



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

39. Jahrg.

April 2014

Heft 04

---

## Aus dem Inhalt

- BAG:** Benachteiligung wegen Weltanschauung
- BGH:** Absatzerfolg bei Hehlerei
- VGH Mannheim:** Kostentragungspflicht bei Vortäuschen einer Gefahrenlage
- BGH:** Nichtigkeitsklage bei Zustellung an prozessunfähige Partei
- BGH:** Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage
- BGH:** Anfechtbarkeit einer audiovisuellen Zeugenvernehmung
- OVG Münster:** Abschleppkosten für Leerfahrt



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

[info@juridicus.de](mailto:info@juridicus.de)

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

#### **Verantwortliche 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

**Bezugspreis:** vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

Die Änderungen des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts ..... 1

### Brandaktuell

BVerfG: ZDF-Staatsvertrag  
(Verstoß gegen in Art. 5 I 2 GG) ..... 3

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

BAG: Benachteiligung wegen Weltanschauung  
(Voraussetzungen für Schadensersatzanspruch) ..... 4

BGH: Schadensersatz bei fiktiver Abrechnung  
(Begrenzung auf konkrete Reparaturkosten) ..... 8

#### Strafrecht

BGH: Hehlerei  
(Absatzerfolg) ..... 11

BGH: Urkundenfälschung  
(Tateinheit) ..... 13

#### öffentl. Recht

VerfGH Berlin: Durchsuchung der Wohnung eines Dritten  
(Rechtswidrigkeit bei Fehlen einer richterlichen Anordnung) ..... 15

VGH Mannheim: Vortäuschen einer Gefahrenlage  
(Kostentragungspflicht) ..... 18

#### Kurzauslese I

BGH: Schadensersatzanspruch  
(Höhe der Sachverständigenkosten) ..... 22

OLG Düsseldorf: Mängelbeseitigungsanspruch (Entbehrlichkeit einer Fristsetzung  
bei Verweigerung der Mängelbeseitigung) ..... 22

BGH: Besitzkondition (kein Wertersatzanspruch) ..... 22

BGH: Rücktritt vom Versuch  
(Rücktrittshorizont) ..... 23

BGH: Notwehrlage  
(Erlaubnistatbestandsirrtum) ..... 23

BGH: Schlägerei  
(aufeinanderfolgende Tötlichkeiten) ..... 23

OVG Koblenz: Verdeckter Zugriff auf Emails  
(Rechtsgrundlage) ..... 24

OVG Koblenz: Informationsanspruch  
(kein Anspruch auf Zugang zu Archivgut des BND) ..... 24

VGH Mannheim: Allgemeines Versammlungsverbot  
(polizeilicher Notstand) ..... 25

**Entscheidungen Verfahrensrecht**

**Zivilrecht**

BGH:	Zustellung an prozessunfähige Partei (Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage).....	26
BGH:	Isolierte Drittwiderklage (Zulässigkeitsvoraussetzungen).....	30

**Strafrecht**

BVerfG:	Audiovisuelle Zeugenvernehmung (Anfechtbarkeit der Anordnung).....	33
---------	---	----

**öffentl. Recht**

OVG Münster:	Abschleppkosten für Leerfahrt (nicht bei Möglichkeit eines anderen Abschleppvorgangs).....	35
BVerfG:	Pflicht zum „Hängebeschluss“ (Vollstreckungsmaßnahmen vor Abschluss eines Eilverfahrens).....	38

**Kurzauslese II**

OLG Schleswig:	Gerichtsstandbestimmung (Erfolgsort bei Internetdelikten).....	41
OLG Koblenz:	Gegenvorstellung gegen Zurückweisungsbeschluss (Zweiwöchige Einlegungsfrist).....	41
BGH:	Rechtskraftwirkung (Abweisung einer Klage als „derzeit“ unbegründet).....	42
BGH:	Nachholung einer versäumten Verfahrenshandlung (Fristbeginn).....	42
LG Marburg:	Beginn der Rechtsmittelfrist (Zustellung an Staatsanwaltschaft durch Empfangsbekanntnis).....	42
LG Limburg:	Rechtsmitteleinlegung (Qualifizierte elektronische Signatur).....	43
OLG Oldenburg:	Wiedereinsetzungsantrag (Postlauffrist bei Einschreiben).....	43
OVG Lüneburg:	Verwaltungsrechtsweg (Fortsetzungsfeststellungsklage gegen doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei).....	44
OVG Münster:	Zwangsvollstreckung (mittelloser Schuldner).....	44
VGH Mannheim:	Einstweilige Aussetzung der Vollziehung (keine aufschiebende Wirkung des Beschlusses).....	45
OVG Berlin-Bbg:	Widerspruch gegen Beitragsbescheid (Festsetzung von Beiträgen zum Versorgungswerk der Rechtsanwälte).....	45

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	46
---	----

<b>Übersicht:</b>	Prinzipien des Strafprozessrechts.....	48
-------------------	--	----

**Aus der mdl. Prüfung**

Referendarprüfung:	Strafrecht.....	49
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	50

## Aus der Gesetzgebung

### Die Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts

Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts v. 31.08.2013; In-Kraft-Treten am 01.01.2014 (BGBl. I S. 3533)

#### I. Allgemeines

Zum Jahreswechsel ist das Gesetz zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts in Kraft getreten (BGBl. 2013, 3533). Das Ziel: Die Ausgaben für die Prozesskostenhilfe (PKH) und Beratungshilfe sollen deutlich reduziert werden.

#### II. Die wesentlichen Neuerungen im Überblick

##### 1. Legaldefinition der Mutwilligkeit

Der Gesetzgeber hat den **Begriff der Mutwilligkeit in § 114 II ZPO nunmehr legal definiert**, um noch stärker die Kostenbelange zu betonen.

Eine Partei erhält danach auf Antrag PKH bzw. BRH, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Die BRH/PKH ist mithin zu verweigern, wenn eine Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zwar hinreichende Aussicht auf Erfolg bot, jedoch mutwillig erschien.

##### 2. Anhörung des Prozessgegners

Neuregelungen ergeben sich auch im Bewilligungsverfahren selbst: Bisher war dem Gegner vor der PKH-Bewilligung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn dies nicht aus besonderen Gründen unzumutbar erschien. Die Praxis ist davon ausgegangen, dass diese Regelung das Gericht nicht ermächtigt, den Gegner auch zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen der bedürftigen Partei zu hören. Die Anhörung betraf alleine die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung oder -verteidigung und die Frage der Mutwilligkeit. Die **Stellung des Gegners soll zukünftig gestärkt werden**. Deshalb ist ihm nun **Gelegenheit zu geben, umfassend zu den Bewilligungsvoraussetzungen Stellung zu nehmen**.

Es bleibt allerdings unverändert dabei, dass nach § 117 Abs. 2 S. 2 ZPO die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und die Belege dem Gegner nur mit Zustimmung der Partei zugänglich gemacht werden dürfen. Ausnahme: Der Gegner hat gegen den Antragsteller nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts einen Anspruch auf Auskunft über Einkünfte und Vermögen des Antragstellers. Dem Antragsteller ist vor der Übermittlung seiner Erklärung an den Gegner Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und über die Übermittlung zu unterrichten.

##### 3. Kostenentscheidung von Amts wegen bei Klagerücknahme

Eine **bedeutsame Änderung** hat sich bei der **Kostenfolge im Falle der Klagerücknahme** ergeben: Wird der Gegner der bedürftigen Partei verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, kann die Staatskasse gem. § 59 RVG die an den Bevollmächtigten der bedürftigen Partei gezahlte Vergütung von ihm zurückverlangen. Voraussetzung ist aber eine Kostenentscheidung gegen den Gegner. Nimmt dieser die Klage zurück, **muss das Gericht über die Kosten des Rechtsstreits von Amts wegen entscheiden**, wenn dem Beklagten PKH bewilligt worden ist. § 269 Abs. 4 ZPO wurde durch einen S. 2 entsprechend geändert.

##### 4. Einsatz von Einkommen und Vermögen

Die Partei muss ihr **Einkommen und Vermögen einsetzen**, um die Kosten der Prozessführung zu decken. § 115 ZPO regelt, welche Beträge zu berücksichtigen sind, damit die wirtschaftliche und soziale Grundversorgung der bedürftigen Partei nicht gefährdet wird. In § 115 I 3 wird nach Nr. 3 eine Nr. 4 eingeführt, wonach **Mehrbedarfe nach § 21 SGB II und nach § 30 SGB XII vom Einkommen abzusetzen** sind. Betroffen sind vor allem Behinderte, werdende Mütter, Alleinerziehende, Personen mit besonderen Ernährungsbedürfnissen und sonstigen Personen, die einen unabweisbaren Mehrbedarf haben.

#### 5. Festsetzung der Höhe der Ratenzahlungen

Bisher sah § 115 II ZPO a.F. vor, dass je nach der Höhe des errechneten einzusetzenden Einkommens eine bestimmte Monatsrate für höchstens 48 Monate von der bedürftigen Partei aufzubringen war. Die Höhe der Raten richtete sich bisher nach einer Tabelle mit festen Sätzen. Diese **Tabelle wird abgeschafft**. Zukünftig wird stattdessen das Einsetzeinkommen des Begünstigten unter Berücksichtigung des Abzugs von Steuern, Freibeträgen, Wohnkosten, angemessenen Versicherungsbeiträgen und sonstigen Belastungen errechnet. Die **neue Rate** ist die  **Hälfte des einzusetzenden Vermögens**, es sei denn es übersteigt 600 EUR.

#### 6. Änderung der Bewilligung

Nach der bisherigen Rechtslage konnte das Gericht seine Entscheidung über die zu leistenden Zahlungen ändern, wenn sich die für die PKH maßgebenden persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben. Auf Verlangen des Gerichts musste sich die bedürftige Partei hierüber erklären. Nach Ablauf von vier Jahren war eine Änderung der PKH-Bewilligung nicht mehr möglich. Jetzt soll die bedürftige Partei stärker in Anspruch genommen werden: § 120 IV ZPO wurde deshalb gestrichen und das Verfahren über die Änderung der Bewilligung in § 120a ZPO neu geregelt. **Kernpunkte der Neuregelung** sind:

- Einführung einer **Mitteilungspflicht**;
- **gesetzliche Definition** einer **wesentlichen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse**;
- **Möglichkeit der PKH-Aufhebung**, soweit die von der bedürftigen Partei beantragte Beweiserhebung aufgrund von Umständen, die im Zeitpunkt der Bewilligung noch nicht berücksichtigt werden konnten, keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (mehr) bietet oder der Beweisantritt mutwillig erscheint.

Außerdem prüft das Gericht **nach Abschluss des Prozesses**, ob der Begünstigte durch die Rechtsverfolgung etwas erlangt hat, was ihn in die Lage versetzt, selbst die Kosten des Prozesses zu tragen. In diesem Fall kann die Prozesskostenhilfe nachträglich ganz oder teilweise aufgehoben und dem Begünstigten aufgegeben werden, die **Prozesskosten von dem durch den Rechtsstreit Erlangten ganz oder teilweise zu begleichen**, § 120 a III ZPO.

#### 7. Einschränkungen bei Vergleichsabschluss

Bei gerichtlichen Vergleichsabschlüssen werden die **Kosten nur dann erstattet, wenn der Vergleich auf einem Vorschlag des Gerichts beruht** und das Gericht in dem Vergleichsvorschlag ausdrücklich feststellt, dass die Kostenregelung des Vergleichs der bei regulärer Fortführung des Rechtsstreits zu erwartenden Kostenentscheidung entsprechen würde.

## Brandaktuell

GG  
Art. 5 I 2

### ZDF-Staatsvertrag Verstoß gegen Art. 5 I 2 GG

VerfR

(BVerfG in MMR-Aktuell 2014, 356557, Urteil vom 25.03.2014 - 1 BvF 1/11 und 1 BvF 4/11)

1. Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit (Art. 5 I 2 GG) verlangt für die institutionelle Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine durchgehende Orientierung am **Grundsatz der Vielfaltsicherung** und eine **konsequente Begrenzung** des Anteils **staatlicher und staatsnaher Mitglieder** in den Aufsichtsgremien.
2. Der ZDF-Staatsvertrag genügt diesem Maßstab nur teilweise.

**Fall:** Laut ZDF-Staatsvertrag gibt es neben dem Intendanten, der die Geschäfte der Anstalt leitet, zwei interne Aufsichtsgremien, den 77-köpfigen Fernsehrat und den 14-köpfigen Verwaltungsrat. Zu den Aufgaben des Fernsehrats zählen u.a. der Erlass von allgemein-abstrakt formulierten Programmrichtlinien und die Überwachung und Beratung des Intendanten. Außerdem wählt der Fernsehrat den Intendanten, wofür ein Quorum von 3/5 seiner Mitglieder erforderlich ist. Der Verwaltungsrat überwacht die Tätigkeit des Intendanten im Hinblick auf die Geschäftsführung. Verschiedene vermögensrelevante Geschäfte des Intendanten sowie die Bestellung der Direktoren stehen ebenfalls unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch den Verwaltungsrat.

Die Antragsteller machen im Wesentlichen geltend, dass sich in den beiden Aufsichtsgremien ein zu großer Anteil von Staatsvertretern und staatsnahen Personen befinde und dies gegen das in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete Gebot der Staatsferne des Rundfunks verstoße.

Im Fernsehrat seien bei Einrechnung der Parteivertreter und der Vertreter der kommunalen und funktionalen Selbstverwaltung bereits 35 von 77 Personen (45%) unmittelbar dem Staat zuzurechnen. Auch im Verwaltungsrat seien bereits sechs von 14 Mitgliedern (43%) unmittelbar dem Staat zuzurechnen; insbesondere bezüglich des Einvernehmens der Berufung der Direktoren bildeten damit auch hier diese allein eine Sperrminorität. Darüber hinaus befänden sich unter den vom Fernsehrat zu bestellenden acht weiteren Mitgliedern des Verwaltungsrats mehrere Träger von Staats- oder Parteifunktionen.

Das ZDF und die Regierungen einiger Bundesländer machen geltend, dass man die Vertreter des Staats nicht schematisch zusammenrechnen dürfe. Eine einseitige Beeinflussung sei ausgeschlossen, zumal der Anteil der staatlichen Vertreter jedenfalls unter 50% liege. Bei Entscheidungen, die der qualifizierten Mehrheit unterlägen, hätten die staatlichen Vertreter erst recht keine Gestaltungsmehrheit, sondern seien auf Kompromisse angewiesen.

Das BVerfG ist in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis gekommen, dass die konkrete Ausgestaltung im ZDF-Staatsvertrag gegen Art. 5 I 2 GG verstößt.

*„Der in Art. 5 I 2 GG enthaltene Auftrag zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit zielt auf eine Ordnung, die sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk **möglichst breit und vollständig** Ausdruck findet. Die Ausgestaltung dieser Ordnung ist Aufgabe des Gesetzgebers, der dabei einen weiten Gestaltungsspielraum hat.*

*Die Anforderungen an die **institutionelle Ausgestaltung** der Rundfunkanstalten sind von Verfassungs wegen am Ziel der **Vielfaltsicherung** auszurichten. Sie stehen in enger Wechselwirkung mit der Grundentscheidung des Gesetzgebers für eine **duale Rundfunkordnung**.*

*In dieser Ordnung hat der öffentlich-rechtliche Rundfunk zu inhaltlicher Vielfalt beizutragen, wie sie allein über den freien Markt nicht gewährleistet werden kann. Sein Auftrag **beschränkt sich nicht auf eine Mindestversorgung** oder auf ein Ausfüllen von Lücken und Nischen, die von privaten Anbietern nicht abgedeckt werden, sondern erfasst die gesamte Breite des klassischen Rundfunkauftrags.*

*Die Zusammensetzung der Kollegialorgane muss darauf ausgerichtet sein, Personen mit **möglichst vielfältigen Perspektiven und Erfahrungshorizonten** aus allen Bereichen des Gemeinwesens zu erfassen. Dabei hat der Gesetzgeber insbesondere darauf zu achten, dass nicht vorrangig **amtliche und sonstige Perspektiven** und Sichtweisen, die für die staatlich-politische Willensbildung maßgeblich sind, abgebildet werden.*

*Der ZDF-Staatsvertrag genügt diesem Maßstab nur teilweise. Entgegen der derzeitigen Rechtslage ist der Anteil staatlicher und staatsnaher Personen im Fernseh- und im Verwaltungsrat auf ein Drittel zu begrenzen. Vertreterinnen und Vertreter der Exekutive dürfen auf die Auswahl der staatsfernen Mitglieder keinen bestimmenden Einfluss haben; auch sind Inkompatibilitätsregelungen zu schaffen, die ihre Staatsferne in persönlicher Hinsicht gewährleisten. Die persönliche Unabhängigkeit bei der Aufgabenwahrnehmung ist dadurch zu sichern, dass die Gremienmitglieder weisungsfrei gestellt werden und nur aus wichtigem Grund abberufen werden dürfen. Zudem muss ein Mindestmaß an Transparenz über die Arbeit der Aufsichtsgremien hergestellt werden. Die Länder sind verpflichtet, bis spätestens zum 30. Juni 2015 eine verfassungsgemäße Neuregelung zu treffen.“ (BVerfG aaO)*

## Entscheidungen materielles Recht

AGG  
§ 15

### Benachteiligung wegen Weltanschauung Voraussetzungen für Schadensersatzanspruch

ZivilR

(BAG in NJW 2014, 652; Urteil vom 20.06.2013 – 8 AZR 482/12)

1. Ein Beschäftigter, der geltend macht, wegen seiner Weltanschauung benachteiligt worden zu sein, muss dafür Tatsachen vortragen, die den Schluss zulassen, die Benachteiligung sei wegen der Weltanschauung erfolgt (Indizien).
2. Dies gilt auch, wenn vorgetragen wird, die Person, die die Benachteiligung begangen habe, habe irrtümlich das Vorliegen einer bestimmten Weltanschauung angenommen und wegen dieser falschen Annahme benachteiligt.
3. Hegt eine Redakteurin „Sympathie“ für ein bestimmtes Land und wird ihr vorgehalten, sie berichte über dieses Land zu regierungsfreundlich, so kann von diesen Tatsachen nicht darauf geschlossen werden, man habe der Redakteurin Unterstützung für die – staatstragende – Partei unterstellt oder dass sie sich einer Weltanschauung angeschlossen habe.
4. Die Darlegung von Indizien für eine Benachteiligung wegen der Weltanschauung erfordert, dass die tatsächlich eingenommene oder fälschlich unterstellte Weltanschauung eine solche ist. Sympathien für ein Land, seine Regierung oder die diese Regierung tragende Partei sind keine durch § 1 AGG geschützte „Weltanschauung“.

**Fall:** Die Parteien streiten über Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche der Kl., die sich auf Grund ihrer Weltanschauung, ihres Alters sowie ihrer ethnischen Herkunft diskriminiert sieht. Die 1961 geborene Kl. ist Han-Chinesin. Sie hat an der P. Fremdsprachenuniversität studiert. Die Kl. ist nicht Mitglied der Kommunistischen Partei Chinas. Für die Bekl. ist die Kl. seit 1987 als freie Mitarbeiterin und arbeitnehmerähnliche Person als Radio- und Online-redakteurin in der Chinaredaktion beschäftigt. Die Beschäftigung wurde zwischen den Parteien seit Ende 2003 durch Honorarrahmenverträge geregelt. Im Sommer 2008 geriet die Chinaredaktion – zumindest teilweise – in die öffentliche Kritik. Es wurde der Vorwurf erhoben, die Redaktion wahre zu wenig politische Distanz gegenüber der offiziellen chinesischen Regierungsmeinung. Schließlich wurden der Redaktionsleiter und seine Stellvertreterin versetzt. Ende Februar 2009 wurde Y Chef vom Dienst, ohne dass eine Ausschreibung stattgefunden hätte. Y ist mongolischer Herkunft. Zu den Aufgaben der Kl. gehörten Interviews mit VIPs. Ein am 07.03.2009 mit dem Sinologen S durchgeführtes Interview zum Thema „Tibet“ wurde nicht veröffentlicht. Zur Frankfurter Buchmesse 2009 mit dem Gastland China entsandte die Bekl. andere Redaktionsmitglieder, nicht die Kl.

Die Mittel für die Chinaredaktion wurden für 2010 um 60.000,00 EUR reduziert. Ohne Erfolg bewarb sich die Kl. unter dem 10.04.2010 bei der Bekl. um eine Festanstellung. Die Stelle wurde an die etwa 34 Jahre alte Mitarbeiterin Ya vergeben. Unter dem 28.06.2010 teilte die Bekl. der Kl. mit, dass sie den Honorarrahmenvertrag über das vereinbarte Befristungsende am 31.12.2010 hinaus nicht mehr verlängern werde. Mit Schreiben vom 27.08.2010 verlangte die Kl., ihre Beschäftigung zu verlängern und ließ mögliche Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche dem Grunde nach geltend machen. Die Bekl. lehnte unter dem 10.10.2010 eine weitere Beschäftigung ab und verwies darauf, dass wegen der stark geänderten Programminhalte und der medialen Arbeitsweise der Chinaredaktion die journalistischen Defizite der Kl. eine weitere Zusammenarbeit nicht zuließen. Die Kl. erhebt am 02.12.2010 vor dem zuständigen Arbeitsgericht Klage auf Feststellung, mit der die Kl. die Ersatzpflicht der Bekl. für künftige materielle Schäden, die aus ihrer nicht erfolgten Weiterbeschäftigung entstehen, festgestellt wissen will. Wird die Klage Erfolg haben?

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

#### I. Zulässigkeit der Klage

##### 1. besonderes Feststellungsinteresse

Hinsichtlich der Zulässigkeit der von der Klägerin erhobenen Feststellungsklage ist zunächst fraglich, ob ihr ein entsprechendes Feststellungsinteresse zukommt.

*„Das besondere Feststellungsinteresse ist nach § 256 I ZPO bei Klagen auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz künftiger Schäden grundsätzlich dann gegeben, wenn Schadensfolgen in der Zukunft möglich sind, auch wenn ihre Art, ihr Umfang und sogar ihr Eintritt noch ungewiss sind. Es muss allerdings eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt bestehen (vgl. BAG, NZA-RR 2012, 290 = AP SGB VII § 104 Nr. 6 = EzA RVO § 636 Nr. 14 Rn. 26; BAG, NZA 2010, 1443 = AP SGB IX § 81 Nr. 18 = EzA ZPO 2002 § 318 Nr. 1 Rn. 29).“* (BAG aaO)

Fraglich ist, ob nach diesen Maßstäben im vorliegenden Fall von einem Feststellungsinteresse auszugehen ist.

„Der Kl. geht es um den Ersatz ihres materiellen Schadens, der darin besteht, dass sie nach dem 31.12.2010 nicht mehr als freie Mitarbeiterin bei der Bekl. arbeitet. Der Feststellungsantrag zielt damit darauf ab, die Ersatzpflicht der Bekl. hinsichtlich des der Kl. ab dem 01.01.2011 entgangenen laufenden monatlichen Entgelts festzustellen. **Anspruchsgrundlage** hierfür wäre **§ 15 I AGG**. Eine **Benachteiligung** kann auch darin bestehen, dass es der Arbeitgeber unterlässt, dem Arbeitnehmer **einen weiteren – befristeten oder unbefristeten Vertrag – anzubieten** (vgl. BAG, NZA 2012, 1345 Rn. 25 = NJW 2013, 108 Ls.). Es ist möglich, dass zukünftig Folgeschäden dadurch entstehen, dass der Kl. Entgelt entgeht (vgl. auch § 252 BGB). Ob dieser Schaden gerade auf die angeblichen benachteiligenden Handlungen der Bekl. wegen eines der **in § 1 AGG genannten Merkmale** zurückzuführen ist, ist eine Frage des Kausalzusammenhangs und damit der **Begründetheit des Feststellungsantrags** (vgl. auch BAG, NZA 2011, 93 = NJW 2011, 634 Os. = AP AGG § 22 Nr. 2 = EzA AGG § 22 Nr. 2 Rn. 105 bzgl. zukünftiger Schäden in Folge einer unterbliebenen Beförderung).“ (BAG aaO)

Fraglich ist jedoch, ob der Feststellungsklage nicht deren Subsidiarität entgegensteht. Hätte die Kl. die Möglichkeit, das Klageziel auch mit einer Leistungsklage zu erreichen, so würde ihr ein Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellungsklage fehlen.

„Die Kl. muss sich nicht darauf verweisen lassen, vorrangig eine Leistungsklage zu erheben. Es kann von der Bekl. als einer **Bundesrundfunkanstalt des öffentlichen Rechts** erwartet werden, dass sie einem stattgebenden Feststellungsurteil nachkommen wird. Mit dem Feststellungsantrag wird demnach eine umfassende Rechtsstreitbeilegung angestrebt (vgl. BAG, NZA-RR 2012, 100 = AP BAT § 27 Nr. 13 Rn. 14).“ (BAG aaO)

Die Kl. hat somit das für die Erhebung einer Feststellungsklage auf die Verpflichtung zum Ersatz zukünftiger Schäden erforderliche besondere Feststellungsinteresse.

## 2. hinreichende Bestimmtheit des Klageantrags

Nach § 253 II Nr. 2 ZPO hängt die Zulässigkeit der Klage auch davon ab, dass ein hinreichend bestimmter Klageantrag gestellt wird. Fraglich ist, ob diese Voraussetzung hier erfüllt wird.

„Bei einer Feststellungsklage gelten **nicht die gleichen strengen Anforderungen** an die Bestimmtheit des Antrags wie bei einer Leistungsklage. Einer Zwangsvollstreckung ist ein Feststellungsurteil nicht zugänglich. Wenn der sich noch **in der Entwicklung befindender Schaden** bei einer Feststellungsklage nicht beziffert werden muss, so kann es auch nicht schaden, wenn der Anspruchsteller freiwillig den festzustellenden Schaden in einer bestimmten Höhe begrenzt.

Die Unbestimmtheit des Antrags folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die Kl. erst in der Berufungsinstanz ihre geltend gemachte Ersatzpflicht für ihre zukünftigen materiellen Schäden auf 10.000,00 EUR begrenzt hat. Nachdem das ArbG die Klage vollständig abgewiesen hatte, stand fest, dass die Bekl. keine Ersatzpflicht hinsichtlich etwaiger materieller Schäden trifft, welche über 10.000,00 EUR hinausgeht. Worauf sich die Begrenzung bezog, ist jedenfalls auf Grund einer Auslegung hinreichend genau zu ermitteln. Die Kl. macht mit dem Klageantrag zu 1 ihr **zukünftig entgehendes monatliches Entgelt als materiellen Schaden** in Form des entgangenen Gewinns geltend. Wird der monatlich als Schadensersatz eingeforderte Betrag später beziffert, kann durch Aufaddierung der monatlichen Beträge bis zu der Grenze von 10.000,00 EUR problemlos ermittelt werden, wie weit der Feststellungsantrag reicht.“ (BAG aaO)

Es bestehen daher keine durchgreifenden Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des Antrags, § 253 II Nr. 2 ZPO.

## II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach § 15 AGG vorliegen.

### 1. Beschäftigteneigenschaft der Kl.

Die Kl. beruft sich auch eine unzulässige Benachteiligung durch die Bekl. als ihrer Arbeitgeberin. Dazu müssen die Voraussetzungen des § 6 AGG vorliegen.

„Als arbeitnehmerähnliche Person fällt die Kl. unter den Schutz des AGG, § 6 I 1 Nr. 3 AGG.“ (BAG aaO)

### 2. Wahrung der Ausschlussfrist des § 15 IV AGG

Der Anspruch der Kl. wäre jedoch ausgeschlossen, wenn Sie die Ausschlussfrist des § 15 IV AGG nicht gewahrt hätte.

„Der Anspruch ist nicht verfallen, da die **zweimonatige Frist** des § 15 IV AGG von der Kl. **gewahrt** wurde. Die Ausschlussfrist verstößt entgegen der Rechtsansicht der Revision nicht gegen das Unionsrecht (vgl.

BAG, NZA 2012, 1211 Rn. 23 f. = NJW 2013, 555 mit Anm. Kock; BAG, NZA 2010, 387 = AP AGG § 3 Nr. 2 = EzA AGG § 3 Nr. 1 Rn. 40). Die **Frist beginnt** in dem Zeitpunkt **zu laufen**, in dem der Betroffene **Kenntnis von der Benachteiligung** erlangt, § 15 IV 2 AGG. Bei Dauertatbeständen beginnt die Frist erst mit **Beseitigung des Zustands**. Vorliegend sollte der Honorarrahmenvertrag seitens der Bekl. **am 31.12.2010 beendet** werden, die Kl. hatte jedoch schon mit anwaltlichem Schreiben vom 27.08.2010 Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche dem Grunde nach angemeldet.“ (BAG aaO)

### 3. Wahrung der Klagefrist des § 61b ArbGG

Allerdings sieht § 61b I ArbGG vor, dass eine Klage auf Entschädigung nach § 15 AGG innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden muss. Die Kl. hatte hier ihren Anspruch am 27.08.2010 erhoben, die Klage aber erst am 02.12.2010, also mehr als 3 Monate später eingereicht. Fraglich ist, ob die Kl. deshalb mit ihrem Anspruch ausgeschlossen ist.

„[Auf] den **materiellen Schadensersatzanspruch** nach § 15 I AGG findet § 61 b ArbGG **keine Anwendung** (h.M., vgl. Schütz, GK-ArbGG, Stand: März 2013, § 61 b Rn. 8; ErfK/Koch, 13. Aufl., § 61 b ArbGG Rn. 2; Schwab/Weth/Walker, ArbGG, 3. Aufl., § 61 b Rn. 7; Düwell/Lipke/Kloppenburg, 3. Aufl., § 61 b Rn. 3; BCF/Creutzfeldt, ArbGG, 5. Aufl., § 61 b Rn. 1; HWK/Ziemann, 5. Aufl., § 61 b ArbGG Rn. 1; a.A. Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl., § 15 Rn. 57; Jacobs, RdA 2009, 193 (202)). Dies folgt bereits aus dem **Wortlaut** der gesetzlichen Regelung, die nur von Entschädigung, nicht von Schadensersatz spricht (noch offengelassen in BAG, NZA 2011, 93 = NJW 2011, 634 Os. = AP AGG § 22 Nr. 2 = EzA AGG § 22 Nr. 2 Rn. 46).“ (BAG aaO)

Die Nichteinhaltung der Frist des § 61b I AGG steht dem Anspruch der Kl. daher nicht entgegen.

### 4. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG

Nach § 7 I AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.

Fraglich ist daher, ob die Kl. wegen ihrer Weltanschauung oder einer ihr unterstellten Weltanschauung benachteiligt worden ist.

#### a) Begriff der Benachteiligung

Nach § 3 I 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, wobei die sich nachteilig auswirkende Maßnahme direkt an das verbotene Merkmal anknüpfen muss (vgl. BAG, NZA 2011, 93 = NJW 2011, 634 Os. = AP AGG § 22 Nr. 2 = EzA AGG § 22 Nr. 2 Rn. 50).

„Eine **Benachteiligung durch Unterlassen** kommt in Betracht, wenn ein Arbeitgeber ein befristetes Arbeitsverhältnis wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes nicht verlängert (vgl. BAG, NZA 2012, 1345 Rn. 25 = NJW 2013, 108 Ls.; vgl. auch EuGH, Slg. 2001, I-6915 = NZA 2001, 1243 = NJW 2002, 125 = AP EWG-Richtlinie Nr. 92/85 Nr. 3 = EzA BGB § 611 a Nr. 17 Rn. 47 – Jiménez Melgar, zur Nichterneuerung eines befristeten Vertrags bei einer schwangeren Arbeitnehmerin). Dabei reicht es nach § 3 I letzte Alternative AGG aus, dass der Benachteiligte eine **schlechtere Behandlung** erfährt, als sie eine **andere Person in einer vergleichbaren Lage** erfahren würde. Eine unmittelbare Benachteiligung kann also auch in Betracht kommen, wenn es an konkreten Personen in einer vergleichbaren Lage mangelt.“ (BAG aaO)

#### b) Vorliegen eines Benachteiligung

Die Kl. macht geltend, sie sei wegen einer ihr unterstellten Weltanschauung von der Bekl. benachteiligt worden.

##### aa) Anwendbarkeit der Regelungen auf unterstellte Weltanschauung

„Rechtlich zutreffend geht die Klage zunächst davon aus, dass ein Arbeitgeber einen Betroffenen auch dann benachteiligt, wenn er das **Vorliegen** eines in § 1 AGG genannten Grundes bei der Benachteiligung **irrig nur annimmt** (§ 7 I Hs. 2 AGG). Die Kl. macht nicht geltend, von der Bekl. wegen einer bei ihr tatsächlich vorliegenden Weltanschauung benachteiligt worden zu sein. Sie sieht sich vielmehr benachteiligt, weil die Bekl. bei ihr – **irrigerweise** – **eine Weltanschauung vermutet** habe und sie auf Grund dieser unzutreffenden Vermutung ungünstiger behandelt habe,

als es eine andere Person ohne eine solche vermutete Weltanschauung erfahren würde.“ (BAG aaO)

### bb) Irrige Annahme einer Weltanschauung

Es müsste daher feststellbar sein, dass die Bekl. der Kl. irrig eine Weltanschauung unterstellt hat, wegen der sie dann benachteiligt worden sein soll.

