



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

41. Jahrg.

März 2016

Heft 03

---

## Aus dem Inhalt

- |                      |  |
|----------------------|--|
| <b>OLG Hamm:</b>     | Schadensersatz wegen Hausfriedensbruch                 |
| <b>BGH:</b>          | Kausalitätsfragen bei Geiselnahme und Raub             |
| <b>BGH:</b>          | Beihilfe durch Einräumung einer Nutzungsmöglichkeit    |
| <b>OVG Lüneburg:</b> | Grundstücksbeschlagnahme für Flüchtlingsunterkunft     |
| <b>BGH:</b>          | Klage des Gesellschafters bei Titel gegen Gesellschaft |
| <b>BVerfG:</b>       | Presserechtlicher Informantenschutz                    |
| <b>OVG Münster:</b>  | Bestattung im Wege der Ersatzvornahme                  |

ISSN 1868 – 1514



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

## Inhalt

### Geltendmachung von Schadensersatz

#### Brandaktuell

|         |  |   |
|---------|--|---|
| BVerfG: | Bestimmtheit eines Owi-Tatbestandes<br>(Sexuelle Handlungen mit Tieren)..... | 1 |
|---------|--|---|

#### Zivilrecht

|           |   |   |
|-----------|---|---|
| OLG Hamm: | Nichtabnahme eines Wohnmobils<br>(Geltendmachung von Schadensersatz).....           | 2 |
| OLG Hamm: | Schadensersatz wegen Hausfriedensbruch<br>(Posttraumatische Belastungsstörung)..... | 5 |

#### Strafrecht

|      |   |    |
|------|---|----|
| BGH: | Geiselnahme und Raub<br>(Kausalitätsfragen).....  | 9  |
| BGH: | Beihilfe durch Einräumung einer Nutzungsmöglichkeit<br>(Erforderlichkeit positiven Wissens von der Straftat)..... | 13 |

#### Öffentliches Recht

|               |  |    |
|---------------|--|----|
| OVG Lüneburg: | Flüchtlingsunterkunft<br>(Zulässigkeit einer Grundstücksbeschlagnahme).....                      | 16 |
| OVG Münster:  | Straßenverkehrsrechtliche Erlaubnispflicht<br>(Nicht für Weihnachtsmarkt auf Privatgelände)..... | 21 |

#### Kurzauslese I

|               |   |    |
|---------------|---|----|
| BGH:          | Ausübung einer Verlängerungsoption durch Mieter<br>(Kein Verzicht auf Minderung und Schadensersatz).....                            | 24 |
| BVerfG:       | Keine Mithaftung des Ehegatten bei Getrenntleben<br>(Verletzung rechtlichen Gehörs bei Nichtbeachtung entsprechenden Vortrags)..... | 25 |
| BAG:          | Praktikum vor Berufsausbildung<br>(Keine Anrechnung auf Probezeit).....   | 26 |
| LG Stuttgart: | Instandhaltungspflicht des Vermieters<br>(Kein Austausch des verschlissenen Teppichbodens durch Laminat).....                       | 26 |
| BAG:          | Fluglotsenstreik<br>(Kein Schadensersatzanspruch drittbetroffener Fluggesellschaften).....  | 27 |
| BGH:          | Raubtypische Verknüpfung von Gewalt und Wegnahme<br>(Gewalt muss mehr als Begleiterscheinung sein).....                             | 27 |
| BGH:          | Schwerer Bandendiebstahl<br>(Abgrenzung zwischen konkludenter Bandenabrede und Mittäterschaft).....                                 | 28 |
| BGH:          | Amtshaftungsanspruch<br>(Mitverschulden bei rechtswidrig begünstigendem Verwaltungsakt).....  | 29 |
| OLG Koblenz:  | Badeunfälle<br>(Beweisregeln in Amtshaftungsfällen).....  | 30 |

**Zivilrecht**

|      |  |    |
|------|--|----|
| BGH: | Vollstreckungsabwehrklage<br>(Klage des Gesellschafters bei Titel gegen Gesellschaft)..... | 31 |
| BGH: | Vollstreckung eines Lieferanspruchs<br>(Gegenstand der Herausgabevollstreckung).....       | 34 |

**Strafrecht**

|         |  |    |
|---------|--|----|
| BVerfG: | Presserechtlicher Informantenschutz<br>(Durchsuchung und Beschlagnahme in Redaktionsräumen)..... | 37 |
| BGH:    | Widerruf einer Pflichtverteidigerbestellung<br>(Besorgnis der Befangenheit).....                 | 41 |

**Öffentliches Recht**

|              |   |    |
|--------------|---|----|
| OVG Weimar:  | Ersatzzwangshaft bei Gewerbeuntersagung<br>(Voraussetzungen für die Anordnung)..... | 44 |
| OVG Münster: | Bestattung im Wege der Ersatzvornahme<br>(Kostenpflicht der Angehörigen).....       | 47 |

**Kurzauslese II**

|                |   |    |
|----------------|---|----|
| BGH:           | Notwendige Streitgenossenschaft<br>(Widerruf von Prozesshandlungen).....                                | 51 |
| BGH:           | Anspruch auf Notarwahl<br>(Nicht bei von Partei verursachter Mandatsbeendigung).....                    | 51 |
| AG Kassel:     | Räumungstitel<br>(Vollstreckung gegen erwachsene Kinder des Mieters).....                               | 52 |
| OLG Frankfurt: | Strafklageverbrauch durch Strafbefehl<br>(„Zäsurwirkung“ bei Unterlassungsdelikten).....                | 52 |
| OLG Bremen:    | Nichtberücksichtigung von Verteidigerverhinderung<br>(Beschleunigungsverbot in Haftsachen).....         | 53 |
| BGH:           | Durchführung der Durchsuchung/Beschlagnahme<br>(Mitteilungspflichten gegenüber dem Betroffenen).....    | 54 |
| VGH Kassel:    | Berichtigung eines Vergleichstextes<br>(Kein Modifizierungsrecht des Gerichts).....                     | 55 |
| OVG Bautzen:   | Zugang schriftlicher Verwaltungsakte<br>(Zugangsfiktion unabhängig von melderechtlicher Situation)..... | 56 |

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

|  |    |
|--|----|
| <b>Übersicht:</b> Der Sofortvollzug..... | 60 |
|--|----|

**Aus der mündlichen Prüfung**

|                    |                         |    |
|--------------------|-------------------------|----|
| Referendarprüfung: | Zivilrecht.....         | 61 |
| Assessorprüfung:   | Öffentliches Recht..... | 62 |

## Brandaktuell

GG

### Bestimmtheit eines Owi-Tatbestandes

VerfR

Art. 103

### Sexuelle Handlungen mit Tieren

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 11/2016 vom 18.02.2016; Beschluss v. 08.12.2015 – 1 BvR 1864/14)

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen § 3 S.1 Nr. 13 des Tierschutzgesetzes (TierSchG), wonach es verboten ist, ein Tier für eigene sexuelle Handlungen zu nutzen oder für sexuelle Handlungen Dritter abzurichten oder zur Verfügung zu stellen und dadurch zu artwidrigem Verhalten zu zwingen. Verstöße können nach § 18 I Nr. 1 und IV TierSchG als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu fünfundzwanzigtausend Euro geahndet werden.

#### I. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot

Die angegriffenen Vorschriften könnten gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 II GG verstoßen, da der Ordnungswidrigkeitentatbestand unbestimmte Rechtsbegriffe enthält.

*„Der Tatbestand des § 3 S. 1 Nr. 13 TierSchG wird in doppelter Hinsicht durch die Merkmale der „sexuellen Handlung“ und des „Zwingers“ zu einem „artwidrigen Verhalten“ begrenzt. Diese **unbestimmten Gesetzesbegriffe** sind zwar weder im angegriffenen Tierschutzgesetz noch in der Gesetzesbegründung definiert. Sie sind aber **der näheren Deutung im Wege der Auslegung zugänglich**; die Bedeutung etwa des Begriffs des „Zwingers“ ergibt sich im Zusammenhang des Gesetzes in Abgrenzung zu einem bloßen „Abverlangen“ und setzt ein Verhalten voraus, welches mit der Anwendung von körperlicher Gewalt vergleichbar ist. Auch im Übrigen ist davon auszugehen, dass im Wesentlichen Einigkeit über den Bedeutungsgehalt der Begriffe besteht und sie in Anknüpfung an den Alltagssprachgebrauch durch die Gerichte weiter konkretisiert werden können.“* (BVerfG aaO.)

Die angegriffenen Vorschriften verstoßen nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG.

#### II. Verletzung des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Das BVerfG hat aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ein allgemeines Persönlichkeitsrecht entwickelt. Hierzu gehört als Unterfall auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Dieses Recht könnte durch die angegriffenen Vorschriften verletzt worden sein. Dies wird jedenfalls vom Beschwerdeführer gerügt.

*„Der Einzelne muss, soweit nicht in den **unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung** eingegriffen wird, staatliche Maßnahmen hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen Dritter unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots ergriffen werden. So liegt es hier.*

*Der **Schutz des Wohlbefindens von Tieren durch einen Schutz vor artwidrigen sexuellen Übergriffen** ist ein legitimes Ziel. Diesem in § 1 S. TierSchG zum Ausdruck kommenden Grundprinzip kommt nach Art. 20a GG Verfassungsrang zu. Es liegt im - grundsätzlich weiten - Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers, zum Wohlbefinden der Tiere und ihrer artgerechten Haltung auch den Schutz vor erzwungenen sexuellen Übergriffen zu rechnen.*

*Die vom Gesetzgeber getroffene Regelung ist auch im Übrigen **verhältnismäßig**. Insbesondere steht die Schwere des Eingriffs nicht außer Verhältnis zum erstrebten Erfolg. Zwar greift § 3 S. Nr. 13 TierSchG in die sexuelle Selbstbestimmung der Beschwerdeführer ein. Jedoch greift der Tatbestand nur, wenn das **Tier zu einem artwidrigen Verhalten gezwungen** wird. Zudem bedient sich der Gesetzgeber hier nicht des Strafrechts, sondern gestaltet die Norm als bloße Ordnungswidrigkeit aus, deren Verfolgung und Ahndung dem Opportunitätsprinzip (vgl. § 47 I 1 OwiG) folgt und damit im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde liegt.“* (BVerfG aaO.)

Die angegriffenen Vorschriften verletzen nicht das Grundrecht der Beschwerdeführer auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG)

## Entscheidungen materielles Recht

BGB

### Nichtabnahme eines Wohnmobils

ZivilR

§§ 280 I, III, 281

### Geltendmachung von Schadensersatz

(OLG Hamm in NJW-RR 2015, 1525; Urteil vom 27.08.2015 – 28 U 159/14)

1. Wird **nach eine Fahrzeugbestellung** wegen eines geänderten Preises für eine gewählte Ausstattungsvariante ein **höherer Preis** verlangt, so liegt eine Ablehnung des Angebotes des Käufers verbunden mit einem **neuen Angebot** vor.
2. Bei Fahrzeugbestellung wirksam einbezogene **Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten** dann auch bei Annahme des geänderten Angebots **fort**.
3. Ein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehener **pauschalierter Schadensersatz von 15 %** des Kaufpreises bei Möglichkeit des Nachweises eines geringeren Schadens durch den Käufer ist **mit § 309 Nr. 5 BGB zu vereinbaren**.
4. Der Verkauf eines Neufahrzeugs unter Inzahlungnahme eines Altfahrzeugs ist auch bei Abschluss von 2 Kaufverträgen als einheitlicher Vertrag anzusehen mit der Folge, dass neben dem pauschalierten Schadensersatz **nicht auch noch entgangener Gewinn wegen des Nichtankaufs des Altfahrzeugs** geltend gemacht werden kann.

**Fall:** Die Kl. macht gegen die Bekl. Schadensersatzansprüche wegen der Nichtabnahme eines neuen Wohnmobils geltend. Die Kl. handelt gewerblich mit Wohnmobilen. Herr L unterzeichnete ein Formular über die verbindliche Bestellung eines neuen Wohnmobils des französischen Herstellers U vom Typ D zum Preis von 40.795 €. In dem Bestellformular wurde auf die umseitigen Verkaufsbedingungen verwiesen, die folgende Klauseln enthielten:

*I. Vertragsabschluss ... Der Käufer ist an die Bestellung höchstens bis drei Wochen, bei Nutzfahrzeugen bis sechs Wochen gebunden. ... Der Kaufvertrag ist abgeschlossen, wenn der Verkäufer die Annahme der Bestellung des näher bezeichneten Kaufgegenstands innerhalb der jeweils genannten Fristen schriftlich bestätigt oder die Lieferung ausführt. ...*

*V. Abnahme. (1) Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufgegenstand innerhalb von 14 Tagen ab Zugang der Bereitstellungsanzeige abzunehmen.*

*(2) Im Falle der Nichtabnahme kann der Verkäufer von seinen gesetzlichen Rechten Gebrauch machen. Verlangt der Verkäufer Schadensersatz, so beträgt dieser 15 % des Kaufpreises. Der Schadensersatz ist höher oder niedriger anzusetzen, wenn der Verkäufer einen höheren Schaden nachweist oder der Käufer nachweist, dass ein geringerer oder überhaupt kein Schaden entstanden ist.“*

Ebenfalls am 01.09.2013 wurde ein Ankaufschein betreffend das bislang von Herrn L genutzte Wohnmobil vom Typ G ausgefüllt. In dem entsprechenden Formular wurde vereinbart, dass dieses Wohnmobil für 12.000 € an die Kl. verkauft wird. Die Zahlung des Kaufpreises sollte durch Anrechnung auf den Kaufpreis für das neue Wohnmobil erfolgen, so dass in dem für das neue Wohnmobil ausgefüllten Bestellschein nur die Zuzahlung von 28.795 € ausgewiesen wurde. Hinsichtlich dieser 28.795 € wurde Herr L über die Kl. ein Kreditvertrag bei der D-GmbH vermittelt. Im Nachgang zu der Bestellung setzte der Fahrzeughersteller die Kl. davon in Kenntnis, dass der bestellte Fahrzeugtyp nur noch mit Elektronischem Stabilitäts-Programm (ESP) ausgeliefert werde. Der Geschäftsführer der Kl. versuchte deshalb, sich mit Herrn L telefonisch in Verbindung zu setzen und einen Aufpreis von 400 € zu vereinbaren. Der Geschäftsführer erreichte Herrn L aber nicht und übersandte ihm deshalb ein Schreiben vom 27.09.2013, in dem es hieß: „Sehr geehrter Herr L, wir bestätigen Ihnen – das am 01.09.2013 auf der Messe in E. bestellte Reisemobil mit einer Änderung: zusätzlich ESP für 400 € (da alle Chassis nur mit ESP kommen). Habe mehrfach versucht Sie tel. zu erreichen... Wir bedanken uns nochmals für den Auftrag. Das Gesetz will es leider so, deshalb die Bestätigung per Einschreiben...“

Nach Erhalt dieses Schreibens kam es zu einer telefonischen Unterredung zwischen der Kl. und Herrn L, deren Inhalt streitig ist. Am 30.09.2013 bestellte die Kl. bei dem Hersteller das Wohnmobil zum Preis von netto 28.921,44 €. Am 20.10.2013 setzte die Kl. eine an Herrn L adressierte Fahrzeugrechnung auf, die sich einschließlich der Kosten für das ESP auf 41.195 € belief. Die Kl. vereinbarte mit Herrn L einen Abholungstermin auf den 04.11.2013. An diesem Tag begab Herr L sich mit seinem alten Wohnmobil von A. aus auf den Weg zur Kl. nach O. Herr L kam aber nicht bei der Kl. an, weil er auf der Fahrt einen Unfall erlitt, an dessen Folgen er am 09.11.2013 verstarb. Sein bisheriges Wohnmobil erlitt einen Totalschaden. Die Bekl. ist Alleinerbin ihres verstorbenen Ehemannes. Sie erfuhr erst im Krankenhaus von der Bestellung des neuen Wohnmobils. Am 27.11.2013 teilte die Bekl. der Kl. schriftlich mit, dass ihr Ehemann auf dem Weg zur Abholung des neuen Wohnmobils einen Unfall gehabt habe und verstorben sei. Sie selbst habe keine Verwendung für das Fahrzeug und auch keine Finanzierungsmöglichkeit. Aus diesem Grund bat sie, den Kaufvertrag wieder rückgängig zu machen. Den bereits erhaltenen Fahrzeugbrief und die zum Fahrzeug gehörenden Unterlagen sandte die Bekl. an die Kl. zurück. Am 22.12.2013 übersandte die Kl. der

Bekl. eine Rechnung, die sich auf 25 % der Kaufsumme, also auf 10.298,75 €, belief. Am 07.01.2014 ließ die Bekl. der Kl. durch Anwaltsschreiben mitteilen, dass ein Kaufvertrag nicht zu Stande gekommen sei, weil die Kl. die Bestellung nicht wie vertraglich vorgesehen bestätigt und innerhalb der Frist auch keine Auslieferung vorgenommen habe. Außerdem habe der Kaufvertrag unter der Bedingung der Finanzierung gestanden; diese Finanzierung sei aber nicht zu Stande gekommen. Am 16.01.2014 antwortete die Kl., dass sie das Angebot einer Einmalzahlung zurückziehe. Sie forderte die Bekl. auf, das bereits zugelassene Fahrzeug innerhalb von 14 Tagen – bis zum 03.02.2014 – abzuholen. Nachdem die Bekl. dem nicht nachkam, ließ die Kl. durch Anwaltsschreiben vom 25.03.2014 den Rücktritt vom Kaufvertrag erklären. Die Kl. ließ außerdem Schadensersatzansprüche i.H.v. 6.179,25 € (Mindereinnahmen wegen des neuen Wohnmobils) und 3.000 € (entgangener Erlös aus der Weiterveräußerung des gebrauchten Wohnmobils) geltend machen. Zu Recht?

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der Nichtabnahme des neuen Wohnmobils aus §§ 280 I, III, 281 BGB haben.

## I. Vorliegen eines Kaufvertrages

Ein Kaufvertrag setzt zwei Übereinstimmende Willenserklärungen voraus.

*„Das LG ist zu Recht davon ausgegangen, dass der **Kaufvertrag nicht durch Übersendung der Auftragsbestätigung** vom 27.09.2013 zu Stande kam. Diese Bestätigung enthielt wegen des Mehrpreises für das ESP eine inhaltliche Abänderung und ging auch erst nach Ablauf der 3-Wochen-Frist bei dem verstorbenen Ehemann der Bekl. ein, so dass es gem. § 150 BGB als **neues Angebot zum Abschluss des Kaufvertrags** anzusehen war (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 12. Aufl. 2014, Rn. 32f.). Ebenfalls ohne Rechtsfehler war die Schlussfolgerung des LG, dass der verstorbene Ehemann der Bekl. dieses **Angebot einschließlich der Zuzahlung von 400 € angenommen** haben muss, weil er ansonsten nicht die Zulassung des neuen Wohnmobils auf seinen Namen veranlasst und sich zum Austausch der Wohnmobile auf den Weg zur Kl. begeben hätte.“ (OLG Hamm aaO.)*

Ein Kaufvertrag ist daher zunächst geschlossen worden. Der Vertrag ist auch nicht durch Widerruf nachträglich wieder weggefallen.

*„Auf Grund der **persönlichen Anbahnung auf dem Messestand** lag einerseits kein widerrufliches Fernabsatzgeschäft i.S.d. § 312 b BGB a.F. vor. Und andererseits wurde auch hinsichtlich des vom Ehemann der Bekl. am 01.09.2013 unterzeichneten **Darlehensvertrags** nicht innerhalb der 14-tägigen Frist der §§ 495, 355 BGB ein sich auf den damit **verbundenen Kaufvertrag** auswirkender Widerruf erklärt.“ (OLG Hamm aaO.)*

## II. Pflichtverletzung

Es müsste auch eine sich aus dem Kaufvertrag ergebende Pflicht verletzt worden sein. Aufgrund des geschlossenen Kaufvertrages war der verstorbene Ehemann der Bekl. zur Abholung des Fahrzeugs und zur Kaufpreiszahlung verpflichtet. Dieser Verpflichtung ist er unfallbedingt nicht nachgekommen und hat hierdurch seine Pflicht verletzt.

## III. Erfolgloser Ablauf einer angemessenen Frist

Die Bekl. hat dies trotz der gem. § 281 I 1 BGB bis zum 03.02.2014 gesetzten Frist nicht nachgeholt.

Die Kl. kann daher Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Dem steht nach § 325 BGB auch nicht entgegen, dass sie vom Kaufvertrag nach § 323 I BGB zurückgetreten ist.

## IV. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen der Bekl. hinsichtlich der festgestellten Pflichtverletzung wird nach § 280 I 2 BGB vermutet. Zu ihrer Entlastung trägt die Bekl. nichts vor.

Deshalb konnte die Kl. am 25.03.2014 gem. § 323 I BGB vom Kaufvertrag zurücktreten und gem. § 325 BGB daneben Schadensersatz statt der Leistung verlangen (§ 281 BGB).

## V. Schaden

Es muss auch ein Schaden in der geltend gemachten Höhe entstanden sein.

### 1. Schadensersatz wegen Mindereinnahmen bei Veräußerung des nicht abgenommenen Wohnmobils

Die Verkaufsbedingungen der Kl. sah hier ein Schadensersatz in Höhe von 15 % des Kaufpreises, also von 6.179,25 €. vor.

#### a) Wirksame Einbeziehung der Verkaufsbedingungen

Fraglich ist jedoch, ob diese wirksam in den Vertrag einbezogen wurden. Hierbei handelt es sich i.S.d. § 305 BGB um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen. Sie waren auf dem Bestellschein vom 01.09.2013 aufgedruckt.

Aufgrund dieses Bestellscheins ist es jedoch letztlich nicht zum Vertragsschluss gekommen, sondern aufgrund der verspäteten und inhaltlich abweichenden Auftragsbestätigung vom 27.09.2013, die gem. § 150 BGB als neues Angebot anzusehen war.

*„Diese Auftragsbestätigung enthielt **keinen – erneuten – Hinweis** auf die beabsichtigte Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die auf der **Rückseite des Bestellscheins abgedruckt** waren. Darauf kommt es aber nicht an, denn nach § 305 II BGB müssen der Hinweis auf die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die **Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme „bei Vertragsschluss“ vorliegen**. Für den Vertragsschluss sind nicht nur die gewechselten Willenserklärungen als solche maßgeblich, sondern auch Vorfelderklärungen, die wesentliche Vertragsbestandteile beinhalten. So war auch im Streitfall das **ursprüngliche Bestellformular** für den Erwerb des Wohnmobils **nicht bedeutungslos**, sondern aus ihm gingen nach wie vor die Angaben zu dem Wohnmobil und der Kaufpreis hervor, der lediglich wegen des ESP im Nachhinein um 400 € angehoben wurde. Dementsprechend musste auch der in diesem Bestellformular enthaltene und vom Ehemann der Bekl. zur Kenntnis genommene Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht noch einmal wiederholt werden; dieser Hinweis wirkte vielmehr bis zum letztendlichen Vertragsschluss fort (Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 305 Rn. 101).“ (OLG Hamm aaO.)*

Die Verkaufsbedingungen wurden daher wirksam in den Vertrag mit einbezogen.

Da diese Verkaufsbedingungen eine Pauschalierung von Schadensersatz vorsehen, weichen sie nach § 307 III BGB daher von gesetzlichen Regelungen ab und unterliegen der Inhaltskontrolle.

Die **Pauschalierung von Schadensersatz** nach könnte gegen § 309 Nr. 5 BGB verstoßen.

*„Die in den Verkaufsbedingungen der Kl. vorgesehene Pauschalierung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichtabnahme war gem. § 309 Nr. 5 BGB zulässig, weil sie dem Käufer die Möglichkeit offenhielt, den **Nichteintritt des Schadens bzw. eine geringere Schadenshöhe nachzuweisen** (Reinking/Eggert, Der Autokauf, Rn. 369). Insbesondere wird bei Kauf eines Neufahrzeugs auch eine Schadenspauschale von 15 % des Kaufpreises **der Höhe nach für angemessen** erachtet (BGH, NJW 2012, 3230).“ (OLG Hamm aaO.)*

## b) Kein Nachweis eines geringeren Schadens

Die Bekl. hat nicht nachgewiesen, dass der Kl. kein oder nur ein geringerer Schaden entstanden ist.

## 2. Schadensersatz wegen Nichtankauf des Gebrauchtfahrzeugs

Ein darüber hinausgehender weiterer Schadensersatzanspruch wegen des unterbliebenen Ankaufs des gebrauchten Wohnmobils konnte der Kl. dagegen nicht zuerkannt werden.

*„Die Kl. kann aber neben der eingeklagten und vollumfänglich zuzusprechenden 15%igen Schadenspauschale von 6.179,25 € **nicht noch einen weiteren Anspruch** geltend machen, der i.S.d. § 285 BGB auf etwaige von der Bekl. erhaltene Ersatzleistungen für das gebrauchte Wohnmobil bezogen ist.*

*In der Konstellation des **Erwerbs eines Neufahrzeugs bei gleichzeitiger Inzahlunggabe des Altfahrzeugs** geht die Rechtsprechung von einem **einzigem einheitlichen Kaufvertrag** aus, bei dem der Käufer die Gelegenheit erhält, einen Teil des Kaufpreises durch Übereignung seines bisher genutzten Gebrauchtwagens zu ersetzen; diese Einheitlichkeit gilt auch dann, wenn – wie im Streitfall – zwei verschiedene Vertragsurkunden aufgesetzt werden (BGHZ 175, 286 = NJW 2008, 2028 Rn. 12; Senat, NJW-RR 2009, 1505 = NJW 2009, 3733 Ls.; Reinking/Eggert, Der Autokauf, Rn. 1494 ff.).*

*Nachdem die Kl. **von diesem einheitlichen Kaufvertrag** mit Erklärung vom 25.03.2014 **zurückgetreten** ist, ist bereits fraglich, woraus sich ein fortbestehender Anspruch der Kl. auf Übereignung und Übergabe des G-Wohnmobils ergeben soll, der wiederum Grundlage für den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz des stellvertretenden commodum wäre.*

*In jedem Fall wäre aber ein mit der unterbliebenen Hereinnahme des Gebrauchtfahrzeugs zusammenhängender wirtschaftlicher Nachteil der Kl. lediglich ein **Posten bei der Berechnung des konkreten Schadens**, der aus der Nichterfüllung des – einheitlichen – Kaufvertrags resultieren soll.*

*Einen solchen konkreten Schaden macht die Kl. aber gerade nicht geltend; sie verfolgt vielmehr stattdessen – mit Erfolg – den Anspruch auf Ersatz der in ihren Verkaufsbedingungen vorgesehenen Schadenspauschale. Eine doppelte Abrechnung sowohl des pauschaliereten als auch des konkreten Schadens ist ihr verwehrt.“ (OLG Hamm aaO.)*

(OLG Hamm in NJW-RR 2016, 91; Urteil vom 24.04.2015 – 7 U 30/14)

1. **Keine Haftung** für die behaupteten gesundheitlichen Folgen (posttraumatische Belastungsstörung) infolge eines **Hausfriedensbruchs** (Nebengebäude) und **kurzzeitiger Besitzentziehung** von Tieren (Hunden).
2. Ein infolge eines Hausfriedensbruchs **entstandener Gesundheitsschaden** wird nicht vom **Schutzzweck des § 123 StGB** erfasst. Die Besitzschutzvorschriften des BGB dienen nicht dem Schutz der körperlichen Integrität des Rechtsinhabers.
3. Keine Haftung für gesundheitliche Folgen **infolge psychisch vermittelter Kausalität**. Das Schadensereignis erreicht keine hinreichende Schwere und Intensität, als dass es einen **verständigen Anlass für psychische Reaktionen** bietet. Die begründete Sorge um das Wohlergehen der Tiere gehört zum allgemeinen Lebensrisiko.

**Fall:** Die Kl. bewohnt mit ihrem Ehemann und ihren drei Töchtern ein abgelegenes Gehöft in der Nähe von T., auf dem sie mehrere Jahre eine Hundezucht betrieb. Im Frühjahr 2011 suchte die Bekl. nach einer neuen Unterkunft für die Hündin T, da sie diese während ihrer Schwangerschaft vorübergehend nicht bei sich behalten konnte. Die Tante der Bekl. Y war zu diesem Zeitpunkt als Aushilfskraft bei der Kl. beschäftigt. Sie bot der Bekl. an, die Hündin mit zum Hof der Kl. zu nehmen. Am 05.04.2011 brachte die Tante der Bekl. die Hündin zu der Kl., die diese aus Mitleid bei sich aufnahm. Absprachen über die Dauer und die Kosten der Unterbringung des Tieres wurden dabei nicht getroffen. Die Jack Russell Hündin lebte in der Folgezeit bei der Kl. Sie fütterte die Hündin, ging mit ihr spazieren und erzog sie. Am 11.06.2011 warf die Hündin T drei Welpen, nachdem sie von einem Mopsrüden der Kl. gedeckt worden war. Die Kl. behandelte die Hündin und ihre Welpen mit Wurmkuren und kümmerte sich in der Folgezeit auch um die Welpen. Am Abend des 04.08.2011 war die Kl. mit ihren Töchtern allein auf ihrem Grundstück. Gegen 23 Uhr schlugen die auf dem Hof befindlichen Hunde an, unter anderem die Jack Russell Hündin. Zu diesem Zeitpunkt betrat die Bekl. das Grundstück der Kl. und nahm die Hündin T sowie deren Welpen mit. Die Kl., die sich im Wohnhaus befand, führte das Anschlagen der Hunde zunächst darauf zurück, dass möglicherweise Trecker mit Flutlicht auf den Feldern unterwegs waren, die sie zuvor gesehen hatte, als sie aus der Stadt nach Hause gekommen war. Sie schaltete die Alarmanlage mit Flutlicht ein. Auf der Überwachungskamera für den Hofeingangsbereich, welcher mit einem Tor gesichert ist, konnte die Kl. niemanden sehen. Sie begab sich nicht vor die Haustür, da es draußen bereits dunkel war und sich alle Hausbewohner in Nachtkleidung befanden. Am Morgen des 05.08.2011 entdeckte die Kl. gegen ca. 7.30 Uhr, dass die Hündin T mit ihren Welpen vom Grundstück verschwunden waren. Die Kl. verständigte die Polizei, erstattete Strafanzeige und stellte Strafantrag. In der Zeit vom 08.08.2011 bis zum 10.08.2011 suchten die Kl. und ihr Ehemann nach den Hunden. Ferner versandte die Kl. Suchplakate, schaltete das Lokalfernsehen ein und annoncierte Anzeigen, um die Hunde zu finden. Gegen die Bekl. wurde ein Strafbefehl erlassen, durch den sie wegen Hausfriedensbruchs zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je 10 € verurteilt wurde. Die Kl. begehrt Schmerzensgeld wegen eingetretener psychischer Erkrankungen.

#### I. Anspruch nach §§ 280 I, 242 II, 253 BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schmerzensgeld nach §§ 280 I, 242 II, 253 BGB haben.

##### 1. Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen den Parteien

Maßgeblich ist, ob die Kl. bei der Aufnahme der Hündin T mit Rechtsbindungswillen gehandelt hat.

*„Dabei handelte es sich **nicht um ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis**, das auf einem außerrechtlichen Geltungsgrund wie Freundschaft, Kollegialität oder Nachbarschaft beruht und keinen schuldrechtlichen Leistungsanspruch begründet (Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., Einl. v. § 241 Rn. 7; Staudinger/Reuter, BGB, Neubearb. 2006, § 688 Rn. 1). Entscheidend für den festzustellenden **Rechtsbindungswillen** ist dabei nicht der innere Wille; es kommt vielmehr darauf an, wie sich das **Verhalten der Beteiligten bei Würdigung aller Umstände** einem objektiven Betrachter darstellt. Zu würdigen sind die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Angelegenheit, vor allem für den Begünstigten, ferner Art, Grund und Zweck der Gefälligkeit sowie die Interessenlage. Eine vertragliche **Bindung** liegt nahe, wenn der Begünstigte sich **auf die Zusage verlässt** und für ihn **erhebliche Werte** auf dem Spiel stehen (Palandt/Grüneberg, Einl. v. § 241 Rn. 7; MüKo-BGB/Henssler, 6. Aufl. 2012, § 688 Rn. 6; BGH, NJW 2009, 1141 [1142]).*

*Gemessen hieran haben die Parteien einen Verwahrungsvertrag geschlossen. Zum Zeitpunkt der Inobhutnahme kannten die Parteien sich nicht, so dass die Kl. die Hündin T **nicht auf Grund einer freundschaftlichen Verbundenheit** aufnahm. Der Art nach handelte es sich um eine **unbefristete Inobhutnahme**, die jedenfalls nach der Vorstellung der Bekl. mindestens bis zum Ende ihrer Schwangerschaft und damit mehrere Monate andauern konnte. Der **wirtschaftliche Wert der Verwahrung** war für die Parteien nicht unerheblich; es handelte sich um eine erst ein bis eineinhalb Jahre alte reinrassige Hündin, die von den Parteien als*

temperamentvoll beschrieben wurde. Die Betreuung und Pflege eines solchen Tieres erfordert in zeitlicher und finanzieller Hinsicht einigen Aufwand. Dass **keine Vergütungsabrede** getroffen wurde, steht der Annahme eines Vertragsverhältnisses nicht entgegen, denn das Gesetz kennt, wie die Regelungen in §§ 689, 690 BGB zeigen, sowohl die entgeltliche als auch die **unentgeltliche Verwahrung**. Zu beachten sind auch die Konsequenzen der rechtlichen Einordnung der Absprache: Im Falle eines reinen Gefälligkeitsverhältnisses wären weder Erfüllungs- und Aufwendungsersatzansprüche entstanden noch eine unter §§ 241 II, 311 II Nr. 3 BGB fallende Sonderverbindung mit Rücksichts- und Schutzpflichten, denn der Gefällige haftet lediglich aus Delikt (Palandt/Grüneberg, Einl. v. § 241 BGB Rn. 8). Dies entsprach ersichtlich nicht der Interessenlage der Parteien und es kann nicht unterstellt werden, dass die Kl. angesichts der unbestimmten Dauer der Betreuung auf den Ersatz ihrer Aufwendungen verzichten wollte. Bei dem Abschluss des Verwahrungsvertrags wurde die Bekl. wirksam durch ihre Tante Y vertreten, § 164 ff. BGB. [wird ausgeführt]“ (OLG Hamm aaO.)

Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag erstreckte sich nach der Geburt der Welpen der Hündin T auch auf die Unterbringung und Versorgung der drei Welpen.

„Bei dem Verwahrungsvertrag handelt es sich um ein **Dauerschuldverhältnis**, auf Grund dessen die Kl. zur fortlaufenden Versorgung und Pflege der Hündin T verpflichtet war. Da die Hündin T die Welpen während der Laufzeit des Verwahrungsvertrags geworfen hat, war die Kl. im Rahmen dieses Dauerschuldverhältnisses nicht nur zur Verwahrung der Mutterhündin, sondern auch der zu ihr gehörenden Welpen verpflichtet, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Absprache bedurfte. Dies haben die Parteien ebenso gesehen, denn die Kl. hat die **Versorgung der Welpen ohne Weiteres übernommen**, ohne dass die Bekl. widersprochen oder die Herausgabe der Welpen gefordert hat. Ein derartiges Verständnis der Pflichten aus dem Verwahrungsvertrag entspricht auch dem mutmaßlichen Parteiwillen (§ 157 BGB), denn anderenfalls würden in Bezug auf die Welpen andere gesetzliche Regelungen gelten als in Bezug auf das Muttertier.“ (OLG Hamm aaO.)

Zwischen den Parteien bestand daher ein Schuldverhältnis.

## 2. Pflichtverletzung

Die Bekl. müsste eine sich aus dem Schuldverhältnis ergebende Pflicht verletzt haben.

„Zwar bestand zwischen den Parteien ein Verwahrungsvertrag, der durchaus die **Schutzpflicht** begründen kann, sich bei der **Abwicklung des Vertragsverhältnisses** so zu verhalten, dass Körper, Leben, Eigentum und sonstige Rechtsgüter des anderen **Teils nicht verletzt** werden (Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 28; § 242 Rn. 35). Die vertragliche Haftung aus § 280 BGB setzt allerdings voraus, dass die Rechtsgutsverletzung im Zusammenhang mit der durch die Sonderverbindung **erhöhten Einwirkungsmöglichkeit des Schuldners** steht (Palandt/Grüneberg, § 280 Rn. 28; MüKo-BGB/Ernst, § 280 Rn. 102; OLG Saarbrücken, NJW-RR 1995, 23 [24]). Für eine erweiterte Vertragshaftung ist aber dann kein Raum, wenn sich die **Rechtsgutsverletzung rein zufällig** ereignet, hierfür nicht die durch die vertragliche Sonderbeziehung begründete erhöhte Einwirkungsmöglichkeit des Vertragspartners ursächlich ist bzw. wenn sich nicht die mit der erhöhten Einwirkungsmöglichkeit typischerweise verbundene Gefahrerhöhung verwirklicht. In solchen Fällen besteht, ausgehend von dem die Einbeziehung der Schutzpflichten in den Bereich nebenvertraglicher Pflichten rechtfertigenden Grund, kein Anlass für eine entsprechende Haftungserweiterung. Die **Verhinderung derartiger Zufallsschäden ist nicht Sinn und Zweck** der sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Schutzpflichten; solche Schäden fallen vielmehr allein in den Haftungsbereich der allgemeinen deliktsrechtlichen Verkehrssicherungspflicht und des Haftpflichtgesetzes.“ (OLG Hamm aaO.)

Im vorliegenden Fall ergab sich aus der Vertragsdurchführung keine besondere Einwirkungsmöglichkeit der Bekl. auf Rechtsgüter der Kl.

„Die Bekl. ist vielmehr zur Nachtzeit auf das Grundstück der Kl. eingedrungen, wie es auch ein an dem Verwahrungsvertrag nicht beteiligter Dritter hätte tun können. Die vorliegend in Rede stehende **Gesundheit und körperliche Integrität** der Kl. gehören auch nicht zu den Rechtsgütern, die typischerweise auf Grund einer erhöhten Einwirkungsmöglichkeit **im Rahmen eines Verwahrungsvertrags einer besonderen Gefahr** ausgesetzt sind. Insofern besteht keine Rechtfertigung, die Kl. in Bezug auf die behaupteten Gesundheitsschäden durch Anwendung vertraglicher Anspruchsgrundlagen besserzustellen als dies bei einer rein deliktischen Haftung der Fall wäre.“ (OLG Hamm aaO.)

Die Kl. hat damit keinen Anspruch auf Schmerzensgeld nach §§ 280 I, 242 II, 253 BGB.

## II. Anspruch nach § 823 II BGB i.V.m. § 123 StGB, § 253 BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 823 II BGB i.V.m. § 123 StGB, § 253 BGB haben.

### 1. Vorliegen eines Schutzgesetzes

§ 123 StGB ist als Schutzgesetz anzusehen, wenn die Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers zumindest auch den Schutz des Einzelnen bezweckt und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen wurde. § 123 StGB schützt den Inhaber der tatsächlichen Gewalt eines befriedeten Besitztum vor unbefugten Eindringen und dient damit ohne weiteres auch dem Schutz des Einzelnen.

## 2. Verstoß gegen ein Schutzgesetz

Der Schädiger muss die **objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen** des Schutzgesetzes erfüllt. Bei Strafgesetzen müssen Tatbestand und Rechtswidrigkeit gegeben sein. Die Bekl. hat den Tatbestand des § 823 II BGB i.V.m. § 123 StGB rechtswidrig und schuldhaft erfüllt, indem sie zur Nachtzeit den befriedeten Besitz der Kl. betreten hat.

## 3. Kausalität

*„[Die] Entwicklung einer posttraumatischen Belastungsstörung durch das Opfer eines Hausfriedensbruchs [liegt] nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit und kann daher adäquat kausal sein.“* (OLG Hamm aaO.)

Zur Kausalität eines nach Verstoß gegen ein Schutzgesetz eingetretenen Schadens gehört es auch, dass der Schaden in den **Schutzbereich der verletzten Norm** fällt.

### a) Persönlicher Schutzbereich

Der Geschädigte muss zum geschützten Personenkreis gehören. § 123 StGB schützt den Inhaber der tatsächlichen Gewalt eines befriedeten Besitztums, so dass die Kl. zum geschützten Personenkreis gehört.

### b) Sachlicher Schutzbereich

Der geltend gemachte Schaden muss in den Bereich der Schäden fallen, zu deren Abwendung das Gesetz erlassen wurde.

