Fahrzeug zulässig** sei, welches mit einer Wegfahrsperre ausgestattet sei, in dem sich im Zeitpunkt der Sicherstellung keine von außen sichtbaren Gegenstände befinden und das auf einem öffentlichen Parkplatz im Sichtbereich von Videokameras abgestellt sei, besteht **kein grundsätzlicher Klärungsbedarf**. Wie oben ausgeführt, ist das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sicherstellungsverfügung im Eigentümerinteresse – wie auch die Formulierung der Frage zeigt – **stets im Einzelfall zu prüfen** und daher einer allgemeinen Klärung nicht zugänglich.“ (OVG Bautzen aaO.)

(BVerfG in BeckRS 2015, 55288; Beschluss vom 08.10.2015 – 1 BvR 1320/14)

1. Stellt sich eine entscheidungserhebliche und der einheitlichen Auslegung bedürftige **Frage des Unionsrechts**, ist bereits mit der sich voraussichtlich in einem künftigen Revisionsverfahren ergebenden **Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union** (Art. 267 Abs. 3 AEUV) auch der Zulassungsgrund der „grundsätzlichen Bedeutung“ im Sinne von § 543 II 1 Nr. 1 ZPO gegeben.
2. Kommt ein Gericht der gesetzlich vorgesehenen **Pflicht zur Zulassung eines Rechtsmittels** nicht nach, so verstößt dies gegen die Gewährleistung des gesetzlichen Richters in Art. 101 I 2 GG, wenn die Entscheidung insoweit **sachlich nicht zu rechtfertigen** ist, sich damit als **objektiv willkürlich** erweist und den **Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar** erschwert.
3. Ist weder anhand einer Entscheidungsbegründung noch anderweitig zu erkennen, warum das Revisionsgericht bei der Nichtzulassungsentscheidung angenommen hat, dass ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof nach Art. 267 III AEUV in einem künftigen Revisionsverfahren nicht notwendig sei, ist **grundsätzlich von einer verfassungswidrigen Verweigerung des Zugangs zur Revisionsinstanz auszugehen**, wenn die Zulassung des Rechtsmittels wegen der Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens im Revisionsverfahren **nahegelegen hätte**.

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Zurückweisung mehrerer Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision durch den Bundesgerichtshof in Fällen, in denen eine Vorlagepflicht an den Europäischen Gerichtshof zum Zweck der Vorabentscheidung nach Art. 267 III AEUV nahelag.

Die Beschwerdeführerin ist ein Tochterunternehmen der Deutsche Bahn AG und betreibt als Eisenbahninfrastrukturunternehmen deutschlandweit rund 5.400 Personenbahnhöfe. Die Beschwerdeführerin stellt ihre Personbahnhöfe Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Verfügung und erhebt von diesen auf Grundlage einer Stationspreissliste ein Stationsnutzungsentgelt. Nach Einführung eines neuen Stationspreissystems zum 01.01.2005 zahlten mehrere Eisenbahnverkehrsunternehmen die Stationsnutzungsentgelte lediglich unter Vorbehalt beziehungsweise kürzten die Entgelte eigenmächtig auf einen Teilbetrag.

In den hiesigen Ausgangsverfahren stritt die Beschwerdeführerin mit den jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmen über die Rückzahlung bereits geleisteter beziehungsweise über die Nachforderung noch offener Stationsnutzungsentgelte durch die Beschwerdeführerin auf Grundlage des zum 01.01.2005 eingeführten neuen Stationspreissystems. Entscheidungserheblich war in allen drei Verfahren die Zulässigkeit einer neben die eisenbahnrechtliche Entgeltregulierung (insbesondere nach §§ 14 ff. des Allgemeinen Eisenbahngesetzes [AEG] vom 27.12.1993 [BGBl I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439], §§ 21 ff. der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung [EIBV] vom 03.06.2005 [BGBl I S. 1566]) tretenden zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle der jeweiligen Rahmenverträge beziehungsweise Stationsnutzungsverträge nach § 315 BGB.

In einem der Ausgangsverfahren nahm das Kammergericht auch zur Unionsrechtskonformität einer neben die eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierungsvorschriften tretenden zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle Stellung (Kammergericht, Urteil vom 31.01.2013 - 2 U 1/11). Die Anwendung von § 315 BGB auf Infrastrukturnutzungsentgelte stehe insbesondere nicht in Widerspruch zur Richtlinie 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung. Die richtige Anwendung des Unionsrechts sei so offenkundig, dass kein Raum für vernünftige Zweifel bleibe und es keiner von der Beschwerdeführerin angeregten Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 II AEUV bedürfe.

Die Beschwerdeführerin hat in allen drei Ausgangsverfahren Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision beim Bundesgerichtshof eingelegt. Die Revision sei wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 543 II 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, da der Bundesgerichtshof verpflichtet sei, die entscheidungserhebliche und bislang nicht geklärte Frage nach der Vereinbarkeit einer zivilgerichtlichen Billigkeitsprüfung mit der Richtlinie 2001/14/EG dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung nach Art. 267 III AEUV vorzulegen. Die Nichtzulassungsbeschwerden wurden zurückgewiesen mit der Begründung, die Rechtssache habe weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordere die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Mit der Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 I 2 GG. Zu Recht?

Die Nichtzulassung der Revisionen könnte die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 I 2 GG verletzen, weil die Revision nicht zugelassen wurde, obwohl die Zulassung nach § 543 II 1 Nr. 1 ZPO wegen grundsätzlicher Bedeutung aufgrund einer sich in

einem künftigen Revisionsverfahren ergebenden Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union (Art. 267 III AEUV) naheliegen könnte.

## I. Rechtswidrige Nichtzulassung als Entzug des gesetzlichen Richters

Fraglich ist zunächst, ob die Nichtzulassung der Revision überhaupt als Entzug des gesetzlichen Richters angesehen werden kann, wenn das zur Entscheidung berufene Gericht (hier der BGH) selbst die Zulassung des Rechtsmittels abgelehnt.

„Kommt ein Gericht der gesetzlich vorgesehenen **Pflicht zur Zulassung eines Rechtsmittels** nicht nach, so verstößt dies gegen die Gewährleistung des gesetzlichen Richters in Art. 101 I 2 GG, wenn die Entscheidung insoweit **sachlich nicht zu rechtfertigen** ist, sich damit als **objektiv willkürlich** erweist und den **Zugang zur nächsten Instanz unzumutbar** erschwert (vgl. BVerfGE 42, 237 [241]; 67, 90 [94 f.]; 87, 282 [284 f.]; 101, 331 [359 f.]; entsprechend zu Art. 19 Abs. 4 GG: BVerfGE 125, 104 [137]; 134, 106 [117 f. Rn. 34]); dies gilt **auch für die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts** selbst, mit der es eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung des Rechtsmittels - hier der Revision - zurückweist. Hingegen genügt nicht bereits die einfachrechtlich fehlerhafte Handhabung der maßgeblichen Zulassungsvorschriften (vgl. BVerfGE 67, 90 [95]; 87, 282 [284 f.]; 101, 331 [359 f.]).“ (BVerfG aaO.)

Die Nichtzulassung der Revision kann daher einen Entzug des gesetzlichen Richters darstellen, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen.

## II. Rechtswidrigkeit der Nichtzulassung

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Revision hätte zugelassen werden müssen.

### 1. Zulassungspflicht bei voraussichtlicher Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH

„Nach § 543 II 1 Nr. 1 ZPO ist die Revision zuzulassen, wenn die Rechtssache **grundsätzliche Bedeutung** hat. Stellt sich eine entscheidungserhebliche und der einheitlichen Auslegung bedürftige **Frage des Unionsrechts**, ist bereits mit der sich voraussichtlich in einem künftigen Revisionsverfahren ergebenden **Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union** (Art. 267 Abs. 3 AEUV) auch der Zulassungsgrund der „grundsätzlichen Bedeutung“ im Sinne von § 543 II 1 Nr. 1 ZPO gegeben (vgl. BVerfGE 82, 159 [196]; außerdem für das zivilgerichtliche Verfahren BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 01.04.2008 - 2 BvR 2680/07 -, juris, Rn. 27; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 21.11.2011 - 2 BvR 516/09 und 2 BvR 535/09 -, juris, Rn. 21; für das finanzgerichtliche Verfahren BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 22.12.1992 - 2 BvR 557/88 -, juris, Rn. 4; entsprechend für die Berufungszulassung im zivilgerichtlichen Verfahren BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 03.03.2014 - 1 BvR 2534/10 -, juris, Rn. 24; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 17.09.2014 - 2 BvR 64/12 -, juris, Rn. 28).“ (BVerfG aaO.)

### 2. Bestehen einer voraussichtlichen Notwendigkeit einer Vorlage

Es kommt daher darauf an, ob sich im Rahmen des Revisionsverfahrens voraussichtlich die Notwendigkeit einer Vorlage an den EuGH erheben hätte.

#### a) Prüfungsumfang des BVerfG

Fraglich ist, nach welchen Maßstäben das BVerfG diese Frage nach der Pflicht zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens prüft.

„Die Entscheidung des Revisionsgerichts, die Revision nicht gemäß § 543 II 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, und die ihr zugrunde liegende Annahme, dass sich eine entscheidungserhebliche, einen Zulassungsgrund im Sinne des § 543 II 1 Nr. 1 ZPO bildende Frage des Unionsrechts nicht stelle, sind **an den vom Bundesverfassungsgericht für die Handhabung des Art. 267 III AEUV herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäben** (zuletzt BVerfGE 129, 78 [105 ff.]; 135, 155 [231 f. Rn. 179 ff.]) **zu messen** (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 22.12.1992 - 2 BvR 557/88 -, juris, Rn. 4; entsprechend für die Berufungszulassung BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 03.03.2014 - 1 BvR 2534/10 -, juris, Rn. 25; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 17.09.2014 - 2 BvR 64/12 -, juris, Rn. 29).

Das Bundesverfassungsgericht **überprüft danach nur**, ob die **Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel** des Art. 267 III AEUV bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden **Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar** ist. Die Vorlagepflicht wird insbesondere in den Fällen offensichtlich unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Hauptsachegericht eine Vorlage trotz der - seiner Auffassung nach bestehenden - Entscheidungserheblichkeit der unionsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt (**grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht**), oder in denen das letztinstanzliche Hauptsachegericht in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu entscheidungserheblichen

Fragen abweicht und gleichwohl nicht oder nicht neuerlich vorlegt (**bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft**). Liegt zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs noch nicht vor oder hat eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise **noch nicht erschöpfend beantwortet** oder erscheint eine **Fortentwicklung der Rechtsprechung** des Gerichtshofs **nicht nur als entfernte Möglichkeit**, so wird Art. 101 I 2 GG nur dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat (Unvollständigkeit der Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 129, 78 [106 f.] m.w.N.; 135, 155 [231 f. Rn. 179 ff.] m.w.N.).“ (BVerfG aaO.)

### b) Prüfungsmöglichkeit bei fehlender Begründung

Fehlt der Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision jedoch eine entsprechende **Begründung**, so fehlen dem BVerfG die **entsprechenden Kontrollmaßstäbe** um zu prüfen, ob die Nichtzulassung verständlich und rechtlich haltbar ist (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 22.12.1992 - 2 BvR 557/88 -, juris, Rn. 6). Allerdings sehen die Prozessrechtsordnungen in zahlreichen Fällen, wie auch hier (§ 544 IV 2 ZPO), vor, dass nicht mehr anfechtbare **letztinstanzliche Entscheidungen keiner Begründung** bedürfen. Dies ist auch verfassungsrechtlich haltbar (vgl. BVerfGE 50, 287 [289 f.]; 104, 1 [7 f.]; 118, 212 [238]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 08.12.2010 - 1 BvR 1382/10 -, juris, Rn. 12).

„Auch in den Fällen, in denen das letztinstanzliche Fachgericht **vom Begründungserfordernis befreit** ist, darf jedoch die **verfassungsgerichtliche Kontrolle**, ob die letztinstanzlich entscheidenden Fachgerichte die sie allein treffende Vorlageverpflichtung nach Art. 267 III AEUV verfassungsgemäß handhaben, **nicht vollständig leerlaufen**. Ist weder anhand einer Entscheidungsbegründung noch anderweitig (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 22.12.1992 - 2 BvR 557/88 -, juris, Rn. 7 ff.) zu erkennen, warum das Revisionsgericht bei der Nichtzulassungsentscheidung angenommen hat, dass ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof nach Art. 267 III AEUV in einem künftigen Revisionsverfahren nicht notwendig sei, ist **grundsätzlich von einer verfassungswidrigen Verwehrung des Zugangs zur Revisionsinstanz auszugehen**, wenn die Zulassung des Rechtsmittels wegen der Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens im Revisionsverfahren **nahegelegen hätte** (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 03.03.2014 - 1 BvR 2534/10 -, juris, Rn. 20; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30.08.2010 - 1 BvR 1631/08 -, juris, Rn. 50; s.a. Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 07.09.2015 - 1 BvR 1863/12 -, juris, Rn. 14).

Es ist dann allerdings **nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts**, mangels Kenntnis und Überprüfbarkeit der Beweggründe des Revisionsgerichts die **Erforderlichkeit einer Vorlage nach Art. 267 III AEUV selbst abschließend zu prüfen**. Im Rahmen verfassungsgerichtlicher Prüfung lässt sich jedoch feststellen, ob es bei objektiver Betrachtung jedenfalls **nahelag**, dass sich in einem künftigen Revisionsverfahren die Notwendigkeit einer solchen Vorlage ergeben würde und die Rechtssache damit **grundsätzliche Bedeutung hatte**.“ (BVerfG aaO.)

### 3. Anwendung auf den Fall

Gemessen daran könnte eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter vorliegen, weil der Bundesgerichtshof die Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen hat, obwohl die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache mit Blick auf eine - von der Beschwerdeführerin in ihren Nichtzulassungsbeschwerden nachdrücklich geltend gemachte - Vorlageverpflichtung nach Art. 267 III AEUV im künftigen Revisionsverfahren nahelag und sich weder in den Entscheidungen noch anderweitig Anhaltspunkte dafür finden, aufgrund welcher - die Nichtzulassung möglicherweise sachlich rechtfertigenden - Überlegungen das Gericht die Zulassung der Revision nicht für erforderlich gehalten hat.

„Bei objektiver Betrachtung lag es hier nahe, dass sich in einem künftigen Revisionsverfahren die **Notwendigkeit einer Vorlage** ergeben würde (vgl. Kühling, DVBl 2014, S. 1558 [1563]). Nach Art. 267 III AEUV ist ein nationales letztinstanzliches Gericht **zur Vorlage** an den Europäischen Gerichtshof immer dann **verpflichtet**, wenn sich in einem bei ihm schwebenden Verfahren eine **entscheidungserhebliche Frage des Unionsrechts stellt**, es sei denn, das nationale Gericht hat festgestellt, dass die betreffende unionsrechtliche Frage bereits **Gegenstand einer Auslegung** durch den Europäischen Gerichtshof war oder dass die richtige Anwendung des Unionsrechts **derart offenkundig** ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (vgl. EuGH, Urteil vom 06.10.1982, C.I.L.F.I.T., 283/81, Slg. 1982, 3415, Rn. 21).“ (BVerfG aaO.)



