



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

40. Jahrg.

Juni 2015

Heft 06

---

## Aus dem Inhalt

- BGH:** Beschaffenheitsvereinbarung bei Oldtimer
- BGH:** Sittenwidrigkeit von Körperverletzungen
- OVG Münster:** Passenzug wegen Teilnahme am Jihad
- BGH:** Berufungsbegründung bei Klageabweisung wegen Verjährung
- BGH:** Verjährungshemmung durch Rechtsverfolgung
- BVerfG:** Wegnahme von Kleidung bei Strafgefangenen
- BVerwG:** Fortsetzungsfeststellungsklage in der Berufung

ISSN 1868 – 1514



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

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

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

#### **Verantwortliche Redakteurin:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

## Inhalt

### Aus der Gesetzgebung

DGSD-Umsetzungsgesetz (Einlagensicherung).....	1
--	---

### Brandaktuell

BVerfG: „Bestellerprinzip“ bei Maklerprovisionen (Ablehnung einer einstweiligen Anordnung).....	2
--	---

### Zivilrecht

BGH: Beschaffenheitsvereinbarung bei Oldtimer (Originalteile bei restauriertem Fahrzeug).....	3
BGH: Handeln in fremdem Namen (Fehlendes Auftreten des Vertretenen).....	7

### Strafrecht

BGH: Sittenwidrigkeit von Körperverletzungen (Verabredete Schlägerei).....	10
BGH: Falsche Verdächtigung (Aussagen des Beschuldigten im Strafverfahren).....	14

### Öffentliches Recht

OVG Koblenz: Sondernutzung von Fußgängerzone (Aufstellen von Werbeständern).....	17
OVG Münster: Passenzug (Teilnahme am Jihad).....	20

### Kurzauslese I

OLG Saarbrücken: Kosten der Wiederbeschaffung gestohlenen Baumaterials (Geschäftsführung ohne Auftrag).....	23
OLG Düsseldorf: Rückabwicklung eines PKW-Kaufs (Zinsen als Kapitalnutzungsersatz).....	24
AG Darmstadt: Verabredung einer sog. Morgengabe (Sittenwidrigkeit wegen Verpflichtung zum Vollzug der Ehe).....	24
KG: Vorsätzliche Trunkenheitsfahrt (Nachweis der inneren Tatseite).....	25
BGH: Vorliegen einer natürlichen Handlungseinheit (Gefährliche Körperverletzung und besonders schwere räuberische Erpressung).....	25
OVG Münster: Anwesenheit von Nichtmandatsträgern (Im Sitzungssaal).....	26
VGH München: Entziehung der Fahrerlaubnis (Alkoholisieretes Führen eines Fahrzeugs).....	26
VGH München: Wohnungsverweisung (Rückkehrverbot).....	27

**Zivilrecht**

BGH:	Anforderungen an Berufungsbegründung (Klageabweisung wegen Anspruchsverjährung).....	28
BGH:	Verjährungshemmung durch Rechtsverfolgung (Klage wegen Teilforderung nach Gesamtforderung im Mahnbescheid).....	32

**Strafrecht**

BVerfG:	Wegnahme von Kleidung zu Eigenschutz (Nur bei Ersatzbekleidung für Strafgefangenen zulässig).....	35
---------	--	----

**Öffentliches Recht**

BVerwG:	Fortsetzungsfeststellungsklage in der Berufung (Anspruch auf mündliche Verhandlung und Präjudizinteresse).....	40
OVG Münster:	Auskunftspflicht im Verwaltungsverfahren (Kostenfolgen im gerichtlichen Verfahren).....	44

**Kurzauslese II**

OLG Koblenz:	Unzulässige Feststellungsklage (nach Anerkenntnis im Schreiben des Haftpflichtversicherers).....	47
BGH:	Unterbliebene Urteilszustellung nach Verkündung (Verfristete Nichtzulassungsbeschwerde).....	47
OLG Nürnberg:	Belehrung des Tatverdächtigen (Beginn des Beschuldigtenstatus).....	48
BGH:	Augenscheinseinnahme einer Urkunde (Umfang der Beweiswirkung).....	49
OLG Dresden:	Ordnungsgeld wegen Ausbleibens des Zeugen (Verbotsirrtum).....	49
VerfGH Berlin:	Zwei-Wochen-Frist bei mündlicher Haftprüfung (Fristüberschreitung unheilbar rechtswidrig).....	50
VGH München:	Verwirkung des Klagerechts (Relevanz des Umstandsmoments gegenüber dem Zeitmoment).....	51
VGH Münster:	Regelungsanordnung (Vorwegnahme der Hauptsache).....	51
VGH München:	Abänderung eines Beschlusses nach § 80 V VwGO (Keine geänderten Umstände wegen Urteil).....	52

<b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> .....	53
---	----

<b>Übersicht:</b> Schutz des Arbeitskampfes nach Art. 9 III GG .....	56
--	----

**Aus der mündlichen Prüfung**

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

## Aus der Gesetzgebung

### **Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über Einlagensicherungssysteme - DGSD-Umsetzungsgesetz (BGBl. I 2015, S.786)**

Am 02.07.2014 ist die EU-Richtlinie über Einlagensicherungssysteme (RICHTLINIE 2014/49/EU) in Kraft getreten, welche in deutsches Recht umzusetzen war. Im Zuge dessen hat der Bundestag das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über Einlagensicherungssysteme - DGSD-Umsetzungsgesetz am 05.06.2015 im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl. 2015, Teil I Nr. 21, S.786, hinterlegt beim Bundesanzeiger Verlag). Artikel 1 §§ 23, 33, 43, 44, 47, 48 tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft. Im Übrigen tritt das Gesetz am 03.07.2015 in Kraft.

#### **I. Ziel des Gesetzes**

Einlagensicherungssysteme tragen maßgeblich dazu bei, das Vertrauen in das Bankensystem zu erhalten und im Krisenfall einen massiven Abzug von Spareinlagen zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund das Gesetz zum Ziel, die Leistungsfähigkeit der Einlagensicherungssysteme zu verbessern und den Zugang der Einleger zur Entschädigung zu vereinfachen. Die etablierten Strukturen der deutschen Einlagensicherung bleiben dabei erhalten. Damit werden das Vertrauen und der Schutz der Bankkunden weiter gestärkt.

#### **II. Inhalt der Regelungen**

Die neuen Regelungen sehen unter anderem Folgendes vor:

- eine Verbesserung der finanziellen Ausstattung der Einlagensicherungssysteme durch Aufbau eines Mindestvermögens in Höhe von 0,8% der gedeckten Einlagen;
- einen besseren Schutz der Einleger durch eine Verkürzung der Auszahlungsfrist im Entschädigungsfall von derzeit 20 auf 7 Arbeitstage, durch verbesserte Information des einzelnen Einlegers über die Einlagensicherung und eine grundsätzlich antragslose gesetzliche Entschädigung sowie
- eine umfassende Sicherungspflicht aller Kreditinstitute durch Zugehörigkeit zu einem Einlagensicherungssystem und die Möglichkeit, institutssichernde Systeme als Einlagensicherungssysteme im Sinne des Gesetzes anzuerkennen.

Die Regelungen zum Anlegerschutz, die bisher zusammen mit der Einlagensicherung in einem Gesetz zusammengefasst waren, werden inhaltlich unverändert in einem eigenen Gesetz fortgeführt. Dafür erfolgt eine Anpassung und Umbenennung des bisherigen Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz in **Anlegerentschädigungsgesetz**.

Nach dem **Einlagensicherungsgesetz** (es gilt u.a. für Einlagen bei einer Bank) soll die aktuelle Auszahlungsfrist für Einleger von 20 auf sieben Arbeitstage verkürzt werden. Voraussetzung soll insoweit eine funktionierende EDV-Technik sein, um den Umfang der gehaltenen Einlagen auf Knopfdruck feststellen zu können. Die Entschädigung erfolgt nach dem Entwurf des Gesetzes nicht mehr auf Antrag, sondern wird seitens des Einlagensicherungssystems ermittelt und gewährt. Gelder sollen über einen Zeitraum von sechs Monaten nach Einzahlung über einen Betrag in Höhe von 100.000 € hinaus geschützt sein, soweit die Einzahlung mit bestimmten Lebensereignissen zusammenhängt (zum Beispiel Verkauf einer Privatimmobilie, Auszahlung aus Ansprüchen aus dem Sozialgesetzbuch). Im Regelfall gilt der Einlagenschutz bis 100.000 €.

# Brandaktuell

BVerfGG  
§ 32

## „Bestellerprinzip“ bei Maklerprovisionen Ablehnung einer einstweiligen Anordnung

VerfProzR

(BVerfG in Pressemitteilung Nr. 33/2015; Beschluss vom 27.05.2015 – 1 BvQ 9/15)

**Fall:** Zum 01.06.2015 soll das Mietrechtsnovellierungsgesetz vom 21.04.2015 in Kraft treten. Hierdurch wird das „Bestellerprinzip“ bei der Vermittlung von Mietverträgen über Wohnraum eingeführt. Danach kommt ein Vertrag zwischen Wohnungsuchendem und Makler nur zustande, wenn der Wohnungsuchende dem Makler einen Suchauftrag erteilt und dieser ausschließlich im Interesse des Wohnungsuchenden und nicht für den Vermieter tätig wird.

Vereinbarungen, durch die Wohnungsuchende verpflichtet werden, ein vom Vermieter oder einem Dritten geschuldetes Vermittlungsentgelt zu zahlen, sind unwirksam. Verstöße können mit Bußgeldern bis zu 25.000 € gegenüber dem Wohnungsvermittler verfolgt werden.

Antragsteller sind zwei Immobilienmakler, die sich durch die Einführung dieses „Bestellerprinzips“ in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht sehen. Neben dem vorliegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung haben sie mit den gleichen Rügen Verfassungsbeschwerde erhoben, über die noch zu entscheiden ist (1 BvR 1015/15).

### I. Voraussetzungen für Erlass einer verfassungsgerichtlichen einstweiligen Anordnung

Nach § 32 I BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht 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.

*„Bei der Folgenabwägung ist ein **besonders strenger Maßstab** anzulegen, wenn die Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes begehrt wird, weil der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets einen erheblichen Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers darstellt.*

*Ein Gesetz darf deshalb nur dann **vorläufig am Inkrafttreten gehindert** werden, wenn die Nachteile, die mit seinem Inkrafttreten nach späterer Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit verbunden wären, in **Ausmaß und Schwere die Nachteile deutlich überwiegen**, die im Falle der vorläufigen Verhinderung eines sich als verfassungsgemäß erweisenden Gesetzes einträten. Bei dieser Folgenabwägung sind die Auswirkungen auf alle von dem Gesetz Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur Folgen, die sich für den Antragsteller ergeben. Die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde bleiben grundsätzlich außer Betracht, es sei denn, sie erweist sich als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet.“ (BVerfG aaO.)*

### II. Anwendung auf den Fall

Die Verfassungsbeschwerde der antragstellenden Makler ist zwar weder von vornherein unzulässig noch offensichtlich unbegründet. Fraglich ist jedoch, ob nach dem Ergebnis der Folgenabwägung eine einstweilige Anordnung ergehen kann.

*„Die Gesetzesbegründung geht von Umsatzrückgängen für Wohnungsvermittler durch die Neuregelung in Höhe von circa 310 Millionen € aus. Auf dieser Grundlage, die von den Antragstellern nicht mit belastbaren weiteren Angaben ergänzt worden ist, ist die **für den ganzen Berufsstand der Wohnungsvermittler geltend gemachte Existenzbedrohung nicht hinreichend substantiiert dargelegt**. [wird ausgeführt]*

*Im Hinblick auf die eigene Situation der Antragsteller ist im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass **wirtschaftliche Nachteile, die Einzelnen durch den Vollzug eines Gesetzes entstehen, im Allgemeinen nicht geeignet** sind, die Aussetzung der gesamten Anwendung von Normen zu begründen. Unter welchen Umständen ausnahmsweise anderes zu gelten hat, wenn die unmittelbare Gefahr besteht, dass ein Gewerbebetrieb vollständig zum Erliegen kommt und dadurch ein **irreparabler Schaden** entsteht, kann vorliegend offen bleiben. Der erste Antragsteller behauptet angesichts seiner weiteren Einnahmequellen nicht einmal, dass die Einführung des „Bestellerprinzips“ den Fortbestand seines Unternehmens gefährden könnte. Demgegenüber macht der zweite Antragsteller zwar geltend, dass ihm die Insolvenz drohe, falls das Mietrechtsnovellierungsgesetz in Kraft trete, belegt dies allerdings nicht durch konkrete Zahlen.“ (BVerfG aaO.)*

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 434 I

### Beschaffensvereinbarung bei Oldtimer Originalteile bei restauriertem Fahrzeug

SR BT

(OLG Karlsruhe in NJW-RR 2015, 501; Urteil vom 20.11.2014 – 9 U 234/12)

1. Ob und inwieweit sich aus der **Modellbezeichnung** eines Oldtimers im Kaufvertrag (hier: „Jaguar XK 150 S Roadster“) eine **Beschaffensvereinbarung** i.S.v. § 434 I Nr. 2 BGB hinsichtlich des technischen Zustands oder hinsichtlich des Vorhandenseins bestimmter historischer Fahrzeugteile ergibt, richtet sich **nach den üblichen Erwartungen von Kaufinteressenten** auf dem Oldtimermarkt.
2. Bei einem **restaurierten Oldtimer** ist das Vorhandensein des **Originalmotors** – wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist – **in der Regel keine Beschaffenheit**, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist, und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 I 2 BGB).
3. Soweit die **Originalität der Fahrzeugteile** eines Oldtimers **nicht Gegenstand einer Beschaffensvereinbarung** ist, besteht **keine Pflicht des Verkäufers**, den Käufer vor Abschluss des Vertrages – ungefragt – über **nachträgliche technische Veränderungen** an dem Fahrzeug aufzuklären.

**Fall:** Der Kl. ist amerikanischer Staatsbürger mit Wohnsitz in der Schweiz. In seiner Freizeit sammelt er Oldtimer und nimmt regelmäßig an Rallyes teil. Seine Sammlung umfasst mehrere wertvolle Oldtimer, unter anderem einen Rolls-Royce Silver Ghost, Baujahr 1926 und einen Rolls-Royce Phantom I, Baujahr 1929. Am 28.11.2010 begab sich der Kl. in das Autohaus der Bekl. in S., die sowohl moderne als auch klassische Automobile verkauft. Er war an einem bestimmten Oldtimer interessiert. Bei dem Besuch fiel ihm ein anderes Fahrzeug auf, welches sein Interesse fand, nämlich ein Jaguar, welcher als „Jaguar XK 150 S Roadster“, Baujahr 1958, bezeichnet wurde. Mit schriftlichem Kaufvertrag vom selben Tag erwarb der Kl. dieses Fahrzeug zum Preis von 148.000 €. Für den Kaufvertrag verwendeten die Parteien ein in englischer Sprache abgefasstes Formular der Bekl. In § 3 a des Vertrags heißt es (ins Deutsche übersetzt) unter anderem:

*§ 3 a. Der Kunde wurde darüber informiert, dass es sich bei dem zum Verkauf angebotenen Auto um einen Oldtimer/Youngtimer handelt, der sich in einem Zustand von vor 52 Jahren befindet und in Bezug auf die Funktionalität nicht mit einem modernen Auto verglichen werden kann. Der Verkäufer garantiert weder die Originalität der Teile, Baugruppen, der Konstruktion und der Karosserie noch die Richtigkeit, Originalität und Qualität der Wartungen, die in der Vergangenheit durchgeführt wurden.*

Im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss wurde dem Kl. ein „Production Record Trace Certificate“ übergeben. Das Schriftstück enthält verschiedene Informationen über das verkaufte Fahrzeug, wie Modell, Produktionsdatum und Motornummer. Das Modell „Jaguar XK 150 S Roadster“ war vom Hersteller im Jahr 1958 ursprünglich mit einem 3,4-l-Motor ausgestattet worden, welcher etwa 250 PS leistete. Im streitgegenständlichen Fahrzeug war dieser Motor später durch einen 3,8-l-Motor ersetzt worden, der etwa 265 PS leistete. Der Kl. zahlte den vereinbarten Kaufpreis in zwei Raten bis Ende Januar 2011. Im Kaufvertrag war vorgesehen, dass die Bekl. das Fahrzeug, an welchem sie noch verschiedene Arbeiten vornehmen wollte, bis Ende Januar 2011 an den Wohnsitz des Kl. in der Schweiz liefern sollte. Aus Gründen, die zwischen den Parteien streitig sind, verzögerte sich die Auslieferung bis zum 06.04.2011.

Mit einer E-Mail vom 06.04.2011 erklärte der Kl., er sei verärgert über verschiedene Mängel, die er im Einzelnen rügte. Er forderte die Bekl. auf, die Mängel zu beheben. Nachdem das Fahrzeug kurze Zeit später Öl verloren hatte, während es in der Garage des Kl. stand, verlangte er mit einer E-Mail vom 28.04.2011 die Rückzahlung des Kaufpreises. Außerdem solle die Bekl. „this worthless piece of oily shit“ vom klägerischen Grundstück entfernen. Für den Fall der Nichterfüllung seiner Forderungen kündigte der Kl. an, „... to unleash with a vengeance of my international stable of underfed overpaid blood hungry lawyers to protect my interest ...“. Die Bekl. erwiderte mit einer E-Mail vom nächsten Tag, man habe dem Kl. „a very nice vehicle“ geliefert. Sie sei jedoch bereit, vorhandene Mängel im Wege der Nachbesserung zu beheben. Der Kl. begehrt Rückzahlung des Kaufpreises von 148.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Zu Recht?

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gegen die Bekl. gem. §§ 434, 437 Nr. 2, 346 BGB haben.

## I. Anwendbarkeit deutschen Rechts

„Es findet deutsches materielles Recht Anwendung. Denn die Parteien haben in IX der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. **deutsches Recht vereinbart**. Da der Kl. das Fahrzeug für den persönlichen Gebrauch erworben hat, finden gem. Art. 2 Buchst. a CISG die Bestimmungen dieses Übereinkommens keine Anwendung. Vielmehr richten sich Gewährleistungsansprüche des Kl. ausschließlich nach den Vorschriften des BGB.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

## II. Voraussetzungen für einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages

Der Anspruch setzt voraus, dass der Kl. wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten ist. Der im vorgerichtlichen Schreiben des klägerischen Anwalts vom 02.08.2011 erklärte Rücktritt vom Kaufvertrag war berechtigt, wenn der erworbene Oldtimer mangelhaft i.S.v. § 434 I BGB war.

### 1. Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit bezüglich des Fahrzeugmodells „Jaguar XK 150 S Roadster“ (§ 434 I 1 BGB)

Ein Mangel liegt vor, wenn eine Kaufsache nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Bei der Bezeichnung des Fahrzeugs mit „Jaguar XK 150 S Roadster“ handelt es sich um eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB. Fraglich ist, ob das Fahrzeug diese Beschaffenheit aufweist.

„Die Bezeichnung „Jaguar XK 150 S Roadster“ bedeutet, dass das verkaufte Fahrzeug zu einer bestimmten **Modellbaureihe des Herstellers** Jaguar gehört. Diese Beschreibung ist zutreffend. Denn das vom Kl. erworbene Fahrzeug wurde tatsächlich im Jahr 1958 von Jaguar als „Jaguar XK 150 S Roadster“ hergestellt und verkauft.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

Fraglich ist, ob der spätere Einbau eines anderen Motors hieran etwas ändert.

„Der Kl. weist zwar darauf hin, dass zur gleichen Zeit von Jaguar ein ähnliches Fahrzeug hergestellt wurde, nämlich der „Jaguar XK 150“, in dessen Modellbezeichnung der Buchstabe „S“ fehlte. Das letztere Fahrzeug hatte einen Motor mit lediglich 193 oder 213 PS (vgl. die Darstellung im Artikel „Jaguar XK 150“ auf Wikipedia, Stand 28.10.2013), während das Modell mit dem Zusatzbuchstaben „S“ einen Motor hatte, der bei gleichem Hubraum ca. 254 PS leistete. Entscheidend ist, dass auch der später eingebaute Motor ein „S-Motor“ war. Dies ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen P. Die **Fahrzeuge der betreffenden Modellreihe** von Jaguar wurden nach den Ausführungen des Sachverständigen **mit unterschiedlichen Motoren** gebaut. Zunächst wurde ein 3,4-Liter-Motor eingebaut, später eine 3,8-Liter-Version. Sowohl von dem 3,4-Liter- als auch von dem 3,8-Liter-Motor gab es jeweils eine „S-Version“. Kennzeichen der **S-Version** war eine andere Vergaser-Anlage, die zu einer Leistungssteigerung führte. Die Bezeichnung „Jaguar XK 150 S-Roadster“ ist daher ein Hinweis darauf, dass in das Fahrzeug ein S-Motor mit einer entsprechenden Leistungs-Steigerung eingebaut ist.

Dem entspricht der Zustand des verkauften Fahrzeugs. Denn auch bei dem tatsächlich eingebauten Motor **handelt es sich um eine S-Version**, nämlich einen 3,8-Liter-S-Motor. Sprachgebrauch und Verständnis der Bezeichnung entsprechen den üblichen Gepflogenheiten auf dem Oldtimer-Markt bei diesem Fahrzeug und daher auch dem Erwartungshorizont eines Käufers, der sich für ein solches Fahrzeug interessiert. Der Buchstabe „S“ bezieht sich nach dem Gutachten des Sachverständigen auf die Leistungssteigerung des eingebauten Motors und nicht auf dessen Hubraum. Dass bei einem XK-Modell von Jaguar nachträglich ein anderer Motor eingebaut wurde (3,8-Liter-S-Motor statt des ursprünglich eingebauten 3,4-Liter-S-Motors) ist zudem nach dem Gutachten des Sachverständigen nicht ungewöhnlich.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

Der Einbau eines anderen Motors ändert nichts an der Zugehörigkeit des Fahrzeugs zu einer bestimmten Baureihe und an der Richtigkeit der Modellbezeichnung.

Das streitgegenständliche Fahrzeug entspricht der in der Bezeichnung als „Jaguar XK 150 S Roadster“ enthaltenen Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 I 1 BGB).

### 2. Abweichung von der zu erwartenden Beschaffenheit wegen Fehlen des Originalmotors (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB).

Ein Mangel nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB liegt vor, wenn eine Kaufsache nicht die Beschaffenheit aufweist, welche der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Fraglich ist, ob der Kl. insofern erwarten konnte, dass das Fahrzeug noch mit dem Originalmotor ausgestattet ist.

#### a) Relevanz des Originalzustandes für den Oldtimerkauf

„Für den Wert eines Oldtimers und für die persönliche Wertschätzung, die ein solches Fahrzeug in Sammlerkreisen erfährt, ist die Frage, inwieweit das Fahrzeug sich noch im **Originalzustand** befindet,

oder inwieweit es **nachträglich verändert** wurde, oft **von erheblicher Bedeutung**. Es ist daher davon auszugehen, dass viele Sammler von Oldtimern sich vor einem Kauf dafür interessieren, inwieweit das Fahrzeug noch mit Originalteilen ausgestattet ist und ob beispielsweise irgendwann später ein anderer Motor eingebaut wurde (vgl. dazu beispielsweise die Fälle bei BGH, NZV 1995, 222 und BGH, NJW 2013, 2749 = NZV 2013, 482; vgl. zur Bedeutung des Originalzustandes bei Oldtimern auch den Artikel „Oldtimer“ auf Wikipedia, Stand 29.10.2013, dort insbesondere die Abschnitte „Klassifizierung nach Zustand“ und „FIVA-Fahrzeugpass“). Es ist davon auszugehen, dass der **Marktwert eines Oldtimers** zumindest oft von der Frage beeinflusst wird, **in welchem Umfang das Fahrzeug mit dem Originalzustand übereinstimmt**. Im vorliegenden Fall hat der Sachverständige – unter Berücksichtigung seiner Erfahrungen auf dem Oldtimer-Markt – den Minderwert des Fahrzeugs durch den späteren Einbau eines anderen Motors auf 10.000 € geschätzt.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

## b) berechnete Erwartungshaltung des Käufers

Fraglich ist jedoch, ob allein deshalb der Käufer ohne zusätzliche Vereinbarungen allein aus dem Begriff „Oldtimer“ davon ausgehen darf, dass sich das Fahrzeug im Originalzustand befindet. Denn § 434 I 2 Nr. 2 BGB schützt die übliche Erwartungshaltung eines Käufers im Hinblick auf die Beschaffenheit der Kaufsache.

„Dabei ist davon auszugehen, dass der **Begriff „Oldtimer“** im Hinblick auf den Zustand des betreffenden älteren Fahrzeugs **unscharf gebraucht** wird. Es gibt keine Regel, dass ein Oldtimer üblicherweise in bestimmtem Umfang nur aus Originalteilen bestehen dürfte. Vielmehr zeigt die Praxis, dass Oldtimer **sehr oft** in mehr oder weniger großem Umfang **technische Veränderungen** gegenüber dem Originalzustand aufweisen. Das kann technische Gründe haben (wenn Originalteile nicht mehr zu beschaffen sind), wirtschaftliche Gründe (wenn eine Beschaffung von Originalersatzteilen deutlich teurer wäre) oder es kann um technische Verbesserungen gehen, wenn beispielsweise der Fahrkomfort oder die Leistung gegenüber dem Originalzustand verbessert werden soll (vgl. hierzu den Artikel „Oldtimer“ auf Wikipedia, Stand 29.10.2013). Das bedeutet, dass ein Käufer beim Erwerb eines „Oldtimers“ oder eines „Original-Oldtimers“ **generell nicht ohne weiteres erwarten** kann, dass das **Fahrzeug mit dem Originalzustand** zum Zeitpunkt der Herstellung übereinstimmt. Das gilt nach den Ausführungen des Sachverständigen vor allem dann, wenn ein Kaufinteressent – wie vorliegend – weiß, dass ein **Oldtimer restauriert** worden ist. Denn bei einer Restaurierung werden aus den oben angegebenen Gründen sehr oft in unterschiedlichem Umfang Teile verwendet, die nicht mit den Original-Teilen identisch sind.

Aus diesen Umständen ergibt sich, dass ein Käufer, der **Wert auf den Originalzustand** eines Oldtimers legt, im Kaufvertrag für eine **entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 I 1 BGB** sorgen muss. Beim Verkauf von Oldtimern ist es teilweise üblich, dass die Originalität bestimmter Bauteile wie z.B. des Motors durch so genannte „Matching Numbers“ beschrieben wird. Auf eine solche Beschaffenheitsvereinbarung hat der Kl., der nach eigener Darstellung **große Erfahrung im Umgang mit Oldtimern** hat, verzichtet. Da der schriftliche Kaufvertrag keine solche Bestätigung der Originalität des Motors enthält, ist der nachträgliche Einbau eines anderen Motors – bei dem es sich ebenfalls um einen S-Motor handelt – kein Mangel i.S.v. § 434 I 2 Nr. 2 BGB.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

Das Vorhandensein des Originalmotors ist bei einem Oldtimer, wenn insoweit nichts Ausdrückliches vereinbart ist, in der Regel keine Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB).

## c) negative Beschaffenheitsvereinbarung

Die Annahme eines Mangels scheidet zudem auch deshalb aus, weil der Kaufvertrag in § 3 Buchst. a II eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 I 1 BGB enthält, indem festgelegt wird, dass die Originalität der Teile des Fahrzeugs – also auch des Motors – gerade nicht Maßstab für eine Mangelfreiheit sein soll.

„Der Sache nach handelt es sich um eine so genannte **negative Beschaffenheitsvereinbarung** (vgl. dazu Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl. 2012, Rn. 2470 ff.). Eine solche negative Beschaffenheitsvereinbarung ist auch beim Verbrauchsgüterkauf jedenfalls dann zulässig, wenn sich die **vertraglich festgelegten Beschaffenheitsstandards innerhalb eines bestimmten Spielraums** bewegen, bei welchem jedenfalls ein harter Kern von Basiseigenschaften gewahrt wird (vgl. Reinking/Eggert, Rn. 2470 ff.). Dies ist vorliegend der Fall. Denn es entspricht auch dem Interesse vieler Käufer auf dem Oldtimermarkt, unter Umständen ein Fahrzeug zu erwerben, das teilweise nicht mit Originalteilen ausgestattet ist, oder bei dem die Übereinstimmung mit dem Original unklar ist. Ein Mangel kommt mithin auch deshalb nicht in Betracht, weil der Einbau eines anderen Motors von der Beschaffenheitsvereinbarung in § 3 Buchst. a II des Kaufvertrags gedeckt ist.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

#### d) Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB durch „Production Record Trace Certificate“

„Eine Beschaffenheitsvereinbarung ergibt sich auch nicht aus der Übergabe des zum Fahrzeug gehörenden Zertifikats („Production Record Trace Certificate“). Die Bedeutung des Schriftstücks ergibt sich aus den Formulierungen in dem Zertifikat. Entsprechende Zertifikate können nach den Ausführungen des Sachverständigen für Fahrzeuge des Herstellers Jaguar bei der Organisation Jaguar Daimler Heritage Trust angefordert werden. Wenn in dem Zertifikat – wie vorliegend – für das Fahrzeug ein 3,4-Liter-S-Motor angegeben ist, ergibt sich daraus nur eine **Information über die Produktion im Jahr 1958 und nicht über den aktuellen Zustand** des inzwischen restaurierten Fahrzeugs. Eine Bedeutung für den gegenwärtigen Zustand des Oldtimers würde das Zertifikat nur dann erlangen, wenn die in dem Schriftstück enthaltenen Produktionsdaten (wie Motor-Bezeichnung und Motor-Nummer) mit dem aktuellen Zustand des Fahrzeugs verglichen würden. Ein solcher Abgleich ist vorliegend im Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrags jedoch nicht erfolgt.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

Da das Fahrzeug insofern keinen Mangel nach § 434 I BGB aufweist, war der Kl. nicht zum Rücktritt berechtigt und kann daher nicht die Rückabwicklung des Kaufvertrages verlangen.

### III. sonstige Anspruchsgrundlagen

#### 1. Schadensersatzanspruch nach § 280 I BGB

„Ein Schadensersatzanspruch gem. § 280 BGB scheidet aus. Da **kein Mangel** vorliegt, kommt auch eine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 I BGB nicht in Betracht.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

#### 2. Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I, II, 286 BGB

„Der Kl. kann die geltend gemachten Ansprüche nicht auf einen Verzug der Bekl. (§§ 280 I, II, 286 BGB) stützen. Dabei kann dahinstehen, inwieweit die Bekl. mit der Auslieferung des Fahrzeugs in Verzug geraten ist. Denn sowohl bei dem geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises als auch bei den übrigen Nebenpositionen, die Bestandteil der Klageforderung sind, handelt es sich **nicht** um Aufwendungen oder Schäden, die **durch eine Verzögerung der Auslieferung entstanden sind**.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

#### 3. Anspruch aus unberechtigter Bereicherung wegen Vertragsanfechtung

„Schließlich kann der Kl. seine Ansprüche auch nicht auf §§ 812 I 1, 123 I BGB (Anfechtung wegen arglistiger Täuschung) stützen. Denn der Kl. wurde zum Abschluss des Kaufvertrags **nicht durch eine arglistige Täuschung veranlasst**.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

#### 4. Anspruch aus unerlaubter Handlung

„Ein Anspruch des Kl. gegen den Bekl. gem. § 823 II BGB, § 263 StGB besteht nicht. Die Voraussetzungen eines Betruges liegen nicht vor. Da der Bekl. zu einer Aufklärung des Kl. wegen des Motors nicht verpflichtet war (s. oben), **scheidet eine Täuschungshandlung aus**.“ (OLG Karlsruhe aaO.)

### IV. Ergebnis

Dem Kl. stehen die geltend gemachten Ansprüche unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

## Handeln in fremdem Namen Fehlendes Auftreten des Vertretenen

(BGH in NJW 2015, 1510; Urteil vom 19.12.2014 – V ZR 194/13)

Verzichtet der Verkäufer auf jeglichen Kontakt mit dem Käufer und **überlässt** er dem **Vermittler die Vertragsverhandlungen bis zur Abschlussreife**, darf der Käufer bei verständiger Würdigung im Allgemeinen davon ausgehen, dass der Vermittler bei der Beratung (auch) **namens und in Vollmacht des Verkäufers** handelt.

**Fall:** Die Kl. suchte am 04.05.2007 die Geschäftsräume der S-GmbH (fortan Firma S) auf. Deren Mitarbeiter empfahl ihr den Kauf einer Eigentumswohnung. Sie unterzeichnete einen Vermittlungsauftrag für eine Wohnung der – in dem Auftrag nicht namentlich genannten – Bekl. in Chemnitz zum Preis von 102.509 €. In dem Auftrag ist der Hinweis enthalten, dass die Firma S Honorar ausschließlich von der Verkäuferin erhalte. Auf der Rückseite findet sich eine handschriftliche Berechnung der Kosten des Erwerbs der Wohnung. Am selben Tag unterzeichnete die Kl. ein notarielles Kaufangebot, das die Bekl. in der Folgezeit annahm. Finanziert wurde der Kauf durch zwei Darlehensverträge mit gestaffelten Laufzeiten.

Die Kl. verlangt die Rückabwicklung des Kaufvertrags, Freistellung von Darlehensverpflichtungen sowie die Feststellung der Pflicht der Bekl. zum Ersatz weitergehender Schäden sowie des Annahmeverzugs. Sie meint, mit der Bekl. sei neben dem Kaufvertrag ein Beratungsvertrag zu Stande gekommen, den diese (durch die Firma S) schlecht erfüllt habe, weil sie sie nicht auf die Besonderheiten der steuerlichen Förderung nach § 7 i EStG und auf die sehr lange Gesamtlaufzeit der Darlehensverträge hingewiesen habe. Außerdem sei der Kaufpreis sittenwidrig überhöht gewesen. Zu Recht?

### I. Anspruch nach § 280 I BGB wegen Verletzung eines Beratungsvertrages

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung ihrer Pflichten aus einem Beratungsvertrag nach § 280 I BGB haben.

Dies setzt jedoch voraus, dass zwischen der Kl. und der Bekl. ein solcher Vertrag zustande gekommen ist, obwohl für die Bekl. nur die Firma S aufgetreten ist.

#### 1. Anforderungen an einen Beratungsvertrag

*„Nach der Rechtsprechung des Senats kommt zwischen Verkäufer und Käufer ein Beratungsvertrag zu Stande, wenn der **Verkäufer im Zuge eingehender Vertragsverhandlungen**, insbesondere auf Befragen, **einen ausdrücklichen Rat erteilt**. Gleiches gilt, wenn der Verkäufer dem Käufer als Ergebnis der Verhandlungen ein **Berechnungsbeispiel über Kosten und finanzielle Vorteile des Erwerbs** vorlegt, welches der Herbeiführung des Geschäftsabschlusses dienen soll (Senat, BGHZ 156, 371 [374] = NJW 2004, 64; NJW 2013, 1873 = NZM 2013, 585 Rn. 7 und HFR 2014, 560 = BeckRS 2013, 19778 Rn. 5).“* (BGH aaO).

Eine solche Berechnung wurde der Kl. von der Firma S vorgelegt, so dass ein Beratungsvertrag zustande gekommen sein könnte.

#### 2. Vertragspartner des Beratungsvertrages

Fraglich ist jedoch, ob die Bekl. auch Vertragspartnerin dieses Beratungsvertrages geworden ist.

##### a) Vermittlungsauftrag als stillschweigende Bevollmächtigung

*„Stellt sich bei der Vermittlung des Kaufvertrags die Aufgabe der Beratung des Kaufinteressenten und ist sie von dem Verkäufer einem **Makler oder sonstigen Vermittler überlassen** worden, kann sich dessen stillschweigende Bevollmächtigung zum Abschluss des Beratungsvertrags zwischen Verkäufer und Käufer aus den Umständen ergeben (§ 167 BGB). Dabei sind für die **Annahme einer stillschweigenden Bevollmächtigung** und an die Kundgabe des Willens, die Beratung für den Verkäufer zu übernehmen und auszuführen (§ 164 BGB), keine zu strengen Anforderungen zu stellen, wenn der **Käufer dem Vermittler seinerseits keinen Maklerauftrag** erteilt. Es reicht dann aus, dass die individuelle Beratung des Kaufinteressenten eine wesentliche **Voraussetzung für den erfolgreichen Abschluss der Verkaufsbemühungen** war (Senat, NJW 2003, 1811 [1812 f.] = NZM 2003, 405; NJW 2007, 1874 = NZM 2007, 418 Rn. 16 und NJW 2013, 1873 = NZM 2013, 585 Rn. 10).“* (BGH aaO.)

Dem steht nicht entgegen, dass der Makler oder Anlagevermittler in doppelter Funktion tätig wird und u.U. auch unmittelbare Rechtsbeziehungen zum Kaufinteressenten hat.

„Es kommt stets in Betracht, dass ein **Makler oder Anlagevermittler bei der Vertragsanbahnung** – ohne äußeren Einschnitt in seinem Auftreten – auch für den Verkäufer, also **in doppelter Funktion** tätig wird; daher kann eine Haftung aus beiden Rechtsverhältnissen entstehen. Im Hinblick auf eine Haftung des Verkäufers machen Rechtsbeziehungen zwischen dem Kaufinteressenten und dem Vermittler lediglich nähere Feststellungen dazu erforderlich, ob die- auf das Objekt des Verkäufers bezogene – **Beratung des Interessenten dessen Kaufentschluss fördern** sollte, ob der Vermittler dabei (auch) namens des Verkäufers handeln konnte und gehandelt hat und ob der **Kaufentschluss (auch) auf der Beratung in Vertretung des Verkäufers beruhte** (Senat, NJW 2013, 1873 = NZM 2013, 585 Rn. 11 f. und HFR 2014, 560 = BeckRS 2013, 19778 Rn. 8).“ (BGH aaO.)

#### b) Voraussetzungen für Annahme einer Bevollmächtigung des Vermittlers zum Abschluss eines Beratungsvertrags mit dem Verkäufer

Hierzu reicht die Feststellung aus, dass der Verkäufer den Vermittler mit dem Vertrieb der Immobilie beauftragt hat und dabei **wusste oder jedenfalls nicht ausschließen konnte**, dass dieser gegenüber Interessenten die finanziellen Vorteile eines Kaufs herausstellen würde.