*„Geschütztes Rechtsgut **ist nach herrschender Meinung** in § 123 StGB das **Hausrecht**, d.h. die Freiheit der Entscheidung darüber, wer sich innerhalb eines bestimmten geschützten Bereichs aufhalten darf und wer nicht. Es ist ein **persönliches Rechtsgut eigener Art** und verleiht seinem Inhaber die Befugnis, andere von der Anwesenheit in diesen Räumlichkeiten auszuschließen (OLG Hamm, NJW 1982, 2676). Die **körperliche Integrität** des Inhabers des Hausrechts kann jedoch **nicht Schutzgut dieser Vorschrift** sein. Zwar wäre es denkbar, den Schutzbereich des § 123 StGB unter Berücksichtigung der Funktion der Wohnung zu bestimmen, die dem Einzelnen – durch Art. 13 I GG grundrechtlich gewährleistet – im Hinblick auf seine **Menschenwürde** und **im Interesse der freien Entfaltung der Persönlichkeit** einen elementaren Lebensraum gewährleistet, in dem er das Recht hat, in Ruhe gelassen zu werden (BVerfGE 103, 142 = NJW 2001, 1121). Allerdings wird das durch § 123 StGB geschützte **Hausrecht** von der herrschenden Meinung **rein formal definiert**.*

*Dann verbietet es sich aber auch, die Schutzrichtung der Vorschrift auf solche Rechtsgüter auszudehnen, die erst durch die vom Inhaber des Hausrechts zugewiesene individuelle Zweckbestimmung in deren Schutzbereich gelangen können. Bei der Ausdehnung auf solche Rechtsgüter wie die körperliche Integrität würde es sich nicht um einen vom Gesetzgeber gewünschten Gesetzeszweck, sondern um eine **bloße Reflexwirkung des Gesetzes** handeln. Hierfür spricht auch die systematische Stellung der Vorschrift, die den **Straftaten gegen die öffentliche Ordnung** zugeordnet ist.“* (OLG Hamm aaO.)

## III. Anspruch auf Schmerzensgeld nach §§ 823 II, 861, 253 BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schmerzensgeld nach §§ 823 II, 861, 253 BGB haben.

Auch bei dem Schutz gegen Besitzentziehung handelt es sich um ein privatnütziges Schutzgesetz, gegen welches die Bekl. Vorsätzlich und rechtswidrig verstoßen hat. Auch hier besteht jedoch der Schutzzweckzusammenhang nicht.

*„Gleiches gilt für die dem **Schutz des Besitzrechts** an den Hunden dienenden Vorschriften des BGB, die **nicht** auf den **Schutz der körperlichen Integrität** des Besitzenden abzielen und daher zur Begründung einer Haftung für sekundäre Gesundheitsschäden ebenfalls ausscheiden.“* (OLG Hamm aaO.)

## IV. Anspruch auf Schmerzensgeld nach §§ 823 I, 253 BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schmerzensgeld nach §§ 823 I, 253 BGB haben.

### 1. Rechtsgutverletzung

Dann müsste ein von § 823 I BGB geschütztes Rechtsgut verletzt worden sein. Die hier betroffene Gesundheit ist ein solches.

*„[Die] Kl. [hat] ärztliche Unterlagen vorgelegt, aus denen sich ergibt, dass sie eine **posttraumatische Belastungsstörung** erlitten hat. Bei den hierdurch verursachten Beeinträchtigungen dürfte es sich um **echte Gesundheitsbeschädigungen** handeln, die grundsätzlich geeignet sind, eine Rechtsgutsverletzung gem. § 823 I BGB und damit eine Haftung zu begründen (BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425 = NZV 1996, 353).“* (OLG Hamm aaO.)

## 2. Verletzungshandlung

Verletzungshandlungen sind hier das Eindringen auf das Grundstück der Kl. und die Wegnahme des Hundes.

## 3. Haftungsbegründende Kausalität

Es müsste aber auch eine haftungsbegründende Kausalität zwischen den Verletzungshandlungen und der Verletzung des geschützten Rechtsguts feststellbar sein. Eine unmittelbare Einwirkung auf die Gesundheit der Kl. lag nicht vor. Allerdings könnten hier die Voraussetzungen für die Zurechnung einer **psychisch vermittelten Kausalität**, die nach der ständigen Rechtsprechung des BGH Einschränkungen unterliegt (BGH, NJW 1976, 1143 [1144], vorliegen.

*„Allerdings setzt eine Haftung für Folgen eines Erlebnisses, die sich **ohne organische Primärverletzung** allein auf Grund dieses Erlebnisses und in Folge psychisch vermittelter Kausalität entwickeln, ein **Ereignis von hinreichender Schwere und Intensität** voraus, das einen **verständlichen Anlass für psychische Reaktionen** bietet (Geigel/Plagemann, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl. 2011, 6. Kap. Rn. 8; OLG Hamm, r + s 2001, 62; Urt. v. 02.04.2001 – 13 U 148/00, BeckRS 2001, 30172248).“* (OLG Hamm aaO.)

Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall von einer Nachvollziehbarkeit der eingetretenen posttraumatischen Belastungsstörung wegen der Schwere und Intensität des stattgefundenen Ereignisses ausgegangen werden kann.

*„Nach Auffassung des Senats fehlt es bei der Gesamtschau der vorgetragene Umstände an einem Ereignis hinreichender Schwere und Intensität. Zwar war die Kl. auf Grund des eigenmächtigen Verhaltens der Bekl. in Sorge um ihre Hunde. [Sie hat] das Verschwinden der Hunde [aber] nicht in der Nacht vom 04. auf den 05.08.2011, sondern erst am nächsten Morgen bemerkt ...und [hat] ihre eigene Hündin H und deren Welpen bereits wenige Tage danach zurückerhalten. Die **begründete Sorge um das Wohlergehen der Tiere** wäre aber auch aus Rechtsgründen **nicht geeignet**, die haftungsbegründende Kausalität herzustellen. Nach der Entscheidung des VI. Zivilsenats des BGH vom 20.03.2012 (BGH NJW 2012, 1730) kommt eine Ausdehnung der Rechtsprechung zu Schockschäden auf psychisch vermittelte Gesundheitsbeeinträchtigungen bei der Verletzung oder Tötung von Tieren nicht in Betracht. Derartige Beeinträchtigungen gehören zum **allgemeinen Lebensrisiko** und können daher keine Ansprüche des Tierhalters begründen. Dies gilt nach Auffassung des Senats in gleicher Weise für die in Folge einer Besitzentziehung erlittenen Gesundheitsbeeinträchtigungen. Auch die Tatsache, dass die Bekl. ... in das befriedete Besitztum der Kl. eingedrungen ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung, denn hierdurch wird dem Vorgang kein völlig anderes Gepräge gegeben. Zu beachten ist, dass die Bekl. hierbei **nicht in die Wohnung** und damit in den durch Art. 13 GG besonders geschützten Intimbereich **eingegriffen** hat. Eine konkrete Gefahr der Konfrontation mit einem Eindringling bestand zu keinem Zeitpunkt, nicht zuletzt, weil die Kl. sich trotz des Anschlagens ihrer Hunde weder veranlasst sah, das Haus zu verlassen, noch die Polizei zu verständigen.“* (OLG Hamm aaO.)

Da es sich bei dem eingetretenen Gesundheitsschaden um eine so genannte **Primärverletzung** handelt, müsste sich zudem muss sich das **Verschulden der Bekl.** auch auf diese mögliche **Auswirkung ihres Handelns** erstrecken (BGH, NJW 1976, 1143).

*„Verschulden setzt **Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolgs** voraus. Geht es wie hier um einen haftungsbegründenden Gesundheitsschaden, so ist ein **psychisch vermittelter Gesundheitsschaden** haftungsrechtlich nur zurechenbar, wenn er vorhersehbar ist; ein nicht vorhersehbarer Gesundheitsschaden kann hingegen nur zugerechnet werden, wenn er sich als schadensausfüllende Folgewirkung einer anderweitigen, ihrerseits verschuldeten Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung darstellt. Die **Vorhersehbarkeit** ist dabei **nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen**, der sich an der Erfahrung des täglichen Lebens orientiert. Ausreichend ist, dass eine Schädigung überhaupt vorhersehbar ist, während es der Vorhersehbarkeit des konkreten Kausalverlaufs und der konkret eingetretenen Verletzungsfolge nicht bedarf (BGH NJW 1996, 2425; OLG Köln, NJW 2007, 1757). Gemessen hieran fehlt es an der Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts. Die Entwicklung einer posttraumatischen Belastungsstörung mit langanhaltender Arbeitsunfähigkeit nach einem unbefugten Eindringen in Nebengebäude eines Bauernhofs und der Wegnahme von Tieren ist für den Schädiger nicht voraussehbar. Anders mag dies sein bei dem Betreten einer Wohnung, in der der Geschädigte sich aufhält, so dass er eine unmittelbare Konfrontation mit einem Einbrecher fürchten muss bzw. eine solche Konfrontation sogar erlebt. Die Kl. selbst hat jedenfalls in der Nacht vom 04. auf den 05.08.2011 offensichtlich keinen Anlass gesehen, die Polizei zu verständigen oder andere Maßnahmen einzuleiten.“* (OLG Hamm aaO.)

Die Kl. hat damit gegen die Bekl. keinen Anspruch auf Schmerzensgeld nach §§ 823 I, 253 BGB haben.

(BGH in StV 2015, 765; Urteil vom 12.02.2015 – 1 StR 444/14)

1. Bei der Geiselnahme muss zwischen der Entführung und der beabsichtigten Nötigung r ein **funktionaler und zeitlicher Zusammenhang** derart bestehen, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Entführung nötigen will und die **abgenötigte Handlung während der Dauer der Zwangslage** vorgenommen werden soll. Soll die Handlung erst danach erfolgen, fehlt der erforderliche Zusammenhang.
2. Beim Raub müssen **Gewalt oder Drohung Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme** sein. Eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen, also durch schlüssiges Verhalten oder mit unbestimmten Andeutungen in versteckter Weise, die ein Übel für das Opfer erkennbar ankündigen.
3. Erforderlich ist, dass der Täter die **Gefahr für Leib oder Leben deutlich in Aussicht stellt**, sie also durch ein bestimmtes Verhalten genügend erkennbar macht; es genügt nicht, wenn der andere nur erwartet, der Täter werde ihm ein empfindliches Übel zufügen.
4. Nutzt der Täter hingegen die durch die vorangegangene Gewaltanwendung entstandene **Angst und Einschüchterung des Opfers** nur aus, ohne diese durch eine ausdrückliche oder konkludente Drohung zu aktualisieren, fehlt es an der erforderlichen Finalität.
5. Das **bloße Mitsichführen** des gefährlichen Werkzeugs ist noch kein „Einsetzen“ im Sinne des § 250 II Nr. 1 StGB und zwar grundsätzlich auch dann nicht, wenn es **offen** erfolgt. Vielmehr muss mit seinem Einsatz gedroht werden und diese Drohung vom Geschädigten auch als solche wahrgenommen werden.

**Fall:** Nach den Feststellungen des LG veräußerte und übergab der am 05.11.1991 geborene Angekl. R. zwischen Mai 2012 und Januar 2013 dem anderweitig verfolgten, geschädigten Z. zu unterschiedlichen Zeitpunkten größere Mengen Amphetamin-Gemisch auf Kommission. Z. wurde verhaftet und in U-Haft genommen. Der Angekl. R. befürchtete, dass ihn der anderweitig Verfolgte Z. in einer polizeilichen Vernehmung belastet hatte. Nach dessen Entlassung aus der U-Haft beschloss R. Geschädigten zur Rede zu stellen, ihn gegen seinen Willen im Auto festzuhalten und massiv einzuschüchtern, um so dessen Aussage bei der Polizei zu erfahren. Zugleich strebte er eine ihm zu diesem Zeitpunkt noch nicht klare Lösung für das Problem an, das er wegen der Aussage des Geschädigten zu haben glaubte. Er lauterte dem Geschädigten gemeinsam mit dem anderweitig verfolgten E. mit seinem Pkw auf und bedeutete ihm in unfreundlichem Ton, man müsse reden und fasste ihn an der Schulter, um ihn so dazu zu bewegen, in das parkende Auto einzusteigen. Der Geschädigte wagte es nicht, sich zu wehren und stieg ein. Er führte eine Tasche mit einem Apple MacBook und einem MIDI Controller im Gesamtwert von etwa 600 bis 930 € mit sich. Er nahm auf der Rückbank hinter dem Fahrer R. Platz; der gesondert verfolgte E. setzte sich rechts neben ihn. Dann fuhr der Angekl. R. los. Auf einem Autobahnrastplatz hielt er an und setzte sich links neben den Geschädigten auf die Rückbank. Dieser saß nun zwischen den beiden Angekl. und dachte sich, dass es ihnen um seine Aussage bei der Polizei gehen würde. Der Angekl. R. sagte zu dem Geschädigten, er habe allen Grund, Angst zu haben. Darauf teilte der Geschädigte den Angekl. mit, er habe der Polizei R. als Hintermann seiner Drogenkäufe benannt, und schilderte ihnen seine Aussage. Er befürchtete, den Angekl. könne nun in den Sinn kommen, ihn umzubringen, um die Aussage ungeschehen zu machen, und hatte Todesangst. Er bot den Angekl. an, seine Aussage zurückzunehmen. Der Angekl. R. gab nun vor, außerhalb des Autos mit seinen Hintermännern telefonieren zu müssen. Dann teilte er dem Geschädigten mit, dass eine Rücknahme der Aussage nicht möglich sei, die Hintermänner ihn jetzt abholen und ins Ausland verbringen würden. Ob sie ihn dort umbringen würden, wisse er nicht. Als der Geschädigte austreten musste, bewachte ihn der Angekl. R. und sagte ihm, wenn er weglaufen sollte, sei er tot.

Der Angekl. R. holte im Verlauf des Gesprächs im Auto ein Elektroimpulsgerät aus seiner Jackentasche heraus und schoss dem Geschädigten zweimal in den Hals. Hierdurch erlitt dieser erhebliche Schmerzen und Krämpfe. Das hatte der Angekl. R. auch gewusst und gewollt. Der Geschädigte befand sich weiterhin in Todesangst und versuchte erneut, die Angekl. davon zu überzeugen, dass er die Aussage bei der Polizei zurücknehmen werde.

Der Angekl. R. stieg nun abermals aus dem Pkw aus und telefonierte wiederum fiktiv mit etwaigen Hintermännern. Danach forderte er den Geschädigten auf, ihm ein Angebot zu machen, er würde die Sache dann abblasen. Die Angekl. und der Geschädigte kamen daraufhin überein, dass der Geschädigte seine Aussage bei der Polizei ändern und angeben werde, dass er den Angekl. R. fälschlich beschuldigt habe. Nachdem sie auch Namen von alternativ zu benennenden Hintermännern besprochen hatten, setzte der Angekl. R. die Fahrt fort.

Während der Rückfahrt beschloss er, dem Geschädigten das elektronische Gerät, das dieser bei sich hatte, als Ausgleich für noch offene Kommissionsschulden und etwaige zukünftige Anwaltskosten wegzunehmen. Dass er

auf die Gegenstände keinen Anspruch hatte, wusste er. Unter Ausnutzung der von ihm erkannten, massiven Einschüchterung und Angst des Geschädigten verlangte er am Ende der Fahrt die Herausgabe des in der Tasche befindlichen MacBooks und des MIDI Controllers. Er sagte dem Geschädigten, das sei »für die Anwaltskosten«. Der Geschädigte wollte ihm diese Gegenstände zwar nicht geben, duldete aber unter dem Eindruck des kurz zuvor erfolgten Einsatzes des Elektroschockers und der Todesdrohungen die Wegnahme der Tasche und die Herausnahme der Gegenstände. Er wollte nur mit dem Leben davon kommen und befürchtete den Einsatz weiterer Gewalt.

Wie hat R sich strafbar gemacht?

## I. Strafbarkeit des R wegen Geiselnahme nach § 239b I StGB

Indem R den Geschädigten zwang, in sein Auto zu steigen und ihn bedrohte, um ihn zur Rücknahme seiner Aussage bei der Polizei zu zwingen, könnte er sich wegen Geiselnahme nach § 239b StGB strafbar gemacht haben.

Eine Geiselnahme begeht, wer einen Menschen **entführt** oder sich eines Menschen **bemächtigt**, um ihn oder einen Dritten durch die Drohung mit dem Tod oder einer schweren Körperverletzung (§ 226 StGB) des Opfers oder mit dessen Freiheitsentziehung von über einer Woche Dauer **zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen**, oder wer die von ihm durch eine solche Handlung geschaffene Lage eines Menschen zu einer solchen Nötigung ausnutzt.

„Zwar haben die Angekl. den Geschädigten **entführt**, sich seiner **bemächtigt** und ihn **eingeschüchtert**. Er teilte deshalb auch von sich aus den Inhalt seiner Aussage vor der Polizei mit und bot noch vor der ersten Todesdrohung an, seine Aussage zurückzunehmen. Nach den Todesdrohungen versuchte er erneut, die Angekl. zu überzeugen, dass er die Aussage zurücknehmen werde und einigte sich schließlich mit ihnen darauf, die R. belastende Aussage bei der Polizei abzuändern und anzugeben, er habe diesen fälschlich beschuldigt, wobei nun andere als Hintermänner benannt werden sollten.“ (BGH aaO.)

Allerdings müsste zwischen der Entführung des Geschädigten und der gewünschten Handlung, ein **Kausalzusammenhang** dergestalt bestehen, dass die Entführung erfolgte, um den Geschädigten zur der Handlung, hier dem Widerruf der Aussage, zu nötigen.

„Zwischen der Entführung und der beabsichtigten Nötigung muss aber ein **funktionaler und zeitlicher Zusammenhang** derart bestehen, dass der Täter das Opfer **während der Dauer der Entführung nötigen will** und die **abgenötigte Handlung während der Dauer der Zwangslage** vorgenommen werden soll (BGH, Beschl. v. 22.11.1994 – GSSt 1/94, BGHSt 40, 350 [355]; BGH, Ur. v. 20.09.2005 – 1 StR 86/05, NStZ 2006, 36 f. [= StV 2006, 17]; BGH, Beschl. v. 12.09.2013 – 2 StR 236/13, StV 2014, 218). Hier verfolgten die Angekl. aber die Absicht, den Geschädigten durch Entführung und qualifizierte Drohung dazu zu bestimmen, erst **nach Beendigung der Zwangslage** den Angekl. R. bei der Polizei zu entlasten.“ (BGH aaO.)

Der erforderliche finale Zusammenhang könnte jedoch dann bestehen, wenn die Nötigung über die bloße **Absichtserklärung** des Geschädigten hinaus noch während ihrer Aufrechterhaltung zu einem **Teilerfolg** führt.

„[Auch] das Erreichen eines Teilerfolges des Täters, der ein weitergehendes Ziel vorbereitet, [kann] eine Nötigung darstellen (BGH, Ur. v. 14.01.1997 – 1 StR 507/96, NJW 1997, 1082 f. [= StV 1997, 304]; und v. 20.09.2005 – 1 StR 86/05, NStZ 2006, 36 f. [= StV 2006, 17]), wenn die Handlung des Opfers eine nach der Vorstellung des Täters **eigenständig bedeutsame Vorstufe** des gewollten Enderfolgs ist (BGH, Ur. v. 14.01.1997 – 1 StR 507/96, NJW 1997, 1082 f.; und v. 20.09.2005 – 1 StR 86/05, NStZ 2006, 36 f.).

Eine solche **eigenständig bedeutsame Vorstufe** in Gestalt einer gesteigerten Verbindlichkeit scheidet anhand der getroffenen Feststellungen aber aus. Den Urteilsgründen lässt sich nicht entnehmen, die Angekl. seien davon ausgegangen, dass sie bereits während der Bemächtigungssituation erreichen konnten, dass der Geschädigte sich zu diesem Zeitpunkt **verlässlich und endgültig zur Rücknahme** der den Angekl. R. belastenden Aussage und der Beschuldigung Dritter **verpflichtet**. Angesichts dessen, dass sie zu Beginn des Tatgeschehens keine klare Vorstellung darüber hatten, wie sie das durch die belastende Aussage entstandene Problem des Angekl. R. lösen könnten, liegt es fern, dass nach ihrer Vorstellung die Zusage eine **eigenständig bedeutsame Vorstufe** des gewollten Enderfolgs sein sollte. Die Zusage verbesserte die Beweislage für den Angekl. R. und seine Position als Besch. im Ermittlungsverfahren nicht. Sie enthielt **keine verbindliche Erklärung über das zukünftige Aussageverhalten des Geschädigten**, aus der er irgendeinen rechtlichen Nutzen ziehen könnte. Dem Geschädigten wurde auch nicht abverlangt, seine entlastende Aussage schriftlich niederzulegen, Hintermänner zu belasten und seine Erklärung zu unterschreiben. Zudem erklärte der Geschädigte seine Bereitschaft, die Aussage zurückzunehmen, bereits vor der ersten Drohung mit dem Tode.“ (BGH aaO.)

R ist daher nicht wegen Geiselnahme nach § 239b StGB strafbar.

## II. Strafbarkeit des R wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a StGB

Indem R dem Geschädigten am Ende der Rückfahrt dessen MacBook und den MIDI Controller wegnahm, könnte er einen schweren Raub nach §§ 249 I, 250 I Nr. 1a StGB begangen haben.

Nach § 249 I StGB wird derjenige bestraft, der mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

R hat ohne weiteres eine fremde bewegliche Sache dem Geschädigten als Berechtigten mit Zueignungsabsicht weggenommen.

„Gewalt oder Drohung müssen dabei **Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme** sein (vgl. BGH, Urt. v. 15.10.2003 – 2 StR 283/03, BGHSt 48, 365 [367] [= StV 2004, 378]). Eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen (BGH, Urt. v. 08.05.2008 – 3 StR 102/08, NStZ 2008, 687), also durch schlüssiges Verhalten oder mit unbestimmten Andeutungen in versteckter Weise, die ein Übel für das Opfer erkennbar ankündigen. Erforderlich ist, dass der Täter die **Gefahr für Leib oder Leben deutlich in Aussicht stellt**, sie also durch ein bestimmtes Verhalten genügend erkennbar macht; es genügt nicht, wenn der andere nur erwartet, der Täter werde ihm ein empfindliches Übel zufügen (BGH, Urt. v. 17.03.1955 – 4 StR 8/55, BGHSt 7, 252 [253]).“ (BGH aaO.)

Wurde schon vor der Wegnahme Gewalt angewendet, so kommt es darauf an, ob konkludent mit der Fortführung der Gewalt gedroht wurde.

„Die konkludente Drohung mit Fortführung der Gewalt setzt also voraus, dass sich den Gesamtumständen einschließlich der zuvor verübten Gewalt die aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung entnehmen lässt, der Täter also in irgendeiner Form schlüssig erklärt, er werde einen eventuell geleisteten Widerstand mit Gewalt gegen Leib oder Leben brechen. Nur dann wirkt **die zuvor verübte Gewalt als aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung** weiter. Nutzt der Täter hingegen die durch die vorangegangene Gewaltanwendung entstandene **Angst und Einschüchterung des Opfers** nur aus, ohne diese durch eine ausdrückliche oder konkludente Drohung zu aktualisieren, fehlt es an der erforderlichen Finalität (vgl. BGH, Beschl. v. 07.09.1994 – 2 StR 431/94, StV 1995, 416 m.w.N.; MüKo-StGB/Sander, 2. Aufl. 2012, § 249 Rn. 31). Ein Schuldspruch wegen Raubes scheidet aus.“ (BGH aaO.)

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob die Anwendung des Elektroimpulsgerätes, die zunächst nicht mit dem Ziel, dem Geschädigten etwas wegzunehmen erfolgt ist, noch in diesem Sinne fortwirkte, als R seinen Wegnahmeentschluss fasste.

„Eine Äußerung oder sonstige Handlung des Angekl. vor der Wegnahme, die eine auch nur **konkludente Drohung mit weiterer Gewalt** nach dem Fassen des Wegnahmeentschlusses beinhaltet, ist **nicht festgestellt**. Das LG führt lediglich aus, dass die »Bemächtigungssituation und die Nötigung mit der Zielrichtung der Rücknahme der Aussage« beendet war und der Angekl. R. das Herausgabeverlangen mit der Bemerkung erläuterte, das sei »für die Anwaltskosten«. Ob darin ein vom Angekl. gewollter Erklärungsinhalt i.S.e. **versteckten Andeutung der Androhung erneuter Gewaltanwendung** mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Erzwingung der Wegnahme liegt und ob der Geschädigte dies dann auch so verstanden hat, lässt das Urt. offen. Allein der Umstand, dass die **Wirkungen eines** ohne Wegnahmeentschluss **eingesetzten Nötigungsmittels noch andauern** und der Täter dies ausnutzt, genügt für die Annahme eines Raubes nicht.“ (BGH aaO.)

Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen ist daher eine Verurteilung wegen Raubes nach §§ 249, 250 I Nr. 1a StGB nicht möglich.

## III. Strafbarkeit wegen besonders schweren Raubes nach §§ 249, 250 II Nr. 1 StGB

Sollte allerdings eine Finalität zwischen Gewaltandrohung und Wegnahmehandlung festzustellen sein, so könnte sich R auch nach §§ 249, 250 II Nr. 1 StGB wegen besonders schweren Raubes strafbar gemacht haben, da er das Elektroimpulsgerät nicht nur mitgeführt.

„Das Elektroimpulsgerät ist ein **gefährliches Werkzeug** (BGH, Beschl. v. 11.11.2003 – 3 StR 345/03, NStZ-RR 2004, 169 [= StV 2004, 380]). Ein anderes gefährliches Werkzeug wird nur dann gem. § 250 II Nr. 1 StGB bei der Tat verwendet, wenn es der Täter **als Raubmittel zweckgerichtet einsetzt** und das Opfer die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben mittels des gefährlichen Werkzeugs wahrnimmt und somit in die entsprechende **qualifizierte Zwangslage** versetzt wird (BGH, Beschl. v. 08.11.2011 – 3 StR 316/11, StV 2012, 153 m.w.N.). Dabei setzt (vollendetes) Verwenden zur Drohung voraus, dass das Opfer **das Nötigungsmittel als solches erkennt** und die **Androhung seines Einsatzes wahrnimmt**. Die Äußerung der Drohung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Die konkludente Drohung erfordert, dass nach ihrem Erklärungsinhalt mit dem Einsatz des gefährlichen Werkzeugs gedroht wird. Dies gilt auch dann, wenn das gefährliche Werkzeug bereits in anderem Zusammenhang gebraucht worden ist (BGH, Urt. v. 15.10.2003 – 2 StR 283/03, BGHSt 48, 365 [367] [= StV 2004, 378]).“ (BGH aaO.)

Hierzu reicht das **bloße Mitsichführen** des gefährlichen Werkzeugs und zwar grundsätzlich auch dann nicht, wenn es **offen** erfolgt (BGH, Urt. v. 08.05.2008 – 3 StR 102/08, StV 2008, 470; und v. 18.02.2010 – 3 StR 556/09, NStZ 2011, 158 [159] [= StV 2010, 628]; BGH, Beschl. v. 08.05.2012 – 3 StR 98/12, NStZ 2013, 37 [= StV 2013, 444]). Die Annahme eines besonders schweren Raubes nach § 250 II Nr. 1 StGB setzt hier also voraus, dass der Angekl. **konkludent mit dem erneuten Einsatz des Elektroschockgeräts gedroht** hat, sich dieser konkludenten Drohung auch **bewusst** war und den Geschädigten dadurch veranlassen wollte, die Wegnahme zu dulden. Der **Geschädigte** wiederum muss eine Drohung mit diesem **Erklärungsinhalt auch wahrgenommen** haben.

*„Die Feststellungen lassen offen, ob der Angekl. R. **konkludent mit dem Einsatz des Elektroschockgeräts gedroht** und damit dieses gefährliche Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB verwendet hat. Sie ergeben nicht, dass der Angekl. R. **am Ende der Fahrt das Elektroimpulsgerät** in irgendeiner Weise dem Geschädigten **präsentierte** oder in sonstiger Weise in Erinnerung brachte und der Geschädigte dies auch so wahrgenommen hat. Allein die möglicherweise nach wie vor bestehende Verfügungsgewalt des Angekl. R. über das Elektroimpulsgerät und dessen früherer Einsatz belegen keine konkludente Drohung, es bei Nichtbefolgung seines Herausgabeverlangens erneut einzusetzen. Da die Qualifikation des § 250 II Nr. 1 StGB einen **zweckgerichteten Einsatz des gefährlichen Werkzeugs** voraussetzt, reicht es nicht aus, dass der Geschädigte sich deshalb fügte, weil er den Einsatz weiterer Gewalt befürchtete.“* (BGH aaO.)

StGB  
§ 27**Beihilfe durch Einräumung einer Nutzungsmöglichkeit**  
**Erforderlichkeit positiven Wissens von der Straftat**

StR AT

(BGH in BeckRS 2016, 00457; Beschluss vom 05.11.2015 – 2 StR 96/15)

1. Für eine Beihilfestraftat ist bei **Einräumung einer allgemeinen Nutzungsmöglichkeit** positives Wissen der Straftat notwendig.
2. Die Einräumung einer **allgemeinen Nutzungsmöglichkeit** stellt grundsätzlich eine **neutrale Handlung** dar.
3. Nur dann, wenn der **Hilfeleistende weiß**, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, ist sein Handeln regelmäßig als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen. Hält er es dagegen **lediglich für möglich**, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so reicht dies nach der Rechtsprechung des BGH nicht aus.
4. Etwas anderes gilt nur, wenn das vom Hilfeleistenden erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung "die **Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters** angelegen sein" ließ.

**A. Prüfungswissen: Beihilfe, § 27 StGB (vgl. Seher: Grundfälle zur Beihilfe, JuS 2009, 793)****I. Allgemeines**

Nach § 27 StGB wird als Gehilfe eines Haupttäters bestraft, wer diesem vorsätzlich zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Straftat Hilfe geleistet hat. Diese gesetzliche Regelung benennt die Voraussetzungen der Beihilfe:

- eine teilnahmefähige Haupttat,
- einen auf Hilfeleistung beschränkten Tatbeitrag
- sowie den Vorsatz, welcher wesentliche Modalitäten der Haupttat sowie die Funktion des eigenen Verhaltens als Hilfe zu dieser Tat umfassen muss.

**II. Teilnahmefähige Haupttat**

Beihilfe ist **Unterstützung einer von einem anderen begangenen Straftat**. Diese Haupttat begründet die Strafwürdigkeit der Hilfeleistung, denn die Strafbarkeit der Teilnahme ist an das Unrecht der Haupttat angebunden (Grundsatz der Akzessorietät). Darin spiegelt sich der Strafgrund der Teilnahme: Der Teilnehmer setzt sich dadurch in strafwürdiges Unrecht, dass er das durch den Täter verwirklichte Unrecht initiiert (Anstiftung) oder fördert (Beihilfe). Es bedarf daher einer **vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat**. Es genügt, dass diese das Versuchsstadium erreicht hat. Auch zu **erfolgsqualifizierten Delikten** ist Beihilfe möglich, da diese gem. § 11 II StGB wie Vorsatztatbestände zu behandeln sind.

**III. Hilfeleisten**

Als Helfenbeitrag kommt **jedes Verhalten** in Betracht, das die **Chancen** auf den Taterfolg in irgendeiner Weise **erhöht**, indem es die Begehung der Haupttat **ermöglicht, erleichtert, intensiviert oder absichert**. Dies kann „durch Rat und Tat“ geschehen, d.h. durch Einflussnahme auf die Täterpsyche oder äußere Geschehensabläufe. Dabei ist vor allem **umstritten**, ob die Hilfeleistung für die Vollendung der Haupttat **kausal** geworden sein muss, unter welchen Umständen **psychische Einwirkungen** auf den Täter ausreichen, und wann durch ein **berufstypisches Verhalten**, nach Vollendung der Haupttat oder durch Unterlassen strafbare Beihilfe geleistet werden kann (vgl. hierzu weitere Ausführungen in Seher: Grundfälle zur Beihilfe JuS 2009, 793).

**1. Kausalität**

Nach **verbreiteter Ansicht** muss der Gehilfe den Erfolg der Haupttat mitverursachen. Zur Begründung wird geltend gemacht, **Kausalität sei Zurechnungsvoraussetzung** für jede vollendete Begehungsstraftat. Herangezogen wird auch der Strafgrund der

Beihilfe: Wenn diese einen „akzessorischen, über den Täter laufenden Rechtsgutsangriff“ des Gehilfen darstelle, müsse sich dieser Angriff durch seine Wirkung auf die Haupttat dokumentieren.

Allerdings fordern nur einige Vertreter eine Erfolgsverursachung im Sinne einer **conditio sine qua non**. Eine solche Forderung ist auch bedenklich, denn beschränkte man die Beihilfe auf unerlässliche Beiträge zur Haupttat, geriete sie in zu enge Nähe zur Mittäterschaft. Es ist daher – wenn man auf dem Erfordernis der Kausalität bestehen will – plausibler, eine „Modifikationskausalität“ genügen zu lassen, also **jeden Einfluss auf die Art und Weise der Ausführung der Haupttat**.

Die vor allem von der **Rechtsprechung** vertretene Gegenposition verzichtet auf eine Erfolgskausalität und erachtet **jeden Beitrag als hinreichend**, der die Haupttat in irgendeiner Weise erleichtert oder fördert (**Förderungstheorie**).

Der Kausalitätstheorie der Beihilfe ist zuzugeben, dass sie einen durchgängig praktikablen Maßstab zur Bestimmung der Reichweite und Grenzen strafbarer Hilfeleistungen anbietet. Angesichts der Straflosigkeit der versuchten Beihilfe bewirkt sie aber bedenkliche sanktionsfreie Räume, wo ein Beitrag allein durch die Zufälle des Tatablaufs nicht für den Haupttaterfolg kausal geworden ist. **Vorzugswürdig** ist daher die **Förderungstheorie**, sofern man darauf besteht, dass jedenfalls eine Erleichterung der Tathandlung nachweisbar ist. Das Gegenargument, der Gesetzgeber habe die versuchte Beihilfe eben bewusst straflos gelassen, ist zirkulär, denn ob bei nicht kausalen fördernden Beiträgen nur der Versuch einer Beihilfe vorliegt, ist ja gerade die umstrittene Frage.

## 2. Psychische Beihilfe

Nicht nur durch physische Unterstützung, sondern auch durch **psychische Akte** kann der Gehilfe die Begehung der Haupttat fördern. Damit unterstützt er nicht so sehr die Tat, sondern vielmehr den Täter, und zwar durch **Ratschläge, Anreize oder Bestärkung**.

Der unterstützende Gehalt **beratender Beiträge** steht außer Zweifel: Erklärt jemand dem Täter den Weg zum Tatort oder wie die Tatwaffe funktioniert, ermöglicht er die Begehung der Haupttat, indem er den Wissensstand des Täters an einem relevanten Punkt verbessert.

Schon schwieriger sind Fälle zu beurteilen, in denen sich der helfende Beitrag in einem zusätzlichen Anreiz für den Täter erschöpft (vgl. hierzu weitere Ausführungen in Seher: Grundfälle zur Beihilfe JuS 2009, 793).

## B. Beihilfe durch allgemeine Einräumung einer Nutzungsmöglichkeit (vgl. BGH in BeckRS 2016, 00457)

**Fall:** Das Landgericht (LG) hat den Angeklagten J. wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Seine Verlobte P. hatte Kenntnis davon, dass J. eine Cannabisplantage betrieb. Es konnte festgestellt werden, dass J. mit einer auf P. angemeldeten SIM-Karte ein Telefonat mit einem Abnehmer führte. Zudem überließ die P. dem J. gelegentlich auch ihr Fahrzeug, mit dem dieser u.a. auch zur Cannabisplantage fuhr.

Sie stellte ihm zum Zwecke der Führung konspirativer Gespräche auf ihren Namen, den Namen ihrer Tochter und ihres Enkels lautende SIM-Karten zur Verfügung sowie ein zwei Kraftfahrzeuge für Fahrten zum Ort der Plantage. Hat sich P. wegen Beihilfe zum unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge strafbar gemacht?

### I. Beihilfe durch die Zurverfügungstellung des Telefons

P. könnte J. durch die Zurverfügungstellung des Mobiltelefons Beihilfe geleistet haben. Nach § 27 I StGB wird als Gehilfe bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.

## 1. Objektiver Tatbestand

### a) Haupttat

Die Beihilfe setzt eine Haupttat voraus, also die vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen. Diese liegt in dem unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge durch J. vor.

### b) Hilfeleistung

Fraglich ist, was unter Hilfeleistung zu verstehen ist. Ein solches Hilfe leisten kann als physische Beihilfe (sog. **Tathilfe**) oder als psychische Beihilfe (entweder in Gestalt der **technischen „Rathilfe“** oder der **Bestärkung des Tatenschlusses**, str.) geleistet werden.

Die Ermöglichung des Telefonats zum Zwecke der Veräußerung der Betäubungsmittel kann insofern als Tathilfe angesehen werden.

## 2. Subjektiver Tatbestand

P. wusste von der Cannabisplantage. Sie muss aber auch gewollt haben, den J durch die Zurverfügungstellung des Mobiltelefons zu unterstützen.

*„Dass die Angeklagte aber den Mitangeklagten J., ihren Verlobten, durch die beschriebenen Tathandlungen in dessen Aktivitäten **konkret unterstützt hat bzw. unterstützen wollte**, hat das Landgericht nicht bzw. nicht hinreichend belegt. Die Angeklagte hat die Tatvorwürfe **bestritten**, der Mitangeklagte J. hat angegeben, die Angeklagte P. habe ihn bei seinem Tun nicht unterstützt bzw. nicht unterstützen. Zudem hätte - was die **Überlassung eines Telefons an den Verlobten** anbelangt - der Gehilfenvorsatz näherer Erörterung bedurft, weil die Angeklagte dies möglicherweise **allein im Hinblick auf die persönliche Beziehung** und nicht zur Förderung von ihm begangener Straftaten getan haben könnte (vgl. BGHR StGB § 27 I Hilfeleisten 32).“* (BGH aaO.)

Eine Strafbarkeit wegen Beihilfe aufgrund der Zurverfügungstellung eines Mobiltelefons kann daher nicht angenommen werden.

## II. Beihilfe durch die Zurverfügungstellung der Fahrzeuge

P. könnte J. durch die Zurverfügungstellung der Fahrzeuge für die Fahrt zur Cannabisplantage Beihilfe geleistet haben. Nach § 27 I StGB wird als Gehilfe bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.

*„Soweit nach der Lebenserfahrung davon auszugehen ist, dass die Angeklagte es **wahrgenommen** und auch **grundsätzlich billigend zugelassen** hat, dass ihr Verlobter ihre Kraftfahrzeuge nutzte, hätte auch insoweit ihr **Gehilfenvorsatz** näherer Darlegung bedurft.“*

*Die Strafkammer hätte mit Blick auf die **Einräumung einer allgemeinen Nutzungsmöglichkeit**, die **grundsätzlich eine neutrale Handlung** darstellt, darlegen müssen, dass und ab wann die Angeklagte positiv wusste, dass ihr Verlobter auch Fahrten zur Plantage unternahm. Nur dann nämlich, wenn der Hilfeleistende **weiß**, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, ist sein Handeln regelmäßig als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen. Hält er es dagegen **lediglich für möglich**, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so reicht dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht aus, es sei denn, das von ihm erkannte **Risiko strafbaren Verhaltens** des von ihm Unterstützten war **derart hoch**, dass er sich mit seiner Hilfeleistung "die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein" ließ (vgl. BGHSt 46, 107, 112 im Zusammenhang mit berufstypischen neutralen Handlungen).“* (BGH aaO.)

(OVG Lüneburg in NVwZ 2016, 164; Beschluss vom 01.12.2015 – 11 ME 230/15)

1. An die Zulässigkeit einer auf die Generalklausel des § 11 NdsSOG gestützten **Beschlagnahme privater Unterkünfte** zur Unterbringung von Flüchtlingen, denen unmittelbar eine Obdachlosigkeit droht, sind wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Eigentumsrecht des Grundstückseigentümers **hohe Anforderungen** zu stellen.
2. Die zuständige Ordnungsbehörde muss darlegen, dass ihr zur Abwendung der Obdachlosigkeit zum einen **keine eigenen menschenwürdigen Unterkünfte zur Verfügung stehen** und ihr zum anderen auch die **Beschaffung geeigneter anderer Unterkünfte bei Dritten** auf freiwilliger Basis nicht möglich ist.

**Fall:** Der Ast. wendet sich gegen die Beschlagnahme seines Grundstücks zur Bereitstellung von Wohnraum für Flüchtlinge.

Der Ast. ist Eigentümer des Grundstücks B im Stadtteil W. in L. Das 8.547 qm große Grundstück liegt im Geltungsbereich des 1967 in Kraft getretenen Bebauungsplans der Ag. „Nr. 6 W.“, der die Art der Nutzung überwiegend mit „Gemeinbedarfsfläche“ festsetzt und ist mit einem Gebäudekomplex bebaut, der bis vor einigen Jahren als Kinder- und Jugendheim genutzt wurde und seitdem leer steht. Der frühere Eigentümer des Grundstücks entfernte zum Teil die Installationen, die Einbauten und die Zähleranlagen für Gas, Wasser und Strom sowie Teile der Außenanlagen. Im April 2014 erwarb der Ast. das Grundstück, um den Gebäudekomplex abzureißen und dort Wohngebäude zu errichten; der Besitzübergang erfolgte im Mai 2015. Nach dem Grundstückserwerb stimmte der Ast. nach seinen unbestrittenen Angaben das zukünftige Baukonzept mit der Ag. ab, das im vorderen Bereich des Grundstücks zwei Mehrfamilienhäuser mit 25 altersgerechten Mietwohnungen (davon ein Block mit Sozialbindung) und im hinteren Bereich eine Einfamilienhausbebauung vorsieht.

