



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

41. Jahrg.

Januar 2016

Heft 01

---

## Aus dem Inhalt

- OLG Naumburg:** Nacherfüllungsanspruch trotz Rücktritt
- OLG Stuttgart:** Irreführung der Bußgeldbehörde
- OVG Münster:** Ausreise zur Unterstützung des militanten Jihad
- OLG Schleswig:** „Berliner Räumung“
- BVerfG:** Kein grundrechtlicher Anspruch auf Strafverfolgung
- VGH München:** Zuweisung eines Jahrmarkt-Standplatzes
- BVerfG:** Garantie effektiven Rechtsschutzes

ISSN 1868 – 1514



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

#### **Verantwortliche Redakteure:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

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

## Inhalt

### Brandaktuell

OLG Hamm:	„Zetteltestament“ (Kein ernsthafter Testierwille).....	1
-----------	---	---

### Zivilrecht

OLG Stuttgart:	Fehlgeschlagene Internetauktion (Schadensersatzansprüche).....	2
OLG Naumburg:	Anspruch auf Nacherfüllung (Fortbestehen trotz Rücktritt bei formaler Unwirksamkeit).....	8

### Strafrecht

OLG Stuttgart:	Irreführung der Bußgeldbehörde (Falsche Verdächtigung in mittelbarer Täterschaft).....	11
BGH:	Erschleichen von Bankkarte und PIN (Abgrenzung von Betrug und Computerbetrug).....	14

### Öffentliches Recht

OVG Münster:	Ausreise zur Unterstützung des militanten Jihad (Gefährdung sonstiger erheblicher Belange der BRD).....	17
BVerwG:	„Pferdesteuer“ (Legitimierung örtlicher Aufwandsteuer als Lenkungssteuer).....	22

### Kurzauslese I

BGH:	Schufa-Hinweis in Mahnung (Anforderungen an Rechtmäßigkeit).....	26
LG Saarbrücken:	Musiziererlaubnis für Profimusikerin (Kein Anspruch auf Störungsfreiheit gegen Mitmieter).....	27
BAG:	Erhebung der Kündigungsschutzklage (Keine Verjährungshemmung).....	27
OLG Schleswig:	Unleserliches Testament (Keine Auslegung mithilfe von Zeugen).....	28
LG Aachen:	Aufstellung der Möbel in der Wohnung (Keine Verantwortlichkeit für Schimmelbildung ohne Vermieterhinweis).....	29
BGH:	Schüsse auf fahrende Autos (Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr).....	29
BGH:	Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit (Freiheitsberaubung).....	30
BGH:	Anforderungen an Vorsatz (Beihilfe zum schweren Rau).....	31
OVG Münster:	Zugang zur kommunalen Einrichtung (Nutzung einer kommunalen Internet-Domain).....	31
OVG Saarlouis:	Unzulässigkeit einer Versammlung (Wahl des Versammlungsortes).....	32

**Zivilrecht**

OLG Schleswig:	„Berliner Räumung“ (Abhängigkeit vom Vermieterpfandrecht).....	33
BVerfG:	Klageerzwingungsverfahren (Kein grundrechtlicher Anspruch auf Strafverfolgung).....	37

**Strafrecht**

BVerfG:	Eilrechtsschutz gegen eine anstaltsinterne Verlegung (Vorwegnahme der Hauptsache).....	40
---------	---	----

**Öffentliches Recht**

VGH München:	Zuweisung eines Jahrmarkt-Standplatzes (Unzumutbarkeit einer Konkurrentenverdrängungsklage).....	44
BVerfG:	Garantie effektiven Rechtsschutzes (Wiederholte Terminverlegung im Eilrechtsschutzverfahren).....	48

**Kurzauslese II**

OLG Oldenburg:	Materiell-rechtliche Einwendungen bei Kostenfestsetzung (Berücksichtigungsfähigkeit bei Unstreitigkeit).....	51
LG Bremen:	Verspätung eines internationalen Anschlussfluges (Gerichtsstand für Geltendmachung von Ansprüchen).....	51
LG Hamburg:	Zustellung eines Vollstreckungstitels (Scheinwohnung als Zustellanschrift).....	52
BGH:	Pflichtverteidigerbestellung (Unzulässiger Antrag des Beschuldigten).....	52
KG:	Hausfriedensbruch an vermieteten Räumen (Alleinige Strafantragsberechtigung des Mieters).....	54
LG Gießen:	Sofortige Beschwerde (Bild der Beschwerdeschrift als E-Mail Anhang).....	54
BVerwG:	Präklusion im Normenkontrollverfahren (Kenntlichkeit des Einwenders).....	55

<b>Weitere Schriftumsnachweise:</b> .....	56
---	----

<b>Übersicht:</b> Erbenhaftung.....	60
-------------------------------------	----

**Aus der mündlichen Prüfung**

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

## Brandaktuell

GG

Art. 2 I, 1 I

„Zetteltestament“

Kein ernsthafter Testierwille

VerfR

(OLG Hamm in beclink 2002059; Beschluss vom 27.11.2015 – 10 W 153/15)

Ein ernsthafter Testierwillen kann dann nicht feststellbar sein, wenn das **vermeintliche Testament** nicht auf einer üblichen Schreibunterlage, sondern auf einem Stück Papier oder einem zusammengefalteten **Pergamentpapier** errichtet worden ist.

**Fall:** Die im Juli 2013 im Alter von 102 Jahren verstorbene, verwitwete Erblasserin aus Preußisch Oldendorf war Eigentümerin eines Hausgrundstücks in Lübbecke. Sie hinterließ eine in Preußisch Oldendorf lebende Tochter, drei Enkel in Lübbecke und eine Enkelin in Münster. Die Enkelkinder stammten von dem im Jahr 2009 vorverstorbenen Sohn H. der Erblasserin ab. In der Annahme, gültige Testamente der Erblasserin in den Händen zu haben, aus denen sich eine Erbeinsetzung ihres Vaters H. ergebe, legten die Enkel im April 2014 zwei Schriftstücke aus dem Jahre 1986 vor. Bei einem dieser Schriftstücke handelte es sich um einen ca. 8x10 cm großen, per Hand ausgeschnittenen Zettel mit folgender handschriftlicher Aufschrift: "Testament ... Haus ... Das für H. ... 1986..."

Unter diesen Angaben folgte ein Schriftzug mit dem Nachnamen der Erblasserin. Bei dem zweiten Schriftstück, einem mehrfach gefalteten Stück Pergamentpapier, finden sich die gleichen Worte in leicht abgewandelter Anordnung. Auf der Grundlage der vorstehenden Schriftstücke beantragten die Enkel einen die vier Enkelkinder als Miterben ausweisenden Erbschein. Sie vertraten die Auffassung, die Schriftstücke seien Testamente der Erblasserin mit einer Erbeinsetzung zugunsten ihres vorverstorbenen Vaters, an dessen Stelle sie als Miterben zu gleichen Teilen getreten seien. Wird ein Erbschein erteilt werden?

Ein Erbschein wird erteilt werden, wenn die Schriftstücke den **inhaltlichen und formalen Anforderungen** an eine wirksame letztwillige Verfügung genügen. Neben der Testierfähigkeit der Erblasserin und der persönlichen Errichtung muss bei einem eigenhändigen Testament nach § 2247 BGB diesen vom Erblasser eigenhändig (handschriftlich) geschrieben und unterschrieben sein. Hierdurch muss insbesondere auch ein Testierwille hinreichend deutlich zu Tage treten. Dies hat das OLG Hamm abgelehnt.

*„Es könne bereits nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, dass es sich bei den beiden Schriftstücken um letztwillige Verfügungen der Erblasserin handele. Die Errichtung eines Testaments setze einen **ernstlichen Testierwillen** des Erblassers voraus. Er müsse eine rechtsverbindliche Anordnung für seinen Todesfall treffen wollen, **bloße Entwürfe** eines Testaments **reichten nicht aus**. Im vorliegenden Fall bestünden Zweifel am ernstlichen Testierwillen der Erblasserin. Erhebliche Zweifel folgten schon aus dem Umstand, dass die vermeintlichen Testamente nicht auf einer üblichen Schreibunterlage, sondern auf einem ausgeschnittenen Stück Papier und einem gefalteten Bogen Pergamentpapier geschrieben worden seien.*

*Nach der **äußeren und der inhaltlichen Gestaltung** sei ein Testament ebenfalls fraglich. Die Überschrift enthalte gravierende Schreibfehler, **im Text fehle ein vollständiger Satz**. Dabei sei die Erblasserin der deutschen Sprache in Schrift und Grammatik hinreichend mächtig gewesen. Gegen das Vorliegen von Testamenten spreche zudem der Umstand, dass beide Schriftstücke auf das Jahr 1986 datiert sein. Ein Grund für die Errichtung von zwei nahezu inhaltlich identischen Testamenten innerhalb eines Jahres sei nicht ersichtlich. Das Vorliegen zweier inhaltlich ähnlicher Schriftstücke auf ungewöhnlichen Schreibunterlagen spreche vielmehr dafür, dass es sich lediglich um **schriftlich dokumentierte Vorüberlegungen oder Entwürfe** handele.*

*Schließlich seien die Schriftstücke **mit diversen unwichtigen und wichtigen Unterlagen ungeordnet in einer Schatulle aufgefunden** worden. Auch dies lasse nicht notwendig auf einen ernsthaften Testierwillen beim Verfassen der Schriftstücke schließen. Die Erblasserin müsse die Schriftstücke nicht bewusst aufbewahrt, sondern könne diese lediglich vergessen haben. Der Umstand, dass die Erblasserin in der Folgezeit kein weiteres abweichendes beziehungsweise klarstellendes Testament errichtet habe, sei ebenfalls nicht aussagekräftig. Hierzu hätte aus Sicht der Erblasserin nur dann Veranlassung bestanden, wenn es sich bei den beiden Schriftstücken bereits um Testamente gehandelt hätte. Gerade dies sei aber nicht sicher festzustellen.“ (OLG Hamm aaO.)*

## Entscheidungen materielles Recht

BGB  
§ 311 II Nr. 2

### Fehlgeschlagene Internetauktion Schadensersatzansprüche

SR BT

(OLG Stuttgart in NJW-RR 2015, 1363; Urteil vom 14.04.2015 – 12 U 153/14)

1. Die Abgabe eines so genannten **Maximalgebots** auf eine X-Auktion stellt die **Weisung an das elektronische Bietsystem** dar, als Erklärungsbote bis zu der vorgegebenen Maximalgrenze denjenigen Betrag zu bieten, der erforderlich ist, um Höchstbietender zu werden oder zu bleiben.
2. Jedes **einzelne Höchstgebot** stellt eine **selbstständige neue Willenserklärung** dar.
3. Auch unwirksame Gebote lassen die vorangegangenen Höchstgebote erlöschen. Ein **Wiederaufleben** letzterer nach Feststellung der Unwirksamkeit **kommt nicht in Betracht**.
4. Hält der Anbieter unter Verstoß gegen die X-Bedingungen über **ein weiteres Benutzerkonto** am Ende der Angebotsdauer das Höchstgebot, wird der zuletzt überbotene Bieter gem. § 162 BGB so gestellt, als sei mit dem Inhalt seines letzten Höchstgebots ein Kaufvertrag zu Stande gekommen.

**Hinweis:** Die Revision gegen diese Entscheidung ist beim BGH anhängig.

**Fall:** Der Kl. verlangt vom Bekl. Schadensersatz nach Durchführung einer fehlgeschlagenen Auktion über ein Kraftfahrzeug auf der Handelsplattform X. Die Parteien gehören zu den zahlreichen Teilnehmern der Internet-Handelsplattform X. Der Bekl. hat am 20.06.2013 unter dem Benutzerkonto „g.“ ein gebrauchtes Kraftfahrzeug des Typs VW Golf 6 mit einem Startpreis von 1 € zum Verkauf eingestellt. Alle Teilnehmer der Handelsplattform bestätigen bei ihrer Anmeldung, dass sie mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von X einverstanden sind. In ihrer zum Zeitpunkt der Auktion gültigen Fassung lauteten sie auszugsweise wie folgt:

#### **§ 4. Sanktionen, Sperrung und Kündigung.**

*X kann folgende Maßnahmen ergreifen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Mitglied gesetzliche Vorschriften, Rechte Dritter, die X-AGB oder die X-Grundsätze verletzt oder wenn X ein sonstiges berechtigtes Interesse hat, insbesondere zum Schutz der Mitglieder vor betrügerischen Aktivitäten: ...*

*Bei der Wahl einer Maßnahme berücksichtigt X die berechtigten Interessen des betroffenen Mitglieds, insbesondere ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Mitglied den Verstoß nicht verschuldet hat.*

#### **§ 10. Auktion, Auktion mit Sofort-Kaufen-Option, Multiauktion und Angebot an unterlegene Bieter.**

*Jeder Bieter kann bei einer Auktion ein Maximalgebot abgeben. Das Maximalgebot stellt den Höchstbetrag dar, den der Bieter bereit ist, für den Artikel zu bezahlen. Das Maximalgebot bleibt dem Anbieter und anderen Bietern verborgen. Bieten weitere Mitglieder auf den Artikel, so wird das aktuelle Gebot automatisch schrittweise erhöht, so dass der Bieter so lange Höchstbietender bleibt, bis sein Maximalgebot von einem anderen Mitglied überboten wurde. Weitere Informationen. [Der Klick auf die unterstrichenen Worte führt zu einer weiteren Seite.*

*Mitglieder dürfen den Verlauf einer Auktion nicht durch die Abgabe von Geboten unter Verwendung eines weiteren Mitgliedskontos oder durch die gezielte Einschaltung eines Dritten manipulieren. Insbesondere ist es dem Anbieter untersagt, selbst Gebote auf die von ihm eingestellten Angebote abzugeben.*

*Bieter dürfen ein Gebot nur dann zurücknehmen, wenn sie dazu gesetzlich berechtigt sind. Weitere Informationen.*

Der Kl. hat mit seinem Benutzerkonto „m.“ auf das Angebot des Bekl. Maximalgebote i.S.v. § 10 II X-AGB, zuletzt von 17.000 € abgegeben. Sofern weitere Gebote erfolgen, erhöht das automatische Bietsystem der Handelsplattform das jeweilige Höchstgebot bis zum jeweiligen Maximalgebot um denjenigen Betrag, der erforderlich ist, um wieder Höchstbietender zu sein.

Der Bekl. selbst gab unter dem Benutzerkonto „k ...k“ Gebote ab. Nachdem ein unbekannter Bieter auf den Startpreis 1,00 € geboten hat, wurde das Angebot des Kl. auf 1,50 € erhöht. In der Folge hat der Bekl. selbst immer mitgebieten, so dass der Kl. letztlich sein Maximalgebot mehrfach erhöht hat. Das höchst Gebot hat der Bekl. selbst mit seinem Benutzerkonto „k ...k“ abgegeben. Die Auktion endete am 30.06.2013. Mit Anwaltsschreiben vom 01.08.2013 forderte der Kl. den Bekl. auf, das Fahrzeug zu einem Kaufpreis von 1,50 € zu übereignen. Innerhalb der gesetzten Frist teilte der Bekl. mit, dass er das Fahrzeug zwischenzeitlich veräußert habe. Daraufhin erklärte der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangte die Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 16.500 € (Wert des Fahrzeugs) bis zum 20.09.2013. Der Kl. hat bereits wegen aus unterschiedlichen Gründen nicht

korrekt abgelaufenen Auktionen Schadensersatz von einer Vielzahl an Anbietern gefordert. Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung hat er in insgesamt 130 Fällen Schadensersatzansprüche in Folge von X-Auktionen geltend gemacht, davon 97 im Rahmen gerichtlicher Verfahren. In der weit überwiegenden Anzahl der Fälle geht es um vorzeitig abgebrochene Auktionen (121 Fälle), in den übrigen neun Fällen wirft er den Anbietern vor, selbst oder über Dritte Scheingebote abgegeben zu haben. Hat der Kläger einen Anspruch auf Schadensersatz.

## I. Schadensersatz nach §§ 280 I, III, 281

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 280 I, III, 281 BGB haben.

### 1. Zustandekommen eines Kaufvertrages

Bei einer Internetauktion auf der Plattform von X kommt der Vertrag bei fehlender Freiheit des Anbieters, den Vertrag durch einen Zuschlag zu schließen, nicht in Anwendung von § 156 S. 1 BGB, sondern in Anwendung der §§ 145 ff. BGB durch ein Angebot und dessen Annahme zu Stande (BGHZ 149, 129 = NJW 2002, 363; BGH, NJW 2005, 53).

#### a) Vorweggenommene Annahmeerklärung des Bekl.

„Das **Einstellen einer Ware** auf der Plattform von X ist als ein **verbindliches Verkaufsangebot** an denjenigen auszulegen, der bis zum Abschluss der Auktion das höchste Gebot abgibt (BGH, NJW 2005, 53; NJW 2011, 2643 Rn. 16). Mit der **Freishaltung** des Angebots erklärt der Anbieter die **vorweggenommene Annahme** des höchsten wirksamen Gebotes zum Ende der Angebotsdauer (BGHZ 149, 129 = NJW 2002, 363).

Nicht gebunden ist der Anbieter nur, wenn er nach den Bestimmungen von X zur **vorzeitigen Beendigung eines Angebots berechtigt** ist, z.B. nach dem Verlust der Ware durch einen Diebstahl. Auch in einem solchen Fall sind die von X aufgestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei der Auslegung des Angebots heranzuziehen und die dort genannten Vorbehalte als solche anzusehen, die die Bindungswirkung ausschließen (BGH, NJW 2011, 2643 Rn. 17; NJW 2014, 1292 Rn. 20). Nach dem so zu beurteilenden Empfängerhorizont stand das **Angebot** des Bekl. **nicht unter dem einschränkenden Vorbehalt eines Zwischenverkaufs** oder der Verkaufsreue. Dies soll nach den durch die Teilnehmer akzeptierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerade **keinen berechtigten Grund für die vorzeitige Beendigung** eines Angebots darstellen.

Unter Beachtung dieser allgemein anerkannten Grundsätze hat der Bekl. – trotz der abweichenden Terminologie in den genannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen – **rechtlich die vorweggenommene Annahme des Kaufangebots** gegenüber demjenigen erklärt, der zum Ende der Angebotsdauer das Höchstgebot setzt, also das letztlich gültige Angebot abgegeben hat.“ (OLG Stuttgart aaO.)

#### b) Angebot des Klägers

Der Kl. hat ein Höchstgebot von 17.000,00 € eingegeben, wobei das automatische Bietsystem des Plattformbetreibers die Angebote nach Maßgabe der vertraglichen Berechnungsschritten jeweils übermittelt.

##### aa) Jeweils einzelnes Angebot durch Erhöhung des Bietbetrages

Es handelt sich hierbei um jeweils eigenständige Willenserklärungen, wobei das Bietsystem als „virtueller Erklärungsbote“ agiert.

„Nur dieses Verständnis entspricht den allgemeinen Anforderungen an ein **Angebot**, das so bestimmt sein muss, dass es durch ein **einfaches „Ja“ angenommen** werden kann (Staudinger/Bork, BGB, 2010, § 145 BGB Rn. 17). Zu den wesentlichen Vertragsinhalten (*essentialia negotii*) zählt grundsätzlich auch der Kaufpreis (vgl. Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 1999, § 145 BGB Rn. 4).

Demgegenüber hat der Kl. im vorliegenden Fall mit der **Abgabe eines Maximalgebots** zunächst **noch kein annahmefähiges Kaufangebot** abgegeben, sondern eine, der Höhe nach auf das Maximalgebot begrenzte Weisung an das elektronische Bietsystem des Plattformbetreibers erteilt, je nach Auktionsverlauf das eigene Höchstgebot um bestimmte erforderliche Schritte zu erhöhen, um Höchstbietender zu bleiben bzw. zu werden.

Darüber hinaus hat er auf **Grund des Auktionsverlaufs jeweils einen neuen Willensentschluss** gefasst und diesen gegenüber seinem Erklärungsboten, dem Bietsystem der Plattform, auch kundgetan, als er seine **eigenen Maximalgebote** etwa um 12.33 Uhr oder um 15.36 Uhr **erhöhte**.“ (OLG Stuttgart aaO.)

##### bb) Kein fehlender Rechtsbindungswille des Kl.

Dem steht auch nicht die Annahme entgegen, dem Kläger habe es an einer Kaufabsicht gefehlt, weil es ihm angesichts der Vielzahl der geführten

Verfahren nur um Schadensersatz ging und er zudem erkannt hat, dass der Bekl. mitbietet.

*„Ein etwa fehlender Rechtsbindungswille lässt die Wirksamkeit der Willenserklärung nicht entfallen, solange der Erklärende sie **nicht aus berechtigtem Grund anfi**cht. Eine wirksame Willenserklärung liegt – selbst bei fehlendem Rechtsbindungswillen – schon dann vor, wenn der **Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst** werden durfte und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGHZ 109, 171 = NJW 1990, 454; BGHZ 91, 324 = NJW 1984, 2279). Dies war der Fall, indem der Kl. .. auf üblichem Wege Gebote abgegeben [hat]. [wird ausgeführt]. Im Übrigen gibt es auch **keinen tatsächlichen Anhaltspunkt** dafür, dass der Kl. in der Zeit, in der er seine Gebote abgegeben hat – also innerhalb der ersten acht Stunden nach Beginn der Auktion –, bereits **erkannt haben könnte, dass der Bekl. mit einem zweiten Benutzerkonto selbst mitbietet**. Der Kl. musste deshalb damit rechnen, dass er am Ende als Meistbietender das Fahrzeug tatsächlich erwirbt.“* (OLG Stuttgart aaO.)

## cc) Höhe des Maximalgebotes

Fraglich ist, welches Gebot des Kl. hier letztlich verbindlich war. Der Kl. könnte insofern ein Kaufpreisangebot 17.000 € abgegeben haben. Hierbei in erster Linie Wortlaut der Erklärung und der diesem zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille heranzuziehenden (vgl. hierzu BGH, NJW-RR 1998, 1423).

### (1) Wortlaut der Erklärung

Der Kl. hat in das hierfür vorgesehene Feld der Internetseite zuletzt die Zahl „17.000 €“ eingegeben. Dieses Kaufangebot ging dem Bekl. zunächst noch nicht zu (§ 130 BGB).

*„Vielmehr war das **Maximalgebot ursprünglich nur dem Plattformbetreiber bekannt**. Sein automatisches Bietsystem führt dazu, dass das letzte Gebot eines Konkurrenten um einen bestimmten Betrag erhöht wird. Das Maximalgebot von 17.000 € kommt daher zum Tragen, wenn ein anderer Teilnehmer einen Betrag von mindestens 16.950 € bietet. Dies war hier der Fall, so dass das Bietsystem der Plattform die **Willenserklärung des Kl. öffentlich angezeigt** hat, womit sie dem Bekl., der den Auktionsverlauf aufmerksam verfolgt hat, **i.S.v. § 130 I 1 BGB zugegangen ist**.“* (OLG Stuttgart aaO.)

### (2) Parteiwille

Allerdings ist hier zu beachten, dass der Kl. grundsätzlich nicht mehr bezahlen wollte, als erforderlich war, um das letzte Gebot zu überbieten, das in rechtlich wirksamer Weise abgegeben worden ist. Dies war hier das Gebot von 1,00 €, welches der Kl. mit 1,50 € überboten hat. Danach hat der Bekl. seinerseits mit seinem anderen Konto ein unwirksames Gebot abgegeben. Insofern könnte unabhängig vom Bietsystem davon auszugehen sein, dass der Kl. das Fahrzeug zu einem Preis von 1,50 € ersteigert hat.

*„Führt die Ermittlung des Wortsinns anhand des Wortlauts nicht schon zu einem eindeutigen Ergebnis, können in einem zweiten Auslegungsschritt auch die außerhalb des Erklärungsakts liegenden **Begleitumstände in die Auslegung einzubeziehen** sein, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen (BGH, NJW-RR 1998, 1423). Dabei ist auch der **Wille des Erklärenden zu erforschen**; er muss aber nach außen erkennbar geworden sein (§§ 133, 157 BGB). Maßgebend für die Auslegung von Willenserklärungen gem. §§ 133, 157 BGB ist der erklärte Wille, wie er für denjenigen erkennbar geworden ist, für den die Erklärung bestimmt war. Sie gilt so, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsanschauung verstehen musste (BGHZ 47, 75 = NJW 1967, 673).“* (OLG Stuttgart aaO.)

Es kommt daher darauf an, wie der Kl. sein Gebot verstanden hat und wie der Bekl. dies verstehen durfte.

*„Wie er in seiner persönlichen Anhörung vor dem erkennenden Senat angab, wurde er erst **nach Abgabe seines letzten Maximalgebots skeptisch** und hat daraufhin angefangen, den Verlauf anderer Auktionen des Benutzerkontos „k ...k“ auf Auffälligkeiten zu untersuchen. Hat der Kl. mithin etwa um **12.33 Uhr das aktuelle Höchstgebot von 16.400 € wahrgenommen**, musste er bei der Eingabe seiner Gebote über 16.450,11 € und über 17.000 € einbeziehen, dass die vorherigen Gebote dem Regelfall entsprechend von Mitkonkurrenten stammten und wirksam waren. Er **konnte nicht damit rechnen**, mit der Eingabe*

der **Maximalgebote** das Fahrzeug für **gerade einmal 1,50 € erwerben** zu können. Ein solcher Erklärungswert ließe sich seiner Willenserklärung nicht beimessen. Vielmehr ergibt sich aus **jedem neuen Höchstgebot**, dass er selbst davon ausgegangen ist, sein **früheres Gebot sei unwirksam geworden**.

Auch der Bekl. durfte die Erklärung des Kl. entsprechend dem Nennwert des Gebots verstehen und hat sie auch so verstanden, denn er hat durch Abgabe weiterer Gebote auf den eigenen Artikel gerade das Zustandekommen eines Kaufvertrags zu einem von ihm als zu niedrig erachteten Kaufpreis verhindert.“ (OLG Stuttgart aaO.)

### (3) Unwirksamkeit der Gebote wegen Eigengebot des Bekl.

Allerdings könnten alle nach dem ersten Gebot platzierten Gebote unwirksam sein, weil Bekl. die Gebote auf seine eigenen Waren selbst abgegeben und damit gegen die Bedingungen von X verstoßen hat.

„[Die] Gebote des Bekl. auf seinen eigenen Artikel [sind] **schon deshalb keine wirksamen Angebote i.S.d. §§ 145 ff. BGB**, weil er **mit sich selbst nicht kontrahieren kann**. Ein Antrag zur Schließung eines Vertrags i.S.v. § 145 BGB liegt nach dem Wortlaut der Vorschrift nur vor, wenn es an einen anderen gerichtet ist. Mithin lag bei den Geboten des Bekl. schon tatbestandsmäßig keine Willenserklärung vor.“ (OLG Stuttgart aaO.)

Fraglich ist jedoch, welche rechtliche Relevanz diese unwirksamen Gebote des Bekl. haben.

„Einen wesentlichen **Umstand des Empfängerhorizonts** stellen die **Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Plattformbetreibers** dar. Sie gelten zwar nicht unmittelbar zwischen den Parteien. Die **wechselseitigen Erwartungen der Auktionsteilnehmer** und deren **gemeinsames Verständnis** über die Funktionsweise der Online-Auktion bilden eine Grundlage für die Auslegung von Willenserklärungen, die nicht aus sich heraus verständlich sind (BGHZ 149, 129 = NJW 2002, 363).

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von X sehen **gerade nicht** vor, dass **Gebote auf eigene Artikel als nichtig** anzusehen seien. Zwar dürfen Mitglieder den Verlauf einer Auktion nicht durch die Abgabe von Geboten unter Verwendung eines weiteren Mitgliedskontos manipulieren, insbesondere ist es ihnen untersagt, selbst Gebote auf ihre eingestellten Angebote abzugeben (§ 10 VI 2 X-AGB). Als **Sanktion** für den Verstoß gegen diese Bedingungen ist jedoch **nicht vorgesehen**, dass die **Gebote unwirksam** sind (LG Frankenthal, Urt. v. 08.07.2014 – 8 O 63/14, BeckRS 2014, 18110). In einem solchen Fall behält sich der Plattformbetreiber vielmehr vor, aus einem Katalog eine **angemessene Sanktion zu verhängen** (z.B. eine Verwarnung, eine Benutzungsbeschränkung oder eine Sperrung des Kontos, vgl. § 4 I X-AGB).“ (OLG Stuttgart aaO.)

Die Gebote sind demnach nicht als nichtig anzusehen. Dies entspricht auch dispositivem Recht.

„Die Bedingungen orientieren sich erkennbar an § 156 S. 2 BGB, wonach ein **Gebot erlischt**, wenn ein **Übergebot abgegeben** wird. Da die Allgemeinen Geschäftsbedingungen damit letztlich auf das Gesetz Bezug nehmen, können die zu dieser Vorschrift entwickelten Rechtsgrundsätze auf die Auslegung von Willenserklärungen bei Versteigerungen im Internet übertragen werden (LG Frankenthal, Urt. v. 08.07.2014 – 8 O 63/14, BeckRS 2014, 18110; Kremer in NK-BGB, 2. Aufl. 2012, Anh. zu § 156 Rn. 23; Ernst, CR 2000, 304 [310]). Jedenfalls durch die Bezugnahme in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt dies auch dann, wenn der Kaufvertrag, wie dargelegt, nicht gem. § 156 S. 1 BGB, sondern gem. §§ 145 ff. BGB geschlossen wird.

Im Anwendungsbereich der gesetzlichen Vorschrift ist es anerkannt, dass das **Übergebot nicht rechtswirksam sein muss**, weil der tatsächliche Hergang entscheidet und ein Interesse an alsbaldiger Rechtsklarheit besteht (MüKo-BGB/Busche, 6. Aufl. 2012, § 156 Rn. 5; Piper in RGRK-BGB, 12. Aufl. 1982, § 156 Rn. 2; Brinkmann in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 9. Aufl. 2014, § 156 Rn. 4; Schulze in NK-BGB, § 156 Rn. 6). Es **genügt grundsätzlich die bloße Tatsache seiner Abgabe**, um die Gebundenheit an das vorhergehende Gebot aufzuheben. Eine Ausnahme kommt nur in Betracht, wenn das **Übergebot offensichtlich unwirksam** ist oder es **sofort zurückgewiesen** wird (Soergel/Wolf, § 156 Rn. 6; Backmann in jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 156 Rn. 19; Erman/Armbrüster, BGB, 14. Aufl. 2014, § 156 Rn. 4; Staudinger/Bork, § 156 Rn. 4; BeckOK BGB/Eckert, Ed. 34 [2015], § 156 Rn. 5; Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl. 2015, § 156 Rn. 1).“ (OLG Stuttgart aaO.)

Beides ist hier nicht der Fall. Somit ist ein Kaufvertrag zu einem Kaufpreis von 17.000,00 € zustande gekommen.

**(4) Höchstgebot durch den Bekl.**

Dem Vertragsschluss mit dem Kl. Könnte allerdings entgegenstehen, dass der Bekl. das Höchstgebot abgegeben hat, welche – wie dargestellt – eben nicht unwirksam ist, denn damit hat der Kl. nicht die notwendige Bedingung zum Erwerb des Fahrzeugs erfüllt, unter der der Bekl. das Kaufangebot antizipiert angenommen hat.

*„Das Gebot des Kl. über 17.000 € kam nicht zum Tragen, weil der Bekl. ein solches **schon zuvor mit einem weiteren Benutzerkonto** gesetzt hatte, um offenbar den Preis in die Höhe zu treiben. Gemäß § 162 I BGB ist der Kl. **jedoch so zu stellen**, als sei ein Vertrag mit dem Bekl. zu Stande gekommen. Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, **wider Treu und Glauben verhindert**, so gilt nach dieser Bestimmung die Bedingung als eingetreten. Das **verbindliche Verkaufsangebot** des Bekl. stand unter der **Bedingung**, dass der **Kaufvertrag mit demjenigen** zu Stande kommen soll, der **bei Ablauf der Auktion das Höchstgebot** abgegeben hat. Den Eintritt dieser Bedingung hat der Bekl. vereitelt, indem er den Kl. – wenn auch nicht mit einer wirksamen Willenserklärung – überboten hat und damit **dennoch dessen Gebot zum Erlöschen** brachte (§ 10 I 4 X-AGB). Dieses Verhalten war auch treuwidrig. [wird ausgeführt] Die Anwendung des § 162 I BGB führt nicht dazu, dass ein anderer Kaufpreis als 17.000 € zu Grunde zu legen ist. § 162 I BGB stellt eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben dar. Es ist sachgerecht, im konkreten Fall den Vertrag einzig zu einem Kaufpreis von 17.000 € als wirksam anzusehen, weil dies den Bedingungen entspricht, zu dem der Kl. zum Abschluss bereit war. Das der Bekl. diesen Preis manipuliert hat, ist mit den Mitteln des Schadensrechts auszugleichen.“ (OLG Stuttgart aaO.)*

**2. Vorliegen der weiteren Anspruchsvoraussetzungen**

Es müssten aber auch die weiteren Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I, III, 281 BGB vorliegen (sollte der Erwerber des Fahrzeugs zur Rückveräußerung nicht bereit sein, läge Unmöglichkeit vor)

**a) Verletzung einer Leistungspflicht**

Durch die Weigerung, dem Kl. das Fahrzeug zu übergeben und zu übereignen hat der Bekl. seine Leistungspflicht aus § 433 I BGB verletzt.

**b) Frist zur Nacherfüllung**

Der Kl. hat dem Bekl. keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Mit dem Hinweis, dass das Fahrzeug anderweitig veräußert sei, hat der Bekl. jedoch nach § 281 II BGB die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, so dass die Fristsetzung entbehrlich war.

**c) Vertretenmüssen des Bekl.**

Das Vertretenmüssen des Bekl. wird nach § 280 I 2 BGB vermutet. Der Bekl. hat sich nicht entlastet.

**d) Schaden**

Fraglich ist jedoch, ob dem Kl. Ein Schaden entstanden ist. Nach der Differenztheorie liegt der Schaden in der Differenz zwischen der Vermögenssituation des Kl. Bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung im Vergleich zu seiner Vermögenssituation ohne diese.

Da das Fahrzeug 16.500,00 € Wert war, der Kaufpreis aber 17.000,00 € betrug, hätte der Kl. Bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung sogar einen Vermögensnachteil erlitten. Dass sich aus sonstigen Umständen ein Vermögensschaden ergibt (Verdienstaustausfall o.ä.) ist nicht ersichtlich. Der Kl. Hat daher durch die Nichtabwicklung des Vertrages keinen Schaden erlitten.

**3. Ergebnis**

Der Kl. Hat keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Bekl. in Höhe von 16.500,00 € aus §§ 280 I, III, 281 BGB.

## II. Anspruch aus §§ 241 II, 311 II Nr. 2 i.V.m. § 280 BGB (culpa in contrahendo)

Der Bekl. hat eine vorvertragliche Pflicht verletzt, indem er die Gebote des Kl. treuwidrig überboten hat und auf diese Weise vereitelte, dass ein Kaufvertrag über einen niedrigeren Betrag zwischen den Parteien zu Stande kommt.

### 1. Vertragsanbahnung

*„Zwischen den Parteien wurde über die Handelsplattform von X ein Vertragsschluss angebahnt, indem der Kl. auf das vom Bekl. angebotene Fahrzeug geboten hat. Ab diesem Zeitpunkt sind die Parteien verpflichtet, nach den genannten Vorschriften Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils zu nehmen (§§ 241 II, 311 II Nr. 2 BGB).“ (OLG Stuttgart aaO.)*

### 2. Treuwidrigkeit

*„Das schädigende, treuwidrige Verhalten des Bekl. lag darin, dass er die vorangegangenen niedrigeren Gebote des Kl. mit seinen unzulässigen und unwirksamen Geboten zum Erlöschen brachte und so verhinderte, dass ein Kaufvertrag mit dem Kl. zu einem günstigeren Preis zu Stande gekommen ist.“*

*Eine Haftung aus culpa in contrahendo ist auch dann begründet, wenn ohne das schädigende Verhalten mit demselben Vertragspartner ein Vertrag zu anderen, für den Geschädigten günstigeren Bedingungen zu Stande gekommen wäre (BGH, NJW 1998, 2900; BGHZ 168, 35 = NJW 2006, 3139 Rn. 22 f.; Erman/Kindl, § 311 BGB Rn. 29).“ (OLG Stuttgart aaO.)*

Der Bekl. hat auf die Willenserklärung des Kl. eingewirkt, indem er selbst den Preis in diese Höhe getrieben hat mit der Folge, dass das letzte Maximalgebot des Kl. unter Berücksichtigung des § 162 BGB zum Tragen kam. Dies stellt eine unzulässige Einwirkung auf die Willensbildung des Kl. dar. Der Kl. hat in Unkenntnis der Preismanipulation seinen Willen gebildet, 17.000 € zu bieten.

*„Dies unterscheidet die Situation von einem offenen Verkaufsgespräch, in dem der Verkäufer von vornherein diesen Verkaufspreis fordern darf; der Irrtum über den tatsächlichen Marktwert ist dann unbeachtlich und fällt in die Risikosphäre derjenigen Partei, zu deren Ungunsten der Kaufpreis abweicht. Daher trifft den Verkäufer grundsätzlich auch keine Aufklärungspflicht bezüglich des Verhältnisses des geforderten Preises zum allgemeinen Preisniveau (MüKo-BGB/Armbrüster, § 119 BGB Rn. 131).“*

*Der vorliegende Fall ist anders zu beurteilen: Nach den allgemein akzeptierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen von X ist es den Verkäufern verboten, auf ihre eigenen Artikel zu bieten. Anders als in einem offenen Verkaufsgespräch darf der Bieter daher die Erwartung haben, dass die konkurrierenden Gebote auf einer tatsächlichen Nachfrage beruhen, der Gebotsverlauf mithin den tatsächlichen Marktverhältnissen entspricht. Dieses Vertrauen wird bewusst enttäuscht, wenn der Verkäufer einen nicht vorhandenen Marktpreis vorspiegelt, indem er selbst Gebote setzt.“ (OLG Stuttgart aaO.)*

### 3. Anspruchsinhalt

Grundsätzlich ist dem Geschädigten nur der Vertrauensschaden zu ersetzen.

*„Bei einer Haftung aus culpa in contrahendo ist der Geschädigte so zu stellen, als ob das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre (BGH, NVwZ 2001, 116 = NJW 2001, 1065 Ls.). Ein Anspruch, so gestellt zu werden, als sei ein günstigerer Vertrag geschlossen worden, besteht im Allgemeinen nicht (BGHZ 168, 35 = NJW 2006, 3139 Rn. 21). Etwas anderes gilt jedoch in Fällen, in denen auf Grund besonderer Umstände zuverlässig festgestellt werden kann, dass der Vertrag ohne die Täuschung unter denselben Vertragspartnern zu anderen, für den Getäuschten günstigeren Bedingungen zu Stande gekommen wäre. In solchen Fällen wäre es nicht gerechtfertigt, dem Geschädigten einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse des wegen der Täuschung nicht zu Stande gekommenen Vertrags zu versagen (BGH, NJW 1998, 2900).“ (OLG Stuttgart aaO.)*

Dies ist hier der Fall. Der Bekl. hatte eine antizipierte Annahme erklärt, das Fahrzeug an denjenigen zu verkaufen, der am Ende der Angebotszeit das höchste Gebot abgegeben hat. Mangels Vorliegens ausreichender Gründe war er auch nicht berechtigt, seine Angebotsannahme zurückzuziehen.

*„Auf Grund der besonderen Umstände des vorliegenden Falls kann jedoch nicht festgestellt werden, dass der Kl. durch die vorvertragliche Pflichtverletzung des Bekl. einen Schaden erlitten hat. [wird ausgeführt]“ (OLG Stuttgart aaO.)*

## III. Sonstige Anspruchsgrundlagen

*„Auch deliktische Ansprüche des Kl. kommen nicht in Betracht. Zwar kann die Preismanipulation des Bekl. als betrügerische Handlung (§ 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB) oder als vorsätzlich sittenwidrige Schädigungshandlung (§ 826 BGB) angesehen werden. Allerdings liegt aus den gleichen Gründen wie bei den oben erörterten Ansprüchen aus Verschulden bei Vertragsschluss kein Schaden vor.“ (OLG Stuttgart aaO.)*

(OLG Naumburg in NJW-RR 2015, 1399; Urteil vom 09.04.2015 – 2 U 127/13)

1. Ob ein Käufer **nach der Ausübung seines Wahlrechts** unter mehreren verschiedenen Gewährleistungsrechten – hier nach (unwirksamer) Erklärung des Rücktritts – **an diese Auswahl gebunden** ist oder nachträglich noch ein anderes Gewährleistungsrecht geltend machen darf – hier: Rückkehr zum Erfüllungsanspruch in Form der Nachbesserung – ist im Gesetz **nicht unmittelbar geregelt**.
2. Der (**Nach-**)**Erfüllungsanspruch** des Käufers erlischt **erst durch eine berechnigte Rücktrittserklärung**; scheidet das Rücktrittsverlangen aus formellen Gründen und kommt es deswegen nicht zu einer Umwandlung des Vertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis, so bleibt dem Käufer der Erfüllungsanspruch erhalten.