„Die Kl. hat vorgetragen, die Bekl. habe ihr unterstellt „Sympathie für die Volksrepublik China“ zu haben und „gegenüber der Volksrepublik China zu regierungsfreundlich“ zu sein. Wenn man zu Gunsten der Kl. annimmt, die Bekl. habe bei ihr tatsächlich diese Einstellungen angenommen (**Sympathie für die Volksrepublik China, zu freundliche Einstellung gegenüber der Regierung dieses Landes**), stellt dies ersichtlich nicht die Annahme einer „Weltanschauung“ der Kl. dar. Abgesehen davon, dass man Sympathie „für ein Land“ streng genommen gar nicht empfinden kann und der Vorwurf, „zu freundlich“ über das Handeln einer Regierung zu berichten, die **sachliche Rüge mangelnder journalistischer Objektivität** enthält, weist eine solche Kritik schon für sich genommen keinerlei Bezug zu einer Weltanschauung auf.

Es kann dabei dahinstehen, ob heute **überhaupt noch von einer „kommunistischen Weltanschauung“** gesprochen werden kann, die im Allgemeinen eingenommen werden könnte oder die speziell im Falle der Volksrepublik China handlungsleitend ist. Unstrittig weist die Kl. für ihre Person solches von sich, sie ist auch nicht Mitglied der KP China. Wenn sich andererseits die Bekl. einer in die Diskussion geratenen „Regierungsfreundlichkeit“ der Chinaredaktion näher angenommen hat und eine **unter Umständen nicht gewährte journalistische Distanz** zum Handeln der Regierung in P. abzubauen versuchte, so wandte sie sich weder gegen „Sympathie für die Volksrepublik China“ noch hatte dies mit „Unterstützung der KP China“ zu tun. Die Kl. hat keine Tatsachen dargelegt, die den Schluss zulassen, sie sei wegen einer Weltanschauung oder auch nur wegen einer unterstellten Weltanschauung benachteiligt worden.“ (BAG aaO)

Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Bekl. der Kl. überhaupt eine Weltanschauung unterstellt hat.

### cc) Kausalzusammenhang

Zudem müsste es - die Annahme einer Weltanschauung einmal angenommen, einen Kausalzusammenhang zwischen der Benachteiligung der Klägerin und der ihr unterstellten Weltanschauung geben.

#### (1) Voraussetzungen für die Annahme eines Kausalzusammenhangs zwischen benachteiligender Behandlung und einer „Weltanschauung“

„Der Kausalzusammenhang zwischen benachteiligender Behandlung und dem Merkmal der Weltanschauung ist bereits dann gegeben, wenn die **Benachteiligung an die Weltanschauung anknüpft** oder durch diese motiviert ist. Dabei ist es **nicht erforderlich**, dass der betreffende Grund das **ausschließliche Motiv** für das Handeln des Benachteiligten ist. Ausreichend ist vielmehr, dass das verpönte Merkmal **Bestandteil eines Motivbündels** ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat (st. Rspr., vgl. BAG, NZA 2012, 1345 Rn. 32 = NJW 2013, 108 Ls.; NZA 2012, 667 Rn. 42). Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (BAG, NZA 2012, 667 Rn. 42).“ (BAG aaO)

#### (2) Anwendung auf den Fall

„Revisionsrechtlich ist es insbesondere nicht zu beanstanden, dass das BerGer. darauf abgestellt hat, dass die **behaupteten Benachteiligungen zeitlich lange vor der Entscheidung** lagen, die Zusammenarbeit mit der Kl. zu beenden. Die Bekl. erneuerte den Honorarrahmenvertrag mit der Kl. noch am 20.07.2009. Die Komplexe „Austausch der gesamten Redaktionsleitung“, „Ablehnung des VIP-Beitrags der Kl.“ vom 07.03.2009, „Abstrafen wegen des frühzeitigen Verlassens des Nachtdienstes“ am 23.04.2009, „Einschränkung der Tätigkeit der Kl.“ (April 2009) sowie „Nichtteilnahme an der Buchmesse“ am 04.06.2009 liegen sämtlich vor diesem Datum. Wenn die Bekl. sich im Juli 2009 entschied, die Zusammenarbeit mit der Kl. fortzusetzen, erschließt sich nicht, weshalb sie sich **wegen der gleichen Umstände ca. ein Jahr später** entschließen sollte, die Zusammenarbeit mit ihr zu beenden.“ (BAG aaO)

### III. Ergebnis

Die Feststellungsklage ist unbegründet. Die Kl. ist weder wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals benachteiligt noch in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt oder gar schwer verletzt worden.

1. Lässt der Geschädigte einen Kraftfahrzeugsachschaden **sach- und fachgerecht** in dem Umfang reparieren, den der eingeschaltete Sachverständige für notwendig gehalten hat, und **unterschreiten** die von der beauftragten Werkstatt berechneten Reparaturkosten die **von dem Sachverständigen angesetzten Kosten**, so beläuft sich auch im Rahmen einer fiktiven Abrechnung der zur Herstellung erforderliche Geldbetrag auf die tatsächlich angefallenen Bruttokosten.
2. Der Geschädigte hat in diesem Fall **keinen Anspruch auf Zahlung des vom Sachverständigen angesetzten Nettobetrags** zuzüglich der tatsächlich gezahlten Umsatzsteuer, soweit dieser Betrag die tatsächlich gezahlten Bruttoreparaturkosten übersteigt.

**A. Grundlagenwissen: Der materielle Schaden bei Verkehrsunfällen****I. Reparaturkosten / Wiederbeschaffungswert**

Nach dem in § 249 I BGB verankerten **Grundsatz der Naturalrestitution** ist das Fahrzeug grundsätzlich vom Schädiger in den Zustand zu versetzen, in dem es sich vor dem Unfallereignis befunden hat. Da dieser hierzu häufig nicht in der Lage ist und dies dem Geschädigten auch nicht zugemutet werden kann, sieht § 249 II 1 BGB vor, dass der Geschädigte den **zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes erforderlichen Geldbetrag** vom Schädiger verlangen kann. Die **Mehrwertsteuer** bekommt er nach § 249 II 2 BGB allerdings nur in dem Umfang ersetzt, in welchen sie **tatsächlich angefallen** ist.

Dem Grundsatz der Naturalrestitution gemäß hat der Geschädigte also grundsätzlich einen Anspruch darauf, sein **Fahrzeug reparieren** zu lassen. Ist dies **technisch nicht** möglich (sog. Totalschaden), so besteht die Naturalrestitution darin, dass ein **gleichwertiges Fahrzeug wiederbeschafft** wird. Die Höhe des Schadensersatzes des Geschädigten bestimmt sich dann nach dem **aktuellen Zeitwert = Wiederbeschaffungswert** des Fahrzeugs vor dem Unfall **abzüglich** des noch vorhandenen **Restwertes** des Fahrzeugs.

**II. Merkantiler Minderwert, § 251 BGB**

Bei beim merkantilen Minderwert handelt es sich um eine Minderung des Verkaufswerts, die trotz völliger und ordnungsgemäßer Instandsetzung eines bei einem Unfall erheblich beschädigten Kraftfahrzeugs allein deshalb verbleibt, weil bei einem **großen Teil des Publikums**, vor allem wegen des Verdachts verborgener Schäden, eine **den Preis beeinflussende Abneigung gegen den Erwerb unfallbeschädigter Kraftfahrzeuge** besteht, so dass bei einer Weiterveräußerung nur ein geringerer Marktpreis zu erzielen ist. Diese **Wertdifferenz** stellt einen **unmittelbaren Sachschaden** dar (vgl. BGH, NJW 2005, 277).

**III. Mietwagenkosten**

Mietwagenkosten können beansprucht werden, wenn sie wegen der Fahruntüchtigkeit des Fahrzeugs und **Durchführung der Reparatur oder während der Ersatzbeschaffung tatsächlich** anfallen. Hier hat der Geschädigte grundsätzlich einen Anspruch auf ein **gleichwertiges Fahrzeug**. Allerdings muss er sich dann wegen **ersparter Aufwendungen** im Wege der Vorteilsanrechnung grundsätzlich einen **Abzug von 10 %** gefallen lassen. Dies kann durch ein **Fahrzeugs einer niedrigen Kategorie** vermieden werden.

Häufiger Streitpunkt sind jedoch die vom Mietwagenunternehmen berechneten Tarife. Oftmals wird ein über dem üblichen Preis liegender **Unfallersatztarif** berechnet. Dies hat den BGH in letzter Zeit häufig beschäftigt.

Ein **erhöhter Unfallersatztarif** ist nur erforderlich und damit ersatzfähig, wenn die Besonderheit dieses Tarifs mit Rücksicht auf die Unfallsituation einen gegenüber dem Normaltarif höheren Preis **betriebswirtschaftlich rechtfertigt**, weil der Vermieter Leistungen erbracht hat, die durch die **besondere Unfallsituation veranlasst** sind (vgl. BGH NJW 2005, 51; BGH NJW 2006, 360). Die Mietwagenkosten werden für die

**Dauer der Reparatur** oder die **Dauer der Ersatzbeschaffung** ersetzt, wobei von üblichen Zeiten von 2 – 3 Wochen auszugehen ist.

#### IV. Nutzungsausfall

Hat der Geschädigte von seinem Recht auf einen Mietwagen keinen Gebrauch gemacht, so kann er grundsätzlich einen Anspruch auf Ersatz der ihm entgangenen Nutzungsmöglichkeit geltend machen. Es handelt sich hierbei um einen **normativen Schaden**, der zu einer **Schadensposition** auch **ohne feststellbare Verringerung der Vermögenssituation** führt. Allerdings muss der Entzug der Nutzungsmöglichkeit auch **fühlbar** sein. Insofern ist die Ersatzforderung von dem Vorliegen eines **Nutzungswillens** und der **hypothetischen Nutzungsmöglichkeit** abhängig.

#### V. Gutachterkosten

Auch die Kosten eines **vorprozessualen Schadensgutachtens** gehören zum ersatzfähigen Schaden. Gutachterkosten werden vor allem aufgewendet, um das **Ausmaß der Beschädigung des Kraftfahrzeugs** zu ermitteln und deren **Beseitigung in einer Werkstatt vorzubereiten**; sie dienen daher der Wiederinstandsetzung und damit der Wiederherstellung des früheren Zustands, so dass sie um Schadensersatz **nach § 249 II 1 BGB als Sachschaden erfasst** sind (vgl. BGH NJW 1982, 829).

#### VI. Allgemeine Aufwandspauschale

Die mit der Abwicklung des Schadensfalles verbundenen **Nebenkosten** sind in **den Grenzen der Erforderlichkeit** nach § 249 II 1 BGB zu ersetzen. Üblich ist insoweit eine **Pauschalierung**, wobei Beträge in Höhe von 25 bis und 30 Euro als angemessen anerkannt werden.

#### VII. Abschleppkosten

Auch die Abschleppkosten sind durch das Unfallereignis verursacht und gehören zu den **ersatzfähigen Schadensposten** (vgl. BGH NJW 1982, 829).

### B. fiktive Abrechnung auf Gutachtenbasis bei tatsächlich günstigerer, aber gleichwertiger Reparatur (vgl. BGH in NJW 2014, 535)

**Fall.** Der beklagte Haftpflichtversicherer hat dem Kl. unstreitig den bei einem Verkehrsunfall im Oktober 2010 entstandenen Fahrzeugschaden zu ersetzen. Nach Einholung eines Sachverständigengutachtens, in dem die Reparaturkosten auf brutto 8.346,72 EUR (netto 7.014,05 EUR) beziffert wurden, ließ der Kl. sein Fahrzeug auf der Grundlage des Gutachtens bei der Firma O nach Maßgabe des Gutachtens sach- und fachgerecht instand setzen. Die Firma O stellte dem Kl. Reparaturkosten in Höhe von brutto 7.492,22 EUR (netto 6.295,98 EUR) in Rechnung. Der Kl. rechnete den Schaden gegenüber der Bekl. auf der Grundlage des Gutachtens ab. Diese regulierte den Schaden unter Zugrundelegung der tatsächlich aufgewendeten Reparaturkosten in Höhe von 7.492,22 EUR. Mit der Klage hat der Kl. weiteren Schadensersatz in Höhe von 718,07 EUR verlangt. Diesen Anspruch errechnet er unter Zugrundelegung des vom Gutachter festgestellten **Nettoreparaturaufwands** in Höhe von 7.014,05 EUR und der von ihm tatsächlich für die Instandsetzung gezahlten Mehrwertsteuer in Höhe von 1.196,24 EUR, wobei er die von der Bekl. gezahlten Reparaturkosten in Höhe von 7.492,22 EUR in Abzug bringt. Hat der Kl. Anspruch auf weiteren Schadensersatz?

Für die Frage, in welcher Höhe der Kl. Schadensersatz verlangen kann, kommt es darauf an, wie der dem Kl. nach § 249 II BGB zustehende Schaden bei der Abwicklung von Verkehrsunfällen zu berechnen ist.

#### I. fiktive Abrechnung auf Gutachtenbasis

Grundsätzlich ist es anerkannt, dass der Geschädigte seinen Schaden auf der Grundlage des Gutachtens fiktiv abrechnen kann. Hierzu hat die Rechtsprechung folgende Grundsätze entwickelt.

*„Der Geschädigte darf, sofern die Voraussetzungen für eine fiktive Schadensberechnung vorliegen, dieser grundsätzlich die **üblichen Stundenverrechnungssätze einer markengebundenen Fachwerkstatt** zu Grunde legen, die ein von ihm eingeschalteter Sachverständiger auf dem allgemeinen regionalen Markt ermittelt hat. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats besteht grundsätzlich ein Anspruch des Geschädigten auf Ersatz der in einer markengebundenen Vertragswerkstatt anfallenden Reparaturkosten **unabhängig davon**, ob der Geschädigte den Wagen **tatsächlich voll, minderwertig oder überhaupt nicht reparieren lässt**.“ (BGH aaO)*

#### II. Verweis auf günstigere Reparaturmöglichkeit

Es ist allerdings ebenfalls anerkannt, dass die Schädiger dem Geschädigten eine günstigere, jedoch gleichwertigere Reparaturmöglichkeit nachweisen kann, auf die der Geschädigte verwiesen werden kann, wenn dies für ihn nicht unzumutbar ist.

*„Allerdings ist unter Umständen – auch noch im Rechtsstreit – ein Verweis des Schädigers auf eine günstigere Reparaturmöglichkeit in einer mühelos und ohne Weiteres zugänglichen anderen markengebundenen oder „freien“ Fachwerkstatt möglich, wenn der Schädiger darlegt und gegebenenfalls beweist, dass eine Reparatur in dieser Werkstatt vom Qualitätsstandard her der Reparatur in einer markengebundenen Fachwerkstatt entspricht und der Geschädigte keine Umstände aufzeigt, die ihm eine Reparatur außerhalb der markengebundenen Fachwerkstatt unzumutbar machen (BGHZ 66, 239; BGHZ 155, 1; BGHZ 183, 21; BGH NJW 2010, 2118; BGH NJW 2010, 2727; BGH NJW 2010, 2725; BGH NJW 2010, 2941; BGH NJW 2013, 2817).“ (BGH aaO)*

Die Verweisung des Schädigers auf eine günstigere Reparaturmöglichkeit ist deshalb zulässig, weil die **Angaben des Sachverständigen** in seinem Gutachten zur Höhe der voraussichtlich anfallenden Reparaturkosten **keinesfalls stets verbindlich** den Geldbetrag bestimmen, der i.S.d § 249 II 1 BGB zur Herstellung erforderlich ist.

*„Bei fiktiver Abrechnung ist der objektiv zur Herstellung erforderliche Betrag ohne Bezug zu tatsächlich getätigten Aufwendungen zu ermitteln. Der Geschädigte, der nicht verpflichtet ist, zu den von ihm tatsächlich veranlassten oder auch nicht veranlassten Herstellungsmaßnahmen konkret vorzutragen, disponiert hier dahin, dass er sich mit einer **Abrechnung auf einer objektiven Grundlage zufrieden gibt**. Hinweise der Schädigerseite auf Referenzwerkstätten dienen dazu, der Behauptung des Geschädigten entgegenzutreten, der vom Sachverständigen ermittelte Betrag gebe den zur Herstellung erforderlichen Betrag zutreffend wieder (vgl. Senat, NJW 2013, 2817 = VersR 2013, 876 Rn. 11). Kann die Schädigerseite die **zumutbare Möglichkeit der Inanspruchnahme einer preiswerteren Werkstatt** ausreichend darlegen und notfalls beweisen, ist auf der Grundlage der preiswerteren Reparaturmöglichkeit abzurechnen.“ (BGH aaO)*

### III. Entbehrlichkeit des Verweises auf günstigere Reparaturmöglichkeit

Fraglich ist, ob der Anspruch des Geschädigten auch dann begrenzt werden kann, wenn nicht der Schädiger ihm eine günstigere Reparaturmöglichkeit nachweist, sondern der Geschädigte selbst eine solche wahrnimmt.

*„Angesichts dieser Rechtslage versteht es sich von selbst, dass auf der Grundlage einer preiswerteren Reparaturmöglichkeit abzurechnen ist, wenn ein Verweis der Schädigerseite darauf nicht einmal erforderlich ist, weil der **Geschädigte die Möglichkeit einer vollständigen und fachgerechten, aber preiswerteren Reparatur selbst darlegt** und sogar wahrgenommen hat. Der Vortrag des Geschädigten, trotzdem sei der vom Sachverständigen angegebene Betrag zur Herstellung erforderlich, ist dann unschlüssig. Eine abweichende Betrachtung würde dazu führen, dass der Geschädigte an dem Schadensfall verdient, was dem Verbot widerspräche, sich durch Schadensersatz zu bereichern (vgl. dazu Senat, BGHZ 154, 395 [397 f.] = NJW 2003, 2085; BGHZ 162, 161 [164 f.] = NJW 2005, 1108; BGHZ 163, 180 [184] = NJW 2005, 2541; BGHZ 171, 287 = NJW 2007, 1674 Rn. 6; NJW 2009, 3713 = VersR 2009, 1554 Rn. 7; NJW 2012, 50 = VersR 2011, 1582 Rn. 6, 8; NJW 2013, 1151 = r + s 2013, 203 = VersR 2013, 471 Rn. 11; dazu auch Schneider, jurisPR-VerkR 6/2013, Anm. 1).“ (BGH aaO)*

### IV. Anwendung auf den Fall

Unter Heranziehung dieser Grundsätze beläuft sich auch im Rahmen einer fiktiven Abrechnung der zur Herstellung erforderliche Geldbetrag auf die tatsächlich angefallenen Bruttokosten, wenn der Geschädigte seinen Kraftfahrzeugsachschaden sach- und fachgerecht in dem Umfang reparieren lässt, den der eingeschaltete Sachverständige für notwendig gehalten hat, und die von der beauftragten Werkstatt berechneten Reparaturkosten die von dem Sachverständigen angesetzten Kosten unterschreiten.

Der Geschädigte hat in diesem Fall keinen Anspruch auf Zahlung des vom Sachverständigen angesetzten Nettobetrags zuzüglich der tatsächlich gezahlten Umsatzsteuer, soweit dieser Betrag die tatsächlich gezahlten Brutto-Reparaturkosten übersteigt.

*„Auf die vom BerGer. erörterte **umstrittene Frage**, ob bei fiktiver Abrechnung unter Umständen **tatsächlich aufgewendete Umsatzsteuer** neben den vom Sachverständigen ermittelten **Nettoreparaturkosten** ersetzt verlangt werden kann, wenn der Geschädigte sich mit einer **Eigen-, Teil- oder Billigreparatur** zufrieden gibt, kommt es für die vorliegende Fallgestaltung nicht an (vgl. zur Problematik z.B. BeckOK-BGB/Schubert, Stand: 01.03.2011, § 249 Rn. 220; Geigel/Freyman, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., Kap. 5 Rn. 13; Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StraßenverkehrsR, 22. Aufl., § 249 Rn. 266; van Bühren/Lemcke/Jahnke, AnwaltsHdB VerkehrsR, 2. Aufl., Teil 3, Rn. 98 ff.; MüKo-BGB/Oetker, 6. Aufl., § 249 Rn. 467; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 249 Rn. 27). Denn unstreitig ist der Schaden am Fahrzeug des Kl. vollständig und fachgerecht nach den Vorgaben des Sachverständigen beseitigt worden.“ (BGH aaO)*

### IV. Ergebnis: Der Kl. hat keinen Anspruch auf die Zahlung weiteren Schadensersatzes.

(BGH in NJW 2014, 951; Beschluss vom 22.10.2013 – 3 StR 69/13)

Eine Verurteilung wegen vollendeter Hehlerei durch Absetzen setzt die Feststellung eines Absatzerfolgs voraus.

**Fall:** Der Angekl. bemühte sich im Einverständnis mit dem Zeugen B sowie in dessen Interesse selbstständig um den Verkauf mehrerer Gemälde im Gesamtwert von mindestens 1,5 Mio. Euro. Diese waren Jahre zuvor von Unbekannten aus dem Atelier-Magazin des Malers entwendet und von B in Kenntnis des Diebstahls entgegengenommen worden. Nach dem Tod des Malers hatte B den Angekl. damit beauftragt, einen Käufer für die Bilder zu suchen, und ihm 13 der Bilder überbracht. Der Angekl. hielt es für möglich, dass es sich bei B entgegen dessen Behauptung nicht um den Eigentümer der Bilder, sondern einen Hehler handelte. Dies war ihm aber vor allem wegen der versprochenen Provision in Höhe von 10 % des Verkaufserlöses gleichgültig. Im Rahmen seiner Bemühungen fertigte er Fotografien von den Werken und sprach verschiedene ihm bekannte Personen an, von denen er hoffte, dass sie ihm beim Verkauf dienlich sein könnten. Die Bemühungen des Angekl. hatten keinen Erfolg.

Der Angekl. könnte sich wegen **vollendeter Hehlerei in Form des Absetzens** strafbar gemacht haben.

Dies setzt das **Vorliegen eines Absatzerfolges** voraus. Bleiben die Absatzbemühungen des Täters ohne Erfolg, kommt nur eine Verurteilung wegen versuchter Hehlerei in Betracht.

I. Das **RG** hat wiederholt die Auffassung vertreten, dass für die Absatzhilfe der Eintritt eines Absatzerfolgs nicht erforderlich sei.

Zur **Begründung** hat das RG unter Hinweis auf die **damalige Fassung des § 253 StGB**, in der die Tathandlung – abweichend von der heutigen Fassung („absetzt oder absetzen hilft“) – mit „zu deren Absatze bei anderen mitwirkt“ beschrieben war, betont, dass danach nicht die Mitbewirkung des Absatzes, sondern die Mitwirkung zum Absatz unter Strafe gestellt sei. Ein weiteres Argument für das RG war die fehlende Strafbarkeit des Versuchs (RGSt 5, 241; RGSt 40, 199; RGSt 55, 58; RGSt 56, 191).

II. An dieser Rspr. hielt der **BGH** – trotz der mit Wirkung vom 15.06.1943 erfolgten Einführung der Versuchsstrafbarkeit – fest (BGHSt 2, 135 = NJW 1952, 515; BGH NJW 1955, 350).

1. Auch die **am 01.01.1975 in Kraft getretene Neufassung des § 259 StGB** mit der noch heute gültigen Formulierung „absetzt oder absetzen hilft“ durch Art. 19 Nr. 132 EGStGB führte zu keiner Rechtsprechungsänderung: Zwar entschied der 2. Strafsenat unter Bezugnahme auf den Wortlaut zunächst (NJW 1976, 1698), dass die Tathandlung des Absetzens nur bei Eintritt eines Absatzerfolgs vollendet sei.

Diese Rspr. gab er jedoch bereits wenige Monate später auf Anfrage des 4. Strafsenats wieder auf, der unter Verweis auf den „eindeutigen“ Gesetzgeberwillen an der bisherigen Auslegung festhielt (BGHSt 27, 45 = NJW 1977, 205).

2. Eine **Einschränkung dieser Rspr.** fand in der Folgezeit nur insoweit statt, als verlangt wurde, dass das Bemühen um Absatz geeignet sein müsse, die rechtswidrige Vermögenssituation aufrechtzuerhalten oder zu vertiefen, was bei einer Lieferung an einen verdeckten Ermittler bzw. an eine Vertrauensperson der Polizei nicht der Fall sei (BGHSt 43, 110 = NJW 1997, 2610 = NSTZ 1997, 493; BGH NSTZ-RR 2000, 266).

III. **An dieser st. Rspr. hält BGH aaO nicht mehr fest.**

1. Für die **Auslegung des Tatbestands der Hehlerei als Erfolgsdelikt** auch in den Fällen des Absetzens und der Absatzhilfe spricht der **Wortlaut der Vorschrift**.

*„Schon der **allgemeine Sprachgebrauch** unterscheidet zwischen dem erfolgreichen Absetzen und bloßen Absatzbemühungen: Im Verkehr unter Kaufleuten, aus dem der Begriff stammt, würde niemand davon sprechen, dass ein Händler Waren abgesetzt hat, wenn er sich nur vergeblich um den Verkauf bemüht hat. Von diesem Verständnis ging auch das RG aus, das den Verzicht auf den im Absatzbegriff enthaltenen Erfolg – wie dargelegt – allein aus der Handlungsformulierung des Mitwirkens herleitete (RGSt 5, 241).“ (BGH aaO)*

2. Zudem führt die bisherige Auslegung zu einem **systematischen Bruch zwischen den Tathandlungsalternativen des Absetzens und der Absatzhilfe einerseits sowie des Ankaufens und des sonstigen sich Verschaffens andererseits**, wenn nur bei Letzteren zur Vollendung – wie es einhelliger Auffassung entspricht – der Übergang der Verfügungsgewalt verlangt wird.

*„Wie wenig sachgerecht dieser systematische Bruch ist, wird besonders deutlich beim Blick auf die Konsequenzen für die Absatzhilfe: Diese ist vor allem deshalb als eigenständige, täterschaftliche Tatbestandsalternative ausgestaltet, weil die Absatzbemühungen des Vortäters ihrerseits § 259 StGB nicht unterfallen, mithin keine taugliche Vortat darstellen können. Kommt jedoch dem Absatzhelfer im Vergleich zum Gehilfen des Ankäufers schon die zwingende Strafrahmenschiebung des § 27 II 2 StGB nicht zugute, sollte dies nicht noch dadurch verstärkt werden, dass ihm die Möglichkeit einer solchen nach § 23 II StGB zusätzlich genommen wird (so auch Küper JuS 1979, 633).*

*Dem Argument aus der systematischen Auslegung kann nicht überzeugend entgegengehalten werden, die einzelnen Stadien der auf Absatz zielenden Tätigkeiten – Vorbereitung, Versuch, Vollendung – seien anders als beim Sichverschaffen einer klaren Abgrenzung nicht zugänglich (vgl. hierzu Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT II, 35. Aufl., Rn 864). Denn gerade durch das Erfordernis eines Absatzerfolgs wird eine klare Grenze zwischen den Stadien vor und nach Vollendung geschaffen. Die bisherige Rspr. lässt demgegenüber – systemwidrig – die Versuchsstrafbarkeit im Bereich des Absetzens und der Absatzhilfe weitestgehend leerlaufen. Ihr Anliegen ist es, befürchtete Strafbarkeitslücken zu vermeiden, die bei einem Abstellen auf einen Absatzerfolg entstehen könnten (so ausdr. Wessels/Hillenkamp, Rn 864), und die deswegen als besonders misslich angesehen werden, weil die Hehlerei in Form des Absetzens durch das Schaffen von Anreizen zur Begehung von (weiteren) Diebstahlstaten als besonders gefährlich gelten müsse (in diese Richtung Rosenau NStZ 1999, 352). Solche Lücken entstehen indes nicht, weil, soweit der Täter zum Absetzen (oder der Absatzhilfe) unmittelbar angesetzt hat, die dann angemessene Versuchsstrafbarkeit zum Tragen kommt, und, sofern sie – etwa in Fällen des Rücktritts – entfällt, dies dem Willen des Gesetzes entspricht. Im Übrigen ist die Schließung von Strafbarkeitslücken nicht Sache der Rspr., sondern die der Gesetzgebung.“ (BGH aaO)*

3. Das Verständnis des Absetzens als Erfolgsdelikt verdient schließlich auch bei **teleologischer Auslegung** den Vorzug.

*„Denn wenn das Wesen der Hehlerei in der Aufrechterhaltung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage besteht, „die durch das Weiterschieben der durch die Vortat erlangten Sache im Einverständnis mit dem Vortäter erreicht wird“ (BT-Drs. 7/550, 252, sog. Perpetuierungstheorie), liegt die Annahme von Vollendung fern, wenn diese Weiterschiebung noch nicht abgeschlossen ist (so auch Küper JuS 1979, 633). Dies stellt keinen Rückfall in das Verständnis der Hehlerei als Restitutionsvereitelungsdelikt dar (so aber Rosenau NStZ 1999, 352), sondern berücksichtigt, dass der Absetzende im Lager des Vortäters steht (Zieschang, GS Schlüchter, 403).“ (BGH aaO)*

4. Der beabsichtigten Auslegung steht schließlich auch der **Wille des Gesetzgebers** nicht entgegen.

*„Soweit es in der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum EGStGB vom 11.05.1973 heißt, die Änderung diene „nur der Klarstellung, dass Hehler auch derjenige ist, der die Sache zwar im Einverständnis mit dem Vortäter, aber sonst völlig selbstständig auf dessen Rechnung absetzt“ (BT-Drs. 7/550, 253), folgt daraus zwar, dass eine Änderung der Rechtslage mit der Neuformulierung nicht beabsichtigt war. Es ist jedoch nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber die bisherige Auslegung durch die Rspr., die sich von Beginn an systematischer und teleologischer Kritik ausgesetzt sah, festschreiben wollte (vgl. Zieschang, GS Schlüchter, 403).“ (BGH aaO)*

(BGH in NJW 2014, 871; Beschluss vom 28.01.2014 – 4 StR 528/13)

1. Handlungen, die nach der rechtlichen Vollendung einer (schweren) räuberischen Erpressung, aber vor deren tatsächlichen Beendigung vorgenommen werden, begründen **Tateinheit**, wenn sie der **Verwirklichung der tatbestandsmäßig vorausgesetzten Absicht** dienen.
2. Das **tateinheitliche Zusammentreffen mehrerer Delikte mit einer einheitlichen Urkundenfälschung** kann die **Verklammerung sämtlicher Gesetzesverstöße zu einer Tat** im materiell-rechtlichen Sinne bewirken; der **höhere Unrechtsgehalt eines der** von der Zusammenfassung **betroffenen Delikte** im Verhältnis zu dem die Verbindung begründenden Delikt **schließt eine Verklammerung nicht aus**.

#### A. Grundlagenwissen: Tateinheit und Tatmehrheit, §§ 52 ff StGB

- I. Die **§§ 52 ff. StGB** sind vor allem **für die Strafenbildung von Bedeutung**. Grds. gibt es drei Möglichkeiten:
  - Die sog. **Gesetzeseinheit** (= Gesetzeskonkurrenz) stellt die engste Beziehung zwischen mehreren erfüllten Strafgesetzen dar und führt dazu, dass das „unterliegende“ Strafgesetz vollständig verdrängt wird und auch im Tenor des Strafurteils nicht mehr in Erscheinung tritt.
  - **Tateinheit** i. S. des § 52 StGB ist dann gegeben, wenn dieselbe Handlung mehrere Straftatbestände oder denselben Straftatbestand mehrmals verletzt. Sind mehrere – verschiedene – Straftatbestände verletzt, wird die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht (sog. Absorption).
  - **Tatmehrheit** (= Realkonkurrenz, §§ 53ff. StGB) ist ebenfalls wie die Tateinheit ein Fall der sog. Gesetzesmehrheit, da mehrere Delikte nebeneinander zur Anwendung kommen. Hier gilt das Prinzip der sog. Asperation, wobei eine Gesamtstrafenbildung erfolgt, indem zunächst für jedes tatemehrheitliche Delikt Einzelstrafen gebildet werden und sodann die höchste Einzelstrafe um die anderen maßvoll erhöht wird, ohne dass jedoch die Summe der Einzelstrafen erreicht werden darf.
- II. Die **Abgrenzung der Tateinheit zur Tatmehrheit** ist in der Lehre entwickelt worden: Dauerdelikte und mehraktige wie zusammengesetzte Delikte stellen danach i. d. R. nur einen Straftatbestand dar. Wird der Unrechtserfolg in derselben Tatsituation unselbstständig intensiviert, liegt nur ein Straftatbestand vor. Tateinheit ist in diesen Fällen daher nicht anzunehmen.

Auf der zweiten Stufe ist daher zu fragen, ob überhaupt eine Handlungseinheit vorliegt. Dabei ist der Begriff der Handlungseinheit weit zu verstehen. Die Handlung im natürlichen Sinn ergibt sich daraus, dass aufgrund eines Willensentschlusses eine körperliche Bewegung anschließt. Bei der natürlichen Handlungseinheit ist ein enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang bei mehreren gleichartigen Begehungsweisen, die gegen höchstpersönliche Rechtsgüter gerichtet sind, gegeben. Die rechtliche Handlungseinheit ergibt sich bei der Verbindung von mehraktigen Delikten, bei gleichzeitiger Begehung von Dauerdelikten sowie durch die Klammerwirkung verschiedener Deliktstypen.

