



# PRAKTIKER-REPORT (PR)

Monatsschrift für den praktisch tätigen Juristen

---

41. Jahrg.

November 2016

Heft 11

---

## Aus dem Inhalt

- BGH:** Nicht-mehr-berechtigter-Besitzer im E-B-V
- BGH:** Einschränkungen des Notwehrrechts
- OVG Koblenz::** Polizeiliche Personenkontrollen und Diskriminierungsverbot
- BVerfG:** Präventive Ingewahrsamnahme
- BVerfG:** Einstellung einer Räumungszwangsvollstreckung
- VGH Mannheim:** Erkennungsdienstliche Behandlung
- SaarlVerfGH:** Saalvergabe an kommunalen Mandatsträger



#### **Impressum:**

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

Juristischer Verlag Juridicus GbR

Hiberniastraße 6

45883 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 – 35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

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

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

#### **Verantwortliche Redakteurin:**

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

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

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

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

**Erscheinungsweise:** monatlich

**Bezugspreise:** vierteljährlich 20,70 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten  
Zahlung quartalsweise im Voraus

## Inhalt

### Brandaktuell

BGH:	Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf (Erweiterter Anwendungsbereich).....	1
------	---	---

### Zivilrecht

BGH:	Nicht-mehr-berechtigter-Besitzer im E-B-V (Anwendung des Leistungsstörungenrechts).....	2
BGH:	Neuer Lauf der Verjährung für Bürgen (Rechtskräftiges Urteil gegen Hauptschuldner).....	6

### Strafrecht

BGH:	Prostitutionsentgelt (Vermögensbestandteil und Betrugsschaden).....	10
BGH:	Einschränkungen des Notwehrrechts (Provokation und besonderes Näheverhältnis).....	13

### Öffentliches Recht

OVG Koblenz:	Polizeiliche Personenkontrollen (Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot).....	17
BVerfG:	Präventive Ingewahrsamnahme (Verhinderung von Straftaten).....	23

### Kurzauslese I

BGH:	Schadensminderungspflicht (Anmietung eines Ersatzfahrzeuges).....	27
BGH:	Geschäftsführung ohne Auftrag (Ersatz von Abschleppkosten).....	27
BGH:	Flugpreiszahlung bei Buchung (Keine unangemessene Benachteiligung).....	28
BGH:	Mängelbeseitigung ohne Erfolgskontrolle (Keine Arglisthaftung des Verkäufers).....	28
BGH:	Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts (Notarielle Beurkundung entbehrlich).....	28
BGH:	Raubspezifische Einheit von Nötigung und Wegnahme (Schwächung der Verteidigungsfähigkeit).....	29
BGH:	Heimtücke bei Schusswechsel bei Wohnungsöffnung (Heimtücke).....	30
OLG Hamm:	Beleidigung („Zigeuner“ als Schimpfwort).....	31
OVG Magdeburg:	Kirchenglockengeläut (Zumutbarkeit).....	32
VGH München:	Subsidiärer Schutz wegen Zwangsheirat (Erniedrigende Behandlung).....	33

### Zivilrecht

BVerfG:	Einstellung einer Räumungszwangsvollstreckung (Bei Suizidgefahr auch dauerhaft).....	34
---------	---	----

### Strafrecht

VGH Mannheim:	Erkennungsdienstliche Behandlung (Maßgeblicher Zeitpunkt).....	37
---------------	---	----

## Öffentliches Recht

SaarlVerfGH:	Saalvergabe an kommunalen Mandatsträger (Willkürliche Rechtsschutzverweigerung).....	42
OVG Lüneburg:	Widerruf der Rücknahme einer Prozesshandlung (Voraussetzungen).....	46

## Kurzauslese II

BGH:	Nachbesserung der Vermögensauskunft (Erstattungsforderung aus Betriebs- und Heizkosten).....	50
BGH:	Beschwer bei Schmerzensgeld (Unbezifferter Antrag).....	50
BGH:	Dienstanweisung zur Faxkontrolle (Glaubhaftmachung im Rahmen des Wiedereinsetzungsantrags).....	51
OLG Frankfurt:	Kollision beim Einfädeln auf Autobahn (Kein Anscheinsbeweis bei unklarem Ablauf).....	51
BGH:	Mehrfach begründete Klageabweisung (Anforderungen an Berufungsbegründung).....	52
BVerfG:	Löschung aus staatsanwaltschaftlichem Verfahrensregister (Verzögerungsbeschwerde).....	53
LG Aachen:	Ingewahrsamnahme nach Polizeigesetz (Gerichtliche Zuständigkeit).....	54
BVerwG:	Vereinsrechtliche Verfügung (Sachliche Zuständigkeit).....	55

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

OLG München:	Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten (Auch nach Antragsrücknahme).....	56
--------------	---	----

### Aus der Praxis

BGH:	Pflicht zu unverzüglicher Stellungnahme (Bemessung).....	57
OLG Frankfurt:	Vollmachtloses Mahnverfahren (Veranlasserhaftung).....	57
BGH:	Todesnachricht (Kein Wiedereinsetzungsgrund).....	57

### Steuerrecht

BFH:	Auf elektronischen Weg erbrachte Leistungen (Begriffsbestimmung).....	58
BFH:	Häusliches Arbeitszimmer (Trennung vom Wohnbereich durch Sideboard).....	58
BFH:	Verbilligte Wohnraumüberlassung (Ortsübliche Miete).....	58
BFH:	Schenkung eines Grundstücks (Bemessung bei Bestehen eines Erbbaurechts).....	58
BFH:	Häusliches Arbeitszimmer (Private Mitbenutzung).....	58

<b>Weitere Schriftumsnachweise:</b> .....	59
---	----

## Brandaktuell

BGB  
§ 476

### Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf Erweiterter Anwendungsbereich

SR BT

(BGH in becklink 2004616; Urteil vom 12.10.2016 - VIII ZR 103/15)

Der Käufer muss bei einem Sachmangel innerhalb der ersten sechs Monate ab Gefahrübergang **weder darlegen und nachweisen**, auf **welche Ursache** dieser Zustand zurückzuführen ist, noch dass diese in den **Verantwortungsbereich des Verkäufers** fällt.

**Fall:** Der Kläger kaufte von der Beklagten, einer Kraftfahrzeughändlerin, einen gebrauchten BMW 525d Touring zum Preis von 16.200 €. Nach knapp fünf Monaten und einer vom Kläger absolvierten Laufleistung von rund 13.000 Kilometern schaltete die im Fahrzeug eingebaute Automatikschaltung in der Einstellung "D" nicht mehr selbstständig in den Leerlauf; stattdessen starb der Motor ab. Ein Anfahren oder Rückwärtsfahren bei Steigungen war nicht mehr möglich. Nach erfolgloser Fristsetzung zur Mangelbeseitigung trat der Kläger vom Kaufvertrag zurück und verlangte die Rückzahlung des Kaufpreises und den Ersatz geltend gemachter Schäden. Die Beklagte verwies darauf, dass der Mangel durch den Gebrauch erst entstanden sei, der Kläger berief sich auf die Beweislastumkehr nach § 476 BGB. Zu Recht?

Der BGH hat jetzt seine bislang zu § 476 BGB entwickelten **Grundsätze** zugunsten des Käufers **angepasst**, um sie mit den Erwägungen in dem zwischenzeitlich ergangenen Urteils des EuGH (NJW 2015, 2237) in Einklang zu bringen. Die mit diesem Urteil durch den Gerichtshof erfolgte Auslegung des Art. 5 Abs. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der durch § 476 BGB in nationales Recht umgesetzt wurde, gebietet es, im **Wege einer richtlinienkonformen Auslegung** des § 476 BGB den Anwendungsbereich dieser **Beweislastumkehrregelung** zugunsten des Verbrauchers **in zweifacher Hinsicht zu erweitern**.

#### I. Mangelercheinung innerhalb von sechs Monaten ausreichend

*„Dies betreffe zunächst die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Käufers hinsichtlich des - die Voraussetzung für das Einsetzen der Vermutungswirkung des § 476 BGB bildenden - Auftretens eines Sachmangels innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang. Anders als dies der bisherigen Senatsrechtsprechung zu § 476 BGB entspricht, müsse der Käufer nach Auffassung des Gerichtshofs im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie **weder den Grund für die Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass sie dem Verkäufer zuzurechnen ist**. Vielmehr habe er lediglich darzulegen und nachzuweisen, dass die erworbene **Sache nicht den Qualitäts-, Leistungs- und Eignungsstandards einer Sache** entspricht, die er zu erhalten nach dem Vertrag vernünftigerweise erwarten konnte. In richtlinienkonformer Auslegung des § 476 BGB lässt der Senat nunmehr die dort vorgesehene Vermutungswirkung bereits dann eingreifen, wenn dem Käufer der Nachweis gelingt, dass sich **innerhalb von sechs Monaten ab Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand** (eine "Mangelercheinung") gezeigt hat, der - unterstellt, er hätte seine Ursache in einem dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand - dessen Haftung wegen Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit begründen würde. Dagegen müsse der Käufer fortan weder darlegen und nachweisen, auf welche Ursache dieser Zustand zurückzuführen ist, noch dass diese in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt.“ (BGH aaO.)*

#### II. Käufer muss latenten Mangel als Ursache nicht mehr nachweisen

*„Außerdem sei im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des § 476 BGB die **Reichweite** der dort geregelten Vermutung **um eine sachliche Komponente zu erweitern**. Danach komme dem Verbraucher die Vermutungswirkung des § 476 BGB fortan auch dahin zugute, dass der binnen sechs Monate nach Gefahrübergang zu Tage getretene mangelhafte Zustand **zumindest im Ansatz schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat**. Damit werde der Käufer - anders als bisher von der Senatsrechtsprechung gefordert - des Nachweises enthoben, dass ein erwiesenermaßen erst nach Gefahrübergang eingetretener akuter Mangel seine Ursache in einem latenten Mangel hat.“ (BGH aaO.)*

#### III. Verschiebung der Beweislast vom Käufer auf den Verkäufer

*„Der **Verkäufer habe den Nachweis zu erbringen**, dass die aufgrund eines binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang eingetretenen mangelhaften Zustands eingreifende **gesetzliche Vermutung**, bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs habe - zumindest ein in der Entstehung begriffener - Sachmangel vorgelegen, **nicht zutrifft**. Er habe also darzulegen und nachzuweisen, dass ein Sachmangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht vorhanden war, weil dieser seinen **Ursprung in einem Handeln oder Unterlassen nach diesem Zeitpunkt** habe und ihm damit nicht zuzurechnen sei. Gelingen ihm diese Beweisführung - also der volle Beweis des Gegenteils der vermuteten Tatsachen - nicht hinreichend, greife zugunsten des Käufers die Vermutung des § 476 BGB auch dann ein, wenn die **Ursache für den mangelhaften Zustand oder der Zeitpunkt ihres Auftretens offengeblieben ist**, also letztlich ungeklärt geblieben ist, ob überhaupt ein vom Verkäufer zu verantwortender Sachmangel vorlag.“ (BGH aaO.)*

## Entscheidungen materielles Recht

BGB

### Nicht-mehr-berechtigter-Besitzer im E-B-V

SachenR

§§ 280 I, III, 281, 985

#### Anwendung des Leistungsstörungenrechts

(BGH in NJW 2016, 3235; Urteil vom 18.03.2016 – V ZR 89/15)

Der Eigentümer einer Sache kann, wenn der **bösgläubige oder verklagte Besitzer** seine **Herausgabepflicht nach § 985 BGB nicht erfüllt**, unter den Voraussetzungen der §§ 280 I und III, 281 I und II BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

**Fall:** Die Bekl. betreibt Getränkemärkte. Sie beteiligte sich an dem Einkaufsring der deutschen Getränkemärkte (nachfolgend: EKR), der mit der mittlerweile insolventen C-GmbH einen Kooperationsvertrag geschlossen hatte. Die C-GmbH erhielt die exklusiven Vermarktungsrechte für digitale TV-Werbung und durfte in den Getränkemärkten der Mitglieder des EKR Videogerätesysteme aufstellen, die in ihrem Eigentum verbleiben sollten. Nach der Präambel des Kooperationsvertrags wurden die teilnehmenden Mitglieder des EKR aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet. Sie sollten Provisionen für die Werbeeinnahmen erhalten. Auf der Grundlage dieses Kooperationsvertrags, der zum 30.09.2011 beendet wurde, stellte die C-GmbH 15 Videogerätesysteme in den Getränkemärkten der Bekl. auf. Gestützt auf die Behauptung, die C-GmbH habe die Videogerätesysteme zunächst an die Geschäftsführerin der Kl. verkauft und übereignet und diese habe sie anschließend an die Kl. weiterveräußert, forderte die Kl. deren Herausgabe. Nachdem die Bekl. dies verweigert hat, verlangt die Kl. Schadensersatz i.H.v. 7.500 € und behauptet, sie hätte die Videogerätesysteme im Jahr 2013 für 500 € je Gerätesystem veräußern können. Besteht ein solcher Schadensersatzanspruch?

### I. Anspruch aus §§ 989, 990 BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch aus Schadensersatz in Höhe von 7.500 € aus §§ 989, 990 BGB haben.

#### 1. Vindikationslage (Eigentümer-Besitzer-Verhältnis)

Zunächst muss eine Vindikationslage i.S.d. §§ 985, 986 BGB zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bestanden haben.

##### a) Anspruchsteller war Eigentümer beim maßgebenden Ereignisses

Schädigendes Ereignis war die Verweigerung der Herausgabe durch die Bekl. Zu diesem Zeitpunkt war die Kl. Eigentümerin der Videogerätesysteme.

##### b) Anspruchsgegner war zu diesem Zeitpunkt Besitzer

Zum Zeitpunkt der Verweigerung war die Bekl. in Besitz der Videogerätesysteme.

##### c) Anspruchsgegner hatte kein Recht zum Besitz (§ 986 BGB)

Ursprünglich hatte die Bekl. aus dem Kooperationsvertrag nach § 986 BGB ein Recht zum Besitz, welches jedoch mit der Vertragsbeendigung ebenfalls endete. Sie hat daher kein Recht zum Besitz mehr, so dass eine Vindikationslage besteht.

#### 2. Bösgläubigkeit der Bekl.

Die Schadensersatzpflicht besteht jedoch nach § 990 I 1 BGB, wenn die Bekl. **bei Besitzerwerb bösgläubig** i.S.d. §§ 990 I, 932 II BGB war oder vom Fehlen des Besitzesrechts nach § 990 I 2 BGB **später erfahren** hat. Eine Bösgläubigkeit bei Besitzerwerb scheidet hier aus, allerdings könnte die Beklagte nach Kündigung des Vertrages und Fortführung der Besizausübung bösgläubig geworden sein.

Die Bekl. beruft sich darauf, sie sei nicht bösgläubig i.S.d. § 990 I 2 BGB gewesen, weil sie nicht habe beurteilen können, ob die Geräte im Eigentum der Kl. stünden.

*„Bezugspunkt des bösen Glaubens ist nach dem Wortlaut des Gesetzes das **fehlende eigene Recht zum Besitz** (vgl. BGHZ 32, 76 [92 f.] = NJW 1960, 1105; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2013, § 990 Rn. 10 ff.; MüKo-BGB/Baldus, 6. Aufl., § 990 Rn. 3; RGRK/Pikart, BGB, 12. Aufl., § 990 Rn. 13; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl., § 31 Rn. 6). Erforderlich, aber auch ausreichend ist die **positive Kenntnis des Besitzers von seiner fehlenden Besitzberechtigung**. Sie ist als erlangt anzusehen, wenn ihm entweder die Rechte des Eigentümers durch liquide Beweise dargetan werden oder wenn er über den Mangel seines Besitzrechts in einer Weise aufgeklärt wird, dass sich ein redlicher und vom Gedanken*

*an den eigenen Vorteil nicht beeinflusst Denkender der Überzeugung hiervon nicht verschließen würde (vgl. BGH NJW 1958, 668; NJW 2010, 2664 Rn. 12).“ (BGH aaO.)*

Die Bekl. **wusste** im Zeitpunkt der behaupteten Schadensentstehung **von der Kündigung des Kooperationsvertrags**, aus dem sie ihr Besitzrecht ableitete. Da die Wirksamkeit der Kündigung zu keiner Zeit in Frage stand, hatte sie von ihrer fehlenden Besitzberechtigung positive Kenntnis. Bösgläubigkeit im Sinne des § 990 I 2 BGB liegt daher vor.

### 3. Verschlechterung, Untergang, Unmöglichkeit

Ein Anspruch nach §§ 989, 990 I BGB kann jedoch nur dann gegeben sein, wenn der Schaden dadurch entsteht, dass in Folge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann.

*„Der Schaden darf, wie sich mittelbar aus § 990 II BGB ergibt, nicht allein auf der Vorenthaltung als solcher beruhen (vgl. Erman/Ebbing, BGB, 14. Aufl., § 989 Rn. 16; MüKo-BGB/Baldus, § 989 Rn. 19; RGRK/Pikart, § 989 Rn. 16; Staudinger/Gursky, § 989 Rn. 24; Soergel/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 989 Rn. 17). Hier geht es aber um einen Vorenthaltungsschaden. Denn nach den Feststellungen des BGH sind die Videogerätesysteme nach wie vor im Besitz der Bekl. und können herausgegeben werden.“ (BGH aaO.)*

Ein Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 I BGB besteht daher nicht.

## II. Anspruch aus §§ 280 I und III, 281 i.V.m. § 985 BGB

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch aus Schadensersatz in Höhe von 7.500 € aus §§ 280 I und III, 281 i.V.m. § 985 BGB haben.

### 1. Anwendbarkeit von Leistungsstörungsrecht im E-B-V

Ob die genannten Vorschriften aus dem allgemeinen Recht der Leistungsstörung auf den Herausgabeanspruch des § 985 BGB anwendbar sind, ist allerdings umstritten.

#### aa) Ausschluss des Leistungsstörungsrechts

Die Literatur verneint die Anwendbarkeit teilweise aus Grundsatzbegründungen.

*„Der vindikatorische Herausgabeanspruch habe eine andere Funktion als schuldrechtliche Ansprüche. Er diene der Rechtsverwirklichung nur, soweit er Eigentum und Besitz zusammenführe. In Verbindung mit §§ 280 I und III, 281 BGB diene er dagegen der Verwertung der Sache; dies sei mit seinem Zweck nicht vereinbar. Das Eigentum könne nicht wie ein sonstiger Erfüllungsanspruch zu Gunsten der Wahl von Schadensersatz wegfallen. Eine Anwendung der §§ 280, 281 BGB gefährde zudem den durch die Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses intendierten Schutz des redlichen Besitzers (vgl. MüKo-BGB/Baldus, § 985 Rn. 83 ff.; Staudinger/Gursky, § 985 Rn. 82; Schanbacher in NK-BGB, § 985 Rn. 47; Jauernig/Stadler, BGB, 16. Aufl., § 281 Rn. 2; Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl., Rn. 1188; Katzenstein, AcP 206 [2006], 96; Westermann/Gursky/Eickmann, § 30 Rn. 23; Erman/Ebbing, Vorb. zu §§ 987–993 Rn. 90; Soergel/Stadler, § 985 Rn. 18, 24; wohl auch Dauner-Lieb in NK-BGB, 2. Aufl., § 281 Rn. 8; Kohler, NZM 2014, 729 [738]; Gursky, Jura 2004, 433).“ (BGH aaO.)*

#### bb) Uneingeschränkte Anwendbarkeit des Leistungsstörungsrechts

*„Nach einer weiteren Ansicht sind die Vorschriften der §§ 280 I und III, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB ohne Einschränkungen anzuwenden (vgl. Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl., § 7, VI. Rn. 36; Brehm/Berger, Sachenrecht, 3. Aufl., § 7 Rn. 70 aE).“ (BGH aaO.)*

#### cc) Beschränkte Anwendbarkeit des Leistungsstörungsrechts

Die wohl überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur geht von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der §§ 280, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch des § 985 BGB aus.

*„Einschränkend seien allerdings die gesetzgeberischen Wertungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 987 ff. BGB) zu beachten, weshalb ein Eigentümer über die genannten Vorschriften nur gegenüber einem verschärft haftenden Besitzer vorgehen dürfe (vgl. OLG München, NJOZ 2015, 1044; Urte. v. 23.4.2008 – 15 U 5245/07, BeckRS 2008, 09857; OLG Rostock, NJW-RR 2012, 222 [223]; BeckOK BGB/Fritzsche, 37. Ed., § 985 Rn. 30; Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 985 Rn. 14; Schulte-Nölke in HK-BGB, 8. Aufl., § 985 Rn. 6; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281 Rn. 29 f.; Staudinger/Schwarze, § 281 Rn. B 5; BeckOK BGB/Unberath, § 281 Rn. 8; Palandt/Grüneberg, § 281 Rn. 4; Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl., § 11 Rn. 45; Heinrichs, FS Derleder, 2005, 87 [93 f.]; Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 416 f.; Weiss, JuS 2012, 965 [967]; über § 990 II BGB zulässig: Gruber/Lösche, NJW 2007, 2815 [2817 f.]; Gebauer/Huber, ZGS 2005, 103; Wieling, Sachenrecht, I, 2. Aufl., § 12 I 2 e).“ (BGH aaO.)*

## dd) Ansicht des BGH

Der BGH folgt der letztgenannten Ansicht. Der Eigentümer einer Sache kann, wenn der **bösgläubige oder verklagte Besitzer** seine Herausgabepflicht nach § 985 BGB nicht erfüllt, unter den Voraussetzungen der §§ 280 I und III, 281 I und II BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

### (1) Frühere Rechtsprechung des BGH

„Auf den **Herausgabeanspruch nach § 985 BGB** hat der BGH – in Übereinstimmung mit der nahezu einhelligen Auffassung in der Literatur – die **Vorschrift des § 283 BGB** a.F. angewandt; sie gab dem Gläubiger die Möglichkeit, dem Schuldner nach rechtskräftiger Verurteilung zur Herausgabe der Sache eine **angemessene Leistungsfrist mit Ablehnungsandrohung** zu setzen und nach Fristablauf (nur noch) Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (vgl. BGH NJW 1970, 241; BGH, WM 1982, 749 [750]; NJW 1999, 954; vgl. im Übrigen die Nachweise bei Staudinger/Gursky, § 985 Rn. 80). Diese Meinung konnte sich auf die Motive zu dem Entwurf eines BGB stützen, in denen davon ausgegangen wurde, dass die **allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts**, insbesondere diejenigen über die Folgen der Nichterfüllung, **auf den Eigentums-herausgabeanspruch anwendbar** seien. Die Herausgabepflicht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer habe nämlich einen **obligationsähnlichen Charakter** (vgl. Prot. I 4158, abgedruckt in Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, Sachenrecht I, 764; Motive III, 397, 398, abgedruckt in Mugdan, Materialien, III, 221).

Anhaltspunkte dafür, dass mit der Einführung der **§§ 280, 281 BGB**, die an die Stelle von § 283 BGB a.F. getreten sind, ein Übergang vom Herausgabeanspruch nach § 985 BGB zum Schadensersatz mittels der Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nicht mehr möglich sein soll, finden sich in den Gesetzgebungsmaterialien nicht. Hiergegen spricht vielmehr, dass **mit der Einfügung von § 281 BGB die Gläubigerrechte gerade gestärkt** werden sollten; die bis dahin gültige Gesetzeslage wurde als unübersichtlich, umständlich und für den Gläubiger als zu ungünstig empfunden (vgl. etwa BT-Drs. 14/6040, 137 und 140 r. Sp.).“ (BGH aaO.)

### (2) Kein Zwangskauf

Allerdings führt dieser Ansatz dazu, dass der Schuldner der Herausgabe dem Gläubiger dann bei Vorliegen der Voraussetzungen Schadensersatz statt der Leistung schuldet, bevor noch der Herausgabeanspruch rechtskräftig festgestellt ist. Dies könnte auf eine Art Zwangskauf hinauslaufen.

„Der Schuldner wird **rechtlich nicht gezwungen, die Sache zu erwerben**. Gibt er sie nach einer – für einen Anspruch aus §§ 280, 281 BGB grundsätzlich erforderlichen – Fristsetzung nicht freiwillig heraus, läuft er allerdings Gefahr, dass der Gläubiger schon vor einer rechtskräftigen Entscheidung über den Anspruch aus § 985 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangt; er kann seine **Verpflichtung aus § 985 BGB dann nicht mehr durch die Herausgabe der Sache erfüllen**. Hierin, nicht dagegen in der dann gegebenen Möglichkeit, die Sache nach dem Rechtsgedanken von § 281 IV und V sowie § 255 BGB im Gegenzug zu Eigentum zu erwerben (vgl. dazu BeckOK BGB/Fritzsche, § 985 Rn. 30; Palandt/Bassenge, § 985 Rn. 14; Gruber/Lösche, NJW 2007, 2815 Fn. 40; Gebauer/Huber, ZGS 2005, 103 [106] sowie OLG Brandenburg, NJOZ 2013, 1253 für einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch), besteht im Vergleich zur früheren Rechtslage die **Verschlechterung der Rechtsstellung des Schuldners**.“ (BGH aaO.)

#### (a) Intendierte Rechtsfolge im Schuldrecht

„Für **schuldrechtliche Rückgewähransprüche** hat der Gesetzgeber diese **Folge** indessen **gesehen, sich aber dennoch dafür entschieden**, dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, **zum Schadensersatz überzugehen**, und zwar unabhängig davon, ob er das Interesse an der Rückgewähr der Sache verloren hat (vgl. BT-Drs. 14/6040, 138 f.). Sie entspricht zudem dem Ziel der Schuldrechtsmodernisierung, dem Gläubiger durch Streichung des § 283 BGB aF und Einfügung der §§ 280, 281 BGB eine **einfachere und kostengünstigere Möglichkeit** zu geben, **von der Leistungspflicht zum Schadensersatz überzugehen**.“ (BGH aaO.)

#### (b) Übertragung auf den dinglichen Herausgabeanspruch

„Auch bei einem dinglichen Herausgabeanspruch besteht hierfür ein praktisches Bedürfnis. Der **Eigentümer** hat gleichermaßen wie ein obligatorischer Herausgabegläubiger, insbesondere bei Ungewissheit über die Erfolgsaussichten der Vollstreckung des Herausgabeanspruchs, ein **Interesse an der Möglichkeit eines rechtssicheren Übergangs zum Schadensersatz** (vgl. Soergel/Benicke/Hellwig, § 281 Rn. 30; Riehm, 416 f.). Diesen könnte der Eigentümer andernfalls, von dem Tatbestand des § 992 BGB abgesehen, bei einer **bloßen Herausgabeverweigerung mit gleichzeitiger Unauffindbarkeit** der Sache für den Gerichtsvollzieher nicht verlangen. Bei fehlgeschlagener Vollstreckung des Herausgabebetitels bliebe ihm nur ein **neuer, nunmehr auf die §§ 989, 990 BGB gestützter (Schadensersatz)Prozess** (vgl. Soergel/Stadler, § 985 Rn. 18). Dies widerspräche den Vorstellungen



des Gesetzgebers. Danach soll der Gläubiger nach Setzung einer angemessenen Frist zur Erbringung der Leistung sicher sein, bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen Schadensersatz statt der Leistung verlangen zu können (vgl. BT-Drs. 14/7052, 183). Dieses für die Anspruchsdurchsetzung wichtige Instrument muss auch dem Vindikationsgläubiger zur Verfügung stehen; der **dingliche Gläubiger** ist bei seiner Rechtsverfolgung **nicht schlechter zu stellen als der schuldrechtliche** (vgl. BeckOK BGB/Fritzsche, § 985 Rn. 30; a.A. Staudinger/Gursky, § 985 Rn. 83). Überdies muss ihm – wie es bisher auch für § 283 BGB a.F. anerkannt war (vgl. hierzu BGHZ 53, 29 [32 ff.] = NJW 1970, 241; NJW 1999, 954 [955]; NJW-RR 2005, 1518) – möglich bleiben, seine **Klage auf Schadensersatz** gem. §§ 280 I und III, 281 BGB für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der von dem Gericht zur Erfüllung des Herausgabeanspruchs **gesetzten Frist** unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO **bereits zusammen mit der Herausgabeklage** zu erheben (§ 255 ZPO).“ (BGH aaO.)

### (3) Begrenzung der Anwendbarkeit

„Allerdings darf die Anwendung der §§ 280, 281 BGB auf den vindikatorischen Herausgabeanspruch nicht dazu führen, dass die **verschärften Haftungsvoraussetzungen der §§ 989, 990 BGB mit ihrer Privilegierung des gutgläubigen, unverklagten Besitzers unterlaufen** werden. Deren Wertungen sind vielmehr einschränkend zu berücksichtigen, so dass **Schadensersatz** gem. §§ 280 I und III, 281 BGB **nur im Fall der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs oder der Bösgläubigkeit des Besitzers** gewährt werden kann (so auch Palandt/Bassenge, § 985 Rn. 14; BeckOK BGB/Fritzsche, § 985 Rn. 30; Schulte-Nölke in HK-BGB, § 985 Rn. 6; Staudinger/Schwarze, § 281 Rn. B 5; BeckOK BGB/Unberath, § 281 Rn. 8; Palandt/Grüneberg, § 281 Rn. 4; Baur/Stürner, § 11 Rn. 42 und 45; Heinrichs, FS Derleder, 87 [93 f.]).“ (BGH aaO.)

## 2. Anwendung auf den Fall

Wie bereits geprüft, bestand eine Vindikationslage und die Bekl. war auch bösgläubig. Allerdings war der BGH der Auffassung, dass die bislang getroffenen Feststellungen nicht ausreichen, um einem Anspruch stattzugeben. Er hat das Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Er hat hierzu ergänzende Ausführungen zu den weiteren Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I und III, 281 BGB gemacht.

### a) Fristsetzung zur Nacherfüllung bzw. Entbehrlichkeit

Der Anspruch aus §§ 280 I und III, 281 BGB setzt voraus, dass die Kl. erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (§ 281 I BGB) oder eine Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich war (§ 281 II BGB). Eine Fristsetzung ist hier nicht erfolgt. ES könnte aber eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung erfolgt sein.

„An das Vorliegen einer **ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung** i.S.d. § 281 II BGB...sind strenge Anforderungen zu stellen. Eine Erfüllungsverweigerung ist **nicht schon deshalb endgültig**, weil der Schuldner seine **Leistungspflicht bestreitet**. Die Weigerung muss als das letzte Wort des Schuldners aufzufassen sein, so dass ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung umstimmen lässt (vgl. BGH, NJW 2006, 1195 [1197] = NZV 2006, 245; BGHZ 200, 133 [134] = NJW 2014, 1521). In der Revisionsbegründung verweist die Kl. hierzu auf ein Schreiben der Bekl. vom 04.11.2013, in dem diese die Weigerung der Herausgabe der Videosystemgeräte damit begründet, es sei **„weiterhin unklar und nicht erwiesen“**, dass die **Geräte der Kl. gehörten**. Ob diese Erklärung den Charakter einer endgültigen Erfüllungsverweigerung hat, hat das BerGer. im Rahmen der ihm obliegenden tatrichterlichen Würdigung zu prüfen.“ (BGH aaO.)

### b) Verschulden des Bekl.

Das für den Anspruch aus §§ 280 I und III, 281 BGB erforderliche Verschulden wird zwar vermutet (§ 280 I 2 BGB).

„Es kann aber fehlen, wenn die Bekl. sich in einer **nicht zu vertretenden Ungewissheit** darüber befunden hat, dass die **Kl. Eigentümerin der Videogerätesysteme** ist. Das hängt entscheidend davon ab, ob die Bekl. nach einer **mit verkehrsbüblicher Sorgfalt vorgenommenen Prüfung** (§ 276 I und II BGB) **begründete Zweifel** an der Eigentümerstellung der Kl. haben konnte.

Entsprechendes gilt für einen Anspruch aus §§ 990 II, 280 I und II, 286 BGB. Er kommt jedenfalls teilweise – nämlich in Höhe der Differenz zwischen dem objektiven Sachwert der Videogerätesysteme und dem nach dem Vortrag der Kl. erzielbaren Kaufpreis – in Betracht. Denn nach §§ 990 II, 280 I und II, 286 BGB ist derjenige Schaden zu ersetzen, der während und infolge des Verzugs entstanden ist. Dies schließt den Vorenthaltungsschaden und damit einen durch die verzögerte Herausgabe entgangenen Gewinn ein (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 1328 [1329 f.] = NZM 2005, 665; Staudinger/Gursky, § 990 Rn. 98; Soergel/Stadler, § 990 Rn. 27).“ (BGH aaO.)

BGB **Neuer Lauf der Verjährung für Bürgen** Schuldrecht BT  
§§ 197 I Nr. 3, 767 I, 768 II **Rechtskräftiges Urteil gegen Hauptschuldner**

(BGH in NJW 2016, 3158; Urteil vom 14.06.2016 – XI ZR 242/15)

Der Bürge verliert das Recht, sich gegenüber dem Gläubiger auf den Ablauf der ursprünglichen **Regelverjährung der Hauptforderung** zu berufen, wenn aufgrund eines gegen den Hauptschuldner ergangenen **rechtskräftigen Urteils** gegen diesen eine **neue 30-jährige Verjährungsfrist** in Lauf gesetzt wird und sich der Hauptschuldner erfolglos auf die Einrede der Verjährung berufen hatte.

**Fall:** Die Kl. nimmt den Bekl. aus zwei selbstschuldnerischen Höchstbetragsbürgschaften in Anspruch. Mit Verträgen vom 30.09.1992 und 23.03.1993 gewährte eine Rechtsvorgängerin der Kl. (im Folgenden: Kl.) der früheren Ehefrau des Bekl. S und Frau H (im Folgenden: Hauptschuldnerin) zwei grundschuldgesicherte Darlehen i.H.v. 650.000 DM und 850.000 DM für den Ankauf und die Sanierung einer Wohnanlage. In gleicher Höhe übernahm der Bekl. der Kl. gegenüber am 26.10.1992 und am 20.07.1993 zwei unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaften zur Sicherung aller Ansprüche aus der Geschäftsverbindung der Kl. zu den Darlehensnehmerinnen. Am 09.05.1995 wurde die frühere Ehefrau des Bekl. aus der Haftung für beide Darlehen entlassen. Mit Einwilligung des Bekl. vom 13.01.1997 wurde die Tilgung der Darlehen in der Zeit vom 10.01.1997 bis zum 31.12.1998 und ohne seine Zustimmung auch darüber hinaus ausgesetzt. Die Hauptschuldnerin unterzeichnete am 16.01.1997 zwei Fortsetzungsvereinbarungen unter den Geschäftsnummern der ursprünglichen Darlehensverträge. Nach Zahlungseinstellung durch die Hauptschuldnerin und Anordnung der Zwangsverwaltung über die Immobilie kündigte die Kl. am 29.06.2001 die Geschäftsverbindung zur Hauptschuldnerin und stellte die Hauptforderung i.H.v. 1.431.759,61 DM zzgl. Zinsen und Kosten fällig. Ab Februar 2002 verhandelte sie mit der Hauptschuldnerin über eine vergleichsweise Lösung. Am 04.06.2004 nahm sie den Bekl. aus den Bürgschaften in Anspruch. Am 13.10.2004 erhob sie Bürgschaftsklage, die dem Bekl. am 05.11.2004 zugestellt wurde. Am 19.06.2007 teilte die Kl. dem LG mit, dass die „langwierigen außergerichtlichen Verhandlungen“ zwischen den Beteiligten gescheitert seien. Am 02.03.2007 erwirkte sie die Anordnung der Zwangsversteigerung der Immobilie und am 27.12.2007 den Erlass eines Mahnbefehls gegen die Hauptschuldnerin.

Nach Überleitung in das streitige Verfahren ist die Hauptschuldnerin mit Urteil vom 13.03.2009 vom LG Frankfurt a. M. in dem Verfahren 2-20 O 152/08 rechtskräftig (20.07.2009) zur Zahlung von 714.010,84 € aus den streitgegenständlichen Darlehensverträgen an die Kl. verurteilt worden. Die Hauptschuldnerin hatte sich in diesem Verfahren auf die Verjährung des Zahlungsanspruchs berufen. Das LG Frankfurt a. M. hat ihren diesbezüglichen Vortrag jedoch für nicht hinreichend substantiiert erachtet. Von einer Berufung gegen das landgerichtliche Urteil hat die Hauptschuldnerin abgesehen. Der Bekl. hat verschiedene Einwendungen gegen die Bürgschaften und die Hauptforderung erhoben und sich unter anderem auf die Verjährung der Hauptforderung berufen. Zu Recht?

## I. Einreden des Bürgen, § 768 I BGB

Grundsätzlich kann der Bürge nicht nur eigene Einreden aus dem Bürgschaftsverhältnis geltend machen, sondern er kann nach § 768 I BGB auch die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden erheben, also auch die Einrede der Verjährung aus § 214 BGB. Dies setzt aber voraus, dass diese Einrede auch dem Hauptschuldner noch zusteht.