**A. Prüfungswissen: Aufbau der Prüfung eines wirksamen Rücktritts vom Vertrag gem. §§ 437 Nr. 2 1. Alt, 440, 323 BGB**

- I. Abschluss eines **Kaufvertrages** nach § 433 BGB
- II. Vorliegen eines **Sachmangels** nach § 434 BGB
  1. Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 I 1 BGB)
  2. Eignung zur vereinbarten Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB)
  3. Eignung zur üblichen Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB)
  4. Montagemängel (§ 434 II 1 BGB)
  5. fehlerhafte Montageanleitung (§ 434 II 2 BGB)
  6. Lieferung eines Aliuds (§ 434 III 1. Alt BGB)
  7. Minderlieferung (§ 434 III 2. Alt BGB)
- III. Vorliegen im Zeitpunkt des **Gefahrübergangs** (vgl. §§ 446, 447 BGB)  
**Beachte:** Beim Verbrauchsgüterkauf widerlegbare gesetzliche Vermutung des Vorliegens bei Übergabe, wenn Mangel innerhalb von 6 Monaten auftritt.
- IV. **Ausbleiben der Nacherfüllung** trotz Fristsetzung / Entbehrlichkeit der Fristsetzung
  - a) Erfordernis einer Fristsetzung, § 323 I BGB  
**Ausnahme:** §§ 437 Nr. 2, 326 V BGB, wenn die Mängelbeseitigung nach § 275 BGB unmöglich ist
  - b) **Entbehrlichkeit der Fristsetzung**
    - aa) **§ 323 II BGB**
      - (1) ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung (§ 323 II Nr. 1 BGB)
      - (2) Leistung ist terminbestimmt und Gläubiger hat Leistungsinteresse an Termingerechtheit geknüpft (§ 323 II Nr. 2 BGB; sog. Fixgeschäft)
      - (3) Entbehrlichkeit aufgrund besonderer Umstände
    - bb) **§ 440 BGB**
      - (1) Verweigerung der Nacherfüllung wegen Berufung auf Unzumutbarkeit gem. § 439 III BGB (§ 440 1 BGB)
      - (2) Fehlschlag der Nacherfüllung (Beachte: § 440 2 BGB)
      - (3) Unzumutbarkeit für den Käufer
- V. **Erheblichkeit** des Mangels( § 323 V 2 BGB)
- VI. **Keine alleinige oder überwiegende Verantwortlichkeit des Käufers / kein Gläubigerverzug**, § 323 VI BGB)

**VII. Rücktrittserklärung gegenüber dem richtigen Rücktrittsgegner****VIII. Kein Ausschluss nach § 442 BGB und keine Unwirksamkeit, §§ 438 IV, 218 BGB****B. Kein Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs durch vorher unwirksam erklärten Rücktritt (vgl. OLG Naumburg, NJW-RR 2015, 1399)**

**Fall:** Die Kl., Inhaberin eines Möbelhauses, begehrt von den Bekl. die Zahlung des restlichen Kaufpreises für die Lieferung und Übereignung einer im Januar 2011 von den Bekl. bestellten, individuell für sie angefertigten und im März 2012 von der Kl. gelieferten Couchgarnitur, bestehend aus einem Dreisitzer, einem Zweisitzer und einem (aufklappbaren) Hocker. Die Bekl. erklärten mit der per E-Mail vom 21.03.2012 übermittelter Mängelanzeige umgehend den Rücktritt vom Vertrag unter Berufung auf verschiedene, tatsächlich vorhandene Mängel. Die Kl. bot daraufhin eine Nachbesserung an, die jedoch scheiterte. Mit Schriftsatz vom 01.10.2013 forderten die Bekl. die Kl. daher mit angemessener Fristsetzung zur Nachbesserung auf und wiederholten sodann die Rücktrittserklärung mit Schriftsatz vom 13.11.2013. Kann die Kl. den Kaufpreisanspruch geltend machen?

**I. Entstehung des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung, § 443 II BGB****1. Vorliegen eines Kaufvertrags**

Zwischen den Prozessparteien wurde im Januar 2011 ein Kaufvertrag über eine individuell anzufertigende Couchgarnitur zu einem Gesamtpreis i.H.v. 13.457 € geschlossen.

**2. Erfüllung durch die Kl.**

Die vorleistungspflichtige Kl. hat ihre vertragliche Verpflichtung auf Übereignung und Übergabe durch Lieferung am 16.03.2012 erfüllt. Damit der der Anspruch der Kl. auf Zahlung des Kaufpreises zunächst entstanden.

**II. Untergang des Anspruchs**

Der Anspruch auf Kaufpreiszahlung könnte durch den von den Bekl. erklärten Rücktritt nach § 346 I BGB untergegangen sein. Diese Vorschrift regelt zwar nur den Übergang in ein Rückgewährschuldverhältnis und damit die Verpflichtung zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen. Da der Kaufpreis nach Zahlung danach aber umgehend zurückgezahlt werden müsste, soweit der Rücktritt wirksam ist, könnte die Kl. unter Anwendung des dolo agit Gedankens die Kaufpreiszahlung auch nicht mehr fordern.

Der Untergang des Kaufpreisanspruchs der Kl. ist demnach davon abhängig, ob die Bekl. wirksam den Rücktritt erklärt hat.

**1. Rücktrittsgrund**

Da die Kaufsache hier bei Übergabe i.S.d. § 434 I BGB mangelhaft war, liegt ein Rücktrittsgrund nach § 437 Nr. 2 BGB vor.

**2. Rücktrittsvoraussetzungen**

Es müssen aber auch die weiteren Rücktrittsvoraussetzungen nach § 323 I BGB vorliegen. Erfolgt ein Rücktritt wegen nicht vertragsgemäßer Leistung, so kann ein Rücktritt grundsätzlich erst mit Ablauf einer Frist erfolgen, welche der Gegenseite für die Nacherfüllung nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB gesetzt wurde.

**a) Rücktrittserklärung vom 21.03.2012**

Vor der per E-Mail erfolgten Rücktrittserklärung ist eine solche Fristsetzung zur Nacherfüllung aber nicht erfolgt.

*„Gründe i.S.v. §§ 323 II bzw. 440 BGB, welche eine solche Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich machen könnten, lagen zu diesem Zeitpunkt nicht vor.“* (OLG Naumburg aaO.)

Diese Rücktrittserklärung ist daher mangels Vorliegen der Voraussetzungen unwirksam.

**b) Rücktrittserklärung vom 13.11.2013**

Allerdings könnte die Rücktrittserklärung vom 13.11.2013 wirksam sein. Hier ist zuvor eine Aufforderung zur Nachbesserung erfolgt. Fraglich ist jedoch, ob diese Aufforderung noch wirksam erfolgen konnte, nachdem die Bekl. zuvor schon am 21.03.2012 per E-Mail - wenn auch unwirksam - den Rücktritt erklärt hatten.

Der Nacherfüllungsanspruch des § 439 BGB ist letztlich der fortbestehende Erfüllungsanspruch. Soweit dem Käufer hinsichtlich ihm nach § 437 BGB zukommenden Mängelrechte ein Wahlrecht zukommt, ist er an eine getroffene Wahl jedenfalls dergestalt verbunden, dass er nach einem wirksam erklärten Rücktritt keine Erfüllung mehr verlangen kann. Fraglich ist, ob der Nacherfüllungsanspruch auch dann ausgeschlossen ist, wenn der zuvor erklärte Rücktritt - wie hier der Rücktritt vom 21.03.2012 - unwirksam ist.

#### aa) Verhältnis der Gewährleistungsrechte zueinander

„Ob ein Käufer **nach der Ausübung seines Wahlrechts** zwischen den verschiedenen Gewährleistungsrechten – hier nach der Erklärung des Rücktritts durch die Bekl. am 21.03.2012 – **an diese Auswahl gebunden** ist oder nachträglich noch ein anderes Gewährleistungsrecht geltend machen darf – hier: Rückkehr zum Erfüllungsanspruch in Form der Nachbesserung –, ist **im Gesetz nicht unmittelbar geregelt**. Der gesetzlichen Regelung lässt sich lediglich eine Unterscheidung in so genannte **vorrangige Gewährleistungsrechte**, insbesondere dem Anspruch auf Nacherfüllung und in **nachrangige Rechte**, z.B. dem Rücktrittsrecht, entnehmen. Dies ergibt sich für das Verhältnis zwischen Nacherfüllung und Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung unmittelbar aus § 281 IV BGB, für das Verhältnis zwischen Nacherfüllung und Rücktritt mittelbar aus § 346 I BGB und aus § 440 S. 1 BGB sowie für das Verhältnis zwischen Nacherfüllung und Minderung aus der Gleichsetzung von Rücktritt und Minderung in § 437 Nr. 2 BGB (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 74. Aufl. 2014, § 437 Rn. 4 ff.). **Vorrangig bedeutet**, dass der Käufer im Gewährleistungsfall (bei Vorliegen eines Sachmangels) **zunächst nur bestimmte**, auf Erfüllung des Vertrags gerichtete **Gewährleistungsrechte geltend machen darf** und dass ihm andere, auf Anpassung des Schuldverhältnisses gerichtete Rechte erst bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen zur Verfügung stehen. Insoweit ist es einhellige Auffassung, dass die **bloße Begründung eines nachrangigen Gewährleistungsrechts**, z.B. des Rücktrittsrechts nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung, noch **nicht zum Erlöschen des Erfüllungsanspruchs** führt (vgl. BGH, NJW 2006, 1198); hierfür bedarf es **neben der Begründung des Rechts auch seiner Ausübung**.“ (OLG Naumburg aaO.)

Im vorliegenden Fall wurde das Rücktrittsrecht jedoch - ob wirksam oder nicht - jedenfalls schon am 21.03.2012 und damit vor der Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruch ausgeübt. Fraglich ist daher, welches Verhältnis die Gewährleistungsrechte zueinander haben, nachdem eines von ihnen bereits ausgeübt wurde, diese Ausübung aber unwirksam ist.

#### bb) Konsequenz der Ausübung eines Gewährleistungsrechts

„Die **rechtswissenschaftliche Literatur** lässt zum Teil **nicht eindeutig erkennen**, ob die Geltendmachung eines nachrangigen Gestaltungsrechts **auch dann zum Erlöschen des Erfüllungsanspruchs** führen kann, wenn die **zusätzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen** und die Rechtsausübung deswegen ins Leere geht, wie hier die Ausübung des (zunächst nicht bestehenden) Rücktrittsrechts durch die Bekl. am 21.03.2012 (vgl. etwa: Staudinger/Matusche-Beckmann, Neubearb. 2014, § 437 Rn. 6; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 3. Aufl. 2012, § 437 Rn. 169; Jauernig/Berger, BGB, 15. Aufl. 2014, § 437 Rn. 4; wohl auch MüKo-BGB/Westermann, 6. Aufl. 2012, § 437 Rn. 50–52; Erman/Westermann, BGB, 13. Aufl. 2011, § 437 Rn. 45 f.; für den Fall von hierdurch veranlassten Dispositionen des Verkäufers Derleder, NJW 2003, 998 [1002 f.]; eindeutig ablehnend: Weidenkaff, § 437 Rn. 27; MüKo-BGB/Ernst, § 281 Rn. 105; Bamberger/Roth/Unberath, § 291 Rn. 50).

Der **Senat verneint diese Frage**: Der (Nach-)Erfüllungsanspruch des Käufers bzw. das (Nach-)Erfüllungsrecht des Käufers **erlischt erst durch eine berechtigte Rücktrittserklärung**; scheidet das Rücktrittsverlangen, wie hier, wegen des Fehlens der formellen Rücktrittsvoraussetzungen und kommt es deswegen nicht zu einer Umwandlung des Vertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis, so bleibt dem Käufer der Erfüllungsanspruch erhalten (so auch OLG Düsseldorf, BauR 2013, 107 = BeckRS 2013, 00762; die von den Bekl. zitierte Entscheidung BGH, NJW 2006, 2254 ist nicht einschlägig, weil sie sich noch auf die Rechtslage nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden BGB bezieht).“ (OLG Naumburg aaO.)

Die Bekl. konnte die Kl. daher mit Schreiben vom 13.11.2013 noch wirksam zur Nacherfüllung auffordern, so dass nach Fristablauf für die Rücktrittserklärung vom 13.11.2013 auch die formalen Voraussetzungen vorlagen. Diese Rücktrittserklärung ist daher wirksam. Der Kaufpreisanspruch der Kl. ist damit untergegangen. Sie kann keine Zahlung mehr verlangen.

(OLG Stuttgart in BeckRS 2015, 15501; Urteil vom 23.07.2015 – 2 Ss 94/15)

Führen der Täter einer Ordnungswidrigkeit und eine mit ihm zusammenwirkende, an der Tat unbeteiligte Person die Bußgeldbehörde bewusst in die Irre, indem sich die **weitere Person selbst zu Unrecht der Täterschaft beziehtigt**, kann dies für den Täter zu einer Strafbarkeit wegen falscher Verdächtigung in mittelbarer Täterschaft und für die weitere Person wegen Beihilfe hierzu führen.

**Fall:** Am 03.11.2012 um 23.34 Uhr überschritt der Angeklagte Ka als Pkw-Lenker in F die dort zulässige Höchstgeschwindigkeit von 30 km/h um 26 km/h. Dies wurde von einer Verkehrsüberwachungsanlage gemessen. Es wurde ein Beweisfoto aufgenommen. Da es sich bei dem Pkw um ein Firmenfahrzeug handelte, übersandte die Stadt F als zuständige Bußgeldbehörde alsbald einen Zeugenfragebogen an die Firma, die den Angeklagten Ka als den regelmäßigen Fahrer des Fahrzeugs benannte, und den Fragebogen an diesen weiterleitete. Kurz darauf, am 26.12.2012, übersandte die Bußgeldbehörde dem Angeklagten Ka ein Anhörungsschreiben im Bußgeldverfahren. Spätestens am 30.11.2012 beschloss die Angeklagten Ka und sein Arbeitskollege, der Angeklagte Kr, die Bußgeldbehörde gezielt und im Wissen um die Täterschaft des Angeklagten Ka in die Irre zu führen. Sie vereinbarten, dass sich der Angeklagte Kr zunächst gegenüber der Bußgeldbehörde als Fahrer bezeichnen und sodann das nachfolgende, den Angeklagten Kr betreffende Bußgeldverfahren so lange hinauszögern sollte, bis der Angeklagte Ka wegen des Eintritts der Verfolgungsverjährung bei ihm nicht mehr belangt werden könne. Dann sollte der Angeklagte Kr offenlegen, dass er den Verstoß doch nicht begangen habe, worauf auch das gegen ihn gerichtete Bußgeldverfahren ohne seine Verurteilung beendet werden müsse. Genauso verfuhr die Angeklagten dann. Der Angeklagte Kr trug auf dem ihm vom Angeklagten Ka übergebenen Zeugenfragebogen seine Personalien und seine Wohnanschrift ein, erklärte, dass er das Fahrzeug gefahren habe, versicherte, dass seine Angaben der Wahrheit entsprächen und übersandte den Zeugenfragebogen am 30.11.2012 ohne seine Unterschrift per Fax an die Bußgeldbehörde. Inhaltsgleiche Angaben mit seiner Unterschrift machte er auf dem ihm vom Angeklagten Ka übergebenen Anhörungsschreiben der Bußgeldbehörde und übersandte es am 07.12.2012 per Fax an diese. Die Bußgeldbehörde ging deshalb davon aus, dass der Angeklagte Kr gefahren war. Am 14.12.2012 erging gegen ihn wegen der Verkehrsordnungswidrigkeit ein Bußgeldbescheid über eine Geldbuße von 100 € nebst drei Punkten im Verkehrszentralregister. Gegen den Bescheid ließ der Angeklagte Kr durch seinen Verteidiger rechtzeitig Einspruch einlegen. Dem Verteidiger wurde Ende Januar 2013 Akteneinsicht gewährt. Am 17.06.2013 ging die Bußgeldsache beim zuständigen Amtsgericht Nürtingen ein. Nach dem Eintritt der Verfolgungsverjährung beim Angeklagten Ka spätestens am 01.03.2013 teilte der Verteidiger des Angeklagten Kr dem Amtsgericht am 26.06.2013 mit, dass „bei einem jetzt anhand der sich bei der Akte befindlichen Lichtbilder vorgenommenen Lichtbildabgleich“ festgestellt worden sei, dass der Angeklagte Kr doch nicht der Fahrer gewesen sei. Am 16.07.2013 stellte das Amtsgericht Nürtingen, das die Sache schon terminiert hatte, deshalb das Verfahren gegen den Angeklagten Kr auf dessen Antrag hin gemäß § 47 II OWiG ein und erlegte der Staatskasse die Kosten des Verfahrens auf. Das Bußgeldverfahren gegen den Angeklagten Ka wurde wegen des Eintritts der Verfolgungsverjährung bei ihm nicht wieder aufgenommen. Wie haben sich Ka und KR strafbar gemacht?

## I. Strafbarkeit des Ka

Ka könnte eine falsche Verdächtigung in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 164 II, 25 I, 2. Alt. begangen haben.

### 1. Tatbestand

#### a) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste Ka den objektiven Tatbestand erfüllt haben.

#### aa) Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 164 I StGB macht sich strafbar, wer bei einer Behörde wider besseres Wissen eine sonstige Behauptung tatsächlicher Art über einen anderen aufstellt, die geeignet ist, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen diesen herbeizuführen oder fort dauern zu lassen und dies beabsichtigt.

„Das gegen den Angeklagten Kr durchgeführte **Bußgeldverfahren** ist ein **behördliches Verfahren** im Sinne des § 164 II StGB (BGH MDR 1978, 623; OLG Hamm, Beschluss vom 14.05.2013 - III - 5 RVS 39/13, Rn. 24 bei juris), und zwar gemäß § 11 I Nr. 7 StGB einschließlich des gerichtlichen Verfahrens beim Amtsgericht Nürtingen. Die **Behauptung**, der Angeklagte Kr sei Täter der Ordnungswidrigkeit, war, wie der Angeklagte Ka wusste, objektiv **unwahr**. Ein unter dem Gesichtspunkt der Selbstbelastungsfreiheit zulässiges Verteidigungsverhalten des Angeklagten Ka liegt nicht vor, weil mit dem Angeklagten Kr eine **Person verdächtigt wurde, für deren**

*Täterschaft bis dahin keine Anhaltspunkte bestanden und die der Bußgeldbehörde erstmals vom Angeklagten präsentiert wurde (BGH NJW 2015, 1705, Rn. 33 in juris).“ (OLG Stuttgart aaO.)*

## bb) Tathandlung des Ka

Allerdings hat nicht Ka die unmittelbaren Tathandlungen vorgenommen, sondern Kr, welcher dem Zeugenfragebogen und dem Anhörungsschreiben der Bußgeldbehörde ein unwahres Geständnis ablegte und seine Erklärungen am 30.11.2012 bzw. am 07.12.2012 an die Bußgeldbehörde sandte. Allerdings könnten dem Angeklagten Ka Tathandlungen nach den Grundsätzen über die mittelbare Täterschaft gemäß § 25 I 2. Alt. StGB zuzurechnen sein.

Bei der mittelbaren Täterschaft verwirklicht der Täter die Tatbestandsmerkmale nicht oder nicht vollständig selbst, sondern begeht die Tat durch einen anderen. Er bedient sich der Hintermann eines menschlichen Werkzeugs zur Ausführung der Tat, hat aber kraft überlegenen Wissens oder kraft überlegenen Willens die Tatherrschaft inne. Fraglich ist, ob dies hier der Fall ist.

### (1) Tatbestandslosigkeit des Handelns des Kr

*„Dafür spricht zunächst das sog. **Verantwortungsprinzip**, denn der **Angeklagte Kr** ist nicht als Täter nach § 164 II StGB verantwortlich, weil er **nicht einen anderen, sondern sich selbst bei der Behörde angezeigt** hat (vgl. Schönemann in Leipziger Kommentar, StGB, 12. Auflage, § 25, Rn. 62).“ (OLG Stuttgart aaO.)*

### (2) Tatherrschaft des Ka

*„Entscheidend kommt es aber darauf an, ob der Hintermann die Tatherrschaft im Sinne der **Herrschaft über das Ob und Wie der Tatbestandsverwirklichung**, unter Umständen auch nur den Willen zur Tatherrschaft, sowie ein **eigenes Tatinteresse** hatte (BGHSt 35, 347ff., Rn. 14ff. bei juris; Schönemann, aaO., § 25, Rn. 65; Fischer, StGB, 62. Auflage, § 25, Rn. 6). Die Tatherrschaft des Hintermanns kann auch im Fall eines **objektiv tatbestandslos handelnden Tatmittlers** wie hier gegeben sein.*

*Der Angeklagte Ka ist im vorliegenden Fall mittelbarer Täter, weil er im Wege einer wertenden Zuschreibung **Tatherrschaft und Wille zur Tatherrschaft** hatte und die **Tat allein in seinem Interesse** begangen wurde. Er nahm auf die Tatbegehung dadurch Einfluss, dass er dem Angeklagten Kr die an ihn gelangten Schreiben der Bußgeldbehörde mit den Daten zur Ordnungswidrigkeit übergab, nachdem er den Tatplan mit ihm vereinbart hatte. Obwohl **Kr die Schriftstücke alleine ausfüllte** und an die Bußgeldbehörde übersandte, hielt der Angeklagte Ka die Herrschaft über den Geschehensablauf gleichwohl weiter auch selbst in der Hand, weil er sich **zu jedem Zeitpunkt an die Bußgeldbehörde wenden und den wahren Sachverhalt offenbaren** konnte. Da die Tat allein seinem Interesse diente, den Rechtsfolgen der von ihm begangenen Verkehrsordnungswidrigkeit zu entgehen, **beherrschte** er auch das **Handeln des Angeklagten Kr**. Denn die Annahme, dass Kr ihm bei einer Aufgabe des Tatvorhabens Widerstand entgegengesetzt hätte, liegt mangels irgendeines eigenen Interesses von Kr an der Tatbegehung fern. Bei wertender Betrachtung weist der vorliegende Fall Ähnlichkeit zur **mittelbaren Täterschaft bei Sonderdelikten** wie etwa der Untreue in § 266 I StGB beim Einsatz eines qualifikationslosen dolosen Werkzeugs durch den Hintermann auf, die in der Literatur (Schönemann, aaO., § 25, Rn. 133; Fischer, aaO., § 266, Rn. 185; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 25, Rn. 4; Heine/Weißer in Schönke/Schröder, StGB, § 25, Rn. 19f.; Kudlich in BeckOK StGB, § 25, Rn. 22) - ohne Einwände der Rechtsprechung - im Grundsatz einhellig anerkannt ist. Auch dort verwirklicht der unmittelbar Handelnde den objektiven Tatbestand nicht, weil ihm eine persönliche Eigenschaft fehlt, die der Straftatbestand voraussetzt. Der **Hintermann**, der über diese Eigenschaft verfügt und den **Tatmittler zur Tat veranlasst** hat, ist dann als mittelbarer Täter verantwortlich.“ (OLG Stuttgart aaO.)*

Es liegt auch kein Fall der Veranlassung zur **objektiv tatbestandslosen Selbstschädigung** des Geschädigten durch einen Hintermann vor, die regelmäßig dann straflos ist, wenn der Hintermann nicht noch aus einem darüber hinausgehenden Grund die Tatherrschaft über die vom Geschädigten vorgenommene Tathandlung ausübt (vgl. BGHSt 32, 38ff., Rn. 14 in juris; Schönemann, aaO., § 25, Rn. 106ff.).

*„Zwar dient der Tatbestand der falschen Verdächtigung in § 164 II StGB auch dem **Schutz des** durch eine falsche Tatsachenbehauptung in seinem Persönlichkeitsrecht **beeinträchtigten Angezeigten**, nach der zutreffenden herrschenden Meinung (BGHSt 5, 66ff.; 9, 240ff.; Ruß in Leipziger Kommentar, aaO., § 164, Rn. 1f.; Fischer, aaO., § 164, Rn. 2)*

schützt die Vorschrift aber **zugleich** die **inländische staatliche Rechtspflege vor ungerichteter Inanspruchnahme**. Dabei reicht die Verletzung eines Schutzobjekts zur Verwirklichung des Tatbestands aus, so dass die **Einwilligung des Verdächtigten** in die falsche Verdächtigung die **Rechtswidrigkeit der Tat nicht entfallen lässt** (BGHSt 5, 66ff.). Der Angeklagte Kr ist damit nicht alleiniger Rechtsgutsträger, so dass die o.a. zusätzlichen Voraussetzungen für eine Verantwortlichkeit des Angeklagten Ka als mittelbarer Täter nicht gegeben sein müssen.“ (OLG Stuttgart aaO.)

Damit hat der Angeklagte Ka durch einen anderen eine Behauptung tatsächlicher Art über eine andere Person gemäß § 164 II StGB aufgestellt. Die Voraussetzungen für die Annahme einer mittelbaren Täterschaft lagen damit vor. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

## b) Subjektiver Tatbestand

### aa) Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsverwirklichung

Ka hat mit Wissen und Wollen gehandelt und wider besseres Wissen veranlasst, dass Kr sich als Fahrzeugführer ausgibt.

Ka müsste aber auch in der Absicht gehandelt haben, dass die Bußgeldbehörde ein Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen Kr einleitet.

„[Der] Angeklagte Ka [handelte] in der Absicht, ein behördliches Verfahren gegen den Angeklagten Kr herbeizuführen, damit die Verkehrsordnungswidrigkeit gegen ihn selbst verjähren konnte. Die - hier fehlende - **Absicht des Täters**, dass das behördliche Verfahren **tatsächlich zur Verhängung einer Maßnahme** gegen den Verdächtigten führen soll, ist nach dem Wortlaut der Vorschrift **nicht erforderlich**.“ (OLG Stuttgart aaO.)

### bb) Vorsatz bezüglich der mittelbaren Täterschaft

Ka hat auch mit Wissen und Wollen die eigene Tatherrschaft innegehabt. Im war bewusst, dass er die Täterschaft jederzeit hätte klarstellen können. Sein Vorsatz bezog sich auch auf die unterlegene Stellung des Kr, welcher nur auf Veranlassung des Ka ohne Eigeninteresse gehandelt hat.

Der subjektive Tatbestand einer falschen Verdächtigung in mittelbarer Täterschaft ist ebenfalls erfüllt.

## 2. Rechtswidrigkeit

Ka müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Die Rechtswidrigkeit wird grundsätzlich durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert.

„Die Einwilligung des Angeklagten Kr lässt die Rechtswidrigkeit der Tat nicht entfallen.“ (OLG Stuttgart aaO.)

## 3. Schuld

Ka hat auch schuldhaft gehandelt.

## 4. Ergebnis

KA ist wegen falscher Verdächtigung gemäß §§ 164 II, 25 I, 2. Alt. StGB strafbar.

## II. Strafbarkeit des Kr

Kr könnte wegen Beihilfe zur falschen Verdächtigung nach §§ 164 II, 27 I StGB strafbar sein.

„Der Angeklagte Kr hat die wie er wusste vom Angeklagten Ka begangene Verkehrsordnungswidrigkeit im Zeugenfragebogen und im Anhörungsschreiben **auf sich genommen** und seine schriftlichen Äußerungen per Fax an die Bußgeldbehörde gesandt. Damit hat er gemäß § 27 I StGB **vorsätzlich** zur vom Angeklagten Ka vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat der in mittelbarer Täterschaft begangenen falschen Verdächtigung **Hilfe geleistet**. Die Folgerung des Landgerichts, dass er nicht als Gehilfe verantwortlich sei, weil er kein „anderer“ im Sinne von § 164 II StGB sei, trifft nicht zu. Dies hat nur zur Folge, dass er nicht als Täter zur Verantwortung gezogen werden kann.“ (OLG Stuttgart aaO.)

Damit hat sich Kr wegen Beihilfe zur falschen Verdächtigung nach §§ 164 II, 27 I StGB strafbar gemacht.

StGB  
§§ 263, 263a

**Erschleichen von Bankkarte und PIN**  
**Abgrenzung von Betrug und Computerbetrug**  
(BGH in NStZ-RR 2015, 337; Beschluss vom 16.07.2015 – 2 StR 16/15)

StR BT

1. Es handelt nicht schon derjenige „**unbefugt**“, der Daten entgegen dem Willen des Berechtigten verwendet oder die verwendeten Daten rechtswidrig erlangt hat. Unbefugt i.S.d. § 263 a I StGB handelt danach nur derjenige, der **manipulierte oder kopierte Daten** verwendet.
2. Aus der im Verhältnis zum berechtigten Karteninhaber missbräuchlichen Verwendung der Bankkarte mit der Geheimzahl folgt auch **keine fehlerhafte Beeinflussung der automatisierten Abläufe** (so die „**computerspezifische Auslegung**“).
3. Während die Strafbarkeit nach § 263 StGB **menschliche Entscheidungsprozesse** voraussetzt, fehlen diese beim Einsatz von EDV-Anlagen.
4. Das Tatbestandsmerkmal „**unbefugt**“ erfordert daher eine **betrugsspezifische Auslegung**. Die missbräuchliche Benutzung der vom Berechtigten mitsamt der Geheimnummer erlangten Bankkarte durch den Täter bei Abhebungen am Geldautomaten **entspricht nicht** einem **Betrug am Bankschalter**. Für den Automaten sind **Identität und Berechtigung des Abhebenden** mit der Eingabe der echten Bankkarte und der zugehörigen Geheimnummer **hinreichend festgestellt**.
5. Das Merkmal der **unbefugten Verwendung der Daten liegt nicht vor** für denjenigen, der die Bankkarte und die Geheimnummer vom Berechtigten **jeweils mit dessen Willen erlangt** hat.
6. Wenn der Täter mit einer echten Bankkarte und der richtigen Geheimnummer, die er jeweils vom Berechtigten durch dessen **täuschungsbedingte Verfügung** erhalten hat, Geldabhebungen vornimmt, werden **nicht zwei Straftatbestände** des Betrugs und des Computerbetrugs erfüllt. Dieses Verhalten erfüllt **nur** den Tatbestand des **Betrugs gegenüber dem Berechtigten**.

**Fall:** Nach den Feststellungen des LG beschlossen die gesondert verfolgten S und G im Herbst 2012, gemeinsam mit jeweils mindestens einem weiteren Beteiligten in wechselnder Besetzung älteren Personen durch Täuschungen die Bankkarte nebst Geheimzahl abzunehmen und damit an Geldautomaten Geld vom Konto der Gesch. abzuheben. Zunächst begingen S und G mit den ebenfalls gesondert verfolgten. R B, S S, J B und K derartige Taten, später kamen andere Beteiligte hinzu, darunter auch der gesondert verfolgten F. Umgekehrt schieden im Lauf der Zeit einzelne Bandenmitglieder aus, darunter der gesondert verfolgten G, der sich dann einer anderen Gruppe um die hier Angekl. L, K und H anschloss, die gleichartige Taten beging. Dies betrifft die abgeurteilten Taten, an denen der gesondert verfolgten G in 4 Fällen als Anrufer beteiligt war, im letzten Fall der gesondert verfolgten F.

Bei den Taten trat ein Anrufer in Telefonkontakt zum jeweiligen Geschädigten. Dabei handelte es sich um Personen im Alter zwischen 63 und 99 Jahren. Diese wurden vor allem aus einer vorhandenen Datensammlung ausgewählt. Der Anrufer gab sich als Mitarbeiter einer Bank aus und behauptete, dass ein Hackerangriff auf das Computersystem der Bank stattgefunden habe, wodurch vom Konto der Geschädigten ungewöhnliche Auslandsüberweisungen getätigt würden, oder es wurden sonstige Unregelmäßigkeiten vorgespiegelt, durch die das Vermögen des jeweiligen Geschädigten in Gefahr sei. Sodann kündigte der Anrufer an, ein anderer Bankmitarbeiter werde alsbald bei dem jeweiligen Geschädigten erscheinen und die Bankkarte in Empfang nehmen; diese müsse überprüft werden. Außerdem wurde den Geschädigten die Geheimzahl zu ihrem Bankkonto entlockt. Das Gespräch wurde von einem anderen Tatbeteiligten, dem sogenannten Logistiker, mitgehört. Hierzu gehörte auch der Angekl. L. Dieser gab die Informationen über Name und Adresse des jeweiligen Geschädigten und die diesem vorgespiegelte Legende an einen anderen Tatbeteiligten weiter, der sich noch während des Gesprächs des Anrufers auf den Weg zum Geschädigten machte. Bedenken der Angerufenen wurden mit Ausreden ausgeräumt. Der Anrufer verhinderte auch eine telefonische Rückfrage des Geschädigten bei seiner Bank. Hatte der Abholer die Bankkarte des Geschädigten entgegengenommen, nutzte er diese alsbald zu Geldabhebungen am nächstgelegenen Geldautomaten. Das abgehobene Geld und der durch Täuschung entgegengenommene Bargeldbetrag wurden unter den Tatbeteiligten aufgeteilt.

In den Fällen wirkte der Angekl. L als „Logistiker“ mit, der Angekl. H als „Abholer“ und der Angekl. K als Begleitperson des jeweiligen Abholers. Das LG ist von gewerbs- und bandenmäßigem Computerbetrug ausgegangen. Hiergegen wendet sich der Angekl. L. Zu Recht?

Der Ankl. L ist wegen Computerbetrugs strafbar, wenn die **Voraussetzungen** des § 263a StGB vorliegen. Nach § 263a StGB macht sich derjenige strafbar, der in der Absicht, sich oder einem

Dritten einen **rechtswidrigen Vermögensvorteil** zu verschaffen, das **Vermögen** eines anderen dadurch **beschädigt**, dass er das **Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs** durch unrichtige Gestaltung des Programms, durch Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten, durch unbefugte Verwendung von Daten oder sonst durch unbefugte Einwirkung auf den Ablauf **beeinflusst**.

Dieser Tatbestand wurde unter Mitwirkung des Angekl. L nur erfüllt, wenn dessen Mittäter die Bankkarten und Geheimnummern „unbefugt“ i.S.v. § 263 a I StGB benutzt haben. Dies ist jedoch zweifelhaft, da diese jeweils **vom berechtigten Karteninhaber die Bankkarte und die Geheimnummer** durch dessen Verfügung **erhält** und damit Abhebungen an Geldautomaten vorgenommen haben.

## I. Computer- und betrugsspezifische Auslegung des Tatbestandsmerkmals

„[Es] handelt nicht schon derjenige „unbefugt“, der **Daten entgegen dem Willen** des Berechtigten verwendet oder die verwendeten **Daten rechtswidrig erlangt** hat (vgl. BGH, Beschl. v. 29.06.2005 – 4 StR 550/04 = BGHSt 50, 174 [179] = NJW 2005, 2789 = NStZ 2005, 632; a.A. Hilgendorf, in: SSW-StGB, § 263 a Rn. 14; Kindhäuser, in: SK-StGB, 4. Aufl., § 263 a Rn 27). Aus der im Verhältnis zum berechtigten Karteninhaber missbräuchlichen Verwendung der Bankkarte mit der Geheimzahl folgt auch **keine fehlerhafte Beeinflussung der automatisierten Abläufe** (so die „**computerspezifische Auslegung**“). Nach der Rspr. des BGH ist der Anwendungsbereich des § 263 a I 3. Alt. StGB unter Berücksichtigung des Zwecks der Vorschrift durch **Struktur- und Wertgleichheit mit dem Betrugstatbestand** bestimmt. Mit § 263 a StGB sollte lediglich die Strafbarkeitslücke geschlossen werden, die dadurch entstanden war, dass der Tatbestand des **Betrugs menschliche Entscheidungsprozesse** voraussetzt, die beim Einsatz von EDV-Anlagen fehlen (vgl. Senat, Beschl. v. 21.11.2001 – 2 StR 260/01 = BGHSt 47, 160 [162] = NJW 2002, 905 = NStZ 2002, 544). Das Tatbestandsmerkmal „**unbefugt**“ erfordert daher eine **betrugsspezifische Auslegung** (vgl. Senat, Ur. v. 22.11.1991 – 2 StR 376/91 = BGHSt 38, 120 [124] = NJW 1992, 445 = NStZ 1992, 180; Beschl. v. 21.11.2001 – 2 StR 260/01 = BGHSt 47, 160 [163] = NJW 2002, 905 = NStZ 2002, 544; Tiedemann, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 263 a Rn 16 a).“ (BGH aaO.)

## II. Auslegungsmaßstab der betrugsspezifischen Auslegung des Merkmals „unbefugt“

### 1. Missbräuchliche Verwendung von Karte und PIN nicht mit Täuschung einer Person vergleichbar

Geht es beim Betrug um die Einwirkung auf menschliche Entscheidungsprozesse so fehlt es an diesem Merkmal gerade bei der Einwirkung auf einen automatisierten Vorgang.

„Die missbräuchliche Benutzung der vom Berechtigten mitsamt der Geheimnummer erlangten Bankkarte durch den Täter bei Abhebungen am Geldautomaten **entspricht nicht** einem **Betrug am Bankschalter**. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn es bei dem fiktiven Prüfvorgang eines Bankmitarbeiters um dieselben Aspekte ginge, die auch der Geldautomat abarbeitet (vgl. Senat, Beschl. v. 21.11.2001 – 2 StR 260/01 = BGHSt 47, 160 [163] = NJW 2002, 905 = NStZ 2002, 544; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1998, 137; OLG Koblenz, Ur. v. 02.02.2015 – 2 OLG 3 Ss 170/14). **Für den Automaten sind Identität und Berechtigung des Abhebenden mit der Eingabe der echten Bankkarte und der zugehörigen Geheimnummer hinreichend festgestellt.**“ (BGH aaO.)

### 2. Erforderlichkeit einer Datenmanipulation

Während die Betrugsstrafbarkeit auf eine Manipulation des menschlichen Entscheidungsprozesses abstellt, setzt der Computerbetrug eine Einwirkung auf Daten oder Datenverarbeitung voraus.

„Unbefugt i.S.d. § 263 a I StGB handelt danach nur derjenige, der **manipulierte oder kopierte Daten** verwendet. Nach der Rspr. soll allerdings auch derjenige einen Computerbetrug begehen, der sich durch Diebstahl oder Nötigung die für den Abhebungsvorgang erforderliche Datenkenntnis und Kartenverwendungsmöglichkeit verschafft hat. Insoweit führt die **Vergleichsbetrachtung von Betrug und Computerbetrug** nicht stets zu einem klaren Auslegungsergebnis. Sie muss um eine **Gesamtbetrachtung des Geschehens**, das zur Erlangung von Bankkarte und Geheimnummer geführt hat, sowie der Geldabhebung ergänzt werden. Danach gilt das Merkmal der **unbefugten Verwendung der Daten nicht** für denjenigen, der die Bankkarte und die Geheimnummer vom Berechtigten **jeweils mit dessen Willen erlangt** hat (vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 263 a Rn 10; Wohlers/ Mühlbauer, in: MüKo-StGB, 2. Aufl., § 263 a Rn 49 f.), mag die Überlassung auch auf einer Täuschung beruhen (vgl. Senat, Beschl. v. 15.01.2013 – 2 StR 553/12 = BeckRS 2013, 03329; Fischer, StGB, 62. Aufl., § 263 a Rn 13).“ (BGH aaO.)

### 3. Kein Computerbetrug bei Erlangung der Daten durch Betrug

Während nach Vorstehendem eine Strafbarkeit wegen Computerbetrugs sehr wohl in Betracht kommen kann, wenn Bankkarte und Geheimnummer durch Diebstahl oder der Nötigung erlangt werden, ist eine solche bei Erlangung von Karte und PIN durch Betrug nicht gegeben.