#### B. Tateinheit bei Urkundenfälschung und Nutzung eines mit falschen amtlichen Kennzeichen versehenen Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr (BGH in NJW 2014, 871)

**Fall:** Der Angekl. wollte einen Banküberfall zu begehen. Zur Verwirklichung seines Tatvorhabens entwendete er die amtlichen Kennzeichen eines geparkten Pkw und brachte diese an seinem nicht zugelassenen Fahrzeug an. Mit dem so präparierten Fahrzeug fuhr der Angekl. zur Filiale der Raiffeisenbank in B., wo er unter Vorhalt einer nicht ausschließbar ungeladenen Softair-Pistole die Übergabe von Bargeld in Höhe von 800 Euro erzwang. Anschließend verließ er die Bankfiliale, stieg in sein unmittelbar vor dem Gebäude abgestelltes Fahrzeug und flüchtete vom Tatort.

Als er im Zuge der eingeleiteten Fahndung von der Besatzung eines Polizeifahrzeugs auf der Bundesautobahn A 3 gesichtet wurde, setzte er, um sich der Verfolgung durch die Polizei zu entziehen, seine Fahrt mit hoher Geschwindigkeit fort, bis er auf der Bundesstraße B 505 im Bereich einer unübersichtlichen Baustelle auf Grund stark überhöhter Geschwindigkeit auf die Gegenfahrbahn geriet und frontal mit der Zugmaschine eines Sattelzugs kollidierte. Infolge des Unfalls erlitt der Angekl. lebensgefährliche Verbrennungen, die dauerhafte gesundheitliche Beeinträchtigungen und Entstellungen zur Folge haben.

- I. In der **Nutzung des mit falschen amtlichen Kennzeichen versehenen Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr**, durch die den anderen Verkehrsteilnehmern die unmittelbare Kenntnisnahme der am Fahrzeug angebrachten Kennzeichen ermöglicht wurde (vgl. BGHSt 36, 64 = NJW 1989, 1099 = NStZ 1989, 178), liegt ein **einheitliches Gebrauchmachen von einer unechten zusammengesetzten Urkunde** i. S. des § 267 I Var. 3 StGB (vgl. BGHSt 18, 66 = NJW 1963, 212; RGSt 72, 369), das nicht nur die Fahrten zu und von der Bankfiliale, sondern auch das kurzzeitige Abstellen des Fahrzeugs vor dem Bankgebäude umfasste.

Da diese Nutzung des Fahrzeugs dem vom Angekl. bereits beim Anbringen der falschen Kennzeichen verfolgten Tatvorhaben entsprach, bilden das durch das Anbringen der Kennzeichen verwirklichte **Herstellen der unechten Urkunde und deren nachfolgender Gebrauch** als **tatbestandliche Handlungseinheit** eine Tat der Urkundenfälschung nach § 267 I StGB (vgl. BGHSt 53, 34 = NJW 2009, 1518 = NStZ 2009, 387 = StV 2009, 589 [590]).

- II. Die Urkundenfälschung steht nicht nur mit der vorsätzlichen Straßenverkehrsgefährdung sowie im Wege der **natürlichen Handlungseinheit** mit dem Diebstahl der Kennzeichen, sondern auch mit der schweren räuberischen Erpressung in Tateinheit.

*„Die schwere räuberische Erpressung war, als der Angekl. mit seinem unmittelbar vor dem Bankgebäude abgestellten Fahrzeug die Flucht antrat, vollendet, aber nicht beendet, weil der Angekl. bis dahin noch keinen gesicherten Gewahrsam an der erpressten Tatbeute erlangt hatte. Die anschließende Fahrt mit am Fahrzeug angebrachten falschen amtlichen Kennzeichen zielte gerade auch auf die Sicherung der Beute ab. Handlungen, die nach der rechtlichen Vollendung einer (schweren) räuberischen Erpressung, aber vor deren tatsächlichen Beendigung vorgenommen werden, begründen nach der Rspr. des BGH Tateinheit, wenn sie der Verwirklichung der tatbestandsmäßig vorausgesetzten Absicht dienen und zugleich weitere Strafgesetze verletzen (vgl. BGH NStZ 2004, 329; BGHSt 26, 24 = NJW 1975, 320).“ (BGH aaO)*

- III. Das jeweils tateinheitliche Zusammentreffen der übrigen Delikte mit der einheitlichen Urkundenfälschung hat schließlich zur Folge, dass **sämtliche Gesetzesverstöße zu einer Tat im materiell-rechtlichen Sinne verklammert** werden (vgl. LK-StGB/Rissing-van Saan, 12. Aufl., § 52 Rn 28 ff. m. w. Nachw.).

Dass **eines der von der Zusammenfassung betroffenen Delikte** – die schwere räuberische Erpressung – einen **höheren Unrechtsgehalt** als das die Verbindung begründende Delikt – die Urkundenfälschung – aufweist, **steht einer Verklammerung nicht entgegen** (st. Rspr., vgl. nur BGH NStZ 2013, 158; BGH NStZ 1993, 39; BGHSt 31, 29 = NJW 1982, 2080).

GG

**Durchsuchung der Wohnung eines Dritten**

GG

Art. 13

**Rechtswidrigkeit bei Fehlen einer richterlichen Anordnung**

(VerfGH Berlin in NJW 2014, 682; Beschluss vom 13.11.2013 – VerfGH 24/11)

1. Die Durchsuchung der **Wohnung eines Dritten** allein auf der Grundlage einer ihn nicht betreffenden strafrechtlichen Verurteilung verletzt das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Wohnraums aus Art. 13 GG. Hierfür bedarf es **grundsätzlich der richterlichen Anordnung** gegenüber dem Inhaber des Wohnraums.
2. Der Richtervorbehalt für die Durchsuchung einer Wohnung ist nur gewahrt, wenn die **richterliche Anordnung gegenüber dem Wohnungsinhaber** oder bei mehreren Berechtigten zumindest gegenüber einem von ihnen ergeht.
3. Die Annahme, die strafgerichtliche Verurteilung könne dem Richtervorbehalt für Durchsuchungen genügen, erscheint angesichts der Rechtsprechung des BVerfG zur zivilprozessualen Zwangsvollstreckung und zum Vollstreckungsverfahren im Abgabenrecht schon im Ansatz bedenklich.

**Fall:** Der Bf. wandte sich gegen gerichtliche Entscheidungen, mit denen sein Antrag, die Rechtswidrigkeit der Durchsuchung seiner Wohnung durch die Polizei festzustellen, zurückgewiesen wurde. Der Bf. hatte einen Untermieter, K, der sich unter seiner Adresse amtlich gemeldet hatte. Im Sommer des Jahres 2008 zog K aus der Wohnung des Bf. aus. Im Januar 2009 wurde K aus dem Melderegister mit unbekanntem Verbleib abgemeldet. Im Sommer 2008 verurteilte das AG den K durch rechtskräftigen Strafbefehl zu einer Geldstrafe. Mit Beschluss vom 18.02.2009 bildete das AG unter Einbeziehung einer früheren Verurteilung eine Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen gegen K, die er nicht vollständig beglich. Im Mai 2009 erließ die StA gegen ihn Haftbefehl zur Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe von 95 Tagen. Am frühen Morgen des 28.07.2009 klingelten zwei Polizeibeamte an der Wohnungstür des Bf. Weder Briefkasten noch Klingel trugen noch einen Hinweis auf den Namen des Verurteilten. Nachdem der Bf. geöffnet hatte, drängten die Polizisten diesen zurück in die Wohnung und drückten ihn dort kurzzeitig gegen die Wand. Sie durchsuchten die Wohnung erfolglos nach K, der einige Tage später in einer anderen Wohnung festgenommen wurde, die er mit seiner Lebensgefährtin und dem gemeinsamen Kind bewohnte. Ist der Bf. in seinem Grundrecht aus Art. 13 GG verletzt?

Die Durchsuchung der Wohnung des Bf. verletzt dessen Grundrecht aus Art. 13 GG, wenn ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung ein Eingriff in den Schutzbereich erfolgt ist.

**I. Schutzbereich**

Zunächst müsste der Schutzbereich des Art. 13 GG einschlägig sein.

**1. persönlicher Schutzbereich**

Art.13 Abs.1 GG erfasst vom persönlichen Schutzbereich jede natürliche Person und damit auch den Bf.

**2. sachlicher Schutzbereich**

Als Wohnung im Sinne des Art.13 I GG sind alle Räume einzustufen, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch eine räumliche Abschottung entzogen und zur Stätte privaten Lebens und Wirkens gemacht sind.

*„Mit diesem Grundrecht wird dem Einzelnen im Hinblick auf seine Menschenwürde und im Interesse der freien Entfaltung der Persönlichkeit ein **elementarer Lebensraum** gewährleistet (vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 42, 212 [219] = NJW 1976, 1735).“* (VerfGH Berlin aaO)

Die Wohnung des Bf. fällt daher ohne weiteres in den sachlichen Schutzbereich des Art. 13 GG.

**II. Eingriff**

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

*„In diese **grundrechtlich geschützte persönliche Lebenssphäre** greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein (VerfGH Berlin, Beschl. v. 11.02.1999 – VerfGH 25/97, 25 A/97, 60/97, BeckRS 1999, 17886; Beschl. v. 12.12.2003 – VerfGH 86/03, 86 A/03, BeckRS 2003, 18836 Rn. 24; Beschl. v. 20.03.2007 – VerfGH 201/04, BeckRS 2007, 33158 Rn. 15; vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 51, 97 [107] = NJW 1979, VerfGH Berlin: Rechtswidrige Durchsuchung einer Wohnung ohne richterliche Anordnung( NJW 2014, 682) 1539; BVerfGE 96, 27 [40] = NJW 1997, 2163).“* (VerfGH Berlin aaO)

### III. Rechtfertigung

Der Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein.

#### 1. Art des Eingriffs

Da Art. 13 GG verschiedene Ansätze für die Rechtfertigung von Eingriffen vorsieht, ist zunächst festzustellen, um welche Art von Eingriff es sich handelt.

Es könnte sich um eine Durchsuchung nach Art. 13 II GG handeln. Durchsuchung ist das gezielte Suchen nach Personen oder Sachen. Hier geht es den Polizeibeamten darum, die Wohnung des Bf. zu betreten, um den K zu finden. Es liegt daher von der Art des Eingriffs her eine Durchsuchung nach Art. 13 II GG vor.

#### 2. Beschränkbarkeit

Durchsuchungen sind zulässig, wenn sie in einem förmlichen Gesetz vorgesehen sind, welches die vorherige Entscheidung eines Richters anordnet, sofern nicht Gefahr in Verzug vorliegt. Art. 13 GG steht daher für Durchsuchungen unter einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt.

Die Durchsuchung von Wohnungen im Zusammenhang mit der Ergreifung von Beschuldigten in §§ 102 ff. StPO geregelt. Für die Durchsuchung von Wohnungen Dritter ist insofern § 103 StPO einschlägig. Hierbei handelt es sich um ein förmliches Gesetz, das grundsätzlich geeignet ist, das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung zu beschränken. In § 105 StPO ist zudem der Grundsatz der vorherigen richterlichen Entscheidung geregelt, so dass die Vorschriften der §§ 102 ff. StPO den Anforderungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts entsprechen und somit zur Rechtfertigung der Durchsuchung grundsätzlich tauglich sind.

#### 3. Grenzen der Beschränkbarkeit

Ein Eingriff in Art. 13 GG ist trotz grundsätzlicher Zulässigkeit einer Durchsuchung nach Art. 13 II GG aber nicht ohne jede Grenze möglich. So muss das die Einschränkung zulassende Gesetz ebenso wie die Anwendung im Einzelfall den Anforderungen entsprechen.

##### a) Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Von der Verfassungsmäßigkeit der §§ 102 ff. StPO kann ausgegangen werden.

##### b) Verfassungsmäßigkeit der Einzelmaßnahme

Aber auch die Einzelmaßnahme muss verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen.

##### aa) Besondere Verfahrensvorgaben

Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung steht nach Art. 13 II GG unter Richtervorbehalt.

##### (1) Vorgaben des Richtervorbehalts

So sieht auch § 105 StPO vor, dass Durchsuchungen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden dürfen. Durchsuchungen nach § 103 I 2 StPO hingegen ordnet der Richter an; die Staatsanwaltschaft ist hierzu befugt, wenn Gefahr im Verzug ist.

*„Der Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz ab (vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 57, 346 [355 f.] = NJW 1981, 2111; BVerfGE 76, 83 [91] = NJW 1987, 2499). Der Richter muss die beabsichtigte Maßnahme eigenverantwortlich prüfen; er muss dafür Sorge tragen, dass die sich aus der Verfassung und dem einfachen Recht ergebenden Voraussetzungen der Durchsuchung beachtet werden (vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 9, 89 [97] = NJW 1959, 427; BVerfGE 57, 346 [355 f.] = NJW 1981, 2111; BVerfGE 103, 142 [151] = NJW 2001, 1121). Insgesamt dient der Richtervorbehalt der verstärkten Sicherung des Grundrechts (vgl. zum Bundesrecht BVerfGE 57, 346 [355] = NJW 1981, 2111). Auf Grund des eindeutigen verfassungsrechtlichen Gebots einer richterlichen Anordnung dürfen auch Effizienzgesichtspunkte wie*

etwa die richterliche Arbeitsbelastung keine Rolle spielen (BVerfGE 51, 97 [113 f.] = NJW 1979, 1539).“ (VerfGH Berlin aaO)

## (2) Einhaltung des Richtervorbehalts

Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall die Vorgaben des Richtervorbehalts eingehalten wurden.

### (a) Haftbefehl

Die notwendige richterliche Entscheidung könnte hier in dem gegen K ergangenen Haftbefehl gesehen werden.

„Der **Haftbefehl** war **von der Vollstreckungsbehörde** und nicht vom Gericht ausgestellt worden und kann schon deshalb keine richterliche Grundlage für die vom Bf. beanstandete Maßnahme darstellen.“ (VerfGH Berlin aaO)

### (b) Strafrechtliche Verurteilung des K

Allerdings könnte die strafrechtliche Verurteilung des K die Durchsuchung der Wohnung rechtfertigen.

„Die Annahme, die **Verurteilung zu einer Geldstrafe** könne dem **Richtervorbehalt für Durchsuchungen** genügen, erscheint angesichts der Rechtsprechung des BVerfG zur zivilprozessualen Zwangsvollstreckung (BVerfGE 51, 97 [106] = NJW 1979, 1539; BVerfGE 76, 83 [89] = NJW 1987, 2499) und zum Vollstreckungsverfahren im Abgaberecht (BVerfGE 57, 346 [355 ff.] = NJW 1981, 2111) schon im Ansatz bedenklich (m.w.N.). Dies bedarf vorliegend keiner abschließenden Prüfung.

Die **strafrechtliche Verurteilung des K** und der gegen ihn gerichtete Gesamtstrafenbeschluss können nämlich jedenfalls keine Durchsuchung der Wohnung des Bf. ohne richterliche Anordnung rechtfertigen. Der Richtervorbehalt ist nur gewahrt, wenn die richterliche **Anordnung gegenüber dem Wohnungsinhaber** bzw. bei mehreren Berechtigten zumindest gegenüber einem von ihnen ergeht (Kunig in v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 13 Rn. 30; Herdegen in BK-GG, Stand: Okt. 1993, Art. 13 Rn. 58). K wohnte aber zum Zeitpunkt der Durchsuchung nicht mehr beim Bf. **Für Durchsuchungen bei Dritten wird heute nicht mehr vertreten, die Verurteilung könne als richterliche Anordnung auch ihnen gegenüber genügen** (s. OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.02.2008 – III-5 Ss 203/07, 93/07 I, BeckRS 2008, 08329; Schäfer in Löwe-Rosenberg, § 105 Rn. 10; Nack in KK-StPO, 3. Aufl. § 105 Rn. 4; Hegmann in Graf, § 105 Rn. 3; Gercke in HK-StPO, § 105 Rn. 9 f.; Wohlers in SK-StPO, § 105 Rn. 8; Meyer-Goßner/Schmitt, § 105 Rn. 6; anders noch Kaiser, NJW 1980, 875 [876], gegen ihn Benfer, NJW 1980, 1611 (1612)). Auch die Hinweise des LG auf die melderechtliche Situation des K bis Januar 2009 und die erwähnten Anhaltspunkte dafür, der Verurteilte habe sich weiter beim Bf. aufgehalten, können die Einhaltung des Richtervorbehalts nicht entbehrlich machen. Insoweit hat das LG als Rechtsgrundlage der Durchsuchung §§ 457 III, 103 StPO und nicht §§ 457 III, 102 StPO genannt, ist also selbst davon ausgegangen, dass die Durchsuchung bei einer anderen Person i.S.d. § 103 StPO stattgefunden hat.“ (VerfGH Berlin aaO)

### (c) Gefahr in Verzug

Mangels richterlicher Anordnung kann die durchgeführte Durchsuchung allenfalls unter dem Gesichtspunkt von Gefahr in Verzug gerechtfertigt sein.

Bei einer Durchsuchung nach § 103 StPO sieht § 105 I 2 StPO allerdings vor, dass bei Gefahr in Verzug lediglich die Staatsanwaltschaft anordnungsbefugt ist, nicht jedoch die Ermittlungspersonen. Unabhängig von der wohl abzulehnenden Frage, ob bei der Suche nach einem Straftäter, der zu einer Geldstrafe verurteilt ist, in der vorliegenden Situation die Annahme von Gefahr in Verzug überhaupt in Betracht kommt, scheidet eine Rechtfertigung von vornherein aus, dass eine Anordnung durch die Staatsanwaltschaft jedenfalls nicht erfolgt ist.

## bb) Ergebnis

Die Durchsuchung entsprach nicht den Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage und verletzt den Bef. in seinem Grundrecht aus Art. 13 GG.

(VGH Mannheim in VBIBW 2014, 56; Urteil vom 25.07.2013 – 1 S 733/13)

- 1 Für das Vorliegen einer **Anscheinsgefahr** ist es entscheidend, ob der handelnde Beamte aus der **ex-ante-Sicht** mit Blick auf die ihm tatsächlich zur Verfügung stehenden Informationen aufgrund hinreichender Anhaltspunkte vom Vorliegen einer Gefahr ausgehen konnte und diese **Prognose dem Urteil eines fähigen, besonnenen und sachkundigen Amtswalters** entspricht. Dabei muss er das Vorliegen einer **Gefahr für sicher halten**.
2. Von der Anscheinsgefahr zu unterscheiden ist der **Gefahrenverdacht**. Im Fall eines Gefahrenverdachts hält die Polizei aufgrund objektiver Umstände das **Vorhandensein der Gefahr zwar für möglich, nicht aber für sicher**.
3. Es ist grundsätzlich möglich, denjenigen, der bei Vorliegen eines Gefahrenverdachts die den **Verdacht begründenden Umstände zurechenbar veranlasst** und zu verantworten hat, in gleicher Weise wie den Anscheinsstörer zu den **Kosten des Polizeieinsatzes** heranzuziehen.
4. Die Begriffe der **missbräuchlichen Veranlassung von Polizeieinsätzen** sowie der **Vortäuschung einer Gefahrenlage** setzen auf der subjektiven Seite für die Kostenhaftung zumindest ein bedingt vorsätzliches Handeln des Veranlassers voraus.

**Fall:** Der Kläger wendet sich gegen seine Heranziehung zu den Kosten eines Polizeieinsatzes.

Am Freitag, den 20.05.2011, lieferte die Firma ... bei der Poststelle der Firma ..., ein 60 x 40 x 30 cm großes Paket ein. Das in einer außen angebrachten Plastikhülle eingelegte Begleitschreiben ließ als Adresse erkennen: „Firma ... - Personalbüro - z. Hd. Frau ... PERSÖNLICH, ...-Str. 1, D-...“. Die Adressatin erhielt das Paket am Montag, den 23.05.2011, in ihr Büro gestellt. Beim Öffnen des Begleitschreibens stellte sie fest, dass dieses mit dem Briefkopf „United Arab Emirates“ nebst Anschrift „...straße ..., B.“ und Staatswappen (in schwarz-weiß) versehen war. Nach Ort und Datumsanzeige rechts oben („B., den 19.05.2011“) folgte mittig und in Fettschrift die Bezeichnung „Bill of Lading“ und sodann der Text: „Dear Mrs. ..., you receive important and secret documents best regards“, sodann eine handschriftliche Unterschrift, darunter „A. M., Consul“. Der hiervon unterrichtete Sicherheitsbeauftragte der Firma ... erkundigte sich bei der Botschaft der Vereinigten Arabischen Emirate in B. und erfuhr, dass von dort ein solches Paket nicht versandt worden war. Gegen 10:50 Uhr unterrichtete er das Polizeirevier ... Der bereits geräumte Gebäudeflügel, in dem sich das Paket weiterhin befand, wurde unter Freihaltung von Not- und Rettungswegen abgesperrt.

Gegen 13:02 Uhr trafen per Hubschrauber aus Stuttgart zwei von der Landespolizeidirektion F. angeforderte Delaborierer des Landeskriminalamts ein. Diese öffneten gegen 13:25 Uhr das Paket und stellten fest, dass sich darin Verpackungsmaterial, Zeitschriften, ein weißer Teller und eine handschriftliche Mitteilung: „Gruß Klaus“ befanden. In der Zwischenzeit war über die mutmaßliche Anschlagsgefahr aufgrund eines Hinweises an die örtliche Zeitung auch in den Medien berichtet worden.

Im Laufe des Nachmittags meldete sich der Kläger bei der Adressatin des Pakets und offenbarte sich als Absender. Bei seiner polizeilichen Befragung äußerte er, dass er wohl eine große Dummheit mit ungeahnten Folgen verursacht habe. Bei seiner polizeilichen Vernehmung als Beschuldigter (einer Urkundenfälschung) gab er an, er habe sich einen Spaß machen wollen, indem er der Adressatin einen vor längerer Zeit erhaltenen Dessertteller wieder habe zukommen lassen wollen. Ein solcher Spaß habe bei der Adressatin schon einmal funktioniert. An die Folgen habe er nicht gedacht, zumal er das Paket an die Empfängerin persönlich adressiert habe.

Das gegen den Kläger geführte Ermittlungsverfahren wegen Urkundenfälschung stellte die Staatsanwaltschaft F. gemäß § 153 Abs. 1 StPO ein.

Mit Gebührenbescheid vom 31.01.2012 zog die Polizeidirektion ... den Kläger wegen missbräuchlicher Veranlassung des Polizeieinsatzes bzw. Vortäuschens einer Gefahrenlage zu einer Gebühr von insgesamt 3.690,00 EUR heran (48,00 EUR je angefangener Stunde und je eingesetztem Beamten sowie 250,00 EUR je Viertelstunde für den Einsatz eines Polizeihubschraubers). Zu Recht?

Der Gebührenbescheid ist rechtmäßig, wenn eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage vorliegt und der Bescheid formell sowie materiell die rechtlichen Vorgaben einhält.

### I. Ermächtigungsgrundlage

„Als **Rechtsgrundlage** für die angefochtenen Bescheide kommen in Ermangelung eines speziellen Polizeikostenrechts **nur gebührenrechtliche Vorschriften** in Betracht, weil keine der wenigen speziellen Kostenvorschriften des Polizeigesetzes (vgl. §§ 8 Abs. 2, 34 Abs. 4, 57 PolG BW, § 84 I 4 PolGBW i.V.m. § 3 I 3 und III. 3 DVO PolG BW) einschlägig ist.“ (VGH Mannheim aaO)

§ 4 I LGebG BW sieht vor, dass die Behörden, die eine öffentliche Leistung erbringen, für **individuell zurechenbare** öffentliche Leistungen Gebühren und Auslagen festsetzen.

„Eine öffentliche Leistung ist **behördliches Handeln** (Begriffsbestimmung in § 2 II 1 LGebG BW). Individuell zurechenbar ist eine öffentliche Leistung, wenn sie im Interesse des Einzelnen erbracht wird; insbesondere gehört dazu auch die **verantwortliche Veranlassung einer öffentlichen Leistung** (so die Begriffsbestimmung in § 2 III LGebG BW).

Die obersten Landesbehörden setzen nach § 4 II LGebG BW für ihren Geschäftsbereich die gebührenpflichtigen Tatbestände und die Höhe der Gebühren **durch Rechtsverordnung** fest. Nur soweit dies geschehen ist, kann eine Gebührenpflicht entstehen.

„Allein **mit der individuellen Zurechenbarkeit** einer Leistung kann die **Gebührenpflicht nicht begründet werden**; dies galt im Übrigen im Polizeirecht aufgrund des Grundsatzes der Kostenfreiheit polizeilichen Handelns (vgl. dazu Zeitler/Trurnit, Polizeirecht für Baden-Württemberg, 2. Aufl., Rn. 923; Wolf/Stephan/Deger, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Kommentar, 6. Aufl., § 82 Rn. 6; Sailer, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, N 24) schon vor Inkrafttreten des neuen Landesgebührengesetzes (vgl. Württemberg/Heckmann/Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5. Aufl., Rn. 885, 899 m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO)

Für Leistungen des Polizeivollzugsdienstes gilt insoweit die Verordnung des Innenministeriums über die Festsetzung der Gebührensätze für öffentliche Leistungen der staatlichen Behörden für den Geschäftsbereich des Innenministeriums (GebVO IM BW).

„Nach § 2 II der derzeit geltenden Gebührenverordnung vom 12.07.2011 (GBl. S. 404) ist vorliegend die gemäß § 2 I 2 außer Kraft getretene Gebührenverordnung vom 26.09.2006 (GBl. S. 300) in der Fassung der Änderung vom 10.10.2008 (GBl. S. 402) anzuwenden, weil der der Gebührenerhebung zugrunde liegende Polizeieinsatz am 23.05.2011 stattfand und die zu diesem Zeitpunkt geltende Gebührenregelung hinsichtlich der Kostenhöhe für den Kläger günstiger ist.“ (VGH Mannheim aaO)

Die betreffende Gebührenverordnung sieht in Nr. 15.8 GebVerz vor, dass für eine **missbräuchliche Veranlassung von Polizeieinsätzen**, insbesondere eine missbräuchliche Alarmierung oder eine **Vortäuschung einer Gefahrenlage, je angefangene Stunde und je Beamter 48,00 €** anfallen, für den Einsatz eines Polizeihubschraubers je Viertelstunde 250,00 EUR (vgl. Nr. 15.11 GebVerz IM BW).

Dies kommt als Ermächtigungsgrundlage in Betracht.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheides

Hinsichtlich der Einhaltung der Zuständigkeits-, Form- und Verfahrensvorgaben bestehen keine Bedenken bezüglich der Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheides.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheides

Fraglich ist allerdings, ob die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen.

### 1. Missbräuchliche Veranlassung eines Polizeieinsatzes

Der Kläger könnte durch sein Verhalten einen Polizeieinsatz missbräuchlich veranlasst haben, insbesondere indem er eine Gefahrenlage vorgetäuscht hat.

#### a) objektive Voraussetzungen der Kostenhaftung

In objektiver Hinsicht verlangt Nr. 15.8 GebVerz IM einen tatsächlich nicht erforderlichen Polizeieinsatz, in der zweiten Fallalternative zudem eine – tatsächlich nicht bestehende – Gefahrenlage, d. h. eine Anscheinsgefahr.

„Für das Vorliegen einer **Anscheinsgefahr** ist es entscheidend, ob der handelnde Beamte aus der **ex-ante-Sicht** mit Blick auf die ihm tatsächlich zur Verfügung stehenden Informationen aufgrund hinreichender Anhaltspunkte vom Vorliegen einer Gefahr ausgehen konnte und diese **Prognose dem Urteil eines fähigen, besonnenen und sachkundigen Amtswalters entspricht** (Senatsurteil vom 07.12.2004 – 1 S 2218/03 – ESVGH 55, 153 = VBIBW 2005, 231 m.w.N.). Dabei muss er das Vorliegen einer **Gefahr für sicher halten** (Württemberg/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl., Rn. 424; Wolf/Stephan/Deger, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 6. Aufl., § 1 Rn. 34). Im Fall der Anscheinsgefahr **zweifelt die Polizei aufgrund der ihr vorliegenden Informationen nicht am tatsächlichen Vorliegen einer Gefahr**, obwohl schon zu diesem Zeitpunkt objektiv feststeht, dass eine solche nicht existiert (Denninger, in: Lisken/Denninger, aaO, D 48).“ (VGH Mannheim aaO)

Von der Anscheinsgefahr zu unterscheiden ist der Gefahrenverdacht. Im Fall eines Gefahrenverdachts hält die Polizei aufgrund objektiver Umstände das Vorhandensein der Gefahr zwar für möglich, nicht aber für sicher.

*„Beim Gefahrenverdacht sind die **Abwehrmaßnahmen vorrangig auf die Klärung der Gefahrensituation** zu richten. In besonderen Fällen, insbesondere bei einer möglichen unmittelbaren Gefahr für Leib und Leben, können die notwendigen Maßnahmen über die bloß vorläufige Klärung und Sicherung hinaus den Charakter endgültiger Gefahrenabwehr annehmen (Denninger, aaO D 48).*

*Der Senat kann offenlassen, ob – wie vom Beklagten und vom Verwaltungsgericht angenommen – eine Anscheinsgefahr oder lediglich ein Gefahrenverdacht vorlag. Denn es ist nicht erkennbar, dass die missbräuchliche Veranlassung eines Polizeieinsatzes in objektiver Hinsicht zwingend das Bestehen einer konkreten Gefahr voraussetzt. Vielmehr ist es **grundsätzlich möglich**, denjenigen, der bei Vorliegen eines **Gefahrenverdachts** die den **Verdacht begründenden Umstände zurechenbar veranlasst** und zu verantworten hat, in gleicher Weise wie den Anscheinsstörer zu den Kosten des Polizeieinsatzes heranzuziehen (vgl. VGH Bad.-Württ., Ur. v. 24.01.2012 – 10 S 1476/11 – ESVGH 62, 160 = NVwZ-RR 2012, 387). Auch wenn man keine Anscheinsgefahr, sondern lediglich einen Gefahrenverdacht bejaht, waren die handelnden Polizeibeamten entgegen der Auffassung des Klägers aufgrund der **ex ante zu Recht als möglich erachteten unmittelbaren Gefahr für Leib und Leben nicht gehalten, zunächst weitere Maßnahmen zur Gefahrerforschung**, etwa weitere Ermittlungen zum wahren Absender des verdächtigen Pakets, zu ergreifen. Angesichts des Ausmaßes der möglichen Gefahr ist es nicht zu beanstanden, dass die Beamten des Polizeireviers ... unmittelbar die Sprengstoffexperten des LKA angefordert haben.“ (VGH Mannheim aaO)*

Die objektiven Voraussetzungen für eine Kostenhaftung des Klägers liegen daher vor.

## b) subjektive Voraussetzungen der Kostenhaftung

Es müssten auch die subjektiven Voraussetzungen der Kostenhaftung vorliegen.

### aa) Bestimmung der subjektiven Voraussetzungen

Nr. 15.8 GebVerz BW selbst trifft keine ausdrückliche Regelung zu den subjektiven Voraussetzungen der Kostenhaftung.

*„Der **Wortlaut** von Nr. 15.8 GebVerz legt bereits nahe, dass der Ordnungsgeber mit der Verwendung der Begriffe „missbräuchlich“ bzw. „Täuschung“ sicherstellen wollte, dass eine Veranlassung eines Polizeieinsatzes erst dann gebührenpflichtig ist, wenn der Verursacher **absichtlich oder unbedingt oder jedenfalls bedingt vorsätzlich** gehandelt hat. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass er mit dem Gebührentatbestand auch unüberlegtes, in seiner Tragweite nicht erfasstes, insoweit fahrlässiges Handeln habe erfassen wollen.“*

*Entscheidend für die vom Senat vorgenommene **enge Auslegung** von Nr. 15.8 GebVerz IM spricht schließlich der **Grundsatz der Kostenfreiheit des Polizeihandelns**. Durchbrechungen dieses Grundsatzes sind grundsätzlich eng auszulegen; sie bedürfen einer **eindeutigen, unmissverständlichen, für den Bürger vorhersehbaren Rechtsgrundlage**. Dass der Tatbestand der Nr. 15.8 GebVerz IM auch bei Fahrlässigkeit erfüllt sein soll, erschließt sich aufgrund der gewählten Formulierungen gerade nicht. Es hätte regelungstechnisch nahegelegen, entweder die erforderliche Schuldform ausdrücklich zu benennen, wie dies etwa in § 34 I 1 Nr. 1 FwG geschehen ist (dort: **vorsätzliche oder grob fahrlässige Verursachung**) oder die Terminologie des Landesgebührengesetzes zu verwenden und von verantwortlicher Veranlassung zu sprechen (vgl. § 2 III 2 LGebG BW). Gerade die von der Terminologie des Landesgebührengesetzes abweichende Terminologie spricht für die Beschränkung auf vorsätzliches Handeln.“ (VGH Mannheim aaO)*

Die Regelung setzt daher zumindest ein **bedingt vorsätzliches Handeln des Verursachers** voraus. Es ist also erforderlich, dass der Verursacher durch sein Handeln das Hervorrufen einer Anscheinsgefahr oder eines Gefahrenverdachts entweder bezweckt (**Absicht**) oder als sicher erwartet (**direkter Vorsatz**) oder jedenfalls für möglich hält und billigend in Kauf nimmt bzw. sich damit abfindet (**bedingter Vorsatz**).