Nachdem die Ag. einige Zeit intensiv mit dem Ast. über die entgeltliche Zurverfügungstellung des Grundstücks zur Nutzung verhandelt hatte, beschlagnahmte sie das Grundstück des Ast. „zur Vermeidung drohender Obdachlosigkeit“ ihr vom Land Niedersachsen zur Unterbringung zugewiesener Flüchtlinge (Nr. 1). Zugleich verfügte sie die Einweisung von 50 Flüchtlingen (Nr. 2) und befristete beide Maßnahmen auf sechs Monate nach Bekanntgabe des Bescheids (Nr. 3). Nach Nr. 4 des Bescheids erhält der Ast. für die Zeit der Beschlagnahme eine Entschädigung i.H.v. 4 €/qm monatlich. Die sofortige Vollziehung der Beschlagnahme und der Einweisung wurde angeordnet (Nr. 5). Zur Begründung führte die Ag. im Wesentlichen aus: Von einer Anhörung des Ast. werde abgesehen, weil eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug und im öffentlichen Interesse geboten sei. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 11 NdsSOG seien gegeben. Der Ast. könne auch als so genannter Nichtstörer in Anspruch genommen werden. Die Höhe der Entschädigung sei mit 4 €/qm für ein Gebäude ohne Heizungsanlage angemessen und marktüblich. Hiergegen hat der Ast. Klage erhoben (5 A 276/15), über die noch nicht entschieden ist und zugleich beantragt, die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen die Beschlagnahmeverfügung wiederherzustellen. Ist der Antrag begründet?

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Beschlagnahmeverfügung ist nach § 80 V VwGO begründet, wenn kein besondere öffentliches Interesse dafür besteht, dem Bürger den nach § 80 I VwGO grundsätzlich bei Klagen gegen belastende Verwaltungsakte eintretenden Suspensiveffekt zu entziehen.

### I. Abwägungskriterien

*„Die gerichtliche Entscheidung über die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs nach § 80 V 1 VwGO setzt eine **Abwägung des Interesses des Ast.**, von der Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts bis zur endgültigen Entscheidung über seine Rechtmäßigkeit verschont zu bleiben, **gegen das öffentliche Interesse an dessen sofortiger Vollziehung** voraus.*

*Diese Abwägung fällt in der Regel zu Lasten des Ast. aus, wenn bereits im Aussetzungsverfahren bei summarischer Prüfung zu erkennen ist, dass sein **Rechtsbehelf offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg** bietet (BVerfG, NJW 1982, 241; BVerfG, NVwZ-RR 1997, 210 Rn. 16).*

*Dagegen überwiegt **das Interesse an der Anordnung bzw. Wiederherstellung** der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs in aller Regel, wenn sich der **Rechtsbehelf als offensichtlich begründet** erweist.*

*Bleibt der **Ausgang des Verfahrens** in der Hauptsache bei der in dem Aussetzungsverfahren nur möglichen summarischen Prüfung jedoch **offen**, kommt es auf eine **reine Abwägung der widerstreitenden Interessen** an (BVerfG, NVwZ 2006, 214 = NJW 2006, 857 Ls. = BeckRS 2005, 31042 Rn. 7; OVG Lüneburg, NuR 2015, 792 = ZUR 2015, 604 = BeckRS 2015, 48733, und OVG Lüneburg, NJW 2004, 1750 Rn. 16).“ (OVG Lüneburg aaO.)*

## 2. Anwendung auf den Fall

### a) Summarische Prüfung der Beschlagnahmeanordnung

#### aa) Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier nur die Generalklausel des § 11 NdsSOG in Betracht.

„Die Ag. stützt ihren Bescheid vom 01.10.2015 auf die allgemeine Befugnisse regelnde Vorschrift des § 11 NdsSOG, nach der die Verwaltungsbehörden und die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen können, um eine **Gefahr abzuwehren**, soweit nicht die Vorschriften des Dritten Teils des NdsSOG die Befugnisse der Verwaltungsbehörden und der Polizei besonders regeln. Eine **besondere Befugnisnorm**, auf die die Beschlagnahme des Grundstücks des Ast. zur Unterbringung von Flüchtlingen gestützt werden könnte, ist **nicht ersichtlich**. Eine Inanspruchnahme des streitgegenständlichen Grundstücks auf der Grundlage des § 26 Nr. 1 NdsSOG scheidet aus. Nach dieser Vorschrift kann die Gefahrenlage in einer Eigenschaft der sicherzustellenden Sache begründet sein. Sie kann sich auch aus dem Verhalten des Besitzers der Sache ergeben (OVG Lüneburg [Senat], NordÖR 2013, 269 = BeckRS 2013, 48248 Rn. 35). Beide Voraussetzungen liegen hier nicht vor, da weder von der Sache – hier dem Grundstück – noch von deren Gewahrsamsinhaber – hier dem Ast. – eine gegenwärtige Gefahr ausgeht.“ (OVG Lüneburg aaO.)

#### bb) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Ag. war ohne weiteres zuständig und die Verfügung mit der nach § 1 I NdsVwVfG, § 39 VwVfG erforderlichen schriftlichen Begründung versehen. Fraglich ist jedoch, ob die Verfügung nicht wegen Fehlens einer nach § 1 I NdsVwVfG, § 28 I VwVfG grundsätzlich vorab vorgesehenen Anhörung rechtswidrig ist.

##### (1) Fehlen der Anhörung

Dann müsste die Anhörung tatsächlich gefehlt haben. Die Ag. führt in ihrem Bescheid zwar aus, dass sie von der Anhörung wegen Gefahr in Verzug absehe, dies wäre jedoch unerheblich, wenn die Anhörung durch die Gespräche mit dem Ast. schon als erfolgt anzusehen wäre.

„[Es] reicht ... trotz der fehlenden Vorgabe zur Form der Anhörung nicht aus, dass die Bet. zuvor in einer intensiven Diskussion über die Absicht der Ag., das Grundstück des Ast. vorübergehend als Flüchtlingsunterkunft zu nutzen, gestanden haben. Vielmehr bedarf es gerade einer vorherigen Anhörung zu **dem beabsichtigten ordnungsbehördlichen Eingriff** in Gestalt der Beschlagnahmeverfügung.“ (OVG Lüneburg aaO.)

##### (2) Entbehrlichkeit der Anhörung

Die Anhörung könnte aber nach § 1 I NdsVwVfG, § 28 II Nr. 1 VwVfG wegen Gefahr in Verzug entbehrlich gewesen sein.

„Für die von der Ag. in ihrem Bescheid vom 01.10.2015 zur Begründung einer sofortigen Entscheidung angeführte erste Alternative einer **Gefahr im Verzug** ist **nichts ersichtlich**. Gleiches gilt für die zweite Alternative der Notwendigkeit des Absehens einer Anhörung im öffentlichen Interesse. Die Ag. beabsichtigte weder zum Zeitpunkt der Beschlagnahmeverfügung noch **beabsichtigt sie zum gegenwärtigen Zeitpunkt die sofortige Belegung** des Gebäudes auf dem Grundstück des Ast.“ (OVG Lüneburg aaO.)

##### (3) Heilung des Verfahrensfehlers

Verfahrensfehler können jedoch nach § 45 VwVfG geheilt werden. Dies könnte hier der Fall sein.

„Der Verfahrensmangel ist gem. § 45 I Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 VwVfG dadurch geheilt worden, dass die erforderliche Anhörung des Ast. **während des Beschwerdeverfahrens** durch das außergerichtliche Schreiben der Ag. vom 06.11.2015 **nachgeholt** worden ist.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Damit liegt nunmehr kein Verfahrensfehler mehr vor und die Verfügung ist formell rechtmäßig.

#### cc) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Verfügung ist materiell rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und die Beschlagnahme ermessensgerecht ist.

## (1) Anwendbarkeit von § 11 NdsSOG

Die Ag. sieht sich nach der Begründung ihres Bescheids vom 01.10.2015 ohne Inanspruchnahme privater Unterkünfte nicht in der Lage, sämtliche noch im Jahr 2015 erwarteten Flüchtlinge unterzubringen. Nach ihrer Ansicht liegt in der **drohenden unfreiwilligen Obdachlosigkeit** von ca. 270 Flüchtlingen eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit**, die sie durch die Beschlagnahme des Grundstücks des Ast. abwenden möchte. Es ist fraglich, ob angesichts dieses Sachverhalts ein **Rückgriff auf die Generalklausel** des § 11 NdsSOG rechtlich möglich ist.

*„Zwar ist es Sache des Gesetzgebers, im Hinblick auf den jeweiligen Lebensbereich darüber zu entscheiden, ob, mit welchem Schutzniveau und auf welche Weise Situationen entgegengewirkt werden soll, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen können (BVerfGE 110, 141 = NVwZ 2004, 597). Er darf deshalb einen Sachverhalt auch durch Generalklauseln regeln (BVerfGE 116, 24 = NVwZ 2006, 807). Enge Grenzen sind dem Gesetzgeber jedoch gesetzt, wenn die **Generalklausel als Grundlage für einen Eingriff in ein Grundrecht** dienen soll (BVerfGE 115, 189 = NVwZ 2002, 598). Intensive und nicht nur kurzzeitig wirkende Grundrechtseingriffe muss der Gesetzgeber als solche ausdrücklich regeln (Rachor in Lisken/Denninger, HdB d. Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. E Rn. 723). Deshalb hat der niedersächsische Gesetzgeber beispielsweise verschiedene **längerfristige Beschränkungen** der Bewegungsfreiheit durch ins Einzelne gehende Vorschriften normiert, wie etwa die Platzverweisung und das Aufenthaltsverbot (§ 17 NdsSOG). Im Fall der gegenwärtig, das heißt unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit (vgl. § 2 Nr. 1 b NdsSOG), drohenden Obdachlosigkeit eines Mieters und der daraus abzuleitenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit hat der Senat es in wenigen Einzelfällen für zulässig gehalten, den Mieter für einen **zeitlich eng begrenzten Zeitraum auf der Grundlage der Generalklausel** des § 11 NdsSOG wieder in seine Wohnung einzuweisen. Wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Eigentumsrecht des Hauseigentümers hat er dabei an die Rechtmäßigkeit der Wiedereinweisung hohe Anforderungen gestellt (OVG Lüneburg [Senat], NJW 2010, 1094 = NdsVBl 2010, 79).“ (OVG Lüneburg aaO.)*

Nach den Ausführungen in dem angefochtenen Bescheid und im vorläufigen Rechtsschutzverfahren verzeichnet die Ag. in den letzten Monaten einen stetig anwachsenden, nicht nachlassenden Zustrom von Flüchtlingen. Die Ag. sei ohne Inanspruchnahme des Eigentums des Ast. durch Beschlagnahme nicht in der Lage, **sämtliche noch für dieses Jahr** bzw. in den Herbst- und Wintermonaten sowie das **nächste Jahr erwarteten Flüchtlinge** unterzubringen.

*„Diese Begründung deutet darauf hin, dass mit der hier in Rede stehenden Maßnahme **nicht** eine sich der Typisierung entziehende, **im konkreten Einzelfall drohende Gefahr der Obdachlosigkeit** beseitigt werden soll, sondern die Beschlagnahme dem Ziel dient, für eine Vielzahl von Fällen eine sich abzeichnende Notlage bei der Beschaffung von menschenwürdigen Unterkünften für Flüchtlinge abzuwenden.*

*Es stellt sich im Hinblick auf den **Grundsatz des Gesetzesvorbehalts** die Frage, ob bei einer solchen Ausgangslage, in der sich nicht nur die Ag., sondern zahlreiche andere Kommunen befinden, der Landesgesetzgeber gefordert ist, die Befugnis zur Beschlagnahme bzw. Sicherstellung von Räumlichkeiten für die Flüchtlingsunterbringung hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen näher zu umschreiben, um damit der Verpflichtung, **wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen**, zu genügen.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

Es bestehen daher schon erhebliche rechtliche Bedenken, ob § 11 NdsSOG für die getroffene Maßnahme überhaupt als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden kann. Dies kann aber dahinstehen, wenn die Voraussetzungen ohnehin nicht vorliegen.

## (2) Vorliegen der Voraussetzungen

### (a) Gefahr für die öffentliche Sicherheit

*„Das VG hat zu Recht angenommen, dass eine **drohende unfreiwillige Obdachlosigkeit** eine **Störung der öffentlichen Sicherheit** und damit eine Gefahr i.S.d. §§ 11 und 2 Nr. 1 a NdsSOG darstellt.*

*Es spricht zudem einiges dafür, dass vorliegend das Tatbestandsmerkmal der „**Konkretheit**“ der Gefahr i.S.d. § 2 Nr. 1 a NdsSOG erfüllt ist. Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn in dem zu beurteilenden **konkreten Einzelfall in überschaubarer Zukunft mit dem Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich gerechnet** werden kann (Rachor in Lisken/Denninger, Kap. E Rn. 97). Der Anlass zum Handeln der Ordnungsbehörde muss sich mithin aus einem konkreten, nach Ort und Zeit bestimmten oder bestimmbar Sachverhalt ergeben. Die Ag.*

hat in ausreichendem Umfang dargelegt, dass sie in absehbarer Zeit eine bisher nicht bestimmte bzw. näher bestimmbare Zahl von Flüchtlingen aufnehmen muss, für deren Unterbringung sie zuständig ist. Zur Annahme einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Schadeintritts ist im Rahmen des einfachen Gefahrenbegriffs – im Gegensatz zu den gesteigerten Anforderungen an das Merkmal der Gegenwärtigkeit – nicht die Feststellung erforderlich, welche und wie viel Personen zu welcher Zeit von der Ag. als von Obdachlosigkeit bedrohte Flüchtlinge unterzubringen sind.“ (OVG Lüneburg aaO.)

## (b) Vorliegen der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Nichtstörers

Zur Inanspruchnahme des Ast. als für die Gefahrenlage nicht Verantwortlicher (Nichtstörer) müssen neben der Gefahrenlage in dem aufgezeigten Sinn auch die weiteren Voraussetzungen des § 8 I NdsSOG vorliegen.

### (aa) Vorliegen einer erheblichen Gefahr

„[Es] handelt ... sich bei drohender Obdachlosigkeit um eine Gefahr für Gesundheit und gegebenenfalls Leben und damit mit Blick auf den Rang der bedrohten Rechtsgüter um eine **erhebliche Gefahr** i.S.d. §§ 2 Nr. 1 c, 8 I Nr. 1 NdsSOG.“ (OVG Lüneburg aaO.)

### (bb) Gegenwärtigkeit

Diese Gefahr muss aber auch gegenwärtig sein. Eine gegenwärtige Gefahr ist nach der **Legaldefinition** des § 2 Nr. 1 b NdsSOG eine Gefahr, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses **bereits begonnen** hat oder bei der diese Einwirkung **unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht**. Gegenüber dem einfachen Gefahrenbegriff werden die Anforderungen an die Eintrittswahrscheinlichkeit erhöht.

„Die Unmittelbarkeit der Gefahr in Gestalt der Obdachlosigkeit von der Ag. zugewiesenen Flüchtlingen lag bei Erlass des angefochtenen Beschlagnahmebescheids der Ag. nicht vor. Sie besteht auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats nicht. Dies zeigt sich bereits daran, dass selbst nach dem Beschwerdevorbringen der Ag. in ihrem Stadtgebiet **zurzeit noch freie Kapazitäten für die Unterbringung von Flüchtlingen** bestehen.

Eine derartige Gefahrenlage steht unter Berücksichtigung des genannten **gesteigerten Wahrscheinlichkeitsmaßstabs** auch **nicht in allernächster Zeit** bevor. Dies ergibt sich zum einen wiederum daraus, dass das Gebäude auf dem beschlagnahmten Grundstück erst noch **kosten- und zeitintensiv hergerichtet werden muss**. Zum anderen nimmt die Ag. nach ihrem eigenen Vorbringen das Grundstück des Ast. lediglich **im Rahmen ihres Konzepts zur dezentralen Unterbringung** von in Zukunft bis Ende nächsten Jahres ihr vom Land zugewiesenen Flüchtlingen in Anspruch. **Ob und wann** das Gebäude des Ast. für die Unterbringung von Flüchtlingen genutzt werden soll, ist auch im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung **offen**. Der Senat verkennt nicht, dass unter den gegebenen Umständen eine Gefahren- und Risikovorsorge sinnvoll und notwendig ist. **Maßnahmen zur Gefahrenvorsorge sind jedoch von der Generalklausel des § 11 NdsSOG nicht gedeckt, sondern bedürfen einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung im allgemeinen oder besonderen Gefahrenabwehrrecht.**“ (OVG Lüneburg aaO.)

Selbst wenn § 11 NdsSOG also taugliche Ermächtigungsgrundlage wäre, ist die Maßnahme gleichwohl wegen Fehlens der Eingriffsvoraussetzungen rechtswidrig.

### (cc) Nachrangigkeit

Zudem setzt die Inanspruchnahme nichtverantwortlicher Personen nach § 8 I Nr. 3 NdsSOG voraus, dass die Verwaltungsbehörde die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch Beauftragte abwehren kann.

„An die Zulässigkeit von **Beschlagnahmen von Grundstücken Privater** zur Unterbringung von Obdachlosigkeit unmittelbar bedrohten Personen sind wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Eigentumsrecht der Grundstückseigentümer gem. Art. 14 I GG **hohe Anforderungen** zu stellen. Deshalb muss – worauf das VG zu Recht hingewiesen hat – die zuständige Ordnungsbehörde in sachlicher Hinsicht bei der Inan-

sprachnahme privaten Eigentums zur Einweisung von Obdachlosen im Einzelnen darlegen, dass ihr zum einen **keine gemeindeeigenen Unterkünfte** zur Verfügung stehen und ihr zum anderen auch die **Beschaffung geeigneter anderer Unterkünfte bei Dritten nicht zeitnah möglich** ist. In zeitlicher Hinsicht ist eine Beschlagnahme nicht auf Dauer, sondern lediglich **für einen kurzen Zeitraum** möglich, währenddessen sich die Ordnungsbehörde nachhaltig und nachweisbar um eine Unterbringungsalternative zu bemühen hat. In beiderlei Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass die zuständige Behörde lediglich für eine Unterbringung des von Obdachlosigkeit Betroffenen zu sorgen hat, die den Mindestanforderungen an eine menschenwürdige Unterkunft genügt (vgl. OVG Lüneburg [Senat], Beschl. v. 25.08.2015 – 11 LA 136/15, BeckRS 2015, 56352, und OVG Lüneburg [Senat], NJW 2010, 1094 m.w.N.).

Daran gemessen legt die Ag. nicht hinreichend dar, dass ihr weder hinreichende Obdachunterkünfte aus eigenen Mitteln zur Verfügung stehen, noch dass sie in absehbarer Zeit anderweitig von Dritten auf freiwilliger Basis geeignete Obdachunterkünfte entweder ankaufen oder mieten kann. [wird ausgeführt]“ (OVG Lüneburg aaO.)

Die getroffene Verfügung ist daher nach summarischer Prüfung rechtswidrig.

#### b) Interessenabwägung

Da kein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung offensichtlich rechtswidriger Verwaltungsakte besteht, ist die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen und daher der Antrag begründet.

(OVG Münster in NVwZ-RR 2016, 83; Urteil vom 30.09.2015 – 11 A 27/14)

1. Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist für die Erlaubnispflicht einer Veranstaltung nach § 29 II StVO erforderlich, aber auch ausreichend, dass die **Inanspruchnahme der Straße mit einem gewissen Aufwand und Umfang** verbunden ist.
2. Die Vorschrift erfasst nicht nur solche Veranstaltungen, die zum Straßenverkehr im engeren Sinn gehören, zu dem die Betätigungen zu rechnen sind, die der **Fortbewegung von Personen und Gütern zur Überwindung von Entfernungen** dienen, einschließlich des ruhenden Verkehrs. Der Begriff der Veranstaltung ist vielmehr weit zu verstehen und erfasst jegliche, auch **stationäre Vorgänge**.
3. Eine Veranstaltung unterfällt der Erlaubnispflicht dann, wenn für diese die **Straße unmittelbar in Anspruch genommen** wird und nicht nur mittelbar, d.h. aus Anlass einer Veranstaltung (z.B. durch die Besucherströme).
4. Veranstaltungen, die nicht auf der Straße stattfinden, bedürfen keiner Erlaubnis nach § 29 II StVO (hier: Weihnachtsmarkt auf einem Privatgelände, der ca. 10.000 Besucher anzieht).

**Fall:** Die Kl. ist Eigentümerin von Schloss M. in X. Auf dem Grundstück veranstaltet die Kl. seit mehreren Jahren an zwei Wochenenden im Dezember den M1. Weihnachtsmarkt. Zu der Veranstaltung werden nach einem Bericht des Polizeipräsidiums X. vom 08.11.2013 in der Regel rund 10 000 Besucher erwartet. Um das durch die An- und Abfahrt von Besuchern des Weihnachtsmarkts im Umfeld des Veranstaltungsorts stark ansteigende Verkehrsaufkommen zu bewältigen, verfolgt die Bekl. ein Verkehrskonzept, das seit 1996 an den Tagen des Weihnachtsmarkts u.a. eine Sperrung der Zugangsstraßen zum Stadtteil M. mit Ausnahme für den Anliegerverkehr vorsieht. Für die Jahre 2010 und 2011 hatte die Bekl. der Kl. für die Durchführung der Veranstaltung jeweils eine Erlaubnis nach den § 29 II, § 45 I und 5 StVO verbunden mit verschiedenen Nebenbestimmungen erteilt. Durch Bescheid der Bekl. vom 26.11.2012 erfolgte die Festsetzung des Weihnachtsmarkts als Spezialmarkt/Weihnachtsmarkt nach § 69 I GewO. Unter dem 28.11.2012 traf die Bekl. eine straßenverkehrsrechtliche Anordnung zur Aufstellung von Verkehrszeichen gem. § 45 I und V StVO. Danach sollten u.a. der I.-Weg und der M1.-Weg nach der Unterführung der A535 gesperrt und im M1.-Weg sowie auf anderen Straßen Halteverbote mit dem Zusatz der zeitlichen Befristung 08.–09.12., 10–19 h und 15.–16.12., 10–19 h aufgestellt werden. Mit Bescheid vom 28.11.2012 erteilte die Bekl. der Kl. die Erlaubnis für die Durchführung des M1. Weihnachtsmarkts am 08./09.12.2012 und am 15./16.12.2012. Diese wurde ausschließlich auf § 29 StVO gestützt; der Erlaubnis waren zudem insgesamt 20 Nebenbestimmungen beigefügt. Die dritte Nebenbestimmung lautete: Der Veranstalter hat dem Straßenbaulastträger alle Kosten zu ersetzen, die diesem durch die Sondernutzung zusätzlich entstehen. ... In der vierten Nebenbestimmung hieß es: Der Veranstalter hat eine Veranstalter-Haftpflichtversicherung nach Nr. 7 der Verwaltungsvorschrift zu § 29 [2] StVO abzuschließen. Die Kl. erhob Klage mit dem Ziel, feststellen zu lassen, dass der Weihnachtsmarkt keiner Erlaubnis bedarf. Wird die Klage Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

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

Es müsste eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art** vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören, da hier offenbar keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten. Die Beteiligten streiten hier um die **Erlaubnispflicht der Veranstaltung** nach § 29 StVO, welches als öffentliches Verkehrsrecht ohne weiteres dem öffentlichen Recht zugehört, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

### 2. Statthafte Klageart

Die Kl. hat hier eine **Feststellungsklage** nach § 43 VwGO erhoben.

*„Gemäß § 43 I VwGO kann durch Klage u.a. die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kl. ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat (Feststellungsklage).“*  
(OVG Münster aaO.)

**a) Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses**

Die zwischen der Kl. und der Bekl. streitige Frage, ob der auf dem Grundstück der Kl. an zwei Wochenenden im Dezember eines jeden Jahres stattfindende M1. Weihnachtsmarkt der Erlaubnispflicht nach § 29 II StVO unterliegt, betrifft ein konkretes Rechtsverhältnis.

Es geht vielmehr um die Anwendung einer konkreten Norm, nämlich des § 29 StVO auf einen konkreten Sachverhalt, hier die Durchführung des auf dem Grundstück der Kl. an zwei Wochenenden im Dezember eines jeden Jahres stattfindende M1. Weihnachtsmarktes. Es wird daher um ein **konkretes Rechtsverhältnis** gestritten und die Feststellungsklage nach § 43 VwGO ist die statthafte Klageart.

**b) Subsidiarität der Feststellungsklage, § 43 II VwGO**

Nach § 43 II 1 VwGO kann die Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kl. seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können.

*„Die von der Kl. erstrebte Feststellung, sie bedürfe einer solchen Erlaubnis nicht, kann mit einer **Gestaltungs- oder Leistungsklage** – namentlich einer Fortsetzungsfeststellungsklage gegen den ihr am 28.11.2012 erteilten Bescheid – **nicht in gleicher Weise geklärt** werden. Durch eine **Fortsetzungsfeststellungsklage** könnte lediglich festgestellt werden, dass der auf die Durchführung des M1. Weihnachtsmarkts im Dezember 2012 bezogene Bescheid rechtswidrig gewesen ist. Im Rahmen dieser Fortsetzungsfeststellungsklage wäre die Erlaubnispflicht des Weihnachtsmarkts nach § 29 II StVO zwar als Vorfrage der Rechtmäßigkeit des durch Zeitablauf erledigten Verwaltungsakts zu prüfen. Die Entscheidung dieser Vorfrage würde jedoch nicht gem. § 121 VwGO in Rechtskraft erwachsen und die Bet. insoweit nicht binden.“* (OVG Münster aaO.)

**3. Feststellungsinteresse**

Für die Erhebung der Feststellungsklage ist ein Feststellungsinteresse erforderlich. Dies muss nicht zwingend ein **rechtliches**, sondern kann auch ein **wirtschaftliches oder idelles** Interesse sein. Da hier um eine Erlaubnispflicht gestritten wird, geht es ohne weiteres um ein rechtliches Interesse.

*„Die Kl. hat ein berechtigtes Interesse an der Klärung dieser Frage. Sie beabsichtigt auch in Zukunft die Durchführung dieses Weihnachtsmarkts.“* (OVG Münster aaO.)

**4. Sonstige Sachentscheidungs Voraussetzungen**

Vom Vorliegen der sonstigen Sachentscheidungs Voraussetzungen kann ausgegangen werden, insbesondere ist die Feststellungsklage weder fristgebunden noch von der Durchführung eines Vorverfahrens abhängig.

Die Klage ist daher zulässig.

**II. Begründetheit der Klage**

Die Klage ist begründet, wenn für den Weihnachtsmarkt der Kl. keine Erlaubnispflicht nach § 29 StVO besteht. Nach § 29 II 1 StVO bedürfen solche Veranstaltungen der Erlaubnis, für die Straßen mehr als verkehrsüblich in Anspruch genommen werden. Das ist nach § 29 II 2 1. HS StVO der Fall, wenn die Benutzung der Straße für den Verkehr wegen der Zahl oder des Verhaltens der Teilnehmenden oder der Fahrweise der beteiligten Fahrzeuge eingeschränkt wird.

**1. Anwendbarkeit des § 29 StVO auf stationäre Veranstaltungen**

§ 29 StVO könnte jedoch vor dem Hintergrund, dass es sich um eine Vorschrift der Straßenverkehrsordnung handelt, nur für zum Straßenverkehr im engeren Sinne gehörende Veranstaltungen gelten.

*„Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist für die Erlaubnispflicht einer Veranstaltung nach § 29 II StVO erforderlich, aber auch ausreichend, dass die **Inanspruchnahme der Straße mit einem gewissen Aufwand und Umfang** verbunden ist. Die Vorschrift erfasst nicht nur solche Veranstaltungen, die zum Straßenverkehr im engeren Sinn gehören, zu dem die Betätigungen zu rechnen sind, die der **Fortbewegung von Personen und Gütern zur Überwindung von Entfernungen** dienen, einschließlich des ruhenden Verkehrs. Der Begriff der Veranstaltung ist vielmehr weit zu verstehen und erfasst jegliche, auch stationäre Vorgänge, durch die **Straßen mehr als verkehrsüblich in Anspruch genommen** werden (vgl. BVerwGE 82, 34 [36] = NJW 1989,*

2411 = NVwZ 1989, 872 Ls., m.w.N., für den Fall einer Veranstaltung der Fraktion der Grünen auf einem als Fußgängerbereich gewidmeten Platz in Aachen).“ (OVG Münster aaO.)

Die Anwendbarkeit des § 29 StVO auf den Weihnachtsmarkt der Kl. scheidet daher nicht schon daran, dass es sich um eine stationäre Veranstaltung handelt.

## 2. Mehr als verkehrübliche Straßeninanspruchnahme

Es stellt sich aber die Frage, ob die Veranstaltung der Kl. die öffentlichen Straßen mehr als verkehrüblich in Anspruch nimmt, da er immerhin nicht auf der Straße stattfindet.

„Eine Veranstaltung unterfällt der Erlaubnispflicht dann, wenn für diese die **Straße unmittelbar in Anspruch genommen** wird und nicht nur mittelbar, d.h. aus Anlass einer Veranstaltung (vgl. Möhl in Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 1980, § 29 StVO Rn. 5; s.a. König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl. 2015, § 29 StVO Rn. 4, der von Veranstaltungen als Sondernutzung öffentlicher Flächen spricht).

So liegt es hier. Durch den Weihnachtsmarkt wird die Straße nicht unmittelbar in Anspruch genommen. Eine **übermäßige Straßenbenutzung** geschieht nur **aus Anlass des Weihnachtsmarkts**, der jährlich rund 10 000 Besucher anzieht. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht mit Blick darauf, dass der durch den Besucherstrom verursachte erhebliche Quell- und Zielverkehr Auswirkungen auf die umliegenden öffentlichen Straßen hat. Denn andernfalls unterfiele jede Veranstaltung, die nicht auf der Straße stattfindet, aber regelmäßig größere Besuchermasse anzieht (wie Fußballspiele, sonstige Sportveranstaltungen, Open-Air-Konzerte, sonstige künstlerische Darbietungen, Jahrmärkte, Flohmärkte, Feste etc.), der Erlaubnispflicht nach § 29 II 1 StVO. Ein solch weitreichender Anwendungsbereich kommt der Vorschrift des § 29 II 1 StVO indes nicht zu. [wird ausgeführt unter Anwendung der verschiedenen Auslegungsmethoden]“ (OVG Münster aaO.)

## 3. Lösung der entstehenden Probleme über das Gewerberecht

Zudem wäre für den Fall, dass **Maßnahmen nach § 45 I StVO nicht ausreichen**, um unverhältnismäßige Störungen des Straßenverkehrs auszuschließen, zu prüfen, wie es die Bekl. im Übrigen selbst ausführt, inwieweit verkehrsrechtliche Erwägungen im Zusammenhang mit der **gewerberechtlichen Festsetzung des Weihnachtsmarkts** zu berücksichtigen sind und im Rahmen dieses Regelungsregimes **Bedingungen oder Auflagen** rechtfertigen können (vgl. hierzu auch OVG Münster, NVwZ-RR 1990, 558).

„Nach § 69 a II GewO hat die Bekl. die Befugnis, die gewerberechtliche Festsetzung im öffentlichen Interesse, insbesondere wenn dies zum Schutz der Veranstaltungsteilnehmer vor Gefahren für Leben oder Gesundheit oder sonst zur Abwehr von erheblichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist, mit Auflagen zu verbinden. Auflagen zur Vermeidung von erheblichen durch die festgesetzte Veranstaltung hervorgerufenen Verkehrsbeeinträchtigungen dürften auch im öffentlichen Interesse liegen (vgl. hierzu Schönleiter in Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, B. I, Stand: März 2015, § 69 a Rn. 4 u. 6 f).

Verkehrsbeeinträchtigungen durch die Veranstaltung der Kl. kann deshalb auf anderem Weg effektiv begegnet werden, ohne dass der Anwendungsbereich des § 29 II 1 StVO überdehnt werden muss.“ (OVG Münster aaO.)

”

## Kurzauslese I

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

BGB  
§§ 536, 536 a

### Ausübung einer Verlängerungsoption durch Mieter Kein Verzicht auf Minderung und Schadensersatz

ZivilR

(BGH in NJW-RR 2016, 14; Urteil vom 14.10.2015 – XII ZR 84/14)

Die **vorbehaltlose Ausübung einer Verlängerungsoption** durch den Mieter führt **nicht** gem. oder entsprechend § 536 b BGB zum **Verlust** der ihm nach §§ 536 und 536 a BGB zustehenden Rechte.

**Fall:** Die Kl. begehrt Miete, die die Bekl. wegen behaupteter Mietmängel einbehalten hat. Die Rechtsvorgängerin der Kl. vermietete der Bekl. mit Vertrag vom 30.04.2001 (MV) eine Gewerbeimmobilie zum Betrieb einer Fachklinik für Suchttherapie. Mietbeginn war der 01.06.2001, die Mietdauer betrug zehn Jahre. Zur Vertragslaufzeit regelt § 2 Nr. 2 MV das Recht der Mieterin,

„die Mietzeit ... 2 x um je 5 Jahre zu verlängern (Option). Diese Optionen treten jeweils stillschweigend in Kraft, wenn die Mieterin spätestens 12 Monate vor Ablauf der Mietzeit keine gegenteilige schriftliche Erklärung abgibt“.

Eine solche die Vertragsverlängerung verhindernde Erklärung gab die Bekl. nicht ab. Unter § 13 MV ist weiter geregelt, dass die Mieterin aus Mängeln der Beschaffenheit der vermieteten Räume oder an den Inventargegenständen keine Rechte herleiten kann,

„es sei denn, der Vermieter hätte die Beseitigung dieser Mängel nicht innerhalb angemessener Frist vorgenommen, nachdem die Mieterin ihn unter Setzung einer angemessenen Frist mit Einschreiben-Rückschein abgemahnt hat“.

Erstmals im Juli 2007 rügte die Bekl. verschiedene Mängel. Mit Schreiben vom 25.08.2010 forderte die Bekl. die Kl. zur Beseitigung zahlreicher Mängel auf und wiederholte diese Aufforderung mit Schreiben vom 27.05.2011 unter Fristsetzung. Nachdem sich ab Februar 2012 die Miete auf Grund einer vertraglichen Wertsicherungsklausel erhöht hatte, zahlte die Bekl. die Miete nur noch zur Hälfte und behielt 5.524,48 € pro Monat mit der Begründung ein, die Miete sei wegen Mängeln der Mietsache um 50 % gemindert. Die Kl. hat mit der Klage Mietrückstände von insgesamt 27.622,40 € für die Monate Mai bis September 2012 geltend gemacht. Zu Recht?

Ein Anspruch der Kl. auf weitere Mietzahlung wäre ausgeschlossen, wenn die Bekl. die Miete zu Recht um 50 % gemindert hätte. Allerdings könnte die Minderung nach § 536 b BGB ausgeschlossen sein, wenn die Bekl. trotz Mangelkenntnis die Verlängerungsoption ausgeübt habe, ohne sich Rechte wegen der Mängel vorzubehalten.

## I. Ausübung einer Verlängerungsoption

### 1. Wesen der Verlängerungsoption

„Bei einer Verlängerungsoption handelt es sich um das der begünstigten Partei eingeräumte **Recht**, ein **befristetes Mietverhältnis vor Ablauf der Mietzeit** durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung um einen bestimmten Zeitraum **zu verlängern** (vgl. etwa Senat, BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 = NZM 2015, 84 Rn. 21; BGH, NJW 1982, 2770; Leonhard in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, Vorb. § 535 Rn. 542; Blank in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl., § 542 Rn. 184 f.). Demgegenüber führt eine **Verlängerungsklausel** die **Vertragsverlängerung allein durch Schweigen** herbei (vgl. etwa BGHZ 150, 373 = NJW 2002, 2170 [2171] = NZM 2002, 604; OLG Düsseldorf, NZM 2003, 852 = ZMR 2002, 910; Leonhard in Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Vorb. § 535 Rn. 542).“ (BGH aaO.)

### 2. Anwendung auf den Fall

„Vorliegend haben die Mietvertragsparteien eine **Kombination dieser Regelungsmöglichkeiten** vorgenommen, in dem sie allein der Bekl. die Möglichkeit eingeräumt haben, eine **Vertragsverlängerung** (um fünf Jahre) nach Ablauf der zehnjährigen Vertragslaufzeit durch schriftliche Erklärung **zu verhindern**. Dies ändert aber – ebenso wenig wie der Umstand, dass in der Vertragsklausel von einer „Option“ die Rede ist – nichts daran, dass die Verlängerung nicht an eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern allein an die Nichtabgabe einer „gegenteiligen schriftlichen Erklärung“ und damit das Schweigen der Bekl. gebunden ist. Das Unterbleiben der Beendigungserklärung führte mithin zur **Fortsetzung des Mietverhältnisses mit demselben Inhalt** bei Wahrung des in die Zukunft verlängerten Vertrags (vgl. BGHZ 150, 373 = NJW 2002, 2170 [2171]).

Ob die vorliegend erfolgte Vertragsverlängerung derjenigen durch Ausübung einer Verlängerungsoption entspricht, die der vom BerGer. herangezogenen Rechtsprechung des BGH zu § 539 BGB a.F. zu Grunde lag (BGH, NJW 1970, 1740 [1742], kann jedoch dahinstehen.“ (BGH aaO.)

## II. Kein Ausschluss der Minderungsrecht selbst bei Gleichstellung mit Verlängerungsoption

„Denn wie der Senat nach Erlass des angefochtenen Beschlusses entschieden hat, führt auch die **vorbehaltlose Ausübung einer Verlängerungsoption** durch den Mieter **nicht gem. oder entsprechend § 536 b BGB zum Verlust** der ihm nach §§ 536 und 536 a BGB zustehenden Rechte (Senat, BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 Rn. 16 ff. m.w.N.; dazu Bihkowsky, ZfIR 2015, 105).

Bei der **Ausübung einer Verlängerungsoption** handelt es sich **nicht** um einen **Vertragsschluss i.S.d. § 536 b BGB**. Die Option ist ein schon im Ausgangsvertrag eingeräumtes Gestaltungsrecht. Durch ihre Ausübung kommt kein neuer Vertrag zu Stande. Vielmehr wirkt sie **unmittelbar auf das bestehende Mietverhältnis** ein, indem sie mit ihrer Gestaltungswirkung lediglich die ursprünglich vereinbarte Vertragslaufzeit ändert und ihr einen neuen Zeitabschnitt hinzufügt. Im Übrigen wird der Mietvertrag aber – ebenso wie bei der Fortsetzung eines Mietverhältnisses auf Grund eines Verlängerungsmechanismus – mit demselben

*Vertragsinhalt fortgesetzt und die Identität des Vertrags bleibt erhalten. Demnach bewirkt die Ausübung einer Verlängerungsoption keine Änderung der vertraglichen Beziehungen, die einen Neuabschluss des Mietvertrags darstellt (Senat, BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 Rn. 20 f. m.w.N.).*

*Auch die entsprechende Anwendung des § 536 b BGB kommt bei vorbehaltloser Ausübung einer Verlängerungsoption nicht in Betracht (Senat, BGHZ 203, 148 = NJW 2015, 402 Rn. 22 ff. m.w.N.). [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)*

BGB

§§ 1357, 1687

## Keine Mithaftung des Ehegatten bei Getrenntleben Verletzung rechtlichen Gehörs bei Nichtbeachtung entsprechenden Vortrags

ZivilR

(BVerfG in FamRZ 2016, 21; Beschluss vom 08.10.2015 – 1 BvR 455/14)

Die Anwendung des § 1357 I BGB trotz Getrenntlebens der Ehegatten nach § 1357 III BGB verstößt gegen das Willkürverbot und verletzt, wenn der Beschwerdeführer in seinem Vortrag auf § 1357 III BGB hingewiesen hat, den Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs.