*„Wenn der Täter mit einer echten Bankkarte und der richtigen Geheimnummer, die er jeweils vom Berechtigten durch dessen **täuschungsbedingte Verfügung** erhalten hat, Geldabhebungen vornimmt, werden **nicht zwei Straftatbestände** des Betrugs und des Computerbetrugs erfüllt. Dieses Verhalten erfüllt **nur** den Tatbestand des **Betrugs gegenüber dem Berechtigten** (vgl. Senat, Beschl. v. 15.01.2013 – 2 StR 553/12 = BeckRS 2013, 03329; Bär, in: Wabnitz/Janovski, Handb. Wirtschafts- und SteuerstrafR, 4. Aufl., 14. Kap. Teil B Rn 23). Der Täter betrügt den berechtigten Inhaber von Bankkarte und Geheimnummer i.S.v. § 263 StGB, aber er „**betrügt**“ **nicht außerdem den Geldautomaten i.S.v. § 263 a StGB**, weil er danach die echte Bankkarte und die richtige Geheimnummer verwendet.“ (BGH aaO.)*

### III. Ergebnis

Der Angekl. L ist nicht wegen (gewerbs- und bandenmäßigen) Computerbetrugs gem. § 263 a I 3. Alt. und II StGB strafbar, sondern wegen (gewerbs- und bandenmäßigen) Betrugs i.S.v. § 263 I und V StGB, soweit er als Mittäter den Beschädigten die Bankkarten nebst Geheimnummer mithilfe einer Täuschung abgenommen hat, damit anschließend Geld abgehoben werden konnte.

(OVG Münster in NWVBI 2015, 242; Urteil vom 04.05.2015 – 19 A 2097/14)

1. Der Passversagungstatbestand in der 3. Variante des § 7 I Nr. 1 PassG setzt den durch **konkrete Tatsachen begründeten Verdacht** voraus, der Passbewerber werde sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden. Hierin liegt eine **Herabstufung des anzulegenden Wahrscheinlichkeitsmaßstabs** in Bezug auf die vorausgesetzte Gefährdung.
2. Die **Anknüpfungstatsachen für die Gefahrenprognose** müssen so konkret gefasst sein, dass sie einer Überprüfung im gerichtlichen Verfahren zugänglich sind; für sie verbleibt es bei dem Regelbeweismaß der vollen richterlichen Überzeugungsgewissheit nach § 108 I 1 VwGO.
3. In der Ausreise eines Deutschen zum Zweck der Unterstützung des militanten „Jihad“ liegt eine **Gefährdung sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland** im Sinne der 3. Variante des § 7 I Nr. 1 PassG.

**Fall:** Die Stadt E (Bekl.) entzog dem in der kreisfreien Stadt E wohnenden Kläger mit Ordnungsverfügung vom 19.12.2013 ohne vorherige Anhörung den Reisepass (Nr.1) und beschränkte den Geltungsbereich seines Personalausweises auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (Nr.2). Zur Begründung bezog sie sich auf den Inhalt des Behördenzeugnisses und führte an, die Teilnahme eines deutschen Staatsangehörigen am bewaffneten „Jihad“ sei geeignet, in erheblichem Maße die Auswärtigen Belange der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden. Es lägen schwerwiegende Anhaltspunkte dafür vor, dass er beabsichtige, die Bundesrepublik Deutschland zu verlassen, um sich im derzeitigen Krisengebiet Syrien am bewaffneten Kampf („Jihad“) zu beteiligen. Es werde keine Anhörung durchgeführt, da eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug notwendig erscheine. Ist die Entscheidung rechtmäßig?

Die Entscheidung ist rechtmäßig, wenn sie sich auf eine Ermächtigungsgrundlage stützen kann und sowohl formell wie auch materiell rechtmäßig ist.

### I. Ermächtigungsgrundlage

Die Passentziehung nach Nr. 1 der Ordnungsverfügung kann auf § 8 PassG gestützt werden, die in Nr. 2 der angefochtenen Ordnungsverfügung angeordnete Ausweisbeschränkung auf § 6 VII PAuswG.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Entscheidungen müssen formell rechtmäßig sein. Die Bekl. muss insofern zuständig gewesen sein und sowohl Form- als auch Verfahrensvorgaben eingehalten haben.

#### 1. Zuständigkeit

Nach § 19 I 1 PassG i.V.m. §§ 48 I, 3 I OBG NRW bzw. § 7 I PAuswG i.V.m. §§ 48 I, 3 I OBG NRW ist jeweils örtliche Ordnungsbehörde sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 19 III 1 PassG bzw. § 8 I 1 PAuswG. Danach ist der Ort des Wohnsitzes maßgeblich. Insofern war die Stadt E als Ordnungsbehörde sowohl sachlich als auch örtlich zuständig.

#### 2. Form

Die Verfügung musste nach § 20 OBG NRW schriftlich ergehen, was auch erfolgt ist. Fraglich ist jedoch, ob die nach § 39 I VwVfG NRW für schriftliche Verwaltungsakte erforderliche Begründung hier ausreichend war.

##### a) Anforderungen an eine Begründung

*„In der Begründung sind gemäß § 39 I 2 VwVfG NRW die **wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe** mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Dies verlangt **nicht** die **Darlegung aller Einzelheiten**, die für eine vollständige Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts notwendig wären; anzugeben sind jedoch die **tragenden Gründe**, von denen die erlassende Behörde bei ihrer Entscheidung ausgegangen ist, in tatsächlicher Hinsicht also der von der Behörde ermittelte als gegeben angenommene Sachverhalt. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs,*

VwVfG, 8. Auflage 2014, § 39 Rn. 45; Tiedemann in Bader/Ronellenfisch, VwVfG, 2010, § 39 Rn. 32 f.“ (OVG Münster aaO.)

## b) Anwendung auf den Fall

Ob die Beklagte diesen Anforderungen gerecht geworden ist, unterliegt Zweifeln.

„[Im] streitgegenständlichen Bescheid vom 19.12.2013 [wird] für die Darlegung der Tatsachen, die die Annahme einer Gefährdung im Sinne von § 7 I 1 Nr. 1 PassG rechtfertigen, lediglich darauf **verwiesen** hat, dass dem Kläger am 04.12.2013 am Flughafen Köln-Bonn die **Ausreise nach Istanbul untersagt** und gegen ihn von der **Staatsschutzabteilung** des Polizeipräsidiums X. ein **Verfahren eingeleitet** worden ist, sowie auf das **Behördenzeugnis** des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 04.12.2013. Das Behördenzeugnis beschränkt sich jedoch auf den Satz "Hier wurde dienstlich bekannt, dass Herr T8. K. beabsichtigt, gemeinsam mit weiteren Personen aus dem Umfeld der verbotenen Vereinigung 'Millatu Ibrahim' auszureisen, um sich am bewaffneten Jihad in Syrien zu beteiligen" und enthält mithin **keine konkreten Anknüpfungstatsachen**.“ Die zahlreichen Einzelheiten, die insbesondere dem seinerzeit bereits vorliegenden und in den Verwaltungsvorgängen befindlichen "Vermerk zur Person T8. K. " des Polizeipräsidiums X. vom 06.12.2013 zu entnehmen sind, sind in dem Bescheid weder wiedergegeben noch auch nur in Bezug genommen.“ (OVG Münster aaO.)

Den Verfügungen fehlt daher eine hinreichende Begründung. Der Begründungsmangel wurde auch nicht nach § 45 I Nr. 2 VwVfG NRW durch nachträgliche Ergänzung geheilt. Allerdings könnte der Begründungsmangel nach § 46 VwVfG NRW unbeachtlich sein.

„[Eine] etwaige Verletzung des Begründungserfordernisses hätte die **Entscheidung in der Sache offensichtlich nicht beeinflusst**. Im Streitfall erscheint es ausgeschlossen, dass bei Beachtung der Verfahrensvorschrift die Entscheidung anders ausgefallen wäre. Denn die Beklagte hat lediglich versäumt, die seinerzeit bereits bekannten, in den Verwaltungsvorgängen dokumentierten und der Verfügung zugrunde liegenden Umstände im Einzelnen aufzuführen.“ (OVG Münster aaO.)

Wegen des Begründungsdefizits kann daher Aufhebung des Verwaltungsakts nicht verlangt werden.

## 3. Verfahren

Schließlich muss die Behörde auch das vorgeschriebene Verfahren beachtet haben. Da es sich bei den Entscheidungen um belastende Verwaltungsakte handelt, hätte nach § 28 I VwVfG NRW grundsätzlich vor Erlass eine Anhörung stattfinden müssen. Fraglich ist jedoch, ob diese hier nicht nach § 28 II Nr. 1 VwVfG NRW entbehrlich war, weil nach den Umständen des Einzelfalls eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse notwendig erschien.

„Es genügt hierfür, dass die Behörde unter diesen Gesichtspunkten eine sofortige Entscheidung für notwendig halten durfte. Im Streitfall bestand die **Gefahr**, dass der Kläger eine Anhörung zur Passentziehung oder zur Ausreiseuntersagung zum Anlass genommen hätte, das **Bundesgebiet vor Erlass der Verfügung zu verlassen**. Die unten noch näher erläuterte Gefährdung wäre damit eingetreten, die Verfügung ins Leere gegangen. Daran führt nicht vorbei, dass der Reisepass bereits seit dem 04.12.2013 sichergestellt war; denn gleichwohl bestand die Gefahr, dass der Kläger eine Anhörung zur Passentziehung oder zur Ausreiseuntersagung zum Anlass der sofortigen Ausreise auf dem Landweg genommen hätte.“ (OVG Münster aaO.)

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 8 PassG kann ein Pass dem Inhaber entzogen werden, wenn Tatsachen bekannt werden, die nach § 7 I PassG die Passversagung rechtfertigen würden. Nach § 6 VII PAusW kann die zuständige Behörde unter den Voraussetzungen des § 7 I PassG im Einzelfall anordnen, dass der Ausweis nicht zum Verlassen Deutschlands berechtigt.

### 1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

§ 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. Hier hat die Behörde beide Maßnahmen ausschließlich auf die 3. Variante des § 7 I Nr. 1 PassG gestützt (Gefährdung sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland). Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.

### a) Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt

„Für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist der **Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung** maßgeblich. Denn sowohl bei der Entziehung des Reisepasses als auch bei der räumlichen Beschränkung des Geltungsbereichs des Personalausweises handelt es sich um einen **Verwaltungsakt mit Dauerwirkung**. Dauerverwaltungsakte sind solche Verfügungen, die einen fortwährenden Regelungsgehalt haben, und deren Rechtsgrundlage verlangt, dass ihre **tatbestandlichen Voraussetzungen während des gesamten Wirkungszeitraums der Regelung** vorliegen. Wolff in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Auflage 2014, § 113 Rn. 116 mit weiteren Nachweisen. Dies ist hier der Fall. Sowohl die **Passentziehung** als auch die **räumliche Beschränkung des Geltungsbereichs des Personalausweises** erschöpfen sich nicht in einer einmaligen Anordnung, sondern **entfalten dauerhafte Wirkung für den Betroffenen**. Vgl. VG Berlin, Urteil vom 06.03.2012 - 23 K 59/10 -, juris Rn. 15.“ (OVG Münster aaO.)

### b) Unterstützung des militanten "Jihad" als eine Gefährdung sonstiger erheblicher Belange der BRD

Fraglich ist, ob die Unterstützung des militanten "Jihad" eine Gefährdung sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland darstellt.

#### aa) Auslegung des Begriffs „sonstige erhebliche Belange“

„Der Begriff „sonstige erhebliche Belange“ ist ein **unbestimmter Rechtsbegriff**, dessen Vorliegen der Senat in vollem Umfang nachzuprüfen hat. Er erfasst Tatbestände, die in ihrer Erheblichkeit den beiden anderen Tatbestandsvarianten (innere und äußere Sicherheit) nahekommen. Sie müssen **so gewichtig** sein, dass die Passbehörde sie aus **zwingenden staatspolitischen Gründen** der freiheitlichen Entwicklung in der Bundesrepublik voranstellen muss. Das ergibt sich aus dem Zusammenhang der drei Tatbestandsvarianten des § 7 I Nr. 1 PassG. Der Passinhaber gefährdet sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland 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** (vgl. BVerwGE 129, 142; VGH BW, VBIBW 2005, 231; OVG NRW, NVwZ-RR 2014, 593.“ (OVG Münster aaO.)

#### bb) Anwendung auf den Fall

Die Beteiligung am militanten "Jihad" ist könnte geeignet sein, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik zu schädigen.

„Terroranschläge des militanten "Jihad", an denen deutsche Staatsangehörige mitwirken, **tangieren massiv die Sicherheitsinteressen der davon betroffenen Länder sowie der internationalen Staatengemeinschaft** und sind geeignet, die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik nachhaltig zu beeinträchtigen (vgl. OVG NRW, NVwZ-RR 2014, 593; VG Arnsberg, Urteil vom 23.01.2015 - 12 K 2036/13 -, juris Rn. 32; VG Münster, Beschluss vom 27.06.2014 - 1 L 328/14 -, juris Rn. 9; VG Hamburg, Beschluss vom 23.11.2012 - 2 E 2951/12 -, juris Rn. 14; VG Berlin, Urteil vom 06.03.2012 - 23 K 59.10 -, juris Rn. 18; VG Braunschweig, Beschluss vom 27.10.2011 - 5 B 164/11 -, juris Rn. 21; VG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30.11.2009 - 5 L 3142/09.F -, juris; VG Aachen, Urteil vom 26.08.2009 - 8 K 637/09 -, juris Rn. 45; abweichend Daum, Anforderungen an Ausreisebeschränkungen von Islamisten, DÖV 2014, 526 [531]). Dies unterstreicht der Umstand, dass der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen mit der am 24.09.2014 verabschiedeten Resolution 2178 (2014) die **Mitgliedstaaten dazu verpflichtet**, Personen, die im Ausland terroristische Taten begehen wollen, an der Einreise, dem Transit und der Ausreise zu hindern und entsprechende Taten **unter Strafe zu stellen**. Dabei werden **sämtliche Vorbereitungs-, Unterstützungs- und Finanzierungshandlungen** erfasst. Vgl. Payandeh, Globale Anti-Terrorgesetzgebung: Die deutsche Rechtsordnung im Sog des UN-Sicherheitsrats?, ZRP 2014, 241 (242). Zudem gibt eine Vielzahl der militanten Kämpfer seine Herkunft und seine Staatsangehörigkeit in Videobotschaften in den sozialen Netzwerken öffentlich bekannt und kokettiert nicht selten sogar damit, Bürger eines westlichen Staates zu sein, den dieser Staat eingebürgert hat.“ (OVG Münster aaO.)

Die Ausreise eines Deutschen zum Zweck der Unterstützung des militanten "Jihad" begründet damit eine Gefährdung sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland im Sinne der 3. Variante des § 7 I Nr. 1 PassG.

### c) Vorliegen von Tatsachen, welche eine entsprechende Absicht des Kl. annehmen lassen

Darüber hinaus müssten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Kläger zur Unterstützung des militanten "Jihad" nach Syrien ausreisen wollte und noch will.

## aa) Anforderungen an Gefahrenprognose

### (1) Herabstufung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs für Gefahrenprognose

Die Gefahrenprognose ist insofern reduziert, dass nicht die Feststellung einer Gefahr erforderlich ist, sondern lediglich die Annahme einer Gefährdung gerechtfertigt sein muss.

„Der Passversagungstatbestand in § 7 I Nr. 1 PassG setzt voraus, dass **konkrete Tatsachen** vorliegen, die die Begründetheit der behördlichen Gefahren einschätzung nachvollziehbar rechtfertigen. Hinsichtlich dieser Gefahren einschätzung erfordert § 7 I Nr. 1 PassG **keine eindeutigen Beweise**; es reicht aus, wenn der **begründete Verdacht** einer Gefährdung der Belange der Bundesrepublik Deutschland besteht. Eine **bloße Möglichkeit, eine reine Vermutung** oder ein durch konkrete Tatsachen nicht belegbarer Verdacht **genügen hingegen nicht**, um eine konkrete Gefährdungslage im Sinne des § 7 I Nr. 1 PassG zu begründen.

Diese **Herabstufung des anzulegenden Wahrscheinlichkeitsmaßstabs** in Bezug auf die vorausgesetzte Gefährdung ergibt sich aus dem Wortlaut des § 7 I Nr. 1 PassG, der lediglich verlangt, dass Tatsachen **„die Annahme“ einer Gefährdung** im Sinne der Nr. 1 begründen, **ohne dass die Gefährdung selbst vorliegen muss** (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/2726 vom 18.02.2000, S. 6; OVG NRW, NVwZ-RR 2014, 593 = juris Rn. 5 ff.; VG Berlin, Urteil vom 06.03.2012 - 23 K 59.10 -, juris Rn. 18; VG Braunschweig, Beschluss vom 27.10.2011 - 5 B 164/11 -, juris Rn. 22; VG Aachen, Urteil vom 26.08.2009 - 8 K 637/09 -, juris Rn. 46; entsprechend zur Passentziehung wegen Steuerflucht nach § 7 I Nr. 4 PassG OVG Bremen, Beschluss vom 25.01.2013 - 1 B 297/12 -, NordÖR 2013, 217 = juris Rn. 5.) 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, Beschluss vom 16.07.2003 - 6 VR 10.02 -, juris Rn. 13; zu § 11 Satz 1 Nr. 1 StAG etwa BVerwG, Beschluss vom 08.06.2011 - 5 B 55.10 -, juris Rn. 3.). Die Herabstufung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs nach § 7 I Nr. 1 PassG erstreckt sich auf die von dieser Vorschrift vorausgesetzte Gefährdung, nicht aber auch auf die einzelnen **„bestimmten Tatsachen“** im Sinne dieses Eingriffstatbestandes. Diese Anknüpfungstatsachen für die Gefahrenprognose müssen nach Zeit, Ort und Inhalt so konkret gefasst sein, dass sie einer Überprüfung im gerichtlichen Verfahren zugänglich sind; für sie verbleibt es bei dem Regelbeweismaß der vollen richterlichen Überzeugungsgewissheit nach § 108 I 1 VwGO (vgl. OVG NRW, NVwZ-RR 2014, 593)“ (OVG Münster aaO.)

### (2) Anforderungen an Tatsachengrundlage bei Passentziehung wegen Teilnahme am Jihad

Fraglich ist daher, wie konkret und sicher die Tatsachengrundlage bei einer Passentziehung wegen Teilnahme am Jihad sein muss.

„Bei einer **Passentziehung wegen befürchteter Ausreise zur Teilnahme am bewaffneten „Jihad“** kommen ebenso wie bei der Beschränkung des Geltungsbereichs des Personalausweises 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 oder an einem Ausbildungscamp für Terroristen; Auffinden von Notizzetteln mit Rufnummern oder Anschriften; vgl. OVG NRW, NVwZ-RR 2014, 593; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 07.03.2011 - 5 S 22.10, 5 M 34.10 -, juris, Rn. 4, 6; VG Münster, Beschluss vom 27.06.2014 - 1 L 328/14 -, juris Rn. 7; VG Hamburg, Beschluss vom 23.11.2012 - 2 E 2951/12 -, juris Rn. 18 ff.; VG Berlin, Urteile vom 06.03.2012 - 23 K 59.10 -, juris Rn. 18, und - 23 K 58.10 -, juris, Rn. 20; VG Braunschweig, Beschluss vom 27.10.2011 - 5 B 164/11 -, juris Rn. 20; OVG NRW, Beschluss vom 11.11.2013 - 18 B 866/13 -, juris Rn. 11; Daum, aaO., S. 529.) Dabei ist es **nicht erforderlich**, dass das **Reiseziel**, die **Art und Weise der Beteiligung** am „Jihad“ und die **Rückkehrabsicht** des Verfügungsadressaten jeweils konkret bezeichnet werden können. Angesichts des erheblichen Gewichts der Gefährdung kann insoweit auf **allgemeine Erkenntnisse zur Unterstützung des bewaffneten „Jihad“** zurückgegriffen werden. Hierzu ist dem Verfassungsschutzbericht 2013 unter anderem zu entnehmen, die Grenzen zwischen politischen und „jihadistischen“ Salafisten seien fließend. Bis Anfang 2014 hätten Erkenntnisse zu mehr als 270 deutschen Islamisten bzw. Islamisten aus Deutschland vorgelegen, die in Richtung Syrien ausgereist seien, um sich an den Kampfhandlungen zu beteiligen oder den Widerstand gegen das Assad-Regime in sonstiger Weise zu unterstützen - ein Trend, dessen Ende nicht abzusehen sei. Wenngleich aus den meisten Bundesländern Personen nach Syrien ausgereist seien, sei eine Schwerpunktbildung insbesondere dort zu erkennen, wo - wie in T. - über Jahre eine aktive islamistische Szene existiere. In vielen Fällen bleibe das tatsächliche Ziel der Ausreisen unklar.“ (OVG Münster aaO.)

## bb) Anwendung auf den Fall

„Dies zugrunde gelegt begründen im Fall des Klägers bestimmte Tatsachen im Sinne der 3. Variante des § 7 I Nr. 1 PassG die Annahme, dass er sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährdet, nämlich deren auswärtige Beziehungen. Die Beklagte hat ihre behördliche Gefahreinschätzung, der Kläger wolle zum Zweck der Beteiligung am bewaffneten Jihad im Bürgerkrieg in Syrien ausreisen, auf konkrete Tatsachen gestützt, die die Begründetheit dieser Prognose nachvollziehbar rechtfertigen. [wird ausgeführt]“ (OVG Münster aaO.)

Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Passentziehung wie auch für eine Beschränkung des Geltungsbereichs des Personalausweises nach § 8 PassG i.V.m. § 7 I Nr. 1 PassG und § 6 VII PAuswG i.V.m. § 7 I Nr. 1 PassG liegen damit vor.

## 2. Ermessen

Allerdings handelt es sich sowohl bei beiden Maßnahmen um Ermessensentscheidungen, so dass noch zu prüfen ist, ob sie ermessensgerecht sind.

„Die Voraussetzungen des § 7 II PassG, wonach von einer **Passversagung** abzusehen ist, wenn sie **unverhältnismäßig** ist, insbesondere wenn es genügt, den Geltungsbereich oder die Gültigkeitsdauer des Passes zu beschränken, sind nicht erfüllt. Die Maßnahme ist **geeignet, erforderlich und auch angemessen**, die nach dem oben Ausgeführten weiterhin gegebene Gefahr einer Teilnahme des Klägers am bewaffneten "Jihad" im Ausland zumindest zu verringern. **Mildere Mittel mit gleicher Eignung** zur Zielerreichung sind **nicht ersichtlich**. Insbesondere scheidet angesichts der Unbestimmtheit der konkreten Unterstützungshandlungen und der Vielzahl der Reisemöglichkeiten eine Beschränkung des Geltungsbereichs des Passes auf bestimmte Länder aus. Da derzeit **keine hinreichenden Erkenntnisse** dafür vorliegen, dass die **Ausreiseabsicht des Klägers zeitlich begrenzt** wäre, führt auch die mangelnde Befristung nicht zur Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen. Die Behörde hat überdies den Fall unter Kontrolle zu halten, da den Verwaltungsakten Dauerwirkung zukommt. Gemäß § 7 II 3 PassG wird auf Antrag ein neuer Pass ausgestellt, soweit die Voraussetzungen für die Beschränkung fortfallen.

Der Senat verkennt nicht, dass die Entziehung des Passes für den Kläger einen **erheblichen Eingriff** in seine grundgesetzlich geschützte **Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG** darstellt. Dieser Eingriff ist jedoch angesichts der Schwere des hier zu schützenden Rechtsguts gerechtfertigt. Dem Schutz der damit betroffenen Rechtsgüter - insbesondere dem Schutz von Leib und Leben unbeteiligter Dritter vor terroristischen Anschlägen als international anerkanntes Schutzgut - kommt angesichts der ihnen nach Lage der Dinge drohenden Beeinträchtigungen überragendes Gewicht zu. Entsprechendes gilt im Hinblick auf die verfügte Beschränkung des Geltungsbereichs des Personalausweises des Klägers.“ (OVG Münster aaO.)

Die Entscheidungen waren damit auch verhältnismäßig und ermessensgerecht.

## IV. Ergebnis

Sowohl die Passentziehung als auch die Beschränkung der räumlichen Geltung des Personalausweises sind rechtmäßig.

GG

„Pferdesteuer“

AbgabenR

Art. 105 Ila 1

Legitimierung örtlicher Aufwandsteuer als Lenkungssteuer

(BVerwG in KommJur 2015, 415; Beschluss vom 18.08.2015 – 9 BN 2.15)

1. Auf das **Halten und entgeltliche Benutzen von Pferden für den persönlichen Lebensbedarf** kann eine örtliche Aufwandsteuer (Art. 105 Ila 1 GG) erhoben werden. Für den erforderlichen **örtlichen Bezug** kommt es nicht auf den Wohnort des Pferdehalters, sondern auf die **Unterbringung des Pferdes** in der steuererhebenden Gemeinde an.
2. Der Umstand allein, dass ein subventioniertes Verhalten besteuert wird, bedeutet noch keinen Verstoß gegen den **Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung**.
3. Eine Aufwandsteuer muss neben der Einnahmenerzielung **nicht stets einen Lenkungszweck als Nebenzweck** verfolgen.

**Fall:** Die Pferdesteuersatzung der beklagten Stadt bestimmt, dass für das Halten und das entgeltliche Benutzen von Pferden für den persönlichen Lebensbedarf eine Pferdesteuer von 200 € pro Pferd und Jahr zu erhoben wird. Die Kläger, ein Reiterverein und mehrere Einzelläger haben gegen diese Satzung ein Normenkontrollverfahren eingeleitet. In Hessen ist das Normenkontrollverfahren gegen sonstige Satzungen nach § 47 I Nr. 2 VwGO vorgesehen. Die Kläger wenden gegen die Satzung ein, dass die Erhebung einer Steuer auf das Halten und entgeltliche Benutzen von Pferden als örtliche Aufwandssteuer gegen Art. 105 Ila 1 GG verstoße und zudem zu einem Widerspruch in der Rechtsordnung führen würde, da das Halten von Pferden subventioniert werde. Sind die Einwände begründet?

#### I. Zulässigkeit einer Pferdesteuer als örtliche Aufwandssteuer

Auch der örtliche Verbrauch und Aufwand kann Anknüpfungspunkt für eine Steuerbelastung sein. Das Grundgesetz nimmt die **örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern** bei der Regelung der Gesetzgebungshoheit (Art. 105 Ila GG) und der Ertragshoheit (Art. 106 VI 1GG) in ihrer **historisch gewachsenen Bedeutung** auf und anerkennt sie als zulässige Form des Steuerzugriffs (vgl. BVerfGE 65, 325 (343); 93, 121 [134 f.]). Die Erhebung derartiger Steuern ist im Grundgesetz vorgesehen und deshalb **verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden**.

Die **Länder** haben von ihrer ausschließlichen Landeszuständigkeit für die in Art. 105 Ila GG bezeichneten Steuern dadurch Gebrauch gemacht, dass sie durch ihre Kommunalabgabengesetze die **Gemeinden** zur satzungsmäßigen Regelung dieser Steuer **ermächtigt** haben.

##### 1. Begriff der örtlichen Aufwandsteuer

„Eine örtliche Aufwandsteuer im Sinne des Art. 105 Ila GG soll die in der **Einkommensverwendung für den persönlichen Lebensbedarf** zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen treffen. Der Konsum als Aufwand ist typischerweise Ausdruck und Indikator der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Ob der Aufwand im Einzelfall die Leistungsfähigkeit überschreitet, ist für die Steuerpflicht unerheblich (st. Rspr., vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 06.12.1983 - 2 BvR 1275/79 - BVerfGE 65, 325 [347 f.], vom 11.10.2005 - 1 BvR 1232/00, 1 BvR 2627/03 [ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20051011.1bvr123200] - BVerfGE 114, 316 [334] und vom 15.01.2014 - 1 BvR 1656/09 - BVerfGE 135, 126 Rn. 45, jeweils zur Zweitwohnungsteuer; BVerwG, Urteile vom 11.07.2012 - 9 CN 1.11 - BVerwGE 143, 301 Rn. 13 zur Übernachtungssteuer und vom 15.10.2014 - 9 C 8.13 - BVerwGE 150, 225 Rn. 18 zur Hundesteuer).

Örtlich ist eine Aufwandsteuer dann, wenn sie **an örtliche Gegebenheiten**, vor allem die Belegenheit einer Sache oder einen Vorgang im Gemeindegebiet, **anknüpft** und es wegen der Begrenztheit der unmittelbaren Wirkungen der Steuer auf das Gemeindegebiet nicht zu einem die Wirtschaftseinheit berührenden Steuergefälle kommen kann (BVerfG, Beschlüsse vom 23.07.1963 - 2 BvL 11/61 - BVerfGE 16, 306 [327] und vom 06.12.1983 - 2 BvR 1275/79 - BVerfGE 65, 325 [349]; BVerwG, Beschluss vom 25.04.2013 - 9 B 41.12 - Buchholz 401.65 Hundesteuer Nr. 13 Rn. 5).

Schließlich darf die Steuer **nicht einer bundesgesetzlich geregelten Steuer gleichartig** sein (vgl. näher zum Gleichartigkeitsverbot des Art. 105 Ila GG BVerwG, Urteil vom 11.07.2012 - 9 CN 1.11 - BVerwGE 143, 301 Rn. 22 ff.).“ (BVerwG aaO.)

##### a) Besteuerung der durch die Einkommensverwendung zum Ausdruck kommenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Fraglich ist, ob eine Steuer, die auf das Halten und entgeltliche Benutzen von Pferden (im Folgenden Pferdesteuer) erhoben wird, insofern als örtliche Aufwandsteuer begriffen werden kann.

„Das Halten eines Pferdes geht - vergleichbar der Hundehaltung oder dem Innehaben einer Zweitwohnung - über die **Befriedigung des allgemeinen Lebensbedarfs** hinaus und **erfordert einen zusätzlichen Vermögensaufwand**. Dabei ergibt sich aus dem Umstand, dass mit dem Halten eines Pferdes erstmals eine **olympische Sportart besteuert** wird, entgegen der Auffassung der Beschwerde noch kein besonderer Klärungsbedarf. Einen zusätzlichen Vermögensaufwand erfordert auch das entgeltliche Benutzen von Pferden, etwa zum Erlernen des Reitens, zum Ausritt oder zur sportlichen Betätigung im Rahmen von Turnieren. In der Pferdesteuersatzung der Antragsgegnerin wird die hierfür vorgesehene **Steuer indirekt beim Pferdehalter als Veranstalter erhoben**; dieser kann die Steuer über die jeweilige Preisgestaltung auf seinen Kunden abwälzen. Auch die hiermit verbundenen Fragen sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts geklärt. Danach genügt die **Möglichkeit einer kalkulatorischen Überwälzung** in dem Sinne, dass der Steuerschuldner den von ihm gezahlten Betrag in die Kalkulation seiner Selbstkosten einsetzt und hiernach die zur Aufrechterhaltung der Wirtschaftlichkeit seines Unternehmens geeigneten Maßnahmen - etwa Umsatzsteigerung oder Senkung der sonstigen Kosten - treffen kann. Es reicht aus, wenn die **Steuer auf eine Überwälzung der Steuerlast vom Steuerschuldner auf den Steuerträger angelegt** ist, auch wenn die Überwälzung nicht in jedem Einzelfall gelingt (st. Rspr., vgl. BVerfG, Beschluss vom 04.02.2009 - 1 BvL 8/05 - BVerfGE 123, 1 [22 f.]; BVerwG, Urteil vom 10.12.2009 - 9 C 12.08 - BVerwGE 135, 367 Rn. 28; Beschlüsse vom 24.02.2012 - 9 B 80.11 - Buchholz 401.68 Vergnügungssteuer Nr. 54 Rn. 07. und vom 21.11.2014 - 9 B 20.14 - NVwZ 2015, 378 Rn. 14).“ (BVerwG aaO.)

Bei der Pferdesteuer handelt es sich damit ohne Weiteres um eine örtliche Aufwandsteuer im Sinne des Art. 105 Ila 1 GG (vgl. nur VGH München, Urteil vom 17.02.1982 - 100 IV/77 - NVwZ 1983, 758 [759]; Merl, Der Gemeindehaushalt 1996, 164; König/Zimmermann, ZKF 2015, 103 f.; Finke/Kreuter, LKV 2015, 49 [51 ff.]; Rauscher/Rauber, KStZ 2011, 161 f.; Meier, KStZ 2010, 221; Birk, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Stand März 2015, § 3 Rn. 242). Dem steht auch nicht entgegen, dass eine Aufwandsteuer **nicht für Gegenstände oder Dienstleistungen** erhoben werden darf, die nicht der Einkommensverwendung (privatem Aufwand) (Dietlein/Peters, LKV 2013, 1 ff., sondern **der Einkommenserzielung dienen** (BVerfGE 65, 325 [347]; BVerwGE 143, 301 Rn. 14; so aber Dietlein/Peters, LKV 2013, 1 ff.).

„Das hat der Verwaltungsgerichtshof zutreffend berücksichtigt und auf § 6 der Satzung verwiesen, nach der **nachweislich zum Haupterwerb** im Rahmen der Berufsausübung eingesetzte Pferde **von der Steuerpflicht ausgenommen** sind. Zudem sieht die streitgegenständliche Satzung der Antragsgegnerin in § 1 ausdrücklich vor, dass nur die Einkommensverwendung "für den persönlichen Lebensbedarf" besteuert wird; § 2 I beschränkt den Steuergrund auf das **Halten und Benutzen von Pferden "zur Freizeitgestaltung"**. Zwar ist nicht zu verkennen, dass die hierdurch erforderliche Unterscheidung von Aufwendungen für den persönlichen Lebensbedarf auf der einen und für berufliche bzw. gewerbliche Zwecke auf der anderen Seite zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen kann. Dies stellt aber die grundsätzliche Zulässigkeit als örtliche Aufwandsteuer nicht in Frage. Ähnliche Probleme haben sich auch nach Einführung der Zweitwohnungsteuer für Fälle der Mischnutzung von Ferienwohnungen ergeben. Insoweit ist inzwischen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass eine Zweitwohnungsteuer erhebende Gemeinde von Verfassungs wegen gehalten ist, solche Wohnungen von dieser örtlichen Aufwandsteuer auszunehmen, die als reine Geld- oder Vermögensanlage gehalten werden, während die Zweitwohnungsteuerpflicht im Grundsatz feststeht, wenn die Wohnung jedenfalls auch zu Zwecken der eigenen Lebensführung genutzt wird (BVerwG, Beschluss vom 26.07.2005 - 10 B 48.05 - Buchholz 401.61 Zweitwohnungsteuer Nr. 22 S. 33 m.w.N.). Vergleichbare Differenzierungen sind bei der Handhabung der Hundesteuer (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.05.2007 - 10 C 1.07 - Buchholz 401.65 Hundesteuer Nr. 12 Rn. 15 zu einem Polizeidiensthund) und der Übernachtungssteuer (vgl. BVerwG, Urteil vom 11.07.2012 - 9 CN 1.11 - BVerwGE 143, 301 Rn. 16 ff.) zu beachten.“ (BVerwG aaO.)

## b) Anknüpfung an örtliche Gegebenheiten

Die Steuer wird – unabhängig vom Wohnsitz des Pferdehalters – für alle Pferde erhoben, welche im Stadtgebiet der Antragsgegnerin abgestellt wird. Fraglich ist, ob dies den Anforderungen an die Örtlichkeit einer Steuer entspricht, da auch Einwohner anderer Gemeinden betroffen sind.

„Der Verwaltungsgerichtshof hat als **steuerauslösende Tatbestände** auf das Halten und das entgeltliche Benutzen von Pferden durch natürliche Personen im Stadtgebiet der Antragsgegnerin abgestellt und darin die Anknüpfung an eine örtliche Gegebenheit gesehen. Dagegen ist rechtlich nichts zu erinnern. Denn, anders als die Beschwerde meint, kommt es für den **Begriff der Örtlichkeit** nicht darauf an, ob der Wohnsitz des Pferdehalters mit dem Ort der Pferdehaltung übereinstimmt. Entscheidend ist, dass das Halten und Benutzen von Pferden einen **Vorgang im Gemeindegebiet** darstellt. Darin liegt das die Aufwandsteuer als Gemeindesteuer begründende "örtliche Element" (BVerfG, Beschluss vom 23.07.1963 - 2 BvL 11/61 - BVerfGE 16, 306 [324]).

*Im Fall der Pferdesteuer entsteht der **steuerbare Aufwand in derjenigen Gemeinde, in der das Pferd untergebracht bzw. entgeltlich benutzt** wird, und zwar unabhängig davon, ob der Pferdehalter in derselben Gemeinde ansässig ist (ebenso VGH München, Urteil vom 17.02.1982 - 100 IV/77 - NVwZ 1983, 758 [759]; König/Zimmermann, ZKF 2015, 103 [104]; a.A. Finke/Kreuter, LKV 2015, 49 [56]). Die von der Beschwerde aufgezeigte **Gefahr der Doppelbesteuerung** desselben Pferdes durch mehrere Gemeinden besteht **deshalb nicht**. Das unmittelbare Zusammenfallen von Wohnsitz des Halters und Unterbringungsort des Pferdes ist nicht Voraussetzung des Örtlichkeitsbezugs, wie dies offenbar die Beschwerde mit Verweis auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 25.04.2013 - 9 B 41.12 - (Buchholz 401.65 Hundesteuer Nr. 13) meint. Worin das "örtliche Element" der Aufwandsteuer zu sehen ist, hängt von der jeweiligen Eigenart der einzelnen Steuer ab, nämlich inwieweit sie auf die Belegenheit einer Sache oder einen Vorgang im Gemeindegebiet abstellt. Zu Recht geht der Verwaltungsgerichtshof auch davon aus, dass es für den Örtlichkeitsbezug nicht auf den jeweiligen tatsächlichen Aufenthaltsort des Pferdes ankommt, sondern darauf, ob der Steuertatbestand im Stadtgebiet verwirklicht ist. Deshalb ist es unerheblich, dass Pferde im Einzelfall, etwa zu Turnieren, vorübergehend aus dem Stadtgebiet verbracht werden." (BVerwG aaO.)*

### c) Verbot der Gleichartigkeit

Der Aufwand für das Halten eines Pferdes und für das entgeltliche Benutzen wird bundesrechtlich nicht besteuert. Die hier erhobene Pferdesteuer ist daher nicht mit einer bundesgesetzlich geregelten Steuer gleichartig.

Die Voraussetzungen für die Erhebung der Pferdesteuer als örtliche Aufwandssteuer liegen damit vor.

## II. Verstoß gegen den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

Es könnte ein Verstoß gegen den **bundesverfassungsrechtlichen Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung** gegeben sein, weil die Pferdesteuer als Aufwandsteuer durch ihre mittelbaren Wirkungen selektiv auf solche Bereiche zugreift, denen durch Maßnahmen des Bundes und der Länder eine explizite (finanzielle und sachliche) Förderung zuteilwird. Dies würde auch dann gelten, wenn der Widerspruch einer kommunalen Steuernorm zu bundes- oder landesrechtlichen Handlungs- oder Regelungszielen nur aus einem Teil des Steuertatbestandes folgt.

*„Der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung erfasst insbesondere Fälle, in denen die Steuererhebung mit Lenkungszwecken verbunden ist. Greift die steuerliche Lenkung auf eine Sachmaterie über, dürfen die steuerrechtlichen Vorschriften den **vom zuständigen Sachgesetzgeber getroffenen Regelungen** - und zwar sowohl der Gesamtkonzeption als auch den konkreten Einzelregelungen - **nicht widersprechen** (BVerfG, Urteil vom 07.05.1998 - 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95 - BVerfGE 98, 106 [118 f.]; Beschluss vom 21.06.2006 - 2 BvL 2/99 - BVerfGE 116, 164 [186]). In einem allgemeiner verstandenen Sinne verlangt der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung die **Beachtung der bundesstaatlichen Grenzen** und bei der Ausübung der jeweiligen Gesetzgebungskompetenz **wechselseitig bundesstaatliche Rücksichtnahme**. Konzeptionelle Entscheidungen des zuständigen Bundesgesetzgebers dürfen durch Entscheidungen eines Landesgesetzgebers nicht verfälscht werden; insbesondere dürfen den Normadressaten **nicht gegenläufige Regelungen erreichen**, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen (BVerfG, Urteil vom 07.05.1998 - 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95 - BVerfGE 98, 106 [118 f.]; BVerwG, Urteil vom 11.07.2012 - 9 CN 1.11 - BVerwGE 143, 301 Rn. 29).“ (BVerwG aaO.)*

Allerdings ist hier nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin mit der Pferdesteuer überhaupt Lenkungszwecke verfolgt. Vor diesem Hintergrund kommt auch ein Widerspruch zu sonstigen gesetzlichen Regelungszielen nicht in Betracht.