„Die Erteilung eines solchen Auftrags kann eine für dessen Ausführung ausreichende Innenvollmacht umfassen (so etwa in Senat, HFR 2014, 560 = BeckRS 2013, 19778). Ein **Beratungsvertrag muss aber nicht scheitern**, wenn es an einer solchen **Innenvollmacht fehlt** oder wenn eine solche Vollmacht auf Grund von Beschränkungen im Innenverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Vermittler Beratungsverträge nicht umfasst. Aus den Umständen kann sich nämlich eine **stillschweigend erteilte Außenvollmacht des Vermittlers** (§ 167 I Fall 2 BGB) zum Abschluss eines Beratungsvertrags ergeben (Senat, BGHZ 140, 111 [117] = NJW 1999, 638; NJW 2003, 1811 [1812] = NZM 2003, 405; NJW 2007, 1874 = NZM 2007, 418 Rn. 2, 16 f. und BGH, Urt. v. 06.07.2007 – V ZR 274/06, BeckRS 2007, 13465). Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob der **Käufer den Umständen bei objektiver Betrachtung** (dazu: MüKo-BGB/Schramm, 6. Aufl., § 167 Rn. 42) **eine solche Vollmacht entnehmen darf** und welchen Umfang sie danach aus seiner objektivierten Sicht hat. Das Fehlen oder Vorhandensein eines Vermittlungsauftrags hat bei der Frage nach einer Außenvollmacht keine ausschlaggebende Bedeutung, weil es auf die **Außensicht des Käufers** ankommt und dieser in der Regel nicht erkennen kann, ob der Vermittler einen Vermittlungsauftrag hat.“ (BGH aaO.)

#### c) Gebrauchmachen von der Bevollmächtigung

Der Vermittler müsste zur Annahme einer wirksamen Vertretung **in fremdem Namen** handeln. Hierzu kann er von einer Innen- oder Außenvollmacht zum Abschluss eines Beratungsvertrags durch ausdrückliche Erklärung Gebrauch machen. Dies ist aber nicht zwingend erforderlich.

„Der Wille des Vermittlers, für den Verkäufer zu handeln, kann und wird aber in Fällen der vorliegenden Art regelmäßig i.S.v. § 164 II BGB nicht aus einer solchen Erklärung des Vermittlers, sondern – wie häufig auch die Vollmacht selbst – **nur aus den Umständen „erkennbar hervortreten“**. Er kann sich auch bei Anlegung eines strengeren Maßstabs etwa daraus ergeben, dass der Berater in den verwendeten Prospekten **als Vertriebspartner des Verkäufers genannt** ist, dass er von dem Verkäufer zur Verfügung gestellte Berechnungsbeispiele verwendet oder dass er **Berechnungsbeispiele auf den Kopfbögen des Verkäufers** erstellt (vgl. Senat, BGHZ 156, 371 [375] = NJW 2004, 64 und NJW 2007, 1874 = NZM 2007, 418 Rn. 16 f.). Sie kann sich aber auch aus der **Organisation des Verkaufs durch den Verkäufer** ergeben. Das hat der Senat für Fälle entschieden, in denen der Verkäufer **auf jeglichen Kontakt mit dem Käufer verzichtet** und den Vermittler mit dem Vertrieb und den Vertragsverhandlungen bis zur Abschlussreife beauftragt hat (Senat, Urt. v. 10.11.2006 – V ZR 73/06, BeckRS 2007, 00583; NJW 2013, 1873 = NZM 2013, 585 Rn. 12 und HFR 2014, 560 = BeckRS 2013, 19778 Rn. 8, 11). Das Fehlen oder Vorhandensein eines Auftrags ist aber – ebenso wie bei der Außenvollmacht – auch für die Frage danach ohne Bedeutung, ob der Vermittler von einer vorhandenen (Innen- oder Außen-)Vollmacht gegenüber dem Käufer auch Gebrauch macht. Auch hier kommt es entscheidend darauf an, ob der **Käufer den Umständen**, etwa dem, dass der Vermittler tatsächlich die Vertragsverhandlung bis hin zum Abschluss für den Verkäufer führt, **bei verständiger Würdigung entnehmen darf**, dass der **Vermittler für den Verkäufer** und nicht (nur) in eigenem **Namen handeln will**. Dass es sich hier so verhalten hat, lässt sich mit der von dem BerGer. gegebenen Begründung nicht verneinen und nach den bisherigen Feststellungen auch nicht ausschließen. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)

## II. Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages nach § 812 I 1 BGB

Die Kl. könnte einen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages nach § 812 I 1 BGB wegen dessen Nichtigkeit nach § 138 I BGB haben.

„Sie beruft sie sich darauf, dass der Preis für die Wohnung in einem **auffälligen Missverhältnis** zu deren Wert steht, was bei Hinzutreten einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten einen **Verstoß gegen die guten Sitten** begründet und zur Nichtigkeit des Vertrags nach § 138 I BGB führt (vgl. Senat, BGHZ 146, 298 [301 f.] = NJW 2001, 1127).“ (BGH aaO.)

## 1. grobes Missverhältnis und Darlegungslast

„Für die **verwerfliche Gesinnung** spricht eine **tatsächliche Vermutung**, wenn das Missverhältnis besonders grob ist. Das wiederum ist anzunehmen, wenn – bei einer Benachteiligung des Käufers – die **Verkehrswertüberschreitung** oder – bei einer Benachteiligung des Verkäufers – die **Verkehrswertunterschreitung 90 % oder mehr beträgt** (vgl. Senat, NJW 2014, 1652 = NZM 2014, 686 Rn. 8 sowie Herrler, ZNotP 2014, 252 [253]).“ (BGH aaO.)

## 2. Anforderungen an Darlegungslast

Fraglich ist, ob die Kl. ein solches besonders grobes Missverhältnis schlüssig vorgetragen hat.

„Bei den Anforderungen an die Darlegung eines besonders groben Missverhältnisses verfolgen die Zivilsenate des BGH keinen einheitlichen Ansatz. Im Ausgangspunkt noch einheitlich wird ein Vortrag als schlüssig und ausreichend substantiiert angesehen, wenn die **vorgetragene(n) Tatsachen in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht zu begründen** (Senat, WM 2008, 2068 = BeckRS 2008, 14544 Rn. 6; NJW-RR 2009, 1236 Rn. 10 und Beschl. v. 20.03.2014 – V ZR 149/13, BeckRS 2014, 08037). Kommt es auf den **Verkehrswert** einer Sache an, ist es nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats grundsätzlich ausreichend, wenn die darlegungspflichtige Partei einen **bestimmten Wert behauptet und durch Sachverständigengutachten unter Beweis stellt** (Senat, NJW 2002, 429 [431] = NZM 2002, 83 [r. Sp.], NJW-RR 2003, 491 [r. Sp.]; NJW-RR 2009, 1236 und Beschl. v. 20.03.2014 – V ZR 149/13, BeckRS 2014, 08037). Etwas anderes gilt nur, wenn eine solche Behauptung ins Blaue hinein erfolgt, wobei der Senat bei der Annahme eines Rechtsmissbrauchs Zurückhaltung übt (vgl. etwa Beschl. v. 20.03.2014 – V ZR 149/13, BeckRS 2014, 08037). Demgegenüber erfordert ein den Substanziierungsanforderungen genügender Vortrag zu einem entsprechenden Minderwert einer erworbenen Immobilie nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH, der das BerGer. in der Sache folgt, die **Darlegung konkreter, dem Beweis zugänglicher Angaben zu den wertbildenden Faktoren der erworbenen Wohnung** (NJW 2003, 424 = WM 2003, 61 [62] und NJW 2007, 357 = WM 2006, 2343 Rn. 20, insoweit nicht in BGHZ 169, 109 abgedruckt; BVerfG, NJW 2009, 1585 = NZM 2009, 356 Rn. 25). Inwieweit diese unterschiedlichen Ansätze zu abweichenden Ergebnissen im Einzelfall führen, kann hier dahinstehen. Die Sache ist deshalb auch nicht dem Großen Senat für Zivilsachen vorzulegen. Der Vortrag der Kl. genügt nämlich auch den erhöhten Anforderungen der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats. [wird ausgeführt]“ Die Kl. hat auch das Vorliegen einer verwerflichen Gesinnung behauptet. Sie hat sich in der Klageschrift auf die aus dem dargelegten besonders groben Missverhältnis folgende tatsächliche Vermutung berufen. Mehr musste sie nicht tun (vgl. Senat, NJW 2010, 363 Rn. 19 und NJW 2012, 1570 Rn. 9).“ (BGH aaO.)

## III. Ergebnis

Das Berufungsurteil kann keinen Bestand haben. Die Sache ist mangels der erforderlichen Feststellungen nicht entscheidungsreif und zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen.

**Sittenwidrigkeit von Körperverletzungen  
Verabredete Schlägerei**

(BGH in NJW 2015, 1540; Urteil vom 22.01.2015 – 3 StR 233/14)

1. Eine Vereinigung i.S.d. §§ 129 ff. StGB ist ein **auf gewisse Dauer angelegter, freiwilliger organisatorischer Zusammenschluss von mindestens drei Personen**, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit **gemeinsame Zwecke verfolgen** und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich als einheitlicher Verband fühlen.
2. Eine Vereinigung ist **kriminell**, wenn die Organisation nach dem fest gefassten Willen der für ihre Willensbildung maßgeblichen Personen das **Ziel verfolgt, strafbare Handlungen zu begehen**.
3. Das bloße Bewusstsein, dass es **zu Straftaten kommen könnte genügt nicht**, ebenso wenig, dass der Zweck nur von einzelnen Mitgliedern verfolgt, nicht aber auch von den übrigen Mitgliedern getragen wird.
4. Für die Frage der Sittenwidrigkeit einer Körperverletzung kommt es nach der Rechtsprechung des BGH in Übereinstimmung mit der h.M. in der Literatur auf die **Art und Schwere des Rechtsgutangriffs** an.
5. Die Einwilligung eines oder aller an der Schlägerei Beteiligten im Rahmen des **§ 231 StGB** entfaltet keine rechtfertigende Wirkung, da es sich um ein **abstraktes Gefährdungsdelikt** handelt.
6. Bei einem tateinheitlichen Zusammentreffen von Körperverletzungstaten einerseits und Beteiligung an einer Schlägerei andererseits führt die rechtswidrige und schuldhafte Verwirklichung des Tatbestands des § 231 I StGB zur Annahme der Sittenwidrigkeit der Körperverletzungstat i.S.v. § 228 StGB.

**Fall:** Nach den landgerichtlichen Feststellungen waren die Angekl. Rädelsführer bzw. Mitglieder einer in Dresden ansässigen Gruppierung von Hooligans, die im zeitlichen und räumlichen Umfeld von Fußballspielen des Vereins Dynamo Dresden, aber auch unabhängig davon an anderen Orten, Kämpfe gegen andere Hooligans ausfocht, zu denen sich die Gruppierungen zumeist vorher verabredet hatten. Für die Kämpfe existierten ungeschriebene, aber in den einschlägigen Kreisen allgemein anerkannte Regeln. Die Auseinandersetzungen dauerten oft nur einige Sekunden, höchstens Minuten, und waren beendet, wenn alle Kämpfer einer Seite am Boden lagen, flohen oder wenn sonst die Niederlage anerkannt wurde. „Kampfrichter“, die bei Regelverstößen oder Verletzungen der Beteiligten unmittelbar eingriffen, gab es nicht. Allenfalls wurden Regelverstöße anschließend diskutiert und konnten dazu führen, dass der Verursacher nicht mehr zu Kämpfen mitgenommen wurde. In dem über zwei Jahre andauernden Tatzeitraum kam es zu mehreren solcher Auseinandersetzungen, teilweise konnten verabredete Kämpfe wegen der hohen Polizeipräsenz nicht ausgefochten werden.

Das LG Dresden (Urt. v. 29.04.2013 – 14 KLS 204 Js 41068/08 [2]) hat die Angekl. unter anderem wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung verurteilt. Zu Recht?

Die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung steht nach § 129 I StGB unter Strafe.

**I. Begriff der kriminellen Vereinigung**

„Eine Vereinigung i.S.d. §§ 129 ff. StGB ist ein auf **gewisse Dauer angelegter, freiwilliger organisatorischer Zusammenschluss von mindestens drei Personen**, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit **gemeinsame Zwecke verfolgen** und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich als **einheitlicher Verband fühlen** (stRspr; etwa BGHSt 54, 216 [221] = NJW 2010, 1979 m.w.N.). Eine solche Vereinigung wird zur **kriminellen**, wenn ihre Zwecke oder ihre Tätigkeit nach dem gemeinsamen festen Willen der Mitglieder **auf die Begehung von Straftaten ausgerichtet sind** (vgl. insoweit BGHSt 49, 268 [271 f.] = NJW 2005, 80 = NSTZ-RR 2005, 306).“ (BGH aaO.)

**II. Vorliegen einer Vereinigung**

Fraglich ist, ob die Gruppierung die vorstehenden Merkmale einer Vereinigung erfüllt.

„Die Gruppierung um die Angekl. erfüllte nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen die **personellen, organisatorischen, voluntativen und zeitlichen Kriterien** des Vereinigungsbegriffs (vgl. dazu MüKo-StGB/Schäfer, 2. Aufl., § 129 Rn. 14 ff.):

Sie bestand aus **mehr als drei Personen** und war nicht nur kurzfristig zur Erreichung eines einmaligen Zwecks, vielmehr **auf unbestimmte Dauer** angelegt.

Sie verfügte über i.S.v. § 129 I StGB **tatbestandsmäßige Organisationsstrukturen**, was sich daran zeigt, dass sie Führungspersonal – jedenfalls den Angekl. L sowie ihm nachgeordnet den Angekl. K – besaß und eine **koordinierte Aufgabenteilung** dergestalt vorsah. [wird ausgeführt]. Weitere Merkmale der Organisationsstruktur waren die **festen Trainingstermine** an einem bestimmten Ort, die geplante Ausrichtung der Vereinigung mit so genannten **Notfallhandys** sowie regelmäßige Treffen, auf denen über die Belange der Vereinigung gesprochen und Einzelfragen entschieden wurden. Die Teilnahme an **gemeinsamen Veranstaltungen** war zudem jedenfalls **teilweise verpflichtend** und Gruppenregeln bestanden insoweit, als Mitglieder von der weiteren Teilnahme an Aktivitäten der Vereinigung ausgeschlossen werden konnten, wenn sie etwa nicht häufig genug zum Training oder zu anderen verpflichtenden Veranstaltungen erschienen waren.

Auch das **voluntative Element** war gegeben. Insoweit ist erforderlich, dass die Mitglieder der Vereinigung in die kriminellen Ziele der Organisation und in deren entsprechende Willensbildung **unter Zurückstellung ihrer individuellen Einzelmeinungen eingebunden** sind; nur bei Annahme eines derartigen Gruppenwillens besteht die für die Vereinigung typische und ihre Gefährlichkeit ausmachende, vom Willen des Einzelnen losgelöste Eigendynamik. Es müssen deshalb innerhalb der Vereinigung **Entscheidungsstrukturen** bestehen, die von allen Mitgliedern **als verbindlich anerkannt** werden (MüKo-StGB/Schäfer, § 129 Rn. 22 m.w.N.). Wie die Willensbildung innerhalb der Vereinigung vollzogen wird, ist hingegen gleichgültig; das Demokratieprinzip kommt gleichermaßen in Betracht wie das Prinzip von Befehl und Gehorsam, sofern dieses nicht nur die jeweils persönliche Unterordnung des einzelnen Mitglieds unter eine oder mehrere Führungspersönlichkeiten widerspiegelt, sondern auf dem gemeinsamen, unter den Mitgliedern abgestimmten Willen der Gesamtheit beruht (BGHSt 54, 69 [109] = NJW 2009, 3448 = NStZ 2010, 44 und BGHSt 54, 216 [226 f.] = NJW 2010, 1979; BGH, BGHR StGB § 129 Gruppenwille 2; LK-StGB/Krauß, 12. Aufl., § 129 Rn. 28; jew. m.w.N.). Der erforderliche Gruppenwille wird durch die Urteilsgründe belegt. wird ausgeführt].“ (BGH aaO.)

Die Gruppierung erfüllt daher die Merkmale einer Vereinigung.

### III. Ausrichtung auf die Begehung von Straftaten

Die Vereinigung ist dann kriminell, wenn sie auf die Begehung von Straftaten ausgerichtet ist.

#### 1. Begriff der Ausrichtung auf die Begehung von Straftaten

„Erforderlich ist insoweit, dass die Organisation nach dem **fest gefassten Willen** der für ihre Willensbildung maßgeblichen Personen das **Ziel verfolgt, strafbare Handlungen zu begehen**. Das bloße Bewusstsein, dass es zu Straftaten kommen könne (so noch BGHSt 27, 325 [328] = NJW 1978, 433) genügt nicht (BGHSt 49, 268 [271 f.] = NJW 2005, 80 = NStZ-RR 2005, 306), ebenso wenig, dass der Zweck nur von einzelnen Mitgliedern verfolgt, nicht aber auch von den übrigen Mitgliedern getragen wird (BGH, BGHR StGB § 129 **Gruppenwille** 2).“ (BGH aaO.)

#### 2. Anwendung auf den Fall

Die Vereinigung verfolgte den Zweck, gewalttätige Auseinandersetzungen gegen andere Hooligangruppen zu organisieren und durchzuführen. Fraglich ist jedoch, ob sich diese Auseinandersetzungen als strafbare Körperverletzungen darstellen.

##### a) Vorliegen strafbarer Körperverletzungen

Die Handlungen könnten nach §§ 223, 224 I Nr. 4 StGB strafbar sein.

##### aa) Tatbestandsmäßigkeit

Die körperlichen Auseinandersetzungen erfüllen grundsätzlich den Tatbestand der Körperverletzung. Hier könnte aber deshalb etwas anderes geltend, weil diese verabredet sind.

„Selbst wenn man **körperliche Auseinandersetzungen** wie die vorliegenden, die **zum Zwecke des Kräftemessens** vereinbart werden, noch als **sportliche Betätigung** verstehen wollte, folgt daraus nicht, dass sie einem möglichen Strafanspruch schon allein deshalb entzogen wären, weil bei Einhaltung der selbst aufgestellten Regeln das Verhalten nicht als verbotswidrig anzusehen wäre. Überlegungen, **regelkonformes Handeln stelle sich als tatbestandslos** dar (Dölling, ZStW 1984, 36 [55 ff.]; Rössner, FS Hirsch, 1999, 313 [319 ff.]; SK-StGB/Wolters, Sept. 2014, § 228 Rn. 21; für eine Lösung über das Institut der Einwilligung BayOLG, NJW 1961, 2072; NK-StGB/Paefgen, 4. Aufl., § 228 Rn. 109), finden spätestens dort ihre **Grenze**, wo die **körperliche Misshandlung des Gegners Ziel der Betätigung** ist (Dölling, ZStW 1984, 36 [64]; Rössner, FS Hirsch, 313 [317]; Kubinek, JA 2003, 257 [260]; LK-StGB/Hirsch, 11. Aufl., § 228 Rn. 12).“ (BGH aaO.)

## bb) rechtfertigende Einwilligung

Allerdings willigten die Beteiligten der Schlägereien jeweils in die Körperverletzungshandlungen der jeweils anderen Kampfgruppe ein. Fraglich ist, ob diese Einwilligung wirksam ist.

### (1) Einwilligungsfähigkeit

„Jedenfalls soweit die **vereinbarten Regeln eingehalten** oder lediglich aus Gründen des Übereifers, der Erregung, der technischen Unvollkommenheit oder der mangelnden Körperbeherrschung verletzt werden, sollen an der **grundsätzlichen Wirksamkeit der Einwilligung der Kampfteilnehmer** keine Zweifel bestehen (hierzu BayOLG, NJW 1961, 2072 [2073] für den Fall eines Fußballspiels). **Gezielte Regelverstöße** hat die Strafkammer in keinem Fall zu erkennen vermocht, wenn auch die Feststellungen und die Beweiswürdigung insbesondere zu der Schlägerei am 31.10.2009 zahlreiche Verstöße gegen die angeblich verbindlichen Regeln ergeben haben, was angesichts der einleitenden Hinweise des „Trainers“ der Vereinigung auf die Regeln der Fairness widersprüchlich erscheint.“ (BGH aaO.)

Derartige Exzesse der Einzelnen stehen einer grundsätzlichen Wirksamkeit der Einwilligung des jeweils anderen Teils nicht entgegen.

### (2) Sittenwidrigkeit

Die Unwirksamkeit könnte sich aber aus § 228 StGB erheben. Grundsätzlich kann sich bei verabredeten Schlägereien aus der durchgeführten Art und Weise durch Mitglieder der Vereinigung eine Sittenwidrigkeit trotz Bestehen einer Einwilligung ergeben.

#### (a) Begriff der Sittenwidrigkeit

„Wann eine Tat gegen die guten Sitten verstößt, ist in der Rechtsprechung des BGH **nicht immer einheitlich** beurteilt worden. [wird ausgeführt]

Das Merkmal der guten Sitten in § 228 StGB ist für sich genommen konturenlos. Angesichts der **Wandelbarkeit moralischer Wertungen** kommen als Anknüpfungspunkt des Sittenwidrigkeitsurteils die Vorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder gar des zur Entscheidung berufenen Gerichts nicht in Betracht (BGHSt 49, 34 [41] = NJW 2004, 1054 = NStZ 2004, 204 m.w.N.; BGHSt 49, 166 [169] = NJW 2004, 2458 = NStZ 2004, 621; von der Meden, HRRS 2013, 158 [159]; auch die Ermittlung von allgemein gültigen moralischen Maßstäben erweist sich in einer pluralistischen Gesellschaft als nicht unproblematisch (vgl. dazu etwa Sternberg-Lieben, JZ 2013, 953 [954]; anders noch BGHSt 49, 34 [41] = NJW 2004, 1054 = NStZ 2004, 204).

Der von [der] **Rechtsprechung des BGH** gefundene Lösungsansatz, der **maßgeblich auf Art und Schwere des Rechtsgutsangriffs** abstellt, entspricht der herrschenden Meinung im Schrifttum (m.w.N.) Eine solch **gewichtige Betroffenheit** des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit hat die genannte Rechtsprechung des BGH jedenfalls dann angenommen, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung der Einwilligende durch die **Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr** gebracht wird [m.w.N.]. Zuletzt hat der 1. Strafsenat des BGH – an dem Kriterium der Maßgeblichkeit der Rechtsgutsverletzung festhaltend – ausgeführt, bei der **Bewertung der Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlung**, in die eingewilligt werde, müsse bei Auseinandersetzungen rivalisierender Gruppen auch die solchen Tätlichkeiten auf Grund der stattfindenden **gruppendynamischen Prozesse** typischerweise innewohnende Eskalationsgefahr berücksichtigt werden. Vom **Vorliegen dieser Eskalationsgefahr** sei bei **verabredeten Schlägereien immer dann auszugehen**, wenn es an diese Gefahr eingrenzenden Regeln oder an der effektiven Durchsetzbarkeit etwaiger Absprachen fehle. In diesen Fällen würden die Taten **trotz der Einwilligung der Verletzten** selbst dann **gegen die guten Sitten verstoßen**, wenn mit den einzelnen Körperverletzungserfolgen **keine konkrete Todesgefahr verbunden** war (BGHSt 58, 140 [143 ff.] = NJW 2013; m.w.N.)“ (BGH aaO.)

#### (b) Anwendung auf den Fall

„Die sich an den verabredeten körperlichen Auseinandersetzungen beteiligenden Mitglieder der Gruppierung um die Angekl. sowie die Teilnehmer auf der gegnerischen Seite erfüllten jeweils **rechtswidrig und schuldhaft den Tatbestand des § 231 I StGB**, weil sie sich damit an einer Schlägerei, also an einer mit gegenseitigen Tätlichkeiten verbundene Auseinandersetzung beteiligten, an der mehr als zwei Personen aktiv mitwirkten (vgl. zuletzt BGH, NStZ 2014, 147 = BGHR StGB § 231 Schlägerei 2). Dies führt – jedenfalls in den vorliegenden Fällen, in denen die an den Schlägereien Beteiligten aus der gebotenen ex-ante-Perspektive dadurch zumindest in die **konkrete Gefahr einer schweren Gesundheits-**

*beschädigung* gebracht wurden – nach den oben genannten Grundsätzen zur **Unbeachtlichkeit der (konkludent) erteilten Einwilligungen** in die mit den Auseinandersetzungen verbundenen Körperverletzungshandlungen.

Der Tatbestand des § 231 StGB bezweckt als **abstraktes Gefährungsdelikt** (m.w.N.) nicht nur den Schutz des Lebens und der Gesundheit des durch die Schlägerei oder den Angriff tatsächlich Verletzten oder Getöteten, sondern auch Leben und Gesundheit all der – auch unbeteiligten – Personen, die durch die Schlägerei oder den Angriff gefährdet werden. Da letztgenannter Gesichtspunkt ein Gemeininteresse darstellt, entfaltet die **Einwilligung eines oder aller an der Schlägerei Beteiligten** im Rahmen des § 231 StGB **keine rechtfertigende Wirkung** (LK-StGB/Hirsch, 11. Aufl. § 231 Rn. 18; MüKo-StGB/Hohmann, § 231 Rn. 18; Stree/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, § 231 Rn. 10; Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 [433] m.w.N.; so i.Erg. auch BeckOK StGB/Eschelbach, § 231 Rn. 16; NK-StGB/Paeffgen, § 231 Rn. 13, die insoweit allerdings auf die fehlende Disponibilität der Rechtsgüter Leben und Schutz der Gesundheit vor schweren Verletzungen abstellen).

Diese Grundsätze wirken sich beim tateinheitlichen Zusammentreffen von Körperverletzungstaten – wie hier etwa nach § 224 I Nr. 4 StGB – einerseits und Beteiligung an einer Schlägerei andererseits dahingehend aus, dass die – **rechtswidrige und schuldhafte – Verwirklichung des Tatbestands des § 231 I StGB zur Annahme der Sittenwidrigkeit der Körperverletzungstat i.S.v. § 228 StGB** führt (wie hier Jäger, JA 2013, 634).

Die in den vorliegenden Fällen der vereinbarten Schlägereien mit anderen Hooligangruppen konsentierten Körperverletzungshandlungen begründeten bei der gebotenen objektiven Beurteilung aus einer ex-ante-Perspektive jedenfalls die konkrete Gefahr solcher schweren Gesundheitsbeschädigungen. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)

## b) Ausrichtung

Da die Gruppierung um die Angekl. auf die Austragung der dargestellten körperlichen Auseinandersetzungen ausgerichtet war und sich diese – wie dargelegt – auf Grund der Unwirksamkeit der Einwilligung in die damit einhergehenden Körperverletzungshandlungen als Straftaten erweisen, war die Vereinigung auf die Begehung von Straftaten ausgerichtet.

„Die von der Vereinigung bezweckten verabredeten Schlägereien bzw. die damit verbundenen – regelmäßig gefährlichen – Körperverletzungen i.S.v. §§ 223 I, 224 I Nr. 4 StGB stellten auch eine **erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und damit Straftaten von einigem Gewicht** dar (vgl. dazu BGHSt 41, 47 = NJW 1995, 2117 = NStZ 1995, 340). Dies folgt schon aus der erheblichen Rechtsgutsgefährdung, die durch jede der Schlägereien ausgelöst wurde.“ (BGH aaO.)

## IV. Ergebnis

Die Verurteilung wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung ist zu Recht erfolgt.

(BGH in NJW 2015, 1705; Urteil vom 10.02.2015 – 1 StR 488/14)

1. Nach ganz überwiegendem Verständnis ist **Verdächtigen das Hervorrufen, Umlenken oder Verstärken eines Verdachts**.
2. Jedenfalls dann, wenn – wie vorliegend – eine **Person konkret verdächtigt** wird, für deren Tatbegehung bzw. Tatbeteiligung bis dahin keine Anhaltspunkte bestanden, kommt im Hinblick auf das durch § 164 StGB auch gewährleistetete Rechtsgut des **Schutzes der innerstaatlichen Strafrechtspflege** vor unberechtigter Inanspruchnahme eine **Tatbestandseinschränkung nicht in Betracht**.
3. Eine Einschränkung des Tatbestands von § 164 I StGB in Anwendung auf einen sich durch Falschverdächtigung Dritter verteidigenden Beschuldigten oder Angeklagten lässt in der hier vorliegenden Fallgestaltung auch nicht mit **Erwägungen aus der Rechtsprechung zu zulässigem Verteidigungsverhalten im Rahmen der Strafzumessung** begründen.
4. Die **Selbstbelastungsfreiheit** (nemo tenetur se ipsum accusare) gewährleistet verfassungsrechtlich dem Beschuldigten bzw. Angeklagten im Strafverfahren ein umfassendes Recht **zu schweigen**, um nicht zu seiner Überführung beitragen zu müssen; der Beschuldigte ist durch die Selbstbelastungsfreiheit mithin davor geschützt, **auf ihn selbst bezogene Informationen zu generieren**. Er hat jedoch **kein Recht zur Lüge**.

**Fall:** In dem gegen den Angekl. unter anderem wegen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion geführten Verfahren hat das Tatgericht festgestellt, dass im Anschluss an die polizeiliche Sicherstellung der zwei nach dem Anschlag auf das frühere Wohnanwesen von MK bei dem Angekl. verbliebenen Feuerwerkskörper gegen dieses eine Strafverfahren wegen Verstoßes gegen das Sprengstoffgesetz eingeleitet worden war. In diesem Verfahren behauptete der Angekl. bewusst wahrheitswidrig, die beiden Gegenstände gehörten nicht ihm, sondern seinem Sohn. Dies wiederholte er in der Hauptverhandlung vor dem AG, das ihn daraufhin freisprach. Wie von dem Angekl. billigend in Kauf genommen, wurde nunmehr ein Ermittlungsverfahren gegen seinen Sohn eingeleitet.

Das LG Traunstein hat mit Urteil vom 27.05.2014 den Angekl. wegen vorsätzlichen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion in Tateinheit mit Beihilfe zur versuchten Nötigung sowie wegen unerlaubten Besitzes erlaubnispflichtiger Munition und wegen falscher Verdächtigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt. Der Angekl. wende sich gegen seine Verurteilung wegen falscher Verdächtigung. Zu Recht?

Nach § 164 I StGB macht sich strafbar, wer einen anderen bei einer Behörde oder einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger **wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat** in der Absicht **verdächtigt**, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen ihn herbeizuführen oder fort dauern zu lassen.

Diesen Tatbestand könnte der Angekl. durch die Beschuldigung seines Sohnes hinsichtlich des Besitzes der Feuerwerkskörper rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht haben.

Indem der Angekl. im Rahmen des gegen ihn wegen des Vorwurfs des Verstoßes gegen das Sprengstoffgesetz geführten Strafverfahrens bewusst wahrheitswidrig angegeben hatte, die in dem von ihm geführten Pkw aufgefundenen Feuerwerkskörper **gehörten seinem Sohn**, könnte er diesen **vorsätzlich der Begehung einer rechtswidrigen Tat**, nämlich einer Straftat gem. § 40 I SprengstoffG, **verdächtigt haben**.

## I. Verdacht einer Straftat

### 1. Begriff des Verdächtigen

„Nach ganz überwiegendem Verständnis ist **Verdächtigen das Hervorrufen, Umlenken oder Verstärken eines Verdachts** (vgl. BGHSt 14, 240 [246] = NJW 1960, 1678; LK-StGB/Ruß, 12. Aufl., § 164 Rn. 5; MüKo-StGB/Zopfs, 2. Aufl., § 164 Rn. 20, jew. m.w.N.; s. auch Langer, GS Schlüchter, 2002, 361 [366 f.]). Die Tathandlung kann jedenfalls durch das Behaupten von Tatsachen verwirklicht werden, die geeignet sind (§ 152 II StPO), den **Verdächtigen einem behördlichen Verfahren auszusetzen** (Fischer, StGB, 62. Aufl., § 164 Rn. 3; Jeßberger in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl., § 164 Rn. 6; näher MüKo-StGB/Zopfs, § 164 Rn. 23 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

## 2. Anwendung auf den Fall

Diese Voraussetzungen sind angesichts der konkreten Bezeichnung des Sohns, Eigentümer der im Inland nicht zugelassenen pyrotechnischen Gegenstände zu sein, erfüllt.

*„Da der Angekl. die bereits während des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen ihn erfolgte Falschbezeichnung in der Hauptverhandlung vor dem AG wiederholt hat, handelt es sich bei den beiden wahrheitswidrigen Verdächtigungen lediglich um **eine Tat im Rechtssinne** (BGH, BGHR StGB § 164 Konkurrenzen 2 = BeckRS 2012, 24945; s. auch OLG Koblenz, Beschl. v. 06.12.2010 – 2 Ws 480/10, BeckRS 2011, 01273 Rn. 20).“ (BGH aaO.)*

## II. Einschränkung des Tatbestandes bei zulässigem Verteidigungsverhalten

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Angekl. selbst Beschuldigter eines Strafverfahrens ist und die betreffenden Aussagen tätigt, um sich selbst zu entlassen. Insofern könnte eine auf zulässiges Verteidigungsverhalten eines Beschuldigten im Strafverfahren oder dessen Selbstbelastungsfreiheit gestützte Einschränkung des Tatbestands der falschen Verdächtigung gem. § 164 I StGB nicht in Betracht kommen.

### 1. Tatbestandseinschränkung bei Belastung eines Alternativtäters

*„Ob eine in der **obergerichtlichen Rechtsprechung** (etwa BayLG, NJW 1986, 441 [442]; OLG Frankfurt a. M., DAR 1999, 225; OLG Düsseldorf, NJW 1992, 1119 = MDR 1992, 286) und von **Teilen der Strafrechtswissenschaft** (s. nur LK-StGB/Ruß, § 164 Rn. 6 m.w.N.; Jeßberger in Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 164 Rn. 10) befürwortete Tatbestandseinschränkung für Fallgestaltungen, in denen der Täter **wahrheitswidrig eine allein als alternativer Täter in Frage kommende Person** ausdrücklich als solchen bezeichnet (gegen Einschränkungen in solchen Fällen etwa Langer, GS Schlüchter, 361 [367–369]; Schneider, NZV 1992, 471 [472 ff.], jew. m.w.N.; Fischer, § 164 Rn. 3 a; näher auch Deutscher, Grundfragen der falschen Straftatverdächtigung [§ 164 I StGB], 1995, 127 ff.), angenommen werden kann, bedarf keiner Entscheidung.*

*Jedenfalls dann, wenn – wie vorliegend – eine **Person konkret verdächtigt** wird, für deren Tatbegehung bzw. Tatbeteiligung bis dahin keine Anhaltspunkte bestanden, kommt im Hinblick auf das durch § 164 StGB auch gewährleistete Rechtsgut des **Schutzes der innerstaatlichen Strafrechtspflege** vor unberechtigter Inanspruchnahme (s. nur BGH, StraFo 2013, 79 = BeckRS 2012, 24945) eine **Tatbestandseinschränkung nicht in Betracht** (vgl. MüKo-StGB/Zopfs, § 164 Rn. 25 f.; s. auch Aselmann, Die Selbstbelastungs- und Verteidigungsfreiheit, 2004, 267 f.). Anders als in Fallgestaltungen, in denen außer dem falsch Verdächtigenden überhaupt nur eine weitere Person als Täter der fraglichen rechtswidrigen Tat in Betracht kommt, wird in der hier vorliegenden Konstellation **erstmalig eine andere Person als vermeintlicher Täter bezichtigt**. Erst dadurch werden die Ermittlungsbehörden zu einer auf eine materiell unschuldige und bis zur Falschbezeichnung unverdächtige Person bezogenen Ermittlungstätigkeit veranlasst.“ (BGH aaO.)*

### 2. Tatbestandseinschränkung wegen zulässigem Verteidigungsverhalten

Allerdings könnte es sich bei der Aussage des Beschuldigten um ein zulässiges Verteidigungsverhalten handeln, welches aus dem Tatbestand auszuschneiden sein könnte.

#### a) keine Übertragung der Rechtsprechung zur Strafzumessung

*„Eine Einschränkung des Tatbestands von § 164 I StGB in Anwendung auf einen sich durch Falschverdächtigung Dritter verteidigenden Beschuldigten oder Angeklagten lässt in der hier vorliegenden Fallgestaltung auch nicht mit **Erwägungen aus der Rechtsprechung zu zulässigem Verteidigungsverhalten im Rahmen der Strafzumessung** begründen (s. aber OLG Düsseldorf, NJW 1992, 1119 = MDR 1992, 286; krit. Schneider, NZV 1992, 471 [473 f.]).*

*Zwar ist nach der **Rechtsprechung des BGH** strafzumessungsrechtlich die Grenze zulässigen und damit nicht strafscharfend berücksichtigungsfähigen Verteidigungsverhaltens selbst bei **unberechtigten Anschuldigungen gegen Dritte** noch nicht überschritten (etwa BGH, Beschl. v. 09.10.2012 – 5 StR 453/12, BeckRS 2012, 22799 Rn. 2 bzgl. Alternativtäterschaft); dies sei vielmehr erst dann der Fall, wenn sich dieses Verhalten als **Ausdruck einer zu missbilligenden Einstellung** erweise (vgl. nur BGH, NSiZ-RR 2013, 170 m.w.N. sowie NSiZ 2010, 692). Diese für die **Strafzumessung im Rahmen von § 46 II StGB** geltenden Erwägungen können jedoch nicht die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 164 StGB in einer Weise beeinflussen, die mit den Schutzzwecken dieses Tatbestands nicht mehr vereinbar wäre.“ (BGH aaO.)*

#### b) Einschränkung durch Auslegung

Allerdings könnte die Auslegung von § 164 StGB nach dem Wortlaut, der Systematik und dem Schutzzweck die Notwendigkeit einer Tatbestandseinschränkung ergeben.

Der Wortlaut selbst gibt für eine solche Auslegung nichts her. Anders als in § 258 I und V StGB ist hier kein Selbstbegünstigungsprivileg vorgesehen.