**Fall:** Die vom Beschwerdeführer (Beklagter des Ausgangsverfahrens) auch örtlich getrennt lebende Ehefrau hatte für das gemeinsame minderjährige Kind bei einem Hals-Nasen-Ohren-Arzt einen Behandlungsvertrag mit narkosepflichtiger Maßnahme geschlossen. Dabei hatte sie in den entsprechenden Feldern des Behandlungsvertrages namentlich sich als Erziehungsberechtigte, den Namen des Kindes sowie ihre gemeinsame Anschrift benannt und als Kostenträger den Namen und die von ihrer Adresse verschiedene Anschrift des Beschwerdeführers angegeben. Nach Durchführung der Operation stellte der vom behandelnden Arzt personenverschiedene Anästhesist (Kläger des Ausgangsverfahrens) seine Kosten von 221,38 € in Rechnung. Auf die gegen beide Ehegatten erhobene Klage ordnete das Amtsgericht die Durchführung des vereinfachten Verfahrens nach § 495a ZPO an und wies mit Hinweisbeschluss darauf hin, die Klage sei „unter Berücksichtigung von §§ 1357, 1629 BGB“ begründet. Der Beschwerdeführer führte innerhalb der gesetzten Schriftsatzfrist nebst Literaturbeifügung unter anderem aus, angesichts der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft gelange die Regelung zur Mithaftung über die sogenannte „Schlüsselgewalt“ in § 1357 I BGB gemäß § 1357 III BGB nicht zur Anwendung. Es habe auch kein akuter Behandlungsbedarf vorgelegen. Hierzu hatte der Beschwerdeführer den behandelnden Arzt als Zeugen benannt. Für den Fall einer abweichenden Entscheidung beantragte er die Zulassung der Berufung.

Durch angegriffenes Urteil verurteilte das Amtsgericht den Beschwerdeführer als Gesamtschuldner mit seiner Ehefrau zur Zahlung. Die Mithaftung des Beschwerdeführers ergebe sich aus dem gemeinsamen Sorgerecht und aus § 1357 I BGB. Die Kindesgesundheit gehöre zum Lebensbedarf der Familie. Daher begründeten Arztverträge, die ein Ehegatte zugunsten eines Kindes abschließe, die Mithaftung des anderen Ehegatten. Für die Zulassung der Berufung nach § 511 IV ZPO bestehe kein Anlass.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung der Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG) durch die unterbliebene Berufungszulassung, die Verletzung des Willkürverbots (Art. 3 I GG) durch Nichtberücksichtigung des § 1357 III BGB wie auch des unstreitigen Vorbringens zur Trennung und eine darin gleichzeitig liegende Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG).

### I. Verstoß gegen Willkürverbot (Art. 3 I GG)

#### 1. Maßstäbe des Willkürverbots

*„Ein Richterspruch verstößt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann gegen den **allgemeinen Gleichheitssatz in seiner Ausprägung als Verbot objektiver Willkür (Art. 3 I GG)**, wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf **sachfremden Erwägungen** beruht. Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen. Schuldhaftes Handeln des Richters ist nicht erforderlich. Fehlerhafte Rechtsanwendung allein macht eine Gerichtsentscheidung nicht objektiv willkürlich. **Schlechterdings unhaltbar** ist eine fachgerichtliche Entscheidung vielmehr erst dann, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt, der **Inhalt einer Norm in krasser Weise missverstanden** oder sonst in nicht mehr nachvollziehbarer Weise angewendet wird (vgl. BVerfGE 89, 1 [13 f.]; 96, 189 [203]).“ (BVerfG aaO.)*

#### 2. Anwendung auf den Fall

*„Nach diesen Maßstäben verletzt das angegriffene Urteil den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 3 I GG in der Ausprägung als Willkürverbot.*

*Die Rechtsauffassung des Amtsgerichts, den Umfang der Mitverpflichtung im Sinne von § 1357 III BGB getrennt lebender Ehegatten auf die Vorschrift des § 1357 I BGB zu stützen, ist **unter keinem denkbaren rechtlichen Aspekt vertretbar**. Schon die offensichtlich einschlägige Norm des § 1357 III BGB hat das Amtsgericht trotz ausdrücklichen Vortrags nicht berücksichtigt. Danach entfällt bei Getrenntleben im Sinne des Nichtbestehens der häuslichen Gemeinschaft die Berechtigung des Ehegatten zur wechselseitigen Verpflichtung für Rechtsgeschäfte, die ihrer Art nach einen Bezug zur familiären Konsumgemeinschaft haben (vgl. nur Palandt, BGB, 74. Auflage 2015, § 1357, Rn. 9).*

*Soweit in älterer Rechtsprechung eine **Mitverpflichtung über die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag** in Verbindung mit der Unterhaltspflicht für denkbar gehalten wurde, kommt es darauf schon deshalb nicht an, weil hierzu weder der Kläger vorgetragen noch das Amtsgericht sich verhalten hat. Eine **Mitverpflichtung** ergibt sich schließlich auch **nicht über** die - im angegriffenen Urteil nicht genannten - Vorschriften der hier **gemeinsam ausgeübten Personensorge gemäß § 1626 I 2, § 1629 BGB**. Eltern können danach von ihrem Recht der Vertretung des Kindes beim Abschluss eines Behandlungsvertrags Gebrauch machen, sie müssen es aber nicht. Selbst wenn man im vorliegenden Behandlungsvertrag eine Eigenverpflichtung der Eltern sehen wollte, so wäre diese nur von der mitverklagten Mutter eingegangen worden. Dass der Abschluss eines Behandlungsvertrags allein durch die Mutter aufgrund Gefahr im Verzug zum Wohl des Kindes notwendig war (§ 1629 I 4 BGB), hat der Kläger schon nicht substantiiert vorgetragen. Im Übrigen war dies unter Beweisangebot seitens des Beschwerdeführers bestritten, und weder das Urteil noch der Anhörungsrügebekundnis verhalten sich dazu. Letztlich würde aber auch dies an der Rechtslage nichts ändern, denn die **Vorschriften** betreffen nur die Frage, **wem in diesen Fällen die tatsächliche Entscheidung zur Behandlung zusteht**. Sie enthalten **keine Ermächtigung zur Mitverpflichtung des Ehegatten**. Ebenso folgt aus § 1687 BGB nur die Berechtigung eines Elternteils zur Entscheidung über Angelegenheiten des täglichen Lebens, nicht aber eine Mithaftung des getrennt lebenden Ehegatten.“ (BVerfG aaO.)*

Danach ist das Urteil schon wegen des offensichtlichen Gesetzesverstoßes objektiv willkürlich ergangen, ohne dass es auf die Motive des Amtsgerichts ankommt.

## II. Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG)

„Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) ist ebenfalls verletzt. Das Amtsgericht hat den **Vortrag des Beschwerdeführers**, mit dem dieser auf die hier einschlägige Vorschrift des § 1357 III BGB hinwies, bei seiner Entscheidung **nicht berücksichtigt**. Dies wird nicht nur anhand der Urteilsgründe deutlich, sondern auch angesichts der Begründung des Anhörungsrügebekchlusses, in dem das Gericht ausführt, es habe zuvor auf seine Rechtsauffassung hingewiesen. Das Gericht hat damit verkannt, dass der **Inhalt des Vorbringens der Parteien** nicht nur tatsächlich zur Kenntnis genommen, sondern **auch erwogen werden muss**. Der für eben solche Fälle geschaffene Rechtsbehelf der Anhörungsrüge hat hier nicht zu einer Abhilfe geführt, das Amtsgericht hat den Gehörsverstoß vielmehr perpetuiert.“ (BVerfG aaO.)

BBiG  
§ 20

### Praktikum vor Berufsausbildung Keine Anrechnung auf Probezeit

ArbeitsR

(BAG in BB 2016, 381; Meldung vom 19.11.2015 – 6 AZR 844/14)

1. Die Dauer eines vorausgegangenen **Praktikums** ist auf die Probezeit im Berufsausbildungsverhältnis **nicht anzurechnen**.
2. § 20 S. 1 BBiG ordnet **zwingend** an, dass das **Berufsausbildungsverhältnis mit der Probezeit beginnt**. Beide Vertragspartner sollen damit ausreichend Gelegenheit haben, die für die Ausbildung im konkreten Ausbildungsberuf wesentlichen Umstände eingehend zu prüfen.
3. Eine **Anrechnung von Zeiten**, in denen zwischen dem Auszubildenden und dem Auszubildenden bereits ein anderes Vertragsverhältnis bestand, **sieht § 20 BBiG nicht** vor. Die Vorschrift knüpft allein an den rechtlichen Bestand des Ausbildungsverhältnisses an.
4. Dies entspricht der **unterschiedlichen Pflichtenbindung in einem Berufsausbildungsverhältnis im Vergleich zu einem Arbeitsverhältnis** oder einem anderen Vertragsverhältnis i.S.d. § 26 BBiG. Die im Rahmen der Probezeit vorzunehmende Prüfung ist nur unter den Bedingungen des Berufsausbildungsverhältnisses mit seinen spezifischen Pflichten möglich. (Orientierungssatz des Gerichts)
5. Folglich ist auch die in einem vorausgegangenen Praktikum zurückgelegte Zeit nicht auf die Probezeit in einem folgenden Berufsausbildungsverhältnis anzurechnen. Auf den Inhalt und die Zielsetzung des Praktikums kommt es nicht an.

BGB  
§§ 535 I 2, 555c

### Instandhaltungspflicht des Vermieters Kein Austausch des verschlissenen Teppichbodens durch Laminat

ZivilR

(LG Stuttgart in NJW 2016, 418; Urteil vom 01.07.2015 – 13 S 154/14)

Der Vermieter einer Wohnung darf im Rahmen seiner Instandhaltungspflicht einen **mitvermieteten Teppichboden nicht ohne Weiteres** gegen den Willen des Mieters **durch einen Laminatboden** ersetzen.

**Fall:** Die Kl. beehrte mit der Klage den Austausch des mitvermieteten, zwischenzeitlich verschlissenen Teppichbodens, der sich in ihrer von der Bekl. angemieteten Wohnung befindet. Die Bekl. war zum Austausch des in der Wohnung befindlichen Bodenbelags bereit, lehnte jedoch die Einbringung von Teppichboden ab und wollte stattdessen einen Laminatboden verlegen lassen. Hiermit war die Kl. nicht einverstanden.

Der Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Entfernung des vorhandenen Teppichbodens und Verlegung eines in Farbe, Art und Güte mit dem alten Teppichboden vergleichbaren neuen Teppichbodens in der streitgegenständlichen Mietwohnung gem. § 535 I 2 BGB haben.

„Dass die Bekl. nach § 535 I 2 BGB **im Rahmen ihrer Erhaltungspflicht verpflichtet** ist, den derzeit in der Wohnung befindlichen, unstreitig stark abgenutzten Teppichboden zu entfernen und einen **neuen Bodenbelag einzubringen**, steht zwischen den Parteien außer Streit. Die Bekl. ist aber in diesem Zusammenhang nicht berechtigt, den in der Wohnung befindlichen Teppichboden durch einen Laminatboden zu ersetzen.

Zwar darf der Vermieter im Rahmen der Erhaltungspflicht nach § 535 I 2 BGB die Mietsache unwesentlich und ohne Wertverlust verändern. Er ist aber gehalten, bei Beseitigung von Mängeln **möglichst den ursprünglichen Zustand der Mietsache wiederherzustellen** (Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 535 Rn. 63; Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl. 2014, Rn. 370). Dies ergibt sich daraus, dass die Maßnahmen nach § 535 I 2 BGB lediglich Erhaltungsmaßnahmen darstellen, die dem Wortsinne nach gerade nur der Erhaltung des bisherigen vertragsgemäßen Zustands dienen. **Veränderungen**, die wesentliche Veränderungen der Mietsache bewirken, wären als **Modernisierungsmaßnahmen gem. § 555 c BGB** zu werten und **entsprechend formell anzukündigen**.

Die Kammer ist vorliegend bereits der Auffassung, dass der **Austausch eines Teppichbodens gegen einen Laminatboden eine wesentliche Abweichung vom bisherigen Zustand** darstellt. Das subjektive Wohngefühl würde durch die Einbringung von Laminat, das einen deutlich andersartigen Bodenbelag als Teppichboden darstellt, erheblich verändert. Dass Teppichboden als Bodenbelag im Mietvertrag nicht ausdrücklich schriftlich festgelegt ist, ist dabei unerheblich. Denn die Kl. hat die Wohnung unstreitig mit Teppichboden angemietet, so dass es auf diesen von Vertragsbeginn bestehenden Zustand als „vertragsgemäßem“ ankommt. Selbst wenn man in der Einbringung von Laminatboden statt Teppichboden keine erhebliche Veränderung der Mietsache sehen würde, **überwiegen** nach Ansicht der Kammer vorliegend die **Interessen der Kl. an der Beibehaltung des Teppichbodenbelags** die Interessen der Bekl. an der Einbringung eines Laminatbodens.

Für die Kl. streitet insofern ihr Interesse, **das bisherige Wohngefühl einer Wohnung mit Teppich** beibehalten zu können. Es kann den beiden in Frage stehenden Bodenbelägen nicht objektiv ein Wertigkeitsrang zugewiesen werden, vielmehr richtet sich die **Bevorzugung** des einen oder anderen Bodenbelags **nach dem subjektiven Empfinden**. Insofern liegt für die Kammer auf der Hand, dass der subjektive Wohnwert durch die Einbringung eines Teppichbodens statt eines Laminats deutlich verändert wird. Nachdem die Kl. aber eine Wohnung angemietet hat, die mit Teppich ausgestattet war, ist es als ihr berechtigtes Interesse anzuerkennen, dieses Wohngefühl beibehalten zu wollen. Zum anderen ist auf Seiten der Kl. zu berücksichtigen, dass sie im Fall der Einbringung von Laminat **gesteigerten Trittschall** befürchtet. Es ist der Kl. zuzugestehen, dass sie im Interesse einer konfliktfreien Nachbarschaft gesteigerte Rücksicht auf die Empfindlichkeiten der unter ihr wohnenden Nachbarin nehmen möchte.

Zu Gunsten der Bekl. spricht, dass **Laminatboden langlebiger ist und weniger der Abnutzung unterliegt**. Nachdem die Wohnung jedoch in der Vergangenheit gerade mit Teppich ausgestattet war, kann der Bekl. aber nun auch im Rahmen einer Erhaltungsmaßnahme nach § 535 II BGB zugemutet werden, die etwas kürzere Lebensdauer eines Bodenbelags aus Teppich hinzunehmen. Dies umso mehr, als der bislang in der Wohnung befindliche Teppich über 17 Jahre lang in der Wohnung belassen werden konnte und die Lebensdauer von Laminat im Vergleich hierzu jedenfalls nicht deutlich gesteigert sein dürfte. Dass Laminat besser zu pflegen ist und bessere Hygienebedingungen bietet, kann dagegen nicht zu Gunsten der Bekl. in die Abwägung eingestellt werden. Dieser Aspekt betrifft alleine den Pflegeaufwand der Kl., die den erhöhten Aufwand bei Teppich ersichtlich in Kauf zu nehmen gewillt ist.“ (LG Stuttgart aaO.)

BGB  
§ 823

### Fluglotsenstreik

ZivilR

#### Kein Schadensersatzanspruch drittbetroffener Fluggesellschaften

(BAG in DB 2016, 122; Urteil vom 25.08.2015 – 1 AZR 754/13)

1. Die von einem Streik der Fluglotsen am 06.04.2009 am Stuttgarter Flughafen betroffenen Fluggesellschaften haben gegen die streikführende Gewerkschaft **keine Schadensersatzansprüche wegen ausgefallener, verspäteter oder umgeleiteter Flüge**.
2. In dem Streik liegt **keine Verletzung des Eigentums der Fluggesellschaften an ihren Flugzeugen** i.S.d. § 823 I BGB.
3. Das **Recht** der Fluggesellschaften **am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB ist ebenfalls nicht verletzt. Der Streik der Fluglotsen war gegen den Betrieb der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS) gerichtet. Ein **unmittelbarer, betriebsbezogener Eingriff** in die Gewerbebetriebe der Fluggesellschaften war **damit nicht verbunden**.
4. Aus den luftverkehrsrechtlichen Vorgaben zu den für die Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit von Fluggesellschaften nicht substituierbaren Leistungsvoraussetzungen folgt nichts anderes. Die Reglementierung des Luftverkehrs ist **arbeitskampfnutral**. Sie bedingt keinen Wechsel oder eine Erweiterung des von der streikführenden Gewerkschaft bestimmten Gegners des Streiks.
5. Die Annahme eines gegen die Unternehmen der Fluggesellschaften gerichteten unmittelbaren Eingriffs scheidet auch deshalb aus, weil die durch die Erbringung von Flugsicherungsdiensten zu gewährende **Lufttraumnutzung nicht zu deren Gewerbebetrieben gehört**.

StGB

### Raubtypische Verknüpfung von Gewalt und Wegnahme

Str BT

§§ 316 I, 315 c I Nr. 1 a, III Nr. 1

**Gewalt muss mehr als Begleiterscheinung sein**

(BGH in NSTz 2015, 698; Beschluss vom 30.09.2015 – 5 StR 367/15)

**Fall:** Die alkoholisierten Angekl. beschlossen mit einem unbekannt gebliebenen Mittäter, am Abend des 15.03.2013 die Geschädigte Ha in ihrer Wohnung aufzusuchen und bei Gelegenheit nach stehleiswerten Gegenständen zu suchen. Die Angekl. erwarteten, dass sie in der Wohnung auch den Geschädigten M antreffen würden, einen Bekannten, mit dem sie gelegentlich Alkohol tranken. Die körperlich gebrechliche und hilfsbedürftige Ha wurde bei alltäglichen Verrichtungen von M unterstützt. M öffnete dem Angekl. E, der gemeinsam mit seinem unbekannt gebliebenen Begleiter auf den Balkon der Hochparterre-Wohnung gestiegen war, auf dessen Klopfen die Balkontür und ließ anschließend auch den über das Treppenhaus zur Wohnungstür gelangten Angekl. G in die Wohnung ein. Möglicherweise tranken zunächst alle Anwesenden Alkohol. Als der Angekl. E begann, Schränke nach Wertgegenständen abzusuchen, entstand ein Streit zwischen dem ebenfalls alkoholisierten M und den drei „Besuchern“, die ihn beleidigten. Der Angekl. E, der an diesem Abend ein Messer mit sich führte, schlug auf M ein. Als er von ihm abließ, um weiter die Schränke zu durchsuchen, flüchtete M auf den Balkon und rief um Hilfe. Daraufhin versuchte der Angekl. E vergeblich, ihn wieder in die Wohnung zu zerren. M riss sich los und sprang von dem Balkon. Er fiel auf eine schneebedeckte Wiese vor dem Haus, wo er liegen blieb. Die Angekl. und ihr Begleiter nahmen das Mobiltelefon der Geschädigten Ha und mindestens 60 € Bargeld an sich und verließen die Wohnung. Bevor sich die Angekl. endgültig vom Tatort entfernten, begaben sie sich zu dem noch regungslos vor dem Haus liegenden M. Aus Verärgerung über die vorherige Auseinandersetzung trat der Angekl. E auf ihn ein; sobald M sich aufzurichten versuchte, trat E erneut zu. Währenddessen stand der Angekl. G in unmittelbarer Nähe, um durch seine Anwesenheit M von einer Gegenwehr abzuhalten und erforderlichenfalls zugunsten E eingreifen zu können. Hat sich der Angekl. E nach § 250 I Nr. 1 a StGB eines qualifizierten Raubes (§ 249 StGB) strafbar gemacht?

Die Qualifizierung der Tat als Raub setzt voraus, dass der Angekl. E Gewalt als Mittel der Wegnahme angewendet hat.

„Nach st. Rspr. muss zwischen dem Einsatz von Gewalt und der Wegnahme beim Raub eine **finale Verknüpfung** bestehen; die **Gewalt muss** – zumindest aus Sicht des Täters – das **Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme** sein (vgl. BGH Beschl. v. 28.04.1989 – 4 StR 184/89, BGHR StGB § 249 I – Gewalt 3; v. 17.07.2002 – 2 StR 225/02, NSTz-RR 2002, 304; v. 25.09.2012 – 2 StR 340/12, NSTz-RR 2013, 45, und v. 18.02.2014 – 5 StR 41/14, NSTz 2015, 156). Die Anwendung von Gewalt oder Drohungen darf somit **nicht als bloße „Begleiterscheinung“** gelegentlich der Entwendung einer fremden Sache erfolgen (vgl. MüKo-StGB/Sander 2. Aufl., § 249 Rn. 24 m.w.N.).

Zu der Frage, ob der Geschädigte M **überhaupt im Rahmen des „Streits“ während des von dem Angekl. E begonnenen Absuchens der Schränke** eine Wegnahme eigener Gegenstände zu verhindern suchte oder als Gewahrsamshüter von Wertsachen der Geschä-

digten Ha auftrat und E daher mit seinen Schlägen erwarteten Widerstand des M überwinden wollte, hat das LG jedoch keine Feststellungen getroffen. Auch die zu den Geschehensabläufen in der Wohnung wiedergegebene Aussage des Geschädigten M verhält sich hierzu nicht.“ (BGH aaO.)

StGB  
§ 244 a I

## Schwerer Bandendiebstahl Abgrenzung zwischen konkludenter Bandenabrede und Mittäterschaft

StR BT

(BGH in NStZ-RR 2016, 11; Urteil vom 27.07.2015 – 2 StR 441/14)

Ob jemand Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich nach der deliktischen Vereinbarung, der so genannten **Bandenabrede**. Sie setzt den Willen voraus, sich mit anderen zu verbinden, um künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen **noch ungewisse Straftaten** des im Gesetz genannten Deliktstypus zu begehen.

**Fall:** Nach den Urteilsfeststellungen beging der Angekl. L, der im Dezember 2012 letztmals aus der Strafhaft entlassen wurde, keine Sozialleistungen bezog und den Geldbedarf für seinen Lebensunterhalt und seinen Drogenkonsum durch die Begehung von Diebstählen deckte, im Zeitraum vom 26.02.2013 bis zum 24.11.2013 insgesamt 20 Einbruchsdiebstähle in Büroräume, Gaststätten, Kioske und Ähnliches, die in 3 Fällen nur zum Versuch gediehen sind. Dabei handelte er in den Fällen C I 2, 4, 5, 9, 10, 18 und 22 allein, in den Fällen C I 1, 3 und 13 gemeinsam mit dem nicht revidierenden Mitangekl. A, in den Fällen C I 6 und 7 gemeinsam mit den Mitangekl. A und R und schließlich vom 01.11.2013 in den Fällen C I 8, 11, 12, 15, 16, 19, 20 und 21 auf der Grundlage einer mit den nicht revidierenden Mitangekl. A und W getroffenen Bandenabrede jeweils mit einem Bandenmitglied und im Fall C I 21 unter Mitwirkung beider Bandenmitglieder.

Seine Überzeugung von der konkludent geschlossenen Bandenabrede stützte das LG auf die Einlassung des Angekl. L, jeder von ihnen – also A, W und er selbst – habe „die Augen offen“, also nach „günstigen Einbruch Gelegenheiten“ Ausschau gehalten, um gegebenenfalls einen der anderen zu informieren und bei der anschließenden Tat eventuell hinzuzuziehen. Darüber hinaus maß es dem Inhalt der vor, während und nach den Taten geführten Telefonate der Beteiligten Indizwirkung für die Bandenabrede bei, weil sie auf eine zwar jeweils spontan ins Werk gesetzte, aber enge Zusammenarbeit und auf eine stetige gegenseitige Information während der Tatausführungen hindeuteten. Ist eine Verurteilung wegen schweren Bandendiebstahls bzw. versuchten schweren Bandendiebstahls rechtlich haltbar?

### I. Prüfungsmaßstäbe für einen schweren Bandendiebstahl nach § 244a I StGB

„Wegen schweren Bandendiebstahls gem. § 244 a I StGB macht sich strafbar, wer als **Mitglied einer Bande**, die sich zur **fortgesetzten Begehung von Diebstählen** verbunden hat, unter **Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds** einen Diebstahl der in § 243 I 2 StGB genannten Art begeht. Eine Bande in diesem Sinne setzt den Zusammenschluss von **mindestens 3 Personen mit dem Willen voraus, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Diebstähle zu begehen** (BGH (GS), Beschl. v. 22.03.2001 – GSSt 1/00 = BGHSt 46, 321 [325] = NJW 2001, 2766 = NStZ 2001, 421; BGH, Ur. v. 16.06.2005 – 3 StR 492/04 = BGHSt 50, 160 = NJW 2005, 2629 = NStZ 2006, 174; Senat, Beschl. v. 10.12.2012 – 2 StR 120/12 = StV 2013, 508 [509]). **Nicht erforderlich** ist die **gegenseitige verbindliche Verpflichtung zur Begehung bestimmter Delikte**; es genügt vielmehr auch die Übereinkunft, in Zukunft sich ergebende günstige Gelegenheiten zu gemeinsamer Tatbegehung zu nutzen (Senat, Ur. v. 21.12.2007 – 2 StR 372/07 = NStZ 2009, 35 [36]). Ob jemand Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich nach der deliktischen Vereinbarung, der so genannten Bandenabrede. Sie setzt den Willen voraus, sich mit anderen zu verbinden, um künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstypus zu begehen (BGH, Ur. v. 16.06.2006 – 3 StR 492/04 = BGHSt 50, 160 [161] = NJW 2005, 2629 = NStZ 2006, 174). Sie bedarf **keiner ausdrücklichen Vereinbarung**; die Bandenabrede kann auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen (BGHSt 50, 160 [162] = NJW 2005, 2629 = NStZ 2006, 174). Das **Vorliegen einer Bandenabrede** kann daher auch aus dem konkret feststellbaren, wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden (Senat, Ur. v. 21.12.2007 – 2 StR 372/07 = NStZ 2009, 35 [36]; BGHSt 50, 160 [162] = NJW 2005, 2629 = NStZ 2006, 174). Haben sich die Täter jedoch von vornherein **nur zur Begehung einer einzigen Tat verabredet** und in der **Folgezeit** – auf der Grundlage eines jeweils neu gefassten Tatentschlusses – **weitere Straftaten begangen**, so fehlt es an der erforderlichen Bandenabrede (Senat, NStZ 2009, 35 [36]; Beschl. v. 10.10.2012 – 2 StR 120/12 = StV 2013, 508 [509]). In Grenzfällen kann die **Abgrenzung** zwischen einer auf einer **konkludent getroffenen Bandenabrede** beruhenden Bandentat und **bloßer Mittäterschaft** schwierig sein. Erforderlich ist in diesen Fällen eine sorgfältige und umfassende Würdigung aller im konkreten Einzelfall für und gegen eine Bandenabrede sprechenden Umstände (Senat, StV 2013, 508 [509 f.]). Der Tatrichter muss sich insbesondere bewusst sein, dass ein Rückschluss von dem tatsächlichen deliktischen Zusammenwirken auf eine konkludente Bandenabrede für sich genommen zu kurz greifen kann (vgl. Senat, StV 2013, 508 [510]).“ (BGH aaO.)

### II. Anwendung auf den Fall

„In den Urteilsgründen ist zunächst festgehalten, dass der Angekl. L „das Zustandekommen einer – auch stillschweigenden – **Bandenabrede bestritten**“ und im Rahmen seiner Sacheinlassung geschildert habe, dass „jeder von ihnen ‚die Augen offen‘, d.h. nach ‚günstigen‘ Einbruch Gelegenheiten Ausschau gehalten habe, um gegebenenfalls einen der anderen zu informieren und bei der anschließenden Tatbegehung eventuell hinzuzuziehen“. Dazu, ob der Angekl. damit die „**Zusammenarbeit**“ der Beteiligten für den gesamten verfahrensgegenständlichen Tatzeitraum beschrieben und eine Abrede der Beteiligten oder nur ein tatsächliches, möglicherweise auf ein lediglich mittäterschaftliches Handeln hindeutendes Vorgehen geschildert hat, verhalten sich die Urteilsgründe nicht. Dies wäre jedoch vorliegend angesichts der Besonderheiten des Falles unerlässlich gewesen. Der Angekl. beging **teils allein und teils mit verschiedenen Tatbeteiligten** Einbruchsdiebstähle, um seinen Lebensunterhalt und seinen Drogenkonsum zu finanzieren. Von einer Tatbegehung im Rahmen einer Bandenabrede hat sich das LG erst ab dem 01.11.2013 und nur für einen Teil der verfahrensgegenständlichen Taten zu überzeugen vermocht. Vor diesem Hintergrund wäre eine umfassende Mitteilung und eingehende Würdigung der Einlassung des Angekl. L erforderlich gewesen.

Auf das Vorliegen einer konkludenten Bandenabrede konnte auch **nicht ohne weiteres** aus den Umständen der Tat vom 01.11.2013, insbesondere den hierbei **geführten Telefonaten**, geschlossen werden. Nach den Feststellungen telefonierte der Angekl. L zunächst mit dem nicht revidierenden Mitangekl. A, der eine Mitwirkung an dem von L geplanten Diebstahl ablehnte; während der Tat rief L den Mitangekl. W an, der daraufhin zum Tatort kam und sich an deren weiterer Durchführung beteiligte. Dass alle 3 Angekl. zuvor ein gemeinsames Zusammenwirken für die Zukunft verabredeten oder dass W sich mit dem Willen, künftig gemeinsam mit L und A Diebstähle zu begehen, zur Mitwirkung entschloss, ist dadurch nicht belegt.

Bei dieser Sachlage bedarf die Sache auch unter Berücksichtigung der vom LG in seine Beweiserwägungen eingestellten, auf eine Bandenabrede hindeutenden Indizien neuer Verhandlung und Entscheidung.“ (BGH aaO.)

BGB  
§ 839

**Amtshaftungsanspruch**  
**Mitverschulden bei rechtswidrig begünstigendem Verwaltungsakt**  
(BGH in MDR 2016, 152; Urteil vom 10.12.2015 – III ZR 27/14)

ÖffR

1. Ob ein **(rechtswidriger) begünstigender Verwaltungsakt** haftungsrechtlich schutzwürdiges Vertrauen begründet oder ob einer entsprechenden Vertrauensgrundlage objektive Umstände oder subjektive Kenntnisse beziehungsweise sich aufdrängende Erkenntnismöglichkeiten des Empfängers entgegenstehen, ist nicht erst eine Frage des mitwirkenden Verschuldens i.S.d. § 254 BGB, sondern bereits eine solche der objektiven Reichweite des dem Betroffenen durch das Amtshaftungsrecht gewährten Vermögensschutzes.
2. Ob die Grundlage für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Geschädigten nachträglich entfallen ist, lässt sich nur aufgrund einer **alle relevanten objektiven und subjektiven Umstände** einbeziehenden umfassenden Würdigung des Sachverhalts feststellen.
3. Die **Vergewisserungspflicht nach § 3 V VermG** entfällt nicht deshalb, weil die Behörde nach § 31 II 1 VermG verpflichtet ist, Dritte, deren rechtliche Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können, über die Antragstellung zu informieren.
4. Ein Verstoß des Verfügungsberechtigten gegen die Vergewisserungspflicht nach § 3 V VermG kann ein Mitverschulden i.S.d. § 254 I BGB begründen.

**Fall:** Der Kläger macht Amtshaftungsansprüche geltend, weil für einen Schenkungsvertrag vom 10.10.1991 zwischen dem Kläger und seinen Eltern eine Grundstücksverkehrsgenehmigung erteilt wurde, obwohl zu diesem Zeitpunkt bereits mit Schreiben vom 27.03.1991 Ansprüche nach dem Vermögensgesetz bezüglich des betreffenden Grundstücks angemeldet wurde. Der Kläger hatte Aufwendungen gemacht und Dispositionen getroffen, die sich dann später als nutzlos herausgestellt haben. Diesbezüglich macht er gegen die Bedienstete des beklagten Landkreis Amtshaftungsansprüche geltend. Mit Erfolg?

Es müssten die Voraussetzungen für einen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG vorliegen.

#### I. Schuldhafte Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht

„Das Berufungsgericht hat ... zutreffend eine **schuldhafte Amtspflichtverletzung** der Bediensteten ... des Beklagten [Landkreis] darin gesehen, dass für den am 10.10.1991 zwischen dem Kläger und seinen Eltern geschlossenen Schenkungsvertrag eine Grundstücksverkehrsgenehmigung erteilt wurde, obwohl die Streithelferin bereits mit Schreiben v. 27.03.1991 Ansprüche ... nach dem Vermögensgesetz angemeldet hatte. Die verletzte Amtspflicht entfaltete auch **Drittschutz zugunsten des Klägers**. Die Amtspflicht, die Grundstücksverkehrsgenehmigung bei Vorliegen einer Anmeldung vermögensrechtlicher Ansprüche nicht sogleich zu erteilen, sondern das Genehmigungsverfahren auszusetzen, besteht auch gegenüber dem Vertragspartner des Verfügungsberechtigten. Dieser soll davor bewahrt werden, im Vertrauen darauf, dass zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung kein Restitutionsverfahren anhängig ist, Aufwendungen zu machen und Dispositionen zu treffen, die sich später als nutzlos herausstellen (BGH, Urt. v. 10.04.2003 – III ZR 38/02, VIZ 2003, 353 f.; v. 10.05.2001 – III ZR 223/00, VIZ 2001, 488 f.; v. 04.03.1999 – III ZR 29/98, VIZ 1999, 346 f.).“ (BGH aaO.)

#### II. Schutzwürdigkeit des Klägers

Der Kläger muss aber auch in schutzwürdiger Weise auf die Rechtmäßigkeit der Grundstücksverkehrsgenehmigung vertraut haben.

##### 1. Prüfungskriterien für die Schutzwürdigkeit bei rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakten

„Ob ein **(rechtswidriger) begünstigender Verwaltungsakt** haftungsrechtlich schutzwürdiges Vertrauen begründet oder ob einer entsprechenden Vertrauensgrundlage objektive Umstände oder subjektive Kenntnisse beziehungsweise **sich aufdrängende Erkenntnismöglichkeiten des Empfängers** entgegenstehen, ist ... nicht erst eine Frage des mitwirkenden Verschuldens i.S.d. § 254 BGB, sondern bereits eine solche der objektiven Reichweite des dem Betroffenen durch das Amtshaftungsrecht gewährten Vermögensschutzes (BGH v. 11.10.2007, aaO.; v. 10.04.2003, aaO.; v. 11.04.2002 – III ZR 97/01, MDR 2002, 944; v. 11.10.2001 – III ZR 63/00, BGHZ 149, 50 [53 f.] = MDR 2002, 30 f.; Wöstmann in Staudinger/BGB, Neubearb. 2013, § 839 Rn. 248). Entsprechendes gilt, wenn das schutzwürdige Vertrauen bei dem Geschädigten nachträglich entfällt (vgl. dazu BGH, Urt. v. 19.03.1992 – III ZR 16/90, BGHZ 117, 363 [372] = MDR 1992, 557; OLG Brandenburg, Urt. v. 14.10.2008 – 2 U 7/08, juris – Rn. 31 f.; Wöstmann, aaO.).

Die ... haftungsrechtliche Rechtsprechung des erkennenden Senats in Bezug auf die **Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Geschädigten** [orientiert sich] auch an dem **Rechtsgedanken des § 48 II 3 VwVfG** (BGH, Urt. v. 16.01.1997 – III ZR 117/95, BGHZ 134, 268 [284] = MDR 1997, 352). Dies bedeutet indes ... nicht, dass vorliegend das Vertrauen des Klägers in die Rechtmäßigkeit der Grundstücksverkehrsgenehmigung und damit in das Nichtvorliegen von Anmeldungen von Restitutionsansprüchen nur dann nicht mehr schutzwürdig ist, wenn eine der in § 48 II 3 Nr. 1 bis 3 VwVfG genannten Fallkonstellationen vorliegt. Bereits im Verwaltungsverfahrenrecht legen die Regelungen des § 48 II 3 Nr. 1 bis 3 VwVfG nicht abschließend fest, wann der Vertrauensschutz entfällt (BVerwG v. 27.06.2012 – 9 C 7/11, BVerwGE 143, 230 – Rn. 18 ...). Vielmehr kann Vertrauensschutz auch für weitere Fallgestaltungen zu verneinen sein, in denen es an einer Grundlage für ihn fehlt ... . Letzteres gilt erst recht für den haftungsrechtlichen Vertrauensschutz. Dieser bezieht die vertrauensschutzrechtlichen Wertungen des Verwaltungsverfahrenrechts in § 48 II 3 VwVfG zwar ein (BGH v. 16.01.1997, aaO.). Ob die Grundlage für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Geschädigten nachträglich entfallen ist, lässt sich jedoch nur aufgrund einer **alle relevanten objektiven und subjektiven Umstände des betreffenden Sachverhalts** einbeziehenden umfassenden Würdigung feststellen. Insbesondere entfällt die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Geschädigten nicht ausschließlich dann, wenn dieser die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts – hier: der Grundstücksverkehrsgenehmigung – gekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat.“ (BGH aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

„Bei Anwendung der vorgenannten Grundsätze ist davon auszugehen, dass aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falls das Vertrauen des Klägers in die Grundstücksverkehrsgenehmigung ... nicht mehr schutzwürdig war [wird in den Rn. 20-27 ausgeführt.]“ (BGH aaO.)

Der Anspruch des Klägers ist daher um ein Mitverschulden nach § 254 I BGB zu kürzen.

BGB  
§ 839

**Badeunfälle**  
**Beweisregeln in Amtshaftungsfällen**

ÖfFR

(OLG Koblenz in MDR 2016, 157; Urteil vom 07.01.2015 – 1 U 862/14)

1. Die Bade-, Schwimmbadaufsicht ist **nicht verpflichtet, ständig jeden Schwimmer im Auge zu halten**.
2. Besteht der vorgeworfene Pflichtverstoß in der zu späten Bergung, Rettung des untergetauchten Kindes, so muss der Kläger **darlegen und beweisen**, dass **bei früherer Rettung** die tatsächlich eingetretenen **Schäden** mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit **ganz oder teilweise verhindert** worden wären.
3. Die in **Arzthaftungsverfahren eingreifenden Beweiserleichterungen** für den Patienten greifen in Amtshaftungsverfahren für den Geschädigten nicht ein. Es gelten die auch sonst einschlägigen Beweislastregeln.

„Zu Recht rügt die Klägerin, dass sie **früher gerettet** (aus dem Wasser geborgen) **hätte werden können**, wenn die Beklagten zu 1) und 2) sofort gehandelt hätten. Dabei geht sie in ihrer Berufungsbegründung ... von einer **tatsächlichen Zeit zwischen Erkennen** der abgesenkten Boje bis zur erfolgreichen Bergung **von ca. 250 Sekunden** aus. Dem stellt sie eine tatsächliche Bergezeit von 75 Sekunden gegenüber. Damit begründet sie den behaupteten **Zeitverlust von knapp 3 Minuten** (175 Sekunden). Demgegenüber geht die Staatsanwaltschaft Koblenz ausweislich der beigezogenen Ermittlungsakte lediglich von einer **zu verantwortenden Verzögerung von 90 Sekunden** aus. Selbst wenn der Senat in diesem Punkt der Klägerin folgt, so führt dies nicht zu einer Haftung der Beklagten zu 3).

Nach der **einhelligen Rechtsprechung und auch der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur** kann ein Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung (zu späte Rettung) und dem eingetretenen Schaden (schwerste Schädigung der Klägerin) nur bejaht werden, wenn **der Schadenseintritt bei pflichtgemäßem Handeln mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden** worden wäre; eine bloße Möglichkeit, ebenso eine gewisse Wahrscheinlichkeit genügen nicht (eingehend zu diesem Gesichtspunkt Wöstmann in Staudinger 213, § 839 Rn. 224 ...). Dies bedeutet im vorliegenden Fall, dass für den Senat für eine Bejahung der Haftung feststehen müsste, dass ohne den Zeitverzug von 3 Minuten der tatsächlich eingetretene Schaden bei der Klägerin ausgeblieben wäre oder zumindest nicht in der vollen Ausprägung eingetreten wäre. ...

Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass **völlig unklar ist wie lange die Klägerin tatsächlich unter Wasser gewesen war**, kann aufgrund dieser sachverständigen Bekundungen nicht festgestellt werden, dass bei der Klägerin die vorhandenen Schädigungen ganz oder teilweise durch eine frühere Rettung (90 Sekunden früher bzw. 3 Minuten früher) ausgeblieben wären oder diese Schädigungen lediglich in geringerem abgrenzbarem Umfang eingetreten wären. [wird ausgeführt]. Die Klägerin kann damit den **Nachweis nicht führen**, dass die bedauerlichen bei ihr nun vorliegenden massiven Schädigungen gerade durch (kausal bedingt) ein pflichtwidriges, verzögerliches Verhalten der Bediensteten der Beklagten zu 3) verursacht wurden. Die Möglichkeit, die **Erhöhung der Chancen für einen schädigungslosen Verlauf** durch eine frühere Bergung, Rettung reicht zur Haftungsbegründung aus Rechtsgründen nicht aus.