### a) Entscheidungserheblichkeit der unionsrechtlichen Frage

Die unionsrechtliche Frage, ob die **Anwendung von § 315 BGB neben Bestimmungen des Eisenbahnregulierungsrechts zulässig** ist, ist im vorliegenden Verfahren entscheidungserheblich.

„Gegenstand der Ausgangsverfahren ist eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle der Stationsnutzungsentgelte nach § 315 BGB. Wäre die Richtlinie 2001/14/EG, wie die Beschwerdeführerin meint, dahingehend auszulegen, dass **eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB mit den dortigen Bestimmungen unvereinbar** ist, bestünde für eine ergänzende zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle neben dem sektorspezifischen Eisenbahnrecht kein Raum. Soweit von Seiten der im Ausgangsverfahren beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen die Entscheidungserheblichkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens mit der Begründung verneint wird, dass die Zivilgerichte die Beschwerdeführerin über den kartellrechtlichen Schadensersatz nach § 823 II BGB, § 33 GWB ohnehin zur Rückzahlung hätten verurteilen beziehungsweise eine Nachforderung hätten abweisen müssen, erstrecken sich die seitens der Beschwerdeführerin vorgebrachten Bedenken hinsichtlich des **Vorrangs des unionsrechtlichen Richtlinienrechts gegenüber dem nationalen Recht**, ohne dass es auf deren abschließende Überzeugungskraft ankommt, auch auf eine Anwendung von § 823 II BGB, § 33 GWB.“ (BVerfG aaO.)

### b) Fehlen einer Grundsatzentscheidung

„Die Frage der Anwendbarkeit von § 315 BGB neben dem sektorspezifischen Eisenbahnregulierungsrecht **war noch nicht Gegenstand einer Auslegung** durch den Europäischen Gerichtshof. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO)

### c) Offenkundigkeit der richtigen Unionsrechtsanwendung

Fraglich ist, ob die richtige Anwendung des Unionsrechts hier **derart offenkundig** ist, dass sich **ohne Kenntnis der** aus Sicht des Bundesgerichtshofs insoweit **maßgeblichen Gründe** im verfassungsgerichtlichen Verfahren feststellen lässt, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Anwendung von § 315 BGB neben den eisenbahnrechtlichen Regulierungsvorschriften bliebe.

„Die **zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle** der Infrastrukturentgelte nach § 315 BGB steht in einem **Konkurrenzverhältnis** zu deren **regulierungsrechtlicher Kontrolle**, sodass nicht undenkbar erscheint, dass sie aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben des Eisenbahnregulierungsrechts außer Anwendung bleiben muss (so etwa Leitzke, N&R 2013, S. 70 ff.; a.A. im Ergebnis Kühling, DVBl 2014, S. 1558 [1560 ff.]). Aus **Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Regelungsansatz** der Richtlinie 2001/14/EG lässt sich nicht ohne weiteres eindeutig ersehen, dass diese für eine parallele Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB Raum lässt. [wird ausgeführt]

Zwar erscheint **nicht gänzlich ausgeschlossen**, dass die unausgesprochene Annahme des Bundesgerichtshofs, es bestehe kein vernünftiger Zweifel daran, dass das Unionsrecht die Anwendung von § 315 BGB zulasse, gemessen am **verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstab** bei der Überprüfung der fachgerichtlichen Einschätzung der Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 III AEUV mit Art. 101 I 2 GG vereinbar ist. Es finden sich jedoch **weder in den Entscheidungen noch anderweitig Anhaltspunkte** dafür, auf welche Erwägungen der Bundesgerichtshof seine Einschätzung stützt, an der unionsrechtlichen Zulässigkeit der parallelen Anwendung von § 315 BGB bestehe kein vernünftiger Zweifel, sodass nicht überprüft werden kann, ob diese noch verständlich und damit nicht offensichtlich unhaltbar ist.“ (BVerfG aaO.)

Anhand der angegriffenen Entscheidungen selbst kann diese Einschätzung hier mangels Begründung nicht nachvollzogen werden.

„Warum der Bundesgerichtshof offenbar angenommen hat, es bestehe kein vernünftiger Zweifel an der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Parallelanwendung von § 315 BGB, ist auch nicht anderweitig erkennbar. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO.)

## III. Ergebnis

Der BGH hat die Revision daher pflichtwidrig nicht zugelassen und somit gegen die Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 I 2 GG verstoßen.

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 322

### Verschlechterungsverbot im Berufungsverfahren Rechtskraftwirkung einer Teilabweisung

ZivilR

(OLG Düsseldorf in MDR 2015, 1322; Urteil vom 12.06.2015 – I-22 U 32/14)

Unter Berücksichtigung der entsprechenden Abgrenzung der **unterschiedlichen Rechtskraftwirkungen** in der neueren Rechtsprechung des BGH verbietet es das Verschlechterungsverbot, dass das Berufungsgericht auf die Berufung der Klägerin die hier erfolgte **Teilabweisung der Klage als zurzeit unbegründet** ohne Anschlussberufung der Beklagten durch eine endgültige Abweisung (d.h. eine Abweisung schlechthin) ersetzt.

„Der Tenor des angefochtenen Urteils wird vom Senat vorsorglich ... klargestellt, ... da das LG ... ausdrücklich ausgeführt hat, dass ... der Anspruch auf Rückzahlung der Sicherheit(en) ... noch gar nicht fällig ist ... Diese Formulierung genügt nach ständiger Rechtsprechung, um die **Rechtswirkung bzw. Rechtskraft des Urteils** dahingehend zu begrenzen, dass die **Klage insoweit nicht als endgültig, sondern als (lediglich) derzeit ... unbegründet ... abgewiesen** worden ist (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., Vor § 322 Rn. 31 a.E./56 ff. m.w.N.; vgl. auch zur Frage der Beschwer: Zöller/Heßler, aaO., Vor § 511 Rn. 10; vgl. auch Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 5. Teil, Rn. 246 m.w.N.). Einwendungen der Beklagten dahingehend, der Klägerin stehe ein Anspruch aus Auskehr der Sicherheitsleistungen auch nach Eintritt der Fälligkeit jedenfalls nicht mehr zu, sind im vorliegenden Berufungsverfahren nicht entscheidungserheblich. Auch wenn Einwendungen, aus denen sich ... ergibt, dass der mangels Prüfbarkeit der Schlussrechnung bzw. aus sonstigen Gründen nicht fällige **Anspruch jedenfalls der Sache nach nicht besteht** ... grundsätzlich vorrangig zu prüfen sind (vgl. Kniffka/Koebler, aaO., 5. Teil, Rn. 246 zum vergleichbaren Fall einer nicht prüfbaren und daher nicht fälligen Schlussrechnung), **verbietet sich hier eine Abänderung des angefochtenen klageabweisenden Urteils im Rahmen eines von der Klägerin geführten Berufungsverfahrens** nach den – mangels Anschlussberufung der Beklagten – zu beachtenden Grundsätzen des Verschlechterungsverbots (vgl. BGH, Beschl. v. 27.10.1982 – IVb ZB 719/81, BGHZ 85, 180 = MDR 1983, 116; Zöller/Heßler, aaO., § 528 Rn. 24; § 524 Rn. 1 u. 2 m.w.N.). Unter Berücksichtigung der entsprechenden Abgrenzung der unterschiedlichen Rechtskraftwirkungen in der neueren Rechtsprechung des BGH (vgl. auch zur Beschwer BGH, Ur. v. 25.11.1999 – III ZB 50/99, MDR 2000, 291 = NJW 2000, 590) **verbietet es das Verschlechterungsverbot**, dass das Berufungsgericht auf die Berufung der Klägerin die hier erfolgte **Teilabweisung der Klage als zur Zeit unbegründet durch ein endgültige Abweisung**, d.h. also eine Abweisung schlechthin ersetzt (vgl. Zöller/Heßler, aaO., § 528 Rn. 25); abweichende frühere Entscheidungen (vgl. BGH, Ur. v. 21.04.1988 – VII ZR 372/86, MDR 1988, 769 = WM 1988, 1196; vgl. auch OLG Nürnberg, Ur. v. 12.09.1997 – 6 U 2235/96, NJW-RR 1998, 1713) sind insoweit mangels notwendiger Differenzierung der unterschiedlichen Rechtskraftwirkungen bzw. der unterschiedlichen Beschwer der beiden qualitativ erheblich unterschiedlichen Formen der Klageabweisung ... überholt.“ (OLG Düsseldorf aaO.)

ZPO  
§ 234 I

### Berechnung der Wiedereinsetzungsfrist Beginn und Ende

ZivilVerfR

(BGH in NJW 2015, 3519; Urteil vom 24.09.2015 – IX ZR 206/14)

Der **deutliche Hinweis des gegnerischen Anwalts**, dass die **Klagebegründung nicht rechtzeitig** eingereicht sei, kann die Kenntnis von einer Fristversäumnis begründen.

**Fall:** Die Kl. ist Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft. Sie beauftragte in einem Vorprozess den nunmehr beklagten Rechtsanwalt, Klage auf Feststellung der Ungültigkeit eines Beschlusses der Wohnungseigentümer zu erheben. Nachdem die Klagebegründung nicht innerhalb der Frist des § 46 I 2 Hs. 2 WEG bei Gericht eingegangen war, beantragten die beklagten Wohnungseigentümer mit dem hiesigen Bekl. am 24.11.2011 zugegangenem Schriftsatz, die Klage mangels einer rechtzeitig eingegangenen Begründung abzuweisen. Mit Schriftsatz vom 15.12.2011 erklärte der Bekl., die Klagebegründung ordnungsgemäß zur Post gegeben zu haben, und stellte hilfsweise einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welcher als unzulässig verworfen wurde. Zu Recht?

„Grundsätzlich hat ein Rechtsanwalt zu verhindern, dass sein Mandant durch einen Fristablauf Rechtsnachteile erleidet, weshalb er **von Amts wegen zu beachtende Ausschlussfristen unverzüglich zu erfassen und zu überwachen** hat (Vill in Zuehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, HdB der Anwaltschaft, 3. Aufl., Rn. 697). Wird wegen eines Verschuldens des Rechtsanwalts eine zu **überwachende Frist nicht eingehalten**, so dass eine Wiedereinsetzung nicht gewährt werden kann, handelt er insoweit **pflichtwidrig** (Vill in Zuehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Rn. 770). Dies gilt auch für die Versäumung der Wiedereinsetzungsfrist des § 234 I 1 ZPO.“

#### I. Beginn der Wiedereinsetzungsfrist

„Verfahrensgrundrechte auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes und auf rechtliches Gehör gebieten es, den Zugang zu den Gerichten und den in den Verfahrensordnungen vorgesehenen Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren (BVerfG, NJW-RR 2002, 1005; BGH, Beschl. v. 03.12.2009 – IX ZB 238/08, BeckRS 2010, 00713 Rn. 8). Nach der **Rechtsprechung des BVerfG und des BGH** dient das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in besonderer Weise dazu, den **Rechtsschutz und das rechtliche Gehör zu garantieren** (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 930 Rn. 6; Beschl. v. 03.12.2009 – IX ZB 238/08, BeckRS 2010, 00713 Rn. 8; NJW 2012, 2522 Rn. 6). Diese Funktion des Wiedereinsetzungsgesuchs beeinflusst die Voraussetzungen, unter denen im Einzelfall Wiedereinsetzung zu gewähren ist. Deshalb ist ein Rechtsanwalt, der regelmäßig in besonderem Maße eine hinreichend sichere Ausgangskontrolle gewährleisten muss und diese Verpflichtung im konkreten Fall erfüllt hat, **grundsätzlich nicht gehalten, den Eingang seiner Schriftsätze bei Gericht zu überwachen** (vgl. BVerfGE 79, 372 [375 f.] = NJW 1989, 1147; BGH, Beschl. v. 03.12.2009 – IX B

238/08, BeckRS 2010, 00713 Rn. 10). Liegt jedoch ein **konkreter Anlass** vor, kann eine Nachfragepflicht begründet sein (vgl. BVerfGE 42, 120 [126] = NJW 1976, 1021; BVerfG, NJW 1992, 38 [39]; BGH, NJW 2012, 2522 Rn. 10). Ein solcher Anlass ist zwar – um die Sorgfaltspflichten des Prozessbevollmächtigten nicht zu überspannen und den Zugang zu den in den Verfahrensordnungen vorgesehenen Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren – regelmäßig noch nicht allein aus der Tatsache abzuleiten, dass **vor Fristablauf keine entsprechende Nachricht des Gerichts eingegangen** ist (vgl. BVerfG, NJW 1992, 38 [39]; BGH, NJW 2012, 2522 Rn. 10). Ergibt sich jedoch aus einer Mitteilung des Gerichts **unzweifelhaft, dass etwas fehlgelaufen ist**, kann eine solche Nachricht **Nachforschungspflichten des Rechtsanwalts auslösen** (vgl. BVerfG, NJW 1992, 38 [39]; BGH, Beschl. v. 03.12.2009 – IX ZB 238/08, BeckRS 2010, 00713 Rn. 11; NJW 2012, 2522 Rn. 10).

Einer solchen **gerichtlichen Mitteilung** kann auch ein **deutlicher Hinweis der anwaltlich vertretenen Gegenseite gleichstehen**. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass auch eine – telefonisch oder schriftsätzlich erteilte – anwaltliche Nachricht, beispielsweise über die erfolgte Zustellung (BGH, VersR 1977, 258 = BeckRS 1976, 30375935) oder die eingetretene Rechtskraft eines Urteils (BGH, Urt. v. 28.09.1972 – IV ZB 62/72, VersR 1973, 31) ebenso wie die Zustellung eines Berichtigungsantrags der Gegenseite (BGH, VersR 1991, 120 = BeckRS 1990, 30390228) geeignet ist, **Erkundigungspflichten des Rechtsanwalts zu begründen** (vgl. MüKo-ZPO/Gehrlein, 4. Aufl., § 234 Rn. 6; Grandel in Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., § 234 Rn. 4; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 234 Rn. 5). Grund für die besondere Bedeutung der anwaltlichen Mitteilung ist das **Vertrauen, welches der Rechtsverkehr der anwaltlichen Nachricht entgegenbringt**. Bei Erhalt einer solchen Mitteilung ist regelmäßig anzunehmen, dass diese keinen gegen die aus § 138 I ZPO folgende Wahrheitspflicht verstoßenden, bewusst wahrheitswidrigen oder unvollständigen Vortrag enthält.“ (BGH aaO.)

Mit Zugang des Schriftsatzes der Gegenseite vom 24.11.2011 hatte die Kl., der die Kenntnis des Bekl. gem. § 85 II ZPO zugerechnet wurde, Kenntnis von der Fristversäumung, so dass die Wiedereinsetzungsfrist zu laufen begann.

„Nach dem Inhalt dieses **eine Seite umfassenden Schriftsatzes** hätte der Bekl. bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt erkennen müssen, dass die Klagebegründung als fristgebundene Rechtshandlung versäumt wurde (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 76 [77]; NJW 2012, 159 Rn. 9; Milger in Prütting/Gehrlein, ZPO, 7. Aufl., § 234 Rn. 4). Der in der Klageerwiderung enthaltene Antrag, die Klage auf Grund der nicht innerhalb der Ausschlussfrist des § 46 I 2 WEG erfolgten Begründung abzuweisen, war **eindeutig formuliert** und – auf Grund fehlender weiterer tatsächlicher oder rechtlicher Ausführungen – auch bei nur oberflächlicher Durchsicht des Schriftsatzes **sofort zu erkennen** und in seinem Sinngehalt ohne weitere inhaltliche Prüfung zu erfassen.