„Mit der durch das 43. Strafrechtsänderungsgesetz vom 29.07.2009 (BGBl. I 2009, 2288) erfolgten Einführung von § 164 III StGB hat der Gesetzgeber möglichen Missbräuchen der in § 46 b StGB und § 31 BtMG enthaltenen **Strafmilderungsmöglichkeiten bei Aufklärungshilfe** durch in einem Strafverfahren Beschuldigten entgegenwirken wollen (BT-Drs. 16/6268, 15 re. Sp.). Dabei hat er zu Grunde gelegt, dass **vielfach Falschangaben durch einen Beschuldigten** in dem gegen ihn gerichteten Verfahren **zum Zwecke der Erlangung von Strafmilderung** den Tatbeständen aus § 164 und § 145 d StGB unterfallen, deren Strafandrohungen gravierende Fälle aber nur unzureichend erfassen (BT-Dr 16/6268, 15 re. Sp.). Die **Entstehungsgeschichte von § 164 III StGB** spricht damit ebenfalls **gegen eine Einschränkung des Tatbestands** der falschen Verdächtigung bei Falschbezeichnung Dritter durch Beschuldigte oder Angeklagte in gegen sie geführten Strafverfahren.“ (BGH aaO.)

Auch die Auslegung gibt daher nichts für eine Tatbestandseinschränkung her.

### c) Einschränkung aus verfassungsrechtlichen Gründen

Eine Tatbestandseinschränkung könnte aber dann angezeigt sein, wenn sich aus übergeordneten **verfassungsrechtlichen oder menschenrechtlichen** Grundsätzen ergeben würde, dass der von einem Strafverfahren betroffene ein **Recht auf Lüge** hat.

„Solche Grundsätze bestehen jedoch nicht. Die **Selbstbelastungsfreiheit** (*nemo tenetur se ipsum accusare*) gewährleistet verfassungsrechtlich dem Beschuldigten bzw. Angeklagten im Strafverfahren ein umfassendes Recht **zu schweigen**, um nicht zu seiner Überführung beitragen zu müssen; der Beschuldigte ist durch die Selbstbelastungsfreiheit mithin davor geschützt, **auf ihn selbst bezogene Informationen zu generieren** (s. BVerfGE 56, 37 [49] = NJW 1981, 1431; BVerfGE 109, 279 [324] = NJW 2004, 999 = NStZ 2004, 270; BVerfGE 133, 168 [201] = NJW 2013, 1058 = NStZ 2013, 295 Rn. 60; näher Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, 2001, 261–264).

Wie der BGH bereits entschieden hat, lässt sich aus der einfachgesetzlichen Gewährleistung des Schweigerechts des Angekl. in § 136 I 2 StPO als Ausprägung der Selbstbelastungsfreiheit zwar **keine Wahrheitspflicht, aber auch kein „Recht zur Lüge“** ableiten (BGH, NStZ 2005, 517 [518] Rn. 10; s. auch OLG Koblenz, *Beschl. v. 6.12.2012 – 2 Ws 480/10*, BeckRS 2011, 01273 Rn. 13 [in NStZ-RR 2011, 178 nur Ls.]; zum Meinungsstand bzgl. des „Rechts auf Lüge“ Kölbel, 25 f.). Für eine einschränkende Anwendung des § 164 StGB jedenfalls in der hier vorliegenden Konstellation der bewusst wahrheitswidrigen Verdächtigung besteht daher kein tragfähiger Grund (vgl. insoweit auch Kölbel, 404; s. aber auch ders., 493).“ (BGH aaO.)

## III. Ergebnis

Indem der Angekl. im Rahmen des gegen ihn wegen des Vorwurfs des Verstoßes gegen das Sprengstoffgesetz geführten Strafverfahrens **bewusst wahrheitswidrig** angegeben hatte, die in dem von ihm geführten Pkw aufgefundenen Feuerwerkskörper **gehörten seinem Sohn**, hat er diesen **vorsätzlich der Begehung einer rechtswidrigen Tat**, nämlich einer Straftat gem. § 40 I SprengstoffG, **verdächtigt**.

(OVG Koblenz in NVwZ-RR 2015, 281; Urteil vom 04.12.2014 – 1 A 10294/14)

1. Bei der **Ermessensentscheidung** über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis gem. § 41 I RhPfStrG darf **über wegerechtliche Belange im engeren Sinne hinaus** auch auf andere Gesichtspunkte abgestellt werden, sofern sie mit der Straße und ihrem Widmungszweck in einem hinreichend engen sachlichen Zusammenhang stehen.
2. Dies gilt namentlich auch für **Belange** der Straße, ihres Umfeldes und ihrer Funktion **städtebaulicher und gestalterischer Art**.
3. Die Berücksichtigung entsprechender Belange setzt voraus, dass ihnen ein konkretes, vom Gemeinderat beschlossenes **Gestaltungskonzept der Gemeinde** zugrunde liegt. An die Konkretisierung der Gestaltungsvorstellungen durch den Rat dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Es genügt, dass das Gestaltungskonzept die für die Einzelfallentscheidung **wesentlichen Grundsätze** bestimmt.

**Fall:** Die Kl., die in der L-Straße in K. ein Optiker- und Akustikgeschäft betreibt, begehrte die Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis zur Aufstellung eines so genannten „Hörtestohrs“, einer ca. 80 cm hohen gelben Plastik in Form von zwei menschlichen Ohren mit einem darüber angebrachten Hinweisschild „Hörtest“ in der Fußgängerzone in K. Die Bekl. (bekl. Stadt) lehnte die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zur Aufstellung des Hörtestohrs unter Hinweis auf eine vom Stadtrat beschlossene Gestaltungsrichtlinie ab, der zufolge Werbeanlagen in Sonderformen wie Riesentelefone, Riesenhohren und Eistüten in der Fußgängerzone unzulässig seien.

Der Stadtrat der Bekl. hat am 14.12.2012 die Richtlinie „Gestaltung von Sondernutzungen im öffentlichen Raum – Bereich Innenstadt“ beschlossen. Diese hat ausdrücklich die Regelung der „gestalterischen Belange von Sondernutzungen in den öffentlichen Räumen der Innenstadt“ zum Gegenstand. Ihr Ziel ist es (vgl. dort Nr. I – Vorb.), die Attraktivität der Innenstadt und die Aufenthaltsqualität der Koblenzer Straßen und Plätze zu erhöhen. Durch mobile Elemente (Sondernutzungen) der gewerbetreibenden Anlieger werde der Stadtraum wesentlich geprägt. Die zunehmende Überfrachtung des öffentlichen Raumes mit privaten Waren-, Werbe- und Fahrradständern, Sonnenschirmen etc. entwerte bzw. gefährde das Stadtbild und die hierfür erforderliche Stadtbildpflege. Ein ungehindertes Flanieren sei kaum noch möglich. Zum städtebaulichen Erfordernis wird unter Nr. II der Richtlinie u.a. ausgeführt, dass die dort behandelten Sondernutzungen durch ihre Gestaltung und Häufigkeit unmittelbar Einfluss auf das Ambiente und der Flair der Innenstadt nähmen. In der Innenstadt finde man alle Anlagen und Einrichtungen, welche das städtische Leben entsprechend der Funktion der Stadt als Oberzentrum ausmachten. Dadurch bestehe auf den dortigen Straßen ein hoher Fußgängerverkehr. Zugleich seien die Straßen als Teil der Innenstadt Visitenkarte und Schaufenster der Stadt. Unter Nr. III der Richtlinie wird deren Geltungsbereich zunächst auf die dort näher umschriebene Innenstadt festgesetzt. Darüber hinaus werden indessen noch drei Sonderbereiche festgelegt, für die aus städteräumlichen und funktionalen Überlegungen besondere Festsetzungen getroffen werden, u.a. der Bereich „westliche bzw. zentrale Innenstadt mit der Einkaufs- und Fußgängerzone, L.-Markt- und Sch.-Straße mit L.-Center, Zentralplatz und Bahnhofplatz“. Dieser umfasse den zentralen Einkaufsbereich der Stadt. Im Zuge der Umsetzung des EU-Projektes „Ein Netzwerk, um die Stadt zu Fuß zu erkunden“ habe die Bekl. die bauliche Erneuerung des L.-Rondells und der Fußgängerzone L.-Straße im Abschnitt zwischen F.-E.-Ring und M.-Platz vorgenommen, um so die Einkaufszone neu und attraktiv zu gestalten bzw. optisch aufzuwerten. Ein speziell gestalteter Bodenbelag als so genannter Teppich, der sich von der Umgebung abhebe, verdeutliche den Verlauf dieses Abschnitts der Innenstadt. Sondernutzungen sollen die Gestaltungsabsicht in quantitativer und qualitativer Hinsicht unterstützen. Ziel sei es insoweit in Bezug auf die Einkaufs- und Fußgängerzone L.-Markt- und Sch.-Straße, ein ungehindertes Flanieren zu gewährleisten.

Wurde die Sondernutzungserlaubnis zu Recht abgelehnt?

### **I. Notwendigkeit einer Sondernutzungserlaubnis**

Nach § 41 I 1 RhPfStrG bedarf der **Gebrauch der Straße über den Gemeingebrauch** hinaus als Sondernutzung der behördlichen Erlaubnis.

*„Dass die Aufstellung des streitgegenständlichen Werbeständers in Form eines „Hörtestohrs“ eine Nutzung der L.-Straße über den Gemeingebrauch i.S.d. § 34 I 1 RhPfStrG hinaus darstellt, ergibt sich bereits daraus, dass es sich hierbei um eine Benutzung der Straße **zu anderen als Verkehrszwecken** handelt (vgl. § 34 III RhPfStrG).“* (OVG Koblenz aaO.)

Die gewünschte Nutzung bedurfte daher einer Sondernutzungserlaubnis.

### **II. Vorliegen der Erlaubnisvoraussetzungen**

Bestimmte Voraussetzungen für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis sieht das Gesetz nicht vor. Vielmehr handelt es sich um eine Ermessenentscheidung der Gemeinde.

### III. Ordnungsgemäße Ermessenausübung

Fraglich ist jedoch, ob die Gemeinde hier ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat.

#### 1. Anforderungen an die Ermessenausübung

Insofern macht das Gesetz selbst in § 41 II 3 RhPfStrG allein die Vorgabe, dass Erlaubnis nicht erteilt werden soll, wenn Kinder, Personen mit Kleinkindern oder behinderte oder alte Menschen durch die Sondernutzung in der Ausübung des Gemeingebrauchs erheblich beeinträchtigt würden. Hierfür liegen keine Anhaltspunkte vor.

Sonstige Maßstäbe, nach denen sich die Ermessensausübung zu richten hat, sind nicht bestimmt. Diese sind aus dem Zweck des Gesetzes unter Beachtung insbesondere der **Verteilungs- und Ausgleichsfunktion der Sondernutzungserlaubnis** abzuleiten (vgl. etwa: BVerwGE 84, 71 = NJW 1990, 2011).

*„Hierbei darf nach der **Rechtsprechung des Senats** (OVG Koblenz, Beschl. v. 15.08.2013 – 1 B 10669/13; v. 13.07.1995 – 1 B 12046/95, Urt. v. 29.06.2000 – 1 A 12464/99) in Übereinstimmung mit der **ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur** (vgl. etwa: OVG Münster, NVwZ-RR 2014, 800 Ls. = BeckRS 2014, 54112, VGH Mannheim, NVwZ-RR 2014, 539, VGH München, Urt. v. 28.11.2013 – 2 B 13.1587, BeckRS 2014, 47097; sowie: Bogner/Bitterwolf/de Boer, RhPfStrG, 2.5 zu § 41; Zeitler, BayStrWG, Art. 18 Rn. 26, jew. m.w.N.) neben **wegerechtlichen Belangen im engeren Sinne** auch auf andere Gesichtspunkte abgestellt werden, sofern sie mit der Straße und ihrem Widmungszweck (noch) in einem hinreichend engen sachlichen Zusammenhang stehen.*

*Dies gilt namentlich auch für **Belange der Straße, ihres Umfeldes und ihrer Funktion städtebaulicher oder baugestalterischer Art. Ein entsprechend enger sachlicher Bezug zur Straße liegt vor, soweit es um den Schutz eines bestimmten Straßen- oder Platzbildes** geht. Belange, die – wie etwa der Schutz des Ortsbilds als Ganzem – unmittelbar keine sachliche Beziehung zu dem jeweiligen „Straßengrund“ haben, können demgegenüber die Ablehnung einer Sondernutzungserlaubnis grundsätzlich nicht rechtfertigen. Etwas Anderes kommt insoweit nur in Betracht, soweit diese Belange im konkreten „Straßenbild“ der Straße, in der die Sondernutzung ausgeübt werden soll, einen fassbaren Niederschlag gefunden haben (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2000, 837). Des Weiteren setzt die Berücksichtigung entsprechender Belange voraus, dass ihnen **ein konkretes, vom Gemeinderat beschlossenes Gestaltungskonzept** der Gemeinde zu Grunde liegt, welches dem in den Blick genommenen Bereich – so etwa einer Fußgängerzone – eine bestimmte Ausstrahlungswirkung, ein spezifisches „Flair“ verleihen soll. Einer Festlegung in Satzungsform bedarf es hierzu indessen nicht; **ausreichend sind verwaltungsinterne Richtlinien** (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2000, 837; NVwZ-RR 1997, 677).“ (OVG Koblenz aaO.)*

#### 2. Vorliegen eines hinreichenden Gestaltungskonzepts

Die Richtlinie formuliert aus den allgemeinen Zielen abgeleitete ganz konkrete gestalterische Vorgaben für die L.-Straße, indem sie festlegt, dass für die durch eine bauliche Erneuerung aufgewertete Einkaufszone eine die zu Grunde liegende Gestaltungsabsicht unterstützende hohe Qualität sowie eine quantitative Beschränkung von Sondernutzungen erreicht werden solle.

*„An die **Konkretisierung** der sonach im Rahmen der Entscheidung über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis grundsätzlich berücksichtigungsfähigen Gestaltungsvorstellungen dürfen **keine zu hohen Anforderungen** gestellt werden. Ausreichend ist, wenn sie sich aus dem Inhalt der vom Rat beschlossenen Regelungen ohne weiteres ablesen lassen. Dabei genügt es, dass das Konzept **nur die für die Einzelfallentscheidung wesentlichen Grundsätze** bestimmt. Abgrenzungsprobleme im Einzelfall sind sodann bei der Umsetzung des Konzepts im Rahmen der Ermessensentscheidung über die Zulassung einer Sondernutzung anhand der vom Rat festgelegten Grundsätze unter Beachtung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens, insbesondere des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 3 I GG, zu lösen (VGH Mannheim, NVwZ-RR 2000, 837 m.w.N.).“ (OVG Koblenz aaO.)*

Die vom Stadtrat der Bkl. am 14.12.2012 beschlossene Richtlinie genügt im Hinblick auf die hier Streitgegenständliche Sondernutzung in Form der Aufstellung eines Werbeständers diesen Anforderungen.

*„Unter Nr. V.4. werden die in Bezug auf Qualität und **Quantität derartiger Werbeständer zu beachtenden wesentlichen Grundsätze** hinreichend deutlich festgelegt. So begründet zunächst Nr. V.4.2 ein entsprechendes Regelungsbedürfnis dahingehend, dass Werbeständer zunehmend mehr Raum einnehmen. Zudem werde ihre Hinweisfunktion häufig durch Aufdringlichkeit – das „Stoppen“ der Fußgänger – überlagert, so dass ein ungehindertes Flanieren kaum noch möglich sei.*

*Störend wirkten auch die **Häufigkeit, Vielgestaltigkeit** und die oft anzutreffende **örtliche Beliebigkeit**, so dass entweder nur 1 Werbeträger oder Warenauslagen aufgestellt werden dürften. Hieraus werden sodann unter Nr. V.4.3 der Richtlinie bei der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen zu beachtende Grundsätze abgeleitet. So soll etwa, um eine **Überfrachtung des Straßenraumes durch Werbeständer** zu verhindern,*

deren Anzahl auf ein Minimum beschränkt werden (4.3.1). Ihre Größe soll generell auf ein das Straßenbild und die Funktion der Straße nicht störendes Maß reduziert (4.3.2) und besonders aufdringliche Werbeständer (z.B. sich bewegende) sollen ganz vermieden werden (4.3.3). Zudem soll der Standort in direktem Zusammenhang mit dem werbenden Betrieb stehen (4.3.4). Überdies enthält Nr. V.4.4 einige Beispiele geeigneter Maßnahmen, die nach den Anwendungshinweisen in Nr. IV der Richtlinie dazu dienen sollen, der Verwaltung und den Bürgern eine Orientierung zu geben, wie im Einzelfall die zu beachtenden Grundsätze umgesetzt werden können. Da es sich um Beispiele handelt, seien im Einzelfall andere geeignete, den Zielen der Gestaltungsgrundsätze in gleicher Weise gerecht werdende Maßnahmen nicht ausgeschlossen.“ (OVG Koblenz aaO.)

Danach liegt der angefochtenen Ablehnung zwar ein hinreichendes Gestaltungskonzept zu Grunde.

### 3. Anwendung des Gestaltungskonzepts auf den Einzelfall

Fraglich ist jedoch, ob dieses Gestaltungskonzept im vorliegenden Fall die Ablehnung der Sondernutzungserlaubnis rechtfertigt.

„Der ablehnende Bescheid vom 15.04.2013 verweist im Rahmen seiner Begründung zum einen darauf, dass nach der Gestaltungsrichtlinie angesichts der störenden Wirkung von Häufigkeit, Vielgestaltigkeit und der oft anzutreffenden örtliche Belieblichkeit von Werbeständern entweder nur 1 Werbeträger oder Warenauslagen aufgestellt werden dürfen. Selbst wenn – was angesichts des Fehlens jeglicher Aussagen zu der ebenfalls beantragten Aufstellung eines Sonnenbrillenständers im Sommer unklar erscheint – damit überhaupt gemeint gewesen sein sollte, dass das Kontingent der Kl. an zulässigen Sondernutzungen bereits durch die Warenauslage erschöpft sei, wäre diese Bewertung bereits von daher fehlerhaft, dass die Richtlinie lediglich die **Aufstellung mehr als nur eines Werbeträgers oder von Warenauslagen** verhindern will. Dazu wäre es indessen nicht erforderlich gewesen, den Antrag auf Aufstellung eines Werbeträgers vollumfänglich abzulehnen. Zum einen war die Sondernutzungserlaubnis zur Aufstellung eines Sonnenbrillenständers ohnehin nur mit der Einschränkung „im Sommer“ beantragt, so dass sie der **Zulassung eines Werbeträgers für die übrige Zeit** bereits von daher nicht entgegenstand. Zum anderen hätte dem verfolgten Zweck auch in einer die Kl. weniger belastenden Art und Weise durch eine lediglich die gleichzeitige Aufstellung des Werbeständers und der nach Auffassung der Bekl. genehmigungsfreien Warenauslage untersagenden Nebenbestimmung genügt werden können.

Darüber hinaus ist der ablehnende Bescheid damit begründet, dass „hinsichtlich der Vielgestaltigkeit ... nach Nr. 4.4 der Richtlinie i.V.m. den Grundsätzen nach Nr. 4.3 Sonderformen wie Riesentelefone, Riesenohren, Eistüten u.a. ausgeschlossen“ seien. Insoweit bedarf es vorliegend keiner näheren Betrachtung, ob es sich – was unter den Bet. mit jeweils durchaus erwägenswerten Argumenten umstritten ist – bei dem streitgegenständlichen Hörtestohr überhaupt um ein „**Riesenoehr**“ im Sinne der Gestaltungsrichtlinie handelt. Selbst wenn man hiervon ausgehen wollte, enthielte die Richtlinie unter Nr. V.4.4 hierzu lediglich die Aussage, dass die gem. Nr. 4.3 zu beachtenden Grundsätze insbesondere erfüllt sind, wenn derartige Sonderformen nicht verwendet werden. Formuliert wird mithin insoweit lediglich eine Fallgestaltung, in der die verfolgten gestalterischen Zwecke in Bezug auf die Formgebung der Werbeanlage (jedenfalls) nicht tangiert werden. Damit steht jedoch nicht zugleich auch schon fest, dass – gleichsam im Umkehrschluss – die **Verwendung entsprechender Formen automatisch eine Nichtbeachtung der nach Nr. V.4.3 zu beachtenden Grundsätze** darstellt. Hinzu kommt, dass das Gestaltungskonzept die aufgezeigten Beispiele geeigneter Maßnahmen – wie bereits eingangs erwähnt – im Rahmen der Anwendungshinweise (Nr. IV) selbst als (nur) der Orientierung von Verwaltung und Bürgern dienend qualifiziert und ausdrücklich klarstellt, dass im Einzelfall andere, den Zielen der Gestaltungsgrundsätze in gleicher Weise gerecht werdende geeignete Maßnahmen nicht ausgeschlossen seien. Für die nach alledem vorliegend zwingend erforderliche Ermessensausübung auf der Ebene der zu treffenden konkreten Einzelfallentscheidung lässt sich dem Bescheid vom 15.04.2013 indessen nichts entnehmen.“ (OVG Koblenz aaO.)

## IV. Ergebnis

Danach war der ablehnende Bescheid vom 15.04.2013 aufzuheben und die Bekl. in Ermangelung vorgetragener oder sonst erkennbarer zureichender Anhaltspunkte für eine Ermessensreduzierung in Richtung auf die Erteilung der streitgegenständlichen Sondernutzungserlaubnis zur ermessensfehlerfreien Neubescheidung zu verpflichten.

(OVG Münster in NWVBI 2015, 36; Beschluss vom 16.04.2014 – 19 B 59/14)

1. Der Passversagungstatbestand in der Alt. 3 des § 7 I Nr. 1 PassG setzt den **durch konkrete Tatsachen begründeten Verdacht** voraus, der Passbewerber werde sonstige **erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden**.
2. Hierin liegt eine **Herabstufung des anzulegenden Wahrscheinlichkeitsmaßstabs** in Bezug auf die vorausgesetzte Gefährdung.
3. Im Aussetzungsverfahren nach § 80 V VwGO kommt eine **vorläufige Bestätigung einer Passentziehung**, für welche die Passbehörde keine konkreten Indiztatsachen benannt hat, **nicht deshalb** in Betracht, weil die Möglichkeit besteht, der Verfassungsschutz könne die maßgeblichen nachrichtendienstlichen Erkenntnisse im Rahmen einer Beweiserhebung im Hauptsacheverfahren offenlegen.

**Fall:** Die Antragstellerin entzog als Passbehörde mit Ordnungsverfügung unter Anordnung der sofortigen Vollziehung dem Antragsteller den Reisepass (Nr. 1), beschränkte den Geltungsbereich seines Personalausweises auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (Nr. 2) und gab ihm unter Zwangsgeldandrohung auf, den Reisepass sofort abzugeben. Sie stützte sich hierfür auf ein an das Landesinnenministerium gerichtetes Behördenzeugnis des Bundesamtes für Verfassungsschutz, in dem ausgeführt wird, ihm lägen glaubhafte Informationen aus zuverlässigen Quellen vor, die belegen, dass der Antragsteller plane, zeitnah nach Syrien auszureisen, um sich dort mutmaßlich dem bewaffneten „Jihad“ anzuschließen bzw. terroristische Gruppierungen zu unterstützen.

Der Antragsteller beantragt die Aussetzung der Vollziehung. Ist der Antrag begründet?

Der Antrag nach § 80 V 1 VwGO ist begründet, wenn das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Hierfür kommt es maßgeblich darauf an, ob sich die Anordnungen in den Nr. 1 und 2 der Ordnungsverfügung als rechtswidrig darstellen und daher voraussichtlich im Hauptsacheverfahren keinen Bestand haben werden.

### I. Ermächtigungsgrundlagen

Als Rechtsgrundlage für die in Nr. 1 verfügte Passentziehung kommt § 8 PassG in Betracht. Eine Ausweisbeschränkung nach Nr. 2 der Verfügung kann nach § 6 VII PAuswG erfolgen.

### II. formelle Voraussetzungen für den Passentzug und Ausweisbeschränkung

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeitsanforderungen bestehen keine Bedenken.

### III. materielle Voraussetzungen für den Passentzug und Ausweisbeschränkung

Nach § 8 PassG kann ein Pass dem Inhaber dann entzogen werden, wenn „Tatsachenbekanntwerden“, die nach § 7 I PassG die Passversagung rechtfertigen würden. Unter diesen Voraussetzungen kann nach § 6 VII PAuswG auch eine Beschränkung des Geltungsbereiches des Personalausweises ausgesprochen werden.

„§ 7 I Nr. 1 PassG setzt tatbestandlich voraus, dass „bestimmte Tatsachen“ die Annahme begründen, dass der Passinhaber die **innere oder äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährdet**.“ (OVG Münster aaO.)

Da hier weder die innere noch die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet werden, kommt lediglich eine Gefährdung sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland nach Alt. 3 des § 7 I Nr. 1 PassG in Betracht.

#### 1. Begriff der sonstigen erheblichen Belange

„Solche Belange gefährdet der Passinhaber insbesondere, wenn bestimmte Tatsachen die Prognose rechtfertigen, er werde sich **im Ausland an Gewalttätigkeiten beteiligen, die geeignet sind, die auswärtigen Beziehungen oder unter besonderen Umständen auch das internationale Ansehen der Bundesrepublik zu schädigen** (BVerwGE 129, 142 = NVwZ 2007, 1439 – G-8-Gipfel Genua; VGH Mannheim, VBIBW 2005, 231 = BeckRS 2005, 20576).“ (OVG Münster aaO.)

#### 2. anzulegender Wahrscheinlichkeitsmaßstab

Fraglich ist allerdings, welcher Wahrscheinlichkeitsmaßstab hierbei anzulegen ist, um eine entsprechende Gefährdung annehmen zu können.

„Der Passversagungstatbestand in § 7 I Nr. 1 PassG setzt lediglich voraus, dass **konkrete Tatsachen** vorliegen, die die Begründetheit der **behördlichen Gefahreneinschätzung nachvollziehbar rechtfertigen**. Die Anknüpfungstatsachen für die Gefahrenprognose müssen nach Zeit, Ort und Inhalt **so konkret gefasst** sein, dass sie einer **Überprüfung im gerichtlichen Verfahren zugänglich** sind.

Hingegen erfordert § 7 I Nr. 1 PassG **keine eindeutigen Beweise für diese Gefahreneinschätzung**. Ausreichend ist eine auf Tatsachen gestützte positive Gefahrenprognose. Eine **bloße Möglichkeit**, eine **reine Vermutung** oder ein durch konkrete Tatsachen **nicht belegbarer Verdacht genügen nicht**, um eine konkrete Gefährdungslage i.S.d. § 7 I Nr. 1 PassG zu begründen (s. Gesetze der Bundesregierung, BT-Drs. 14/2726 v. 18.02.2000, S. 6; VG Berlin, Urt. v. 06.03.2012 – 23 K 59/10, BeckRS 2012, 49190; VG Braunschweig, Beschl. v. 27.10.2011 – 5 B 164/11, BeckRS 2011, 55396; VG Aachen, Urt. v. 26.08.2009 – 8 K 637/09, BeckRS 2009, 38910; entsprechend zur Passentziehung wegen Steuerflucht nach § 7 I Nr. 4 PassG: OVG Bremen, NordÖR 2013, 217 = BeckRS 2013, 47081). Hierin liegt eine **Herabstufung des anzulegenden Wahrscheinlichkeitsmaßstabs** in Bezug auf die vorausgesetzte Gefährdung. Der Passversagungsgrund des § 7 I Nr. 1 PassG liegt **nicht erst** dann vor, wenn der Betreffende Belange der Bundesrepublik Deutschland **tatsächlich gefährdet**, sondern schon dann, wenn der **begründete Verdacht einer solchen Gefährdung** besteht. Diese Herabstufung ergibt sich aus dem Wortlaut des § 7 I Nr. 1 PassG, der lediglich verlangt, dass Tatsachen „die Annahme“ einer Gefährdung i.S.d. Nr. 1 begründen, ohne dass die Gefährdung selbst vorliegen muss. Insofern führt der Passversagungstatbestand in § 7 I Nr. 1 PassG zu einer ähnlichen Vorverlagerung des Gefährdungsschutzes wie auch der Ausschlussstatbestand des § 11 S. 1 Nr. 1 StAG im Rahmen der Einbürgerung (dazu allgemein: BVerwG, Beschl. v. 16.07.2003 – 6 VR 10/02, BeckRS 2003, 24408 – Vereinsverbot; zu § 11 S. 1 Nr. 1 StAG: BVerwG, Beschl. v. 08.06.2011 – 5 B 55/10, BeckRS 2011, 52034; BVerwGE 135, 302 = NVwZ-RR 2010, 786 – IGMG; BVerwGE 128, 140 = NVwZ 2007, 956 – PKK-Selbsterklärung).“ (OVG Münster aaO.)

Der Wahrscheinlichkeitsmaßstab des Passversagungstatbestandes in § 7 I Nr. 1 PassG unterscheidet sich daher erheblich von den Voraussetzungen für Vereinsverbote oder für Behauptungen in einem Verfassungsschutzbericht, für die keine Verringerung des Regelbeweismaßes der vollen richterlichen Überzeugungsgewissheit nach § 108 I 1 VwGO eingreift.

„Bei diesen Maßnahmen ist eine **Herabstufung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs** insbesondere nicht wegen des sachtypischen Beweisnotstandes gerechtfertigt, in dem sich die handelnde Behörde befindet, weil der **Verfassungsschutz** seine **Erkenntnisquellen und Arbeitsweisen schützen**, Vertraulichkeitszusagen an Informanten einhalten muss und deshalb oftmals die Vorlage seiner Akten nach § 99 VwGO verweigert. Denn eine solche Beweisregel ist weder in § 99 VwGO noch an anderer Stelle der Verwaltungsgerichtsordnung vorgesehen (BVerwGE 131, 171 = NVwZ 2008, 1371 – VS-Bericht BW 2001; BVerwG, NVwZ 2005, 1435 – Vereinsverbot).“ (OVG Münster aaO.)

### 3. Geltungsbereich des Wahrscheinlichkeitsmaßstabes

Allerdings stellt sich die Frage, ob diese Herabstufung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabes sich nur auf die von dieser Vorschrift vorausgesetzte Gefährdung bezieht oder auch die einzelnen „bestimmten Tatsachen“ im Sinne dieses Eingriffstatbestandes mitumfasst.

„Für diese **Indiztatsachen** verbleibt es vielmehr bei dem **Regelbeweismaß** der vollen richterlichen Überzeugungsgewissheit nach § 108 I 1 VwGO. Als **ausschließlich** auf diese Indiztatsachen bezogen versteht der Senat die Aussage der Vorinstanz, ein **geheimhaltungsbedingter Beweisnotstand** führe nicht zu einer Herabstufung des Regelbeweismaßes der vollen richterlichen Überzeugungsgewissheit nach § 108 I 1 VwGO.“ (OVG Münster aaO.)

### 4. taugliche Anknüpfungstatsachen

Es müssten im vorliegenden Fall, entsprechend konkrete und beweisbare Anknüpfungstatsachen vorliegen, um die erfolgte Gefährdungsprognose zu rechtfertigen.

„Bei einer Passentziehung wegen befürchteter Ausreise zur Teilnahme am bewaffneten Jihad kommen als Anknüpfungstatsachen vor allem **konkrete Äußerungen des Passinhabers** und seine **Einbindung in einen Personenkreis von gewaltbereiten Islamisten** sowie deren **bisherige Aktivitäten** und **politische Ziele** in Betracht (z.B. Teilnahme an regelmäßigen Zusammenkünften, bei denen Koransuren mit zentralen Leitsätzen des militanten Jihad besprochen werden; Teilnahme an einem Ausbildungscamp für Terroristen im Ausland; missglückte Ausreiseversuche; Auffinden eines USB-Speichersticks mit demokratiefeindlichen digitalisierten Büchern; eigene Äußerungen des Passinhabers über einen konkret geplanten Grenzübertritt nach Syrien mit Sprengstoffübergabe (OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2011, 500; VG Hamburg, Beschl. v. 23.11.2012 – 2 E 2951/12; VG Berlin, Urt. v. 06.03.2012 – 23 K 58/10, BeckRS 2012, 49189; VG Braunschweig, Beschl. v. 27.10.2011 – 5 B 164/11, BeckRS 2011, 55396; OVG Münster, Beschl. v. 11.09.2013 – 18 B 866/13 – Ausreiseverbot nach § 46 II AufenthG).“ (OVG Münster aaO.)

Fraglich ist jedoch, ob dies im vorliegenden Fall angenommen werden kann.

„Im Fall des Antragstellers hat die Antragsgegnerin derartige nach Zeit, Ort und Inhalt konkretisierte Anknüpfungstatsachen **noch nicht einmal im Sinne einer bloßen Behauptung benannt**. Sie stützt ihre

Maßnahme vielmehr lediglich auf die allgemein formulierte Befürchtung, er plane „zeitnah“ nach Syrien auszureisen, um sich dort „mutmaßlich dem bewaffneten ‚Jihad‘ anzuschließen bzw. terroristische Gruppierungen zu unterstützen“. Diese Befürchtung wiederum stützt sie ausschließlich auf die Mitteilung des Bundesamtes für Verfassungsschutz (BfV) in seinem Behördenzeugnis vom 01.08.2013, ihm lägen „**glaubhafte Informationen aus zuverlässigen Quellen**“ vor, welche diese Befürchtung angeblich „belegen“. Hierin liegt **keine auf Tatsachen gestützte positive Gefahrenprognose**, sondern lediglich die Äußerung einer bloßen Vermutung, welche weder die Antragsgegnerin noch das BfV durch konkrete belegbare Tatsachen untermauert hat. Eine solche Vermutung genügt nicht, um eine konkrete Gefahrenprognose i.S.d. § 7 I Nr. 1 PassG zu stützen.“ (OVG Münster aaO.)

Hierbei ist das Behördenzeugnis des Bundesamtes für Verfassung seinerseits nicht als eigenständige Anknüpfungstatsache zu sehen.

„Allein der Umstand, dass eine **Verfassungsschutzbehörde** eine **bestimmte Gefahrenprognose anstellt**, ist noch kein Indiz dafür, dass diese Gefahr tatsächlich besteht. Vielmehr unterliegt auch diese **behördliche Gefahrenschätzung in vollem Umfang der gerichtlichen Überprüfung**. Für die gerichtliche Überzeugungsbildung über das Vorliegen des Passversagungstatbestandes des § 7 I Nr. 1 PassG können nur diejenigen Tatsachen ausschlaggebend sein, die der behördlichen Gefahrenschätzung zu Grunde liegen. Ein **Behördenzeugnis** einer Verfassungsschutzbehörde, mit der diese ihre eigene Gefahrenprognose sowie ggf. die ihr zu Grunde liegenden Feststellungen seiner Mitarbeiter oder Informanten wiedergibt, ist **lediglich Erkenntnisquelle**, also Beweismittel, nicht aber selbst Indiztatsache für die nach § 7 I Nr. 1 PassG erforderliche Gefahrenprognose (vgl. BVerwG, NVwZ 2005, 1435; VG Aachen, Urt. v. 26.08.2009 – 8 K 637/09, BeckRS 2009, 38910; VG Braunschweig, Beschl. v. 27.10.2011 – 5 B 164/11, BeckRS 2011, 55396). In diesem Sinn **tragfähige Indiztatsachen** benennt auch das BfV in seinem Behördenzeugnis vom 01.08.2013 nicht. Dessen Inhalt erschöpft sich in der oben bereits zitierten **Verdachtsbehauptung**, die **in jeder Hinsicht pauschal** ist und durch keinerlei bestimmte Tatsachen gestützt wird, die eine gerichtliche Überprüfung ermöglichen. Auf welche „Informationen“ von nicht genannten Quellen das BfV die genannte Verdachtsbehauptung stützt, ergibt sich weder aus dem Behördenzeugnis noch aus den Begleitinformationen, mit denen die Kriminalpolizei B. dieses der Antragsgegnerin übermittelt hat. Ebenso wenig lässt sich dem sonstigen Akteninhalt entnehmen, auf welche konkreten Indiztatsachen die Antragsgegnerin die von § 7 I Nr. 1 PassG vorausgesetzte Gefährdung sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland durch den Antragstellers stützt. Das gilt insbesondere auch für ihre nicht näher konkretisierte Behauptung in der Begründung zur angefochtenen Ordnungsverfügung, der Antragstellers besitze eine „radikalisierte Persönlichkeit“ und „fortgesetzte Kontakte in die islamistisch-jihadistische Szene“, weshalb „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen [sei], dass Sie versuchen werden, sich einer Haft durch Flucht zu entziehen. Für eine solche bevorstehende oder beabsichtigte Inhaftierung des Antragstellers gibt es nach Aktenlage keinen Anhalt.“ (OVG Münster aaO.)

## 5. Umfang der Prüfung im gerichtlichen Eilverfahren

Zwar hat das Gericht im Eilverfahren nach § 80 V VwGO die zu Grunde liegenden Verfügungen nur summarisch zu prüfen, so dass es dem Wesen des vorläufigen Rechtsschutzes entspricht, dass keine Beweisaufnahme stattfindet. Gleichwohl ist es nicht ausreichend, wenn die Behörde lediglich darauf verweist, im Hauptsacheverfahren Beweis benennen und vorlegen zu wollen.

„Der Senat hat schon im Rahmen des vorliegenden Aussetzungsantrags nach § 80 V VwGO zu prüfen, ob die Passbehörde **hinreichend konkrete Tatsachen** für den nach § 7 I Nr. 1 PassG erforderlichen Gefahrenverdacht **zumindest im Sinne einer Behauptung benannt und ggf. glaubhaft** gemacht hat. Er teilt nicht die Rechtsauffassung der Vorinstanz und anderer erstinstanzlicher Verwaltungsgerichte, die eine Passentziehung in Eilverfahren schon allein im Hinblick auf die bloße **Möglichkeit einer Offenlegung der maßgeblichen nachrichtendienstlichen Erkenntnisse** im Rahmen einer Beweiserhebung im Hauptsacheverfahren bestätigt haben (s. VG Aachen, NVwZ-RR 2009, 781; VG Braunschweig, Beschl. v. 27.10.2011 – 5 B 164/11, BeckRS 2011, 55396). Vielmehr unterliegen auch behördliche Maßnahmen, welche auf nachrichtendienstliche Erkenntnisse zurückgehen, in einem Aussetzungsverfahren nach § 80 V VwGO der gerichtlichen Überprüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, soweit dies mit den beschränkten Mitteln des Eilverfahrens möglich ist (vgl. etwa: BVerwG, Beschl. v. 16.07.2003 – 6 VR 10/02, BeckRS 2003, 24408).