„**Verliert der Hauptschuldner eine Einrede** (etwa die Einrede der Stundung oder die der fehlenden Fälligkeit durch Zeitablauf), **verliert sie auch der Bürge** – mit Ausnahme der Fälle des § 768 II BGB (BGHZ 76, 222 [229] = NJW 1980, 1460; Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl., § 768 Rn. 6; MüKo-BGB/Habersack, 6. Aufl., § 768 Rn. 4; BeckOK BGB/Rohe, 1.5.2016, § 768 Rn. 6).“ (BGH aaO.)

### 1. Maßgeblicher Zeitpunkt

Für die Frage, ob dem Hauptschuldner eine Einrede i.S.d. § 768 I 1 BGB zusteht, kommt es auf den **Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung** an.

„Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des § 768 I 1 BGB („zustehenden Einreden“), zum anderen aus § 768 II BGB. Diese Vorschrift würde eines eigenständigen Regelungsgehalts entbehren, wenn es für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 768 I 1 BGB nur darauf ankäme, ob dem Hauptschuldner die Einrede ursprünglich zugestanden hat.“ (BGH aaO.)

### 2. Rechtskräftige Verurteilung des Hauptschuldner

Allerdings lag hier zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Rahmen der Klage gegen den Bürgen schon ein rechtskräftiges Urteil gegen die Hauptschuldnerin vor. Hierdurch könnte auch dem Bürgen die Berufung auf die Einrede der Verjährung entzogen sein.

„Zwar erwächst eine **Entscheidung über die Einreden einer Partei nicht in Rechtskraft** (vgl. BGHZ 117, 1 [3] = NJW 1992, 117; BGHZ 123, 137 [140] = NJW 1993, 2684; BGH, NJW 1995, 967 = WM 1995, 266 und NJW-RR 1999, 376 = WM 1999, 549 [550] = NJW 1999, 1259 Ls.; MüKo-ZPO/Gottwald, 4. Aufl., § 322 Rn. 108; Völzmann-Stickelbrock in Prütting/Gehrlein, ZPO, 8. Aufl., § 322 Rn. 33; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 74. Aufl., § 322 Rn. 19; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 37. Aufl., § 322 Rn. 30). Dennoch geht von einer solchen Entscheidung eine **präjudizielle Wirkung** insoweit aus, als für den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung **in dem zu Grunde liegenden Verfahren bindend festgestellt** ist, dass der betreffenden Partei die **Einrede nicht zusteht** (vgl. Völzmann-Stickelbrock in Prütting/Gehrlein, § 322 Rn. 33; Thomas/Putzo/Reichold, § 322 Rn. 30). Ließe man ein anderes Ergebnis zu, könnte die Entscheidung in einem Folgeprozess der Sache nach auf das kontradiktorische Gegenteil des im Vorprozess zuerkannten Anspruchs gestützt werden. Dies wäre jedoch mit der Rechtskraft des im Vorprozess ergangenen Urteils unvereinbar (BGH, NJW 2006, 63 = WM 2006, 1124 [1125 f.]; vgl. auch BGHZ 117, 1 [4 f.] = NJW 1992, 1172 und BGH, NJW-RR 1999, 376 = WM 1999, 549 [550] = NJW 1999, 1259 Ls.).

Dementsprechend hat vorliegend die **rechtskräftige Verurteilung der Hauptschuldnerin** zur Folge, dass dieser die **Einrede der Verjährung nicht mehr i.S.d. § 768 I 1 BGB „zusteht“** und sie daher auch der Bkl. als Bürge nicht mehr geltend machen kann (vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1988, 206 [207] [zu § 770 II BGB]; Staudinger/Horn, BGB, Neubearb. 2013, § 768 Rn. 26). Dass der Hauptschuldner nach seiner rechtskräftigen Verurteilung – außer im Fall des § 768 II BGB – dem Gläubiger nicht gem. § 768 I 1 BGB die Einrede der Verjährung entgegenhalten kann, hat der BGH bereits entschieden (BGHZ 76, 222 = NJW 1980, 1460).“ (BGH aaO.)

Nach der rechtskräftigen Verurteilung der Hauptschuldnerin zur Zahlung der verbürgten Schuld ist lediglich eine neue, hier noch nicht abgelaufene 30-jährige Verjährungsfrist von Gesetzes wegen gem. § 197 I Nr. 3 BGB angelaufen.

### 3. Kein Widerspruch gegen Akzessorietät der Bürgschaft

Allerdings könnte die akzessorische Natur der Bürgschaftsschuld dieser Auslegung entgegenstehen.

„Akzessorietät bedeutet die **Abhängigkeit eines Sicherungsrechts vom Bestand des gesicherten Rechts** (Erman/Herrmann, BGB, 14. Aufl., vor § 765 Rn. 3; Soergel/Gröschler, BGB, 13. Aufl., vor § 765 Rn. 12; Beckmann in Dauner-Lieb/Langen, BGB, 3. Aufl., vor §§ 765 ff. Rn. 6). Dementsprechend setzt die Bürgschaft eine bestehende Verbindlichkeit voraus (Mugdan, Materialien, II, 659; MüKo-BGB/Habersack, § 765 Rn. 61; Soergel/Gröschler, vor § 765 Rn. 12; Palandt/Sprau, § 765 Rn. 28; Brödermann in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 11. Aufl., vor §§ 765 ff. Rn. 10).

Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 767 I 1 BGB („**der jeweilige Bestand**“), der auf den materiell-rechtlichen Bestand der Hauptschuld Bezug nimmt, welcher durch die rechtskräftige Verurteilung des Hauptschuldners nicht beeinflusst wird (Soergel/Gröschler, § 765 Rn. 67). Sinn und Zweck der Übernahme der Bürgschaft ist, wie sich aus § 765 I BGB ergibt, die **Sicherung der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner**, wenn deren anderweitige Erfüllung unterbleibt (Mugdan, II, 659; MüKo-BGB/Habersack, § 765 Rn. 1; Palandt/Sprau, vor § 765 Rn. 2). Damit wäre es unvereinbar, wenn der Bürge für die Erfüllung der Forderung auch dann einzustehen hätte, wenn diese entweder nicht entstanden oder bereits erloschen wäre, denn dies liefe auf die Begründung einer neuen, nicht akzessorischen Forderung gegenüber dem Bürgen hinaus.

**Erlischt die Hauptverbindlichkeit** zum Beispiel durch Aufrechnung oder Erfüllung, **erlischt daher auch die Verpflichtung des Bürgen** (RGZ 122, 146 [148]; Soergel/Gröschler, § 767 Rn. 5; Erman/Herrmann, § 767 Rn. 3; Rohe in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 765 Rn. 132; Palandt/Sprau, § 765 Rn. 29). **Einreden** wie die der Verjährung **berühren** dagegen **nicht den Bestand der Hauptschuld**. § 768 I BGB enthält daher im engeren Sinne keine Regelung der Akzessorietät der Bürgschaft selbst, sondern eine **Regelung zur Erweiterung dieser Akzessorietät** (Soergel/Gröschler, § 768 Rn. 1; Palandt/Sprau, § 768 Rn. 1). Dementsprechend wird die Regelung in § 768 I 1 BGB auch als „Ausdehnung“ (Erman/Herrmann, § 768 Rn. 1), „weitere Ausprägung“ (MüKo - BGB/Habersack, § 768 Rn. 1), „Folge“ (Palandt/Sprau, § 768 Rn. 1), oder „Ausfluss“ (Soergel/Gröschler, § 768 Rn. 1) des Akzessorietätsgrundsatzes verstanden.

Welchen Inhalt, § 768 I 1 BGB hat, kann danach dem Akzessorietätsgrundsatz selbst nicht entnommen werden, obwohl dieser für den Gesetzgeber bei der Normierung des Bürgschaftsrechts maßgebend war (vgl. Mugdan, II, 661). Der Akzessorietätsgrundsatz lässt keinen sicheren Schluss darauf zu, ob es im Rahmen des § 768 I 1 BGB darauf ankommt, ob der Hauptschuldner nur nach dem materiellen Recht eine Einrede hat (**Gleichklang bei der materiellen Rechtslage**), oder darauf, ob er diese Einrede auch durchsetzen kann (**Gleichklang bei der Durchsetzbarkeit**). Die Literatur spricht insoweit davon, dass die Schuld des Bürgen eine von der Durchsetzbarkeit der Hauptschuld abhängige Schuld ist (Palandt/Sprau, vor § 765 Rn. 1; MüKo - BGB/Habersack, § 765 Rn. 61; Erman/Müller/Herrmann, vor § 765 Rn. 3; Brödermann in Prütting/Wegen/Weinreich, vor §§ 765 ff. Rn. 10).“ (BGH aaO.)

## II. Berufung auf § 768 II BGB analog

Nach § 786 II BGB Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet. Diese Vorschrift könnte analog dann anzuwenden sein, wenn der Hauptschuldner mangels Substantiierung des Verjährung verurteilt wird und dann von Rechtsmitteln keinen Gebrauch macht.

### 1. Analoge Anwendung auf jedes dem Verzicht entsprechende Prozessverhalten

„Zwar verliert der Bürge eine Einrede nicht dadurch, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet (§ 768 II BGB), was auch für die Verjährungseinrede unabhängig davon gilt, ob die Verjährung im Zeitpunkt des Verzichts bereits eingetreten war oder nicht (Senat, WM 2007, 2230 = BeckRS 2007, 18303 Rn. 18 = NZBau 2008, 62 Ls. und BGHZ 182, 76 = NJW-RR 2010, 975 Rn. 20). Ebenso trifft es zu, dass **§ 768 II BGB auf jedes Prozessverhalten des Hauptschuldners entsprechend anzuwenden** ist, das einem rechtsgeschäftlichen Verzicht gleichkommt, wie etwa auf das **Nichterheben der Verjährungseinrede** (BGHZ 76, 222 [230] = NJW 1980, 1460; Soergel/Gröschler, § 768 Rn. 14), die **Säumnis** (BGHZ 76, 222 = NJW 1980, 1460) oder ein **Anerkenntnis** (Senat, WM 2007, 2230 = BeckRS 2007, 18303 Rn. 18 = NZBau 2008, 62 Ls.).“ (BGH aaO.)

### 2. Keine Übertragbarkeit auf „schlechte Prozessführung“

„Damit ist es **in der Regel nicht vergleichbar**, wenn sich der Hauptschuldner im Prozess gegen den Gläubiger **auf die Einrede der Verjährung beruft** und er aufgrund einer streitigen Entscheidung **aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unterliegt**. Ein solches Prozessverhalten des Hauptschuldners steht einem Einredevorzicht i.S.v. § 768 II BGB grundsätzlich nicht gleich (Schneider, MDR 1980, 799 [800]; Geldmacher, NZM 2003, 502 [505]; Herrmann, Verjährung, Verjährungsbeginn und Regress bei Bürgschaft und Gesamtschuld, 2012, 141).

Zum einen fehlt es in solchen Fällen bereits an einer **Verfügung oder einem verfügungsgleichen Verhalten des Hauptschuldners über die Einrede** (vgl. Senat, BGHZ 182, 76 = NJW-RR 2010, 975 Rn. 22), denn der Hauptschuldner verliert die Möglichkeit, die Einrede geltend zu machen, aufgrund seiner rechtskräftigen Verurteilung. Zum anderen entfällt in diesem Fall die Durchsetzbarkeit der Verjährungseinrede gegen den erklärten Willen des Hauptschuldners, woran es im Fall eines Verzichts, einer Säumnis, des Nichterhebens der Verjährungseinrede oder eines Anerkenntnisses ersichtlich fehlt. Damit **fehlt es für eine analoge Anwendung des § 768 II BGB im Fall einer „schlechten Prozessführung“** durch den Hauptschuldner im Prozess mit dem Gläubiger auch an einer diesen Tatbeständen immanenten **vergleichbaren Interessenlage**. Nur dann, wenn die Verjährungseinrede erhoben wird und bewusst Vortrag unterdrückt wird, der zu ihrer Begründung erforderlich ist, könnte von einem verzichtsähnlichen Verhalten ausgegangen werden (vgl. Senat, BGHZ 182, 76 = NJW-RR 2010, 975 = ZfBR 2009, 774 Rn. 24 aE zu Scheinverhandlungen). Die von dem Bekl. pauschal behauptete „schlechte“ Prozessführung ist hingegen nicht geeignet, eine analoge Anwendung von § 768 II ZPO zu rechtfertigen.“ (BGH aaO.)

### 3. Keine Übertragbarkeit auf Nichteinlegung von Rechtsmitteln

„Auch der Umstand, dass die Hauptschuldnerin kein Rechtsmittel eingelegt hat, kann nur dann ein **mit einem Einredevorzicht vergleichbares Prozessverhalten** darstellen, wenn es wie ein Anerkenntnis oder ein Säumnis zu werten ist. Dazu hätte nach den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast, wonach jede Partei die ihr günstigen Tatsachen vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen hat (BGH, NJW-RR 2004, 989 = WM 2005, 571 [573] und NJOZ 2009, 3882), **dem Bekl. die Darlegung oblegen**, dass die Nichteinlegung eines Rechtsmittels vorliegend auf eine **verzichtsgleiche Motivation der Hauptschuldnerin** zurückzuführen war. An einer solchen Darlegung fehlt es.“ (BGH aaO.)

## III. Berufung auf § 242 BGB

Der Kl. könnte jedoch die Durchsetzung ihrer Forderung gegenüber dem Bekl. nicht nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB verwehrt sein, wenn die Kl. die „schlechten Prozessführung“ der Hauptschuldnerin durch ein vorwerfbares Verhalten veranlasst hat.

### 1. Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben

„Das in § 242 BGB verankerte Prinzip von Treu und Glauben bildet eine **allen Rechten immanente Inhaltsbegrenzung**. Welche Anforderungen sich daraus im Einzelfall ergeben, ob insbesondere die **Berufung auf eine erworbene Rechtsposition rechtsmissbräuchlich** erscheint, kann regelmäßig nur durch eine umfassende Bewertung der gesamten Fallumstände, die dem Tatrichter obliegt, entschieden werden (BGH, NJW-RR 2005, 619 [620]). Dabei ist zu beachten, dass nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung einer hierdurch erlangten Rechtsstellung führt. Treuwidriges Verhalten eines Vertragspartners kann zwar dazu führen, dass ihm die Ausübung eines ihm zustehenden Rechts zu versagen ist, wenn er sich dieses Recht gerade durch das treuwidrige Verhalten verschafft hat. Lässt sich ein solches **zielgerichtet treuwidriges Verhalten** nicht feststellen, so muss durch eine Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls entschieden werden, ob und wieweit einem Beteiligten die Ausübung einer Rechtsposition nach Treu und Glauben verwehrt sein soll (BGH, NJW 2010, 289 Rn. 21 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

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

Nach diesen Grundsätzen reicht der Umstand allein, dass die Hauptschuldnerin die Einrede der Verjährung nur in Folge ihrer „schlechten Prozessführung“ verloren nur aus, um dem Bürgen die Verjährungseinrede zu erhalten, wenn dem Gläubiger ein Fehlverhalten im Prozess gegen den Hauptschuldner zum Nachteil des Bürgen, etwa ein mit dem Hauptschuldner abgestimmtes Vorgehen, nachgewiesen werden kann.

*„Allein eine „schlechte Prozessführung“ des Hauptschuldners ohne Zutun des Gläubigers vermag diesem gegenüber das Verdikt einer unzulässigen Rechtsausübung nicht zu begründen, da dieser in der Regel keinen Einfluss auf das Prozessverhalten des Hauptschuldners nehmen kann.“ (BGH aaO.)*

Hier sind allerdings keine Umstände ersichtlich, die Anlass zur Prüfung eines solchen Fehlverhaltens des Kl. geben würden.

*„Der Senat teilt die von der Revision unter Verweis auf Habersack (MüKo-BGB/Habersack, § 768 Rn. 11) geäußerte Befürchtung, dass dem Bürgen in eindeutigen Fällen eine einmal begründete Verjährungseinrede durch die Verurteilung des Hauptschuldners genommen werden könnte, nicht. Ein solches Ergebnis des Bürgschaftsprozesses ist lediglich die **Folge der geltenden Rechtslage**. Es stellt nur die andere Seite der umfassenden Berechtigung des Bürgen aus § 768 I 1 BGB dar, neben den eigenen auch fremde Einreden erheben zu dürfen. Dass der Bürge das Risiko zu tragen hat, eine ursprünglich berechnete Verjährungseinrede wieder zu verlieren, **verletzt** auch **nicht** den **Grundsatz des Verbots der Fremddisposition**. Dieser schützt den Bürgen nur davor, dass seine Haftung über den bei Bürgschaftsübernahme überschaubaren Umfang hinaus zu seinen Lasten erweitert wird (Senat, WM 2007, 2230 = BeckRS 2007, 18303 Rn. 18 = NZBau 2008, 62 Ls.). Der Verlust einer ursprünglich gerechtfertigten Einrede durch die Gerichtsentscheidung im Prozess des Gläubigers gegen den Hauptschuldner erweitert die Haftung des Bürgen jedoch nicht über den bei Bürgschaftsübernahme für ihn überschaubaren, weil gesetzlich geregelten Umfang hinaus.“ (BGH aaO.)*

## **III. Ergebnis**

Der Bekl. haftet für die Verbindlichkeit als Bürge. Auf die Einrede der Verjährung kann er sich nicht berufen.

StGB  
§§ 261, 263

**Prostitutionsentgelt**  
**Vermögensbestandteil und Betrugsschaden**  
(BGH in NJW 2016, 2434; Urteil vom 02.02.2016 – 1 StR 435/15)

StR BT

1. Die von einer Prostituierten aufgrund einer vorherigen Vereinbarung erbrachten sexuellen Handlungen und die dadurch begründete **Forderung auf das vereinbarte Entgelt** (§ 1 S. 1 ProstG) gehören zum **strafrechtlich geschützten Vermögen**.
2. Für die Bestimmung der Höhe des Vermögensschadens bei § 263 StGB darf sich der Tatrichter zur Ermittlung des objektiven Werts der in die Saldierung einzustellenden Vermögensbestandteile regelmäßig auf die **Wertbestimmung anhand der Preisvereinbarung** durch die Parteien stützen; eine solche wird sich bei funktionierenden Märkten typischerweise als mit der anhand eines davon unabhängigen Marktwerts äquivalent erweisen.

**Fall:** Der Angekl. vereinbarte mit der Geschädigten, dass diese über mehrere Tage Dienste als „Domina“ zu einem Preis von 4.000 € für ihn leisten sollte. Die Geschädigte erbrachte die verabredeten Leistungen. Zu diesem Zweck hatte sie Räumlichkeiten in einem „Institut“ angemietet und dafür 2.000 € aufzuwenden. Der Angekl. nahm während des knapp zwei Tage dauernden Aufenthalts in dem „Institut“ außer den Diensten der Geschädigten auch die dortige Unterbringung und Verpflegung in Anspruch. Einen Tag vor Beginn der Leistungserbringung durch die Geschädigte hatte der Angekl. ihr einen auf einen Betrag von 4.000 € lautenden Verrechnungsscheck übergeben, dessen fehlende Deckung der Angekl. kannte. Durch die Übergabe spiegelte er ihr erfolgreich Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft vor. Mangels Deckung des Schecks hat die Geschädigte keinerlei Zahlungen erhalten. Ist der Angekl. wegen Betruges strafbar?

Der Angekl. könnte sich auch wegen Betrugs nach § 263 I StGB strafbar gemacht haben.

### I. Täuschungshandlung

Täuschung ist jede **Einwirkung des Täters auf das intellektuelle Vorstellungsbild** des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über Tatsachen zu erregen oder aufrecht zu erhalten. Hierbei muss der Täter den Irrtum durch Einwirkung auf die Vorstellung des Getäuschten hervorgerufen oder mit verursacht haben.

Der Angeklagte täuschte die Geschädigte darüber, dass er **von vornherein keine Gegenleistung für die Leistung** wollte.

Die Geschädigte müsste einem **Irrtum unterlegen** sein. Irrtum ist jede unrichtige, der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen. Hier irrte die Geschädigte über die Bereitschaft des Angekl., für die Leistung das vereinbarte Entgelt zu erbringen.

### II. Vermögensverfügung

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das eine Vermögensminderung unmittelbar herbeiführt (Selbstschädigungselement des Betruges).

*„Der Angekl. hat die Geschädigten vor allem durch das Begeben von vermeintlich gedeckten Schecks dazu veranlasst, die zuvor vertraglich eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen und so über ihr Vermögen zu verfügen.“* (BGH aaO.)

### III. Vermögensschaden

Die Geschädigte müsste auch einen Vermögensschaden erlitten haben.

#### 1. Begriff des Vermögensschadens

*„Ein solcher tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise **unmittelbar** zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen **Minderung des Gesamtwerts seines Vermögens** führt (Prinzip der Gesamtsaldierung; stRspr; s. BGHSt 60, 1 [9] = NStZ 2015, 89 Rn. 31; BGH, NJW 2014, 3170 = NStZ 2014, 640 Rn. 24; NStZ 2014, 318 [319]; NStZ 2013, 711; BGHSt 57, 95 [113] = NJW 2012, 1377 Rn. 75; BGHSt 53, 199 [201] = NJW 2009, 2390 = NStZ 2009, 330, jew. m.w.N.). Welche Vermögenspositionen im Einzelnen in die Gesamtsaldierung einzustellen sind, bestimmt sich auch danach, auf welches unmittelbar vermögensmindernde Verhalten des im Irrtum befindlichen Täuschungsopfers (Vermögensverfügung) abgestellt wird. Hat das Opfer die von ihm aufgrund eines gegenseitigen Vertrags übernommene **Verpflichtung erbracht**, bestimmt sich der Eintritt des Vermögensschadens und dessen Höhe danach,*

ob und in welchem Umfang die versprochene Gegenleistung erlangt wird (Erfüllungsschaden; vgl. BGHSt 60, 1 [9 f.] = NStZ 2015, 89 Rn. 31 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

## 2. Vermögensschaden bei Erbringung sexueller Leistungen

Problematisch ist hier, dass **Rechtsgeschäfte über die Erbringung sexueller Leistungen** gegen Entgelt nach wie vor wegen Verstoßes gegen die guten Sitten **gem. § 138 I StGB als nichtig** erachtet werden (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl., Anh. zu § 138 [§ 1 ProstitutionsG – ProstG]; s. auch BGH, NStZ 2015, 699 und NStZ 2011, 278).

„Allerdings bestimmt § 1 S. 1 ProstG – insoweit als **Ausnahmeregelung zu § 138 BGB** (MüKo-BGB/Armbrüster, 7. Aufl., Anh. zu § 138, ProstG, § 1 Rn. 9) –, dass eine **rechtswirksame Forderung einer Prostituierten** auf das für die sexuellen Leistungen vereinbarte Entgelt entsteht, wenn, wie vorliegend festgestellt, die **verabredete Leistung von ihr erbracht** worden ist (vgl. BGH, NStZ 2015, 699 und NStZ 2011, 278). Angesichts dieser gesetzgeberischen Wertung muss bereits den in Erfüllung eingegangener Verabredungen und in Erwartung des vereinbarten Entgelts erbrachten sexuellen Leistungen ein **betrugsstrafrechtlich relevanter wirtschaftlicher Wert** zugemessen werden. Zahlt der Freier, wie hier der Angekl., entsprechend der bereits bei Eingehen des Geschäfts bestehenden Willensrichtung das vereinbarte Entgelt nicht, fehlt es an einer Kompensation für die Leistungen.

Im Hinblick auf die durch § 1 S. 1 ProstG herbeigeführte Gesetzeslage bedarf es keiner Anfrage an den 2. und den 5. Strafsenat des BGH, ob diese an ihrer vor Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes ergangenen Rechtsprechung (BGHSt 4, 373 = NJW 1953, 1839 sowie BGH, NStZ 1987, 407) festhalten würden. An eigener entgegenstehender Rechtsprechung (BGH, Beschl. v. 20.12.1988 – 1 StR 654/88, BeckRS 1988, 04205) hielt der Senat wegen der durch § 1 S. 1 ProstG geschaffenen Rechtslage ebenfalls nicht fest.“ (BGH aaO.)

## 3. Höhe des Vermögensschadens

„War wie hier die verfügende Person zunächst durch Täuschung zu dem Abschluss eines Vertrags verleitet worden und erbringt **diese später die versprochene Leistung**, so bemisst sich die Höhe des Vermögensschadens nach deren vollem wirtschaftlichem Wert, wenn die Gegenleistung völlig ausbleibt (BGHSt 60, 1 [10] = NStZ 2015, 89 Rn. 31 am Ende m.w.N.).

„Im Rahmen der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB ist angesichts der **Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes** (Art. 103 II GG) vorgegeben, den Vermögensschaden vorrangig von einer **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** aus zu verstehen (BVerfGE 130, 1 [47, 48] = NJW 2012, 907 = NStZ 2012, 496). Unter Beachtung dessen nimmt die im Ausgangspunkt übereinstimmende Rechtsprechung des BGH die Bewertung des strafrechtlich geschützten Vermögens und dementsprechend des Vermögensschadens **nach objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten** vor (BGHSt 57, 95 [113, 114] = NJW 2012, 1377; BGHSt 60, 1 [10] = NStZ 2015, 89 Rn. 32 m.w.N.; s. auch BGH, Urt. v. 19.11.2015 – 4 StR 115/15, BeckRS 2015, 20306 Rn. 30 m.w.N.). **Einseitige subjektive Werteinschätzungen** durch den irrtumsbedingt Verfügenden sind für die Bestimmung des Werts des strafrechtlichen geschützten Vermögens und damit auch für die Bemessung des Vermögensschadens **ohne Bedeutung** (stRspr; s. nur BGHSt 16, 321 [325] = NJW 1962, 309; BGHSt 60, 1 [10 f.] = NStZ 2015, 89 Rn. 33 m.w.N.). Aus der nach objektiven wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorzunehmenden Schadensbestimmung folgt, den Wert der erbrachten Leistung und – soweit erfolgt – den der Gegenleistung **nach ihrem Verkehrs- bzw. Marktwert** zu bestimmen (BGHSt 57, 95 [115] = NJW 2012, 1377; BGHSt 60, 1 [10 f.] = NStZ 2015, 89 Rn. 33 m.w.N. und BGH, BeckRS 2015, 20306 Rn. 30 m.w.N.; s. auch BGH, NStZ 2010, 700 sowie Albrecht, NStZ 2014, 17 [20]; Wahl, Die Schadensbestimmung beim Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, 2007, 44).“ (BGH aaO.)

Fraglich ist jedoch, wie der wirtschaftliche Wert einer sexuellen Leistung zu bestimmen ist.

„Bezogen auf eine von ihm als Eingehungsbetrug gewertete Fallgestaltung hat der 5. Strafsenat des BGH ausgeführt, in Fällen, in denen der **Empfänger einer Sachleistung über seine Zahlungsbereitschaft getäuscht** habe, sei regelmäßig der von den Parteien ohne Willens- und Wissensmängel vereinbarte **Preis zur Grundlage der Schadensbestimmung** zu nehmen (BGHSt 58, 205 [209 f.] = NJW 2013, 1460 = NStZ 2013, 404 Rn. 19; s. allerdings auch BGH, NStZ-RR 2015, 374 = BeckRS 2015, 16201 Rn. 7). Bei dieser Betrachtung wird der Wert der erbrachten Leistung des verfügenden Täuschungsofers aufgrund einer vom 5. Strafsenat so bezeichneten „intersubjektiven Wertsetzung“ (BGHSt 58, 205 [210] = NJW 2013, 1460 = NStZ 2013, 404 Rn. 19) durch die **Höhe des privatautonom vereinbarten Entgelts** bestimmt.

Bei Übertragung dieses Maßstabs auf die hier vorliegenden Fälle vollständig ausgebliebener Gegenleistung des Täters wäre der für die Bestimmung des Schuldumfangs **maßgebliche Vermögensschaden identisch mit dem rechtsgeschäftlich ausgehandelten Preis**.

Dagegen ist verfassungsrechtlich und materiell-strafrechtlich für die vorliegenden Fallgestaltungen nichts zu erinnern. Jedenfalls bei Betrugstaten im Kontext von gegenseitigen Verträgen, die **Dienst- oder Sachleistungen eines existierenden Marktes** zum Gegenstand haben, wird sich der maßgebliche, in dem vorgenannten Sinne (Rn. 30) objektiv zu verstehende Verkehrs- oder Marktwert entweder **auf der Grundlage eines von der individuellen Parteivereinbarung unabhängigen Marktwerts** oder auf derjenigen der Wertbestimmung der Parteien mittels des zwischen diesen vereinbarten Preises festlegen lassen (zu Letzterem vgl. auch

BGH, NStZ 2010, 700). **Innerhalb bestehender und funktionierender Märkte** werden sich beide dem Trichter zur Verfügung stehenden Wege der Wertbestimmung der vom Täuschungsoffer erbrachten Leistung typischerweise als äquivalent erweisen (vgl. insoweit auch BGH, BeckRS 2015, 20306 Rn. 30). Sollte sich im Einzelfall, gemessen an einem von der Parteivereinbarung unabhängigen Marktwert, ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ergeben, kommt eine an dem vereinbarten Preis orientierte Bestimmung der Höhe des Vermögensschadens dagegen in aller Regel nicht in Betracht (s. bereits BGHSt 16, 220 [224] = NJW 1961, 1876; in der Sache auch BGHSt 58, 205 [210] = NJW 2013, 1460 = NStZ 2013, 404 Rn. 19 am Ende). Der im Ausgangspunkt wirtschaftlichen Betrachtungsweise könnte dann nicht mehr hinreichend Rechnung getragen werden.“ (BGH aaO.)

Vor diesem Hintergrund könnte hier von einem Vermögensschaden in Höhe von 4.000,00 € auszugehen sein. Die Geschädigte hat die verabredeten Leistungen sowohl in Gestalt der Anmietung der genutzten Räumlichkeiten in dem „Institut“ einschließlich der dort gewährten Verpflegung als auch in Form der verabredeten sexuellen Handlung erbracht. Eine Erfüllung seitens des Angekl. ist vollständig ausgeblieben.

„Dass das LG den damit für die Bestimmung der Höhe des Vermögensschadens allein maßgeblichen Wert der Leistungen der Geschädigten der Sache nach auf 4.000 € bestimmt hat, begegnet bei Anwendung der [oben] dargelegten Maßstäbe keinen Bedenken.

Für die Nutzung der Räumlichkeiten hat sich die Geschädigte ihrerseits zur Zahlung von 2.000 € verpflichtet. Unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse der Überlassung von Räumlichkeiten mit Verpflegung zur Erbringung spezieller sexueller Handlungen lässt sich insoweit ein **krasses Missverhältnis** zwischen den Leistungen des die Räumlichkeiten Überlassenden und dem von der Geschädigten geschuldeten Nutzungsentgelt **nicht erkennen**. Das Tatgericht durfte daher die volle Höhe des Nutzungsentgelts als eine den Wert der Leistung der Geschädigten bestimmende Komponente zu Grunde legen.

Ebenso ist es rechtlich unbedenklich, den Wert der über einen Zeitraum von knapp zwei Tagen erbrachten sexuellen Dienste auf der Grundlage der Parteivereinbarung festzulegen. Ein von der Parteivereinbarung **unabhängiger Marktwert** dürfte sich angesichts der durch die Urteilsfeststellungen nahe gelegten besonderen sexuellen Dienste über einen längeren Zeitraum ohnehin **nicht ohne Weiteres zu ermitteln** sein. Es erscheint fernliegend, dass sich etwa durch Hochrechnung von „marktüblichen“ Stundenpreisen für Domina-Dienste auf den Gesamtzeitraum der von der Geschädigten erbrachten Leistungen deren wirtschaftlicher Wert am Markt präziser bestimmen ließe als durch die Festlegung von der Parteivereinbarung her.“ (BGH aaO.)

#### IV. Ergebnis

Der Angekl. ist wegen Betrugs zum Nachteil der Geschädigten nach § 263 I StGB strafbar.



(BGH in NStZ-RR 2016, 272; Urteil vom 01.06.2016 – 1 StR 597/15)

1. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich berechtigt, das Abwehrmittel zu wählen, welches eine **endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet**. Der Angegriffene muss sich nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen, wenn deren Abwehrwirkung zweifelhaft ist; auf Risiken braucht er sich nicht einzulassen.
2. **Unter mehreren Verteidigungsmöglichkeiten** ist der Angegriffene zudem nur dann auf eine für den Angreifer **weniger gefährliche Alternative** zu verweisen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht.
3. In der Regel ist der Angegriffene bei einem **lebensgefährlichen Waffeneinsatz** gegen einen unbewaffneten Angreifer gehalten, den **Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen** oder einen weniger gefährlichen als den lebensbedrohenden Einsatz zu versuchen.
4. Das Notwehrrecht setzt **keine Güterproportionalität** voraus; eine Abwägung der Bedeutung des angegriffenen Rechtsguts mit dem verteidigten Rechtsgut ist danach im Allgemeinen nicht erforderlich. Nur wenn die Rechtsgutbeeinträchtigung durch die **Verteidigungshandlung gegenüber einem unerheblichen Angriff eindeutig unverhältnismäßig** ist, kann ein solches Missverhältnis angenommen werden, das zur Einschränkung des Notwehrrechts führt.
5. Wer durch ein **sozialethisch zu beanstandendes Vorverhalten** einen Angriff auf sich **schuldhaft provoziert** hat, auch wenn er ihn nicht in Rechnung gestellt haben sollte oder gar beabsichtigt hat, darf nicht bedenkenlos von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen und sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen. Er muss vielmehr dem Angriff nach Möglichkeit ausweichen und darf zur **Trutzwehr** mit einer lebensgefährlichen Waffe erst übergehen, nachdem er **alle Möglichkeiten zur Schutzwehr ausgenutzt** hat.

**Fall:** Der Angekl. und der später getötete Sch sind Brüder. Zwischen beiden kam es zeitlebens zu heftigen, immer wieder auch körperlich ausgetragenen Auseinandersetzungen, die nicht nur auf die unterschiedliche Lebensweise, sondern vor allem auch auf den besonderen Charakter Schs zurückzuführen waren. Er zeichnete sich durch zwei völlig entgegengesetzte Wesenszüge aus: Einerseits war er überaus gutmütig, hilfsbereit und großzügig, andererseits aber auch extrem reizbar, jähzornig und außerordentlich cholerisch. Aus dem nichtigsten Anlass heraus und für andere unvorhersehbar und überraschend konnte er binnen Sekunden „explodieren“ und vollständig die Kontrolle über sich selbst verlieren, was sich sowohl in äußerst verletzenden verbalen Angriffen als auch in körperlichen Übergriffen äußerte. Sch war dem Angekl. in körperlicher Hinsicht klar überlegen, sodass der Angekl. für Sch, wenn es zu einer tätlichen Auseinandersetzung kam, niemals ein ebenbürtiger Gegner war.

An Silvester 2014 begaben sich die beiden Brüder mit der Lebensgefährtin des Angekl., der Zeugin S, in eine Gaststätte, um dort den Jahreswechsel zu feiern. Nach einer verbalen Auseinandersetzung mit seinem Bruder zog sich der Angekl. gegen 0.30 Uhr verärgert in seine Wohnung zurück. Zuvor machte er zumindest gegenüber seiner Lebensgefährtin klar, dass er seinen Bruder in dieser Nacht nicht mehr sehen wolle. Gegen 1.30 Uhr begleitete Sch gleichwohl die Zeugin S in die Wohnung des Angekl. Auf das Erscheinen der beiden reagierte der Angekl. sichtlich verärgert. Daraufhin begann Sch völlig unvermittelt eine körperliche Auseinandersetzung, in deren Verlauf er dem Angekl. mindestens 20 massive Faustschläge gegen den Kopf versetzte. Nach dem die Zeugin S zunächst vergeblich versucht hatte, die beiden Brüder zu trennen, ließ Sch schließlich vom Angekl. ab und stand auf.

Um seinen Bruder aus dem Haus zu weisen, griff der Angekl. nach einem im Wohnzimmerregal direkt neben ihm aufbewahrten zweiteiligen Ziermesser. Er zog dieses Ziermesser auseinander, wodurch er nun in der einen Hand ein Messer mit einer Klingenslänge von 18 cm und in der anderen Hand ein solches mit einer Klingenslänge von 13,5 cm hielt. Mit den Messern in den erhobenen Händen forderte der Angekl. seinen Bruder mit äußerstem Nachdruck zum Verlassen der Wohnung auf. Sch, der sich inzwischen wieder beruhigt hatte, ging den Flur entlang in Richtung der Treppe, die ins Erdgeschoss und zum Ausgang führt. Der Angekl. folgte seinem Bruder mit einem gewissen Abstand, wobei er weiterhin die Messer in den Händen hielt, da er sichergehen wollte, dass sein Bruder auch tatsächlich das Haus verlässt.