*„Damit ist auch der Hinweis des Beklagten auf die **Grundsätze der Kostenlast eines Anscheinsstörers** verfehlt. Denn Nr. 15.8 GebVerz folgt gerade nicht diesen Grundsätzen, sondern begründet eine Kostenerstattungspflicht für Störer und Anscheinsstörer nur nach Maßgabe der genannten einschränkenden Voraussetzungen. Demjenigen, der eine **Anscheinsgefahr veranlasst und zu verantworten hat, können (nur) die Vollstreckungskosten** bzw. die Kosten einer unmittelbaren Ausführung einer Maßnahme (und nicht etwa die gesamten Kosten eines Polizeieinsatzes) dann auferlegt werden, wenn ihm der Anschein der Gefahr zugerechnet werden kann, das heißt, wenn er die Anscheinsgefahr (mit) veranlasst und zu verantworten hat (VGH Bad.-*

Württ., Urt. v. 24.01.2012 - 10 S 1476/11 - ESVGH 60, 160 = NVwZ-RR 2012, 387= juris, Rn. 26; Urt. v. 17.03.2011 - 1 S 2513/10 - ESVGH 61, 198 = VBIBW 2011, 626 = juris, Rn. 35; jeweils m. w. N.; vgl. auch Württenberger u. a., *Polizeirecht Baden-Württemberg*, 5. Aufl., Rn. 915 unter Hinweis auf VG Berlin - 1 A 154/89 - NJW 1991, 2854). Für die Zurechenbarkeit einer Anscheinsstörung in diesem Sinne soll es etwa ausreichen, dass ein bei ex-post Sicht nicht polizeilich Verantwortlicher nichts gegen seine bei ex-ante Sicht gerechtfertigte polizeiliche Inanspruchnahme unternommen, insbesondere keine ihn entlastenden Umstände geltend gemacht hat. Ein **missbräuchliches Verhalten des Anscheinsstörers bedarf es insoweit nicht.** (VGH Mannheim aaO)

#### bb) Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen

Es kommt daher darauf an, ob ein vorsätzliches Handeln des Klägers angenommen werden kann. Eine Absicht oder der unbedingte Vorsatz der Erweckung einer Anscheinsgefahr oder eines Gefahrenverdachts durch die Versendung des Pakets lässt sich nicht feststellen. Fraglich ist, ob ein bedingter Vorsatz des Klägers angenommen werden kann.

*„Vor dem Hintergrund seines eigenen Erfahrungshorizonts und des von ihm in seinem Unternehmen praktizierten **sehr sorglosen Umgangs mit Paketen** unbekannter Herkunft nimmt der Senat dem Kläger ab, dass dieser die Möglichkeit, die Fa. ... oder die Adressatin selbst werde das Paket als verdächtig einstufen, nicht in Betracht gezogen hat. Er rechnete damit, dass das Paket die **Adressatin erreichen** würde, **ohne zuvor als verdächtig eingestuft** zu werden - was auch geschah - und ging davon aus, dass die Adressatin wegen des angegebenen Absenders stutzig werden und sich wundern würde. Hingegen hat der Senat nicht die Überzeugung gewinnen können, dass der Kläger damit rechnete, die Adressatin könne in dem Paket einen Sprengsatz vermuten. Angesichts der **allgemeinen Bedrohungslage** durch den internationalen Terrorismus, die auch dem Kläger nicht verborgen geblieben sein kann, neigt der Senat allerdings dazu, dass Verhalten des Klägers als **grob fahrlässig** zu bewerten. Dies führt jedoch nach Nr. 15.8 GebVerz IM nicht zu einer Kostenpflichtigkeit des Klägers als mittelbarem Veranlasser des Polizeieinsatzes.“* (VGH Mannheim aaO)

Auch ein bedingter Vorsatz kann dem Kläger nicht nachgewiesen werden. Die subjektiven Voraussetzungen der Kostenhaftung liegen daher nicht vor.

#### IV. Ergebnis

Die Beklagte kann vom Kläger keine Kostenerstattung für den Polizeieinsatz verlangen.

## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 249

### Schadensersatzanspruch Höhe der Sachverständigenkosten

BGB

(BGH in r+s 2014, 203; Urteil vom 06.11.2013 – 1 S 1640/12)

Ein **Geschädigter** muss **vor der Beauftragung eines Kfz-Sachverständigen keine Marktforschung betreiben**, um die Kosten eines Sachverständigengutachtens möglichst gering zu halten. Anders ist es nur dann, wenn er erkennen kann, dass dessen Honorarsätze die in der Branche üblichen Preise deutlich übersteigen.

„Wenn der Geschädigte die Höhe der für die Schadenbeseitigung aufzuwendenden Kosten beeinflussen kann, so ist er nach dem **Begriff des Schadens** und dem **Zweck des Schadenersatzes** wie auch nach dem letztlich auf § 242 BGB zurückgehenden **Rechtsgedanken des § 254 II 1 BGB** unter dem Gesichtspunkt der **Schadenminderungspflicht** gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren den wirtschaftlicheren Weg der Schadenbehebung zu wählen (vgl. BGHZ 115, 364 = r+s 92, 16). Das **Gebot zu wirtschaftlich vernünftiger Schadenbehebung** verlangt jedoch vom Geschädigten nicht, zu Gunsten des Schädigers zu sparen oder sich in jedem Fall so zu verhalten, als ob er den Schaden selbst zu tragen hätte (BGHZ 154, 395 = r+s 03, 303). Denn in letzterem Fall wird der Geschädigte nicht selten Verzicht üben oder Anstrengungen machen, die sich im Verhältnis zum Schädiger als überobligationsmäßig darstellen und die dieser daher vom Geschädigten nicht verlangen kann. Bei dem Bemühen um eine **wirtschaftlich vernünftige Objektivierung des Restitutionsbedarfs** darf auch im Rahmen von Abs. 2 Satz 1 des § 249 BGB nicht das Grundanliegen dieser Vorschrift aus den Augen verloren werden, dass nämlich dem Geschädigten bei voller Haftung des Schädigers ein möglichst vollständiger Schadenausgleich zukommen soll (vgl. Steffen NZV 91, 1; Steffen NJW 95, 2057). Deshalb ist bei der Prüfung, ob der Geschädigte den Aufwand zur Schadenbeseitigung in vernünftigen Grenzen gehalten hat, eine subjektbezogene Schadenbetrachtung anzustellen, d.h. Rücksicht auf die spezielle Situation des Geschädigten, insb. auf seine individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie auf die möglicherweise gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten zu nehmen (BGHZ 115, 375 = r+s 92, 15). Auch bei der Beauftragung eines Kfz-Sachverständigen darf sich der Geschädigte damit begnügen, den ihm in seiner Lage ohne weiteres erreichbaren Sachverständigen zu beauftragen. Er muss **nicht** zuvor eine **Marktforschung nach dem honorargünstigsten Sachverständigen betreiben**.“ (BGH aaO)

BGB  
§§ 634 ff., 281 II, 323 II

### Mängelbeseitigungsanspruch

BGB

Entbehrlichkeit einer Fristsetzung bei Verweigerung der Mängelbeseitigung

(OLG Düsseldorf in NJW 2014, 1115; Urteil vom 11.10.2013 – I-22 U 81/13)

An die **tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme einer endgültigen Erfüllungsverweigerung** durch den Auftragnehmer sind **strenge Anforderungen** zu stellen. Der Auftragnehmer muss eindeutig zum Ausdruck bringen, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen. Das Bemühen des Auftragnehmers um eine gütliche Einigung und eine damit verbundene „Gesprächsbereitschaft“ stehen der Annahme einer endgültigen Erfüllungsverweigerung regelmäßig entgegen.

„Eine endgültige Verweigerung der Nacherfüllung liegt nicht bereits ohne Weiteres in dem Bestreiten von Mängeln, denn das **Bestreiten von Mängeln ist prozessuales Recht des Unternehmers**. Dies gilt jedenfalls solange, wie seine Verteidigung – unter Berücksichtigung des versprochenen Werkerfolgs bzw. des konkreten Mangel Einwands – nicht „aus der Luft gegriffen“ ist bzw. dem Auftragnehmer deren Haltlosigkeit – etwa mit Hilfe eines Sachverständigen – einsichtig gemacht worden ist (vgl. OLG Koblenz NJW-RR 2009, 1067). Vielmehr müssen zu dem bloßen Bestreiten von Mängeln durch den Auftragnehmer weitere Umstände hinzutreten, insbesondere **muss der Auftragnehmer eindeutig zum Ausdruck bringen, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen** und es muss daher als ausgeschlossen erscheinen, dass er sich von einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung noch umstimmen lässt (vgl. zum Werkvertragsrecht BGH NJW-RR 1993, 882; Werner/Pastor, Rn 2108, 2182 ff. m. w. Nachw.; vgl. auch entsprechend zum Kaufrecht BVerfG NJW 1993, 254; BGH NJW 2011, 2872; BGH NJW-RR 2009, 667; BGH NJW 2006, 1195; BGHZ 104, 6 = NJW 1988, 1778; Palandt/Weidenkaff, § 439 Rn 16 m. w. Nachw.; Reinking/Eggert, Rn 945, 3529 ff. m. w. Nachw.).

Die Annahme einer ernsthaften und endgültigen (Nach-)Erfüllungsverweigerung seitens des Auftragnehmers setzt zudem regelmäßig voraus, dass der Auftraggeber ihn überhaupt zunächst mit dem notwendigen Inhalt (insbes. ohne unzulässige Bedingungen bzw. Einschränkungen) zur Nacherfüllung aufgefordert hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es grds. dem Unternehmer überlassen bleibt, in welchem Umfang und auf welche konkrete Weise er einen Baumangel beseitigen will. Da er das Risiko seiner Arbeit trägt und die Gewähr für den Werkerfolg hat, muss er grds. auch alleine entscheiden können, auf welche Weise er vom Auftraggeber behauptete Mangelerscheinungen und deren Ursachen dauerhaft beseitigen will. Ein Werkunternehmer muss sich daher nur ausnahmsweise, insbesondere wenn der **Grundsatz von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) dies erfordert (etwa im Falle zweifelsfrei unzureichender bzw. untauglicher Maßnahmen), im Rahmen der Vertragserfüllung bzw. -nacherfüllung Weisungen des Auftraggebers unterwerfen (vgl. Werner/Pastor, Rn 2091 m. w. Nachw.; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl. 2013, Rn 1337, 1348, jew. m. w. Nachw.).“ (OLG Düsseldorf aaO)

BGB  
§§ 812 I, 816 I, 818 II

### Besitzkondiktion Kein Wertersatzanspruch

BGB

(BGH in NJW 2014, 1095; Urteil vom 20.11.2013 – XII ZR 19/11)

Der **Bereicherungsanspruch** richtet sich nach § 812 I BGB primär auf die **Herausgabe des Erlangten**. Ein **Anspruch auf Wertersatz** gem. § 818 II BGB wegen Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten lässt sich auf die **Besitzkondiktion als Bereicherungsanspruch nicht stützen**.

„Dem **Besitz als solchem** kommt – neben aus der Sache gezogenen Nutzungen – **kein eigenständiger Wert** zu, der den Bestand des Besitzes überdauern oder bei Austauschgeschäften durch die erhaltene Gegenleistung ersetzt werden könnte. Die mit Hilfe fremden Geldes erworbenen Sachen verkörpern nicht den Wert des Besitzes, sondern des Eigentums (RGZ 98, 131; RGZ 115, 31; BGH NJW 1953, 58; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl., § 818 Rn 27; Klinkhammer, Der Besitz als Gegenstand des Bereicherungsanspruchs, 1997, 46). Ein eigenständiger Wert des Besitzes lässt sich auch nicht nach dem Gebrauchswert bemessen (a. A. Sosnitzka, Besitz und Besitzschutz, 2003, 222; MüKo-BGB/M. Schwab, 6. Aufl., § 818 Rn 98). Der Gebrauchswert der Sache verwicklicht sich auf Seiten des Bereicherungsschuldners in Form von Nutzungen, die dieser aus der Sache gezogen hat und die nach § 818 I BGB ohnedies – neben der Sache selbst – herauszugeben sind. Auf den – entgangenen – Gebrauchswert für den Gläubiger kann nicht abgestellt werden, weil sich ein darauf basierender Anspruch **mangels eines korrespondierenden Wertes im Vermögen des Bereicherungsschuldners** nur als Schadensersatzanspruch rechtfertigen ließe. Unter dem hier maßgeblichen Gesichtspunkt einer beim Schuldner eingetretenen und fortdauernden ungerechtfertigten Bereicherung lässt sich der Anspruch hingegen nicht begründen.

Die Aktivlegitimation für einen Anspruch auf Wertersatz kann dementsprechend nicht aus dem Besitz (der Besitzkondition) folgen, sondern nur aus dem Eigentum. Bei einer gegenüber dem Eigentümer wirksamen Verfügung über die erlangte Sache greift daher nur der Anspruch aus § 816 I BGB als Rechtsfortwirkungsanspruch zu Gunsten des Eigentümers (RGZ 115, 31; BGH NJW 1953, 58; in Bezug auf Geld Staudinger/K. Schmidt, Vorb. zu §§ 244 ff. Rn B 12). Auch wenn die Verfügung unwirksam ist, kommt ein gegen den früheren Besitzer auf Wertersatz gerichteter Bereicherungsanspruch nicht in Betracht (a. A. Sosnitzka aaO, 222). In diesem Fall verbleibt dem Eigentümer der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.

Auf Seiten der früheren Bekl. wäre in diesem Fall auch **keine Vermögensmehrung eingetreten**. Wenn die von der früheren Bekl. hinsichtlich des Geldes getroffenen Verfügungen etwa wegen Geschäftsunfähigkeit unwirksam gewesen sein sollten, hätte sie schon keinen Gegenwert erwerben können, der sich als verbleibende Bereicherung noch in ihrem Vermögen befunden hätte. Mit dem Geld gekaufte Sachen hätte sie nicht zu Eigentum erworben, und von etwaigen mit dem Geld bedienten Schulden wäre sie nicht frei geworden. Selbst bei einem Eigentumserwerb durch Realakt gem. §§ 946 ff. BGB ergäbe sich aus § 951 BGB zwar ein auf Wertersatz gerichteter Bereicherungsanspruch, dieser stünde aber nur demjenigen zu, der sein Recht verloren hat. Da somit an Stelle des Besitzes im Vermögen der früheren Bekl. kein Wert verblieben ist, besteht kein Anspruch aus §§ 812 I, 818 II BGB.“ (BGH aaO)

StGB  
§§ 24, 223

### Rücktritt vom Versuch Rücktrittshorizont

StGB

(BGH in NStZ-RR 2014, 105; Beschluss vom 13.02.2014 – 4 StR 506/13)

Der Täter kann solange **durch schlichtes Nichtweiterhandeln zurücktreten**, als er im „Rücktrittshorizont“ ohne zeitliche Zäsur sein **Tatziel** (hier: Verletzung des Körpers) **auch noch mit anderen verfügbaren Tatmitteln** (hier: einem Messer, statt der zunächst eingesetzten Faust) **erreichen** zu können glaubt. In einem solchen Falle liegt auch kein fehlgeschlagener Versuch vor.

„Nach den für die Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch geltenden rechtlichen Maßstäben (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 24 Rn 14, 18 m. w. Nachw.) stellte sich der Versuch unabhängig davon, ob der Angekl. nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung wusste oder unsicher war, seinen Kontrahenten bis dahin nicht verletzt zu haben, als unbeendet dar. Denn der Angekl. ging – bei der letztgenannten Konstellation für den Fall eines bislang ausgebliebenen Verletzungserfolgs – davon aus, noch nicht alles zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolgs Erforderliche getan zu haben. Vom **unbeendetem Versuch** der Körperverletzung zum Nachteil des C konnte der Angekl. gem. § 24 I 1. Alt. StGB **durch schlichte Aufgabe der weiteren Tatausführung strafbefreiend zurücktreten**. Der unbedingte Wille zur Aufgabe der Tat steht auch bei Unsicherheit des Zurücktretenden über eine möglicherweise bereits eingetretene Tatvollendung außer Frage.“ (BGH aaO)

StGB  
§§ 223, 227, 32, 16

### Notwehrlage Erlaubnistatbestandsirrtum

StGB

(BGH in NJW 2014, 1121; Urteil vom 06.11.2013 – 1 S 1640/12)

Eine **in einer objektiven Notwehrlage verübte Tat** ist nach § 32 II StGB **gerechtfertigt**, wenn sie zu einer **sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs** führt und es sich bei ihr um das **mildeste Abwehrmittel** handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung stand. Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer **objektiven Ex-ante-Betrachtung** entschieden werden. Die **Fortsetzung einer – vermeintlichen – Abwehrhandlung gegen einen zwischenzeitlich kampfunfähig gewordenen Angreifer** kann unter dem Gesichtspunkt eines **Erlaubnistatbestandsirrtums** zu beurteilen sein.

„Die Annahme des LG, dass die weitere Aufrechterhaltung des „Schwitzkastens“ eine vorsätzliche Körperverletzung i. S. d. §§ 223 ff. StGB darstellt, [begegnet] durchgreifenden Bedenken. Es übersieht, dass die Frage des Vorliegens einer vorsätzlichen Körperverletzung nach dem **subjektiven Vorstellungsbild** des Angekl. zu entscheiden ist. Hätte der Angekl. nämlich nicht erkannt, dass die Notwehrlage infolge der eingetretenen Kampfunfähigkeit des Geschädigten S entfallen war, dann läge ein Irrtum i. S. des § 16 StGB vor. Denn die **irrige Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts wäre wie ein den Vorsatz ausschließender Irrtum über Tatumstände** nach § 16 I 1 StGB zu bewerten (st. Rspr.; BGHSt31, 264 = NJW 1983, 2509; BGHSt 45, 378 = NJW 2000, 1348; BGH NStZ 1996, 34), so dass der Vorwurf (vorsätzlicher) Körperverletzung mit Todesfolge entfiel.“ (BGH aaO)

StGB  
§ 231 I 1. Alt.

### Schlägerei Aufeinanderfolgende Tötlichkeiten

StGB

(BGH in NStZ 2014, 214; Urteil vom 19.12.2013 – 4 StR 347/13)

Die für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Schlägerei **erforderlichen wechselseitigen Tötlichkeiten zwischen mehr als zwei Personen** müssen **nicht gleichzeitig begonnen** werden. Vielmehr ist es ausreichend, wenn nacheinander jeweils nur zwei Personen gleichzeitig wechselseitige Tötlichkeiten verüben, zwischen diesen Vorgän-

gen aber ein so **enger innerer Zusammenhang** besteht, dass die **Annahme eines einheitlichen Gesamtgeschehens** gerechtfertigt ist.

„Eine **Schlägerei** [bedingt] eine **mit wechselseitigen Körperverletzungshandlungen verbundene Auseinandersetzung von mindestens drei Personen**. Denn eine tätliche Auseinandersetzung verliert ihre Schlägerei-Eigenschaft, wenn sie nach dem Ausscheiden der weiteren Mitwirkenden nur noch von zwei Personen geführt wird (so bereits BGHSt 14, 132). Die Tätlichkeiten zwischen den beiden Verbliebenen lassen sich jedenfalls dann nicht mehr als Bestandteil eines einheitlichen Gesamtgeschehens der Schlägerei auffassen, wenn sie, wie im Fall, überhaupt erst begonnen worden sind, nachdem die anderen sich bereits entfernt haben.“ (BGH aaO)

---

RpfPOG  
§§ 4, 5, 7, 31 I, 39a III

### Verdeckter Zugriff auf Emails Rechtsgrundlage

öffR

(OVG Koblenz in ZD 2014, 99; Beschluss vom 05.09.2013 – 7 F 10930/13)

Im **Polizei- und Ordnungsbehördengesetz** gibt es **keine Rechtsgrundlage**, die den **verdeckten Zugriff** der Polizei auf den Inhalt von **E Mails**, die auf dem Server eines Providers gespeichert sind, **erlaubt**.

„**E-Mails**, die auf dem Server eines Providers zwischen- oder endgespeichert sind, **unterfallen nicht dem Begriff der Telekommunikation i. S. des § 31 POG** (wird ausgeführt). Demgegenüber kann der Ast. nicht mit seinem Einwand durchdringen, die auf dem Mailserver des Providers vorhandenen E-Mails seien durch das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 I GG geschützt (vgl. BVerfGE 124, 43), so dass auch in einem solchen Fall eine Telekommunikation stattfindet. Die konkrete Ausgestaltung der jeweils im Einzelfall einschlägigen Eingriffsbefugnis ist nämlich grds. dem (einfachen) Gesetzgeber überlassen (Art. 10 II 1 GG), solange er den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Grundrechts aus Art. 10 I GG Rechnung trägt. Innerhalb der sich daraus ergebenden Vorgaben bleibt es ihm unbenommen, nur auf bestimmte Kommunikationsvorgänge Zugriff zu nehmen und deren Reichweite selbst zu bestimmen. Gerade dies hat er in § 31 POG durch das ausschließliche Anknüpfen an das im Verhältnis zum Begriff des Fernmeldegeheimnisses engere Tatbestandsmerkmal der Telekommunikation, das statische Zustände eben nicht erfasst, in zulässiger Weise getan. **Für die Überwachung des „ruhenden“ E-Mailverkehrs im Bereich der präventiven Gefahrenabwehr bedarf es deshalb einer besonderen gesetzlichen Regelung.**“

Als Rechtsgrundlagen für die von dem Ast. beantragte Anordnung kommen i. Ü. die polizeiliche Generalklausel des § 9 POG sowie eine Sicherstellung nach § 22 POG schon deshalb nicht in Betracht, weil darin der Anlass, der **Zweck und die Grenzen des Eingriffs in Art. 10 I GG nicht bereichsspezifisch und präzise bestimmt** sind (vgl. BVerfGE 100, 313).“ (OVG Koblenz aaO)

---

BArchG  
§§ 2 ff

### Informationsanspruch Kein Anspruch auf Zugang zu Archivgut des BND

öffR

(BVerwG in NJW 2014, 1126; Urteil vom 27.11.2013 – 6 A 5/13)

Das **Grundrecht der Pressefreiheit verpflichtet** die Behörden zwar dazu, Pressevertretern auf deren Fragen **Auskunft zu geben**. Dieser **Informationsanspruch führt** aber grds. **nicht zu einem Recht auf Nutzung von Akten**.

- I. Zwar steht nach **§ 5 I 1 BArchG** jedermann das Recht zu, Archivgut des Bundes zu nutzen. § 5 I 1 BArchG ist aber auf die hier in Rede stehenden Unterlagen weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar, denn die **Unterlagen des BND sind kein Archivgut** i. S. d. § 5 I 1 BArchG.

„Eine **Legaldefinition** des zentralen archivrechtlichen Begriffs des Archivguts **enthält das Bundesarchivgesetz nicht**; lediglich der allgemeine registraturrechtliche Begriff der Unterlage wird in § 2 VIII BArchG umschrieben. Der Begriff des Archivguts mag materiell verstanden werden können, wenn es lediglich auf die Archivwürdigkeit der zu archivierenden Unterlagen ankommen soll. Er hat demgegenüber einen (auch) formellen Gehalt, wenn zusätzlich auf die Übergabe der Unterlagen an bzw. deren Übernahme durch das Archiv abgestellt wird (vgl. Schoch/Kloepfer/Garstka, Archivgesetz [ArchG-ProfE], 2007, § 3 Rn 9). Jedenfalls soweit es um den Anspruch auf Nutzung von Archivgut nach § 5 I BArchG geht, legt das Bundesarchivgesetz letzteres Begriffsverständnis – im Übrigen in Einklang mit der allgemein anerkannten Begriffsbildung im Archivrecht – zu Grunde (BVerwG, NJW 2013, 2538). Unterlagen der in § 2 I BArchG genannten Stellen werden danach erst dann zum Archivgut i.S.v. § 5 I BArchG, wenn sie dem Bundesarchiv angeboten, von diesem übernommen und so in den Besitz des Bundesarchivs gelangt sind. Das Nutzungsbegehren des Kl. bezieht sich indes nur auf Unterlagen, die zwar archivfähig wären, aber sich noch in der Verfügungsgewalt des BND befinden.“

Zwar kann nach § 5 VIII BArchG in entsprechender Anwendung der Abs. 1–7 des § 5 BArchG ein Anspruch auf Nutzung von Unterlagen bestehen, die sich noch in der Verfügungsgewalt einer Stelle i. S. des § 2 I BArchG befinden. § 5 VIII BArchG setzt hierfür aber voraus, dass diese Unterlagen älter als 30 Jahre sind. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.“ (BVerwG aaO)

- II. Ein **Anspruch auf Nutzung der Unterlagen** ergibt sich auch **nicht aus Art. 5 I 1 GG**.

„Die in Art. 5 I 1 Hs. 2 GG verbürgte Informationsfreiheit ist schon deswegen nicht betroffen, weil die Behördenakten, in die der Kl. Einsicht nehmen will, keine „allgemein zugänglichen Quellen“ i. S. dieser Vorschrift sind. Eine Informationsquelle ist i. d. R. dann allgemein zugänglich, wenn sie technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, d. h. einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen (BVerfGE 27, 71 = NJW 1970, 235), mit anderen Worten wenn sie öffentlich i. S. der hergebrachten juristischen Terminologie ist (Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Rn 90 I und II; BVerfG NJW 1986, 1243). Die **Informationsfreiheit** gem. Art. 5 I 1 Hs. 2 GG, die den Zugang zu aus allgemein zugänglichen Quellen stammenden Informationen schützt, **gibt keinen verfassungsunmittelbaren Zugang zu amtlichen Informationen**. Vielmehr kann der Staat im Rahmen seiner Aufgaben und Befugnisse Art und Umfang, in dem er Informationsquellen allgemein zugänglich macht, festlegen (vgl. BVerfGE 103, 44 = NJW 2001, 1633). Einen Anspruch darauf, amtliche Informationen allgemein zugänglich zu machen, verleiht Art. 5 I 1 GG dabei nicht.“ (BVerwG aaO)

- III. Auch aus **Art. 5 I 2 GG** ergibt sich für einen Pressevertreter **kein Anspruch auf Akteneinsicht**.

1. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden nach Art. 5 I 2 GG gewährleistet. Diese Gewährleistung umfasst nicht nur ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, sondern **garantiert** darüber hinaus in ihrem objektiv-rechtlichen Gehalt die **institutionelle Eigenständigkeit der Presse** (BVerfGE 20, 162 = NJW 1966, 1603; BVerwGE 70, 310 = NJW 1985, 1655).

Der **Gesetzgeber** ist hieraus in der Pflicht, die Rechtsordnung in einer Weise zu gestalten, die der besonderen verfassungsrechtlichen Bedeutung der Presse gerecht wird und ihr eine funktionsgemäße Betätigung ermöglicht. Hierzu zählt auch die Schaffung von behördlichen Auskunftspflichten (vgl. BVerfGE 20, 162 = NJW 1966, 1603; BVerwGE 70, 310 = NJW 1985, 1655), die es der Presse erleichtern oder in Einzelfällen sogar überhaupt erst ermöglichen, ihre **Kontroll- und Vermittlungsfunktionen** zu erfüllen, die **in der repräsentativen Demokratie unerlässlich** sind.

*„Beim Erlass entsprechender Auskunftsregeln steht dem Gesetzgeber – wie in anderen Fällen der Umsetzung objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte – ein weiter Ausgestaltungsspielraum zu. Er kann die aus seiner Sicht der Auskunftserteilung entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen berücksichtigen und gegenüber dem Auskunftsinteresse der Presse bzw. der Öffentlichkeit in Abwägung bringen (vgl. BVerwG NJW 1985, 1655). Im Hinblick auf die Gewichtung und Ausstarierung dieser Interessen unterliegt er deutlich schwächeren verfassungsrechtlichen Direktiven als beim Erlass von Regelungen, mit denen Eingriffe in den abwehrrechtlichen Gewährleistungsgehalt von Art. 5 I 2 GG verbunden sind.*

*Bleibt der zuständige Gesetzgeber untätig, muss unmittelbar auf das Grundrecht aus Art. 5 I 2 GG als Rechtsgrundlage für pressenspezifische Auskunftspflichten zurückgegriffen werden. Ohne einen solchen Rückgriff, der – was nach der Verfassungsordnung die Ausnahme bleibt – den objektivrechtlichen Gewährleistungsgehalt des Grundrechts in einen subjektivrechtlichen Anspruch umschlägt, liefe die Pressefreiheit in ihrem objektiv-rechtlichen Gewährleistungsgehalt leer. Die Anwendung des **verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs** muss jedoch in einer Weise vorgenommen werden, die nicht die Ausgestaltungsprärogative des Gesetzgebers unterläuft, indem sie **auf Grundlage von Interessengewichtungen und -abwägungen erfolgt**, die nach der Verfassungsordnung nur der Gesetzgeber vorzunehmen befugt ist. Die Position von Behörden oder Gerichten, die über die Berechtigung eines geltend gemachten verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs zu entscheiden haben, ist schon im Ansatz nicht vergleichbar mit der Position des Gesetzgebers, der in Umsetzung des Gestaltungsauftrags aus Art. 5 I 2 GG gesetzliche Regelungen zu treffen hat. Dies zwingt dazu, den verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch auf das Niveau eines „Minimalstandards“ zu begrenzen, den auch der Gesetzgeber nicht unterschreiten dürfte. Danach endet das verfassungsunmittelbare Auskunftsrecht von Pressevertretern dort, wo berechnete **schutzwürdige Interessen Privater oder öffentlicher Stellen an der Vertraulichkeit von Informationen** entgegenstehen. Sind solche schutzwürdigen Interessen nicht erkennbar, wäre auch eine gesetzliche Bestimmung, welche der Presse die Auskunft verwehrt, mit Art. 5 I 2 GG und den hierin angelegten Ausgestaltungsdirektiven nicht vereinbar. Berechnete schutzwürdige Interessen der hier in Rede stehenden Art sind beispielhaft in den Landespressegesetzen aufgeführt, deren insoweit einschlägige Bestimmungen (vgl. etwa § 4 II BlnPresseG) im hier interessierenden Zusammenhang freilich nicht als abschließend verstanden werden dürfen (BVerwG NVwZ 2013, 1006 = NJW 2013, 2919).“ (BVerwG aaO)*

2. Der im vorstehend beschriebenen Umfang durch Art. 5 I 2 GG gewährleistete **Informationszugang umfasst grds. aber keine Aktennutzung** durch Einsichtnahme in Behördenakten oder einer Kopie von Behördenakten.

*„Der Kl. hat keinen Anspruch gegen die Bkl. auf Aktennutzung aus dem Grundrecht auf Freiheit von Wissenschaft und Forschung aus Art. 5 III GG: Die Weigerung, dem Kl. Einsicht in die begehrten Archivunterlagen zu gewähren, beruht nicht auf einer Verkennung der in Art. 5 III 1 GG grundrechtlich gewährleisteten **Wissenschaftsfreiheit**. Dem Kl. geht es hier weder um die Abwehr eines Eingriffs in dieses Freiheitsrecht noch um die Teilhabe am staatlichen Wissenschaftsbetrieb. Er begehrt vielmehr zu einem Forschungsvorhaben, dessen Gegenstand eine staatliche Einrichtung ist, die Hilfestellung eben dieser Einrichtung. Als Forschungsobjekt spielt der Staat aber keine Sonderrolle wie im Wissenschaftsbetrieb; er ist einer unter vielen anderen möglichen Forschungsgegenständen. Aus Art. 5 III 1 GG lässt sich daher kein Anspruch des Kl. auf Unterstützung seiner Forschung durch Gewährung von Akteneinsicht ableiten (BVerfG NJW 1986, 1243).“ (BVerwG aaO)*

Ein **präventives Versammlungsverbot** in Gestalt einer Allgemeinverfügung, welches auch friedliche Versammlungen erfasst, darf **nur dann erlassen** werden, wenn die **Voraussetzungen eines polizeilichen Notstands gegeben** sind.