Insbesondere ermöglicht auch das Eilverfahren dem Gericht die **Prüfung**, ob und mit **welchem Wahrscheinlichkeitsgrad die behaupteten Indiztatsachen**, ihren Nachweis im Hauptsacheverfahren für den Fall eines Bestreitens unterstellt, den Schluss auf die für § 7 I Nr. 1 PassG maßgebliche Haupttatsache zulassen (Ausreise- und Gefährdungsabsicht gerade des Antragstellers). Hierbei handelt es sich um eine tatsächliche Würdigung von Indiztatsachen, hinsichtlich derer sich das Eilverfahren nicht maßgeblich vom Hauptsacheverfahren unterscheidet.“ (OVG Münster aaO.)

## IV. Ergebnis

Die Verfügungen sind nach summarischer Prüfung rechtswidrig, so dass der Suspensiveffekt zu gewähren ist.

## 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  
§§ 683, 677, 670

**Kosten der Wiederbeschaffung gestohlenen Baumaterials  
Geschäftsführung ohne Auftrag**

SR BT

(OLG Saarbrücken in NZBau 2015, 159; Urteil vom 03.12.2014 – 1 U 49/14)

Ist der **Bauunternehmer** vertraglich verpflichtet, ein Wohnhaus einschließlich Einrichtung der Innenräume zu errichten, und verbringt er benötigtes **Baumaterial** in das **noch nicht fertige Haus**, wo es **gestohlen** wird, so kann der Auftraggeber, der Ersatzmaterialien bestellt und bezahlt, die dafür erforderlichen Kosten vom Auftragnehmer verlangen.

**Fall:** Die Klägerin lagerte im Rahmen eines Bauvertrages das für die geschuldete Errichtung eines Wohnhauses erforderliche Material zur Ausstattung der Innenräume in dem noch nicht fertigen Haus, wo es gestohlen wurde. Die Beklagten nahmen eine Ersatzbeschaffung vor. Haben sie einen Anspruch auf Aufwendungsersatz?

Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz könnte sich aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677, 683, 670 BGB ergeben.

### I. Vorliegen eines fremden Geschäfts

„Die Beklagten haben dadurch, dass sie das gestohlene Material bei der Lieferantin der Klägerin erneut bestellt und auch bezahlt haben, **objektiv ein fremdes Geschäft** geführt, denn das **Verlustrisiko** traf **vor der Abnahme** des Gesamtwerks (§ 644 I BGB) die Klägerin, die weiterhin zur Herstellung des vereinbarungsgemäß geschuldeten Hauses mit Innenausbau verpflichtet blieb. Es wäre deshalb ihre Aufgabe gewesen, die gestohlenen Materialien auf ihre Kosten erneut zu bestellen. Bei einem solchen **objektiv (auch) fremden Geschäft** ist ein entsprechender **Fremdgeschäftsführungswille zu vermuten**; Umstände, durch die diese Vermutung widerlegt werden könnte, sind nicht ersichtlich (BGH v. 27.04.2005 – VIII ZR 140/04 – Rn., 19, NJW-RR 2005, 1426 = juris). Die Klägerin war nach dem mit den Beklagten geschlossenen Vertrag zur Errichtung des Hauses einschließlich des Innenausbaus aus von ihr zu liefernden Materialien verpflichtet. Dieser Vertrag ist **einheitlich als Werkvertrag** zu qualifizieren, denn nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien sollte die Klägerin ein vollständig ausgebautes Haus herstellen und den Beklagten übereignen. Irgendeine Eigenleistung der Beklagten war nach dem Vertrag nicht geschuldet.

Die Klägerin war daher auch verpflichtet, die zur vertragsgemäßen Herstellung des Hauses **erforderlichen Materialien zu liefern und einzubauen**. Dieser Verpflichtung folgend hat sie Baumaterialien im Hause der Beklagten gelagert, die durch Dritte gestohlen worden sind. Hierdurch ist sie aber von ihrer werkvertraglichen Verpflichtung, das Haus einschließlich der gestohlenen Sanitär- und Heizungsgegenstände zu errichten, nicht frei geworden. Denn das **Diebstahlsrisiko** trifft nach der typischer Weise bei der Ausführung von Bauleistungsverträgen gegebenen rechtlichen Risikoverteilung **den Auftragnehmer**, da dieser bis zur Abnahme des von ihm zu erstellenden Gewerks grundsätzlich die Gefahr für dessen Beschädigung oder Untergang trägt, und zwar nicht nur hinsichtlich des jeweiligen Zustandes des Gewerkes selbst, sondern auch für die zu dessen Erstellung erforderlichen Materialien, Werkzeuge, Maschinen und sonstigen Hilfsmittel, § 644 I 1 BGB. Diese Risikoverteilung wird der tatsächlichen, an einer Baustelle regelmäßig anzutreffenden Situation gerecht, wonach es der **Entscheidungsfreiheit des Unternehmers überlassen ist, in welchem Umfang** er die von ihm verwandten **Materialien und Hilfsmittel** vor Zugriffen Dritter während der Bauausführung **schützt**. Dabei liegt es auch regelmäßig in seinem organisatorischen Ermessen, ob er die von ihm benötigten Materialien und Hilfsmittel all abendlich von der Baustelle abzieht – was er aufgrund des damit verbundenen Aufwandes regelmäßig unterlassen wird – oder diese auf der Baustelle belässt (OLG Köln, Ur. v. 17.01.1984 – 22 U 235/83, BeckRS 2012, 06601).“ (OLG Saarbrücken aaO.)

### II. im Interesse und mutmaßlichen Willen

Die Geschäftsführung entsprach auch dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen der Klägerin, die zur Fertigstellung des Hauses verpflichtet war und blieb.

„Die schnelle und zeitgerechte Fertigstellung des Werkes, die nur durch eine schnelle Nachbestellung der gestohlenen Materialien gewährleistet war, lag im Interesse der Klägerin, zumal die Nachbestellung bei ihrem Lieferanten zu den auch ihr gewährten Konditionen erfolgt ist. Dass die Beklagten daneben mit der schnellen Nachbestellung auch eigene Interessen – termingerechte Fertigstellung – verfolgt haben, schadet nicht.“ (OLG Saarbrücken aaO.)

### III. keine Verletzung der Anzeigepflicht

„Der Aufwendungsersatzanspruch entfällt ... nicht deshalb, weil die Beklagten der Klägerin die Übernahme der Geschäftsführung **nicht alsbald angezeigt** und deren **Entschließung abgewartet** haben. Denn insoweit war die Bestellung der Materialien nicht unaufschiebbar (vgl. BGH, Ur. v. 25.05.1983 – IVa ZR 199/81 – Rn. 10, WM 1983, 679 f. = juris). Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Anzeigepflicht nach § 681 S. 1 BGB ist jedoch lediglich ein Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB, mit dem die Klägerin die Aufrechnung erklären könnte (BGH, aaO. – Rn. 24). Einen solchen hat sie aber nicht dargetan. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass die Voraussetzungen des § 683 S. 1 BGB nicht vorliegen, stünde den Beklagten ein Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 684 S. 1, 812, 818 II BGB zu. Die Klägerin hat aufgrund der unberechtigten Geschäftsführung der Beklagten die von ihr geschuldeten und einzubauenden Materialien erhalten, ohne dafür etwas aufwendend zu haben. Dass sie selbst aber zur erneuten Lieferung dieser Materialien auf ihre Kosten verpflichtet war, ergibt sich aus dem oben Gesagten. Nach § 818 II BGB ist sie verpflichtet, den Beklagten die Aufwendungen für die Neulieferung zu ersetzen, soweit sie selbst eigene Aufwendungen hierdurch erspart hat (vgl. BGH, Ur. v. 26.04.2001 – VII ZR 222/99 – Rn. 23, NJW 2001, 3184 ff. = juris). Da die Beklagten unbestritten vorgetragen haben, sie hätten die Materialien bei dem Händler der Klägerin zu den gleichen Konditionen nachbestellt, ist die Klägerin zum Ersatz dieser Aufwendungen verpflichtet. Diese Forderung haben die Beklagten wirksam gegen die restliche Werklohnforderung der Klägerin aufgerechnet, so dass diese erloschen ist (§ 389 BGB).“ (OLG Saarbrücken aaO.)

(OLG Düsseldorf in MDR 2015, 208; Urteil vom 18.12.2014 – I-3 U 29/14)

Ein Anspruch auf **Zinsen als Kapitalnutzungsersatz** (hier des Käufers gegen den Verkäufer bei der Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufs für den überlassenen Kaufpreis) kommt nur insoweit in Betracht, als sie **nicht von einem – inhaltsgleichen – (gesetzlichen) Verzugszinsanspruch** umfasst sind.

In der Entscheidung geht es um die Frage, ob ein Käufer, der einen Pkw-Kauf wegen Mangelhaftigkeit rückabwickelt, eine Verzinsung des gezahlten Kaufpreises als Kapitalnutzungsersatz verlangen kann.

„Der Anspruch auf Zahlung von 5 % Zinsen kann unter dem Gesichtspunkt **gezogener Nutzungen** (§§ 346 II 1, 100 BGB) zu beurteilen sein. Hat der Schuldner einer Geldforderung mit dem überlassenen Geld Nutzungen in Gestalt von Zinsen erzielt, ist er dem Gläubiger zur Herausgabe dieser Nutzungen verpflichtet. In dem Umfang dieser Herausgabepflicht besteht dann allerdings **kein Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 BGB** (BGH v. 12.05.1998 – XI ZR 79/97, MDR 1998, 1045 = NJW 1998, 2529 – zu § 818 I BGB i.V.m. dem Anspruch auf Prozesszinsen; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 11. Aufl., Rn. 1148, 1151; vgl. auch OLG Zweibrücken v. 27.05.2002 – 7 U 231/01, ZIP 2002, 1680 und OLG Saarbrücken v. 07.10.1997 – 7 U 694/96-114, ZIP 1997, 1961). Dahinter steht die Erwägung, dass **Verzugszinsen die Funktion haben, den Nachteil auszugleichen**, den der Gläubiger dadurch erleidet, dass er infolge **nicht rechtzeitiger Zahlung** des Schuldners daran gehindert ist, einen ihm zustehenden Geldbetrag zu nutzen. Ein solcher Nachteil entstände dem Gläubiger indes in dem Umfang nicht (mehr), in welchem der Schuldner ihm Kapitalnutzungsersatz nach Rücktrittsrecht schuldet.

Daraus folgt, dass der Kläger **gesetzliche Verzugszinsen nicht zeitgleich mit Zinsen als Kapitalnutzungsersatz** verlangen kann. Da die Verzugszinsen dem Kläger rechtskräftig zugesprochen sind, bedeutet dies, dass ein Anspruch auf Zinsen als Kapitalnutzungsersatz nur insoweit in Betracht kommt, als sie nicht von einem – inhaltsgleichen – Verzugszinsanspruch umfasst sind. Dies bedeutet vorliegend, dass ein Anspruch auf Nutzungsherausgabe (Zahlung von 5 % Zinsen auf den vom Kläger angesetzten Betrag von 15.880 €) nur für die Zeit v. 13.02.2009 bis zum 29.01.2010 (= 351 Tage) gerechtfertigt ist; für die Folgezeit ab dem 30.01.2010 wird das Interesse des Klägers an der rechtzeitigen Nutzung des zurückzuzahlenden Kaufpreises durch den rechtskräftig zuerkennenden Verzugszinsanspruch abgedeckt. Der Kläger hat vorgetragen, dass die Beklagte Nutzungen von etwa 5 % aus dem gezahlten Kaufpreis gezogen hat. Diesem Vortrag ist die Beklagte im Rechtsstreit konkret nicht entgegen getreten, so dass er als zugestanden anzusehen ist. Ausgehend von dem Zeitraum v. 13.02.2009 bis zum 29.01.2010, für den der Kläger die gezogenen Nutzungen herausverlangen kann, beträgt der für diese Zeitspanne zu beanspruchende Zinsbetrag 763,55 € (5 % Zinsen aus 15.880 € v. 13.02.2009 bis 29.01.2010: 794 €: 365 Tage x 351 Tage). Der weitergehende Zinsanspruch ist unbegründet.“ (OLG Düsseldorf aaO.)

(AG Darmstadt in FamRZ 2015, 408; Beschluss vom 15.05.2014 – 50 F 366/13 GÜ)

Der Vertrag ist, wegen der Verpflichtung für den Vollzug der Ehe zu zahlen, nach §138 I BGB nichtig. Die Abrede, eine **hohe Geldsumme für den Vollzug der Ehe** zu zahlen, entspricht nicht dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und **widerspricht somit den guten Sitten**.

**Fall:** Die Antragstellerin und der Antragsgegner schlossen am 16.09.1999 die Ehe. Die Eheschließung erfolgte in X-Stadt im Iran. Anlässlich der Eheschließung vereinbarten die Beteiligten als Brautgabe einen Betrag von 100.262 Rial, einen Koran, 100.000.000 Rial als Brautgeld, zwei Anteile eines Hauses, 650 Azadi Goldmünzen und 100 Meshgal Gold. Die Vereinbarung hielten die Beteiligten in einer notariellen Heiratsurkunde fest. Die Zahlungsverpflichtung sollte mit der Eheschließung und unabhängig von der Bedürftigkeit entstehen. Die Parteien waren sich einig, dass Sinn und Zweck dieser Brautgabe sein sollte, dass sie für die Erfüllung der ehelichen Pflichten, mithin den Vollzug der Ehe und die Versorgung der Ehefrau nach der Trennung gezahlt wird. Entsprechend gingen die Beteiligten davon aus, dass ein Anspruch nicht entstehe, wenn die Ehe nicht vollzogen wird. Die Beteiligten waren sich weiter bewusst, dass die Verpflichtung auch im Falle der Scheidung bestehen solle. Ihnen war bekannt, dass der Anspruch regelmäßig im Falle der Scheidung geltend gemacht wird, zudem, dass es üblich, entsprechende Verträge zu schließen, unabhängig von dem Einkommen der Eheleute. Schließlich wussten sie, dass der Anspruch auf Leistung der Brautgabe im Iran regelmäßig durchgesetzt werde. Häufig führe diese zu Gefängnisaufenthalt (Ersatzhaft). Die Ehe der Beteiligten wurde geschieden.

Die Antragstellerin beantragt, den Antragsgegner zu verurteilen, an die Antragstellerin 650 Azadi Goldmünzen und 100 Meshgal Gold zu zahlen. Der Antragsgegner beantragt, den Antrag zurückzuweisen. Der Antragsgegner behauptet, er habe den Anspruch durch Übergabe von Schmuck und Grundstücksteilen überobligatorisch erfüllt. Er ist ferner der Ansicht, es sei nach iranischem Recht ein Ehebruch zu berücksichtigen, welcher seine Leistungspflicht ausschließe. Schließlich handle es sich nicht um ein ernstgemeintes Versprechen.

Die getroffene Vereinbarung ist wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB nichtig.

„Die Brautgeldabrede ist dem **Schutzgedanken des Art. 6 I GG** sowie mit dem Grundsatz der Freiheit der Eheschließung nicht in Einklang zu bringen. Art. 6 GG ist dabei Ausdruck und Beleg des Grundgedankens der bestehenden Werteordnung, er konkretisiert diese. Die auf diese Weise **festgehaltene Freiheit der Eheschließung** besteht als Freiheit in der Ehe fort und umfasst auch das Leben und Zusammenleben der Eheleute in der Ehezeit.

Diese Freiheit konkurriert mit dem ebenfalls vom Grundgesetz geschützten und der objektiven Werteordnung zugrundeliegende **Toleranz gegenüber anderen Kulturen und Sitten**. Die Freiheit ist mit dieser in Einklang und einen Ausgleich zu bringen. Dabei darf keiner der Werte derart zurückgedrängt werden, dass er faktisch nicht mehr besteht. Mit anderen Worten, werden die in Art. 6 ausgedrückte Freiheit erheblich beeinträchtigt, so kann und muss die entgegenstehende Gepflogenheit zum Erhalt der Freiheit zurückgedrängt werden (vgl. OLG Hamm, 18 U 88/10-, FamRZ 2011, 506 [LS]; Bemerkung: die Fallkonstellation des OLG Hamm ist anders gelagert, insofern nicht gleichzusetzen).

Durch den **in Aussicht gestellten Erhalt von Geldsummen** oder auch die in Aussicht gestellte Haftung für Geldsummen **bei Vollzug oder nicht Vollzug der Ehe**, wird die Freiheit in der Ehe erheblich eingeschränkt. Diese Einschränkung entspricht daher nicht den guten Sitten. Die Geldforderung kann daher nicht als wirksam betrachtet werden. Bei dieser Entscheidung und vorzunehmenden

Abwägung ist zu berücksichtigen, dass eine **Geldforderung bereits abstrakt geringer wertig ist als die eheliche Freiheit** und die Freiheit beim ehelichen Zusammenleben. Auch in der konkreten Abwägung kann ihre wichtige Bedeutung, die Ehefrau abzusichern, diese Freiheit aus Art. 6 GG nicht übersteigen. Das bestehende Rechtssystem hält eine Vielzahl von Instrumenten bereit, welche den Ehepartner verpflichten auch nach der Ehescheidung für den Partner zu sorgen. Es besteht mithin auch kein praktisches Erfordernis den Wert der Brautgeldabrede höher anzusetzen als erfolgt.

Die Vereinbarung **widerspricht schließlich der Freiheit der Ehescheidung**. Das Recht, frei und unabhängig von äußeren Einflüssen darüber zu entscheiden, wann man sich trennen möchte um die Voraussetzungen für eine Scheidung zu schaffen, bzw., wann man die staatliche Ehe beenden möchte, wird zwar nicht von Art. 6 GG geschützt, es stellt jedoch auch ein Freiheitsrecht der objektiven Werteordnung dar und findet einfachgesetzliche Ausprägung. Durch die In-Aussichtstellung einer folgenschweren Haftung bei Scheidung wird diese Freiheit erheblich eingeschränkt. Unstreitig wird der zuvor entstandene Anspruch regelmäßig im Falle der Scheidung geltend gemacht. Die Aussicht, dass mit der Scheidung ein hoher Geldbetrag zu zahlen ist, schränkt die Freiheit des Verpflichteten ein.“ (AG Darmstadt aaO.)

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

**Vorsätzliche Trunkenheitsfahrt  
Nachweis der inneren Tatseite**

StR BT

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

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

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

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

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

**II. Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung der Strafvorgeschichte**

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

StPO  
§§ 250, 253, 255

**Vorliegen einer natürlichen Handlungseinheit  
Gefährliche Körperverletzung und besonders schwere räuberische Erpressung**

StR BT

(BGH in FD-StrafR 2015, 365276; Beschluss vom 11.11.2014 – 3 StR 455/14)

1. Tateinheit ist gegeben, wenn eine gefährliche Körperverletzung der **Beendigung einer bereits vollendeten schweren räuberischen Erpressung** dient.
2. Dies gilt selbst dann, wenn eine **Absicht der Beutesicherung nicht (eindeutig) festgestellt** werden kann.

**Fall:** Nach den Feststellungen des LG übergab die Geschädigte dem A wegen Drohung mit einem etwa vier Kilogramm schweren Stein 5.145 €. Sie steckte das Geld in eine von A gehaltene Tüte. Dabei erkannte sie A und äußerte, er solle ihr nichts tun, sie sage auch nicht, dass er es gewesen sei. A befürchtete jedoch, die Geschädigte werde ihn anzeigen. Um Zeit für seine Flucht zu gewinnen, forderte er sie auf sich hinzuknien und schlug ihr sodann mit dem Stein gegen den Kopf. Daraufhin entfernte er sich mit dem Geld.

Das LG hat angenommen, die besonders schwere räuberische Erpressung und die gefährliche Körperverletzung stünden zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit. Es hat A daher wegen tatmehrheitlicher besonders schwerer räuberischer Erpressung und gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Hiergegen hat A Revision eingelegt.

„Die Revision des A ist teilweise erfolgreich. Der BGH ändert das Urteil des LG im Schuldspruch dahin, dass A der besonders schweren räuberischen Erpressung (§§ 253, 255, 250 II Nr. 1 StGB) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§§ 223, 224 I Nr. 2 und 224 Nr. 5 StGB) schuldig ist. Der BGH schließt sich in seiner Argumentation der des Generalbundesanwalts an. Die **gefährliche Körperverletzung diene der Beendigung** der mit der Entgegennahme des Geldes in der Tüte **bereits vollendeten schweren räuberischen Erpressung**. Damit sei Tateinheit gegeben. Dies gelte selbst dann, wenn eine Absicht der Beutesicherung nicht (eindeutig) festgestellt werden könne, weil dann zumindest aufgrund des engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs des Tatgeschehens und des einheitlichen Handlungswillens von einer natürlichen Handlungseinheit auszugehen sei. Insoweit bedürfe der Schuldspruch der Abänderung. Die Änderung des Schuldspruchs bedinge hier die Aufhebung der Einzelstrafen sowie der Gesamtstrafe. Die festgestellten Strafzumessungstatsachen seien von dem Rechtsfehler nicht betroffen und könnten deshalb bestehen bleiben. Das neue Tatgericht könne ergänzende Feststellungen treffen, die den bisherigen nicht widersprechen.“ (BGH aaO.)

GONRW  
§ 43

**Anwesenheit von Nichtmandatsträgern  
Im Sitzungssaal**

KommunalR

(OVG Münster in NVwZ-RR 2015, 231; Beschluss vom 20.11.2014 – 15 B 1356/14)

1. Die **Anwesenheit von Nichtmandatsträgern** im Sitzungssaal eines Rates steht in einem regelungsbedürftigen Spannungsverhältnis zum in § 43 I NRWGO geregelten freien Mandat der Ratsmitglieder.
2. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass sich gerade im unmittelbaren Sitzungssaalbereich mit Blick auf die **Schutzbedürftigkeit der freien Mandatsausübung** außer den Ratsmitgliedern selbst nur noch die Mitglieder des Verwaltungsvorstandes aufhalten dürfen.

**Fall:** Die Antragstellerin hat vor dem Verwaltungsgericht beantragt,

„dem Antragsgegner im Wege einstweiliger Anordnung aufzugeben, dem Parlamentarischen Mitarbeiter der Antragstellerin, Herrn D., während der Sitzung des Rates der Stadt E. am 24.11.2014 den Zugang zum Ratssitzungssaal zu gestatten“, nachdem diesem dies im Vorfeld verweigert worden war.

„Die Anwesenheit von Nichtmandatsträgern im Sitzungssaal des Rates steht in einem **regelungsbedürftigen Spannungsverhältnis** zum in § 43 I GO NRW geregelten freien **Mandat der Ratsmitglieder**. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass sich gerade im **unmittelbaren Sitzungssaalbereich** mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit der freien Mandatsausübung außer den Ratsmitgliedern selbst **nur noch die Mitglieder des Verwaltungsvorstandes** aufhalten dürfen (vgl. zu den Letztgenannten § 69 I 1 GO NRW).

Allerdings sind im **öffentlichen Interesse liegende Ausnahmen** von diesem Grundsatz denkbar (vgl. insoweit etwa die Regelungen in § 3 I der Hausordnung des Deutschen Bundestages oder in § 5 I der Hausordnung des Landtags Nordrhein-Westfalen). Sie bedürfen aber mit Blick auf den Schutzgehalt des § 43 I GO NRW einer **eindeutigen Regelung** und rechtfertigen sich insbesondere **nicht allein aus einer geübten Praxis**. Da hier eine Regelung im vorbeschriebenen Sinne auf der Grundlage der nur möglichen, aber ausreichenden summarischen Prüfung nicht erkennbar ist, muss der Beschwerde der Erfolg versagt bleiben.“ (OVG Münster aaO.)

FeV  
§ 3

**Entziehung der Fahrerlaubnis  
Alkoholisieretes Führen eines Fahrzeugs**

POR

(VGH München in BayVBI 2014, 278; Beschluss vom 17.11.2014 – 11 ZB 14.1755)

Wer auf einem **rollenden Fahrrad** sitzt, **führt** dieses **Fahrrad**, weil ein rollendes Fahrrad des Lenkens bedarf.

**Fall:** Der 1974 geborene Kläger wendet sich gegen das Verbot des Führens von Fahrrädern im öffentlichen Straßenverkehr und begehrt die Erteilung einer Fahrerlaubnis.

Mit Urteil des Amtsgerichts Hersbruck vom 17.10.2012, rechtskräftig seit 04.03.2013, wurde der Kläger der fahrlässigen Trunkenheit im Verkehr (Tattag: 26.04.2012, Blutalkoholkonzentration - BAK - 1,52 Promille) schuldig gesprochen und zu einer Geldstrafe verurteilt. Die Fahrerlaubnis wurde ihm entzogen und eine Sperre von 6 Monaten für die Neuerteilung angeordnet.

Am 10.01.2013, um 23:55 Uhr, wurde der Kläger als Radfahrer einer Verkehrskontrolle unterzogen. Eine Blutentnahme am 11.01.2013 um 0:12 Uhr ergab eine BAK von 2,41 Promille. Nach Einspruch gegen den ergangenen Strafbefehl stellte das Amtsgericht Hersbruck in der öffentlichen Sitzung am 25.06.2013 das Verfahren mit Zustimmung des Klägers und der Staatsanwaltschaft gemäß § 153a II StPO vorläufig ein. Dem Kläger wurde zur Auflage gemacht, 300 € an ein Tierheim zu bezahlen.

Nach einem Aktenvermerk der Behörde erklärte der Polizeiobermeister L., der den Kläger am 10.01.2013 kontrolliert hatte, am 06.08.2013 telefonisch, der Kläger sei kurz vor seiner Wohnortadresse auf dem Fahrrad sitzend und rollend beobachtet worden.

Die Fahrerlaubnisbehörde forderte vom Kläger zuletzt mit Schreiben vom 05.11.2013 die Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens wegen der Taten vom 26.04.2012 und vom 10.01.2013 gemäß § 13 I Nr. 2 b und c FeV. Der Kläger legte kein Gutachten vor.

Mit Bescheid vom 28.11.2013 untersagte die Behörde dem Kläger das Führen von Fahrrädern im öffentlichen Straßenverkehr, mit Bescheid vom 29.11.2013 lehnte sie seinen Antrag auf Neuerteilung einer Fahrerlaubnis der Klassen B, BE, C1, C1 E, C, CE, AM, L und T ab. Zu Recht?

„[Es] ist nicht ernstlich zweifelhaft, dass der Kläger am 10.01.2013 ein Fahrzeug im Straßenverkehr bei einer BAK von 2,41 Promille geführt hat. Nach der Aussage des Zeugen, POM L., ist es ausgeschlossen, dass der Kläger das Fahrrad geschoben hat, also neben dem Fahrrad herging, wie der Kläger ursprünglich geltend gemacht hatte. Die **Bewegungsmuster einer ein Fahrrad schiebenden Person und einer auf einem rollenden Fahrrad sitzenden Person** sind, worauf das Verwaltungsgericht zu Recht hingewiesen hat, so unterschiedlich, dass das **auch bei einer nur kurzen Beobachtung zu unterscheiden** ist.“

Das **Sitzen auf einem rollenden Fahrrad stellt ein Führen dieses Fahrrads dar**, weil ein rollendes Fahrrad mit einer darauf sitzenden Person offensichtlich des Führens bedarf. Das Verwaltungsgericht hat hierzu ausgeführt, dies gelte unabhängig davon, ob die Bewegungsenergie aus einem aktuellen Betätigen der Pedale gezogen werde, aus einer vorhergehenden Pedalbewegung herrühre oder etwa nur aus der Schwerkraft beim Befahren einer Gefällstrecke. Kennzeichnend für das Führen eines Fahrzeugs sei, dass die Räder rollten, also ein eigenständiger Bewegungsvorgang des Fahrzeugs ausgelöst worden sei, was bei einem Fahrrad dann anzunehmen sei, wenn sich Fahrer und Fahrrad zusammen bewegten und der Bodenkontakt mit beiden Füßen gelöst sei.

Daran bestehen keine ernstlichen Zweifel. Die Auffassung entspricht der Rechtsprechung zu § 316 StGB und der Kommentarliteratur zu dieser Vorschrift. Nach der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.10.1988 (4 StR 239/88 – BGH St 35, 390) kann in Abgrenzung zur bloßen Vorbereitung Führer eines Fahrzeugs nur sein, wer sich selbst aller oder wenigstens eines Teiles der wesentlichen technischen Einrichtungen des Fahrzeugs bedient, die für seine Fortbewegung bestimmt sind. Es muss also jemand, um **Führer eines Fahrzeugs** sein zu können, das Fahrzeug unter bestimmungsgemäßer Anwendung seiner Antriebskräfte unter eigener Allein- oder Mitverantwortung in Bewegung setzen oder das Fahrzeug **unter Handhabung seiner technischen Vorrichtungen** während der Fahrtbewegung durch den öffentlichen Verkehrsraum ganz oder wenigstens zum Teil **lenken** (ebenso Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 315 c Rn. 3a). Führer ist auch, wer nur einzelne dieser Tätigkeiten vornimmt, jedenfalls solange es sich dabei um solche handelt, **ohne die eine zielgerichtete Fortbewegung des Fahrzeugs im Verkehr unmöglich wäre** (BGH, Beschluss v. 18.01.1990 - 4 StR 292/89 – BGH St 36, 341). Auch zum Begriff des Führens eines Kraftfahrzeuges ohne Fahrerlaubnis hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass es auf den „Bewegungsvorgang“ (Urteil v. 09.07.1959 - 2 StR 240/59 – BGH St 13, 226) oder das „Abrollenlassen“ eines Kraftfahrzeuges (Beschluss v. 29.03.1960 - StR 55/60 –BGH St 14, 185) ankommt, wobei der Motorkraft als Ursache der Bewegung keine Bedeutung zukommt. Daher führt auch der, der ein Mofa fortbewegt, indem er sich -auf dem Fahrersattel sitzend - mit den Füßen vom Boden abstößt, ein Fahrzeug (OLG Düsseldorf, Urteil v. 29.09.1981 - 2 Ss 426/81 - VRS 62, 193).“ (VGH München aaO.)

NRWPolG  
§ 34a

### Wohnungsverweisung Rückkehrverbot

POR

(VGH München in FamRZ 2015, 857; Beschluss vom 23.12.2014 – 5 E 1202/14)

1. Eine Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot setzt grundsätzlich entweder eine **Gewaltbeziehung mit konkreten Anzeichen für wiederholte Misshandlungen** voraus oder eine erstmalige Gewalttat, wenn auf Grund der Intensität des Angriffs und der Schwere der Verletzungen mit einer jederzeitigen Wiederholung der Gewaltanwendung zu rechnen ist.
2. Die Behörde ist verpflichtet, ihre **Ermessenserwägungen** hinsichtlich einer Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot als **Dauerverwaltungsakt** auch **nach ihrem Erlass bis zum Ablauf ihrer Geltungsdauer** zu aktualisieren, sofern sich die maßgebliche Erkenntnislage nachträglich ändert.

**Fall:** Die damalige Lebenspartnerin hatte am Abend des 13.03.2014 angegeben, der Kl. habe sie nach einem verbalen Streit gegen eine Wand im Badezimmer gestoßen, wobei ihre Brille beschädigt worden sei; anschließend habe er sie mit dem Kopf auf den Boden der Badewanne gedrückt. Während der Kl. verbale Streitigkeiten eingeräumt hatte, hatte er ausweislich der Sachverhaltschilderung in der Strafanzeige von Anfang an bestritten, seine Partnerin im Badezimmer in die Wanne gedrückt und ihr Schmerzen zugefügt zu haben. Außerdem hatte er angegeben, seiner Ansicht nach sei sie aggressiv, nicht er. Die Einsatzkräfte der Polizei konnten weder sichtbare Verletzungen feststellen noch drohte während ihrer Anwesenheit in der Wohnung ein Angriff des Kl., der die Wohnung schon vor ihrem Erscheinen freiwillig verlassen hatte; die Lage war ruhig. Gleichwohl wurde am 13.03.2014 eine Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot zunächst mündlich ausgesprochen und dann am 14.03.2014 erneut verfügt.

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für eine **Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot** nach § 34a NRWPolG vorlagen.

„Unabhängig davon, ob in der **unmittelbaren Einsatzsituation** die durch § 34a NRWPolG geschützten **Rechtsgüter als gefährdet** erschienen, bot jedenfalls die am 13.03.2014 gegen 23 Uhr durchgeführte **Gefährderansprache** Anlass, die **Aufrechterhaltung** der zuvor bereits ausgesprochenen Wohnungsverweisung **umgehend zu überprüfen**. Dessen bedurfte es schon deshalb, weil der Bekl. die angegriffene Wohnungsverweisung am 14.03.2014 erneut schriftlich verfügt hat. Abgesehen davon war der Bekl. ohnehin verpflichtet, seine **Ermessenserwägungen** hinsichtlich der Wohnungsverweisung als Dauerverwaltungsakt **auch nach (hier mündlichem) Erlass der polizeilichen Maßnahme** bis zum Ablauf ihrer Geltungsdauer zu aktualisieren, sofern sich der maßgebliche Erkenntnislage nachträglich änderte (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 14.05.2012 – 5 B 599/12, BeckRS 2012, 51150).

Bei der **sorgfältig protokollierten Gefährderansprache** gab der Kl. an, er habe seine Lebensgefährtin **nie geschlagen** und werde dies auch in Zukunft nicht tun. Er habe einen großen Fehler gemacht, als er sie im Badezimmer auf den Boden gedrückt habe. Das sehe er ein und er werde nicht wieder so handeln. Schon bevor die Polizei gekommen sei, habe er seinen Freund gebeten, bei diesem eine Zeitlang zu bleiben, um seine persönliche Situation in Ruhe zu klären. Diese Erklärungen wertete der aufnehmende Beamte als schlüssig und glaubwürdig.

Danach war wegen **erheblich voneinander abweichender Darstellungen** des Geschehens bereits zweifelhaft, ob zuvor im Badezimmer überhaupt eine Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit für die Lebensgefährtin des Kl. bestanden hatte. Jedenfalls aber war **für die Zukunft die Prognose einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit seiner Partnerin durchgreifend erschüttert**. Nach Aktenlage gab es für die Einsatzbeamten keine belastbaren Anzeichen dafür, dass es sich um eine Gewaltbeziehung handelte oder der Kl. überhaupt bereits zuvor gewalttätig geworden war. Dementsprechend waren sein Bedauern und seine Erklärung, nicht wieder entsprechend handeln zu wollen, glaubhaft und wurden von dem aufnehmenden Beamten auch entsprechend gewürdigt. Dessen ungeachtet bestand für eine Wohnungsverweisung schon deshalb kein Erfordernis (mehr), weil der Kl. bereits ohne polizeiliches Einschreiten Abstand suchte und für einige Zeit bei einem Freund bleiben wollte.“ (OVG Münster aaO.)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 520 III 2 Nr. 2

### Anforderungen an Berufungsbegründung Klageabweisung wegen Anspruchsverjährung

ZivilProzR

(BGH in NJW 2015, 1684; Urteil vom 10.03.2015 – VI ZR 215/14)

Wird die Klage **allein aus dem Gesichtspunkt der Verjährung abgewiesen**, reicht es grundsätzlich für eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung aus, dass der Kläger vorträgt, die aus einem bestimmten Unfallereignis geltend gemachten Schadensersatzansprüche seien nicht verjährt.

#### A. Grundlagenwissen I: Die Zulässigkeit der Berufung

##### I. Zuständigkeit des Gerichts

Für die Berufung gegen Urteile der Amtsgerichte sind nach § 73 I GVG grundsätzlich die Landgerichte zuständig (Ausnahme: OLG, § 119 I GVG). Zudem sind die Oberlandesgerichte nach § 119 II GVG zuständig für die Entscheidung über Berufungen gegen Urteile der Landgerichte.

##### II. Statthaftigkeit, § 511 ZPO

Die Berufung ist nach § 511 I ZPO statthaft gegen **erstinstanzliche Endurteile**, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes **600,00 €** übersteigt (**Streitwertberufung, § 511 II Nr. 1 ZPO**) oder die Berufung vom erstinstanzlichen Gericht zugelassen wurde (**Zulassungsberufung, § 511 II Nr. 2 ZPO**). Die Zulassung erfolgt nach § 511 IV ZPO, wenn die Rechtssache **grundsätzliche Bedeutung** hat oder die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert.

Das Berufungsgericht ist an die Zulassung gebunden. Bei Nichtzulassung ist nicht nachholbar. Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht vorgesehen. Allerdings u.U. Ergänzung des Urteils nach § 321 ZPO möglich.

##### III. Beschwer

Die Berufung ist nur zulässig, wenn der Berufungskläger durch die erstinstanzliche Entscheidung beschwert ist. Der Kläger ist beschwert, wenn die angefochtene Entscheidung von der von ihm beantragten abweicht (**formelle Beschwer**). Der Beklagte ist dagegen durch jede Entscheidung beschwert, die für ihn materiell nachteilig ist (**materielle Beschwer**).

##### IV. Form der Berufungseinlegung

Die Berufungsschrift muss den Anforderungen des § 519 ZPO genügen und beim Berufungsgericht eingelegt worden sein. Sie muss nach § 130 Nr. 6 ZPO unterzeichnet sein.

##### V. Einhaltung der Berufungsfrist

Die Berufung muss nach § 517 ZPO innerhalb einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten, angegriffenen Urteils eingelegt werden. Sie endet aber auf jeden Fall 5 Monate nach der Verkündung des Urteils.

Wird innerhalb der Berufungsfrist ein Urteil durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt (§ 321 ZPO), so beginnt nach § 518 ZPO mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem.

##### VI. ordnungsgemäße Berufungsbegründung, § 520 ZPO

Die Berufungsbegründung muss den Anforderungen des § 520 ZPO genügen. Sie muss insbesondere die Berufungsanträge enthalten, die Rechtsverletzung und ihre Erheblichkeit bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenfeststellungen aufzeigen und Hierzu ist insbesondere folgendes erforderlich:

1. Erklärung, **inwieweit das Urteil angefochten** wird und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden (Berufungsanträge) (§ 520 III Nr. 1 ZPO).