Am oberen Treppenabsatz, an dem eine Tür in einen Abstellraum führt, drehte sich Sch noch einmal um. Als er seinen „kleinen Bruder“ mit den Messern hinter sich erblickte, geriet er erneut in Zorn und ging den Angekl. sogleich verbal massiv an. Dem Angekl. war klar, dass Sch nun nicht mehr bereit war, das Haus umgehend zu verlassen. Er sah sich einem erneuten Angriff seines Bruders gegenüber, da Sch ihm eindeutig zu verstehen gab, dass er sich auf keinen Fall gefallen lasse, vom Angekl. mit Messern aus dem Haus geworfen zu werden. In Erinnerung an

die massiven Schläge im Wohnzimmer stach der Angekl. nun mehr aus Angst um sein Leben und in der Absicht, sich zu verteidigen, dreimal von vorne auf den Oberkörper seines Bruders ein. Zwei Stiche, die zeitlich unmittelbar hintereinander in den Bereich der linken Achsel erfolgten, drangen in die Brusthöhle ein und verletzten jeweils den linken Lungenoberlappen. Ein weiterer Stich traf Sch in die rechte Hüfte. Sch bewegte sich nach den ersten drei Stichen in einer ersten Reaktion auf den Angekl. zu, welcher seinem Bruder weiterhin in Todesangst und wiederum von vorne einen vierten Stich in den Rücken nahe der linken Flanke versetzte, indem er um den Oberkörper des Bruders herumgriff. Der vierte Stich durchdrang den linken Lungenunterlappen, eröffnete den Herzbeutel und penetrierte sodann die linksseitige Herz hinterwand. Sch verstarb an den zugefügten Stichverletzungen im Abstellraum der Wohnung. Die auf Betreiben des Angekl. und der Zeugin S herbeigerufenen Rettungskräfte konnten nur noch seinen Tod feststellen. Im Tatzeitpunkt betrug die BAK beim Angekl. 1,86 %, bei seinem Bruder Sch 1,18 %. Ob der Angekl. nach den Stichen auf seinen Bruder seiner Lebensgefährtin überhaupt Schläge zufügte, konnte das LG nicht feststellen. Ist der Angekl. wegen Totschlags strafbar?

Der Angekl. hat den Sch. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung angegriffen, hierbei seinen Tod herbeigeführt und dies zumindest billigend in Kauf genommen. Der **objektive und subjektive Tatbestand** eines Totschlagsdelikts nach § 212 StGB liegen daher vor. Fraglich ist jedoch, ob der Angekl. rechtswidrig gehandelt hat. Grundsätzlich indiziert die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit des Handelns. Hier könnte der Angekl. allerdings **durch Notwehr nach § 32 StGB gerechtfertigt** sein.

## I. Notwehrlage

Der Angeklagte müsste sich in einer Notwehrlage befunden haben. Er müsste daher einem **gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff** ausgesetzt gewesen sein. Die fortdauernden Angriffe des Sch und dessen Rückkehr zu dem Angekl. unter Drohungen stellen eine Körperverletzung dar, die durch nichts gerechtfertigt ist, so dass von einem gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff ausgegangen werden kann. Eine Notwehrlage bestand folglich für den Angeklagten.

## II. Notwehrhandlung

Die Notwehrhandlung muss **erforderlich und geboten** gewesen sein.

### 1. Erforderlichkeit

Eine Notwehrhandlung ist erforderlich, wenn sie **geeignet** ist, den Angriff zu beenden und hierbei das **relativ mildeste Mittel** darstellt.

#### a) Geeignetheit

Die Verteidigungshandlung, hier das Zustecken mit dem Messer, muss geeignet gewesen sein, die Notwehrlage zu beenden, also den gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff des Sch. zu stoppen. Die Stiche des Angeklagten mit dem Messer waren insofern eine geeignete Verteidigung gegenüber der Körperverletzungshandlung des Nebenklägers.

#### b) Relativ mildestes Mittel

*„Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich berechtigt, das Abwehrmittel zu wählen, welches eine **endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet**. Der Angegriffene muss sich nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen, wenn deren Abwehrwirkung zweifelhaft ist; auf Risiken braucht er sich nicht einzulassen (vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., § 15 Rn. 43). Nur wenn **mehrere wirksame Mittel** zur Verfügung stehen, hat der Verteidigende dasjenige Mittel zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist. Wann eine weniger gefährliche Abwehrhandlung geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig zu beseitigen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. Senat, Urteil vom 05.10.1990 - 2 StR 347/90, NJW 1991, 503, 504). **Unter mehreren Verteidigungsmöglichkeiten** ist der Angegriffene zudem nur dann auf eine für den Angreifer **weniger gefährliche Alternative** zu verweisen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht (vgl. BGH, Urteil vom 30.06.2004 - 2 StR 82/04, BGHR StGB § 32 I Erforderlichkeit 17; Urteil vom 27.09.2012 - 4 StR 197/12, BGHR StGB § 32 Erforderlichkeit 20).*

*In der Regel ist der Angegriffene bei einem **lebensgefährlichen Waffeneinsatz** gegen einen unbewaffneten Angreifer gehalten, den **Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen** oder einen weniger gefährlichen als den lebensbedrohenden Einsatz zu versuchen (BGH, Urteil vom 21.03.1996 - 5 StR 432/95, BGHSt 42, 97, 100; Fischer, StGB, 63. Aufl., § 32 Rn. 33a). Dem hat der Angeklagte nach den Feststellungen des Landgerichts jedoch Rechnung getragen.*

Nach dem **Rechtbewährungsprinzip des Notwehrrechts** entfällt dieses Recht im Allgemeinen auch nicht wegen der Möglichkeit einer Flucht vor dem Angreifer (vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., § 32 II 2 c, S. 343; Schönke/Schröder/Perron, StGB, 29. Aufl., § 32 Rn. 40; Roxin aaO. § 15 Rn. 49).“ (BGH, Beschluss vom 12.04.2016 – 2 StR 523/15 in BeckRS 2016, 10329 = ZA 09/16, S. 11 ff.)

Dem Angekl. standen nach den bisherigen Feststellungen gleich geeignete mildere Mittel nicht zur Verfügung. Die Verteidigungshandlung war daher erforderlich.

### c) Gebotenheit

Die Messerstiche müssten jedoch als Verteidigungshandlung auch geboten gewesen sein. Eine Verteidigungshandlung ist geboten, wenn **kein krasses Missverhältnis** zwischen drohender Verletzung und dem verteidigten Rechtsgut besteht. Zudem darf das Notwehrrecht nicht ausnahmsweise beschränkt sein.

#### aa) Krasses Missverhältnis

Eine Notwehrhandlung ist dann nicht geboten, wenn ein **unerträgliches Missverhältnis zwischen Angriff und Verteidigung** (vgl. Fischer, aaO. § 32 Rn. 39; SSW/Rosenau, StGB, § 32 Rn. 34) besteht.

„Das Notwehrrecht setzt **keine Güterproportionalität** voraus; eine Abwägung der Bedeutung des angegriffenen Rechtsguts mit dem verteidigten Rechtsgut ist danach im Allgemeinen nicht erforderlich (vgl. Schönke/Schröder/Perron, aaO. § 32 Rn. 47). Nur wenn die Rechtsgutbeeinträchtigung durch die **Verteidigungshandlung gegenüber einem unerheblichen Angriff eindeutig unverhältnismäßig** ist, kann ein solches Missverhältnis angenommen werden, das zur Einschränkung des Notwehrrechts führt. (BGH, Beschluss vom 12.04.2016 – 2 StR 523/15 in BeckRS 2016, 10329 = ZA 09/16, S. 11.)

Von einem krassen Missverhältnis zwischen verteidigtem und verletztem Rechtsgut kann daher nicht ausgegangen werden.

#### bb) Einschränkung des Notwehrrechts aus sozialem Gründen

Fraglich ist jedoch, ob hier nicht aufgrund der Verwandtschaft zwischen dem Angekl. und Sch. von einer Einschränkung des Notwehrrechts ausgegangen werden muss.

„Nicht rechtswidrig handelt nur derjenige, der eine Tat begeht, die **durch Notwehr geboten** ist (§ 32 I StGB). Dabei erfordert das Merkmal der Gebotenheit im Einzelfall **sozialethisch begründete Einschränkungen** an sich erforderlicher Verteidigungshandlungen (vgl. BGH, Urt. v. 21.03.1996 – 5 StR 432/95 = BGHSt 42, 97 = NJW 1996, 2315 = NStZ 1996, 380). Die Verteidigung ist dann **nicht geboten**, wenn von dem Angegriffenen aus Rechtsgründen die **Hinnahme der Rechtsgutsverletzung** oder eine **eingeschränkte und risikoreichere Verteidigung zu verlangen** ist (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl., § 32 Rn 36).“ (BGH aaO.)

#### (1) Notwehrprovokation

Wer durch ein **sozialethisch zu beanstandendes Vorverhalten** einen Angriff auf sich **schuldhaft provoziert** hat, auch wenn er ihn nicht in Rechnung gestellt haben sollte oder gar beabsichtigt hat, darf nicht bedenkenlos von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen und sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen. Er muss vielmehr dem Angriff nach Möglichkeit ausweichen und darf zur **Trutzwehr** mit einer lebensgefährlichen Waffe erst übergehen, nachdem er **alle Möglichkeiten zur Schutzwehr ausgenutzt** hat; nur wenn sich ihm diese Möglichkeit verschließt, ist er zu entsprechend weitreichender Verteidigung befugt (vgl. BGH, Urt. v. 25.03.2014 – 1 StR 630/13 = NStZ 2014, 451 [452]).

„**Gegen einen unbewaffneten Gegner** kommt der Gebrauch einer **lebensgefährlichen Waffe** nur in Ausnahmefällen in Betracht; er darf nur das **letzte Mittel** zur Verteidigung sein (BGH, Urt. v. 25.03.2014 – 1 StR 630/13 = NStZ 2014, 451 [452]; vgl. auch BGH, Urt. v. 30.05.1996 – 4 StR 109/96 = NStZ-RR 1997, 65 m.w.N.; zur Rspr. zur Notwehrprovokation vgl. auch BGH, Urt. v. 19.12.2013 – 4 StR 347/13 Rn 28 = NStZ 2014, 147 m.w.N. und v. 21.03.1996 – 5 StR 432/95 = BGHSt 42, 97 [100 f.] = NJW 1996, 1763 = NStZ 1996, 448; zur Notwehreinschränkung bei Angriffsprovokation umfassend Fasten, Die Grenzen der Notwehr im Wandel der Zeit, 2011, S. 151 ff. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Hier war der Angekl. dem Sch. nach Beendigung der vorherigen Auseinandersetzung mit Messern in den Händen gefolgt, als sich Sch. schon auf dem Weg zum Ausgang befand.

„Hierin konnte – jedenfalls angesichts des Umstandes, dass von Sch zu diesem Zeitpunkt kein Angriff auf das Hausrecht mehr ausging – ein **sozialethisch zu beanstandendes Vorverhalten** liegen, das zu einer Einschränkung des Notwehrrechts führte. Es hätte deshalb ergänzender Feststellungen und Erörterungen bedurft, ob der Angekl. mit dem Verfolgen des Bruders mit Messern den **Anschein eines bevorstehenden, von ihm ausgehenden Angriffs erweckt** hatte und damit sein Notwehrrecht aus sozialethischen Gründen eingeschränkt war, sodass er hätte versuchen müssen, **dem** Angriff seines Bruders auszuweichen (vgl. BSG, Urt. v. 25.03.1999 – B 9 VG 1/98 R = BSGE 84, 54 = NJW 1999, 2300).“ (BGH aaO.)

## (2) Persönliches Näheverhältnis

Aber auch der Umstand, dass es sich bei dem Angekl. und Sch. um Brüder, also nahe Verwandte handelte, könnte zu einer sozialethischen Einschränkung des notwehrrechts führen.

„Bei einer solchen engen familiären und persönlichen Beziehung, wie sie hier zwischen den beiden Brüdern bestand, dürfen **lebensgefährliche Verteidigungsmittel nicht ohne Weiteres angewendet** werden, wenn der Angreifer unbewaffnet ist (vgl. BGH, Urt. v. 25.03.2014 – 1 StR 630/13 = NStZ 2014, 451 [452] m.w.N.) und **statt einer Trutzwehr auch eine Schutzwehr möglich** ist (vgl. Erb, in: MüKo-StGB, 2. Aufl., § 32 Rn 219; vgl. auch BGH, Urt. v. 26.02.1969 – 3 StR 322/68 = NJW 1969, 802).“ (BGH aaO.)

## III. Ergebnis

Der Freispruch kann daher insoweit keinen Bestand haben.

„Die Sache bedarf daher insoweit neuer Verhandlung und Entscheidung.“ (BGH aaO.)

(OVG Koblenz in NJW 2016, 2820; Beschluss vom 21.04.2016 – 7 A 11108/14.OVG)

1. Die **bundespolizeilichen Kontrollbefugnisse** in Zügen nach § 22 I a BPolG haben in erster Linie generalpräventive Funktion.
2. Der **räumliche Geltungsbereich** des § 22 I a BPolG ist **nicht auf grenzüberfahrende Züge** beschränkt.
3. Die Kontrollbefugnisse nach § 22 I a BPolG enthalten keinen strukturell angelegten Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 III 1 GG.
4. Ein **Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot** aus Art. 3 III 1 GG liegt nicht erst vor, wenn die Ungleichbehandlung ausschließlich oder ausschlaggebend an eines der dort genannten Merkmale anknüpft, sondern bereits dann, **wenn bei einem Motivbündel ein unzulässiges Differenzierungsmerkmal** ein tragendes Kriterium unter mehreren gewesen ist.
5. Eine **verdachtsunabhängige Kontrolle** nach § 22 I a BPolG in Anknüpfung an die **Hautfarbe** ist unzulässig.
6. Wird bei Kontrollen nach § 22 I a BPolG an Stelle einer „Jedermann-Kontrolle“ eine **Vorauswahl der zu kontrollierenden Personen** getroffen, weil bei diesen eine zwar unspezifische, aber gesteigerte Nähe zum Normzweck angenommen wird, setzt eine solche zielgerichtete Auswahl eine **schlüssige, die Auswahlentscheidung tragende Begründung** voraus.
7. Erst wenn die für eine zielgerichtete Auswahl gegebene **Begründung sich als nicht belastbar bzw. nicht nachvollziehbar** erweist, trägt die Bundespolizei letztlich die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass keine gegen Art. 3 III 1 GG verstoßende Auswahlentscheidung getroffen wurde.

**Fall:** Die Kl. sind deutsche Staatsangehörige und haben dunkle Hautfarbe. Sie fuhren am 25.01.2014 mit ihren beiden Kindern in der von Mainz nach Koblenz verkehrenden Regionalbahn „trans regio MRB 25326“. Nachdem drei Polizeibeamte der Bundespolizeiinspektion Kaiserslautern am Hauptbahnhof B. in den Zug eingestiegen und zunächst – bis zur Abfahrt des Zugs – im Eingangsbereich stehengeblieben waren, begannen sie bei der Abfahrt um ca. 12.17 Uhr mit der Bestreifung des Zugs. Die Kl., die sich untereinander und mit ihren Kindern in englischer Sprache unterhielten, wurden aufgefordert, ihre Ausweise vorzulegen, wobei die Beteiligten unterschiedliche Angaben dazu machen, ob, in welchem Umfang und in welcher Sprache zuvor eine Befragung der Kl. erfolgt ist. Die Kl. kamen der Aufforderung nach und zeigten Bundespersonalausweise vor. Ein Polizeibeamter telefonierte sodann und gab die Personalien zum Datenabgleich weiter. Nach Abschluss der ca. vierminütigen Kontrolle der Kl. wurden in diesem Zug keine weiteren Maßnahmen durchgeführt, da die Polizeibeamten den Zug wenige Minuten nach der Kontrolle der Kl. am Bahnhof N. verließen.

Die Kl. haben Klage erhoben mit dem Ziel, festzustellen, dass die Maßnahmen rechtswidrig gewesen sind. Wird die Klage Erfolg haben?

## I. Zulässigkeit der Klage

### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, soweit keine abdrängende Sonderzuweisung eingreift. Da hier nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist die Streitigkeit jedenfalls nichtverfassungsrechtlich. Sie ist öffentlich-rechtlich wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Hier werden **präventive Personenkontrollen nach dem BPolG** durchgeführt, welches Träger öffentlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet. Die streitentscheidenden Normen sind daher öffentlich-rechtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

## 2. Statthafte Klageart

„Hinsichtlich der statthafte Klageart ist zwischen den einzelnen Maßnahmen zu unterscheiden. Während in Bezug auf das als Verwaltungsakt zu **qualifizierende Ausweisverlangen** nach dessen Erledigung die **Fortsetzungsfeststellungsklage** (§ 113 I 4 VwGO) statthaft ist, handelt es sich bei dem **Datenabgleich** um einen **Realakt**, der im Wege der **Feststellungsklage** (§ 43 VwGO) zur gerichtlichen Prüfung gestellt werden kann.“ (OVG Koblenz aaO.)

## 3. Feststellungsinteresse

### a) Notwendigkeit eines besonderen Feststellungsinteresses wegen vergangener Maßnahmen

„Für beide Klagearten ist aufgrund der **Erledigung des Verwaltungsakts** (Ausweisverlangen) bzw. des **in der Vergangenheit liegenden Rechtsverhältnisses** (Datenabgleich) ein **besonderes Feststellungsinteresse** erforderlich.“

Die inhaltlichen Anforderungen an ein berechtigtes, über die Erledigung des Verwaltungsakts oder die Beendigung des Rechtsverhältnisses hinausgehendes Feststellungsinteresse unterscheiden sich insoweit nicht (vgl. BVerwG, NJW 1997, 2534; Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 43 Rn. 25). Aus diesem Grund kann es auch dahinstehen, ob der nach Angabe der Bekl. zu Beginn der Maßnahme erfolgten **Befragung** der Kl. Regelungscharakter und damit **Verwaltungsaktqualität** beizumessen war oder ob es sich lediglich um einen **Realakt im Sinne eines Ersuchens** um freiwillige Auskunft handelte (zur Differenzierung vgl. Rachor in Lisken/Denninger, HdB des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, E Rn. 209 f.).“ (OVG Koblenz, aaO.)

### b) Vorliegen eines besonderen Feststellungsinteresses

Ein solches Interesse kann **rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller** Natur sein.

„Entscheidend ist, dass die gerichtliche Entscheidung geeignet ist, die **Position der Kl. in den genannten Bereichen zu verbessern** (vgl. BVerwGE 146, 303 = NVwZ 2013, 1481 Rn. 20 m.w.N. zur Fortsetzungsfeststellungsklage). Das berechtigte Feststellungsinteresse geht in all diesen Fällen über das bloße Interesse an der Klärung der Rechtswidrigkeit der Verfügung hinaus.“ (OVG Koblenz aaO.)

Hier könnten die Kl. einen Anspruch auf gerichtliche Entscheidung auf der Grundlage der Garantie des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) haben.

„Art. 19 IV 1 GG garantiert den Rechtsweg nicht nur bei aktuell anhaltenden, sondern grundsätzlich auch bei Rechtsverletzungen, die in der Vergangenheit erfolgt sind, allerdings unter dem Vorbehalt eines darauf bezogenen Rechtsschutzbedürfnisses (vgl. BVerfGE 104, 220 [232 f.] = NJW 2002, 2456). Dies umfasst die Möglichkeit einer **gerichtlichen Überprüfung auch in Erledigungsfällen**, in denen die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem **typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt**, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann (vgl. BVerfGE 104, 220 [233 f.] = NJW 2002, 2456; stRspr; auch BVerwGE 146, 303 = NVwZ 2013, 1481 Rn. 32).

Vorliegend kann es dahinstehen, ob neben der typischerweise kurzfristigen Erledigung auch ein „**gewichtiger Eingriff**“ für ein auf Art. 19 IV 1 GG gestütztes berechtigtes Feststellungsinteresse erforderlich ist (vgl. BVerfGE 110, 77 = NJW 2004, 2510) oder ob es auf die Intensität des erledigten Eingriffs und den Rang der betroffenen Rechte nicht ankommt (vgl. BVerwGE 146, 303 = NVwZ 2013, 1481). In Bezug auf die Befragung, das Ausweisverlangen und den Datenabgleich selbst handelt es sich zwar um **geringfügige und kurze Eingriffe** (dazu unten II 2 b cc [2] [a]). Allerdings begründet der klägerseits geltend gemachte **Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 III 1 GG** vorliegend die Möglichkeit eines gewichtigen Eingriffs.“ (OVG Koblenz aaO.)

Die Klage ist zulässig.

## II. Begründetheit der Klagen

Die Klagen sind begründet, wenn die beanstandeten Maßnahmen rechtswidrig sind.

### 1. Befragung und Kontrolle der Ausweispapiere

#### a) Ermächtigungsgrundlage

Die Befragung der Kl. und die Kontrolle ihrer Ausweispapiere werden auf § 22 I a BPolG gestützt.

„§ 22 I a BPolG ... ist **weder verfassungsrechtlich noch europarechtlich zu beanstanden**.“ (OVG Koblenz aaO.)

**b) Formelle Rechtswidrigkeit**

Bedenken hinsichtlich des Vorliegens der formellen Eingriffsvoraussetzungen bestehen nicht.

**c) Materielle Rechtswidrigkeit**

Fraglich ist allerdings, ob die materiellen Voraussetzungen des § 22 I a BPolG für die durchgeführte Befragung und die darauf folgende Ausweiskontrolle vorliegen.

Nach § 22 I a BPolG kann die Bundespolizei zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das Bundesgebiet in Zügen und auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes, soweit aufgrund von Lageerkenntnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung anzunehmen ist, dass diese **zur unerlaubten Einreise genutzt** werden, sowie in einer dem Luftverkehr dienenden Anlage oder Einrichtung eines Verkehrsflughafens mit grenzüberschreitendem Verkehr **jede Person** kurzzeitig anhalten, befragen und verlangen, dass mitgeführte Ausweispapiere oder Grenzübertrittspapiere zur Prüfung ausgehändigt werden, sowie mitgeführte Sachen in Augenschein nehmen.

**aa) Räumlicher Geltungsbereich**

Der räumliche Geltungsbereich des § 22 I a BPolG könnte auf grenzfahrende Züge beschränkt sein.

*„§ 22 I a BPolG erlaubt die dort genannten Maßnahmen unter anderem in Zügen und auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes, soweit aufgrund von Lageerkenntnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung anzunehmen ist, dass diese zur unerlaubten Einreise genutzt werden. Der Gesetzeswortlaut „zur unerlaubten Einreise genutzt werden“ beschränkt dabei den räumlichen Anwendungsbereich der Norm nicht auf Züge, die selbst die Grenze überfahren, sondern **erfasst vielmehr insgesamt (Bahn-)Strecken**, die – gestützt auf Lageerkenntnisse oder grenzpolizeiliche Erfahrung – zur unerlaubten Einreise genutzt werden. Eine Anknüpfung allein oder vordringlich an den tatsächlichen physischen Grenzübertritt wird dem Inhalt der Norm nicht gerecht. [wird ausgeführt] (OVG Koblenz aaO.)*

**bb) Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage****(1) Vereinbarkeit mit Diskriminierungsverbot (Art. 3 III GG)**

Nach § 22 I a BPolG kann die Bundespolizei „jede Person“, die an den dort näher bezeichneten und eingegrenzten Orten angetroffen wird, kurzzeitig anhalten, befragen und verlangen, dass mitgeführte Ausweispapiere oder Grenzübertrittspapiere zur Prüfung ausgehändigt werden.

*„Auch wenn der Normzweck, die Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise, das Handlungsziel vorgibt, muss also die **Person**, an die sich die Maßnahmen nach § 22 I a BPolG richtet, **nicht selbst in Verdacht stehen**, unerlaubt einreisen zu wollen, unerlaubt eingereist zu sein oder sich an einer unerlaubten Einreise beteiligen zu wollen oder beteiligt zu haben (vgl. Drewes in Drewes/Malmberg/Walter, § 22 Rn. 22; Hoppe/Peilert in Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 22 Rn. 36 f.; Wehr, § 22 Rn. 12). Aus § 20 II BPolG ergibt sich, dass die Maßnahmen eben **nicht allein gegen Verantwortliche** oder – unter den in § 20 I BPolG genannten Voraussetzungen – gegen Nicht-Verantwortliche ergriffen werden dürfen. Bei § 22 I a BPolG handelt es sich um einen Verdachtsgewinnungs- bzw. Informationseingriff (vgl. Hoppe/Peilert in Heesen/Hönle/Peilert/Martens, § 22 Rn. 36; Rachor in Lischen/Denninger, E Rn. 367 [allg. zu anlasslosen Personenkontrollen]). Bereits diese Regulationsstruktur verdeutlicht, dass **kein normativer Eingriff in das Diskriminierungsverbot** aus Art. 3 III 1 GG besteht.*

*Sollen nach § 22 I a BPolG zielgerichtet Maßnahmen gegenüber Personen ergriffen werden, die – ohne einen Gefahrenverdacht hervorzurufen – eine gesteigerte Nähe zum Normzweck aufweisen, ist es naheliegend, dass Ausschau nach nicht deutschen Staatsangehörigen gehalten wird. Eine (**faktische**) **Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit** und damit eine Sonderbehandlung von Ausländern wird indes von **keinem der speziellen Diskriminierungsverbote nach Art. 3 III 1 GG erfasst**, sondern (lediglich) vom allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG (BVerfGE 51, 1 [30] = NJW 1979, 2295; BVerfGE 90, 27 [37] = NJW 1994, 1147 und BVerfGE 130, 240 [255] = NJW 2012, 1711 Rn. 46; Jarassin Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 126; Leibholz/Rinck/Hesselberger in Leibholz/Rinck, GG, Stand 1/2016, Art. 3 Rn. 4011; BeckOK GG/Kischel, 3/2016, Art. 3 Rn. 132). An dessen Rechtfertigung sind allerdings strenge Anforderungen zu stellen, da die Ungleichbehandlung einerseits an ein **personengebundenes Merkmal** anknüpft und andererseits eine gewisse **Nähe zu***

den besonderen Diskriminierungsverboten des Art. 3 III 1 GG aufweist (vgl. hierzu BVerfGE 88, 87 [96] = BeckRS 1993, 08376; BVerfGE 124, 199 [220] = NJW 2010, 1439 Rn. 87 und BVerfGE 130, 240 [255] = NJW 2012, 1711 Rn. 42; a.A. BeckOK GG/Kischel, Art. 3 Rn. 132). Die sachliche **Rechtfertigung** für eine Sonderbehandlung von Ausländern folgt hier unter Berücksichtigung des Normzwecks daraus, dass die **zu verhindernde oder zu unterbindende unerlaubte Einreise** nach den §§ 13, 14 AufenthG **aus Rechtsgründen nur durch Ausländer** erfolgen kann und die Bekämpfung illegaler Migration mit ihren Begleiterscheinungen dem Schutz gewichtiger öffentlicher Interessen (vgl. hierzu BT-Drs. 16/4665, 6) dient.“ (OVG Koblenz aaO.)

## (2) Bestimmtheit und Normenklarheit

„§ 22 I a BPolG wahrt auch unter Einbeziehung des hier zu Grunde gelegten räumlichen Anwendungsbereichs die verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Normenklarheit und Normenbestimmtheit. [wird ausgeführt]“ (OVG Koblenz aaO.)

## (3) Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert, dass das Gesetz einem legitimen Zweck dient, hierzu geeignet und erforderlich ist und dass es zwischen der Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung und der Bedeutung des legitimen Zwecks einen angemessenen Ausgleich schafft.

### (a) Legitimer Zweck

„Die Norm selbst benennt als Zweck die **Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise**. Über den Wortlaut hinausgehendes (legitimes) Ziel ist es auch, der Begehung von **Straftaten im Zusammenhang mit der unerlaubten Einreise** – insbesondere auch begünstigt durch banden- und/oder gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern – entgegenzutreten (vgl. Drewes in Derwes/Malmberg/Walter, § 22 Rn. 18).“ (OVG Koblenz aaO.)

Damit dienen die Regelungen in § 22 I a BPolG einem legitimen Ziel.

### (b) Geeignetheit

Die Maßnahmen müssten auch geeignet sein.

Ein Gesetz bereits geeignet, wenn die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung besteht, die zugelassenen Maßnahmen also nicht von vornherein untauglich sind, sondern dem gewünschten Erfolg förderlich sein können (vgl. nur BVerfGE 100, 313 [373] = NJW 2000, 55). Dies ist hier der Fall.

### (c) Erforderlichkeit

Hieran fehlt es nur, wenn ein anderes, gleich wirksames, aber die Grundrechte eindeutig weniger stark einschränkendes Mittel zur Verfügung steht (vgl. nur BVerfGE 100, 313 [375] = NJW 2000, 55).

„Als milderes Mittel scheiden **Maßnahmen mit einer geringeren Streubreite** aus, weil durch eine erhöhte Eingriffsschwelle zwar ein kleinerer Adressatenkreis betroffen wäre, jedoch die **generalpräventive Wirkung** des § 22 I a BPolG gerade auch auf stichprobenartigen Kontrollen eines weiten Adressatenkreises beruht (vgl. auch SächsVerfGH, Urt. v. 10.07.2003 – Vf.43-II-00, BeckRS 2003, 12595 zur Schleierfahndung). Hinzu kommt, dass unter den europarechtlichen Rahmenbedingungen, die **systematische Kontrollen an Schengen-Binnengrenzen ausschließen** (vgl. Art. 20, 21 Schengener Grenzkodex), ein geeigneter Kontrollraum zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise durch Stichproben nach nicht zu beanstandender Einschätzung des Gesetzgebers nicht auf das unmittelbare Grenzgebiet beschränkt werden soll (vgl. BayVerfGH, NVwZ 2003, 1375 = NJW 2004, 1313 Ls.).“ (OVG Koblenz aaO.)

Die gesetzliche Regelung ist auch erforderlich.

### (d) Angemessenheit

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass die Einbußen an grundrechtlich geschützter Freiheit nicht in unangemessenem Verhältnis zu den legitimen Gemeinwohlzwecken stehen, denen die Grundrechtsbeschränkung dient.



„Ausgehend von der – wie dargelegt – **geringen Eingriffsintensität** der Maßnahmen nach § 22 I a BPolG ist die **niedrige Eingriffsschwelle** und die **damit verbundene Streubreite** der Maßnahmen unschädlich. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Maßnahmen als Element des Grenzschutzes dem **Schutz bedeutsamer Güter dienen, deren Verletzung strafbewehrt ist**, wobei nicht allein die unerlaubte Einreise selbst (§ 95 I Nr. 3 AufenthG), sondern auch die teilweise mit einer Strafindrohung von bis zu zehn Jahren versehene Schleuserkriminalität (§ 96 AufenthG) als Begleiterscheinung der unerlaubten Einreise einzubeziehen ist (vgl. auch BayVerfGH, NVwZ 2003, 1375 = NJW 2004, 1313 Ls.). Hinzu kommt, dass der Schutz der genannten Güter gerade auch durch die **generalpräventive Wirkung der damit auf eine gewisse Streubreite angelegten Maßnahmen** erreicht wird. Des Weiteren sind die Befugnisse nach § 22 I a BPolG hinsichtlich der herangezogenen Person zwar **anlasslos**; durch die **räumliche Beschränkung des Anwendungsbereichs** auf Züge und Bahnhöfe, bei denen aufgrund von Lageerkennnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung die Annahme besteht, dass diese **zur unerlaubten Einreise genutzt** werden, oder auf Flughäfen mit grenzüberschreitendem Verkehr werden jedoch nur Personen betroffen, die – örtlich betrachtet – in einer gewissen Nähebeziehung zu den mit § 22 I a BPolG verfolgten Gemeinwohlzwecken stehen. Bei einer abwägenden Gegenüberstellung der geringfügigen Grundrechtsbeeinträchtigung und des damit verfolgten präventiven Gefahrenschutzes ist die Vorschrift nicht zu beanstanden.“ (OVG Koblenz aaO.)

### cc) Europarechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

„Die Art. 20 und 21 Schengener Grenzkodex stehen der Anwendung des § 22 I a BPolG nicht entgegen. Bei den Maßnahmen nach § 22 I a BPolG handelt es sich – da sie **nicht an der Grenze oder bei Grenzübertritt** erfolgen – um **Kontrollen innerhalb des Hoheitsgebiets** nach Art. 21 Schengener Grenzkodex (vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2010:363 = BeckRS 2010, 23023 Rn. 68 – Melki und Abdeli u.a.; EuGH, ECLI:EU:C:2012:508 = BeckEuRS 2012, 681757 Rn. 55 f. – Adil), die unter Berücksichtigung der Rechtsüberstellung des EuGH nach Art. 21 Buchst. a Schengener Grenzkodex zulässig sind.“ (OVG Koblenz aaO.)

§ 22 I a BPolG ist somit mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar.

### dd) Rechtswidrigkeit der Einzelmaßnahme

Aber auch die Anwendung des § 22 I 1 BPolG im Einzelfall muss rechtmäßig erfolgt sein.

#### (1) Vorliegen der Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Es kann davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen für die entsprechenden Maßnahmen nach Lageerkennnissen oder der grenzpolizeilichen Erfahrung vorliegen.

#### (2) Ermessen

Allerdings steht das Ergreifen der Maßnahmen im Ermessen der Behörde. Hier könnte allerdings schon allein in einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 III GG ein Ermessenfehler zu sehen sein.

#### (a) Gewährleistungsgehalt des Art. 3 III GG

Nach Art. 3 III 1 GG darf niemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.

„Art. 3 III GG konkretisiert – ebenso wie Absatz 2 – den allgemeinen Gleichheitssatz und setzt damit der dort eingeräumten **Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers feste Grenzen** (vgl. BVerfGE 21, 329 [343] = NJW 1967, 1851; BVerfGE 85, 191 [206] = NJW 1992, 964; BVerfGE 121, 241 [254] = NVwZ 2008, 987 Rn. 48 = NJW 2008, 3121 Ls.; stRspr). Die in Absatz 3 genannten **Merkmale** dürfen **nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung** herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 III GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (vgl. nur BVerfGE 85, 191 [206] = NJW 1992, 964; BVerfGE 121, 241 [254] = NVwZ 2008, 987 Rn. 48 = NJW 2008, 3121 Ls.; stRspr).

Mithin handelt es sich **nicht erst um einen Eingriff in Art. 3 III 1 GG**, wenn die Ungleichbehandlung ausschließlich oder ausschlaggebend **an eines der dort genannten Merkmale anknüpft** (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 27.03.2014 – 7 A 10993/13, BeckRS 2014, 51003: „allein aufgrund der Hautfarbe“; OVG Koblenz in der mündlichen Verhandlung in dem für erledigt erklärten Verfahren 7 A 10532/12, Pressemit. 30/2012 v. 30.10.2012: „ausschlaggebendes Kriterium“; zum Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK vgl. auch EGMR, Entsch. v. 13.12.2005 – 55762/00 Rn. 58 – Timishev/Russland u.a.: „exclusively or to a decisive extent“ [abrufbar unter [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)]; EGMR, NVwZ 2008, 533 [534] Rn. 176 – D. H. u.a./Tschechien: „ausschließlich oder wesentlich“), sondern bereits dann, wenn **bei einem Motivbündel** ein unzulässiges Differenzierungsmerkmal ein **tragendes Kriterium** unter mehreren gewesen ist. Eine verdachtsunabhängige Kontrolle nach § 22 I a BPolG in Anknüpfung an die Hautfarbe ist unzulässig.“ (OVG Koblenz aaO.)

### (b) Eingriff in Art. 3 III 1 GG

„Nach diesen Maßstäben liegt ein Eingriff in Art. 3 III 1 GG vor, da der Senat nach Durchführung der Beweisaufnahme nicht die hinreichende Überzeugung gewinnen konnte, dass die **Hautfarbe** der Kl., die von dem Merkmal der Rasse in Art. 3 III 1 GG erfasst wird (vgl. nur Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 122), für ihre Kontrolle **nicht doch mitentscheidend** gewesen ist. Dies geht in der vorliegenden zur Entscheidung stehenden Konstellation zu Lasten der Bekl.[wird ausgeführt]“ (OVG Koblenz aaO.)

### (c) Eingriffsrechtfertigung

Dieser Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein.

#### (aa) Beschränkbarkeit des Art. 3 III GG

„Da Art. 3 III GG **keinen Gesetzesvorbehalt** aufweist, ist grundsätzlich allein eine Rechtfertigung durch **kollidierendes Verfassungsrecht** möglich (vgl. BVerfGE 92, 91 [109] = NJW 1995, 1733; BVerfG, NJW 2004, 1095 = NSiZ 2004, 274). Hier kommt in Anlehnung an den Normzweck des § 22 I a BPolG als Einschränkung die **Verhinderung und Unterbindung unerlaubter Einreise** in Betracht, die dem **Schutz bedeutsamer Güter** dient, deren Verletzung strafbewehrt ist, wobei nicht allein die unerlaubte Einreise selbst (§ 95 I Nr. 3 AufenthG), sondern auch die teilweise mit einer Strafandrohung von bis zu zehn Jahren versehene Schleuserkriminalität (§ 96 AufenthG) als Begleiterscheinung der unerlaubten Einreise einzubeziehen ist (vgl. auch BayVerfGH, NVwZ 2003, 1375 = NJW 2004, 1313 Ls.).“ (OVG Koblenz aaO.)