Selbst wenn hinsichtlich des Fristbeginns der **Zeitpunkt zu Grunde gelegt** wird, zu dem auf eine **Nachfrage des Bekl. eine klärende Antwort des Gerichts zu erwarten** gewesen wäre, ist der Wiedereinsetzungsantrag des Bekl. als nicht fristgerecht anzusehen. Angesichts der Bedeutung der Ausschlussfrist hätte sich der Bekl. unter Anwendung der gebotenen anwaltlichen Vorsicht nicht auf eine im gewöhnlichen Postlauf gestellte und nicht als besonders eilbedürftig gekennzeichnete Anfrage bei Gericht verlassen dürfen. Auf eine unverzügliche, beispielsweise per Telefon oder Fax unmittelbar nach Erhalt des Schriftsatzes am 24.11.2011 gestellte Anfrage wäre eine klärende Antwort des Gerichts innerhalb kürzester Zeit – jedenfalls vor Ablauf des 29.11.2011 – zu erwarten gewesen. Der am 15.12.2011 gestellte Wiedereinsetzungsantrag wurde demnach nicht innerhalb der Frist des § 234 I 1 ZPO gestellt.“ (BGH aaO.)

## II. Ende der Wiedereinsetzungsfrist

In der Literatur ist umstritten, ob für die Wiedereinsetzung in die versäumte Klagebegründungsfrist des § 46 I 2 Hs. 2 WEG die Zwei-Wochen-Frist des § 234 I 1 ZPO oder aber in der Monatsfrist des § 234 I 2 ZPO läuft (vgl. Dötsch, NZM 2008, 309 [312 f.]; Bärmann/Klein, WEG, 12. Aufl., § 46 Rn. 48; Timme/Elzer, WEG, 2015, § 46 Rn. 197; Abramenko in Riecke/Schmidt, WEG, 3. Aufl., § 46 Rn. 9; Jennißen/Suilmann, WEG, 3. Aufl., § 46 Rn. 111 ff.). Eine höchstrichterliche Entscheidung ist hierzu bislang noch nicht ergangen.

„Angesichts dieser **offenen Rechtslage** durfte der Bekl. nicht darauf vertrauen, dass die Gerichte im Ausgangsverfahren bei der Entscheidung über seinen Wiedereinsetzungsantrag die Monatsfrist des § 234 I 2 ZPO zu Grunde legen würden. Vielmehr musste er **damit rechnen**, dass sich die **erkennenden Gerichte** der für seine Mandantin **ungünstigen Meinung anschließen** würden. Daher oblag es dem Bekl., vorausschauend den für seine Mandantin **relativ sichersten und am wenigsten gefährlichen Weg** zu wählen (vgl. BGH, NJW 1999, 1391; Vill in Zuehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Rn. 697) und den Wiedereinsetzungsantrag innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 234 I 1 ZPO zu stellen.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§§ 198 ff.

### Revision gegen zweites Versäumnisurteil Gleichstellung von Urteil im Entschädigungsprozess mit Berufungsurteil (BGH in BeckRS 2015, 18834; Urteil vom 08.10.2015 – III ZR (Ü) 1/15)

öffR

1. Gegen ein **zweites Versäumnisurteil**, das von dem erstinstanzlich zuständigen Oberlandesgericht im Rahmen eines Verfahrens nach §§ 198 ff GVG erlassen wird, findet die Revision ohne Zulassung und ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstands statt.
2. Die Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil und die Hauptsache darf erst nach Eingang des Einspruchs erfolgen. In einem **vorsorglich** für den Fall des Einspruchs **bestimmten Termin** kann **mangels ordnungsgemäßer Terminbestimmung** und deshalb fehlender Säumnis **kein zweites Versäumnisurteil** gegen die im Termin nicht erschienene Partei ergehen.

**Fall:** Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Zahlung einer Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer in Anspruch. Die Höhe der Entschädigung hat sie unter Angabe eines Mindestbetrags von 5.000 € in das Ermessen des Gerichts gestellt. Grundlage der Klage sind Rechtsstreitigkeiten betreffend ein in Erfurt gelegenes Grundstück.

In dem auf den 13.11.2014 anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht ist für die Klägerin niemand erschienen. Das Gericht hat die Klage deshalb durch Versäumnisurteil abgewiesen. Mit Verfügung vom selben Tag hat der Senatsvorsitzende "Termin zur Verhandlung über den Einspruch gegen das Versäumnisurteil und die Hauptsache für den Fall des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil vom 13.11.2014" auf den 11.12.2014 bestimmt. Dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin sind diese Verfügung am 19.11.2014 und das Versäumnisurteil am 24.11.2014 zugestellt worden.

Mit Schriftsatz vom 05.12.2014, eingegangen an diesem Tag, hat die Klägerin Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 13.11.2014 eingelegt und die Verweisung des Rechtsstreits an das für unerlaubte Handlungen zuständige Gericht sowie die Aufhebung des für den Fall des Einspruchs anberaumten Termins beantragt. Eine Terminsaufhebung ist nicht erfolgt.

In dem Verhandlungstermin am 11.12.2014 ist für die Klägerin niemand erschienen. Das Oberlandesgericht hat zunächst durch Beschluss den Verweisungsantrag der Klägerin zurückgewiesen und anschließend ein zweites Versäumnisurteil erlassen, mit dem ihr Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 13.11.2014 verworfen worden ist. Hiergegen hat die Klägerin Revision eingelegt, mit der sie die Aufhebung des zweiten Versäumnisurteils und die Verurteilung nach den Klaganträgen, hilfsweise die Zurückverweisung der Sache, begehrt. Zu Recht?

## I. Zulässigkeit der Revision

„Gegen ein **zweites Versäumnisurteil** des Berufungsgerichts findet die **Revision** nach § 565 Satz 1 i.V.m. § 514 II ZPO **ohne Zulassung und ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstands** statt (BGH, Beschluss vom 03.03.2008 - II ZR 251/06, NJW-RR 2008, 876, Rn. 3; MüKo-ZPO/Krüger, 4. Aufl., § 565 Rn. 3; Ball in Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., § 565 Rn. 2).

Gleiches gilt für ein zweites Versäumnisurteil, das von dem erstinstanzlich zuständigen Oberlandesgericht im Rahmen eines Verfahrens nach §§ 198 ff GVG (Entschädigung wegen unangemessener Verfahrensdauer) erlassen wurde. Der Verweisung in § 201 II 3 GVG auf § 543 ZPO und § 544 ZPO ist zu entnehmen, dass **Urteile im Entschädigungsprozess nach §§ 198 ff GVG und Berufungsurteile hinsichtlich der Rechtsmittel gleichgestellt** werden sollten (Senat, Beschluss vom 27.02.2014 - III ZR 161/13, BeckRS 2014, 05764, Rn. 10). Dementsprechend ist gegen die erstinstanzlichen Urteile der Oberlandesgerichte in Entschädigungssachen die Revision nach Maßgabe des § 543 ZPO, also bei Zulassung durch das Oberlandesgericht, statthaft. Die Nichtzulassung ist - wie bei einer Berufsungsentscheidung - mit der Nichtzulassungsbeschwerde des § 544 ZPO angreifbar, wobei auch die Mindestbeschwerde nach § 26 Nr. 8 EGZPO erreicht sein muss (Senat, Beschlüsse vom 27.02.2014 aaO., Rn. 6 und vom 25.07.2013 - III ZR 400/12, BeckRS 2013, 14571 Rn. 4). Nach der Rechtsprechung des Senats ist auch gegen die Zurückweisung eines Prozesskostenhilfesuchts in Entschädigungssachen durch das erstinstanzlich zuständige Oberlandesgericht nicht die sofortige Beschwerde, sondern nach Maßgabe des § 574 I ZPO die Rechtsbeschwerde statthaft (Senat, Beschluss vom 27.06.2012 - III ZB 45/12, NJW 2012, 2449 Rn. 4). Auch insoweit sind die Rechtsmittel in den erstinstanzlichen Entschädigungsverfahren des Oberlandesgerichts und in den Berufsungsverfahren gleich ausgestaltet.

Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass für die **Anfechtbarkeit von Versäumnisurteilen** entgegen diesem allgemeinen **Gleichlauf der Rechtsmittel in Entschädigungssachen** etwas Anderes gelten sollte als für Entscheidungen in Berufsungsverfahren. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)

Die Revision ist daher zulässig.

## II. Begründetheit der Revision

Die Revision ist begründet, wenn der Erlass des zweiten Versäumnisurteils durch das Oberlandesgericht auf einer Verletzung des Rechts beruht. Die Rechtsverletzung könnte hier im Fehlen der **Voraussetzungen für den Erlass eines zweiten Versäumnisurteils** nach § 345 ZPO liegen. Ein zweites Versäumnisurteil darf nach § 345 ZPO erlassen werden, wenn die Partei, die **Einspruch gegen ein erstes Versäumnisurteil eingelegt** hat, in dem Termin zur Verhandlung über ihren Einspruch **erneut säumig** ist.

„Die Säumnis einer Partei setzt ihre **ordnungsgemäße Ladung zu einem ordnungsgemäß angeordneten Termin** voraus (BGH, Beschluss vom 20.12.2010 - VII ZB 72/09, NJW 2011, 928 Rn. 11 und 14; MüKo-ZPO/Prütting, 4. Aufl., § 330 Rn. 10 f; Musielak in Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., Vorbem. vor § 330 Rn. 6). An einem ordnungsgemäß anberaumten Termin fehlt es hier.

Nach der **Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs** (Beschluss vom 20.12.2010 - VII ZB 72/09, NJW 2011, 928 Rn. 12 f), der sich die **herrschende Meinung im Schrifttum** angeschlossen hat (MüKo-ZPO/Prütting, aaO. Rn. 12 und § 341a Rn. 2.; Musielak aaO.; HK-ZPO/Pukall, 6. Aufl., § 341a Rn. 2; a. A. Stamm, LMK 2011, 314722), ist es **unzulässig**, nach Erlass eines (ersten) Versäumnisurteils **vorsorglich einen Termin zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch und die Hauptsache zu bestimmen**, bevor der Einspruch eingegangen ist, wie es vorliegend der Fall war.“ (BGH aaO.)

Das angefochtene zweite Versäumnisurteil ist daher aufzuheben und die Sache mangels Entscheidungsreife an das Oberlandesgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Die Revision ist begründet.

ZPO  
§ 383 I 2

**Zeugnisverweigerungsrecht**  
**Auch für geschiedenen Ehegatten des gesetzlichen Vertreters**  
(BGH in NZI 2015, 998; Beschluss vom 29.09.2015 – XI ZB 6/15)

ZivilVerfR

§ 383 I 2 ZPO findet in Fällen, in denen eine **juristische Person** Partei ist, auf einen Zeugen, der **Ehegatte des gesetzlichen Vertreters dieser Partei** ist, entsprechende Anwendung.

**Fall:** Der Kl. ist Insolvenzverwalter über das Vermögen des weiteren Beteiligten. Er nimmt die Bekl. auf Herausgabe von Maschinen in Anspruch. Die Bekl. begehrt widerklagend die Feststellung von Forderungen i.H.v. 165.000 € und 39.999,96 € zur Insolvenztabelle. Geschäftsführerin der Bekl. ist die geschiedene Ehefrau des weiteren Beteiligten. Bis zur Scheidung der Ehe im Mai 2012 war der weitere Beteiligte Geschäftsführer der Bekl. Der weitere Beteiligte ist von beiden Parteien als Zeuge, unter anderem zur Frage des Erwerbs von zwei herausverlangten Maschinen durch die Bekl., benannt worden. Er hat die Aussage verweigert und zur Begründung geltend gemacht, die Geschäftsführerin der Bekl. sei seine geschiedene Ehefrau. Außerdem müsse er sich durch eine Aussage möglicherweise einer Straftat bezichtigen. War er zur Zeugnisverweigerung berechtigt?

Der weitere Beteiligte könnte als **geschiedener Ehemann der Geschäftsführerin** der Bekl. gem. § 383 I Nr. 2 ZPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sein.

„Nach dieser Vorschrift hat der Ehegatte einer Partei, **auch wenn die Ehe nicht mehr besteht**, ein Zeugnisverweigerungsrecht. Diese Regelung findet nach ihrem Sinn und Zweck **entsprechende Anwendung**, wenn die **Partei eine juristische Person** ist und der **Zeuge**, wie im vorliegenden Fall, **Ehegatte des gesetzlichen Vertreters** dieser Partei ist oder war (Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl., § 383 Rn. 2;

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 73. Aufl., § 383 Rn. 2; HK-ZPO/Eichele, 6. Aufl., § 383 Rn. 5; Trautwein in Prütting/Gehrlein, ZPO, 7. Aufl., § 383 Rn. 5; a.A.: Musielak/Huber, ZPO, 12. Aufl., § 383 Rn. 2; MüKo-ZPO/Damrau, 4. Aufl., § 383 Rn. 11).

Der Weigerungsgrund des § 383 I Nr. 2 ZPO beruht auf der Überlegung, dass ein Zeuge, der mit einer der Parteien familiär verbunden ist, mit großer Wahrscheinlichkeit in einen Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und familiärer Rücksichtnahme gerät, wenn er über Tatsachen aussagen soll, die für den Angehörigen nachteilig sind. Ein solcher Zeuge soll weder durch eine wahre Aussage zu Ungunsten des Angehörigen die Integrität der Familie gefährden, noch aus Rücksicht auf den Angehörigen falsch aussagen. Das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 I Nr. 2 ZPO schützt mit der Familie den Bereich, der typischerweise zur engeren Privatsphäre des Zeugen gehört (Ahrens in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 383 Rn. 6). Dieser Regelungszweck rechtfertigt es, § 383 I Nr. 2 ZPO auch dann anzuwenden, wenn der **Zeuge nicht Ehegatte einer Partei** ist, sondern wenn die Partei eine juristische Person ist und der **Zeuge Ehegatte des gesetzlichen Vertreters dieser juristischen Person** ist oder war. In diesem Fall befindet sich der Zeuge in einem vergleichbaren Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und familiärer Rücksichtnahme wie im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 383 I Nr. 2 ZPO. Der weitere Beteiligte als früherer Ehegatte der Geschäftsführerin der beklagten GmbH ist mithin entsprechend § 383 I Nr. 2 ZPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt.“ (BGH aaO.)

Fraglich ist, ob dies auch nach Scheidung der Ehe gilt, da die genannte Zweckbestimmung dann nicht mehr erfüllt werden kann. Dies könnte dazu führen, dass die entsprechende Anwendung der Norm nicht gerechtfertigt ist. Zudem ist die Ehefrau erst nach der Scheidung gesetzliche Vertreterin geworden.