2. Die **Bezeichnung der Umstände**, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt (§ 520 III Nr. 2 ZPO).
3. Die Bezeichnung **konkreter Anhaltspunkte**, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine **erneute Feststellung gebieten** (§ 520 III Nr. 3 ZPO).
4. Die Bezeichnung der **neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel** sowie der Tatsachen, auf Grund derer die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sind (§ 520 III Nr. 4 ZPO).

*(Beachte: Daher keine volle zweite Tatsacheninstanz mehr, sondern nur noch eingeschränkte Einführung neuer Angriffs und Verteidigungsmittel).*

Sie muss nach § 130 Nr. 6 ZPO unterzeichnet sein.

## VII. Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist, § 520 II ZPO

Die Berufungsbegründung muss dem Berufungsgericht innerhalb von 2 Monaten ab Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber fünf Monaten nach der Verkündung vorliegen. Sie kann nach § 520 II 3 ZPO für bis zu einem Monat durch den Vorsitzenden verlängert werden, wenn hierdurch keine Verzögerung entsteht, anderenfalls nach § 520 II 2 ZPO nur mit Zustimmung des Gegner.

## B. Grundlagenwissen II: Neues Vorbringen in der Berufungsinstanz (vgl. BeckOK- Vorwerk/Wolf – Wulf zu § 531 ZPO)

### I. Allgemeines

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

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

### II. Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel, § 531 II ZPO

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

#### 1. § 531 II 1 Nr. 1 ZPO

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

Gesichtspunkt ist dabei **jede** für die Entscheidung erhebliche **tatsächliche oder rechtliche Erwägung**. Der Zulassungsgrund trägt dem Gedanken Rechnung, dass das Berufungsgericht eine vom Erstgericht **abweichende Rechtsauffassung** vertritt und es auf dieser Grundlage an einem hinreichenden erstinstanzlichen Parteilortrag fehlt. Zudem sollen die Parteien nicht gezwungen sein, erstinstanzlich vorsorglich auch solche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzutragen, die vom Standpunkt des Erstgerichts unerheblich sind (BGH NJW-RR 2004, 927; NJW-RR 2006, 1292).

## 2. § 531 II 1 Nr. 2 ZPO

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

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

## 3. § 531 II 1 Nr. 3 ZPO

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

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

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

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

## C. Anforderungen an Berufungsbegründung bei Klageabweisung wegen Anspruchsverjährung (vgl. BGH in NJW 2015, 1684)

**Fall:** Der Kläger verlangt von den Beklagten Schadensersatz aufgrund eines Verkehrsunfalls am 21.11.2009. Bei dem Unfall kollidierte der im Eigentum des Klägers stehende Pkw mit einem von dem Beklagten zu 2 gesteuerten, von der Beklagten zu 3 gehaltenen und bei der Beklagten zu 1 pflichtversicherten Pkw.

Nach Behauptung des Klägers ist der Pkw der Beklagten zu 3 beim Überholen des klägerischen Fahrzeugs zu knapp vor diesem wieder eingeschert. Der Kläger macht Schadensersatz in Höhe von 2.171,93 € geltend

(Wiederbeschaffungsaufwand: 1.650 €, Schadensfeststellungskosten: 496,93 €, Kleinkosten zur Schadensverfolgung: 25 €).

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, weil etwaige Ansprüche verjährt seien. Hiergegen hat der Kläger Berufung eingelegt. Die Berufungsbegründung war darauf beschränkt, dass das Amtsgericht zu Unrecht eine Verjährung angenommen hatte. Das Landgericht hat die Berufung des Klägers verworfen. Sie genüge nicht den Anforderungen des § 520 III 2 Nr. 2 ZPO, weil sie nicht erkennen lasse, dass und inwiefern der gerügte Fehler in der Rechtsanwendung für die angefochtene Entscheidung erheblich sei. Setzt eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung im vorliegenden Fall hierzu Ausführungen voraus?

Nach § 520 III 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände enthalten, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Wird eine Berufung wegen angebliche mangelhafter Berufungsbegründung als unzulässig verworfen, so verletzt dies den Kläger in seinem Verfahrensgrundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip).

### **I. Umfang der Begründungspflicht**

Fraglich ist daher, welche Umstände im Einzelnen in der Berufungsbegründung bezeichnet werden müssen.

*„Dazu gehört eine aus sich heraus **verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte** des angefochtenen Urteils der Berufungskläger **bekämpft** und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt. Besondere formale Anforderungen bestehen zwar nicht; auch ist es **für die Zulässigkeit der Berufung ohne Bedeutung**, ob die Ausführungen in sich **schlüssig oder rechtlich haltbar** sind. Die Berufungsbegründung muss aber **auf den konkreten Streitfall zugeschnitten** sein. Es reicht nicht aus, die Auffassung des Erstgerichts mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen oder lediglich auf das Vorbringen erster Instanz zu verweisen (st. Rspr., vgl. Senat, Beschlüsse vom 11.03.2014 - VI ZB 22/13, VersR 2014, 895 Rn. 8; vom 27.01.2015 - VI ZB 40/14, juris Rn. 7; vom 10.02.2015 - VI ZB 26/14, z.V.b.; BGH, Beschlüsse vom 13.09.2012 - III ZB 24/12, NJW 2012, 3581 Rn. 8; vom 23.10.2012 - XI ZB 25/11, NJW 2013, 174 Rn. 10; vom 22.05.2014 - IX ZB 46/12, juris Rn. 7; jeweils m.w.N.).“ (BGH aaO.)*

### **II. Anwendung auf den Fall**

Der Kläger hat in seiner Berufungsbegründung auf seinen konkreten Fall bezogen die Bewertung des Amtsgerichts bezüglich der Anspruchsverjährung angegriffen und Umstände mitgeteilt, die aus seiner Sicht das Urteil in Frage stellen. Für die Zulässigkeit der Berufung ist hierbei nach Vorstehendem ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind.

*„Aus der Berufungsbegründung ergibt sich auch noch ausreichend, dass der Kläger **Schadensersatzansprüche aus einem Unfallereignis vom 21.11.2009** geltend macht und der Auffassung ist, dass ihm solche Ansprüche zustehen. Nachdem das Amtsgericht die Klage **allein aus dem Gesichtspunkt der Verjährung abgewiesen** und dementsprechend etwaige Ansprüche aus §§ 7 ff. StVG und § 823 BGB nicht geprüft hat, war es **nicht geboten, ausdrücklich noch einmal das gesamte erstinstanzliche Vorbringen** zu den Voraussetzungen des verfolgten Klageanspruchs zu wiederholen und auf diese Weise die **Entscheidungserheblichkeit des Berufungsangriffs** darzutun. Diese ergibt sich im Streitfall bereits daraus, dass eine inhaltliche Prüfung der geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht erfolgt und die Klage **allein wegen Verjährung abgewiesen** worden ist. Im Übrigen ergeben sich nähere Umstände des Sachverhalts und des Vorbringens des Klägers aus dem Tatbestand des amtsgerichtlichen Urteils, auf den das landgerichtliche Urteil Bezug genommen hat.“ (BGH aaO)*

### **III. Ergebnis**

Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht zu strenge Anforderungen an den Inhalt der Berufungsbegründung gestellt (§ 520 III 2 ZPO). Die Berufung ist daher zu Unrecht als unzulässig verworfen worden.

BGB **Verjährungshemmung durch Rechtsverfolgung** ZivilProzR  
§ 204 II 2 **Klage wegen Teilforderung nach Gesamtforderung im Mahnbescheid**  
(BGH in NJW 2015, 1588; Urteil vom 26.03.2015 – VII ZR 347/12)

Ein zur **Unanwendbarkeit** des § 204 II 2 BGB führender triftiger Grund liegt jedenfalls nicht vor, wenn der Gläubiger nach einer Bezifferung seiner Schadensersatzansprüche im Mahnverfahren zur **Reduzierung seines Prozessrisikos** diese Ansprüche im Streitverfahren nicht in voller Höhe geltend macht, um das Ergebnis eines Sachverständigengutachtens abzuwarten.

### A. Grundlagenwissen: Hemmung der Verjährung

Während früher zwischen der Hemmung und der Unterbrechung der Verjährung unterschieden wurde (Hemmung: Zeit wird nicht mitgerechnet; Unterbrechung: Frist beginnt neu zu laufen) ist nunmehr grundsätzlich nur noch die Hemmung von Verjährungsfristen vorgesehen. Lediglich in § 212 BGB ist ein Neubeginn der Verjährung vorgesehen bei Anerkenntnis oder Vollstreckungshandlung.

- I. Bei Rechtsverfolgung wird die Verjährung gem. § 204 I Nr. 1 BGB **grundsätzlich erst mit Rechtshängigkeit** gehemmt, d.h. mit Zustellung der Klage an den Klagegegner. Allerdings tritt die Verjährungshemmung rückwirkend auf den Zeitpunkt des Eingangs der Klage bei Gericht ein, wenn die **Zustellung nach § 167 ZPO demnächst** erfolgt.

Ist Prozesskostenhilfe beantragt, so muss das Gericht aber erst über die Gewährung der Prozesskostenhilfe entscheiden, bevor die Klage zugestellt wird. Da hierbei einige Zeit verstreichen kann, sieht § 204 I Nr. 14 BGB vor, dass die Verjährung auch durch die Stellung eines Prozesskostenhilfeantrags gehemmt wird.

- II. Soweit die Parteien **Verhandlungen über den Anspruch oder die anspruchsbegründenden Tatsachen** führen, ist die Verjährung nach § 203 BGB gehemmt. Mit dieser Norm wollte der Gesetzgeber die Verhandlungsbereitschaft der Parteien fördern, damit Verhandlungen nicht – wie zuvor – bei drohendem Verjährungseintritt durch Klageerhebung abgebrochen werden müssen. Die Hemmung hält dabei so lange an, bis ein Teil die Fortführung der Verhandlungen verweigert.
- III. **Verzichtet der Gläubiger** vorübergehend **auf die Geltendmachung seines Anspruchs**, so sollen ihm hieraus im Hinblick auf die Verjährung keine Nachteile erwachsen. Für die Dauer des vereinbarten Leistungsverweigerungsrechts ist die Verjährung daher nach § 205 BGB gehemmt.
- IV. Die Berufung auf die Einrede der Verjährung kann **rechtsmissbräuchlich** sein. Hat eine Partei den Gegner im Vertrauen bestärkt, auch ohne Klage zum Recht zu kommen und ihn dadurch **von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten**, kann die spätere Erhebung der Verjährungseinrede unter Berücksichtigung aller Umstände nach § 242 BGB ein Verstoß gegen Treu und Glauben sein

### B. Hemmung der Verjährung bei Übernahme nur einer Teilforderung aus dem Mahnverfahren in das Klageverfahren (vgl. BGH in NJW 2015, 1588)

**Fall:** Die Kl. verlangt vom Bekl. Schadensersatz wegen Mängeln der Bauleistung nach Kündigung des zwischen den Parteien am 24.06.2003 geschlossenen Bauvertrags über die Errichtung eines Bürogebäudes. Soweit für die Revision noch von Interesse, begehrt sie einen Betrag von 19.000 € für die fehlerhafte Holzunterkonstruktion des vom Bekl. neu zu errichtenden Obergeschosses. Nachdem es im Juli 2004 zum wiederholten Male zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien gekommen war, erklärte der Bekl. im August 2004 die fristlose Kündigung des Vertrags. Mit Anwaltsschreiben vom 23.12.2004 nahm die Kl. den Bekl. auf Erstattung einer Überzahlung in Anspruch. Wegen der von ihr behaupteten Mängel der Bauleistung hat die Kl. zunächst einen Mahnbescheid über einen Betrag von 97.803,09 € beantragt. Der Mahnbescheidsantrag ist am 27.12.2007 bei Gericht eingegangen. Nach Widerspruch des Bekl. wurde der Kl. vom Gericht des streitigen Verfahrens aufgefordert, den Anspruch bis zum 29.07.2008 zu begründen. Mit Anspruchsbegründung vom 29.01.2009 hat die Kl. Forderungen i.H.v. 42.787,13 €, darunter 8000 € als „mindestens“ erforderliche Kosten für die Beseitigung der Mängel der Holzunterkonstruktion, in das Streitige Verfahren übergeleitet.

Nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens hat die Kl. ihre Klage mit am 01.06.2011 beim LG eingegangenen Schriftsatz auf 64.367,13 €, davon 19.000 € für die Mangelbeseitigung der Holzunterkonstruktion, erweitert. Der Bekl. erhebt insoweit die Einrede der Verjährung. Zu Recht?

### I. Berechnung der Verjährungsfrist

Der geltend gemachte Anspruch verjährt als **Baumängelanspruch** nach § 634 a I Nr. 2 BGB **innerhalb von 5 Jahren**. Die Verjährung beginnt nach § 199 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

Diese Frist begann mit dem Schreiben der Bevollmächtigten der Kl. vom 23.12.2004 zu laufen, mit dem der Übergang in das Abrechnungsverhältnis bewirkt wurde. Somit begann die Verjährung am 01.01.2005 zu laufen und endete am 31.12.2009.

### II. Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung

Der Lauf der Verjährung könnte hier jedoch gehemmt worden sein. In Betracht kommt hier eine **Hemmung durch Rechtsverfolgung**. Nach § 204 I Nr. 3 BGB wird der Lauf der Verjährung durch die Zustellung des Mahnbescheides gehemmt, wobei nach § 167 ZPO hierbei auf den **Eingang des Antrags** abzustellen ist, wenn die Zustellung demnächst erfolgt.

Der Antrag auf Erlass eines Mahnverfahrens wurde hier am 27.12.2007 gestellt, so dass der Lauf der Verjährung zunächst gehemmt war. Allerdings hat der Kl. dann nach Widerspruch des Bekl. im Klageverfahren aus Kostengründen zunächst **nur eine Teilforderung weiterverfolgt** und den Klageantrag erst nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens erweitert. Insofern stellt sich die Frage, ob die Hemmung der Verjährung wegen des zunächst nicht weiter verfolgten Teils der Forderung nachträglich wieder entfallen ist.

### III. Wegfall der Hemmung nach § 204 II BGB

Die **Hemmung** nach § 204 I BGB **endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung** des eingeleiteten Verfahrens. Gerät das Verfahren dadurch in Stillstand, dass die Parteien es nicht betreiben, so tritt an die Stelle der Beendigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder der sonst mit dem Verfahren befassten Stelle. Allerdings beginnt die Hemmung nach § 204 II 3 BGB erneut, wenn eine der Parteien das Verfahren weiter betreibt, soweit zu diesem Zeitpunkt nicht schon die Verjährung eingetreten ist.

#### 1. Stillstand des Verfahrens bezüglich der zunächst nicht weiter geltend gemachten Teilforderung

Vor diesem Hintergrund könnte hinsichtlich des zwar mit dem Mahnbescheid geltend gemachten, dann aber zunächst nicht weiterverfolgten Anspruchsteils die **hemmende Wirkung des Mahnbescheides** (§ 204 I Nr. 3 BGB) **wieder entfallen** sein.

Der Kl. hat nach dem 29.07.2008 das Verfahren hinsichtlich der zunächst nicht geltend gemachten Teilforderung nicht weiter betrieben, so dass die Verjährungshemmung 6 Monate später, also am 29.01.2009 entfallen ist. Von diesem Zeitpunkt an, lief die Verjährung weiter.

Am 29.01.2009 den Anspruch nur bezüglich des zunächst weiterverfolgten Anspruchs begründet, so dass das Verfahren hinsichtlich der weiteren Teilforderung zu diesem Zeitpunkt zunächst zum Stillstand gekommen ist.

„[Die] fünfjährige Verjährungsfrist nach § 634 a I Nr. 2 BGB [wäre daher] bereits vor Eingang der Klageerweiterung am 01.06.2011 abgelaufen.“ (BGH aaO.)

#### 2. Umfang des Wegfalls der Hemmung der Verjährung

Von diesem Wegfall der Verjährungshemmung könnte aber ein Teil der Forderung in Höhe von 11.000 € ausgenommen sein, den der Kl. später mit seiner Klage-

erweiterung wieder in das Verfahren einbezogen hat, indem er die geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten von zunächst „mindestens“ 8.000 € auf 19.000 € erhöht hat.

#### a) Untätigbleiben aus triftigem Grund

„Zwar kann nach der Rechtsprechung des BGH, § 204 II 2 BGB unanwendbar sein, wenn für das **Untätigbleiben des Gläubigers ein triftiger Grund** vorliegt. Triftige Gründe sind danach etwa das Abwarten des Ausgangs eines einschlägigen **Strafverfahrens**, das Zuwarten im **Deckungsprozess** auf den Ausgang des Haftungsprozesses oder das Ruhen des Verfahrens zur **Beschaffung von Beweisen** (Beispiele bei Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl., § 204 Rn. 47). Hierbei kommt es weder auf eine Absicht der Parteien an, die verjährungsrechtlichen Regelungen zu umgehen, noch auf bloße Motive, mögen diese auch als vernünftig erscheinen. Maßgeblich sind die **nach außen erkennbaren Umstände des Prozessstillstands**, aus denen der erforderliche triftige Grund für die Untätigkeit der betreffenden Partei hervorgehen muss (stRspr, vgl. BGH, NJW 2009, 1598 Rn. 27; NJW 2001, 218 [219]; NJW 1999, 1101 [1102]; BGHZ 106, 295 [299] = NJW 1989, 1729).

Danach ist ein zur Unanwendbarkeit des § 204 II 2 BGB führender triftiger Grund für das Nichtbetreiben des Verfahrens etwa dann **nicht gegeben**, wenn eine Partei, ohne dass besondere Umstände vorliegen, lediglich **wegen außergerichtlicher Verhandlungen** der Parteien das Verfahren nicht weiter betreibt (vgl. BGH, NJW 2009, 1598 Rn. 28; NJW 2001, 218 [219]; NJW 1999, 1101 [1102]). Ein triftiger Grund für das Nichtbetreiben des Verfahrens liegt auch dann nicht vor, wenn eine Partei lediglich **aus prozesswirtschaftlichen Erwägungen den Ausgang eines Musterprozesses** abwartet (vgl. BGH, NJW 2001, 218 [219]; NJW 1998, 2274 [2276]; NJW 1983, 2496 [2497]).“ (BGH aaO.)

#### b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall ein solcher triftiger Grund anzunehmen ist

„Er ist nicht darin zu sehen, dass die Kl. für die Bezifferung ihres gesamten Anspruchs hinsichtlich der mangelhaften Holzunterkonstruktion noch das Ergebnis **eines Sachverständigengutachtens abwarten** wollte und daher „aus Vorsicht“ zunächst nur einen Mindestschaden von 8000 € eingeklagt hat.

Ebenso wie in den Fällen, in denen die Parteien den Ausgang eines Musterprozesses abwarten wollen, bevor sie das Verfahren weiter betreiben, dient auch in der vorliegenden Fallgestaltung, bei der die Kl. nach Bezifferung ihrer Ansprüche im Mahnverfahren auf eine volle Bezifferung dieser Ansprüche im Streitverfahren zunächst verzichtet, das **Nichtbetreiben des Verfahrens ausschließlich der Reduzierung des Prozessrisikos der Partei**. Das rechtfertigt es nicht, dass trotz Nichtbetreibens des Verfahrens hinsichtlich der noch nicht geltend gemachten Ansprüche die Hemmung der Verjährung aufrecht erhalten bleibt und zwar auch dann nicht, wenn wie hier noch ein Sachverständigengutachten zur Mängelfrage eingeholt wird. Kann der Kl. seinen Anspruch noch nicht abschließend beziffern, so ist es ihm regelmäßig möglich und zuzumuten, eine **Feststellungsklage zu erheben** oder eine Leistungsklage mit einer Feststellungsklage zu verbinden.“ (BGH aaO.)

Zudem war dieser vermeintliche triftige Grund für den Bekl. auch nicht erkennbar.

„Die Kl. hat mit Schriftsatz vom 06.05.2009 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie den über den Zahlungsantrag aus der Antragsbegründungsschrift vom 29.01.2009 i.H.v. 42.787,13 € hinausgehenden Zahlungsantrag aus dem Mahnbescheid nicht weiter verfolge. Die Kl. teilt hier mit, in Höhe des Differenzbetrags sei eine Klagerücknahme nicht angezeigt, weil „Gegenstand des streitigen Verfahrens“ entsprechend ihrem Streit Antrag nur der Betrag von 42.787,13 € sei; sollte jedoch das Gericht der Auffassung sein, dass die volle Summe des Mahnbescheidsantrags in das Streitverfahren übergegangen sei, werde ,hiermit der Antrag auf Durchführung des Streitverfahrens hinsichtlich des Betrags von 55.015,96 € zurückgenommen.“ (BGH aaO.)

### IV. Ergebnis

Zum Zeitpunkt der Klageerweiterung war der betreffende Teil der Klageforderung schon verjährt, so dass auch § 204 II 3 BGB nicht zur Anwendung kommen kann. Der Bekl. erhebt zu Recht die Einrede der Verjährung.

1. Auch die **Grundrechte Gefangener** dürfen nur durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes und nur unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden.
2. Den Fachgerichten obliegt es, die von der Justizvollzugsanstalt im Rahmen von § 88 StVollzG vorgenommene Abwägung auf Ermessensfehler nachzuprüfen. **Auslegung und Anwendung des einfachen Gesetzesrechts** sind grundsätzlich Aufgabe der Fachgerichte, unterliegen aber der verfassungsrechtlichen Prüfung daraufhin, ob sie die **Grenze zur Willkür überschreiten** oder die Bedeutung eines Grundrechts grundsätzlich verkennen.
3. Die materiell berührten Grundrechte und das Grundrecht aus Art. 19 IV GG sind verletzt, wenn **grundrechtseingreifende Maßnahmen** im Haftvollzug von den Gerichten **ohne zureichende Sachverhaltsaufklärung als rechtmäßig bestätigt werden**.
4. Wird von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, von einer Begründung der Entscheidung über eine Rechtsbeschwerde abzusehen, so folgt daraus nicht, dass der **Beschluss selbst sich verfassungsrechtlicher Prüfung entzöge** oder die Maßstäbe der Prüfung zu lockern wären. Vielmehr ist in einem solchen Fall die Entscheidung bereits dann aufzuheben, wenn **an ihrer Vereinbarkeit mit Grundrechten des Beschwerdeführers erhebliche Zweifel bestehen**.

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Unterbringung eines Strafgefangenen in einem besonders gesicherten Haftraum mit Videoüberwachung.

Der mittlerweile entlassene Beschwerdeführer war 2010 in der Justizvollzugsanstalt Kassel I, Abteilung für psychisch auffällige Gefangene, untergebracht, wo er für den 08.09.2010 zur Zahnarztsprechstunde vorgesehen war. Nachdem die Justizvollzugsanstalt die Behandlung an diesem Tag nicht gewährleisten konnte, begann der Beschwerdeführer gegen seine Haftraumtür zu schlagen und zu treten. Im weiteren Verlauf wurde er unter Anlegung von Handfesseln in einen besonders gesicherten Haftraum ohne gefährdende Gegenstände mit durchgehender Kameraüberwachung verbracht und dort nach Entfernung der Handfesseln vollständig entkleidet. Am 09.09.2010 erhielt er eine Hose und eine Decke aus schnell reißendem Material. Am 10.10.2010 wurde er in seinen Haftraum zurückverlegt. Eine nach seiner Rückverlegung erhobene Dienstaufsichtsbeschwerde wies der Anstaltsleiter zurück. Es sei kein dienstaufsichtsrechtliches Fehlverhalten der von dem Beschwerdeführer genannten Bediensteten ersichtlich.

In seinem daraufhin gestellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§ 109 StVollzG) führte der Beschwerdeführer allgemein zu Vorgängen während seiner Inhaftierung vor Er habe seit Jahren auf eine vollständige Zahnsanierung gewartet und sich in der Justizvollzugsanstalt bereits mehrfach erfolglos zur Zahnsprechstunde angemeldet zu haben. Als der zunächst für den 08.09.2010 vorgesehene Termin abgesagt worden sei, habe er aus Protest mehrmals gegen seine Haftraumtür getreten. Daraufhin seien „zwei Bedienstete bewaffnet mit jeweils einem Schild“ in seinen Haftraum gestürmt. Seine Aktion sei gewaltlos gewesen und er habe sich ohne Gegenwehr festnehmen lassen. Man habe ihm die Handgelenke verdreht, an beiden Handgelenken „wie Schraubzwingen“ Handfesseln montiert und seine Arme gewaltsam nach hinten über den Rücken hochgedrückt. Er habe große Schmerzen

gehabt, seine Finger seien taub geworden. Man habe ihn gewaltsam „mehr als er habe laufen können“ über den Boden in den im Keller gelegenen besonders gesicherten Haftraum gezerrt und ihm dort gewaltsam die Anstaltskleidung ausgezogen, bis er nackt gewesen sei. In der Zelle sei es kühl gewesen. Er habe gefroren und mehrfach die Lichtrufanlage gedrückt, um eine Decke zu erbitten, die man ihm erst am nächsten Tag gegeben habe. Die starke körperliche und seelische Belastung habe Stress verursacht. Er habe nicht einschlafen können, weil er gefroren habe; dieser Zustand sei besonders quälend gewesen. Die Toilettenspülung habe nicht funktioniert, und es habe auch kein Toilettenpapier gegeben. Seine Rechte und seine Würde als Mensch seien zutiefst verletzt worden.

Mit angegriffenem Beschluss vom 12.06.2012 wies das Landgericht Kassel den Antrag als unbegründet zurück. Gegen diesen Beschluss wandte sich der Beschwerdeführer mit der Rechtsbeschwerde und rügte die Verletzung materiellen und formellen Rechts. Das Oberlandesgericht verwarf die Rechtsbeschwerde mit angegriffenem Beschluss vom 26.02.2013 als unzulässig (§ 116 I StVollzG). Hiergegen hat der Beschwerdeführer nunmehr Verfassungsbeschwerde erhoben.

Er ist der Auffassung, die Entscheidungen seien nach Art. 1 I, Art. 2 I GG verfassungswidrig, Er habe nach Art. 2 II in Verbindung mit Art. 1 I GG Anspruch auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Wird die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben?

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

## I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

### 1. Fortbestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses

„Das Rechtsschutzinteresse ist nicht dadurch entfallen, dass die **besonderen Sicherungsmaßnahmen vollstreckt** sind und der Beschwerdeführer zwischenzeitlich aus der Haft entlassen wurde. Soweit - wie vorliegend - **gewichtige Grundrechtsverletzungen** in Frage stehen, besteht das **Rechtsschutzinteresse trotz Erledigung** fort (vgl. BVerfGE 104, 220 [233]; BVerfG, Beschlüsse der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27.02.2002 - 2 BvR 553/01 -, NJW 2002, S. 2699 [2700] und vom 13.03.2002 - 2 BvR 261/01 -, NJW 2002, S. 2700 [2701] -, stRspr.“ (BVerfG aaO.)

### 2. ordnungsgemäße Begründung

Die Anforderungen an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde (§ 92, § 23 I 2 BVerfGG) sind erfüllt. Der Beschwerdeführer beanstandet, durch die Justizvollzugsanstalt einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung unterworfen gewesen zu sein, was Landgericht und Oberlandesgericht verkannt hätten. Weiterhin wendet er sich gegen die Einschränkung seines Beschwerderechts und rügt die Verletzung seines Rechts auf ein faires Verfahren.

„Diesem Begehren ist im Zusammenhang mit den mit seiner Verfassungsbeschwerde vorgelegten Unterlagen (vgl. zu dieser Möglichkeit der Begründung einer Verfassungsbeschwerde BVerfGK 19, 303 [313]) zu entnehmen, dass sich der Beschwerdeführer **in seinen Grundrechten aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I, Art. 2 II 1 und Art. 19 IV GG verletzt** sieht (siehe zur Entbehrlichkeit ausdrücklicher und korrekter Bezeichnung des als verletzt angesehenen Grundrechts, sofern dem Verfassungsbeschwerdevortrag **der Sache nach entnommen werden kann, in welchem Grundrecht** sich der Beschwerdeführer verletzt sieht BVerfGE 47, 182 [187]; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 04.02.2004 - 1 BvR 1172/02 -, NJW-RR 2004, S. 1153 [1153]). Auf eine ungezielte Durchsichtung beigefügter Unterlagen wird das Bundesverfassungsgericht insbesondere im Hinblick darauf nicht verwiesen, dass sich die Grundrechtsverstöße hier ohne weiteres aus den vom Beschwerdeführer mit seiner Verfassungsbeschwerde vorgelegten Beschlüssen ergeben.“ (BVerfG aaO.)

### 3. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Der Beschwerdeführer müsste nach § 90 II 1 BVerfGG den Rechtsweg erschöpft haben. Dies ist in einer den Anforderungen materieller Subsidiarität genügenden Weise geschehen.

„Die Verfassungsbeschwerde betrifft einerseits die durch das Landgericht als rechtmäßig bestätigte, **einen Tag andauernde vollständig entkleidete Unterbringung** des Beschwerdeführers in dem besonders gesicherten Haftraum ohne zur Verfügungstellung schnell reißender Ersatzkleidung. Andererseits stehen die **Art und Weise seiner Verbringung in den besonders gesicherten Haftraum und dessen konkrete Ausgestaltung** in Rede, hinsichtlich derer das Landgericht keine eigene Sachverhaltsermittlung angestellt hat. Für **beide Verfahrensgegenstände** hat der Beschwerdeführer mit seinem vor dem Landgericht gestellten **Antrag auf gerichtliche Entscheidung** und der gegen den Beschluss des Landgerichts eingelegten **Rechtsbeschwerde** die ihm nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergriffen, um die mit seiner Verfassungsbeschwerde geltend gemachten Grundrechtsverletzungen in dem unmittelbar mit ihnen zusammenhängenden sach nächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen (vgl. für dieses Erfordernis BVerfGE 68, 384 [388 f.]; 77, 381 [401]; 81, 97 [102]; 107, 395 [414]; 112, 50 [60 f.]; st. Rspr.). Der Grundsatz der materiellen Subsidiarität ist nicht verletzt.“ (BVerfG aaO.)

Der Rechtsweg ist auch insoweit erschöpft, als der Beschwerdeführer gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts vor Erheben der Verfassungsbeschwerde nicht mit der Anhörungsrüge hätte vorgehen müssen.

„Es kann **dahinstehen**, ob das Landgericht den Toilettenpapier, Funktionsfähigkeit der Toilettenspülung und Temperatur im besonders gesicherten Haftraum betreffenden Vortrag des Beschwerdeführers **in einer Art. 103 I GG verletzenden Weise übergangen** oder den Sachvortrag zwar beachtet, aber als unwesentlich oder unsubstantiiert beurteilt hat (vgl. hierzu BVerfGE 47, 182 [189]; 86, 133 [146]). Insoweit läge jedenfalls **kein originärer Gehörsverstoß seitens des Oberlandesgerichts**, sondern allenfalls ein durch Nichtabhilfe bedingtes Weiterführen eines vom Landgericht begangenen Gehörsverstoßes vor. Gegen **dieses bloße Perpetuieren eines vorinstanzlichen Gehörsverstoßes durch Nichtabhilfe** ist die **Anhörungsrüge nicht statthaft** (vgl. BVerfGK 13, 496 [499 f.]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 05.05.2008 - 1 BvR 562/08 -, NJW 2008, S. 2635 f.; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 20.07.2011 - 1 BvR 3269/10 -, juris; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 29.02.2012 - 2 BvR 309/10 -, juris, Rn. 17). Hierüber hinausgehend ist ein **eigener, originärer Gehörsverstoß durch das Oberlandesgericht nicht ersichtlich**. Art. 103 I GG ist nur dann verletzt, wenn sich im Einzelfall aus besonderen Umständen klar ergibt, dass das Gericht seiner Pflicht, die Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen, nicht nachgekommen ist (vgl. BVerfGE 22, 267 [274]; 47, 182 [187 f.]; 96, 205 [217]; BVerfGK 18, 392 [393]; st. Rspr.). Derartige besondere Umstände (vgl. hierzu BVerfGE 54, 86 [91 f.]; 70, 215 [218]) liegen nicht vor.“ (BVerfG aaO.)

#### 4. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

### II. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde müsste auch begründet sein. Dies ist der Fall, wenn der Beschwerdeführer in seinen Grundrechten verletzt ist.

#### 1. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Die Unterbringung des Beschwerdeführers einen Tag lang vollständig entkleidet in einer durchgängig videoüberwachten Zelle könnte ihn in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG verletzen.

##### a) Schutzbereich

„Die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt (Art. 1 I GG). Der öffentlichen Gewalt ist danach **jede Behandlung verboten**, die die **Achtung des Wertes vermissen lässt**, der **jedem Menschen** unabhängig von seiner gesellschaftlichen Stellung, seinen Verdiensten oder der Schuld, die er auf sich geladen hat, **allein aufgrund seines Personseins zukommt** (vgl. BVerfGE 1, 97 [104]; 87, 209 [228]; 107, 275 [284]; 109, 279 [313]). Dem Recht auf Achtung der Menschenwürde (Art. 1 I GG) kommt in der Verfassung ein **Höchstwert** zu; es ist als **tragendes Konstitutionsprinzip** im System der Grundrechte zu betrachten (vgl. BVerfGE 45, 187 [227]; 87, 209 [228]). Für den Strafvollzug bedeutet dies, dass die **Voraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins dem Gefangenen auch in der Haft** erhalten bleiben müssen und der Staat zu den dafür erforderlichen Leistungen verpflichtet ist (vgl. BVerfGE 45, 187 [228]; BVerfGK 12, 422 [424]). Im Hinblick auf die Ausstrahlungswirkung des Art. 1 I GG auf den Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und die hieraus resultierende besondere Wertigkeit dieses Schutzgutes (vgl. BVerfGE 27, 344 [351]; 32, 373 [379]; 34, 238 [245]; 54, 148 [153]; 79, 256 [268]) berührt die **Unterbringung in einem besonders gesicherten Haftraum mit permanenter Videoüberwachung bei vollständiger Entkleidung** die durch Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG geschützte Intimsphäre des Betroffenen.

Diese Wertung liegt auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zugrunde, die bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen ist (vgl. BVerfGE 111, 307 [317]; 120, 180 [200 f.]; 128, 326 [370 f.]). Soweit das Vorliegen einer ernsthaften Gefahr der Selbstverletzung oder Selbsttötung, der auch durch das Bereitstellen von Spezialkleidung (der Gerichtshof spricht von reißfester Kleidung) nicht begegnet werden kann, nicht eindeutig festgestellt wurde, ist der Gefangene durch die Entziehung der Kleidung bei gleichzeitiger Unterbringung in einem besonders gesicherten Haftraum einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung ausgesetzt, die gegen Artikel 3 der Europäischen Konvention für Menschenrechte verstößt (siehe im Einzelnen EGMR, Hellig v. Germany, Urteil vom 07.07.2011 -20999/05 -, § 56 f.).“ (BVerfG aaO.)

##### b) Eingriff

Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten, das die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt oder erschwert.

„Die als besondere Sicherungsmaßnahme in § 88 I, III in Verbindung mit II Nr. 5 StVollzG vorgesehene Unterbringung in einem besonders gesicherten Haftraum mit permanenter Videoüberwachung stellt schon für sich genommen einen **erheblichen Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen** dar (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 13.04.1999 -2 BvR 827/98 -, NStZ 1999, S. 428 [429] und vom 24.01.2008 - 2 BvR 1661/06 -, juris, Rn. 50).“ (BVerfG aaO.)

##### c) Rechtfertigung

Der Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein.

##### aa) Beschränkbarkeit

Zunächst stellt sich die Frage, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht überhaupt beschränkbar ist und welche Besonderheiten sich bei Gefangenen ergeben.

„Auch die Grundrechte Gefangener dürfen **nur durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes** und nur unter Beachtung des Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit** eingeschränkt werden (vgl. BVerfGE 33, 1 [11]; 89, 315 [322 f.]).

Die **Wegnahme einzelner Kleidungsstücke kann** in diesem Zusammenhang nach § 88 I, III in Verbindung mit II Nr. 1 StVollzG zur Abwendung erheblicher Gefahren für den Gefangenen, insbesondere Suizid, zwar F (vgl. Schwind/Grothe, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal, StVollzG, 6. Aufl. 2013, § 88 Rn. 12; Feest/Köhne, in: Feest/Lesting, StVollzG, 6. Aufl. 2012, § 88 Rn. 11, 8; Arloth, StVollzG, 3. Aufl. 2011, § 88 Rn. 4). Die Erheblichkeit des Eingriffs und der verfassungsrechtlich gebotene Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** erfordern aber grundsätzlich, dem Gefangenen **unmittelbar und**

**gleichzeitig mit der Entkleidung Ersatzkleidung aus schnell reißendem Material** zur Verfügung zu stellen, um ihm ein Mindestmaß an Intimsphäre zu bewahren und ihn nicht zum bloßen Objekt des Strafvollzuges zu degradieren (vgl. nur Arloth, StVollzG, 3. Aufl. 2011, § 88 Rn. 4; Feest/Köhne, in: Feest/Lesting, StVollzG, 6. Aufl. 2012, § 88 Rn.11).

Den Fachgerichten obliegt es, die von der Justizvollzugsanstalt im Rahmen von § 88 StVollzG vorgenommene Abwägung auf Ermessensfehler nachzuprüfen. **Auslegung und Anwendung des einfachen Gesetzesrechts** sind grundsätzlich Aufgabe der Fachgerichte, unterliegen aber der verfassungsrechtlichen Prüfung daraufhin, ob sie die **Grenze zur Willkür überschreiten** oder die Bedeutung eines Grundrechts grundsätzlich verkennen (vgl. BVerfGE 18, 85 [93]; 30, 173 [196 f.]; 57, 250 [272]; 74, 102 [127]; stRspr). Der fachgerichtliche Spielraum ist insbesondere dann überschritten, wenn das Gericht bei der Gesetzesauslegung und -anwendung in offensichtlich nicht zu rechtfertigender Weise den vom Gesetzgeber gewollten und im Gesetzestext ausgedrückten Sinn des Gesetzes verfehlt (vgl. BVerfGE 89, 59 [64]) oder das zu berücksichtigende Grundrecht völlig unbeachtet gelassen hat (vgl. BVerfGE 59, 231 [268 f.]; 77, 240 [255 f.]).“ (BVerfG aaO.)