*„Da die streitgegenständliche Allgemeinverfügung auf ein vollständiges Verbot auch von friedlichen Versammlungen gerichtet war, wäre sie nur rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen des polizeilichen Notstands vorgelegen hätten (vgl. BVerfG NVwZ 2013, 570 m. w. Nachw.). Denn insoweit wurde durch die Allgemeinverfügung auch die Versammlungsfreiheit von Veranstaltern und Versammlungsteilnehmern beschränkt, die nicht die Absicht hatten, sich an durch Art. 8 GG nicht gedeckten Verhinderungsblockaden oder anderen rechtswidrigen Aktionen, etwa Beschädigungen der Gleisanlagen, zu beteiligen.*

*Die Rechtsfigur des polizeilichen Notstands setzt voraus, dass **die Gefahr auf andere Weise nicht abgewehrt und die Störung auf andere Weise nicht beseitigt werden kann** und die Versammlungsbehörde nicht über ausreichende eigene, eventuell durch Amts- und Vollzugshilfe ergänzte, Mittel und Kräfte verfügt, um die Rechtsgüter wirksam zu schützen (Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., Kap. D Rn 138 ff.). Soweit Rechtsgüter durch Dritte, die nicht im Rahmen der angemeldeten Versammlung handeln, gefährdet werden, hat die Behörde zunächst gegen diese vorzugehen (vgl. BVerfG NJW 2001, 1411 u. NVwZ-RR 2007, 641 m. w. Nachw.). Voraussetzung des Einschreitens gegen eine friedliche Versammlung ist eine hohe Wahrscheinlichkeit in der **Gefahrenprognose** sowie die vorherige Ausschöpfung aller anwendbaren Mittel, um eine Grundrechtsverwirklichung der friedlichen Demonstranten zu ermöglichen (vgl. BVerfG NJW 2000, 3053 und NVwZ 1999, 991). Dies setzt voraus, dass die Versammlungsbehörde mit hinreichender Wahrscheinlichkeit anderenfalls wegen der Erfüllung vorrangiger staatlicher Aufgaben und trotz des Bemühens, gegebenenfalls externe Polizeikräfte hinzuzuziehen, zum Schutz des Castortransports nicht in der Lage wäre; eine pauschale Behauptung dieses Inhalts reicht dabei nicht aus. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines polizeilichen Notstands liegt bei der Versammlungsbehörde.“ (VGH Mannheim aaO)*

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 579 I Nr. 4

**Zustellung an prozessunfähige Partei  
Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage**  
(BGH in NJW 2014, 937, Urteil vom 15.01.2014 – VIII ZR 100/13)

ZPO

1. Die unter Verstoß gegen § 170 I ZPO erfolgte Zustellung eines Vollstreckungsbescheids an eine aus dem zuzustellenden Titel nicht erkennbar prozessunfähige Partei setzt die Einspruchsfrist in Gang.
2. Der prozessunfähigen Partei, die den Nichtigkeitsgrund der mangelhaften Vertretung geltend macht, kann nicht entgegengehalten werden, sie hätte den Verfahrensmangel durch ein Rechtsmittel geltend machen müssen. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Partei von vornherein von einem Rechtsmittel abgesehen oder ob sie ein zunächst eingelegtes Rechtsmittel zurückgenommen hat.

**Fall:** Der Kl. ist – gemeinsam mit seiner Schwester – Erbe seiner am 08.04.2010 verstorbenen Mutter. Für die Erblasserin bestand ab dem 11.12.2007 bis zu ihrem Tod eine Betreuung mit dem Aufgabenkreis „Vermögensangelegenheiten“. Die Bekl. erwirkte am 27.02.2009 gegen die Erblasserin einen Vollstreckungsbescheid im Urkundenverfahren über eine Mietforderung von 57.450,00 EUR. Der Vollstreckungsbescheid vom 27.02.2009 wurde der Erblasserin am 05.03.2009 zugestellt. Diese war sowohl zum Zeitpunkt der Zustellung des vorausgegangenen Mahnbescheids als auch bei Zustellung des Vollstreckungsbescheids geschäfts- und prozessunfähig. Ihrem Betreuer wurden Mahn- und Vollstreckungsbescheid nicht zugestellt. Der Betreuer hat gegen den Vollstreckungsbescheid am 04.05.2009 unter gleichzeitiger Stellung eines Wiedereinsetzungsantrags Einspruch eingelegt, diesen aber am 04.06.2009 zurückgenommen. Am 20.05.2009 hat er im Namen der Erblasserin Nichtigkeitsklage erhoben. Nach dem Ableben seiner Mutter hat der Kl. das nach § 239 ZPO unterbrochene Verfahren aufgenommen. Wird die Nichtigkeitsklage Erfolg haben?

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

### I. Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage

#### 1. Allgemeine Prozess- und Sachentscheidungsvoraussetzungen

Vom Vorliegen der allgemeinen Prozess- und Sachentscheidungsvoraussetzungen kann ausgegangen werden.

#### 2. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen der Nichtigkeitsklage

##### a) Beschwerde

Der Kl. als Rechtsnachfolger der Schuldnerin, gegen die der Vollstreckungsbescheid wirksam ist, ist auch beschwert, da er in alle Rechte und Pflichten der Erblasserin eingetreten ist und daher auch aus dem angegriffenen Titel in Anspruch genommen werden kann.

##### b) Wiederaufnahmegrund

Der Kl. muss einen Wiederaufnahmegrund geltend machen. Die Wiederaufnahmegründe für die Nichtigkeitsklage sind in § 579 I ZPO aufgeführt. In Betracht kommt hier die Wiederaufnahme nach § 579 I Nr. 4 ZPO. Der Kl. beruft sich darauf, dass die Erblasserin in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war und die Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt wurde. Er macht daher einen Wiederaufnahmegrund geltend.

##### c) Zuständigkeit

Die Nichtigkeitsklage ist nach § 584 I ZPO beim Prozessgericht des ersten Rechtszugs zu erheben, wenn nicht ein Berufungs- oder Revisionsurteil angegriffen wird. Hier richtet sich die Nichtigkeitsklage allerdings gegen den Vollstreckungsbescheid. Für solche Fälle sieht § 584 II ZPO vor, dass die Nichtigkeitsklage bei dem Gericht zu erheben ist, das für die Entscheidung im Streitverfahren zuständig gewesen wä-

re. Da hier Wohnraummiete geltend gemacht wird, ist dies nach § 23 Nr. 2 a) GVG das Amtsgericht am Ort der Wohnung.

#### d) Klagefrist

Die Nichtigkeitsklage ist nach § 586 I ZPO binnen einer Notfrist von einem Monat zu erheben. Diese Frist beginnt nach § 586 II ZPO mit dem Tag, an dem die Partei von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urteils.

Wird allerdings – wie hier – der Nichtigkeitsgrund der mangelnden Vertretung geltend gemacht, so sieht § 586 III ZPO vor, dass die Frist für die Erhebung der Klage von dem Tag läuft, an dem der Partei und bei mangelnder Prozessfähigkeit ihrem gesetzlichen Vertreter das Urteil zugestellt ist.

Von der Einhaltung dieser Frist durch den Betreuer kann hier ausgegangen werden.

#### e) Subsidiarität der Nichtigkeitsklage

Nach § 579 II ZPO ist die Nichtigkeitsklage jedoch dann nachrangig, wenn der Nichtigkeitsgrund mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Nichtigkeitsklage auf die mangelnde Vertretung gestützt wird, so dass die Subsidiaritätsregelung hier nicht anwendbar ist.

*„Dies steht in Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die im Hinblick darauf, dass der Nichtigkeitsgrund des § 579 I Nr. 4 ZPO als einziger Nichtigkeitstatbestand keinen Einschränkungen unterliegt (vgl. § 579 I Nr. 2, II ZPO), der prozessunfähigen Partei die Wahl eröffnet, diesen Verfahrensmangel entweder im Rechtsmittelwege oder – nach Rechtskraft der Ausgangsentscheidung – durch Erhebung einer Nichtigkeitsklage geltend zu machen (BGHZ 84, 24 [27] = NJW 1982, 2449).“* (BGH aaO)

#### f) Statthaftigkeit

Ein Wiederaufgreifen des Verfahrens durch Nichtigkeitsklage nach § 579 ZPO ist nach § 578 I ZPO statthaft, wenn ein rechtskräftiges Endurteil vorliegt.

Hier ist ein Vollstreckungsbescheid ergangen, der zunächst nach § 700 I ZPO einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleichsteht. Es gilt dann die Einspruchsmöglichkeit des § 338 ZPO. Hier wurde gegen den ersten Vollstreckungsbescheid zunächst Einspruch eingelegt, dieser dann aber zurückgenommen. Das Rechtsmittel der Berufung stand der Erblasserin nicht zur Verfügung (§§ 700 I, 514 I ZPO). Fraglich ist, ob daher durch die Einspruchsrücknahme Rechtskraft eingetreten ist.

##### aa) Lauf der Einspruchsfrist

Der Rücknahme des Einspruchs könnte nur dann zum Eintritt der Rechtskraft führen, wenn die Einspruchsfrist durch die Zustellung an die zu diesem Zeitpunkt geschäfts- und prozessunfähige Erblasserin überhaupt in Gang gesetzt wurde.

*„Zwar ist ein zustellungsbedürftiges Schriftstück bei nicht prozessfähigen Personen an deren gesetzlichen Vertreter zuzustellen (§ 170 I 1 ZPO); eine **Zustellung**, die – wie hier – an den Prozessunfähigen selbst erfolgt, ist **unwirksam** (§ 170 I 2 ZPO). Weiter trifft es zu, dass die **unwirksame Zustellung** eines Versäumnisurteils oder **eines Vollstreckungsbescheids** grundsätzlich die **Einspruchsfrist** gem. § 339 I Hs. 2 ZPO **nicht in Gang setzt** (vgl. Senat, NJW 2011, 2218 Rn. 12 m.w.N.).“* (BGH aaO)

##### bb) Rechtskraft trotz Zustellungsmangel

Fraglich ist jedoch, ob dies auch dann gilt, wenn die Zustellung deshalb unwirksam ist, weil der Zustellungsempfänger prozessunfähig ist. Denn für einen solchen Fall ist eben gerade die Möglichkeit des Wiederaufgreifens des Verfahrens in § 579 I Nr. 4 ZPO vorgesehen.

*„Nach § 586 III ZPO läuft die **einmonatige Frist** zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage (§ 586 I ZPO) im Falle der mangelhaften Vertretung der Partei (§ 579 I Nr. 4 ZPO) erst mit der Zustellung der anzufechtenden Entscheidung an die Partei oder – wenn der Vertretungsmangel darin besteht, dass die Partei prozessunfähig ist – **mit der Zustellung an ihren gesetzlichen Vertreter**.*

Der Gesetzgeber bringt damit zum Ausdruck, dass die Erhebung einer Nichtigkeitsklage wegen unzureichender Vertretung der Partei (§ 579 I Nr. 4 ZPO) auch in den Fällen möglich ist, in denen die Ausgangsentscheidung der prozessunfähigen Partei selbst zugestellt worden ist. Um die Partei in diesen Fällen vor einem Verlust dieser Klagemöglichkeit zu schützen, soll allerdings die einmonatige Klagefrist für die Erhebung einer Nichtigkeitsklage (§ 586 I ZPO) erst dann zu laufen beginnen, wenn eine – nunmehr wirksame – Zustellung an den gesetzlichen Vertreter der prozessunfähigen Partei erfolgt ist (§ 586 III Hs. 2 ZPO).

Da das Gesetz eine **Nichtigkeitsklage wegen mangelhafter Vertretung** (§ 579 I Nr. 4 ZPO) auch bei der Zustellung an eine prozessunfähige Partei vorsieht (vgl. § 586 III ZPO), eine solche Klage aber gem. § 578 I ZPO **zwingend voraussetzt**, dass ein **rechtskräftiges Urteil** ergangen oder ein **rechtskräftiger Vollstreckungsbescheid** (vgl. § 584 II ZPO) **erlassen** worden ist, müssen auch ein an die prozessunfähige Partei zugestelltes Urteil oder ein an sie zugestellter Vollstreckungsbescheid rechtskräftig werden können (vgl. Senat, BGHZ 176, 74 = NJW 2008, 2125 Rn. 11; RGZ 121, 63 [64]). Daraus ergeben sich wiederum Folgerungen für die Ingangsetzung von Einspruchs- oder Rechtsmittelfristen durch eine nach § 170 I 2 ZPO unwirksame Zustellung.“ (BGH aaO)

Versäumnisurteile und Vollstreckungsbescheide, die nur mit dem Einspruch (§§ 338 ZPO, 700 I ZPO), nicht aber mit der Berufung angefochten werden können (§ 514 I ZPO), erlangen allein durch Ablauf der Einspruchsfrist (§ 339 I ZPO) Rechtskraft.

„Die vom Gesetz vorgesehene **Nichtigkeitsklage** wegen mangelhafter Vertretung (§ 579 I Nr. 4 ZPO) **setzt daher unabdingbar voraus**, dass die **Einspruchsfrist** (auch) bei einer – nach § 170 I 2 ZPO unwirksamen – Zustellung an die prozessunfähige Partei **zu laufen beginnt**.

Entsprechendes gilt – wenn auch etwas abgeschwächt – für den Lauf von **Rechtsmittelfristen**. Zwar ist bei mit den allgemeinen Rechtsmitteln anfechtbaren Urteil der Eintritt der Rechtskraft nicht stets von dem Ablauf der Rechtsmittelfristen abhängig, da solche Entscheidungen bei fehlender oder unwirksamer Zustellung spätestens **sechs Monate nach ihrer Verkündung** rechtskräftig werden (§§ 517, 548, 544 I ZPO). Diese Möglichkeit ist aber bei Urteilen, die keiner Verkündung bedürfen (§§ 310 III, 307, 341 II ZPO), ausgeschlossen. In diesen Fällen ist daher für den Eintritt der Rechtskraft zwingend erforderlich, dass der **Lauf der Rechtsmittelfrist durch eine nach § 170 I 2 ZPO unwirksame Zustellung ausgelöst** wird.

In den übrigen Fällen ist zu berücksichtigen, dass durch die Regelungen der §§ 517, 548, 544 I ZPO die **Systematik der Nichtigkeitsklage nicht verändert** werden sollte. Die Bestimmungen, wonach ein Urteil unabhängig von seiner Zustellung jedenfalls sechs Monate nach seiner Verkündung rechtskräftig wird, sollen gewährleisten, dass ein Urteil, dessen Zustellung aus vielerlei Gründen fehlschlagen kann, überhaupt in Rechtskraft erwächst (BT - Drs. 8/2287, 1). Dass der Gesetzgeber hierdurch einer **prozessunfähigen Partei**, der das Urteil selbst zugestellt wurde, **abverlangen** wollte, mit der Erhebung einer auf den Nichtigkeitsgrund des § 578 I Nr. 4 ZPO gestützten Nichtigkeitsklage **bis sechs Monate nach der Urteilsverkündung zuzuwarten**, ist den Gesetzesmaterialien dagegen nicht zu entnehmen.“ (BGH aaO)

Nach der Konzeption und der Funktion der Nichtigkeitsklage soll der Lauf der Einspruchs- und Rechtsmittelfrist also auch durch eine nach § 170 I Nr. 2 ZPO unwirksame Zustellung an die prozessunfähige Partei in Gang gesetzt werden.

### cc) Einwände im Schrifttum

Das wird allerdings von **einzelnen Stimmen im Schrifttum** mit der Erwägung in Frage gestellt, eine **Nichtigkeitsklage** wegen mangelhafter Vertretung (§§ 579 I Nr. 4, 586 III ZPO) sei **auch bei fehlender Rechtskraft** der Ausgangsentscheidung zulässig (Eyinck, MDR 2008, 1255; MüKoZPO/Häublein, 4. Aufl., § 170 Rn. 5).

„Dabei blenden sie die zentrale Vorschrift des § 578 I ZPO und das **Wesen der Nichtigkeitsklage als Instrument zur Durchbrechung der Rechtskraft** aus.

Weiter sehen sie eine **Benachteiligung der prozessunfähigen Partei** darin, dass Zustellungsmängel bei einer nach § 170 I Nr. 2 ZPO unwirksamen Zustellung an eine prozessunfähige Partei hinsichtlich der Ingangsetzung von Einspruchs- und Rechtsmittelfrist anders behandelt werden als eine auf anderen Mängeln beruhende unwirksame Zustellung an eine prozessfähige Partei (MüKoZPO/Häublein, § 170 Rn. 5; Eyinck, MDR 2008, 1255). Auch dies trifft bei näherer Betrachtung nicht zu. Denn eine – wegen Zustellungsmängeln unwirksame – Zustellung an eine prozessfähige Partei kann mangels Verwirklichung des Nichtigkeitsgrundes der mangelhaften Vertretung (§ 579 I Nr. 4 ZPO) nicht im Wege der Nichtigkeitsklage angefochten werden. Die **ordnungsgemäß vertretene Partei** muss folglich dagegen **geschützt werden**, dass ihr die ihr einzig zur Verfügung stehende Möglichkeit eines Rechtsmittels oder eines Einspruchs vorschnell

abgeschnitten wird. Daher muss es in diesen Fällen bei dem Grundsatz bleiben, dass eine unwirksame Zustellung keinen Fristenlauf auslöst.

Bei einer **prozessunfähigen Partei**, die Adressat einer unwirksamen Zustellung ist, greifen dagegen **andere Schutzmechanismen** ein. Hier eröffnet das Gesetz der prozessunfähigen Partei die Wahl, gegen die Ausgangsentscheidung entweder mittels eines Rechtsmittels oder eines Rechtsbehelfs vorzugehen oder aber die Entscheidung in Rechtskraft erwachsen zu lassen und anschließend – unter den Erleichterungen des § 586 III ZPO – eine auf § 579 I Nr. 4 ZPO gestützte Nichtigkeitsklage zu erheben (vgl. § 579 II ZPO). Um der prozessunfähigen Partei diese **Wahlmöglichkeit zu erhalten** muss der Lauf der Einspruchs- und Rechtsmittelfrist auch bei einer nach § 170 I 2 ZPO unwirksamen Zustellung an die Partei in Gang gesetzt werden. Andernfalls würden Versäumnisurteile, Vollstreckungsbescheide und Urteile, die nicht verkündet werden, überhaupt nicht in Rechtskraft erwachsen (vgl. §§ 339 I, 700 I, 310 III ZPO) und sonstige Urteile nur mit erheblicher Verzögerung, nämlich nach Ablauf von sechs Monaten ab Verkündung (§§ 517, 548, 544 I ZPO).“ (BGH aaO)

#### dd) Notwendigkeit formeller Rechtskraft

Aber auch das Interesse an Rechtsfrieden und Rechtssicherheit erforderlich es, bei einer gem. § 170 I 2 ZPO unwirksamen Zustellung möglichst bald den Eintritt der formellen Rechtskraft zu erreichen.

„Damit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der formelle Akt der Zustellung in seiner Wirkung, die Rechtsbehelfsfrist in Lauf zu setzen, durch Mängel, die bei der Zustellung nicht erkennbar sind und erst in einem längeren Verfahren geprüft werden müssten, in Frage gestellt würde (BGHZ 104, 109 [111 f.] = NJW 1988, 2049; Senat, BGHZ 176, 74 = NJW 2008, 2125 Rn. 12). Die Belange eines Zustellungsempfängers, dessen Geschäftsunfähigkeit trotz § 56 I ZPO unerkannt geblieben ist, werden durch die Ausgestaltung der Regelungen zur Nichtigkeitsklage (§§ 579 I Nr. 4, 584 II, 586 III ZPO) ausreichend geschützt (Senat, BGHZ 176, 74 = NJW 2008, 2125 Rn. 13).“ (BGH aaO)

Rechtskraft des Vollstreckungsbescheides ist daher eingetreten, so dass die Nichtigkeitsklage statthaft ist.

#### g) Ausschluss der Nichtigkeitsklage wegen Rücknahme des Einspruchs

Allerdings könnte die Nichtigkeitsklage hier deshalb unzulässig sein, weil der Vertreter der Erblasserin tatsächlich zunächst Einspruch eingelegt hatte und die Einwände gegen die Forderung auch in diesem Verfahren hätte vorbringen können.

Der Umstand, dass der den Einspruch gleichwohl zurückgenommen hat, könnte dazu führen, dass der Erblasserin und ihrem Rechtsnachfolger die Erhebung einer Nichtigkeitsklage versagt werden.

„Die Revision verkennt hierbei den Bedeutungsgehalt des Gebots der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens. Dieses ist darauf gerichtet, Rechtsstreitigkeiten möglichst bald durch Eintritt der formellen Rechtskraft (vgl. § 705 ZPO) der ergangenen Entscheidungen zu beenden (BGHZ 104, 109 [111] = NJW 1988, 2049). Dagegen lässt sich aus ihm **nicht die Forderung ableiten, Nichtigkeitsklagen soweit als möglich auszuschließen** und einer prozessunfähigen Partei, die – nunmehr wirksam vertreten – ein Rechtsmittel oder einen Rechtsbehelf ergriffen, dann aber zurückgenommen hat, die Möglichkeit zu nehmen, eine Nichtigkeitsklage nach §§ 578 I, 579 I Nr. 4 ZPO zu erheben. Dem steht schon die **Konzeption** der genannten Vorschriften entgegen. § 578 I ZPO macht die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage allein von der Rechtskraft der Ausgangsentscheidung abhängig und **unterscheidet nicht danach, auf welche Weise die Rechtskraft** (Rücknahme, Verwerfung oder Zurückweisung des Rechtsmittels/Rechtsbehelfs bzw. Verzicht hierauf) **eingetreten** ist (§ 578 I ZPO). Außerdem ist der Nichtigkeitsgrund der mangelhaften Vertretung (§ 579 I Nr. 4 ZPO) **als einziger Nichtigkeitstatbestand nicht** den in § 579 I Nr. 2, II ZPO aufgeführten **Einschränkung unterworfen** mit der Folge, dass der prozessunfähigen Partei nicht entgegengehalten werden kann, sie hätte den Verfahrensmangel durch ein Rechtsmittel geltend machen müssen (vgl. § 579 I Nr. 2, II ZPO; BGHZ 84, 24 = NJW 1982, 2449). Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Partei von vornherein von einem Rechtsmittel abgesehen hat oder ob sie ein zunächst eingelegtes Rechtsmittel zurückgenommen hat.“ (BGH aaO)

## II. Begründetheit der Klage

„Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. die Nichtigkeitsklage auch für begründet erachtet...Die Erblasserin war ... bei Durchführung des Mahnverfahrens und auch bei Zustellung des Vollstreckungsbescheids prozessunfähig und damit nicht ordnungsgemäß vertreten (§ 579 I Nr. 4 ZPO). Dass die Voraussetzungen des Nichtigkeitstatbestands des § 579 I Nr. 4 ZPO erfüllt sind, stellt auch die Revision nicht in Frage.“ (BGH aaO)

(BGH in ZfBR 2014, 141; Urteil vom 07.11.2013 – VII ZR 105/13 (München))

1. Eine Widerklage setzt nach § 33 I ZPO eine **anhängige Klage** voraus, so dass der Widerkläger muss ein Bekl. und der Widerbeklagte ein Kl. des anhängigen Rechtsstreits sein muss.
2. Eine Widerklage gegen einen bisher am Prozess **nicht beteiligten Dritten** ist grundsätzlich nur zulässig, wenn sie **zugleich gegenüber dem Kläger** erhoben wird.
3. Eine Drittwiderklage, die sich **ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht beteiligten Dritten** richtet, ist grundsätzlich unzulässig
4. Eine isolierte Drittwiderklage des vom Bauherrn auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Generalplaners gegen die von ihm beauftragten Fachplaner auf Freistellung von den geltend gemachten Schadensersatzansprüchen des Bauherrn ist unzulässig.

**A. Grundlagenwissen: Die Drittwiderklage**

Durch eine Widerklage können auch Dritte in den Rechtsstreit einbezogen werden. Dies ist möglich, wenn sich die Widerklage sowohl gegen den Kläger als auch gegen einen bislang am Rechtsstreit nicht beteiligten Dritten richtet oder wenn sie sich nur gegen einen bislang am Rechtsstreit nicht beteiligten Dritten richtet.

**I. Drittwiderklage gegen den Kläger und einen Dritten**

In einem solchen Fall ist die Einbeziehung eines Dritten in den Rechtsstreit nach h.M. dann zulässig, wenn dieser nach oder zugleich mit dem Kläger durch die Widerklage in Anspruch genommen wird. Eine Hilfsdrittwiderklage ist allerdings unzulässig. Bei einer parteierweiternden Widerklage ist nach der Rechtsprechung davon auszugehen, dass neben §§ 33, 59 ZPO auch die Vorschriften über die Klageänderung nach §§ 263 ff. ZPO anzuwenden sind. Über die normalen Voraussetzungen der Widerklage hinaus muss die Drittwiderklage daher entweder sachdienlich oder von der Einwilligung des Drittbeklagten gedeckt sein. Zu beachten ist allerdings, dass sich die örtliche Zuständigkeit hinsichtlich der Einbeziehung des Dritten nach allgemeinen Vorschriften richtet, § 33 ZPO also nicht anwendbar ist.

**b) Drittwiderklage nur gegen einen Dritten**

Nach h.M. ist eine parteierweiternde Drittwiderklage, die nicht zugleich gegen den Kläger gerichtet wird, grundsätzlich unzulässig, da § 33 ZPO nur die Widerklage des Beklagten zulässt, der Beklagte aber nur im Verhältnis zum Kläger, nicht aber im Verhältnis zu Dritten diese Parteirolle innehat.

**B. Unzulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage (vgl. BGH in ZfBR 2014, 141)**

**Fall:** Die Kl. beauftragte die Bekl. mit Generalplanervertrag vom 01./13.04.2004 mit sämtlichen zur Herstellung eines Bauvorhabens („Technologie-Center“) erforderlichen Planungs- und Überwachungsleistungen.

Die Bekl. plante eine Glasfassade sowie Heiz- und Kühldecken. Sie beauftragte ihrerseits die Drittwiderbekl. mit verschiedenen Planungs- und Überwachungsaufgaben. Die Drittwiderbekl. zu 1 wurde mit Leistungen gemäß § 73 Abs. 1 Nr. 5 und 8 HOAI beauftragt. Die Drittwiderbekl. zu 2 war mit der Planung der technischen Gebäudeausrüstung betraut und die Drittwiderbekl. zu 3 mit Leistungen der Bauphysik.

Die Kl. hält die Klimatisierung für unzureichend; die Raumtemperaturen seien teils zu hoch und teils zu niedrig. Die Kl. hat die Bekl. unter Berufung auf Planungs- und Überwachungsverschulden auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Die Bekl. hat Planungs- sowie Überwachungsmängel in Abrede gestellt. Sie hat den Drittwiderbekl. den Streit verkündet. Diese sind dem Rechtsstreit auf Seiten der Bekl. beigetreten.

Mit der sodann erhobenen Drittwiderklage hat die Bekl. von den Drittwiderbekl. Freistellung von den Schadensersatzansprüchen der Kl. verlangt und geltend gemacht, dass etwaige Mängel allein von den Drittwiderbekl. zu verantworten seien. Diese haben ihre Zustimmung zur Drittwiderklage verweigert. Ist die Drittwiderklage zulässig?

Fraglich ist, von welchen Voraussetzungen die Zulässigkeit der Drittwiderklage abhängt.

## I. Anhängigkeit einer Klage

Eine Widerklage setzt nach § 33 I ZPO eine anhängige Klage voraus, so dass der Widerkläger muss ein Bekl. und der Widerbeklagte ein Kl. des anhängigen Rechtsstreits sein muss. Daher ist eine Widerklage gegen einen bisher am Prozess nicht beteiligten Dritten grundsätzlich nur zulässig, wenn sie zugleich gegenüber dem Kl. erhoben wird.

*„Eine Drittwiderklage, die sich ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht beteiligten Dritten richtet, ist grundsätzlich unzulässig (BGH, Urteile vom 17.10.1963 – II ZR 77/61, BGHZ 40, 185, 188; vom 08.12.1970 – VI ZR 111/69, NJW 1971, 466; vom 21.02.1975 – V ZR 148/73, NJW 1975, 1228; vom 05.04.2001 – VII ZR 135/00, BGHZ 147, 220, 221 f.; vom 13.06.2008 – V ZR 114/07, NJW 2008, 2852 Rn. 26).“ (BGH aaO)*

### 1. Ausnahmen

Von diesem Grundsatz hat der BGH nur in wenigen Fällen eine Ausnahme vorgesehen.

#### a) Drittwiderklage gegen Gesellschafter einer klagenden Gesellschaft

*„Eine Ausnahme hat der BGH in der besonderen Fallgestaltung angenommen, wenn sich die Drittwiderklage gegen Gesellschafter einer klagenden Gesellschaft richtet, das auf die Drittwiderklage ergehende Urteil für die Gesellschaft verbindlich ist und damit für die Zahlungsklage voreilend sein kann (BGH, Ur. vom 30.04.1984 – II ZR 293/83, BGHZ 91, 132, 134 f.).“ (BGH aaO)*

#### b) Drittwiderklage gegen den Zedenten der Klageforderung

*„Die Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann bejaht worden, wenn sie gegen den Zedenten der Klageforderung gerichtet ist und die Gegenstände der Klage und der Drittwiderklage tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind. Die isoliert gegen den am Prozess bislang nicht beteiligten Zedenten erhobene Drittwiderklage ist nach dieser Maßgabe auch dann zulässig, wenn sich deren Gegenstand mit dem einer hilfsweise gegenüber der Klage des Zessionars zur Aufrechnung gestellten Forderung deckt (BGH, Ur. vom 05.04.2001 – VII ZR 135/00, aaO. S. 222 ff.) oder wenn die abgetretene Klageforderung und die mit der Drittwiderklage geltend gemachte Forderung auf einem einheitlichen Schadensereignis beruhen (BGH, Ur. vom 13.03.2007 – VI ZR 129/06, NJW 2007, 1753 Rn. 12). Eine isolierte Drittwiderklage ist auch dann zulässig, wenn mit ihr die Feststellung begehrt wird, dass dem Zedenten keine Ansprüche zustehen (BGH, Ur. vom 13.06.2008 – V ZR 114/07, aaO. Rn. 28).“ (BGH aaO)*

#### c) Grund für Ausnahmeregelungen

Diese Entscheidungen beruhen darauf, dass durch das Rechtsinstitut der Widerklage die **Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen vermieden** werden soll.

*Zusammengehörende Ansprüche sollen einheitlich verhandelt und entschieden werden können (BGH, Ur. vom 17.10.1963 – II ZR 77/61, aaO. S. 188). Ausschlaggebend ist, dass die Gegenstände der Klage und der Drittwiderklage tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind und keine schutzwürdigen Interessen des Drittwiderbekl. durch seine Einbeziehung in den Rechtsstreit der Parteien verletzt werden (BGH, Urteile vom 13.03.2007 – VI ZR 129/06, aaO. Rn. 10; vom 13.06.2008 – V ZR 114/07, aaO. Rn. 27; Beschl. vom 30.09.2010 – Xa ARZ 191/10, BGHZ 187, 112 Rn. 7). Unberücksichtigt bleiben dürfen darüber hinaus auch nicht die schützenswerten Interessen des Kl., die dadurch berührt sein können, dass der Prozessstoff sich ausweitet und das Verfahren länger dauern kann.“ (BGH aaO)*

### 2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist daher, ob im vorliegenden Fall ebenfalls eine Ausnahme deshalb anzunehmen ist, weil die Drittwiderbekl. dem Rechtsstreit nach Streitverkündung beigetreten sind.

*„Dritter im Sinne einer parteierweiternden Widerklage ist, wie der Senat bereits entschieden hat, jede Person, die weder Kl. noch Bekl. des anhängigen Verfahrens ist, auch wenn sie als Streithelfer am Prozess beteiligt ist (BGH, Ur. vom 12.10.1995 – VII ZR 209/94, BGHZ 131, 76, 78; siehe auch MüKo-ZPO/Patzina, 4. Aufl., § 33 Rn. 27; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 33 Rn. 22 a).“ (BGH aaO)*

Nach diesen Grundsätzen ist die isolierte Drittwiderklage im Streitfall unzulässig. Das Erfordernis der tatsächlich und rechtlich engen Verknüpfung der Gegenstände von Klage und Drittwiderklage ist nicht gewahrt. Namentlich die **rechtlichen Verhältnisse** sind im Hinblick auf die erhobenen Ansprüche **gerade nicht dieselben**.

„Die jeweils geltend gemachten Ansprüche beruhen auf **verschiedenen Vertragsverhältnissen**. Die Ansprüche der Kl. gegen die Bekl. und die Freistellungsansprüche der Bekl. gegen die Drittwiderbekl. werden aus gänzlich anderen Werkverträgen hergeleitet (zur Unzulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage bei jeweils anderen Auftragsverhältnissen siehe BGH, Beschl. vom 07.02.2013 – IX ZR 186/11, juris Rn. 5). Richtig ist zwar, dass die von der Kl. erhobenen Ansprüche **letztlich auf mangelhafte Leistungen der Drittwiderbekl.** zurückzuführen sein können und damit ein Teilaspekt der Klage auch die Drittwiderklage betrifft. Möglicherweise vermag ein einziges Sachverständigengutachten auch die Mängelursache einzugrenzen und damit Klarheit darüber herbeizuführen, wer die Mängel des Werkes zu vertreten hat. Das stellt jedoch **keine ausreichende enge Verknüpfung** der verschiedenen Klagegegenstände her (anders Boldt, BauR 2013, 287, 295).“ (BGH aaO)

## II. Zulässigkeit der Drittwiderspruchsklage trotz Fehlen einer anhängigen Klage

Möglicher Weise kann die Zulässigkeit der Drittwiderspruchsklage aber deshalb angenommen werden, weil den Drittwiderbekl. ihre Einbeziehung in den Rechtsstreit zuzumuten ist.

„Das mag sein, denn sie wären auch gegen eine Inanspruchnahme in einem gesonderten Prozess nicht geschützt. Allerdings ist die Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage **nicht allein aus dem Blickwinkel von Zumutbarkeits- oder Zweckmäßigkeitserwägungen** zu beurteilen. Diese ersetzen die Notwendigkeit der engen Verknüpfung des Gegenstands der Klage und der Drittwiderklage nicht.