Zugunsten der Klägerin **greifen Beweiserleichterungen im vorliegenden Fall nicht ein**. Die Geschädigte hat darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, in welcher für sie günstigen Weise das Geschehen bei Vornahme der gebotenen Amtshandlung (frühere Rettungshandlung) verlaufen wäre (Wöstmann, aaO.). Die Voraussetzungen für die **Annahme eines Anscheinsbeweises** sind insbesondere nach den sachverständigen Feststellungen im vorliegenden Fall nicht gegeben. Es fehlt an einem pflichtwidrigen Handeln bzw. an einem typischen Geschehensablauf. Auch liegt nach allem zur Überzeugung des Senats **keinerlei grob fahrlässiges Verhalten** der Bediensteten der Beklagten zu 3) vor, was bei Hinzutreten weiterer Umstände gegebenenfalls (wie im Arzthaftungsrecht) zu einer Beweiserleichterung hätte führen können. Diese greift im vorliegenden Fall die Haftung nach Amtshaftungsrecht nicht ein.“ (OLG Koblenz aaO.)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 767 I

### Vollstreckungsabwehrklage Klage des Gesellschafters bei Titel gegen Gesellschaft (BGH in DB 2016, 283; Urteil vom 03.11.2015 – II ZR 446/13)

ZivilProzR

1. Richtet sich ein **Vollstreckungstitel gegen eine Gesellschaft** bürgerlichen Rechts als Vollstreckungsschuldnerin, steht die **Befugnis** zur Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage der Gesellschaft zu, **nicht ihren Gesellschaftern**.
2. Bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts können ebenso wie bei einer Personenhandels-gesellschaft **unter Wahrung der Gesellschaftsidentität gleichzeitig sämtliche Gesellschafter im Wege der Anteilsübertragung ausgewechselt** werden

**Fall:** Die Kläger wenden sich gegen einen Vollstreckungsbescheid, den die Beklagte gegen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts „P.“ (im Folgenden: GbR P. ) erwirkt hat.

Die Kläger waren Gesellschafter der GbR P., deren Zweck die Vermietung und Verwaltung der gesellschaftseigenen Immobilie B. Allee 1a/A. Straße in S. ist. Nach ihrem Ausscheiden aus der GbR schlossen die Kläger und zwei weitere ausgeschiedene Gesellschafter zur Regelung ihrer Abfindungsansprüche mit der GbR sowie den in der GbR verbliebenen bzw. inzwischen neu hinzugetretenen Gesellschaftern H. L., P. GmbH und P. GmbH & Co. KG am 25./27.03.2009 eine notarielle Vereinbarung, die den ausgeschiedenen Gesellschaftern bei Nichtzahlung des vereinbarten Abfindungsbetrags unter bestimmten weiteren Voraussetzungen das (in der Vereinbarung so bezeichnete) „Wahlrecht“ gab, von den derzeitigen Gesellschaftern „100% der Gesellschaft (...) zu übernehmen“. Die ausgeschiedenen Gesellschafter übten dieses Wahlrecht zum 01.10.2009 aus. Über die Wirksamkeit dieser rechtsgestaltenden Erklärung und damit den seitherigen Gesellschafterbestand der GbR P. herrscht Streit. In einem Vorprozess, den die Kläger und die beiden weiteren mit ihnen ausgeschiedenen Gesellschafter gegen H. L., die P. GmbH und die P. GmbH & Co. KG geführt haben, hat das LG Halle mit Urteil vom 23.09.2010 festgestellt, dass die (dortigen) Kläger die Gesellschaftsanteile mit Wirkung ab dem 01.10.2009 übernommen haben. Das OLG Naumburg hat die Berufung der (dortigen) Beklagten zurückgewiesen.

Die Beklagte ist auf Veranlassung des H. L. für die GbR P. B. in verschiedenen Angelegenheiten – vor und nach dem 01.10.2009 – anwaltlich tätig geworden. Sie hat gegen die GbR am 08.01.2010 einen Vollstreckungsbescheid über 77.536,06 € nebst Zinsen und Kosten erwirkt. Der Vollstreckungsbescheid, in dem als gesetzlicher Vertreter der GbR der „geschäftsführende Gesellschafter“ H. L. angegeben ist, ist am 18.01.2010 unter der Anschrift „K. Allee 13 c/o P. GmbH“ in H. durch Einlegen in den Briefkasten zugestellt worden.

Die Kläger haben beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid und dem Vergütungsfestsetzungsbeschluss für unzulässig zu erklären. Werden sie damit Erfolg haben?

Fraglich ist jedoch schon, ob die Klage von GbR-Gesellschaftern gegen einen Titel, welcher gegen die GbR ergangen ist, überhaupt zulässig ist.

#### I. Bestimmung der Klageart

Die Kläger haben beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid für unzulässig zu erklären. Hierbei könnte es sich um eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO handeln.

*„Das Berufungsgericht hat zum einen nicht ausreichend beachtet, dass der Klageantrag ausdrücklich darauf gerichtet ist, die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid für unzulässig zu erklären, und somit seinem Wortlaut nach auf eine prozessuale Gestaltung zielt. Dies schließt eine Feststellungsklage aus, die i.Ü. auch nicht geeignet wäre, die (weitere) Vollstreckung aus dem gegen die GbR P. ergangenen Vollstreckungsbescheid, gegen die sich die Kläger wenden, zu unterbinden.*

*Bei seiner Annahme, es handele sich (allenfalls) um eine Klage in analoger Anwendung des § 767 ZPO, dürfte das Berufungsgericht die in der Rspr. anerkannte Möglichkeit vor Augen gehabt haben, mit einer prozessualen Gestaltungsklage in entsprechender Anwendung von § 767 ZPO die Unwirksamkeit oder mangelnde Vollstreckbarkeit eines Vollstreckungstitels wegen formeller Mängel geltend zu machen. Auch mit der vom Berufungsgericht angesprochenen Erinnerung gem. § 732 ZPO gegen die – hier allerdings nicht erfolgte (§ 796 I ZPO) – Erteilung der Vollstreckungsklausel kann die Nichtexistenz oder fehlende Vollstreckbarkeit des zugrunde liegenden Titels beanstandet werden.*

*Eine prozessuale Gestaltungsklage in entsprechender Anwendung von § 767 ZPO liegt hier indes nicht vor; sie könnte auch keinen Erfolg haben. Auf einen möglichen Zustellungsmangel, wie ihn die Kläger behaupten, könnte eine solche Klage nicht gestützt werden. Denn eine unwirksame Zustellung des Vollstreckungsbescheids hätte*

nicht zugleich dessen Unwirksamkeit zur Folge, wie das Berufungsgericht rechtsirrig annimmt. Die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung betraf ein Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren, das erst durch seine, die Verkündung ersetzende, Zustellung existent wird (§ 310 III ZPO). Demgegenüber wird ein **Vollstreckungsbescheid existent**, wenn er **vom Rechtspfleger erlassen** und von der Geschäftsstelle **zur Zustellung in den Geschäftsgang gegeben** wird. Schlägt die Zustellung fehl, so berührt dies nicht die Wirksamkeit des Vollstreckungsbescheids und steht einem erneuten Zustellungsversuch nicht entgegen.“ (BGH aaO.)

Es handelt sich daher um eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO.

## II. Prozessführungsbefugnis

Die Vollstreckungsabwehrklage ist von „**dem Schuldner**“ zu erheben.

„Das ist derjenige, gegen den sich die Zwangsvollstreckung richtet, der also **in dem vollstreckbaren Titel** oder in der gegen den Rechtsnachfolger erteilten Vollstreckungsklausel **als Schuldner aufgeführt** ist. Die Erhebung der Klage durch den richtigen Kläger, den Vollstreckungsschuldner, betrifft die Prozessführungsbefugnis und ist somit Zulässigkeitsvoraussetzung.“ (BGH aaO.)

Ausweislich des Titels ist dieser aber gegen die GbR P. als Schuldnerin und nicht gegen deren Gesellschafter gerichtet.

### 1. Identität des Schuldner

Fraglich ist aber, ob und wie diese GbR P. fortbesteht.

„Das Berufungsgericht hat der notariellen Vereinbarung vom 25./27.03.2009 entnommen, dass die Kläger **mit der Ausübung des Wahlrechts** die Gesellschaftsanteile und nicht lediglich – als neu begründete Gesellschaft – das gesellschaftseigene Grundstück **übernehmen**. Diese Auslegung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht den **identischen Fortbestand der GbR P. bei einem Austausch des gesamten Gesellschafterbestandes** bejaht. Der Senat hat bereits entschieden, dass bei einer Personenhandlungsgesellschaft alle Gesellschafter gleichzeitig durch Abtretung ihrer Gesellschaftsanteile aus der Gesellschaft ausscheiden und an ihre Stelle die Erwerber der Gesellschaftsanteile treten können, ohne dass dadurch der Fortbestand der Gesellschaft berührt wird. Dies hat **in der Literatur allgemeine Zustimmung** gefunden. Für die – als rechtsfähig anerkannte – (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann nichts anderes gelten. Der Revision ist zwar zuzugeben, dass bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die nicht in einem öffentlichen Register eingetragen ist, die **Namen der Gesellschafter eine bedeutsame Identifizierungshilfe** sind (vgl. § 47 II 1 GBO). Gleichwohl ist auch in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Gesellschafterwechsel bei identischem Fortbestand der Gesellschaft nach allgemeiner Ansicht möglich, obwohl jeder Wechsel eines oder mehrerer Gesellschafter die Funktion des Gesellschafterbestandes als Identifizierungshilfe im Rechtsverkehr beeinträchtigen kann. Eine **quantitative Begrenzung** des Gesellschafterwechsels auf ein noch zulässiges Maß **lässt sich nicht sinnvoll vornehmen**. Schon deshalb kann auch ein vollständiger Austausch des gesamten Gesellschafterbestandes nicht untersagt werden, der je nach Lage des Falles keine erheblich größere Irritation des Rechtsverkehrs hervorrufen muss als der Wechsel eines (großen) Teils der Gesellschafter. I.Ü. bleibt es Aufgabe der (neuen) Gesellschafter, mögliche Zweifel an dem identischen Fortbestand der Gesellschaft auszuräumen.“ (BGH aaO.)

Es besteht daher lediglich eine GbR P., an deren Identität sich durch die Ausübung des Wahlrechts zum 01.10.2009 nichts geändert hat. Prozessführungsbefugte Schuldnerin im Sinne des § 767 I ZPO ist daher die GbR P.

### 2. Klage der Gesellschafter „als GbR“

Fraglich ist allerdings, ob nicht auch die Gesellschafter gemeinsam den Prozess „als GbR“ führen können.

„Zu Unrecht zieht das Berufungsgericht die Möglichkeit in Betracht, dass auch nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein **Aktivprozess der Gesellschaft weiterhin von den Gesellschaftern „als GbR“** geführt werden könne. Die damit wohl verbundene Vorstellung, die Gesellschafter könnten **in Streitgenossenschaft auf das Gesamthandsvermögen bezogene Prozesse** führen, trifft nicht (mehr) zu. Vielmehr ist in derartigen Rechtstreitigkeiten grds. **nur die rechtsfähige Gesellschaft die richtige Partei**, sofern nicht besondere Voraussetzungen vorliegen, unter denen Gesellschafter Ansprüche der Gesellschaft – etwa im Wege der **actio pro socio** oder anderweitig als Prozessstandschafter – gerichtlich geltend machen können. Aus der vom Berufungsgericht zitierten grundlegenden Senatsentscheidung ergibt sich ersichtlich nichts anderes.“ (BGH aaO.)

### 3. Rubrumsberichtigung/Klageänderung

Dem Problem der fehlenden Prozessführungsbefugnis der Gesellschafter kann auch nicht bloße Rubrumsberichtigung Rechnung getragen werden.

„Die bei einer von allen Gesellschaftern erhobenen Klage ggf. in Betracht zu ziehende Möglichkeit einer einfachen Rubrumsberichtigung, wenn die Auslegung der Klage ergibt, dass sie von der Gesellschaft erhoben worden ist und die **Benennung der Gesellschafter (nur) der Bezeichnung der Gesellschaft** dienen soll, besteht im Streitfall schon deshalb nicht, weil über die Identität und Zusammensetzung der Gesellschaft gestritten wird. Nichts anderes folgt aus dem erstinstanzlichen Schriftsatz der Kläger vom 11.05.2011, auf den die Revision hinweist. Dort haben die Kläger ihre Aktivlegitimation damit begründet, dass es infolge der Wahlrechtsausübung **neben der nun ohne das Grundstückseigentum als Abwicklungsgesellschaft fortbestehenden GbR P. eine neu gebildete GbR P.** gebe, deren Gesellschafter die Kläger seien. Für den Fall, dass das Gericht die Frage der Aktivlegitimation anders beurteile, haben die Kläger die Umstellung auf eine Fortsetzung des Verfahrens „handelnd in GbR P.“ angekündigt und die Ansicht vertreten, dass eine solche Umstellung als sachdienlich zuzulassen wäre. Eine entsprechende Klageänderung, als die die Kläger die von ihnen so bezeichnete Umstellung offenbar verstanden haben, haben sie im weiteren Verlauf des Rechtsstreits aber nicht vorgenommen.“ (BGH aaO.)

#### 4. Gewillkürte Prozessstandschaft

Es kann auch nicht angenommen werden, dass die Kläger in gewillkürter Prozessstandschaft Einwendungen der GbR P. geltend machen. Eine solche gewillkürte Prozessstandschaft ist bei einer Vollstreckungsabwehrklage grds. nicht statthaft.

#### 5. Prozessführungsbefugnis der Kläger aus Treu und Glauben

Möglicher Weise könnte aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Prozessführungsbefugnis der Kläger hergeleitet werden.

„Die Kläger können die Klage als **Vertretungsberechtigte** namens der GbR P. erheben, sofern sie deren Gesellschafter sind. Die Erwägung des Berufungsgerichts, die Kläger müssten sich nicht auf eine Klage namens der Gesellschaft verweisen lassen, weil dann abermals zweifelhaft gewesen wäre, ob sie tatsächlich Gesellschafter geworden sind, ist verfehlt. Vielmehr wäre in einem solchen von der Gesellschaft geführten Rechtsstreit zwischen den dortigen Parteien die (Vor-)Frage zu klären, ob die **Gesellschaft durch die Kläger als ihre Gesellschafter wirksam vertreten** ist. Zwar kann die Frage nach dem Gesellschafterbestand zugleich auch Gegenstand eines Rechtsstreits zwischen denjenigen sein, die die Gesellschafterstellung für sich in Anspruch nehmen. Diesem Rechtsstreit ist aber, was das Berufungsgericht möglicherweise verkennt, schon deshalb keine allgemeinverbindliche Klärung dieser Frage vorbehalten, weil ein Urteil gem. § 325 ZPO grds. nur zwischen den jeweiligen Prozessparteien Rechtskraftwirkung entfaltet.

Der **Nachweis ihrer Gesellschafterstellung** kann den Klägern **nicht aus Billigkeitserwägungen** erlassen werden. Die Grundsätze von Treu und Glauben rechtfertigen es nicht, die bloße Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Gesellschafterstellung für die Befugnis genügen zu lassen, gegen einen die Gesellschaft betreffenden Vollstreckungstitel – unbeschadet der Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes – im Klagewege vorzugehen.“ (BGH aaO.)

#### 6. Prozessführungsbefugnis wegen akzessorischer Gesellschafterhaftung

Nach der Rechtsprechung des BGH unterliegen die Gesellschafter einer rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts in entsprechender Anwendung der §§ 128, 129 HGB unterliegen eine akzessorischen Gesellschafterhaftung. Hieraus könnte sich die Befugnis ergeben, auch selbst gegen eine gegen die Gesellschaft gerichteten Titel vorzugehen.

„[Die akzessorische Gesellschafterhaftung] bietet keine tragfähige Begründung dafür, den Gesellschaftern die Prozessführungsbefugnis für eine von der Gesellschaft als Vollstreckungsschuldnerin zu erhebende Vollstreckungsgegenklage zuzubilligen. Dies folgt schon daraus, dass aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitel **nicht gegen die Gesellschafter vollstreckt** werden kann (§ 129 Abs. 4 HGB) und dass den Gesellschaftern unbeschadet der aus § 129 I 1 HGB folgenden Rechtskraftwirkungen eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils **die von der Gesellschaft abgeleiteten Einwendungen erhalten bleiben**, mit denen die Gesellschaft nicht ihrerseits präkludiert ist (§ 767 II, § 796 II ZPO) und auf die sie somit eine Vollstreckungsabwehrklage allein stützen könnte.

Ferner greift der nach § 129 I HGB grds. bestehende Einwendungsausschluss nicht, wenn der **Gläubiger mit den Vertretern der Gesellschaft kollusiv zusammengewirkt** hat oder wenn ein Nichtigkeitsgrund gem. § 579 I Nr. 4 ZPO vorliegt, weil die Gesellschaft in dem gegen sie geführten Verfahren nicht ordnungsgemäß vertreten war.“ (BGH aaO.)

### III. Ergebnis

Die Vollstreckungsabwehrklage ist mangels Prozessführungsbefugnis unzulässig.

**Vollstreckung eines Lieferanspruchs  
Gegenstand der Herausgabevollstreckung**

(BGH in MDR 2016, 298; Beschluss vom 07.01.2016 – I ZB 110/14)

1. Der **Einzelrichter** als Beschwerdegericht kann nicht eine Entscheidung treffen und dann die **Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung** zulassen.
2. Hat eine Sache grundsätzliche Bedeutung, so muss das Beschwerdegericht in Kammerbesetzung erfolgen. Geschieht dies nicht, so liegt eine **Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter** vor.
3. Der Anspruch auf **Lieferung eines herauszugebenden Gegenstands** zu einem im Vollstreckungstitel bezeichneten Ort unterliegt der **Herausgabevollstreckung nach § 883 ZPO**.

**A. Prüfungswissen: Die Vollstreckungserinnerung**

Mit der Vollstreckungserinnerung werden **konkrete Maßnahmen eines Vollstreckungsorgans** mit der Begründung angefochten, die zu beachtenden Verfahrensvorschriften seien nicht eingehalten worden. Materiell-rechtliche Einwände können in diesem Verfahren nicht erhoben werden.

§ 766 ZPO ist nur einschlägig, wenn eine **Vollstreckungsmaßnahme** vorliegt. Wurde eine Entscheidung getroffen, ist § 793 ZPO (Beschwerde) anzuwenden.

Fraglich ist dabei allerdings, wann von einer Entscheidung i.S.d. § 793 ZPO auszugehen ist. Eine **Entscheidung** liegt nach h.M. dann vor, wenn das Vollstreckungsgericht, z.B. vor Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den **Gegner angehört** hat oder einen **Antrag des Gläubigers ablehnt**. Ist die Anhörung unterblieben, obwohl sie gesetzlich vorgeschrieben ist (z.B. § 850b III ZPO), so liegt daher nach h.M. keine Entscheidung vor (vgl. OVG Münster NJW 1980, 1709).

Nur in diesen Fällen setzt sich das Vollstreckungsgericht mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinander und trifft eine tatsächliche und rechtliche Würdigung, so dass die Annahme des Vorliegens einer Entscheidung gerechtfertigt ist.

**I. Fallgruppen**

1. Schuldner oder Dritter rügen **Art und Weise der Zwangsvollstreckung** durch den Gerichtsvollzieher, (§ 766 I ZPO)
2. Gläubiger wendet sich gegen **Weigerung des GV** in Bezug auf den Zwangsvollstreckungsauftrag, (§ 766 II, 1. Alt. ZPO) / **Kostenansatz** des Gerichtsvollziehers wird gerügt

Soweit es um Maßnahmen des Gerichtsvollziehers geht kommt auch eine **Dienstaufsichtsbeschwerde** in Betracht, allerdings führt dies nur zur Überprüfung der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers unter dienstaufsichtsrechtlichen Aspekten und kann allenfalls **Dienstaufsichts- oder Disziplinarmaßnahmen** nach den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften zur Folge haben. Die Dienstaufsicht darf den Gerichtsvollzieher nicht zu konkreten Tätigkeiten anweisen (vgl. Musielak-Lackmann, § 766 ZPO, Rn. 3)

3. Schuldner wendet sich gegen eine **Kontopfändung** durch das Vollstreckungsgericht
- Problematisch bei Vollstreckungserinnerungen gegen Maßnahmen des Vollstreckungsgerichts ist die **Abgrenzung zur sofortigen Beschwerde** nach § 793 ZPO und zur Rechtspflegereinnerung nach § 11 II RPfIG.

## B. Vollstreckung eines Lieferanspruchs als Herausgabevollstreckung nach § 883 ZPO (vgl. BGH in NJW 2016, 645)

Fall: Der Gläubiger betreibt gegen die Schuldnerin die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil, mit dem die Schuldnerin dazu verurteilt worden ist, am US-Trailer des Kl. Marke Keystone ... folgende Leistungen zu erbringen:

| Pos.  | Anzahl | Einheit | Bezeichnung  |
|-------|--------|---------|--|
| 1     | 1      | Stk.    | Hydr. Zugeinrichtung (Actuator) entsprechend den Anforderungen liefern und umbauen, Adapter liefern und verschweißen, 50 mm Kugelkopf-Zugeinrichtung liefern und montieren (...) |
| 2     | 1      | Stk.    | TT J 1*1 1 1 •, 1\ M<br>Hydraulische Scheibenbremsanlage mit 10" Bremsscheiben an der Vorderachse komplett liefern und an vorhandene Flansch Aufnahme montieren (...)            |
| (...) | (...)  | (...)   | (...)  |
| 12    |        |         | Entrostungsarbeiten an Gasleitung, Achsen und Federn   |
| 13    |        |         | Das Fahrzeug nach I. liefern.  |

In den Urteilsgründen ist ausgeführt, dass eine Bringschuld vereinbart worden sei und die Schuldnerin den Nachweis, die geschuldeten Arbeiten erbracht zu haben, nicht geführt habe. Eine Abnahme des Werks habe bisher nicht stattgefunden, weil der Gläubiger den Trailer noch nicht entgegengenommen habe. Der Gläubiger hat die mit diesem Urteil für die vorläufige Vollstreckbarkeit angeordnete Sicherheitsleistung erbracht. Eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils ist den Prozessbevollmächtigten der Schuldnerin am 13.05.2014 zugestellt worden. Am 17.06.2014 beauftragte der Gläubiger die Gerichtsvollzieherin, den Trailer der Schuldnerin im Wege der Herausgabevollstreckung wegzunehmen und in I. herauszugeben. Die Gerichtsvollzieherin teilte daraufhin mit, sie könne die Vollstreckung nicht durchführen, weil es sich nicht um einen Herausgabebetitel handele. Die Schuldnerin sei lediglich zur Durchführung eines Transports, also zu einer nach § 887 ZPO zu vollstreckenden vertretbaren Handlung, verurteilt worden.

Die gegen die Weigerung der Gerichtsvollzieherin, den Vollstreckungsauftrag auszuführen, gerichtete Erinnerung wurde zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschwerde des Gläubigers hat das Beschwerdegericht durch den Einzelrichter die Gerichtsvollzieherin angewiesen, die Durchführung des Vollstreckungsauftrags nicht mit der Begründung abzulehnen, dass sich aus dem zu vollstreckenden Urteil keine Herausgabeverpflichtung der Schuldnerin ergibt und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Wird die ansonsten zulässige Rechtsbeschwerde Erfolg haben?

### I. Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters, Art. 101 I 2 GG

Über die sofortige Beschwerde hat das Beschwerdegericht durch den Einzelrichter entschieden. Hierin könnte ein Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 I 2 GG zu sehen sein.

„Der Einzelrichter durfte über die **Zulassung der Rechtsbeschwerde** zur Fortbildung des Rechts (§ 574 II Nr. 2 ZPO) nicht selbst entscheiden, sondern hätte das Verfahren gem. § 568 S. 2 Nr. 2 ZPO der **mit drei Richtern besetzten Kammer** übertragen müssen. Dem originären Einzelrichter nach § 568 ZPO ist die Entscheidung **von Rechtssachen grundsätzlicher Bedeutung** schlechthin versagt (BGH, NJW 2012, 3518 Rn. 4 m.w.N.). Der Begriff der grundsätzlichen Bedeutung ist im weitesten Sinne zu verstehen, so dass nicht der Einzelrichter, sondern das Kollegium entscheiden muss, wenn zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung oder – wie vorliegend – zur Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Rechtsmittelgericht geboten ist (st.Rspr., vgl. nur BGH, NJW-RR 2012, 441 Rn. 9).“ (BGH aaO.)

### II. Vollstreckungsrechtliche Wertung

#### 1. Auslegung des Vollstreckungstitels

„Für die Beantwortung der Frage, welchen Vorschriften die Vollstreckung titulierter Verpflichtungen unterliegt, ist zunächst der Vollstreckungstitel auszulegen (vgl. MüKo-ZPO/Gruber, 4. Aufl., § 883 Rn. 14 m.w.N.). Ergibt diese Auslegung, dass im Titel ein **Herausgabeanpruch mit weiteren sachbezogenen**, die herauszugebende Sache betreffenden **Handlungspflichten** – etwa zur Versendung, Herstellung oder Reparatur – verbunden ist (vgl. zum Begriff der Handlungspflichten Schilken, DGVZ 1988, 49 [52], so kommt – je nach Gegenstand dieser weiteren Handlungspflichten – eine **unterschiedliche vollstreckungsrechtliche Einordnung** in Betracht (vgl. Lackmann/Voit in Musielak, ZPO, 12. Aufl., § 883 Rn. 4).

Im vorliegenden Fall umfasst der Vollstreckungstitel sowohl **Pflichten zur Vornahme von Werkleistungen** an dem Fahrzeug (Nr. 1–12) als auch die **Pflicht zu dessen Lieferung** nach I. (Nr. 13). Der vorliegende Vollstreckungsauftrag bezieht sich allerdings **allein auf die Lieferpflicht**. Das BeschwGer. hat

zutreffend angenommen, dass sich aus dem Tenor und dem zu seiner Auslegung heranzuziehenden Inhalt des Urteils hinreichend deutlich die Pflicht der Schuldnerin ergibt, das Fahrzeug dem Gläubiger herauszugeben und an dessen Wohnsitz in G. bei I. zu liefern.“ (BGH aaO.)

## 2. Vollstreckung des Lieferanspruchs

In der Sache ist fraglich, ob die Vollstreckung eines Lieferanspruchs nach § 887 ZPO als Durchsetzung einer vertretbaren Handlung oder nach § 888 ZPO als unvertretbare Handlung zu erfolgen hat oder ob die Durchsetzung als Herausgabevollstreckung nach § 883 ZPO möglich ist. Diese Frage ist schon seit langem in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

### a) Lieferpflicht als vertretbare Handlung, § 887 I ZPO

„Teilweise wird befürwortet, auf die Pflicht zur Organisation des Transports, soweit sie eine vertretbare Handlung darstellt, § 887 ZPO anzuwenden; § 887 III ZPO stehe dem nicht entgegen, weil diese Vorschrift sich allein auf die eigentliche Herausgabe beziehe (OLG Zweibrücken, NJOZ 2001, 722 = OLG-Report 2001, 70).“ (BGH aaO.)

### b) Lieferpflicht als unvertretbare Handlung, § 888 ZPO

„Weiter wird vertreten, ein Verschaffungstitel habe jedenfalls dann eine der Vollstreckung nach § 888 ZPO unterfallende nicht vertretbare Handlung zum Gegenstand, wenn der Transport der Sache – wie etwa die Überführung eines Fahrzeugs über eine lange Strecke – mit erheblichem Aufwand und Risiko verbunden sei (MüKo-ZPO/Gruber, § 883 Rn. 16; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 883 Rn. 9; Schneider, MDR 1983, 287 [288]).“ (BGH aaO.)

### c) Lieferpflicht als Herausgabepflicht, § 883 ZPO

„Die Verpflichtung zum Versand oder Verbringen einer beweglichen Sache wird schließlich in Teilen der Rechtsprechung und Literatur als ein die Herausgabevollstreckung nach § 883 ZPO nicht hindernder Umstand angesehen, weil ihr gegenüber der Herausgabepflicht keine relevante eigenständige Bedeutung zukomme (RGZ 36, 369 [372 f.]; OLG Frankfurt a. M., NJW 1983, 1685 = MDR 1983, 325; AG Osnabrück, DGVZ 1966, 91; Bendtsen in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., § 883 ZPO Rn. 26; Schilken, DGVZ 1988, 49 [53]). Davon ist auch das BeschwGer. ausgegangen“ (BGH aaO.)

### d) Standpunkt des BGH

Der BGH hat nunmehr entschieden, dass der letztgenannten Ansicht der Vorzug zu geben und die Vollstreckung der Lieferpflicht als Herausgabevollstreckung nach § 883 ZPO einzuordnen ist, bei der die Durchführung der Lieferung nur als Nebenpflicht anzusehen ist.

„Für die Beurteilung der Frage, ob die Vollstreckung einer **neben der Herausgabepflicht titulierten weiteren Pflicht** der Herausgabevollstreckung nach § 883 ZPO oder der Handlungsvollstreckung nach §§ 887 f. ZPO unterfällt, ist richtigerweise darauf abzustellen, ob diese weitere Pflicht im Verhältnis zur Herausgabe eine **eigenständige Bedeutung** hat oder lediglich ein **unselbstständiger Teil** ist (vgl. MüKo-ZPO/Gruber, § 883 Rn. 16).

Die titulierte Pflicht zur **Versendung oder Verbringung** der herauszugebenden Sache erlangt gegenüber der Herausgabepflicht **grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung**. Nach § 883 ZPO hat der Gerichtsvollzieher die Sache nicht nur dem Schuldner wegzunehmen, sondern sie auch dem Gläubiger zu übergeben; die **Übergabe** ist mithin **Bestandteil der Herausgabevollstreckung** (vgl. Bendtsen in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, § 883 ZPO Rn. 26). Die durch den Gerichtsvollzieher veranlasste Verbringung der Sache an den im Titel bezeichneten Leistungsort lässt sich zwanglos unter den Begriff der Herausgabevollstreckung fassen. Damit wird in der Zwangsvollstreckung das Ergebnis des Erkenntnisverfahrens keineswegs hinfällig und der Schuldner entgegen der Urteilsformel von der Verbringung entlastet (a.A. Schneider, MDR 1983, 287). Mit der **Verbringung der Sache** durch den Gerichtsvollzieher wird zum einen die **titulierte Verpflichtung durchgesetzt**. Zum anderen sind die Kosten der Verbringung notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung i.S.d. § 788 ZPO, die deshalb der Schuldner zu tragen hat (vgl. Schilken, DGVZ 1988, 49 [54]).

Diese Lösung ist gegenüber einer fallbezogenen, auf den jeweiligen Aufwand abstellenden Betrachtungsweise wegen der ansonsten häufig auftretenden Rechtsunsicherheit vorzugswürdig. Die Anwendung des **§ 887 ZPO** auf die Pflicht zur Verbringung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Anwendung dieser Vorschrift im Falle der **Erwirkung zur Herausgabe oder Leistung von Sachen ausgeschlossen ist** (§ 887 III ZPO).“ (BGH aaO.)

**StPO** **Presserechtlicher Informantenschutz** **VerfassungsR**  
**§§ 102, 105, 97 V** **Durchsuchung und Beschlagnahme in Redaktionsräumen**  
 (BVerfG in StV 2016, 65; Beschluss vom 13.07.2015 – 1 BvR 2480/13)

1. Die Pressefreiheit umfasst den **Schutz vor dem Eindringen des Staates in die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit** sowie in die **Vertrauenssphäre zwischen den Medien und ihren Informanten**.
2. Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige sind **verfassungsrechtlich unzulässig**, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die **Person eines Informanten zu ermitteln**.
3. Sind Durchsuchung und Beschlagnahme **nicht auf einen konkretisierten Strafverdacht** gerade **gegenüber den konkret betroffenen Presseangehörigen** gestützt, sondern dienen dem vorrangigen oder ausschließlichen Zweck, Verdachtsgründe insbesondere gegen den Informanten zu finden, ist dies auch dann **unzulässig**, wenn die Zahlung von Honorar für dienstlich erlangte Informationen vermutet wird (§ 353b IIIa StGB).

(vgl. Kurzbesprechung in: *Brandaktuell*, ZA September 2015, S. 1)

**Fall:** Der Beschwerdeführer, ein Journalist der Berliner Morgenpost, wurde im Rahmen er Recherche in von dem Polizeioberkommissar N. begleitet, dem er 100 € für die Weitergabe von Informationen gezahlt haben soll. Außerdem stellte N. eine Rechnung über 3.149,07 € an die Chefredaktion der zweiten Beschwerdeführerin, des Zeitungsverlags. Sie endet mit den Worten: "Wegen der Konspirativität in dieser Sache bitte ich um Barauszahlung". Auf diese Rechnung stießen die Ermittlungsbehörden im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens gegen N. wegen Geheimnisverrats (§ 353b StGB). N. stand in dem Verdacht, Daten zu einer geplanten Razzia der Berliner Polizei im Rockermilieu an Journalisten weitergegeben zu haben. Über die bevorstehende Razzia hatte jedoch nicht der Zeitungsverlag vorab berichtet, sondern ein mit diesem nicht in Zusammenhang stehendes Online-Portal.

Im November 2012 wurden das Redaktionsgebäude des Zeitungsverlags sowie die Privatwohnung des Journalisten wegen des Verdachts der Bestechung (§ 334 StGB) durchsucht. Der Durchsuchungsbeschluss stützte sich auf die Zahlung des Journalisten an N. sowie auf die genannte Rechnung. Aufgrund der Heimlichkeit der Reise, des ungewöhnlich hohen Tagessatzes von 500 € sowie der Bitte um konspirative Abrechnung bestehe der Verdacht, dass die von N. für die Zeitung erledigten Tätigkeiten dienstlichen Bezug hätten. Gegen die Durchsuchung legte der Bf. Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf die Verletzung seines Grundrechts der Pressefreiheit (Art. 5 I 2 GG) ein, nachdem er den Rechtsweg ausgeschöpft hatte. Ist die Verfassungsbeschwerde begründet?

Der Bf. könnte durch die Anordnung der Durchsuchung der Redaktion und die Beschlagnahme der dort gefundenen Beweismittel in seinem Grundrecht auf Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG verletzt worden sein.

## I. Schutzbereich

Art. 5 I 2 GG schützt die Pressefreiheit.

*„Die Pressefreiheit umfasst den **Schutz vor dem Eindringen des Staates in die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit** sowie in die **Vertrauenssphäre zwischen den Medien und ihren Informanten**. Die Freiheit der Medien ist konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung (vgl. BVerfGE 7 198 [208]; 77, 65 [74]; 117, 244 [258]; st. Rspr.). Eine freie Presse ist daher von besonderer Bedeutung für den freiheitlichen Staat (vgl. BVerfGE 20, 162 [174]; 50, 234 [239 f.]; 77, 65 [74]). Geschützt sind namentlich die **Geheimhaltung der Informationsquellen** und das **Vertrauensverhältnis** zwischen Presse bzw. Rundfunk und den Informanten. Dieser Schutz ist unentbehrlich, weil die Presse auf private Mitteilungen nicht verzichten kann, diese Informationsquelle aber nur dann ergiebig fließt, wenn sich der Informant grundsätzlich auf die **Wahrung des Redaktionsgeheimnisses** verlassen kann (BVerfGE 117, 244 [259]).“* (BVerfG aaO.)

Der Schutzbereich ist daher eröffnet. Der Bf. ist als Journalist **Grundrechtsträger** der Pressefreiheit gem. Art. 5 I 2 GG.

*„Die Pressefreiheit schützt alle im Pressewesen tätigen Personen, wobei der Schutz von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung reicht (vgl. BVerfGE 77, 346 [354]). Als Besch. des Ermittlungsverfahrens ist der Bf. von den Ermittlungsmaßnahmen persönlich betroffen; zudem berühren Durchsuchung und Beschlagnahme in den Redaktionsräumen seine dort ausgeübte Tätigkeit als Journalist.“* (BVerfG aaO.)

## II. Eingriff

Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare, willensgesteuerte Verhalten, welches die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert.

*„Eine Durchsuchung in Presserräumen stellt wegen der damit verbundenen Störung der redaktionellen Arbeit und der **Möglichkeit einer einschüchternden Wirkung** eine Beeinträchtigung der Pressefreiheit dar. Durch die Anordnung der Beschlagnahme von Datenträgern zum Zwecke der Auswertung ist den Ermittlungsbehörden die Möglichkeit des Zugangs zu redaktionellem Datenmaterial eröffnet worden. Dies greift in besonderem Maße in die vom Grundrecht der Pressefreiheit umfasste Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit ein, aber auch in ein etwaiges Vertrauensverhältnis zu Informanten (vgl. BVerfGE 117, 244 [259 f.] m.w.N.)*

## III. Rechtfertigung des Eingriffs

Dieser Eingriff müsste gerechtfertigt sein.

### 1. Beschränkbarkeit der Pressefreiheit

Eine Beschränkbarkeit von Art. 5 I 2 GG müsste überhaupt in der Verfassung vorgesehen sein. Nach Art. 5 II GG findet die Pressefreiheit ihre Schranken in den **Vorschriften der allg. Gesetze**. Hierbei handelt es sich um einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, welchem die Regelungen der StPO, auf deren Grundlage die Anordnungen erfolgt sind, genügen müssen. Ein allgemeines Gesetz liegt nur dann vor, wenn es sich entweder **nicht spezifisch gegen die Presse oder Pressetätigkeit** als solche oder zwar einen solchen Inhalt hat, aber dem **Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts** dient, dem Schutz eines Gemeinschaftswertes, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.

*„Die Bestimmungen der StPO mit ihrer prinzipiellen Verpflichtung für jeden Staatsbürger, zur Wahrheitsfindung im Strafverfahren beizutragen und die im Gesetz vorgesehenen Ermittlungsmaßnahmen zu dulden, sind **als allgemeine Gesetze anerkannt**; sie müssen allerdings ihrerseits im Lichte dieser Grundrechtsverbürgung gesehen werden (vgl. BVerfGE 77, 65 [75]; 107, 299 [331 f.]; 117, 244 [261]). Es bedarf einer Zuordnung der durch Art. 5 I 2 GG gewährleisteten Freiheit und des durch die einschränkenden Vorschriften geschützten Rechtsgutes, die in erster Linie dem Gesetzgeber obliegt (vgl. BVerfGE 77, 65 [75]; 107, 299 [331 f.]). Eine solche Zuordnung hat der Gesetzgeber vorgenommen, indem er einerseits die **allgemeine Zeugnispflicht von Medienangehörigen** in § 53 I Nr. 5 StPO und korrespondierend hierzu Beschlagnahmen bei Journalisten und in Redaktionsräumen in § 97 V 1 StPO **eingeschränkt** hat, andererseits aber ein Beschlagnahmeverbot in § 97 V 2, II 3 StPO bei strafrechtlicher Verstrickung des Zeugen oder der Sache wiederum ausgeschlossen hat. Auf diese Weise hat der Gesetzgeber jedenfalls im Grundsatz einen **tragfähigen Ausgleich zwischen dem Schutz der Institution einer freien Presse auf der einen Seite und dem legitimen Strafverfolgungsinteresse auf der anderen Seite** geschaffen, wobei offen bleiben kann, ob der Gesetzgeber den Schutz der Presse und des Rundfunks weiter hätte ziehen oder stärker hätte beschränken dürfen. Er hat hiermit typische Konfliktsituationen erfasst und in genereller Weise Abwägungen zwischen den Freiheitsrechten der Medien und den Erfordernissen einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege vorgenommen.“ (BVerfG aaO.)*

Die Vorschriften der StPO genügen daher den Anforderungen des qualifizierten Gesetzesvorbehaltes und als förmliche Gesetze jedenfalls auch den Vorgaben der Wesentlichkeitstheorie, so dass sie grundsätzlich geeignet sind, eine Beschränkung der Pressefreiheit zu rechtfertigen.

### 2. Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung

Allerdings führt die generelle Beschränkbarkeit nicht dazu, dass jede Beschränkung verfassungsrechtlich zulässig ist, sondern auch die Beschränkbarkeit unterliegt bestimmten Grenzen. So muss sowohl die Eingriffsgrundlage selbst als auch ihre Anwendung im Einzelfall einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten.

#### a) Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Von der Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Regelungen der StPO kann ausgegangen werden.

#### b) Verfassungsmäßigkeit der Einzelmaßnahme

Die Maßnahme muss aber im konkreten Fall verfassungsmäßig sein. Die Voraussetzungen für eine Durchsuchung nach § 102 StPO liegen grundsätzlich vor, da es angesichts des Verdachts einer Straftat um das Auffinden von Beweismitteln geht. Al-

lerdings dürfte die Durchsuchung dann nicht erfolgen, wenn aufgefundene Beweismittel einem Beschlagnahmeverbot unterliegen. Hier könnte das presserechtliche Beschlagnahmeverbot nach §§ 97 V 1, 53 I Nr. 5 StPO sowohl der Beschlagnahme als auch der Durchsuchung entgegenstehen.