## bb) Grenzen der Beschränkbarkeit

Fraglich ist, ob angegriffene Beschluss des Landgerichts diesen Maßstäben gerecht wird.

„Der Beschwerdeführer war nach seiner gewaltsamen Entkleidung einen Tag lang, die Nachtzeit mit eingeschlossen, gänzlich unbekleidet der ständigen Beobachtung durch Vollzugsbedienstete ausgesetzt. Die Justizvollzugsanstalt hat die vollständige Entkleidung des Beschwerdeführers mit dem **alleinigen Hinweis auf dessen durch das Trommeln an die Zellentür bedingte Selbstgefährdung** begründet. Aus diesem Verhalten wird bereits die Erforderlichkeit der vollständigen Entkleidung nicht ersichtlich. Umso schwerer wiegt, dass die Justizvollzugsanstalt das sich an die Entkleidung anschließende vollständige Vorenthalten von Ersatzkleidung **nicht einmal mit konkreten Anhaltspunkten für eine diesbezügliche Selbstgefährdung** begründet hat, sondern damit, dass der Beschwerdeführer mit der zur Verfügung gestellten Papierbekleidung seinen Forderungen durch Verstopfen der Toilette zusätzlich hätte Ausdruck verleihen können. Dieser Versuch der Rechtfertigung stellt **bloße Ordnungsbelange über den die Würde** berührenden Intimbereich des Beschwerdeführers. Er ist auch deshalb nicht nachvollziehbar, weil ein etwaig versuchtes Verstopfen der Toilette aufgrund der permanenten Videoüberwachung des Beschwerdeführers unmittelbar hätte verhindert werden können.

Das Landgericht hat diese Maßnahmen als nach § 88 II Nr. 1 StVollzG zulässig erachtet...und hierbei vollständig verkannt, dass bereits die Entkleidung eines Gefangenen aufgrund einer **lediglich abstrakt festgestellten, aus randalierendem Verhalten** gefolgerten Gefahr nicht von der Ermächtigunggrundlage des § 88 I, III in Verbindung mit II Nr. 1 StVollzG gedeckt sein kann. Auch die Bestätigung der Maßnahme als rechtmäßig, obwohl dem Beschwerdeführer keine Ersatzkleidung aus schnell reißendem Material zur Verfügung gestellt wurde, verdeutlicht die **grundsätzliche Verkennung der Bedeutung** der durch Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG geschützten **Intimsphäre des Beschwerdeführers durch das Landgericht.**“ (BVerfG aaO.)

Die durch das Landgericht vorgenommene Abwägung beruht auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschwerdeführers aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG. Es liegt daher eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor.

## 2. Verletzung der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) durch das Landgericht wegen unzureichender Sachaufklärung

Der Beschwerdeführer hat in seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung vor dem Landgericht detailliert vorgetragen, unter welchen Umständen er von zwei Vollzugsbediensteten unter Anwendung von Gewalt in den besonders gesicherten Haftraum gebracht worden und welche erheblichen Mängel dieser aufgewiesen habe. Mit diesem Vortrag hat er Angaben gemacht, nach denen weitere Verletzungen seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) und seines Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) in Rede standen. Der Umstand, dass das Landgericht hier keinerlei Nachforschungen angestellt hat, könnte den Beschwerdeführer ins einem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 IV GG verletzen. Es könnte eine unzureichender Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts vorliegen.

„Die fachgerichtliche Überprüfung grundrechtseingreifender Maßnahmen kann die rechtsstaatlich gebotene Beachtung des geltenden Rechts und den effektiven Schutz der berührten materiellen Rechte nur gewährleisten, wenn sie auf **zureichender Aufklärung des jeweiligen Sachverhalts** beruht (vgl. BVerfGE 101, 275 [294 f.]; BVerfGK 9, 390 [395 f.]; 9, 460 [463 f.]; 13, 472 [476 f.]; 17, 429 [430 f.]; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 20.05.2014 - 2 BvR 2512/13 - juris, Rn. 14). Die materiell berührten Grundrechte und das Grundrecht aus Art. 19 IV GG sind verletzt, wenn **grundrechtseingreifende Maßnahmen** im Haftvollzug von den Gerichten **ohne zureichende Sachverhaltsaufklärung als**

*rechtmäßig bestätigt werden* (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 24.10.2006 - 2 BvR 30/06 -, juris, Rn. 24 und vom 24.01.2008 - 2 BvR 1661/06 -, juris, Rn. 38). Dies hat das Landgericht verkannt. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO.)

### 3. Verletzung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz ( Art. 19 IV GG) durch das OLG wegen Annahme der Unzulässigkeit der Rechtsbeschwerde

Der Beschluss des Oberlandesgerichts, mit dem die Rechtsbeschwerde des Beschwerdeführers trotz der ins Auge springenden Grundrechtsverletzungen als unzulässig verworfen wird, könnte den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG verletzen.

*„Hinsichtlich der vom Beschwerdeführer erhobenen **Sachrüge** hat der Strafsenat von der Möglichkeit, gemäß § 119 III StVollzG **von einer Begründung der Rechtsbeschwerdeentscheidung abzusehen**, Gebrauch gemacht. Insoweit liegen über die Feststellung im Beschlusstenor hinaus, dass die in § 116 I StVollzG genannte Voraussetzung der Zulässigkeit einer Rechtsbeschwerde - Erforderlichkeit der Nachprüfung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung - nicht vorliege, Entscheidungsgründe, die das Bundesverfassungsgericht einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterziehen könnte, nicht vor. Daraus folgt jedoch nicht, dass der **Beschluss selbst sich verfassungsrechtlicher Prüfung entzöge** oder die Maßstäbe der Prüfung zu lockern wären. Vielmehr ist in einem solchen Fall die Entscheidung bereits dann aufzuheben, wenn **an ihrer Vereinbarkeit mit Grundrechten des Beschwerdeführers erhebliche Zweifel bestehen** (vgl. BVerfGK 19, 306 [317 f.] m.w.N.; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 20.05.2014 - 2 BvR 2512/13 -, juris, Rn. 25). Dies ist angesichts der **offensichtlichen Nichtberücksichtigung** des besonderen Schutzes des die **Menschenwürde** berührenden allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschwerdeführers durch das Landgericht und der damit verbundenen **offensichtlichen Abweichung** des Landgerichtsbeschlusses **von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts** (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 29.06.2009 - 2 BvR 2279/07 -, juris, Rn. 27; vgl. zur Bedeutung einer solchen Abweichung für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde OLG Celle, Beschluss vom 07.07.2006 - 1 Ws 288/06 (StrVollz) -, juris, Rn. 7; Arloth, StVollzG, 3. Aufl. 2011, § 116 Rn. 3) hier der Fall.*

*Hinsichtlich des vom Beschwerdeführer im Rahmen der Verfahrensrüge geltend gemachten durchgreifenden Verfahrensmangels der nicht erfolgten Sachverhaltsermittlung hat das Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde mit dem Hinweis darauf als unzulässig verworfen, dass die Verfahrensrüge bereits nicht in zulässiger Form erhoben worden sei. Hiermit hat es dem Beschwerdeführer die Sachprüfung des hinreichend geltend gemachten durchgreifenden Verfahrensmangels mit dem bloßen Hinweis auf prozessuale Formerfordernisse versagt.*

*In Fällen, in denen das Landgericht einen den Darstellungen der Justizvollzugsanstalt widersprechenden, nicht offensichtlich abwegigen Vortrag des Gefangenen schlicht übergeht oder seiner Entscheidung ohne weitere Ermittlungen die Darstellung der Justizvollzugsanstalt zugrunde legt, lässt auch die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung Rechtsbeschwerden als nach § 116 I StVollzG zulässig zur Entscheidung zu, in denen der Gefangene lediglich seinen Vortrag wiederholt, ohne konkrete Angaben zur Art und Weise der zu erfolgenden Beweiserhebung zu machen (vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 05.03.1993 - 3 Ws 24/93 -, juris (Leitsatz); OLG Hamm, Beschluss vom 18.09.2001 - 1 Vollz (Ws) 183/2001, 1 Vollz (Ws) 183/01 -, juris; OLG Bamberg, Beschluss vom 04.02.2010 - 1 Ws 694/09 -, juris). Der Verfahrensmangel ergibt sich in diesen Fällen unabhängig von detaillierten Ausführungen zur Art und Weise der Beweiserhebung.“ (BVerfG aaO.)*

Dem Beschwerdeführer angesichts dieser offensichtlichen Mängel des landgerichtlichen Beschlusses die Überprüfung insgesamt mit dem Hinweis darauf zu versagen, dass er die Verfahrensrüge nicht in zulässiger Form erhoben hat, verletzt das verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes.

VwGO **Fortsetzungsfeststellungsklage in der Berufung** VerwProzR  
 §§ 113 I 4, 130 a **Anspruch auf mündliche Verhandlung und Präjudizinteresse**  
 (BVerwG in NVwZ 2015, 600; Beschluss vom 18.12.2014 – 8 B 47/14)

1. Für die Frage, ob nach einer **Antragsänderung im Berufungsverfahren** nach § 130 a VwGO i.V.m. Art. 6 I EMRK eine – weitere – mündliche Verhandlung erforderlich ist, kommt es nicht auf die prozessrechtliche Einordnung der Antragsänderung als Klageänderung oder Änderung des Streitgegenstandes an, sondern darauf, ob dadurch **neue, im erstinstanzlichen Verfahren noch nicht relevante Rechtsfragen oder Tatsachen entscheidungserheblich** werden.
2. Hebt die beklagte Behörde im Verwaltungsprozess den angefochtenen Verwaltungsakt auf, genügt ein etwa damit verbundenes Anerkenntnis seiner Rechtswidrigkeit jedenfalls dann nicht, das **Präjudizinteresse für die Umstellung auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage** auszuschließen, wenn das Anerkenntnis nicht unmissverständlich und vorbehaltlos auch bezüglich des Staatshaftungsprozesses erklärt wird.

**Fall:** Die Kl. begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Bescheides, mit dem ihr die Bekl. die Vermittlung von Sportwetten an einen privaten Wettanbieter mit Sitz auf Malta verboten hatte. Die ursprünglich erhobene Anfechtungsklage hat das VG abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat die Bekl. den angefochtenen Bescheid nach gerichtlichem Hinweis auf die Rechtsprechung zur Unionsrechtswidrigkeit des nordrhein-westfälischen Sportwettenmonopols unter dem Glücksspielstaatsvertrag alter Fassung (GlüStV NRW 2008) und nach Anhörung zur Entscheidung im Beschlusswege (§ 130 a VwGO) aufgehoben, sinngemäß einer allfälligen Erledigungserklärung der Kl. im Voraus zugestimmt und sich für diesen Fall bereit erklärt, die Verfahrenskosten zu tragen. Die Kl. hat daraufhin ihre Klage auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag umgestellt. Nach erneuter Anhörung zu einer Entscheidung nach § 130 a VwGO – diesmal zu Lasten der Kl. – hat das OVG deren Berufung mit dem angegriffenen Beschluss zurückgewiesen und die Revision gegen seine Entscheidung nicht zugelassen. Die Kl. erhebt Nichtzulassungsbeschwerde mit der Begründung, das OVG hätte nicht nach § 130a S. 1 VwGO ohne mündliche Verhandlung entscheiden dürfen und zudem die Fortsetzungsfeststellungsklage nicht wegen Fehlens eines besonderen Feststellungsinteresses unentschieden lassen dürfen. Ist die Nichtzulassungsbeschwerde begründet?

Die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 133 I VwGO ist begründet, wenn ein Revisionszulassungsgrund nach § 132 II VwGO vorliegt. In Betracht kommt hier das Vorliegen von Verfahrensmängeln nach § 132 II Nr. 3 VwGO.

## I. Vorliegen von Verfahrensmängeln

### 1. Entscheidung über die Berufung durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung

Nach § 130a S. 1 VwGO kann das OVG über eine Berufung durch Beschluss entscheiden, wenn es sie einstimmig für begründet oder einstimmig für unbegründet hält, soweit es eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich erachtet. Hält die Entscheidung, dass eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich ist, einer rechtlichen Überprüfung nicht stand, so liegt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 I GG und § 108 II VwGO vor.

#### a) Maßstab für Verzicht auf mündliche Verhandlung

*„Bei der Ausübung [des] Ermessens hat das BerGer. Art. 6 I EMRK mit dem Inhalt, den die Vorschrift in der Entscheidungspraxis des EGMR gefunden hat, **vorrangig zu beachten** (vgl. BVerwGE 110, 203 [210 ff.] = NVwZ 2000, 810 = NJW 2000, 2600 Ls., zur Beachtlichkeit – auch – im Rahmen des § 47 V 1 VwGO; zu § 130 a VwGO vgl. BVerwG, Buchholz 140 Art. 6 EMRK Nr. 9 unter 1.3.2 = NVwZ 2004, 108 = NJW 2004, 1058 Ls., und BVerwG, Buchholz 140 Art. 6 EMRK Nr. 10 unter 2.d = BeckRS 2005, 28802).*

*Nach Art. 6 I 1 EMRK hat jedermann **Anspruch** darauf, dass seine Sache in billiger Weise **öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört** wird und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das u.a. über zivilrechtliche Ansprüche zu entscheiden hat. Die Norm gilt nicht nur für Verfahren vor den ordentlichen Gerichten, sondern auch für verwaltungsgerichtliche Verfahren wie das vorliegende (stRspr, vgl. BVerwGE 110, 203 [206 ff.] = NVwZ 2000, 810 = NJW 2000, 2600 Ls.; BVerwG, Beschl. v. 17.08.2004 – 6 B 49/04, BeckRS 2004, 25028). Sie verlangt nach ständiger, auf der Grundlage der Rechtsprechung des EGMR entwickelter höchstgerichtlicher Rechtsprechung, dass die Beteiligten im gerichtlichen Verfahren **mindestens einmal die Gelegenheit erhalten, zu den entscheidungserheblichen Rechts- und Tatsachenfragen in einer mündlichen Verhandlung Stellung zu nehmen**. Wurde in erster Instanz – wie hier – eine mündliche Verhandlung durchgeführt, kann eine mündliche Verhandlung im Berufungsverfahren entbehrlich sein, wenn der **tatsächliche Streitstoff bereits durch das Urteil des VG aufbereitet** war und im*

*Berufungsverfahren auf dieser Grundlage nur noch über Rechtsfragen gestritten wird (BVerwG, Buchholz 140 Art. 6 EMRK Nr. 9, S. 18 f. = NVwZ 2004, 108 = NJW 2004, 1058 Ls.). Daran fehlt es beispielsweise bei einer Änderung des Streitgegenstandes (BVerwG, Buchholz 401.9 Beiträge Nr. 40 unter 2. = NVwZ 1999, 1000, und BVerwG, Buchholz 140 Art. 6 EMRK Nr. 9, S. 18 f. = NVwZ 2004, 108 = NJW 2004, 1058 Ls.; Meyer-Ladewig/Rudisile in Schoch/Schneider/Bier, VwGO II, Stand März 2014, § 130 a Rn. 3 m.w.N. in Fn. 24).“ (BVerwG aaO.)*

Im vorliegenden Verfahren hat zwar eine mündliche Verhandlung stattgefunden und es wird auch nur noch über Rechtsfragen gestritten, allerdings wurde hier der Klageantrag in der Berufungsinstanz wegen einer Aufhebung des angegriffenen Bescheides umgestellt. Dies könnte dazu führen, dass hiermit auch das Erfordernis zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung wieder auflebt, da über den geänderten Antrags (Fortsetzungsfeststellungsklage) noch nicht verhandelt wurde. Zwar stellt die Antragsumstellung prozessrechtlich keine Klageänderung und keine Änderung des Streitgegenstandes dar, gleichwohl könnte eine mündliche Verhandlung hierdurch erforderlich geworden sein.

*„Nach Art. 6 I EMRK ist nicht die prozessrechtliche Einordnung der Antragsumstellung entscheidend, sondern vielmehr, ob sie erstmals Rechtsfragen oder Tatsachen entscheidungserheblich werden lässt, auf die es zuvor nicht ankam und die deshalb im erstinstanzlichen Verfahren noch nicht in mündlicher Verhandlung zu erörtern waren. In diesem Fall müssen die Beteiligten die Gelegenheit erhalten, sich zu den neuen entscheidungserheblichen Fragen in einer mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. zu äußern (vgl. BVerwG, Buchholz 401.9 Beiträge Nr. 40 unter 2. = NVwZ 1999, 1000; Meyer-Ladewig/Rudisile, § 130 a Rn. 3, und Kopp/Schenke, VwGO, 20. Aufl. 2014, § 130 a Rn. 2 m.w.N.). Das gilt für neue Rechtsfragen ebenso wie für neue Tatsachenfragen, weil zu beidem rechtliches Gehör in prozessordnungsgemäßer Form zu gewähren ist. Für die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit muss ebenso wie bei der Prüfung sonstiger Verfahrensmängel von der materiell-rechtlichen Rechtsauffassung des BerGer. ausgegangen werden.“*

*Danach durfte das BerGer. hier nicht gegen den Willen der Kl. im Beschlusswege nach § 130 a VwGO entscheiden, weil es nach der Erledigung des Anfechtungsbegehrens im Berufungsverfahren erstmals darauf ankam, ob die Aufhebungserklärung der Bekl. ein Präjudizinteresse der Kl. ausschloss. Entscheidungserheblich wurde damit erstmals auch die Frage, ob ein rechtskräftiges Fortsetzungsfeststellungsurteil der Kl. im anhängigen Staatshaftungsprozess nach § 121 Nr. 1 VwGO weitergehende Vorteile verschaffen könnte als das vom BerGer. angenommene konkludente Anerkenntnis der Rechtswidrigkeit. Darüber hinaus hatte die Kl. eine neue erhebliche Tatsache vorgetragen und unter Beweis gestellt, nämlich die telefonische Ablehnung eines expliziten Eingeständnisses der Rechtswidrigkeit durch die Bekl. wegen möglicher Nachteile im Staatshaftungsprozess. Sie war auch nach der Rechtsauffassung der Vorinstanz geeignet, Zweifel daran zu wecken, ob im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung (noch) ein verbindliches, die zivilgerichtliche Beurteilung der Rechtswidrigkeit präjudizierendes Anerkenntnis vorlag. Zu diesen Fragen in einem Verhandlungstermin Stellung zu nehmen, durfte das OVG der Kl. nicht verweigern.“ (BVerwG aaO.)*

Mit der Entscheidung durch Beschluss hat das OVG die rechtlichen Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens nach § 130 a VwGO überschritten. Es hat übersehen, dass eine mündliche Verhandlung nach Art. 6 I der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) geboten war.

*„Die fehlerhafte Anwendung des § 130 a VwGO hat einen Verstoß gegen § 101 I i.V.m. § 125 I 1 VwGO und damit gleichzeitig eine Verletzung des Rechts der Kl. auf rechtliches Gehör zur Folge, auf der die angegriffene Entscheidung wegen § 138 Nr. 3 VwGO auch beruht (BVerwGE 121, 211 [221] = NVwZ 2004, 1377 = NJW 2004, 3792 Ls.).“ (BVerwG aaO.)*

## II. Verneinen eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses

Darüber hinaus könnte es auch einen Verfahrensfehler darstellen, dass das OVG hier ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nach § 113 I 4 VwGO wegen des erfolgten Anerkenntnisses der Beklagten abgelehnt hat.

### 1. Ablehnung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses als Verfahrensmangel

*„Das Verkennen des berechtigten Feststellungsinteresses nach § 113 I 4 VwGO stellt einen Verfahrensmangel i.S.d. § 132 II Nr. 3 VwGO dar (BVerwGE 30, 111 [113] = NJW 1968, 2075; Czybulka in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 132 Rn. 104 und Rn. 110 vorletzter Punkt).“ (BVerwG aaO.)*

### 2. Fehlerhafte Ablehnung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses

Da der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz ein reaktiver Rechtsschutz ist, muss grundsätzlich eine rechtliche Betroffenheit vorliegen. Wird der angefochtene Verwaltungsakt aufgehoben und tritt deshalb Erledigung ein, gehen von dem Bescheid

keine Rechtswirkungen mehr aus. Daher hat der Betroffene in der Regel auch kein schutzwürdiges Interesse mehr daran, die Gerichte mit der Prüfung des nicht mehr vorhandenen Bescheides zu beschäftigen. Allerdings sind Fallgruppen anerkannt, in denen ein solches Interesse trotz der Erledigung fortbesteht. Hierzu gehören ein Rehabilitationsinteresse, die Wiederholungsgefahr und die Vorbereitung einer Schadensersatzklage. In Betracht kommt hier nur die letzte Fallgruppe.

**a) kein genereller Ausschluss des Fortsetzungsfeststellungsinteresses nach Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit**

Fraglich ist, ob nicht bei Erledigung wegen Aufhebung des angefochtenen Bescheides als rechtswidrig ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ohnehin fehlt.

*„Bei Erledigung des angefochtenen Verwaltungsakts eröffnet § 113 I 4 VwGO die Fortsetzungsfeststellungsklage, damit der Kl. nicht ohne Not um die Früchte seiner bisherigen Prozessführung gebracht wird, solange die gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts seine Position verbessern kann (BVerwG, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 36, S. 64 [66], und BVerwGE 61, 128 [135] = NJW 1981, 2426). Da die Vorschrift die Zurücknahme des Verwaltungsakts als Beispiel einer solchen Erledigung nennt, erfordert auch die Rücknahme wegen Rechtswidrigkeit eine Prüfung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses im konkreten Fall (vgl. BVerwG, Urt. v. 15.03.1977 – 1 C 27/75). Entscheidungen, denen zufolge ein solches Interesse bei Aufhebung des Verwaltungsakts wegen Rechtswidrigkeit regelmäßig fehlt (BVerwGE 76, 258 [260] = NVwZ 1985, 266, und BVerwG, Beschl. v. 23.11.1995 – 8 PKH 10/95 [8 C 9/95], BeckRS 1995, 31237473), schließen ein berechtigtes Feststellungsinteresse in solchen Fällen nicht kategorisch aus. Sie beschreiben vielmehr das Ergebnis seiner konkreten, auch in diesen Entscheidungen vorgenommenen Prüfung in der Mehrzahl der Fälle. Hat die Behörde die Rechtswidrigkeit erkannt, wird in der Regel kein wiederholter Erlass einer gleichartigen Verfügung drohen. Ein Rehabilitationsinteresse kann durch das ausdrückliche oder unmissverständliche Anerkenntnis der Rechtswidrigkeit im Aufhebungsbescheid (vgl. BVerwG, Urt. v. 15.03.1977 – 1 C 27/75; BVerwGE 76, 258 [260 f.] = NVwZ 1985, 266) und durch die Rückabwicklung den Kl. stigmatisierender Folgeentscheidungen beseitigt worden sein (vgl. BVerwG, Beschl. v. 23.11.1995 – 8 PKH 10/95 [8 C 9/95], BeckRS 1995, 31237473). Soweit der Beschluss vom 05.09.1984 (BVerwGE 76, 258 [261] = NVwZ 1985, 266) in entsprechender Anwendung des § 113 I 4 VwGO ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse für von vornherein ausgeschlossen erklärt, ist er durch die Einfügung des § 19 I 3 in die Wehrbeschwerdeordnung – WBO – (vgl. Art. 5 Nr. 15 des Gesetzes v. 31.07.2008, BGBl. I 2008, 1629) und die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung überholt (vgl. BVerwG, Buchholz 449.7 § 36 SBG Nr. 1 = NJOZ 2009, 2359 Rn. 41, und BVerwG, Buchholz 450.1 § 19 WBO Nr. 3 = NVwZ-RR 2010, 930 Ls. = BeckRS 2010, 51352 Rn. 19 f.)“ (BVerwG aaO.)*

Die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses ist im Hinblick auf die Fallgruppe der Vorbereitung einer Schadensersatzklage jedenfalls auch bei Rücknahme des Bescheides durch die Behörde wegen Rechtswidrigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen.

**b) Bestehen eines Präjudizinteresses für Staatshaftungsprozess**

Darüber hinaus kommt es darauf an, ob der Kl. bei der Erklärung der Behörde, der Bescheid werde wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben, durch eine gerichtliche Entscheidung überhaupt noch weitere Vorteilen erlangen kann. Ein solcher Vorteil kann sich aus der Präjudizwirkung der begehrten verwaltungsgerichtlichen Feststellung gem. § 121 VwGO für den Betroffenen ergeben.

*„Im Staatshaftungsprozess wie in anderen gerichtlichen Verfahren ist die Präjudizwirkung von Amts wegen zu beachten; sie schließt eine erneute und erst recht eine abweichende Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Bescheides aus (vgl. BVerwGE 110, 111 [116] = NVwZ 2000, 575). Ein behördliches Anerkenntnis der Rechtswidrigkeit kann das Präjudizinteresse an deren rechtskräftiger Feststellung deshalb nur entfallen lassen, wenn das Anerkenntnis dem Betroffenen im Folgeprozess eine Rechtsposition verschafft, die durch die rechtskräftige Feststellung nicht mehr verbessert würde (vgl. BVerwG, Beschl. v. 23.11.1995 – 8 PKH 10/95 [8 C 9/95], BeckRS 1995, 31237473; BVerwG, Urt. v. 23.01.2007 – 1 C 1/06, BeckRS 2007, 22220).*

*Die Annahme des BerGer., es genüge ein Anerkenntnis der Rechtswidrigkeit – nur – im Verwaltungsprozess, weil abweichendem Prozessvortrag im zivilgerichtlichen Verfahren der Grundsatz von Treu und Glauben entgegengehalten werden könne, lässt jedenfalls einen Grad an Verbindlichkeit genügen, der hinter dem nach § 113 I 4 VwGO erforderlichen zurückbleibt. Die Begründung der Aufhebungsverfügung vermittelt keine der Rechtskraftbindung vergleichbare Verbindlichkeit, da die Zivilgerichte an die tragenden Erwägungen des Verwaltungsakts mangels*

gesetzlicher Grundlage für eine Feststellungswirkung **nicht gebunden** sind (vgl. BGH, Urt. v. 24.03.1971 – V ZR 167/68, LM Nr. 5 zu § 437 BGB; BGHZ 113, 17 = NJW 1991, 1168 = NVwZ 1991, 606 Ls., und BGHZ 158, 19 = NVwZ 2004, 763 = NJW 2004, 1805 Ls. = WM 2004, 2268 [2269]; BVerwG, Buchholz 232 § 47 BBG Nr. 3 = NVwZ-RR 2008, 193). Ein Ausschluss des Präjudizinteresses kommt deshalb nicht in Betracht, wenn die Behörde das **Eingeständnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts nicht ausdrücklich oder jedenfalls unmissverständlich sowie vorbehaltlos auch bezüglich des Staatshaftungsprozesses erklärt** hat. Es genügt also nicht, dass die Aufhebung des Verwaltungsakts als Anerkenntnis seiner Rechtswidrigkeit verstanden werden kann. Vielmehr muss jede andere Deutung ausscheiden (vgl. BVerwG, Beschl. v. 23.11.1995 – 8 PKH 10/95 [8 C 9/95], BeckRS 1995, 31237473; ebenso für den Wegfall des Rehabilitierungsinteresses: BVerwG, Urt. v. 15.03.1977 – 1 C 27/75). Insbesondere muss **ausgeschlossen sein**, dass die **Aufhebung nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen** beruht oder lediglich prozesstaktisch darauf abzielt, eine rechtskräftige, für Folgeprozesse präjudizielle Entscheidung zu verhindern. Ohne eine vorbehaltlose Erklärung des Anerkenntnisses auch in Bezug auf den Zivilprozess, die die Rechtswidrigkeit und die dafür maßgebenden Tatsachen dort unstreitig stellt, ist noch nicht einmal eine Annäherung an die Präjudizwirkung zu erreichen.“ (BVerwG aaO.)

### c) Anwendung auf den Fall

Der vom BerGer. zu Grunde gelegte Maßstab bleibt hinter diesen Anforderungen zurück; er trägt damit den Vorteilen einer Präjudizwirkung nach § 121 VwGO nicht ausreichend Rechnung.

„Der angegriffene Beschluss fordert **weder ein ausdrückliches oder unmissverständliches noch ein vorbehaltloses Anerkenntnis** auch bezüglich des Staatshaftungsprozesses. Deshalb übersieht er die Entscheidungserheblichkeit des unter Beweis gestellten neuen Sachenvortrags der Kl. zur **telefonischen Ablehnung eines ausdrücklichen Anerkenntnisses der Rechtswidrigkeit** durch die Bekl. gerade wegen möglicher Nachteile im Staatshaftungsverfahren. Für die Verbindlichkeit des Anerkenntnisses lässt er genügen, dass die Kl. einem **Bestreiten der Rechtswidrigkeit** im zivilgerichtlichen Verfahren das im Verwaltungsprozess abgegebene konkludente Anerkenntnis und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als Ausprägung des **Grundsatzes von Treu und Glauben** entgegenhalten könnte. Dieser materiell-rechtliche Einwand wäre mangels rechtskräftigen Feststellungsurteils aber ebenso wie die Rechtswidrigkeit der Untersagung (**erneut**) **vom Zivilgericht zu prüfen**, das auch nicht an die verwaltungsgerichtliche Würdigung der Aufhebungserklärung gebunden wäre. Wegen des damit verbundenen Prozessrisikos würde die Kl. die Früchte ihrer Prozessführung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren einbüßen. Der Regelungszweck des § 113 I 4 VwGO, die prozessökonomische Klärung präjudizeller verwaltungsrechtlicher Fragen im bereits weitgehend geförderten anhängigen Prozess zu ermöglichen, wird dadurch ebenfalls verfehlt.

Ein **Präjudizinteresse** wegen der Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen gegen die Bekl. wäre danach **nur zu verneinen**, wenn deren Einklagen **offensichtlich aussichtslos** wäre. Davon ist die Vorinstanz nicht ausgegangen.“ (BVerwG aaO.)

In Bezug auf die Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen gegen die Bekl. ist das BerGer. unzutreffend davon ausgegangen, das von ihm angenommene verbindliche konkludente Anerkenntnis der Rechtswidrigkeit des angegriffenen Bescheides durch die Bekl. lasse ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse der Kl. entfallen.

## III. Ergebnis

Der angegriffene Beschluss beruht nicht nur auf dem Verstoß gegen § 130 a VwGO, sondern unabhängig davon auch auf dem Verkennen des Fortsetzungsfeststellungsinteresses und des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses, da die Zurückweisung der Berufung auf die Unzulässigkeit der Klage und diese auf das Verneinen der beiden Sachentscheidungsvoraussetzungen gestützt wurde.

Es liegt daher ein Revisionszulassungsgrund nach § 132 II Nr. 3 VwGO vor, so dass die Nichtzulassungsbeschwerde begründet ist.

(OVG Münster in DÖV 2015, 492; Beschluss vom 17.02.2015 – 4 B 1479/14)

1. § 25 I 2 VwVfG NRW verpflichtet die zuständige Behörde, einem **Interessenten für die Veranstaltung eines Wochenmarkts** zumindest mitzuteilen, wenn Dritten für die Durchführung eines derartigen Marktes am selben Ort und zur selben Zeit Sondernutzungserlaubnisse erteilt worden sind.
2. **Die Kosten für ein gerichtliches Verfahren**, das nur wegen der Verletzung dieser Auskunftspflicht eingeleitet worden ist, **können der Behörde auferlegt werden** (§ 155 IV VwGO).
3. Entscheidet ein Gericht vor Ablauf einer **selbst gesetzten Stellungnahmefrist**, ohne die Beteiligten hierüber vorab zu unterrichten, werden **Gerichtskosten wegen unrichtiger Sachbehandlung nicht erhoben**, die bei regulärem Abwarten der Stellungnahmefrist bei demjenigen nicht angefallen wären, dessen Stellungnahme abzuwarten war.

**A. Grundlagenwissen: Kostenentscheidung nach § 161 II VwGO**

Erklärt der Kläger den Rechtsstreit für erledigt und schließt sich der Beklagte einer solchen Erledigungserklärung an, so **entfällt Rechtshängigkeit der Hauptsache** und das Gericht kann keine Entscheidung zur Sache mehr treffen. Der Rechtsstreit bleibt **nur noch wegen der Kosten rechtshängig**. Allerdings sieht § 161 II VwGO vor, dass das Gericht im Falle einer übereinstimmenden Erledigungserklärung durch Beschluss über die Kosten entscheidet. Ein darauf gerichteter **Antrag ist nicht erforderlich**, sondern der Beschluss muss **von Amts wegen** ergehen.

**a) Allgemeiner Entscheidungsmaßstab**

Die Kostenentscheidung hat nach **billigem Ermessen unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes** zu ergehen. Das Gericht ist daher an den aktuellen Stand des Prozesses gebunden. Weiterer Vortrag oder gar Beweiserhebungen erfolgen grundsätzlich nicht. Es handelt sich daher bei dem Beschluss nach § 161 II VwGO um ein **aus prozessökonomischen Gründen abgekürztes Verfahren**, welches dem Umstand Rechnung trägt, dass die Beteiligten kein Interesse mehr an der Entscheidung in der Hauptsache haben. Da es nur um die Kostenentscheidung geht, ist es mit **rechtsstaatlichen Grundsätzen** zu vereinbaren, dass hier abwägende Einschätzung hinsichtlich der Erfolgsaussichten erfolgt, ohne diese eingehend zu überprüfen. Ausgehend von diesen Erfolgsaussichten ist zu ermitteln, **wie die Kostenentscheidung in der Hauptsache wohl ausgefallen wäre**, wenn es zu einer Entscheidung gekommen wäre.

Das Gericht hat daher den bis dahin vorgetragenen Tatsachenstoff nach den üblichen Grundsätzen auszuwerten. Es kommt auch in diesem Zusammenhang auf die **Schlüssigkeit des Klägervorbringens** und die **Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens** an. Stellt sich heraus, dass der Klägervortrag vom Beklagten in erheblicher Weise bestritten wird, ist – sofern die Erledigung nicht nach Beweisaufnahme erfolgt – zu prüfen, ob überhaupt ein Beweisangebot vorliegt. **Eine vorweggenommene Beweiswürdigung findet jedoch nicht statt**. Hingen die Erfolgsaussichten der Kläger daher allein von der Beweisaufnahme ab, so ist das Risiko regelmäßig mit 50/50 zu bewerten. Anders als im einstweiligen Rechtsschutz, in dem auch eine summarische Prüfung erfolgt, kann bei der Billigkeitsentscheidung nach § 91a ZPO nicht nur der Tatsachenstoff teilweise offen bleiben, sondern das **Gericht ist auch nicht gehalten, umfangreiche und schwierige rechtliche Erwägungen** anzustellen (vgl. BGH, NJW-RR 2003, 1075 m.w.N.).

**b) Rechtsfolgen des Beschlusses nach § 91a ZPO**

Der Beschluss nach § 161 II VwGO ist ein nach § 167 I VwGO i.V.m. § 794 I Nr. 3 ZPO **vollstreckbarer Titel**, so dass auf seiner Grundlage der Erlass eines **Kostenfestsetzungsbeschlusses** nach § 164 VwGO beantragt werden kann.

## B. Kostenfolgen der Nichterfüllung der verwaltungsverfahrenrechtlichen Auskunftspflicht (vgl. OVG Münster in DÖV 2015, 492)

**Fall:** Nachdem öffentlich bekannt geworden war, dass der Rat der Antragsgegnerin durch Aufhebung der Satzungsgrundlagen für die kommunale Durchführung der T. Wochenmärkte Mitte, Wald und P. zum Jahresende 2014 die öffentlich-rechtliche Trägerschaft zugunsten einer privat-rechtlichen Organisationsform aufgeben würde (vgl. Beschlussvorlage zum Rat der Antragsgegnerin Nr. 270 vom 26.09.2014), hat die Antragstellerin Mitte November 2014 eine ordentliche Ausschreibung und ein transparentes Auswahlverfahren eingefordert.

Die Antragstellerin hatte dann mit Anwaltsschreiben vom 05.12.2014 zur Sicherung des von ihr geltend gemachten Bewerbungsverfahrensanspruchs unter Fristsetzung bis zum 10.12.2014 eine Erklärung verlangt, die Antragsgegnerin werde keine Vereinbarungen mit der Unternehmergeinschaft T. Wochenmärkte schließen oder Abreden treffen, die unmittelbar oder mittelbar die Veranstaltung der Wochenmärkte in den Stadtbezirken Mitte, Wald und P. zum Gegenstand hätten, und der Unternehmergeinschaft auch keine hierauf bezogenen öffentlich-rechtlichen Erlaubnisse, Genehmigungen oder Gestattungen erteilen, bis über die Bewerbung und den Festsetzungsantrag der Antragstellerin entschieden sei.

Diese Erklärung hat die Antragsgegnerin nicht abgegeben, sondern vielmehr im Gegensatz zur Begründung in der Beschlussvorlage des Rates bestritten, dass überhaupt eine Privatisierung beschlossen worden sei, und ergänzend mitgeteilt, sie wolle keine nach der Gewerbeordnung festgesetzten Wochenmärkte veranstalten lassen. Sie hatte allerdings der Unternehmergeinschaft T. Wochenmärkte, einem Zusammenschluss einiger örtlicher Marktbeschicker, am 27.11.2014 Sondernutzungserlaubnisse zur privatrechtlichen Durchführung der T. Wochenmärkte erteilt. Aus den Verwaltungsvorgängen ergibt sich unzweifelhaft, dass über die künftige Gestaltung Absprachen mit der Unternehmergeinschaft T. Wochenmärkte erfolgt sind.

Schließlich hat der Leiter des Ordnungsamts der Antragsgegnerin der Antragstellerin nach deren unwidersprochenem Vorbringen am 11.12.2014 telefonisch erklärt, die Eingangsbestätigung über die Festsetzungsanträge vom 08.12.2014 halte er nach Rücksprache mit dem Beigeordneten für eine ausreichende Reaktion; eine Stellungnahme innerhalb der gesetzten Frist sei nicht beabsichtigt.