„Diese Einwände greifen nicht durch. Dass das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 2 ZPO nach Scheidung der Ehe fortbesteht, ergibt sich **unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift**. Im Übrigen ist es **ohne Einfluss** auf das Recht zur Zeugnisverweigerung, ob der nach § 383 I Nr. 2 ZPO zur Zeugnisverweigerung berechtigte Zeuge bei seiner Aussage **tatsächlich in den beschriebenen Konflikt** geraten würde (Ahrens in Wieczorek/Schütze, § 383 Rn. 6).“ (BGH aaO.)

ZPO  
§ 283a

### Sicherungsanordnung Nicht nur im Miet- und Pachtrecht

ZivilVerfR

(OLG Naumburg in BeckRS 2015, 19774; Beschluss vom 15.09.2015 – 12 W 84/15)

**Fall:** Die Beklagten haben von dem Kläger ein Haus gemietet. Über die Größe des Hauses sind sich die Parteien nicht einig. Das Recht zur Nutzung des Hauses ist seit Oktober 2014 beendet. Der Kläger verlangt Räumung des Hauses und Nutzungsentschädigung seit November 2014. Darüber hinaus hat der Kläger die Anordnung einer Sicherheitsleistung beantragt.

„Über das Miet- und Pachtrecht hinausgehend liegt eine Räumungsklage im Sinne des § 283 a I ZPO immer schon dann vor, wenn Räumung oder Herausgabe einer unbeweglichen Sache begehrt wird, der Rechtsgrund des Anspruchs ist gleichgültig (vgl. Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl., Rn. 8 zu § 283 a ZPO).

Überdies ist die Klage auf Herausgabe und Räumung des streitgegenständlichen Grundstücks auch mit einer **Klage auf Zahlung von Nutzungsentschädigungen**, die erst nach Rechtshängigkeit der Klage fällig geworden sind, verbunden worden.

Die Zahlungsklage aus den Geldforderungen hat auch hohe Aussicht auf Erfolg im Sinne des § 283 a ZPO. Diesbezüglich wird keine Glaubhaftmachung, sondern eine **prognostische Entscheidung des Gerichts** verlangt. Es soll nach dem Vortrag der Parteien und eventuellen Beweisergebnissen eine Prognose über den Verfahrensausgang treffen. Hierfür reicht hinreichende Erfolgsaussicht im Sinne des § 114 ZPO nicht aus. Das Gericht darf seine Prognose nur mit den Mitteln des Strengbeweises gewinnen, ohne die Beweisangebote jedoch voll ausschöpfen zu müssen (vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., Rn. 3 zu § 283 a ZPO).“ (OLG Naumburg aaO.)

StPO  
§ 153a

### Einstellung des Ermittlungsverfahrens Nur bei hinreichenden Tatverdacht möglich

StrafVerfR

(LG Düsseldorf in BeckRS 2015, 19390; Beschluss vom 28.04.2015 – 1 AR 13/15)

**Fall:** Die Staatsanwaltschaft wirft den beiden Beschuldigten Betrug im Zusammenhang mit der Erbringung von privatärztlichen sogenannten Speziallaborleistungen der Abschnitte M III GOÄ vor. Die Beschuldigten - jeweils niedergelassene Ärzte - sollen Patienten in betrügerischer Weise geschädigt haben, indem sie Laborleistungen als eigene abgerechnet haben, obwohl sie nicht selbst von ihnen erbracht worden seien.

Die Frage, ob die Abrechnung von Laborleistungen der Abschnitte M III der GOÄ die persönliche Anwesenheit des abrechnenden Arztes in dem Labor voraussetzt, ist seit 1995 Gegenstand kontroverser Diskussionen in den berufsständischen Vereinigungen. Dies führte auch zu gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen Ärzten, aufgrund derer die Berechtigung zur Abrechnung jedoch ausschließlich unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten diskutiert und entschieden wurde. Der Berufsverband deutscher Laborärzte e.V. drängte gegenüber der Staatsanwaltschaft Wuppertal auf eine strafrechtliche Verfolgung der Mitglieder der Ärztlichen Apparategemeinschaft, zu der auch die beiden Beschuldigten zählen.

Nach Kenntnis der Kammer hat die Staatsanwaltschaft Wuppertal bei dem Landgericht Düsseldorf in mehreren Fällen Anklage gegen ärztliche Mitglieder der Apparategemeinschaft erhoben, über deren Zulassung noch nicht entschieden worden ist. Die Staatsanwaltschaft will gegenüber den beiden Beschuldigten das Verfahren vorläufig gegen Erbringung einer Geldauflage (§ 153a I StPO) einstellen. Zu Recht?

Nach § 153a StPO kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten bei einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht.

„Voraussetzung einer solchen Verfahrenseinstellung ist u.a. der **hinreichende Verdacht der Begehung einer Straftat** (vgl. BVerfG NStZ-RR 1996, 168 [169]).“ (LG Düsseldorf aaO.)

Es kommt daher darauf an, ob gegenüber den Beschuldigten überhaupt der hinreichende Verdacht einer Straftat besteht.

#### I. Strafbarkeit wegen Geltendmachung der Vergütung für ärztliche Leistungen

„**Mutmaßliche Tathandlung** ist die Geltendmachung der Vergütung für ärztliche Leistungen, ohne dass die Beschuldigten gegenüber den Patienten auf den Sachverhalt hingewiesen hätten, dass nicht sie selbst, sondern ein nicht unter ihrer Aufsicht und Leitung stehendes Labor die Leistungen erbracht habe.

Bei der Einordnung eines solchen Verhaltens in strafrechtlich relevante Verhaltenskategorien (Handeln oder Unterlassen) ist - in wertender Würdigung - danach zu fragen, wo der **Schwerpunkt einer eventuellen Vorwerfbarkeit** läge (vgl. BGH Beschluss vom 17.08.1999 - 1 StR 390/99 - NSTZ 1999, 607). Berücksichtigt man, dass einer Person, die der Auffassung ist, **ihr stehe - bei unklarer Rechtslage - ein Zahlungsanspruch zu**, nicht versagt werden kann, diesen - durch aktives Handeln - geltend zu machen, läge der Schwerpunkt einer eventuellen Vorwerfbarkeit in derartigen Fällen in dem Unterlassen der Offenbarung derjenigen Umstände, die den Bestand des geltend gemachten Anspruchs in Frage stellen könnten. Vorliegend **ergeben die Ermittlungen nicht**, dass die Beschuldigten **in der gesicherten Annahme vorgegangen sind, sie seien nicht berechtigt**, die Laborleistungen als eigene Leistungen abzurechnen. Wie die Frage, ob die berechneten laborärztlichen Leistungen unter der Aufsicht der Beschuldigten und nach ihrer fachlichen Weisung erbracht wurden (§ 4 II 1 GOÄ), vor dem Hintergrund der konkreten Ausgestaltung der Beziehung der Beschuldigten zu dem Personal der Ärztlichen Apparategemeinschaft zu beantworten ist, lässt sich **zumindest nicht mit einer solchen Eindeutigkeit beantworten**, die - für die Antwort auf die Frage nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit - zu dem Schluss führen würde, die Beschuldigten hätten sich **bewusst eines materiell-rechtlich nicht bestehenden Anspruchs berüht**. Mit anderen Worten: Der von den Beschuldigten bei den Abrechnungen - aber auch bei der Beteiligung an der Ärztlichen Apparategemeinschaft - eingenommene **rechtliche Standpunkt ist jedenfalls nicht derart fernliegend**, dass bereits auf der Geltendmachung der Ansprüche als solcher der **Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit** läge.

Dies belegt auch die - aus Sicht der Kammer sich vorliegend besonders aufdrängende - **Parallele zum Zivilprozess**: Dass dieser streitig geführt wird, weil die Prozessparteien unterschiedliche, für entscheidungserheblich gehaltene Lebenssachverhalte vortragen und diese ggf. unterschiedlich rechtlich würdigen, ist im forensischen Alltag die Regel. Dass sich die **unterliegende Partei alleine deshalb dem Verdacht einer Strafbarkeit wegen Betruges** aussetzt, weil sie den von dem Gericht letztlich verneinten Anspruch überhaupt geltend gemacht hat, liegt - wenn nicht weitere Umstände hinzukommen - ersichtlich fern. Ein strafbares Verhalten wäre lediglich dann in Betracht zu ziehen, wenn die unterliegende Partei **erhebliche Tatsachen unter Verstoß gegen prozessuale Offenbarungspflichten** (§ 138 I ZPO) **verschweigt**. In einem solchen Falle liegt indes der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in dem Unterlassen der Offenbarung und nicht in der Geltendmachung des infolge der verschwiegenen Tatsachen möglicherweise zweifelhaften Anspruchs als solcher.“ (LG Düsseldorf aaO.)

## II. Strafbarkeit wegen des Verschweigens - möglicherweise - anspruchshindernder Tatsachen

Eine solche setzt jedoch gemäß § 13 I StGB eine Rechtspflicht zur Offenbarung voraus.

„Sie ergibt sich im konkreten Fall insbesondere **nicht aus § 241 II BGB als Nebenpflicht** aus dem mit dem Patienten geschlossenen Behandlungsvertrag. Zwar kann ein Arzt dazu verpflichtet sein, den - privatärztlich behandelten - Patienten vor der Behandlung darauf hinzuweisen, dass die Behandlungskosten nicht oder nur unter gewissen Voraussetzungen oder nicht in voller Höhe von der Krankenversicherung oder einem anderen Träger erstattet werden. Darum geht es vorliegend jedoch nicht: Die Ermittlungen haben **nicht ergeben**, dass die Beschuldigten **geplant** hatten, die **Vergütung für die Laborleistungen unabhängig davon zu vereinnahmen, ob sie tatsächlich von einem anderen Arzt beansprucht werden kann**. Die Beschuldigten haben also nicht die Leistung in dem Bewusstsein abgerechnet, dass für die Patienten die **Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme** besteht. Sie haben auch nicht in dem Bewusstsein gehandelt, dass den Patienten die Erstattung des Honorars durch ihre Krankenversicherungen bzw. - im Falle der Beihilfeberechtigung - durch ihren Dienstherrn versagt wird. Beides ist - soweit ersichtlich - auch nicht geschehen. Da somit für die Beschuldigten **kein Anlass zu der Befürchtung** bestand, ihren **Patienten entstehe durch die gewählte Art und Weise, der Erbringung und Abrechnung laborärztlicher Leistungen ein Nachteil**, bestand auch keine in den jeweiligen Behandlungsverträgen wurzelnde Hinweispflicht, deren Verletzung gemäß § 13 I StGB strafbar hätte sein können.

**Grundlage des Vorwurfs**, der den Beschuldigten von der Staatsanwaltschaft gemacht wird, ist letztlich **nicht** der mittels Täuschung vorgenommene **Angriff auf fremdes Vermögen** (der Patienten), **sondern** der Versuch, sich durch eine bestimmte Organisation bei der Erbringung von Laborleistungen privatärztliche **Abrechnungsmöglichkeiten für Leistungen** zu erhalten, die grundsätzlich auch abrechnungsfähig sind. Der - aus Sicht der Kammer unberechtigte (s.o.) - **Betrugsvorwurf** ergibt sich somit lediglich als **Reflex aus unterschiedlichen Auffassungen über die Zulässigkeit der von den Beschuldigten gewählten Organisation ihrer Laborleistungen** sowie deren Abrechnung und nicht aus einer tatsächlichen Beeinträchtigung des von § 263 StGB geschützten Rechtsguts, also aus einem Schaden für die Patienten. **Strafbar** ist solches Verhalten - unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines Unterlassungsdelikts - lediglich dann, wenn der Gesetz- oder der Ordnungsgeber bzw. der Rechtsgutträger (Patient) dem **Interesse an einer Offenbarung der möglicherweise anspruchshindernden Umstände** in einer Art und Weise Ausdruck verleiht, die eine entsprechende Rechtspflicht im Sinne von § 13 I StGB begründet. Hieran fehlt es jedoch.“ (LG Düsseldorf aaO.)

Mangels Tatverdachts kommt eine Einstellung nach § 153a StGB nicht in Betracht.

(BGH in NSTZ-RR 2016, 25; Beschluss vom 13.10.2015 – StB 10/15)

**Fall:** Seit dem 03.08.2015 findet vor dem OLG die Hauptverhandlung gegen die Angekl. statt. Vor deren Beginn hat der Vorsitzende des Strafsenats am 14.07.2015 eine sitzungspolizeiliche Anordnung getroffen. Darin hat er u.a. verfügt, dass Film- und Fotoaufnahmen der Presse vor und nach der Sitzung sowie in den Sitzungspausen zwar erlaubt seien, die Gesichter der Angekl. vor der Veröffentlichung aber durch technische Verfahren anonymisiert werden müssten. Nachdem die Bf. zu 2. am 1. Hauptverhandlungstag 2 Foto- und Videoaufnahmen aus dem Gerichtssaal veröffentlicht hatte, auf denen das Gesicht des Angekl. Be unverpixelt zu sehen war, hat der Vorsitzende noch am selben Tag entschieden, dem Medium „B“ die zuvor gewährte Akkreditierung für das Strafverfahren gegen die Angekl. zu entziehen. Mit ihren Rechtsmitteln wendeten sich die Bf. gegen die sitzungspolizeiliche Anordnung des Vorsitzenden vom 14.07.2015 sowie gegen den Entzug der Akkreditierung am 03.08.2015.

Fraglich ist, ob sitzungspolizeiliche Maßnahmen nach § 176 GVG der Anfechtung unterliegen.

### I. Nur gegen Festsetzung von Ordnungsmitteln (h.M.)

„Bei den angefochtenen Anordnungen handelt es sich um **sitzungspolizeiliche Maßnahmen** i.S.d. § 176 GVG. Eine ausdrückliche Regelung zur Anfechtung dieser Maßnahmen enthält das Gerichtsverfassungsgesetz nicht. § 181 I GVG sieht lediglich ein befristetes Rechtsmittel gegen die Festsetzung von Ordnungsmitteln nach §§ 178, 180 GVG vor. Daraus zieht die **h.M.** den Schluss, dass **alle sonstigen sitzungspolizeilichen Maßnahmen der Beschwerde entzogen sind** (vgl. BVerfG (Kammer), Beschl. v. 14.10.2009 – 1 BvR 2436/09 = AfP 2009, 581 [582]; v. 17.04.2015 – 1 BvR 3276/08 = NJW 2015, 2175 [2176] m.w.N.). Sie befindet sich damit im Einklang mit dem Willen des historischen Gesetzgebers (vgl. Hahn, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 1, S. 883, 976).“ (BGH aaO.)

### II. Rechtsmittelvorschriften der Prozessordnung können gelten (Ansicht des BGH)

„Dieser **Umkehrschluss aus § 181 GVG** ist indes **nicht zwingend**. Denn die Regelung ist ihrem Wortlaut nach auf die Festsetzung von Ordnungsmitteln beschränkt. Dies lässt ein Verständnis nicht ausgeschlossen erscheinen, wonach für die Anfechtung der sonstigen sitzungspolizeilichen Maßnahmen die **Rechtsmittelvorschriften der Prozessordnungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit** gelten, in denen die Maßnahme angeordnet wurde. Entsprechend haben verschiedene Gerichte – jedenfalls in besonderen Fallkonstellationen – gestützt auf die **allgemeine Vorschrift des § 304 I StPO ein Beschwerderecht des Betr.** anerkannt (OLG Karlsruhe, NJW 1977, 309; OLG München, NJW 2006, 3079; OLG Celle, Beschl. v. 08.06.2015 – 2 Ws 92/15 – juris Rn. 11 f = NSTZ-RR 2016, 26 (nachfolgend abgedruckt); vgl. auch OLG Hamm, NSTZ-RR 2012, 118 [119]; LG Ravensburg, NSTZ-RR 2007, 348 [349]).