#### aa) Anwendbarkeit

*„Die Normen sind nach st. Rspr. des BVerfG allerdings keine abschließenden Regelungen (vgl. BVerfGE 20, 162 [189]; 64, 108 [116]; 77, 65 [81 f.]; 1. Kammer des 1. Senats aaO. NJW 2011, 1860).*

*Auch dann, wenn der in § 97 V 1 StPO normierte **strafprozessuale Beschlagnahmeschutz** für Mitarbeiter von Presse und Rundfunk **nicht anwendbar** ist, weil ein als Journalist an sich Zeugnisverweigerungsberechtigter **selbst Besch. oder Mitbesch. der Straftat** ist, um deren Aufklärung es geht, bleibt Art. 5 I 2 GG für die Auslegung und Anwendung der strafprozessualen Normen über Durchsuchungen und Beschlagnahmen, die in Redaktionen oder bei Journalisten durchgeführt werden, von Bedeutung (vgl. BVerfGE 107, 299 [334]; 117, 244 [262]; 1. Kammer des 1. Senats aaO., S. 1861).“ (BVerfG aaO.)*

#### bb) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist daher, ob der den gerichtlichen Anordnungen zu Grunde liegende Tatverdacht gegen den Bf. unter Berücksichtigung des Grundrechts aus Art. 5 I 2 GG für eine auf §§ 102, 94 StPO gegründete Durchsuchung und Beschlagnahme bei den in § 53 I 1 Nr. 5 StPO genannten Personen ausreichte.

*„Dieser **Anfangsverdacht** muss auf **konkreten Tatsachen** beruhen; vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen reichen nicht aus (vgl. BVerfGE 44, 353 [371 f.]; 115, 166 [197 f.]). Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liegt vor, wenn sich **sachlich zureichende plausible Gründe für eine Durchsuchung** nicht finden lassen (vgl. BVerfGE 59, 95 [97]; zuletzt 3. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 15.08.2014 – 2 BvR 969/14, NJW 2014, 3085 [3087]). Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige sind danach verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie **ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die Person des Informanten zu ermitteln** (vgl. BVerfGE 20, 162 [191 f., 217]; 117, 244 [265]). Anderenfalls könnte der von der Pressefreiheit umfasste Informantenschutz unterlaufen werden.*

*Durch das Gesetz zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht (PrStG) v. 25.06.2012 (BGBl I S. 1374) hat der Gesetzgeber mittlerweile geregelt, dass ein **Verdacht der Beihilfe zum Geheimnisverrat nach Maßgabe des § 353b IIIa StGB nicht mehr als rechtswidrig** anzusehen ist. Strafbar bleiben demgegenüber die Anstiftung zum Geheimnisverrat sowie Beihilfehandlungen, die der Vollendung der Haupttat vorausgehen oder **über das Entgegennehmen und Veröffentlichung der Information hinausgehen** (vgl. BT-Drs. 17/3355, 8). Hierzu soll insbes. die Zahlung von Honorar für dienstlich erlangte Informationen zu rechnen sein (vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 353b Rn. 30; Sch/Sch-StGB/Perron, 29. Aufl. 2014, § 353b Rn. 21d). Unter Berücksichtigung von Art. 5 I 2 GG kann dies jedoch jedenfalls dann nicht gelten, wenn die Durchsuchung und Beschlagnahme **nicht auf einen konkretisierten Strafverdacht gerade gegenüber den konkret betroffenen Presseangehörigen gestützt ist, sondern dem vorrangigen oder ausschließlichen Zweck dient, Verdachtsgründe insbes. gegen den Informanten zu finden**. Erforderlich sind insoweit zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine den Beschlagnahmeschutz gem. § 97 V 1 StPO entfallen lassende Straftat (vgl. BVerfGE 117, 244 [263]). Ein bloß **allg. Verdacht, dass dienstliche Informationen an die Presse weitergegeben** wurden, genügt danach den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht.“ (BVerfG aaO.)*

Im vorliegenden Fall ging es den Strafverfolgungsbehörden zumindest vorwiegend um die Ermittlung belastender Tatsachen gegen einen Informanten aus Polizeikreisen. Diesem sollen Geldbeträge für Informationen im Zusammenhang mit bevorstehenden Ermittlungsmaßnahmen gezahlt worden sein.

*„Dabei handelt es sich bezogen auf dessen Kontakt zu dem Bf., deren Redaktionsräume durchsucht wurden, jedoch um **bloße Mutmaßungen**. Zum einen berichtete nicht die Berliner Morgenpost, für die der Bf. arbeitet, über die bevorstehende Razzia, sondern Spiegel-Online. Weder dem Durchsuchungsbeschluss noch der Beschwerdeentscheidung ist zum anderen zu entnehmen, für welche dem Bf. übermittelte Informationen das Geld gezahlt worden sein soll. Der Tatbestand der Bestechung (§ 334 StGB) verlangt jedoch schon einfachrechtlich die **Vornahme einer hinreichend konkreten Diensthandlung** (vgl. BGHSt 15, 217 [222 f.]).“ (BVerfG aaO.)*

Es mangelt danach an zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für eine den Beschlagnahmeschutz gem. § 97 V 1 StPO entfallen lassende Straftat.

„Ferner lässt sich aus dem bloßen Umstand, dass der mitbeschuldigte Polizeibeamte ein auf eine fingierte Person angemeldetes »Journalisten-Handy« nutzte, nicht auf einen Tatverdacht der Bestechung gerade seitens des Bf. schließen. Das »Journalisten-Handy«, auf dem die Namen des Bf. und eines Journalisten von Spiegel-Online gespeichert waren, mag dafür sprechen, dass der Informant dienstliche Geheimnisse an Journalisten weitergegeben hat; wegen des in Art. 5 I 2 GG verankerten Informantenschutzes rechtfertigt das **bloße Interesse der Strafverfolgungsbehörden, dies zu erfahren**, jedoch keine Durchsuchung der Redaktionsräume von Presseorganen. Insbesondere begründet dies noch **keinen strafrechtlichen Vorwurf gegenüber dem Bf.** Warum der Eintrag des Bf. in dem Mobiltelefon gerade für eine Weitergabe der betreffenden Informationen hinsichtlich einer Razzia an diesen sprechen soll, obschon demgegenüber das Online-Magazin, für welches der andere eingespeicherte Journalist tätig ist, über diese Ermittlungsmaßnahme vorab berichtete, bleibt unklar.

Auch aus dem Vermerk auf der Rechnung lässt sich nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit auf eine Bestechung schließen. In diesem Zusammenhang wären auch andere Deutungsvarianten möglich und naheliegend gewesen.

So bezog sich die Rechnung auf die Reise nach Amsterdam, für deren Ermöglichung sich der Beamte als dienstunfähig gemeldet hatte und nach den amts- und landgerichtlichen Feststellungen auch über keine Nebentätigkeitsgenehmigung verfügte. Es erscheint daher nicht fernliegend, dass sich der Vermerk darauf bezog, dass der Beamte disziplinarrechtliche Konsequenzen wegen der falschen Krankmeldung und mangelnden Nebentätigkeits-genehmigung befürchten musste. Ein Verdacht gegenüber dem Bf. folgt hieraus jedoch nicht.“ (BVerfG aaO.)

Damit wurden Durchsuchung und Beschlagnahme ohne hinreichende Berücksichtigung der wertsetzenden Bedeutung der Pressefreiheit angeordnet und sind daher wegen Verstoßes gegen Art. 5 I 2 GG verfassungswidrig.

StPO  
§§ 24, 338 Nr. 3**Widerruf einer Pflichtverteidigerbestellung  
Besorgnis der Befangenheit**

StrafVerfR

(BGH in BeckRS 2016, 01201; Urteil vom 23.09.2015 – 2 StR 434/14)

1. Das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes im Sinne von § 24 II StPO ist grundsätzlich **vom Standpunkt der Angeklagten** zu beurteilen.
2. Misstrauen im Hinblick auf die Unparteilichkeit eines Richters ist dann gerechtfertigt, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, der **Richter nehme ihm gegenüber eine Haltung ein**, die dessen **Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen** kann.
3. Verfahrensverstöße, die auf einem Irrtum oder auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruhen, stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar, sondern nur dann, wenn die **Entscheidungen unvertretbar** sind oder den **Anschein der Willkür erwecken**.
4. Der **grundlose Widerruf einer Pflichtverteidigerbestellung** rechtfertigt die Besorgnis der Befangenheit und führt zu einem absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 3 StPO.

**A. Prüfungswissen: Anspruch auf einen Pflichtverteidiger, § 140 StPO (vgl. Laufhütte in Karlsruher Kommentar, § 140 StPO, Rn. 1-3, 7. Aufl. 2013)**

Der Anspruch des Angeklagten auf einen Pflichtverteidiger ist Ausfluss des **Rechtsstaatsprinzips** und des hieraus folgenden **Gebots eines fairen Verfahrens** dar (BVerfGE 46, 202 = NJW 1978, 151; BVerfGE 63, 380, 391; 65, 171; 66, 313, 318; 68, 237, 255; BVerfG StV 1986, 160, 165; vgl. EuGHMR StV 1985, 441: Anspruch auf „konkrete und wirkliche“ Verteidigung; BayObLG StV 2006, 6; Überblicke bei Mehle NJW 2007, 969; Lehmann JuS 2004, 492; Leipold NJW-Spezial 2004, 87). Anders als die Prozesskostenhilfe hängt die Bestellung eines Pflichtverteidigers nicht von den Vermögensverhältnissen des Angeklagten ab, sondern lediglich von bestimmten rechtlichen Voraussetzungen, in der Regel von der Schwere des Tatvorwurfs.

Die Fälle der notwendigen Verteidigung sind in § 140 I StPO aufgeführt. Dies gilt insbesondere, wenn dem Angeklagten ein **Verbrechen** vorgeworfen wird (§ 140 I Nr. 2 StPO) oder wenn sich ein Beschuldigter in **Untersuchungshaft** befindet (§ 140 I Nr. 4 StPO). Der Katalog wird ergänzt durch Regelungen in anderen gesetzlichen Vorschriften (vgl. §§ 118a II 2, 231a IV, 364a, 364b, 408b, 418 IV StPO, 68 JGG; §§ 40 II, 53 II IRG). Zudem ist im **Strafbefehlsverfahren** ein Verteidiger zu bestellen, wenn eine **Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr** festgesetzt werden soll (§§ 407 II 2, 408b StPO). Notwendige Verteidigung besteht auch im **beschleunigten Verfahren** nach § 418 IV StPO bei einer zu erwartenden Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten (vgl. dazu OLG Braunschweig StV 2005, 493; KG NStZ-RR 2002, 242; OLG Bremen StraFo 1998, 124; BayOLG StV 1998, 366; StV 1998, 367; OLG Frankfurt StV 2001, 342; Ernst StV 2001, 367). Zudem ist die Verteidigung notwendig bei **angeordneter** (§ 463 IV StPO) **oder vollstreckter** (§ 463 VIII StPO) **Sicherungsverwahrung** sowie im gerichtlichen Verfahren **strafvollzugsbegleitender Kontrolle** (§ 119a StVollzG) bei angeordneter oder vorbehaltener Sicherungsverwahrung.

Unabhängig von den ausdrücklich aufgeführten Fällen kann eine Fall notwendiger Verteidigung auch nach der **Generalklausel** des § 140 II StPO vorliegen, wenn wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, dass sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann.

Es stellt einen **absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 5 StPO** dar, wenn gegen einen unverteidigten Angeklagten verhandelt wird, obwohl die Mitwirkung eines Verteidigers wegen „Schwere der Tat“ gem. Abs. 2 geboten gewesen wäre (VerfG Bbg BeckRS 2011, 51056; OLG Celle BeckRS 2012, 16050; OLG Hamm NStZ 1982, 298).

## B. nicht nachvollziehbarer Widerruf der Pflichtverteidigerbestellung als absoluter Revisionsgrund (vgl. BGH in BeckRS 2016, 01201)

**Fall:** Die Angeklagte G. war als Bankberaterin bei einer Bank unter anderem damit betraut, Kunden über Privatkreditverträge zu beraten und entsprechende Kreditabschlüsse vorzubereiten. Das Landgericht hat die Angeklagte G. wegen Betrugs in 17 Fällen unter Einbeziehung von zwei Einzelstrafen aus einer Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und erbrachte Bewährungsauflagen angerechnet.

Die Angeklagte hatte den Vorsitzenden Richter zu Beginn der (zweiten) Hauptverhandlung wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, da dieser ihren als Pflichtverteidiger beigeordneten Verteidiger mit Verfügung vom 16.09.2013, am ersten Tag der (ersten) Hauptverhandlung, wegen mangelnder Zuverlässigkeit entbunden und ihm die durch die gleichzeitig verfügte Aussetzung der (ersten) Hauptverhandlung entstandenen Kosten auferlegt habe. Dem lag zugrunde, dass der Verteidiger am 10.09.2013, wenige Tage vor Beginn der (ersten) Hauptverhandlung (16.09.2013), einen Antrag auf ergänzende Akteneinsicht gestellt und, nachdem ihm die Akten in der Folgezeit nicht zugesandt worden waren, die Aussetzung des Verfahrens beantragt hatte. Die mangelnde Zuverlässigkeit begründete der Vorsitzende in seiner Verfügung vom 16.09.2013 damit, dass der Verteidiger schuldhaft „nicht zeitig nach Anklageerhebung ... sondern erst wenige Tage vor dem Termin“ sein ergänzendes Akteneinsichtsgesuch gestellt habe.

Auf die Beschwerde des Verteidigers hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main mit Beschluss vom 28.10.2013 die angefochtene Kostenentscheidung und die Verfügung des Vorsitzenden vom 16.09.2013 aufgehoben. In der dienstlichen Erklärung zum Ablehnungsantrag hat der Vorsitzende Richter ausgeführt, „an den Entscheidungen mitgewirkt bzw. die Entscheidung getroffen“ zu haben und sich im Übrigen „nicht für befangen“ zu halten.

Mit Beschluss vom 25.03.2014 hat das Landgericht den Befangenheitsantrag - ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters - als unbegründet zurückgewiesen. Es sei nicht ersichtlich, dass die Entbindungs- oder die Kostenentscheidung des Vorsitzenden willkürlich oder von sachfremden Erwägungen beeinflusst gewesen seien.

Die Angekl. G stützt ihr Revision auf § 338 Nr. 3 StPO mit der Begründung, bei dem Urteil habe ein Richter mitgewirkt, nachdem das Ablehnungsgesuch zu Unrecht verworfen worden sei. Liegt ein absoluter Revisionsgrund nach § 338 Nr. 3 StPO vor?

Es liegt ein absoluter Revisionsgrund nach § 338 Nr. 3 StPO vor, wenn der betreffende Richter wegen **Befangenheit** nicht an der Entscheidung hätte mitwirken dürfen. Nach § 24 II StPO findet wegen Besorgnis der Befangenheit die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, **Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters** zu rechtfertigen. Fraglich ist, ob dies hier anzunehmen ist. Durch die Erwägung, auf welche er den Widerruf der Pflichtverteidigerbestellung stützte, könnte er der Angeklagten **berechtigten Grund zu der Annahme mangelnder Unvoreingenommenheit** gegeben haben.

### I. Anforderungen an Besorgnis der Befangenheit

*„Das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes im Sinne von § 24 II StPO ist grundsätzlich vom Standpunkt der Angeklagten zu beurteilen (BGH, Beschluss vom 27.04.1972 - 4 StR 149/72, BGHSt 24, 336, 338). Misstrauen im Hinblick auf die Unparteilichkeit eines Richters ist dann gerechtfertigt, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, der Richter nehme ihm gegenüber eine Haltung ein, die dessen Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann (vgl. BGH, Urteil vom 02.03.2004 - 1 StR 574/03, BGHR StPO § 24 II Befangenheit 14; BGH, Beschluss vom 08.05.2014 - 1 StR 726/13, NJW 2014, 2372, 2373; Senat, Urteil vom 17.06.2015 - 2 StR 228/14, NJW 2015, 2986, jeweils m.w.N.).*

*Zwar lässt sich diese Besorgnis grundsätzlich nicht schon allein mit einer fehlerhaften Sachbehandlung begründen. Verfahrensverstöße, die auf einem Irrtum oder auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruhen, stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar (st. Rspr.; vgl. Senat, Urteil vom 20.06.2007 - 2 StR 84/07, BGHR StPO § 24 II Befangenheit 19 m.w.N.), sondern nur dann, wenn die Entscheidungen unvertretbar sind oder den Anschein der Willkür erwecken.“ (BGH aaO.)*

### II. Anwendung auf den Fall

Die Entlassung des Pflichtverteidigers führt nur danach nur dann zu einer berechtigten Besorgnis der Befangenheit, wenn die betreffende Entscheidung unvertretbar oder willkürlich erscheint.

#### 1. Rechtswidrigkeit der Pflichtverteidigerentlassung und Kostentragungspflicht

*„Die Verfügung des Vorsitzenden Richters vom 16.09.2013, mit der der Pflichtverteidiger der Beschwerdeführerin entpflichtet worden ist, und der Beschluss, dem Verteidiger die durch die Aussetzung der (ersten) Hauptverhandlung entstandenen Kosten aufzuerlegen, sind, wie auch der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift vom 11.12.2014 und das Oberlandesgericht Frankfurt am Main - ohne Bindungswirkung für den Senat - im Rahmen des Beschwerdeverfahrens für diesen Sachverhalt mit Beschluss vom 28.10.2013 ausgeführt haben, rechtsfehlerhaft.“ (BGH aaO.)*

## 2. Unvertretbarkeit / Willkürlichkeit

Der Widerruf der Bestellung eines Pflichtverteidigers, der das Vertrauen der Angeklagten besitzt, **berührt die Verteidigungsbelange auf das stärkste**. Er setzt daher einen wichtigen Grund voraus. Es müssen Umstände vorliegen, die den **Zweck der Pflichtverteidigung ernsthaft gefährden**.

*„Dieser besteht darin, dem Beschuldigten einen **geeigneten Beistand zu sichern und einen geordneten Verfahrensablauf zu gewährleisten** (BVerfGE 39, 238, 245; vgl. auch Senat, Urteil vom 31.01.1990 - 2 StR 449/89, BGHR StPO § 24 II Vorsitzender 3).*

*Die - angeblich - verspätete Stellung eines ergänzenden Akteneinsichtsgesuchs durch den Verteidiger der Angeklagten, rechtfertigte es hier nicht, einen geordneten Verfahrensablauf für gefährdet zu halten. Vielmehr konnte diese Begründung den Eindruck erwecken, es handele sich um einen **nur vorgeschobenen Grund**, mit dem das Ziel verfolgt wurde, einen missliebigen, weil **unbequemem Verteidiger aus dem Verfahren zu entfernen**.*

*Eine solche **bloße Demonstration von Macht** richtete sich dann aber nicht nur gegen den Verteidiger, der es - wie auch das Oberlandesgericht Frankfurt am Main im Beschluss vom 28.10.2013 ausgeführt hat - lediglich versehentlich, keineswegs grob pflichtwidrig unterlassen hatte, zeitnah ein ergänzendes Akteneinsichtsgesuch zu stellen. Er traf vielmehr **unmittelbar auch die Verteidigungsbereitschaft der Angeklagten**. Diese konnte zu Recht befürchten, der Vorsitzende werde ihre Interessen auch sonst nicht ausreichend berücksichtigen und geneigt sein, auf nicht genehmes Verhalten ihrer selbst oder ihres Verteidigers **in einer für sie nachteiligen Weise sachfremd zu reagieren** (vgl. BGH, Urteil vom 09.03.1988 - 3 StR 567/87, BGHR StPO § 24 II Vorsitzender 1; Beschluss vom 09.08.1988 - 4 StR 222/88, BGHR StPO § 24 II Vorsitzender 2).“ (BGH aaO.)*

## III. Ergebnis

Der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO führt dazu, dass das angefochtene Urteil mit den Feststellungen aufzuheben ist.

Die Anordnung der Ersatzzwangshaft lässt sich wegen ihres Charakters als reines **Beugemittel**, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der in § 47 IV ThürVwZVG normierten Pflicht der Vollstreckungsbehörde, die Vollstreckungsmaßnahme einzustellen, sobald der Zweck der Zwangsvollstreckung erfüllt ist, dann **nicht mehr aufrechterhalten**, wenn **weitere Verstöße** des Vollstreckungsschuldners gegen das ihm aufgegebene Unterlassungsgebot (hier gewerberechtliche Untersagungsverfügung) **nicht mehr zu erwarten sind**.

## A. Prüfungswissen: Grundzüge der Verwaltungsvollstreckung

### I. Begriff

Verwaltungsvollstreckung umfasst die **Durchsetzung von Geldforderungen der Verwaltung** (z.B. aus einem Leistungsbescheid durch Sachpfändung) und die **Durchsetzung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen**. Die entsprechenden gesetzlichen Regelungen finden sich vornehmlich in dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes oder des Landes (VwVG), aber auch in den Polizeigesetzen.

Prüfungsrelevant ist dabei vor allem die zweite Variante, da die Durchsetzung von Forderungen weitgehend dem zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsverfahren entspricht und in der öffentlich-rechtlichen Klausur kaum eine Rolle spielt.

### II. Zwangsmittel

Im Rahmen des Verwaltungsvollstreckungsrechts zur Durchsetzung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen sind drei Zwangsmittel vorgesehen (§ 9 VwVG):

1. **Ersatzvornahme** (§ 10 VwVG)
2. **Zwangsgeld** (§ 11 VwVG)
3. **unmittelbarer Zwang** (§ 12 VwVG)

### III. Das gestreckte Vollstreckungsverfahren

Durchsetzung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen erfolgt in einem bestimmten Verfahrensgang

1. Erlass eines **VA**
2. Eintritt der Bestandskraft oder sofortige Vollziehbarkeit (§ 80 II VwGO)
3. **Androhung** des Zwangsmittels (§ 13 VwVG)
4. **Festsetzung** des Zwangsmittels (§ 14 VwVG)
5. **Anwendung** des Zwangsmittels (§ 15 VwVG)

### IV. Sofortvollzug (§ 6 II VwVG)

Als Sofortvollzug bezeichnet man ein Vollstreckungsverfahren, das nicht unter Einhaltung der obigen Verfahrensstufen ausgeführt wird. Beim Sofortvollzug **fehlt ein zuvor erlassener VA**, der zu erlassende VA wird vielmehr im Wege des Sofortvollzuges sofort umgesetzt. Zulässig ist ein solches Vorgehen, wenn es zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist

Der Sofortvollzug ist zu unterscheiden von der sofortigen Vollziehung. Bei der sofortigen Vollziehung eines VA nach § 80 II VwGO liegt begriffsnotwendig ein Grund-VA vor, gegen den Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben. Hier erfolgt die Vollstreckung daher üblicherweise im gestreckten Verfahren.

Sofortvollzug ist allerdings auch möglich, wenn ein VA noch erlassen werden konnte, dann jedoch die Einhaltung des gestreckten Vollstreckungsverfahrens (Androhung – Festsetzung – Anwendung) wegen einer gegenwärtigen Gefahr nicht mehr möglich ist.

## B. Voraussetzungen für die die Anordnung der Ersatzzwangshaft bei Gewerbeuntersagung (vgl. OVG Weimar in LKV 2016, 93)

**Fall:** Mit Bescheid vom 03.06.2010 untersagte das Thüringer Landesverwaltungsamt dem Vollstreckungsschuldner u.a. auf Dauer die selbstständige Ausübung der Gewerbe „Daten- und Verarbeitung, Internet-Service und Messebau“. Für den Fall, dass eines dieser Gewerbe nach Ablauf eines Monats nach Eintritt der Vollziehbarkeit der Verfügung noch ausgeübt werden sollte, drohte es ein Zwangsgeld in Höhe von 2.500 € und bei dessen Uneinbringlichkeit vorsorglich Ersatzzwangshaft an. Die dagegen nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobene Klage hat das VG mit rechtskräftig gewordenem Urteil vom 06.12.2011 abgewiesen.

In der Folgezeit forderte das Thüringer Landesverwaltungsamt den Vollstreckungsschuldner auf, den Gewerbebetrieb unverzüglich einzustellen und das Gewerbe abzumelden. Unter dem 10.07.2012 meldete der Vollstreckungsschuldner sein Gewerbe vom Haupterwerb zum Nebenerwerb um. Ein von ihm zwischenzeitlich beantragtes Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens lehnte das Thüringer Landesverwaltungsamt mit bestandskräftig gewordenem Bescheid vom 31.07.2012 ab. Ende dieses Jahres verlangte es vom Vollstreckungsschuldner erneut ohne Erfolg, dass er sein Gewerbe abmeldet. Nach übereinstimmendem Vortrag der Beteiligten setzte das Thüringer Landesverwaltungsamt als Vollstreckungsbehörde schließlich mit Bescheid vom 15.01.2013 das Zwangsgeld in der angedrohten Höhe fest. Versuche, es anschließend beizutreiben, scheiterten. Auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers vom 13.06.2013 ordnete das VG daraufhin mit Beschl. v. 17.07.2013 gegenüber dem Vollstreckungsschuldner Ersatzzwangshaft für die Dauer von drei Tagen an. Ist die Anordnung der Ersatzzwangshaft zu Recht erfolgt?

Nach § 49 I ThürVwZVG kann das Verwaltungsgericht auf schriftlichen Antrag der Vollstreckungsbehörde nach Anhörung des Vollstreckungsschuldners die Ersatzzwangshaft anordnen, wenn das Zwangsgeld uneinbringlich und wenn bei Androhung des Zwangsgeldes auf die Zulässigkeit der Ersatzzwangshaft hingewiesen worden ist.

### I. Vorliegen der Voraussetzungen für die Ersatzzwangshaft

Die Ersatzzwangshaft kann angeordnet werden, wenn ein verhängtes Zwangsgeld uneinbringlich ist. Dies ist hier der Fall. Fraglich ist jedoch, ob diese dann noch verhängt werden darf, wenn die Handlung, die erzwungen werden sollte, bereits vorgenommen wurde bzw. im Falle einer Unterlassungsverpflichtung weitere Verstöße ausgeschlossen sind.

#### 1. Wesen der Ersatzzwangshaft

*„Die Ersatzzwangshaft ist **kein selbstständiges Zwangsmittel**. Sie tritt **subsidiär** an die Stelle eines nicht einbringlichen Zwangsgeldes, teilt dessen Charakter als **reines Beugemittel** und enthält **keinerlei Strafelement** (Troidl, in Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG/VwZG, 10. Aufl. [2014], § 16 Rn. 1; Sadler, VwVG/VwZG, 8. Aufl. [2011], § 16 Rn. 1). Weil es sich bei der Zwangshaft um einen **schwerwiegenden Eingriff in die durch Art. 2 II GG gewährleistete Freiheit der Person** handelt, muss sie das letzte Mittel sein, zu dem der Staat Zuflucht nimmt, um seine rechtmäßigen Anordnungen gegenüber uneinsichtigen Bürgern durchzusetzen (BVerwG, Urf. v. 06.12.1956 – 1 C 10.56, NJW 1957, 602; juris). Es bedarf deshalb einer **strengen Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit**. Mit Blick auf das Übermaßverbot als dessen Bestandteil ist es nicht mehr erforderlich, den Willen des Vollstreckungsschuldners zu beugen, wenn er das **Verbot nicht mehr missachtet**.“ (OVG Weimar aaO.)*

#### 2. Thüringer Rechtslage

Die spiegelt auch die aktuelle Thüringer Rechtslage wieder.

*„Diese Abhängigkeit der Fortsetzung der Vollstreckung vom gebotswidrigen Verhalten des Vollstreckungsschuldners findet auch **Ausdruck in der Thüringer Rechtslage**. Mit Art. 1 Nr. 28 des Gesetzes zur Änderung des Thüringer Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetzes und weiterer vollstreckungsrechtlicher Vorschriften vom 16.12.2008 hat der Gesetzgeber in Thüringen die Vorschrift des § 48 III 4 ThürVwZVG nunmehr ersatzlos aufgehoben. Diese Vorschrift lautete:*

*„Sind weitere Zuwiderhandlungen nicht mehr zu befürchten oder kommt der Vollstreckungsschuldner seiner Verpflichtung erst nach der Festsetzung des Zwangsgeldes nach, so kann die Vollstreckungsbehörde von der Vollstreckung absehen, wenn diese eine besondere Härte für den Vollstreckungsschuldner darstellen würde.“*

*Zugleich hat der Gesetzgeber mit dem Änderungsgesetz in § 47 ThürVwZVG einen neuen Absatz 4 eingefügt. Danach sind die Vollstreckungsmaßnahmen einzustellen, sobald der Zweck der Zwangsvollstreckung erfüllt ist. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung (LT-Dr 4/4238, S. 33 f.):*

*„Nach der neuen Bestimmung in Absatz 4 ist, sobald der Zweck der Vollstreckung erfüllt ist, der Vollzug, das heißt die Vornahme der Zwangsvollstreckung, einzustellen. Die vom Gesetz vorgesehenen Zwangsmittel dienen nur der Sicherstellung der Vollstreckung, haben aber keinen Strafcharakter. Sobald der Zweck der Vollstreckung erreicht ist, besteht keine sachliche Legitimation mehr für den Vollzug der Zwangsmittel.“*

Nach der Zusammenschau der beiden Vorschriften ergibt sich somit, dass die **Vollstreckung nunmehr generell**, d. h. ohne Ermessensentscheidung bei besonderer Härte, und unabhängig vom Stand des Vollstreckungsverfahrens **einzustellen ist**, sobald der Vollstreckungsschuldner seiner **Verpflichtung nachkommen ist.**" (OVG Weimar aaO.)

### 3. Anwendung auf den Fall

Danach konnte die Anordnung der Ersatzzwangshaft nach Uneinbringlichkeit des Zwangsgeldes nur dann erfolgen, wenn der Vollstreckungsschuldner weitere Verstöße gegen die Unterlassungsverpflichtung vorgenommen hat.

„[Der] Vollstreckungsgläubiger [hat] **nicht glaubhaft machen können**, dass der Vollstreckungsschuldner das ihm untersagte Gewerbe **weiterhin ausübt**. Es liegt schon nicht ohne weiteres auf der Hand, dass entsprechende Zuwiderhandlungen zum Zeitpunkt der Anordnung der Ersatzzwangshaft durch das Verwaltungsgericht im Juli 2013 gegeben waren, nachdem die Vollstreckungsbehörde Anhaltspunkte hierfür nur dem Umstand hat entnehmen können, dass der Vollstreckungsschuldner im Juli 2012 sein **Gewerbe auf ein solches im Nebenerwerb umgemeldet** und in der Folgezeit trotz Aufforderung **nicht abgemeldet** hat. Zwar dürfen beim Verstoß gegen Unterlassungspflichten aufgrund eines – wie hier gegebenen Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung – keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden. **Bloße Mutmaßungen reichen** mit Blick auf die Schwere des Eingriffs bei Ersatzzwangshaft aber **nicht aus**. Hier hat die Vollstreckungsbehörde seit Erlass der Untersagungsverfügung im Juni 2010 **kein einziges konkretes Geschehen** dokumentiert, dass einen Verstoß gegen die Untersagungspflicht deutlich macht. Aber selbst wenn man die im Juli 2012 erfolgte Gewerbeummeldung damals noch als Indiz dafür hätte werten können, dass der Vollstreckungsschuldner sein Gewerbe auch tatsächlich noch betreibt, hat die Vollstreckungsbehörde seitdem **außer der Tatsache**, dass er sein **Gewerbe immer noch nicht abgemeldet hat**, **keine belastbaren Umstände** vorgetragen, die heute noch eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine Zuwiderhandlung gegen das zu vollstreckende Verbot nahelegen. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall. Die Vollstreckungsbehörde räumt ein, den **Kontakt zum Vollstreckungsschuldner seit Jahren verloren** zu haben und geht offenbar davon aus, dass er sich tatsächlich nicht mehr in Thüringen aufhält.“ (OVG Weimar aaO.)

Ein gebotswidriges Verhalten des Vollstreckungsschuldners im Hinblick auf die Unterlassungsverpflichtung kann vorliegend aber nicht festgestellt werden. Feststellbar ist allenfalls ein Verstoß gegen die Pflicht zur Abmeldung des Gewerbes.

„Soweit der Vollstreckungsgläubiger mit seinem Antrag offenbar zuletzt nur noch beabsichtigt, die Pflicht des Vollstreckungsschuldners zur Abmeldung des untersagten Gewerbes (§ 14 GewO) durchzusetzen, ist die Anordnung von Ersatzzwangshaft nicht erforderlich. Nach § 14 I 3 GewO kann die zuständige Gewerbebehörde die **Abmeldung von Amts** wegen vornehmen, wenn die Aufgabe des Betriebes eindeutig feststeht und die **Abmeldung nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraumes erfolgt**. Betriebsaufgabe im vorgenannten Sinne ist die vollständige und endgültige Einstellung der Gewerbeausübung auf der Grundlage einer entsprechenden Willensentschließung des Inhabers oder einer vollziehbar behördlichen Gewerbeuntersagung (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.01.1998 – 5 ss (OWi) 11/98 u.a., NVwZ-RR 1998, 494, VG München, Beschl. v. 17.06.2013 – M 16 X 13.987, m.w.N., juris).“ (OVG Weimar aaO.)

## II. Einhaltung der formalen Vorgaben

Daher kann offenbleiben, ob die Vollstreckungsbehörde den formalen Erfordernissen des § 49 I ThürVwZVG entsprochen und den Vollstreckungsschuldner **zugleich mit der Androhung** des Zwangsgeldes im Bescheid vom 03.06.2010 hinreichend **auf die Zulässigkeit der Ersatzzwangshaft hingewiesen** hat.

„Dies erscheint allerdings zweifelhaft. Denn mit der Erklärung, dass für den Fall der Uneinbringlichkeit des Zwangsgeldes **vorsorglich Ersatzzwangshaft angedroht** werde, gibt sie nämlich vor, **darüber schon entschieden zu haben** und – quasi als eigenständige Vollstreckungsmaßnahme – diese auch selbst anordnen zu können. Diese Erklärung ist aber **nicht deckungsgleich** mit der vom Gesetz geforderten und – nach Erlass der Zwangsgeldandrohung nicht mehr nachholbaren – **Belehrung** darüber, dass die Vollstreckungsbehörde nur ein Antragsrecht hat und allein das Verwaltungsgericht die Ersatzzwangshaft anordnen kann. Anders als das VG meint, dürfte diese Belehrung auch nicht als „Weniger“ in der von der Vollstreckungsbehörde gewählten Formulierung enthalten sein. Wie das VG nämlich zu Recht bemerkt hat, handelt es sich bei dem Hinweis auf die Zulässigkeit der Ersatzzwangshaft um eine **Schutzbestimmung zugunsten des Schuldners**. Ihm soll – zur Erzwingung rechtstreuen Verhaltens – nach dem Willen des Gesetzgebers vor Augen gehalten werden, dass bei Erschöpfung aller Zwangsmittel zur Durchsetzung der hier verfügbaren gewerberechtlichen Untersagungsverfügung die unter dem Vorbehalt richterlicher Anordnung stehende Möglichkeit besteht, das Vollstreckungsverfahren ersatzweise durch Zwangshaft fortführen zu können.“ (OVG Weimar aaO.)

(OVG Münster in NWVBI 2016, 68; Urteil vom 25.06.2015 – 19 A 488/13)

1. Sind Angehörige nicht zu ermitteln, so kann die zuständige Behörde die **Bestattung als Ersatzvornahme im Wege des Sofortvollzugs** nach § 55 II VwVG NRW vornehmen.
2. Die **Bestattungspflicht** der Angehörigen ist eine **öffentlich-rechtliche Pflicht** und deshalb unabhängig von Gründen, welche eine zivilrechtliche Unterhaltspflicht ausschließen würden.
3. § 24 II VO VwVG NRW ist **wirksames Landesrecht**.
4. Die Möglichkeit, einen **Anspruch auf Übernahme der Bestattungskosten** aus §§ 74 SGB XII geltend zu machen, schließt eine **unbillige Härte** i.S.v. § 24 II VO VwVG NRW aus.

**Fall:** Die Beteiligten streiten um die Kosten einer im Wege der Ersatzvornahme durchgeführten Feuerbestattung. Nachdem zunächst keine Angehörigen des Verstorbenen erreicht werden konnten, gab die Beklagte acht Tage nach Eintritt des Todes die Bestattung in Auftrag. Die Urne wurde einen Monat nach Eintritt des Todes beigesetzt, nachdem die Beklagte zuvor den Kläger als einzigen Sohn des Verstorbenen kontaktiert und dieser die weitere Veranlassung der Beisetzung verweigert hatte. Der Kläger wendet sich gegen den Leistungsbescheid, mit dem die Beklagte die Kosten der Ersatzvornahme und eine Verwaltungsgebühr festgesetzt hat. Er macht geltend, die Beitreibung der Bestattungskosten stelle für ihn eine unbillige Härte dar, da sich seine Eltern aufgrund des Alkoholkonsums seines Vaters bereits früh getrennt hätten und er seitdem keinerlei Kontakt zu seinem Vater mehr gehabt hätte. Unterhaltszahlungen seines Vaters habe er nie erhalten, das Erbe habe er ausgeschlagen. Finanziell sei er nicht in der Lage, die Bestattungskosten zu tragen. Ist der Leistungsbescheid rechtmäßig?

## I. Ermächtigungsgrundlage

„Maßgeblich für die gerichtliche Überprüfung eines Leistungsbescheides, mit dem die Vollzugsbehörde dem Bestattungspflichtigen die Kosten einer ordnungsbehördlichen Bestattung auferlegt, ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung. (OVG NRW, etwa Beschluss vom 19.04.1994 - 19 A 2644/92 -, juris, Rn. 10 mit weiterem Nachweis.) Der streitgegenständliche Bescheid vom 07.06.2011 findet danach im Hinblick auf die vor der Urnenbeisetzung angefallenen Kosten seine Ermächtigungsgrundlage in § 77 I 1 VwVG NRW i.V.m. § 15 I Nr. 11, § 20 II 1 und 2 Nr. 7 der am 17.12.2009 VO VwVG NRW) vom 08.12.2009 (GV.NRW. S. 787).

Nach diesen Bestimmungen werden für Amtshandlungen nach dem VwVG NRW von einem Vollstreckungsschuldner oder Pflichtigen - hier dem Kläger - Kosten (**Gebühren und Auslagen**) erhoben, wobei zu den Auslagen gemäß § 20 II 2 Nr. 7 VO VwVG NRW auch die Beträge gehören, die unter anderem bei der Ersatzvornahme an Beauftragte oder Hilfspersonen zu zahlen sind, sowie **Kosten, die der Vollzugsbehörde durch eine rechtmäßige Ersatzvornahme entstanden sind**. (Vgl. zur Frage der zutreffenden Ermächtigungsgrundlage für die Geltendmachung der Kosten einer Notbestattung auch nach Inkrafttreten des § 8 I 2 des Gesetzes über das Friedhofs- und Bestattungswesen vom 17.06.2003 - BestG NRW - (GV. NRW. S. 311) OVG NRW, Urteil vom 30.07.2009 - 19 A 448/07 -, juris, Rn. 21 ff.)“ (OVG Münster aaO.)

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Bescheid müsste formell rechtmäßig sein.

„Der Bescheid vom 07.06.2011 hält in formeller Hinsicht der Rechtskontrolle Stand. Insbesondere hat die Beklagte dem **Anhörungserfordernis des § 28 I VwVfG NRW** entsprochen, indem sie dem Kläger mit Schreiben vom 23.03.2011 Gelegenheit gegeben hat, zu dem beabsichtigten Leistungsbescheid Stellung zu nehmen. Der Bescheid ist auch entsprechend **§ 39 I VwVfG NRW begründet**.“ (OVG Münster aaO.)

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Bescheid müsste aber auch materiell rechtmäßig sein.

### 1. Materielle Rechtmäßigkeit der Kostenforderung

Nach § 20 II 2 Nr. 7 VO VwVG NRW können die Kosten der Ersatzvornahme erhoben werden.

„Die Veranlassung der Bestattung war eine Ersatzvornahme im Sinne von § 59 I VwVG NRW, mit der die Beklagte als örtliche Ordnungs- und als Vollzugsbehörde die Handlung, die der Kläger als Bestattungspflichtiger nach § 8 I 1 BestG NRW vorzunehmen verpflichtet war, selbst ausgeführt oder mit ihrer Ausführung einen anderen beauftragt hat.“ (OVG Münster aaO.)

Dies setzt jedoch voraus, dass die Ersatzvornahme rechtmäßig erfolgt ist.

### a) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen, § 55 VwVG NRW

Zunächst müssten die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen nach § 55 VwVG NRW vorliegen. Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob es sich um eine Maßnahme im gestreckten Verfahren nach § 55 I VwVG NRW mit vorhergehendem, vollstreckbarem Verwaltungsakt handelt oder ob die Ersatzvornahme im Rahmen des Sofortvollzuges nach § 55 II VwVG NRW erfolgt ist.

Im vorliegenden Fall konnte die Beklagte zunächst keine Angehörigen ermitteln, so dass für eine Bestattungsverfügung kein Adressat zur Verfügung stand. Es wurde daher im Rahmen des Sofortvollzuges nach § 55 II VwVG NRW gehandelt. Danach kann Verwaltungszwang ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet werden, wenn das zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist und die Vollzugsbehörde hierbei innerhalb ihrer Befugnisse handelt.

#### aa) Handeln im Rahmen der Befugnisse

Ergeht vor der Anwendung des Zwangsmittels kein zu vollstreckender Grund-VA so kommt es bei der Frage, ob die Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse gehandelt hat, darauf an, ob sie einen entsprechenden Verwaltungsakt rechtmäßig hätte erlassen können (sog. fiktiver Grund-VA).