#### (bb) Grenzen der Beschränkbarkeit

„Eine **an die Rasse anknüpfende Auswahlientcheidung** bei einer Kontrolle nach § 22 I a BPolG ist allerdings unverhältnismäßig. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die Einbußen an grundrechtlich geschützter Freiheit **nicht in unangemessenem Verhältnis zu den legitimen Gemeinwohlzwecken** stehen, denen die Grundrechtsbeschränkung dient. Dabei steht dem Eingriff in Art. 3 III 1 GG, mithin eine grundsätzlich unzulässige Anknüpfung an ein besonders geschütztes Differenzierungskriterium, bezogen auf den Normzweck eine Erfolgsquote von (gerundet) lediglich 0,3 % (2013), 1,1 % (2014) und 4,4 % (2015) gegenüber, die sich nochmals auf unter 1 ‰ (2013 und 2014) verringert, wenn man die Kontrollen an Flughäfen außer Acht lässt (vgl. dazu BT-Drs. 18/4149, 4 [zu 2013 und 2014] und BT-Drs. 18/8037, 5 [zu 2015]). In diesem Zusammenhang kann auch die **generalpräventive Wirkung** nicht berücksichtigt werden, weil diese gerade auch **ohne eine zielgerichtete Vorauswahl der zu kontrollierenden Personen erreicht** wird. Mithin ist die Verhältnismäßigkeit einer diskriminierenden Vorauswahl allein an den sich daraus konkret folgenden „Treffern“ im Sinne des Normzwecks zu messen. Dies zu Grunde gelegt lässt sich nicht feststellen, dass der Befugnis nach § 22 I a BPolG eine so große Bedeutung zum Schutz der genannten öffentlichen Belange zukommt, dass sie ausnahmsweise die Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse rechtfertigen könnte.“ (OVG Koblenz aaO.)

## II. Datenabgleich

Grundlage für den Datenabgleich war § 34 I 2 BPolG.

„Der im Anschluss an das Ausweisverlangen telefonisch durchgeführte Abgleich der Personalien der Kl. mit dem Fahndungsbestand nach § 34 I 2 BPolG war folglich ebenfalls rechtswidrig. Die Norm ermächtigt nicht zur Datenerhebung, sondern setzt eine rechtmäßige Datenerhebung voraus (vgl. Drewes in Drewes/Malmberg/Walter, § 34 Rn. 12), an der es hier – wie dargelegt – fehlte.“ (OVG Koblenz aaO.)

SOG Nds  
§ 18 I Nr. 2a

## Präventive Ingewahrsamnahme Verhinderung von Straftaten

POR

(BVerfG in NVwZ 2016, 1079; Beschluss vom 18.04.2016 – 2 BvR 1833/12 u. 2 BvR 1945/12)

1. Die EMRK hat den Rang eines Bundesgesetzes und steht damit unter dem Grundgesetz. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts aber als **Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten** und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.
2. Präventive Freiheitsentziehungen sind nur zulässig, wenn der **Schutz hochwertiger Rechtsgüter** dies unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert.
3. Geht es bei der präventiven Freiheitsentziehung um die Verpflichtung, keine Straftat zu begehen, muss diese **Straftat** – dem Zweck des Art. 5 I EMRK, den Einzelnen vor willkürlicher Freiheitsentziehung zu schützen, entsprechend – **bereits hinreichend bestimmt** sein und der Betroffene muss sich **unwillig gezeigt haben, sie zu unterlassen**.

**Fall:** Während eines Castortransports traf die Polizei am 26.11.2011 gegen 11.32 Uhr auf dem Gleisbett in der Nähe des niedersächsischen Ortes Dannenberg eine Gruppe von 30 Personen beim Entfernen von Schottersteinen aus dem Gleisbett (sog „Schottern“) an. 14 Personen, darunter die Bf., wurden von der Polizei einer Identitätsfeststellung unterzogen, festgenommen und in die Gefangenensammelstelle verbracht. Am frühen Morgen des 27.11.2011 ordnete das AG – nach Anhörung der Bf. – jeweils die Ingewahrsamnahme bis zum Eintreffen des Castortransports im Verladebahnhof Dannenberg an (§ 18 I Nr. 2a NdsSOG). Am 28.11.2011 um 3.47 Uhr, nachdem der Castortransport den Verladebahnhof Dannenberg erreicht hatte, wurden die Bf. aus dem Gewahrsam entlassen.

Die von den Bf. zum LG erhobenen Beschwerden gegen die amtsgerichtlichen Beschlüsse blieben erfolglos. Mit ihren Verfassungsbeschwerden wandten sich die Bf. gegen die Beschlüsse des AG und des LG und rügten im Wesentlichen die Verletzung ihres Rechts auf Freiheit der Person (Art. 2 II 2 i.V.m. Art. 104 I, II GG). Mit Erfolg?

Soweit die Bf. zu I. und der Bf. zu II. die amtsgerichtlichen Beschlüsse angreifen, sind die Verfassungsbeschwerden unzulässig. Das BeschwGer. hat jeweils in vollem Umfang über den Prozessgegenstand entschieden. Damit sind die vorhergehenden Beschlüsse des AG prozessual überholt (vgl. BVerfGK 10, 134 [138] = BeckRS 2006, 18575). Zu prüfen sind daher nur die landgerichtlichen Beschlüsse.

### I. Schutzbereich des Art. 2 II 2 GG

Nach Art. 2 II 2 GG ist die Freiheit der Person unverletzlich. Da es sich um Jedermannsrecht handelt, können sich auch die Bf. hierauf berufen und der persönliche Schutzbereich ist eröffnet. Es müsste auch der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. In seinem sachlichen Schutzbereich schützt Art. 2 II 2 GG vor jedem Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit. Diese ist hier jedoch durch die Ingewahrsamnahme betroffen, so dass auch der sachliche Schutzbereich eröffnet ist.

### II. Eingriff in den Schutzbereich

Nach dem geltenden modernen Eingriffsbegriff liegt ein Eingriff vor bei jedem dem Staats zurechenbaren Verhalten, dass die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmöglich macht oder erschwert. Bei einer Ingewahrsamnahme ist die Ausübung der körperlichen Bewegungsfreiheit erheblich begrenzt, so dass ein Eingriff vorliegt.

### III. Rechtfertigung des Eingriffs

Der Eingriff könnte gerechtfertigt sein. Dies setzt jedoch voraus, dass das Grundrecht der Freiheit der Person überhaupt beschränkbar ist und - sollte dies der Fall sein - die Grenzen der Beschränkbarkeit eingehalten wurden.

#### 1. Beschränkbarkeit des Art. 2 II 2 GG

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Schutzbereich des Art. 2 II 2 GG überhaupt beschränkbar ist. Grundsätzlich gilt für Art. 2 II 2 GG der einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 2 II 3 GG. Dieser wird jedoch ergänzt durch Art. 104 GG.

„Gemäß Art. 2 II 3 und Art. 104 I 1 GG darf in die Freiheit der Person nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen eingegriffen werden. Die formellen Gewährleistungen des Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie in unlösbarem Zusammenhang (vgl. BVerfGE 105, 239 [247] = NJW 2002, 3161 m.w.N. = NVwZ 2002, 1370 Ls.).“ (BVerfG aaO.)

### a) Förmlichkeit der Rechtsgrundlage

Art. 104 I GG sieht vor, dass eine Freiheitsbeschränkung auf jeden Fall in einem förmlichen Gesetz vorgesehen sein muss. Hier erfolgt die Ingewahrsamnahme auf der Grundlage des § 18 SOG Nds als eines förmlichen Gesetzes.

### b) Qualifizierter Gesetzesvorbehalt für Freiheitsziehung

Allerdings wird der einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 2 II 3 GG im Fall einer Freiheitsentziehung zu einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt, der noch weitere Anforderungen an die Tauglichkeit der Rechtsgrundlage zur Grundrechtseinschränkung stellt.

#### aa) Vorliegen einer Freiheitsentziehung

Daher ist zunächst zu klären, ob hier die Grenze zur Annahme einer Freiheitsentziehung nach Art. 104 II GG schon erreicht ist.

Freiheitsentziehungen sind alle der öffentlichen Gewalt zurechenbaren Maßnahmen, die unmittelbar die körperliche Bewegungsfreiheit gegen oder ohne den Willen der Person für eine gewisse Mindestdauer durch besondere Sicherungen allseitig bzw. auf einen engen Raum beschränken. Dies ist hier ohne weiteres der Fall.

#### bb) Erfüllung der Voraussetzungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts

Es handelt sich daher um eine Freiheitsentziehung und der qualifizierte Gesetzesvorbehalt des Art. 104 II GG gilt. Demnach muss das die Freiheitsentziehung zulassende Gesetz das Erfordernis einer richterlichen Entscheidung vorsehen und darf der Polizei ohne richterliche Entscheidung eine Freiheitsentziehung allenfalls bis zum Ende des darauf-folgenden Tages gestatten. Diese Regelungen sind in §§ 18 ff. SOG Nds enthalten. Die Ermächtigungsgrundlage genügt daher den Anforderungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts in Art. 104 II GG und stelle eine taugliche Rechtsgrundlage für die Einschränkung des Art. 2 II 2 GG dar.

## 2. Grenzen der Beschränkbarkeit

Allerdings ist damit eine Begrenzung der Freiheit der Person nicht konturenlos möglich.

„[Die] verfassungsrechtliche Grundentscheidung kennzeichnet das Freiheitsrecht als ein **besonders hohes Rechtsgut**, das **nur aus besonders gewichtigem Grund angetastet** werden darf (vgl. BVerfGE 45, 187 [223] = NJW 1977, 1525; BVerfGE 105, 239 [247] = NJW 2002, 3161 = NVwZ 2002, 1370 Ls.; BVerfGE 109, 133 [157] = NJW 2004, 739 = NVwZ 2004, 851 Ls.; BVerfGE 128, 326 [372] = NJW 2011, 1931). Die Einschränkung dieser Freiheit ist **stets der strengen Prüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu unterziehen. Dies gilt in besonderem Maße für präventive Eingriffe, die nicht dem Schuldausgleich dienen. Sie sind nur zulässig, wenn der **Schutz hochwertiger Rechtsgüter** dies unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert (vgl. BVerfGE 128, 326 [372 f.] = NJW 2011, 1931). Dem Freiheitsanspruch des Betroffenen ist das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit entgegenzuhalten; beide sind im Einzelfall abzuwägen (vgl. BVerfGE 109, 133 [157] = NJW 2004, 739 = NVwZ 2004, 851 Ls.; BVerfGE 128, 326 [373] = NJW 2011, 1931).“ (BVerfG aaO.)

### a) Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage in §§ 18 ff. SOG Nds bestehen keine Bedenken.

### b) Verfassungsmäßigkeit der Einzelmaßnahme

#### aa) besondere verfassungsrechtliche Verfahrensanforderungen

„Für den schwersten Eingriff in das Recht auf Freiheit der Person, die Freiheitsentziehung, fügt Art. 104 II GG dem Vorbehalt des Gesetzes den weiteren, verfahrensrechtlichen **Vorbehalt einer richterlichen Entscheidung** hinzu, der nicht zur Disposition des Gesetzgebers steht (vgl. BVerfGE 10, 302 [323] = NJW 1960, 811 = NJW 1960, 1388 Ls.). Die Freiheitsentziehung verlangt danach

**grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung.** Eine nachträgliche richterliche Entscheidung, deren Zulässigkeit in Ausnahmefällen Art. 104 II GG voraussetzt, genügt nur, **wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht erreichbar wäre, sofern der Festnahme die richterliche Entscheidung vorausgehen müsste.** Art. 104 II 2 GG fordert dann, die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen.

„Unverzüglich“ ist dahin auszulegen, dass die richterliche Entscheidung **ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt**, nachgeholt werden muss. Nicht vermeidbar sind zum Beispiel die Verzögerungen, die durch die Länge des Weges, Schwierigkeiten beim Transport, die notwendige Registrierung und Protokollierung, ein renitentes Verhalten des Festgenommenen oder vergleichbare Umstände bedingt sind (vgl. BVerfGE 105, 239 [248 f.] = NJW 2002, 3161 m.w.N. = NVwZ 2002, 1370 Ls.).“ (BVerfG aaO.)

Eine solche richterliche Entscheidung wurde hier jedoch nachträglich eingeholt.

„Die nachträgliche richterliche Anordnung der Ingewahrsamnahme genügt dem Gebot der Unverzüglichkeit aus Art. 104 II 2 GG. Das LG hat den zeitlichen Ablauf von der Ingewahrsamnahme bis zur Vorführung zur richterlichen Anhörung aufgeklärt und Verzögerungen jeweils in Anerkennung des verfassungsrechtlichen Maßstabs für sachlich gerechtfertigt gehalten.“ (BVerfG aaO.)

## bb) Vereinbarkeit mit Art. 5 EMRK

Fraglich ist jedoch, ob eine präventive Ingewahrsamnahme mit Art. 5 EMRK zu vereinbaren ist.

### (1) Bedeutung der EMRK für innerdeutsches Recht

„**Innerhalb der deutschen Rechtsordnung** stehen die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle – soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind – **im Range eines Bundesgesetzes** und damit **unter dem Grundgesetz** (vgl. BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427; BVerfGE 82, 106 [120] = NJW 1990, 2741; BVerfGE 111, 307 [317] = NJW 2004, 3407 = NVwZ 2005, 77 Ls.). Die **Gewährleistungen der Konvention beeinflussen** aber – dies ist Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 111, 307 [316 f.] = NJW 2004, 3407 = NVwZ 2005, 77 Ls.) – auch die **Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes**. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als **Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten** und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt (vgl. BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427; BVerfGE 83, 119 [128] = NJW 1991, 1043; BVerfGE 111, 307 [317] = NJW 2004, 3407 = NVwZ 2005, 77 Ls.).“ (BVerfG aaO.)

### (2) Relevanz von Art. 5 EMRK für präventive Freiheitsentziehungen

Nach Art. 5 I 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Vorschrift schützt den Einzelnen vor willkürlicher Freiheitsentziehung (vgl. EGMR, 15598/08, NVwZ 2014, 43 = BeckRS 2013, 16896 Nr. 94 – Ostendorf v. Deutschland).

„Art. 5 I 2 a bis f EMRK enthält eine **abschließende Aufzählung zulässiger Gründe einer Freiheitsentziehung** (vgl. EGMR, 7367/76, NJW 1984, 544 Nr. 96 – Guzzardi v. Italien; EGMR, 13229/03, NVwZ 2009, 375 = BeckRS 2009, 03620 Nr. 43 – Saadi v. Vereinigtes Königreich). Zur Rechtfertigung des **präventiven Gewahrsams zur Verhinderung einer Straftat** kommt nach der Rechtsprechung des EGMR nicht Art. 5 I 2 c EMRK in Betracht, sondern **Art. 5 I 2 b EMRK** (vgl. EGMR, 77909/01, NVwZ 2006, 797 = BeckRS 2006, 05229 Nr. 35 ff. – Epple v. Deutschland; EGMR, 8080/08, 8577/08, NVwZ 2012, 1089 = BeckRS 2012, 15842 Nr. 71 ff. – Schwabe u.a. v. Deutschland; EGMR, 15598/08, NVwZ 2014, 43 = BeckRS 2013, 16896 Nr. 68 – Ostendorf v. Deutschland).“ (BVerfG aaO.)

Nach Art. 5 I 2 b Fall 2 EMRK ist die Freiheitsentziehung zulässig zur **„Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung“**.

„Die Bestimmung erfasst die Fälle, in denen es gesetzlich zulässig ist, einer Person die Freiheit zu entziehen, um sie dazu zu zwingen, eine ihr **obliegende spezifische und konkrete Verpflichtung zu erfüllen**, der sie bisher nicht nachgekommen ist (vgl. EGMR, Entsch. v. 08.06.1976 – 5100/71 Nr. 69 – Engel v. Niederlande; EGMR, 7367/76, NJW 1984, 544 Nr. 101 – Guzzardi v. Italien; EGMR, Entsch. v. 22.02.1989 – 11152/84 Nr. 36 – Ciulla v. Italien; EGMR, 77909/01, NVwZ 2006, 797 = BeckRS 2006, 05229 Nr. 37 – Epple v. Deutschland; EGMR, 8080/08, 8577/08, NVwZ 2012, 1089 = BeckRS 2012, 15842 Nr. 73 – Schwabe u.a. v. Deutschland; EGMR, 15598/08, NVwZ 2014, 43 = BeckRS 2013, 16896 Nr. 69 – Ostendorf v. Deutschland). **Nicht ausreichend** ist die **allgemeine Verpflichtung, sich an Gesetze zu**

**halten** (vgl. EGMR, Entsch. v. 08.06.1976 – 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 Nr. 69 – Engel u.a. v. Niederlande; EGMR, 8080/08, 8577/08, NVwZ 2012, 1089 = BeckRS 2012, 15842 Nr. 73 – Schwabe u.a. v. Deutschland). Geht es um die Verpflichtung, keine Straftat zu begehen, muss diese **Straftat** – dem Zweck des Art. 5 I EMRK, den Einzelnen vor willkürlicher Freiheitsentziehung zu schützen, entsprechend – **bereits hinreichend bestimmt** sein und der Betroffene muss sich **unwillig gezeigt haben, sie zu unterlassen** (vgl. EGMR, 8080/08, 8577/08, NVwZ 2012, 1089 = BeckRS 2012, 15842 Nr. 82 – Schwabe u.a. v. Deutschland; EGMR, 15598/08, NVwZ 2014, 43 = BeckRS 2013, 16896 Nr. 94 – Ostendorf v. Deutschland). Nach der Entscheidung Ostendorf v. Deutschland ist diesen Anforderungen genügt, **wenn Ort und Zeit der bevorstehenden Tatbegehung sowie das potenzielle Opfer hinreichend konkretisiert** sind und der Betroffene, nachdem er auf die konkret zu unterlassende Handlung hingewiesen worden ist, eindeutige und aktive Schritte unternommen hat, die darauf hindeuten, dass er der konkretisierten Verpflichtung nicht nachkommen wird (vgl. EGMR, 15598/08, NVwZ 2014, 43 = BeckRS 2013, 16896 Nr. 93 f. – Ostendorf v. Deutschland).“ (BVerfG aaO.)

### cc) Vorliegen der Voraussetzungen für die präventive Ingewahrsamnahme

Im vorliegenden Fall wäre die angeordnete Ingewahrsamnahme dann unerlässlich gewesen, um die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in aller nächster Zeit bevorstehende Begehung einer Straftat nach §§ 316 b I, 315 I, 25 II StGB zu verhindern.

„Die Einschätzung des LG, die angeordnete Ingewahrsamnahme der Bf. zu I. und des Bf. zu II. sei unerlässlich gewesen, weil es fernliegend sei, dass die Betroffenen schon durch die Festnahme als solche und die sich daran anschließende Behandlung so beeindruckt gewesen wären, dass sie sich bei sofortiger Freilassung von ihrem zuvor gefassten Plan, den Castortransport durch „Schotter-Aktionen“ zu stören oder zu verhindern, Abstand genommen hätten, wird der zur Rechtfertigung präventiver Freiheitsentziehungen nach Art. 2 II 2 GG gebotenen strikten Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesichts der festgestellten Gesamtumstände jedenfalls noch gerecht.“ (BVerfG aaO.)

Diese Wertung ist auch mit den Vorgaben der EMRK zu vereinbaren.

„Insbesondere dienten [die Ingewahrsamnahmen] **nicht der Durchsetzung der allgemeinen Pflicht**, sich an Gesetze zu halten, sondern der spezifischen und konkreten Verpflichtung, während der Dauer des Castortransports keine weiteren Straftaten nach §§ 316 b I, 315 I, 25 II StGB zu begehen. Durch die unmittelbar vorangegangenen Aktionen hatten die Bf. zu I. und der Bf. zu II. auch bereits eindeutige und aktive Schritte unternommen, die zeigten, dass sie nicht gewillt waren, dieser Verpflichtung nachzukommen. In dieser Situation gebot der von Art. 5 EMRK bezweckte **Schutz vor willkürlicher Freiheitsentziehung** nicht, die Bf. vor der Ingewahrsamnahme noch einmal ausdrücklich auf die zu erfüllende Verpflichtung hinzuweisen und die etwaige Nichtbefolgung abzuwarten.“ (BVerfG aaO.)

## Kurzauslese I

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

BGB  
§ 254 II 1

**Schadensminderungspflicht**  
**Anmietung eines Ersatzfahrzeuges**

DeliktsR

(BGH in MDR 2016, 881; Urteil vom 26.04.2016 – VI ZR 563/15)

Die Frage, ob der vom Geschädigten gewählte **Mietwagentarif erforderlich** war i.S.d. § 249 II 1 BGB, kann ausnahmsweise offen bleiben, wenn feststeht, dass dem Geschädigten ein **günstigerer Tarif in der konkreten Situation** „ohne weiteres“ **zugänglich** gewesen wäre, so dass ihm eine kostengünstigere Anmietung unter dem Blickwinkel der ihm gem. § 254 II 1 BGB obliegenden Schadensminderungspflicht zugemutet werden konnte.

In diesem Zusammenhang kann auch das Angebot des **Haftpflichtversicherers** an den Geschädigten, ihm eine günstige Anmietmöglichkeit zu vermitteln, beachtlich sein.

BGB  
§§ 683 S. 1, 859 I u. III

**Geschäftsführung ohne Auftrag**  
**Ersatz von Abschleppkosten**

SR BT

(BGH in NJW 2016, 2407, Urteil vom 11.03.2016 – V ZR 102/15)

Wird ein Fahrzeug, das unbefugt auf einem Privatgrundstück **in verbotener Eigenmacht abgestellt** wird, im Auftrag des Grundstücksbesitzers im Wege der berechtigten Selbsthilfe entfernt, entspricht dies dem **objektiven Interesse** und dem **mutmaßlichen Willen** des Fahrzeughalters. Er ist deshalb nach den Grundsätzen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag zum **Ersatz der für die Entfernung erforderlichen Aufwendungen** verpflichtet.

**Fall:** Der auf die Bekl. zugelassene Pkw wurde – nicht von ihr – am 16.06.2010 auf dem Kundenparkplatz eines Verbrauchermarkts in Berlin in der Zeit zwischen 08.00 und 10.05 Uhr abgestellt. Da die durch entsprechende Schilder kenntlich gemachte Höchstparkzeit von 90 Minuten überschritten war, veranlasste ein Mitarbeiter der Kl. die Umsetzung des Fahrzeugs. Die Kl. war aufgrund eines zwischen ihr und der Betreiberin des Verbrauchermarkts (nachfolgend: Grundstücksbesitzerin) bestehenden Rahmenvertrags verpflichtet, unberechtigt parkende Fahrzeuge zu entfernen. Die hierfür vereinbarte Vergütung betrug 219,50 €. Die Ansprüche gegenüber dem unberechtigten Nutzer der Fläche bzw. gegen den Halter des entsprechenden Fahrzeugs auf Ersatz der Kosten wurden an sie abgetreten. Mit Schreiben vom 12.10.2012 forderte die Kl. die Bekl. zur Zahlung von 219,50 € auf und mahnte mit weiterem Schreiben vom 13.06.2013 diesen Betrag zuzüglich weiterer Kosten an. Mit der Klage hat die Kl. von der Bekl. Zahlung von 219,50 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 20.10.2012, Kosten von 5,10 € für eine Halteranfrage sowie Mahnkosten von 2,56 € verlangt.

**I. Führen eines fremden Geschäfts**

„Die im Auftrag der Grundstücksbesitzerin durchgeführte Umsetzung des Fahrzeugs der Bekl. stellt ein **Handeln in fremdem Rechtskreis** und damit eine **Fremdgeschäftsführung i.S.v. § 677 BGB** dar. Ein Geschäft der Bekl. war dies deshalb, weil sie als Halterin des Fahrzeugs zur Entfernung nach § 862 I BGB bzw. – wenn das Parken als teilweise Besitzentziehung qualifiziert wird – gem. § 861 I BGB verpflichtet war. Das unbefugte Abstellen eines Fahrzeugs auf einem Privatgrundstück begründet eine **verbotene Eigenmacht** i.S.v. § 858 I BGB, für die nicht nur der Fahrer, sondern ebenfalls der Halter des Fahrzeugs verantwortlich ist. Dies gilt auch dann, wenn das Parken an bestimmte Bedingungen – wie hier die Festlegung einer Höchstparkdauer von 90 Minuten – geknüpft ist und diese nicht eingehalten werden (Senat, NJW 2016, 863; NJW 2014, 3727 = NZM 2014, 763 Rn. 13; NJW 2012, 3781 = NZM 2013, 44 Rn. 5; BGHZ 181, 233 = NJW 2009, 2530 = NZM 2009, 595 Rn. 13). Dass die Grundstücksbesitzerin – auf den Willen der nur im Auftrag handelnden Kl. kommt es nicht an – **auch im eigenen Interesse** tätig geworden ist, **schließt ihren Fremdgeschäftsführungswillen nicht aus** (sog. **auch fremdes Geschäft**, vgl. BGHZ 181, 188 = NJW 2009, 2590 = NZM 2009, 541 Rn. 18 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

**II. Im Interesse des Geschäftsherrn**

**1. Bestimmung des Interesses**

„Die Übernahme einer Geschäftsführung liegt dann im Interesse des Geschäftsherrn, wenn sie ihm **objektiv vorteilhaft und nützlich** ist (vgl. BGHZ 47, 370 [372 ff.] = NJW 1967, 1959; NJW-RR 1993, 200; s. aus der Literatur BeckOGK BGB/Thole, Stand 1.10.2015, § 683 Rn. 7; MüKo-BGB/Seiler, 6. Aufl., § 683 Rn. 4). Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH gilt die **Tilgung einer Einrede freien Schuld grundsätzlich als vorteilhaft** und damit als interessegemäß (BGHZ 47, 370 [372 ff.] = NJW 1967, 1959; BGH, WM 1968, 1201 = BeckRS 1968, 31178302). Entsprechendes gilt, wenn ein **Grundstückseigentümer eine Eigentumsbeeinträchtigung selbst beseitigt**. Der Störer wird von der ihm gem. § 1004 I 1 BGB obliegenden Pflicht frei, so dass die Übernahme des Geschäfts auch in seinem objektiven Interesse liegt und er – wenn die weiteren Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen – verpflichtet ist, dem Eigentümer gem. § 683 BGB die zu der **Störungsbeseitigung erforderlichen Aufwendungen** zu erstatten (vgl. BGHZ 110, 313 [314 ff.] = NJW 1990, 2058; s. auch Senat, NJW 2005, 1366 = NZM 2005, 315; NJW 2012, 1080 = NZM 2012, 651 Rn. 6). Der Umstand, dass der Geschäftsherr Aufwendungsersatz schuldet, kann naturgemäß seinem Interesse nicht schon von vornherein und generell entgegenstehen, weil § 683 BGB sonst nie erfüllt wäre (BeckOGK BGB/Thole, § 683 Rn. 7).“ (BGH aaO.)

**2. Anwendung auf den Fall**

„Unter Beachtung dieser Grundsätze und der hiernach gebotenen objektiven Betrachtung stellt sich **die Entfernung des Fahrzeugs für die Bekl. als vorteilhaft** dar. Sie ist durch die Umsetzung, zu der die Grundstücksbesitzerin gem. § 859 I und III BGB berechtigt war, **von ihrer Verpflichtung gem. § 862 I 1 BGB bzw. gem. § 861 I BGB frei geworden**.

Andere, für die Bekl. kostengünstigere und vorteilhaftere Möglichkeiten, diesen Anspruch zu erfüllen, bestanden nicht. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Grundstückbesitzerin von der Bekl. die sofortige Beseitigung der Störung verlangen und den Anspruch auch im Wege der Selbsthilfe durchsetzen konnte. Zu einer sofortigen Beseitigung waren jedoch weder die Bekl. noch der Fahrer des Fahrzeugs in der Lage, da sie sich **in dem maßgeblichen Zeitpunkt der Geschäftsübernahme weder bei dem Fahrzeug befanden noch binnen kurzer Zeit ermittelt werden konnten**. Die einzige Möglichkeit, den rechtswidrigen Zustand unmittelbar zu beseitigen, bestand deshalb in dem Umsetzen des Fahrzeugs. Demgegenüber war die Grundstückbesitzerin **nicht verpflichtet, die Störung so lange hinzunehmen**, bis der Fahrer das Fahrzeug selbst von dem Parkplatz entfernte oder aber die Bekl. nach entsprechender Halterermittlung und Unterrichtung über die Störung durch die Grundstückbesitzerin dies veranlasste. Aus der Sicht eines verständigen, sich rechtstreu verhaltenden Fahrzeughalters entsprach das Abschleppen deshalb seinem Interesse, weil nur auf diese Weise der Beseitigungsanspruch zu der geschuldeten Zeit erfüllt werden konnte.“ (BGH aaO.)

### III. Im mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn

„Dazu, welchen **wirklichen Willen** die Bekl. hatte, hat das BerGer. keine Feststellungen getroffen. Seine Überlegung, der Wille der Bekl. werde darauf gerichtet gewesen sein, dass der Fahrzeugführer die Besitzstörung beende, ist zum einen spekulativ. Zum anderen besagt sie nichts zu der hier entscheidenden Frage, welchen Willen die Bekl. für den Fall hatte, dass der Fahrer zu der geschuldeten sofortigen Beseitigung der Besitzstörung nicht in der Lage war.

Da sich hiernach der wirkliche Wille der Bekl. nicht feststellen lässt, kommt es entscheidend auf ihren **mutmaßlichen Willen** an. Das ist derjenige Wille, den der **Geschäftsherr bei objektiver Beurteilung aller Umstände im Zeitpunkt der Übernahme geäußert haben würde**. Mangels anderer Anhaltspunkte ist als mutmaßlicher Wille der Wille anzusehen, der dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht (vgl. BGHZ 47, 370 [374] = NJW 1967, 1959; BGH, NJW-RR 1989, 970; s. aus der Literatur MüKo-BGB/Seiler, § 683 Rn. 10; Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl., § 683 Rn. 5; für den Fall des Abschleppens eines Fahrzeugs a. A. Lorenz, NJW 2009, 1025 [1027], der aber die Voraussetzungen des § 679 BGB bejaht). Da die Entfernung des Fahrzeugs im objektiven Interesse der Bekl. lag, war auch ihr mutmaßlicher Willen hierauf gerichtet. Sie wurde durch die Geschäftsführung von ihrer Verpflichtung zur sofortigen Störungsbeseitigung befreit, die nur durch ein Umsetzen des Fahrzeugs bewirkt werden konnte.“ (BGH aaO.)

BGB

§ 307 I 1, II Nr. 1

### Flugpreiszahlung bei Buchung Keine unangemessene Benachteiligung

ZivilR

(BGH in NJW 2016, 2404; Urteil vom 16.02.2016 – X ZR 97/14)

1. Die Vereinbarung einer Verpflichtung des Fahr- oder Fluggasts, das Beförderungsentgelt bei Vertragsschluss zu entrichten, widerspricht nicht wesentlichen Grundgedanken des Rechts des Personenbeförderungsvertrags.
2. Eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Luftverkehrsunternehmens, nach der der Flugpreis unabhängig vom Zeitpunkt der Buchung bei Vertragsschluss zur Zahlung fällig ist, stellt keine unangemessene Benachteiligung des Fluggasts dar.

BGB

§ 444

### Mängelbeseitigung ohne Erfolgskontrolle Keine Arglisthaftung des Verkäufers

SR BT

(BGH in NJW 2016, 2315; Urteil vom 19.02.2016 – V ZR 216/14)

1. Hatte der Verkäufer eines Hausgrundstücks in der Vergangenheit ein Fachunternehmen mit der umfassenden Beseitigung eines Mangels (hier: Befall eines Blockhauses mit Holzbock) beauftragt, muss er sich nicht Kenntnis vom Erfolg der Sanierungsbemühungen verschaffen. Mit dem Absehen von einer Erfolgskontrolle nach Ausführung der Arbeiten nimmt er ein späteres Wiederauftreten des Mangels nicht billigend in Kauf. Kennt der Verkäufer dagegen konkrete Umstände, die den Verdacht begründen, die Mängelbeseitigung habe keinen Erfolg gehabt, und teilt er diese Umstände dem Käufer nicht mit, nimmt er das Vorliegen eines Mangels in Kauf und handelt arglistig.
2. Der Verkäufer ist im Rahmen der ihm obliegenden sekundären Darlegungslast gehalten, die Einzelheiten der von ihm ergriffenen Mängelbeseitigungsmaßnahmen näher zu erläutern.

BGB

§§ 311 b I 1, 873, 1094

### Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts Notarielle Beurkundung entbehrlich

SachenR

(BGH in NJW 2016, 2035; Urteil vom 08.04.2016 – V ZR 73/15)

Die zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts gem. § 873 BGB erforderliche Einigung muss, anders als das Verpflichtungsgeschäft, **nicht notariell beurkundet** werden.

#### I. Entstehung des dinglichen Vorkaufsrechts

„Das dingliche Vorkaufsrecht i.S.v. § 1094 BGB ist ein eigenständiges Sachenrecht (Senat, NJW 2014, 622 Rn. 10). Es entsteht gem. § 873 BGB durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch. Diese Voraussetzungen sind erfüllt.“ (BGH aaO.)

#### II. Beurkundungspflicht für schuldrechtliche Vereinbarung über Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts

„Der notariellen Beurkundung bedarf gemäß dem hier noch anwendbaren § 313 S. 1 BGB aF (nunmehr § 311 b I 1 BGB) ein **Vertrag**, durch den sich der **eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben**. Nach allgemeiner Ansicht erfasst dies auch die schuldrechtliche Vereinbarung über die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts, da hierdurch zugleich die Verpflichtung begründet wird, das Eigentum an dem Grundstück unter bestimmten Umständen an den Vertragspartner zu übertragen (vgl. Senat, DNotZ 1968, 93; RGZ 72, 385, 392 f.; RGZ 110, 327 [333]; RGZ 148, 105 [108 f.]; Staudinger/Schumacher, BGB, Neubearb. 2012, § 311 b I Rn. 24). Wird ein Vertrag, der eine solche Verpflichtung



begründet, nicht notariell beurkundet, ist er gem. § 125 S. 1 BGB nichtig. In analoger Anwendung von § 313 S. 2 BGB aF (nunmehr § 311 b I 2 BGB) kann der **Formmangel** jedoch **durch Einigung und Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts in das Grundbuch geheilt** werden (Senat, DNotZ 1968, 93).“ (BGH aaO.)

### III. Keine Beurkundungspflicht für dingliche Einigung zur Eintragung eines Vorkaufsrechts

„**Uneinheitlich** wird die Frage beurteilt, ob auch die dingliche Einigung über die Belastung eines Grundstücks mit einem Vorkaufsrecht gem. § 1094 BGB notariell beurkundet werden muss. Der **XII. Zivilsenat des BGH** hat in einem Urteil vom 7.11.1990 (NJW-RR 1991, 205 [206]) ohne nähere Begründung die Auffassung vertreten, die **Formvorschrift** des § 313 S. 1 BGB aF **erstrecke sich auf eine solche Einigung**. Dem haben sich **Rechtsprechung** (OLG Rostock, OLG-Report 2000, 245 [246 f.]) und **Literatur teilweise angeschlossen** (vgl. MüKo-BGB/Kanzleiter, 7. Aufl., § 311 b Rn. 34 Fn. 100; Erman/Grziwotz, BGB, 14. Aufl., § 1094 Rn. 5; BeckOGK BGB/Omlor, Stand 8.1.2016, § 1094 Rn. 50). Überwiegend wird die Einigung jedoch im Anschluss an die Rechtsprechung des RG als formfrei angesehen (RGZ 110, 327 [335]; RGZ 125, 261 [262 f.]; Staudinger/Schumacher, § 311 b Rn. 24; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2012, § 873 Rn. 50; Staudinger/Schermaier, BGB, Neubearb. 2009, § 1094 Rn. 23; MüKo-BGB/Westermann, 7. Aufl., § 1094 Rn. 7; Reetz in NK-BGB, 3. Aufl., § 1094 Rn. 36; Soergel/Stürmer, BGB, 13. Aufl., § 1094 Rn. 7; Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 1094 Rn. 5).