*„Der bloße Hinweis, durch die Steuererhebung werde die **Pferdehaltung "insgesamt erheblich unattraktiver gemacht"**, legt noch keinen Widerspruch der Pferdesteuer zu den von der Beschwerde benannten Bundesgesetzen (Tierzuchtgesetz und Rennwett- und Lotteriegesetz) bzw. zu den damit verfolgten Zielen der Förderung der Pferdezucht und des Pferdesports dar. Der Umstand allein, dass ein **subventioniertes Verhalten besteuert** wird, bedeutet noch keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung (vgl. BVerwG, Urteil vom 11.07.2012 - 9 CN 1.11 - BVerwGE 143, 301 Rn. 29 zur Besteuerung von Übernachtungen trotz der hierauf bestehenden Ermäßigung der Umsatzsteuer).“ (BVerwG aaO.)*

## III. Zulässigkeit einer Aufwandssteuer zur bloßen Einnahmenerzielung

Fehlt der Aufwandssteuer aber – wie festgestellt – eine Lenkungsfunktion, so stellt sich die Frage, ob eine örtliche Aufwandssteuer auch allein zum Zweck der Einnahmenerzielung erhoben werden darf.

*„Mit seiner Aussage, für den Erlass einer steuerbegründenden Norm sei es **nicht erforderlich**, dass mit ihr **neben dem Zweck der Einnahmeerzielung weitere Zwecke** verfolgt werden, vielmehr dienen viele Steuernormen allein dem Zweck, öffentliche Einnahmen zu beschaffen, weicht der Verwaltungsgerichtshof nicht von*

den in der Beschwerde im Einzelnen aufgeführten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bzw. des Bundesverwaltungsgerichts ab. Denn keine dieser Entscheidungen enthält den Rechtssatz, dass ein Steuergesetz neben der Einnahmenerzielung stets einen Lenkungszweck als Nebenzweck verfolgen muss. Dass dies nicht der Fall ist, ergibt sich bereits aus § 3 I Halbs. 1 AO. Danach sind **Steuern Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen** und von einem öffentlichrechtlichen Gemeinwesen zur **Erzielung von Einnahmen** allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Dabei entspricht es im Hinblick auf § 3 Abs. 1 Halbs. 2 AO gefestigter Rechtsprechung, dass eine Steuerregelung auch **Lenkungswirkungen mitverfolgen darf** (BVerfG, Urteil vom 27.06.1991 - 2 BvR 1493/89 - BVerfGE 84, 239 [274]; Beschluss vom 22.06.1995 - 2 BvL 37/91 - BVerfGE 93, 121 [147]), mag die Lenkung Haupt- oder Nebenzweck sein (vgl. BVerfG, Urteile vom 10.12.1980 - 2 BvF 3/77 - BVerfGE 55, 274 [299] und vom 07.05.1998 - 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95 - BVerfGE 98, 106 [118]), und dass sie hierfür keiner zur Steuergesetzgebungskompetenz hinzutretenden Sachkompetenz bedarf (vgl. nur BVerwG, Urteil vom 15.10.2014 - 9 C 8.13 - BVerwGE 150, 225 Rn. 18 m.w.N.).

Die **in der Literatur vereinzelt vertretene Auffassung**, auch örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern könnten nur als Lenkungssteuern legitimiert werden (Englisch, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl. 2013, § 18 Rn. 123; noch grundlegendere Kritik an den örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern übt Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Band II, 2. Aufl. 2003, etwa S. 1105 und S. 1127 f.), hat sich **weder in der übrigen Literatur** (vgl. etwa Wernsmann, in: DStJG 35 (2012) S. 95 [107]) **noch in der Rechtsprechung durchgesetzt**.“ (BVerwG aaO.)

Die Erhebung einer örtlichen Aufwandsteuer ist daher nicht davon abhängig, dass auch ein Lenkungszweck verfolgt wird.

#### IV. Einhaltung des Grundsatzes der Steuergerechtigkeit (Art. 3 I GG)

„Bei der Erschließung von Steuerquellen hat der Gesetzgeber eine **weitgehende Gestaltungsfreiheit**. Entschließt er sich, eine bestimmte Steuerquelle zu erschließen, andere Steuerquellen dagegen nicht auszuschöpfen, so ist der allgemeine Gleichheitssatz nicht verletzt, wenn finanzpolitische, volkswirtschaftliche, sozialpolitische oder steuertechnische Erwägungen die verschiedene Behandlung motivieren. Dabei genügt es, wenn einer der genannten Gründe die verschiedene Behandlung trägt. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers endet erst dort, wo die gleiche oder ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist, wo also kein **einleuchtender Grund mehr für die Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung besteht (Willkürverbot)** (st. Rspr., vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.12.1983 - 2 BvR 1275/79 BVerfGE 65, 325 [354] m.w.N.).“ (BVerwG aaO.)

Ein Verstoß hiergegen ist nicht ersichtlich. Die Steuer wird mit 200,00 € pro Jahr und Tier pauschaliert. Ein Wirklichkeitsmaßstab für die Bemessung des konkreten Aufwands [steht] nicht zur Verfügung. Die Bemessung nach solchen Pauschalmaßstäben ist zulässig.

„[Dies] weicht ... nicht von den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 04.02.2009 - 1 BvL 8/05 - (BVerfGE 123, 1) und vom 08.02.2011 - 1 BvR 3425/08 - (juris) ab, wonach die Verwendung des Stückzahlmaßstabs für die Besteuerung von Gewinnspielautomaten unter den heutigen Gegebenheiten den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt, weil dieser Maßstab strukturell nicht (mehr) geeignet ist, den notwendigen Bezug zum Vergnügungsaufwand der Spieler zu gewährleisten. Diese Entscheidungen erklären nicht allgemein die Verwendung des Stückzahlmaßstabs für unzulässig. Sie sind vielmehr zu einer anderen Steuer (Vergnügungsteuer) ergangen und beziehen sich ausschließlich auf Gewinnspielautomaten. Diese sind aufgrund technischer Änderungen inzwischen mit manipulationssicheren Zählwerken ausgestattet, so dass ein pauschalierender Rückgriff auf den Stückzahlmaßstab nicht mehr erforderlich ist. Dies lässt sich mit der Besteuerung eines Tieres nicht vergleichen.“ (BVerwG aaO.)

#### V. Ergebnis

Die Pferdesteuersatzung ist verfassungsmäßig nicht zu beanstanden.

## 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.

UWG  
§ 4 Nr. 1

**Schufa-Hinweis in Mahnung  
Anforderungen an Rechtmäßigkeit**

ZivilR

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

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

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

### I. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit eines Verbrauchers

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

### II. Nötigung

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

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

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

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

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

[Der] mit der dem Datenschutz **dienenden Hinweispflicht** gemäß § 28a I 1 Nr. 4 Buchst. c BDSG [ist] dem Gläubiger **kein Druckmittel** in die Hand gegeben worden, Schuldner zur Begleichung von eventuell sogar fragwürdigen Forderungen zu veranlassen (vgl. Bull, ZRP 2008, 233, 236). Mit den in § 28a I 1 Nr. 4 BDSG geregelten Anforderungen an die Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten wollte der Gesetzgeber vielmehr sicherstellen, dass der Betroffene vor der Meldung der Forderung an eine Auskunftsteil ausreichende Gelegenheit erhält, die Forderung zu begleichen oder das Bestehen der Forderung zu bestreiten (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/10529, S. 14). Die **Unterrichtung des Betroffenen** soll deshalb nicht nur die erforderliche Transparenz im Hinblick auf die bevorstehende Datenübermittlung herstellen. Sie **dient auch dazu**, dem Betroffenen, der die geltend gemachte Forderung für unbegründet hält und deshalb keine Veranlassung sieht, auf die Mahnungen zu reagieren, **an seine Obliegenheit zu erinnern, die Forderung zu bestreiten, um eine Datenübermittlung zu verhindern** (vgl. Kamp in BeckOK, Datenschutzrecht, Stand 1. Februar 2015, § 28a Rn. 91).“ (BGH aaO.)

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

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

BGB  
§§ 535 f., 543, 569

**Musiziererlaubnis für Profimusikerin**  
**Kein Anspruch auf Störungsfreiheit gegen Mitmieter**

ZivilR

(LG Saarbrücken in NJW-RR 2015, 1164; Urteil vom 17.07.2015 – 10 S 203/14)

**Fall:** Die Parteien streiten über die Berechtigung einer von den Kl. ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses. Der Bekl. zu 1 ist Eigentümer des streitgegenständlichen Wohnhauses und vermietete eine im Hochparterre gelegene Wohnung auf Grund Mietvertrags vom 03.09.2003 an die Kl. Der Mietvertrag enthält folgende Klausel:

„Die Mieter sind zur Musikausübung im Rahmen der in der Hausordnung genannten Zeiten berechtigt. Das Maß der Musikausübung soll in der Regel 5 Stunden täglich nicht überschreiten. Dem Vermieter ist bekannt, dass die Mieterin als Professorin an der Hochschule für Musik und Theater des Saarlandes auf eine entsprechende Nutzung der Wohnung angewiesen ist. Samstags, sonntags und feiertags ist die Musikausübung ab 11:30 Uhr gestattet.“

Die Bekl. zu 2 zog nach Ostern 2012 in die vom Bekl. zu 1 bewohnte, über der Wohnung der Kl. gelegene Wohnung ein. Seit her trübte sich das Mietverhältnis. Die Kl. fühlten sich durch Lärm aus der Wohnung der Bekl. insbesondere in Form lauter Schritte und dem Abspielen lauter Musik gezielt gestört und versuchten im Herbst 2012, mit den Bekl. Gespräche zu führen, um zeitliche Regelungen für eine ungestörte Musikausübung zu treffen. Eine derartige Regelung kam jedoch nicht zu Stande. Weitere „Lärmattacken“ wurden gerügt und führten zur Ankündigung einer Mietminderung um 10 % sowie schließlich zum Anspruch einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung. Ist die außerordentliche Kündigung wirksam?

Die Kl. können nur dann das Mietverhältnis außerordentlich kündigen, wenn sie einen entsprechenden Kündigungsgrund haben. Nach § 543 I BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus **wichtigem Grund** außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die **Fortsetzung des Mietverhältnisses** bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses **nicht zugemutet** werden kann.

„Für die zutreffende rechtliche Bewertung ist zunächst von Bedeutung, dass die **Immobilie**, in der sich die angemietete Wohnung befindet, „**hellhörig**“ ist (Schreiben der Kl. vom 08.12.2012). Dieser Umstand impliziert es, dass ein **tägliches Klavierspiel** im Umfang von bis zu fünf Stunden von **Bewohnern der darüber liegenden Wohnung durchaus als störend und den Wohnungsbrauch beeinträchtigend** empfunden werden mag. Dies berücksichtigend besteht der Zweck der mietvertraglichen Bestimmung, wonach der Kl. ein tägliches Klavierspiel von bis zu fünf Stunden erlaubt sein soll, in erster Linie darin, **Unterlassungsansprüche der Mitbewohner auszuschließen**, die sich gegen die Störungen durch das Klavierspiel richten. Sie **impliziert nicht** die gewissermaßen **spiegelbildliche Befugnis der Kl., die sonstigen Nutzer des Hauses in ihrem eigenem Wohnverhalten zu beschränken**, um der Kl. ein möglichst ungestörtes Klavierspiel zu ermöglichen. Demnach wird die **Grenze** der vertragswidrigen Lärmentwicklung erst dann überschritten, wenn der Vermieter – auf diesen Sachverhalt ist die Kündigung gestützt – unter **Verstoß gegen das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme zielgerichtet Lärm** verursacht, der allein dem Zweck dient, die Kl. am Klavierspiel zu hindern.

Einen solchen Sachverhalt hat das AG auf der Grundlage der rechtsfehlerfreien Würdigung der Zeugenaussagen nicht für nachgewiesen erachtet.“ (LG Saarbrücken aaO.)

BGB  
§ 199

**Erhebung der Kündigungsschutzklage**  
**Keine Verjährungshemmung**

ZivilR

(BAG in DB 2015, 2584; Urteil vom 24.06.2015 – 5 AZR 509/13)

1. Durch **Erhebung einer Kündigungsschutzklage** wird die **Verjährung von Zahlungsansprüchen** des Arbeitnehmers wegen Annahmeverzugs **nicht** nach § 204 I Nr. 1 BGB **gehemmt**.
2. Die zur **Wahrung tariflicher Ausschlussfristen** durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage entwickelten Grundsätze können auf die in § 204 I Nr. 1 BGB geregelte Hemmung der Verjährung **nicht übertragen werden**.

**Fall:** Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs. Der 1961 geborene Kläger war seit Oktober 1990 beim beklagten Landkreis beschäftigt. Er wurde zuletzt nach Vergütungsgruppe III des auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Bundes-Angestelltentarifvertrags (BAT) vergütet. Mit Schreiben vom 29.09.2003 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.12.2004. Die dagegen gerichtete Kündigungsschutzklage wies das Arbeitsgericht ab. Auf die Berufung des Klägers stellte das Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 09.02.2007 fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 29.09.2003 nicht aufgelöst wurde. Am 15.09.2004 trat der Kläger ein neues Arbeitsverhältnis an. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete am 31.12.2004.

Der Beklagte erstattete der Bundesagentur für Arbeit das dem Kläger gewährte Arbeitslosengeld und führte die Sozialversicherungsbeiträge ab. An den Kläger leistete der Beklagte keine Zahlungen. Mit der am 10.10.2008 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage begehrt der Kläger für den Zeitraum 01.10.2003 bis 14.09.2004 Vergütung wegen Annahmeverzugs. Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben. Der Kläger hat geltend gemacht, der Beklagte sei wegen Annahmeverzugs zur Zahlung verpflichtet. Die Erhebung der Kündigungsschutzklage habe die Verjährung der streitgegenständlichen Ansprüche nach § 204 I Nr. 1 BGB gehemmt. Bei der Auslegung der Verjährungsvorschriften sei das Gebot effektiven Rechtsschutzes zu berücksichtigen. Verlange man vom Arbeitnehmer, Annahmeverzugsansprüche nach einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses einzuklagen, bevor geklärt sei, ob das Arbeitsverhältnis fortbestehe, werde der Zugang zu den Gerichten durch zusätzliche Kostenrisiken unzumutbar erschwert. Trifft dies zu?

Vergütungsansprüche wegen Annahmeverzugs unterliegen nach § 195 BGB der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren. Diese beginnt mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 I 1 Nr. 1 BGB) und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangt haben müsste (§ 199 I Nr. 2 BGB).

### I. Entstehung des Anspruchs

„§ 199 I Nr. 1 BGB setzt regelmäßig die **Fälligkeit** des Anspruchs voraus, weil erst von diesem Zeitpunkt an der Gläubiger nach § 271 II BGB mit Erfolg die Leistung fordern und den Ablauf der Verjährungsfrist durch Klageerhebung verhindern kann (vgl. BAG 23.10.2013 - 5 AZR 135/12 -Rn. 24, BAGE 146, 217).

Der **Anspruch des Arbeitnehmers auf Vergütung** entsteht während des Annahmeverzugs **sukzessive** entsprechend den dem Vergütungsanspruch zugrundeliegenden Regelungen. Somit bestimmt sich die Fälligkeit der Vergütung wegen Annahmeverzugs nach dem Zeitpunkt, in dem die Vergütung bei tatsächlicher Beschäftigung **in den einzelnen Abrechnungsperioden** fällig geworden wäre (vgl. BAG 24.09.2014 - 5 AZR 593/12 - Rn. 33 m.w.N.). Die Entgeltansprüche des Klägers waren danach jeweils spätestens am letzten Tag jeden Monats für den laufenden Monat fällig.“ (BAG aaO.)

### II. Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen

„Die von § 199 I Nr. 2 BGB geforderte **Kenntnis** des Gläubigers ist vorhanden, wenn er aufgrund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person eine **Klage**, sei es auch nur eine Feststellungsklage, **erheben kann**, die bei verständiger Würdigung so viel Erfolgsaussicht hat, dass sie dem Gläubiger **zumutbar** ist (vgl. BAG 24.09.2014 - 5 AZR 593/12 Rn. 35).

Dem Kläger waren die anspruchsbegründenden Tatsachen bekannt. Eine Klageerhebung war **auch nicht unzumutbar**. Der Kläger ging von der Unwirksamkeit der vom Beklagten ausgesprochenen Kündigung aus. **Der ungewisse Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens führte nicht zur Unzumutbarkeit der Klageerhebung** (vgl. BAG 24.09.2014 - 5 AZR 593/12 - Rn. 37 m.w.N.).“ (BAG aaO.)

### III. Hemmung der Verjährung

Die Verjährung wurde nicht nach § 204 I Nr. 1 BGB durch Erhebung der Kündigungsschutzklage gehemmt.

„Erforderlich hierfür ist eine **positive Feststellungsklage**, deren Gegenstand das Bestehen des Anspruchs ist. Die **Feststellung eines diesem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses** reicht nicht aus (vgl. BGH 26.09.2012 - VIII ZR 240/11 - Rn. 54). Die Kündigungsschutzklage umfasst nach ihrem Streitgegenstand nicht die Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers. Damit wurde **nicht** - wie in § 204 I BGB vorausgesetzt - **über den „Anspruch“ im Sinne des § 194 I BGB**, sondern nur über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als eine für das Bestehen von Vergütungsansprüchen wegen Annahmeverzugs bedeutungsvolle Vorfrage gestritten (vgl. BAG 24.09.2014 - 5 AZR 593/12 - Rn. 39 m.w.N.).

Eine Auslegung, die Klage auf Feststellung der Ansprüche sei bereits mit der Kündigungsschutzklage nach § 204 I Nr. 1 BGB erhoben, ist weder möglich noch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten. [wird ausgeführt].“ (BAG aaO.)

Das BAG hat sich zudem gegen eine Übertragung der Rechtsprechung zu den tariflichen Ausschlussfristen (st. Rspr., vgl. BAG 19.09.2012 - 5 AZR 627/11 - Rn. 14 m.w.N., BAGE 143, 119 ausgesprochen, wonach mit Erhebung einer Kündigungsschutzklage für die vom Erfolg einer Bestandsschutzstreitigkeit abhängigen Ansprüche die erste und die zweite Stufe der tariflichen Ausschlussfrist gewahrt werden.

„Einer Übertragung dieser Rechtsprechung auf das Erfordernis der Klageerhebung i.S.v. § 204 I Nr.1 BGB steht nicht nur der Wortlaut der Bestimmung entgegen, sondern auch das Ziel des Gesetzes, mit den Verjährungsregelungen - insoweit über die Zwecke von Ausschlussfristen hinausgehend - öffentliche Interessen zu schützen.“ (BAG aaO.)

BGB  
§ 2247 I

## Unleserliches Testament Keine Auslegung mithilfe von Zeugen

ErbR

(OLG Schleswig in MDR 2015, 1188; Beschluss vom 16.07.2015 – 3 Wx 19/15)

Kann der Inhalt des vom Erblasser Erklärten seinem **Wortlaut** nach nicht **vollständig aus der handschriftlichen Urkunde** entnommen werden, weil diese auch mit sachverständiger Hilfe nicht vollständig lesbar ist, liegt **keine formwirksam verlautbarte letztwillige Verfügung** vor. Über die mangelnde Lesbarkeit können außerhalb der Urkunde liegende Umstände – etwa Zeugenaussagen zum Inhalt des Schriftstücks – nicht hinweghelfen.

„Nach § 2247 I BGB kann ein Testament durch eine **eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung** errichtet werden. Weitere Formvoraussetzungen für ein eigenhändiges Testament bestehen nicht. Die Urkunde muss weder als Testament überschrieben noch von Zeugen mitunterschrieben sein und auch nicht zwingend Tag und Ort der Errichtung nennen (vgl. § 2247 II BGB). Umso wichtiger ist die Beachtung der einzigen Voraussetzung der **Eigenhändigkeit** der Errichtung. Sie setzt voraus, dass der **erklärte Wille in vollem Umfang aus dem Geschriebenen hervorgeht**. Dies schließt es nicht aus, bei Auslegungszweifeln Umstände außerhalb der Urkunde mit einzubeziehen. Auch dann aber bleibt Gegenstand der Auslegung ausschließlich der niedergeschriebene Text. Daraus ergibt sich als **zwingende Formvoraussetzung die Lesbarkeit der Niederschrift**. Ist ein Schriftstück jedoch auch mit sachverständiger Hilfe nicht lesbar, liegt keine formwirksam verlautbarte letztwillige Verfügung vor (OLG Hamm v. 27.06.1991 – 15 W 116/91, FamRZ 1992, 356; KG v. 20.03.1998 – 1 W 6045/96, NJW-RR 1998, 1298). Der **Senat** – Spezialsenat für Nachlassangelegenheiten – ist **trotz langjähriger Erfahrung** mit der Entzifferung schwer lesbarer letztwilliger Verfügungen **nicht in der Lage, das Schriftstück soweit zu entziffern**, dass es einen eindeutigen Inhalt erhält.

Die Ungewissheit über den Inhalt des Geschriebenen lässt sich nicht unter Zuhilfenahme der Feststellungen, die die vom Nachlassgericht herangezogene Sachverständige Y getroffen hat, beseitigen.

Eine Vernehmung der **Zeugin C** dazu, **was die Erblasserin hat erklären wollen**, verbietet sich. Nur der formwirksam verlautbarte Wille der Erblasserin ist maßgeblich. Deshalb muss der Inhalt des vom Erblasser Erklärten **seinem Wortlaut nach vollständig aus der Urkunde zu entnehmen** sein. Soweit diese unlesbar ist, können außerhalb der Urkunde liegende Umstände und die Aussagen von Zeugen nicht darüber hinweghelfen (ganz h.M.; OLG Hamm v. 27.06.1991, aaO.; KG v. 20.03.1998 – 1 W 6045/96, NJW-RR 1998, 1298 f.; je zu § 2247 BGB Bauermeister in jurisPK/BGB, 7. Aufl. 2014 Rn. 4; Hagera in MüKo-BGB, 6. Aufl. 2013 Rn. 16; Palandt/Weidlich, 74. Aufl. 2015 Rn. 9; Avenarius in Prütting/Wegen/Weinreich, 9. Aufl. 2014 Rn. 7; Staudinger/Baumann, Bearb.

2012, § 2247 Rn. 49). Eine andere Auffassung vertritt auch Musielak (in Anmerkung zu OLG Hamm v. 27.06.1991, aaO.) nicht. Auch er hebt ausdrücklich hervor, dass die fehlende Lesbarkeit einer Urkunde zur Formnichtigkeit der letztwilligen Verfügung führe. Beweismittel außerhalb der Urkunde könnten nicht herangezogen werden. Anders sei es nur dann, wenn die Zeichen als solche erkennbar, ihre Bedeutung aber unbekannt sei. Dies könne sich anhand von Umständen außerhalb der Urkunde klären lassen (ebd. S. 357 f.). Um diese Frage geht es hier aber nicht.“ (OLG Schleswig aaO.)

BGB  
§ 536a

**Aufstellung der Möbel in der Wohnung  
Keine Verantwortlichkeit für Schimmelbildung ohne Vermieterhinweis**

ZivilR

(LG Aachen in BeckRS 2015, 15629; Urteil vom 02.07.2015 – 2 S 327/14)

1. Es gehört jedenfalls zum **vertragsgemäßen Gebrauch**, dass der Mieter seine **Möbel** grundsätzlich **an jedem beliebigen Platz nahe der Wand** aufstellen darf, wobei der ausreichende Abstand zur Vermeidung von Feuchtigkeit regelmäßig durch Scheuerleisten gewahrt wird.
2. Ein u.U. **erforderlicher größerer Abstand** von der Wand erfordert einen entsprechenden **Hinweis des Vermieters**.

**Fall:** Nach Auszug des Mieters zeigte sich Schimmel auf der Wand, an welcher er seinen Schlafzimmerschrank aufgestellt hatte. Die Vermieterin ist der Auffassung, dass er durch das Aufstellen des Schrankes an der Wand den Schimmel herbeigeführt habe, da keine ausreichende Belüftung der Wand mehr möglich gewesen sei. Sie macht gegen den Mieter Schadensersatzansprüche geltend. Zu Recht?

„Dabei ist zunächst die **grundsätzliche Beweislastverteilung im Mietrecht** zu berücksichtigen, von der das Amtsgericht auch ausgegangen ist, und die sowohl im Bereich von **§ 536a BGB** als auch im - hier eher relevanten - Anwendungsbereich von **§§ 280 I, 538 BGB** gilt. Danach muss in der hier zu beurteilenden Konstellation der **Vermieter zunächst beweisen**, dass die **Ursache eines Mangels nicht in seinem Gefahrenbereich** liegt. Denn in diesen Fällen wird ein ursächliches Verschulden des Vermieters mit der Folge einer Beweislastumkehr und der Möglichkeit eines Entlastungsbeweises vermutet (BGH, Urteil vom 22.10.2008 - XII ZR 148/06; BGH, Urteil vom 10.11.2004 - XII ZR 71/01; BGH, Urteil vom 15.03.2000 - XII ZR 81/97; Ehler, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 01.05.2014, § 536a Rn. 38; Häublein, in: Münchener Kommentar BGB, 6. Auflage 2012, § 536a Rn. 32; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 74. Auflage 2015, § 536a Rn. 7). **Erst wenn dieser Beweis geführt ist, trifft den Mieter eine umfassende Entlastungspflicht**, wobei sich ein offenes Beweisergebnis zulasten der Vermieterseite auswirkt (BGH, Beschluss vom 25.01.2006 - VIII ZR 223/04; Ehler aaO. § 538 Rn. 25).

Die Klägerin hat vorliegend schon diesen Entlastungsbeweis nicht geführt. Vielmehr steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass die streitgegenständliche **Mietwohnung** deshalb **mangelhaft** ist, weil sie den Mietern in Abhängigkeit von der jeweiligen Möblierung ein **überobligationsmäßiges Lüften abverlangt**, ohne dass die Klägerin hierauf in ausreichender Weise hingewiesen hat.“ (LG Aachen aaO.)

Der Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass die Ursache das Lüftungsverhalten der Mieterin sei. Hinzutrete, dass die Möblierung des Schlafzimmers die ausreichenden Belüftung erschwere. Die an der Außenwand befindlichen Schränke haben danach zu einer Absenkung der Innenoberflächentemperatur geführt, was wiederum durch ein verstärktes Lüftungs- und Heizungsverhalten habe ausgeglichen werden müssen. Daraus folgt im Ergebnis unmissverständlich, dass die Schadensursache in einer Kombination aus normalem Lüftungsverhalten und Möblierung bzw. Möblierung und unterbliebener überobligationsmäßiger Lüftung/Heizung gelegen hat.

„Diese Ausgangskonstellation wiederum erforderte jedoch nach zutreffender und weit verbreiteter Ansicht in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum einen **entsprechenden Hinweis des Vermieters, ohne den eine schuldhafte Pflichtverletzung der Mieter nicht vorliegt**. Denn es gehört jedenfalls zum vertragsgemäßen Gebrauch, dass der Mieter seine Möbel grundsätzlich an jedem beliebigen Platz nahe der Wand aufstellen darf, wobei der ausreichende Abstand zur Vermeidung von Feuchtigkeit regelmäßig durch Scheuerleisten gewahrt wird. Ein u.U. **erforderlicher größerer Abstand** von der Wand erfordert einen entsprechenden Hinweis des Vermieters (LG Münster, Urteil vom 22.03.2011 - 3 S 208/10 m.w.N.; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 536 BGB Rn. 235 m. w. N.).

Weiterhin hält die Kammer auch an ihrer bisherigen Rechtsprechung fest, wonach die **Notwendigkeit eines täglichen drei- bis viermaligen Lüftens** einen **Fehler der Mietsache begründet**, auf den zumindest hinzuweisen oder der als vertragliche Beschaffensvereinbarung über die Mietsache einer gesonderten Einigung der Parteien bedarf. Und schließlich kommt es auch nicht darauf an, ob den Vermieter auch eine Hinweispflicht trifft, wenn das Problem in früheren Mietverhältnissen noch nicht aufgetreten war. Denn selbst wenn diese Frage zu verneinen wäre, würde es noch immer nicht zu der erforderlichen positiven Feststellung einer schuldhaften Pflichtverletzung durch die Beklagten führen.“ (LG Aachen aaO.)

StGB  
§ 315b

**Schüsse auf fahrende Autos  
Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr**

StrafR BT

(BGH in NSTz-RR 2015, 352; Beschluss vom 16.07.2015 – 4 StR 117/15)

**Fall:** Nach den Feststellungen des LG schoss der Angekl. in einer Vielzahl von Fällen aus dem von ihm auf Bundesautobahnen geführten Lkw heraus im fließenden Verkehr auf andere Fahrzeuge, insbesondere auf Autotransporter oder andere Lkws mit Auflieger, die sich zum Teil im Gegenverkehr, zum Teil im gleichgerichteten Verkehr bewegten. Dabei verwendete er zunächst eine selbstgebaute Kipplaufpistole des Kalibers 22 und dann eine Pistole P 38 des Kalibers 9 mm. Ist der Angekl. nach § 315 b I StGB wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr strafbar?

Der Angekl. schoss auf die Ladung bzw. Aufbauten von Autotransportern, anderen Lkws oder auf Wohnanhänger traf diese auch, jedoch wurden keine Feststellungen dazu getroffen hat, dass es nach der Vorstellung des Angekl. durch die Schüsse zu einer kritischen Verkehrssituation kommen konnte.

„Eine Verurteilung wegen versuchten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr setzt bei Schüssen auf Fahrzeuge im Straßenverkehr indes voraus, dass nach der Vorstellung des Täters die **konkrete Gefahr für eines der in § 315 b I StGB genannten Schutzobjekte** jedenfalls auch auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte (**Dynamik des Straßenverkehrs**) zurückzuführen ist (vgl. BGH, Beschl. v. 04.11.2008 – 4 StR 411 /08 = NSTz 2009, 100 [101]). Daran fehlt es,

wenn der Schaden – wie hier – ausschließlich auf der durch die Pistolenschüsse freigesetzten Dynamik der auftreffenden Projektile beruht (BGH, NStZ 2009, 100 [101]). Danach hätte der Angekl. jeweils in seine Vorstellung aufnehmen und billigen müssen, dass es infolge der Schüsse zu einem Beinahe-Unfall kommen könnte; Feststellungen dazu hat das LG aber nicht getroffen.“ (BGH aaO.)

StGB  
§ 239

## Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit Freiheitsberaubung

StrafR BT

(BGH in NStZ 2015, 645; Urteil vom 22.01.2015 – 3 StR 410/14)

1. § 239 StGB bestraft den **Eingriff in die persönliche Bewegungsfreiheit**, durch den das Opfer des Gebrauchs der persönlichen Freiheit beraubt wird. Tatbestandsmäßig im Sinne des § 239 I StGB ist ein Verhalten nur, wenn es die - zunächst vorhandene - Fähigkeit eines Menschen beseitigt, sich nach seinem Willen fortzubewegen, ihn hindert, den gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen. Dies setzt voraus, dass die **Fortbewegungsfreiheit vollständig aufgehoben** wird.
2. Der Schutzzweck des § 239 StGB umfasst **Einschränkungen der persönlichen Bewegungsfreiheit**, durch die das Opfer gehindert wird, ein **größeres Areal zu verlassen**. Das Gebiet, aus dem sich das Opfer aufgrund der Tathandlung nicht entfernen kann, darf aber **nicht beliebig weiträumig** sein. Eine vollständige Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit jedenfalls dann nicht mehr anzunehmen, wenn sich der verbleibende **räumliche Entfaltungsbereich** der betroffenen Person auf ein **mehrere tausend Quadratkilometer** umfassendes Staatsgebiet erstreckt.

**Fall:** Nach den Feststellungen des Landgerichts brachte der Angekl. seine damals fünfzehnjährige Tochter im Einvernehmen mit seiner allein sorgeberechtigten geschiedenen Ehefrau unter dem Vorwand, die Weihnachtsferien bei der Großmutter in Syrien zu verbringen und auch eine Namensänderung durchzuführen, am 29.12.2006 nach Syrien, um sie ihrem Lebensumfeld in Deutschland zu entziehen, in dem sie aus Sicht der Eltern ungünstigen Einflüssen ausgesetzt war. In Syrien lebte sie in der Folge mit der Familie des Angeklagten in einem Großfamilienverband. Sie litt zunehmend unter den Einschränkungen, die "mit dem Leben eines jungen Mädchens in Syrien verbunden sind". Auch wurde ihr ein Schulbesuch nicht ermöglicht. Der Angeklagte behandelte sie zunehmend strenger und verbot ihr strikt ohne Begleitung älterer Verwandter das Haus zu verlassen. Die Ausreise verbot er ihr, der Ausweis wurde ihr weggenommen. "Aufmüpfiges Verhalten" seiner Tochter quittierte er mit Ohrfeigen. Am 01. und 03.11.2007 schlug er sie; am 03.01.2009 versetzte er ihr mit einer Gerte Hiebe auf Beine und Rücken. Die Tochter des Angeklagten fügte sich äußerlich in die Gegebenheiten, ohne jedoch ihren Willen aufzugeben, Syrien zu verlassen, was ihr wenige Tage nach ihrem 18. Geburtstag mit Hilfe eines Mitarbeiters der deutschen Botschaft und einiger Familienangehöriger des Angeklagten gelang. Ist der Angeklagte wegen Freiheitsberaubung strafbar?

### I. Begriff der Freiheitsberaubung

„§ 239 StGB bestraft den Eingriff in die **persönliche Bewegungsfreiheit**, durch den das Opfer des Gebrauchs der persönlichen Freiheit beraubt wird (MüKo-StGB/Wieck-Noodt, 2. Aufl., § 239 Rn. 16; S/S-Eser/Eisele aaO., § 239 Rn. 4). Tatbestandsmäßig im Sinne des § 239 I StGB ist ein Verhalten nur, wenn es die - zunächst vorhandene - **Fähigkeit eines Menschen beseitigt, sich nach seinem Willen fortzubewegen, ihn hindert, den gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen** (BGH, Urteil vom 06.12.1983 - 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183, 188 f.). Dies setzt voraus, dass die **Fortbewegungsfreiheit vollständig aufgehoben** wird. Denn § 239 schützt lediglich die Fähigkeit, sich überhaupt von einem Ort wegzubewegen, nicht aber auch eine bestimmte Art des Weggehens. Deshalb kommt eine Bestrafung wegen Freiheitsberaubung nicht in Betracht, wenn ein Fortbewegen - wenn auch unter erschwerten Bedingungen - möglich bleibt (vgl. BGH, Urteile vom 15.05.1975 - 4 StR 147/75; vom 25.02.1993 - 1 StR 652/93, BGHR StGB § 239 I Freiheitsberaubung 2; MüKo-StGB/Wieck-Noodt aaO., § 239 Rn. 16; SK-StGB/Horn/Wolters, 59. Lfg., § 239 Rn. 5).

§ 239 I StGB nennt **zwei Begehungsweisen**, das Einsperren oder die Freiheitsberaubung auf andere Weise. Dabei kennt die letztgenannte Tatbestandsalternative hinsichtlich des Tatmittels keine Begrenzung. Es reicht vielmehr **jedes Mittel** aus, das **geeignet** ist, einem anderen die Fortbewegungsfreiheit zu **nehmen** (BGH, Urteile vom 20.01.2005 - 4 StR 366/04, NStZ 2005, 507, 508; vom 15.05.1975 - 4 StR 147/75; MüKo-StGB/Wieck-Noodt aaO., § 239 Rn. 24). **Auch eine Drohung mit einem Übel kann den Tatbestand der Freiheitsberaubung "auf andere Weise" jedenfalls dann verwirklichen, wenn sie den Grad einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben erreicht. Die Drohung mit einem sonst empfindlichen Übel reicht hingegen regelmäßig nicht aus** (BGH, Urteil vom 25.02.1993 - 1 StR 652/93, BGHR StGB § 239 I Freiheitsberaubung 2; S/S-Eser/Eisele aaO., § 239 Rn. 6; SK-StGB/Horn/Wolters aaO., § 239 Rn. 8; LK/Schluckebier aaO., § 239 Rn. 16).“ (BGH aaO.)

### II. Anwendung auf den Fall

#### 1. Untersagung, das Haus ohne Begleitung zu verlassen

Nach diesen Maßstäben hat der Angeklagte, indem er seiner Tochter untersagte, ohne Begleitung eines älteren Familienmitgliedes das Haus zu verlassen, deren Bewegungsfreiheit nicht vollständig aufgehoben, sondern lediglich erschwert. Schon dies steht einem Schuldspruch wegen Freiheitsberaubung entgegen.

„Das festgestellte Verhalten des Angeklagten erfüllt danach keine der Tatbestandsalternativen. Da die **Türen des Hauses nicht verschlossen** waren, hat er seine Tochter **nicht eingesperrt**. Auch eine Freiheitsberaubung auf andere Weise kommt nicht in Betracht. Durch das ausgesprochene **Verbot**, die Wohnung allein zu verlassen, war die **tatsächliche Möglichkeit der Zeugin sich fortzubewegen nicht aufgehoben**. Die Androhung eines Übels, das den Tatbestand der Freiheitsberaubung "auf andere Weise" erfüllen könnte, kann den Feststellungen nicht entnommen werden. Soweit der Generalbundesanwalt eine Freiheitsberaubung darin sieht, dass die Zeugin aus **Angst vor Schlägen** ihres Vaters dem Gebot zum begleiteten Ausgang gefolgt sei, findet dies in den Feststellungen keine Grundlage. Diesen lässt sich eine **Kausalität der gelegentlichen Schläge** des Angeklagten für die Einhaltung des Gebots, das Haus nur in Begleitung älterer Familienangehöriger zu verlassen, **nicht entnehmen**. Soweit in der Beweiswürdigung die Aussage der Zeugin wiedergegeben wird, dass sie das Verbot, alleine aus dem Haus zu gehen, auch **aus Angst vor der Wut ihres Vaters** beachtet habe, ist auch dies kein Beleg dafür, dass sie aus Angst vor Gewalttätigkeiten des Vaters zu Hause geblieben ist. Deshalb kann es dahinstehen, ob die Androhung von Schlägen, die keine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben begründet (vgl. BGH, Beschluss vom 08.03.2001 - 1 StR 590/00, BGHR StGB § 239 I Freiheitsberaubung 8), grundsätzlich den Tatbestand des § 239 StGB erfüllen könnte.“ (BGH aaO.)

2. Ausreiseverbot

„Zwar erfasst der Schutzzweck des § 239 StGB auch **Einschränkungen der persönlichen Bewegungsfreiheit**, durch die das Opfer gehindert wird, ein **größeres Areal** wie etwa das Gelände eines Krankenhauses oder einer geschlossenen Anstalt **zu verlassen** (Fischer, StGB, 62. Aufl., § 239 Rn. 2; Amelung/Brauer JR 1985, 474, 475; Schumacher, Festschrift für Stree/Wessels, 1993 S. 431, 440 ff.). Das Gebiet, aus dem sich das Opfer aufgrund der Tathandlung nicht entfernen kann, darf aber **nicht beliebig weiträumig** sein; ansonsten würde der Tatbestand in einer dem Schutzzweck der Norm widerstreitenden Weise überdehnt. Danach ist eine vollständige Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit jedenfalls dann nicht mehr anzunehmen, wenn sich der verbleibende **räumliche Entfaltungsbereich** der betroffenen Person auf ein **mehrere tausend - im Falle Syriens zur Tatzeit rund 185.000 - Quadratkilometer** umfassendes Staatsgebiet erstreckt (aA 10 MüKo-StGB/Wieck-Noodt aaO., § 239 Rn. 20; SK-StGB/Horn/Wolters aaO., § 239 Rn. 4a).“ (BGH aaO.)