Ein solches Verständnis liegt erkennbar auch der Auffassung in Rspr. und Lit. zu Grunde, wonach **sitzungspolizeiliche Maßnahmen mit potentiell Einfluss auf die Urteilsfindung** als sachleitende Anordnungen des Vorsitzenden i.S.d. § 238 II StPO anzusehen sind, gegen die der Betr. nach dieser Vorschrift das Gericht anrufen kann und dies auch muss, wenn er sich eine entsprechende Revisionsrüge erhalten will (vgl. BGH, Beschl. v. 29.05.2008 – 4 StR 46/08 = NSTZ 2008, 582; Becker, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 238 Rn. 21; Velten, in: SK-StPO, 4. Aufl., § 176 GVG Rn. 17; Schneider, in: KK-StPO, 7. Aufl., § 238 Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 176 GVG Rn. 16; vgl. auch BGH, Beschl. v. 14.12.2006 – 5 StR 472/06 = NSTZ 2007, 281 [282]; a.A. Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl., § 176 Rn. 2, 48 f. m.w.N.; Diemer, in: KK-StPO, § 176 GVG Rn. 7; Jahn, NSTZ 1998, 389 [392]); denn wäre aus § 181 GVG die Unanfechtbarkeit sitzungspolizeilicher Anordnungen abzuleiten, so könnte im Hinblick auf die Vorschrift des § 336 S. 2 StPO die Revision auch nicht darauf gestützt werden, die sitzungspolizeiliche Maßnahme sei rechtsfehlerhaft gewesen (vgl. zur Frage des Ausschlusses der Revision bei Unanfechtbarkeit einer vorangegangenen Entscheidung: BGH, Beschl. v. 05.01.1977 – 3 StR 433/76 = BGHSt 27, 96 [98] = NJW 1977, 1829).“ (BGH aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

#### 1. Ausschluss der Anfechtbarkeit in § 304 UV 1, 2 StPO

„Sollten sitzungspolizeiliche Anordnungen überhaupt der Anfechtung unterliegen, so kommt – da eine „außerordentliche Beschwerde“ im Strafverfahren nicht anzuerkennen ist (BGH, Beschl. v. 19.03.1999 – 2 ARs 103/99 = BGHSt 45, 37 = NJW 1999, 2290 = NSTZ 1999, 414) – als Rechtsmittel allein die **Beschwerde nach § 304 I StPO** in Betracht, **der auch am Verfahren nicht beteiligten Dritten** ein Rechtsmittel gegen sie beschwerende Maßnahmen des Gerichts eröffnet (vgl. § 304 II StPO). Mit diesem Rechtsbehelf können alle richterlichen Anordnungen im Strafverfahren ohne Rücksicht auf ihre Bezeichnung angefochten werden, soweit sie nicht ausdrücklich von der Anfechtbarkeit ausgenommen sind (Matt, in: Löwe/Rosenberg, § 304 Rn 4). Einen solchen **ausdrücklichen Ausschluss der Anfechtbarkeit** sieht **§ 304 IV 1, 2 StPO** für die hier in Rede stehende Sachverhaltskonstellation vor. Danach ist gegen Beschlüsse und Verfügungen der OLG in Sachen, in denen sie im ersten Rechtszug zuständig sind, die Beschwerde nur in den in § 304 IV 2 Hs. 2 StPO ausdrücklich aufgeführten Fällen zulässig. Sitzungspolizeiliche Anordnungen finden dort keine Erwähnung.“ (BGH aaO.)

#### 2. Keine analoge Anwendbarkeit

„Eine allenfalls **im engsten Rahmen** in Betracht kommende **analoge Anwendung** der nach st. Rspr. **restriktiv auszulegenden Ausnahmenvorschriften** (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 304 Rn 12 m.w.N.) scheidet im vorliegenden Fall auch unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Maßgaben, auf die sich die Bf. berufen, aus. Zwar hat der BGH **in wenigen besonderen Fällen Beschwerden zum BGH** gegen erstinstanzliche Beschlüsse der OLG in entsprechender Anwendung des § 304 IV 2 Hs. 2 StPO bei Maßnahmen für zulässig erachtet, die **aus bestimmten Gründen besonders nachteilig in die Rechtssphäre des Betr. eingreifen** oder sonst von besonderem Gewicht sind. Er hat § 304 IV 2 Hs. 2 StPO bisher aber nur in solchen Fällen analog angewendet, in denen die angegriffenen Entscheidungen – insbesondere im Hinblick auf die durch sie beeinträchtigten Rechtspositionen – **mit den im Katalog dieser Vorschrift genannten vergleichbar** gewesen sind (vgl. BGH, Beschl. v. 03.07.1981 – StB 31/81 = BGHSt 30, 168 [170 f.] = NJW 1981, 2311 = NSTZ 1981, 489 [Ls]; Beschl. v. 3.5.1989 – StB 15 und 16/89 = BGHSt 36, 192 [195] = NJW 1989, 376 = NSTZ 1989, 329; auch BGH, Beschl. v. 04.08.1995 – StB 46/95 = StV 1995, 628). Für eine entsprechende Anwendung der Vorschrift, mit der diese nicht nur auf Sachverhalte ausgedehnt würde, die mit den genannten Ausnahmefällen vergleichbar sind, sondern die den Ausnahmekatalog auf völlig anders gelagerte Konstellationen erweitern würde, sieht der Senat keine gesetzliche Grundlage. Eine solche Erweiterung des Ausnahmekatalogs ist vielmehr dem Gesetzgeber vorbehalten.“ (BGH aaO.)

### 3. Keine andere verfassungskonforme Auslegung wegen Verletzung der Pressefreiheit

„Auch dass vorliegend das **Grundrecht der Pressefreiheit** betroffen ist (vgl. BVerfG (Kammer), Beschl. v. 17.04.2015 – 1 BvR 3276/08 = NJW 2015, 2175 [2176] a.E.), rechtfertigt es nicht, entgegen dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers ein Beschwerderecht einzuräumen. Der Gesetzgeber hat in § 304 IV 2 Hs. 2 StPO Beschlüsse und Verfügungen der OLG – mit Ausnahme der im Katalog aufgeführten Eingriffe – einer Beschwerdemöglichkeit entzogen und es damit in Kauf genommen, dass in anderen Fällen mit Grundrechtsbezug ein Rechtsmittel nicht gegeben ist. Dies entspricht auch der gesetzgeberischen Wertung, die § 181 letzter Hs. GVG zu Grunde liegt. Denn auch die an sich statthafte Beschwerde gegen sitzungspolizeiliche Anordnungen, mit denen Ordnungsgeld oder Ordnungshaft verhängt wurde, findet gegen die Festsetzung von Ordnungsmitteln durch ein OLG nicht statt. Damit hat der Gesetzgeber **ausdrücklich eine sitzungspolizeiliche Anordnung**, die in das Grundrecht des Art. 2 II 2 GG eingreift, **von der Rechtsmittelmöglichkeit ausgenommen**, wenn diese von einem OLG erlassen wurde. Dies spricht gegen die Annahme, der Gesetzgeber habe bei Verfügungen und Beschlüssen eines OLG, die in ein Grundrecht eingreifen, generell eine Rechtsmittelmöglichkeit vorsehen wollen.“ (BGH aaO.)

GG  
Art. 103 I

### Anspruch auf rechtliches Gehör Recht zur Befragung des Sachverständigen

ZivilVerfR

(BVerfG in FamRZ 2015, 2042; Beschluss vom 24.08.2015 – 2 BvR 2915/14)

**Fall:** Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführer die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sie tragen vor, das Landgericht sei ihrem Antrag auf Anhörung des Sachverständigen allein deshalb nicht nachgekommen, weil es das Gutachten für überzeugend und nicht weiter erörterungsbedürftig gehalten habe. Gerade das solle jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs kein Grund sein, den Antrag zurückzuweisen, es sei denn, es liege ein missbräuchlicher oder nicht rechtzeitiger Antrag vor; beides sei hier jedoch nicht der Fall.

#### I. Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör

„Art. 103 I GG gebietet, dass sowohl die gesetzliche Ausgestaltung des Verfahrensrechts als auch das gerichtliche Verfahren im Einzelfall ein Ausmaß an rechtl. Gehör eröffnen, das dem **Erfordernis eines wirkungsvollen Rechtsschutzes** auch in Verfahren nach der Zivilprozessordnung gerecht wird und den Beteiligten die Möglichkeit gibt, sich im Prozess **mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten** zu behaupten (vgl. BVerfGE 60, 305 [310]; 74, 228 [233]; BVerfGK 20, 218 [223]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 03.02.1998 - 1 BvR 909/94 -, NJW 1998, S. 2273; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 17.01.2012 - 1 BvR 2728/10 -, NJW 2012, S. 1346 [1347 Rn. 11]). Insbesondere haben die Beteiligten einen Anspruch darauf, sich vor Erlass der gerichtlichen Entscheidung zu dem zugrundeliegenden Sachverhalt zu äußern. Dem entspricht die Verpflichtung der Gerichte, **Anträge und Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen** (vgl. BVerfGE 60, 1 [5]; 67, 39 [41]).

Die nähere Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs ist den Verfahrensordnungen überlassen, die im Umfang ihrer Gewährleistungen auch über das von Verfassungs wegen garantierte Maß hinausgehen können. Nicht jeder Verstoß gegen Vorschriften des Verfahrensrechts ist daher zugleich eine Verletzung von Art. 103 I GG. Die Schwelle einer solchen Verfassungsverletzung wird vielmehr erst erreicht, wenn die Gerichte bei der Auslegung oder Anwendung des Verfahrensrechts die **Bedeutung und Tragweite des grundrechtsgleichen Rechts auf rechtliches Gehör verkannt** haben (vgl. BVerfGE 60, 305 [310 f.]). Verletzungen einfachrechtlicher Verfahrensvorschriften sind somit im Einzelfall daraufhin zu überprüfen, ob unter Berücksichtigung des Wirkungszusammenhangs aller einschlägigen Normen der betroffenen Verfahrensordnung durch sie das unabdingbare Mindestmaß des verfassungsrechtlich gewährleisteten rechtlichen Gehörs verkürzt worden ist (vgl. BVerfGE 60, 305 [311]).“ (BVerfG aaO.)

#### II. Befragung des Sachverständigen

„Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst **grundsätzlich auch die Anhörung gerichtlicher Sachverständiger** (BVerfGK 20, 218 [224]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 03.02.1998 - 1 BvR 909/94 -, aaO.; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 17.01.2012 - 1 BvR 2728/10 -, aaO., Rn. 13).

Nach § 402 in Verbindung mit § 397 ZPO sind die **Parteien berechtigt, dem Sachverständigen diejenigen Fragen vorlegen** zu lassen, die sie zur Aufklärung der Sache für dienlich erachten. Der Bundesgerichtshof hat daraus in ständiger Rechtsprechung die **Pflicht der Gerichte** abgeleitet, dem **Antrag einer Partei auf mündliche Befragung gerichtlicher Sachverständiger stattzugeben** (vgl. BGHZ 6, 398 [400 f.]; BGH, Urteile vom 21.10.1986 - VI ZR 15/85 -, NJW-RR 1987, S. 339 [340] und vom 17.12.1996 - VI ZR 50/96 -, NJW 1997, S. 802 f.). Auf die Frage, ob das Gericht selbst das Sachverständigengutachten für erklärungsbedürftig hält, komme es nicht an. Es gehöre zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs, dass die Parteien den Sachverständigen Fragen stellen, ihnen Bedenken vortragen und sie um eine **nähere Erläuterung von Zweifelpunkten bitten** können (vgl. BGH, Urteil vom 21.10.1986, aaO.). Ein Antrag auf Anhörung des Sachverständigen könne allerdings dann abgelehnt werden, wenn er **verspätet oder rechtsmissbräuchlich** gestellt werde (vgl. BGHZ 35, 370 [371]; BGH, Urteile vom 21.10.1986, aaO., und vom 17.12.1996, aaO.; vgl. auch zur Rechtsprechung der übrigen obersten Bundesgerichte BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 03.02.1998, aaO., S. 2273 f.).

Beachtet ein Gericht diese verfahrensrechtlichen Anforderungen nicht, so liegt darin jedenfalls dann ein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn es einen Antrag auf Erläuterung des Sachverständigengutachtens völlig übergeht oder ihm **allein deshalb nicht nachkommt, weil das Gutachten ihm überzeugend und nicht weiter erörterungsbedürftig erscheint**. Dagegen verlangt Art. 103 I GG nicht, einem rechtzeitigen und nicht missbräuchlichen Antrag auf Anhörung der Sachverständigen ausnahmslos Folge zu leisten. Die mündliche Anhörung des Sachverständigen ist zwar die nächstliegende, aber nicht die einzig mögliche Behandlung eines derartigen Antrags (vgl. BVerfGK 20, 218 [225]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 03.02.1998, aaO., S. 2274; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 17.01.2012, aaO., Rn. 15). **In Betracht** kommt etwa, den Sachverständigen stattdessen um eine **schriftliche Ergänzung seines Gutachtens** zu bitten oder aber ein weiteres Gutachten (eines anderen Sachverständigen) einzuholen (vgl. BVerfGK 20, 319 [320]; BGH, Urteil vom 10.12.1991 - VI ZR 234/90 -, NJW 1992, S. 1459 f.).“ (BVerfG aaO.)

BVerfGG  
§ 90 I

### Verfassungsbeschwerde Beschwerdebefugnis einer juristischen Person

VerfProzR

(BVerfG in BeckRS 2015, 56099; Beschluss vom 02.11.2015 – 1 BvR 1530/15)



**Fall:** Die Beschwerdeführerin, ein Energieversorgungsunternehmen in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wendet sich mit ihren Verfassungsbeschwerden gegen ihre Heranziehung zu Schmutzwasseranschlussbeiträgen auf der Grundlage des Kommunalabgabengesetzes für das Land Brandenburg.

Mit ihren Verfassungsbeschwerden rügt sie eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 I 1 in Verbindung mit den aus Art. 20 III 3 GG folgenden Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit. Sie beruft sich auf das Rückwirkungsverbot sowie unter Bezugnahme auf den Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 05.03.2013 (BVerfGE 133, 143) auf das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit.