##### (1) Ermächtigungsgrundlage

Die Beklagte hätte hier auf der Grundlage der ordnungsbehördlichen Generalklausel nach § 14 I OBG NRW handeln können.

*„Hiernach können die Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren.“ (OVG Münster aaO.)*

##### (2) Formelle Rechtmäßigkeit des Handelns

Da bei der Prüfung des Handelns im Rahmen der Befugnisse tatsächlich kein Verwaltungsakt ergangen ist, kommt es auf die Einhaltung von Form- und Verfahrensvorschriften nicht an, allerdings müsste die Beklagte für den Erlass einer entsprechenden Ordnungsverfügung zuständig gewesen sein.

*„Da sich der Verstorbene im Gebiet der Beklagten befand, war die Beklagte nach § 8 I 2 BestG NRW für den Erlass einer fiktiven Ordnungsverfügung zuständig.“ (OVG Münster aaO.)*

##### (3) Materielle Rechtmäßigkeit des Handelns

Die Beklagte hat aber nur dann materiell innerhalb ihrer Befugnisse gehandelt, wenn die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage (§ 14 I OBG NRW) vorliegen und die getroffene Maßnahme ermessensgerecht ist.

#### (a) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

##### (aa) Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

§ 14 I OBG NRW setzt das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraus.

Die öffentliche Sicherheit umfasst den Schutz der objektiven Rechtsordnung, der Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates.

*„Im Zeitpunkt der Beauftragung des Beerdigungsinstituts T. -G. am 09.02.2011 bestand ferner eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit, da der Verstorbene zu diesem Zeitpunkt entgegen § 13 III 1 BestG NRW noch nicht bestattet worden war. Die aus Gründen des Gesundheitsschutzes für Erd- und Feuerbestattungen gleichermaßen - für Feuerbestattungen entsprechend - anwendbare Frist von acht Tagen nach § 13 III 1 BestG NRW war zu diesem Zeitpunkt bereits abgelaufen, da der Vater des Klägers bereits am 31.01.2011 verstorben war. Sinn und Zweck dieser zum damaligen Zeitpunkt nur für Erdbestattungen normierten Frist besteht darin, Gesundheitsgefahren zu verhindern, die nach dem Einsetzen des Verwesungsprozesses von einer unbestatteten Leiche ausgehen können. Diese*

Gefahr besteht unabhängig davon, für welche Art der Bestattung sich der Pflichtige nach § 12 I 1 BestG NRW entscheidet. Nach § 7 III 1 BestG NRW ist dafür zu sorgen, dass **von Toten keine Gesundheitsgefahren ausgehen**. Diese gesetzliche Verpflichtung besteht unabhängig von der Bestattungsart. (Vgl. etwa VG Köln, Urteil vom 30.05.2012 - 9 K 1361/11 -, juris, Rn. 30; VG Düsseldorf, Urteil vom 29.03.2010 - 23 K 2976/09 -, juris, Rn. 27; VG Aachen, Urteil vom 20.08.2007 - 6 K 1554/06 -, juris, Rn. 24; ausdrücklich inzwischen auch § 13 III 1 BestG NRW in der Fassung des im Streitfall noch nicht anwendbaren Änderungsgesetzes vom 09.07.2014 (GV. NRW. S. 405)). Die Frist endete am Dienstag, dem 08.02.2011, ohne dass die Bemühungen der Beklagten, den Aufenthalt nach § 8 I 1 BestG NRW bestattungspflichtiger Angehöriger zu ermitteln und diese zu benachrichtigen, bis zu diesem Zeitpunkt Erfolg gehabt hätten.“ (OVG Münster aaO.)

Hier ist also wegen des Verstoßes gegen die objektive Rechtsordnung die öffentliche Sicherheit betroffen. Es muss aber auch eine konkrete Gefahr vorliegen.

Die setzt einen im Einzelfall bestehenden Sachverhalt voraus, der mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bei ungehindertem Fortgang zu einem Schaden für ein Schutzgut führt. Ein festgestellter Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung führt daher nur deshalb zur Annahme einer konkreten Gefahr, wenn die Perpetuierung des Rechtsverstoßes droht, was hier ohne Einschreiten der Beklagten anzunehmen ist.

Es besteht daher eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

#### **(bb) Verantwortlichkeit des Klägers**

Der Kläger könnte nach § 17 OBG NRW verhaltensverantwortlich sein.

„Die Inanspruchnahme des Klägers wäre nach § 8 I 1 BestG NRW rechtmäßig gewesen, da dieser als volljähriger Sohn des Verstorbenen **bestattungspflichtig** war und es keine vorrangig Bestattungspflichtigen gab. Der Kläger hat sich seiner **öffentlich-rechtlichen Bestattungspflicht** auch nicht dadurch entledigen können, dass er das Erbe seines Vaters nach eigenen Angaben ausgeschlagen hat. Aus den zivilrechtlichen Regelungen über die Erbenstellung sowie darüber, wer die Kosten der Beerdigung zu tragen hat (§§ 1968, 1615 II BGB), ergibt sich nichts anderes, weil sie unmittelbare Wirkung nur für das Innenverhältnis der in Frage kommenden Personen, nicht aber für die ordnungsrechtliche Bestattungspflicht haben. Letztere beruht auf einem **eigenständigen öffentlich-rechtlichen Rechtsgrund**. Die Bestattungspflicht dient der Gefahrenabwehr und findet ihren **tradierten rechtlichen Grund in der Totenfürsorge**. (BVerwG, Beschluss vom 14.10.2010 - 7 B 56.10 -, juris, Rn. 6; OVG NRW, Urteil vom 30.07.2009 - 19 A 448/07 -, juris, Rn. 39.) Die weiteren vom Kläger vorgetragene Einwände des fehlenden Kontakts zu seinem Vater und dessen Verletzung der Unterhaltspflicht entbinden ihn ebenfalls nicht von seiner Bestattungspflicht. Hierfür sieht das BestG NRW im Gegensatz zu den Vorschriften über eine Beschränkung oder einen Wegfall der familienrechtlichen Unterhaltspflicht bei der Verpflichtung in Fällen grober Unbilligkeit (§§ 1361 III, 1579 Nr. 2 bis 8, 1611 BGB) **keine Ausnahmetatbestände** vor (OVG NRW, Urteil vom 30.07.2009 - 19 A 448/07 -, juris, Rn. 41).“ (OVG Münster aaO.)

Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Inanspruchnahme des Klägers nach § 14 I OBG lagen daher vor.

#### **(b) Ermessen**

Allerdings steht das Ergreifen von Maßnahmen nach § 14 I OBG im Ermessen der Behörde. Die Beklagte muss daher ermessensgerecht gehandelt und dabei insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt haben.

Die Maßnahme diene dem legitimen Zweck der Totenfürsorge und war dazu auch geeignet. Es gab auch kein mildereres, gleich geeignetes Mittel, so dass auch Erforderlichkeit angenommen werden kann. Die Maßnahme war schließlich auch angemessen, da die allgemeine Gesundheitsfürsorge hier Vorrang hat vor den Interessen des Klägers, nicht in

Anspruch genommen zu werden. Dies ergibt sich auch aus den vorstehenden Erwägungen zur Verantwortlichkeit.

Eine fiktive, auf Bestattung des Verstorbenen gerichtete Ordnungsverfügung an den Kläger wäre auf der Grundlage von § 14 I OBG NRW rechtmäßig gewesen.

#### bb) Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr

*„Eine Gefahr ist gegenwärtig im Sinne des § 55 II VwVG NRW, wenn die Einwirkung des schädigenden Ereignisses schon begonnen hat oder bei der diese Einwirkung **unmittelbar oder in aller-nächster Zeit mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit** bevorsteht, so dass sofortige Abhilfe derart geboten ist, dass nicht mit der Anordnung und Durchführung von Gefahrbeseitigungsmaßnahmen im gestreckten Vollzug auch einer sofort vollziehbaren Ordnungsverfügung zugewartet werden kann. (OVG NRW, Urteil vom 08.04.2014 - 2 A 371/13 -, juris, Rn. 56; Beschluss vom 12.06.2014 - 5 B 446/14, 5 E 451/14 -, juris, Rn. 18; Urteil vom 26.09.1996 - 21 A 7041/95 -, juris, Rn. 25). Eine solche Sachlage lag mit Blick darauf, dass die **Bestattungsfrist zum Zeitpunkt der Einäscherung bereits abgelaufen** war, vor.“ (OVG Münster aaO.)*

#### b) Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme

Geht es bei der zu vollstreckenden Maßnahme um eine vertretbare Handlung, wie hier die Bestattung, so ist die Ersatzvornahme nach § 59 VwVG NRW das richtige Zwangsmittel. Damit liegen die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme des Klägers für die Kosten der Ersatzvornahme nach § 20 II 2 Nr. 7 VO VwVG NRW vor.

#### c) Absehen von der Beitreibung der Kosten

Fraglich ist jedoch, ob die Beklagte nicht nach § 24 II VO VwVG von der Beitreibung der Kosten für die Einäscherung des Verstorbenen absehen konnte.

*„Nach dieser Vorschrift kann die Vollstreckungsbehörde von der Berechnung und Beitreibung der Gebühren und Auslagen unter anderem dann ganz oder teilweise absehen, wenn nach Begleichung der Hauptschuld die Beitreibung der Kosten für den Schuldner eine **unbillige Härte** bedeuten würde. § 24 II VO VwVG NRW ist zwar wirksames Landesrecht. Die Vorschrift erfasst auch nicht nur die Kosten aus der Vollstreckung von Geldforderungen („Hauptschuld“), sondern auch die Erhebung und Beitreibung von Gebühren und Auslagen nach § 20 VO VwVG NRW (bb.). Die Beklagte konnte von der Beitreibung der Einäscherungskosten aber nicht nach § 24 II VO VwVG NRW absehen, weil die Möglichkeit, einen Anspruch auf Übernahme der Bestattungskosten aus § 74 SGB XII geltend zu machen, eine **unbillige Härte im Sinne des § 24 II VO VwVG NRW ausschließt**.“ (OVG Münster aaO.)*

Die Kostenforderung ist daher rechtmäßig.

### 2. Materielle Rechtmäßigkeit der Gebührenforderung

*„Die Verwaltungsgebühren durfte die Beklagte nach § 15 I Nr. 11 VO VwVG NRW festsetzen. Danach ist die Vollzugsbehörde berechtigt, für die Veranlassung der Bestattung durch die Ordnungsbehörde Verwaltungsgebühren in Höhe von 25,00 € bis 300,00 € zu erheben. Die Festsetzung der Verwaltungsgebühr ist danach nicht zu beanstanden. Sie bewegt sich mit einer Höhe von 150,00 € im von § 15 I Nr. 11 VO VwVG NRW vorgegebenen Rahmen.“ (OVG Münster aaO.)*

## IV. Ergebnis

Der Leistungsbescheid ist insgesamt rechtmäßig.

## 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  
§§ 61 I, 307

**Notwendige Streitgenossenschaft  
Widerruf von Prozesshandlungen**

ZivilVerfR

(BGH in FamRZ 2016, 220; Urteil vom 23.10.2015 – V ZR 76/14)

Waren **notwendige Streitgenossen** in einem Termin zur mündlichen Verhandlung säumig, können sie eine Prozesshandlung, die ein anwesender Streitgenosse mit Wirkung für sie vorgenommen hat, in den Tatsacheninstanzen in nachfolgenden mündlichen Verhandlungen widerrufen.

**Fall:** In einem Fall notwendiger Streitgenossenschaft waren die Streitgenossen B und C säumig. Der anwesende Streitgenosse A hat im Termin zur mündlichen Verhandlung ein Anerkenntnis erklärt. Hieran wollen sich B und C nicht festhalten lassen. Sie legen gegen das Anerkenntnisurteil Berufung ein und widerrufen das Anerkenntnis. Geht dies?

„Nach **ganz h.M.** besteht im Ergebnis Einigkeit darüber, dass sich die **säumigen Streitgenossen** von dem mit Gesamtwirkung nach § 62 I ZPO vorgenommenen Prozessverhalten des nicht Säumigen **wieder lösen** können, sofern es **noch nicht zu einer unanfechtbaren Endentscheidung** gekommen ist (Musielak/Weth, § 62 Rn. 14: Loslösung durch „Widerspruch“; ebenso Gehrlein in Prütting/Gehrlein, § 62 Rn. 20; MüKo-ZPO/Schultes, § 62 Rn. 43; Wiczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., § 62 Rn. 64; Lindacher, Jus 1986, 379; vgl. auch Hüßtege in Thomas/Putzo, ZPO, 36. Aufl., Rn. 20: beschränkte Wirkung eines Anerkenntnisses bei Berufungseinlegung durch die Säumigen; Zöller/Vollkommer, § 62 Rn. 26: Entfallen der Wirkung bei Berufungseinlegung; ähnlich Gottwald in Rosenberg/Schwab, ZPO, 17. Aufl., § 49 Rn. 46; a.A. Bork in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 62 Rn. 33: Loslösung nur möglich, wenn dem Vertretenen bei eigener Vornahme der Prozesshandlung eine Beseitigungsmöglichkeit zustünde).

Dem tritt der Senat mit der Maßgabe bei, dass es säumigen Streitgenossen in den Tatsacheninstanzen **in nachfolgenden mündlichen Verhandlungen möglich** ist, eine von dem anwesenden Streitgenossen mit Wirkung für sie vorgenommene Prozesshandlung zu widerrufen.

**Prozesshandlungen** wie das Anerkenntnis unterliegen nicht den für materiell-rechtliche Rechtsgeschäfte geltenden Vorgaben. Die **für Willenserklärungen geltenden Vorschriften** über Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit wegen Willensmängeln sind **weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar** (vgl. BGHZ 80, 389 [391 ff.] = NJW 1981, 2193; BGH, NJW 2007, 1460 = MDR 2007, 672; NJW 2013, 2686 Rn. 7). Wegen ihrer prozessgestaltenden Wirkung sind Prozesshandlungen **grundsätzlich unwiderruflich**, wenn sie als sog. Bewirkungshandlungen die Prozesslage unmittelbar beeinflussen (Senat, NJW 2015, 2425 Rn. 27). Ein Widerrufsrecht kann sich allerdings **ausnahmsweise aus teleologischen oder systematischen Erwägungen** ergeben (vgl. BGH, NJW 2002, 436 [438]).

Die **Möglichkeit zum Widerruf von Prozesshandlungen**, die – wie hier – in der mündlichen Verhandlung von einem anwesenden Streitgenossen mit Wirkung für und wider die übrigen vorgenommen worden sind, folgt aus der gebotenen **teleologischen Reduktion des § 62 ZPO**.

Das mit der Norm verfolgte gesetzgeberische Anliegen besteht darin, die **Möglichkeit zu einer einheitlichen gerichtlichen Entscheidung** auch dann zu eröffnen, wenn nicht sämtliche notwendige Streitgenossen im Termin zur mündlichen Verhandlung anwesend sind. Eine **Strafsanktion gegen säumige Streitgenossen** wird mit der Vorschrift dagegen **nicht bezweckt**. Der mit der Regelung einhergehende Eingriff in die Privatautonomie der Säumigen ist nur im Rahmen des Erforderlichen legitim. Die Bindung an eine ohne seine Mitwirkung geschaffene Prozesslage ist nicht erforderlich, wenn eine **einheitliche Entscheidung noch ergehen kann**, wenn es also nicht zu einer in den Tatsacheninstanzen nicht mehr anfechtbaren Entscheidung gekommen ist (ebenso MüKo-ZPO/Schultes, § 62 Rn. 43; Musielak/Weth, § 62 Rn. 14). Dies gilt umso mehr, als die säumige Partei – sieht man von § 62 I ZPO ab – sich ansonsten gegen ein an die Säumnis anknüpfendes Urteil mit dem Rechtsbehelf des Einspruchs wehren könnte (§ 338 ZPO). Ein sachlicher Grund, warum ihr diese Möglichkeit im Fall der notwendigen Streitgenossenschaft nicht zur Verfügung stehen soll, ist nicht erkennbar. Die Regelung des § 62 II ZPO, nach der die säumigen Streitgenossen auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen sind, spricht vielmehr dafür, dass diese sich von nachteiligen Prozesshandlungen lösen können, die ihnen von dem anwesenden Streitgenossen aufgezwungen worden sind.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§§ 78 b, 551 I, II 6

**Anspruch auf Notanwalt  
Nicht bei von Partei verursachter Mandatsbeendigung**  
(BGH in NJW 2016, 81; Beschluss vom 19.09.2015 – V ZR 81/15)

ZivilVerfR

**Fall:** Die Kl. hat in einer erstinstanzlich vom AG Leipzig entschiedenen Sache durch einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt fristgerecht Revision gegen ein in der Berufungsinstanz ergangenes, sie beschwerendes zweites Versäumnisurteil eingelegt. Nach der Fertigung des Entwurfs der Revisionsbegründung hat die Kl. dem von ihr mit der Durchführung des Revisionsverfahrens beauftragten Rechtsanwalt das Mandat „mangels Vertrauens in seine Redlichkeit“ entzogen, nachdem dieser nicht bereit war, eine Revisionsbegründung nach ihren Vorgaben zu fertigen.

Innerhalb der bis zum 13.07.2015 verlängerten Begründungsfrist, in der eine Revisionsbegründung nicht eingegangen ist, hat die Kl. unter Beifügung von neun Absagen anderer beim BGH zugelassener Rechtsanwälte beantragt, ihr einen Notanwalt zur weiteren Durchführung des Revisionsverfahrens beizuordnen. Besteht hierauf ein Anspruch?

Nach § 78 b ZPO kann einer Partei ein Rechtsanwalt beigeordnet werden, wenn sie einen zu ihrer Vertretung bereiten Rechtsanwalt nicht findet und die Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint.

„Hat die Partei – wie hier – zunächst einen zu ihrer Vertretung bereiten **Rechtsanwalt gefunden und mandatiert**, kommt im Fall einer späteren Mandatsniederlegung die Bestellung eines Notanwalts nur in Betracht, wenn sie die **Beendigung des Mandats nicht zu**

**vertreten** hat (Senat, MDR 2014, 677 = BeckRS 2014, 09026; BGH, NJW-RR 2014, 378 = WM 2014, 425 Rn. 9 m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des BGH kann deshalb keine Beordnung eines Notarwalts verlangt werden, wenn der bei ihm zugelassene und an sich zur Vertretung bereite Rechtsanwalt nicht willens war, eine Revisionsbegründung nach den Vorstellungen oder Vorgaben der Partei zu fertigen. Denn es liefe **dem Zweck der Zulassungsbeschränkung** für Rechtsanwälte beim BGH **zuwider**, wenn die Partei einen Anspruch darauf hätte, ihre Rechtsansicht gegen die des – auf das Revisionsrecht spezialisierten – Rechtsanwalts durchzusetzen (Senat, AnwBl 2013, 826 = BeckRS 2013, 16525; MDR 2014, 677 = BeckRS 2014, 09026 Rn. 2; BGH, NJW 2013, 1011 Rn. 4; Beschl. v. 24.07.2014 – III ZR 81/14, BeckRS 2014, 15945 Rn. 2; Beschl. v. 17.09.2014 – VII ZR 82/14, BeckRS 2014, 19041; Beschl. v. 20.05.2015 – IX ZR 116/14, BeckRS 2015, 11505 Rn. 2).

Ob an dieser Rechtsprechung (kritisch dazu Baumert, MDR 2014, 1181; Vollkommer, MDR 2014, 569; Stempfle, AnwBl 2014, 301; vgl. aber auch Nassall, AnwBl 2014, 498) ohne jede Einschränkung festzuhalten ist, kann hier offenbleiben. Jedenfalls in den Fällen, in denen eine Partei **auf der Aufnahme von Ausführungen in die Rechtsmittelbegründungsschrift besteht**, die für die Entscheidung des Revisionsgerichts offenkundig ohne Bedeutung sind, ist eine dadurch verursachte Mandatsbeendigung durch die Partei zu vertreten. In diesen Fällen verbietet sich die Beordnung eines beim BGH zugelassenen Rechtsanwalts. Dieser könnte sogleich seine Entpflichtung aus wichtigem Grund (§ 48 II BRAO) verlangen, weil ihm die Aufnahme von evident unerheblichen Ausführungen in seinen Begründungsschriftsatz nicht zuzumuten ist. Um einen solchen Fall handelt es sich hier.“ (BGH aaO.)

ZPO  
§ 940a

**Räumungstitel**  
**Vollstreckung gegen erwachsene Kinder des Mieters**

ZivilVerfR

(AG Kassel in ZMR 2016, 77; Urteil vom 18.06.2015 – 40 C 243/15)

1. Leben **erwachsene Kinder** mit dem Mieter zusammen, kann **mit einem allein gegen den Mieter gerichteten Räumungstitel** regelmäßig **auch** dann **gegen die Kinder vollstreckt** werden, wenn diese über ein eigenes Einkommen verfügen und sich wirtschaftlich an der Miete beteiligen.
2. Für eine gegen sie gerichtete einstweilige Verfügung gemäß § 940a II ZPO besteht dann **kein Rechtsschutzbedürfnis**.

**Fall:** Die Verfügungsbeklagte zu 5) wohnt mit ihren minderjährigen Kindern sowie den Verfügungsbeklagten zu 1) bis 3), bei denen es sich um volljährige Kinder von ihr handelt, im Haus X. Das Haus steht im Eigentum der Verfügungsklägerin. Die Verfügungsbeklagte zu 5) hatte das Haus ab dem 15.05.2008 von der Verfügungsklägerin gemietet. Die Verfügungsklägerin erklärte unter Berufung auf Zahlungsrückstände die Kündigung des Mietverhältnisses und erhob im Dezember 2013 Räumungsklage gegen die Verfügungsbeklagte zu 5).

Im Räumungsrechtsstreit (AG Kassel, Zweigstelle Hofgeismar, 40 C 484/13) hat sich die Verfügungsbeklagte zu 5) durch Vergleich vom 25.03.2014 verpflichtet, das Haus bis zum 31.08.2014 zu räumen. Da die Verfügungsbeklagten nicht auszogen, hat die Verfügungsklägerin schließlich Bemühungen unternommen, die Räumungsvollstreckung aus dem Vergleich zu betreiben. Die Gerichtsvollzieherin hat dem Anwalt der Verfügungsklägerin erklärt, zunächst müsse ein Titel oder zumindest eine Vollstreckungsklausel gegen die volljährigen Kinder der Verfügungsbeklagten zu 5) beigebracht werden. Das vorliegende Verfahren zielt darauf ab, entsprechend § 940a ZPO einen Räumungstitel auch gegen die Angehörigen der Verfügungsbeklagten zu 5) zu schaffen.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtet auf die Räumung von Wohnraum nach § 940a ZPO liegen nicht vor.

„Nach § 940a II ZPO kann, wenn gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt, **durch einstweilige Verfügung auch gegen einen Dritten die Räumung angeordnet** werden, wenn dieser im Besitz der Mietsache ist, und der Vermieter vom Besitzerwerb des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat. Die Verfügungsbeklagte zu 5) ist bereits nicht Dritte, denn der Titel (Räumungsvergleich) richtet sich unmittelbar gegen sie. Die **weiteren Verfügungsbeklagten** und auch die minderjährigen Kinder der Verfügungsbeklagten zu 5) sind **nicht Besitzer**, denn es handelt sich bei ihnen um **Kinder der Mieterin**, und diese sind **regelmäßig nicht als Besitzer einzustufen**. Darauf, ob sie minderjährig sind oder nicht, oder ob sie über eigenes Einkommen verfügen, kommt es für den Besitz nicht an (vgl. Zöller/Stöber, 30. Aufl. 2014, § 885 ZPO, Rn. 7; Zöller/Vollkommer, aaO., § 940a ZPO, Rn. 5; Schmidt-Futter/Streyl, 11. Aufl. 2013, § 940a ZPO, Rn. 22).

**Nur in Ausnahmefällen sind volljährige Kinder als Besitzer anzusehen.** Das kommt etwa in Betracht, wenn sie innerhalb der Wohnung in einem abgeschlossenen Lebensbereich leben, einen **eigenen Hausstand begründet** haben oder **Miete zahlen** (vgl. Zöller, aaO.). Demgegenüber leben die Verfügungsbeklagten zu 1) bis 3) im Haushalt der Verfügungsbeklagten zu 5). Dass sie sich innerhalb der Familie finanziell an der Miete beteiligen, begründet keinen Besitz. Sie leben sämtlich von SGB II – Leistungen, die unter Berücksichtigung ihres Wohnbedarfs bemessen sind, und kommen entsprechend des vom Jobcenter berechneten Wohnbedarfsanteils innerhalb der Familie für einen Teil der monatlich aufzubringenden Nutzungsentschädigung auf. Dadurch wird **keine Sachherrschaft an der Wohnung begründet**. Ihre Situation unterscheidet sich insofern nicht wesentlich von derjenigen z.B. eines minderjährigen Auszubildenden, der einen Teil seines monatlichen Einkommens für seine Wohn- und Verpflegungskosten an die Eltern abführt. Eine Miete, also einen vertraglich vereinbarten Betrag für die Überlassung von Wohnraum, zahlen die Verfügungsbeklagten zu 1) bis 3) gerade nicht.

Für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht **kein Rechtsschutzbedürfnis**. Da die Verfügungsbeklagten zu 1) bis 4) nicht Besitzer sind, kann die Verfügungsklägerin gegen sie, soweit sie noch in dem Haus wohnen, ohne weiteres aus dem Räumungsvergleich vollstrecken. Sofern das Vollstreckungsorgan entgegen der Rechtslage nicht tätig wird, besteht die Möglichkeit der Erinnerung (§ 766 ZPO).“ (AG Kassel aaO.)

StPO  
§ 341 I, II

**Strafklageverbrauch durch Strafbefehl**  
**„Zäsurwirkung“ bei Unterlassungsdelikten**

StrafR

(OLG Frankfurt in FD-StrafR 2016, 375751; Beschluss vom 30.06.2015 – 2 Ss 106/15)

**Fall:** Das Amtsgericht hat die Angeklagte am 25.07.2013 wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung und Bankrotts zu einer Gesamtgeldstrafe von 150 Tagessätzen in Höhe von je 50 € verurteilt. Hiergegen richtet sich die gemäß § 341 I StPO form- und fristgerecht eingelegte und nach § 345 I, II StPO ebenso begründete Sprungrevision der Angeklagten.

Nach den Feststellungen des Amtsgerichts war die Angeklagte bis zum 28.02.2011 alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der Firma1-Limited. Bereits im August 2008 war die Gesellschaft nicht mehr in der Lage, die offenen und fälligen Verbindlichkeiten aus der unternehmerischen Tätigkeit zu decken, mithin zahlungsunfähig. Deswegen wurde die Angeklagte durch Strafbefehl des Amtsgerichts Bensheim vom ... 2010, rechtskräftig seit 10.09.2010, wegen Insolvenzverschleppung zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 50,- € verurteilt.

In der Folgezeit verschlechterte sich die Situation der Gesellschaft erheblich. Von Oktober 2010 bis Januar 2011 wurden zahlreiche neue Forderungen gegen die Gesellschaft geltend gemacht, welche durch diese nicht ausgeglichen werden konnten. Mit Beschluss des Amtsgerichts Darmstadt vom 25.11.2011 wurde auf Antrag der Krankenkasse3 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Firma1-Limited eröffnet. Der im Rahmen des Insolvenzverfahrens eingesetzte Insolvenzverwalter stellte fest, dass Schulden der Gesellschaft in Höhe von 389.047,04 € Forderungen von 51.277,36 € gegenüberstanden, wobei der Angeklagten diese desolate Situation der Gesellschaft bekannt war. Darüber hinaus existierte im gesamten Tatzeitraum keine ordnungsgemäße Buchhaltung für die Gesellschaft. Die Angeklagte kümmerte sich weder um eine entsprechende Ordnung der eingehenden Zahlungen und Rechnungen, noch bemühte sie sich bis zu ihrem Ausscheiden im Oktober 2010 darum, einen Überblick durch eine ordnungsgemäße Buchführung zu erhalten. Dadurch war es dem im Rahmen des Insolvenzverfahrens eingesetzten Insolvenzverwalter nicht bzw. unter erschwerten Bedingungen möglich, sich ein abschließendes Bild über die Vermögenslage der Gesellschaft zu machen.

Das Amtsgericht hat die Auffassung vertreten, Strafklageverbrauch sei nicht eingetreten, weil durch den Erlass des Strafbefehls vom ....2010 eine Zäsurwirkung eingetreten sei. Die Auffassung, dass ein neuer, von dem ersten qualitativ verschiedener Tatentschluss vorliegen müsse, teilt das Amtsgericht nicht, ist aber weiter der Meinung, dass die Eingehung neuer Verbindlichkeiten vor dem Hintergrund einer rechtskräftigen Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung einen neuen Tatentschluss erfordere, zumal die finanzielle Situation der Gesellschaft sich in der Folgezeit erheblich verschlechtert habe. Ist Strafklageverbrauch hinsichtlich des Vorwurfs der Insolvenzverschleppung eingetreten?

**I. Relevanz des Strafbefehlsverfahrens**

„Die vom Amtsgericht vertretene Auffassung, allein aufgrund der durch den Erlass des Strafbefehls vom ....2010 eingetretenen Zäsurwirkung sei Strafklageverbrauch nicht eingetreten, hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Nach dieser Auffassung würde der Staat durch einen bloßen, nicht näher begründeten Verweis auf die dogmatische Figur der „Zäsurwirkung“ einer vorausgegangenen Verurteilung **selbst die Voraussetzungen für die Verurteilung wegen einer vermeintlich neuen Tat schaffen**. Das stellt indes einen **Verstoß gegen das Schuldprinzip** dar, weil in einem solchen Fall nicht die individuelle Schuld der Grund der Bestrafung und die Grundlage der Strafzumessung ist, sondern die **von Zufälligkeiten abhängige Geschwindigkeit der Strafverfolgung** (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 23.09.2014 - 2 BvR 2545 - 12 -, Rn.12, juris, m.w.N.). Das bedeutet aber nicht, dass der ersten Verurteilung keinerlei Abgrenzungsfunktion zukäme. Sie markiert vielmehr die **zeitliche Grenze für den möglichen Beginn der Verwirklichung neuen schuldhaften Unrechts durch die Fortsetzung des Nichthandelns** entgegen der durch die jeweilige Strafnorm begründeten rechtlichen Verpflichtung. Fasst der Täter einen neuen, von dem ersten qualitativ verschiedenen, weil die erste Verurteilung außer Acht lassenden Tatentschluss, ist eine zweite Verurteilung ohne Verstoß gegen das Schuldprinzip möglich (vgl. BVerfG, aaO., Rn. 13 m.w.N.).“ (OLG Frankfurt aaO.)

**II. Anwendung auf den Fall**

„Dies zugrunde legend ist der Senat mit dem Amtsgericht der Auffassung, dass die **Eingehung neuer Verbindlichkeiten nach einer bereits rechtskräftigen Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung auch einen neuen Tatentschluss erfordern kann**. Das Amtsgericht hat vorliegend allerdings **keine hinreichenden Feststellungen** dazu getroffen, ob und ggfls. wann die Angeklagte für die Gesellschaft neue und ggfls. welche Verbindlichkeiten eingegangen ist. Soweit es Feststellungen dazu getroffen hat, wann Vollstreckungsbescheide gegen die Gesellschaft ergangen sind, fehlt es an Angaben dazu, wann die **diesen zugrunde liegenden Verbindlichkeiten begründet** worden sind. Bei den vom Amtsgericht aufgeführten offenen Forderungen der verschiedenen Krankenkassen hätte es näherer Feststellungen dazu bedurft, welche Verbindlichkeiten im Einzelnen zu welchem Zeitpunkt entstanden sind und auf welche Weise die Angeklagte dabei involviert war.

Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen vermag der Senat daher **nicht zu überprüfen**, ob das Amtsgericht hinsichtlich der Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung **zu Recht einen Strafklageverbrauch** durch die frühere Verurteilung der Angeklagten vom ... 2010 **verneint** hat.“ (OLG Frankfurt aaO.)

**StPO § 145 Nichtberücksichtigung von Verteidigerverhinderung Beschleunigungsgebot in Haftsachen StrafVerfR**  
**(OLG Bremen in FD-StrafR 2016, 375727; Beschluss vom 11.01.2016 – 1 HEs 3/15)**

1. Das Recht eines Angeklagten, sich von einem Anwalt seiner Wahl und seines Vertrauens vertreten zu lassen, wird durch das **Beschleunigungsgebot in Haftsachen** begrenzt.
2. Bei der Terminierung ist deshalb **nicht jede Verhinderung eines Verteidigers** zu berücksichtigen. Die terminlichen Verhinderungen des Verteidigers können angesichts der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 2 II 2 GG) nur insoweit berücksichtigt werden, als dies **nicht zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens** führt.

**Fall:** Das Amtsgericht Bremen erließ am 07.07.2015 - 103 Gs 57/15 - Haftbefehl gegen den zur Tatzeit 18-jährigen Angeklagten wegen des dringenden Verdachts der gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 I Nr. 2 StGB. Die Anordnung der Untersuchungshaft erfolgte wegen des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr gemäß § 2 II JGG, § 112a I 1 Nr. 2 StPO. Dem Angeklagten wird zur Last gelegt, am 01.07.2015 als Heranwachsender in dem Geschäft [...] im [...] in der [...] -Straße in [...] dem Geschädigten [...], einem Mitarbeiter des Geschäfts, in einem für Kunden nicht zugänglichen Bereich mit einer Glasflasche von hinten auf den Kopf geschlagen zu haben, wodurch der Geschädigte eine Kopfplatzwunde erlitt. Das Amtsgericht Bremen geht ausweislich des Haftbefehls davon aus, dass die Tat vor dem Hintergrund einer früheren Körperverletzung des Angeklagten zum Nachteil desselben Geschädigten begangen wurde, und der Angeklagte sich für die zuvor erfolgte Anzeigenerstattung durch den Geschädigten rächen wollte. Die Anklage vom 14.07.2015 ging am 16.07.2015 beim Amtsgericht ein. Die Akte hatte bis zu diesem Zeitpunkt einen Umfang von 64 Seiten. Das vom Amtsgericht eingeholte psychiatrische Gutachten liegt seit dem 12.10.2015 vor. Am 15.10.2015 wurde die Anklage zur Hauptverhandlung zugelassen und das Hauptverfahren eröffnet. Termin zur Hauptver-

handlung wurde anberaumt für den 18.01.2016. Der Aktenumfang war jetzt auf 127 Seiten zuzüglich des Gutachtens angewachsen. Der Angeklagte befindet sich seit seiner aufgrund des Haftbefehls erfolgten Festnahme am 10.07.2015 ununterbrochen in Untersuchungshaft.

Mit Verfügung vom 18.12.2015 hat das Amtsgericht die Akten dem Senat über die Staatsanwaltschaft und die Generalstaatsanwaltschaft Bremen zur Entscheidung über die Haftfortdauer zugeleitet. Die späte Terminierung begründete es im Wesentlichen mit Termenschwierigkeiten des Verteidigers und der Sachverständigen. Die Generalstaatsanwaltschaft Bremen hat dem Senat die Akten am 29.12.2015 vorgelegt und die Fortdauer der Untersuchungshaft beantragt. Wie wird das Gericht entscheiden?

### I. Entscheidungsgrundsätze in Haftsachen

„Bei der **Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft** ist stets das Spannungsverhältnis zwischen dem in Art. 2 II 2 GG gewährleisteten Recht des Einzelnen auf persönliche Freiheit und den unabwiesbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung zu beachten. Grundsätzlich darf nur einem rechtskräftig Verurteilten die Freiheit entzogen werden. Der Entzug der Freiheit **eines der Straftat lediglich Verdächtigen** ist wegen der Unschuldsvermutung, die ihre Wurzel im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG hat und auch in Art. 6 II EMRK ausdrücklich hervorgehoben ist, **nur ausnahmsweise zulässig**. Dabei muss den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlich und zweckmäßig erscheinenden Freiheitsbeschränkungen der Freiheitsanspruch des noch nicht rechtskräftig verurteilten Angeklagten als Korrektiv gegenübergestellt werden, wobei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine maßgebliche Bedeutung zukommt (BVerfG, Beschluss vom 09.12.2014 - Ws 121/14 [sowie zahlreiche andere Nachweise]).“ (OLG Bremen aaO.)

### II. Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen

„Mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft vergrößert sich das **Gewicht des Freiheitsanspruchs** regelmäßig gegenüber dem Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung. Daraus folgt zum einen, dass die Anforderungen an die Zügigkeit der Arbeit in einer Haftsache mit der Dauer der Untersuchungshaft steigen. Zum anderen nehmen auch die **Anforderungen an den die Haftdauer rechtfertigenden Grund** zu (BVerfG, Beschluss vom 30.07.2014 - 2 BvR 1457/14 [sowie zahlreiche andere Nachweise].)

Der **Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen** verlangt, dass die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um die notwendigen Ermittlungen mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen und eine gerichtliche Entscheidung über die einem Angeklagten vorgeworfenen Taten herbeizuführen, denn zur Durchführung eines geordneten Strafverfahrens und zur Sicherstellung der Strafvollstreckung kann die Untersuchungshaft dann nicht mehr als notwendig anerkannt werden, wenn ihre Fortdauer durch vermeidbare Verzögerungen verursacht worden ist. Von dem Angeklagten nicht zu vertretende, **sachlich nicht gerechtfertigte und vermeidbare Verfahrensverzögerungen** stehen daher regelmäßig einer weiteren Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft entgegen (BVerfG, Beschluss vom 22.01.2014 - 2 BvR 2248/13, 2 BvR 2301/13 [sowie zahlreiche andere Nachweise]).“ (OLG Bremen aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

„Diesen Anforderungen ist das Amtsgericht augenscheinlich nicht gerecht geworden. Es mag deshalb dahinstehen, ob ein dringender Tatverdacht und Haftgründe vorliegen. Die Ermittlungen waren im vorliegenden Verfahren nicht besonders umfangreich. Die Hauptverhandlung hätte nach Vorlage des Gutachtens im Oktober oder spätestens Anfang November stattfinden müssen. Insbesondere etwaige **terminliche Verhinderungen von Seiten des Verteidigers** oder der Sachverständigen **rechtfertigen kein Hinausschieben der Verhandlung** um mehrere Wochen oder gar Monate.

Zwar hat der Angeklagte grundsätzlich das **Recht, sich von einem Anwalt seiner Wahl und seines Vertrauens vertreten zu lassen**. Dieses Recht gilt allerdings nicht uneingeschränkt, sondern kann entsprechend den einfachgesetzlichen Vorschriften der §§ 142, 145 StPO **durch wichtige Gründe** begrenzt sein (vgl. BVerfGE 9, 36 [38]; 39, 238 [243] m.w.N.). Ein solcher Grund kann auch das Beschleunigungsgebot in Haftsachen sein. Bei der Terminierung ist deshalb **keineswegs jede Verhinderung eines Verteidigers zu berücksichtigen**. Es muss zwischen dem Recht des Angeklagten, in der Hauptverhandlung von einem Verteidiger seines Vertrauens vertreten zu werden, und seinem Recht, dass der Vollzug von Untersuchungshaft nicht länger als unbedingt nötig andauert, sorgsam abgewogen. Die **Terminslage des Verteidigers** kann angesichts der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 2 II 2 GG) **nur insoweit berücksichtigt** werden, wie dies **nicht zu einer erheblichen Verzögerung** des Verfahrens führt.

Wenn der Verteidiger **tatsächlich nicht zu einer Verteidigung in angemessener Frist in der Lage** gewesen sein sollte, was er in seiner Stellungnahme vom 08.01.2016 in Abrede nimmt, wäre er in entsprechender Anwendung des § 143 StPO **abzuberufen und durch einen anderen Verteidiger zu ersetzen** gewesen. Sollte die Sachverständige nicht zu einer frühzeitigeren Teilnahme an der Hauptverhandlung in der Lage gewesen sein, hätte sie gar nicht erst beauftragt werden dürfen.“ (OLG Bremen aaO.)

### IV. Ergebnis

Der Haftbefehl des Amtsgerichts Bremen vom 07.07.2015 war aufzuheben und die Entlassung des Angeklagten anzuordnen, denn das Verfahren ist nicht mit der gebotenen Beschleunigung geführt worden.

StPO  
§ 101

## Durchführung der Durchsuchung/Beschlagnahme Mitteilungspflichten gegenüber dem Betroffenen

StrafVerfR

(BGH in NStZ 2015, 704; Beschluss vom 04.08.2015 – 3 StR 162/15)

**Fall:** Der Angekl. rügte nach seiner Verurteilung mit der Revision, das LG habe den aufgrund der Beschlüsse des AG Oldenburg vom 11.10.2011 und vom 24.07.2012 jeweils beschlagnahmten Bestand auf dem E-Mail-Konto des Mitangekl. H verwertet, obwohl dieser von den Maßnahmen auch nachträglich nicht unterrichtet worden sei.