StGB  
§§ 250, 27

**Anforderungen an Vorsatz  
Beihilfe zum schweren Raub**

StrafR

(BGH in StV 2015, 771; Beschluss vom 01.04.2015 – 2 StR 518/14)

Macht ein Angekl. zu einem bestimmten Punkt eines einheitlichen Geschehens **keine Angaben**, dürfen daraus für ihn **nachteilige Schlüsse nur gezogen** werden, **wenn nach den Umständen Äußerungen zu diesem Punkt zu erwarten gewesen wären**, andere mögliche Ursachen des Verschweigens ausgeschlossen werden können und die gemachten Angaben nicht ersichtlich fragmentarischer Natur sind 2. Zu den Anforderungen an die Feststellung, der Beihilfe habe „jede Tatbegehung billigend in Kauf genommen, mit der nach den Umständen zu rechnen gewesen“ sei.

**Fall:** Nach den insoweit getroffenen Feststellungen führen der Angekl. O., der gesondert verfolgte C. und die Angekl. N. im Juli 2013 zur Wohnung des Zeugen G., um diesen zu überfallen. Der Angekl. N. kam dabei die Aufgabe zu, bei dem Zeugen G. zu klingeln und diesen zu veranlassen, die Tür zu öffnen. Da die Angekl. N. festgestellt hatte, dass die Haustür nicht verschlossen war, teilte sie dies O. und C. mit und ging zum Auto zurück. O. und C. betreten daraufhin das Haus und zogen sich Sturmhauben über den Kopf. Nachdem der Zeuge G. die Wohnungstür geöffnet hatte, bedrohte C. den Zeugen mit einer nicht funktionsfähigen Signal- oder Gaswaffe, während O. ihm ein Messer drohend vor das Gesicht hielt. Die Angekl. erbeuteten 2.000 € Bargeld sowie weitere Wertgegenstände. Zudem nötigten sie den Zeugen, seine Bankkarte und die dazugehörige Geheimzahl herauszugeben, und hoben anschließend einen geringen Geldbetrag von dessen Konto ab. Ist die Angekl. N wegen Beihilfe zum schweren Raub strafbar?

Dies setzt voraus, dass die Angekl. N. den Einsatz einer Pistole und eines Messers zumindest billigend in Kauf genommen hat. Dies setzt voraus, dass die Angekl. die verwendeten Tatwerkzeuge auf der Fahrt zum Tatort überhaupt wahrgenommen hat. Die Angekl. hat dies in Abrede gestellt. Fraglich ist, ob das LG zulasten der Angekl. werden darf, dass diese selbst nicht behauptet hat, es sei eine Begehungsweise ohne Waffen oder Tatwerkzeuge abgesprochen gewesen.

„Hieraus ergibt sich **kein Indiz** dafür, die Angekl. habe auch hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen des § 250 StGB **vorsätzlich gehandelt**. Macht ein Angekl. zu einem bestimmten Punkt eines einheitlichen Geschehens **keine Angaben**, dürfen daraus für ihn **nachteilige Schlüsse nur gezogen** werden, **wenn nach den Umständen Äußerungen zu diesem Punkt zu erwarten gewesen wären**, andere mögliche Ursachen des Verschweigens ausgeschlossen werden können und die gemachten Angaben nicht ersichtlich fragmentarischer Natur sind (vgl. BGH, Urt. v. 18.04.2002 – 3 StR 370/01, NSZ 2003, 45 [= StV 2002, 409]; Beschl. v. 16.12.2010 – 4 StR 508/10, NSZ-RR 2011, 118 [= StV 2011, 269]). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Es erschließt sich nicht, warum von der Angekl., die sich dahin eingelassen hat, sie sei von einer Tatbegehung „mittels Schlägen“ ausgegangen, zu erwarten gewesen wäre, dass sie weitere Angaben dazu macht, worauf sich ihre Tatvorstellung gründete, zumal den Urteilsgründen auch nicht zu entnehmen ist, dass überhaupt danach gefragt worden ist.

Die Überzeugung des Tatgerichts, die Angekl. habe nach den ihr bekannten Umständen der Tat mit dem Einsatz eines Messers und einer Pistole rechnen müssen, ist aber auch im Übrigen nicht rechtsfehlerfrei begründet. Das LG hat insoweit nur berücksichtigt, dass es sich bei dem Tatopfer um einen Btm-Händler handelte, und dass O. und der gesondert verfolgte C. vor der Tat in Gegenwart der Angekl. erörtert hatten, ob bei der Tatbegehung mit Widerstand oder einer weiteren anwesenden Person zu rechnen sei. Im Hinblick darauf, dass das Tatopfer in seiner Wohnung überfallen, durch das plötzliche Eintreten der zwei mit Sturmhauben maskierten Tatbeteiligten überrascht und körperliche Gewalt angewandt werden sollte, hätte das LG zudem erörtern müssen, ob die Angekl. auch mit dem **Einsatz von Droh- oder Druckmitteln rechnen** musste. Letztlich offen bleibt auch, worauf sich die Annahme der StrK stützt, die Angekl. habe davon ausgehen müssen, dass bei der Tat neben einer ungeladenen Pistole (§ 250 I Nr. 1b) StGB) auch ein Messer (§ 250 II Nr. 1 StGB) eingesetzt werden würde.“ (BGH aaO.)

Nach alledem hat der Schuldspruch wegen Beihilfe zum besonders schweren Raub in Tateinheit mit besonders schwerer räuberischer Erpressung keinen Bestand.

GO NRW  
§ 8

**Zugang zur kommunalen Einrichtung  
Nutzung einer kommunalen Internet-Domain**

KommR

(OVG Münster in MMR 2015, 775; Beschluss vom 19.05.2015 – 15 A 86/14)

1. Ein Anspruch auf Zulassung zur Nutzung kommunaler Einrichtungen besteht nur i.R.d. **Zweckbestimmung** nach Maßgabe der Benutzungsordnung sowie in den Grenzen der vorhandenen **Kapazitäten**.
2. Bei **Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen** oder bei anderweitigen (zu erwartenden) Rechtsverletzungen bei der Nutzung der öffentlichen Einrichtung ist ein **Ausschluss von der Benutzung zulässig**.
3. Eine Gemeinde darf eine von ihr als kommunale Einrichtung betriebene **Internet-Domain sperren**, wenn deren Nutzer über diese Internet-Domain Verletzungen des Persönlichkeitsrechts Dritter begeht.

**Fall:** Die bekl. Stadt stellte interessierten Bürgern kostenlos eine über die städtische Internetseite laufende Internet-Domain zur Verfügung. Die Zugangsrechte vergaben zunächst die Stadtwerke bzw. deren Tochtergesellschaft. Die Nutzungsbedingungen stellte ein dafür von der Bekl. eingeschalteter eingetragener Verein auf. Der Kl. nahm die Internet-Domain als seine Homepage in Anspruch. Die Bekl. wurde von dritter Seite darauf hingewiesen, dass der Kl. dort über eine bestimmte Person Äußerungen mit ehrverletzendem Charakter verbreite. Nach entsprechender Prüfung ließ die Bekl. die an den Kl. vergebene Internet-Domain sperren. Ist die hiergegen gerichtete Klage begründet?

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Wiederherstellung und Entsperrung nach § 8 II, IV GO NRW haben. Gem. § 8 Abs. 2 GO NRW sind alle Einwohner einer Gemeinde i.R.d. geltenden Rechts berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen, und verpflichtet, die Lasten zu tragen, die sich aus ihrer Zugehörigkeit zu der Gemeinde ergeben. Dies gilt entsprechend für juristische Personen und für Personenvereinigungen (§ 8 IV GO NRW).

## I. Inhalt des Zulassungsanspruchs

„Ein Anspruch auf Zulassung zur Nutzung kommunaler Einrichtungen besteht **nur i.R.d. Zweckbestimmung** der öffentlichen Einrichtung **nach Maßgabe der jeweiligen Benutzungsordnung**, in der die Gemeinde auf Grund ihrer Organisationsbefugnis Regelungen über die Voraussetzungen, Bedingungen sowie Art und Umfang der Benutzung treffen kann, sowie **in den Grenzen der vorhandenen Kapazitäten** (vgl. OVG NRW, B. v. 18.12.1992 – 15 B 4474/92, Rn. 4; von Lenep, in: Rehn/Cronauge/von Lenep/Knirsch, GO NRW, Bd. I, Lsbl., Stand Juli 2013, § 8 Erl. II.1).

Auch nach Eröffnung der öffentlichen Einrichtung ist die Gemeinde jederzeit berechtigt, die Zweckbestimmung zu erweitern oder einzuschränken. Sie hat einen weiten Gestaltungsspielraum. Nutzungsbeschränkungen müssen sich aber in Anbetracht des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 I GG an sachlichen Gründen orientieren (vgl. OVG NRW, U. v. 22.09.1978 – XV A 1389/76; BayVGH NJW 1985, 1663; Wansleben, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht NRW, Bd. I, Lsbl., Stand September 2013, § 8 GO, Erl. 3.1).

Bei **Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen** oder bei anderweitigen (zu erwartenden) Rechtsverletzungen bei der Nutzung der öffentlichen Einrichtung ist ein **Ausschluss von der Benutzung zulässig**. Eine Gemeinde ist unmittelbar aus § 8 GO NRW berechtigt, Maßnahmen zu ergreifen, die den ordnungsgemäßen Betrieb und den Widmungszweck einer von ihr betriebenen öffentlichen Einrichtung sicherstellen. Dies kann auch ohne ausdrückliche weitergehende Ermächtigung durch Verwaltungsakt geschehen (vgl. OVG NRW NVwZ-RR 2003, 297, Rn. 10; OVG NRW NVwZ 1995, 814, Rn. 8, OVG NRW, B. v. 18.12.1992, aaO., Rn. 4).“ (OVG Münster aaO.)

## II. Anwendung auf den Fall

„Nach den Nutzungsbedingungen „Version 1.1“ v. 06.05.1998 des C. e. V., dessen sich die Bekl. beim Betrieb der öffentlichen Einrichtung bedient, kann eine missbräuchliche Nutzung der Dienste den sofortigen Entzug der Zugangsberechtigung und eine Löschung der Inhalte zur Folge haben. Eine **missbräuchliche Nutzung** ist u.a. anzunehmen, wenn über die von der Bekl. öffentlich-rechtlich verantwortete Internetseite ... – gewissermaßen unter ihrem Namen – **Verletzungen des Persönlichkeitsrechts Dritter** begangen werden. Ob eine Verletzung des von Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt, bedarf wegen dessen Eigenart eines Rahmenrechts einer Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange – namentlich der Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG –, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die betroffenen Grundrechte und Gewährleistungen der EMRK interpretationsleitend zu berücksichtigen sind. Der **Eingriff in das Persönlichkeitsrecht** ist nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt (vgl. etwa BGH NJW 2013, 2348 [= MMR 2013, 535 m. Anm. Engels = ZD 2013, 405 m. Anm. Hoeren, Rn. 21, m.w.N.). Im Zuge der Abwägung darf die **Bedeutung und Tragweite der konfligierenden Grundrechte** generell sowie im zu entscheidenden Fall nicht verkannt werden. Weichenstellend für die Prüfung der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist die Erfassung des Inhalts der Aussage **im Lichte des Schutzgehalts des Art. 5 I 1 GG**, insb. die Klärung, in welcher Hinsicht sie ihrem objektiven Sinn nach das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen beeinträchtigt. Maßgeblich für die Deutung ist weder die subjektive Absicht des sich Äußernden noch das subjektive Verständnis der von der Äußerung Betroffenen, sondern der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums hat. Fernliegende Deutungen sind auszuschließen. Ist der Sinn unter Zugrundelegung dieses Maßstabs eindeutig, ist er der weiteren Prüfung zu Grunde zu legen (vgl. BVerfG NJW 2006, 207, Rn. 31, m.w.N.). Von diesen den Abwägungsvorgang steuernden Maßstäben hat das VG sich bei seiner Prüfung des Beleidigungstatbestands des § 185 I StGB leiten lassen. Es hat davon ausgehend zu Recht entschieden, dass die von der Bekl. beanstandeten Äußerungen auf der Domain ... Verletzungen des Persönlichkeitsrechts von Prof. Dr. E. darstellen. [wird ausgeführt]“ (OVG Münster aaO.)

VersammlG  
§ 15 II

## Unzulässigkeit einer Versammlung Wahl des Versammlungsortes

POR

OVG Saarlouis in NVwZ-RR 2015, 892; Beschluss vom 03.08.2015 – 1 B143/15)

„Auch wenn ein Versammlungsort (hier: ein Platz mit einem Mahnmal zur Erinnerung an die in der NS-Zeit ermordeten Juden) nicht zu den gem. § 15 II 1 Nr. 1, S. 4 VersammlG bestimmten Orten gehört, kann eine Versammlung an diesem Ort eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Ordnung begründen.

Eine **Gefährdung der öffentlichen Ordnung** kann prinzipiell **nicht** aus durch die **Meinungsfreiheit geschützten Inhalten von Meinungsäußerungen** einschließlich wohl der in dem Versammlungsmotto „Der Islam gehört zum Saarland wie der Schwenker zum Veganer“ zum Ausdruck kommende Meinungsäußerung abgeleitet werden können, sondern nur aus der **Art und der Weise der Durchführung der Veranstaltung**. BVerfG, Beschluss vom 23.06.2004 - 1 BvQ 19/04 - juris; BVerwG, Urteil vom 26.02.2014 - 6 C 1/13 - juris.

Zur Art und Weise der Veranstaltung kann jedoch ebenso wie - was in der zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts von Bedeutung war - der **Versammlungstag** auch der **Versammlungsort** gehören, auch wenn er - wie hier - nicht dem besonderen Schutz des § 15 II VersammlG unterliegt.

Auch wenn es im Ansatz zutrifft, dass es dem Antragsteller angesichts der ihm im Rahmen der Versammlungsfreiheit prinzipiell zustehenden freien **Selbstbestimmung auch über den Versammlungsort** nicht abverlangt werden darf, die von ihm getroffene Ortswahl zu plausibilisieren oder gar zu rechtfertigen, ist - angesichts einer Vielzahl denkbarer Versammlungsorte in B-Stadt - sein Beharren gerade auf dem Rabbiner-Rülf-Platz als Veranstaltungsort als **erhebliche provokative Beeinträchtigung des sittlichen Empfindens der Bevölkerung** zu werten.“ (OVG Saarlouis aaO.)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

„Berliner Räumung“

ZwangsvollstrR

§§ 885, 885a

Abhängigkeit vom Vermieterpfandrecht

(OLG Schleswig in NJW-RR 2015, 1298; Beschluss vom 28.10.2014 – 5 W 42/14)

1. Eine Pfändung, der kein wirksamer Titel zu Grunde liegt, ist unwirksam. Der mitwohnende Ehepartner hat Mitbesitz am Grundstück. Die **Räumungsvollstreckung nach § 885 ZPO** erfordert deshalb grundsätzlich einen **Vollstreckungstitel gegen beide Ehegatten**.
2. Die vereinfachte so genannte „**Berliner Räumung**“ im Wege einer **Auswechslung der Haustürschlösser und Übergabe aller Schlüssel** an den Gläubiger ist unzulässig, wenn zu Gunsten des Gläubigers kein Vermieterpfandrecht besteht. Die Schuldnerschutzvorschrift des § 885 IV ZPO darf – sofern der Gläubiger tatsächlich kein vorrangiges Vermieterpfandrecht hat – nicht durch Zulassung einer vereinfachten Herausgabevollstreckung unterlaufen werden.
3. Der Gläubiger verübt **verbotene Eigenmacht** gegen den Schuldner, wenn er durch **falsche Angaben gegenüber dem Gerichtsvollzieher** eine unzulässige Zwangsäumung veranlasst hat.

**Fall:** Die Ast. begehren im Wege einer einstweiligen Verfügung die Einräumung des unmittelbaren Besitzes an einem Hausgrundstück. Der Ast. zu 1 war Eigentümer dieses Grundstücks und bewohnte das Haus zusammen mit seiner Ehefrau, der Ast. zu 2, seit 1990. Der Ag. ist durch Zuschlagsbeschluss des AG vom 20.02.2014 Eigentümer des Grundstücks geworden. Aus dem Zuschlagsbeschluss betrieb er sodann gegen den Ast. zu 1 die Zwangsvollstreckung. Mit Schreiben vom 26.08.2014 kündigte der zuständige Obergerichtsvollzieher, L, gegenüber dem Ast. zu 1 die zwangsweise Räumung der Wohnung für den 22.09.2014 an. In dem Ankündigungsschreiben heißt es ferner:

„Ich weise ausdrücklich darauf hin, dass:

- soweit es sich bei den in Ihren Räumen vorgefundenen Sachen um nicht lagerfähige Gegenstände handelt, werden diese der sofortigen Vernichtung zugeführt (Müll, Lebensmittel, Pflanzen etc.)
- das Räumungsgut wird bis längstens zum 22.09.2014 für Sie zur Abholung bereitgehalten. Sie können über die Sachen gegen Bezahlung der Kosten innerhalb dieser Zeit verfügen
- sollte bis zu diesem Zeitpunkt das Räumungsgut nicht abgefordert worden sein, werden alle nicht verwertbaren Gegenstände der Vernichtung zugeführt! Der verbleibende Rest wird verwertet. Ich weise Sie ausdrücklich darauf hin, dass die hierdurch entstehenden Kosten auch von Ihnen getragen werden müssen.“

Am Tag der Zwangsvollstreckung (22.09.2014) ließen sich die Ast. aus gesundheitlichen Gründen durch ihren Sohn, den Zeugen H, vertreten. Entgegen der schriftlichen Ankündigung vom 26.08.2014 erklärte der Gerichtsvollzieher dem Zeugen vor Ort, dass er eine „Berliner Räumung“ vornehmen werde, d.h. es sollte lediglich eine Herausgabevollstreckung mit Auswechslung der Türschlösser und Schlüsselübergabe an den Gläubiger stattfinden. Auf den Einwand des Zeugen, dass es keinen Vollstreckungstitel gegen die Ast. zu 2 als Mitbesitzerin gebe, erwiderte der Gerichtsvollzieher, dass „ihm das egal sei“. Der Zeuge konnte daraufhin nur noch ein paar persönliche Sachen sowie Schmuckteile der Ast. aus der Wohnung mitnehmen. Auf Veranlassung des Gerichtsvollziehers wurden alsdann die Türschlösser ausgewechselt und alle Schlüssel dem Ag. übergeben. Entgegen den Angaben im Räumungsprotokoll vom 22.09.2014 bestand zu Gunsten des Ag. kein Vermieterpfandrecht nach § 562 BGB.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 09.10.2014 wurde der Ag. aufgefordert, den Ast. den Besitz durch Herausgabe des Haustürschlüssels bis spätestens 10.10.2014 wieder einzuräumen. Dieser Aufforderung ist der Ag. unstreitig nicht nachgekommen. Die Ast. beantragten am 17.10.2014 im Wege der einstweiligen Verfügung:

1. den Ag. bei Meidung eines der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Ordnungsgeldes, ersatzweise Ordnungshaft, zu verpflichten, den Ast. den ihnen vom Obergerichtsvollzieher ... ausweislich des Vollstreckungsprotokolls vom 22.09.2014 durch rechtswidrige Herausgabevollstreckung (Austausch des Türschlosses und Übergabe eines Schlüssels zum neuen Türschloss) vermittelten Besitz zum Grundstück und Wohnhaus (einschließlich Inventar und persönlicher Habe der Ast.) in ... wieder einzuräumen, insbesondere durch Herausgabe aller im Besitz des Ag. befindlichen Schlüssel zum rechtswidrig am 22.09.2014 ausgetauschten Schloss der Tür zum dortigen Hausgrundstück;
2. alle zwischenzeitlich etwa entfernten Gegenstände zurückzubringen und den Ast. sofort ungehinderten Zugang zu dem Hausgrundstück und ins Haus zu ermöglichen durch Übergabe zumindest eines Haustürschlüssels;

3. dem Ag. zu untersagen, selbst das Haus ohne Genehmigung der Ast. oder diese ersetzende rechtskräftige Entscheidung eines zuständigen Gerichts oder rechtmäßig und zulässig erfolgter Räumungsvollstreckung außer im Falle eines nicht anders zu regelnden Notfalls zu betreten.

Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

## I. Zulässigkeit des Antrags

Vom Vorliegen der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen ist auszugehen. Ausschließlich zuständig ist nach §§ 937, 943, 802 ZPO das **Gericht der Hauptsache**. Die beantragte einstweilige Verfügung ist statthaft als Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO. Ein **ordnungsgemäßer Antrag nach §§ 936, 920 I ZPO** kann unterstellt werden. Auch steht die **Rechtshängigkeit der Hauptsache** nicht entgegen, **§ 261 ZPO**. Am Rechtsschutzbedürfnis der Antragsteller bestehen keine Zweifel.

## II. Begründetheit

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung in Bezug auf den Streitgegenstand ist zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 935 ZPO).

### 1. Schlüssigkeit des Verfügungsanspruchs

Zunächst muss ein Verfügungsanspruch schlüssig vorgetragen und glaubhaft gemacht worden sein. Fraglich ist daher, ob den Ast. die geltend gemachten Ansprüche zustehen.

Die Ast. könnten einen Anspruch auf Wiedereinräumung des unmittelbaren Besitzes gem. §§ 861, 858 BGB wegen Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht haben.

#### a) Unmittelbarer Besitz der Ast.

Die Ast. waren zuvor unmittelbare Besitzer i.S.d. § 854 BGB.

*„Die Ast. haben ihren unmittelbaren Besitz **nicht durch das vorübergehende Verlassen** des Grundstücks auf Grund ihrer krankheitsbedingten Beeinträchtigungen am 22.9.2014 **freiwillig aufgegeben** (§ 856 BGB).“ (OLG Schleswig aaO.)*

#### b) Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht des Ag.

Eine Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht nach § 858 BGB ist anzunehmen, wenn die tatsächliche Gewalt des unmittelbaren Besitzers vollständig und dauerhaft ohne seinen Willen beseitigt wird, sofern der Entzieher widerrechtlich handelt.

Durch die Zwangsräumung wurde der unmittelbare Besitz der Ast. vollständig und dauerhaft gegen ihren Willen beseitigt. Fraglich ist allein, ob der Ag. hierbei widerrechtlich gehandelt hat.

#### aa) Zwangsräumung ggü. Ast. zu 2.)

Gegen den Ast. 1 zu 1 stellt nach § 93 ZVG der Zuschlagsbeschluss einen Räumungstitel dar. Allerdings hatte die Ast. zu 2 Mitbesitz (§ 866 BGB) an dem Grundstück.

*„Die Räumungsvollstreckung nach § 885 ZPO erfordert deshalb grundsätzlich einen **Vollstreckungstitel gegen beide Ehegatten** (Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 885 Rn. 6 m.w.N.). Ein vollstreckbarer Titel gegen die Ast. zu 2 lag nicht vor. Hinsichtlich der Ast. zu 2 bestand deshalb weder für die angekündigte Räumungsvollstreckung noch für die tatsächlich am 22.09.2014 durchgeführte Herausgabevollstreckung eine gesetzliche Grundlage. Den durch den bevollmächtigten Sohn der Ast. noch am 22.09.2014 vor Ort erhobenen Widerspruch beachtete der zuständige Gerichtsvollzieher nicht. Eine **Pfändung, der kein wirksamer Titel zu Grunde liegt, ist unwirksam** (Zöller/Stöber, Vorb. § 704 Rn. 34 m.w.N.).“ (OLG Schleswig aaO.)*

## bb) Zwangsäumung ggü. dem Ast. zu 1)

Hier lag der Vollstreckung ein entsprechender Titel zu Grunde. Fraglich ist jedoch, ob die Vollstreckung auch ggü. dem Ast. zu 1) nicht deshalb unwirksam ist, weil hier eine vereinfachte Räumung durch bloße Besitzverschaffung nach § 885 a ZPO erfolgt ist. Dazu müssten die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche „Berliner Räumung“ vorliegen. Allerdings scheitert er hier an verschiedenen Voraussetzungen

### (1) Fehlen der gesetzlichen Hinweise

Nach § 885a VI ZPO hat der Gerichtsvollzieher die Schuldner schon Mit der Mitteilung des Räumungstermins auf die besonderen Bestimmungen für einen beschränkten Räumungsauftrag (sog. Berliner Räumung“) hinzuweisen. Dies ist hier nicht erfolgt. In der Ankündigung vom 26.08.2014 ist vielmehr von einer normalen Zwangsäumung die Rede.

### (2) Fehlen eines Vermieterpfandrechts

Der Gläubiger kann zwar die Zwangsvollstreckung nach § 885 ZPO auf die Herausgabe der Wohnung beschränken, wenn er an sämtlichen in den Räumen befindlichen Gegenständen ein **Vermieterpfandrecht** hat (vgl. BGH, NJW-RR 2009, 1384 Rn. 8 ff.). Das Vermieterpfandrecht hat Vorrang vor der in § 885 II, III 1 ZPO bestimmten Entfernung der beweglichen Sachen, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind.

*„Unstreitig bestand hier aber zu Gunsten des Ag. **kein Vermieterpfandrecht** nach § 562 BGB. Dies folgt auch bereits aus dem vorgerichtlichen Schreiben des Ag. vom 23.09.2014, in dem lediglich eine **Nutzungsentschädigung** in Höhe der ortsüblichen Kaltmiete von 1.200 € pro Monat plus Nebenkosten geltend gemacht wird.*

*Anders als in den Fällen des Vermieterpfandrechts kann sich der Gläubiger jedoch bei **einer auf § 93 I 1 ZVG gestützten Vollstreckung auf kein Recht zur Inbesitznahme hinsichtlich der in der Wohnung befindlichen Sachen** berufen. Damit fehlt es an einem vorrangigen Recht des Gläubigers, das der nach § 885 II, IV ZPO gerade auch im Interesse des Schuldners vorgesehene Entfernung der Sachen entgegensteht. Gemäß § 885 IV ZPO hat der Schuldner nach der Räumung zwei Monate Zeit, die geräumten Sachen beim Gerichtsvollzieher abzufordern. Der Gesetzgeber hielt es auch aus sozialpolitischen Gründen für geboten, dem Schuldner innerhalb der Zwei-Monatsfrist die Möglichkeit zu geben, unpfändbare und nicht verwertbare Sachen ohne Weiteres – jederzeit – zurückzuerhalten. Der Schuldner muss sich dabei nicht mit dem Gläubiger auseinandersetzen und steht auch nicht vor der Schwierigkeit, gegebenenfalls nachzuweisen, welche Sachen sich zum Zeitpunkt der Räumung in der Wohnung befunden haben. Diese Schuldnerschutzvorschrift darf – sofern der Gläubiger tatsächlich kein vorrangiges Vermieterpfandrecht hat – **nicht durch Zulassung einer vereinfachten Herausgabevollstreckung unterlaufen** werden (BGH, NZM 2013, 395 = WuM 2013, 309).“ (OLG Schleswig aaO.)*

### (3) Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung

Durch die **vereinfachte Herausgabevollstreckung** (Auswechslung der Türschlösser und Übergabe aller Schlüssel an den Gläubiger) wird in die Rechte des Schuldners eingegriffen, weil sie ihm die Möglichkeit nimmt, gem. § 885 IV ZPO noch binnen einer Frist von zwei Monaten nach der Räumung **jederzeit seine Sachen bei einer öffentlichen Stelle** abzufordern.

Die von dem zuständigen Gerichtsvollzieher am 22.09.2014 tatsächlich durchgeführte **vereinfachte Herausgabevollstreckung** war demnach **unzulässig**. Die **Besitzentziehung** vom 22.09.2014 war nach dem Zwangsvollstreckungsrecht (§ 93 I ZVG, § 885 ZPO) in dieser Form nach alledem **nicht gestattet**.

*„Sie stellt eine **verbotene Eigenmacht** (§ 858 ZPO) des Gläubigers dar, weil er die unzulässige Zwangsvollstreckung durch falsche Angaben veranlasst hat.*

*Der Ag., der als Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung am 22.09.2014 – ausweislich des Protokolls – persönlich zugegen war, hat sich zu Unrecht auf ein vorhandenes Vermieter-*

*pfandrecht an allen in der Wohnung befindlichen Gegenständen berufen.“ (OLG Schleswig aaO.)*

Die von dem Gerichtsvollzieher am 22.09.2014 tatsächlich durchgeführte vereinfachte Räumung („Berliner Räumung“) im Wege der Auswechslung der Haustürschlösser und Übergabe aller Schlüssel an den Gläubiger war unzulässig

Ein Verfügungsanspruch besteht daher.

## **2. Schlüssigkeit des Verfügungsgrundes**

Darüber hinaus muss auch ein Verfügungsgrund schlüssig vorgetragen und glaubhaft gemacht worden sein.

*„Die Ast. waren aus gesundheitlichen Gründen bei der Zwangsvollstreckung am Montag, dem 22.09.2014, persönlich nicht zugegen. Sie hatten keine Möglichkeit, sich im Wege der Selbsthilfe (§ 859 BGB) gegen die unzulässige Besitzentziehung zu wehren. Der Ag. ist ergebnislos vorgerichtlich mit Schreiben vom 09.10.2014 zur Wiedereinräumung des unmittelbaren Besitzes aufgefordert worden. Die Ast. sind derzeit provisorisch ohne Zugriff auf ihren Besitz anderweitig untergebracht und dringend auf die Rückkehr angewiesen.*

*Der Ast. zu 1 hat mit eidesstattlicher Versicherung vom 21.10.2014 angekündigt, dass die Ast. bis spätestens zum Jahresende das Grundstück ordnungsgemäß räumen und an den Ag. herausgeben würden.“ (OLG Schleswig aaO.)*

Damit liegt auch ein Verfügungsgrund vor.

## **3. Ergebnis**

Die beantragte einstweilige Verfügung wird erlassen werden.

GG

**Klageerzwingungsverfahren**

StrafVerfR

Art. 1 I 2, 2 I, II

**Kein grundrechtlicher Anspruch auf Strafverfolgung**

(BVerfG in NStZ-RR 2015, 347; Beschluss vom 23.03.2015 – 2 BvR 1304/12)

1. Art. 2 II 1 und 2 i.V.m. Art. 1 I 2 GG **verpflichten den Staat**, sich dort **schützend und fördernd** vor das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung des Einzelnen zu stellen und sie **vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren**, wo die Grundrechtsberechtigten **selbst nicht dazu in der Lage** sind.
2. Es gibt **keinen allgemeinen verfassungsrechtlichen Anspruch** auf eine Strafverfolgung Dritter.
3. Allerdings besteht ein **Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung** dort, wo der Einzelne nicht in der Lage ist, **erhebliche Straftaten gegen seine höchstpersönlichen Rechtsgüter** – Leben, körperliche Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung und Freiheit der Person – abzuwehren und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer **Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates** und einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt führen kann.
4. Ein Anspruch auf effektive Strafverfolgung kann auch dann in Betracht kommen, wenn dem Staat eine spezifische Fürsorge- und **Obhutspflicht gegenüber Personen obliegt, die ihm anvertraut** sind.
5. Ein Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung kann schließlich in Fällen in Betracht kommen, in denen der Vorwurf im Raum steht, dass **Amtsträger bei Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben Straftaten begangen** haben.
6. Ein Verzicht auf eine effektive Verfolgung solcher Taten kann zu einer **Erschütterung des Vertrauens in die Integrität staatlichen Handelns** führen. Daher muss bereits der Anschein vermieden werden, dass gegen Amtswalter des Staates weniger effektiv ermittelt wird oder dass insoweit erhöhte Anforderungen an eine Anklageerhebung gestellt werden.

**Fall:** Die Bf. begehren die strafrechtliche Verfolgung mehrerer Polizeikräfte im Zusammenhang mit einem Polizeieinsatz nach einem Fußballspiel zwischen dem FC Bayern München und dem TSV 1860 München.

Die Bf. waren am 09.12.2007 nach Spielende infolge einer von der Polizei angeordneten „Blocksperr“ vorübergehend am Verlassen des Stadions gehindert worden, weil angesichts bereits zuvor beobachteter Aggressionen zwischen beiden Lagern aus polizeilicher Sicht im Falle einer Begegnung der rivalisierenden Fans ernsthaftere Ausschreitungen zu befürchten waren. Nach Aufhebung der „Blocksperr“ kam es zu einem Aufeinandertreffen mit Polizeikräften, Angehörigen der Bereitschaftspolizei sowie des Unterstützungskommandos, bei dem unter anderem Pfefferspray und Schlagstöcke eingesetzt wurden.

Nachdem die StA bereits am 02.01.2008 Vorermittlungen eingeleitet hatte, erstatteten die Bf. am 07.03.2008 Strafanzeige gegen Unbekannt unter anderem wegen Freiheitsberaubung und gefährlicher Körperverletzung. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wurden zahlreiche Zeugen vernommen sowie eine Wahllichtbildvorlage und vorhandene Video-Aufzeichnungen ausgewertet. Mit Verfügung vom 05.08.2009 verneinte die StA München I das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts gegenüber einzelnen Polizeibeamten und stellte das Verfahren gem. § 170 II StPO ein. Den Bf. sei eine hinreichende Identifizierung der vermeintlichen Straftäter nicht möglich, die Verhängung einer „Blocksperr“ sei polizei- und auch strafrechtlich nicht zu beanstanden gewesen. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies die GenStA München mit Bescheid vom 03.02.2011 als unbegründet zurück.

Mit Beschluss vom 19.09.2011 verwarf das OLG den dagegen gerichteten Antrag auf Klageerzwingung als unbegründet. Nach dem Ergebnis der Ermittlungen seien keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür gegeben, dass die Anordnung der „Blocksperr“ zu einer Nötigung oder Freiheitsberaubung geführt habe. Nach der polizeilichen Einsatzerfahrung sowie den während des Spiels aufgetretenen Aggressionen zwischen den Fangruppen, dem Einsatz von Rauchbomben und dem Abbrennen eines Fanschals sei mit weiteren Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit zu rechnen gewesen, weshalb die „Blocksperr“ nicht zu beanstanden gewesen sei. Soweit sich der Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Übrigen gegen Unbekannt richtete, sei er unzulässig. Im vorliegenden Fall gebe der Klageerzwingungsantrag keine Tatsachen oder Beweismittel an, auf Grund derer die Namen der beschuldigten Polizisten eindeutig ermittelt werden könnten, was auch durch das OLG nicht behoben werden könne. Die Möglichkeit, nach § 173 III StPO, ergänzende Ermittlungen anzuordnen, diene dazu, bestehende Ermittlungslücken zu schließen, nicht aber einen Besch. überhaupt erst zu ermitteln. Durch die Nichtverfolgung fühlen sich die Bf. in ihren Grundrechten verletzt. Liegt eine Grundrechtsverletzung vor?

Die Bf. könnten in ihrem Grundrecht aus Art. 2 II 1 i.V.m. Art. 1 I 2 GG verletzt sein.

## I. Anspruch auf Strafverfolgung

„Art. 2 II 1 und 2 i.V.m. Art. 1 I 2 GG **verpflichten den Staat, sich dort schützend und fördernd** vor das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung des Einzelnen zu stellen und sie **vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren** (vgl. BVerfGE 39, 1 [42] = NJW 1975, 573; BVerfGE 46, 160 [164] = NJW 1977, 2255; BVerfGE 121, 317 [356] = NJW 2008, 2409 = NVwZ 2008, 987 [Ls]; BVerfGK 17, 1 [5] = BeckRS 2010, 46477), wo die Grundrechtsberechtigten **selbst nicht dazu in der Lage** sind. Ein Anspruch auf bestimmte, vom Einzelnen einklagbare Maßnahmen ergibt sich daraus jedoch grundsätzlich nicht. Insbesondere kennt die Rechtsordnung in der Regel **keinen grundrechtlich radizierten Anspruch auf eine Strafverfolgung Dritter** (vgl. BVerfGE 51, 176 [187] = NJW 1979, 1591; BVerfGE 88, 203 [262 f.] = NJW 1993, 1751; BVerfGK 17, 1 [5] = BeckRS 2010, 46477; BVerfG [Kammer], NJW 2002, 2861 [2861 f.]).“ (BVerfG aaO.)

Etwas anderes kann bei erheblichen Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die sexuelle Selbstbestimmung und die Freiheit der Person der Fall sein, bei Straftaten, bei denen sich die Opfer in einem besonderen Obhutsverhältnis der öffentlichen Hand befinden oder bei Delikten von Amtsträgern (vgl. BVerfG [Kammer], Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 – juris = BeckRS 2014, 59593 Rn 8 ff. = NSTZ-RR 2015, 117 [Ls]; v. 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12 = NJW 2015, 150 [150] Rn 9 ff.).

### 1. Strafverfolgungsanspruch bei erheblichen Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter

„Die wirksame Verfolgung von Gewaltverbrechen und vergleichbaren Straftaten stellt ... eine Konkretisierung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 und 2 i.V.m. Art. 1 I 2 GG dar (vgl. BVerfGK 17, 1 [5] = BeckRS 2010, 46477). Vor diesem Hintergrund besteht ein **Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung dort, wo der Einzelne nicht in der Lage ist, erhebliche Straftaten gegen seine höchstpersönlichen Rechtsgüter** – Leben, körperliche Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung und Freiheit der Person – abzuwehren und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer **Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates** und einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt führen kann. In solchen Fällen kann, gestützt auf Art. 2 II 1 und 2 i.V.m. Art. 1 I 2 GG, ein Tätigwerden des Staates und seiner Organe verlangt werden (vgl. BVerfGE 39, 1 [36 ff.] = NJW 1975, 573; BVerfGE, 49, 89 [141 f.] = NJW 1979, 359; BVerfGE, 53, 30 [57 f.] = NJW 1980, 759; BVerfGE, 77, 170 [214] = NJW 1988, 1651; BVerfGE, 88, 203 [251] = NJW 1993, 1751; BVerfGE, 90, 145 [195] = NJW 1994, 1577; BVerfGE, 92, 26 [46] = NJW 1995, 2339; BVerfGE, 97, 169 [176 f.] = NJW 1998, 1475; BVerfGE, 109, 190 [236] = NJW 2004, 750). Bei Kapitaldelikten kann ein solcher Anspruch auf der Grundlage von Art. 6 I GG i.V.m. Art. 2 II 1 und Art. 1 I GG auch nahen Angehörigen zustehen.“ (BVerfG aaO.)

### 2. Staatliches Fürsorge- und Obhutsverhältnis

„Ein Anspruch auf effektive Strafverfolgung kann auch dann in Betracht kommen, wenn dem Staat eine spezifische Fürsorge- und **Obhutspflicht gegenüber Personen obliegt, die ihm anvertraut** sind. In strukturell asymmetrischen Rechtsverhältnissen, die den Verletzten nur eingeschränkte Möglichkeiten lassen, sich gegen strafrechtlich relevante Übergriffe in ihre Rechtsgüter aus Art. 2 II GG zu wehren (z. B. im Maßregel- oder Strafvollzug), obliegt den Strafverfolgungsbehörden eine **besondere Sorgfaltspflicht** bei der Durchführung von Ermittlungen und der Bewertung der gefundenen Ergebnisse.“ (BVerfG aaO.)

### 3. Straftaten von Amtsträgern

Ein Anspruch auf eine effektive Strafverfolgung kann schließlich in Fällen in Betracht kommen, in denen der Vorwurf im Raum steht, dass Amtsträger bei Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben Straftaten begangen haben.

„Ein Verzicht auf eine effektive Verfolgung solcher Taten kann zu einer **Erschütterung des Vertrauens in die Integrität staatlichen Handelns** führen. Daher muss bereits der Anschein vermieden werden, dass gegen Amtswalter des Staates weniger effektiv ermittelt wird oder dass insoweit erhöhte Anforderungen an eine Anklageerhebung gestellt werden. Die (verfassungsrechtliche) Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung bezieht sich auf das Tätigwerden aller Strafverfolgungsorgane. Ihr Ziel muss es sein, eine wirksame Anwendung der zum Schutz des Lebens, der körperlichen Integrität, der sexuellen Selbstbestimmung und der Freiheit der Person erlassenen Strafvorschriften sicherzustellen. Es muss insoweit gewährleistet werden, dass Straftäter für von ihnen verschuldete Verletzungen dieser Rechtsgüter auch **tatsächlich zur Verantwortung gezogen** werden (BVerfG [Kammer], Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 – juris = BeckRS 2014, 59593 Rn 13 = NSTZ-RR 2015, 117 [Ls.]; v. 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12 = NJW 2015, 150 [151] Rn 14).

Dies bedeutet nicht, dass der in Rede stehenden Verpflichtung stets nur durch Erhebung einer Anklage genügt werden kann. Vielfach wird es ausreichend sein, wenn die StA als Herrin des Ermittlungsverfahrens und – nach ihrer Weisung – die Polizei die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel personeller und sächlicher Art sowie ihre Befugnisse auch tatsächlich nach Maßgabe eines angemessenen Ressourceneinsatzes nutzen, um den **Sachverhalt aufzuklären und Beweismittel zu sichern** (BVerfG [Kammer], Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 – juris = BeckRS 2014, 59593 Rn 14 = NSTZ-RR 2015, 117 [Ls.]; v.