„Nach § 90 I BVerfGG kann „**jedermann**“ mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein, Verfassungsbeschwerden erheben. **Beschwerdefähig** ist demnach, wer **Träger eines als verletzt gerügten Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts** sein kann (vgl. BVerfGE 129, 78 [91]; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16.12.2014 - 1 BvR 2142/11 -, NVwZ 2015, S. 510 [511]). Grundrechtsträger sind nach Art. 19 III GG **auch inländische juristische Personen**, soweit Grundrechte betroffen sind, die **ihrem Wesen nach auf diese anwendbar** sind. Allerdings dienen die Grundrechte vorrangig dem Schutz der Freiheitssphäre des einzelnen Menschen als natürlicher Person gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt (vgl. BVerfGE 15, 256 [262]; 21, 362 [369]; 59, 231 [255]; 61, 82 [100 f.]; 65, 1 [43]). Die **Grundrechtsfähigkeit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts** ist vor diesem Hintergrund grundsätzlich dann zu verneinen, wenn diese öffentlichen Aufgaben wahrnimmt (vgl. BVerfGE 21, 362 [369 f.]; 45, 63 [78]; 61, 82 [101]; 68, 193 [206]; 70, 1 [15]; 75, 192 [197]; 85, 360 [385]; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16.12.2014 - 1 BvR 2142/11 -, NVwZ 2015, S. 510 [511 f.]). Gleiches gilt für **juristische Personen des Privatrechts, die von der öffentlichen Hand gehalten oder beherrscht** werden (vgl. BVerfGE 45, 63 [79 f.]; 68, 193 [212 f.]; 128, 226 [245 f., 247]).

Die Beschwerdeführerin hat zur Frage ihrer Grundrechts- und Beschwerdefähigkeit nichts vorgetragen, obwohl ein Vorbringen hierzu angezeigt war. Denn die Beschwerdeführerin ist eine juristische Person des Privatrechts, aus deren Firmierung als „S. GmbH“ sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass es sich bei ihr um ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen handelt, welches von der öffentlichen Hand gehalten oder jedenfalls beherrscht wird. Die **Energieversorgung** ist eine **typische öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge**. Für die Beschwerdeführerin bestand daher Anlass, sich mit ihrer Grundrechts- und Beschwerdefähigkeit auseinanderzusetzen.“ (BVerfG aaO.)

BVerfGG  
§ 90 II 1

## Rechtswegerschöpfung bei Verfassungsbeschwerde Notwendigkeit negativer Feststellungsklage

VerfProzR

(BVerfG in NVwZ-RR 2016, 1; Beschluss vom 16.07.2015 – 1 BvR 1014/13)

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde richtete sich unmittelbar gegen §§ 5 I Nr. 5, 5 II i.V.m. § 5 I Nr. 5, §§ 6, 7, 11, 12 I Nr. 8, 9, 12-16 des am 30.06.2012 in Kraft getretenen Hessischen Spielhallengesetzes (HessSpielhG) vom 28.06.2012 (GVBl. S. 213). Ist die Verfassungsbeschwerde vor dem Hintergrund des § 90 II 1 BVerfGG zulässig?

Hier haben die Bf. unmittelbar gegen ein Gesetz Verfassungsbeschwerde erhoben. Gegen Gesetze ist ein Rechtsweg nicht vorgesehen. Allerdings ist die Verfassungsbeschwerde unabhängig vom engeren Begriff des Rechtsweges auch subsidiär gegenüber einer sonst möglichen fachgerichtlichen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des angefochtenen Gesetzes. Im Rahmen einer negativen Feststellungsklage könnten die Bf. die Nichtanwendbarkeit der gesetzlichen Normen auf ihren Fall überprüfen lassen, wobei das Verwaltungsgericht inzident auch die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage prüfen müsste. Fraglich ist, ob die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde auch die Notwendigkeit einer negativen Feststellungsklage vor den Fachgerichten umfasst.

### I. Vorrang fachgerichtlicher Kontrolle

„Der in § 90 II 1 BVerfGG zum Ausdruck kommende Grundsatz der Subsidiarität erfordert, dass ein Bf. vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde **alle zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten** ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern (vgl. BVerfG NJW 1988, 45; BVerfG NVwZ 1988, 427; BVerfG NVwZ 1990, 551; BVerfG NVwZ 2005, 1294; BVerfG NVwZ 2006, 922; BVerfG NVwZ 2009, 1217; BVerfG BeckRS 2013, 59554; st. Rspr.). Daher ist eine Verfassungsbeschwerde **unzulässig, wenn in zumutbarer Weise Rechtsschutz durch die Anrufung der Fachgerichte erlangt werden kann** (vgl. BVerfG NJW 1985, 2185; BVerfG NJW 1986, 1483; BVerfGE 74, 69 [74]; BVerfG NJW 1998, 1385; BVerfG NJW 2008, 822; BVerfG NVwZ 2009, 1217; BVerfG NVwZ 2015, 582 Rn. 23). Dadurch soll vor allem gewährleistet werden, dass dem BVerfG in Folge der fachgerichtlichen Vorprüfung der Beschwerdepunkte ein bereits eingehend geprüftes Tatsachenmaterial vorliegt und ihm auch die Fallanschauung und die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch die sachnäheren Fachgerichte vermittelt werden (vgl. BVerfG NJW 1992, 1303; BVerfG NJW 1992, 2749; BVerfG NVwZ 2005, 1294). Das BVerfG soll nicht gezwungen sein, auf ungesicherter Grundlage weitreichende Entscheidungen zu erlassen (vgl. BVerfG NJW 1988, 45; BVerfG NVwZ 2009, 1217 m.w.N.; BVerfG, NVwZ 2015, 582 Rn. 23). Auch soll es nicht Aussagen über den Inhalt einer einfachgesetzlichen Regelung treffen müssen, solange sich hierzu noch keine gefestigte Rechtsprechung der Fachgerichte entwickelt hat (vgl. BVerfG NJW 1992, 1676; BVerfG NVwZ 2005, 1294).“ (BVerfG aaO.)

### II. Negative Feststellungsklage als Kontrollmöglichkeit

„Zum vorrangigen fachgerichtlichen Rechtsschutz zählt auch die **verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage** gem. § 43 VwGO (vgl. BVerfG NVwZ 2006, 922). In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage nach § 43 VwGO statthaft ist, wenn die Feststellung begehrt wird, **dass wegen Ungültigkeit oder Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm kein Rechtsverhältnis zu dem anderen Bet. begründet** ist (BVerwG, NVwZ 2007, 1311 [1312]; Eyer-mann/Happ, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 43 Rn. 9a; Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 43 Rn. 25 [Oktober 2008]; Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 43 Rn. 8 d; Sodan in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 43 Rn. 58 a).“ (BVerfG aaO.)

Die Bf. kann sich damit im Wege der negativen Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO an die Verwaltungsgerichte wenden und dort auf Feststellung klagen, dass sie beim Betrieb ihrer Spielhallen nicht verpflichtet ist, am Spieler-spierrsystem nach § 6 I i.V.m. § 11 HessSpielhG mitzuwirken und die damit gesetzlich verbundenen Pflichten einschließlich der Pflicht zur Videoüberwachung (§ 6 II, § 5 II i.V.m. § 5 I Nr. 5, § 7 HessSpielhG) zu erfüllen.

### III. Unzumutbarkeit

Die vorrangige fachgerichtliche Kontrolle kann aber ausnahmsweise unzumutbar sein.

### 1. Offensichtliche Sinn- und Aussichtslosigkeit

„Die Erhebung einer Feststellungsklage ist nicht schon deshalb entbehrlich, weil sie offensichtlich sinn- und aussichtslos wäre. Zwar hat das BVerfG in einer derartigen Fallkonstellation die Zumutbarkeit der vorherigen Anrufung der Fachgerichte ausnahmsweise verneint (vgl. BVerfGE 55, 154 [157]; BVerfG NJW 1992, 1303; BVerfG NVwZ 2001, 790; BVerfG NVwZ 2009, 1217). **Vorliegend** steht aber **weder der Misserfolg** eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens **von vornherein fest** noch würde hierdurch der **Sinn des Subsidiaritätsgrundsatzes verfehlt**.

Das Durchlaufen des Rechtswegs ist nach der Rechtsprechung des BVerfG in der Regel auch dann zu verlangen, wenn das **Gesetz keinen Auslegungs-, Ermessens- oder Beurteilungsspielraum** offenlässt, der es den Fachgerichten erlaubte, die geltend gemachte Grundrechtsverletzung kraft eigener Entscheidungskompetenz zu vermeiden (vgl. BVerfGE 72, 39 [43f.]; BVerfG NJW 1992, 1303; BVerfG NVwZ 2009, 1217). Obwohl in derartigen Fällen die vorherige fachgerichtliche Prüfung für den Bf. günstigstenfalls dazu führen kann, dass die ihm **nachteilige gesetzliche Regelung gem. Art. 100 I GG dem BVerfG vorgelegt** wird, ist eine solche Prüfung regelmäßig geboten, um zu vermeiden, dass das BVerfG ohne die Fallanschauung der Fachgerichte auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage entscheiden muss (vgl. BVerfG NJW 1959, 29; BVerfG NVwZ 2009, 1217). Ein zulässiger Vorlagebeschluss an das BVerfG zur Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen setzt nämlich voraus, dass das vorliegende Gericht die **Anwendbarkeit und Verfassungsmäßigkeit der in Rede stehenden Norm sorgfältig geprüft** hat (vgl. BVerfGE 127, 335 [355]). Es muss dabei auf **naheliegende tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte eingehen** (vgl. BVerfGE 86, 71 [78]) und unter Umständen auch eine **verfassungskonforme Auslegung in Betracht ziehen** (vgl. BVerfG NJW 1988, 405; BVerfGE 126, 331 [355f.]; BVerfG, NVwZ 2015, 510 Rn. 75, 87).

Anders liegt es nur, wenn von einer vorausgegangenen fachgerichtlichen Prüfung **keine verbesserte Entscheidungsgrundlage** für die vom BVerfG vorzunehmende verfassungsrechtliche Bewertung zu erwarten wäre. Dies kommt aber nur dann in Betracht, wenn der Sachverhalt **allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen** aufwirft, deren Beantwortung weder von der näheren Sachverhaltsermittlung noch von der Auslegung und Anwendung von Vorschriften des einfachen Rechts durch die Fachgerichte, sondern **allein von der Auslegung und Anwendung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe abhängt** (vgl. BVerfG NJW 1985, 2185; BVerfG NVwZ 2009, 1217; BVerfG, NVwZ 2015, 582 Rn. 23). **Im vorliegenden Verfahren** stellen sich **nicht lediglich spezifisch verfassungsrechtliche Fragen**, für deren Beantwortung es allein auf Auslegung und Anwendung verfassungsrechtlicher Maßstäbe ankommt. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO.)

### 2. Straf- oder Bußgeldbewehrtheit

Zudem ist anerkannt, dass die vorherige Anrufung der Fachgerichte dann unzumutbar ist, wenn die überwiegende Anzahl der angegriffenen Verpflichtungen bußgeldbewehrt ist (vgl. § 12 I Nr. 8, 9, 12-16 HessSpielhG).

„Insofern verlangt der Grundsatz der Subsidiarität zwar nicht, dass Betr. vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde **gegen eine straf- oder bußgeldbewehrte Rechtsnorm verstoßen** und sich dem **Risiko einer entsprechenden Ahndung** aussetzen müssen, um dann im Straf- oder Bußgeldverfahren die Verfassungswidrigkeit der Norm geltend machen zu können (vgl. BVerfG NJW 1990, 1349; BVerfG, NVwZ 2015, 582 Rn. 23). So liegt der vorliegende Fall indes nicht. Die Bf. kann mithilfe der **negativen Feststellungsklage** vor den Verwaltungsgerichten fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen die angegriffenen Verpflichtungen erreichen, ohne sich der Gefahr einer Verfolgung wegen einer Ordnungswidrigkeit aussetzen zu müssen. Sie ist also nicht darauf angewiesen, zunächst gegen die angegriffenen Verpflichtungen zu verstoßen, um dann im Rahmen des Bußgeldverfahrens die Verfassungswidrigkeit der zugrundeliegenden Normen geltend machen zu können. Die während des laufenden fachgerichtlichen Verfahrens bestehende Gefahr der Verfolgung wegen einer Ordnungswidrigkeit kann die Bf. im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 123 I VwGO abwenden.“ (BVerfG aaO.)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

#### 1. **Bacher:** Das elektronische Schutzschriftregister (in: MDR 2015, 1329)

Nach dem bereits im Jahr 2013 verkündeten Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs werden Rechtsanwälte ab 01.01.2022 bundesweit Schriftsätze nur noch elektronisch an das Gericht übermitteln dürfen. Einen wichtigen Meilenstein auf dem Weg dorthin bildet die bereits für den 01.01.2016 vorgeschriebene Einrichtung des elektronischen Schutzschriftenregisters gem. § 945 ZPO, zu dessen Nutzung gem. § 49c BRAO jeder Rechtsanwalt ab 01.01.2017 verpflichtet sein wird. Die Nutzung des Registers ist schon im Übergangszeitraum sinnvoll.

Die elektronische Einreichung einer Schutzschrift entfaltet Wirkung für alle ordentlichen Gerichte und für alle ArbG in Deutschland. Sie enthebt den Einreicher damit von Spekulationen darüber, bei welchem Gericht der potentielle Gegner den Erlass einer einstweiligen Verfügung möglicherweise beantragen könnte, und erspart den Aufwand für die Hinterlegung inhaltsgleicher Papierschriftsätze bei einer Vielzahl einzelner Gerichte. Der dafür erforderliche technische Aufwand ist vergleichsweise gering. Jeder Rechtsanwalt verfügt ab 01.01.2016 mit dem gem. § 31a BRAO einzurichtenden besonderen elektronischen Anwaltspostfach (beA) bereits über ein geeignetes Kommunikationsmittel.

Von entscheidender Bedeutung für die Akzeptanz des neuen Mediums dürfte sein, dass eine zentral eingereichte Schutzschrift von jedem Gericht mit mindestens ebenso großer Wahrscheinlichkeit wahrgenommen wird wie eine unmittelbar bei diesem Gericht eingereichte Schutzschrift.

#### 2. **Pauly:** Grundlegendes und Aktuelles zur Untermiete (in: ZMR 2015, 836)

Bereits ein normales 2-Parteien-Mietverhältnis weist aufgrund seines stark personengebundenen Charakters eine nicht unerhebliche Störungsanfälligkeit auf. Tritt auf einer 2. Stufe ein weiteres Mietverhältnis hinzu, erhöht sich automatisch das Konfliktpotential. Es ist deshalb wenig überraschend, dass Rechtsstreitigkeiten auf dem Gebiet der Untermiete überaus häufig sind und dass sich die Rechtsprechung hierzu im stetigen Fluss befindet. Hierbei zeigt sich, dass es im Hinblick auf die Problemlösung oft auf die Umstände des Einzelfalles ankommt. Der vorliegende Beitrag will zweierlei: Zum einen sollen die grundlegenden Probleme der Praxis dargestellt werden, zum anderen werden die wichtigsten Entscheidungen der letzten Jahre vorgestellt. Die Darstellung beschränkt sich dabei auf die Wohnraum-miete.

#### 3. **Schneider:** Wann bedeutet ein Klageabweisungsantrag eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung? (in: MDR 2015, 1394)

Die Frage, in welchen Fällen ein Klageabweisungsantrag die Bedeutung einer ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung i.S.v. §§ 281 II Alt. 1, 323 II Nr. 1 BGB darstellen kann mit der Folge, dass der Gläubiger ohne vorherige Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 I BGB verlangen oder gem. § 323 I BGB vom Vertrag zurücktreten kann, beschäftigt Juristinnen und Juristen immer wieder. Der nachfolgende Überblick erläutert, dass bei der nötigen Gesamtbetrachtung grundsätzlich auf den Schluss der mündlichen Verhandlung abzustellen ist. Gleichwohl kann eine vor-schnelle Ersatzvornahme des Klägers seinen Anspruch auch im Falle einer zum Prozessende feststellbaren Weigerung des Schuldners zunichtemachen.