**Richtigerweise** muss die gem. § 873 BGB zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts erforderliche Einigung, anders als das darauf bezogene Verpflichtungsgeschäft, **nicht notariell beurkundet werden**. Soweit der XII. Zivilsenat dies in seinem Urteil vom 07.11.1990 (NJW-RR 1991, 205 [206]) anders gesehen hat, hat er **auf Nachfrage mitgeteilt, hieran nicht festzuhalten**. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)

StGB  
§ 249 I

## Raubspezifische Einheit von Nötigung und Wegnahme Schwächung der Verteidigungsfähigkeit

StR BT

(BGH in NJW 2016, 2900; Urteil vom 22.06.2016 – 5 StR 98/16)

Für die raubspezifische Einheit von qualifizierter Nötigung und Wegnahme ist maßgeblich, ob es zu einer – vom Täter erkannten – nötigungsbedingten Schwächung des Gewahrsamsinhabers in seiner Verteidigungsfähigkeit oder -bereitschaft gekommen ist.

**Fall:** Nach den Feststellungen des LG besuchte der zur Tatzeit 58 Jahre alte Angekl. morgens seine Mutter in deren Wohnung. Spätestens nach Beendigung eines gemeinsamen Kaffeetrinkens gegen 8.40 Uhr fasste er den Entschluss, ihr Bargeld, Schmuck und das Auto zu entwenden. Einen Widerstand seiner Mutter gegen die Wegnahme der Gegenstände wollte er von vornherein gewaltsam verhindern. Er bat sie unter einem Vorwand, die Augen zu schließen. Als sie der Aufforderung nachkam, versetzte er ihr mit einem stumpfen Gegenstand einen wuchtigen Schlag gegen den Kopf. Hierdurch erlitt sie eine Impressionsfraktur des Schädels mit kleineren Knochenbruchstücken, Luftschnitten und mehreren Blutungen. Allerdings verlor sie nicht das Bewusstsein, sondern war lediglich benommen und kurzzeitig in ihrer Wahrnehmungsfähigkeit beeinträchtigt. Der Angekl. bemerkte, dass seine Mutter zwar die blutende Wunde an ihrem Kopf wahrgenommen, aber nicht realisiert hatte, dass er die Verletzung durch seinen Schlag verursacht hatte. Er verständigte den Rettungsdienst und erkannte die Möglichkeit, seinen Tatplan modifiziert doch noch zu verwirklichen. Er wollte nunmehr den Krankenhausaufenthalt seiner Mutter zur Vollendung der Tat nutzen. Um wieder in die Wohnung gelangen zu können, steckte er ihren Wohnungstürschlüssel ein, als die Rettungskräfte die von ihm begleitete Geschädigte gegen 9.40 Uhr ins Krankenhaus transportierten. In Fortführung seines Vorhabens begab er sich alsbald nach der gegen 10 Uhr erfolgten stationären Aufnahme der Geschädigten zurück in die Wohnung. Dort entwendete er mindestens 4500 € Bargeld sowie Goldschmuck. Außerdem nahm er den Schlüssel zum Auto seiner Mutter an sich, mit dem er wegfuhr.

### I. Finale Verknüpfung von Nötigungsmittel und Wegnahme

#### 1. Voraussetzungen

„**Notwendige Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Raubs ist nach ständiger Rechtsprechung zunächst eine subjektiv-finale Verknüpfung**. Gewalt oder Drohung müssen aus Sicht des Täters das Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme sein. Nach seiner Vorstellung soll **mit dem Nötigungsmittel körperlicher Widerstand überwunden** oder aufgrund der Zwangswirkung unterlassen und es ihm hierdurch ermöglicht werden, den Gewahrsam zu brechen (BGHSt 18, 329 [331] = NJW 1963, 1210; BGH, NStZ 1993, 79 = BGHR StGB § 249 I Gewalt 5). (BGH aaO.)

#### 2. Anwendung auf den Fall

„**Hier handelte der Angekl. während seiner Gewaltanwendung mit Wegnahmevorsatz und Zueignungsabsicht**. Er wollte gegen das Opfer Gewalt ausüben, um anschließend ungehindert Wertgegenstände aus der Wohnung entwenden zu können. Die zum Zeitpunkt des Gewalteinsetzes bestehende subjektiv-finale Verknüpfung von Nötigungshandlung und Wegnahme ist durch die Fehlvorstellung des Angekl. von der Wirkungsweise seiner Gewalthandlung, die zum Eintritt der Bewusstlosigkeit der Geschädigten führen sollte, auch nicht aufgehoben worden. Aufgrund der von ihm verübten Gewalt und der hierdurch bewirkten schweren Verletzungen, die eine Krankenhausbehandlung erforderten, war die **Geschädigte nicht mehr in der Lage, sich dem Gewahrsamsbruch zu widersetzen**. Diesen führte der Angekl. bei ununterbrochen fortbestehendem Wegnahmevorsatz nachfolgend durch. Die Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Finalverlauf ist deshalb unerheblich. Sie hat sich noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren gehalten und rechtfertigt keine andere Bewertung der Tat (vgl. BGH, NJW 2016, 2129 Rn. 21 ff., zum Abdruck in BGHSt vorgesehen).“ (BGH aaO.)

### II. Zeitlicher und örtlicher Zusammenhang

#### 1. Voraussetzungen

„Über die finale Verknüpfung von Nötigungshandlung und Wegnahme hinaus müssen beide den Raubtatbestand konstituierenden Elemente in einem **zeitlichen und örtlichen Zusammenhang stehen** (vgl. BGH bei Holtz, MDR 1984, 276 mit Anm. Seier, JA 1984, 441 [442]; NStZ 2006, 38). Für diesen Zusammenhang ist allerdings nicht erforderlich, dass der Ort der Nötigungshandlung und der Ort des Gewahrsamsbruchs identisch sind (vgl. BGH bei Holtz, MDR 1984, 276; NStZ 2006, 38). Auch lassen sich verbindliche Werte zu einem **zeitlichen Höchstmaß** zwischen Einsatz des Nötigungsmittels

und Wegnahme **nicht benennen** (vgl. MüKo-StGB/Sander, 2. Aufl., § 249 Rn. 27). Vielmehr entscheiden die Umstände des Einzelfalls. Maßgeblich für die raubspezifische Einheit von qualifizierter Nötigung und Wegnahme ist vielmehr, ob es zu einer – vom Täter erkannten – **nötigungsbedingten Schwächung des Gewahrsamsinhabers in seiner Verteidigungsfähigkeit oder -bereitschaft** gekommen ist (vgl. auch BGH, NJW 2016, 2129 Rn. 27, wo allerdings der vermögensrechtliche Begriff der Dispositionsfreiheit verwendet wird; s. auch Albrecht, Die Struktur des Raubtatbestandes, 2011, 134, 141, 147). Das in § 252 StGB enthaltene Erfordernis „auf frischer Tat“ steht dieser Auslegung schon im Hinblick auf die andersartige Struktur dieses Tatbestands nicht entgegen.“ (BGH aaO.)

## 2. Anwendung auf den Fall

„Mit der nötigungsbedingten Beseitigung der Fähigkeit der Geschädigten, die in ihrer **Gewahrsamssphäre** befindlichen Wertsachen **zu verteidigen**, hat nach den Urteilsfeststellungen ein raubspezifischer Zusammenhang zwischen der Gewalthandlung des Angekl. und seiner nachfolgenden Wegnahme der Tatobjekte vorgelegen. Die Geschädigte war aufgrund ihrer schweren Verletzungen nach der deswegen erforderlichen Verbringung ins Krankenhaus ähnlich wie bei einer Bewusstlosigkeit schon nicht mehr in der Lage, einen gegen den Gewahrsamsbruch des Angekl. gerichteten Abwehrwillen zu bilden. Diesen von ihm im Wege der Modifizierung des Tatplans nachvollzogenen Umstand nutzte der Angekl. auch „alsbald“ nach der Aufnahme der Geschädigten im Krankenhaus aus. Mit der Einlieferung ins Krankenhaus erlangte er nach seiner Vorstellung erst den **ungehinderten Zugriff auf die Wertsachen** in der Wohnung seiner Mutter. Dabei betrug nach den zu den Zeitpunkten der Gewalthandlung und der Krankenhauseinlieferung sowie zur Dauer des Transports der Geschädigten von ihrer Wohnung zum Krankenhaus getroffenen Feststellungen – entgegen der hierzu in der rechtlichen Würdigung des LG enthaltenen missverständlichen Formulierung – die zeitliche Differenz zwischen der Gewalthandlung und den Wegnahmehandlungen jedenfalls nicht mehr als zwei Stunden. Deshalb bilden beide Tatbestandselemente noch die das typische Tatbild eines Raubs begründende Einheit.“ (BGH aaO.)

StGB  
§§ 211, 212

## Heimtücke bei Schusswechsel bei Wohnungsöffnung Heimtücke

StR BT

(BGH in NJW 2016, 2899; Beschluss vom 28.06.2016 – 3 StR 120/16)

**Fall:** Nach den landgerichtlichen Feststellungen eröffnete der Angekl., der erkannt hatte, dass Polizisten seine Wohnung durchsuchen wollten und der sich mit seiner halbautomatischen Selbstladepistole im beidhändigen Anschlag so im Flur seiner Wohnung positioniert hatte, dass er beim Öffnen der Tür den Hausflur einsehen konnte, unmittelbar nachdem der hinzugezogene Schlüsseldienst die Wohnungstür einen Spalt weit geöffnet hatte, aus dem im Dunklen liegenden Flur das Feuer. Er hatte zuvor den Plan gefasst, auf alle Personen zu schießen, die sich ihm nach der Türöffnung im Treppenhaus zeigen würden, um seine „Ehre“ zu verteidigen. Innerhalb weniger Sekunden gab der Angekl. fünf gezielte Schüsse auf den Schlüsseldienstinhaber und den vor der Tür positionierten Polizisten KHK A ab. Nachdem ein anderer Polizist – KHK W – seinerseits in Richtung der Wohnung des Angekl. geschossen und dieser das erkannt hatte, gab der Angekl. – wiederum nur Sekunden später – einen sechsten Schuss in Richtung der bereits fliehenden Polizisten KHK W und KHK T ab, die sich indes – wie auch die beiden anderen Polizisten und der Schlüsseldienstinhaber – aus dem Sicht- und Schussfeld des Angekl. entfernen konnten. Ist der Angekl. wegen versuchten Mordes strafbar?

Die Schüsse auf diese Personen könnten heimtückisch gewesen sein und insofern den Tatbestand der Heimtücke erfüllen.

### I. Begriff der Heimtücke

„Heimtückisch handelt, wer eine zur Tatzeit beim Opfer bestehende Arg- und Wehrlosigkeit bewusst zur Tat ausnutzt. Arglos ist, wer sich eines Angriffs nicht versieht; wehrlos ist derjenige, dessen Verteidigungsfähigkeit aufgehoben oder erheblich eingeschränkt ist. Die Wehrlosigkeit muss sich als Folge der Arglosigkeit darstellen (stRspr; s. etwa BGH, NStZ 2016, 340 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### II. Anwendung auf den Fall

#### 1. Heimtücke in Bezug auf die ersten 5 Schüsse

Die Polizisten und der Schlüsseldienstinhaber haben sich – trotz der routinemäßigen Vorsichtsmaßnahmen, die sie wie bei jeder Türöffnung ergriffen – in der konkreten Situation **keines Angriffs auf ihre körperliche Unversehrtheit versehen**. Sie sind, vielmehr aufgrund des ihnen bekannten Vorlebens des polizeilich zu keiner Zeit in Erscheinung getretenen Angekl. davon ausgegangen seien, dass er die **ehemals legal besessenen Waffen ordnungsgemäß in einem Waffenschrank gelagert** habe und lediglich versuche, deren Beschlagnahme hinauszuzögern. Trotz des Umstands, dass KHK A und KHK W routinemäßig ihre Dienstwaffen gezogen hatten, waren sie wehrlos, weil sie in der Kürze der ihnen verbleibenden Reaktionszeit wirksame Gegenmaßnahmen nicht ergreifen könnten und weitere Schutzmaßnahmen wie etwa den Einsatz schussicherer Schutzschilde aufgrund der von ihnen vorgenommenen Gefährdungseinschätzung nicht getroffen haben.

„Insoweit ist anerkannt, dass heimtückisches Handeln **kein „heimliches“ Vorgehen** erfordert. Vielmehr kann das Opfer auch dann arg- und infolgedessen wehrlos sein, wenn der Täter ihm zwar **offen feindselig** entgegentritt, die **Zeitspanne** zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass **keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff etwas Wirkungsvolles entgegenzusetzen**. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs (BGH, NStZ 2016, 340 m.w.N. MüKo-StGB/Schneider, 2. Aufl., § 211 Rn. 174 f. m.w.N.).

Hier bestand für KHK A und den Schlüsseldienstinhaber aufgrund des unerwarteten Angriffs keine Möglichkeit, den ersten Schuss abzuwenden oder sich anderweit dagegen zu verteidigen. Aufgrund der Kürze der Zeit zwischen dem ersten und den vier folgenden Schüssen war KHK A – der unbewaffnete Schlüsseldienstinhaber hatte ohnehin keine Verteidigungsmöglichkeit – auch nicht in der Lage, diese abzuwehren. Dass beide im Folgenden fliehen konnten, weil der Angekl. sie jedenfalls nicht so traf, dass sie in ihrer Fluchtmöglichkeit eingeschränkt wurden, steht der Annahme eines jeweils zu ihrem Nachteil versuchten Heimtückemords nicht entgegen, weil sie sich jedenfalls den ersten Schüssen nicht hatten entziehen können und es nur einen glücklichen Zufall darstellte, dass sie jedenfalls nicht schwerwiegend verletzt wurden. Als zutreffend erweist sich auch die rechtliche Bewertung des LG, das davon ausgegangen ist, dass der Angekl. jedenfalls nicht freiwillig von dem Versuch des Mordes zum Nachteil dieser Personen zurückgetreten ist.“ (BGH aaO.)

2. Heimtücke in Bezug auf den sechsten Schuss

„Anders stellt sich die Situation betreffend den sechsten auf KHK W bzw. KHK T abgegebenen Schuss dar. KHK W hatte, nachdem er den Angriff des Angekl. auf KHK A und den Schlüsseldienstinhaber erkannt hatte, seinerseits **zunächst „in Richtung der Wohnung des Angekl.“ geschossen** und war unmittelbar im Anschluss daran mit KHK T in dem Treppenhaus aufwärts in Richtung des zweiten Obergeschosses geflohen. Damit waren diese Beamten, bevor der Angekl. auf sie schoss, **erkennbar nicht mehr arglos**.

Entgegen der Auffassung der Strafkammer waren sie auch nicht in dem Sinne wehrlos, dass sie dem **Angriff nicht sinnvoll begegnen** konnten: Der von KHK W abgegebene Schuss – mag er auch „reflexartig“ abgefeuert worden sein – schlug in der Wohnung des Angekl. in der Zarge seiner Schlafzimmertür ein. Der Angekl. nahm ihn wahr und richtete erst deshalb seine Aufmerksamkeit auf die fliehenden Beamten W und T, in deren Richtung er nun schoss. Dies verschaffte zugleich KHK A und dem Schlüsseldienstinhaber weitere Zeit, sich aus der Schusslinie zu entfernen. Es kann mithin **keine Rede davon sein, dass KHK W seine Waffe nicht sinnvoll zur Verteidigung** – auch der Rechtsgüter der anderen unter Beschuss geratenen Beteiligten – **nutzen** konnte. Die Strafkammer hat zudem nicht in den Blick genommen, dass die Wehrlosigkeit auch dadurch entfallen kann, dass sich das Opfer dem Angriff durch Flucht entzieht (MüKo-StGB/Schneider, § 211 Rn. 176 m.w.N.). Bei Abgabe des sechsten Schusses waren KHK W und KHK T bereits auf dem Weg zu dem nächsten Treppenpodest, das sie unverletzt erreichten und sich damit außerhalb des Sicht- und Schussfelds des Angekl. befanden. Mag es auch weitere Schutzmaßnahmen gegeben haben, die die Beamten nicht ergriffen, so stellt sich ihre Flucht jedenfalls als eine – letztlich erfolgreiche – Möglichkeit dar, sich dem Angriff wirkungsvoll zu entziehen.“ (BGH aaO.)

StGB  
§ 185

**Beleidigung  
„Zigeuner“ als Schimpfwort**

StR BT

(OLG Hamm in NStz-RR 2016, 244; Beschluss vom 28.04.2016 – 3 RVs 37/16)

1. Der Begriff „Zigeuner“ stellt im deutschsprachigen Raum grundsätzlich eine Fremdbezeichnung für eine bestimmte Bevölkerungsgruppe dar; es handelt sich nicht um einen Begriff, der allein die Bedeutung eines Schimpfwortes hat.
2. Vor diesem Hintergrund bedarf es zur Feststellung, ob die Verwendung dieser Bezeichnung auch den Tatbestand des § 185 StGB erfüllen kann, u. a. Feststellungen dazu, in welchem Zusammenhang die Äußerung gefallen ist, welcher Abstammung der Geschädigte ist und weiterer Feststellungen zum Kulturkreis des Angeklagten.

**Fall:** Der Angeklagte hatte Alkohol konsumiert. Er äußerte mehrfach gegenüber dem Geschädigten die Worte „Zigeuner“. Auch im Beisein von Polizeibeamten trommelte er an die geschlossene Wohnungstür des Geschädigten und schrie mehrfach die Bezeichnung „Zigeuner“. Der Angeklagte hat sich eingelassen, dass der Zeuge ihn 2 Wochen zuvor geschlagen habe. Ist er wegen Beleidigung strafbar?

„Eine Beleidigung setzt einen **rechtswidrigen Angriff auf die Ehre eines anderen durch vorsätzliche Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung** voraus (vgl. Fischer, StGB, 63. Auflage, § 185 Rn. 4 m.w.N.). Die Missachtung oder Nichtachtung können den **ethnischen oder den sozialen Wert des anderen** betreffen, wobei dies unter Berücksichtigung der gesamten Begleitumstände zu ermitteln ist (Fischer, StGB, 63. Auflage, § 185 Rn. 8 m.w.N.). Insoweit kommen u. a. in Betracht, die Anschauungen und Gebräuche der Beteiligten sowie die sprachliche und gesellschaftliche Ebene, auf der die Äußerung gefallen ist (Fischer, StGB, 63. Auflage, § 185 aaO. m.w.N.). Maßgebend ist diesbezüglich wie ein **verständiger Dritter** die Äußerung versteht, wobei Bedeutungsabweichungen aufgrund von z. B. Nationalität zu berücksichtigen sind (Fischer, StGB, 63. Auflage, § 185 aaO. m.w.N.). Der Vorsatz muss das Bewusstsein umfassen, dass die Äußerung nach ihrem objektiven Sinn eine Missachtung darstellt (Fischer, StGB, 63. Auflage, § 185 Rn. 17).

Im Lichte des Grundrechts auf Meinungsfreiheit tritt hinzu, dass maßgeblich für die Deutung einer Äußerung die Ermittlung ihres **objektiven Sinns aus Sicht eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums** ist, wobei stets vom Wortlaut der Äußerung auszugehen ist. Dieser legt ihren Sinn aber nicht abschließend fest. Er wird vielmehr auch von dem sprachlichen Kontext, in dem die umstrittene Äußerung steht und von den erkennbaren Begleitumständen, unter denen sie fällt, bestimmt. Bei mehrdeutigen Äußerungen darf die zur Verurteilung führende Bedeutung nicht zugrunde gelegt werden, ohne vorher mit schlüssigen Gründen Deutungen ausgeschlossen zu haben, welche die Sanktion nicht zu rechtfertigen vermögen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.05.2009 - 1 BvR 2272/04, juris).

Der Begriff „Zigeuner“ stellt im deutschsprachigen Raum grundsätzlich eine **Fremdbezeichnung für eine bestimmte Bevölkerungsgruppe** dar. Es handelt sich mithin nicht um einen Begriff, der alleine seine Bedeutung im Sinne eines Schimpfwortes hat. Vor diesem Hintergrund bedarf es zur Feststellung, ob die Verwendung dieser Bezeichnung auch den Tatbestand des § 185 StGB erfüllen kann, u. a. Feststellungen dazu, in welchem Zusammenhang die Äußerung gefallen ist, welcher Abstammung der Geschädigte ist und weiterer Feststellungen zum Kulturkreis des Angeklagten.

Die seitens des Amtsgerichts vorgenommene Beweiswürdigung ist vor den oben genannten Anforderungen derart lückenhaft, dass eine dementsprechende Nachprüfung seitens des Revisionsgerichts nicht erfolgen kann.“ (OLG Hamm aaO.)

BImSchG  
§ 22 I

**Kirchenglockengeläut  
Zumutbarkeit**

ÖffR

(OVG Magdeburg in LKV 2016, 378; Beschluss vom 19.05.2016 – 2 L 33/14)

Für die Frage der Zumutbarkeit eines nur einmal täglichen Glockenläutens ist in erster Linie auf die **Lautstärke und Lästigkeit der Einzelgeräusche** abzustellen.

**Fall:** Die Kl. sind Eigentümer und Bewohner eines Einfamilienhauses auf dem Grundstück A-Straße in A. Auf dem unmittelbar angrenzenden Grundstück befindet sich die H.-G.-Kirche. Diese wurde der Bekl. von der Eigentümerin, der Stadt A., aufgrund eines Nutzungsvertrages überlassen. Gottesdienste finden in dieser Kirche nicht statt. Die nähere Umgebung entspricht einem allgemeinen Wohngebiet. Die Bekl. ist ein gemeinnütziger Verein, zu dessen Zwecken u. a. der Erwerb sowie die Unterhaltung, Restaurierung und Pflege historischer Gebäude gehört. Im August 2012 veranlasste sie, dass in der H.-G.-Kirche zwei Glocken aufgehängt und in Betrieb genommen wurden. Eine der beiden Glocken, die „St. Christophorus Glocke“, war zu diesem Zweck neu gegossen worden. Die zweite Glocke, die „St. Elisabeth Glocke“, wurde der Bekl. von der Stadt A. als Eigentümerin zur Verfügung gestellt. Die Glocken waren zuvor sowohl durch den Diakon T. der Evangelischen Kirchengemeinde St. Georg als auch durch den Pfarrer M. der Katholischen Gemeinde A. gesegnet worden.

Am 14.08. und 01.09.2012 beschloss die Bekl. eine „Läuteordnung“ für die H.-G.-Kirche, die vorsieht, dass von Montag bis Samstag, außer an Karfreitag und gesetzlichen Feiertagen, jeweils eine Glocke ab 18.00 Uhr für 3 Minuten geläutet wird. An Silvester sollen beide Glocken ab 0.00 Uhr für 10 Minuten geläutet werden. Auch anlässlich des von der Bekl. veranstalteten „B-Marktes“ sollen beide Glocken sowohl zu Beginn ab 10.50 Uhr als auch am Ende ab 17.00 Uhr für jeweils 10 Minuten geläutet werden. Bereits am 12.04.2012 hatte der Gemeindegliederrat der Evangelischen Kirchengemeinde St. Georg den Beschluss gefasst, sich dem abendlichen „Angelusläuten“ in der H.-G.-Kirche von montags bis samstags ab 18.00 Uhr anzuschließen. Nachdem es in der Nachbarschaft zu Beschwerden über das tägliche Läuten der Glocken gekommen war, führte der Landkreis A. am 25.09.2012 vor dem geöffneten Fenster des in Richtung H.-G.-Kirche gelegenen Schlafzimmers im Obergeschoss des Wohnhauses der Kl. eine orientierende Geräuschimmissionsmessung durch. Hierbei wurde eine maximale Geräuschspitze von 83,0 dB(A) gemessen. Aus dem ebenfalls gemessenen Mittelungspegel von 74,7 dB(A) wurde ein Beurteilungspegel von 57,9 dB(A) errechnet.

## I. Maßstäbe für die Unzumutbarkeit von Glockengeläut

„Nach der Rechtsprechung des BVerwG steht einem Nachbarn ein **Unterlassungsanspruch gegen Glockengeläut** nur nach Maßgabe dessen zu, was § 22 I BImSchG an Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen gewährt (vgl. BVerwG, Urt. v. 07.10.1983 – 7 C 44.81, juris Rn. 16; Beschl. v. 19.02.2013 – 7 B 38.12, juris Rn. 9). Nach dieser Vorschrift sind **nicht genehmigungsbedürftige Anlagen**, auch wenn sie – wie hier – nichtgewerblichen Zwecken dienen, unter anderem so zu betreiben, dass nach dem Stand der Technik **vermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen durch Geräusche verhindert** werden. Wann Geräusche die Schwelle schädlicher Umwelteinwirkungen überschreiten, also die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft erheblich belästigen (§ 3 I BImSchG), unterliegt weitgehend tatrichterlicher Wertung und ist damit eine Frage der Einzelbeurteilung. Diese richtet sich insbesondere nach der durch die **Gebietsart** und die **tatsächlichen Verhältnisse** bestimmten Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit, wobei wertende Elemente wie die **Herkömmlichkeit**, die soziale Adäquanz und die allgemeine Akzeptanz mitbestimmend sind. Diese Umstände müssen im Sinne einer „Güterabwägung“ in eine wertende Gesamtbetrachtung einfließen (vgl. BVerwG, Urt. v. 30.04.1992 – 7 C 25.91, juris Rn. 11). Maßgeblich für die Zumutbarkeit ist das **Empfinden eines verständigen Durchschnittsmenschen**, nicht die individuelle Einstellung eines besonders empfindlichen Nachbarn (vgl. BVerwG, Urt. v. 07.10.1983 – 7 C 44.81, Rn. 18). Das Regelwerk der TA Lärm ist dabei für die Beurteilung der Zumutbarkeit von Glockengeläut prinzipiell geeignet (vgl. BVerwG, Urt. v. 30.04.1992 – 7 C 25.91, Rn. 12; Beschl. v. 19.02.2013 – 7 B 38.12, Rn. 10). Glockengeläut, das sich nach Zeit, Dauer und Intensität im Rahmen des Herkömmlichen hält, stellt regelmäßig keine erhebliche Belästigung, sondern **auch in einer säkularisierten Gesellschaft eine zumutbare, sozialadäquate Einrichtung** dar. Es muss daher von sich gestört fühlenden Einzelpersonen oder Personengruppen – auch unter dem Gebot gegenseitiger Toleranz – hingenommen werden. Darauf, aus welchen individuellen Gründen sich der betroffene Nachbar durch das Glockengeläut gestört fühlt, kommt es insoweit nicht an (vgl. BVerwG, Urt. v. 07.10.1983 – 7 C 44.81, Rn. 18; Beschl. v. 19.02.2013 – 7 B 38.12, Rn. 11). Für die Frage der Zumutbarkeit eines nur **einmal täglichen Glockenläutens** ist in erster Linie auf die **Lautstärke und Lästigkeit der Einzelgeräusche** und damit auf den Wirkpegel abzustellen, während die Mittelwertbildung an Bedeutung zurücktritt, weil es um die Lästigkeit von Einzelgeräuschen geht und nicht um die Mittelwertbildung bei einem Dauergeräusch. Für die störende Wirkung solcher Einzelgeräusche sind weniger ihre Art und Dauer als vornehmlich ihre Lautstärke maßgebend (vgl. BVerwG, Urt. v. 30.04.1992 – 7 C 25.91, Rn. 12; Beschl. v. 02.09.1996 – 4 B 1 52/96, juris Rn. 6; VGH München, Beschl. v. 09.12.2003 – 22 ZB 03.3011, juris Rn. 9). Hält sich der Wirkpegel der Einzelgeräusche des Glockenläutens innerhalb des Rahmens, den die Regelwerke ganz allgemein für Einzelgeräusche in einem allgemeinen Wohngebiet als zumutbar ansehen, und bewegt sich das Glockengeläut auch im Übrigen, insbesondere nach Zeit und Dauer, im Rahmen des Herkömmlichen, so führt die **Überschreitung des Mittelungspegels**, der ohnehin nur als „grober Anhalt“ dienen kann, nicht zur Unzumutbarkeit (vgl. BVerwG, Beschl. v. 02.09.1996 – 4 B 152/96, a. a. O. Rn. 6; Beschl. v. 19.02.2013 – 7 B 38.12, Rn. 12). Abweichendes gilt etwa dann, wenn die Geräuschimmissionen den üblichen Rahmen einer sozialadäquaten Einwirkung übersteigen oder ein Missbrauch des Läuterechts vorliegt oder gar von dem Läuterecht ein derart exzessiver Gebrauch gemacht wird, dass für den Nachbarn die Gefahr eines gesundheitlichen Schadens herbeigeführt und damit das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt würde (vgl. BVerwG, Urt. v. 07.10.1983 – 7 C 44.81, Rn. 19; Beschl. v. 19.02.2013 – 7 B 38.12, Rn. 13). Diese Grundsätze gelten sowohl für liturgisches als auch für nicht-sakrales Glockengeläut (vgl. VGH München, Beschl. v. 09.12.2003 – 22 ZB 03.3011, aaO. Rn. 7 ff.).“ (OVG Magdeburg aaO.)

## II. Anwendung auf den Fall

„Nach diesen Grundsätzen ist das tägliche Läuten einer Glocke der H.-G.-Kirche von 18.00 bis 18.03 Uhr für die Kl. **nicht unzumutbar**. Nach dem Ergebnis der am 25.09.2012 vom Landkreis A. durchgeführten orientierenden Geräuschimmissionsmessung wurde während des Läutens eine maximale Geräuschspitze von 83,0 dB(A) gemessen, die unter dem Richtwert der Nr. 6.1 d TA Lärm von 85 dB(A) für die Zeit von 06.00 – 22.00 Uhr liegt. Dieser Wert besitzt für die Zumutbarkeit des Glockengeläuts besondere Aussagekraft. Die Bedeutung des berechneten Beurteilungspegels von 57,9 dB(A), der über dem Immissionsrichtwertes der Nr. 6.1 d TA Lärm von 55 dB(A) tagsüber liegt, tritt demgegenüber zurück, da es bei der Beurteilung der Lästigkeit des hier maßgeblichen täglichen dreiminütigen Läutens vorrangig auf die Einzelgeräusche ankommt und kein Dauergeräusch vorliegt. Das Läuten einer Glocke der H.-G.-Kirche von montags bis samstags von 18.00 bis 18.03 Uhr liegt auch im Übrigen, insbesondere nach Zeit und Dauer, im Rahmen des Zumutbaren. Es handelt sich um eine eher eingeschränkte Nutzung der Kirchenglocken, die an der fraglichen Stelle, der H.-G.-Kirche, zwar über Jahrzehnte nicht stattgefunden hat, aber gleichwohl den Rahmen des allgemein üblichen nicht verlässt. Im Hinblick auf die **Schutzbedürftigkeit bestimmter Tageszeiten** geht die hier zur Beurteilung der Zumutbarkeit von Glockengeläut heranzuziehende TA Lärm davon aus, dass tagsüber, also in der Zeit **von 06.00 – 22.00 Uhr** (Nr. 6.4 TA Lärm), eine **höhere Geräuschbelastung hinzunehmen** ist als nachts. Der insoweit zur Beurteilung der Zumutbarkeit des Glockengeläuts in erster Linie maßgebliche Richtwert für einzelne kurzzeitige Geräuschspitzen von 85 dB(A) wird nach den Messungen des Landkreises A. nicht überschritten. Das gilt auch für die von den Kl. geltend gemachte „tunnelartige Beschallung“ des Grundstücks. Diese führt nicht zu einer Geräuschbelastung, die über diejenige hinausgeht, die bei der Geräuschimmissionsmessung des Landkreises gemessen wurde. Ein Unterlassungsanspruch der Kl. ergibt sich auch nicht aus § 15 BauNVO. Unabhängig von den Fragen, ob diese Vorschrift hier anwendbar ist und welche Rechtsfolgen sich aus ihr ergeben, ist in der

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass auch im Rahmen des **Gebots der Rücksichtnahme**, welches in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommt, die Bestimmung der **Zumutbarkeitsgrenzen** für Geräusche in Nachbarkonflikten nach Maßgabe der TA Lärm vorzunehmen ist (vgl. BVerwG, Ur. v. 29.11.2012 – 4 C 8.11, juris Rn. 18 f.). Die für die Beurteilung der Zumutbarkeit des Glockenläutens maßgeblichen Richtwerte der TA Lärm für kurzzeitige Geräuschspitzen werden hier – wie bereits ausgeführt – eingehalten.“ (OVG Magdeburg aaO.)

EMRK  
Art. 3, 13

### Subsidiärer Schutz wegen Zwangsheirat Erniedrigende Behandlung

ÖffIR

(VGH München in NVwZ 2016, 1271; Urteil vom 17.03.2016 – 13 a B 15.30241)

**Fall:** Die Kl. wurde nach eigenen Angaben am 22.10.1979 in der Stadt Akre (Provinz Ninewa) geboren; sie ist irakische Staatsangehörige und kurdische Volkszugehörige islamisch-sunnitischen Glaubens. Am 02.07.2012 reiste sie auf dem Landweg ins Bundesgebiet ein und stellte am 11.07.2012 einen Asylantrag. Bei ihrer Anhörung vor dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Bundesamt) am 17.10.2012 gab sie u.a. an, sie sei geflohen, weil ihre Familie sie sonst zur Heirat gezwungen hätte.

Durch Bescheid vom 16.07.2013 lehnte das Bundesamt den Asylantrag ab und verneinte das Vorliegen eines Abschiebungsverbotes nach § 60 II bis VII AufenthG. Mit ihrer anschließenden Klage beantragte die Kl., die Bekl. zu verpflichten festzustellen, dass die Voraussetzungen des § 60 I bis VII AufenthG vorliegen.

Nach § 4 I 1 AsylG ist ein Ausländer **subsidiär Schutzberechtigter**, wenn er stichhaltige Gründe für die Annahme vorgebracht hat, dass ihm **im Heimatland ein ernsthafter Schaden** droht. Nach Satz 2 dieser Vorschrift gilt als ernsthafter Schaden u.a. Folter oder unmenschliche, erniedrigende Behandlung.

„Im vorliegenden Fall sind jedenfalls die Voraussetzungen der Nr. 2 erfüllt. Der Kl. drohte wegen der geplanten Zwangsheirat ein **ernsthafter Schaden durch ihre eigene Familie**. Gemäß § 4 III i.V.m. § 3 c Nr. 3 AsylG kann die Gefahr eines ernsthaften Schadens infolge einer **erniedrigenden Behandlung** i.S.v. § 4 I 2 Nr. 2 AsylG auch von nichtstaatlichen Akteuren ausgehen. Somit sind potenzielle Handlungen von Familienangehörigen im Rahmen des subsidiären Schutzes zu berücksichtigen. Die Definition des Begriffs „erniedrigende Behandlung“ ist geklärt. Diese Vorschrift entspricht derjenigen des Art. 3 EMRK, so dass zur Auslegung des § 4 I 2 Nr. 2 AsylG die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK heranzuziehen ist (vgl. BVerfGE 74, 358 [370] = NJW 1987, 2427). Eine schwerwiegende erniedrigende Behandlung hat der Gerichtshof in Fällen angenommen, in denen bei den Opfern **Gefühle von Furcht, Todesangst und Minderwertigkeit** verursacht wurden, die geeignet waren, zu erniedrigen oder zu entwürdigen und möglicherweise ihren physischen oder moralischen Widerstand zu brechen. Die Kriterien hierfür sind jeweils aus allen Umständen des Einzelfalls abzuleiten (EGMR, NJW 1990, 2183 [2186] = EuGRZ 1989, 314 Rn. 100).

Der Senat ist zu der Erkenntnis gelangt, dass die Kl. gemäß ihrer Bedrohungsgeschichte der **Nötigung zu einer versuchten Zwangsheirat** ausgesetzt war und im Fall der Rückkehr außerdem mit schweren Repressalien bis hin zum so genannten **Ehrenmord** rechnen müsste, weil sie sich dem Beschluss des Familienrats, zu heiraten, verweigert hat und ohne Erlaubnis von zu Hause ausgezogen ist. Die Geschichte ist glaubhaft, weil die Schilderung der Erlebnisse keine Widersprüchlichkeiten, Lücken oder unrealistischen Passagen aufweist und auch in Ansehung der gesellschaftlichen Verhältnisse in der Herkunftsregion plausibel ist.