Daraufhin strengte die Antragstellerin ein gerichtliches Eilverfahren an, in der Annahme, sie könne hiermit hinsichtlich der Sondernutzungserlaubnisse für die privatrechtliche Durchführung der T. Wochenmärkte noch die Schaffung vollendeter Tatsachen ändern. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag der Antragsgegnerin mit einer Stellungnahmefrist von einer Woche zugesandt, dann aber den Antrag als unbegründet zurückgewiesen und der Antragstellerin die Kosten auferlegt, ohne die Stellungnahme abzuwarten. Hiermit wollte das Gericht der Antragstellerin eine zügige Beschwerdemöglichkeit eröffnen. Um Rahmen des Beschwerdeverfahrens wurde die Antragstellerin dann vollumfänglich informiert, wonach das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes übereinstimmend für erledigt erklärt wurde. Nunmehr wird über die Kosten gestritten.

### I. Kostengrundentscheidung

Ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, so entscheidet das Gericht außer in den Fällen des § 113 I 4 VwGO gem. § 161 II VwGO nach billigem Ermessen über die Kosten des Verfahrens durch Beschluss. Hierbei hat es den bisherigen Sach- und Streitstand zu berücksichtigen.

Hier ist es so, dass die Antragstellerin das Verfahren nur eingeleitet hatte, da die Antragsgegnerin ihr die erbetenen Auskünfte nicht erteilt hatte. Nach dem Rechtsgedanken des § 155 IV VwGO, wonach Kosten, die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, diesem auferlegt werden können, könnte es hier billigem Ermessen entsprechen, die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Dann müssten diese Kosten allerdings durch ein Verschulden der Antragsgegnerin entstanden sein.

*„Unabhängig von der zwischen den Beteiligten umstrittenen und nicht offensichtlich zu verneinenden Frage, ob die Antragsgegnerin zu diesem Zeitpunkt ein transparentes Auswahlverfahren hätte durchführen müssen (vgl. z. B. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.11.2010 - 1 S 107.10 -, NVwZ-RR 2011, 293 = juris, Rn. 7 a. E.; VG Hamburg, Beschluss vom 20.09.2012 - 11 E 1658/12 -, GewArch 2013, 121 = juris, Rn. 32 ff., 45; siehe auch BVerwG, Beschlüsse vom 29.08.2011 - 8 B 52.11 -, juris, Rn. 13, und vom 20.01.2006 - 6 B 55.05 -, GewArch 2006, 164 = juris, Rn. 4), war sie **jedenfalls nach § 25 I 2 VwVfG NRW verpflichtet**, der Antragstellerin mitzuteilen, dass der Unternehmergeinschaft T. Wochenmärkte, einem Zusammenschluss einiger örtlicher Marktbeschicker, am 27.11.2014 **Sondernutzungserlaubnisse zur privatrechtlichen Durchführung der T. Wochenmärkte erteilt** worden waren. Dies hat die Antragsgegnerin in ihrer Antwort an die Antragstellerin vom 02.12.2014 unterlassen. Stattdessen hat sie im Gegensatz zur Begründung in der Beschlussvorlage des Rates bestritten, dass überhaupt eine Privatisierung beschlossen worden sei, und ergänzend mitgeteilt, sie wolle keine nach der Gewerbeordnung festgesetzten Wochenmärkte veranstalten lassen.*

Damit hat sie **nur mittelbar durchblicken** lassen, **auf die Art der künftigen privat-rechtlichen Durchführung der Wochenmärkte** trotz formeller Aufhebung der öffentlichen Trägerschaft weiterhin **Einfluss nehmen zu wollen**. Tatsächlich ergibt sich aus den Verwaltungsvorgängen unzweifelhaft, dass über die künftige Gestaltung Absprachen mit der Unternehmergemeinschaft T. Wochenmärkte erfolgt sind. Auch unter Berücksichtigung der Erklärungen der Antragsgegnerin im gerichtlichen Verfahren unterliegt keinem Zweifel, dass ihr die Fortführung der Wochenmärkte in privater Organisationsform ein besonderes Anliegen war, zumindest um aus der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen Einnahmen zu erzielen. Gleichwohl hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin über die **bereits abgestimmte konkrete private Organisationsform**, den Stand des Verfahrens und über die Rechtsschutzmöglichkeiten der Antragstellerin im Zusammenhang mit ihrem generellen Interesse an der Marktdurchführung **im Unklaren gelassen**.

Nur weil die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin ihre **verfahrensrechtlichen Informationspflichten verletzt** hatte, nahm die Antragstellerin irrtümlich an, sie könne im Wege vorläufigen Rechtsschutzes die **Schaffung vollendeter Tatsachen noch verhindern**. Nachdem die Antragstellerin im Laufe des gerichtlichen Verfahrens erfahren hatte, dass die Antragsgegnerin der Unternehmergemeinschaft T. Wochenmärkte bereits **Sondernutzungserlaubnisse** zur Durchführung der in Rede stehenden Wochenmärkte **erteilt** hatte und dies **nicht mehr vorläufig verhindert werden konnte**, hat sie den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Bei hinreichender Information über die bereits erteilten Sondernutzungserlaubnisse hätte es für die Antragstellerin keinen Anlass gegeben anzunehmen, die Entscheidung über die Marktdurchführung könne durch Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes noch offen gehalten werden. Auch eines Beschwerdeverfahrens hätte es dann nicht mehr bedurft.“ (OVG Münster aaO.)

Die Kosten des Verfahrens sind daher nach billigem Ermessen der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

## II. Kosten des Beschwerdeverfahrens

Fraglich ist, welche Auswirkungen es hat, dass das Verwaltungsgericht seine Entscheidung ohne das Abwarten des Ablaufs der Stellungnahmefrist getroffen hat. Hätte das Gericht die Stellungnahme abgewartet, so hätte die Antragstellerin die erbetenen Informationen schon früher gehabt und es wäre gar nicht zum Beschwerdeverfahren gekommen.

Hier kommt die Anwendung von § 21 I GKG in Betracht, wonach Kosten, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, nicht erhoben werden.

„Das Verwaltungsgericht hat der Antragsgegnerin den Antrag der Antragstellerin mit einer Stellungnahmefrist von einer Woche übersandt, aber **schon vor fristgerechtem Eingang der Erwidernng und ohne Kenntnis der Verwaltungsvorgänge** entschieden. Die nachträglich gefasste und im Beschluss dokumentierte Absicht, schon früher zu entscheiden, um der Antragstellerin die **Möglichkeit zur rechtzeitigen Durchführung des Beschwerdeverfahrens** zu geben, hätte sie nach den Grundsätzen eines fairen Verfahrens den Beteiligten **vorab mitteilen müssen**, weil mit dieser geänderten Verfahrensgestaltung nicht gerechnet werden konnte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.12.2013 - 1 BvR 859/13 -, WM 2014, 251 = juris, Rn. 11 ff.).

Auch wenn die Entscheidung des Verwaltungsgerichts **nicht zum Nachteil der Antragsgegnerin** ausgegangen ist, wäre ihr hier allein durch Abwarten ihrer Stellungnahme eine Gelegenheit gegeben worden, die vorprozessual unterlassenen **Informationen** über die bereits erfolgten Absprachen mit der Unternehmergemeinschaft T. Wochenmärkte sowie die Erteilung der Sondernutzungserlaubnisse **wenigstens noch erstinstanzlich zu geben**. Dadurch hätte die Antragstellerin jedenfalls vor Einlegung der Beschwerde erkennen können, dass die Fortführung des Verfahrens mit dem Ziel, vorläufig weitere Absprachen mit der Unternehmergemeinschaft T. Wochenmärkte sowie Entscheidungen zu ihren Gunsten bezogen auf die Durchführung der Wochenmärkte zu verhindern, keine Erfolgsaussichten mehr hatte. Die fristgemäß am 22.12.2014 dem Verwaltungsgericht zugegangene Erwidernng der Antragsgegnerin konnte nur wegen der **überraschend verfrühten gerichtlichen Entscheidung** nicht mehr verhindern, dass die Antragstellerin mit Blick auf die zum Jahreswechsel bevorstehende Änderung der Marktorganisation am selben Tag Beschwerde eingelegt hatte und damit weitere Kosten entstanden waren.“ (OVG Münster aaO.)

Für das Beschwerdeverfahren ist daher nach § 21 I GKG von der Erhebung von Gerichtskosten abzusehen.

## 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  
§ 256

**Unzulässige Feststellungsklage**  
**Nach Anerkenntnis im Schreiben des Haftpflichtversicherers**

ZivilProzR

(OLG Koblenz in r+s 2015, 259; Beschluss vom 21.11.2014 – 5 U 1027/14)

Teilt der Haftpflichtversicherer der Behandlungsseite dem geschädigten Patienten mit, dessen künftige **ereignisbedingte materielle Ansprüche** blieben ebenso vorbehalten wie künftige **ereignisbedingte immaterielle Ansprüche** für den Fall einer nicht vorhersehbaren wesentlichen Verschlechterung im Sinne der BGH-Rechtsprechung, liegt darin trotz fehlender notarieller Beurkundung ein **ausreichendes Anerkenntnis**, das ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage des Patienten entfallen lässt.

**I. Anforderungen an Feststellungsinteresse**

„§ 256 ZPO macht die **Zulässigkeit einer Feststellungsklage** von einem **rechtlichen Interesse** abhängig. Reklamiert der Kläger eine Anspruchsbefugnis, erschließt sich dieses Interesse, anders als das bei einer Leistungsklage regelmäßig der Fall ist, noch **nicht aus der bloßen Existenz des Anspruchs**, sondern setzt darüber hinaus ein Verhalten des Beklagten voraus, das die geltend gemachte **Befugnis in Frage stellt**.

Denn eine **Feststellungsklage ist ungeeignet, einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen** und damit dem Kläger ein Instrument zur Durchsetzung seines Anspruchs in die Hand zu geben. Sie kann nur dazu dienen, ein **streitiges Rechtsverhältnis zu definieren** (BGH v. 25.02.2010, NJW-RR 2010, 750; Becker-Eberhard in MüKo-ZPO, 4. Aufl., § 256 Rn. 37; Foerste in Musielak, ZPO, 11. Aufl., § 256 Rn. 9) oder eine – mangels der Leistungsbereitschaft der Gegenseite drohende – **Anspruchsverjährung zu hemmen** (BGH v. 18.01.1985 NJW 1985, 1711; Greger in Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 256 Rn. 9).“ (OLG Koblenz aaO.)

**II. Anwendung auf den Fall**

„Eben das ist aber im vorliegenden Fall entbehrlich, weil die Beklagte, vertreten durch ihren Haftpflichtversicherer, die – über das bereits gezahlte Schmerzensgeld hinausgehenden – **Forderungen** des Klägers mit Schreiben vom 22.11.2013 anerkannt und gleichzeitig einer **weit in die Zukunft reichenden Verlängerung der Verjährungsfrist zugestimmt** hat. Damit ist die Rechtsposition des Klägers langfristig festgeschrieben. Dessen Auffassung, ein Schuldversprechen könne ein Urteil allenfalls dann entbehrlich machen, wenn es notariell beurkundet worden sei, geht fehl. Die materiell-rechtlichen Wirkungen und Möglichkeiten, es nachträglich in Frage zu stellen, sind von der Form unabhängig, solange das **Versprechen überhaupt schriftlich** erteilt wurde (§§ 780, 781 BGB), was hier indessen geschehen ist. Das LG hat zutreffend geurteilt, dass die am 22.11.2013 abgegebenen Erklärungen ein **befriedigendes Anerkenntnis** dessen darstellen, was der Kläger in Bezug auf die von ihm erhobenen Ansprüche verlangt hatte und nunmehr zum Gegenstand seines Feststellungsbegehrens gemacht hat. Das war mit der Bezugnahme auf das Schreiben des Klägers v. 21.11.2013 und der Nennung sowohl **künftiger materieller als auch künftiger immaterieller Ansprüche aus dem streitigen Schadensereignis** („ereignisbedingt“), die dem Kläger **offen stünden** („vorbehalten bleiben“), der Bekundung, dass diese Zusage der Wirkung eines Feststellungsurteils gleichkomme, und der nachfolgenden Bitte, die damit erledigte Klage zurückzunehmen, hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht.

**Weitergehende Feststellungen** wären auch **durch ein Gerichtsurteil nicht zu erreichen**. Allerdings durfte der Verjährungsverzicht des Haftpflichtversicherers – anders als ein Feststellungsurteil, das erst von seiner Verkündung an auf 30 Jahre hin verjährungshemmend wirkt (§ 197 I Nr. 3 BGB) – gem. § 202 II BGB die **Verjährungsfrist nicht über mehr als 30 Jahre ab der Anspruchsentstehung** erstrecken. Das – mit der Bezugnahme auf ein Feststellungsurteil – erklärte Übermaß nimmt ihm jedoch nicht die Rechtsgültigkeit innerhalb der gesetzlich zulässigen Grenzen (BGH MDR 2008, 94) und ist im Hinblick auf den großen von ihm erfassten Zeitraum auch nicht geeignet, ein Feststellungsinteresse des Klägers zu schaffen.“ (OLG Koblenz aaO.)

ZPO  
§ 311 II

**Unterbliebene Urteilszustellung nach Verkündung**  
**Verfristete Nichtzulassungsbeschwerde**

ZivilProzR

(BGH in NJW-RR 2015, 508; Beschluss vom 12.02.2015 – IX ZR 156/14)

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

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

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nach § 544 I 2 Var. 2, II 1 Var. 2 ZPO innerhalb von sechs Monaten nach der Verkündung des Urteils einzulegen und innerhalb von sieben Monaten nach der Verkündung des Urteils zu begründen. Hier wurde die Nichtzulassungsbeschwerde sieben Jahre nach der protokollierten Verkündung eingelegt.

**I. Vorliegen eines Urteils**

Fraglich ist allerdings schon, ob überhaupt ein Urteil im Rechtssinne vorliegt.

„Bei dem Urteil vom 22.06.2006 handelt es sich entgegen der Ansicht des Kl. um ein Urteil im Rechtssinne (vgl. BGH, NJW 1994, 3358). Denn das Urteil ist an diesem Tag wirksam verkündet worden, wie das Protokoll vom 22.06.2006 belegt.

Nach § 165 S. 1 ZPO kann die Beachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden. Zu diesen Förmlichkeiten gehört gem. § 160 III Nr. 7 ZPO auch die Verkündung des Urteils. Ausweislich des **Verkündungsprotokolls** vom 22.06.2006 wurde **in Abwesenheit der Parteien** durch den Einzelrichter „**anliegendes Urteil verkündet**“. Damit ist dem Erfordernis des § 160 III Nr. 7 ZPO genügt (vgl. BGHZ 10, 327 [329] = NJW 1953, 1829; BGH, NJW 1985, 1782 [1783]) und gem. § 165 S. 1 ZPO die Verkündung des in Bezug genommenen Urteils vom 22.6.2006 bewiesen (vgl. BGH, NJW 1994, 3358). Durch den Verweis auf das anliegende Urteil ist der Bezug zwischen dem Verkündungsprotokoll und dem verkündeten Urteil eindeutig und muss das Verkündungsprotokoll **nicht fest mit dem verkündeten Urteil verbunden** sein. Denn ein anderes Urteil als das angefochtene findet sich nicht bei den Akten.

Es ist unschädlich, dass bis Sommer 2009 das Verkündungsprotokoll und der Entscheidungstenor **nicht in die Gerichtsakte eingehaftet und paginiert**, sondern lose in die Aktentasche eingelegt waren. In dieser Aktentasche befanden sich noch weitere Papiere, die dem Klägervertreter nicht zur Akteneinsicht ausgehändigt wurden. Eine dienstliche Stellungnahme der Geschäftsstelle, was der Inhalt dieser Papiere war, findet sich nicht bei den Akten, einer solchen bedurfte es auch nicht. Denn der Vorsitzende hat dem Kl. mitgeteilt, dass es sich hierbei um Überstücke von Anwaltschriftsätzen, Senatsentscheidungen und insbesondere um die Aufzeichnungen der bearbeitenden Richter handele, die nicht Aktenbestandteil sind. Nach dieser Auskunft befand sich **keine andere Entscheidung bei den Akten**. Das Verkündungsprotokoll kann sich deswegen allein auf das nunmehr in die Gerichtsakte eingegliederte Urteil beziehen. Damit ist eine zweifelsfreie Zuordnung des Verkündungsprotokolls zu dem verkündeten Urteil möglich, ohne dass es auf eine körperliche Verbindung dieser Schriftstücke ankommt (vgl. BGH, NJW-RR 2004, 1651 [1652]).“ (BGH aaO.)

Hierbei schadet es nicht, dass das Urteil noch nicht vollständig abgefasst war.

„Denn auch dann, wenn bei einer Verkündung nach § 310 II ZPO **Tatbestand und Entscheidungsgründe noch nicht abgesetzt** sind, wird nicht ein Entwurf, sondern bereits ein **Urteil verkündet** (BGH, NJW 1988, 2046). An einer wirksamen Verlautbarung des Urteils fehlt es ferner nicht deshalb, weil das Protokoll vom 22.06.2006 nicht ausweist, in welcher der beiden nach § 311 II 1 und 2 ZPO hier möglichen Formen das Urteil verkündet worden ist. Wegen der Gleichwertigkeit beider Verlautbarungsformen reicht es aus, wenn im Protokoll angegeben ist, dass das „anliegende Urteil verkündet“ worden ist (vgl. BGH, NJW 1994, 3358).“ (BGH aaO.)

## II. Durchbrechung der Beweiskraft des Protokolls

Nach § 165 S. 2 ZPO kann die Beweiskraft der Sitzungsniederschrift nur durch den Nachweis der Protokollfälschung zerstört werden.

„Eine solche Fälschung liegt vor, wenn eine **Feststellung im Protokoll wissentlich falsch getroffen** oder ihre **Niederschrift nachträglich vorsätzlich gefälscht** (§§ 267, 271, 348 StGB) worden ist (MüKo-ZPO/Wagner, § 165 Rn. 18). Der ihm obliegende Nachweis einer Protokollfälschung ist dem Kl. nicht gelungen (vgl. hierzu BGH, BGH-Report 2004, 979 [980 f.] = BeckRS 2004, 03613; FamRZ 2010, 1326 = BeckRS 2010, 15122 Rn. 19). Der entscheidende Richter hat in seiner dienstlichen Stellungnahme vom 26.10.2010 bestätigt, das Urteil am 22.06.2006 verkündet zu haben, indem er angegeben hat, **zum Absetzen der Entscheidungsgründe** des aus seiner Sicht rechtskräftigen Urteils sei er **wegen der Arbeitsüberlastung nicht gekommen**. Schon vor der Akteneinsicht, nämlich im September 2008, hat er zudem der Bekl. die telefonische Auskunft erteilt, die klägerische Berufung zurückgewiesen zu haben. Der Umstand, dass der Klägervertreter im Jahr 2009 Protokoll und Urteilstenor in der Aktentasche vorgefunden hat, belegt eine Fälschung des Protokolls deswegen ebenso wenig wie der Umstand, dass der Richter Sachstandsanfragen nicht beantwortet hat. Dass in der Aktentasche keine andere Entscheidung verwahrt worden ist, ergibt sich aus dem Schreiben des Vorsitzenden vom 25.11.2013.“ (BGH aaO.)

## III. keine überraschende Entscheidung

Zwar hat der BGH im Urteil vom 20.04.1977 (BB 1977, 1121 = BeckRS 1977, 31116554) entschieden, dass § 517 ZPO (§ 516 ZPO a.F.), dessen Regelungsgehalt insoweit § 544 I ZPO entspricht, nicht gelten, soll wenn die durch das Urteil beschwerte Partei im Verhandlungstermin nicht vertreten und zu diesem Termin auch nicht ordnungsgemäß geladen war.

„Denn dieser Vorschrift liegt der Gedanke zu Grunde, dass eine Partei, die vor Gericht streitig verhandelt hat, mit dem Erlass einer Entscheidung rechnen muss; es kann ihr daher zugemutet werden, sich danach zu erkundigen, ob und mit welchem Inhalt eine solche Entscheidung ergangen ist. Der Kl. hat hier jedoch als beschwerte Partei streitig verhandelt und kannte deswegen den **angesetzten Verkündungstermin**. Zwar hatte das BerGer. Bedenken geäußert, ob die Sache entscheidungsreif sei, der Kl. konnte sich aber nicht sicher sein, dass das Gericht nur einen Hinweis- oder Beweisbeschluss verkünden würde. Denn das BerGer. hat am Schluss der Verhandlung einen „Termin zur Verkündung einer Entscheidung“ anberaunt. In einem solchen Fall müssen die Parteien auch **mit dem Erlass eines Urteils rechnen** (vgl. BGH, VersR 1983, 1082 = BeckRS 1983, 30404920). Nachdem der Verkündungstermin verstrichen war, ohne dass dem Kl. eine Entscheidung zugestellt worden war, hat er **nicht alles ihm Zumutbare unternommen**, den Inhalt der verkündeten Entscheidung in Erfahrung zu bringen. Vielmehr hat er sich erstmals mit Schriftsatz vom 03.04.2009 – also über anderthalb Jahre nach Ablauf der Rechtsmittelfrist – nach der Entscheidung erkundigt. Deswegen folgt die Unanwendbarkeit von § 544 I und II ZPO auch nicht aus dem Anspruch auf Gewähr effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 II GG).“ (BGH aaO.)

StPO  
§§ 136 I, 163a IV

## Behörung des Tatverdächtigen Beginn des Beschuldigtenstatus

StrafProzR

(OLG Nürnberg in StV 2015, 155; Beschluss vom 06.08.2013 – 2 OLG Ss 113/13)

Wird nach einer **Unfallflucht** der **Halter des Fahrzeuges** polizeilich befragt, ist er über sein **Aussageverweigerungsrecht** zu belehren, auch wenn andere Nutzer des Fahrzeugs als Täter in Betracht kommen. Unterbleibt die Belehrung, führt dies zu einem **Verwertungsverbot** hinsichtlich der der Polizei gegenüber abgegebenen Erklärungen.

**Fall:** Der Angekl. wurde wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort zu einer Geldstrafe verurteilt und gegen ihn wurde ein Fahrverbot für die Dauer von 2 M. verhängt. Der Angekl. hat sich in der Hauptverhandlung zur Tat nicht eingelassen. Zur Feststellung der Fahreigenschaft des Angekl. griff das Gericht auf die Aussage des Zeugen X. zurück.

Dieser gab an, dass er auf Bitte der VPI N., die den Angekl. als Halter des von der Zeugin MB beschriebenen Fahrzeugs festgestellt hatte, dessen Anschrift angefahren habe. Er habe dann dem Angekl. geschildert worum es gehe, nämlich um einen angeblichen Unfall seines Fahrzeugs, und habe gefragt, wer soeben mit dem Fahrzeug unterwegs gewesen sei. Der Angekl. habe daraufhin die Fahrereigenschaft eingeräumt.

Der Angekl. ist der Auffassung, dass seine Aussage gegenüber der Polizei nicht hätte verwertet werden dürfen, da er bei der Befragung durch die Polizei nicht belehrt worden war.

Es könnte ein Verstoß gegen § 136 I StPO vorliegen, der ein Beweisverwertungsverbot begründen könnte.

### I. Verstoß gegen § 136 I StPO

„Vorliegend war es seitens des als Zeugen vernommenen Polizeibeamten **ermessensfehlerhaft**, den **Angekl. vor der Befragung nicht als Besch. zu behandeln** und entsprechend zu belehren. Der mögliche Täter war nicht mehr nur in einer nicht näher bestimmten Personengruppe zu suchen sondern der **Tatverdacht** hatte sich nach der Ermittlung des Angekl. als Fahrzeughalter **bereits auf ihn verdichtet**, auch wenn grundsätzlich auch andere Personen als Nutzer des Fahrzeugs des Angekl. in Betracht kommen (LG Koblenz NZV 2002, 422 [LG Koblenz 02.05.2002 - 1 QS 82/02]; AG Bayreuth NZV 2003, 202; Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl., Einl. Rn. 78). Bei der Ausübung des Ermessens ist auch der **gesetzliche Schutzzweck des § 136 I StPO** zu berücksichtigen, dass durch die Belehrung gegenüber dem Besch. eindeutig klargestellt werden soll, dass es ihm freisteht, keine Angaben zu machen. Dieses Belehrungsgebot will sicherstellen, dass der Besch. vor der **irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt** wird, zu der er möglicherweise durch die Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen veranlasst werden könnte (BGHSt 42, 139). Dieser Schutzzweck wird im vorliegenden Fall nur dann gewahrt, wenn der Halter des Kfz. vor seiner Befragung entsprechend belehrt wird.“ (OLG Nürnberg aaO.)

Es liegt daher Verstoß gegen § 136 I StPO vor.

### II. Beweisverwertungsverbot

„Aus der Verletzung der Belehrungspflicht ergibt sich ein Beweisverwertungsverbot (BGHSt 38,214). Ein **Ausnahmefall**, in dem die **Angaben gleichwohl verwertet** werden dürfen, **liegt nicht vor**. Angesichts der Befragung des Angekl. durch den Polizeibeamten liegt **keine Spontanäußerung** vor, bei der eine vorherige Belehrung nicht erforderlich wäre (BGH NJW 1990, 461 [BGH 27.09.1989 - 3 StR 188/89]). Umstände aus denen sich ergibt, dass der Angekl. sein Recht zu Schweigen auch ohne Belehrung gekannt hat (BGHSt 38, 214), hat das AG nicht festgestellt. Auch hat der Verteidiger des Angekl. der Verwertung der Angaben des Polizeibeamten in der Hauptverhandlung ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls auch ausdrücklich widersprochen (BGHSt 38, 214).“ (OLG Nürnberg aaO.)

StPO **Augenscheinseinnahme einer Urkunde** StrafProzR  
§§ 86, 249, 261 **Umfang der Beweiswirkung**

(BGH in StV 2015, 79; Beschluss vom 12.12.2013 – 3 StR 267/13)

**Fall:** In der Hauptverhandlung vom 28.06.2012 überreichte die Verteidigung eine E-Mail des Veräußerers P.H. v. 01.06.2010 an den Angekl., die sodann ‚allseits in Augenschein genommen wurde‘. Dieser Nachricht mit dem Text ‚Hallo W., anbei die Rechnung mit der Bitte um schnellstmögliche Überweisung. Beste Grüße P.‘ war eine Rechnung der Firma des P. H. vom selben Tag an das Unternehmen M. des Angekl. über ‚Kosten Inkassoauftrag für das Produkt Deutschland Tipp‘ in Höhe von 1.444,99 € beigefügt.

„Der Zulässigkeit der Rüge steht auch nicht entgegen, dass der Bf. – das Protokoll zutreffend wiedergebend – vorgetragen hat, die Urkunde sei in Augenschein genommen worden. Zwar werden durch diese Form der Beweiserhebung **regelmäßig nur das Vorhandensein und die Beschaffenheit der Urkunde belegt**, nicht aber ihr Inhalt; zu dessen Erfassung bedarf es grundsätzlich der Verlesung (BGH, Beschl. v. 13.04.1999 – 1 StR 107/99, NStZ 1999, 424 [= StV 1999, 359]). Diese **strenge Differenzierung** findet jedoch dann eine **Grenze**, wenn auch der gedankliche **Inhalt der Urkunde quasi durch einen Blick** auf diese erfasst wird. Erschließt sich – wie vorliegend – der Text bereits aus einem flüchtigen Betrachten, kann dessen Bedeutung nicht ausgeblendet werden und ist mithin Bestandteil der diesbezüglichen Beweisaufnahme.“ (BGH aaO.)

StPO **Ordnungsgeld wegen Ausbleibens des Zeugen** StrafProzR  
§§ 51 II 1, 153 II **Verbotsirrtum**

(OLG Dresden in NStZ-RR 2015, 191; Beschluss vom 24.02.2015 – 2 Ws 82/15)

1. Eine **Urlaubsreise** entbindet den Zeugen nicht von seiner Pflicht, zur Vernehmung vor Gericht zu erscheinen.
2. Ein Zeuge, der zur Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht erscheint, nachdem er durch das Gericht nicht davon unterrichtet worden ist, dass sein Entschuldigungsvorbringen nicht ausreicht, befindet sich **nicht in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum**.

### I. Zeugenpflicht ist Staatsbürgerpflicht

„Die **Pflicht** eines Zeugen, **vor Gericht zu erscheinen**, ist eine von der StPO vorausgesetzte **allgemeine Staatsbürgerpflicht**, bei deren Nichterfüllung § 51 StPO verfassungsrechtlich unbedenklich die Möglichkeit gibt, dem ordnungsgemäß geladenen und nicht genügend entschuldigenden Zeugen die durch sein Ausbleiben verursachten **Kosten aufzuerlegen** und gegen ihn ein **Ordnungsgeld festzusetzen** (BVerfG [Kammer], NJW 2002, 955 m.w.N.).

**Private und berufliche Pflichten** haben gegenüber dieser staatsbürgerlichen Pflicht grundsätzlich **zurückzutreten**. Der Zeuge ist verpflichtet, der Ladung auch dann zu folgen, wenn dies für ihn Unannehmlichkeiten mit sich bringt oder wenn er zur zeitweisen Umgestaltung seines Organisationskreises gezwungen ist. Eine **Geschäfts- oder Urlaubsreise** muss er **notfalls verlegen** oder vorzeitig abbrechen, wenn dringende Hinderungsgründe nicht entgegenstehen und dies **nicht zu unverhältnismäßigen Nachteilen führt** (vgl. OLG Jena, NStZ-RR 1997, 333; Meyer-Goßner/Schmitt, § 51 Rn 12 m.w.N.).“ (OLG Dresden aaO.)

**II. kein Hinweis auf unzureichende Entschuldigung notwendig**

Ein Ordnungsgeld könnte aber dann ausgeschlossen sein, wenn ein Zeuge seine Verhinderung (ohne hinreichenden Entschuldigungsgrund) mitteilt und das Gericht hierauf nicht mehr reagiert.

**1. Auffassung: unvermeidbarer Verbotsirrtum**

„Die **h. M. in der Lit.** geht jedoch in Fällen, in denen der Zeuge durch das **Gericht nicht davon unterrichtet** wird, dass sein **Entschuldigungsvorbringen nicht genügt**, von einem **unvermeidbaren Verbotsirrtum** des Zeugen aus (Meyer-Goßner/Schmitt, § 51 Rn 12; Graf, in: KK-StPO, 7. Aufl., § 51 Rn 11; Ignor/Bertheau, in Löwe/Rosenberg, StPO 26. Aufl. § 51 Rn 11; Radtke/Hohmann, StPO, § 51 Rn 9; Rogall, in: SK-StPO, 4. Aufl., § 51 Rn 27).“ (OLG Dresden aaO.)

**2. Auffassung: Erkundigungspflicht des Zeugen**

„Dieser Auffassung wird [von der **Gegenmeinung**] entgegen gehalten, dass schon nicht einleuchte, warum der Zeuge davon ausgehen können soll, er brauche nicht zu erscheinen, wenn er vom Gericht nichts Gegenteiliges höre. Verlege das Gericht den Termin nicht und **lade es den Zeugen auch nicht ab**, müsse dieser **davon ausgehen, dass er zu erscheinen habe**. Es schließe sich auch nicht, warum ein Irrtum des Zeugen unvermeidbar sein soll, nachdem der Zeuge ohne weiteres die Möglichkeit habe, sich durch einen Anruf bei Gericht Klarheit darüber zu verschaffen, ob er trotz seiner Entschuldigung zu erscheinen habe. Mache der Zeuge von dieser einfachen und zumutbaren Möglichkeit keinen Gebrauch, handele er schuldhaft (MüKo-StPO/Percic, § 51 Rn 30; vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW 2014, 95).“ (OLG Dresden aaO.)

**3. Auffassung des OLG Dresden**

„Der letztgenannten Auffassung ist zuzustimmen. Der Zeuge im Strafprozess ist ein **persönliches Beweismittel**, das Auskunft über die Wahrnehmung von Tatsachen gibt -(Meyer-Goßner/Schmitt, vor § 48 Rn 1 m.w.N.). Die **Anwesenheit des Zeugen** in der Hauptverhandlung, aus deren Inbegriff das Gericht gem. § 261 StPO seine Überzeugung schöpft, ist vor dem Hintergrund des Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsatzes **eminent wichtig**. Darauf beruhen die Pflichten des Zeugen, zur Vernehmung zu erscheinen, wahrheitsgemäß auszusagen und die Aussage auf Verlangen zu beenden (Meyer-Goßner/Schmitt, vor § 48 Rn 5 m.w.N.). Über die Pflicht zum Erscheinen und die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens wird der Zeuge mit der Ladung belehrt (§ 48 II StPO). Die staatsbürgerliche Pflicht zum Erscheinen und die Bedeutung, die einer Ladung zum Termin zukommt, sind deshalb jedem Zeugen bekannt. Vor diesem Hintergrund darf der Zeuge ein Schweigen des Gerichts nicht als Entbindung von der Pflicht zum Erscheinen ansehen, sondern hat zum Termin zu erscheinen. Zweifel an dieser Pflicht oder ein Irrtum sind durch Nachfrage beim Gericht vermeidbar.“ (OLG Dresden aaO.)

StPO  
§ 118 V

**Zwei-Wochen-Frist bei mündlicher Haftprüfung  
Fristüberschreitung unheilbar rechtswidrig**

StrafProzR

(VerfGH Berlin in BeckRS 2015, 45350; Beschluss vom 18.02.2015 – VerfGH 176/14)

1. Die Fristüberschreitung führt bei § 118 V StPO zu einem Rechtsverstoß, der auch **rückwirkend nicht geheilt** werden kann.
2. Die **Entlassung aus der Haft** kann gleichwohl nur verlangt werden, wenn die Haft nicht im Zeitpunkt der Geltendmachung des Entlassungsbegehrens **durch nachfolgende Haftfortdauerentscheidungen** legitimiert.

**Fall:** Mit der Verfassungsbeschwerde (VB) wendet sich B gegen die Fortdauer der auf der Grundlage des Haftbefehls vom 01.07.2014 angeordneten und durch nachfolgende Haftfortdauerentscheidungen später bestätigten Untersuchungshaft. Er macht geltend, die anhaltende Untersuchungshaft sei ohne rechtliche Grundlage, weil über den von ihm unmittelbar nach der Inhaftnahme am 14.07.2014 gestellten Haftprüfungsantrag nicht innerhalb der verbindlichen Frist des § 118 V StPO mündlich verhandelt worden sei.

Nach § 118 V 1 StPO war die mündliche Verhandlung unverzüglich durchzuführen. Sie durfte ohne Zustimmung des Beschuldigten nicht über zwei Wochen nach dem Eingang des Antrags anberaumt werden (§ 118 V HS 2 StPO). Eine Zustimmung des Beschuldigten lag nicht vor; die mündliche Verhandlung hätte deshalb, wenn sie schon nicht unverzüglich anberaumt werden konnte, spätestens am 28.07.2014 durchgeführt werden müssen.

**I. Fristversäumnis**

„Dass **während des Laufs der Zwei-Wochen-Frist** am 21.07.2014 **Anklage erhoben** und die Anklageschrift der zuständigen Strafkammer des Landgerichts am 23.07.2014 vorgelegt wurde, ändert an dieser rechtlichen Verpflichtung nichts. Zwar trat dadurch ein Wechsel in der Zuständigkeit für die Durchführung der Haftprüfung vom bisher zuständigen Ermittlungsrichter auf die nunmehr zuständige Strafkammer ein, doch **folgt daraus nicht, dass die Frist des § 118 V HS 2 StPO erneut zu laufen begann**. Bereits der eindeutige Wortlaut der Vorschrift erlaubt eine solche Auslegung nicht, im Übrigen würde sie dem ersichtlich beabsichtigten Schutz für den Untersuchungshäftling widersprechen. Soweit damit die Einarbeitungs- und Vorbereitungszeit für die zuständige Strafkammer auf fünf Tage verkürzt worden ist, war dies nicht in einem Verhalten des Beschuldigten begründet, sondern lag an der Vorlage der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft und daran, dass der Ermittlungsrichter, der den Haftbefehl vom 01.07.2014 unterzeichnet hatte, nach dem 14.07.2014 seiner **im Grundsatz bestehenden Pflicht, den Haftprüfungstermin unverzüglich durchzuführen, bis zur Anklageerhebung nicht nachgekommen war**.“ (VerfGH Berlin aaO.)

**II. kein Anspruch auf Haftentlassung trotz Fristüberschreitung**

„Wird für den Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens unterstellt, dass die **Zwei-Wochen-Frist in allen Fällen verbindlich** ist - es sei denn, der Beschuldigte stimmt der Verlängerung zu -, führt dies nicht dazu, dass der Beschwerdeführer sofort aus der Haft zu entlassen ist. Zwar führt die Fristüberschreitung dann zu einem **Rechtsverstoß, der auch rückwirkend nicht geheilt werden kann**, doch kann die Entlassung aus der Haft gleichwohl nur verlangt werden, wenn die **Haft nicht im Zeitpunkt der Geltendmachung des Entlassungsbegehrens durch nachfolgende Haftfortdauerentscheidungen legitimiert** worden ist. So liegt es hier. Dies ist der Umstand, der zur offensichtlichen Unbegründetheit der Verfassungsbeschwerde führt.

Mit Beschluss vom 31.07.2014, bestätigt durch die Beschwerdeentscheidung des Kammergerichts im Beschluss vom 25.08.2014, und dem Eröffnungsbeschluss vom 12.09.2014, bestätigt durch die Beschwerdeentscheidung des Kammergerichts im Beschluss vom 14.10.2014, hat das Landgericht **jeweils nach materiell-rechtlicher Prüfung** entschieden, dass die **Gründe für den Vollzug der Untersuchungshaft fortbestünden.**“ (VerfGH Berlin aaO.)

BGB  
§ 242

**Verwirkung des Klagerechts**  
**Relevanz des Umstandsmoments gegenüber dem Zeitpunkt**  
(VGH München in NVwZ-RR 2015, 227; Beschluss vom 09.10.2014 – 8 B 12.1546)

VerwProzR

Im Rahmen des Rechtsinstituts der Verwirkung kommt dem Umstandsmoment nach dem Verstreichenlassen eines Zeitraums, nach dem mit einem Tätigwerden schlechthin nicht mehr zu rechnen war, gegenüber dem Zeitpunkt kein maßgebliches Gewicht zu.