Unbeschadet dessen stehen der isolierten Drittwiderklage des vom Bauherrn auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Generalplaners gegen die von ihm beauftragten Fachplaner **schutzwürdige Interessen des Bauherrn** entgegen. Zwar soll durch das Rechtsinstitut der Widerklage die Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen vermieden werden. Es ist jedoch im Regelfall mit prozesswirtschaftlichen Erwägungen nicht zu vereinbaren, den Rechtsstreit des Bauherrn **mit der Klärung von Fragen zu belasten**, die für den Schadensersatzanspruch des Bauherrn gegen den Generalplaner bzw. Generalunternehmer nicht von Belang sind (vgl. OLG Köln, NZBau 2013, 375; anders Boldt, BauR 2013, 287, 299). Die Argumentation, es sei in Bauprozessen üblich, dass Sachverständige Befunde erheben, die im Verhältnis der Klageparteien nicht relevant seien, sondern nur das Verhältnis der beklagten Partei zu Streitverkündeten oder Streithelfern betreffen (so Schweer/Todorow, NJW 2013, 3004, 3008), kann die Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage nicht rechtfertigen. Für den **Anspruch des Bauherrn** ist es **ohne Bedeutung**, ob und unter welchen Voraussetzungen sich der **Generalplaner** bei den von ihm beauftragten Fachplanern **schadlos halten kann**. Es dient allein den Interessen des Generalplaners, wenn in demselben Prozess über seine eigene Haftung und zusätzlich über die Regresspflicht der von ihm beauftragten Fachplaner entschieden wird.“ (BGH aaO)

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Erwägung, dass der Generalplaner bzw. -unternehmer unter Umständen einem größeren Insolvenzrisiko ausgesetzt ist, weil es in einem gesonderten Parallelprozess längere Zeit in Anspruch nehmen kann, einen vollstreckbaren Titel gegen den Fachplaner bzw. Nachunternehmer zu erlangen.

„Selbst wenn dies zutreffen sollte, vernachlässigt diese Überlegung die berechtigten Interessen des Bauherrn, dessen eigener Prozess sich deutlich verlängern kann, sofern der Generalplaner bzw. -unternehmer bereits innerhalb des gegen ihn gerichteten Rechtsstreits isoliert Fachplaner bzw. Nachunternehmer in Anspruch nehmen könnte. Dem kann nicht ausreichend durch die Möglichkeit eines Teilurteils über die Klage begegnet werden. Der Bauherr kann nicht verhindern, dass das Gericht zuvor Feststellungen trifft, die nur für den ihn nicht betreffenden Freistellungsanspruch seines Prozessgegners gegen dessen Vertragspartner von Belang sind. Es liegt sogar nahe, dass zum Beispiel ein Beweisbeschluss, der auf Einholung eines Sachverständigengutachtens gerichtet ist, umfassend formuliert ist und damit auch solche Beweisthemen enthalten kann, die für den Anspruch des Bauherrn gegen den Generalunternehmer bzw. -planer nicht klärungsbedürftig sind.“ (BGH aaO)

## III. Ergebnis

Die Drittwiderklage ist unzulässig.

(BVerfG in NJW 2014, 1082; Beschluss vom 27.02.2014 – 2 BvR 261/14)

Gem. § 247 a I 2 StPO ist nicht nur die Anordnung, sondern auch die Ablehnung der Anordnung einer audiovisuellen Zeugenvernehmung unanfechtbar.

**Fall:** Die Bf. ist in einem Strafprozess als Zeugin geladen. Die StA wirft dem Angekl. vor, Frauen in mehreren Fällen – auch der Bf. – bei Verabredungen heimlich bewusstseinsstrübende Substanzen in ihre Getränke gemischt und mit ihnen gegen ihren Willen den Geschlechtsverkehr vollzogen zu haben. Der Angekl. streite die Vorwürfe mit der Begründung ab, der Geschlechtsverkehr sei jeweils einvernehmlich erfolgt. Die Bf., die dem Verfahren zwischenzeitlich als Nebenklägerin beigetreten ist, hat beantragt, die Zeugenvernehmung gem. § 247 a I StPO audiovisuell durchzuführen, da anderenfalls die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für ihr psychisches Wohl bestehe. Sie habe das Geschehen verdrängt und einem emotionalen Zugang verschlossen. Bereits die Zeugenvernehmung durch die Polizei habe ihr Leben „aus den Bahnen“ geworfen. Erste therapeutische Fortschritte seien gefährdet, wenn sie erneut mit dem Angekl. im selben Raum konfrontiert werde oder in der Atmosphäre einer Hauptverhandlung – selbst bei Ausschluss der Öffentlichkeit – das angeklagte Tatgeschehen in unmittelbarer Gegenwart der im Strafverfahren notwendig Anwesenden schildern müsse. Dies komme einem erneuten Durchleben der Tag mit Zuschauern gleich. Das LG lehnte den Antrag ab. Die Bf. hat hiergegen Verfassungsbeschwerden erhoben und diese mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbunden. Die Kammer hat die Vernehmung der Bf., sofern sie nicht als audiovisuelle Zeugenvernehmung gem. § 247 a I StPO durchgeführt wird, im Wege der einstweiligen Anordnung bis zu Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde – längstens für die Dauer von sechs Monaten – untersagt.

Fraglich ist, ob die **Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung** vorliegen.

- I. Nach **§ 32 I BVerfGG** kann das BVerfG einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies
- zur **Abwehr schwerer Nachteile**,
  - zur **Verhinderung drohender Gewalt** oder
  - aus einem **anderen wichtigen Grund** zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grds. außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die Verfassungsbeschwerde wäre von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet (vgl. BVerfGE 103, 41 = NJW 2001, 1407; st. Rspr.).

Bei offenem Ausgang muss das BVerfG die Folgen, die eintreten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde aber Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg zu versagen wäre (vgl. BVerfGE 99, 57 = NVwZ 1999, 173; st. Rspr.).

- II. Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde steht nicht entgegen, dass es sich für den Angekl. bei der **Entscheidung über die Ablehnung der audiovisuellen Vernehmung** um eine **strafprozessuale Zwischenentscheidung** handelt.

*„Verfassungsbeschwerden gegen strafprozessuale, der Beschwerde entzogene Zwischenentscheidungen sind grds. ausgeschlossen (vgl. BVerfGE 1, 9 = NJW 1952, 60; BVerfGE 7, 109 = NJW 1957, 1673; BVerfGE 9, 261 = NJW 1959, 1315; BVerfGE 21, 139 = NJW 1967, 1123; BVerfGK 12, 33 = NJW 2007, 3563). Die **isolierte Anfechtbarkeit einer Zwischenentscheidung** kommt **nur in Betracht, wenn diese einen bleibenden rechtlichen Nachteil für den Betroffenen zur Folge hat, der sich später gar nicht oder nicht vollständig beheben lässt** (vgl. BVerfGE 101, 106 = NJW 2000, 1175 m. w. Nachw.). Dies ist namentlich der Fall, wenn der Betroffene etwaige durch die Zwischenentscheidung bewirkte Grundrechtsverletzungen nicht mit der Anfechtung der Endentscheidung im fachgerichtlichen Verfahren rügen kann (vgl. BVerfGE 21, 139 = NJW 1967, 1123; BVerfGK 12, 33 = NJW 2007, 3563) oder ihm die Verweisung auf den fachgerichtlichen Rechtsschutz nicht zuzumuten ist (vgl. BVerfGK 12, 33 m. w. Nachw. = NJW 2007, 3563).“ (BVerfG aaO)*

- III. Danach kann die Bf. **nicht auf eine vorrangige Inanspruchnahme fachgerichtlichen Rechtsschutzes verwiesen** werden.

„Nach **herrschender Auffassung** ist gem. § 247 a I 2 StPO nicht nur die Anordnung, sondern auch die Ablehnung der Anordnung einer audiovisuellen Vernehmung unanfechtbar (vgl. nur Frister, SK-StPO, 4. Aufl. 2012, § 247 a Rn 48; Diemer, KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 247 a Rn 16; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 247 a Rn 13; für die zu Grunde liegende gesetzgeberischen Zweckerwägung s. BT-Drs. 13/7165, 10).

Unter den gegebenen Umständen ist daher der Bf. der Versuch, vorrangig fachgerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch zu nehmen, nicht zumutbar. Ob im Hinblick auf den **verfassungsrechtlichen Justizgewährleistungsanspruch** (vgl. BVerfGE 107, 395 = NJW 2003, 1924) desjenigen, der sich als Zeuge durch die Ablehnung der Anordnung einer audiovisuellen Vernehmung in einem Grundrecht verletzt sieht und dem insoweit effektiver Rechtsschutz durch die Endentscheidung nicht zur Verfügung steht, § 247 a I 2 StPO verfassungskonform dahin ausgelegt werden kann und muss, dass die Vorschrift nur einer Beschwerde gegen die Anordnung (vgl. BT-Drs. 13/7165, 10), nicht aber einer Beschwerde gegen die Ablehnung der Anordnung einer solchen Vernehmung entgegensteht, entzieht sich einer Klärung im Verfahren nach § 32 BVerfGG.“ (BVerfG aaO)

IV. Bei der **Entscheidung über einen Antrag auf audiovisuelle Vernehmung** gem. § 247 a I StPO handelt es sich um eine Entscheidung, die das Gericht nach **pflichtgemäßem Ermessen** zu treffen hat (vgl. Meyer-Goßner, § 247 a Rn. 7).

1. Dabei hat das Gericht im Rahmen seines Rechtsfolgeermessens die **wechselseitigen Interessen aller Verfahrensbeteiligten zu berücksichtigen**.

„Vorliegend spricht vieles dafür, dass das Gericht seine Abwägungsentscheidung zu Gunsten der Interessen des Angekl. und der Strafrechtspflege getroffen hat, ohne das entgegenstehende Interesse der Bf. überhaupt zuverlässig gewichten zu können. Angesichts der konkreten Anhaltspunkte für eine posttraumatische Belastungsstörung der Bf. hätte sich das LG möglicherweise nicht mehr darauf beschränken dürfen, auf die nach seiner Auffassung nicht eindeutig festgestellte Gefahr für die seelische Gesundheit der Bf. zu verweisen. Die Annahme liegt nicht fern, dass das Gericht gehalten war, durch ergänzende Befragung der behandelnden Ärztin oder Zuziehung eines Sachverständigen unter Berücksichtigung der individuellen Belastbarkeit der Bf. bestehende Zweifel über das Gewicht der für die Gesundheit der Bf. drohenden Nachteile und den Grad der Gefahr ihrer Verwirklichung auszuräumen (vgl. auch Becker, LR-StPO, 26. Aufl. 2009, § 247 a Rn 6), um seine Ermessensentscheidung in Abwägung der widerstreitenden Interessen auf der notwendigen Tatsachengrundlage vornehmen zu können.

Auch der gerügte **Verstoß gegen das Verbot objektiver Willkür** (Art. 3 I GG) erscheint nach dem Vorbringen der Bf. nicht offensichtlich ausgeschlossen: Sollte die unzureichende Ausstattung des Gerichts mit Sachmitteln bei der gerichtlichen Ablehnung der von ihr beantragten Anwendung eines strafprozessualen Instituts, das – wie § 247 a I StPO – dem Schutz ihrer grundrechtlich geschützten Interessen dient, ermessenslenkend eingewirkt haben, läge hierin eine sachfremde Erwägung, die unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar wäre, ohne dass es auf ein schuldhaftes Handeln des Gerichts ankäme. Die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde stellen sich – abhängig von den konkreten Umständen – insoweit als offen dar.“ (BVerfG aaO)

2. Im Rahmen der erforderlichen **Abwägung** überwiegen die Gründe für den Erlass einer einstweiligen Anordnung.

„Erginge die einstweilige Anordnung nicht, erwiese sich die Verfassungsbeschwerde später aber als begründet, könnte die Vernehmung der Bf. in Anwesenheit des Angekl. und der notwendig Anwesenden in der Zwischenzeit vollzogen werden. In diesem Fall bestünde die dringende Gefahr einer seelischen Destabilisierung oder Retraumatisierung der Bf. mit nicht abschätzbaren Folgen für ihre weitere psychische Entwicklung. Der hiermit verbundene Eingriff in das Grundrecht der Bf. aus Art. 2 II 1 GG wiegt daher mit hoher Wahrscheinlichkeit schwer und kann nicht durch eine spätere Feststellung der Verfassungswidrigkeit des angefochtenen Hoheitsakts rückgängig gemacht werden.

Gegenüber dieser **Gefahr einer irreparablen Rechtsbeeinträchtigung** wiegen die Nachteile, die entstünden, wenn eine einstweilige Anordnung erlassen würde, die Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache aber keinen Erfolg hätte, weniger schwer. Zwar müsste in diesem Fall die Bf. ihrer Pflicht zur Zeugenaussage unter den vom Gericht bestimmten Bedingungen bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht nachkommen. Es ist aber nicht ersichtlich, dass wegen dieser Verzögerung ein überwiegender Nachteil für das Wohl der Allgemeinheit zu besorgen wäre, zumal dem Gericht unbenommen bleibt, die Zeugenvernehmung der Bf. gem. § 247 a I StPO audiovisuell durchzuführen.“ (BVerfG aaO)

(OVG Münster in NJW 2014, 568; Beschluss vom 10.07.2013 – 5 A 1687/12)

1. Die **Kosten für eine Leerfahrt** sind dem vor dem eingeleiteten Abschleppvorgang erschienenen **Störer ohne Weiteres** zuzurechnen, wenn das Abschleppfahrzeug konkret für sein Fahrzeug angefordert worden ist.
2. Kosten für eine Leerfahrt dürfen jedoch ausnahmsweise dann nicht erhoben werden, wenn das **Abschleppfahrzeug ohne Einbußen** für eine effektive Aufgabenerfüllung auf Kosten eines anderen Pflichtigen **unmittelbar anderweitig eingesetzt** werden kann.

**Fall:** Der Pkw mit dem amtlichen Kennzeichen E.-K., dessen Halter der Kläger zum damaligen Zeitpunkt war, war am ... auf der X. Straße in E1. in Höhe des Hauses Nr. ... auf dem Gehweg abgestellt. U. a. für den hier fraglichen Bereich der X. Straße galt an diesem Tag ein absolutes Halteverbot, das von der Beklagten anlässlich der Meistersfeier von C. E1. angeordnet worden war, um einen reibungslosen Ablauf des im Rahmen der Feier vorgesehenen Autocorsos und die Bewältigung des erwarteten Zuschaueraufkommens sicherzustellen.

Ausweislich der von der Beklagten übersandten Verwaltungsvorgänge sind zur fraglichen Zeit in der X. Straße insgesamt 19 verkehrsordnungswidrig abgestellte Fahrzeuge festgestellt worden, für die jeweils Abschleppfahrzeuge angefordert worden sind. Für das Fahrzeug des Klägers wurde um 08:17 Uhr ein Abschleppwagen bestellt, ebenso wie jeweils ein Abschleppwagen für 4 andere Fahrzeuge. Abschleppfahrzeuge für weitere verkehrsordnungswidrig parkende Fahrzeuge in der X. Straße wurden zwischen 08:20 Uhr und 09:50 Uhr angefordert. Um 08:25 Uhr erschien der Kläger und entfernte sein Fahrzeug. Das bestellte Abschleppfahrzeug (E.-X1.) konnte nicht mehr abbestellt werden und traf um 08:28 Uhr ein. Nachdem das Fahrzeug des Klägers nicht mehr abzuschleppen war, entfernte das Abschleppfahrzeug einen anderen der 19 verkehrsordnungswidrig abgestellten Pkw's.

Mit Leistungsbescheid vom 19.07.2011 zog der Beklagte den Kläger nach vorheriger Anhörung zur Zahlung der vom Abschleppunternehmen in Rechnung gestellten Leerfahrtkosten in Höhe von 54,57 EUR und zur Zahlung von Verwaltungsgebühren in Höhe von 97,00 EUR (insgesamt 151,57 EUR) heran. Hat die hiergegen gerichtete, zulässige Klage des Klägers Erfolg?

Die Klage hat Erfolg, wenn sie begründet ist. Dies ist nach § 113 I 1 VwGO der Fall, wenn der Leistungsbescheid vom 19.07.2011 rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt.

## I. Rechtswidrigkeit des Leistungsbescheides

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Der Leistungsbescheid als belastender Verwaltungsakt bedarf grundsätzlich einer Ermächtigungsgrundlage.

Als Ermächtigungsgrundlage für die Heranziehung des Klägers zur Zahlung der Abschleppkosten kommt § 77 I VwVG NRW i.V.m. § 20 II Nr. 7 oder 8 VO VwVG NRW herangezogen worden. Die eingeleitete Abschleppmaßnahme ist **entweder** als **Ersatzvornahme** oder als **Sicherstellung** zu qualifizieren (vgl. zur rechtlichen Qualifizierung einer Abschleppmaßnahme: OVG NRW, Urteile vom 28. November 2000 - 5 A 2625/00 -, NVVVB. 2001, 181, und 5 A 2724/00).

### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Es kann davon ausgegangen werden, dass die zuständige Behörde die erforderlichen Form- und Verfahrensvorgaben für den Erlass des Gebührenbescheides eingehalten hat.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheides

Der Gebührenbescheid ist materiell rechtmäßig, wenn die Abschleppmaßnahme ihrerseits rechtmäßig war und die Gebührenerhebung ermessensgerecht.

#### a) Rechtmäßigkeit der Abschleppmaßnahme

*„Vorliegend bestand eine gegenwärtige und konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit, der die Beklagte durch die angeordnete Abschleppmaßnahme begegnen durfte. Im Zeitpunkt des Einschreitens des Beklagten lag ein Verstoß gegen § 12 IV 1 1 StVO, aus dem sich das grundsätzliche Verbot ergibt auf Gehwegen zu parken.“ (OVG Münster aaO)*

Allerdings rechtfertigt in der Regel der bloße Verstoß gegen straßenverkehrsrechtliche Vorschriften nicht ohne weiteres das Vorgehen im Wege des Verwaltungszwanges (vgl. BVerwG, NJW 1993, 870).

*„Über den bloßen Verstoß gegen die Straßenverkehrsordnung hinaus muss eine **besondere Lage gegeben** sein, die die sofortige Beseitigung der Störung nahe legt, etwa wenn **Kraftfahrzeuge behindernd abgestellt** werden. Hiervon ist im vorliegenden Fall auszugehen. Da der hier in Rede stehende Teil der X. Straße für den Umzug des C2... anlässlich der Meisterfeier vorgesehen war und zudem unmittelbar an den C1...platz als eine der zentralen Stellen des Umzugs angrenzt, war mit einer großen Zahl von den Gehweg nutzenden Fußgängern zu rechnen, die durch dort verbotswidrig abgestellte Fahrzeuge behindert worden wären. Da nach dem zu erwartenden **ganz erheblichen Fußgänger-aufkommen** nicht auf den Platzbedarf nur von Einzelpersonen abzustellen war, durfte der Pkw des Klägers vom Gehweg entfernt werden, auch wenn wegen der Dimension des Gehweges noch eine Restbreite verblieben war, die einzelnen sich begegnenden Fußgängern durchaus eine ungehinderte Nutzung ermöglichte.“ (OVG Münster aaO)*

Die Anordnung der Abschleppmaßnahme war daher nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich und angemessen, so dass die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme feststeht.

#### b) Rechtmäßigkeit des Kostenansatzes

Fraglich ist jedoch, ob die Kostenerhebung beim Kläger rechtmäßig ist, wenn der herbeigerufene Abschleppwagen tatsächlich vor Ort ein anderes verbotswidrig abgestelltes Fahrzeug entfernt hat und daher nicht wieder leer zu seinem Standort gefahren ist.

*„Aus den [...] übersandten Verwaltungsvorgängen ... ergibt sich mit hinreichender Klarheit, dass um 08.17 Uhr insgesamt **fünf verschiedene Abschleppwagen für fünf verschiedene abzuschleppende Fahrzeuge** angefordert worden sind, darunter ein Abschleppwagen (E.-X1.) für den Pkw des Klägers. Nach gefestigter Rechtsprechung des OVG NRW, vgl. Beschlüsse vom 18.02.2003 - 5 A 4183/01 - und vom 17.11.2003 - 5 A 3670/02 -, sind die **Leerfahrtkosten dem Störer ohne weiteres konkret zuzurechnen** und die dabei entstehenden Kosten von ihm zu tragen, wenn das Abschleppfahrzeug wie hier im Fall des Klägers konkret für das betreffende Fahrzeug des Störers angefordert worden ist. In diesem Fall steht nämlich fest, dass es sich bei den **Kosten der Leerfahrt um störungsbedingte Kosten der versuchten Ersatzvornahme** handelt.“*

*Eine sich ggf. anschließende Möglichkeit, den **Abschleppwagen anderweitig einzusetzen**, würde den Störer nach der zitierten Rechtsprechung des OVG NRW nicht von der bereits zuvor eingetretenen Kostentragungspflicht freistellen.“ (OVG Münster aaO)*

Schließlich ist die Höhe der mit dem angefochtenen Bescheid geltend gemachten Kosten nicht zu beanstanden.

*„Die in Rechnung gestellten Auslagen entsprechen dem Betrag, den die Beklagte an das Abschleppunternehmen verauslagt hat. Die **festgesetzte Gebühr** findet ihre Rechtsgrundlage in § 77 Abs. 1 VwVG i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 7 VO VwVG NRW und **lässt Rechtsfehler ebenfalls nicht erkennen**.“ (OVG Münster aaO)*

#### c) Ermessen

Fraglich ist jedoch, ob es ermessensgerecht ist, dem Kläger diese Kosten aufzuerlegen. Es könnte gegen die Erforderlichkeit sprechen, dass die Beklagten die für die Anfahrt entstandenen Kosten dem Halter des tatsächlich abgeschleppten Fahrzeugs ebenfalls auferlegt hat, da das beauftragte Abschleppunternehmen neben der Abrechnung der für das Fahrzeug des Klägers angefallenen Leerfahrt die Anfahrt auch für den tatsächlich durchgeführten Abschleppvorgang in Rechnung gestellt hat.

*„Das VG ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass die **Kosten für eine Leerfahrt** dem vor dem eingeleiteten Abschleppvorgang erschienenen **Störer ohne Weiteres zuzurechnen** sind, wenn das Abschleppfahrzeug konkret für sein Fahrzeug angefordert worden ist. Bereits hierdurch tritt die **Kostenpflicht** des Fahrzeughalters ein, die **grundsätzlich nachträglich nicht entfällt** (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 18.02.2003 – 5 A 4183/03, BeckRS 2007, 26071).“*

*Trotz einer derart konkreten Zuordnung eines Abschleppfahrzeugs zu einem abzuschleppenden Fahrzeug können Kosten für eine Leerfahrt jedoch **ausnahmsweise dann nicht erhoben** werden, wenn das Abschleppfahrzeug ohne Einbußen für eine effektive Aufgabenerfüllung **auf Kosten eines anderen Pflichtigen unmittelbar anderweitig eingesetzt** werden kann (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 20.12.2012 – 5 A 2802/11, BeckRS 2013, 45372 m.w.N.).“*

Dann erweist sich die zusätzliche Berechnung von Kosten für eine Leerfahrt nämlich nachträglich im Einzelfall **als nicht mehr erforderlich**, weil die Anfahrt des Abschleppfahrzeugs dem Verantwortlichen für das benachbart geparkte, unmittelbar anschließend tatsächlich abgeschleppte Fahrzeug zugute kommen und diesem gegenüber in Rechnung gestellt werden kann. Werden in einem solchen Fall die Kosten für die Anfahrt über eine Pauschale für eine Leerfahrt ein weiteres Mal in Ansatz gebracht, **widerspricht dies dem Gebot der Verhältnismäßigkeit** nach § 58 I 2 VwVG NW, wonach das Zwangsmittel möglichst so zu bestimmen ist, dass der Einzelne und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt werden (vgl. OVG Hamburg, NJW 2001, 168 [170 f.] = NZV 2001, 52).“ (OVG Münster aaO).

Selbst wenn die Kosten für die Leerfahrt vom Abschleppunternehmer in Rechnung gestellt und von der Beklagten bezahlt wurde, spricht § 24 VO VwVG NW gegen eine Abwälzung auf den Kläger. Danach werden Kosten, die durch unrichtige Behandlung der Sache entstanden sind, nicht erhoben.

„Hieraus folgt eine **behördliche Kostenminderungspflicht**, die ihre Grenze im Gebot einer effektiven Aufgabenerfüllung einerseits und an der Erkennbarkeit kostengünstigerer Handlungsalternativen andererseits findet (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 12.05.2010 – 13 A 97/09, BeckRS 2010, 49251).

Im Rahmen grundsätzlich zulässiger Abschleppmaßnahmen ergibt sich demgemäß, dass **Kostenpflichten** – auch hinsichtlich solcher Kosten, die bereits angefallen sind – **abgewendet werden müssen**, wenn dies offensichtlich ohne nennenswerte Beeinträchtigung praktikabler Verwaltungsabläufe möglich ist. So darf etwa für ein abzuschleppendes Fahrzeug kein Abschleppfahrzeug beauftragt werden, wenn an Ort und Stelle bereits ein Schleppwagen vorhanden ist, der zwar für ein anderes Fahrzeug bestellt worden ist, hierfür aber nicht mehr benötigt wird. Dieser kann den Abschleppvorgang zudem schneller durchführen als ein Abschleppfahrzeug, das erst zum Einsatzort gerufen werden muss.“ (OVG Münster aaO)

Im vorliegenden Fall waren zwar 5 Abschleppwagen konkret für 5 Fahrzeug bestellt worden, allerdings waren weit mehr als 5 Fahrzeuge zu beseitigen.

„Bei dieser Sachlage ist bereits **nicht erkennbar**, weshalb nach Erscheinen des Kl. an seinem vor der Hausnummer 7 abgestellten Fahrzeug um 08:25 Uhr und nach Ankunft des zuvor bereits bestellten Abschleppfahrzeugs um 08:28 Uhr dieses nicht eingesetzt worden ist, um **einen anderen auf der unmittelbar gegenüberliegenden Straßenseite vor der Hausnummer 10 verkehrswidrig abgestellten Wagen zu beseitigen**. Stattdessen wurde hierfür ohne erkennbare Notwendigkeit um 08:30 Uhr ein **gänzlich neuer Abschleppwagen** beauftragt.

Demgegenüber hätte zur **Wahrung der Kostenminderungspflicht** nahegelegen, den zum Fahrzeug des Kl. gerufenen Schleppwagen ohne Zeitverzug sinnvoll anderweitig einzusetzen, so dass keine Kosten für eine Leerfahrt angefallen wären.“ (OVG Münster aaO)

Die Beklagte hat gegen diese Kostenminderungspflicht verstoßen und kann daher nicht dem Kläger die dadurch entstandenen Kosten auferlegen.

Der Leistungsbescheid des Beklagten vom 19.07.2011 ist daher rechtswidrig.

## II. Rechtsverletzung des Klägers

Der Kläger wird durch den rechtswidrigen ihn belastenden Kostenbescheid zumindest in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt.

## III. Ergebnis

Die Anfechtungsklage ist begründet.

GG

**Pflicht zum „Hängebeschluss“**

VwGO

Art. 19 IV

**Vollstreckungsmaßnahmen vor Abschluss eines Eilverfahrens**

(BVerfG in NVwZ-RR 2014, 363; Beschluss vom 11.10.2013 – 1 BvR 2616/13)

1. Verwaltungsbehörden und Gerichte bleiben auch dann, wenn sich der Gesetzgeber (hier: gem. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO) angesichts der Besonderheiten eines Sachbereiches zu einer generellen Anordnung des Sofortvollzuges entschließt, den **verfassungsrechtlichen Bindungen aus Art. 19 IV 1 GG** unterworfen.
2. Verwaltungsbehörden haben bei den ihnen obliegenden **Ermessensentscheidungen über Vollstreckungsmaßnahmen** zu berücksichtigen, dass der in Art. 19 IV 1 GG verlangte umfassende und wirksame gerichtliche Rechtsschutz illusorisch wäre, wenn sie **irreparable Maßnahmen** durchführten, bevor die Gerichte deren Rechtmäßigkeit geprüft haben
3. Von Verfassungswegen liegt es unter Berücksichtigung **der Effektivität verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes** jedenfalls nahe, für die Dauer des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens – zumindest soweit ein Antrag nach § 80 V VwGO nicht offensichtlich aussichtslos oder missbräuchlich ist – **von Maßnahmen der Vollstreckung abzusehen**, wenn andernfalls schwere und unabwendbare Nachteile drohen.
4. **Weigert sich eine Verwaltungsbehörde** in diesen Fällen trotz formloser gerichtlicher Aufforderung ohne ersichtlichen Grund, bis zur endgültigen Entscheidung im Eilverfahren auf Vollstreckungsmaßnahmen zu verzichten, obliegt es dem Gericht, dies der Behörde durch einen so genannten **Hängebeschluss förmlich aufzugeben**. Kommt das Fachgericht dem nicht nach, verletzt es seinerseits die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG.

**Fall:** Die Bf. wandte sich mit ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen vor Abschluss eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens gegen einen Gebührenbescheid in erheblicher Höhe. Das VG hatte den Ag. aufgefordert, zu erklären, dass bis zum Abschluss des Eilverfahrens auf Vollstreckungsmaßnahmen verzichtet werden. Dies wurde verweigert, ohne dass das VG weitere Maßnahmen ergriff, obwohl die Bf. dies beim VG beantragte. Die Ablehnung greift sie mit der Beschwerde beim OVG ergebnislos an. Die Bf. legt Verfassungsbeschwerde ein und beantragt beim BVerfG den Erlass einer einstweiligen Anordnung, da sie sich in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG verletzt sieht. Wird der Antrag Erfolg haben?

**I. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung**

Nach § 32 I BVerfGG kann das BVerfG im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur **Abwehr schwerer Nachteile**, zur **Verhinderung drohender Gewalt** oder aus einem **anderen wichtigen Grund** zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

*„Dabei haben die Gründe, die für die **Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsaktes** vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, das in der Hauptsache zu verfolgende Begehren erweist sich von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet (vgl. BVerfGE 88, 185 [186] = NVwZ 1993, 767; BVerfGE 103, 41 [42] = NJW 2001, 1407 = NVwZ 2001, 668 Ls.; st. Rspr.).*

*Bei **offenem Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens** sind die **Folgen**, die eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde aber später Erfolg hätte, **gegenüber den Nachteilen abzuwägen**, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde aber der Erfolg versagt bliebe (vgl. BVerfGE 88, 185 (186) = NVwZ 1993, 767; st. Rspr.). Wegen der meist weittragenden Folgen, die eine einstweilige Anordnung in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren auslöst, ist bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 32 I BVerfGG ein **strenger Maßstab** anzulegen (vgl. BVerfGE 87, 107 (111) = LKV 1992, 375 = NVwZ 1993, 158Ls.; st. Rspr.). Im Zuge der nach § 32 I BVerfGG gebotenen Folgenabwägung legt das BVerfG seiner Entscheidung in aller Regel die **Tatsachenfeststellungen und Tatsachenwürdigungen in den angegriffenen Entscheidungen zu Grunde** (vgl. BVerfGE 34, 211 (216)).“ (BVerfG aaO)*

**II. Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn die Verfassungsbeschwerde nicht von vornherein offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist und ein Anordnungsgrund vorliegt.

## 1. Bewertung der Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbescheide ist nicht offensichtlich unzulässig. Fraglich ist, wie die Begründetheit zu beurteilen ist.

Im vorliegenden Fall hat der Gesetzgeber in § 80 II 1 Nr. 1 VwGO die **sofortige Vollziehbarkeit von Gebührenforderungen** gesetzlich vorgesehen und damit dem Vollzugsinteresse des Staates kraft vorweggenommener gesetzgeberischer Wertung den **Vorrang vor dem Aufschubinteresse des betroffenen Bürgers** eingeräumt. Auch während des laufenden Überprüfungsverfahrens bleibt der Bescheid daher vollstreckbar, so dass grundsätzlich zunächst die Gebührenforderung beglichen werden muss.

Will der Bürger dies vermeiden, so hat er nach § 80 V VwGO die Möglichkeit, beim Verwaltungsgericht in einem Eilverfahren die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu beantragen. Für die Entscheidung stellt das Verwaltungsgericht dann maßgeblich auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache an, prüft also die Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheides summarisch.

Grundsätzlich ist dies während des laufenden Verfahrens so, dass der Verwaltungsakt so lange vollziehbar bleibt, bis das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung angeordnet hat. Fraglich ist daher, wie der **effektive Rechtsschutz des Bürger** zu gewährleisten ist, während das Gericht den Antrag prüft.

In der Regel ist die Behörde auf Anfrage des Gerichts bereit, während des Verfahrens von Vollziehungs- und Vollstreckungsmaßnahmen abzusehen. Allerdings stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die Behörde dies verweigert.