„Bei der **Beschlagnahme der auf dem Mailserver eines Providers gespeicherten Daten** handelt es sich um eine **offene Ermittlungsmaßnahme**, deren Anordnung den davon **Betroffenen und den Verfahrensbeteiligten bekannt zu machen** ist (§ 33 I, § 35 I StPO).

Eine **Zurückstellung** der Benachrichtigung wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks **sieht die StPO** für diese Untersuchungshandlung – anders als § 101 V StPO für die in § 101 I StPO abschließend aufgeführten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen – **nicht vor** (BGH Beschl. v. 24.11.2009 – StB 48/09, NJW 2010, 1297, 1298). Der Auffassung des LG, den Strafverfolgungsbehörden **falle Willkür**

dann nicht zur Last, wenn sie aufgrund eines „nachvollziehbaren Interesses“ an der Geheimhaltung der Beschlagnahme von Benachrichtigungen absehen, geht daher fehl. Es ist **nicht Sache der Ermittlungsbehörden oder Gerichte**, in Individualrechte eingreifende Maßnahmen des Strafverfahrens je nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen zu gestalten; sie sind vielmehr an das Gesetz gebunden. Es wäre **allein Sache des Gesetzgebers**, eine Regelung in die StPO einzufügen, die es den Ermittlungsbehörden gestattet, Beschlagnahmen vor den davon Betroffenen aus ermittlungstaktischen Gesichtspunkten zunächst zu verheimlichen und erst dann offen legen zu müssen, wenn dadurch die weiteren Ermittlungen nicht mehr gefährdet werden. Jedenfalls seit der Veröffentlichung des Senatsbeschl. vom 24.11.2009 musste dies auch den in vorliegender Sache ermittelnden Stellen bewusst sein.

Im Ergebnis folgt der Senat indes dem LG und dem GBA darin, dass der Gesetzesverstoß **im konkreten Fall kein Beweisverwertungsverbot** begründet. Maßgeblich hierfür ist insbesondere, dass die Beschlagnahme als solche rechtmäßig war; Ermittlungsbehörden und Gericht haben daher befugt Kenntnis der daraus herrührenden verfahrensrelevanten Tatsachen erlangt. Allein der an die zulässige Beschlagnahme anschließende Gesetzesverstoß der unterlassenen Mitteilung hat hier – insbesondere auch vor dem Hintergrund des erheblichen Tatvorwurfs – nicht das Gewicht, die rechtmäßig gewonnenen Erkenntnisse für das Verfahren zu sperren.

Anders könnte es allerdings für den Fall liegen, dass die Strafverfolgungsbehörden die **Benachrichtigung deshalb unterlassen**, weil sie **beabsichtigen**, den Eingriff – unter den erleichterten Voraussetzungen der §§ 94, 98 StPO – in zeitlichem Abstand **zu wiederholen**. Eine so provozierte Fortsetzung belastender E-Mail-Kommunikation und Verwertung hieraus gewonnener Erkenntnisse ist hier jedoch nicht Gegenstand der Rügen.“ (BGH aaO.)

VwGO  
§§ 106, 118

### Berichtigung eines Vergleichstextes Kein Modifizierungsrecht des Gerichts

VwProzR

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2016, 87; Beschluss vom 31.08.2015 – 1 B 829/15)

Nach der Annahme eines Vergleichsvorschlages gem. § 106 S. 2 VwGO durch die Beteiligten ist der Vergleichstext **der Disposition des Verwaltungsgerichts entzogen**, da der bereits geschlossene Vergleich nicht mehr lediglich eine Willensbekundung des Gerichts, sondern vor allem die Willenserklärungen der Beteiligten enthält, die das Gericht zwar auslegen und bewerten, aber nicht modifizieren und auch nicht gem. § 118 VwGO "berichtigen" kann.

**Fall:** Durch Beschluss vom 05.11.2014 hat das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main den Beteiligten des Verfahrens 9 K 1554/14.F folgenden Vergleichsvorschlag gemäß §106 Satz 2 VwGO unterbreitet:

*„Die Beklagte verzichtet auf die Rückforderung aller seit dem 01.10.2012 an die Klägerin gezahlten Dienstbezüge aus dem am 01.09.2005 begründeten Dienstverhältnis.*

*Die Klägerin macht keine weiteren Ansprüche auf Zahlung von Bezügen oder sonstigen Erstattungen, namentlich die geldwerte Urlaubsabgeltung, aus diesem Dienstverhältnis mehr geltend, welches mit Ablauf des 30.09.2014 - Tag der Entlassung der Klägerin aus dem Dienstverhältnis - als beendet gilt.*

*Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.“*

Mit Schriftsätzen vom 11.12.2014 (eingegangen bei Gericht am 15.12.2014) und vom 16.12.2014 (eingegangen bei Gericht am selben Tage) haben die Beteiligten des Verfahrens 9 K 1554/14.F dem vorgeschlagenen Vergleich zugestimmt.

Unter dem 03.03.2015 hat die Klägerin dem Gericht mitgeteilt, die Beklagte gehe davon aus, das Beamtenverhältnis der Klägerin sei zum 30.09.2012 beendet worden. In dem gerichtl. Vergleichsvorschlag sei indes als Beendigungstermin der 30.09.2014 vorgeschlagen worden. Mit der Erklärung über die Annahme des gerichtlichen Vergleichsvorschlags habe sie, die Klägerin, ausdrücklich und ausschließlich einer Beendigung des Dienstverhältnisses zum 30.09.2014 zustimmen wollen. Hinsichtlich der Beendigung des Beamtenverhältnisses bestehe nach alledem ein Dissens. Sie, die Klägerin, beantrage daher die Wiederaufnahme des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Vorsorglich werde auch die Erklärung zur Annahme des gerichtlichen Vergleichsvorschlages wegen des Irrtums bezüglich des Zeitpunkts der Beendigung des Beamtenverhältnisses angefochten.

Mit Schriftsatz vom 18.03.2015 erklärte die Beklagte, bei dem im Vergleich angegebenen Datum 30.09.2014 als Entlassungsdatum handele es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler, der auch der Klägerin und ihrem Prozessbevollmächtigten bekannt gewesen sei. Alle Beteiligten seien ganz offensichtlich vom Entlassungsdatum 30.09.2012 ausgegangen. Dies werde allein durch den vorhergehenden Absatz deutlich, in welchem explizit erklärt werde, dass die Beklagte auf sämtliche Rückforderungsansprüche seit dem 01.10.2012 verzichte. Dieser Verzicht gehe ins Leere und ergäbe keinerlei Sinn, wenn vom 01.10.2012 bis zum 30.09.2014 noch ein Dienst- und Treueverhältnis der Klägerin und der Beklagten bestanden hätte, da dann die Alimentationspflicht der Beklagten unzweifelhaft gegeben wäre. Der Antrag der Klägerin auf Wiederaufnahme des Verfahrens sei zurückzuweisen, da er rechtsmissbräuchlich sei. Der Widerruf des rechtskräftigen Vergleichs sei nicht zulässig. Richtigerweise sei der Vergleich lediglich wegen eines offensichtlichen Schreibfehlers zu berichtigen. Wie ist die Rechtslage?

#### I. Fehlen einer offenbaren Unrichtigkeit

*„Die Klägerin macht zu Recht geltend, dass es sich bei der Jahreszahl im dritten Absatz des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 05.11.2014 **nicht um eine offenbare Unrichtigkeit** im Sinne von § 118 VwGO handelt.*

*Eine offenbare Unrichtigkeit liegt vor, wenn sich die **Unrichtigkeit** aus dem Zusammenhang der Entscheidung selbst oder unzweifelhaft aus dem Inhalt der Akten, aus den Umständen des vorangegangenen Verfahrens, aus den Umständen der Bekanntgabe der Entscheidung oder aus jederzeit erreichbaren Urkunden ergibt und daher **ohne Weiteres erkennbar** ist. Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.*

*Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts drängt sich die Annahme einer offenbaren Unrichtigkeit nicht deswegen auf, weil die Jahreszahl mit dem in Parenthese gesetzten Zusatz „Tag der Entlassung der Klägerin aus dem Dienstverhältnis“ konkretisiert worden sei. Denn es spricht umgekehrt viel dafür, dass die nachgestellte Parenthese klarstellen sollte, dass nicht der ursprünglich von der Behörde verfügte, sondern der **vom Gericht konkret benannte Termin** im Jahr 2014 der neue, maßgebliche Termin der Entlassung der Klägerin sein sollte.*

*Schließlich verweist das Verwaltungsgericht darauf, dass der in den Vergleichsvorschlag aufgenommene **Verzicht** der Beklagten **auf Rückforderung** der seit dem 01.10.2012 gezahlten Dienstbezüge **ins Leere ginge**, wenn der Entlassungszeitpunkt in das Jahr 2014 verlegt würde, weil die Zahlungen dann jedenfalls aufgrund des Dienstverhältnisses und damit mit Rechtsgrund erfolgt*

wären. Dieser Sachverhalt ist **möglicherweise zutreffend**, rechtfertigt aber noch nicht die Schlussfolgerung, dass der vom Verwaltungsgericht geltend gemachte Schreibfehler offenbar wäre. Denn es ist **nach Kenntnis des Senats nicht selten**, sondern entspricht einer weit verbreiteten Praxis, dass in **gerichtlichen Vergleichen auch lediglich deklaratorische Verzichte** enthalten sind, die bloß dazu dienen, grundlose Befürchtungen einer Prozesspartei endgültig auszuräumen, obwohl der Verzicht einen ohnehin nicht bestehenden Anspruch betrifft, also ins Leere geht. Zu einer derartigen deklaratorischen Klarstellung konnte man sich im vorliegenden Fall veranlasst sehen, weil sich die Beklagte im angefochtenen Widerspruchsbescheid die **Rückforderung von Bezügen ausdrücklich vorbehalten** hatte. Im Übrigen spricht viel dafür, dass die Klägerin auch noch für die Monate Oktober bis Dezember 2014 Besoldung erhalten hat, so dass das Argument, der Verzicht der Beklagten gehe ins Leere, möglicherweise gar nicht zutrifft. Der Senat braucht dieser Frage jedoch nicht nachzugehen, weil der vom Verwaltungsgericht geltend gemachte Schreibfehler jedenfalls **keine offensibare Unrichtigkeit** darstellt. Schon aus diesem selbstständig tragenden Grund hat die Beschwerde Erfolg.“ (VGH Kassel aaO.)

## II. Zeitliche Begrenzung eines Berichtigungsrechts

„Die **Berichtigung** eines Beschlusses nach § 106 Satz 2 VwGO ist nur möglich **bis zu dem Zeitpunkt**, zu dem einer der Beteiligten dem **Vergleichsvorschlag zugestimmt** hat. Ergeht ein Berichtigungsbeschluss, nachdem einer der Beteiligten dem ursprünglichen Vorschlag zugestimmt hat, so gilt diese Zustimmung nicht für den berichtigten Beschluss und muss **dementsprechend für den berichtigten Beschluss gegebenenfalls neu erklärt** werden. Haben beide Beteiligten dem Vergleichsvorschlag zugestimmt, so ist der Vergleich mit diesem Inhalt wirksam zustande gekommen. Ein Berichtigungsbeschluss ist in diesem Fall unter Umständen dann noch möglich, wenn beide Beteiligten ausdrücklich damit einverstanden sind. Besteht dagegen wie hier zwischen den Beteiligten Streit, ob der gerichtliche Vergleichsvorschlag einen offensibaren Fehler enthält, so handelt es sich um einen Streit um den Inhalt bzw. die Auslegung des Vergleichs bzw. um die Frage, ob ein (**versteckter**) **Dissens vorliegt**. Diese Fragen können nicht im Wege eines Berichtigungsbeschlusses, sondern entweder nach einem Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens oder im Rahmen eines Streits über die Vollstreckung aus dem Vergleich geklärt werden. Entscheidend ist, dass **nach der Annahme eines Vergleichsvorschlags** gemäß § 106 Satz 2 VwGO durch die Beteiligten der **Vergleichstext der Disposition des Verwaltungsgerichts entzogen** ist, da der bereits geschlossene Vergleich nicht mehr lediglich eine Willensbekundung des Gerichts, sondern vor allem die Willenserklärungen der Beteiligten enthält, die das Gericht zwar auslegen und bewerten, nicht aber modifizieren und auch nicht „berichtigen“ kann.“ (VGH Kassel aaO.)

VwVfG

§§ 41 II 1, 3, 43 I

## Zugang schriftlicher Verwaltungsakte

### Zugangsfiktion unabhängig von melderechlicher Situation

VwVerfR

(OVG Bautzen in NVwZ-RR 2016, 167; Beschluss vom 17.07.2015 – 3 B 146/15)

**Fall:** Die Beteiligten streiten um die Vollstreckung aus Rundfunkbeitragsbescheiden. Der Antragsteller trägt vor, die Bescheide seien ihm gegenüber nicht wirksam geworden, da sie ihm nicht zugegangen seien. Die Bescheide waren nicht an die Adresse des Ast. an dessen Hauptwohnsitz in Dresden, sondern an die Adresse seiner Eltern in M. gesandt worden, wo er sich überwiegend aufhielt. Der Ast., der die Bescheide nicht erhalten haben will, ist der Auffassung, dass aufgrund der Adressierung die Zugangsfiktion des § 41 II 1 VwVfG nicht gelte.

### I. Wirksamkeit mit Bekanntgabe

„Nach § 43 I 1 VwVfG wird ein Verwaltungsakt gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, **in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekanntgegeben** wird. Nach § 41 II 1 VwVfG gilt ein **schriftlicher Verwaltungsakt**, der im Inland durch die Post übermittelt wird, **am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben**. Diese Vermutung greift jedoch nach § 41 II 3 VwVfG nicht, wenn der Verwaltungsakt nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist; in diesen Fällen hat die Behörde den Zugang des Verwaltungsakts und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen. Ein schriftlicher Verwaltungsakt ist zugegangen, wenn er **derart in den Machtbereich des Adressaten gelangt** ist, dass dieser bei gewöhnlichem Verlauf und unter normalen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat (OVG Bautzen, LKV 2015, 83 = BeckRS 2014, 55713; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 14. Aufl. 2014, § 41 Rn. 7).

Regelmäßig wird mit dem durch den zuständigen Behördenmitarbeiter zu dokumentierenden Zeitpunkt der Aufgabe zur Post ein **typischer Geschehensablauf** dahingehend in Gang gesetzt, dass im Inland eine Postbeförderung innerhalb von drei Tagen an den Bestimmungsort erwartet werden kann. Kommt das Schreiben **nicht als unzustellbar zurück, sind Zweifel am Zugang und am Zugangszeitpunkt** – soll die Zugangsfiktion nicht ihren Sinn verlieren – **nur gerechtfertigt**, wenn der Adressat einen atypischen Geschehensablauf schlüssig vorträgt (OVG Bautzen, SächsVBl 2015, 44 = BeckRS 2015, 41317; LKV 2015, 83 = BeckRS 2014, 55713; BVerwG, Beschl. v. 24.04.1987 – 5 B 132/86, BeckRS 1987, 06468).“ (OVG Bautzen aaO.)

### II. Relevanz der melderechlichen Situation für Zugangsfiktion

„Zutreffend ist das VG davon ausgegangen, dass die **Zugangsfiktion des § 41 II 1 VwVfG von der melderechlichen Situation unabhängig** ist. Für den Zugang schriftlicher Verwaltungsakte kommt es vielmehr maßgeblich darauf an, wo sich der Betroffene **überwiegend aufhält**, also wo er seinen **räumlichen Lebensmittelpunkt** hat. Hierbei kommt der melderechlichen Situation lediglich **indizielle Bedeutung** zu. Im Allgemeinen ist jedoch **zu vermuten**, dass sich der Betroffene **überwiegend unter der Adresse seiner Hauptwohnung** i.S.v. § 12 II SächsMG aufhält (zum Begriff der „Wohnung“ i.S.d. Zustellvorschriften: vgl. BVerwGE 88, 66 = NJW 1991, 1904 = NVwZ 1991, 980 Ls. Rn. 10; VGH München, Beschl. v. 25.09.2003 – 11 CE 02.3099, BeckRS 2003, 31018 m.w.N.).“ (OVG Bautzen aaO.)

### III. Anwendung auf den Fall

„Da der Ag. die zur Vollstreckung vorgesehenen Beitragsbescheide an die **Adresse der Nebenwohnung** des Ast. übermittelt hat, ihren **Zugang** beim Ast. aber **nicht nachweisen kann**, ist davon auszugehen, dass diese **mangels Bekanntgabe unwirksam** sind (§ 43 I 1 VwVfG). Denn der Ast. hat dargelegt, dass er dort nicht seinen räumlichen Lebensmittelpunkt hat, sondern er diesen bereits im Jahr 2010 nach Dresden verlegt hat. Diese Darstellung des Ast. steht in Einklang mit dem Umstand, dass er ausweislich der Meldebescheinigung der Landeshauptstadt Dresden vom 07.03.2015 bereits seit dem 15.08.2010 **mit seinem Hauptwohnsitz in Dresden gemeldet** ist. Dies geht auch bereits aus dem bei den Behördenakten befindlichen Meldedatenabgleich vom 07.05.2013 hervor.“ (OVG Bautzen aaO.)

Die Rundfunkbeitragsbescheide sind daher mangels Zugang nicht wirksam.

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Kleinebrink:** Der inhaftierte Arbeitnehmer – individualrechtliche Folgen (in: DB 2016, 373)

Gleich mehrere prominente Personen des Wirtschaftslebens befanden oder befinden sich in Haft. Bei dem Manager Thomas Middelhoff war Untersuchungshaft angeordnet worden. Der ehemalige Präsident des Fußballvereins Bayern München, Uli Hoeneß, ist rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt worden und bereits Freigänger. Der Kunsthändler Helge Achenbach ist in Haft. Diese in der Öffentlichkeit diskutierten Fälle werfen die Frage auf, welche individualrechtlichen Folgen in diesen einzelnen Phasen einer Inhaftierung entstehen, wenn es sich nicht um Unternehmer oder Organe von Unternehmen, sondern um Arbeitnehmer handelt. Wichtigen Fragestellungen soll im folgenden Beitrag nachgegangen werden.

2. **Gildeggen:** Abschied von der kurzen Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 3 BGB in der Praxis? (in: VuR 2016, 83)

§ 438 I Nr. 3 BGB ist eine Regelung, die jedermann kennt. Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln beim Kauf beweglicher Sachen verjähren in zwei Jahren ab Gefahrübergang. Wer danach vom Verkäufer Reparatur wegen Mängeln verlangt, wird zurückgewiesen. In der Gerichtspraxis ist die Regelung ein beliebtes Instrument um Rechtsstreitigkeiten zu erledigen. Ist ein Anspruch verjährt und beruft sich der Anspruchsgegner darauf, kann ein Richter ohne große Mühe den Prozess abschließen und den Berg der von ihm zu entscheidenden Fälle verkleinern. In der juristischen Dogmatik ist die kurze Verjährung des § 438 I Nr. 3 BGB wichtig und wird durch von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze in ihrer Wirkung weiter abgesichert. Die rechtswissenschaftliche Literatur in Deutschland bestätigt weitgehend unkritisch die Rechtslage zur kurzen Verjährung von kaufrechtlichen Mängelansprüchen, kritisiert gelegentlich internationale Regelungsmodelle, die längere Verjährungsfristen von Mängelansprüchen vorsehen, hat ihrerseits aber bisher soweit ersichtlich keine zeitgemäße überzeugende Begründung für die kurze zweijährige Verjährung von Mängelansprüchen im Kaufrecht vorgelegt.

3. **Koch:** Ausweitung des Verbraucherschutzrechts: Der Widerruf im Mietrecht (in: VuR 2016, 92)

Für den Bereich des unionsweit harmonisierten Verbraucherrechts wagte die Europäische Union 2011 die Ausgestaltung einer Richtlinie (sog. Verbraucherrechterichtlinie – VRRRL), welche das Recht an den aktuellen Stand der technischen Entwicklung anpassen sollte und dazu mehrere Richtlinien ersetzte. Die VRRRL stellt einen wichtigen Schritt zur Vereinheitlichung und Systematisierung des Verbraucherrechts dar, wenn sie auch nicht – wie ursprünglich geplant – vollumfänglich das gesamte „Verbraucherrecht“ regelt.

Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der VRRRL in das BGB die Notwendigkeit gesehen, das Wohnraummietrecht ausdrücklich als Anwendungsbereich der Verbraucherschutzvorschriften zu nennen (§ 312 IV 1 BGB). Dabei werden (nur) bestimmte Vorschriften für anwendbar erklärt. Mit Einschränkungen zählen dazu unter anderem die Informationspflichten und das Widerrufsrecht. Die VRRRL hingegen schließt in Art. 3 III lit. f Verträge über die Vermietung von Wohnraum aus dem Anwendungsbereich aus. Darüber hinaus spricht Erwägungsgrund 26 der VRRRL den besonderen Verbraucherschutzvorschriften die Eignung zur Anwendung bei der Wohnraumvermietung ausdrücklich ab. Begründet wird die Ausweitung des Anwendungsbereichs entgegen der Empfehlung des Richtliniengesetzgebers damit, dass der Verbraucher in seiner Position als Wohnraummieter nicht schlechter gestellt werden solle. Mit den Folgen befasst sich dieser Beitrag.

### II. Strafrecht

1. **Pfister:** Aus der Rechtsprechung des BGH zu materiellrechtlichen Fragen des Sexualstrafrechts 2014/2015 (in: NSTZ-RR 2015, 361)

Die Übersicht umfasst Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, die von Mitte November 2014 bis Oktober 2015 schriftlich begründet vorgelegen haben. Soweit diese in NSTZ, NSTZ-RR und NJW bereits veröffentlicht wurden, beschränkt sie sich regelmäßig auf die Wiedergabe eines Leitsatzes. Sie schließt an die Übersicht an, die in NSTZ-RR 2014, 361 abgedruckt ist.

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

Der Autor befasst sich bei seiner Antrittsvorlesung zur Honorarprofessur mit dem Thema der Revision. Die Revision und insbesondere das Revisionsverfahren beim Bundesgerichtshof sehen sich zunehmender Kritik ausgesetzt. Hiermit befasst sich der vorliegende Beitrag.

3. **Dehne-Niemann:** Die Strafbarkeit der aktiv selbstbegünstigenden Falschverdächtigung (§ 164 StGB) durch einen Beschuldigten (in: NStZ 2015, 677)

Mit einem zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehenen Urteil vom 10.02.2015 hat der 1. Strafsenat des BGH entschieden, dass ein im Strafverfahren Beschuldigter einen Unbeteiligten nicht bewusst wahrheitswidrig der Begehung der dem Beschuldigten vorgeworfenen Straftat bezichtigen kann, ohne dass dies den Tatbestand des § 164 I StGB erfüllt. Mit dieser Entscheidung und ihren Folgen befasst sich der vorliegende Beitrag.

4. **Duttge:** Strafrechtlich reguliertes Sterben (in: NJW 2016, 120)

Selbsttötungen wecken Mitgefühl, aktives Mitwirken anderer daran und gar das Offerieren diesbezüglicher „Dienstleistungen“ hingegen meist Abscheu. Von dieser Grundemotion ist der durch das Gesetz vom 03.12.2015 (BGBl I 2015, 2177) neu geschaffene Straftatbestand der „geschäftsmäßigen Suizidförderung“ (§ 217 StGB) nachhaltig geprägt. Dass nicht jede Amoral sogleich den Griff zum Strafrecht rechtfertigt und hinter manchem Entschluss zum „vorzeitigen“ Ableben vielleicht auch eine reflektierte höchstpersönliche Entscheidung stehen könnte, bleibt dem gerade in der Rechtspolitik verbreiteten „Gutmenschentum“ mitunter verborgen.

### III. Öffentliches Recht

1. **Kugelman:** Der Entzug des Personalausweises als Mittel der Terrorismusbekämpfung (in: NVwZ 2016, 25)

Am 30.06.2015 ist das Gesetz zur Änderung des Personalausweisgesetzes, zur Einführung eines Ersatz-Personalausweises und zur Änderung des Passgesetzes in Kraft getreten. Ziel des Gesetzes ist die effektive Verhinderung des Reisens bestimmter deutscher Staatsangehöriger, gegen deren Ausreise aus dem Bundesgebiet überragend wichtige Gründe sprechen. Diese Gründe liegen nach dem Zweck des Gesetzes vorwiegend in der Bekämpfung des Terrorismus. Der Beitrag befasst sich mit dem Anwendungsbereich der Regelung.

2. **Lindner:** Die Popularklageberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts (in: BayVBl 2016, 109)

Der Beitrag behandelt die nach wie vor unstrittige Frage, ob juristische Personen des öffentlichen Rechts berechtigt sind, Popularklage nach Art. 98 Satz 4 BV i.V.m. Art. 55 VfGHG zu erheben. Es wird für eine unbeschränkte Popularklageberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts plädiert.

3. **Klüver:** Die Beschlagnahmeverfügung zur Bereitstellung von Wohnraum für Flüchtlinge (in: ZWZ 2016, 1)

Seit dem Herbst 2015 und dem damit verbundenen Beginn der kalten Jahreszeit beginnen sich Politik, Medienlandschaft und Gesamtgesellschaft der überaus dringlichen Herausforderung zu stellen, auf welche Weise der stetig weiter anwachsenden Zahl von unterzubringenden Flüchtlingen angemessen und auch menschenwürdig zu begegnen ist: Millionen von Menschen befinden sich auf der Flucht vor Krieg, Unterdrückung und Naturkatastrophen, und allein in diesem Jahr zieht es Hunderttausende von ihnen nach Deutschland.

Die vielfach praktizierte Unterbringung in Zelten, die trotz der angestrebten Beheizbarkeit tatsächlich nicht in jedem Falle winterfest sind, verspricht keine dauerhafte Lösung, weshalb nach Alternativen gesucht wird.

Schon häufen sich Berichte in den nichtjuristischen Medien, in denen von der „Beschlagnahme von Gebäuden“ oder gar von der „Beschlagnahme von leeren Wohnungen“ die Rede ist, zumal der Berliner Senat Anfang September 2015 das frühere Gebäude der ehemaligen Berliner Landesbank beschlagnahmt habe, um dort ein „Landesamt für Flüchtlinge“ einzurichten.

Aus aktuellem Anlass beleuchtet dieser Beitrag den Beschluss des VG Lüneburg vom 09.10.2015 – 5 B 98/15 –. Es handelt sich dabei um die bundesweit erste veröffentlichte verwaltungsgerichtliche Entscheidung, die sich in einem Eilverfahren nach § 80 V VwGO mit der höchst speziellen öffentlich-rechtlichen, insbesondere polizeirechtlichen Problematik der Rechtmäßigkeit einer Beschlagnahmeverfügung zur Bereitstellung von Wohnraum für Flüchtlinge zu befassen hatte.

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

1. **Hunecke:** Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten (in: NJW 2015, 3745)

Außergerichtliche Rechtsanwaltskosten werden in der Mehrzahl der Rechtsstreitigkeiten geltend gemacht. Trotz der meist geringen Beträge ist ihre Bedeutung daher enorm. In diesem Beitrag wird ihre Ersatzfähigkeit unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Funktion der Einschaltung eines Rechtsanwalts systematisiert. Hierbei zeigt sich, dass ein genauere Blick lohnt. Denn in vielen Fällen besteht kein Grund, vorgerichtliche Kosten zu erstatten. In anderen Situationen dagegen kann eine weitergehende Übernahme verlangt werden. Der Autor gibt einen Überblick über die einzelnen Fallgestaltungen.

2. **Krumm:** Strafrecht für Familienrechtler: 10 zentrale Probleme beim Verstoß gegen Anordnungen nach dem Gewaltschutzgesetz (in: NZFam 2016, 61)

Strafverfahren wegen Verstoßes gegen das Gewaltschutzgesetz sind schwerer zu führen, als es die Vorschrift des § 4 GewSchG zunächst vermuten lässt. Während unmittelbar nach Inkrafttreten des Gewaltschutzgesetzes versucht wurde, einfach nur auf das formale Verstoßen abzustellen, kristallisierte sich in den letzten Jahren heraus, dass die Anforderungen an die tatsächlichen Feststellungen sehr hoch sind. Verteidiger müssen sich hiermit auseinandersetzen und auf etwaige Probleme hinweisen.

3. **Reuker/Wagner:** Steuer(straf)rechtliche Risiken der Übernahme berufsbedingter Aufwendungen des Syndikusanwalts durch den Arbeitgeber (in: BB 2016, 215)

Die am 01.01.2016 in Kraft getretene gesetzliche Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte hat den Beruf des Syndikusrechtsanwalts erstmals auf eine rechtliche Grundlage gestellt und damit zahlreiche Unsicherheiten, die insbesondere aus den Entscheidungen des Bundessozialgerichts vom 03.04.2014 resultierten, beseitigt. Bezüglich der einkommensteuerrechtlichen Behandlung der Übernahme von berufsbedingten Aufwendungen des Syndikusrechtsanwalts durch seinen Arbeitgeber bleiben in Anbetracht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs jedoch weiterhin Fragen offen, die für Arbeitgeber bzw. deren Leitungspersonen schlimmstenfalls auch eine strafrechtliche Relevanz entfalten können.

4. **Esser:** Die Judikatur des EGMR im Strudel der Anhörungsrüge (in: NJW 2016, 604)

Nach der Rechtsprechung des BVerfG erfordert das Prinzip der materiellen Subsidiarität, dass der Beschwerdeführer vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde eine so genannte Anhörungsrüge erhebt, wenn er einen Gehörsverstoß oder anderweitige Grundrechtsverletzungen rügen möchte. Das Gleiche gilt, wenn der Beschwerdeführer der Auffassung ist, das Instanzgericht habe die einschlägige Rechtsprechung des EGMR oder die EMRK nicht berücksichtigt oder dies zumindest nicht in den Gründen seiner Entscheidung dokumentiert. Der Autor legt dar, dass die hohen Anforderungen, die das BVerfG stellt, zu einer nicht zu vertretenden Mehrarbeit der Gerichte und damit zu einer Zeitverzögerung führen werden, mit der niemandem geholfen ist.

## Der Sofortvollzug

### Begriff des Sofortvollzugs

- Als Sofortvollzug bezeichnet man ein Vollstreckungsverfahren, das nicht unter Einhaltung der Verfahrensstufen des gestreckten Verfahrens ausgeführt wird. Beim Sofortvollzug fehlt ein zuvor erlassener VA, der zu erlassende VA wird vielmehr im Wege des Sofortvollzuges sofort umgesetzt. Zulässig ist ein solches Vorgehen, wenn es zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist.
- Der Sofortvollzug ist zu unterscheiden von der sofortigen Vollziehung. Bei der sofortigen Vollziehung eines VA nach § 80 II VwGO liegt begriffsnotwendig ein Grund-VA vor, gegen den Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben. Hier erfolgt die Vollstreckung daher üblicherweise im gestreckten Verfahren.
- Sofortvollzug ist allerdings auch möglich, wenn ein VA noch erlassen werden konnte, dann jedoch die Einhaltung des gestreckten Vollstreckungsverfahrens (Androhung – Festsetzung – Anwendung) wegen einer gegenwärtigen Gefahr nicht mehr möglich ist.

### Prüfungsaufbau

- I. **Ermächtigungsgrundlage** für Sofortvollzug: § 55 II VwVG nw
- II. Vollstreckung gerichtet auf Handlung, Duldung oder Unterlassung
- III. **Eilfall** = Notwendigkeit zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr
- IV. Handeln im Rahmen der Befugnisse  
= **Rechtmäßigkeit des fiktiven Grund-VA**  
Hier müssen Sie überlegen, welcher VA im gestreckten Verfahren Grundlage der durchgeführten Vollstreckung gewesen wäre, um dann zu prüfen, ob dieser VA rechtmäßig hätte ergehen können. Darum spricht man auch vom „fiktiven Grund-VA“.  
  1. Ermächtigungsgrundlage
  2. formelle Rechtmäßigkeit des fiktiven Grund-VA, insb. Zuständigkeit
  3. materielle Rechtmäßigkeit des fiktiven Grund-VA
- V. **Art und Weise der Zwangsvollstreckung**
  1. Androhung: nach § 63 I 5 VwVG nw entbehrlich
  2. Festsetzung: nach § 64 2 VwVG nw nicht erforderlich
  3. Anwendung des Zwangsmittels (insb. Art des Zwangsmittels / Verhältnismäßigkeit)
- VI. **Ermessen**

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## REFERENDARPRÜFUNG

### ZIVILRECHT

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

|                        |   |  |
|------------------------|---|--|
| <b>Land:</b><br>Berlin | <b>Prüfer (mit Titel usw.)</b><br>VRiLG a.D. R. | <b>Tag d. mündl. Prüfung</b><br>02.03.2016 |
|------------------------|---|--|

**Zur Person:**

Herr R. ist ein freundlicher, älterer Herr. Er ist in allen Prüfungen aufmerksam und schreibt z.T. mit. Auch angenehm war, dass er alle Kandidaten/innen ausreden lässt. Bzgl. der erwarteten Antworten scheint es sinnvoll zu sein eher umfangreicher zu antworten und nicht nur das Schlagwort zu geben.

Da Herr R. unser Vorsitzender war, hatten wir ein Vorgespräch mit diesem. Er erwartete uns in den Räumlichkeiten des GJPA, da er ja bereits Richter außer Dienst ist. Er hat uns den Ablauf der Prüfung erklärt und gefragt, in welcher Reihenfolge wir gerne die Prüfungen hätten. Er hat einen Blick auf die universitären Schwerpunktbereiche geworfen und oft selbst festgestellt, ob ein Sprung auf die nächst höhere Notenstufe aus seiner Sicht möglich ist. Eingeschränkt hat er die Rechtsgebiete jedoch leider nicht.

**Zur Prüfung:**

Zunächst gab es ein paar Aufwärmfragen aus dem Prozessrecht, insbesondere zu den allgemeinen sachlichen Zuständigkeiten (§§ 23, 73 ff. ZPO).

Dann gab Herr R. einen Grundfall vor: Hans Maier tritt unter dem Namen von Erich von Egloff auf, da er denkt, das dieses alte Adelsgeschlecht bereits ausgestorben sei.

Erste Frage: Was kann gegen die Ingebrauchnahme seines Namens tun?

Zunächst wurde nach allgemeinen Anspruchsgrundlagen gesucht. Genannt wurden die § 1004 I BGB, unberechtigte GoA, Ansprüche aus § 823 I und II BGB iVm. in Betracht kommenden Strafvorschriften. Nach einigem hin und her nannte ein Prüfling dann auch das Namensrecht aus § 12 BGB. Es wurde mit dem Anspruch aus § 823 BGB verglichen (§ 12 ist verschuldensabhängig).

Dann wurde der Fall weitergesponnen und Herr R. fügte den Zusatz hinzu, dass Hans Maier nun auch Produkte unter dem Firmennamen Erich von Egloff betreibt. Also sind wir ins HGB übergegangen. Es wurden allgemeine Kaufmannseigenschaften genannt (§§ 1 ff. HGB) und die Voraussetzungen der Firma (§§ 17 ff. HGB), der Anspruch aus § 37 HGB wurde zutreffend festgestellt (unzulässiger Firmengebrauch).

Danach sind wir in die ZPO zu den örtlichen Zuständigkeiten übergewechselt. Der Fall wurde insofern erweitert, als dass Hans Maier seinen Firmensitz in Hamburg hat und Erich von Egloff seinen Wohnsitz in Düsseldorf. Es wurde nach den verschiedenen Zuständigkeiten gefragt (allgemeiner Gerichtsstand aus §§ 12 ff. ZPO, dann auch die besonderen aus § 17 und § 32 ZPO; dabei hat der Kläger das Wahlrecht aus § 35 ZPO). Danach noch etwas zu den §§ 253 ff. ZPO, insbesondere zur anderweitigen Rechtshängigkeit aus § 261 III Nr. 1 ZPO.

Dann war die Zeit auch schon um, die letzte Frage drehte sich um den Wahlrechtsverbrauch. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es sich um ein recht angenehmes Gespräch handelte. Es war wichtig allgemeines Verständnis bzgl. der geprüften Ansprüche zu zeigen und Argumente für und wider die Anspruchsgrundlagen zu bringen. Dabei durfte man auch ein paar umfangreichere Ausführungen machen ohne unterbrochen zu werden.

Insgesamt lässt sich auch noch festhalten: hört euren Mitprüflingen gut zu und konzentriert euch auf das Gesamtverständnis.

Ihr habt es bald geschafft und man kann es durchaus schlimmer treffen als mit Herrn R. er ist ein insgesamt freundlicher und wohlwollender Prüfer, der keinem unnütze Steine in den Weg werfen will. Viel Erfolg bei euren Prüfungen!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## ASSESSORPRÜFUNG

### ÖFFENTLICHES RECHT

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

**Land:**  
**Hessen**

**Prüfer (mit Titel usw.)**  
**VizePräsVGH a.D. S**

**Tag d. mündl. Prüfung**  
**20.01.2016**

#### **Zur Person:**

S. ist ein freundlicher Prüfer. Seine Fragen waren klar formuliert. Indem er den Ausgangsfall beliebig präzisierte und erweiterte, leitete er gut durch die Prüfung. Dabei fragte er auch Hintergründe ab. Als protokollfest erwies sich S. insoweit als er auch bei uns Baurecht prüfte; seine Prüfung beinhaltete aber auch Fragen zum allgemeinen Verwaltungsrecht, insb. zu §§ 48 ff. HVwVfG.

#### **Zur Prüfung:**

S. leitete die Prüfung mit der Frage ein, was wir machen würden, wenn wir planten, ein Grundstück im unbeplanten Innenbereich mit einem Wohnhaus zu bebauen. Wir antworteten daraufhin, dass ein Antrag auf einen Bauvorbescheid gestellt werden könne. Woraufhin S. wissen wollte, wie wir diesen formulieren würden. Dabei wollte er darauf hinaus, dass der Antrag auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit beschränkt werden sollte. S. fragte sodann nach dem Ablauf des weiteren Verwaltungsverfahrens. Wir gaben an, dass der Antrag auch der Gemeinde zuzuleiten sei, damit diese ihr Einvernehmen erteilen könne. Diesbezüglich wollte S. wissen, warum das Einvernehmen nach § 36 BauGB nicht auch bei einem Vorhaben nach § 30 BauGB erforderlich sei. Wir antworteten, dass die Gemeinde hier ihre bauplanungsrechtlichen Vorstellungen bereits im Bebauungsplan zum Ausdruck gebracht hat. Weiterhin wollte S. wissen, welche Rechtsnatur die Erteilung des Einvernehmens hat und welche Behörde es ersetzen könne.

Sodann fragte S., welche Möglichkeiten ein Nachbar habe, gegen den Bauvorbescheid vorzugehen. Wir nannten zunächst die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes, worauf S. jedoch nicht hinaus wollte. Dennoch sprachen wir kurz über § 212a BauGB, der nach (streitiger) Ansicht auf den Bauvorbescheid keine Anwendung findet, da diesem keine gestattende Wirkung zukommt. Sodann nannten wir die Möglichkeit des Widerspruchs und stellten das darauf folgende Verwaltungsverfahren dar. Daraufhin gab S. an, dass sich nach Erlass des Bauvorbescheids nunmehr herausgestellt habe, dass sich das Grundstück in einem Hochwassergebiet befände. Er fragte, ob dieser Umstand im Rahmen der Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit zu berücksichtigen sei. Dabei wollte er zunächst wissen, wie § 34 BauGB früher gefasst war und verwies dann auf § 29 II BauGB, nachdem andere öffentlich-rechtliche Vorschriften unberührt bleiben und damit auch im Rahmen der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit zu prüfen sind. Dies stand wohl früher in § 34 BauGB. Er fragte sodann, welche Möglichkeiten die Behörde nun hat. Wir erwogen die Abhilfe nach § 72 VwGO und die Rücknahme nach § 48 HVwVfG.

Daraufhin prüften wir die Zulässigkeit und Begründetheit des Widerspruchs. Wir stellten fest, dass die Normen zum Hochwassergebiet nicht dem Schutz des Nachbarn dienen und die Widerspruchsbefugnis hierauf nicht gestützt werden kann. Da der Fall hinsichtlich des Vorhabens und der Umgebung des Grundstücks nicht weiter präzisiert war und damit die Widerspruchsbeugnis des Nachbarn nicht weiter erörtert werden konnte, war danach die Rücknahme nach § 48 HVwVfG zu prüfen. Hier führte S. nun den Fall fort und gab an, dass sich nach der Rücknahme des Bauvorbescheids ein Unternehmen bei der Behörde meldet, das seine Aufwendungen, die es im Vertrauen auf den Bestand des Bauvorbescheids getätigt hat, ersetzt verlangt. S. fragte hier zunächst nach der Anspruchsgrundlage (§ 48 III HVwVfG) und dann danach, ob diese hier eingreift. Wir nannten sodann § 50 HVwVfG, woraufhin S. reihum fragte, ob § 50 HVwVfG nur die Zulässigkeit oder auch die Begründetheit des Widerspruchs voraussetzt. Wir gaben überwiegend an, dass die Zulässigkeit genügt. Ende!

# 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