**Fall:** Die Kl. begehrt die Beseitigung der Eintragung des Grundstücks Fl.-Nr. X. der Gemarkung Ü. als Bestandteil des Straßenzugs „O.“ aus dem Bestandsverzeichnis für beschränkt-öffentliche Wege der Gemeinde Ü. (Bekl.). Gegen die Eintragungsverfügung vom 07.12.1976 legte die Kl. mit Schreiben vom 18.01.1977 Widerspruch ein und teilte mit weiterem Schreiben vom 01.09.1979 mit, dass der Widerspruch nicht zurückgenommen werde. Die Bekl. setzte die Kl. mit Schreiben vom 09.04.1980 darüber in Kenntnis, dass ihr Widerspruch dem Landratsamt T. zur Entscheidung vorgelegt werde und teilte der Bekl. mit, dass der Widerspruch nicht zurückgenommen worden sei. Eine Entscheidung über den Widerspruch ist in der Folge nicht ergangen.

Auch eine Abhilfe ist nicht erfolgt. Mit Schreiben vom 03.02.2010 forderte die Kl. die Bekl. zur Entscheidung über den im Jahr 1977 eingelegten Widerspruch auf. Durch eine angedachte Planungsvariante des C.-Radwegs am „O.“ sei die Kl. wieder daran erinnert worden, dass über den erhobenen Widerspruch immer noch nicht entschieden sei. Mit Schreiben vom 25.07.2011 teilte das Landratsamt T. der Kl. mit, dass in der Angelegenheit keine weiteren Schritte eingeleitet würden, woraufhin die Kl. mit Schriftsatz vom 19.10.2011 Klage mit dem Antrag erheben ließ, die verfahrensgegenständliche Eintragungsverfügung der Bekl. aufzuheben. Ist die Klagebefugnis verwirkt?

**I. Verwirkung im Verwaltungsrecht**

„Nach dem auch im Verwaltungsrecht geltenden, aus dem **Grundsatz von Treu und Glauben** (§ 242 BGB) ableitbaren Rechtsgedanken der Verwirkung (vgl. nur: BVerfG, Beschl. v. 11.06.2010 – 6 B 86/09, BeckRS 2010, 50859) kann ein Kl. sein Recht zur Erhebung der Klage nicht mehr ausüben, wenn seit der **Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten (Umstandsmoment)**, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen. Letzteres ist nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anzunehmen, wenn ein Ast. unter Verhältnissen untätig bleibt, unter denen **vernünftigerweise etwas zur Wahrung des geltend gemachten Rechts unternommen** zu werden pflegt (vgl. BVerfG NStZ 2009, 166 m.w.N.; BayVerfGH, BayVBl 2013, 45 m.w.N.; vgl. auch: VGH München, Urt. v. 26.02.2013 – 8 B 11.1708, BeckRS 2013, 47643; BayVBl 2012, 181).“ (VGH München aaO.)

**II. Verhältnis vom Umstands- und Zeitpunkt**

„Auf der Basis dieser Grundsätze kann von einer Verwirkung auch dann ausgegangen werden, wenn zwar das Umstandsmoment in den Hintergrund tritt, aber der Betr. eine **derart lange Zeit abgewartet** hat, dass mit einem **Tätigwerden schlechthin nicht mehr zu rechnen** war (vgl. BVerfG NStZ 2009, 166; BVerfG, BeckRS 2006, 21838). Dem **Umstandsmoment** kommt nach dem Verstreichenlassen eines Zeitraums, nach dem mit einem Tätigwerden schlechthin nicht mehr zu rechnen war, gegenüber dem Zeitpunkt mithin **kein maßgebliches Gewicht** zu. Hinzu kommt, dass bei der Verwirkung prozessualer Befugnisse im öffentlichen Recht nicht nur ein schutzwürdiges Vertrauen der Gegenpartei auf das Untätigbleiben des Berechtigten, sondern auch das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens es rechtfertigen, die Anrufung eines Gerichts nach einer langen Zeit der Untätigkeit als unzulässig anzusehen (vgl. BVerfGE 32, 305 [309]).“ (VGH München aaO.)

**III. Anwendung auf den Fall**

„Vorliegend hat die Kl. mit der Klageerhebung eine **derart lange Zeit abgewartet**, dass mit einem Tätigwerden auf dem Klageweg **schlechthin nicht mehr zu rechnen** war. Seit der Erhebung des Widerspruchs durch die Kl. am 18.01.1977 bis zur Erhebung der Klage am 18.10.2011 sind über **34 Jahre verstrichen**. Seit der von der Kl. in Bezug genommenen Kurzmitteilung aus dem Jahr 1981 zur Frage einer Abhilfe bis zum Schreiben der Kl. an die Bekl. vom 03.02.2010 sind es etwa **29 Jahre**. Nach einer solchen, über mehrere Jahrzehnte reichende Zeitspanne brauchte die Bekl. mit einem Tätigwerden der Kl. auf dem Klageweg **schlechthin nicht mehr zu rechnen**. Nach dieser außerordentlich langen Zeit durften vielmehr sowohl die Bekl. als auch die Rechtsgemeinschaft insgesamt auf den rechtlichen Bestand der streitbefangenen Eintragung im Bestandsverzeichnis für beschränkt-öffentliche Wege der Bekl. vertrauen.“ (VGH München aaO.)

VwGO  
§ 123

**Regelungsanordnung**  
**Vorwegnahme der Hauptsache**  
(VGH Münster in NWVBl 2015, 195; Beschluss vom 12.01.2015 – 15 B 45/15)

VerwProzR

Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist im Verfahren nach §123 I VwGO nur ausnahmsweise dann gerechtfertigt, wenn der Erfolg der Hauptsache überwiegend wahrscheinlich ist und das Abwarten in der Hauptsache für den Antragsteller schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile zur Folge hätte.

**Fall:** Der Düsseldorfer Oberbürgermeister rief auf den städtischen Internetseiten zur Teilnahme an einer Gegendemonstration gegen die Versammlung der „DÜGIDA“ (Düsseldorfer gegen die Islamisierung des Abendlandes) und zu einem Beleuchtungsboykott auf. Das VG gab dem Oberbürgermeister durch einstweilige Anordnung auf, die Erklärung zum Beleuchtungsboykott von der Internetseite der Stadt zu entfernen und keine Weisung vorzunehmen oder aufrecht zu erhalten, die auf das Ausschalten der Beleuchtung öffentlicher Gebäude am 12.01.2015 in Abweichung von der üblichen Beleuchtung gerichtet ist. Auf die Beschwerde des Oberbürgermeisters lehnte das OVG NRW den Eilantrag ab. Zu Recht?

Nach § 123 I 2 VwGO sind einstweilige Anordnungen zur **Regelung eines vorläufigen Zustands** in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

„Mit seinen Unterlassungsbegehren erstrebt die Antragstellerin keine vorläufige Maßnahme, sondern eine **endgültige Entscheidung, die die Hauptsache vorwegnimmt**. Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung ist dies im erfahren nach § 123 I VwGO nur ausnahmsweise dann gerechtfertigt, wenn der Erfolg der Hauptsache für den Antragsteller **schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile** zur Folge hätte. Dabei ist dem jeweils betroffenen Grundrecht und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung zu tragen. Droht dem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten, die durch eine Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist – erforderlichenfalls unter **eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung** des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs – einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn nicht ausnahmsweise überwiegende gewichtige Gründe entgegenstehen ( vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.09.2011 – 2 BvR 1206/11 – NJW 2011, 3706 = juris, Rn. 15; BVerfG, Beschluss vom 10.02.2011 – 7 VR 6.11 – juris, Rn. 6; OVG NRW, Beschluss vom 04.01.2013 – 5 B 1493/12 – DVBl. 2013, 321 = juris. Rn. 2 f., jeweils m.w.N.).

Der Senat kann in Kürze der ihm für die Beschwerdeentscheidung zur Verfügung stehenden Zeit nicht feststellen, dass die Antragstellerin **im Hauptsacheverfahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit obsiegt**. Der Fall wirft insbesondere die schwierige Frage nach der Geltung und Reichweite des für Amtswalter geltenden Neutralitätsgebots in politischen Auseinandersetzungen außerhalb von Wahlkampfzeiten und ohne Beteiligung politischer Parteien auf. Zulässigkeit und Grenzen von staatlichen Aufrufen an die Bevölkerung zu Kundgebungen oder ähnlichen politischen Aktionen sind jedoch bislang **in der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung nicht hinreichend geklärt**. Soweit sich der Senat in seinem Beschluss vom 12.07.2005 ( 15 B 1099/05, NWVBl. 2006, 32 F.) mit dem amtlichen Aufruf eines Bürgermeisters zur Teilnahme an einer Demonstration gegen einen Vereins befasst hat, waren dort verfassungsfeindliche Bestrebungen des Vereins streitentscheidend, für die hier nach derzeitiger Erkenntnislage nichts Tragfähiges ersichtlich ist.

Bei dieser Sachlage sieht der Senat keine Veranlassung zum Erlass der begehrten einstweiligen Regelung. Zwar wird die Antragstellerin durch den Aufruf des Antragsgegners jedenfalls in ihren Grundrechten aus Art. 5 und 8 GG berührt. Sie kann aber ihre Versammlung gleichwohl wie geplant durchführen.“ (OVG Münster aaO)

**VwGO** **Abänderung eines Beschlusses nach § 80 V VwGO** **VerwProzR**  
**§ 80 VII 1** **Keine geänderten Umstände wegen Urteil**  
**(VGH München in NVwZ-RR 2015, 198; Beschluss vom 18.11.2014 – 1 AS 14.2331)**

**Fall:** Der Ast. wandte sich gegen eine dem Beigel. erteilte Baugenehmigung für die Errichtung eines Mehrfamilienhauses mit sechs Wohneinheiten, fünf Fertiggaragen und sieben Stellplätzen auf dem zu seinem Grundstück Flur-Nr. X., Gemarkung R., benachbarten Grundstück Flur-Nr. Y. (Baugrundstück). Das VG lehnte seinen Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die dem Beigel. mit Bescheid vom 05.11.2013 erteilte Baugenehmigung anzuordnen, ab. Die hiergegen erhobene Beschwerde führte zur Aufhebung des Beschlusses des VG und zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage (VG München, Beschl. v. 10.04.2014 – 1 CS 14.397). Das VG hat die Klage des Ast. mit Urteil vom 23.07.2014 abgewiesen. Der Ast. hat hiergegen am 01.10.2014 Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt, über den noch nicht entschieden wurde. Ungeachtet der Anordnung der aufschiebenden Wirkung hat der Beigel. sein Bauvorhaben weiter vorangetrieben. Wegen der hierdurch geänderten Umstände und dem zwischenzeitlich ergangenen Urteil stellte der Beigl. einen Antrag nach § 80 VII 1 VwGO Den Antrag des Beigel. auf Abänderung des Beschlusses vom 20.04.2014 lehnte der VGH ab. Zu Recht?

Nach § 80 VII 1 VwGO kann die Abänderung eines Beschlusses nach § 80 V VwGO wegen veränderter Umstände oder wegen Veränderung der Rechtslage beantragt werden.

**I. geänderte Umstände wegen Baufortschritt**

„Die geltend gemachte **Gefahr des witterungsbedingten Eintritts von Bauschäden** an dem inzwischen fertig gestellten Dachstuhl im Falle einer Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung der Klage des Ast. stellt **keinen** gegenüber den Verhältnissen am 10.04.2014, dem Zeitpunkt des Beschlusses des VGH, **veränderten Umstand** i.S.v. § 80 VII 2 VwGO dar. Das Vorbringen ist nicht geeignet, die im Beschluss vom 10.04.2014 vorgenommene Bewertung zu erschüttern, die Baugenehmigung dürfte gegen das nachbarschützende Gebot der Rücksichtnahme (§ 15 I 2 BauNVO) verstoßen und daher den Ast. in seinen Rechten verletzen. Das der Beigel. unter **Missachtung** des Beschlusses vom 10.04.2014 dessen Bedeutung als „Bau-stopp“ ihm offenbar gleichgültig war, sein **Bauvorhaben weiter vorangetrieben** hat, **schließt es aus**, dass er sich nunmehr auf den bereits **tatsächlich erzielten Baufortschritt** und den ihm durch eine Einstellung der Bauarbeiten witterungsbedingt drohenden wirtschaftlichen Schaden beruft, um eine Abänderung des Beschlusses vom 10.04.2014 zu erreichen.

Eine derartige Berufung verstößt gegen den auch im öffentlichen Recht und gerade im Verhältnis von Grundstücksnachbarn geltenden **Grundsatz von Treu und Glauben** (§ 242 BGB analog; vgl. z.B.: OVG Münster, Beschl. v. 30.08.2012 – 2 B 983/12, BeckRS 2012, 57954) und wäre daher rechtsmissbräuchlich. Andernfalls würde das Erreichen eines nur durch Zuwiderhandlung gegen einen die aufschiebende Wirkung anordnenden Beschluss zu Stande gekommenen Bauzustands belohnt werden und damit der sich rechtswidrig verhaltende Bauherr gegenüber einem rechtstreuen Bauherrn bevorzugt. In diesem Zusammenhang spielt es keine Rolle, dass das Landratsamt Pf. den Beigel. dadurch möglicherweise ermutigt hat, entgegen der angeordneten aufschiebenden Wirkung der Nachbarklage weiterzubauen, indem es in Verkennung der Rechtslage (§ 80 b VwGO) mitgeteilt hat, dass nach Klageabweisung durch das VG nunmehr „eine abweichende Entscheidung gegenüber dem Beschluss vom 10.04.2014“ vorliege, weshalb die am 23.04.2014 im Rahmen einer Baukontrolle ausgesprochene Baueinstellung keine Wirkung mehr habe.“ (VGH München aaO.)

**II. geänderte Rechtslage wegen Klageabweisung**

„Auch der Umstand, dass die **Nachbarklage des Ast. mit Urteil des VG vom 24.07.2014 (nicht rechtskräftig) abgewiesen** wurde, bedeutet keine i.S.v. § 80 VII 2 VwGO **maßgebliche Veränderung der Rechtslage**. Denn das Urteil und seine Ausführungen geben derzeit keinen Anlass, von den im Beschluss vom 10.04.2014 enthaltenen Wertungen abzurücken. Ihm kommt keine Bedeutung im Sinne der notwendigen erheblichen Veränderung der Prozesslage zu, mit der zugleich eine Änderung der Umstände i.S.v. § 80 VII 2 VwGO einhergeht (vgl. OVG Greifswald, Beschl. v. 28.11.2012 – 1 M 83/12, BeckRS 2012, 60643). Es besteht daher auch unter diesem Aspekt kein Anlass, die Vollziehbarkeit der Baugenehmigung für die Zukunft in einem von dem ergangenen Beschluss abweichenden Sinne neu zu regeln.“ (VGH München aaO.)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Duchstein:** Die Verwirkung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehen (in: NJW 2015, 1409)

In jüngerer Zeit kommt es vermehrt zu Prozessen wegen des Widerrufs von Verbraucherdarlehen. Häufig wurden die Verträge mehrere Jahre vor der aktuellen Niedrigzinsphase geschlossen. Zumeist hat die Bank den Verbraucher über sein Widerrufsrecht belehrt, als die Parteien den Darlehensvertrag geschlossen haben. Oft ist die Widerrufsbelehrung allerdings minimal fehlerhaft. Dies hat zur Folge, dass die Widerrufsfrist nicht wirksam in Gang gesetzt wurde. Im Prinzip kann der Darlehensnehmer ewig widerrufen.

Die Banken tragen regelmäßig vor, der Widerruf sei rechtsmissbräuchlich. Er habe rein wirtschaftliche Gründe. Der Verbraucher erstrebe, ein neues Darlehen zu günstigeren Konditionen zu schließen. Die Verbraucher bestreiten ihre Motivation vielfach nicht. Sie wenden aber ein, dass der Widerruf keinen bestimmten Grund erfordert. Hiermit haben sie Recht. Im Wortlaut des § 355 I BGB heißt es nämlich, dass der Widerruf keine Begründung enthalten muss. Daraus lässt sich ableiten, der Verbraucher darf ein Darlehen auch und gerade aus wirtschaftlichen Gründen widerrufen.

Häufig sind seit Vertragsschluss einige Jahre verstrichen. Dann berufen sich die Banken vielfach auf Verwirkung. Sie hätten darauf vertraut, dass der Verbraucher das Darlehen nicht mehr widerruft. Für die Gerichte stellt sich die Frage, ob dieser Einwand zutrifft.

2. **Börstinghaus:** Die Begrenzung der Wiedervermietungsrente für Wohnraum (in NJW 2015, 1553)

Seit Ende des Ersten Weltkriegs gab es in Deutschland immer wieder Phasen, in denen preisrechtliche Vorschriften den Wohnungsmangel infolge kriegsbedingter Engpässe bekämpfen sollten. Seit den 1960er Jahren wurden diese Beschränkungen zumindest in den alten Bundesländern sukzessive aufgehoben. Geblieben ist eine Beschränkung bei Bestandsmietenerhöhungen (§§ 557 ff. BGB). 2015 hat der Bundesgesetzgeber in einer weit weniger dramatischen Situation erneut zum Mittel der Begrenzung von Wiedervermietungsrenten gegriffen. Der Beitrag stellt das neue Instrumentarium aus Sicht der mietrechtlichen Praxis dar.

3. **Gaier:** Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess (in: ZRP 2015, 101)

Die ZPO ist reformbedürftig. Dies hat auch die prozessrechtliche Abteilung des 70. Deutschen Juristentages anerkannt und hierzu mit knapper Mehrheit den bemerkenswerten Beschluss gefasst, über „verbindliche Regelungen“ sei „sicherzustellen, dass die Parteien ihren Vortrag zum tatsächlichen und rechtlichen Vorbringen strukturieren“. Unklar ist jedoch, mit welchen Inhalten die Formel von der Strukturierung zu füllen ist. Der Beitrag versucht daher, eine Antwort auf die Frage zu finden, wie eine zielführende Ordnung des Parteivorbringens durch Vorgaben zur Strukturierung erreicht werden kann.

### II. Strafrecht

1. **Dehne-Niemann:** Räuberischer Diebstahl eines nicht beutebesitzenden Vortatmittäters? (in: NStZ 2015, 251)

Fragen der Beteiligung am räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB) sind kompliziert, weil wegen der Beschränkung der Beutesicherungsabsicht auf die eigennützige Besitzerhaltung der tatherrschaftliche und damit an sich täterschaftstaugliche Einsatz von Raubmitteln in der Nachtatphase eines Diebstahls zur räuberischen Diebstahlsbeihilfe (§§ 252, 27 StGB) herabgestuft werden kann. Diese Problematik kennzeichnet auch den Beschluss des 3. BGH-Strafsenats vom 16.09.2014.

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

Das Internet ist zu einem bedeutenden Teil unserer heutigen Kommunikationsgesellschaft geworden. Dies hat zur Folge, dass auch immer mehr Straftaten über das Internet begangen werden. Im Gegensatz zum nicht-virtuellen Raum treten hier besonders häufig grenzüberschreitende Sachverhalte und damit einhergehend spezifisch strafanwendungsrechtliche sowie Zuständigkeitsprobleme auf. Erst vor kurzem hat sich auch der BGH wieder mit der Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei Sachverhalten mit Internetbezug befasst. Hierbei kommt es nach dem Territorialitätsprinzip darauf

an, ob eine Tat im Inland begangen wurde. In dem Beitrag werden mögliche territoriale Anknüpfungspunkte bei Äußerungsdelikten im Internet sowie grundsätzliche Bedenken hinsichtlich einer an einem „Begehungsort“ orientierten Herangehensweise bei derartigen Internetsachverhalten diskutiert.

3. **Dehne-Niemann:** Räuberischer Diebstahl eines nicht beutebesitzenden Vortatmittäters? (in: NStZ 2015, 251)

Fragen der Beteiligung am räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB) sind kompliziert, weil wegen der Beschränkung der Beutesicherungsabsicht auf die eigennützige Besitzerhaltung der tatherrschaftliche und damit an sich täterschaftstaugliche Einsatz von Raubmitteln in der Nachtatphase eines Diebstahls zur räuberischen Diebstahlsbeihilfe (§§ 252, 27 StGB) herabgestuft werden kann. Diese Problematik kennzeichnet auch den Beschluss des 3. BGH-Strafsenats vom 16.09.2014. Hiermit setzt sich der vorliegende Beitrag auseinander.

### III. Öffentliches Recht

1. **Günther:** Tätowierungen als Eignungsmangel für den gehobenen Polizeidienst (in: NNVBl 2015, 13)

Das äußere Erscheinungsbild von Bewerbern um die Einstellung in den Polizeivollzugsdienst führt zunehmend zu Gerichtsverfahren, wenn sich auf deren Armen große und kleine Tattoos befinden. Ein optisch auf eine Vielzahl von Bürgern unseriös wirkender Polizeibeamter kann nämlich eine Abneigung auslösen und provoziert, dass man sich dessen Anordnungen widersetzt oder eine Scheu entwickelt, mit diesem sehr speziellen Polizisten Kontakt aufzunehmen, um selbst Hilfe von ihm zu erbitten oder Hinweise auf Straftaten etc. zu geben. So hat der HessVGH für die Bundespolizei in einem vielbeachteten Beschluss vom 09.07.2014 die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses einer großflächig mit einem Schriftzug auf dem Unterarm tätowierten Bewerberin („S'il te plait...apprivoise-moi / übersetzt: „Bitte zähme mich“) festgestellt. Das OVG NRW hat am 26.09.2014 ebenfalls entschieden, dass Bewerber mit großflächigen Unterarmtätowierungen (Namen der Töchter in der Größe 15 cm x 2,5 cm und 16 cm x 2,5 cm) abgelehnt werden dürfen. Auch die Literatur thematisiert verstärkt, ob in Sommeruniform sichtbare großflächige Tätowierungen einen Eignungsmangel darstellen. Ganz überwiegend wird dies bejaht. So heißt es in einem Beitrag von Baßlsperger zutreffend: „Gerade Polizeibeamte haben bei ihrem äußeren Erscheinungsbild die Anforderungen an ihre Neutralität zu wahren. Tätowierungen stehen bei einem Großteil der Gesellschaft nach wie vor für Radikalismus und Rockertum und beides ist mit dem Berufsbeamtentum nicht vereinbar. Tätowierungen können außerdem dazu beitragen, das Vertrauen in die Polizei zu beeinträchtigen.“

2. **Zabel:** Die geplante Infrastrukturabgabe („Pkw-Maut“) im Lichte von Art. 92 AEUV (in: NVwZ 2015, 186)

Die Bundesregierung plant die Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen, durch die Ausländer an der Finanzierung der deutschen Infrastruktur beteiligt, die deutschen Autofahrer aber nicht zusätzlich belastet werden sollen. In dieser Zeitschrift wurde bereits die Europarechtskonformität des Vorhabens im Hinblick auf das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) untersucht (Boehme-Neßler, NVwZ 2014, 97). Als Ergänzung dazu fragt der vorliegende Beitrag, ob das Vorhaben mit Art. 92 AEUV vereinbar ist. Eine spezielle europarechtliche Vorschrift aus dem Bereich der Verkehrspolitik, die – wie sich zeigen wird – die strengsten Vorgaben für die Einführung einer Infrastrukturabgabe enthält. Der Beitrag zeigt auch, welche Gefahren das Vorhaben – im Falle der Europarechtswidrigkeit – für die deutschen Autofahrer birgt.

3. **Sajuntz:** Die aktuellen Entwicklungen des Presse- und Äußerungsrechts (in: NJW 2015, 595)

Der Beitrag bietet im Anschluss an NJW 2014, 25 einen Überblick über aktuelle Entwicklungen des Rechts der Berichterstattung. Obwohl die Rechtsprechung im Grunde gefestigt ist, gibt es neue höchstrichterliche Akzente. Bedeutsam ist etwa ein Urteil des BGH, mit dem die Möglichkeit Betroffener erweitert wird, bei rechtmäßiger Verdachtsberichterstattung eine nachträgliche Mitteilung über die Ausräumung des Verdachts zu verlangen. Das BVerfG hat sich grundlegend mit der Äußerungsfreiheit des Bundespräsidenten und von Ministern befasst. Des Weiteren wurde der Streit um Online-Archive durch eine Entscheidung des EuGH neu aufgemischt.

4. **Scheidler:** Aktuelle Rechtsprechung zur Gewerbeuntersagung (in: GewA 2015, 102)

§ 35 GewO ist die allgemeine Norm zur Untersagung eines stehenden Gewerbes; sie findet – ohne Rücksicht auf die Erlaubnispflichtigkeit – auf alle Gewerbetreibenden, die der Gewerbeordnung bzw. den gewerberechtlichen Nebengesetzen unterliegen, Anwendung, soweit nicht spezialgesetzliche Regelungen vorgehen. Was das Verhältnis zu anderen Vorschriften betrifft, ist § 35 VIII GewO zu be-

achten, demzufolge die allgemeine Untersagungsermächtigung des § 35 GewO zurücktritt, soweit für einzelne Gewerbe besondere Untersagungs- oder Betriebsschließungsvorschriften oder Vorschriften über die Rücknahme bzw. den Widerruf der Erlaubnis bestehen, die auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellen. So gehen etwa die Vorschriften der §§ 15 I und II i.V.m. § 4 I 1 Nr. 1 GastG über die Rücknahme bzw. den Widerruf einer Gaststättenerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit der allgemeinen Norm des § 35 GewO vor und sie gilt auch nicht für die Gewerbeformen des Reisegewerbes (§§ 55 ff. GewO) und des Marktgewerbes (§§ 64 ff. GewO), wo die Vorschriften der §§ 57, 59 GewO bzw. §§ 69 a I Nr. 2, 70 a I GewO als entsprechende Ermächtigungen zur Anwendung kommen.

**5. Pernice-Warnke:** Ferienwohnungen in Wohngebieten (in: NVwZ 2015, 112)

Die Vermieter von Ferienwohnungen in verschiedenen Ferienorten Mecklenburg-Vorpommerns werden derzeit von einer Welle von Nutzungsuntersagungen überrollt. Bereits 2007 hatte das OVG Greifswald Ferienwohnungen in allgemeinen Wohngebieten für unzulässig erklärt. Obgleich infolge des Urteils bereits in der Vergangenheit Nutzungsuntersagungen ausgesprochen wurden, wurde erst in jüngster Zeit flächendeckend gegen die Ferienwohnungen vorgegangen. Da die Nutzungsuntersagungen vorrangig Ferienwohnungen in Gebieten, die in den jeweiligen Bebauungsplänen als Wohngebiete festgesetzt sind, betreffen, beschränkt sich die Darstellung auf diese Problematik.

**6. Trurnit:** Umschließungen bei Versammlungen (in: VBIBW 2015, 186)

Die baden-württembergische Polizei hat in den letzten Jahren bei unfriedlichen Versammlungen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit Teilnehmer umschlossen. Umschließungen bei Versammlungen sind wegen der damit verbundenen Eingriffe in die Versammlungsfreiheit und die Freiheit der Person problematisch. Hiermit befasst sich der Beitrag.

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

**1. Mayer:** Entwicklungen zur Rechtsanwaltsvergütung 2014 (in: NJW 2015, 1647)

Der Beitrag schließt an die Darstellung der Entwicklungen zur Rechtsanwaltsvergütung 2013 in NJW 2014, 1780 an und gibt einen Überblick über die neueste Rechtslage und aktuelle Rechtsprechung. Aus dem Paragrafenteil des RVG gab es auch im aktuellen Berichtszeitraum wieder interessante Entscheidungen zu grundsätzlichen Fragen des Anwaltsvertrags, zur Vergütungsvereinbarung sowie zur Gebührenbemessung. Für verschiedene Konstellationen war erneut zu klären, wann eine und wann mehrere Angelegenheiten vorliegen. Abschließend werden wichtige Entscheidungen zu einzelnen Nummern des Vergütungsverzeichnisses vorgestellt.

**2. Kaspar:** Mediation und konsensuale Konfliktlösungen im Strafrecht (in: NJW 2015, 1642)

Am 26.07.2012 ist das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BGBl. I 2012, 1577 – MediationsG) in Kraft getreten. Die Idee einer an den Interessen der Beteiligten orientierten und von ihnen selbst einvernehmlich herbeigeführten Konfliktlösung hat dadurch weiteren Schub erhalten. Auch im Strafrecht wird der Einsatz von Mediation schon länger diskutiert, insbesondere im Zusammenhang mit dem Täter-Opfer-Ausgleich. Die aktuelle Bedeutung der Mediation im Strafrecht ist Gegenstand dieses Beitrags; dabei soll es auch um die Frage gehen, ob und wie sich das Mediationsgesetz in diesem Bereich auswirkt.

**3. Bauer:** Deckungsprozesse in der Rechtsschutzversicherung (in: NJW 2015, 1329)

Ob der Rechtsschutzversicherer für die Kosten eines Prozesses aufkommt, stellt für viele Rechtsuchende die Weichen, einen Prozess durchzuführen oder nicht. Nicht selten muss der Deckungsanspruch jedoch klageweise durchgesetzt werden. Bereits der richtige Klageantrag kann für den Prozessverlauf entscheidend sein; auch im weiteren Verfahren sind einige Gesichtspunkte zu beachten. Der Autor beleuchtet die relevanten Klagearten und geht auf eine Reihe prozessualer und taktischer Besonderheiten ein. Zudem erörtert er, wie vorgeschaltete Verfahren zur Klärung des Deckungsanspruchs nutzbar gemacht werden können, insbesondere das Verfahren beim Versicherungsombudsmann und das Schiedsgutachter- bzw. das Stichentscheid-Verfahren.

## Übersicht

### Schutz des Arbeitskampfes nach Art. 9 III GG

#### Begriff des Arbeitskampfes

Art. 9 III 3 GG stellt Arbeitskämpfe unter den besonderen Schutz der Verfassung. Gewährleistet ist nach Art. 9 I 1 GG nicht nur die Möglichkeit, sich zur Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zusammen-zuschließen, sondern auch, diese Ziele mittels Arbeitskampfes durchzusetzen.

Die h.M. geht von einem **weiten Arbeitskampfbegriff** aus. Danach umfasst Arbeitskampf die zielgerichtete Ausübung von kollektivem Druck durch die Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite mittels Zufügung von Nachteilen oder deren Abwehr.

Der Begriff des Arbeitskampfes ist demnach durch dreierlei gekennzeichnet:

**(1) Die Parteien des Arbeitskampfes**

Insoweit kommen nur Arbeitnehmer und Arbeitgeber (bzw. deren Verbände) in Betracht.

**(2) Eine kollektive Druckausübung**

Damit ist gemeint, dass die Kampfmaßnahme von Verbänden bzw. von mehreren Personen getragen oder doch zumindest gegen einen Verband bzw. gegen mehrere Personen gerichtet sein muss.

**(3) Das Ziel des Arbeitskampfes**

Mit Ausübung des Drucks muss unmittelbar oder mittelbar ein bestimmtes Ziel verfolgt werden. Zumeist soll der Adressat zu einem bestimmten Verhalten, i.d.R. zum Abschluss eines (bestimmten) Tarifvertrags, veranlasst werden.

#### Mittel des Arbeitskampfes auf Arbeitnehmerseite

- **Streik**

Hierunter versteht man eine **kollektive Einstellung der Arbeit**, die ohne Einverständnis des Arbeitgebers erfolgt. Das individuelle Streikrecht verleiht dem Arbeitnehmer die Befugnis, das Arbeitsverhältnis einseitig zu suspendieren mit der Folge, dass der Arbeitgeber während des Streiks keinen Anspruch auf die Arbeitsleistung hat. Allerdings verliert der Arbeitnehmer mit der Streikteilnahme seinen Lohnanspruch.

- „**Bummelstreik**“

Beim **Bummelstreik** handelt der Arbeitnehmer – im Unterschied zum Streik – verdeckt, indem er zwar seine Arbeitsleistung anbietet, diese aber bewusst nicht in der geschuldeten Weise erbringt.

- **Betriebsbesetzung**

Arbeitnehmer verlassen ihren Arbeitsplatz nicht, um die reguläre Weiterarbeit zu verhindern (z.B. bei drohenden Betriebsschließungen).

- **Betriebsblockade**

Zugänge zum Betrieb werden mit dem Ziel einer vollständigen Zugangssperre von Streikposten abgeriegelt. Ziel ist es, Streikarbeit, die Zulieferung von Material und den Abtransport von Waren zu verhindern.

- **Boykott**

Eine auf den Abbruch, die Einschränkung oder die Verweigerung der Aufnahme von Rechtsbeziehungen gerichtete Maßnahme. Dabei werden entweder nur die eigenen geschäftlichen Kontakte zum Kampfgegner abgebrochen oder es werden auch Dritte zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen aufgefordert.

**AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG**  
**REFERENDARPRÜFUNG**  
**ZIVILRECHT**

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

<b>Land:</b> Hessen	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> Herr Dr. S.	<b>Tag der mündlichen Prüfung</b> 16.02.2015
------------------------	---	---

**Zur Person des Prüfers:**

Herr Dr. S. schloss sich dem Vorsitzenden an und nahm an einem Vorgespräch dreißig Minuten vor Prüfungsbeginn teil. Darin sagte er etwas zu seiner Person und wo er tätig ist, nämlich am AG in Eschwege und dort für Familien und Betreuungssachen. Er strahlte sehr viel Ruhe und Freundlichkeit aus, welche sich über die gesamte Prüfung hinweg zogen.

Weiterhin zeigte Herr Dr. S. einem genau, wenn man auf dem richtigen Weg ist und wenn er merkte, dass man nicht weiter kam, dann versuchte er seine Fragen umzustellen, bzw. einen auf den richtigen Weg zu führen.

**Zur Sache:**

Herr Dr. S. teilte an alle einen vierseitigen Mietvertrag über eine Gewerberaumvermietung aus. Der Mietvertrag war nicht allzu umfangreich, nur ein paar kleine Details, welche sofort ins Auge fielen.

Danach diktierte er einen kurzen Sachverhalt, wie der Mietvertrag zustande gekommen ist und das im Laufe des Mietvertrages ein Wasserschaden entstanden ist, welcher die Küche des Gewerbemietraumes unbrauchbar machte. Der Mieter allerdings schon einem Monat vorher keinen Mietzins mehr entrichtete und der Vermieter ihm nach ein paar Monaten fristlos kündigte, ihn aber letztlich doch noch einen halben Monat länger in der Mietsache verweilen ließ.

Dazu sollte erstmal ein Mietvertrag festgestellt werden und ob ein Mangel an der Mietsache vorliegt und wie das Ganze im Aufbau eines zivilrechtlichen Anspruches einzuordnen ist. Also sollte geprüft werden, ob der Vermieter einen Anspruch auf Zahlung des Mietzinses hat. dabei sollte auf das Problem des Mangels eingegangen werden, hier ein Sachmangel und dann, ob der Vermieter mit der Kaution aufrechnen kann, bzw. ein Zurückbehaltungsrecht oder einfach damit aufrechnen kann und dabei die genauen Voraussetzungen für eine Aufrechnung.

Danach brachte er noch einen Zettel in die Prüfung mit ein, die ein Beweis für einen Prozess darstellen sollte, bei welcher ein Freund des Mieters bestätigte, dass in der Wohnung ein Wasserschaden vorliegt. Jetzt wollte Herr Dr. S. wissen, was dies im Zivilprozess darstellt, ob Urkunde oder nicht und welche Verfahrensgrundsätze die Zivilprozessordnung kennt und welche Beweismittel wie möglich und zu bewerten sind.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## ASSESSORPRÜFUNG

### STRAFRECHT

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

<b>Land:</b> <b>Baden-Württemberg</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>OStA B.</b>	<b>Tag der mündlichen Prüfung</b> <b>08.04.2015</b>
--	--	--

#### Zur Person:

Herr B. wirkte zu Anfang etwas unbeteiligt und hat sich auch während der anderen Prüfungen nicht sonderlich aufmerksam gezeigt. Als er allerdings an der Reihe war, war er sehr freundlich. Er machte Mut, nachzufragen und einfach Ideen zu entwickeln. Er wollte nicht perfekte Antworten hören, sondern eher gemeinsam einen Lösungsweg entwickeln. Protokollfest war Herr B. aber eher nicht. Er prüfte die Revision zwar ganz kurz an, aber es ging in den 20 Minuten, die wir nur hatten, hauptsächlich um die Verständigung. Die Benotung war sehr fair.

#### Zur Prüfung:

Herr B. stellte folgenden Fall: Der Angeklagte wird vom Landgericht wegen Wohnungseinbruchsdiebstahl verurteilt, angeklagt war er wegen schwerem Bandendiebstahl. Der Verurteilung ging eine Verständigung voraus, wonach der Angeklagte abweichend von der Anklage nicht wegen bandenmäßigen Diebstahls verurteilt werden sollte. Herr B. fragte (wie in den Vorprotokollen), was man als Anwalt nun tun könne. Ich antwortete, man könne Revision einlegen. Wohin? Zum BGH. Dann haben wir kurz die Voraussetzungen der Revision angerissen, allerdings wollte er darauf offensichtlich nicht hinaus. Es wurde die Frage der Beschwer geklärt. Dann haben wir § 257c Abs. 1 und § 257c Abs. 4 StGB (das Verwertungsverbot) sehr ausführlich diskutiert und überlegt, ob das Verwertungsverbot überhaupt den hiesigen Fall umfasst. Festgestellt wurde dann, dass hier das „Beruhen“ des Urteils auf dem Fehler problematisch ist. Außerdem wurde die Frage diskutiert, ob eine Revision für den Angeklagten überhaupt Sinn mache. Die Diskussion um § 257c StGB hat dabei fast die gesamte Prüfungszeit eingenommen. Ganz am Ende kam noch eine kurze Frage, was die Staatsanwaltschaft macht, wenn ein Wohnungseinbrecher auf frischer Tat gefasst wird. Hier wurden nur noch die Voraussetzungen des Haftbefehls aufgezählt, insbesondere die Frage, wann Fluchtgefahr besteht und das war es dann auch schon. Materielles Strafrecht wurde gar nicht geprüft. Da wir nur zu zweit waren, ging die Prüfung wirklich sehr schnell vorbei.

Viel Erfolg!

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

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

## Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

### Prüfungsstoff im Mündlichen