### a) Bindung an Art. 19 IV GG trotz gesetzgeberischer Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit

*„Verwaltungsbehörden und Gerichte **bleiben auch dann**, wenn sich der Gesetzgeber – wie in § 80 II 1 Nr. 1 VwGO – angesichts der Besonderheiten eines Sachbereiches (vgl. BVerfGE 65, 1 [70 f.] = NJW 1984, 419 = NVwZ 1984, 167 Ls.) zu einer generellen Anordnung des Sofortvollzuges entschließt, den verfassungsrechtlichen **Bindungen aus Art. 19 IV 1 GG unterworfen** (vgl. BVerfGE 69, 220 [229] = NVwZ 1985, 409; vgl. auch BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), NJW 1987, 2219 = NVwZ 1987, 881 Ls.). Verwaltungsbehörden haben bei den ihnen obliegenden **Ermessensentscheidungen über Vollstreckungsmaßnahmen** zu berücksichtigen, dass der in Art. 19 IV 1 GG verlangte umfassende und wirksame gerichtliche Rechtsschutz illusorisch wäre, wenn sie **irreparable Maßnahmen** durchführten, bevor die Gerichte deren Rechtmäßigkeit geprüft haben (vgl. BVerfGE 35, 382 (401) = NJW 1974, 227; BVerfGE 69, 220 (227) = NVwZ 1985, 409; vgl. auch BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), NJW 1987, 2219 = NVwZ 1987, 881 Ls.). Dies gilt auch für den vorläufigen Rechtsschutz (vgl. BVerfGE 46, 166 (178) = NJW 1978, 693; vgl. auch BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), NJW 1987, 2219 = NVwZ 1987, 881 Ls.).*

*Von Verfassungswegen liegt es unter Berücksichtigung der **Effektivität verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes** jedenfalls nahe, für die Dauer des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens – zumindest soweit ein Antrag nach § 80 V VwGO nicht offensichtlich aussichtslos oder rechtsmissbräuchlich ist – **von Maßnahmen der Vollstreckung abzusehen, wenn anderenfalls schwere und unabwendbare Nachteile drohen** (vgl. BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), NJW 1987, 2219 = NVwZ 1987, 881 Ls.). Dies gilt zumal, wenn – wie hier – die vollstreckende Verwaltungsbehörde durch bereits durchgeführte Maßnahmen eine genügende Sicherheit für ihre Forderung erreicht hat.“ (BVerfG aaO)*

Der Ag. hat daher trotz des gesetzlich angeordneten Wegfalls der aufschiebenden Wirkung für Gebührenforderungen durch § 80 II 1 Nr. 1 VwGO die Pflicht, durch sein Verhalten zur Wahrung der Effektivität des Rechtsschutzes, welche durch Art. 19 IV GG gewährleistet ist, beizutragen.

### b) Handlungsmöglichkeiten des Gerichts bei Weiterung der Behörde

Fraglich ist, welche Reaktionsmöglichkeiten dem zur Eilentscheidung berufenen Gericht zur Verfügung stehen, wenn sich die Behörde trotz entsprechender Aufforderung weigert, bis zur gerichtlichen Entscheidung von Vollstreckungsmaßnahmen abzusehen.

*„Weigert sich eine Verwaltungsbehörde in diesen Fällen trotz formloser gerichtlicher Aufforderung **ohne ersichtlichen Grund**, bis zur endgültigen Entscheidung im Eilverfahren auf Vollstreckungsmaßnahmen zu verzichten, obliegt es dem Gericht, dies der Behörde **durch** einen so genannten **Hänge-***

*beschluss förmlich aufzugeben. Kommt das Fachgericht dem nicht nach, verletzt es seinerseits die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG.*“ (BVerfG aaO)

### c) Drohen irreparabler Nachteile

Das VG hätte daher einen sog. Hängebeschluss erlassen müssen, wenn davon auszugehen ist, dass dem Bf. bei der Vollstreckung der erheblichen Geldforderung irreparable Nachteile drohen.

*„Zwar hat der Ag., nachdem er sich im fachgerichtlichen Eilverfahren zunächst geweigert hatte, im verfassungsgerichtlichen Verfahren erklärt, er beabsichtige nicht, vor der Entscheidung des OVG über die Beschwerde weitere Vollstreckungsmaßnahmen durchzuführen. Er ist jedoch **nach wie vor nicht bereit, seine Anträge auf Abgabe der Vermögensauskunft und Erlass eines Haftbefehls** zurückzunehmen oder bis zur Entscheidung des OVG nicht weiter zu verfolgen. Die durch eine Abgabe der Vermögensauskunft eintretenden Folgen für die **Kreditwürdigkeit** der Bf. wären irreparabel.*

*Es ist auch weder ersichtlich noch wurde dies vom OVG in der angegriffenen Entscheidung hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass die von der Bf. eingelegte Beschwerde **offensichtlich aussichtslos oder rechtsmissbräuchlich** ist. Das OVG hat vielmehr lediglich seine Einschätzung dargelegt, die Beschwerde werde „nach dem bisherigen Sachstand voraussichtlich keinen Erfolg haben“. Zur Begründung seiner Auffassung, der Beschluss des Ersten Senats des BVerfG vom 05.03.2013 – 1 BvR 2457/08 (NVwZ 2013, 1004) dürfte für eine Änderung der ursprünglichen Eilentscheidung nach § 80 VII VwGO „nichts hergeben“, verweist das OVG auf seine Entscheidung vom 27.05.2013 – OVG 9 S 75/12 – (OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2013, 51633). Aus deren ausführlicher Begründung und der Verweisung auf die weitere Klärung im Hauptsacheverfahren wird allerdings gerade deutlich, dass die Auswirkungen der Entscheidung des Ersten Senats des BVerfG vom 05.03.2013 auf die Rechtslage in Brandenburg auch aus Sicht des Fachgerichts noch nicht abschließend geklärt sind.*

*Die weiteren Ausführungen des OVG in der angegriffenen Entscheidung sind ohne Kenntnis der Verfahrensakten nicht nachvollziehbar. Der Beitragsbescheid wurde am 12.05.2011 erlassen. Dem Vorbringen der Bf. zufolge bestand in ihrem Fall die Möglichkeit des Anschlusses und damit die beitragsrelevante Vorteilslage bereits im Jahr 2004. Der Hinweis des OVG, wonach der Beschluss des BVerfG keine Konsequenzen für den Fall habe, dass ein Anschlussbeitragsbescheid innerhalb der „normalen“ Festsetzungsverjährungsfrist ergehe, also innerhalb von vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Anschlussmöglichkeit entstanden sei, ist damit nicht vereinbar. Der Zeitpunkt der Entstehung der Vorteilslage erscheint daher ebenfalls noch klärungsbedürftig.“ (BVerfG aaO)*

Im vorliegenden Fall drohen der Bf. durch die vom Ag. wegen einer erheblichen Geldforderung eingeleiteten Vollstreckungsmaßnahmen irreparable Nachteile, so dass ein Hängebeschluss hätte ergehen müssen.

## 2. Vorliegen eines Anordnungsgrundes

Erginge die einstweilige Anordnung nicht, drohen der Bf. – wie oben dargelegt – irreparable Nachteile im Hinblick auf ihre Kreditwürdigkeit.

*„Dementgegen führt der Erlass der einstweiligen Anordnung lediglich zu einer **kurzfristigen Verzögerung des Vollstreckungsverfahrens**. Gründe, welche die Abgabe der Vermögensauskunft im vorliegenden Fall besonders dringlich erscheinen lassen, hat der Ag. weder dargetan noch sind diese sonst ersichtlich. Eine **wesentliche Schmälerung seiner Chancen auf eine Realisierung** der Abgabeforderung durch eine kurzfristige Verzögerung des Vollstreckungsverfahrens dürfte im Übrigen **nicht zu besorgen sein**, weil das Grundstück der Bf. zu Gunsten des Ag. mit einer **erstrangigen Sicherungshypothek** belastet wurde.“ (BVerfG aaO)*

Wägt man die Folgen gegeneinander ab, so wiegen die Nachteile, die im Falle des Erlasses der einstweiligen Anordnung drohen, weniger schwer als die Nachteile, die der Bf. im Falle der Versagung des Erlasses der einstweiligen Anordnung entstehen könnten.

## III. Ergebnis

Die Kammer ordnete die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Bf. gegen einen Anschlussbeitragsbescheid vorläufig bis zur Entscheidung des OVG über die Beschwerde der Bf. gegen den Beschluss des VG an, längstens bis zum 11.04.2014.

## 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  
§ 32

### Gerichtsstandbestimmung Erfolgsort bei Internetdelikten

ZPO

(OLG Schleswig in NJW-RR 2014, 442; Beschluss vom 13.09.2013 – 2 AR 28/13)

- I. Bei **Internetdelikten** ist der **Erfolgsort i. S. des § 32 ZPO** dort, wo der beanstandete **Internetauftritt gem. der zielgerichteten Bestimmung abrufbar** ist; beim Einstellen urheberrechtlich geschützter Werke in ein Filesharing-System kommt es nicht auf den Standort des Servers an. Für Klagen wegen Urheberrechtsverletzungen an einem deutschsprachigen und für den deutschen Markt bestimmten Computerspiel ist damit **grds. jedes deutsche Gericht nach § 32 ZPO örtlich zuständig**.

„Unter dem Begehungsort i. S. des § 32 ZPO ist zum einen der **Handlungsort** zu verstehen, an dem der Rechtsverletzer gehandelt hat, und zum anderen der Erfolgsort, an dem die Verletzung des Rechts eintritt (vgl. nur Zöller/Vollkommer, § 32 Rn 16; Wandtke/Bullinger, § 105 Rn 13). Bei Internetdelikten wird zum Teil bereits die Abrufbarkeit der rechtsverletzenden Inhalte als ohne Weiteres ausreichend angesehen, um bei allen deutschen Gerichten den Erfolgsort zu begründen (so etwa OLG Karlsruhe MMR 2002, 814). Danach soll der Erfolgsort nicht davon abhängig sein, ob Informationen gezielt, also „bestimmungsgemäß“ auch auf den deutschen Markt ausgerichtet sind (OLG Karlsruhe MMR 2002, 814).

Nach ganz h. M. ist dagegen auch bei Internetdelikten nur dort der Erfolgsort i. S. des § 32 ZPO gegeben, wo der beanstandete Internetauftritt gemäß der zielgerichteten Bestimmung abrufbar ist (BGHZ 167, 91 = NJW 2006, 2630; BGHZ 184, 313 = NJW 2010, 1752; BGH NJW 2011, 2059 – jew. für die internationale Zuständigkeit; OLG Rostock, OLG-Report 2009, 663 = BeckRS 2009, 21930; LG Frankfurt a. M. MMR 2012, 764 speziell für das Einstellen urheberrechtlich geschützter Werke in ein Filesharing-System; Zöller/Vollkommer, § 32 Rn 17; Wandtke/Bullinger, § 105 Rn 16; vgl. auch die Darstellung und die weiteren Rechtsprechungsnachweise bei Junker, juris PraxisReport IT-Recht [jurisPR-ITR] 14/2007, Anm. 4). Auf den Standort des Servers kommt es auch nach dieser Auffassung nicht an.

Hier befindet sich jedenfalls auch nach der engeren Auffassung der Erfolgsort der unerlaubten Handlung bei allen Gerichten in Deutschland (wird ausgeführt).

Der von dem Bekl. angeführten noch engeren Auffassung, die einen besonderen Ortsbezug gerade zum Bezirk des gewählten Gerichts verlangt (AG Berlin-Charlottenburg AfP 2011, 86; AG Frankfurt a. M. MMR 2009, 490), ist das AG Norderstedt zu Recht nicht gefolgt. Diese Rechtsansicht entspricht nicht der **derzeitigen gesetzlichen Regelung**. Die zitierten Entscheidungen des AG Berlin-Charlottenburg und des AG Frankfurt a. M. sind dementsprechend auch jeweils von dem übergeordneten LG Berlin (ZUM-RD 2011, 412) und dem LG Frankfurt a. M. (MMR 2010, 142) abgeändert worden.“ (OLG Schleswig aaO)

- II. Grds. ist ein Kl. **bei der Ausübung dieser Wahl frei** und braucht weder den Gerichtsstand auszuwählen, an dem geringere Kosten entstehen, noch muss er auf die Belange des Bekl. Rücksicht nehmen (vgl. nur Zöller/Vollkommer, § 35 Rn 4). Insbesondere steht es dem Kl. offen, bestehende **Rechtsprechungsunterschiede zwischen den zuständigen Gerichten auszunutzen** und ein Gericht des fliegenden Gerichtsstands aus taktischen Gründen auszuwählen (OLG München OLGR 2004, 239; OLG Hamburg NJW-RR 2007, 763; OLG Rostock OLGR Report 2009, 663).

„Dies **gilt allerdings nicht schrankenlos**: Die durch die Regelung des fliegenden Gerichtsstands ermöglichte deutschlandweite Gerichtswahl schließt die Annahme einer im Einzelfall rechtsmissbräuchlich getroffenen Wahl nicht aus (OLG Rostock OLGR 2009, 663; KG GRUR-RR 2008, 212 = KGR 2008, 470; LG Aurich MMR 2013, 249; Musielak/Heinrich, ZPO, 10. Aufl., § 35 Rn 4; Zöller/Vollkommer, § 35 Rn 4).

Die Ausnutzung eines formal gegebenen (fliegenden) Gerichtsstands ist dann rechtsmissbräuchlich, wenn sie aus **sachfremden Gründen** erfolgt, insbesondere in der **Absicht, den Gegner zu schädigen** (KG GRUR-RR 2008, 212 = KGR Report 2008, 470; LG Aurich MMR 2013, 249).“ (OLG Schleswig aaO)

ZPO  
§ 321a II

### Gegenvorstellung gegen Zurückweisungsbeschluss Zweiwöchige Einlegungsfrist

ZPO

(OLG Koblenz in BB 2014, 705; Beschluss vom 10.03.2014 – 3 U 1287/13)

Die **Gegenvorstellung gegen einen Zurückweisungsbeschluss** ist in analoger Anwendung des § 321 a II ZPO fristgebunden und unterliegt einer **zweiwöchigen Einlegungsfrist**.

- I. In **Rspr. und Schrifttum** ist umstritten, ob die Gegenvorstellung in analoger Anwendung des § 321 a Abs. 2 ZPO fristgebunden ist und einer zweiwöchigen Einlegungsfrist unterliegt.
- **Bejahend** BGHZ 155, 133 = NJW 2002, 1577 = WM 2002, 775 = ZIP 2002, 959 = VersR 2002, 636; OLG Frankfurt FamRZ 2008, 1359; OLG Dresden NJW-RR 2006, 851 = MDR 2006, 771; OLG Koblenz FamRZ 2008, 1359 = MDR 2008, 644; BFHE 200, 42 = NJW 2003, 919 = FamRZ 2003, 677; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO; 72. Auflage 2014, Grundzüge § 567 Rn 9
  - **Verneinend** Zöller/Heßler, ZPO, 30. Auflage 2014, § 567 Rn 22

- II. **OLG Koblenz aaO** schließt sich der Auffassung an, dass es aus Gründen der Rechtssicherheit für die Verpflichtung des Gerichts, seine Entscheidung selbst zu korrigieren, eine zeitliche Grenze geben muss, die in analoger Anwendung nach § 321 a II ZPO zwei Wochen beträgt. Hinzu kommt, dass das Verfahren der einstweiligen Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO seiner Natur nach auf eine schnelle Beendigung des Verfahrens ausgerichtet ist.

ZPO  
§ 322

### Rechtskraftwirkung

ZPO

Abweisung einer Klage als „derzeit“ unbegründet

(BGH in NZBau 2014, 224; Urteil vom 20.11.2013 – XII ZR 19/11)

Ist eine **Werklohnklage mangels prüfbarer Schlussrechnung als derzeit unbegründet abgewiesen** worden, **steht einer erneuten Klage die Rechtskraft des klageabweisenden Urteils entgegen, wenn** mit dieser unter Vorlage eines Gutachtens **lediglich geltend gemacht wird, die Entscheidung des Gerichts sei unzutreffend.**

„Im Falle der Abweisung eines Zahlungsanspruchs als (noch) nicht fällig erwächst in **materielle Rechtskraft**, § 322 I ZPO, dass der Kl. bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Vorprozess gegen den Bekl. keinen zur Zahlung fälligen Anspruch hatte. Das hat präjudizielle Wirkungen in dem Sinne, dass die im Vorprozess entschiedene Rechtsfolge im nachfolgenden Prozess einer erneuten rechtlichen Würdigung nicht zugänglich ist. Soweit ein Klageanspruch rechtskräftig abgewiesen ist, ist es den Parteien versagt, sich in einem zweiten Prozess zu dieser Feststellung in Widerspruch zu setzen. Die Fälligkeit des Anspruchs kann daher im Folgeprozess nur auf Grund von nach dem Erstprozess entstandenen neuen Tatsachen angenommen werden (BGH NZBau 2011, 670 = BauR 2011, 1846). Maßgeblicher Stichtag für diese Zäsur ist dabei der Zeitpunkt vor der Entscheidung des Gerichts des Erstprozesses, bis zu dem die Parteien Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen konnten. Das ist im Zivilprozess grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung (BGH NZBau 2011, 670 = BauR 2011, 1846).

Danach hat das LG die Klage zu Recht wegen der entgegenstehenden Entscheidung des OLG in dem vorangegangenen Berufungsverfahren abgewiesen. Dieses hat rechtskräftig entschieden, dass die Werklohnforderung des Kl. nicht fällig sei, weil auch die zuletzt vorgelegte Schlussrechnung als solche, das heißt ohne die zugehörigen Stundenzettel, nicht prüfbar sei. Der Kl. hat im vorliegenden Verfahren Stundenzettel zu der Schlussrechnung nicht vorgelegt. Er hat sich lediglich auf das „Gutachten“ des Sachverständigen G berufen, in dem dieser ohne nachvollziehbare Begründung bestätigt, dass die Rechnung des Kl. übersichtlich, nachvollziehbar, korrekt und prüffähig sei und sie dem anerkannten „Stand- und Regelwerk“ für Malerarbeiten gemäß VOB/DIN 18363 entspreche. Der Gutachter vertritt damit – wie das LG zutreffend ausführt – **lediglich eine andere Rechtsauffassung** als das BerGer. in dem bereits rechtskräftig entschiedenen Verfahren. Eine **neue, die Prüfbarkeit der Rechnung begründende Tatsache** ist darin nicht zu sehen.“ (BGH aaO)

ZPO  
§§ 234 I 1, 236 II 2

### Nachholung einer versäumten Verfahrenshandlung

ZPO

Fristbeginn

(BGH in MDR 2014, 363; Beschluss vom 16.01.2014 – XII ZB 571/12)

Ein Verfahrensbeteiligter in einer Familienstreitsache **vor Einlegung der Beschwerde** einen **isolierten Verfahrenskostenhilfeantrag**, **beginnt die Frist zur Nachholung der versäumten Verfahrenshandlung** (hier: Einlegung der Beschwerde) **erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung** des Beschwerdegerichts **über die beantragte Beordnung eines Rechtsanwalts.**

„Gem. § 113 I FamFG i. V. m. § 236 II 2 ZPO setzt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter anderem voraus, dass der Antragsteller die versäumte Verfahrenshandlung innerhalb der zweiwöchigen Wiedereinsetzungsfrist des § 234 I 1 ZPO nachholt. Diese **Frist beginnt** nach § 113 I 1 FamFG i. V. m. § 234 II ZPO **mit dem Tag, an dem das Hindernis behoben** ist. Das ist in Fällen wie dem vorliegenden, in denen ein Verfahrensbeteiligter vorab um Verfahrenskostenhilfe für ein beabsichtigtes Rechtsmittel nachsucht, spätestens der Zeitpunkt der Zustellung des Verfahrenskostenhilfebeschlusses (vgl. BGH FamRZ 2009, 217). Wird die **beantragte Verfahrenskostenhilfe bewilligt**, ist regelmäßig der **Grund**, der einen mittellosen Verfahrensbeteiligten bisher daran gehindert hat, die beabsichtigte Verfahrenshandlung vorzunehmen, **entfallen**. Besteht für die Verfahrenshandlung allerdings Anwaltszwang, genügt die bloße Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe nicht, um das Hindernis zu beheben. Die notwendige Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts kann der mittellose Verfahrensbeteiligte nur dann vornehmen, wenn ihm im Wege der Verfahrenskostenhilfe ein Rechtsanwalt beigeordnet wird. Nur dann ist er wirtschaftlich in der Lage, die erforderliche anwaltliche Vertretung in dem Verfahren zu erreichen. Deshalb **beginnt die Wiedereinsetzungsfrist** in Verfahren, in denen sich der Beteiligte durch einen Anwalt vertreten lassen muss, **erst mit der Bekanntgabe des Beschlusses, mit dem ein Rechtsanwalt beigeordnet wird** (vgl. BGH NJW 2004, 2902 und NJW 2001, 2545).“ (BGH aaO)

StPO  
§§ 34a, 41

### Beginn der Rechtsmittelfrist

StPO

Zustellung an Staatsanwaltschaft durch Empfangsbekanntnis

(LG Marburg in NStZ-RR 2014, 112; Beschluss vom 25.11.2013 – 7 StVK 166/13)

Für den **Beginn der Rechtsmittelfrist bei Zustellung an die Staatsanwaltschaft** durch Empfangsbekanntnis kommt es auf das **Datum der Kenntnisnahme durch ein zur Empfangnahme von Zustellungen legitimierten Beamten** an, nicht auf den Eingang des zuzustellenden Schriftstückes bei der Behörde.

- I. Die **Frage**, ob es für den Beginn der Rechtsmittelfrist bei Zustellungen an die StA auf den Eingang des Schriftstückes bei der Behörde oder auf das Datum der Kenntnisnahme eines zur Zustellung legitimierten Beamten ankommt, **wird unterschiedlich beurteilt.**
- Meyer-Goßner (StPO, 56. Aufl., § 41 Rn 3), Graalman-Schäfer (in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 41 Rn 1), Weßlau (in: SK-StPO § 41 Rn 5) und Maul/Graf (in: KK-StPO, 7. Aufl., StPO § 41 Rn 5) vertreten die

Ansicht, es komme auf den Eingang bei der Behörde an, ohne dass es Bedeutung habe, ob der Behördenleiter oder der sachbearbeitende StA Kenntnis erlangt habe.

Eine Begründung dafür wird nicht gegeben, die Vertreter dieser Ansicht berufen sich allein auf RGSt 57, 55 und 72, 317. Die angezogenen Quellen können jedenfalls heute nicht mehr überzeugen und sprechen z. T. geradezu gegen die Meinung der Kommentatoren:

Im Fall RGSt 57, 55 hat das RG darauf abgestellt, dass nach der Preußischen Geschäftsordnung für die Sekretariate der StAen bei den LGen vom 12.11.1906 i. d. F. vom 28.01.1910 der Sekretär der Abteilung, für die es bestimmt ist, das Schriftstück in Empfang zu nehmen hat; damit sei die Zustellung bewirkt. Danach kommt es also darauf an, dass der für die Zustellungsannahme zuständige Beamte das Schriftstück erhält. In Fall RGSt 72, 317 hat das RG entschieden, dass der Behördenleiter nicht anordnen dürfe, dass ihm alle zuzustellenden Schriftstücke persönlich vorgelegt werden, weil dies dem Gedanken des Gesetzes widerspreche, den Geschäftsgang zu vereinfachen; dies komme auch in den Vorschriften der ZPO zum Ausdruck, wonach bei Behörden stets die Ersatzzustellung nach §§ 171, 184 ZPO zulässig sei. Nr. 250 der Richtlinien für das Strafverfahren bestimme deshalb, dass der Leiter der Geschäftsstelle das Datum vermerke, wann das zuzustellende Schriftstück eingegangen ist.

- Der Rückgriff auf die Zustellungsvorschriften der ZPO ist jedoch insoweit nicht mehr tragfähig, als die h. M. zu § 174 ZPO heute dahin geht, dass es gerade nicht auf den Eingangsstempel der Kanzlei pp. ankommt, sondern darauf, wann die Person, der zugestellt werden soll, Kenntnis genommen hat (vgl. nur Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 174 Rn 14 m. w. Nachw.).
- Dieser letztgenannten Ansicht hat sich auch das OLG Frankfurt a. M. (NStZ-RR 1996, 234) angeschlossen.

II. Dem folgt **LG Marburg aaO**.

*„Die **Rechtsmittelfrist soll dem Rechtsmittelberechtigten die mit der Dauer der Frist bestimmte Zeit einräumen, über die Einlegung des Rechtsmittels zu entscheiden**. Diese Entscheidung ist eine sachliche, die von einem Sachkundigen – hier einem StA – zu treffen ist, dem stets eben die Zeit bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist zur Verfügung stehen muss. Diese **Zeit kann** – schon wegen der u. U. außerordentlich weitreichenden Folgen der Rechtskraft – **nicht durch Zufälligkeiten im Geschäftsgang einer Behörde verkürzt werden**. Des Weiteren erfolgt die Zustellung nach § 41 StPO an die StA; die Zustellung an eine Behörde erfolgt grundsätzlich an deren Leiter; ihm obliegt es, ggf. einzelne nachgeordnete Beamte als seine Vertreter handeln zu lassen; dass diese Aufgabe nicht dem Bediensteten in der Poststelle zufallen kann, sollte fraglos sein. Schließlich **entspricht diese Auffassung auch dem vom Gesetz (ursprünglich) als Normalfall angesehenen Fall der Zustellung durch Vorlage des Originals**; hierzu bestimmt § 41 I 2 StPO, dass der Tag der Vorlegung zu vermerken ist. Dieser Vermerk wird nicht von der Posteingangsstelle, sondern stets von dem dazu befugten StA angebracht.“* (LG Marburg aaO)

StPO  
§ 41a

**Rechtsmitteleinlegung**  
Qualifizierte elektronische Signatur

StPO

(LG Limburg in NStZ-RR 2014, 113; Beschluss vom 10.12.2013 – 1 Qs 172/13)

Eine **qualifizierte elektronische Signatur** gem. § 41 a StPO **ersetzt** bezogen auf einen Schriftsatz die **Unterschrift und belegt die Urheberschaft der Person, auf die die Signatur lautet**. Ist ein Schriftsatz, mit dem Einspruch gegen einen Strafbefehl eingelegt wird, mit einer qualifizierten elektronischen Signatur des Verteidigers versehen, ist dieser auch dann Urheber des Schriftsatzes, wenn im Schriftsatz selbst die E-Mail-Adresse eines Kanzleisozius angegeben ist.

*„Ist das Rechtsmittel schriftlich eingelegt worden (§ 410 I 1 StPO), so muss die Rechtsmittelschrift auch vom Verteidiger stammen. Dies ist dann der Fall, wenn aus ihr seine Urheberschaft hervorgeht. Zwar ist das Dokument der Beschwerdeschrift selbst nicht unterzeichnet. Gem. § 41a I 1 StPO können Schriftsätze, die zu unterzeichnen sind, als elektronische Dokumente eingereicht werden, wenn diese mit einer **qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz** versehen und für die Bearbeitung durch die Gerichte und Staatsanwaltschaften geeignet sind. Bei Gerichten in Hessen ist die Einreichung von Schriftsätzen als elektronische Dokumente ausweislich § 1 der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei hessischen Gerichten und Staatsanwaltschaften vom 26.10.2007 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen, Teil I - 9. November 2007, S. 699 ff.) zulässig.“*

*Ausweislich des **Ausdrucks des Transfervermerks** vom 10.10.2013 enthält das Dokument der Beschwerdeschrift vom 09.10.2013 eine auf den Verteidiger G lautende qualifizierte elektronische Signatur. Damit ist der Verteidiger jedoch zugleich als Urheber der Beschwerdeschrift ausgewiesen, ersetzt doch die elektronische Signatur die Unterschrift (so für die vergleichbare Regelung in § 130a ZPO BGH, Beschl. v. 02.04.2008 - XII ZB 120/06, juris; Beschl. v. 14.05.2013 - VI ZB 7/13, juris). Dass insoweit die **elektronische Signatur für die Urheberschaft des Schriftsatzes maßgeblich** ist, lässt sich auch der Regelung des **§ 41a I 2 StPO** entnehmen, wonach ein der qualifizierten elektronischen Signatur vergleichbares Verfahren nur dann zugelassen ist, wenn insbesondere die Authentizität des Dokuments sichergestellt wird. Nach dem Willen des Gesetzgebers dient diese Regelung unter anderem der **Sicherstellung, dass das elektronische Dokument dem angegebenen Absender zuzurechnen ist** (vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz, BT-Drucks, 15/4067. S. 37).“* (LG Limburg aaO)

StPO  
§§ 44, 45

**Wiedereinsetzungsantrag**  
Postlaufzeit bei Einschreiben

StPO

(OLG Oldenburg in NStZ-RR 2014, 113; Beschluss vom 16.09.2013 – 1 Ws 547/13)

Bei **Übersendung eines Rechtsmittelschriftsatzes per Einschreiben** kann der Absender darauf vertrauen, dass sein Rechtsmittel bereits **am Tage nach seiner Aufgabe beim Empfangsgericht eingehen** werde.

*„Grds. darf ein **Rechtsmittelführer** darauf vertrauen, dass die **Postlaufzeiten eingehalten** werden, die durch die Deutsche Post AG für den Normalfall festgelegt sind. Verzögerungen bei der Briefbeförderung oder -zustellung werden ihm nicht als Verschulden zugerechnet (BGH, Beschl. v. 17.01.2012 – VIII ZB 42/11 – juris Rn 7). Aktuell gibt die Deutsche Post AG auf ihrer Internetseite unter*

den „FAQ“ zum Einschreiben Folgendes an: „Für die Zustellung des Einschreibens gilt die Laufzeitvorgabe E+1 (1 Tag nach Einlieferung). Die Deutsche Post AG gewährt allerdings keine Laufzeitgarantie.“ Zwischen einer Aufgabe am Zustellort oder einer Aufgabe außerhalb des Zustellortes wird dabei nicht unterschieden.

Bei normalem Postlauf durfte der Angekl. demnach von einer Zustellung seines Einschreibens am letzten Tag der Berufungsfrist ausgehen.

Auf den Umstand, dass die Post keine Laufzeitgarantien übernimmt, kommt es für die vorliegende **Verschuldensfrage** nicht an, da es sich um eine Haftungsfreizeichnung handelt, aus der sich keine abweichende Bewertung für die maßgebliche Frage herleiten lässt, was der Versender als normale Postlaufzeit erwarten durfte.

Geht die Post demnach selbst von dem Regelfall einer Zustellung einen Tag nach Einlieferung aus, dann sprechen keine ausreichend konkreten Anhaltspunkte für die in der Rspr. verbreitete Gegenmeinung, wonach bei einem Einschreiben von einer längeren Laufzeit, nämlich 2 Tagen, auszugehen sei (so etwa OLG Frankfurt a. M. NSTZ-RR 2011, 116). Die dieser Sichtweise zu Grunde liegende Annahme, die besonderen Bearbeitungsschritte bei einem Einschreiben begründeten eine längere Zustelldauer, weshalb der Versender, anders als bei normaler Briefpost, nicht von einem Zugang bereits am Tag nach der Aufgabe ausgehen könne, findet in der von der Post selbst angegebenen Regellaufzeit keinerlei Stütze, zumal bei der heute bei Aufgabe der Sendung EDV-gestützten Erfassung eines Einschreibens keine zusätzlichen Bearbeitungsschritte auf dem Transportwege mehr ersichtlich sind, die solch eine Verzögerung begründen könnten. Allein der Umstand, dass der Empfang der Sendung durch den Empfänger quittiert werden muss, begründet keine längere Postlaufzeit.

Die Auswahl eines Einschreibens als beweiskräftigere Versandart anstelle eines normalen Briefs oder Einwurfeinschreibens kann dem Rechtsmittelführer im Übrigen ohnehin nicht zum Vorwurf gemacht werden, da die abweichende Bewertung eine **unzumutbare Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten** bedeuten würde, wobei der Rechtsmittelführer auch berechtigt ist, eine Frist voll auszuschöpfen.“ (OLG Oldenburg aaO)

VwGO  
§ 40 I 1

### Verwaltungsrechtsweg

VwGO

Fortsetzungsfeststellungsklage gegen doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei

(OVG Lüneburg in NVwZ-RR 2014, 327; Beschluss vom 08.11.2013 – 11 OB 263/13)

Bei **doppelfunktionalen Maßnahmen der Polizei**, die sowohl der Gefahrenabwehr als auch der Strafverfolgung gedient haben könnten, ist der **Verwaltungsrechtsweg für eine Fortsetzungsfeststellungsklage** eröffnet, wenn der Grund für das polizeiliche Einschreiten bzw. dessen Schwerpunkt nach objektiver Betrachtung für den Betroffenen nicht zweifelsfrei zu erkennen war, aber (zumindest auch) eine präventiv polizeiliche Rechtsgrundlage in Betracht kam.