06.10.2014 – 2 BvR 1568/12 = NJW 2015, 150 [151] Rn 15). Die Erfüllung der Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung unterliegt der gerichtlichen Kontrolle (§§ 172 ff. StPO) und setzt eine detaillierte und vollständige Dokumentation des Ermittlungsverlaufs ebenso voraus wie eine nachvollziehbare Begründung der Einstellungsentscheidungen.“ (BVerfG aaO.)

## II. Anwendung auf den Fall

Die Bf. verlangen die strafrechtliche Verfolgung der im Einsatz befindlichen Polizeikräfte, denen sie ungerechtfertigte Übergriffe in ihre körperliche Integrität sowie, im Zusammenhang mit der angeordneten „Blocksperr“, den Entzug ihrer persönlichen Freiheit vorwerfen. Es liegt somit ein Fall vor, in dem bereits der **Anschein vermieden werden muss**, dass **gegen Amtswalter des Staates weniger effektiv ermittelt** wird oder dass insoweit erhöhte Anforderungen an eine Anklageerhebung gestellt werden. Fraglich ist, ob insofern hier die grundrechtliche Bedeutung des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit berücksichtigt und die sich aus der Rspr. des BVerfG ergebenden Anforderungen an eine effektive Untersuchung von gegen Amtsträger gerichteten Vorwürfen, bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben Straftaten begangen zu haben, beachtet wurden.

„Die dem angegriffenen Beschluss vorausliegenden Entscheidungen der Strafverfolgungsbehörden, insbesondere der Bescheid des GenStA in München vom 03.02.2011, belegen, dass die von den Strafverfolgungsbehörden durchgeführten **Ermittlungen gewissenhaft erfolgt** sind und dass sich **keine ausreichenden Anhaltspunkte für einen hinreichenden Tatverdacht** ergeben haben. Soweit die Strafverfolgungsbehörden bei ihren Ermittlungen auf Lücken gestoßen sind beziehungsweise die durchgeführten Ermittlungen zu keinen alle Fragen des Tatgeschehens aufklärenden Antworten geführt haben, ist dies erkennbar nicht auf eine Verweigerungshaltung der Ermittlungsbehörden zurück zu führen. Die Annahme der GenStA, dass eine **Vernehmung aller im Einsatz befindlichen Polizeikräfte** als Besch. ohne Vorliegen eines konkreten Anfangsverdachts gegenüber dem einzelnen Beamten **untunlich** sei, ist weder willkürlich noch anderweitig aus verfassungsrechtlicher Sicht zu beanstanden.

Schon nach dem eigenen Vorbringen der Bf. erfolgte **wiederholt eine umfangreiche Vernehmung** von Zeugen aus dem Kreis der eingesetzten Polizeibeamten wie auch der Anzeigeerstatter und eine Auswertung ihrer Aussagen. Ebenso wurde mit einem der Bf. eine Wahllichtbildvorlage durchgeführt, ohne dass diese allerdings zu weitergehenden Erkenntnissen geführt hätte. Das erkennbare Begehren der Bf., alle beteiligten Einsatzkräfte nach vorheriger Belehrung über das ihnen zustehende Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO als Zeugen zu vernehmen, geht indessen über die von Verfassungs wegen gebotenen Maßnahmen hinaus. Das gilt auch für die Einbeziehung ihres Rechtsanwalts in die laufenden Ermittlungen.“ (BVerfG aaO.)

## III. Ergebnis

Die Bf. werden nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 2 II 1 i.V.m. Art. 1 I 2 GG verletzt.

GG **Eilrechtsschutz gegen eine anstaltsinterne Verlegung** StrafVerfR  
 Art. 19 IV **Vorwegnahme der Hauptsache**

(BVerfG in NSTZ-RR 2015, 355; Beschluss vom 29.05.2015 – 2 BvR 869/15)

1. Art. 19 IV GG gewährleistet nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern gibt dem Bürger einen **Anspruch auf tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle**.
2. Wehrt sich ein Gefangener gegen eine sofort vollziehbare belastende Maßnahme so geht es um eine Aussetzungsanordnung nach § 114 II GG.
3. In einem solchen Fall ist **vorläufige Aussetzung**, sofern die Voraussetzungen für eine stattgebende Eilentscheidung im Übrigen vorliegen, **gerade der typische**, vom Gesetzgeber vorgesehene **Regelungsgehalt des vorläufigen Rechtsschutzes gegen belastende Maßnahmen**.

**A. Prüfungswissen: Die Garantie effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 IV GG**

Durch die grundgesetzlichen Gewährleistungen ist der Bürger vor unzulässigen Eingriffen in seine Rechte nur dann effektiv geschützt, wenn er die Beachtung seiner Rechte auch vor einem Gericht einklagen kann. Art. 19 IV GG bezieht sich auch auf die Prüfung der **Verletzung einfachgesetzlicher Normen**. Anderenfalls wären die Grundrechte leere Formeln ohne praktische Bedeutung. Insofern ist Art. 19 IV GG sowohl ein formelles Grundrecht als auch ein Verfahrensgrundrecht. Es bietet einen **lückenlosen gerichtlichen Rechtsschutz vor staatlichen Maßnahmen**. Der Rechtsweg ist gewährleistet gegen **Maßnahmen der öffentlichen Gewalt**, die eine **Rechtsverletzung** herbeiführen können. Von dieser Gewährleistung ist nicht das Recht umfasst, wegen einer vermeintlichen Grundrechtsverletzung das Bundesverfassungsgericht anrufen zu können. Diese Möglichkeit wird von Art. 93 I Nr. 4a GG als Spezialnorm ausdrücklich geregelt und unterfällt der Rechtsschutzgarantie nicht.

**I. Maßnahme der öffentlichen Gewalt**

Unter den Begriff der öffentlichen Gewalt fallen die **drei Staatsgewalten** Fraglich ist, ob dieser Begriff auch im Rahmen des Art. 19 IV GG gilt.

**1. Exekutive**

Der Schutz gegen Maßnahmen der Exekutive als der Gewalt, die **Gesetze ausführt**, ist ohne weiteres gegeben.

**2. Judikative**

Es ist zweifelhaft, ob Art. 19 IV GG nicht nur den Schutz durch den Richter gewährleistet, sondern auch gegen Entscheidungen des Richters. Dies ist nach nahezu einhelliger Auffassung jedoch nicht der Fall. Diese Auslegung berücksichtigt das Erfordernis der **Rechtssicherheit**. Wäre gegen jede richterliche Entscheidung wegen Art. 19 IV GG immer und immer wieder eine gerichtliche Prüfung möglich, könnte nie von einer Bestandskraft ausgegangen werden und Rechtssicherheit würde nicht mehr bestehen (BVerfG 15, 280; 65, 90; BVerfG NJW 2003, 3687).

**3. Legislative**

Die gerichtliche Überprüfung von Gesetzen durch die abstrakte und konkrete Normenkontrolle ist in Art. 93 GG ausdrücklich geregelt. Danach steht es grundsätzlich nicht in der Macht des Einzelnen unabhängig von einer konkreten Rechtsverletzung die Prüfung eines formellen Gesetzes zu veranlassen. Die **Gesetzgebung** durch das Parlament ist damit vom **Schutzbereich des Art. 19 IV GG ausgenommen**.

**II. Begriff des Rechtsweges**

Die Rechtsweggarantie umfasst den **Zugang zum Gericht**, das **Verfahren vor dem Gericht** und die **Entscheidung durch das Gericht**. Hierbei muss es sich um ein staatliches Gericht handeln, das den Anforderungen an Art. 92 und 97 GG genügt. Allerdings ist verbürgt nur der **einmalige Zugang** zum Gericht, hingegen ist der Gesetzgeber **nicht** verpflichtet, einen mehrstufigen **Instanzenzug** zur Verfügung zu stellen. Art. 19 IV

GG garantiert darüber hinaus aber nicht nur, dass sich ein Gericht überhaupt mit der Angelegenheit befasst, sondern erforderlich ist vielmehr die **Zurverfügungstellung effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten**, die vom Betroffenen tatsächlich in Anspruch genommen werden können und nicht nach unangemessen langer Zeit zu einer Entscheidung führen.

### III. Abgrenzung zwischen Eingriff und Ausgestaltung

#### 1. Vorschriften über die Ausgestaltung des Rechtsweges

Die **Ausgestaltung des Rechtswegs** durch den Gesetzgeber allein vermag noch keinen Eingriff in Art. 19 IV GG zu begründen. Die Rechtsschutzgarantie gilt daher **nur im Rahmen der Prozessrechtsgesetze**. So ist z.B. das Erfordernis der Prozessfähigkeit, der Anwaltszwang oder auch die Fristbindung von Anträgen für sich allein genommen kein Eingriff in Art. 19 IV GG, sondern eine Ausgestaltung des grundrechtlichen Bereichs.

#### 2. Erschwerung des Zugangs oder des Verfahrens

Nicht jede Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten bzw. des Verfahrens stellt einen Eingriff in Art. 19 IV GG dar. Vielmehr ist ein **Eingriff** nur dann anzunehmen, wenn diese **Erschwerung unangemessen** ist.

#### 3. Präklusionsvorschriften

Vorschriften, die bestimmte Rechtsschutzmöglichkeiten ausschließen, sind keine Eingriffe in die Rechtsweggarantie, sondern **Ausformungen des materiellen subjektiven Rechts**, das von Art. 19 IV GG vorausgesetzt wird. Gleichwohl sind diese Vorschriften an dem Grundrecht des Art. 19 IV GG zu messen, da auch eine unangemessene Einschränkung des dem Gerichtsverfahren vorgelagerten Verwaltungsverfahrens zu Erschwerungen des Rechtsschutzes führen können, die ihrerseits an Art. 19 IV GG zu messen sind.

#### 4. Eingriff

Eingriff ist damit nur die über die Ausgestaltung hinausgehende Regelung des Rechtswegs, die durch die Funktionsbedingungen der Rechtspflege und dem Erfordernis der Rechtssicherheit nicht mehr geboten ist.

### IV. Eingriffsrechtfertigung

Grundsätzlich ist die Rechtsweggarantie **vorbehaltlos gewährleistet**. Wie auch sonst findet die Berufung auf Art. 19 IV GG jedoch ihre Grenze im kollidierenden Verfassungsrecht.

Da ein Eingriff in Abgrenzung zur Ausgestaltung nur dann anzunehmen ist, wenn die Maßnahme durch Gründe Rechtspflege und Rechtssicherheit nicht mehr gedeckt ist, scheidet bei Vorliegen eines Eingriffs eine Beschränkung des Gewährleistungsbereiches unter Hinweis auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und dem Erfordernis nach Rechtssicherheit aus. Andere **kollidierende Verfassungsrechte** kommen als Einschränkungen des Art. 19 IV GG nicht in Betracht. Dies führt dazu, dass jeder Eingriff in Art. 19 IV GG verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen und damit verfassungswidrig ist.

### V. Rechtsverletzung

Eine Berufung auf Art. 19 IV GG ist nur dann möglich, wenn subjektive Rechte des Verfahrensführers betroffen sind, wobei hierunter sowohl die **privaten** als auch die **öffentlichen Rechte** fallen, soweit diese auch dem Schutz des Betroffenen dienen.

Eine Rechtsverletzung liegt in einem **rechtswidrigen Eingriff** in diese Rechte. Allerdings besteht die Garantie effektiven Rechtsschutzes nicht erst dann, wenn die Verletzung tatsächlich feststeht, sondern bereits dann, wenn sie geltend gemacht, also nach dem Vortrag vorliegen kann (vgl. § 42 II VwGO).

## B. Vorwegnahme der Hauptsache als effektiver Rechtsschutz nach Art. 19 IV GG (vgl. BVerfG in NStZ-RR 2015, 355)

**Fall:** Mit seinem Antrag auf gerichtliche Entscheidung wandte sich der Ast., der nach seinem Vorbringen bereits mehrfach innerhalb der JVA verlegt worden war, gegen seine (neuerlich) erfolgte Verlegung und beantragte zugleich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, die Aussetzung der Verlegungsverfügung und (vorläufige) Rückgängigmachung deren bereits erfolgter Vollziehung. Mit angegriffenem Beschluss wies das LG den Eilantrag zurück. Eine Eilentscheidung nach § 114 StVollzG sei nur geboten, wenn irreparable, über den belastenden Charakter der Maßnahme selbst hinausgehende Nachteile drohten oder wenn schwere, unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile für den Antragsteller zu erwarten seien, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden könnten. Dies sei hier nicht gegeben. Schwere, unzumutbare Nachteile seien nicht vorgetragen und auch nicht zu erkennen. Durch ein Stattgeben würden irreversible Tatsachen geschaffen. Die Hauptsacheentscheidung würde bereits vorweggenommen. Der Ast. rügt mit der Verfassungsbeschilde eine Verletzung seines Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG. Zu Recht?

Indem das Gericht dem Ast. den Eilrechtsschutz mit Berufung darauf verweigert, es Läge eine Vorwegnahme der Hauptsache vor, welche unzulässig sei, da keine irreversiblen Tatsachen geschaffen würden, könnte es den Ast. in einem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG verletzen.

### I. Gewährleistungsgehalt des Art. 19 IV GG

„Art. 19 IV GG gewährleistet nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern gibt dem Bürger einen **Anspruch auf tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle**. Aus dieser grundgesetzlichen Garantie folgt zugleich das Verfassungsgebot, soweit als möglich zu verhindern, dass durch die **sofortige Vollziehung** einer hoheitlichen Maßnahme **Tatsachen geschaffen** werden, die auch dann, wenn sich die Maßnahme bei richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, **nicht mehr rückgängig** gemacht werden können (vgl. BVerfG NJW 1974, 1079; BVerfG NJW 1984, 419). Zwar gewährleistet Art. 19 IV GG die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen nicht schlechthin (vgl. BVerfG NJW 1984, 419), so dass es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden ist, wenn der Gesetzgeber im Bereich des Strafvollzugs – im Gegensatz etwa zu der für die Anfechtung von Verwaltungsakten im Verwaltungsprozess geltenden Regelung (§ 80 VwGO) – die sofortige Vollziehung als Regel und die Aussetzung des Vollzuges als Ausnahme vorsieht, weil er grundsätzlich den sofortigen Vollzug der angeordneten Maßnahmen aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses für geboten hält. Dabei muss jedoch **gewährleistet sein**, dass der Betr. umgehend eine gerichtliche **Entscheidung darüber herbeiführen** kann, ob **im konkreten Einzelfall das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung** oder aber das Interesse des Einzelnen an der Aussetzung der Vollstreckung bis zur Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme **überwiegt**. Bei dieser Abwägung fällt der Rechtsschutzanspruch des Bürgers umso stärker ins Gewicht, je schwerer die ihm auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahme der Exekutive Unabänderliches bewirkt (vgl. BVerfG NJW 1974, 227; BVerfG NJW 1974, 1079).

Für die Gerichte ergeben sich aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes **Anforderungen auch für den vorläufigen Rechtsschutz**. Die Auslegung und Anwendung der jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen muss darauf ausgerichtet sein, dass der Rechtsschutz sich auch im Eilverfahren nicht in der bloßen Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts erschöpft, sondern zu einer **wirksamen Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht** führt (vgl. BVerfGE 49, 220 [226] = NJW 1979, 534; BVerfGE 77, 275 [284] = NJW 1988, 1255; BVerfGK 1, 201 [204 f.]; 11, 54 [60]).“ (BVerfG aaO.)

### II. Anwendung auf den Fall

#### 1. Ausgestaltung des Eilrechtsschutzes im Strafvollzug

Nach § 114 II StVollzG kann das Gericht den Vollzug einer angefochtenen Maßnahme aussetzen, wenn die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung eines Rechts des Ast. vereitelt oder wesentlich erschwert wird, und ein höher zu bewertendes Interesse an dem sofortigen Vollzug nicht entgegensteht. Das Gericht kann auch unter den Voraussetzungen des § 123 I VwGO eine einstweilige Anordnung erlassen (§ 114 II 2 StVollzG).

„Mit dieser Regelung differenziert der Gesetzgeber bei der **Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes im Strafvollzug** – ähnlich wie bei §§ 80, 123 VwGO – nach dem Gegenstand der Hauptsache. Wendet sich der Ast. gegen eine ihn **belastende Maßnahme**, so kann das Gericht den **Vollzug** dieser Maßnahme schon unter den Voraussetzungen des § 114 II 1 StVollzG **aussetzen**. Begehrt der Ast. dagegen die Verpflichtung zum Erlass einer von der Anstalt abgelehnten oder unterlassenen Maßnahme, so kommt vorläufiger Rechtsschutz nur unter den Voraussetzungen von § 114 II 2 StVollzG, § 123 I VwGO in Betracht.

Begehrt ein Gefangener Eilrechtsschutz gegen eine (anstaltsinterne) Verlegung, so geht es um die **vorläufige Aussetzung einer ihn belastenden Maßnahme**. Dies gilt auch dann, wenn die Verlegung bereits vollzogen wurde (vgl. BVerfGK 8, 64 [65 f.]; 11, 54 [61]; BVerfG (Kammer), Beschl. v. 25.07.1989 – 2 BvR 896/89 – juris).“ (BVerfG aaO.)

## 2. Differenzierung zwischen Aussetzung und Vornahme

Fraglich ist, ob die StVK hier hinreichend zwischen den Voraussetzungen einer **Aussetzungsanordnung** nach § 114 II 1 StVollzG und den Voraussetzungen einer **Vornahmeanordnung** nach § 114 II 2 StVollzG i.V.m. § 123 I VwGO klar zu unterscheiden hat und ob verdeutlicht wurde, nach welcher dieser beiden Alternativen entschieden wurde (zur Bedeutung dieser Unterscheidung im Hinblick auf Art. 19 IV GG vgl. BVerfG (Kammer), Beschl. v. 09.11.1993 – 2 BvR 2212/93 = NStZ 1994, 101; v. 07.09.1994 – 2 BvR 1958/93 = ZfStrVO 1995, 371 ff.; v. 17.06.1999 – 2 BvR 1454/98 = NStZ 1999, 532).

*„Der Umstand, dass das Gericht seine ablehnende Entscheidung auf das **Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache** gestützt hat – das typischerweise in Verpflichtungskonstellationen zum Tragen kommt –, legt den **Schluss nahe**, dass das Gericht rechtsfehlerhaft von einem Anwendungsfall des **§ 114 II 2 StVollzG i.V.m. § 123 I VwGO** statt von der nach § 114 II 1 StVollzG zu beurteilenden Konstellation einer beantragten vorläufigen Aussetzung einer belastenden Maßnahme ausgegangen ist.“* (BVerfG aaO.)

## 3. Problem der Vorwegnahme der Hauptsache

Fraglich ist jedoch vor allem, ob das Gericht hier zutreffend davon ausgegangen ist, dass eine stattgebende Entscheidung die Hauptsache vorwegnehmen würde und die engen Voraussetzungen, unter denen eine die Hauptsache vorwegnehmende Entscheidung ergehen könnte, nicht vorliegen.

*„Eine – allein in Ausnahmefällen zulässige – Vorwegnahme der Hauptsache liegt nur dann vor, wenn die begehrte vorläufige Entscheidung faktisch keine vorläufige wäre, sondern einer endgültigen gleichkäme. Dies ist nicht der Fall, wenn die **einstweilige Aussetzung einer Maßnahme** begehrt wird, die bei entsprechendem Ausgang des Hauptsacheverfahrens **wieder in Geltung gesetzt** werden kann. Die bloße Tatsache, dass die vorübergehende Aussetzung als solche nicht wieder rückgängig gemacht werden kann, macht die vorläufige Regelung nicht zu einer faktisch endgültigen. Die **vorläufige Aussetzung** ist vielmehr, sofern die Voraussetzungen für eine stattgebende Eilentscheidung im Übrigen vorliegen, **gerade der typische**, vom Gesetzgeber vorgesehene **Regelungsgehalt des vorläufigen Rechtsschutzes gegen belastende Maßnahmen** (vgl. BVerfGK 1, 201 [206]; 7, 403 [409]; 8, 64 [65 f.]; 11, 54 [61]; BVerfG (Kammer), Beschl. v. 24.03.2009 – 2 BvR 2347/08 – juris Rn 12, und v. 03.05.2012 – 2 BvR 2355/10 – 2 BvR 1443/11 – juris = BeckRS 2012 51769 Rn 13).*

*Es kann offen bleiben, ob die Aussetzung belastender, die Unterbringung von Strafgefangenen betreffender Maßnahmen im Falle einer **sehr geringen verbleibenden Reststrafe** an die besonderen Voraussetzungen für eine Vorwegnahme der Hauptsache geknüpft werden kann, weil die Aussetzung auf Grund des Zeitablaufs die Hauptsacheentscheidung hinfällig machen würde und sie daher in ihrer Wirkung einer Vorwegnahme der Hauptsache sehr nahe käme (vgl. dazu BVerfGE 34, 160 [162 f.]; Kopp/Schenke, VwGO, 20. Aufl., § 123 R. 14). Ein solcher Fall – auf den sich das LG auch gar nicht beruft – liegt jedenfalls bei einer verbleibenden Reststrafe von 5 Monaten ab Antragstellung nicht vor. Im Übrigen dürfte das Gebot effektiven Rechtsschutzes in einer solchen Konstellation zumindest gebieten, bei der Entscheidung, ob die Vorwegnahme der Hauptsache ausnahmsweise zulässig ist, zu Gunsten des Betr. in die Abwägung einzustellen, dass für ihn die **Entscheidung in der Hauptsache zu spät** käme (vgl. BVerfGE 34, 160 [162 f.]; BVerfGE 46, 160 [163 f.] = NJW 1977, 255; BVerfGE 67, 149 [151]; BVerfGE 79, 69 [75] = NJW 1998, 827).“* (BVerfG aaO.)

Die StVK hätte daher, ohne insoweit durch den Gesichtspunkt einer unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache gebunden zu sein, prüfen müssen, ob die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung eines Rechts des Bf. vereitelt oder wesentlich erschwert wird, und ob der Aussetzung ein höher zu bewertendes Interesse an dem sofortigen Vollzug nicht entgegensteht. Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob nach einer summarischen Prüfung der Ast. mit seinem Rechtsbehelf voraussichtlich Erfolg haben wird (vgl. Arloth, StVollzG, 3. Aufl., § 114 Rn 3).

*„Indem das Gericht die danach erforderliche Interessenabwägung unterlassen hat, ist es den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven vorläufigen Rechtsschutz nicht gerecht geworden. Das Interesse am sofortigen Vollzug der Maßnahme wird im angegriffenen Beschluss überhaupt nicht dargelegt. Stattdessen verweist die StVK einseitig darauf, dass der Bf. keine schweren und unzumutbaren Nachteile dargelegt habe.“* (BVerfG aaO.)

## III. Ergebnis

Die Auslegung und Anwendung des § 114 II StVollzG durch das LG verkennt die oben dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gewährung effektiven Rechtsschutzes bei belastenden Maßnahmen. Die Entscheidung verletzt den Ast. in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 IV GG

VwGO

**Zuweisung eines Jahrmarkt-Standplatzes**

VerwProzR

§§ 42 I, 113 I 4

**Unzumutbarkeit einer Konkurrentenverdrängungsklage**

(VGH München in GewA 2015, 460; Urteil vom 22.07.2015 – 22 B 15.620)

Dem unterlegenen Bewerber um einen Jahrmarkt-Standplatz kann die Erhebung einer **Dritt-anfechtungsklage** gegen die Zulassung eines Mitbewerbers zusätzlich zu seiner Bescheidungsklage **unzumutbar** sein, wenn

- die **Zahl der Standplätze** für die betreffende Betriebsart und die Zahl der zugelassenen Mitbewerber **größer** ist, wenn
- die kommunale Veranstalterin die **tatsächlichen Grundlagen** ihrer Auswahlentscheidung **nicht hinreichend** in ihren Akten **dokumentiert** hat und
- dem unterlegenen Bewerber auch **im Ablehnungsbescheid** die zum Zug gekommenen **Mitbewerber und die Gründe** für deren Bevorzugung **nicht vollständig mitgeteilt** hat.

**Fall:** Der Kl. beantragte bei der Bekl. erfolglos die Zulassung mit seinem neuen Ausschankstand „F.“ zu der von der Bekl. v. 03. bis 15.10.2014 veranstalteten und nach § 69 I GewO festgesetzten Michaelis-Kirchweih. Es standen 17 Stellplätze zur Verfügung. Vor dem VG beehrte der Kl. zuletzt die Verpflichtung der Bekl. zur Neubescheidung seines Zulassungsantrags bzgl. seines neuen Ausschankstandes. Im November 2014 stellt er seine Klage dann dahingehend um, dass nunmehr die Rechtswidrigkeit der Ablehnung festgestellt werden soll. Er weist darauf hin, dass er ja auch in Folgejahren die Zuweisung eines Standplatzes begehren wird. Durch die Ablehnung der Platzzuweisung sei ihm ein Schaden in Höhe von 10.000 € entstanden, den er als Schadensersatz gegenüber der Bekl. geltend machen wolle. Ist die Klage zulässig?

**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO**

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, soweit keine abdrängenden Sonderzuweisen eingreifen, die hier nicht in Betracht kommen. Hier wird um die Zuweisung eines Marktplatzes nach § 70 GewO gestritten. Hierbei handelt es sich um öffentliches Gewerberecht. Da auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

**II. Statthafte Klageart**

Der Bekl. hatte zunächst eine Bescheidungsklage erhoben. Er hat dann seinen Antrag auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage umgestellt.

*„Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist analog § 42 I Halbs. 2 VwGO statthaft, nachdem sich das urspr. **Bescheidungsbegehren** mit Ende der Kirchweih am 15.10.2014 **erledigt** hat.“* (VGH München aaO.)

**III. Klagebefugnis**

Da die Klage zunächst als Verpflichtungsklage in Form der Bescheidungsklage erhoben worden war, muss bis zum Zeitpunkt der Erledigung eine Klagebefugnis nach § 42 II VwGO vorgelegen haben.

*„Die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage scheidet auch nicht an § 42 II VwGO. Der Kl. ist für die Bescheidungsklage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses analog § 42 II VwGO klagebefugt gewesen, da er einen **möglichen Anspruch auf Neubescheidung als Minus zu einem Zulassungsanspruch nach § 70 I GewO geltend machen konnte.**“* (VGH München aaO.)

**IV. Vorverfahren**

Da es sich hier um eine Erledigung nach Klageerhebung handelt, müsste auch vor Erhebung der Bescheidungsklage ein Vorverfahren nach § 68 II, I VwGO durchgeführt worden sein, soweit dieses nicht entbehrlich war. Eine solche Regelung findet sich aber in Art. 15 II AGVwGO Bay, so dass der Kl. unmittelbar Klage erheben konnte.

**V. Rechtsschutzbedürfnis**

Der Kl. muss auch ein Rechtsschutzbedürfnis für die Bescheidungsklage gehabt haben. Fraglich ist, ob ein schutzwürdiges Interesse deshalb fehlt, weil der Kl. nicht zugleich auch

mit der Drittanfechtungsklage die Vergabe von Plätzen an seine Konkurrenten angefochten hat.

## 1. Erforderlichkeit einer Konkurrentenklage

„[In] Rspr. und Lit. [ist] umstritten, ob eine Bescheidungsklage im **tripolaren Konkurrenzverhältnis** ohne gleichzeitige Drittanfechtungsklage gegen die Zulassung zumindest eines der dem Kl. vorgezogenen Konkurrenten zulässig ist. Im Kern geht es um die Frage, ob der unterlegene Konkurrent oder der Jahrmarkt-Veranstalter der durch bestandskräftige Vergabe der Standplätze an zugelassene Konkurrenten **drohenden Kapazitätserschöpfung** – ersterer durch Drittanfechtungsklage, letzterer durch Rücknahme rechtswidriger Zulassungen – entgegenzuwirken hat, um effektiven Rechtsschutz i.S.v. Art. 19 IV GG zu erlangen bzw. zu gewähren.“ (VGH München aaO.)

## 2. Unzumutbarkeit einer Konkurrentenklage

Die Erhebung einer Drittanfechtungsklage kann aber im Hinblick auf in Art. 19 IV GG wurzelnde **quantitative und qualitative Unzumutbarkeitserwägungen** entbehrlich sein.

### a) Quantitative Unzumutbarkeit

Auf dem hier fraglichen Markt standen 17 Stellplätze zur Verfügung, so dass der Kl. – wenn es ihm nicht um einen bestimmten Stellplatz ging – mit einer Konkurrentenklage 17 Zulassungen klageweise hätte anfechten müssen. Dies könnte ihm aufgrund der Anzahl unzumutbar sein.

„Einem Bewerber ist die Erhebung einer zusätzl. Drittanfechtungsklage zum einen **quantitativ unzumutbar**, wenn er eine **Vielzahl an Zulassungen** von Konkurrenten anfechten müsste (eindeutig bei Hunderten von Konzessionen, vgl. BVerwG, Urt. v. 07.10.1988 – 7 C 65.87 –, BVerwGE 80, 270/273). Jedoch kann schon die Anfechtung von siebzehn an Konkurrenten vergebenen Begünstigungen unzumutbar sein. Die für **Musterverfahren** in § 93 a I VwGO gegebene Zahl von mindestens **zwanzig Verfahren ist kein geeigneter Maßstab** für eine Unzumutbarkeit, weil sie nicht auf die individuelle Zumutbarkeit für einen Kl., sondern auf die effektive Durchführung eines Musterverfahrens abstellt (vgl. OVG Berl.-Bbg, Beschl. v. 27.03.2012 – 12 N 7.11 – juris Rn. 6). Hier ist dem Kl. die Anfechtung der Zulassung von **bis zu siebzehn mit ihm konkurrierenden Beschickern** ... bereits zahlenmäßig nicht zumutbar, da auch dann sein **Prozessrisiko noch unzumutbar hoch** ist. Anders wäre es dann, wenn er sein Begehren allein auf einen ganz bestimmten Standplatz beschränkt hätte. Dann hätte es genügt, [die entsprechende] Zulassung anzufechten.“ (VGH München aaO.)

### b) Qualitative Unzumutbarkeit

Die Unzumutbarkeit der Drittanfechtung anderer Zulassungsentscheidungen kann sich jedoch auch aus qualitativen Gesichtspunkten ergeben.

„[Die] Bekl. [hat] ihre **Auswahlentscheidung** zu deren Gunsten und zu Lasten des Kl. nur so **unvollständig in ihren Akten dokumentiert** hat, dass der Kl. nicht hinreichend die Erfolgsaussichten von Drittanfechtungsklagen abschätzen konnte, **also „ins Blaue hinein“ anfechten** und ein ihm nicht einschätzbares Prozessrisiko hätte eingehen müssen. Hier hat die Bekl. ihrer Auswahlentscheidung **in ihren Akten nicht dokumentiertes Verwaltungswissen** zur Gestaltung der Ausschankstände von Konkurrenten des Kl. **zugrunde gelegt**, so dass deren Zulassung trotz Aktenvorlage nicht nachvollziehbar ist.

Schließl. hat die Bekl. für ihren Bescheid v. 29.04.2014 **nur einen Teil der im Auswahlverfahren zu vergleichenden Bewerber namentlich bezeichnet** und bewertet. Jedenfalls wäre ein noch größerer Kreis an Ausschankständen anderer Bewerber mit dem ... Ausschankstand des Kl. zu vergleichen gewesen als die fünf im Bescheid genannten ..., möglicherweise bis zu siebzehn ..., mindestens aber zwölf ... Da zu deren Auswahl nichts Näheres ausgeführt ist, war dem Kl. die Anfechtung ihrer Zulassung unzumutbar gewesen.“ (VGH München aaO.)

Damit scheidet die Zulässigkeit der vom Kl. zunächst erhobenen Bescheidungsklage nicht an seinem Rechtsschutzbedürfnis wegen Unterlassen der Drittanfechtung anderer Zulassungen.

## VI. Besonderes Feststellungsinteresse

Allerdings muss für die Umstellung der Bescheidungsklage auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach Erledigung ein besonderes Feststellungsinteresse ergeben.

„Aus dem **Wortlaut** des § 113 I 4 VwGO und dem **systematischen Zusammenhang** mit § 42 I u. II VwGO ergibt sich, dass **die VGs nur ausnahmsweise für die Überprüfung erledigter Verwaltungsakte** in Anspruch genommen werden können, wenn der Kl. im Zeitpunkt der gerichtl. Entscheidung ein **berechtigtes rechtl., wirtschaftl. oder ideelles Interesse an einer nachträgl. Feststellung der Rechtswidrigkeit** der erledigten

Maßnahme hat, weil sie seine Rechtsposition noch verbessern kann (BVerwG, Urt. v. 14.01.1965 – 1 C 68.61 –, BVerwGE 20, 146/149 ff., 154 f.; BVerwG, Urt. v. 16.05.2013 – 8 C 20/12 – Rn. 11, 23; BVerwG, Beschl. v. 19.12.2013 – 8 B 8/13 – juris Rn. 6).“ (VGH München aaO.)

Ein besonderes Feststellungsinteresse ist in 3 Fallgruppen anerkannt. Es besteht bei einem schutzwürdigen Interesse an Rehabilitation, wenn von dem erledigten Verwaltungsakt noch diskriminierende Wirkungen ausgehen, bei Wiederholungsgefahr oder zur Vorbereitung einer Schadensersatzklage. Darüber hinaus besteht ein besonderes Feststellungsinteresse vor dem Hintergrund von Art. 19 IV GG dann, wenn anderenfalls eine effektive Kontrolle grundrechtsrelevanter Verwaltungsentscheidungen nicht gewährleistet wäre.

## 1. Wiederholungsgefahr

Da der Kl. sich auch in den Folgejahren um die Zuweisung eines Standplatzes bemühen möchte, könnte Wiederholungsgefahr gegeben sein.

### a) Begriff der Wiederholungsgefahr

„Eine Wiederholungsgefahr ist gegeben, wenn künftig unter im Wesentlichen unveränderten Umständen eine gleichartige behördl. Entscheidung wie der Verwaltungsakt ergehen wird, der Gegenstand des Fortsetzungsfeststellungsbegehrens ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.10.1989 – 7 B 108/89 –, NVwZ 1990, 360; BVerwG, Beschl. v. 26.04.1993 – 4 B 31/93 –, NVwZ 1994, 282 ff., juris Rn. 26; BVerwG, Urt. v. 16.05.2013 – 8 C 20/12 – Rn. 12; BayVGh, Urt. v. 25.02.2013 – 22 B 11.2587 – Rn. 43 a. E.). Es muss also eine Präjudizwirkung für künftige vergleichbare Rechtsverhältnisse vorliegen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.12.2013 – 8 B 8/13 – juris Rn. 6), weil sich dieselben kontroversen Rechtsfragen zwischen den Beteil. in anderer Weise neu stellen werden (in diesem Sinne BVerwG, Beschl. v. 26.04.1993 – 4 B 31/93 –, NVwZ 1994, 282 ff., juris Rn. 27).“ (VGH München aaO.)

### b) Anwendung auf den Fall

„Daran fehlt es hier, da eine künftige Auswahlentscheidung der Bekl. wegen **Änderung ihrer Zulassungs-Richtlinien** anderen materiellen Maßstäben folgen muss als die streitgegenständl. Auswahlentscheidung, zwischenzeitlich als sachliche Änderung der **neue Ausschankstand des Kl. fertig gestellt** und für ein neues Bewerbungsverfahren nicht nur als Rohbau vorhanden ist und die Bekl. nach ihrer neuen Vergabep Praxis nach den neuen Richtlinien zur Durchführung des Zulassungsverfahrens künftig Fotos für alle Bewerbungen zu fordern beabsichtigt. Dass die Bekl. rechtswidrig ergangene Zulassungen widerrufen bzw. gekündigt und das Auswahlverfahren neu durchgeführt hat (vgl. den vom Kl. nach Schluss der mündl. Verhandlung v. 16.07.2015 vorgelegten Bescheid v. 17.07.2015), stellt die hier getroffene Wertung gerade nicht in Frage.“ (VGH München aaO.)

Eine Wiederholungsgefahr vermag daher ein besonderes Feststellungsinteresse des Kl. nicht zu begründen.

## 2. Effektiver Rechtsschutz, Art. 19 IV GG

Der Kl. könnte sich auf ein besonderes Feststellungsinteresse aus dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG deswegen berufen, weil bei Marktzulassungen regelmäßig eine Erledigung vor Abschluss eines Hauptsacherechtsbehelfs eintritt und sonst keine Entscheidung zur Hauptsache erlangt werden könnte.

### a) Anwendungsvoraussetzungen dieser Fallgruppe

„Ein berechtigtes Interesse i.S.v. § 113 I 4, V 2 VwGO ist zu bejahen, wenn **andererseits kein wirksamer Rechtsschutz** gegen solche Eingriffe zu erlangen wäre, die sich **typischerweise so kurzfristig** erledigen, dass sie ohne die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses regelmäßig keiner Überprüfung im gerichtl. Hauptsacheverfahren zugeführt werden könnten. Maßgebend ist dabei, ob die **kurzfristige**, eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ausschließende **Erledigung sich aus der Eigenart des Verwaltungsakts selbst** ergibt (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.05.2013 – 8 C 20/12 – Rn. 23 m. w. N.; BVerfG, Beschl. v. 05.12.2001 – 2 BvR 527/99 u. a. –, BVerfGE 104, 220/232 f.; BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004 – 1 BvR 461/03 –, BVerfGE 110, 77/86). Dies wurde z.B. bejaht bei Wohnungsdurchsuchungen in Folge richterlicher Anordnung, bei vorläufigen Ingewahrsamnahmen und Inhaftierungen zur Vorbereitung einer Abschiebung sowie bei versammlungsrechtlichen Maßnahmen.“ (VGH München aaO.)

### b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob dies bei marktrechtlichen Auswahlentscheidungen angenommen werden kann,

„Sie bergen **nicht typischerweise die Gefahr**, dass vor Beginn eines Marktes die Auswahlentscheidung nicht mehr in einem verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren überprüft werden könnte. Vielmehr hängt es von der Gestaltung des Auswahlverfahrens im Einzelfall ab, **wie früh die**

**Auswahlentscheidung getroffen** wird und **wie rasch das VG über** einen Hauptsacherechtsbehelf **entscheiden kann**. Gerade die Rücksichtnahme auf den erforderlichen Dispositionen der Bewerber verlangt, dass eine Auswahlentscheidung möglichst früh fällt. Anders als die genannten Verwaltungsakte, die wegen ihrer Dringlichkeit regelmäßig sofort vollziehbar sind oder für sofort vollziehbar erklärt werden (§ 80 II 1 Nr. 2 - 4 VwGO, Art. 21 a S. 1 BayVwZVG), um unverzüglich ein hoheitliches Einschreiten zu ermöglichen, ist dies bei tripolaren Auswahl- und Zulassungsentscheidungen schon wegen des organisatorisch bedingten zeitl. Vorlaufs bis zum Veranstaltungsbeginn regelmäßig entbehrlich.“ (VGH München aaO.)

Ein besonderes Feststellungsinteresse ergibt sich daher nicht aus Art. 19 IV GG.

### 3. Vorbereitung einer Schadensersatzklage

Ein besonderes Feststellungsinteresse könnte aber in der beabsichtigten Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB liegen.

#### a) Anwendungsvoraussetzungen dieser Fallgruppe

„Ein entsprechendes Fortsetzungsfeststellungsinteresse wird regelmäßig angenommen, wenn die **Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen ernstlich beabsichtigt und nicht völlig aussichtslos** ist, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Schadensersatzanspruch im Einzelnen besteht.

#### b) Anwendung auf den Fall

Da Zivilgerichte im Amtshaftungsprozess an die Beurteilung eines Verwaltungsakts durch die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit als rechtmäßig oder rechtswidrig gebunden sind (vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2003 – III ZR 9/03 –, NJW 2003, 3693/3696; BayVGh, Urt. v. 25.02.2013 – 22 B 11.2587 – Rn. 44), ist ein sich hierauf **beziehender verwaltungsgerichtlicher Ausspruch geeignet, die Rechtsposition des Kl. in einem solchen künftigen Verfahren zu verbessern**. Einen solchen Anspruch kann der Kl., da die Bekl. die Auswahl der Schausteller für diese Veranstaltung – trotz des Abschlusses privatrechtlicher Beschickerverträge jedenfalls nach § 70 GewO – in Ausübung hoheitlicher Gewalt getroffen hat, zumindest auch auf § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG stützen.“ (VGH München aaO.)