**Zwangsheiraten** sind nach den Erkenntnissen der Bundesregierung im Kulturkreis der Kl. **nach wie vor üblich** und gehen üblicherweise mit der **Androhung gravierender Repressalien** einher. Gemäß der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Zwangsheirat (vgl. die Legaldefinition „Nötigung zur Eingehung der Ehe mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel“ in § 237 StGB) liegt eine Zwangsheirat dann vor, „wenn mindestens einer der zukünftigen Ehepartner durch eine Drucksituation zur Ehe gezwungen wird, wobei in der überwiegenden Zahl der Fälle Mädchen und junge Frauen betroffen sind. Die Betroffene wird zur Ehe gezwungen und findet entweder mit ihrer Weigerung kein Gehör oder wagt es nicht, sich zu widersetzen, weil Eltern, Familie, Verlobte und Schwiegereltern mit den unterschiedlichsten Mitteln versuchen, Druck auf sie auszuüben. Dazu gehören physische und sexuelle Gewalt, Nötigungen (durch Drohungen, Einsperren, Entführung, psychischer und sozialer Druck sowie emotionale Erpressung), Einschränkungen in Bezug auf Lebensstil und Bewegungsspielraum und andere erniedrigende und kontrollierende Handlungen – in drastischen Fällen bis hin zu Ehrenmorden. Die unter Zwang verheirateten Mädchen und jungen Frauen stammen vor allem aus ... oder kurdischem Umfeld.“ (BT-Drs. 17/1213 v. 24.03.2010, 7). Nach den aktuellen Erkenntnissen des Auswärtigen Amtes werden Frauen in Irak noch immer in Ehen gezwungen (Bericht über die asyl- und abschiebungsrelevante Lage in der Republik Irak, Stand Dez. 2015, 11). Hierfür spricht auch der Erlass des seit August 2011 in der autonomen Region Kurdistan-Irak geltenden Gesetzes zur Bekämpfung häuslicher Gewalt, in dem weibliche Genitalverstümmelung, Zwangsverheiratung von Frauen und andere Gewalt innerhalb der Familie unter Strafe gestellt sind (Auswärtiges Amt aaO.). Dies verdeutlicht einerseits, dass die kurdische Regionalregierung ihre Anstrengungen zum Schutz der Frauen verstärkt hat und andererseits, dass die häusliche Gewalt tatsächlich ein Missstand in der dortigen, traditionell patriarchalisch strukturierten Familienverbandsgesellschaft ist.

Die **Freiheit der Eheschließung ist in internationalen Konventionen garantiert** (Art. 13 EMRK, Art. 9 GRCh, Art. 16 II UN-Menschenrechtserklärung). Nach einhelliger Auffassung im ausländerrechtlichen Schrifttum ist eine Nötigungshandlung zur Erzwingung einer Heirat in jedem Fall eine das Selbstbestimmungsrecht der Frau verletzende, verwerfliche Handlung (Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 37 AufenthG Rn. 43; Müller in Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 37 AufenthG Rn. 14; Kessler in Hofmann, aaO., § 3 a AsylG Rn. 19; Hailbronner, Ausländerrecht, Stand Jan. 2016, § 37 AufenthG Rn. 32 d, § 3 a AsylG Rn. 35 und § 3 b AsylG Rn. 35; Marx, AsylVfG, 8. Aufl. 2014, § 3 a Rn. 48).“ (VGH München aaO.)

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 765a ZPO

### Einstellung einer Räumungszwangsvollstreckung Bei Suizidgefahr auch dauerhaft

Vollstr.R

(BVerfG in NJW 2016,1306; Beschluss vom 06.07.2016 – 2 BvR 548/16)

1. Das Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG verpflichtet die Vollstreckungsgerichte, bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 765 a ZPO auch die **Wertentscheidungen des Grundgesetzes** und die dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung gewährleisteten Grundrechte **zu berücksichtigen**.
2. Eine unter Beachtung dieser Grundsätze vorgenommene Würdigung aller Umstände kann in besonders gelagerten Einzelfällen dazu führen, dass die Vollstreckung für einen längeren Zeitraum und – in absoluten Ausnahmefällen – auf unbestimmte Zeit einzustellen ist.
3. Ergibt die erforderliche Abwägung, dass **die der Zwangsvollstreckung entgegenstehenden**, unmittelbar der Erhaltung von Leben und Gesundheit dienenden **Interessen** des Schuldners im konkreten Fall ersichtlich **schwerer wiegen als die Belange**, deren Wahrung die Vollstreckungsmaßnahme dienen soll, so kann der trotzdem erfolgende Eingriff das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und das Grundrecht des Schuldners aus Art. 2 II 1 GG verletzen.

**Fall:** Die Verfassungsbeschwerde betrifft den Umgang mit einer schweren psychischen Erkrankung der Vollstreckungsschuldnerin in einem Zwangsversteigerungsverfahren.

Auf Antrag der Gläubigerin wurde mit Beschlüssen vom 25.10.2012 wegen dinglicher Ansprüche aus Gesamtgrundschulden in Höhe von über 450.000 € die Zwangsversteigerung von sechs mit einem Wohnhaus einheitlich überbauten Grundstücken der Bf. angeordnet. Am 18.01.2013 beantragte die heute 72-jährige Bf., die für den Aufgabenkreis „Vermögenssorge“ unter Betreuung steht, Vollstreckungsschutz gem. § 765 a ZPO. Sie sei suizidgefährdet; im Fall einer Zwangsversteigerung werde sich die Gefahr eines Suizids massiv erhöhen. Mit Beschlüssen vom 19.05.2014 stellte das AG die Verfahren einstweilen bis zum 30.11.2014 ein mit der Auflage, die Bf. habe sich regelmäßig zumindest ambulant psychiatrisch und psychotherapeutisch behandeln zu lassen und dies gegenüber dem Gericht in Abständen von zwei Monaten durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nachzuweisen. Nachdem das AG nach Ablauf des Einstellungszeitraums auf Antrag der Gläubigerin die Fortsetzung der Zwangsversteigerungsverfahren angeordnet hatte, beantragte die Bf. mit Schriftsatz vom 27.05.2015 erneut Vollstreckungsschutz. Zur Begründung führte sie unter Vorlage fachärztlicher Atteste vom 18.06.2015 und 13.07.2015 und einer Stellungnahme der sie behandelnden Psychotherapeutin vom 17.07.2015 aus, ihre Behandlung habe zu keiner Verbesserung des Gesundheitszustandes geführt. In jüngster Zeit sei sogar eine Verschlechterung des seelischen und körperlichen Befindens eingetreten. Sie sei ohne Aussicht auf Heilung für unbestimmte Zeit suizidal.

Mit Beschlüssen vom 13.11.2015 stellte das AG Aachen die Zwangsversteigerungsverfahren einstweilen bis zum 31.07.2016 ohne Auflagen ein. Durch die auflagenfreie einstweilige Verfahrenseinstellung solle der Bf. die Möglichkeit gegeben werden, die begonnenen Therapien unbelastet von der Notwendigkeit zur regelmäßigen Dokumentation eventueller Behandlungsfortschritte fortzusetzen und auf diese Weise eine Stabilisierung ihres Gesundheitszustands zu erreichen. Mit Beschlüssen vom 09.03.2016 wies das LG Aachen die sofortigen Beschwerden der Gläubigerin und der Bf. zurück. Zur Begründung führte es aus, der zwischen den Grundrechten der Bf. und der Gläubigerin zu schaffende Ausgleich könne nur dadurch erfolgen, dass das Verfahren einstweilen eingestellt werde. Die Kammer gehe davon aus, dass die Bf. bei Fortführung des Zwangsversteigerungsverfahrens erheblich suizidgefährdet sei. Das AG habe zu Recht eine dauerhafte Einstellung des Verfahrens nicht angeordnet. Das Interesse des Gläubigers an der Fortsetzung des Verfahrens verbiete insoweit eine dauerhafte Einstellung, weil die staatliche Aufgabe, das Leben des Schuldners zu schützen, nicht auf unbegrenzte Zeit durch ein Vollstreckungsverbot gelöst werden könne. Gegen die Beschlüsse des LG hat die Bf. Verfassungsbeschwerde eingelegt mit der Begründung, durch nicht dauerhafte Einstellung der Zwangsvollstreckung sei ihr Recht auf Leben aus Art. 2 II 1 GG beeinträchtigt.

Durch die Entscheidung könnte die Bf. in ihrem Grundrecht auf Leben aus Art. 2 II 1 GG beeinträchtigt sein.

## I. Schutzbereich

Vom Schutz des Rechts auf Leben ist jedermann, und damit auch die Bf. persönlich umfasst. Sachlich ist das Leben als solches geschützt, so dass auch die Gefahr eines Suizids in den Schutzbereich fällt.

## II. Eingriff

Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten, dass die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert. Durch die nicht dauerhafte Einstellung der Zwangsvollstreckung ist das Leben der Bf. gefährdet. Hierin ist ein staatlicher Eingriff zu sehen.

*„Das Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG verpflichtet die Vollstreckungsgerichte, bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 765 a ZPO auch die **Wertentscheidungen des Grundgesetzes** und die dem Schuldner in der Zwangsvollstreckung gewährleisteten Grundrechte **zu berücksichtigen**. Eine unter Beachtung dieser Grundsätze vorgenommene Würdigung aller Umstände kann in besonders gelagerten Einzelfällen dazu führen, dass die Vollstreckung für einen längeren Zeitraum und – in absoluten Ausnahmefällen – auf unbestimmte Zeit einzustellen ist. Ergibt die erforderliche Abwägung, dass **die der Zwangsvollstreckung entgegenstehenden**, unmittelbar der Erhaltung von Leben und Gesundheit dienenden **Interessen** des Schuldners im konkreten Fall ersichtlich **schwerer wiegen als die Belange**, deren Wahrung die Vollstreckungsmaßnahme dienen soll, so kann der trotzdem erfolgende Eingriff das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und das Grundrecht des Schuldners aus Art. 2 II 1 GG verletzen (vgl. BVerfGE 52, 214 [219 f.] = NJW 1979, 2607; BVerfGK 6, 5 [10] = NZM 2005, 657 = NJW 2005, 3414 Ls.; BVerfG [1. Kammer des Zweiten Senats], NJW-RR 2014, 1290 Rn. 11).“* (BVerfG aaO.)

## III. Rechtfertigung

Grundsätzlich steht das Recht auf Leben nach Art. 2 II 3 GG unter einem **einfachen Gesetzesvorbehalt**, wobei aufgrund der **Wesentlichkeitstheorie** des BVerfG stets ein förmliches Gesetz erforderlich ist. Hier ergeht die Entscheidung auf der Grundlage des ZVG, welches als förmliches Gesetz einen Eingriff grundsätzlich rechtfertigen kann. An der Verfassungsmäßigkeit des ZVG bestehen keine Bedenken. Allerdings könnte hier die **Rechtsanwendung** im Einzelfall mit dem Verfassungsrecht nicht zu vereinbaren sein.

### 1. Vorgaben für Vollstreckungsgerichte

*„Die Vollstreckungsgerichte haben in ihrer Verfahrensgestaltung die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, damit **Verfassungsverletzungen durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ausgeschlossen** werden und der sich aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ergebenden **Schutzpflicht staatlicher Organe** Genüge getan wird (vgl. BVerfGE 52, 214 [220 f.] = NJW 1979, 2607; BVerfGK 6, 5 [10] = NZM 2005, 657 = NJW 2005, 3414 Ls.). Es ist Aufgabe der staatlichen Organe, Grundrechtsverletzungen nach Möglichkeit auszuschließen.“* (BVerfG aaO.)

### 2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob die Gerichte ihrer Pflicht, den Sachverhalt aufzuklären und die Interessen der Beteiligten sorgfältig zu ermitteln, in dem gebotenen Umfang nachgekommen sind und insofern bei der von ihnen vorgenommene **Abwägung des Grundrechts der Bf. auf Schutz ihres Lebens** gegen das ebenfalls grundrechtlich geschützte Vollstreckungsinteresse des Gläubigers eine tragfähigen Grundlage vorhanden ist.

#### a) Interesse der Bf.

*„Nach den Attesten der die Bf. seit Oktober 2011 behandelnden Fachärztin für Neurologie und Psychiatrie, die dem LG vorgelegen haben, leidet die Bf., verursacht durch in der Kindheit und Jugend erlittene schwere Misshandlungen, einschließlich sexuellen Missbrauchs im Elternhaus und in einer Jugendeinrichtung, an einer **schweren Depression mit psychotischen Symptomen und einer posttraumatischen Belastungsstörung**. Seit Anfang 2015 gehe es ihr trotz konsequenter psychiatrischer Behandlung einschließlich einer Medikation von Antidepressiva, Antipsychotika, Schmerzmedikation und einem Tranquillizer kontinuierlich schlechter in der Form, dass sie **immer wieder unter Suizidgedanken** mit nun zunehmender Intensität leide. Auslöser für die massive Verschlechterung ihres Zustands sei die ständige Androhung der Zwangsversteigerung ihres Hauses, welches für sie nicht nur äußerlich, sondern auch **innerlich ein geschützter Rückzugsort**, ein Ort der Geborgenheit, gewesen sei. Sie habe ständig Todeswünsche mit zunehmender gedanklicher Ausgestaltung der Tat und brauche umfassende Hilfe auch in der körperlichen Versorgung durch ihren Ehemann.*

*In den Attesten heißt es weiter, die Bf. arbeite im Rahmen ihrer Möglichkeiten in allen Therapien mit. Vom psychiatrischen Fachgebiet seien die **therapeutischen Maßnahmen vollumfänglich ausgeschöpft**. Solange der Verlust des Wohnanwesens drohe, sei sie weiter als schwer suizidgefährdet*

einzustehen. Ihre Drohungen seien ernst zu nehmen, da die Bf. in der Vergangenheit bereits harte Suizidversuche mit bleibenden körperlichen Schäden unternommen habe. Ein Suizidversuch habe zu dem Verlust eines Auges und einem Schädelhirntrauma mit wochenlanger Bewusstlosigkeit geführt.“ (BVerfG aaO.)

## b) Einstellung auf Zeit

Fraglich ist, ob die Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Zeit den sich daraus ergebenden Belangen der Bf. auf Schutz ihres Rechts auf Leben gerecht wird.

„Nach den fachgerichtlichen Entscheidungen sollte der Bf. dadurch die Möglichkeit gegeben werden, die begonnenen Therapien unbelastet von der Notwendigkeit zur regelmäßigen Dokumentation eventueller Behandlungsfortschritte fortzusetzen und auf diese Weise eine Stabilisierung ihres Gesundheitszustands zu erreichen. Die Atteste schließen eine Besserung jedoch aus, solange die Zwangsversteigerung nicht endgültig abgewendet ist.

Unter den sich aus der fachärztlichen Einschätzung und dem bisherigen Krankheitsverlauf der Bf. ergebenden **besonderen Umständen** durfte sich das LG von Verfassungen wegen zur Begründung der Dauer der Verfahrenseinstellung nicht auf die Darlegung des (von Rechtsprechung und Literatur nicht uneingeschränkt, sondern eher als „Faustregel“ aufgestellten) **Grundsatzes** beschränken, dass die **Vorschrift des § 765 a ZPO nur zeitlich begrenzte Regelungen** ermögliche, da andernfalls der Vollstreckungstitel außer Kraft gesetzt werde. Zwar wird auch bei erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit regelmäßig die Einstellung der Vollstreckung für einen längeren Zeitraum ausreichen, weil solche Gefahren meist mit zunehmendem Zeitablauf ausgeräumt werden können, wozu auch der Vollstreckungsschuldner selbst beizutragen hat. Sind die **fraglichen Umstände indes ihrer Natur nach keiner Änderung zum Besseren zugänglich**, kann in einem noch engeren Kreis von Ausnahmefällen aber auch die Gewährung von **Vollstreckungsschutz auf Dauer** geboten sein (BVerfGE 52, 214 [219 f.] = NJW 1979, 2607; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 1992, 1155).“ (BVerfG aaO.)

Eine dauerhafte Einstellung ist jedenfalls vollstreckungsrechtlich nicht ausgeschlossen und kann verfassungsrechtlich geboten sein.

„Vor diesem Hintergrund hätte es weiterer Feststellungen des LG zu dem Gesundheitszustand der Bf. und den – **auch langfristig bestehenden – Lösungsmöglichkeiten** für den Konflikt zwischen der Gesundheitsgefahr für die Bf. und den Vermögensinteressen der Gläubigerin bedurft. Das LG hätte dazu etwa die Fachärztin und die Psychotherapeutin, die die Bf. seit Jahren behandeln, persönlich anhören und dabei zugleich klären können, ob und gegebenenfalls welche Hindernisse einer persönlichen Exploration der Bf. durch einen Sachverständigen entgegenstehen. Jedenfalls hätte es einen Sachverständigen mit der entsprechenden Auswertung der vorliegenden schriftlichen Befunde beauftragen können. Da es um die Erhaltung eines stabilen Wohnumfelds der Bf. geht, hätte auch die Frage nahegelegen, ob und welche Möglichkeiten es für die Bf. unter Mithilfe ihres Ehemanns gibt, ein solches Umfeld anderweitig zu schaffen und welcher Zeitraum hierfür unter therapeutischer Begleitung gegebenenfalls erforderlich wäre.

Auf der anderen Seite fehlen tragfähige **Feststellungen zu Art und Umfang der gegenläufigen Interessen der Gläubigerin**. Nach den Beschlüssen des AG sind die Ansprüche der Gläubigerin durch die Grundschulden vorrangig dinglich gesichert, so dass auch bei einer späteren Verwertung der Grundstücke noch mit einer Befriedigung gerechnet werden könne. Die Höhe der Ansprüche wird allerdings nicht beziffert; zum Wert der Grundstücke enthalten die Entscheidungen nicht einmal Schätzungen.“ (BVerfG aaO.)

## IV. Ergebnis

Die nur vorübergehende Einstellung der Zwangsvollstreckung unter Berufung darauf, dass § 765a ZPO eine dauerhafte Einstellung nicht zulasse, ist daher mit Art. 2 II 1 GG (Recht auf Leben) mit dieser Begründung verfassungsrechtlich nicht haltbar. Die Beschlüsse werden aufgehoben und nach § 95 II BVerfGG an das LG zurückverwiesen.

„Da allein die Aufhebung der Beschlüsse des LG noch nicht zu einer Einstellung der Zwangsversteigerungsverfahren führt, ist die **einstweilige Aussetzung der Verfahren bis zum Erlass einer erneuten Entscheidung des LG** anzuordnen (vgl. BVerfGK 6, 5 [13] = NZM 2005, 657 = NJW 2005, 3414 Ls.; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 2004).“ (BVerfG aaO.)



StPO

**Erkennungsdienstliche Behandlung**

StrafVerR

§ 81 b 2. Alt. StPO

**Maßgeblicher Zeitpunkt**

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2016, 626; Beschluss vom 05.04.2016 – 1 S 275/16)

1. Die Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81 b 2. Alt. StPO setzt voraus, dass ein Straf- oder Ermittlungsverfahren gegen den Betroffenen **nicht nur im Zeitpunkt des Ergehens des Ausgangsbescheids, sondern auch bei Erlass des Widerspruchsbescheids** schwebt.
2. War der Betroffene bei Erlass des Ausgangsbescheids Beschuldigter im Sinn des § 81 b 2. Alt. StPO und **verliert diese Eigenschaft während des Widerspruchsverfahrens**, so kann die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung unter Heranziehung von § 36 I Nr. 2 BWPoIG aufrechterhalten werden.

**Fall:** Mit für sofort vollziehbar erklärter Verfügung vom 27.10.2015 forderte der Antragsgegner, gestützt auf § 81b 2. Alt. StPO, die Antragstellerin auf, sich binnen einer Woche zur erkennungsdienstlichen Behandlung bei der örtlich zuständigen Kriminalpolizeidirektion einzufinden (Ziffer 1). Für den Fall, dass sie dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht Folge leiste, wurde ihr unmittelbarer Zwang angedroht (Ziffer 2). Gegen die Anordnungen wandte sich die Antragstellerin an das VG. Wird sie hiermit Erfolg haben?

Auf den dagegen gerichteten Antrag der Antragstellerin nach § 80 V VwGO ordnete das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung deren Widerspruchs hinsichtlich Ziffer 2 der Verfügung an und lehnte im Übrigen den Antrag ab. Zur Begründung führte es aus, dass die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegne, wohingegen die Androhung unmittelbaren Zwangs voraussichtlich rechtswidrig sei. Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit ihren Beschwerden.

**I. Beschwerde der Antragstellerin**

Die zulässige Beschwerde müsste begründet sein. Sie ist begründet, das VG zu Unrecht die sofortige Vollziehung ausgesetzt und die aufschiebende Wirkung angeordnet hat. Dies wiederum ist der Fall, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung entgegen der Annahme des VG nicht rechtswidrig war.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO könnte formell oder materiell rechtswidrig sein.

**1. Formelle Anforderungen an eine Anordnung der sofortigen Vollziehung****a) Zuständigkeit**

Zuständig für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die **Behörde, welche den Verwaltungsakt erlassen hat**. Der Antragsgegner hat sowohl die Verfügung erlassen als auch deren sofortige Vollziehung angeordnet, so dass die Vorgaben für die Zuständigkeit eingehalten wurden.

**b) Form**

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung muss nach § 80 III VwGO sowohl **schriftlich** ergehen als auch **begründet** sein. Die Schriftform wurde eingehalten. Fraglich ist jedoch, ob dem Begründungserfordernis entsprochen wurde. Die Begründung ist nur dann formell ausreichend, wenn sie **nicht bloß formelhaft** erfolgt.

*„In der Begründung einer Vollziehungsanordnung hat die Behörde **schlüssig, konkret und substantiiert** darzulegen, aufgrund welcher Erwägungen sie gerade im vorliegenden Einzelfall ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung als gegeben ansieht und das **Interesse des Betroffenen am Bestehen der gesetzlich vorgesehenen aufschiebenden Wirkung **ausnahmsweise zurückzutreten** hat (vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.09.2001 - 1 DB 26.01 -, juris)“*** (VGH Mannheim aaO.)

**c) Verfahren**

Hinsichtlich der Einhaltung der Verfahrensvorgaben ist fraglich, ob hier nicht eine Anhörung nach § 28 I LVwVfG hätte erfolgen müssen.

Eine Anhörung ist erforderlich **vor Erlass eines Verwaltungsaktes**, welcher in die Rechte des Betroffenen eingreift. Hier geht es um den Erlass einer Anordnung der sofortigen Vollziehung. Diese enthält - da akzessorisch zum Verwaltungsakt - **keine**

**eigenständige Regelung** und ist daher **kein Verwaltungsakt** i.S.d. § 35 LVwVfG. Fraglich ist jedoch, ob nicht wegen der **belastenden Tendenz** des Entzugs der aufschiebenden Wirkung gleichwohl eine Anhörung erforderlich war. Dies wird mehrheitlich mit der Begründung abgelehnt, dass zu dem belastenden Verwaltungsakt, zu dem die Anordnung der sofortigen Entziehung ergeht, ohnehin eine Anhörung erforderlich ist.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist daher formell rechtmäßig erfolgt.

## II. Materielle Rechtswidrigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung könnte jedoch materiell rechtswidrig sein. Sie setzt voraus, dass ein **besonderes öffentliches Interesse** an der Aufhebung der aufschiebenden Wirkung durch Anordnung der sofortigen Vollziehung besteht. Dies ist der Fall, wenn das **Vollzugsinteresse** - also das Interesse daran, über die belastende Maßnahme hinaus dem Adressaten die aufschiebende Wirkung zu entziehen - **über das Erlassinteresse** - also das Interesse an der Anordnung der Durchführung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen - hinausgeht.

### 1. Erlassinteresse / summarische Prüfung des Grund-VA

Dies setzt jedoch zunächst voraus, dass überhaupt ein Erlassinteresse besteht, also der Verwaltungsakt, dessen sofortige Vollziehung angeordnet wird, nach summarischer Prüfung rechtmäßig ist, denn hinsichtlich rechtswidriger Verwaltungsakte kann wegen Fehlens des Erlassinteresses schon kein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung bestehen.

#### a) Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung von erkennungsdienstlichen Maßnahmen hat der Antragsgegner § 81 b 2. Alt. StPO benannt, weil es hier um Zwecke des Erkennungsdienstes und damit um präventiv-polizeiliche Tätigkeit gehe. In Betracht kommt jedoch auch § 36 I Nr. 2 PolG BW.

#### b) Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen

##### aa) Zuständigkeit

Für erkennungsdienstliche Maßnahmen im Bereich der präventiv-polizeilichen Tätigkeit ist ausschließlich die Kriminalpolizei zuständig (vgl. VGH Mannheim NVwZ-RR 2004, 572; OVG Münster NJW 1972, 2147).

##### bb) Verfahren

Bei der Anordnung von erkennungsdienstlichen Maßnahmen für Zwecke des Erkennungsdienstes handelt es sich um einen **belastenden Verwaltungsakt**, so dass nach § 28 I LVwVfG vor Erlass die **Anhörung** des Adressaten erforderlich ist. Hier wurde dem Antragssteller aber vor Erlass der Anordnung **keine Gelegenheit zur Stellungnahme** gegeben. Die Anhörung könnte jedoch nach § 28 II Nr. 1 LVwVfG wegen **Gefahr in Verzug** entbehrlich gewesen sein. Für einen solchen Eilfall liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor. Allerdings kann ein **Anhörungs-mangel** nach § 45 I Nr. 3 LVwVfG auch **noch geheilt werden**. Eine solche Heilung ist hier noch nicht erfolgt, könnte jedoch erfolgen.

Fraglich ist, ob der bis dahin fortbestehende formelle Mangel der Grundverfügung auch dazu führt, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtsfehlerhaft erfolgt ist und die Vollziehung daher ausgesetzt werden muss.

*„Die **Verwaltungsgerichtsordnung** enthält **keine dahingehende Regelung**. Es gibt auch **keinen Grundsatz**, wonach die formelle Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts für sich genommen stets seiner Vollziehung entgegenstehen würde, ohne dass es auf seine Rechtmäßigkeit in der Sache ankäme. Eine **Aussetzung der Vollziehung** ist **nicht zwingend geboten**, wenn der Verwaltungsakt möglicherweise Bestand haben wird, weil der **formelle***

**Fehler geheilt werden kann** (vgl. HbgOVG, Beschl. v. 18.12.2006 - 3 Bs 218/05 -, NVwZ-RR 2007, 364; BayVGH, Beschl. v. 17.11.2014 - 7 CS 14.275 -, juris). So liegt der Fall hier. Die Nachholung der Anhörung und eine Entscheidung unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Antragstellerin sind im **noch anhängigen Widerspruchsverfahren möglich**. Es kann deshalb dahinstehen, ob der Anhörungsmangel bereits dadurch geheilt worden ist, dass der Antragsgegner sich im gerichtlichen Verfahren zu den schriftsätzlich vorgebrachten Einwände der Antragstellerin gegen die Verfügung erklärt und gleichwohl an seiner Entscheidung festgehalten hat (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 24.06.2010 - 3 C 14.09 -, BVerwGE 137, 199 einerseits; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 12.08.2014 - 9 S 1722/13 -, ESVGH 65, 189 andererseits).“ (VGH Mannheim aaO.)

### cc) Form

Die Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen ist schriftlich ergangen, so dass nach § 39 I 1 LVwVfG eine Begründung erforderlich ist.

„In der Begründung sind die **wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe** mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben (§ 39 I 2 LVwVfG). Die Begründung von Ermessensentscheidungen soll auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der **Ausübung ihres Ermessens** ausgegangen ist (§ 39 I 3 LVwVfG). Die erforderliche Begründung kann jedoch auch **nachträglich bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz** eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gegeben werden (§ 45 I Nr. 2, II LVwVfG). Jedenfalls letzteres ist geschehen, indem der Antragsgegner seinen Bescheid schriftsätzlich umfassend verteidigt hat. Darauf, ob die Begründung auch inhaltlich Überlegungen enthält, die die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung tragen können, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, weil § 39 LVwVfG nur die formelle Begründungspflicht regelt (vgl. VGH Bad.-Württ., Urt. v. 12.08.2014, aaO. m.w.N.).“ (VGH Mannheim aaO.)

### c) Materielle Rechtmäßigkeit der Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahme

#### aa) Handeln auf Basis des § 81b 2. Alt. StPO

„Voraussetzung einer Anordnung nach § 81b 2. Alternative StPO ist ..., dass ein **Straf- oder Ermittlungsverfahren gegen den Betroffenen schwebt**; nur während der Anhängigkeit eines solchen Verfahrens ist der Betroffene als Beschuldigter im Sinn der Strafprozessordnung anzusehen. Dabei **genügt es nicht**, dass lediglich **im Zeitpunkt des Ergehens** einer Anordnung der Ausgangsbehörde zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen ein strafprozessuales Verfahren gegen einen Tatverdächtigen betrieben wurde. Vielmehr muss wegen des **Grundsatzes der Einheit des Verfahrens** der Ausgangsbehörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, und der Widerspruchsbehörde, die den Ausgangsbescheid überprüft, die **Beschuldigteneigenschaft bis zum Erlass des Widerspruchsbescheids** vorliegen (vgl. ausf. Senat, Urt. v. 07.03.2007 - 1 S 1170/05 -; BayVGH, Urt. v. 09.02.2004 - 24 B 03.695 -, juris; a. A. SächsOVG, Beschl. v. 10.10.2000 - 3 BS 53/00 -, NVwZ-RR 2001, 238). Daran fehlt es hier. Zum Zeitpunkt des Erlasses des Ausgangsbescheids vom 27.10.2015 war die Antragstellerin zwar noch Beschuldigte im Sinn des § 81b 2. Alternative StPO, weil das Strafverfahren gegen sie noch anhängig war. Am 10.11.2015 stellte jedoch die Staatsanwaltschaft Konstanz das „wegen Handels mit oder Herstellens von oder Abgabe bzw. Besitz von nicht geringen Mengen BtM“ eingeleitete Ermittlungsverfahren nach § 153a I StPO ein, so dass die **Antragstellerin im noch anhängigen Widerspruchsverfahren nicht mehr Beschuldigte im Sinn des Gesetzes ist**.“ (VGH Mannheim aaO.)

#### bb) Handeln auf Basis des § 36 I Nr. 2 PolG BW

##### (1) Austausch der Rechtsgrundlage

Fraglich ist zunächst, ob ein Austausch der Rechtsgrundlage überhaupt möglich ist oder die Anordnung nicht allen deshalb rechtswidrig ist, weil der Antragsgegner von der Anwendung der falschen Ermächtigungsgrundlage ausgegangen ist.

„Gegen den Austausch der Rechtsgrundlage (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 16.09.2004 - 4 C 5/03 -, BVerwGE 122, 1 m.w.N.) bestehen keine rechtlichen Bedenken, weil **sowohl § 81b 2. Alternative StPO als auch § 36 I Nr. 2 PolG** der Verfolgungsvorsorge und damit im weiteren Sinn auch **präventivpolizeilichen Zwecken dienen**, ein **Zuständigkeitswechsel nicht eintritt**, die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung nach beiden Ermächtigungsgrundlagen mit Ausnahme der Beschuldigteneigenschaft **an dieselben Tatbestandsvoraussetzungen** anknüpft und das auszuübende Ermessen sich an denselben Maßstäben orientiert (vgl. Senat, Urt. v. 07.03.2007, aaO.).“ (VGH Mannheim aaO.)

## (2) Vorliegen der Voraussetzungen des § 36 I Nr. 2 PolG BW

Nach § 36 I Nr. 2 PolG BW kann der Polizeivollzugsdienst erkennungsdienstliche Maßnahmen ohne Einwilligung des Betroffenen vornehmen, wenn dies zur **vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich** ist, weil der Betroffene **verdächtig ist, eine Straftat begangen zu haben**, und die Umstände des Einzelfalles die Annahme rechtfertigen, dass er zukünftig eine Straftat begehen wird.

### (a) Begriff der Erforderlichkeit

„Die Notwendigkeit der Anfertigung und Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Unterlagen bemisst sich danach, ob der anlässlich des gegen den Betroffenen gerichteten Strafverfahrens festgestellte Sachverhalt **nach kriminalistischer Erfahrung** angesichts aller Umstände des Einzelfalls - insbesondere angesichts der Art, Schwere und Begehungsweise der den Betroffenen im strafrechtlichen Anlassverfahren zur Last gelegten Straftaten, seiner Persönlichkeit sowie unter Berücksichtigung des Zeitraums, während dessen er strafrechtlich nicht (mehr) in Erscheinung getreten ist - **Anhaltspunkte für die Annahme** bietet, dass der Betroffene **künftig oder anderwärts gegenwärtig** mit guten Gründen als Verdächtiger in den Kreis potentieller Beteiligten an einer noch aufzuklärenden strafbaren Handlung einbezogen werden könnte und dass die erkennungsdienstlichen Unterlagen die dann zu führenden Ermittlungen - den Betroffenen schließlich überführend oder entlastend - fördern könnten (st. Rspr. des BVerwG, vgl. Ur. v. 19.10.1982 - 1 C 29.79 -, BVerwGE 66, 192, Beschl. v. 13.05.1988 - 1 B 7.88 -, juris, und Ur. v. 23.11.2005 - 6 C 2.05 -, NJW 2006, 1225).“ (VGH Mannheim aaO.)

### (b) Erforderlichkeit bei eingestelltem Ermittlungsverfahren

„Grundlage der Prognose der künftigen Begehung von Straftaten können auch **Erkenntnisse aus einem** nach §§ 153 ff. oder § 170 II StPO eingestellten Ermittlungsverfahren sein. Die Verfahrenseinstellung als solche steht der Annahme eines (Rest-)Tatverdachts nicht entgegen. Die **Berücksichtigung von Verdachtsgründen**, die auch nach einer Verfahrenseinstellung fortbestehen können, stellt **keine Schuldfeststellung oder -zuweisung** dar, wenn und soweit sie anderen Zwecken, insbesondere der vorbeugenden Straftatenbekämpfung, dient. Sie verstößt daher auch nicht gegen die in Art. 6 II EMRK verbürgte Unschuldsvermutung. Allerdings setzt die Annahme eines solchen Restverdachts die eingehende Würdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Gründe für die Einstellung des Verfahrens voraus (vgl. Senat, Ur. v. 27.09.1999 - 1 S 1781/98 -, NVwZ-RR 2000, 287 [zu § 153a II StPO] und v. 13.07.2011 - 1 S 350/11 -, juris [zu § 170 II StPO]).“ (VGH Mannheim aaO.)

### (c) Gerichtliche Kontrolldichte

„Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Notwendigkeit“ unterliegt hierbei der **vollen Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte**; lediglich das der polizeilichen Prognose über das künftige Verhalten des Betroffenen zugrunde liegende Wahrscheinlichkeitsurteil ist einer Kontrolle nur begrenzt zugänglich; diese erstreckt sich lediglich darauf, ob die Prognose auf zutreffender Tatsachengrundlage beruht und ob sie nach gegebenem Erkenntnisstand unter Einbeziehung des kriminalistischen Erfahrungswissens sachgerecht und vertretbar ist (vgl. Senat, Ur. v. 18.12.2003 - 1 S 2211/02 -, VBIBW 2004, 214, v. 29.05.2008 - 1 S 1503/07 -, NJW 2008, 3082 und v. 13.07.2011, aaO.). Die Notwendigkeit einer erkennungsdienstlichen Behandlung entscheidet sich dabei immer danach, ob die erkennungsdienstlichen Unterlagen gerade für die Aufklärung solcher Straftaten geeignet und erforderlich sind, für die eine Wiederholungsgefahr prognostiziert werden kann (Senat, Ur. v. 29.05.2008, aaO.).“ (VGH Mannheim aaO.)

### (d) Maßgeblicher Zeitpunkt für Prognose

„Für die Beurteilung der Notwendigkeit der Maßnahmen ist nicht (nur) auf den Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung, sondern auch auf den **Zeitpunkt der tatsächlichen Vornahme dieser Maßnahmen** abzustellen. Im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der streitigen noch nicht vollzogenen Anordnung kommt es deshalb für die Beurteilung der Notwendigkeit der angeordneten Maßnahmen auf die **Sachlage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung** an (vgl. BVerwG, Ur. v. 19.10.1982, aaO.; Senat, Ur. v. 13.07.2011, aaO.).“ (VGH Mannheim aaO.)

**(e) Anwendung auf den Fall**

„An diesen Maßstäben gemessen dürfte die Einschätzung des Antragsgegners, die Antragstellerin könnte bei künftigen noch aufzuklärenden Straftaten **mit guten Gründen in den Kreis möglicher Tatverdächtiger** einbezogen werden, nicht zu beanstanden sein. Bei einer Gesamtschau der strafrechtlich relevanten Vorkommnisse wird ersichtlich, dass bei der Antragstellerin jedenfalls eine **Neigung zum illegalen Besitz von Betäubungsmitteln** besteht. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim aaO.)

**(3) Ermessen**

Allerdings steht die Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen im Ermessen des Antragsgegners.

„Schließlich dürfte die angefochtene Verfügung auch nicht wegen eines Ermessensfehlers rechtswidrig sein. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat, lässt sich der Begründung des Bescheids entnehmen, dass die **Behörde ihr Ermessen erkannt und dieses auch ausgeübt** hat. Insbesondere sind darin auch für den Fall Erwägungen enthalten, dass lediglich hinsichtlich des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln von einem hinreichenden Tatverdacht und einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden kann. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim aaO.)

Die Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen ist nach rechtmäßig, so dass ein Erlassinteresse besteht.

**2. Vollzugsinteresse**

Trotz offensichtlicher Rechtmäßigkeit der Grundverfügung sieht das Gesetz in § 80 I VwGO die aufschiebende Wirkung als Regelfall vor. Sie darf nur entzogen werden, wenn daran ein darüber hinausgehendes Interesse besteht.