#### 4. **Burmann/Heß:** Brennpunkte des Personenschadensrechts in der neueren Rechtsprechung des BGH (in: NJW 2016, 200)

Im Jahr 2015 gab es eine bemerkenswerte Weiterentwicklung und Konkretisierung der Rechtsprechung des BGH zu psychischen Schäden. Ferner standen Probleme des Forderungsübergangs bei schweren Personenschäden im Fokus der Judikatur. Der Beitrag untersucht die Auswirkungen der aktuellen Rechtsprechung auf die Praxis.

#### 5. **Bergmann:** Die EU-Richtlinie über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen – eine lange Reise zum neuen Recht (in: VuR 2016, 43)

Viele Jahre mussten die vom Pauschalreiserecht betroffene Gruppe der Reisebranche sowie die Verbraucherschützer gleichermaßen warten, bis am 09.07.2013 kurz vor der Hauptreisezeit der Vorschlag der EU-Kommission für eine neue Richtlinie über Pauschal- und Bausteinreisen<sup>1</sup> veröffentlicht wurde. Dem Vorschlag waren zahlreiche Anhörungen von nationalen und europäischen Verbänden und Gruppierungen vorausgegangen. Nach weiteren zwei Jahren intensiver Diskussion und Prüfung des Richtlinien-Vorschlags durch das Europäische Parlament und dessen Gremien sowie der

Zustimmung des Rates der Europäischen Union wurde die Richtlinie unter dem Namen „Richtlinie über Pauschalreisen und verbundene Reisearrangements“ in erster Lesung am 12.03.2014 vom Europäischen Parlament beschlossen, sodann wurde sie mit über 130 Änderungsvorschlägen versehen dem Rat der Europäischen Union vorgelegt, der am 04.12.2014 seine Stellungnahme abgab.<sup>2</sup> Erst nach einem politischen Einigungsprozess („Trilog“) zwischen dem Europäischen Parlament, der EU-Kommission und dem Rat entstand eine einheitliche Fassung der Richtlinie, die schließlich unter dem Titel „Richtlinie über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen“ verabschiedet und am 11.12.2015 im Amtsblatt veröffentlicht wurde.

## II. Strafrecht

### 1. **Spitzer:** Das Recht des Angeklagten auf Vertretung in der Berufungshauptverhandlung (in: FamRZ 2015, 48)

Durch das Gesetz zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Vertretung in der Berufungsverhandlung und über die Anerkennung von Abwesenheitsentscheidungen in der Rechtshilfe wurden die prozessualen Rechte eines Angeklagten im Berufungsverfahren mit Auswirkungen auf andere Verfahrensabschnitte erheblich verändert. Die Vorschriften wurden seit der Fassung der Bundestagsdrucksache vom 17.12.2014 durch den »Bericht und Empfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz« vom 17.06.2015 teilweise weiterentwickelt und mit IV wesentlich ergänzt. Die für die Praxis wichtigen Neuerungen sollen dargestellt und kritisch gewürdigt werden.

Den Hintergrund der Gesetzesänderung bildete maßgeblich die Entscheidung des EGMR v. 08.11.2012 – 30804/07 (Neziraj ./ Bundesrepublik Deutschland). In dieser Entscheidung heißt es, dass die Berufung des Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache verworfen werde, weil der Angeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung ohne Entschuldigungsgrund ausbleibe. Es liege eine Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens nach Art. 6 I EMRK und des in Art. 6 III Buchstabe c EMRK garantierten Rechts des Angeklagten, sich durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen, vor, wenn ein verteidigungsbereiter Verteidiger erschienen sei. Diese Entscheidung war innerhalb des Spruchkörpers nicht unumstritten, wurde jedoch vom Gesetzgeber zutreffend aufgegriffen, um Anpassungen der betroffenen Vorschriften vorzunehmen. Ein »Recht auf Abwesenheit« wird hierdurch nicht eingeführt; vielmehr bleibt ein Angeklagter grundsätzlich zum Erscheinen in der Hauptverhandlung der zweiten Instanz verpflichtet.

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

Der Gesetzgeber erkennt mit § 97 StPO im Grundsatz an, dass allein die Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 52, 53 StPO nicht ausreichen, um das notwendige Vertrauensverhältnis innerhalb verschiedener persönlicher und beruflicher Beziehungen zu garantieren und normiert in § 97 StPO ergänzend ein entsprechendes Beschlagnahmeverbot für schriftlich niedergelegtes Wissen aus diesen Beziehungen. Der so bewirkte Umgehungsschutz ist gleichwohl in vielerlei Hinsicht unvollständig. Eine der wohl bedeutendsten Einschränkungen enthält § 97 II 1 StPO, der den Beschlagnahmeschutz im Grundsatz auf solche Gegenstände beschränkt, welche sich im Gewahrsam »der zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten« befinden.

Die, soweit ersichtlich, bisher allgemeine Meinung sieht diesen Wortlaut als zwingend und eindeutig an und geht auf dieser Grundlage davon aus, dass Unterlagen im Gewahrsam des Beschuldigten – jedenfalls nach § 97 StPO – nicht geschützt werden. Mit anderen Worten: Schreibt etwa ein Rechtsanwalt einen Brief an seinen Mandanten, so ist dieser Brief im Ausgangspunkt zunächst einmal vor Beschlagnahme geschützt. Sobald er allerdings an den Mandanten abgeschickt wird, verliert er den Schutz des § 97 StPO wieder und kann beschlagnahmt werden. Was durch den Generalanwalt am *EuGH* einmal als »unvertretbar« bezeichnet wurde, ist nach dieser Auffassung also durchaus Realität im deutschen Recht. Dies wird zwar mitunter kritisiert, teilweise auch verbunden mit der Forderung nach einer Gesetzesänderung, de lege lata jedoch bisher nicht in Frage gestellt. Im Folgenden soll dem entgegengetreten und dargelegt werden, dass § 97 StPO richtigerweise auch solche Unterlagen der Beschlagnahme entzieht, welche sich im Gewahrsam des Beschuldigten befinden.

Spezifische und potentiell besonders weitreichende Auswirkungen hat dies insbesondere im Zusammenhang mit der Beschlagnahme von anwaltlichen Unterlagen. Dies gilt insbesondere für die in der Regel durch externe Anwälte durchgeführten, sogenannten »Internal Investigations«. Denn eine staatliche Zugriffsmöglichkeit auf deren Ergebnisse könnte im Extremfall dazu führen, dass die Verfolgungsbehörden dann in vielen Fällen nicht mehr mühsam – und eingeschränkt durch die den Beschuldigten schützenden Vorschriften der Strafprozessordnung – ermitteln müssten, sondern schlicht die schriftlich fixierten Ergebnisse einer Internal Investigation beschlagnahmen könnten und so

alle relevanten Beweise gleichsam »auf dem Präsentierteller« gereicht bekämen. Auch weil sich diesbezüglich eine Reihe von Sonderfragen ergeben, sollen die nachfolgenden Ausführungen deshalb zunächst nur auf anwaltliche Unterlagen bezogen werden. Die tragenden Erwägungen lassen sich jedoch ebenso auf Unterlagen aus den übrigen von § 97 I StPO geschützten Vertrauensverhältnissen übertragen.

**3. Knauer:** Vom Wesen und Zweck der Revision (in: NStZ 2016, 1)

Die Revision, also die rechtliche Überprüfung eines Urteils der Tatsacheninstanz, gilt als Königsdisziplin des Strafprozesses. Insofern war es wohl nicht nur fahrlässig, sondern von einer für einen Strafverteidiger nicht ganz untypischen Hybris, eine Antrittsvorlesung zur Honorarprofessur gerade mit diesem grundlegenden Thema zu planen. Selbstredend werde ich im gegebenen Rahmen nicht in der Lage sein, Zweck und Wesen der Revision auch nur annähernd auszuleuchten.

Jedenfalls ist das Thema aktueller denn je. Denn die Revision und insbesondere das Revisionsverfahren beim Bundesgerichtshof sehen sich zunehmender Kritik ausgesetzt.

**4. Pfaffendorf:** Zum Erfordernis der Unrechtsvereinbarung in § 299 StGB (in: NZWiSt 2016, 8)

Die Strafbarkeit wegen Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 StGB setzt eine Unrechtsvereinbarung zwischen dem Angestellten/Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes und dem Bestechenden voraus, nach der der Angestellte/Beauftragte sich gegen Gewährung eines Vorteils verpflichtet, den Bestechenden oder einen von ihm benannten Dritten beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb unlauter zu bevorzugen. Die Norm des § 299 StGB fordert daher zwei Vereinbarungen: zum einen die Vereinbarung zwischen dem Angestellten/Beauftragten und dem Bestechenden, nach der die Bevorzugung als Gegenleistung für eine Vorteilsgewährung erfolgen soll (Unrechtsvereinbarung) und zum anderen die Vereinbarung über die Lieferung von Waren oder gewerblichen Leistungen zwischen dem Geschäftsherrn des Angestellten/Beauftragten und dem bevorzugten Lieferanten (Bezugsvertrag). Beide Vereinbarungen sind streng voneinander zu trennen.

### III. Öffentliches Recht

**1. Ertl:** Die Kennzeichnungspflicht für Polizeibedienstete auf dem Prüfstand (in: DÖV 2016, 23)

– Eine verfassungsrechtliche Bewertung der Kennzeichnungspflicht für Polizeibedienstete – Die vieldiskutierte und inzwischen in sechs Bundesländern eingeführte Kennzeichnungspflicht für Polizeibedienstete wirft einige rechtliche Fragen auf. Im Zentrum dieses Beitrags steht dabei die Vereinbarkeit der Kennzeichnungspflicht mit dem Recht der Polizeibediensteten auf informationelle Selbstbestimmung. Insbesondere den Fragen nach der Personenbezogenheit von anonymisierenden Kennziffern und der Eingriffsqualität der Kennzeichnungspflicht wird nachgegangen, bevor die für die Güterabwägung maßgeblichen Gesichtspunkte skizziert und einer Überprüfung unterzogen werden. Der Beitrag geht darüber hinaus zur Überprüfung der gesetzgeberischen Konsistenz auf das in einem ähnlichen Spannungsfeld angesiedelte versammlungsrechtliche Vermummungsverbot ein.

**2. Schmidt:** Die Entschädigungsklage wegen unangemessener Verfahrensdauer (in: NVwZ 2015, 1710)

Überlange Verfahren gibt es bei allen Gerichten. Jüngst hat auch das BVerfG erstmals eine Beschwerdeführerin wegen der unangemessenen Dauer ihres Verfassungsbeschwerdeverfahrens nach § 97 a BVerfGG entschädigt (BVerfG, Beschl. v. 20.08.2015 – 1 BvR 2781/13, BeckRS 2015, 51365). Hier soll es demgegenüber ausschließlich um auf § 198 GVG gestützte Leistungsklagen gehen, deren Voraussetzungen systematisch strukturiert und inhaltlich beleuchtet werden. Auch vier Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (ÜGRG) vom 24.11.2011 (BGBl. I 2011, 2302) bestehen insoweit in der Praxis noch Unsicherheiten, denen der Beitrag unter Rückgriff auf die aktuelle Rechtsprechung aller Fachgerichtsbarkeiten begegnen will. Dem anwaltlichen Leser mögen die folgenden Ausführungen zugleich als Checkliste vor Erhebung einer Entschädigungsklage dienen.

**3. Ertl:** Die Kennzeichnungspflicht für Polizeibedienstete auf dem Prüfstand (in: DÖV 2016, 23)

Die vieldiskutierte und inzwischen in sechs Bundesländern eingeführte Kennzeichnungspflicht für Polizeibedienstete wirft einige rechtliche Fragen auf. Im Zentrum dieses Beitrags steht dabei die Vereinbarkeit der Kennzeichnungspflicht mit dem Recht der Polizeibediensteten auf informationelle Selbstbestimmung. Insbesondere den Fragen nach der Personenbezogenheit von anonymisierenden Kennziffern und der Eingriffsqualität der Kennzeichnungspflicht wird nachgegangen, bevor die für die Güterabwägung maßgeblichen Gesichtspunkte skizziert und einer Überprüfung unterzogen werden. Der Beitrag geht darüber hinaus zur Überprüfung der gesetzgeberischen Konsistenz auf das in einem ähnlichen Spannungsfeld angesiedelte versammlungsrechtliche Vermummungsverbot ein.

**4. Deiseroth:** Das Wirtschaftsverwaltungsrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (2009 - 2015) – Teil I: Gewerberecht (in: GewA 2016, 1)

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht umfasst die öffentlich-rechtlichen Rechtsvorschriften, die die Teilnahme von privaten und öffentlichen Subjekten am Wirtschaftsleben ermöglichen und deren Verhalten regulieren sollen<sup>1</sup>, darunter insbesondere das Gewerberecht.

Nach dem Geschäftsverteilungsplan des BVerwG ist für die Rechtsgebiete des „Wirtschaftsverwaltungsrechts“, über die im Folgenden zu berichten ist, seit dem 01.01.2009 der 8. Revisionsssenat zuständig; vorher lag die Zuständigkeit bis zum 31.12.2000 beim 1. Revisionsssenat und danach bis zum 31.12.2008 beim 6. Revisionsssenat<sup>3</sup>. Seit dem 01.07. 2014 ist die Zuständigkeit für die Materien des Rechts der Finanzdienstleistungen, der Freien Berufe, des Kammerrechts und der betrieblichen Altersvorsorge auf den 10. Revisionsssenat übergegangen, dessen richterliche Mitglieder allerdings mit denen des 8. Revisionsssenats weitgehend personalidentisch sind. Der Beitrag befasst sich mit der neueren Rechtsprechung.

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

**1. Brosch:** Die Nutzungspflicht für das besondere elektronische Anwaltspostfach? (in: NJW 2015, 3692)

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) wird das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) für jeden in Deutschland zugelassenen Rechtsanwalt einrichten – nicht wie geplant zum 01.01.2016, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt. Es wird dann unmittelbar und ohne weitere Zwischenschritte bereit zum Empfang von Nachrichten sein. In den letzten Wochen ist die Frage gestellt worden, ob ein beA auch ohne Mitwirkung und gegen den Willen des Rechtsanwalts empfangsbereit eingerichtet werden darf und ob eine Pflicht zur Nutzung des beA besteht (s. etwa Schinagl, Berliner AnwBl 2015, 297; Werner, Berliner AnwBl 2015, 361). Dieser Beitrag betrachtet die diesbezügliche Rechtslage und stellt die sich daraus ergebenden Konsequenzen dar.