Allerdings führt dies nur dann zu einem besonderen Feststellungsinteresse, wenn ein solcher Amtshaftungsprozess nicht von vornherein aussichtslos ist.

„Für die Aussichtslosigkeit genügt **nicht die Wahrscheinlichkeit eines Misserfolgs im zivilgerichtl. Haftungsprozess**, sondern der geltend gemachte Anspruch darf unter keinem denkbaren rechtl. Gesichtspunkt bestehen und dies muss sich **ohne eine ins Einzelne gehende Würdigung aufdrängen** (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.05.2013 – 8 C 20/12 – Rn. 34 m.w.N.; BayVGh, Urt. v. 25.02.2013 – 22 B 11.2587 – Rn. 48).

Eine schuldhaft rechtswidrige Schadensverursachung durch ein hoheitliches Handeln wird bei **Ermessensentscheidungen** allerdings dann verneint, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch **bei fehlerfreier Rechtsanwendung dieselbe zum Schaden führende Entscheidung** getroffen worden wäre (BVerwG, Urt. v. 20.06.2013 – 8 C 39/12 – juris Rn. 47 m.w.N.). Ein vergleichbarer Fall liegt hier aber nicht vor. Ob es möglich gewesen wäre, die Zulassung des Kl. bei fehlerfreier Rechtsanwendung abzulehnen, ist im Verfahren offen geblieben und kann nicht weiter aufgeklärt werden. Dies gilt auch für die eigentliche Auswahlentscheidung nach dem Kriterium der Attraktivität nach Nr. 7.2 RL 2004, weil die Bekl. die **Anwendung dieses Kriteriums nicht näher aktenkundig dokumentiert und auch nicht näher spezifiziert** hat. Selbst nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung ist weder feststellbar, dass der Kl. unter keinem denkbaren rechtl. Gesichtspunkt zugelassen werden konnte, noch dass eine rechtmäßige Handhabung des Ermessens durch die Bekl. auch zu seinem Ausschluss hätte führen können ... Vielmehr muss auch in Betracht gezogen werden, dass in einem evtl. Schadensersatzprozess eine „Ermessensreduzierung auf Null“ festgestellt werden könnte.“ (VGH München aaO.)

Zudem muss ein Amtshaftungsprozess aber auch bereits anhängig, mit Sicherheit zu erwarten oder ernsthaft beabsichtigt sein. Die bloße Behauptung, einen Schadensersatzprozess führen zu wollen, genügt für ein Feststellungsinteresse nicht (vgl. BayVGh, Beschl. v. 30.09.2014 – 20 ZB 11.1890 – juris Rn. 22 mit Verweis auf OVG NRW, Urt. v. 25.03.2014 – 2 A 2679/12 – juris Rn. 47 m.w.N.).

„Bis zum **Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens** kann und muss ein seine Prozesschancen sorgfältig wägender Geschädigter zum einen dartun, **dass und in welcher Höhe ihm Schaden entstanden** ist. Dies hat der Kl. getan und darauf verwiesen, dass sein Ausschankstand mangels anderweitiger Aufstellmöglichkeit für die Dauer der Michaelis-Kirchweih ungenutzt geblieben und ihm dadurch ein **Gewinn von 10.000 Euro entgangen** sei ... Das erscheint nicht unplausibel. Zudem hat der Kl. der Bekl. die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs schriftsätzlich angekündigt.“ (VGH München aaO.)

Ein besonderes Feststellungsinteresse liegt daher vor.

GG  
Art. 19 IV

**Garantie effektiven Rechtsschutzes**  
**Wiederholte Terminverlegung im Eilrechtsschutzverfahren**

ProzessR

(BVerfG in NVwZ 2015, 1675; Beschluss vom 03.09.2015 – 1 BvR 1983/15)

1. Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) gewährleistet **wirkungsvollen Rechtsschutz** im materiellen Sinn für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten
2. Daraus folgt die Verpflichtung der Fachgerichte, Gerichtsverfahren **in angemessener Zeit** zum Abschluss zu bringen.
3. In der Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens müssen die grundrechtlich geschützten **Interessen der Beteiligten** Beachtung finden.
4. Wird **Eilrechtsschutz** durch wiederholte Terminverlegung **ineffektiv**, so liegt eine Verletzung von Art. 19 IV GG vor.

**A. Prüfungswissen: Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde**

**I. Statthaftigkeit der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG)**

Die Verfassungsbeschwerde ist dann einschlägig, wenn sich **der Bürger als dem Staat gegenüberstehend** gegen eine staatliche Maßnahme wendet. Dies ist hier der Fall.

**II. Beschwerdegegenstand (Art 93 1 Nr. 4a GG, §§ 90 I, 95 1 BVerfGG)**

Beschwerdegegenstand der Verfassungsbeschwerde ist ein **Akt öffentlicher Gewalt** (alle deutschen Staatsgewalten; damit auch gegen Gesetze). Hier wendet sich der Bf. gegen die für ihn nachteiligen sozialgerichtlichen Entscheidungen. Urteile sind ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

**III. Beschwerdebefugnis, Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG**

Der Beschwerdeführer muss behaupten, in einem seiner **Grundrechte** oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte **verletzt zu sein**.

**1. Möglichkeit einer Rechtsverletzung**

Eine Verletzung dieser Rechte dürfte demnach **nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen** sein, d.h. die angegriffene Maßnahme der öffentlichen Gewalt muss Rechtswirkungen äußern und geeignet sein, die Rechtspositionen des Beschwerdeführers zu seinem Nachteil zu verändern.

Hier könnte der Bf. in der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 I i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG verletzt sein. Zudem erscheint eine Verletzung von Art. 3 I GG aufgrund der unterschiedlichen Behandlung von Kindergeld im Steuerrecht und im Sozialleistungsrecht nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen.

**2. Unmittelbare Betroffenheit**

Über die Möglichkeit einer Rechtsverletzung hinaus ist jedoch erforderlich, dass die Beschwerdeführer **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen sind.

**a) Selbstbetroffenheit**

Ist immer dann ohne nähere Darlegung anzunehmen, wenn die Norm, die gerichtliche Entscheidung oder der Einzelakt sich an ihn selbst richtet. Hierbei muss eine Berufung auf eigene Grundrechte erfolgen. Ansonsten ist eine ausdrückliche Prüfung der Selbstbetroffenheit notwendig.

Da der Bf. hier gegen eine gerichtliche Entscheidung vorgeht, ist Selbstbetroffenheit ohne weiteres anzunehmen.

**b) Gegenwärtigkeit**

Der Bf. muss **aktuell noch betroffen** sein, eine in der Zukunft liegende Betroffenheit reicht hingegen nicht aus. Auch dies ist angesichts der gegen ihn ergangenen Entscheidungen ohne weiteres gegeben.

**c) Unmittelbare Betroffenheit**

Diese besteht bei Gesetzen nur, wenn zur Herbeiführung der Betroffenheit ein Umsetzungsakt nicht mehr erforderlich ist; ansonsten muss der Umsetzungsakt abgewartet werden, wenn dies nicht zu nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen oder nicht nachholbaren Dispositionen führt. Bei anderen Hoheitsakten besteht sie immer, also auch hier.

**IV. Frist, § 93 BVerfGG**

Die Verfassungsbeschwerde ist innerhalb von einem Monat nach der belastenden Maßnahme zu erheben. Von der Einhaltung dieser Frist kann ausgegangen werden.

**V. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG**

Der Rechtsweg muss erschöpft sein. Etwas anderes gilt nach § 90 II 2 BVerfGG nur, wenn die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

Der Bf. hat den Rechtsweg vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde ausgeschöpft.

**VI. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde**

Auch über die Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus ist die Verfassungsbeschwerde gegenüber einer Inzidentprüfung durch die Fachgerichte subsidiär, so dass dies auch bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, bei der kein Rechtsweg vorgesehen ist, gilt. (BVerfGE 78, 350 [355], BVerfGE 84, 90 [116]; BVerfG NJW 2003, 418; BVerfG, NVwZ 2004, 977). Dies gilt allerdings nicht für die mögliche Einlegung einer Dienstaufsichtsbeschwerde (vgl. BVerfG, MJW 2004, 2891). Dies spielt hier jedoch keine Rolle.

**B. Zeitliche Vorgaben für das Eilverfahren vor dem Hintergrund von Art. 19 IV GG (vgl. BVerfG NVwZ 2015, 1675)**

**Fall:** Die mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbundene Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen einen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangenen Beschluss des Arbeitsgerichts über die Zulässigkeit einer Nebentätigkeit und gegen Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts, die Terminverlegungen zum Gegenstand hatten.

Der Beschwerdeführer ist wissenschaftlicher Tarifangestellter bei einer Behörde. Diese untersagte dem Beschwerdeführer am 02.06.2015 die Veröffentlichung eines außerhalb der Dienstzeit verfassten wissenschaftlichen Artikels mit Bezug zur Tätigkeit der Behörde. Der Beschwerdeführer erhielt Veröffentlichungszusagen von einer Tageszeitung, die den Artikel wegen aktuellen Bezugs nur bis Ende September 2015 aufnehmen wollte, und von einem Magazin, das den Artikel in einem zum 25. Jahrestag der Deutschen Einheit vorgesehenen Sonderheft platzieren wollte.

Eine beim Arbeitsgericht beantragte einstweilige Verfügung, die darauf gerichtet war, die Untersagung aufzuheben und die Veröffentlichung zu gestatten, wies das Arbeitsgericht mit dem angegriffenen Beschluss zurück. Es fehle jedenfalls an einem Verfügungsgrund, weil der Artikel keinen aktuellen, sondern einen permanenten Bezug besitze. Es bestehe keine Gefahr, dass das Interesse der Allgemeinheit in einem Jahr erlahmt sei. Der sofortigen Beschwerde half das Arbeitsgericht mit Beschluss vom 06.07.2015 nicht ab und legte die Sache dem Landesarbeitsgericht zur Entscheidung vor. Dieses setzte einen Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 28.07.2015 an. Auf Antrag des Bevollmächtigten des Beschwerdeführers wurde der Termin auf den 04.08.2015 verlegt. Auf Anträge des anwaltlichen Bevollmächtigten der Behörde wurde der Termin mit den angegriffenen Beschlüssen zunächst am 03.08.2015 auf den 08.09., dann auf den 22.09. und zuletzt auf den 06.10.2015 verlegt. Die Mandantin wünsche, dass die Sache ausschließlich von einem von drei Sozietätsmitgliedern betreut werde, der jedoch urlaubsbedingt abwesend und dann auf einem Kongress und damit zum jeweiligen Termin verhindert sei. Hiergegen wandte sich der Beschwerdeführer mit der sofortigen Beschwerde, die das Landesarbeitsgericht mit dem angegriffenen Schreiben als unstatthaft einstufte. Eine frühere Terminierung scheiterte im Übrigen an der urlaubsbedingten Abwesenheit des Vorsitzenden sowie anderen terminierten Rechtssachen.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde wendet sich der Beschwerdeführer gegen den Terminverlegungsbeschluss des Landesarbeitsgerichts. Er rügt eine Verletzung von Art. 19 IV GG. Zu Recht?

## I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

„Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Insbesondere liegt ein **tauglicher Beschwerdegegenstand** vor. Zwar ist eine Verfassungsbeschwerde gegen Zwischenentscheidungen grundsätzlich ausgeschlossen, weil **Verfassungsverstöße mit der Anfechtung der Endentscheidung gerügt** werden können (vgl. BVerfGE 21, 139 [143]). Anders liegt es jedoch, wenn bereits die **Zwischenentscheidung zu einem bleibenden rechtlichen Nachteil** für die Betroffenen führt, der später nicht oder jedenfalls nicht vollständig behoben werden kann (vgl. BVerfGE 101, 106 [120]; 119, 292 [294]). So liegt es hier. Durch die angegriffenen Terminverlegungen kann das Landesarbeitsgericht nicht vor den geplanten Veröffentlichungsterminen entscheiden, wodurch die so terminierte Veröffentlichung unmöglich wird. Im Rahmen der Endentscheidung kann dieser Nachteil nicht mehr beseitigt werden.“ (BVerfG aaO.)

## II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) gewährleistet **wirkungsvollen Rechtsschutz im materiellen Sinn** für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten (vgl. BVerfGE 82, 126 [155]; 93, 99 [107]).

„Daraus folgt die Verpflichtung der Fachgerichte, Gerichtsverfahren in **angemessener Zeit** zum Abschluss zu bringen (vgl. BVerfGE 55, 349 [369]; 60, 253 [269]; 93, 1 [13]). Was angemessen ist, richtet sich nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles (vgl. BVerfGE 55, 349 [369]). Es gibt **keine allgemeingültigen Zeitvorgaben**; solche können auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht entnommen werden (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 06.05.1997 - 1 BvR 711/96 - www.bundesverfassungsgericht.de; NJW 1997, S. 2811 Rn. 35; EGMR, Herbst v. Deutschland, Urteil vom 11.01.2007, Nr. 20027/02, § 78). In der Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens müssen jedoch die grundrechtlich geschützten Interessen der Beteiligten Beachtung finden.“ (BVerfG aaO.)

Durch die letzte Terminverlegung des Landesarbeitsgerichts auf den 06.10.2015 wird es dem Beschwerdeführer unmöglich gemacht, die Gestattung der Veröffentlichung eines wissenschaftlichen Beitrags zu erlangen, der spätestens am 03.10.2015 erscheinen soll, auch wenn sich sein Antrag als begründet erweisen sollte.

„Das Landesarbeitsgericht hat das **Verfahren** mit seinen Verlegungsentscheidungen zeitlich F, dass dem Beschwerdeführer eine rechtzeitige Entscheidung über sein **Rechtsschutzbegehren endgültig verwehrt** ist, womit der **fachgerichtliche Rechtsweg ineffektiv** wird.

Die Verlegung des Termins auf den 06.10.2015 wird den Umständen des Einzelfalles nicht gerecht. Hier kann die Terminverlegung, die die für spezifische und nicht völlig beliebige Zeitpunkte geplante Publikation tatsächlich verhindert, nicht damit gerechtfertigt werden, dass ein **wissenschaftlicher Artikel grundsätzlich auch nach einem geplanten Termin** erscheinen kann. Das verkennt, dass die mit Art. 5 III 1 GG grundrechtlich gewährleistete **Wissenschaftsfreiheit** des Beschwerdeführers auch die Weitergabe dieses Wissens umfasst (vgl. BVerfGE 111, 333 [354] m.w.N.; st. Rspr.); geschützt ist damit im Ausgangspunkt auch die **Entscheidung über Ort, Zeit und Modalitäten einer wissenschaftlichen Publikation**. Desgleichen wird so verkannt, dass es zur ebenfalls grundrechtlich garantierten **Pressefreiheit** der hier relevanten Druckmedien gehört, selbst zu entscheiden, **wann welche Themen behandelt und welche Beiträge in eine Ausgabe aufgenommen werden** (vgl. BVerfGE 97, 125 [144]). Die Freiheit, über den Zeitpunkt einer Publikation zu entscheiden, hat damit grundrechtliches Gewicht. Dies hat das Landesarbeitsgericht bei der Entscheidung über die Verlegung des Termins auf den 06.10.2015 unberücksichtigt gelassen.

Durch die Terminverlegung droht dem Beschwerdeführer insofern ein **endgültiger Rechtsverlust**. Der für die Verlegung sprechende Aspekt, dass eine Mandantschaft grundsätzlich erwarten kann, von dem sachbearbeitenden Rechtsanwalt im Termin vertreten zu werden, kann gerade im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zurücktreten (vgl. Stöber, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014 § 227 Rn. 6). Das gilt jedenfalls hier, wo grundrechtlich geschützte Belange in Rede stehen. Zudem ist der sachbearbeitende Rechtsanwalt in einer Sozietät tätig und nicht ersichtlich, warum er insbesondere in einem Eilverfahren nicht in einem früher anberaumten Termin vertreten werden könnte.“ (BVerfG aaO.)

Durch die Terminverlegung auf den 06.10.2015 wird den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz verletzt.

„[Da] dieser Zustand durch die Entscheidung über die sofortige Beschwerde nicht revidiert wird, ist die angegriffene Entscheidung nach § 95 II BVerfGG aufzuheben. Die Sache wird an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Bei der erneuten Entscheidung über den zuletzt gestellten Terminverlegungsantrag der Behörde wird das Landesarbeitsgericht zu berücksichtigen haben, dass eine Entscheidung zur Sicherung eines effektiven Rechtsschutzes jedenfalls noch im September 2015 erfolgen muss.“ (BVerfG aaO.)

## Kurzauslese II

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

ZPO  
§ 104

**Materiell-rechtliche Einwendungen bei Kostenfestsetzung**  
**Berücksichtigungsfähigkeit bei Unstreitigkeit**

ZivilProzR

(OLG Oldenburg in NJW-RR 2015, 1341; Beschluss vom 13.05.2015 – 6 W 36/15)

Die **Berücksichtigung von materiell-rechtlichen Einwendungen** (hier: Aufrechnung) im Kostenfestsetzungsverfahren ist aus **verfahrensökonomischen Gründen** dann möglich, wenn über den Bestand und die Höhe der Gegenforderung und die Aufrechnungslage **kein Streit** besteht.

**Fall:** Die Parteien streiten um die Berücksichtigung einer Aufrechnung im Kostenfestsetzungsverfahren. Die Rechtspflegerin des LG hat die auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Anerkenntnisurteils des LG Oldenburg vom 31.10.2014/06.11.2014 von dem Kl. an das beklagte Land zu erstattenden Kosten mit Beschluss vom 02.02.2015 antragsgemäß auf 5.253,85 € nebst Zinsen festgesetzt. Der Kl. wendet sich dagegen mit seiner sofortigen Beschwerde und stützt diese darauf, dass er mit den dem LG übermittelten Schriftsätzen vom 24.11.2014 und 27.11.2014 sowie vom 27.01.2015 die Aufrechnung mit rechtskräftig titulierten Zahlungsansprüchen aus dem Versäumnisurteil des LG Oldenburg vom 22.01.2013 i.H.v. 8.414,50 € sowie aus dem Anerkenntnisurteil des LG Oldenburg vom 31.10.2014/06.11.2014 i.H.v. 13.950 € gegen das beklagte Land als Erben des verstorbenen M erklärt habe. Zu Recht?

**I. Grundsatz: keine materiell-rechtlichen Einwendungen im Kostenfestsetzungsverfahren**

„Materiell-rechtliche Einwendungen – wie hier die Aufrechnung des Kl. – [sind] **grundsätzlich außerhalb des Kostenfestsetzungsverfahrens** geltend zu machen (vgl. BGH, NJW 2014, 2287). Denn dieses Verfahren, das mit dem Erlass eines Kostenfestsetzungsbeschlusses endet, ist eine **Umsetzung der zwischen den Parteien ergangenen Kostengrundentscheidung**; es hat allein die Frage zum Gegenstand, welcher Betrag nach der Kostengrundentscheidung zu erstatten ist. Deshalb ist das Kostenfestsetzungsverfahren auf eine **formale Prüfung der Kostentatbestände** und auf die **Klärung einfacher Fragen des Kostenrechts** zugeschnitten und aus diesem Grund auf den Rechtspfleger übertragen. Die Klärung von zwischen den Parteien streitigen Tatsachen und von komplizierteren Rechtsfragen ist in diesem Verfahren nicht vorgesehen und mangels der dafür notwendigen verfahrensrechtlichen Instrumente auch nicht sinnvoll möglich (vgl. BGH, NJW 2014, 2287 m.w.N.). Materiell-rechtliche Einwendungen gegen den Kostenerstattungsanspruch sind daher **grundsätzlich nicht zu berücksichtigen**; vielmehr sind diese **vorrangig mit der Vollstreckungsgegenklage** geltend zu machen (vgl. BGH, NJW 2014, 2287 m.w.N.).“ (OLG Oldenburg aaO.)

**II. Verfahrensökonomische Ausnahme, wenn Einwendung unstreitig**

„Allerdings kann es **aus verfahrensökonomischen Gründen** angezeigt sein, den Kostenerstattungsschuldner nicht auf die – einen ungleich höheren Aufwand erfordernde – Vollstreckungsgegenklage zu verweisen, wenn es um **materiell-rechtliche Einwendungen** geht, die **keine Tatsachenaufklärung** erfordern und sich mit den im Kostenfestsetzungsverfahren zur Verfügung stehenden Mitteln ohne Weiteres klären lassen. Das kann etwa der Fall sein, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen feststehen, weil sie unstreitig sind oder vom Rechtspfleger im Festsetzungsverfahren ohne Schwierigkeiten aus den Akten ermittelt werden können. **Solche Einwendungen können deshalb ausnahmsweise auch im Kostenfestsetzungsverfahren erhoben und beschieden** werden (vgl. BGH, NJW 2014, 2287 m.w.N.).“

Danach kann eine **Aufrechnung als materiell-rechtliche Einwendung dann berücksichtigt** werden, wenn über den **Bestand und die Höhe der Gegenforderung und die Aufrechnungslage kein Streit** besteht (vgl. Musielak/Lackmann/Voit, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 104 Rn. 9 m.w.N. zur mittlerweile gefestigten Rechtsprechung). Nur wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, trifft der Rechtspfleger mit der Berücksichtigung keine „echte“ Entscheidung über die Gegenforderung (vgl. Musielak/Lackmann/Voit, § 104 Rn. 9).“ (OLG Oldenburg aaO.)

VO (EG) Nr. 261/2004  
Art. 5,7

**Verspätung eines internationalen Anschlussfluges**  
**Gerichtsstand für Geltendmachung von Ansprüchen**

ZivilVerfR

(LG Bremen in NJW-RR 2015, 1402; Urteil vom 05.06.2015 – 3 S 315/14)

1. Die pauschale Fluggastentschädigung kann am F eingeklagt werden.
2. Erfüllungsort ist dabei sowohl der **Abflugort als auch der Ankunftsart**, nicht aber ein Ort der Zwischenlandung.

**Fall:** Der Kl. macht Ansprüche auf Schadensersatz sowie Ausgleichszahlungen wegen einer Flugverspätung geltend. Der Kl. und seine Ehefrau hatten bei der Bekl. Flüge in die USA und zurück nach Bremen gebucht. Der Rückflug sollte am 27.06.2012 von San Francisco über Paris nach Bremen stattfinden. In San Francisco wurde der Flug zunächst pünktlich aufgerufen, nach einer fünfständigen Wartezeit aber aufgehoben und erst am folgenden Tag durchgeführt. Der Kl. und seine Ehefrau kamen im Ergebnis 24 Stunden später als geplant in Bremen an. Der Kl. trägt vor, er und seine Ehefrau hätten keine Unterkunft, Verpflegung oder sonstige Serviceleistungen am Flughafen in San Francisco erhalten. Er macht Ausgleichszahlungen nach der EU-Fluggastrechte-VO (VO [EG] Nr. 261/2004) in Höhe von jeweils 600 € für sich und seine Ehefrau geltend, daneben Verpflegungskosten i.H.v. 110 € und Kosten für ein sog. „Notfallpaket“ i.H.v. 60 €. Die Klage in Bremen erhoben. Ist das Gericht zuständig?

„Zur Entscheidung über die vom Kl. geltend gemachten Ansprüche auf Entschädigung wegen Flugverspätung nach der VO (EG) Nr. 261/2004 ist das AG Bremen als **Gericht am vertraglichen Erfüllungsort** i.S.v. Art. 5 Nr. 1 Buchst. b EuGVVO zuständig. Das Montrealer Übereinkommen ist auf pauschale Entschädigungsansprüche – anders als auf echte Schadensersatzansprüche – nicht anwendbar und beansprucht insoweit keinen Anwendungsvorrang gegenüber der EuGVVO (EuGH, ECLI:EU:C:2009:439 = Slg. 2009, I-6076 = NJW 2009, 2801 = EuZW 2009, 569; ECLI:EU:C:2009:439 = Slg. 2009, I-6076 = NJW 2009, 2801 = EuZW 2009, 569 – Rehder/Air Baltic; Lehmann, NJW 2010, 655 [657]).

Die **Bekl.** ist eine juristische Person mit **Sitz in Frankreich**, einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union (Art. 2 I, 60 EuGVVO). Zur Bestimmung der internationalen – und soweit in der **EuGVVO** mitgeregelt – und örtlichen Zuständigkeit kommt damit die EuGVVO (VO [EG] Nr. 44/2001) zur Anwendung. Die EuGVVO nF (VO [EU] Nr. 1215/2012) ist noch nicht anwendbar, da die Klage vor dem 10.01.2015 erhoben wurde, Art. 66 I EuGVVO nF (vgl. Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 36. Aufl. 2015, Art. 66 EuGVVO Rn. 2; Wallner-Friedl in Czernich/Kodek/Mayr, Europ. Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht, 4. Aufl. [Wien 2015], Art. 66 EuGVVO Rn. 1; Slonina in Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer, Int. Zivilverfahrensrecht [18. Lfg., Wien 2015, i. Ersch.], Art. 66 Rn. 5).

Ein Verbrauchergerichtsstand nach Art. 16 I EuGVVO, der Art. 5 Nr. 1 EuGVVO vorgehen würde, kommt – wie das AG zutreffend erkannt hat – nicht in Betracht, da **Art. 15 III EuGVVO die Anwendung der Verbrauchergerichtsstände auf Beförderungsverträge ausschließt**, soweit keine Gesamtheit von Reiseleistungen im Sinne von Pauschalreisen Vertragsgegenstand waren. Der Kl. und seine Ehefrau hatten keine Pauschalreise gebucht.

Da es sich bei Flugreisen um Dienstleistungen i.S.v. Art. 5 Nr. 1 Buchst. b EuGVVO handelt, kommt die **autonome Bestimmung des Erfüllungsortsgerichtsstands** zur Anwendung, ohne dass auf das anwendbare Recht zur Bestimmung des Erfüllungsortes abzustellen wäre. Mithin kommt es für alle vertraglichen Ansprüche darauf an, **an welchem Ort die Dienstleistung zu erbringen war**. Art. 5 Nr. 1 EuGVVO regelt dabei nicht nur die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit (vgl. nur Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 35. Aufl. 2014, Art. 5 EuGVVO Rn. 1; Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2009, Art. 5 EuGVVO Rn. 1). § 29 ZPO ist mithin – entgegen dem Vortrag der Berufungsbekl. – nicht anzuwenden. Für Flüge – und namentlich für Ansprüche wegen Flugverspätungen – hat der EuGH in der Entscheidung Rehder/Air Baltic (ECLI:EU:C:2009:439 = Slg. 2009, I-6076 [6076] = NJW 2009, 2801 = EuZW 2009, 569); entschieden, dass **Erfüllungsort sowohl der Abflugort als auch der Ankunftsart sind**, da an beiden Orten entscheidende Leistungen im Rahmen der Vertragserfüllung erbracht würden. Der Kl. könne zwischen beiden Erfüllungsorten wählen. Der Ort einer Zwischenlandung weise dagegen keine hinreichende Verbindung zum Kern der sich aus dem Vertrag ergebenden Dienstleistung auf (EuGH, ECLI:EU:C:2009:439 = Slg. 2009, I-6076 = NJW 2009, 2801 = EuZW 2009, 569 Rn. 40; vgl. auch Geimer in Geimer/Schütze, Europ. Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, Art. 5 EuGVVO Rn. 91; Ruzik, NJW 2011, 2019 [2020]; Oberhammer in Dasser/Oberhammer, LugÜ, 2. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 61; aA noch Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2009, Art. 5 EuGVVO Rn. 10 b [nur Ankunftsart als Erfüllungsort]).“ (LG Bremen aaO.)

ZPO  
§ 178

### Zustellung eines Vollstreckungstitels Scheinwohnung als Zustellanschrift

ZivilProzR

(LG Hamburg in ZMR 2015, 817; Beschluss vom 18.06.2015 – 325 T 68/15)

1. Sowohl ein **Zweitwohnsitz** als auch das bloße **Innehaben einer** Scheinwohnung sind ausreichend für das Vorhandensein einer Wohnung im Sinne der Zustellungsvorschriften. Wer einen Zweitwohnsitz anmeldet und erst nach der Zustellung wieder abmeldet und obendrein nicht verhindert, dass die Adresse dem die Zustellung Veranlassenden bekannt wird, hat die Zustellung unter dieser Adresse selbst „veranlasst“.
2. Eine **Scheinwohnung** liegt insbesondere dann vor, wenn der Zustellungsempfänger es **bewusst und zielgerichtet veranlasst** hat, dass ihn Sendungen unter einer bestimmten Anschrift erreichen können.

„Sogar das **bloße Innehaben einer Scheinwohnung** ist ausreichend für das Vorhandensein einer Wohnung im Sinne der Zustellungsvorschriften. Eine Scheinwohnung liegt insbesondere dann vor, wenn der Zustellungsempfänger es **bewusst und zielgerichtet veranlasst** hat, dass ihn Sendungen unter einer bestimmten Anschrift erreichen können (vgl. LG Berlin, Beschluss vom 25.04.2006, 85 T 502/04 WEG, ZMR 2007, 647; AG Hamburg-Blankenese 531 C 13/15, Urteil vom 27.05.2015).

Darauf, ob ein Zustellungsempfänger unter der in der Zustellungsurkunde bezeichneten Anschrift auch tatsächlich seine Wohnung innehat, kommt es ausnahmsweise dann nicht an, wenn er in **vorwerfbarer Weise selbst den Rechtsschein gesetzt** hat, dass er unter dieser Anschrift seinen Lebensmittelpunkt unterhält und Schriftstücke ihm unter dieser Anschrift zugestellt werden können (vgl. KG, Beschluss vom 15.12.2006, 14 W 311/06).

Auf das tatsächliche Wohnen in einer Räumlichkeit kommt es nicht an, wenn der Zustellungsadressat den **äußeren und im Zeitpunkt der Zustellung fortwirkenden Anschein erweckt** hat, dass er unter dieser Anschrift wohne (Scheinwohnung). Eine Scheinwohnung kann vorliegen, wenn der Zustellungsadressat Hauptmieter der Wohnung ist und sich sein Name mit seiner Billigung am Briefkasten und an der Klingel befindet, um dem Vermieter die vollständige Untervermietung der Wohnung zu verbergen.“ (LG Hamburg aaO.)

StPO  
§ 141 III 1 – 3

### Pflichtverteidigerbestellung Unzulässiger Antrag des Beschuldigten

StrafVerfG

(BGH in NJW 2015, 3383; Urteil vom 09.09.2015 – 3 BGs 134/15)

Dem Beschuldigten steht **kein Antragsrecht auf Pflichtverteidigerbestellung** gem. § 141 III 1 – 3 StPO zu. Eine solche setzt einen **Antrag der Staatsanwaltschaft zwingend** voraus.

**Fall:** Der Generalbundesanwalt führt ein Ermittlungsverfahren – unter anderem gegen den Besch. – wegen des Verdachts der Gründung einer und der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung (§ 129 a I StGB). Der Besch. befindet sich nicht in Haft. Rechtsanwalt F, Wahlverteidiger des Besch. K, hat beantragt, gem. § 141 III 1, 2 StPO dem Besch. als Pflichtverteidiger beigeordnet zu werden. Der Generalbundesanwalt habe eine entsprechende Anregung zur Antragstellung nicht aufgegriffen und mitgeteilt, dass dort Gründe für die Bestellung eines Pflichtverteidigers zum jetzigen Zeitpunkt nicht gesehen werden. Dem Beschuldigten stehe aus § 141 III 1, 2 StPO auch ein eigenes Antragsrecht zu. Die Pflichtverteidigung sei Ausgestaltung des sich aus dem Grundgesetz ergebenden Rechtsstaatsprinzips und des sich daraus wiederum ergebenden Gebots des fairen

Verfahrens. Sie dürfe nicht allein zur Disposition der Strafverfolgungsbehörden stehen. Zumindest sei bei derart schwerwiegenden Vorwürfen wie im vorliegenden Fall von einer Ermessensreduzierung der Strafverfolgungsbehörden auf Null auszugehen und dem Besch. von Amts wegen ein Pflichtverteidiger zu bestellen. Wird der Antrag Erfolg haben?

Fraglich ist, ob der Besch. im Ermittlungsverfahren ein eigenes Antragsrecht hinsichtlich der Pflichtverteidigerbestellung hat. Ob dem Beschuldigten **im Ermittlungsverfahren** aus § 141 III 1, 2 StPO ein eigenes Recht, die Bestellung eines Pflichtverteidigers zu beantragen, zukommt oder sein Begehren stets nur eine Anregung an die StA darstellen kann, einen entsprechenden Antrag zu stellen, wurde **bislang durch den BGH nicht entschieden**. In der **Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur** ist diese Frage **umstritten**.

## I. Meinungsstand

„Während die **wohl immer noch herrschende Meinung ein eigenes Antragsrecht** des Beschuldigten unter Verweis auf die **Gesetzessystematik**, die der StA die Rolle der „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ zuschreibt, **verneint** (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 141 Rn. 5; KK-StPO/Laufhütte/Willnow, 7. Aufl., § 141 Rn. 6; LG Cottbus, Beschl. v. 13.05.2005 – 22 Qs 15/05, BeckRS 2011, 09721 Rn. 19), wird **vielfach aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens und der gebotene Waffen-gleichheit** geschlossen, eines Antrags der StA bedürfe es nicht. Das **Gericht** habe vielmehr aus § 141 III StPO eine **autonome Entscheidungsbefugnis** (Lüderssen/Jahn in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 141 Rn. 24; Köster, StV 1993, 511; Neuhaus, JuS 2002, 18; Klemke, StV 2003, 413; Stalinski, StV 2008, 500; LG Heilbronn, Justiz 1979, 444; LG Bremen, StV 1999, 532 Ls.).

Ein Antragsrecht des Beschuldigten bzw. die Befugnis des Gerichts auch ohne Antrag der StA in den Fällen des § 141 III 1, 2 StPO einen Pflichtverteidiger zu bestellen, wird dabei **meist aus § 141 III 1, 2 StPO** hergeleitet. **Zuständig** für die Entscheidung sei der **Vorsitzende des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig** ist, § 141 IV Hs. 1 StPO (vgl. Köster, StV 1993, 511; Neuhaus, JuS 2002, 18; LG Heilbronn, Justiz 1979, 444; LG Bremen, StV 1999, 532 Ls.). Vertreten wird vereinzelt auch eine Zuständigkeit des Ermittlungsrichters (vgl. Stalinski, StV 2008, 500 [502]). Erwogen wird ferner ein Recht des Beschuldigten aus § 98 II 2 StPO analog, die Ablehnung der StA, einen Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung zu stellen, durch das gem. § 141 IV Hs. 1 zuständige Gericht überprüfen zu lassen (vgl. Köster, StV 1993, 511 [513]). Schließlich wird argumentiert, die nach § 141 III StPO gebotene Prüfung obliege zwar in erster Linie der StA, die Vorschrift entbinde aber nicht auch den Ermittlungsrichter von der Verantwortung, für ein den Anforderungen der EMRK genügendes Verfahren Sorge zu tragen (Lüderssen/Jahn in Löwe/Rosenberg, § 141 Rn. 24).“ (BGH aaO.)

## II. Auffassung des BGH

Der BGH kommt unter Anwendung von Auslegungsmethoden zu dem Ergebnis, dass es für die Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren in den Fällen des § 141 III 1–3 StPO eines Antrags der StA bedarf und lehnt eine autonome Entscheidungsbefugnis des Gerichts ab.

„Zwar ist der **Wortlaut der Norm** insoweit **nicht eindeutig**, jedoch ergibt sich das Antragsersfordernis der StA aus der **Systematik** des Gesetzes.

§ 141 StPO ergänzt die **Regelungen zur notwendigen Verteidigung** aus § 140 StPO und bestimmt, dass dem Beschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, dieser durch das Gericht zu bestellen ist (KK-StPO/Laufhütte/Willnow, § 141 Rn. 1). Differenziert geregelt ist dabei, **wann das Gericht von Amts oder auf Antrag tätig werden muss**.

**Von Amts wegen** kann das Gericht nur dann tätig werden, wenn es **bereits mit dem Sachverhalt** befasst ist. Dies ist dann der Fall, wenn **Anklage erhoben**, § 141 I, II StPO oder das Gericht über die Vollstreckung der **Untersuchungshaft** nach den §§ 112, 112 a StPO oder **einstweilige Unterbringung** nach § 126 a oder § 275 a VI StPO zu entscheiden hat, § 141 III 4 StPO. Das Gesetz regelt in § 141 IV StPO die Zuständigkeit des Gerichts entsprechend. So ist für die Fälle des § 141 I, II StPO der Vorsitzende des Gerichts, bei dem das Verfahren anhängig ist, § 141 IV Hs. 1 StPO, für die Fälle des § 141 III 4 StPO das nach § 126 oder § 275 a StPO zuständige Gericht, § 141 IV Hs. 3 StPO, zur Entscheidung berufen.

Ist das **Gericht noch nicht mit dem Sachverhalt** befasst, so kann es nur auf Antrag tätig werden. § 141 III StPO bestimmt für diese Fälle zum einen, wann das Gericht **auf Antrag der StA** eine Pflichtverteidigung anordnen muss, mithin einen entsprechenden Antrag nicht ablehnen kann, § 141 III 3 StPO (nach Abschluss der Ermittlungen) bzw. ein Antrag nach Prüfung durch das Gericht auch abgelehnt werden kann, § 141 III 1 StPO (vor Abschluss der Ermittlungen).

Eine **Befassung des Gerichts** kann nach § 141 III 2 StPO **nur durch die StA**, nicht durch einen Antrag des Beschuldigten **erfolgen**. § 141 III 2 StPO regelt dabei nicht nur, wann die StA tätig werden muss (so aber LG Heilbronn, Justiz 1979, 444), sondern normiert ferner, dass es für ein Tätigwerden des Gerichts eines Antrags der StA bedarf.

Ein Antragsrecht des Beschuldigten ergibt sich auch nicht daraus, dass die Weigerung der StA, im Ermittlungsverfahren die Bestellung eines Pflichtverteidigers zu beantragen, **als Prozesshandlung** grundsätzlich **nicht der gerichtlichen Überprüfung gem. § 23 EGGVG unterliegt** (OLG Karlsruhe, NStZ 1998, 315; OLG Oldenburg, Beschl. v. 12.11.1992 – 1 VAs 4/92). Dass Prozesshandlungen der StA grundsätzlich nicht der Anfechtung und Überprüfung nach § 23 EGGVG zugänglich sind, wurde **durch das BVerfG als unbedenklich eingestuft**, es sei denn willkürliches Handeln der Ermittlungsbehörde sei schlüssig dargetan (vgl. BVerfG, NStZ 1984, 228 [229]; NStZ 2004, 447). Der Beschuldigte ist damit nicht rechtsschutzlos einer etwaigen Willkür der StA ausgeliefert. Aus einer nur eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeit ein gesetzlich nicht vorgesehenes Antragsrecht zu konstruieren, würde einen unzulässigen Zirkelschluss darstellen (vgl. aber Köster, StV 1993, 512 [513]).

Der Gesetzgeber hat in § 141 III 2 StPO eine Antragspflicht der StA statuiert, sobald die **Mitwirkung eines Verteidigers notwendig** sein wird und damit die Rolle der Verteidigung im Vorverfahren gestärkt (BGHSt 46, 93 Rn. 34f. = NJW 2000, 3505 = NStZ 2001, 212). Die StA ist nicht Partei im Strafprozess, sondern zur Objektivität verpflichtet. Das BVerfG hat ihr deshalb eine Wächterrolle im Strafprozess zugesprochen (BVerfGE 133, 168 = NJW 2013, 1058 Rn. 59, 80, 93 = NStZ 2013, 295).“ (BGH aaO.)

**Hausfriedensbruch an vermieteten Räumen  
Alleinige Strafantragsberechtigung des Mieters**

(KG in NJW 2015, 3527; Beschluss vom 03.08.2015 – (2) 161 Ss 160/15)

**Strafantragsberechtigt** zur Verfolgung des Hausfriedensbruchs an vermieteten Räumen ist in der Regel **allein der Mieter**.