„Diesen Anforderungen hat der Antragsgegner genügt, indem er auf das **öffentliche Interesse an der effektiven Aufklärung** von seitens der Antragstellerin zu befürchtenden Betäubungsmitteldelikten hingewiesen hat, welches eine möglichst rasche Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung verlange. Diese Begründung lässt erkennen, dass sich der Antragsgegner des Ausnahmecharakters der Anordnung des Sofortvollzugs bewusst gewesen ist und sich der Sofortvollzug auf den Schutz der Allgemeinheit vor den von der Antragstellerin ausgehenden Gefahren gründet. Damit entspricht sie den Voraussetzungen der § 80 III VwGO. Denn das für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Satz 1 Nr. 4 VwGO erforderliche besondere Vollzugsinteresse wird bereits durch die der Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen zugrundeliegende Prognose der Wiederholungsgefahr indiziert (vgl. BayVGh, Beschl. v. 23.11.2009 - 10 CS 09.1854 -, juris).“ (VGH Mannheim aaO.)

**3. Ergebnis**

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist rechtmäßig erfolgt. Die Entscheidung des VG ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

**II. Beschwerde der Antragsgegner**

Die Beschwerde des Antragsgegners richtet sich gegen die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Androhung unmittelbaren Zwangs.

„Nach § 52 I PolG darf unmittelbarer Zwang nur angewandt werden, wenn der **polizeiliche Zweck auf andere Weise nicht erreichbar erscheint**. Dass dies vorliegend der Fall wäre, vermag der Senat auch in Ansehung des Beschwerdevorbringens nicht zu erkennen.

Der Antragsgegner macht erneut geltend, dass die **Androhung eines Zwangsgelds untunlich** sei, weil aufgrund der strafrechtlichen Ermittlungen zu befürchten sei, dass die Antragstellerin künftig harte Drogen auch an minderjährige Personen abgebe; Ziel der erkennungsdienstlichen Behandlung sei es auch, den Betroffenen **von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten**, weshalb sie grundsätzlich unaufschiebbar sei. Diese Erwägungen vermögen die Erforderlichkeit der Androhung unmittelbaren Zwangs nicht zu tragen. Dem steht bereits entgegen, dass **zwischen der Durchsuchung** der Wohnung der Antragstellerin am 15.07.2015 und der **Anordnung ihrer erkennungsdienstlichen Behandlung mehr als drei Monate vergangen** waren und das Polizeipräsidium Tuttlingen auch auf die mit Schreiben vom 22.09.2015 geäußerte Bitte des Polizeipostens Bad Dürkheim, die Anordnung in die Wege zu leiten, noch etwa vier Wochen untätig geblieben war. Hinreichende **Anhaltspunkte für eine unmittelbar drohende Gefahr für bedeutende Rechtsgüter** (vgl. OVG Bln.-Bbg., Beschl. v. 23.08.2013 - 3 S 41.13 -, juris Rn. 8 m.w.N.) **liegen ebenfalls nicht vor**. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dann nicht etwaige Verzögerungen, die mit der möglicherweise ergebnislosen vorherigen Androhung eines Zwangsgeldes verbunden sind, abgewartet werden können.“ (VGH Mannheim aaO.)

Die Beschwerde des Antragsgegners hat daher ebenfalls keinen Erfolg.

(SaarVerfGH in NVwZ-RR 2016, 641; Beschluss vom 19.04.2016 – Lv 12/14)

1. Das Willkürverbot gebietet, dass **niemand** auch nur **objektiv willkürlich behandelt** werden darf. Objektiv willkürlich ist eine richterliche Entscheidung dann, wenn sie **sachlich unhaltbar und unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar** ist, also eine „**krasse Fehlentscheidung**“.
2. Das **Grundrecht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren** ist verletzt, wenn ein **Gericht sein prozessuales Vorgehen nicht so gestaltet**, wie die Beteiligten es auf der Grundlage der maßgeblichen Vorschriften der **Verfahrensordnung von ihm erwarten** dürfen. Als verfassungswidrig können indessen **nicht jeder Verfahrensfehler** und jede Verkennung des „einfachen“ Verfahrensrechts betrachtet werden. Sie sind es nur dann, wenn **grundlegende**, in den Vorschriften der maßgeblichen Verfahrensordnung zum Ausdruck kommende **rechtsstaatliche Prinzipien verkannt** worden sind.
3. Geht das Gericht von der Unzulässigkeit einer Antragstellung aus, so entspricht es einer fairen, den Gewährleistungen der Verfassung entsprechenden Verfahrensweise, den Kläger **auf die Bedenken gegen die Zulässigkeit hinzuweisen** (§ 86 III VwGO) und zugleich nicht an dem vermeintlich zur Unzulässigkeit führenden Wortlaut der **Antragstellung** zu haften, sondern ihrem **Sinn und Zweck gerecht zu werden**.

**Fall:** Der Bf. ist Einwohner der Landeshauptstadt Saarbrücken. Er ist der NPD angehörendes fraktionsloses Mitglied der Regionalversammlung des Regionalverbandes Saarbrücken, des Bet. zu 1. Der Regionalverband Saarbrücken verwaltet verschiedene Gebäude, in denen sich auch Säle befinden, die angemietet werden können. Näheres regeln Richtlinien für die Benutzung von Sälen des Bet. zu 1 vom 12.10.2012. Nach diesen Richtlinien können Säle im Mittelpavillon des Saarbrücker Schlosses und des Gebäudes des VHS-Zentrums inklusive der darin vorhandenen Einrichtungen und Geräte für die Benutzung zu „Privat- oder Erwerbszwecken“ zur Verfügung gestellt werden. Eine Entgeltordnung regelt die Höhe des Entgeltes für die Benutzung. Der Bf. beantragte am 20.11.2014, ihm Räume – in erster Linie den Festsaal des Schlosses, hilfsweise den kleinen, weiter hilfsweise den großen Saal des Volkshochschulzentrums – am 18.01.2015 oder am 17.01.2015 oder am 10.01.2015 zur Durchführung eines Neujahrsempfanges zur Verfügung zu stellen, in dessen Verlauf er über seine Arbeit als Mitglied der Regionalverbandsversammlung informieren wollte. Zu diesen Terminen stand jedenfalls der große Saal des Volkshochschulzentrums uneingeschränkt zur Verfügung. Verschiedene Veranstalter, ua politische Parteien, hatten im Verlauf des Jahres 2014 Räumlichkeiten gemietet. So wurden die Säle des Bet. zu 1 im Jahr 2014 zu unterschiedlichen Veranstaltungen – für Zwecke der „Kultur für Kids“, verschiedene Ausstellungen, die Durchführung von Eignungstests, Abschlussfeiern, Chorveranstaltungen, Mitgliederversammlungen, den Weihnachtsempfang einer Volksbank bis zu parteipolitischen Veranstaltungen wie Kreisparteitagen – genutzt. Der Bet. zu 1 lehnte die Überlassung an den Bf. als fraktionslosem Mitglied der Regionalversammlung mit der Begründung ab, die Räume würden grundsätzlich nur an Fraktionen der Regionalversammlung überlassen. Den vom Bf. gestellten Antrag, ihm die Räume als Einwohner des Regionalverbandes zu überlassen, beschied der Bet. zu 1 nicht. Mit Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verfolgte der Bf. sein Anliegen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vor dem VG weiter.

Mit Beschluss vom 17.12.2014 (3 L 2066/14, LKRZ 2015, 60 = BeckRS 2015, 40133) lehnte das VG den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit der Begründung ab, zu den Aufgaben eines einzelnen fraktionslosen Mitgliedes der Regionalversammlung gehöre das Betreiben von Öffentlichkeitsarbeit nicht. Der hilfsweise gestellte Antrag auf Überlassung der Räume als Einwohner stelle eine verwaltungsprozessrechtlich unzulässige hilfsweise subjektive Antragshäufung dar. Die dagegen erhobene sofortige Beschwerde wurde vom OVG Saarlouis (NVwZ-RR 2015, 312) zurückgewiesen. Die Unterscheidung zwischen Fraktionen und fraktionslosen Mitgliedern bei der Vergabe von Räumen des Regionalverbandes beruhe auf einer zulässigen willkürfreien Differenzierung. Als Einwohner könne der Ast. und Bf. die Überlassung der Räume nicht beanspruchen, weil sie nach der Benutzungsordnung nur für „Privat- und Erwerbszwecke“ zur Verfügung gestellt würden, der Ast. und Bf. aber politische Zwecke verfolge. Hiergegen erhob der Bf. Verfassungsbeschwerde beim VerfGH und rügte die Verletzung in seinen Grundrechten auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 60 I SaarVerf.), auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 60 I SaarVerf.) und auf Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 12 I SaarVerf.). Zu Recht?

## I. Verhältnis von Landesverfassung und GG

*„Die – sich inhaltlich überschneidenden – Gewährleistungen der Gleichheit vor dem Gesetz in seiner Funktion als Verbot einer auch nur objektiv willkürlichen Behandlung eines Menschen, auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren, auf wirkungsvollen Rechtsschutz und auf rechtliches Gehör werden **von der Verfassung des Saarlandes** – wie es der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs entspricht – in sachlicher Übereinstimmung mit den Grundrechten des Grundgesetzes **verbürgt**. Zwar spricht **Art. 142 GG** lediglich davon, dass **Grundrechte in Landesverfassungen insoweit in Kraft bleiben**, als sie mit den Gewährleistungen der Art. 1–18 GG im Einklang*

stehen, erwähnt also – beispielsweise – die aus Art. 19 IV GG oder aus Art. 103 GG folgenden Grundrechte nicht. Jedoch stehen i.S.d. Art. 142 GG den Grundrechten der Art. 1–18 GG **weitere grundrechtliche Gewährleistungen** – vor allem die justiziellen Grundrechte – **gleich** (BVerfGE 22, 267 [171] = NJW 1967, 1955; HessStGH, ESVGHE 21, 1 [3]).“ (SaarlVerfGH aaO.)

## II. Grundrecht auf rechtliches Gehör - Art. 60 I SaarlVerf

### 1. Bestimmung des Schutzbereichs

„Das ... aus Art. 60 I SaarlVerf. i.V.m. Art. 1 S. 1 SaarlVerf. folgende Grundrecht auf rechtliches Gehör verbürgt seinem Träger zwar nicht, dass seine Argumente geteilt werden, sondern lediglich, dass er vor einer ihn betreffenden gerichtlichen Entscheidung **Gelegenheit zur Äußerung** hat und dass seine **Äußerungen zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen** werden. Das muss nicht ausdrücklich geschehen und muss nicht jede einzelne, von dem Rechtsuchenden vorgetragene Erwägung betreffen. Die richterliche Auseinandersetzung mit seinem Vorbringen muss jedoch wenigstens andeutungsweise oder inzident ergeben, dass die zentrale Rechtfertigung seines Anliegens – bei objektiver Betrachtung – bedacht worden ist.“ (SaarlVerfGH aaO.)

### 2. Anwendung auf den Fall

„[Dem Bf.] musste schon bei Einlegung der Beschwerde gegen die erstinstanzliche Zurückweisung seines Eilrechtsschutzgesuchs klar sein, dass, sollte das Oberverwaltungsgericht, wie von ihm angemahnt, sein Verlangen nach Überlassung von Räumen des Beteiligten zu 1.) als zulässig erachten, die **materiell-rechtlichen Voraussetzungen** für einen Anspruch auf Raumüberlassung auf der Grundlage der Richtlinien für die Benutzung von Sälen des Regionalverbands Saarbrücken **entscheidungserhebliche Relevanz** bekommen würden. Angesichts dessen bestanden von Beginn an die **Notwendigkeit und auch die Möglichkeit**, zu Ziffer I. der Richtlinie **in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vorzutragen**.“ (SaarlVerfGH aaO.)

Der Beschluss des OVG Saarlouis vom 29.12.2014 verletzt den Bf. daher nicht in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör.

## III. Willkürverbot, effektiver Rechtsschutz, faires Verfahren

### 1. Bestimmung der Schutzbereiche

#### a) Willkürverbot - Art. 12 I SaarlVerf

Nach Art. 12 I SaarlVerf sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich.

„Zum Schutzbereich dieses Grundrechts gehört, dass **niemand** auch nur **objektiv willkürlich behandelt** werden darf. Objektiv willkürlich ist eine richterliche Entscheidung dann, wenn sie **sachlich unhaltbar und unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar** ist, also eine **„krasse Fehlentscheidung“** (BVerfGE 89, 1 [14] = NJW 1993, 2035) vorliegt und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden Erwägungen beruht (Sachs/Degenhart, GG, 7. Aufl., Art. 103 Rn. 30, Art. 3 Rn. 123 m.w.N.). Die **fehlerhafte Anwendung** des Gesetzes allein ist nicht zugleich objektiv willkürlich. Das ist sie erst dann, wenn eine **offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt** oder der Inhalt einer offensichtlich einschlägigen Norm in nicht mehr verständlicher Weise **missdeutet** worden ist (SaarlVerfGH, Beschl. v.14.09.2015 – Lv 5/15, BeckRS 2015, 52201).“ (SaarlVerfGH aaO.)

#### b) Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren - Art. 60 I SaarlVerf

Nach Art. 60 I SaarlVerf ist das Saarland eine freiheitliche Demokratie und ein sozialer Rechtsstaat in der Bundesrepublik Deutschland

„Das **Grundrecht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren** – das die Verfassung des Saarlandes durch Art. 60 I SaarlVerf. gewährleistet und dessen Gehalt der Verbürgung des Art. 6 I 1 EMRK entspricht – ist verletzt, wenn ein **Gericht sein prozessuales Vorgehen nicht so gestaltet**, wie die Bet. es auf der Grundlage der maßgeblichen Vorschriften der **Verfahrensordnung von ihm erwarten** dürfen (SaarlVerfGH, Beschl. v.14.09.2015 – Lv 5/15, BeckRS 2015, 52201). Als verfassungswidrig können indessen **nicht jeder Verfahrensfehler** und jede Verkennung des „einfachen“ Verfahrensrechts betrachtet werden. Sie sind es nur dann, wenn **grundlegende**, in den Vorschriften der maßgeblichen Verfahrensordnung zum Ausdruck kommende **rechtsstaatliche Prinzipien verkannt** worden sind. Das kann u.a. auch dann der Fall sein, wenn prozessuale Erklärungen allein nach ihrem Wortlaut und wider jeden vernünftigen Sinn verfahrensrechtlichen Vorgehens ausgelegt werden (BVerfGE 88, 118 = NJW 1993, 1635).“ (SaarlVerfGH aaO.)

#### c) Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz - Art. 60 I SaarlVerf

„Das Grundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz, das, soweit es um gerichtliche Entscheidungen geht, nicht aus Art. 20 SaarlVerf., sondern aus Art. 60 I SaarlVerf. folgt, gewährleistet, dass einem Rechtsuchenden der **Zugang zu den Gerichten nicht unverhältnismäßig erschwert** wird und eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung seines Anliegens stattfindet (BVerfGE 85, 337 [345] = NJW 1992, 1673; SaarlVerfGH, Beschl. v. 19.11.2007 – Lv 8/07, BeckRS 2007, 33182)“ (SaarlVerfGH aaO.)

## 2. Verletzung der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen eines fairen, rechtsstaatlichen, wirkungsvollen und willkürfreien gerichtlichen Verfahrens

### a) Annahme einer unzulässigen, hilfswisen subjektiven Klagehäufung

„Das gilt für den Beschluss des VG Saarlouis vom 17.12.2014 schon deshalb, weil seine **Annahme einer unzulässigen hilfswisen subjektiven Klagehäufung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt haltbar** ist und die Anträge des Bf. nicht fair und dem Gebot eines wirkungsvollen Rechtsschutzes folgend behandelt.

Von einer hilfswisen subjektiven Klagehäufung spricht man, wenn **einer von mehreren Streitgenossen nur unter der auflösenden Bedingung Partei eines Rechtsstreits** sein soll, dass der Antrag eines anderen oder gegen einen anderen keinen Erfolg hat. Grund der – überwiegend – vertretenen Unzulässigkeit eines solchen prozessrechtlichen Vorgehens sind das Interesse an der **Vermeidung eines Prozesses „auf Probe“**, die Gefahr einer im Rechtsmittelzug nicht korrigierbaren Spaltung des Rechtsstreits sowie kostenrechtliche Probleme (Stein/Jonas/Bork, ZPO, 23. Aufl., vor § 59 Rn. 5; vgl. iÜ BGH, NJW 1972, 2302 Ls.). Das setzt indessen voraus, dass der unbedingt und der nur bedingt auftretende Streitgenosse verschiedene Personen sind.

Ob das der Fall ist, wenn **ein und dieselbe Person in einem unterschiedlichen Status** auftritt und geltend macht, ein auf dasselbe Ziel gerichtetes Begehren – die Überlassung der Räume des Bet. zu 1 an sie als kommunaler Amtsträger oder als Einwohner – könne sich auf verschiedene rechtlichen Grundlagen stützen, ist **von vornherein fraglich** (inzident eine hilfswise subjektive Klagehäufung offenbar zulassend BGH, NJW-RR 1990, 318 = NJW 1990, 1050 Ls. zur Geltendmachung von Rechten durch eine Partei kraft Amtes und, hilfswise, durch die Partei persönlich).

Obgleich sich die **organschaftliche und die private Rechtssphäre einer Person** nach Herleitung und Qualität grundlegend unterscheiden, ist nicht zu leugnen, dass die aus beiden Rechtssphären hergeleiteten Rechtspositionen **letztlich demselben Rechtssubjekt** zustehen. Auch für die organschaftlichen Rechte, die der natürlichen Person zwar nicht als solcher, sondern nur in ihrer Funktion als Träger organisationsrechtlicher Zuständigkeiten oder Kompetenzen zukommen, sind **Organe oder Teile von Organen Zuordnungssubjekte** der durch das Innenrecht gesetzten Kompetenzen. Soweit diese Innenrechtssätze ihnen **wehrfähige Positionen** zuschreiben, sind sie insoweit auch (teil-)rechtsfähig (vgl. Schoch/Schneider/Bier, VwGO, zu § 42 II Rn. 92).

Die Frage, ob überhaupt eine hilfswise subjektive Anspruchshäufung vorliegt und, ggf., ob sie unter den besonderen Umständen des Streitfalls zulässig ist, kann jedoch **dahinstehen**. Einer fairen, den Gewährleistungen der Verfassung entsprechenden Verfahrensweise hätte – bei Unterstellung der Rechtsauffassung des VG als richtig – nur entsprochen, den **Bf. auf die Bedenken gegen die Zulässigkeit hinzuweisen** (§ 86 III VwGO) und zugleich nicht an dem vermeintlich zur Unzulässigkeit führenden Wortlaut der **Antragstellung** zu haften, sondern ihrem **Sinn und Zweck gerecht zu werden**. Dabei hätte das VG vor allem auch in seine Überlegungen einbeziehen müssen, dass die Verfassungsrechtssprechung seit jeher auch die Umdeutung eines in einem eingeleiteten Organstreitverfahren gestellten, dort wegen Fehlens eines organschaftlichen Rechts nicht verfolgbaren Anspruchs in eine Verfassungsbeschwerde für statthaft (und damit im Streitfall notwendig) gehalten hat (BVerfGE 13, 54 = NJW 1961, 1453).“ (SaarVerfGH aaO.)

### b) Differenzierung nach Fraktionszugehörigkeit

„Soweit dem Bf. ein **Anspruch in seiner Funktion als Mitglied der Regionalversammlung** des Bet. zu 1 abgesprochen wird, mag dahinstehen, ob die dem zu Grunde liegende Rechtsauffassung einer **zulässigen Differenzierung zwischen einem fraktionslosen Mitglied der Regionalversammlung und einer Fraktion** – soweit es um die Bereitstellung von Räumen des Bet. zu 1 zur öffentlichen Darstellung der jeweiligen kommunalpolitischen Arbeit geht – in jedem Fall zutrifft oder nicht.

Ungeachtet dessen sind [die gezogenen] **Schlussfolgerungen** aus der rechtlichen Erörterung immerhin ähnlicher Fallgestaltungen jedoch **nicht unvertretbar und bar jeder rechtlichen Grundlage**.“ (SaarVerfGH aaO.)

### c) Grundsätzliche Rechtsschutzverweigerung

Allerdings wird dem Bf. im Ergebnis, unabhängig davon, in welchem Status er aufgetreten ist, **Rechtsschutz für sein Anliegen auf Vergabe eines Raumes grundsätzlich verweigert**.

„Das verschließt bereits im Ansatz die Augen davor, dass der Bet. zu 1 seine **Räume in langjähriger Praxis einem breiten Adressatenkreis** – auch zur Kundgabe politischer Äußerungen – tatsächlich zur Verfügung gestellt hat und stellt. In den vom Bet. zu 1 verwalteten Räumen fanden und finden neben privaten Festen und Empfängen **allerlei ihren Inhalten und Zwecken nach sehr unterschiedliche Veranstaltungen**, solche mit kulturellem, mit gesellschaftlichem und auch mit politischem Bezug statt. Auch diese Veranstaltungen sind nicht „privat“ in dem engeren Wortsinn, den die Entscheidung des OVG den Regelungen der Richtlinie zu entnehmen geglaubt hat. Sie verweigert sich der Erkenntnis, dass schon die **Richtlinien** des Bet. zu 1 **selbstverständlich erlauben**, einen seiner **Räume** – für eine



*Benutzung im Rahmen der Gesetze – auch einer einzelnen – juristischen wie natürlichen – Person zu überlassen. Sie verkennt damit in der Folge, dass ihre Rechtsauffassung dazu führen würde, einem kommunalen Mandatsträger, der zugleich notwendigerweise Einwohner ist, vorzuschreiben, ob, wie, zu welchen Zwecken und in welcher „Rolle“ er der Öffentlichkeit gegenüber auftritt. Die Versagung von (einstweiligem) Rechtsschutz auf dieser Grundlage ist nicht mehr vertretbar.“*

*Jedenfalls für fraktionslose Mitglieder der Regionalversammlung erscheint es damit **objektiv willkürlich**, auf der einen Seite einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit fraktionsgebundenen Mitgliedern der Regionalversammlung zu versagen und auf der anderen Seite den Anwendungsbereich der Richtlinien über die Vergabe von Sälen der Regionalversammlung als nicht eröffnet anzusehen, weil das fraktionslose Regionalversammlungsmitglied die Räumlichkeiten zum Zwecke der Durchführung eines Neujahrsempfangs benötigt und damit „die Überlassung der Räumlichkeiten nicht zu einem privaten, sondern zu einem politischen und damit öffentlichen Zweck“ begehrt hat.*

*Letztlich läuft die Argumentation darauf hinaus, **einen für eine Fraktion der Regionalversammlung angenommenen privilegierten** – weil organschaftlichen – Zweck, der einen **Anspruch auf „interne“ Raumvergabe** (im Rahmen der Verfügbarkeit) ohne Weiteres rechtfertigt, für ein fraktionsloses Mitglied der Regionalversammlung nachteilig bei der Prüfung eines Anspruchs auf „externe“ Raumvergabe heranzuziehen.*

*Das entbehrt **jeder rechtlich nachvollziehbaren Grundlage** und ist damit – **objektiv – willkürlich**. Zugleich versagen die Verwaltungsgerichte damit dem Bf. wirkungsvollen Rechtsschutz.“ (SaarVerfGH aaO.)*

1. Die Rücknahme einer Prozesshandlung (hier: eines Widerspruchs) kann **wegen Drohung oder unzulässigen Drucks** nur widerrufen werden, wenn die fraglichen Handlungen das für eine **Qualifizierung als Wiederaufnahmegrund** erforderliche Gewicht haben.
2. Soweit die Rücknahme einer Prozesshandlung wegen fehlerhafter Belehrung in Betracht kommt, hatte die **hierzu einschlägige Rechtsprechung konkrete richterliche Hinweise** im Sinne des § 86 III VwGO vor Augen; die Maßstäbe des § 58 II VwGO sind hierauf nicht anwendbar.

**Fall:** Nachdem der Kl. von Justizprüfungsamt die Mitteilung erhalten hatte, die schriftlichen Arbeiten nicht bestanden zu haben und daher nicht zur mündlichen Prüfung zugelassen zu werden, hat er hiergegen Widerspruch eingelegt. Der Bescheid war mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen. Mit Schreiben vom 26.06.2013 bat ich Termin für die beantragte Akteneinsicht an. Dieses Schreiben war mit folgendem Hinweis versehen:

„Hinweis: Sollten Sie den Widerspruch nach Durchsicht der Unterlagen aufrechterhalten wollen, ist dies schriftlich formlos zu begründen. Andernfalls wäre der Widerspruch von Ihrer Seite schriftlich formlos zurückzuziehen.“

Nach erfolgter Akteneinsicht nahm der Kl. seinen Widerspruch mit Schreiben vom 22.08.2013 zurück. Mit Anwaltschreiben vom 18.09.2013 erklärte er die Rücknahme der Rücknahme und führte hierzu aus, diese sei ohnehin unwirksam, weil er den oben angeführten, seiner Ansicht nach irreführenden Hinweis erhalten habe, der keine Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung oder anderswo finde. Im Übrigen seien ihm die zur Einsichtnahme überlassenen Unterlagen unvollständig gewesen und sei ihm nicht erlaubt worden, Kopien anzufertigen.

Der Bekl. wertet dieses Schreiben als neuen Widerspruch und weist diesen als unzulässig zurück. Gründe für ein Wiederaufgreifen des zunächst eingeleiteten Widerspruchsverfahrens bestünden nicht. Die vom Kl. erhobene Klage wird vom VG mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Rücknahme eines Widerspruchs nicht mit Willensmängeln angefochten werden könne und ein Wiederaufgreifen des Widerspruchsverfahrens nur bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes in Betracht komme. Die Berufung wurde nicht zugelassen. Der Kl. beantragt beim OVG die Zulassung der Berufung mit der Begründung, dass ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils bestünden. Das Ausgangsgericht habe in einem früheren Gerichtsbescheid ausgeführt, wonach Prozesshandlungen anfechtbar seien, die durch Drohung, sittenwidrige Täuschung, unzulässigen Druck u. ä. oder durch unzutreffende Empfehlung oder Belehrung durch das Gericht herbeigeführt worden seien. Letzterer Rechtsatz liege auch einem Urteil des VGH München vom 26.03.2015 (13 A 14.1240 u.a., BeckRS 2015, 100039) und mehreren Entscheidungen bayerischer Verwaltungsgerichte zu Grunde. Zudem sei die Berufung wegen einer Gehörsverletzung zuzulassen, die darin zu sehen sei, dass das Gericht sich mit dem klägerischen Vorbringen nur im Tatbestand, nicht aber in den Entscheidungsgründen beschäftigt habe. Liegt ein Berufungszulassungsgrund vor?

## I. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils, § 124 II Nr. 1 VwGO

### 1. Voraussetzungen des Zulassungsgrundes

„Ernstliche Zweifel i.S.d. § 124 II Nr. 1 VwGO liegen **nicht erst** vor, wenn der **Erfolg des Rechtsmittels wahrscheinlicher ist als sein Misserfolg**, sondern bereits dann, wenn ein **einzelner tragender Rechtssatz** oder eine **erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt** werden (BVerfGE 125, 104 = NVwZ 2010, 634; BVerfG, NVwZ 2011, 546 = NJW 2011, 1499 Ls.; vgl. Gaier, NVwZ 2011, 385 [388 ff.]).“ (OVG Lüneburg aaO.)

### 2. Vorliegen der Voraussetzungen

Fraglich ist ob der Rechtssatz, dass die Rücknahme eines Widerspruchs nicht mit Willensmängeln angefochten werden könne und ein Wiederaufgreifen des Widerspruchsverfahrens nur bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes in Betracht komme solche ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit begründet.

#### a) Abweichende Instanzgerichtrechtsprechung bei gefestigter Rechtsprechung des BVerwG

„Ernstliche Zweifel werden indes **nicht ohne Weiteres** schon durch den Umstand begründet, dass **andere Gerichte eine abweichende Rechtsauffassung** zum Ausdruck gebracht haben. Soweit – wie hier – eine **gefestigte Rechtsprechung des BVerwG** vorliegt, führen jedenfalls abweichende Rechtsstandpunkte von Instanzgerichten allenfalls dann zu ernstlichen Zweifeln an Entscheidungen, die sich ihrerseits an der Rechtsprechung des BVerwG orientieren, wenn die Abweichung in jenen Entscheidungen **substanziell begründet** worden ist. Das kann hier nicht festgestellt werden.“

Das VG selbst ist in der hier angegriffenen Entscheidung **von dem grundlegenden Urteil des BVerwG vom 21.03.1979 (BVerwGE 57, 342 = NJW 1980, 135 = NJW 1980, 1011 Ls. = DVBl 1979, 819) ausgegangen**, wonach Grundsätze des materiellen Rechts über die Anfechtung wegen Irrtums oder anderer Willensmängel auf die Prozesshandlungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht anwendbar sind. Eine Ausnahme hat es nur für den Fall angenommen, dass ein Wiederaufnahmegrund vorliege; dies entspreche der im Bereich des Zivilprozesses anerkannten Handhabung, dass die Rücknahme eines Rechtsmittels widerrufen werden könne, wenn sie durch eine strafbare Handlung herbeigeführt worden sei. Das Vorliegen solcher Wiederaufnahmegründe macht die Begründung des Zulassungsantrags indes selbst nicht geltend.

Die genannten **Grundsätze sind in der weiteren Rechtsprechung des BVerwG beibehalten**, allerdings unter dem Gesichtspunkt des allgemein geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben auch ergänzt worden, namentlich für die Fälle einer **offensichtlich nur versehentlichen Rücknahme und unzutreffender richterlicher Belehrung oder Empfehlung** (BVerwG, NVwZ 1985, 196; NVwZ 1997, 1210; NVwZ-RR 1999, 407; vgl. auch die ausführliche Darstellung im Beschl. d. OVG Hamburg, v. 07.10.2014 – 3 Bf 86/12, BeckRS 2014, 58178). Die Fälle von Drohung, sittenwidriger Täuschung, unzulässigem Druck u. ä. werden hiernach jedenfalls hinsichtlich derjenigen Teilmenge erfasst, in welcher diese Handlungen das für eine Qualifizierung als Wiederaufnahmegrund erforderliche Gewicht haben; eine ausdrückliche Ausdehnung auf minder gewichtige Fälle lässt sich der Rechtsprechung des BVerwG nicht entnehmen. Soweit ältere höchstgerichtliche Entscheidungen (z.B. BFHE 125, 498 = BeckRS 1978, 22004574) Drohungen und Täuschungen noch ohne die hiernach geltenden Einschränkungen als mögliche Unwirksamkeitsgründe für prozessuale Erklärungen aufgeführt haben, ist darauf nach der grundlegenden Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 1979 nicht mehr zurückzugreifen.“ (OVG Lüneburg aaO.)

## b) Kein Anlass zur eigener abweichender Rechtsprechung

„In Bezug auf die Fallgruppe der Drohung oder der Ausübung unzulässigen Drucks sieht der Senat keinen Anlass, von diesen Grundsätzen mit Rücksicht auf anderslautende Entscheidungen von Instanzgerichten abzuweichen.

Keine der **hier angeführten Belegstellen** stützt indes die Auffassung, auch eine **strafrechtlich nicht relevante Drohung** berechtige zum Widerruf. In beiden Fällen kam es auch nicht entscheidungserheblich auf die Aufstellung eines solchen Rechtssatzes an, weil der VGH den behaupteten Druck auf die Verfahrensbeteiligten als Ausdruck normaler Befolgung der Hinweispflichten aus § 86 III VwGO angesehen hat; er hätte daher auch offen lassen können, ob **unzulässiger Druck unterhalb der Schwelle strafbarer Handlungen** überhaupt zum Widerruf berechtigt. Unter diesen Umständen sieht sich der Senat nicht gehalten, hier von ernsthaften Zweifeln auszugehen. Er sähe in der aufgezeigten Ausweitung der Widerrufsgründe vielmehr die Gefahr, sich in direkten Widerspruch zu der eigentlich auch vom VGH zu Grunde gelegten Hauptthese des BVerwG zu setzen, dass § 123 BGB weder unmittelbar noch analog anwendbar ist.“ (OVG Lüneburg aaO.)

## c) Keine Verkennung der BVerwG-Grundsätze bei der Anwendung auf den Fall

Es bestünden daher nur dann ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung, wenn das VG die Rechtsprechung des BVerwG zur Widerrufbarkeit bei Verstoß gegen Treu und Glauben fehlerhaft angewendet hätte.

„Die Rücknahme des Widerspruchs war hier auch nicht im Hinblick auf eine fehlerhafte Belehrung durch die Widerspruchsbehörde widerrufbar. Grundsätzlich kann zwar – wie oben bereits angesprochen – **nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG der Grundsatz von Treu und Glauben verlangen**, dass eine auf fehlerhafter Belehrung beruhende Rücknahme einer prozessualen **Erklärung im Ergebnis unbeachtet** bleibt. Entgegen der Auffassung des Kl. beurteilt sich dies jedoch nicht nach den Maßstäben des § 58 VwGO für im Wesentlichen standardisierte Rechtsmittelbelehrungen und den hierzu entwickelten Fallgruppen, für die der Kl. auf die Kommentierung von Kopp/Schenke, VwGO, § 58 Rn. 12 verweist. Die Rechtsprechung zur Widerrufbarkeit prozessualer Erklärungen hatte insofern vielmehr richterliche Hinweise i.S.d. § 86 III VwGO vor Augen, die auf Grund näherer Befassung mit der Sach- und Rechtslage zu **einzelfallbezogenen** – allerdings unzutreffenden – **Ratschlägen** geführt hatten. Die angesprochenen Fallbeispiele können im Übrigen schon deshalb nicht unbesehen für die Bewertung einer möglichen Irreführung durch bloße Hinweise verwendet werden, weil sich ausdrücklich nur als Hinweise bezeichnende Angaben von vornherein nicht den Anspruch auf die strenge Verbindlichkeit beimessen, die der Rechtsbehelfsbelehrung zu eigen ist. Eine Irreführung durch Hinweise kann deshalb im Regelfall erst unterstellt werden, wenn der Rechtsschutzsuchende durch sie unmittelbar in eine falsche Richtung geleitet wird.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Fraglich ist, ob dies im vorliegenden Fall angenommen werden kann. Nach erfolgter Akteneinsicht nahm der Kl. seinen Widerspruch mit Schreiben vom 22.08.2013 zurück. Mit Anwaltsschreiben vom 18.09.2013 erklärte er die Rücknahme der Rücknahme und führte hierzu aus, diese sei ohnehin unwirksam, weil er den oben angeführten, seiner Ansicht nach irreführenden Hinweis erhalten habe, der keine Rechtsgrundlage in der Prüfungsordnung oder anderswo finde. Im Übrigen seien ihm die zur

Einsichtnahme überlassenen Unterlagen unvollständig gewesen und sei ihm nicht erlaubt worden, Kopien anzufertigen.

„Nach dem oben angegebenen Sinnzusammenhang sollte das fragliche Schreiben der Bekl. vom 26.06.2013 jedoch **nicht die zutreffende Rechtsmittelbelehrung** im Ausgangsbescheid vom 18.06.2013 **ersetzen** oder modifizieren, sondern dem Widerspruchsführer – der in solchen Fällen regelmäßig noch nicht über „Routine“ in der Abwicklung von Widerspruchsverfahren verfügt – nur aufzeigen, wie, d.h. mit welchen **Handlungsalternativen** das Verfahren nach erfolgter Akteneinsicht Fortgang nehmen könnte. Das ist nicht zu beanstanden. Auch wenn die Dispositionen über seine Rechtsbehelfe allein in der Hand des Rechtsschutzsuchenden liegen, ist es einer Behörde – etwa wenn sie sich dem Servicegedanken verpflichtet fühlt –, nicht versagt, nützliche Hinweise zum Verfahrensablauf zu geben. Nichts anderes hat die Bekl. hier getan. Richtig ist zwar, dass ein **Widerspruch nicht nur dann Wirkung entfaltet, wenn er ausdrücklich schriftlich begründet wird**. Gerade in Prüfungsfällen hat es aber für den Widerspruchsführer in aller Regel massiv schädliche Folgen, wenn er seinen Widerspruch nicht substantiell begründet, wie es hier mit Schriftsatz vom 11.02.2014 dann auch geschehen ist. Dass eine Begründung unverzüglich einzureichen wäre, lässt sich dem Hinweis auch unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Verfahrens schlechterdings nicht entnehmen. So hat offensichtlich auch der Kl. diesen Hinweis nicht verstanden, denn er hat seinen Widerspruch nicht gleich nach der am 09.08.2013 erfolgten Akteneinsichtnahme zurückgenommen, sondern erst am 22.08.2013. Schließlich kann diesem Hinweis nicht entnommen werden, dass der Kl. damit aufgefordert wurde, von einer vollständigen Akteneinsicht abzusehen, weil die Rüge der Unvollständigkeit der vorgelegten Akten im Zeitpunkt des Schreibens der Bekl. vom 26.07.2013 noch nicht im Raum stand und keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Bekl. nicht bereit sein würde, einer entsprechenden Rüge nachzugehen.