„Die hier streitigen polizeilichen Maßnahmen gehören zu den so genannten **doppelfunktionalen Maßnahmen der Polizei**. Darunter werden Handlungen verstanden, die sich nicht ohne Weiteres als Maßnahmen der Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung einordnen lassen, weil sie nach Maßgabe entsprechender **Befugnisnormen** sowohl nach **Polizeirecht** als auch nach der **StPO** vorgenommen worden sein könnten. Bei diesen Maßnahmen ist nach der überwiegenden Rspr. der **Rechtsweg danach zu bestimmen, ob der Grund oder das Ziel des polizeilichen Einschreitens** und ggf. dessen **Schwerpunkt der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung dienen**. Für die Abgrenzung der beiden Aufgabengebiete ist maßgebend, wie sich der konkrete Sachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage des Betr. bei natürlicher Betrachtungsweise darstellt (BVerwGE 47, 255 = NJW 1975, 893 = NJW 1975, 1529; VGH Mannheim NVwZ-RR 2011, 231; VGH München BayVBl 2010, 220). Dabei muss der Sachverhalt im Allgemeinen einheitlich betrachtet werden, es sei denn, dass einzelne Teile des Geschehensablaufs objektiv abtrennbar sind. Hat die Polizei die Ermittlungen an die Staatsanwaltschaft oder das AG weitergeleitet oder auf Weisung der an die Staatsanwaltschaft gehandelt, so kann an der strafprozessualen Natur ihres Einschreitens kein vernünftiger Zweifel bestehen. Eine Maßnahme, die nach dem **Gesamteindruck** darauf gerichtet ist, eine strafbare Handlung zu erforschen oder sonst zu verfolgen, ist der Kontrolle der ordentlichen Gerichte nach §§ 23 ff. EGGVG nicht etwa deshalb entzogen, weil durch die polizeilichen Ermittlungen möglicherweise zugleich auch künftigen Verletzungen der öffentlichen Sicherheit vorgebeugt wurde (BVerwGE 47, 255 = NJW 1975, 183 = NJW 1975, 1529).“ (OVG Lüneburg aaO)

NRWwVG  
§§ 55 I, 58, 60, 63

### Zwangsvollstreckung Mittelloser Schuldner

öffR

(OVG Münster in DÖV 2014, 312; Beschluss vom 15.08.2013 – 2 A 740/13)

Für die Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung kommt es allein auf das Vorliegen einer vollstreckbaren Grundverfügung an. Grds. ist eine Vollstreckungsbehörde daher nicht gehindert, auch gegen einen mittellosen Vollstreckungsschuldner ein Zwangsgeld zu verhängen.

„Grds. ist eine Vollstreckungsbehörde nicht gehindert, auch gegen einen mittellosen Vollstreckungsschuldner ein Zwangsgeld zu verhängen. Andernfalls könnte sich ein Vollstreckungsschuldner allein unter Hinweis auf seine Mittellosigkeit seiner Ordnungspflicht entziehen, was ein in dieser Allgemeinheit mit dem öffentlichen Recht unvereinbares Ergebnis wäre. Allerdings muss bei der Wahl des Zwangsgelds als Zwangsmittel zu erwarten sein, dass der Vollstreckungsschuldner unter dem Eindruck einer Zwangsgeldandrohung für die Befolgung der Ordnungsverfügung sorgen wird. Die Vollstreckungsbehörde hat dazu prognostisch auch zu prüfen, ob der Ordnungspflichtige seiner Verpflichtung in finanzieller Hinsicht nachkommen kann. Ein Zwangsgeld kann dann ein ungeeignetes Zwangsmittel sein, wenn der Vollstreckungsschuldner nach seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen dauerhaft nicht in der Lage ist, die Ordnungspflicht selbst zu erfüllen oder erfüllen zu lassen und auch absehbar keine Möglichkeit der Inanspruchnahme unentgeltlicher Hilfe besteht (vgl. dazu OVG Rh.-Pf. NVwZ-RR 1992, 519).

Um sich die zur Erfüllung seiner Ordnungspflicht erforderlichen finanziellen Mittel zu beschaffen, ist es dem Vollstreckungsschuldner aber regelmäßig zuzumuten, etwa sein Grundstückseigentum jedenfalls dann einzusetzen, wenn er das einzusetzende Grundstück nicht bewohnt und er es auch sonst nicht für seine Lebensführung benötigt.“ (OVG Münster aaO)

**Einstweilige Aussetzung der Vollziehung**  
Keine aufschiebende Wirkung des Beschlusses

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2014, 292; Beschluss vom 25.11.2013 – 8 S 2239/13)

Auf Grund der gesetzlichen Wertung in § 149 I 1 VwGO, wonach der **Beschwerde grds. keine aufschiebende Wirkung** zukommt, ist für eine einstweilige Aussetzung der Vollziehung des erstinstanzlichen Beschlusses im Beschwerdeverfahren nach § 173 VwGO i. V. m. § 570 III ZPO nur ausnahmsweise Raum, wenn dies auf Grund einer **Folgenabwägung** dringend geboten erscheint oder sich die angegriffene Entscheidung auf Grund der im Beschwerdeverfahren rechtzeitig erfolgten Darlegungen als offensichtlich rechtswidrig erweist.

*„Ob und in welchem Umfang die Vollziehung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung vorläufig auszusetzen ist, entscheidet das BeschwGer. gem. § 570 III Hs. 2 ZPO nach pflichtgemäßem Ermessen. Bei dieser Ermessensentscheidung ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerde grds. nach § 149 I 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung hat. Auf Grund dieser vom Gesetzgeber vorgegebenen Gewichtung ist für eine einstweilige Aussetzung der Vollziehung des erstinstanzlichen Beschlusses im Beschwerdeverfahren nur ausnahmsweise Raum, wenn dies auf Grund einer Folgenabwägung dringend geboten erscheint oder sich die angegriffene Entscheidung auf Grund der im Beschwerdeverfahren rechtzeitig erfolgten Darlegungen als offensichtlich rechtswidrig erweist (VGH Kassel NVwZ-RR 2004, 388).“* (VGH Mannheim aaO)

---

**Widerspruch gegen Beitragsbescheid**  
Festsetzung von Beiträgen zum Versorgungswerk der Rechtsanwälte

(OVG Berlin-Bbg in NJW-RR 2014, 59; Beschluss vom 09.09.2013 – OVG 12 S 85/12)

Ebenso wie Beiträge zum Versorgungswerk der Rechtsanwälte haben auch **Säumniszuschläge und Zinsen nicht nur untergeordnete Finanzierungsfunktion**. Sie gehören daher zu den öffentlichen Abgaben und Kosten i. S. des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO, sodass ein **Widerspruch gegen die Festsetzungsbescheide keine aufschiebende Wirkung** hat.

*„Gem. § 9 III 1 BbgRAVG werden rückständige Beiträge, Säumniszuschläge und Zinsen auf Grund des von dem Vorsitzenden des Vorstands ausgestellten, mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen Bescheids nach den Vorschriften beigetrieben, die für die Vollstreckung von Urteilen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gelten. Die Zwangsvollstreckung darf nach Satz 2 der Norm jedoch erst zwei Wochen nach Zustellung des vollstreckbaren – also mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen – Bescheids beginnen. Die **Regelung unterscheidet nicht zwischen rückständigen Beiträgen, Säumniszuschlägen und Zinsen**. Sie setzt für die Beitreibung sowohl der Beiträge als auch der Säumniszuschläge und Zinsen die vorherige Festsetzung durch Bescheid voraus (vgl. bereits OVG Berlin-Bbg BeckRS 2013, 57207), lässt sodann aber die zeitgleiche Vollstreckung sowohl wegen der Beiträge selbst als auch wegen der Säumniszuschläge und Verzugszinsen zu. Hiervon ist der Senat bereits in der Vergangenheit ohne Weiteres ausgegangen (vgl. etwa OVG Berlin-Bbg BeckRS 2012, 45403 und BeckRS 2013, 57208).*

*Ebenso wie den Beiträgen zum Versorgungswerk kommt auch den Säumniszuschlägen und Zinsen eine **nicht nur untergeordnete Finanzierungsfunktion** zu, weshalb auch sie zu den öffentlichen Abgaben und Kosten i. S. des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO gehören mit der Folge, dass der Widerspruch gegen die Festsetzungsbescheide keine aufschiebende Wirkung hat (vgl. für Säumniszuschläge nach dem KAG i. V. mit der AO OVG Berlin-Bbg BeckRS 2011, 52698 und BeckRS 2005, 15072; OVG Hamburg NVwZ-RR 2006, 156; Koch NVwZ 2007, 782 m. w. Nachw.; vgl. zur Gegenansicht etwa OVG Lüneburg BeckRS 2013, 52956; VGH München BeckRS 2013, 57209; OVG Weimar BeckRS 2008, 06806 jeweils m. w. Nachw.). Dass die nach § 9 II 3 BbgRAVG i. V. mit § 36 VI 2 der Satzung zulässige Erhebung von Verzugszinsen dazu dient, den beim Mitglied infolge des Verzugs mit der Beitragsleistung entstandenen Zinsvorteil abzuschöpfen und ihn dem Versorgungswerk zur Verfügung zu stellen, liegt auf der Hand. Auch der nach § 9 II 2 BbgRAVG i. V. mit § 36 VI 1 der Satzung zulässige Säumniszuschlag dient nicht allein oder ganz überwiegend dazu, den Beitragsschuldner zur rechtzeitigen Beitragszahlung zu veranlassen, sondern soll daneben den infolge des Verzugs entstandenen zeitweiligen **Einnahmeausfall und damit einhergehenden Zinsnachteil ausgleichen**. Denn der Verzugszins nach § 36 VI 2 der Satzung darf erst erhoben werden, wenn der Beitragsschuldner mehr als drei Monate in Zahlungsverzug ist. Zwar kann er sodann – neben dem Versäumniszuschlag – ab Fälligkeit der offenen Beitragsforderung erhoben werden; für jeden Zahlungsverzug von weniger als drei Monaten sieht die Satzung jedoch als Ausgleich des dem Versorgungswerk entstandenen Zinsnachteils lediglich die Erhebung des Säumniszuschlags vor.“* (OVG Berlin-Bbg aaO)

## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Wischemeyer/Honisch:** Gesellschafterhaftung in der Insolvenz von Anwaltssozietäten – Erstreckung auf (ausgeschiedene) Scheingesellschafter? (NJW 2014, 881)

Im Insolvenzverfahren sind die **Gläubiger einer insolventen Anwaltskanzlei** gem. § 93 InsO **an der Inanspruchnahme der Gesellschafter** wegen Verbindlichkeiten der Sozietät **gehindert**; allein der **Insolvenzverwalter kann und muss derartige Ansprüche geltend machen**. - Dies **gilt auch für die Inanspruchnahme ehemaliger Gesellschafter**, solange zu deren Gunsten der Fünf-Jahres-Zeitraum des §160 I HGB noch nicht verstrichen ist. - Außerdem kann der Insolvenzverwalter sogar Personen in Anspruch nehmen, die zu dem Zeitpunkt, zu dem eine Forderung gegen die Sozietät begründet wurde, den zurechenbaren Rechtsschein gesetzt hatten, eine Gesellschafterstellung innezuhaben; dies gilt im Wesentlichen für als GbR sowie als Partnerschaftsgesellschaft organisierte Anwaltskanzleien und ist nach der hier vertretenen Auffassung einheitlich für Primär- und Sekundäransprüche zu behandeln. - Insgesamt kann sich daher für den Insolvenzverwalter eine große Bandbreite an Haftungsansprüchen und Anspruchsgegnern ergeben. - Die Ermittlung und Bezifferung dieser Ansprüche setzt voraus, dass der Insolvenzverwalter einerseits die Gesellschafterverhältnisse und etwaige Rechtscheinstatbestände im haftungsrelevanten Zeitraum klärt und andererseits die Zeitpunkte feststellt, in denen die Verbindlichkeiten gegenüber Gläubigern entstanden. - Auf der anderen Seite ist angesichts der **Haftungsgefahren für jeden Rechtsanwalt**, der in einer Sozietät tätig ist, auf Grund des **langwierigen Enthafungszeitraums** auch ohne konkrete Insolvenzgefahr stets zu berücksichtigen, unter welcher Voraussetzung er für den Fall einer Insolvenz der Anwaltssozietät haften kann; dies gilt insbesondere für angestellte Rechtsanwälte, die regelmäßig nicht an den Gewinnen der Sozietät teilhaben, aber persönlich haften können, wenn der Rechtsschein erweckt wurde, sie seien Gesellschafter der Sozietät. Hinsichtlich der Haftung für fehlerhafte Berufsausübung bietet die Rechtsform der PartG mbB einen weitreichenden Haftungsschutz – auch unter dem Gesichtspunkt einer etwaigen Rechtsscheinhaftung als (ausgeschiedener) Scheinpartner.

2. **Sutschet:** Anforderungen an die Rechtsgeschäftslehre im Internet (NJW 2014, 1041)

Die **Regeln des BGB über Rechtsgeschäfte erfassen auch den E-Commerce** und regeln ihn gut – solange kein Missbrauch betrieben wird. - Wenn hingegen eine der Vertragsparteien den Vertragsschluss unter Ausnutzung des technischen Systems manipuliert, so tut sich die traditionelle Rechtsgeschäftslehre mit der Bewältigung der daraus entstehenden Fragen mitunter schwer; in vielen Fällen kann erst ein (flankierender) Schadensersatzanspruch Gerechtigkeit herstellen

3. **Weßlau:** Kann das Revisionsgericht an tatrichterliche Feststellungen zum „eigenmächtigen Ausbleiben“ (§ 231 II StPO) gebunden sein? (StV 2014, 236)

### II. Strafrecht

1. **Hofmann/Ritzert:** Zur Strafbarkeit des Einsatzes nachrichtendienstlicher V-Personen in terroristischen Vereinigungen, extremistischen Organisationen und verbotenen Gruppierungen (NStZ 2014, 177)

**Nachrichtendienstliche V-Personen**, die in terroristische oder kriminelle Vereinigungen eingeschleust werden, machen sich **nach §§ 129, 129 a, 129 b StGB strafbar**, wenn sie sich darin mitgliederschäftlich betätigen oder diese unterstützen; gleiches gilt für die Tathandlungen nach § 20 I VereinsG bei Einsatz in verbotenen Organisationen und Begleittaten, wie Schleusungs- oder Propagandadelikte sowie andere milieutypische Straftaten. - Die in den Einsatz und die Führung der V-Personen involvierten **Mitarbeiter der Nachrichtendienste machen sich**, wenn sie hinsichtlich der Straftaten der Quelle mit zumindest bedingtem Vorsatz handeln, **strafbar wegen Unterstützung einer terroristischen oder kriminellen Vereinigung** oder nach § 20 I Nr. 3 VereinsG sowie Anstiftung oder Beihilfe zu Begleittaten. - Eine **Rechtfertigung aufgrund Wahrnehmung einer amtlichen Befugnis**, etwa nach § 8 II BVerfSchG und § 3 BND-Gesetz oder andere Rechtfertigungsgründe, **bestehen nicht**. - Die Vorschrift des § 6 III des Niedersächsischen Verfassungsschutzgesetzes entfaltet rechtfertigende Wirkung nur, wenn kein Tatort außerhalb dieses Bundeslandes besteht.

2. **Puppe:** Tötungsvorsatz und Affekt – Über die neue Rechtsprechung des BGH zum Dolus eventuales in Bezug auf den möglichen Todeserfolg bei offensichtlich lebensgefährlichen Gewalthandlungen (NStZ 2014, 183)

3. **Dusch/Rommel:** Strafvereitelung (im Amt) durch Unterlassen am Beispiel von Finanzbeamten (NStZ 2014, 188)

Die **Strafbarkeit der Finanzbeamten** – mit Ausnahme der „Strafrechtler“ – wegen Strafvereitelung (im Amt) durch unterlassene Mitteilung (steuer-)strafrechtlichen Verhaltens gegenüber den Strafverfolgungsorganen **scheitert**

**daran, dass keine Garantenstellung vorliegt;** eine solche ergibt sich insbesondere **nicht aus Verwaltungsvorschriften, weil diese weder dem Schutz des Rechtsgutes der §§ 258, 258 a StGB (Strafrechtspflege) dienen, noch als Innenrecht der Verwaltung eine ausreichende Verpflichtungskraft aufweisen.** - Dennoch ist dem einzelnen Finanzbeamten zu raten, Hinweise auf steuerstrafrechtliches Verhalten der BuStra mitzuteilen; dies dürfte insgesamt der sicherste Weg sein, denn ein Verstoß gegen die Mitteilungspflichten könnte – abseits strafrechtlicher Konsequenzen – disziplinarische Folgen haben, die vermieden werden können.

### III. Öffentliches Recht

1. **Ekardt:** Nach dem Altrip-Urteil: Von der Klagebefugnis zu Verfahrensfehlern, Abwägungsfehlern und Individualklage (NVwZ 2014, 393)
2. **Epiney:** Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht im Rechtsvergleich (NVwZ 2014, 465)
3. **Siems:** Der Umgang mit Extremismus im Öffentlichen Dienst (DÖV 2014, 338)

Ein **Mangel an Verfassungstreue** kann den öffentlichen Dienstherrn bzw. Arbeitgeber mithin auf vielfachen Ebenen zu Maßnahmen berechtigen. - Das **Personaleinstellungsverfahren** ist hierbei **von der Prognosefunktion geprägt** und erlaubt die Ablehnung bereits bei Zweifeln an der zuverlässigen Erfüllung der Verfassungstreupflicht. - Solche Zweifel werden indessen aufgrund des Ausnahmecharakters einer routinemäßigen Verfassungstreueprüfung nicht zwingend vor der Einstellung entdeckt werden können; sofern bei einem in den Öffentlichen Dienst gelangten Extremisten nicht schon eine Rücknahme der Ernennung, Amtsenthebung oder Anfechtung eine bei der Einstellung erfolgte Täuschung korrigieren kann, lässt sich bei Aufdeckung entsprechender Tatsachen vor einer Lebenszeitanstellung eine Entlassung bzw. Kündigung verwirklichen. - Im Bereich **disziplinarrechtlicher Ahndung** muss neben dem Mindestmaß an Gewicht und Evidenz die Schuldhaftigkeit und die Verhältnismäßigkeit hinzukommen, um Maßnahmen bis hin zur Entfernung aus dem Beamten-/Dienstverhältnis zu verhängen.

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

1. **Nickel:** Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Prozesskosten- und Beratungshilfe bis Ende 2013 (MDR 2014, 383)
2. **Greger:** Die Partei als Erkenntnis- und Beweismittel im Zivilprozess (MDR 2014, 313)
3. **Brand:** Das Spannungsverhältnis zwischen Wahrheits- und Verschwiegenheitspflicht (AnwBl 2014, 286)

**Prinzipien des Strafprozessrechts****I. Officialmaxime, § 152 I StPO**

Allein dem Staat steht ein Strafanspruch zu. Sowohl die Einleitung als auch die Durchführung des Strafverfahrens erfolgt von staatlicher Stellen, ohne dass es – von Ausnahmen abgesehen – auf den Willen des Verletzten ankommt. Der Staat hat also ein Anklagemonopol.

**II. Legalitätsprinzip, §§ 152 II, 163, 170 I StPO**

Das Legalitätsprinzip ergibt sich aus dem Rechtsstaatsgebot nach Art. 20 III GG. Es verpflichtet die Staatsanwaltschaft bei Kenntniserlangung von einer möglichen Straftat (Anfangsverdacht) ein Ermittlungsverfahren einzuleiten (§ 152 II StPO) und bei hinreichenden Anklage zu erheben.

**III. Anklagegrundsatz, §§ 151, 155 I, 264 StPO**

Nach dem Anklagegrundsatz (auch: Akkusationsprinzip) findet eine gerichtliche Untersuchung, wie in § 151 StPO verankert, nur nach Erhebung einer Klage statt. Das Gericht darf insofern nur über Taten befinden, auf die sich auch die Anklage der Staatsanwaltschaft oder des Privatklägers bezieht.

**IV. Amtsermittlungsgrundsatz, §§ 155 II, 160 II, 244 II StPO**

Nach dem Ermittlungsgrundsatz (auch: Untersuchungsgrundsatz oder Instruktionsprinzip) sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen und aufzuklären. Hierbei muss die Staatsanwaltschaft nach § 160 II StPO nicht nur belastende, sondern auch entlastende Umstände ermitteln und die Beweise sichern (Prinzip der materiellen Wahrheit). Dies gilt nach § 155 II StPO auch für die Untersuchung durch das Gericht.

**V. Öffentlichkeitsprinzip, § 169, 1 GVG, Art. 6 I 1, 2 EMRK**

Nach dem Öffentlichkeitsprinzip kann jedermann der mündlichen Hauptverhandlung beiwohnen, wobei die Begrenzungen der tatsächlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen sind (z.B.: Größe des Verhandlungssaales). Nur selten lässt das Gesetz eine Durchbrechung des Öffentlichkeitsprinzips zu.

**VI. Unmittelbarkeitsprinzip, § 250 StPO**

Nach dem Unmittelbarkeitsprinzip muss das Gericht die zu ermittelnden Tatsachen selbst feststellen und dabei jeweils zunächst die unmittelbaren Beweismittel den mittelbaren vorziehen. Das Gericht ist daher grundsätzlich verpflichtet, die Zeugen selbst zu vernehmen und kann sich nicht mit der Verlesung früherer Aussagen der Zeugen begnügen (Ausnahme z.B. § 251 StPO).

**VII. Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung, § 261 StPO**

Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung. An Beweisregeln ist es hierbei nicht gebunden. Es muss lediglich Beweisverwertungsverbote beachten und darf das Schweigen des Angeklagten nicht zu seinem Nachteil auslegen.

**VIII. Konzentrationsmaxime**

Die Staatsanwaltschaft und das Gericht sind nach diesem auch Beschleunigungsgrundsatz genannten ungeschriebenen Prinzip, welches Grundlage der Regelungen in §§ 228 ff., 268 StPO ist, verpflichtet, das Strafverfahren so rasch wie möglich durchzuführen.

**IX. Mündlichkeitsprinzip, §§ 261, 264 StPO**

Nach dem Mündlichkeitsprinzip kann Grundlage der Entscheidung nur der in der Hauptverhandlung vollständig angesprochene Prozessstoff sein. Ausfluss dieses Grundsatzes ist es auch, dass Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollen, nach § 249 StPO in der mündlichen Verhandlung vorgelesen werden müssen.

**X. in dubio pro reo, Art. 20 III GG [§ 261, Art. 6 II EMRK: Unschuldsvermutung]**

Es darf nur der schuldige Angeklagte bestraft werden, daher muss seine Schuld in einem den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Verfahren nachgewiesen werden. Bis dahin gilt der Angeklagte als unschuldig und ist bei Zweifeln an seiner Schuld freizusprechen.

**XI. Gebot eines fairen Strafverfahrens, Art. 20 III GG, Art. 6 I EMRK**

Das Strafverfahren muss fair und rechtsstaatlich ablaufen.

**XII. Anspruch auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 GG, § 16 GVG**

Ein Strafverfahren darf nur von dem hierzu berufenen Gericht und nur von den hierfür zuständigen Richtern durchgeführt werden.

**XIII. Ne bis in idem, Art. 103 III GG**

Nach diesem Grundsatz darf niemand wegen derselben Tat aufgrund allgemeiner Strafgesetze mehrmals bestraft werden, vielmehr tritt mit dem Erlass des Urteils hinsichtlich der prozessualen Tat ein Strafklageverbrauch ein.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Strafrecht

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

<b>Land:</b> <b>Bayern</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>RiaLG B</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>14.03.2014</b>
-------------------------------	--	---

### Zur Person:

Zum Ablauf des Vorgesprächs bei Herrn B kann ich mich meinen Vorprotokollanten eigentlich nur anschließen: Er fragt, ob man mit seinen Vorkpunkten zufrieden sei und nach der angestrebten Gesamtnote. Er ist sachlich, aber durchaus auch freundlich und ermutigend.

Auch hinsichtlich des Prüfungsgesprächs kann ich mich nur den Vorprotokollanten anschließen: Es blieb eher an der Oberfläche, tiefgehende Begründung und eingehende Subsumtion waren oftmals nicht gefragt.

### Zur Prüfung:

**Fall:** A und B vereinbaren, Geld vom Rentner R zu erbeuten. Nach dem Tatplan soll A den R in dessen Garten locken und in ein Gespräch verwickeln. B soll sich indessen von hinten an R heranschleichen, ihn umgreifen und ihm die Geldbörse aus der Jacke ziehen. Während R arglos im Garten steht und mit A spricht, tritt B von hinten an R heran, zieht abredewidrig ein Messer und stößt dem R dieses auf die Herzgegend zielend in den Rücken. R wird bewusstlos. A möchte nun vom Tatort flüchten, als B ihm zuruft, er solle ihm helfen, sonst werde es dem A wie R ergehen. Daraufhin hilft A dem B, den R gewaltsam in ein Gebüsch zu ziehen, wo B die Geldbörse des R an sich nimmt und dem A, wie zu Beginn vereinbart, einen Teil des Geldes überreicht. R stirbt an seinen Verletzungen.

Zu prüfen war zunächst die Strafbarkeit des B wegen Mordes an R nach § 211 StGB. Als Mordmerkmal war Heimtücke anzunehmen. Selbst wenn man mit einem Teil der Lehre dafür einen verwerflichen Vertrauensbruch verlangt, war das Mordmerkmal zu bejahen, da A hier durch sein Gespräch mit R eine Vertrauensbeziehung aufgebaut hatte. Ebenso lag das Mordmerkmal der Habgier vor, da B aus einem hemmungslosen und rücksichtslosen Streben nach materiellen Vorteilen in Form des Besitzes am Geldbörseninhalte handelte. Fraglich war, ob B auch tötete, um eine andere Straftat zu ermöglichen. Problematisch war das Vorliegen einer anderen Tat, stellte man auf einen Raub ab, da die Tötungshandlung mit der Gewaltanwendung des Raubtatbestands zusammenfiel. Jedenfalls ließ sich hier eine Ermöglichungsabsicht insoweit bejahen, als die spätere An-sichnahme der Geldbörse durch den R einen Diebstahl (str.)/eine Unterschlagung darstellte, deren Verwirklichung sich nicht mit der Tötungshandlung überschneidet.

Bejaht wurde weiterhin die Verwirklichung der §§ 249, 250, 251 StGB. Dabei wurde das Vorliegen einer Wegnahme (R war bewusstlos/tot) nicht problematisiert. Im Rahmen des § 251 StGB war auf den gefahr-spezifischen Gefahrszusammenhang einzugehen.

Dem A war die aktive Tötungshandlung des B subjektiv nicht zuzurechnen, da sie abredewidrig erfolgte, so-dass eine Mittäterschaft nach §§ 211, 25 II StGB durch aktives Tun ausschied. Fraglich war jedoch, ob A als Unterlassungstäter gem. § 211 StGB strafbar war. Dies setzte jedoch voraus, dass A die Möglichkeit der Erfolgsabwendung und damit hier die Möglichkeit zur Verhinderung der Messerstiche hatte. Aufgrund der Ahnungslosigkeit des A und des schnellen Geschehensablaufs war dies zu verneinen. A könnte jedoch der Beihilfe zum Mord gem. §§ 211, 27 StGB schuldig sein. Fraglich war, ob A den Mord gefördert hatte, was keinen kausalen Tatbeitrag voraussetzt, sondern lediglich eine Chancenerhöhung für den Taterfolg. Dies war abzulehnen. Im Ablenken des R lag keine Beihilfehandlung, da er in diesem Zeitpunkt keinen Vorsatz hinsichtlich der Haupttat des B hatte. In der späteren Mithilfe beim Wegzerren des R lag keine Beihilfe, da der Tod des ohnehin im Streben liegenden R hierdurch nicht gefördert wurde.

Wollte man dies dennoch annehmen, so war zu prüfen, ob A gerechtfertigt oder entschuldigt war, da er zuvor von B durch Drohung zur Mithilfe gezwungen worden war. Darin lag seinerseits eine Nötigung nach § 240 StGB und eine Bedrohung nach § 241 StGB durch B gegenüber A. Eine Rechtfertigung des A durch Notstand gem. § 34 StGB war jedoch deshalb abzulehnen, da A nicht um eine Lebensgefahr von sich abzuwenden, des Lebens eines anderen Opfers bedurfte (keine Abwägung von Leben gegen Leben). Ein entschuldigender Notstand nach § 35 StGB scheiterte daran, dass es A gem. § 35 S. 2 StGB zuzumuten war, die Gefahr hinzunehmen, da er sie selbst durch seine Mittäterschaft mitverschuldet hatte.

Viel Erfolg! Alles halb so wild!

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Zivilrecht

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

<b>Land:</b> <b>NRW</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>RA F</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>20.03.2014</b>
----------------------------	---	---

#### Zur Person:

F bot von allen Prüfern das lockerste Erscheinungsbild und trug als einziger im Raum keinen Anzugjacke. Er wirkte freundlich und verfolgte die gesamte Prüfung aufmerksam. Er prüfte überwiegend der Reihe nach durch, wobei die einzelnen Prüflinge jeweils ca. 3 Min. lang befragt wurden. Seine Fragen sind nicht immer gleich verständlich, weshalb die Prüflinge nicht immer sofort wussten, worauf er gerade hinaus wollte. Dennoch ging seine Prüfung recht schnell vorbei und war inhaltlich so gehalten, dass jeder etwas zum Prüfungsgespräch beitragen konnte.

#### Zur Prüfung:

F fragte zunächst danach, warum in den Schriftsätzen der Anwälte häufig ein Antrag nach § 331 III ZPO gestellt wird. Über diesen Einstieg kamen wir zum Versäumnisurteil, definierten Dieses und sprachen darüber, wie ein solches existent wird, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen und wie der gesamte Ablauf nach Erlass eines Versäumnisurteils sich darstellt. Wir sprachen dabei über echte und unechte Versäumnisurteile und die Voraussetzungen eines sog. zweiten Versäumnisurteils.

Anschließend fragte F, womit denn ein Versäumnisurteil vergleichbar sei. Über diese Frage und § 700 I ZPO kamen wir dann auf das Mahnverfahren zu sprechen. Hierbei wollte er Ausführungen zur Einleitung, zum Mahnbescheid, zum Vollstreckungsbescheid und zum Einspruch bzw. Widerspruch hören.

Danach kamen wir kurz auf die Frage des Anwaltszwangs zu sprechen und erläuterten, wann diese greife und wo diese gesetzlich geregelt sei.

Dann stellte F folgenden Fall (als Aufhänger für allgemeine Fragen):

B ist Fußballspieler im Verein B und A, der früher für den Verein B spielt, ist nunmehr Spieler im Verein A. B hält A für einen Verräter des Vereins B und will sich an A rächen. Hierzu foult er den A bei einem Fußballspiel in nicht regelkonformer Weise, wodurch A verschiedene Verletzungen erleidet.

Nachdem F diesen Fall geschildert hatte, sprachen wir zunächst über Vereine und was diese rechtlich seien. Anschließend besprachen wir, wie Vereine gebildet werden und wer für den Verein handelt. Dann besprachen wir die Eigenschaften von jur. Personen im Allgemeinen und grenzten diese zu den Personen(handels)gesellschaften ab. Anschließend besprachen wir die einzelnen Voraussetzungen des § 823 BGB und die rechtfertigende Einwilligung des A, wenn er sich zu einem Fußballspiel auf das Spielfeld begibt.

Dann wandelte F den Fall dahingehend ab, dass der A den B unmittelbar vor dem Foul provoziert hatte und fragte uns, ob die nach unserer Ansicht etwas an der rechtlichen Einschätzung zur Haftung des B ändere. Hierzu sagte jeder kurz seine Meinung, damit geschlossen wird diesen Fall ab.

Als nächstes stellte F dann folgenden Fall:

A ist Verbraucher und kauft bei Händler B einen Neuwagen. In den AGB wird die Haftung für Mängel ausgeschlossen. Nach 5 Monaten und 13.000 km Fahrleistung sind die Bremsen abgefahren und funktionieren nicht mehr. A bringt den Pkw zu B, der diesen repariert. Anschließend verlangt B von A die Zahlung von 2.000 €, A hingegen beruft sich auf seine Gewährleistungsrechte.

In diesem Fall stiegen wir mit der Definition der Begriffe Verbraucher (§ 13 BGB) und Unternehmer (§ 14 BGB) ein. F fragte, ob er als Rechtsanwalt bei einem Autokauf für seine Kanzlei Verbraucher sei. Dies verneinten wir, da er zum Zeitpunkt des Kaufs den Pkw ausschließlich für berufliche Zwecke nutzen wollte und sich dies aus den objektiven Umständen beim Kauf ergab. Dann kamen wir zu den Besonderheiten beim Verbrauchsgüterkauf und klärten zunächst die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der entsprechenden gesetzlichen Regelungen. Anschließend erläuterten wir den Sinn der Beweislastumkehr und die Frage möglicher Haftungsauschlüsse in AGB.

Damit war die Prüfung dann beendet!

Ich wünsche Euch ganz viel Erfolg für die mündliche Prüfung!

# 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 die 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 Mitstreiter einen entscheidenden Vorteil hatten, weil sie den Protokollen Informationen zur Vorbereitung entnehmen konnten, die Ihr nicht hatten.

## Wie läuft das ab?

Nach der erfolgreichen Registrierung auf unserer Plattform [www.juridicus.de](http://www.juridicus.de) bucht Ihr Eure Prüfung 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 dem jeweiligen Prüfer zum Download bereit. Falls Eurer 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

1/3 Protokollwissen

Protokolle anfordern!

1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate

Zeitschriftenauswertung (ZA) lesen!

1/3 unbekannter Stoff

Phantasie zeigen!