**Fall:** Der Angekl. war am 13.11.2013 mit der S-Bahn unterwegs. Er wollte gegen 8.20 Uhr seine Fahrt vom Bahnsteig E des S-Bahnhofs Ostkreuz Richtung Erkner fortsetzen. Sein geplanter Anschlusszug war jedoch bereits abgefahren. Der Angekl. ging davon aus, dass der dort einsetzende Zug zu früh abgefertigt worden war. Da er der Meinung war, dass dies auch bereits früher der Fall war, suchte er das auf dem Gelände des Bahnsteigs befindliche Aufsichtshäuschen auf, um sich zu beschweren. In dem Häuschen hielten sich zu diesem Zeitpunkt die beiden S-Bahn-Mitarbeiter und Zugabfertiger M und K auf. Der Angekl. öffnete die nur angelehnte Tür und forderte lautstark die Nennung der Namen der aus seiner Sicht verantwortlichen Mitarbeiter. Dies wurde ihm unter Hinweis darauf, dass er seine Beschwerde beim Kundenzentrum im Ostbahnhof anbringen könne, verweigert. Der Angekl. entfernte sich kurzfristig und kehrte dann erneut zurück, um seiner Verärgerung nochmals Ausdruck zu verleihen und auf seiner Beschwerde zu bestehen. Hierzu setzte er einen Fuß in den Dienstraum, beugte sich mit dem Oberkörper hinein und insistierte auf der Herausgabe der persönlichen Daten, obwohl ihm bedeutet wurde, dass zur Bearbeitung seiner Beschwerde Zeit- und Ortsangabe ausreichen würden. Da der Angekl. keine Anstalten machte, sich zurück auf den Bahnsteig zu begeben, wurde er in Ausübung des Hausrechts von den Zeugen M und K aufgefordert, zurückzuweichen. Hierbei erklärten ihm die S-Bahn-Mitarbeiter, dass sich in dem Häuschen technische Anlagen und Geräte befänden, auf die Unbefugte keinen Zugriff haben sollten. Die Zeugin M drückte gegen die Eingangstür, um den Angekl. zurückzudrängen und ein Betreten des Raums zu verhindern. Der Angekl. drückte seinerseits gegen die Tür, um einem Schließen entgegenzuwirken und sich Gehör zu verschaffen. Die zwischenzeitlich alarmierten und zum Sicherheitsdienst gehörenden Zeugen V und H konnten schließlich den Angekl. aus dem Aufsichtshäuschen herausziehen. Der Leiter des Bahnhofsmanagements der DB Station & Service AG, die das Aufsichtsgebäude der S-Bahn Berlin GmbH vermietet hatte, stellte wegen Hausfriedensbruchs gegen den Angekl. form- und fristgerecht Strafantrag. Ist dieser wirksam gestellt?

Gemäß § 123 II StGB wird die Tat des Hausfriedensbruchs nur auf Antrag verfolgt. Antragsberechtigt ist gem. § 77 I StGB der Verletzte der Straftat, im Falle des § 123 I StGB der Inhaber des durch den Hausfriedensbruch verletzten Hausrechts (LK-StGB/Lilie, 12. Aufl., § 123 Rn. 83; Fischer, StGB, 62. Aufl., § 123 Rn. 44).

„Bei privaten Räumen ist **Inhaber des Hausrechts stets der unmittelbare Besitzer**, der nicht der Eigentümer zu sein braucht, solange er die Sachherrschaft rechtmäßig begründet hat (vgl. RGSt 36, 322; KG, NJW-RR 2010, 22 = NSTz 2010, 34 = NZM 2009, 781; OLG Hamburg, NJW 2006, 2131 = NSTz 2007, 38; Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 123 Rn. 16; MüKo-StGB/Schäfer, 2. Aufl., § 123 Rn. 35). Bei vermieteten Räumen steht das **Hausrecht grundsätzlich allein dem Mieter** zu, und zwar auch gegenüber dem Vermieter (vgl. KG, NJW-RR 2010, 22 = NSTz 2010, 34 = NZM 2009, 781 m.w.N.). Er und nicht der Vermieter ist es, der andere vom Betreten der genannten Räumlichkeiten ausschließen kann. Der Vermieter darf ohne Erlaubnis des Mieters die vermieteten Räume grundsätzlich weder selbst betreten noch ist er befugt, anderen wirksam den Zutritt zu gestatten oder zu versagen. Umgekehrt steht es dem Mieter zu, einer anderen Person den Zutritt zu den gemieteten Räumen zu erlauben, und zwar auch gegen den Willen des Vermieters. Einschränkungen hinsichtlich der **Alleinzuständigkeit des Mieters** sind nur in Ausnahmefällen denkbar. So soll der Vermieter bei größeren Mietshäusern hinsichtlich der Gemeinschaftseinrichtungen (Treppenhaus, Aufzüge und Flure) in der Regel jedenfalls eine Mitberechtigung behalten (Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, § 123 Rn. 16 m.w.N.).“ (KG aaO.)

Die DB Station & Service AG war im Tatzeitpunkt **nicht Inhaberin des Hausrechts**. Mit Abschluss des Mietvertrags hat sie das **Hausrecht an die Mieterin** – die S-Bahn Berlin GmbH – **übertragen**. Letztere hat keinen Strafantrag gestellt.

**Sofortige Beschwerde  
Bild der Beschwerdeschrift als E-Mail Anhang**

(LG Gießen in NSTz-RR 2015, 344; Urteil vom 20.05.2015 – 802 Js 38909/14)

Die an eine elektronische Nachricht angehängte Bilddatei mit der Beschwerdeschrift wahrt allenfalls dann Schriftform und Frist, wenn bei der Bilddatei die sonstigen Formerfordernisse eingehalten sind und die Bilddatei noch innerhalb der Frist beim Empfänger ausgedruckt wird

**Fall:** Die angefochtene Entscheidung wurde dem Angekl. am 28.04.2015 durch Einlegung in den Briefkasten zugestellt worden. Die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde endete mithin mit Ablauf des 05.05.2015.

Am 05.05.2015 übersandte der Angekl. per E-Mail dem AG die Beschwerdeschrift als Bilddatei. Die Originalschrift ging erst am 07.05.2015 bei Gericht ein. Wurde die Beschwerdefrist gewahrt?

Fraglich ist, ob die Übermittlung einer Bilddatei der Beschwerdeschrift als elektronische Anlage zu einer E-Mail dem Schriftformerfordernis des § 306 StPO genügt. Nach § 306 StPO ist die (sofortige) Beschwerde zu Protokoll der Geschäftsstelle oder schriftlich einzulegen.

„Eine **einfache E-Mail** ersetzt nicht die **schriftliche Einlegung** des Rechtsmittels. Zwar erlaubt § 41 a I StPO, dass an das Gericht gerichtete Erklärungen, Anträge oder deren Begründung, die nach dem Gesetz ausdrücklich schriftlich abzufassen oder zu unterzeichnen sind, auch als elektronisches Dokument eingereicht werden können. Ein solches Dokument erfordert jedoch eine **qualifizierte elektronische Signatur** nach dem Signaturgesetz. Die vorliegend von dem Angekl. an das AG gesendete E-Mail ist jedoch nicht mit einer solchen elektronischen Signatur versehen.

Die Übersendung der **PDF-Datei mit der Beschwerdeschrift** mittels E-Mail genügt für sich genommen ebenfalls nicht der Schriftform. Zwar reicht ein sogenanntes **Computerfax**, also die elektronische Übertragung einer **Textdatei mit eingescannter Unterschrift auf ein Faxgerät des Gerichts**, zur Wahrung der Schriftform aus (vgl. GmS-OGB, NJW 2000, 2340). Jedoch hat der Angekl. kein solches Computerfax gesendet, sondern eine E-Mail mit einer (möglicherweise eingescannten) **Bilddatei als Anhang**.

Soweit das PDF-Dokument beim AG ausgedruckt und zur Akte genommen wurde, ändert dies am Ergebnis nichts.

Für den Zivilrechtsbereich hat der BGH entschieden, dass der **Ausdruck einer an eine elektronische Nachricht angehängten Bilddatei** – nicht jedoch die Bilddatei selbst – **ein schriftliches Dokument darstellt**, sofern bei der Bilddatei die sonstigen Formerfordernisse eingehalten sind (vgl. BGH, Beschl. v. 15.07.2008 – X ZB 8/08 = NJW 2008, 2649 Rn 12 ff; Beschl. v. 04.12.2008 – IX ZB 41/08 = NJW-RR 2009, 357 Rn 10; Beschl. v. 18.03.2015 – XII ZB 424/14 = NJW 2015, 1527 Rn 10). Erforderlich ist jedoch in diesen Fällen, dass die Bilddatei innerhalb der Frist ausgedruckt wird.

Ob diese Rspr. überhaupt auf den Bereich des Strafrechts [gemeint ist: des Strafverfahrensrechts] übertragen werden kann, muss nicht entschieden werden. Denn vorliegend erfolgte der **Ausdruck der PDF-Datei erst am 06.05.2015** und damit nach Fristablauf. Zwar liegt die Vornahme des Ausdrucks eines E-Mail-Anhangs nicht in der Sphäre des Absenders, sondern des Empfängers. Die damit verbundenen Risiken im Hinblick auf die Fristwahrung gehen aber zulasten des Absenders, der die für ihn risikobehaftete Art der Schriftsatzübermittlung selbst gewählt hat. Vorliegend konnte der Angekl. im Übrigen schon deshalb nicht auf den Ausdruck der Bilddatei an diesem Tag vertrauen, weil er die E-Mail am 05.05.2015 erst um 15:23 Uhr an das AG sendete.“ (LG Gießen aaO.)

VwGO  
§ 47 IIa

**Präklusion im Normenkontrollverfahren  
Kenntlichkeit des Einwenders**

VerwaltProzR

(BVerwG in LKV 2015, 554; Urteil vom 29.09.2015 – 4 CN 2.15)

Den Anforderungen des § 47 IIa VwGO genügen nur Einwendungen, die ihren Urheber erkennen lassen. Bestehen Zweifel, wer eine Einwendung erhoben hat, bedarf es der Auslegung des Einwendungsschreibens.

Nach § 47 IIa VwGO ist der Antrag einer natürlichen oder juristischen Person, der einen Bebauungsplan zum Gegenstand hat, unzulässig, wenn die den Antrag stellende Person nur Einwendungen geltend macht, die sie im Rahmen der öffentlichen Auslegung (§ 3 II BauGB) oder im Rahmen der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit (§ 13 II Nr. 2 und § 13 a II Nr. 1 BauGB) nicht oder verspätet geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

„Den Anforderungen des § 47 IIa VwGO genügen nur **Einwendungen, die ihren Urheber erkennen lassen**. Die Norm soll verhindern, dass sachliche Einwendungen ohne Not erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden, und dient der vom Gesetzgeber angestrebten Aufgabenverteilung zwischen Plangeber und Verwaltungsgerichten (BVerwG, Urt. v. 20.02.2014 – 4 CN 1.13, BVerwGE 149, 88 Rn. 15). Die Regelung ist eine **Konkretisierung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses** (BT-Dr 16/2496 S. 18). Über das Vorliegen dieser Sachurteilsvoraussetzung kann das Gericht nur entscheiden, wenn **Einwendungen einer bestimmten Person zugeordnet** werden können. Nur wer durch eine Einwendung seinen Abwehrwillen (BVerwG, Urt. v. 11.09.2014 – 4 CN 3.14, NVwZ 2015, 301 Rn. 11) zum Ausdruck gebracht hat, soll noch zulässigerweise einen Normenkontrollantrag nach § 47 IIa VwGO stellen können. Im Übrigen dient es auch dem Interesse des jeweiligen Einwenders, wenn die Gemeinde die Einwendung zum Anlass nehmen kann, mit ihm das Gespräch zu suchen und seinen Belangen durch eine Umplanung Rechnung zu tragen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.01.1997 – 4 NB 39.96, Buchholz 406.11 § 3 BauGB Nr. 6 S. 2 f.).

Das Erfordernis, den Einwender kenntlich zu machen, entfällt auch nicht, wenn ein Dritter im eigenen Namen Belange eines späteren Ast. im Planaufstellungsverfahren einwendet und sich die Gemeinde mit diesen Belangen abwägend befasst. Allerdings wird in einem solchen Fall das materiell-rechtliche Ziel des Gesetzgebers erreicht, die jeweiligen Interessen rechtzeitig dem Abwägungsmaterial zuzufügen (BT-Dr 16/2496 S. 18). Eine **teleologische Reduktion des § 47 IIa VwGO** scheidet indes auch in diesen Fällen aus, weil sie das Konzept des Gesetzgebers verfehlt, die **Untätigkeit im Planaufstellungsverfahren prozessrechtlich zu sanktionieren**: Die Planbetroffenen sollen nicht darauf vertrauen, ihre Belange würden im Planaufstellungsverfahren der Gemeinde schon anderweitig bekannt werden, sei es durch eigene Ermittlungen der Gemeinde, durch Behörden oder Interessenverbände, sei es durch andere Eigentümer oder sonstige Private. Es obliegt vielmehr den Planbetroffenen selbst, diese Belange zum Gegenstand von Einwendungen zu machen, wenn sie sich die Möglichkeit eines Normenkontrollverfahrens erhalten wollen. Daher greift die Präklusionswirkung des § 47 IIa VwGO selbst dann ein, wenn sich ein **Belang der Gemeinde aufdrängen** musste (BVerwG, Urt. v. 18.11.2010 – 4 CN 3.10, BVerwGE 138, 181 Rn. 9 f.) oder der Gemeinde ein **Einwand gegen die Planung bekannt war und sie sich inhaltlich mit ihm befasst** hat (BVerwG, Beschl. v. 27.05.2013 – 4 BN 28.13, ZfBR 2013, 580 Rn. 5).“ (BVerwG aaO.)

Bestehen Zweifel, wer eine Einwendung erhoben hat, bedarf es einer Auslegung. Allerdings ist hierfür nur Raum, soweit die Erklärung auslegungsbedürftig, also nicht eindeutig ist.

„Die Feststellung, dass eine **Erklärung eindeutig** ist, lässt sich allerdings ihrerseits erst durch eine alle Umstände berücksichtigende Auslegung treffen (BVerwG, Urt. v. 27.06.2012 – 9 C 7.11, BVerwGE 143, 222 Rn. 17). Das Gericht darf nach § 133 BGB nicht bei dem Wortlaut der Erklärung stehen bleiben, sondern hat den **wirklichen Willen zu erforschen**, wie er sich **aus dem Inhalt und Zweck der Erklärung** sowie den erkennbaren Begleitumständen objektiv ergibt (BVerwG, Urt. v. 05.10.2000 – 7 C 8.00, Buchholz 428 § 30 VermG Nr. 21 S. 17 f.). Maßgeblich ist nicht der wirkliche Wille des Erklärenden, sondern die objektive Erklärungsbedeutung, wie sie der Empfänger verstehen musste (BVerwG, Urt. v. 27.06.2012 aaO. Rn. 18).“ (BVerwG aaO.)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Barchewitz:** Die (häufig lästige) verdeckte Eigentümergrundschuld (in: MDR 2015, 1273)

Gelegentlich bestehen gerade bei Grundstücken, deren Grundbuch seit längerem nicht aktualisiert wurde, erhebliche rechtliche Verwertungsschwierigkeiten. Obwohl die verdeckte Eigentümergrundschuld in der wirtschaftlichen Praxis unstreitig wegen der vorherrschenden Sicherungsgrundschuld nicht mehr die frühere Rolle spielt, kann ihre Aufdeckung auch heute noch ein lohnendes Unterfangen sein. Der folgende Beitrag beleuchtet die verdeckte Eigentümergrundschuld anhand ihrer Entstehung und Folgen in der kredit- und vollstreckungsrechtlichen Praxis.

2. **Küpper:** Die Haftung des Bürgen für die Werklohnforderung bei Insolvenz des Werkbestellers (in: NJW 2015, 3057)

Die Bürgschaft spielt im Bauvertragsrecht als Sicherungsmittel eine zentrale Rolle. Überwiegend beschäftigen sich Rechtsprechung und Schrifttum dabei mit der Insolvenz des Werkunternehmers. Dieser Beitrag behandelt dagegen die Problematik der Werklohnforderung des Unternehmers in der Insolvenz des Werkbestellers.

3. **Gerecke:** Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen (in: NJW 2015, 3185)

Der Beitrag widmet sich der aktuellen Rechtsprechung zur rechtlichen Zulässigkeit von Werbung gegenüber Kindern und Jugendlichen, die vermehrt im Fokus der Werbewirtschaft stehen. Zunehmend vertritt die Rechtsprechung eine liberalere Haltung, die sich einer steigenden Medienkompetenz von Jugendlichen anzupassen scheint. Ausnahmeentscheidungen bestätigen diesen Eindruck.

4. **Windorfer:** Der Verjährungsverzicht (in: NJW 2015, 3329)

Ein sicherer Umgang mit dem Rechtsinstitut des Verjährungsverzichts gehört zum unverzichtbaren Handwerkszeug eines jeden Juristen. Fehler können hier schnell zu einer Haftung führen. Dennoch stellt sich bei näherer Befassung mit diesem Rechtsinstitut heraus, dass einzelne Fragen hierzu immer noch offen sind. Der Beitrag stellt Voraussetzungen, Rechtsfolgen und Besonderheiten des Verjährungsverzichts grundsätzlich dar und ordnet ihn dogmatisch ein. Daneben werden praxisrelevante Probleme und Risiken im Zusammenhang mit der Vereinbarung eines Verjährungsverzichts dargestellt und Alternativen aufgezeigt.

5. **Dörr:** Die Erstattungsfähigkeit von Schockschäden (in: MDR 2015, 1209)

Ein Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld wird in der Regel nur am Unglück oder Unfall beteiligten Personen gewährt. Ein entsprechender Anspruch für Dritte (z.B. Angehörige), die „nur“ mittelbar vom Unfall oder Unglück betroffen sind, wird hingegen nur unter strengen Voraussetzungen angenommen. Der BGH hat sich Anfang des Jahres mit zwei Urteilen (BGH, Urt. v. 27.01.2015 – VI ZR 548/12, MDR 2015, 391; Urt. v. 10.02.2015 – VI ZR 8/14, MDR 2015, 510) eingehend mit dem Problem der sog. Schockschäden befasst. Der folgende Beitrag erläutert anhand der aktuellen Rechtsprechung, unter welchen Umständen eine seelische Belastung durch den Trauerfall eines Angehörigen als Gesundheitsverletzung zu qualifizieren und von einem Zurechnungszusammenhang zwischen Unfallgeschehen und Gesundheitsbeeinträchtigung auszugehen ist.

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

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

### II. Strafrecht

1. **Rabe von Kühlewein:** Neue Regeln für Wohnungsdurchsuchungen (in: NStZ 2015, 618)

Das BVerfG hat eine weitere wichtige Entscheidung zum Richtervorbehalt bei Grundrechtseingriffen getroffen. Der für die amtliche Sammlung vorgesehene Beschluss des Zweiten Senats vom 16.06.2015 beinhaltet eine Fortentwicklung des Richtervorbehalts bei Wohnungsdurchsuchungen nach Art. 13 Abs. 2 GG einerseits, der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungs-

personen bei „Gefahr in Verzug“ andererseits. Er ergänzt die grundlegende Entscheidung zur Gefahr in Verzug aus dem Jahr 2001 in wesentlichen Punkten. Das Verfassungsgericht löst damit unter anderem das seit Langem umstrittene Problem des (zumindest vermeintlich) „unwilligen“ Ermittlungsrichters. Bereits kurz nach der Grundsatzentscheidung vom 20.02.2001 wurde mit teilweise heftigen Worten darüber diskutiert, wie zu verfahren sei, wenn der Richter die Entscheidung über eine Durchsuchung mit Blick auf fehlende Akten ablehne. Die Entscheidung hat erhebliche Auswirkungen auf die Praxis; denn mit ihr werden zum Teil ganz neue Regeln für die Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden und Gerichten bei Wohnungsdurchsuchungen aufgestellt. Sie ist zudem für Gerichtspräsidien von nicht unerheblicher Bedeutung.

**2. Meyer:** Praxis und Reform der Absprache im Strafverfahren (in: StV 2015, 790)

Obgleich die systematische Stellung der Verständigung im Gesetz – wie schon vielfach in der Literatur vermerkt wurde – dies nicht unmittelbar preisgibt, ist ihre Grundidee doch, eine Absprache über Gang, Inhalt und Ergebnis der Hauptverhandlung zu ermöglichen. Die Neuregelung in § 257c StPO lässt unmissverständlich verlauten, dass sowohl Rechtsfolgen als auch Prozessverhalten der Beteiligten Gegenstand einer Verständigung sein dürfen. Eine Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten kann damit sogar zum Drehbuch für die Hauptverhandlung werden – wenn da nicht I 2 wäre. Was einige Stimmen zunächst wegen des offenkundig unüberbrückbaren Widerspruchs zwischen Verständigung und Amtsaufklärungspflicht als bloßes Lippenbekenntnis abgetan haben, hat sich mittlerweile als das zentrale Hindernis dafür entpuppt, § 257c StPO tatsächlich und dogmatisch als eine eigenständige Verfahrensart zu behandeln. I 2 ist der Totengräber der Verständigung. Doch er kommt nicht allein. Er wird von einigen Sargträgern begleitet, denn mit der Neuregelung der Verständigung hat ein bislang präzedenzloser Dokumentations- und Mitteilungsfetischismus Einzug erhalten. In der Konsequenz kann eine Verständigung nur äußerst begrenzt einen alternativen Weg zur Abkürzung oder Beendigung des Verfahrens ebnen. Und selbst die Nutzung der engen Spielräume ist spätestens mit BVerfGE 133, 168 = StV 2013, 353 erheblich erschwert worden.

Vor diesem Hintergrund geht es vorliegend um die Frage, wie sich die strengen Vorgaben auf die Praxis der Gerichte auswirken. Im Hauptteil des Beitrags wird dann den Reformforderungen nachgegangen, die sich daraus ableiten, und hierzu denkbare – oder undenkbar – Gestaltungsoptionen diskutiert.

### III. Öffentliches Recht

**1. Itzel:** Verfahrensrechtliche Probleme bei Amts-, Staatshaftungs- und Entschädigungsklagen (in: MDR 2015, 1214)

Bei Haftungsprozessen gegen Staat und Kommunen gibt es zahlreiche prozessrechtliche Besonderheiten. Der Beitrag beleuchtet anhand praktischer Fallbeispiele drei besonders relevante Problemkreise: Die Zurechnung des Verhaltens Dritter als Problem der Passivlegitimation, die Sperrwirkung von Planfeststellungsverfahren für weitere Entschädigungs- und Ersatzansprüche und die Beweiserleichterungen im Amts- und Staatshaftungsverfahren.

**2. Fischer:** Möglichkeiten und Grenzen der Beschlagnahme von Immobilien zur Flüchtlingsunterbringung (in: NVwZ 2015, 1644)

Die Zahl der nach Deutschland einreisenden Flüchtlinge und Migranten schnell in ungeahnte Höhen. Für das Jahr 2015 werden bis zu eine Million Zuwanderer prognostiziert und aller Voraussicht nach muss auch im Jahr 2016 mit einem enormen Zustrom gerechnet werden. Das stellt Bund und Länder vor zahlreiche Herausforderungen. Als ein Kernproblem erweist sich dabei die adäquate Unterbringung. Zahlreiche Erstaufnahmeeinrichtungen sind bereits um ein Vielfaches überbelegt. In den Kommunen sind Tausende Flüchtlinge in Zelten untergebracht. Messehallen oder ehemalige Baumärkte müssen als Notunterkünfte herhalten. Auf den ersten Blick scheint das in seinen wesentlichen Regelungen am 24.10.2015 in Kraft getretene Gesetz zur Beschleunigung von Asylverfahren (BGBl I, 1722) hier Abhilfe zu schaffen.

**3. Dombert:** Flüchtlingsunterbringung und Ordnungsbehördenrecht – Zu den rechtlichen Voraussetzungen der Inanspruchnahme privaten Wohnraums (in: LKV 2015, 529)

Die Meldungen mehren sich: Politik und Verwaltung sehen sich unter Handlungszwang, Wohnungseigentümer befürchten, dass zur Unterbringung von Flüchtlingen auf privaten Wohnraum zugegriffen werden könnte. Ob und inwieweit derart rechtliche Möglichkeiten bestehen, unter welchen Voraussetzungen eine Unterbringung möglich ist, untersucht der nachstehende Beitrag. Er kommt unter gegenwärtigen Voraussetzungen zum Ergebnis, dass bei Anwendung allgemeinen Ordnungsbehördenrechts die Eingriffsvoraussetzungen nicht vorliegen, sich die Beschlagnahme von privatem Wohnraum als unverhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht des Art. 14 I GG darstellen würden.

4. **Schulze:** Zwischen Anspruch und Wirklichkeit: Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Irak-Einsatzes (in: DÖV 2015, 992)

Der Einsatz der Bundeswehr im Ausland ist ein stets kontrovers diskutiertes Thema. In der aktuellen Debatte geht es primär um den Einsatz der Bundeswehr in der Region Kurdistan-Irak zu Ausbildungszwecken. So divergieren die Stimmen in der Politik und den aktuellen Pressemitteilungen bezüglich der Verfassungsmäßigkeit des Einsatzes. Zur Annahme der Verfassungsmäßigkeit des Einsatzes bedarf dieser einer rechtlichen Grundlage. Namentlich sind hierzu die Normen der Wehrverfassung im Grundgesetz zu nennen. Es gilt zu klären, ob durch die agierenden Organe ein Präzedenzfall – ohne verfassungsrechtliche Grundlage – geschaffen wird oder – anderenfalls ist die den Einsatz scheinbar legitimierende verfassungsrechtliche Argumentation fehlerhaft – der Einsatz indes anderweitig verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist.

5. **Beckermann:** Vermeintlich verfassungsimmanente Quantifizierungen als Phänomen der Entgrenzung des Bundesverfassungsgerichts (in: DÖV 2015, 1009)

Diverse Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entfachen Jahr für Jahr aufs Neue die Kontroverse um die Reichweite seiner Entscheidungsbefugnisse und deren Abgrenzung zum Kompetenzbereich des Gesetzgebers. Neigt Karlsruhe mitunter dazu, statt Recht zu sprechen Politik zu betreiben? Als Ausschnitt dieser Debatte lassen sich Richtersprüche herausgreifen, in denen aus den Normen der Verfassung konkrete zahlenmäßige Grenzwerte der gesetzgeberischen Freiheit abgeleitet – oder in sie hineingelesen? – werden. Zweier solcher Entscheidungen jüngeren Datums, namentlich der zum ZDF-Staatsvertrag und der zu Überhangmandaten im Bundestagswahlrecht, nimmt sich der betreffende Beitrag an und zeigt an ihrem Beispiel Überschreitungen des richterlichen Betätigungsfeldes auf.

6. **Enders:** Verfassungswidrige Zwangsvollstreckung durch das Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung (in: Rpfleger 2015, 677)

Das Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung war von einer breiten politischen Mehrheit und von Zustimmung in der Literatur getragen. Gleichwohl bestehen bei näherer Betrachtung erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken.

Die wesentlichen Änderungen des Gesetzes zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung vom 29.07.2009 sind dessen Artikel 6 am 01.01.2013 in Kraft getreten. Mit dieser Reform wollte der Gesetzgeber die Durchsetzung von Forderungen verbessern und einen wirtschaftlichen Standortnachteil vermeiden. In der Literatur wurde das Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung teilweise sogar euphorisch begrüßt, z.B. als Paradigmenwechsel im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht und „Sprung vom 19. in 21. Jahrhundert“. Als gelungen wurden vor allem angesehen, die neuen Formen der Informationsgewinnung durch die Verpflichtung des Schuldners zur frühzeitigen Abgabe der Vermögensauskunft, die Auskunftsmöglichkeiten des Gerichtsvollziehens bei Dritten und die Neukonzeption des Schuldnerverzeichnisses. Im Gesetzgebungsverfahren ist das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung mehrfach angesprochen und die Notwendigkeit, dieses Grundrecht zu schützen, dargelegt worden. Dies ist jedoch nicht ausreichend gelungen.

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

1. **Schäfer/Kleen/Riegler:** Freie Preise für freie Berufe?: Zwangsverwaltung und Einkommenssteuer (in: NJW 2015, 3404)

Die Europäische Kommission wirft Deutschland, Österreich, Polen und Spanien vor, dass das nationale Recht ausgewählter freier Berufe Mindestpreisregelungen enthält, die gegen die RL 2006/123/EG sowie die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit verstoßen. In Deutschland stehen dabei die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) und die Vergütungsverordnung für Steuerberater (StBVV) im Fokus. Damit stellt sich die Frage, ob die Argumentation der Kommission europarechtlich trägt und über den Kreis der angegriffenen Regelungen hinaus auch Wirkung für das Vergütungsrecht weiterer freier Berufe entfalten kann. Die Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass trotz der Bedenken der Kommission durchaus Spielräume für die Rechtsordnungen verbleiben, die Mindestpreise für freiberufliche Dienstleistungen vorsehen, ohne dass dies zu einer Verletzung der Grundfreiheiten führt.

**2. Engels:** Zwangsverwaltung und Einkommensteuer (in: Rpfleger 2015, 525)

Es gibt Urteile (BFH vom 10.02.2015 - IX R 23/14), bei deren erstmaligem Lesen einem in der Sache Betroffenen schlichtweg die Luft wegbleibt. Dies gilt umso mehr, wenn mit einem Schlag eine jahrzehntelange Praxis, die einhelliger Meinung entsprach, anerkannt, umsetzbar und unproblematisch war, über Bord geworfen wird. Die gute Nachricht: Es handelt sich um eine Einzelentscheidung, die zunächst nur die Parteien des konkreten Rechtsstreits bindet (§ 110 FGO). Die Finanzverwaltung kann jedoch beschließen, diese Entscheidung im Bundessteuerblatt Teil II zu veröffentlichen, wodurch die Finanzbehörden verpflichtet werden, diese Entscheidung allgemein anzuwenden. Ob die Finanzverwaltung diesen Weg geht, kann derzeit noch nicht abgesehen werden. Aufgrund der – auch vorliegend – unabsehbaren Folgen, insbesondere was die praktische Umsetzung angeht, würde ein solcher Schritt jedoch nicht ohne ein begleitendes BMF - Schreiben oder einen Anwendungserlass denkbar sein.

**3. Schäfer:** Das Mandat als Prozessvertreter in deutschen Schiedsverfahren (in: NJW 2015, 3398)

Der Beitrag will Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten die oftmals vorhandene Scheu vor Schiedsverfahren nehmen. Maßgebliche Fragen zum Verfahren werden beantwortet und jeweils mit einer praktischen Empfehlung versehen, damit niemandem „bange“ zu sein braucht, der sich auf das Gebiet der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit begibt. Zugleich wird über vielfältige Bezugnahmen auf in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bewährte „Best Practices“ gespiegelt, was auch in inländischen Verfahren von großem Praxisnutzen sein kann.

**4. Fischer:** Sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen über die Einsicht in die PKH-Erklärung und Belege des Gegners? (in: MDR 2015, 1112)

Durch das FGG-Reformgesetz wurde seit dem 01.09.2009 auch § 117 II 2 ZPO geändert. Nunmehr hat der Gegner der PKH-Partei die Möglichkeit, die „Erklärung und die Belege“ zugänglich gemacht zu bekommen, wenn er gegen die PKH-Partei nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts einen Anspruch auf Auskunft über Einkommen und Vermögen hat. Der PKH-Partei ist zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und sie ist über die Übermittlung der Erklärung zu unterrichten. Es fragt sich, inwieweit diesbezügliche gerichtliche Entscheidungen einem Rechtsmittel unterliegen.

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

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

# Erbenhaftung

## I. Grundsatz der unbeschränkten Erbenhaftung

Der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten grundsätzlich mit dem Nachlass(-anteil) und seinem Vermögen

## II. Haftungsbeschränkungen

### 1. Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz, §§ 1975 ff BGB

Absonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben, Bestellung eines Verwalters.

### 2. Einrede der Dürftigkeit, §§ 1990 ff. BGB

Mangels Masse wird kein Verwalter für Nachlass bestellt: Der Erbe verwaltet selbst.

### 3. Vertrag

Zwischen Erbe und Nachlassgläubiger.

### 4. Einrede des ungeteilten Nachlasses bei Miterbengemeinschaft, § 2059 BGB

### 5. Sonstige

a) Nachlassaufgebot, § 1973 ff. BGB

b) Erschöpfungseinrede, § 1989 BGB

c) Überschuldung durch Vermächtnisse und Auflagen, § 1992 BGB

### 6. Keine Haftungsbeschränkung, wenn

a) Inventar nicht (fristgerecht) errichtet § 1994 BGB

b) Inventaruntreue, § 2005 BGB

c) Verzicht des Erben

d) prozessuale Gründe §§ 780 ff. ZPO

e) Erbe die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verweigert, § 2006 III BGB

## III. Nachlassverbindlichkeiten

### 1. Erblasserschulden § 1967 II 1. Alt. BGB

vom Erblasser vor dem Todesfall begründete Schulden (aus Vertrag oder Gesetz)

### 2. Erbfallsschulden

a) Pflichtteilsansprüche Vermächtnisse und Auflagen, § 1967 II BGB

b) Bestattungskosten, § 1968 BGB;

c) Unterhaltsansprüche, § 1963, 1969 BGB;

d) Zugewinn, § 1371 II, III BGB;

e) Erbschaftssteuer § 20 ErbStG

### 3. Nachlasskostenschulden (auch: Erbschaftsverwaltungskosten)

Kosten, die durch Abwicklung des Nachlasses entstehen;

z.B. Nachlassverwaltung §§ 1975 ff BGB; Nachlassgläubigeraufgebot §§ 1970 ff BGB.

### 4. Geschäftsverbindlichkeiten

insb. § 25, 27 HGB, wenn Erbe ein Handelsgeschäft fortführt

**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> <b>Bayern</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>RiOLG T.</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>13.07.2015</b>
-------------------------------	---	---

**Zur Person:**

Herr T. ist freundlich und sachlich. Er diktierte den Sachverhalt, achtet aber darauf, dass alle mit dem Mitschreiben mitkommen und wartet zwischendurch auf eventuelle Fragen. Er gibt den Prüflingen viel Zeit, um über die Antworten nachzudenken. Er gab außerdem Hilfestellungen, wenn man nicht sofort wusste, worauf er hinaus wollte. Er hielt die Reihenfolge grundsätzlich ein, Zwischenmeldungen gab es keine. Wenn jemand auf dem ganz falschen Weg war, fragte er einen der anderen Prüflinge, ob der "helfen" wolle. Seine Art zu prüfen war sehr angenehm.

**Zur Prüfung:**

Herr T. stieg sofort mit einem Fall in die Prüfung ein. Dabei ging es um den vermögenden Onkel O, der verstirbt. Seine einzigen Nachkommen sind seine Nichten N1 und N2.

Auf der Beerdigung erfahren sie von O's Freundin F, dass O kein Testament hinterlassen hat. Zunächst sollten wir bestimmen, ob und zu welchen Teilen N1 und N2 erben. In diesem Zusammenhang gingen wir auf die Erbengemeinschaft und die gesetzliche Erbfolge ein und rissen kurz das Thema Erbschein an.

Im weiteren Verlauf des Falls, stellen N1 und N2 fest, dass vom Konto des O 44.000 Euro abgehoben wurden. Als sie bei der F nachfragen, schildert diese folgenden Sachverhalt: F und O waren am 1.3. bei einem Mercedes Händler. Dort bestellte der O ein Auto, wobei die F als Käuferin in den Kaufvertrag eingetragen wurde, da O sagte, er wolle ihr das Auto schenken. Er hatte das Geld in bar dabei, jedoch sollte die Zahlung erst bei Lieferung erfolgen. Daraufhin sperrte er den Briefumschlag, mit der Aufschrift "Geld Mercedes F" in den Safe, der F und O gemeinsam gehörte.

Als es O später schlechter geht, ruft er am 1.6. den Notar und lässt eine Patientenverfügung, sowie eine Generalvollmacht für F, die über den Tod hinaus wirken soll, beurkunden. Am 2.6. verstirbt er.

Als am 1.7. der Mercedes geliefert wird, zahlt die F 33.000 Euro aus dem Briefumschlag im Safe. Der Nachlass von 11.000 Euro ergibt sich daraus, dass sie ihren alten Wagen in Zahlung gibt.

N1 und N2 wollen nun wissen, ob sie von F die 44.000 Euro von F herausverlangen können. Wir prüften einen eventuellen Anspruch gegen F als Erbschaftsbesitzerin aus § 2018 BGB. In diesem Zusammenhang diskutierten wir die Eigentumsverhältnisse an dem Geld im Briefumschlag. Dabei sprachen wir darüber, ob die 44.000 Euro zur Erbmasse gehören oder ob O der F das Geld übereignet hat und ob diese das Geld wirksam an den Mercedes-Händler übereignet hat.

Schließlich kamen wir noch zu der Frage, ob ein bereicherungsrechtlicher Anspruch in Betracht käme und sprachen die Voraussetzungen einer Nichtleistungskondition an.

Herr T. ist Richter am OLG und gab während der Prüfung an, dass er diesen Fall selbst verhandelt hat.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## ASSESSORPRÜFUNG

### ÖFFENTLICHES RECHT

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

<b>Land:</b> <b>NRW</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>VRiVG K.</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>01.10.2015</b>
----------------------------	---	---

**Zur Person:**

Herr K. prüfte bei uns das öffentliche Recht im Rahmen eines Prüferwechsels. Wir hatten daher alle keinerlei Protokolle von ihm zuvor gelesen und wussten nicht, was auf uns zukam. Er entpuppte sich als ein freundlicher, angenehmer Prüfer, der versuchte, beruhigend auf uns einzuwirken, auch wenn man nicht immer wusste, worauf er hinaus wollte. Wenn ein Prüfling nicht auf Anhieb die gewünschte Antwort wusste, gab er Hilfestellung, so dass man letztendlich doch zu der von ihm gewünschten Antwort kam.

**Zur Prüfung:**

Herr K. leitete die Prüfung mit den Worten ein, dass ja zurzeit die Einweisung von Flüchtlingen in Privateigentum groß diskutiert werde und schilderte sodann folgenden Fall:

Eigentümer E besitzt ein unbewohntes Mehrfamilienhaus in Aachen. Das Dachgeschoss benutzt E am Wochenende und die fünf Erdgeschosswohnungen, vermietet er in den Ferien.

Am 2.5. erhielt E vom Oberbürgermeister der Stadt Aachen eine Verfügung über die Einweisung von 25 Flüchtlingen für drei Monate ab dem 15.9. Als Begründung wurde Raummangel der Stadt Aachen und die dringende Notlage der Flüchtlinge angeführt. Die Verfügung wurde für sofort vollziehbar erklärt.

Sodann erfolgte am 15.9. der Einzug der Flüchtlinge.

Herr K. bat uns, sich in die Lage des Rechtsanwaltes zu begeben und E nun Rechtsschutz suche.

Der erste Prüfling schlug vor, einstweiligen Rechtsschutz einzulegen. Herr K. fragte, was für Arten von einstweiligen Rechtsschutz es denn gäbe? Antwort: 123, 80 V, 80a, 47VI

Welche Antragsart sei einschlägig? Antwort: 80 V, Grundsätzlich zwar 123 I nach 123 V, wenn es aber um den Suspensiv Effekt einer Anfechtungsklage geht 80 V oder 80a. 80 V hier, da Zweipersonenverhältnis.

Anschließend wurden die Zulässigkeitsvoraussetzungen eines 80 V Antrages erläutert.

Dann ging es in die Begründetheitsprüfung, wobei er einen präzisen Obersatz der Begründetheit hören wollte. Antwort: Wenn das Aussetzungsinteresse des Antragstellers gegenüber dem Vollzugsinteresse der Behörde überwiegt. Dies ist dann der Fall.

Sodann prüften wir die formelle Ordnungsmäßigkeit der Vollzugsanordnung und anschließend die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes.

Ermächtigungsgrundlage war hier in Abgrenzung zu 43 PolG die Generalklausel nach 14 I OBG.

Wir definierten öffentliche Sicherheit und Gefahr.

Problematisch war die Störereigenschaft der Flüchtlinge. Im Ergebnis bejahten wir diese als Nichtstörer.

Zum Schluss erörterten wir die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, ob nicht eine benachbarte Schule oder Hotel ein milderes Mittel darstelle. Unter Abwägung der einzelnen Grundrechte verneinten wir ein milderes Mittel.

Der Verwaltungsakt war also rechtmäßig und der 80 V Antrag unbegründet.

# 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