**2. Cordes:** Erfüllt der Beschlussvergleich das Formerfordernis der notariellen Beurkundung, (in: MDR 2016, 64)

Können Rechtsgeschäfte, die dem notariellen Beurkundungserfordernis unterliegen, formwirksam im Wege des gerichtlichen Beschlussvergleichs nach § 278 Abs. 6 ZPO abgeschlossen werden? Trotz ihrer enormen vertragsgestalterischen Bedeutung wird diese Frage in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung nach wie vor unterschiedlich beurteilt. Auch der BGH (BGH, Urt. v. 14.7.2015 – VI ZR 326/14, MDR 2015, 1198) hatte jüngst über die Formerfordernisse des schriftlichen Vergleichsverfahrens zu befinden und reicherte die Diskussion um eine weitere Facette an, ohne sie jedoch bereits verbindlich zu entscheiden. Der Beitrag erörtert anhand konkreter Beispiele die Rechtslage und analoge Anwendbarkeit von § 127a BGB.

**3. Junker und Scharnke:** Das neue Syndikusanwaltsgesetz: Rechtssicherheit für Unternehmensjuristen(in: DB 2016, 195)

Für zahlreiche als Syndikusanwälte angestellte Rechtsanwälte begann der Frühsommer des Jahres 2014 mit einer Hiobsbotschaft: Mit seinen Grundsatzentscheidungen vom 03.04.2014 hatte das Bundessozialgericht (BSG) entschieden, dass für bei nichtanwaltschaftlich tätigen Arbeitgebern angestellte Rechtsanwälte eine Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht zugunsten einer Versorgung in den landesweit bestehenden berufsständischen Versorgungswerken nicht (mehr) möglich sein sollte. Das Bundessozialgericht nahm hierbei Einzelfallentscheidungen zum Anlass, die jahrzehntelang geübte Befreiungspraxis der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) zu kippen und die berufsständische Versorgung für zahlreiche Rechtsanwälte in Frage zu stellen. Hierdurch wurde eine deutschlandweite Debatte über den Beruf des Syndikus/der Syndica wiederbelebt: Ist die Tätigkeit mit der eines niedergelassenen Rechtsanwalts im Wesentlichen vergleichbar? Welche Anwaltsprivilegien gehören auch zum Syndikus?

Durch das vom Bundestag am 17.12.2015 verabschiedete und zum 01.01.2016 in Kraft getretene Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte (im Folgenden "Syndikusanwaltsgesetz") hat der Gesetzgeber dem Beruf des Syndikusrechtsanwalts einen fundierten gesetzlichen Rahmen gegeben. Die selbst seit vielen Jahren als Rechtsanwälte und Syndikusanwälte tätigen Autoren stellen in diesem Aufsatz die wesentlichen Neuregelungen vor und beleuchten die auf Syndikusrechtsanwälte nunmehr zukommenden Herausforderungen. Festzuhalten bleibt aber bereits an dieser Stelle, dass das Syndikusanwaltsgesetz einen essentiellen Beitrag zur Stärkung des Berufes des Syndikus leistet und Rechtssicherheit herstellt.

**4. Theus:** Endlich Syndikusrechtsanwalt, oder doch Rechtsanwalt (bleiben), oder beides? (in: DB 2016, 203)

Unternehmensjuristen, die anwaltlich bei einem nicht anwaltlichen Arbeitgeber beschäftigt sind, können sich fortan als Syndikusrechtsanwalt zulassen und werden mit bestandskräftiger Zulassung von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht befreit. Unter bestimmten Voraussetzungen funktioniert dies sogar rückwirkend.

Das neue Gesetz beendet eine langjährige Diskussion, ob der im Unternehmen anwaltlich Tätige sich überhaupt Rechtsanwalt nennen darf und wenn ja, ob er insbesondere auch von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht befreit werden kann. Durch Änderungen in der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) und Übergangsvorschriften im Sozialrecht wurde die bisherige, insbesondere rentenversicherungsrechtliche Ungleichbehandlung des anwaltlich tätigen Unternehmensjuristen gegenüber dem angestellten Rechtsanwalt weitestgehend beseitigt.

Die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV) hat kein eigenes Prüfrecht mehr hinsichtlich der anwaltlichen Tätigkeit des Syndikusrechtsanwalts; diese Prüfung obliegt nunmehr den Rechtsanwaltskammern im Rahmen eines neuen Zulassungsverfahrens für den Syndikus. Zwar erhält die DRV nunmehr ein Anhörungsrecht im Rahmen des Zulassungsverfahrens und gegen den Zulassungsbescheid auch ein Klagerecht, ist der Syndikusrechtsanwalt jedoch einmal bestandskräftig zugelassen, ist die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht auf Antrag per Gesetz zu erteilen.

Die Rechtsanwaltskammern werden im Sinne des § 46 Abs. 3 BRAO zukünftig die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt positiv bescheiden, wenn die anwaltliche Tätigkeit im Rahmen des Arbeitsverhältnisses fachlich unabhängig und eigenverantwortlich ausgeübt wird und folgende Merkmale kumulativ vorliegen:

- Die Prüfung von Rechtsfragen, einschließlich der Aufklärung des Sachverhaltes sowie das Erarbeiten und Bewerten von Lösungsmöglichkeiten,
- die Erteilung von Rechtsrat,
- die Ausrichtung der Tätigkeit auf die Gestaltung von Rechtsverhältnissen, insbesondere durch das selbständige Führen von Verhandlungen, oder auf die Verwirklichung von Rechten und
- die Befugnis, nach außen verantwortlich aufzutreten.

Nicht in allen Fällen jedoch wurde der Syndikusrechtsanwalt dem Rechtsanwalt gleichgestellt. So gilt für Syndikusrechtsanwälte ein Vertretungsverbot für den Arbeitgeber in Fällen des zivil- und arbeitsgerichtlichen Anwaltszwangs sowie ein weitergehendes Vertretungsverbot in Straf- und Bußgeldverfahren. Außerdem finden das strafrechtliche Zeugnisverweigerungsrecht sowie das Beschlagnahmeverbot auf Syndikusrechtsanwälte keine Anwendung.

**5. Dölling:** Die Vier-Raten-Grenze im Pkh-Bewilligungsverfahren (in: NJW 2016, 207)

Für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist § 115 IV ZPO eine Schlüsselnorm: Sofern dem Antragsteller nicht zahlungsfreie Prozesskostenhilfe zu gewähren ist, muss stets geprüft werden, ob die voraussichtlichen Prozesskosten die Zumutbarkeitsschwelle überschreiten. Was aber zu den voraussichtlichen Kosten zählt, ist unsicher, vor allem wenn der Beklagte Antragsteller ist oder das Verfahren über mehrere Instanzen geführt wird. Dieser Beitrag gewinnt durch Auslegung der Norm eine praktikable Antwort.

## Das Pfändungspfandrecht

Mit dem Bewirken der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher erwirbt der Gläubiger nach § 804 I ZPO ein Pfändungspfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand.

### 1. Privatrechtlich Theorie

Zwangsvollstreckungsvorgang ist privatrechtlich einzuordnen. Wird nicht mehr vertreten.

### 2. Öffentlich-rechtliche Theorie

#### a) Theoretischer Ansatz

Entstehung des Pfändungspfandrechts hängt allein von Wirksamkeit der Verstrickung ab und ist ausschließlich öffentlich-rechtlich zu beurteilen sei.

#### b) Entstehung/Beendigung des Pfändungspfandrechts

- Entstehung.      Wirksamkeit der öffentlich-rechtlichen Verstrickung
- Beendigung:      Ende der Verstrickung

#### c) Ersteigerung schuldnerfremder Sachen

Mit Zuschlag und Ablieferung nach § 817 II ZPO erwirbt der Ersteigerer originär Eigentum kraft Hoheitsaktes, ohne dass es auf seine Gutgläubigkeit ankommt.

#### d) Erlösauskehr und rechtliche Zuordnung bei Versteigerung schuldnerfremder Sachen

Pfändungspfandrecht ist öffentlich-rechtliche Grundlage der rein prozessualen Verwertung, aber nicht für Behaltendürfen des Erlöses (§ 812 I 1 2. Fall BGB).

#### e) Relevanz von Verfahrensfehlern

Nichteinhaltung wesentlicher Verfahrensfehler irrelevant Entstehung des Pfändungspfandrechts.

### 3. Gemischt privat-öffentlich-rechtliche Theorie

#### a) Theoretischer Ansatz

- Verwertungsvorgang: öffentlich-rechtlich
- Pfändungspfandrecht: privatrechtlich

#### b) Entstehung/Beendigung des Pfändungspfandrechts

- Verstrickung
- Beachtung der wesentlichen Vollstreckungsvoraussetzungen und Verfahrensvorschriften voraus.
- Untergang mit Ende der Verstrickung oder Untergangsgrund für gesetzliches/vertragliches Pfandrecht

#### c) Ersteigerung schuldnerfremder Sachen

Ersteigerer erwirbt mit Zuschlag und Ablieferung nach § 817 II ZPO originär Eigentum kraft Hoheitsaktes, ohne dass es auf seine Gutgläubigkeit ankommt.

#### d) Erlösauskehr und rechtliche Zuordnung bei Versteigerung schuldnerfremder Sachen

Wirksamkeit der Verwertung hängt allein von Wirksamkeit der öffentlich-rechtlichen Verstrickung ab, aber § 812 I 1 2. Fall BGB.

#### e) Relevanz von Verfahrensfehlern

Nichteinhaltung wesentlicher Verfahrensfehler = Nichtenstehung des Pfändungspfandrechts.



**AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG**  
**REFERENDARPRÜFUNG**  
**STRAFRECHT**

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

<b>Land:</b> <b>Niedersachsen</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>Ri'in LG Dr. G.</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>03.12.2015</b>
--------------------------------------	--	---

**Zur Person:**

Frau Dr. G. ist eine junge Prüferin, die zum ersten Mal als Prüferin tätig war, ansonsten arbeitet sich am Schwurgericht am Landgericht in Braunschweig. Ihre Fragen waren klar und verständlich und wurden bei Bedarf konkretisiert. Sie ist sehr freundlich, angenehm und wohlwollend und gab uns auch bei falschen Antworten die Chance die richtige Lösung zu finden wobei sie auch zielführende Hilfestellung gab. Sie prüfte uns größtenteils in alphabetischer Reihenfolge.

Nach der Prüfung fragte sie uns noch, ob der gestellte Fall zu lang war und wie wir ihre Fragen fanden, da dies ja ihre erste Prüfung war. Daran merkte man, dass sie uns wirklich nichts Böses Frau Dr. G. verteilte einen Fall, den sie selbst in ihrer Kammer verhandelt hat.

**Zur Prüfung:**

A fährt spät abends mit einer BAK von 2 Promille auf einer Landstraße. Dabei kollidiert das Auto alkoholbedingt mit dem Opfer O, welches sich mit ihrem Kind K auf dem Seitenstreifen befunden hat. Das Opfer wird 30m weit geschleudert und landete in einem Graben der mit Wasser gefüllt war. A stieg aus dem Auto und sprach zu K, dass es warten solle, damit A Hilfe holen könne. A fuhr fort und stammelte zu seinen Freunden, dass er einen Menschen oder ein Tier angefahren hätte.

In der Zwischenzeit verstarb die O, jedoch nicht unmittelbar an den Folgen des Zusammenstoßes. O verstarb aufgrund des Sauerstoffmangels nach wenigen Minuten, da sie mit dem Gesicht unter Wasser geraten war und ertrank. Hätte A sich auf die Suche nach der O gemacht und sie aus dem Wasser gezogen, würde O noch leben.

Strafbarkeit des A. §§ 142, 221, 323 c sind nicht zu prüfen.

Wir wurden nach allen in Betracht kommenden Delikten gefragt. Dabei prüfte Sie Standardwissen sowohl im AT, als auch BT. Sie fragte unter anderem nach den verschiedenen Vorsatzformen, Garantstellungen und Beispiele dazu oder nach der Anwendbarkeit der Hemmschwelentheorie beim Unterlassen. Den Schwerpunkt der geprüften Delikte bildeten §§ 222, 212, 13, 315c, 316 StGB. Zum Ende der Prüfung fragte sie noch ein wenig StPO ab. Sie wollte den Instanzenzug wissen und fragte, was die Staatsanwaltschaft in diesem Fall schon vor dem Prozess beantragen kann. Dabei wollte sie auf die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis und Untersuchungshaft hinaus.

Mit Frau Dr. G. habt ihr eine wirklich sehr angenehme und verständnisvolle Prüferin erwischt. Ich würde mir vor ihrer Prüfung die Delikte anschauen, die sie im Schwurgericht auch selbst verhandelt, sowie ein wenig Prozessrecht.

**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:**  
**Thüringen**

**Prüfer (mit Titel usw.)**  
**VRi OLG a.D. M.**

**Tag d. mündl. Prüfung**  
**04.11.2015**

**Zur Person:**

Es ist manchmal schwer zu wissen, worauf Herr M. hinauswill. Aber er führt einen dorthin und freut sich über Stichworte. Eigene Argumentation erschien mir wichtig.

Herr M. versucht (zumindest als Vorsitzender) ständig einen zu beruhigen. Er sagt auch direkt, wenn ihm etwas gefallen hat. Er ist wirklich sehr nett. Vergesst bitte, was in den alten Protokollen über ihn steht!

Bei der Notenvergabe ist er sich bewusst, wenn es um ein vb geht und will den Prüfling möglichst auch dorthin führen. Es haben sich sämtliche Kandidaten in der Prüfung verbessert und zwei sogar den Spruch auf das bb geschafft.

**Zur Prüfung:**

Zunächst teilte Herr M. einen Fall aus. Bei unserem 50-minütigen Prüfungsgespräch tat er dies drei Mal, da die weiteren Fälle auf den Lösungen des vorhergehenden Falles aufbauten. Allerdings haben wir in unserer Zeit nicht die gesamte Prüfung geschafft, sodass wir am Ende etwas abgekürzt haben.

Der Sachverhalt stellt sich wie folgt dar:

Eine Frau besucht ein Schwimmbad. Auf dem Weg in die Sauna im Obergeschoss muss die gehbehinderte Dame mittleren Alters deshalb eine Treppe benutzen, deren Geländer instabil ist. Die Fahrstühle sind ebenfalls defekt. Die Dame stürzt auf dem Weg und verletzt sich. Dabei hat sie bleibende Schäden. Eine dementsprechende Klage wird abgewiesen, nachdem das beklagte Schwimmbad den Unfallhergang, aber nicht die Ursache, mit Nichtwissen bestritten hat. Die Dame geht in Berufung.

Die Lösung ist wie folgt:

Gefragt war nach der Verkehrssicherungspflicht des Badbetreibers, über die wir lange diskutiert haben. Dann ging es auch um die Höhe des Schadensersatzanspruches, bzw. was alles ersetzt verlangt werden kann. Hier ging es darum, zu erkennen, dass auch Schmerzensgeld verlangt werden kann.

Dann ging es um die prozessuale Seite: sachliche und örtliche Zuständigkeit, Ermessen des Gerichts bzgl. Höhe des Schmerzensgeldes, Feststellungsantrag bzgl. weiterer Schäden, Bestreiten (Anscheinsbeweis), Berufung. Dabei wurden die allgemeinen Voraussetzungen der Berufung und des Bestreitens (einfaches, qualifiziertes, Nichtwissen) abgefragt. Gefragt wurde außerdem nach Beweismitteln im Zivilprozess.

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

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

## Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

### Prüfungsstoff im Mündlichen