Richtig ist auch, dass **es tunlich ist, einen Widerspruch, den man nicht weiterverfolgen will, ausdrücklich zurückzunehmen**, um Klarheit über den förmlichen Abschluss des Verfahrens zu schaffen und – möglicherweise – auch die **Kosten des Widerspruchsverfahrens gering zu halten**, wenn die Rücknahme in dem betreffenden Verfahren dem Widerspruchsführer günstige gebührenrechtliche Folgen hat. Wenn der Kl. den Hinweis so verstanden haben sollte, dass er den Widerspruch zurücknehmen müsse, wenn er ihn nicht schriftlich begründe, läge dem ein nicht zu erwartendes sprachliches Fehlverständnis zu Grunde; das „Andernfalls“ bezog sich ersichtlich auf die erste Hälfte des vorangegangenen Satzes, nicht auf dessen zweite Hälfte.“ (OVG Lüneburg aaO.)

Es liegen daher keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung i.S.d. § 124 II Nr. 1 VwGO vor.

## II. Verfahrensfehler nach § 124 II Nr. 5 VwGO wegen Gehörsverletzung

Es könnte ein Verfahrensfehler i.S.d. § 124 II Nr. 5 VwGO vorliegen.

### 1. Nichtbefassung mit Vorbringen in Entscheidungsgründen als Gehörsverletzung

„Der Umstand, dass sich das VG nur im Tatbestand, **nicht aber in den Entscheidungsgründen** gesondert zu dem Vorbringen des Kl. geäußert hat, die Rücknahme seines Widerspruchs sei wegen einer fehlerhaften Belehrung durch die Widerspruchsbehörde widerrufbar gewesen, ist zwar **unter dem Gesichtspunkt der Gehörsverletzung zu würdigen**. Die insoweit maßgeblichen Grundsätze hat die 3. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG in ihrem Beschluss vom 29.10.2015 (NVwZ 2016, 238 Rn. 45 = NJW 2016, 1011 Ls.) wie folgt zusammengefasst:

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet das Gericht, die **Ausführungen** der Bet. **zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen** (vgl. BVerfGE 42, 364 [367 f.] = NJW 1977, 1443; BVerfGE 47, 182 [187] = NJW 1978, 989; BVerfGK 20, 53 [57]). Art. 103 I GG ist allerdings erst verletzt, wenn sich im Einzelfall klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist (vgl. BVerfGE 25, 137 [141 f.]; BVerfGE 47, 182 [187] = NJW 1978, 989; BVerfGK 20, 53 [57]). Die Gerichte sind **nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen in der Begründung der Entscheidung ausdrücklich zu befassen** (vgl. BVerfGE 13, 132 [149] = NJW 1962, 29; BVerfGE 42, 364 [368] = NJW 1977, 1443; BVerfGE 47, 182 [187] = NJW 1978, 989; BVerfGK 20, 53 [57]). Deshalb müssen, wenn das BVerfG einen Verstoß gegen Art. 103 I GG feststellen soll, im Einzelfall besondere Umstände deutlich ergeben, dass tatsächliches Vorbringen eines Bet. entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist (vgl. BVerfGE 27, 248 [252]; BVerfGE 47, 182 [187 f.] = NJW 1978, 989; BVerfGK 20, 53 [57]). Dergleichen Umstände können insbesondere dann vorliegen, wenn das Gericht wesentliche, das Kernvorbringen eines Bet. darstellende Tatsachen unberücksichtigt lässt. Geht das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in der Begründung der Entscheidung nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder offensichtlich unsubstanziell ist (vgl. BVerfGE 86, 133 [146] = NJW 1992, 2877 Ls. = BeckRS 9998, 155340; BVerfGK 6, 334 [340]; BVerfGK 10, 41 [46]; BVerfGK 20, 53 [57 f.]). Daraus ergibt sich eine Pflicht der Gerichte, die wesentlichen, der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung dienenden Tatsachenbehauptungen in den Entscheidungsgründen zu verarbeiten (vgl. BVerfGE 47, 182 [189] = NJW 1978, 989; BVerfGK 10, 41 [46]; BVerfGK 20, 53 [58]).

Mithin braucht das Gericht auch auf **Vorbringen**, das **für den Rechtsschutzsuchenden selbst** in diesem Sinne **von zentraler Bedeutung** ist, jedenfalls dann nicht zwingend einzugehen, wenn das **Vorbringen nach**

*seinem Rechtsstandpunkt unerheblich ist. Maßgeblich ist daher zumindest auch die „Erfolgsnähe“ dieses Vorbringens, die bei einem Schweigen des Ausgangsgerichts nur noch vom RechtsmittelGer. beurteilt werden kann.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

## **2. Anwendung auf den Fall**

*„Wie oben bereits ausgeführt, ist der Maßstab für die Widerrufbarkeit prozessrechtlicher Erklärungen wegen irreführender Belehrung entgegen der Auffassung des Kl. nicht dem § 58 VwGO und der hierzu ergangenen Rechtsprechung zu entnehmen; Voraussetzung ist vielmehr eine individuelle, fehlerhafte „Rechtsberatung“ durch das Gericht bzw. die Widerspruchsbehörde. Diese hatte der Kl. nicht hinreichend geltend gemacht. Damit fehlt es sowohl an einem Gehörsverstoß des VG als auch an einem möglichen „Beruhen“ i.S.d. § 124 II Nr. 5 VwGO.“ (OVG Lüneburg aaO.)*

Die Berufung ist daher auch nicht nach § 124 II Nr. 5 VwGO wegen eines Verfahrensfehlers in Form einer Gehörsverletzung zuzulassen.

## Kurzauslese II

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

ZPO

### Nachbesserung der Vermögensauskunft Erstattungsforderung aus Betriebs- und Heizkosten

ZwVollstrR

§§ 802c, 850c, 850f

(BGH in MDR 2016, 729; Beschluss vom 03.03.2016 – 1 ZB 74/15)

Einem **Verlangen auf Nachbesserung einer Vermögensauskunft** gem. § 802c ZPO fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Gläubiger Auskunft über Erstattungsforderungen für Betriebs- und Heizkosten verlangt, die der Sozialhilfeträger für einen Empfänger von Leistungen nach dem SGB II an dessen Vermieter geleistet hat. Ein solches Auskunftsbegehren ist **mutwillig**, weil diese Ansprüche nicht der Pfändung unterliegen.

#### I. Voraussetzungen für Nachbesserungsanspruch

„Der Gläubiger kann ... die **Nachbesserung einer Vermögensauskunft** verlangen, wenn der Schuldner ein **äußerlich erkennbar unvollständiges, ungenaues oder widersprüchliches Verzeichnis vorgelegt hat** (vgl. BGH, Beschl. v. 04.10.2007 – I ZB 11/07 – Rn. 8, NJW-RR 2008, 1163; ... Beschl. v. 12.01.2012 – I ZB 2/11 – Rn. 20, jeweils noch zu § 807 ZPO a.F.; Voit in Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., § 802d Rn. 13). Dazu muss aus dem Vermögensverzeichnis selbst ersichtlich sein, dass die Angaben unvollständig, ungenau oder widersprüchlich sind, oder der Gläubiger muss glaubhaft machen, dass der Schuldner im Vermögensverzeichnis **versehentlich unvollständige oder unzutreffende Angaben gemacht hat** (vgl. BGH v. 03.02.2011 – I ZB 50/10 – Rn. 8 f., MDR 2011, 561 = NJW-RR 2011, 667; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 802d Rn. 16).“ (BGH aaO.)

#### II. Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses

„Für Maßnahmen im Verfahren der Vermögensauskunft fehlt jedoch ausnahmsweise das Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers, wenn die **Vermögenslosigkeit des Schuldners von vornherein feststeht** und deshalb das **Nachbesserungsverlangen als mutwillig oder schikanös anzusehen** ist (vgl. BGH, Beschl. v. 19.05.2004 – IXa ZB 14/04, MDR 2004, 1258 = NJW 2004, 2905; Beschl. v. 20.11.2008 – I ZB 20/06 – Rn. 8, MDR 2009, 945 = WM 2009, 1431). Hiervon ist **nicht schon** auszugehen, wenn sich das Nachbesserungsverlangen auf eine Forderung bezieht, deren **Pfändbarkeit ungewiss** ist. Die Pflicht zur Vermögensoffenbarung erfasst nach ihrem Zweck nicht nur Forderungen, deren Pfändbarkeit von vornherein zweifelsfrei feststeht (BGH v. 20.11.2008 – I ZB 20/06 – Rn. 8, MDR 2009, 945 = WM 2009, 1431). In Bezug auf Sachen bestimmt § 802c II 4 ZPO, dass die Erklärungspflicht nur solche Sachen nicht erfasst, die gem. § 811 I Nr. 1 und 2 ZPO der Pfändung offensichtlich nicht unterworfen sind. Danach unterliegen auch Sachen, die nach § 811 Nr. 3 ff. ZPO an sich unpfändbar sind, der Auskunftspflicht (vgl. MüKo-ZPO/Eickmann, 4. Aufl., § 807 Rn. 41). Für Forderungen besteht keine vergleichbare Regelung. Grundsätzlich sind also **auch unpfändbare Vermögensgegenstände anzugeben**, weil die **Beurteilung der Pfändbarkeit nicht Sache des Schuldners** ist (vgl. Münzberg in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 807 Rn. 28). Steht allerdings die Unpfändbarkeit einer Forderung von vornherein fest, so fehlt es für ein auf diese Forderung gerichtetes Nachbesserungsverlangen des Gläubigers am Rechtsschutzbedürfnis. Hiervon ist auch das Beschwerdegericht ausgegangen.“ (BGH aaO.)

#### III. Anwendung auf den Fall

„Wegen des **Anspruchs auf Nebenkostenrückzahlung** ist das **Ergänzungsverlangen mutwillig**, weil die Unpfändbarkeit eines solchen Anspruchs von vornherein feststeht.

Zwar unterliegt der Anspruch auf Rückerstattung nicht verbrauchter Mietnebenkostenvorauszahlungen, die im Rahmen laufender Zahlungen nach SGB II durch den Sozialhilfeträger geleistet werden, nach der gesetzlichen Regelung in § 54 IV SGB I grundsätzlich der **Pfändung als Arbeitseinkommen** nach Maßgabe der Pfändungsfreigrenzen nach § 850c ZPO und der Regeln zum notwendigen Lebensunterhalt nach § 850f I Buchst. a ZPO (vgl. BGH v. 20.11.2008 – I ZB 20/06 – Rn. 10, MDR 2009, 945 = WM 2009, 1431; BGH, Beschl. v. 25.10.2012 – VII ZB 31/12 – Rn. 11, MDR 2013, 57). In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass **Betriebs- und Heizkostenerstattungen des Vermieters** nicht der Pfändung gegen einen Bezieher von Leistungen nach dem SGB II unterliegen. Diese **Rückzahlungen von öffentlichen Leistungen mindern** nach § 22 III Halbs. 1 SGB II die **Leistungen des Folgemonats** an den Hilfeempfänger. Wäre in diesen Fällen die Pfändung zulässig, so erfolgte sie zu Lasten öffentlicher Mittel, die dem Leistungsbezieher das Existenzminimum sichern sollen. Dem Schuldner würden Mittel entzogen, die ihm der Staat aus sozialen Gründen mit Leistungen der Sozialhilfe wieder zur Verfügung stellen müsste. Dann aber ist die Zwangsvollstreckung als unzulässig anzusehen, ohne dass es auf die vom Beschwerdegericht vorgenommene analoge Anwendung des § 54 III Nr. 2a SGB I ankommt (vgl. BGH, Urt. v. 20.06.2013 – IX ZR 310/12 – Rn. 8, MDR 2013, 898 = NJW 2013, 2819 ...). Da der Schuldner in der Vermögensauskunft angegeben hat, dass die von einem Dritten geleisteten Zahlungen auf Nebenkosten nicht als Darlehen erbracht werden, ist zudem ausgeschlossen, dass die Nebenkostenzahlungen infolge Rückführung des Darlehens als aus eigenen Mitteln des Schuldners geleistet anzusehen sind.

Steht die Unpfändbarkeit der Forderung, über die Auskunft begehrt wird, damit aus Rechtsgründen fest, so besteht für das Auskunftsverlangen der Gläubigerin kein Rechtsschutzbedürfnis und es ist unbillig.“ (BGH aaO.)

ZPO

### Beschwer bei Schmerzensgeld Unbezifferter Antrag

ZivilVerfR

§§ 253 II Nr. 2, 522

(BGH in MDR 2016, 867; Urteil vom 24.03.2016 – III ZR 52/15)

Wer ein angemessenes Schmerzensgeld beantragt und einen Mindestbetrag angibt, ist **bei einer Klageabweisung in Höhe des angegebenen Mindestbetrages beschwert**.

„Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist für die **Beschwer**, wenn der **Kläger** beim Schmerzensgeld einen Mindestbetrag angibt, dieser Betrag maßgeblich. Eine **Beschwer** liegt nur dann vor, wenn der **angegebene Mindestbetrag unterschritten** wird. Wird die **Klage insgesamt abgewiesen**, liegt eine **Beschwer in Höhe des angegebenen Mindestbetrages** vor. Unschädlich ist es, wenn ein unbezifferter Antrag gestellt wird, in der Klageschrift jedoch ausgeführt wird, wie hoch der Mindestbetrag sein soll. Danach musste es hier bei der **Beschwer** von 15.709,36 € bleiben.

Die **Klägerin** hatte allerdings versucht, den **Streitwert und damit den Wert der Beschwer** „heraufzusetzen“. Sie hatte in einem von ihr selbst verfassten Schriftsatz in der Berufungsinstanz ein Schmerzensgeld i.H.v. 8.000 € beantragt. Dieser Antrag war aber nicht wirksam geworden, da die **Klägerin selbst vor dem Berufungsgericht nicht postulationsfähig** war. Allerdings hatte die erstinstanzliche Rechtsanwältin – nachdem das Berufungsgericht einen Beschluss nach § 522 II ZPO angekündigt hatte – um Berücksichtigung des Sachvortrages der **Klägerin selbst** gebeten. Dies hilft der **Klägerin** aber auch nicht weiter, denn den Antrag hatte sich ihre Rechtsanwältin gerade nicht zu eigen gemacht.

Der zweitinstanzliche Prozessbevollmächtigte hatte im Hinblick auf den Streitwert später ausgeführt, „dass dieser im Hinblick auf den Umstand, dass ein **Schmerzensgeld in das Ermessen des Gerichts gestellt** wird, den Revisionsstreitwert übersteigt“. Diesen Ausführungen kann aber keine Angabe eines höheren Mindestbetrages entnommen werden, zumal die Streitwertfestsetzung – auch für die zweite Instanz – durchweg beanstandungslos hingenommen wurde.

Auch ein späterer Hinweis des zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten („s. auch autorisierten Schriftsatz der **Klägerin**“) konnte an dem Ergebnis nichts mehr ändern. Eine **konkludente Klageerweiterung** kann darin nicht gesehen werden. Zudem hätte eine denkbare Klageerweiterung durch den Beschluss nach § 522 II ZPO ohnehin ihre Wirkung verloren, wie der BGH bereits entschieden hat (BGH v. 06.11.2014 – IX ZR 204/13, MDR 2015, 49).“ (BGH aaO.)

Der Streitwert und damit hier auch der Wert der **Beschwer** von 20.000 € wurde nicht erreicht. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist daher vom BGH verworfen worden.

---

**ZPO** **Dienstanweisung zur Faxkontrolle** **ZivilVerfR**  
**§§ 574 II, 236 II, 294, 139** **Glaubhaftmachung im Rahmen des Wiedereinsetzungsantrags**  
(BGH in NJW RR 2016, 952; Beschluss vom 26.04.2016 – VI ZB 7/16)

1. Ein Rechtsanwalt hat bei der **Versendung fristgebundener Schriftsätze** per Telefax durch **organisatorische Vorkehrungen** sicherzustellen, dass die Telefaxnummer des angeschriebenen Gerichts verwendet wird. Dazu gehört die Anweisung an das Büropersonal, dass die in einem **Sendebrief** ausgewiesene **Faxnummer** nach Ausdruck **noch einmal auf ihre Zuordnung zu dem angeschriebenen Gericht zu überprüfen** ist.
  2. Macht der Beschwerdeführer geltend, sein **Anspruch auf rechtliches Gehör** sei durch gerichtliche Versäumnisse im Zusammenhang mit der richterlichen Hinweispflicht verletzt worden, hat er **darzustellen, wie er auf einen entsprechenden Hinweis reagiert**, insbesondere was er im Einzelnen vorgetragen hätte und wie er weiter vorgegangen wäre. Die mangels eines richterlichen Hinweises zunächst unterbliebene Ergänzung eines das Wiedereinsetzungsgesuch begründenden Vortrags oder seiner Glaubhaftmachung kann dabei auch noch nach Ablauf der Fristen der §§ 234, 236 II ZPO – und zwar auch im Rechtsbeschwerdeverfahren – erfolgen. Ergibt sich die **Ergänzungsbedürftigkeit aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung**, so ist die Ergänzung grundsätzlich innerhalb der Frist für die Rechtsbeschwerdebegründung vorzunehmen.
- 

**StVG** **Kollision beim Einfädeln auf Autobahn** **ZivilR**  
**§ 17** **Kein Anscheinsbeweis bei unklarem Ablauf**  
(OLG Frankfurt a. M. in NJW-RR 2016, 1001; Urteil vom 29.03.2016 – 16 U 139/15)

**Fall:** Die Parteien streiten über Regressansprüche aus einem Verkehrsunfall. Die Kl. ist der Haftpflichtversicherer ihres Versicherungsnehmers V, der Eigentümer, Halter und Fahrer eines Pkw ... war. Der Bekl. Zu 1 führte einen bei der Bekl. Zu 2 versicherten Lkw, dessen Halter die Bekl. Zu 3 ist. Am ...06.2013 gegen 6.45 Uhr fuhr der Versicherungsnehmer der Kl. auf dem Beschleunigungstreifen der BAB ... zur BAB ... in Richtung ..., der Bekl. Zu 1 befuhr die rechte Spur der BAB ... In der Folge kam es zu einer Kollision der beiden Fahrzeuge, bei der das Fahrzeug des Versicherungsnehmers der Kl. nach links geschleudert wurde und mit dem Fahrzeug des Zeugen Z kollidierte, das dabei erheblich beschädigt wurde. Die Kl. hat erstinstanzlich von den Bekl. Zu 1 und 2 aus übergegangenem Recht hälftigen Ersatz der Kosten begehrt, die sie für ihren Versicherungsnehmer an den Zeugen Z als Schadensersatz ausgekehrt haben will. Sie hat sich in erster Linie darauf berufen, dass unabhängig von dem konkreten Unfallhergang allein unter Berücksichtigung der Betriebsgefahren der beteiligten Fahrzeuge von einer Haftungsverteilung von 50 % auszugehen sei. Dabei haben die Parteien darüber gestritten, wo sich die Kollision ereignet hat und welcher Fahrzeugführer einen zu der Kollision führenden Spurwechsel durchgeführt hat. Die Kl. hat behauptet, der Bekl. zu 1 habe den Lkw nach rechts gelenkt und sei auf dem Beschleunigungstreifen mit dem Pkw ihres Versicherungsnehmers kollidiert. Die Bekl. ihrerseits haben behauptet, der Unfall sei dadurch entstanden, dass der Versicherungsnehmer der Kl. von der Beschleunigungsspur auf die von dem Bekl. zu 1 befahrene Spur gewechselt sei.

Die Kl. hat gegen die Bekl. zu 1 und 3 einen Regressanspruch i.H.v. 18.984,24 € aus § 426 I BGB, § 17 StVG.

**I. Kein Anspruch aus § 7, 18 StVG**

„Soweit die Kl. in ihrer Klageschrift als **Anspruchsgrundlage die §§ 7, 18 StVG aus übergegangenem Recht anführt**, übersieht sie, dass sie **nicht Ersatz eines Schadens** geltend macht, der ihrem **Versicherungsnehmer selbst an seiner Gesundheit oder an seinem Fahrzeug durch den Unfall entstanden** ist; vielmehr begehrt die Kl. **Regress dafür**, dass sie als Haftpflichtversicherer ihres Versicherungsnehmers den Schaden des dritten Unfallbeteiligten, des Zeugen Z, reguliert hat. Es geht demnach um einen **Regress des in Anspruch genommenen Versicherers gegen einen angeblichen Mitschädiger** seines Versicherungsnehmers. Insoweit kommt lediglich ein nach § 86 VVG auf die Kl. als Versicherer übergegangener **Ausgleichsanspruch** ihres Versicherungsnehmers aus § 426 BGB in Betracht (vgl. Greger/Zwickel, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 5. Aufl. 2014,

§ 15 Rn. 36). Dabei wird § 426 BGB von § 17 I StVG überlagert, der als Sondervorschrift Regelungen über den Gesamtschuldnerausgleich zwischen mehreren Unfallbeteiligten Kfz-Haltern für den Fall enthält, dass ein Dritter durch mehrere Fahrzeuge beschädigt wird und die Fahrzeughalter dem Dritten aus § 7 StVG gesamtschuldnerisch zum Schadensersatz verpflichtet sind (Heß in Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StraßenverkehrsR, 23. Aufl. 2014, § 17 StVG Rn. 2). Soweit auch ein Fahrer nach § 18 I StVG zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, gilt nach § 18 III StVG die Vorschrift des § 17 I StVG auch im Verhältnis zwischen ihm und dem gegnerischen Halter/Fahrer, wobei zu beachten ist, dass bei einem Verkehrsunfall die Verantwortungsbeiträge von Halter und Führer jeder Seite zu einem einheitlichen Verantwortungsbeitrag verschmelzen (Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StraßenverkehrsR, § 17 Rn. 5).“ (OLG Frankfurt aaO.)

## II. Anspruch aus § 7 StVG

„Der Versicherungsnehmer der Kl. und die Bekl. zu 3 haften für den dem Zeugen Z entstandenen Schaden **gesamtschuldnerisch aus § 7 I StVG**. Denn das Fahrzeug des Zeugen Z ist bei dem Betrieb sowohl des Fahrzeugs des Versicherungsnehmers der Kl. als auch des Lkw der Bekl. zu 3 beschädigt worden, ohne dass der Unfall durch höhere Gewalt i.S.d. § 7 II StVG verursacht worden wäre. In die gesamtschuldnerische Haftung mit einbezogen ist der Bekl. zu 1, der nach § 18 I 1 StVG ersatzpflichtig ist.

Eine Haftung der Bekl. scheidet nicht deshalb aus, weil der **Unfall allein von dem Versicherungsnehmer der Kl.** verschuldet und verursacht worden wäre. Den **entsprechenden Beweis** haben die Bekl. **nicht erbracht**.

Entgegen der Annahme des LG steht **nicht bereits auf Grund eines Anscheinsbeweises** fest, dass die Kollision im Rahmen eines Spurwechsels des Versicherungsnehmers der Kl. erfolgt ist.

Bei der **Benutzung eines Beschleunigungsstreifens** auf der Autobahn gilt § 18 III StVO. Danach hat auf Autobahnen und Kraftfahrstraßen der Verkehr auf der durchgehenden Fahrbahn – zu der die Beschleunigungsstreifen nicht gehören – Vorfahrt (BGH, NJW 1986, 1044 = VersR 1986, 169 = NJW-RR 1986, 452 Ls.), die von dem von der Beschleunigungsspur Einfädelnden zu beachten ist. Der **Anscheinsbeweis** erlaubt **bei typischen Geschehensabläufen** den Nachweis eines ursächlichen Zusammenhangs oder eines **schuldhaften Verhaltens** ohne exakte Tatsachengrundlage **allein auf Grund von Erfahrungssätzen** (Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl. 2016, vor § 284 Rn. 29). Zwar mag dann, wenn feststeht, dass sich der Unfall im Rahmen des Einfädelns von der Beschleunigungsspur auf die Autobahn ereignet hat, der Beweis des ersten Anscheins für ein Verschulden des Einfädelnden sprechen; diese Situation lag bei der von dem LG zitierten Entscheidung des OLG Köln (NZV 2006, 420 = DAR 2006, 324) vor. Ist jedoch wie hier streitig, ob sich der Unfall auf dem Beschleunigungsstreifen oder auf der Fahrbahn der Autobahn ereignet hat, scheidet die Annahme eines Anscheinsbeweises dafür, dass der auf der Beschleunigungsspur befindliche Pkw einen Fahrbahnwechsel vorgenommen und sich der Unfall demnach auf der Fahrspur der Autobahn vollzogen hat, nach Auffassung des Senats aus (vgl. insoweit auch AG Köln, Urt. v. 15.12.2008 – 264 C 36/08, BeckRS 2008, 29320). Zwar mag es wahrscheinlicher sein, dass derjenige, der sich auf der Beschleunigungsspur befindet, einen Fahrspurwechsel vornimmt, als dass derjenige, der auf der Autobahn fährt, auf die Beschleunigungsspur gerät; eine solche Wahrscheinlichkeit reicht jedoch für die Annahme eines Anscheinsbeweises nicht aus. Zudem gibt es bei Streitigkeiten darüber, wo sich ein Unfall konkret ereignet hat, keinen Erfahrungssatz für eine bestimmte Örtlichkeit; insoweit kann auch nicht von einem typischen Ablauf gesprochen werden, der es rechtfertigen könnte, ohne exakte Tatsachengrundlage von einem Verstoß des den Beschleunigungsstreifen Befahrenden gegen § 18 III StVO auszugehen.

Da für den von den Bekl. behaupteten Fahrspurwechsel des Versicherungsnehmers der Kl. kein Anscheinsbeweis spricht, würde eine Haftung der Bekl. nur dann vollständig entfallen können, wenn sie den von ihnen behaupteten Geschehensablauf zur Überzeugung des Senats bewiesen hätten. Dies ist jedoch nicht der Fall. [wird ausgeführt]“ (OLG Frankfurt aaO.)

ZPO  
§ 520 III 2 Nr. 2

## Mehrfach begründete Klageabweisung Anforderungen an Berufungsbegründung

ZivilVerfR

(BGH in NJW-RR 2016, 1267; Urteil vom 21.07.2016 – IX ZB 88/15)

**Fall:** Die Kl. wurde vom Bekl. zu 1, bei dem der Streithelfer als freier Mitarbeiter tätig war, im Zusammenhang mit einem Unternehmensverkauf anwaltlich beraten und im sich anschließenden Prozess gegen die Käuferin anwaltlich vertreten. Der Streithelfer erbrachte für den Bekl. zu 1 gegenüber der Kl. die anwaltlichen Leistungen. Der Bekl. zu 2 war ihr Steuerberater und hat im Rahmen der Verkaufsverhandlungen an Gesprächen teilgenommen. Die Kl. warf beiden Bekl. vor, sie während der laufenden Kaufverhandlungen falsch beraten zu haben, dem Bekl. zu 1 wirft sie zusätzlich vor, für sie einen aussichtslosen Prozess gegen die Käuferin geführt zu haben. Der Streithelfer ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Bekl. beigetreten. Erinstanzlich ist die Klage abgewiesen worden (LG Potsdam, Urt. v. 20.03.2015 – 12 O 403/13, BeckRS 2016, 14169). Die rechtzeitig eingelegte und begründete Berufung der Kl. wurde als unzulässig verworfen (OLG Brandenburg, Beschl. v. 24.09.2015 – 6 U 49/15, BeckRS 2016, 14168). Die Rechtsbeschwerde der Kl. wurde ebenfalls als unzulässig verworfen.

Die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 574 II ZPO erfüllt sind.

### I. Anforderungen an Berufungsbegründung

„Die Anforderungen an eine Berufungsbegründung sind geklärt. Nach § 520 III 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die **Umstände bezeichnen**, aus denen sich nach Ansicht des Berufungsklägers die **Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung** ergeben. Dazu gehört eine aus sich heraus verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte des angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe er ihnen im Einzelnen entgegensetzt. Besondere formale Anforderungen bestehen nicht; für die Zulässigkeit der Berufung ist es insbesondere ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind. Jedoch muss die **Berufungsbegründung auf den konkreten Streitfall zugeschnitten** sein, es reicht nicht aus, die Auffassung des Erstgerichts mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen oder lediglich auf das Vorbringen erster Instanz zu verweisen. Dabei muss die Berufung die **tragenden Erwägungen des Erstgerichts angreifen** und darlegen, warum diese aus Sicht des Berufungsklägers nicht zutreffen; die Begründung muss also – ihre Richtigkeit unterstellt – geeignet sein, das gesamte Urteil in Frage zu stellen (BGH, ZInsO 2016, 410 = BeckRS 2016, 00920 Rn. 7 m.w.N.). Entsprechendes gilt für die Bezeichnung der konkreten Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 520 III 2 Nr. 3 ZPO; vgl. BGH, NJW-RR 2015, 1532 = VersR 2016, 616 Rn. 8).“ (BGH aaO.)



## II. Anwendung auf den Fall

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe genügt die klägerische Berufungsbegründung nicht den Anforderungen des § 520 III 2 Nr. 2 ZPO.

„Das LG hat angenommen, etwaige Ansprüche der Kl. gegen die Bekl. seien **verjährt**, zudem habe die Kl. die **Pflichtverletzungen** der Bekl., die **Kausalität** und den **Schaden nicht hinreichend dargelegt**. Die Berufungsbegründung setzt sich im Wesentlichen mit der Ansicht des erstinstanzlichen Urteils auseinander, die Ansprüche seien verjährt. **Zu der alternativen Begründung** führt die Berufungsbegründung lediglich am Ende des Schriftsatzes in einem Satz aus, die Darlegungen in der Urteilsbegründung auf S. 13, in denen das erstinstanzliche Gericht inhaltliche Ausführungen gemacht habe, seien **völlig überraschend**, weil es hierzu weder Gespräche in der mündlichen Verhandlung noch anderweitige Hinweise gegeben habe.

Den an eine Berufungsbegründung zu stellenden **Anforderungen** wird die Berufungsbegründung der Kl. damit **nicht gerecht**. Hinsichtlich der das landgerichtliche Urteil selbstständig tragenden Annahme, die Kl. habe zu den Anspruchsvoraussetzungen der Anwalts- und Steuerberaterhaftung nicht hinreichend vorgetragen, fehlt es – wie das BerGer. zutreffend erkannt hat – an einem hinreichenden Berufungsangriff.

Hat das Erstgericht die **AbwFeisung der Klage auf mehrere voneinander unabhängige, selbstständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt**, muss die Berufungsbegründung **jede tragende Erwägung angreifen**; andernfalls ist das Rechtsmittel unzulässig (BGH, NJW-RR 2015, 511 = VersR 2015, 728 Rn. 8 m.w.N.; NJW-RR 2015, 757 = VersR 2016, 480 Rn. 6). Bei der Annahme des LG, die Anspruchsvoraussetzungen der streitgegenständlichen Ansprüche seien nicht hinreichend dargetan, handelt es sich um eine rechtliche Erwägung, die das Urteil selbstständig und unabhängig von den anderen rechtlichen Erwägungen, etwaige Ansprüche seien verjährt, trägt und deswegen auch insoweit ein Berufungsangriff erforderlich macht (vgl. BGH, NJW-RR 2015, 511 = VersR 2015, 728 Rn. 10). Dies wird von der Rechtsbeschwerde auch nicht in Frage gestellt.

Die Berufungsbegründung hätte sich deswegen entweder mit den Ausführungen des LG auseinandersetzen müssen, die Kl. habe **nicht hinreichend zu den Anspruchsvoraussetzungen eines Regressanspruchs vorgetragen** und darlegen müssen, dass sie dies sehr wohl gemacht und das LG die **Anforderungen an die Substanziierung überspannt** habe. Oder sie hätte, die Ansicht des LG hinnehmend, der Vortrag sei bislang nicht hinreichend, ausführen müssen, wie sie ihren Vortrag zu den Anspruchsvoraussetzungen der Haftung des Rechtsanwalts und des Steuerberaters nach Hinweiserteilung ergänzt hätte.

Ein tauglicher Berufungsangriff kann nicht darin erblickt werden, dass die Berufungsbegründung geltend macht, das erstinstanzliche Gericht habe trotz Hinweispflicht gem. § 139 ZPO keinen weiteren ergänzenden Vortrag gefordert. Die **Rüge eines Verstoßes gegen § 139 ZPO und/oder Art. 103 I GG** ist nämlich **nur dann in ausreichender Weise erhoben**, wenn dargelegt wird, **was auf einen entsprechenden Hinweis vorgetragen worden wäre** (BGH, Beschl. v. 22.05.2014 – IX ZB 46/12, BeckRS 2014, 12010 Rn. 10; NJW-RR 2015, 511 = VersR 2015, 728 Rn. 12; NJW-RR 2015, 757 = VersR 2016, 480 Rn. 8). Dies hat die Kl. in der Berufungsbegründung nicht getan.“ (BGH aaO.)

GG  
Art. 19 IV

## Löschung aus staatsanwaltschaftlichem Verfahrensregister Verzögerungsbeschwerde

StrafVerfR

(BVerfG in NJW 2016, 2021; Beschluss vom 08.12.2015 – 1 BvR 99/11)

**Fall:** Der Bf. verfolgte im Ausgangsverfahren die Löschung seiner personenbezogenen Daten aus dem staatsanwaltschaftlichen Verfahrensregister und wandte sich überdies gegen die Abgabe einer ihn betreffenden Strafkarte an das Landesarchiv des Landes Nordrhein-Westfalen. Gegen die Zurückweisung seiner Begehren durch die StA stellte der Bf. beim OLG einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung, der als unbegründet verworfen wurde. Gegen den Bescheid der StA und gegen die Entscheidungen des OLG erhob der Bf. am 04.10.2010 Verfassungsbeschwerde. Diese wurde zur Klärung der Zuständigkeit zunächst im Allgemeinen Register eingetragen. Hiervon wurde der Bf. mit Schreiben vom 12.10.2010 in Kenntnis gesetzt. Mit Schreiben vom 20.01.2011 teilte das BVerfG dem Bf. über dessen Rechtsanwältin, die Verfassungsbeschwerde sei nun als solche in das Verfahrensregister eingetragen worden. Am 03.02.2015 hat der Bf. Verzögerungsrüge erhoben, die mit der Bitte um alsbaldige Sachentscheidung verbunden war.

### I. Verzögerungsbeschwerde

„Wer infolge **unangemessener Dauer eines Verfahrens vor dem BVerfG** als Verfahrensbeteiligter einen Nachteil erleidet, wird **angemessen entschädigt** (§ 97 a I 1 BVerfGG). Die Angemessenheit der Verfahrensdauer richtet sich nach den **Umständen des Einzelfalls** unter Berücksichtigung der Aufgaben und der Stellung des BVerfG (§ 97 a I 2 BVerfGG). Bei der Ermittlung und Bewertung der danach relevanten Umstände ist an die Maßstäbe anzuknüpfen, die das BVerfG und der EGMR bei der Beurteilung überlanger gerichtlicher Verfahren entwickelt haben. Allerdings ist es bei der Bewertung der Dauer verfassungsgerichtlicher Verfahren in besonderem Maße geboten, auch andere Umstände zu berücksichtigen als nur die Reihenfolge ihrer Registrierung, beispielsweise die **Art der Sache sowie ihre politische und soziale Bedeutung**. Verfahren, die für das Gemeinwesen von besonderer Bedeutung sind, ist Vorrang einzuräumen. Unter Berücksichtigung der Aufgaben und der Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit ist deshalb auch eine längere Verfahrensdauer für sich gesehen nicht ohne Weiteres unangemessen; hierfür bedarf es in der Regel außergewöhnlicher Besonderheiten.“ (BVerfG aaO.)

### II. Vorgaben von Art. 19 IV, 2 I i.V.m. Art. 20 III GG

„Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann der verfassungsrechtlich garantierte Rechtsschutz nur dann i.S.v. Art. 19 IV und Art. 2 I in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 III GG wirksam sein, wenn er innerhalb angemessener Zeit gewährt wird (vgl. BVerfGE 55, 349 [369] = NJW 1981, 1499; BVerfGE 60, 253 [269] = NJW 1982, 2425; BVerfGE 93, 1 [13] = NJW 1995, 2477).

Allerdings lassen sich dem Grundgesetz keine allgemein gültigen Zeitvorgaben dafür entnehmen, wann von einer überlangen, die Rechtsgewährung verhindernden und damit unangemessenen Verfahrensdauer auszugehen ist; dies ist vielmehr eine Frage der Abwägung im Einzelfall (vgl. BVerfGE 55, 349 [369] = NJW 1981, 1499; BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NJW 2008, 503; Beschl. v. 14.12.2010 – 1 BvR 404/10, BeckRS 2011, 48160 Rn. 11). Bei dieser Abwägung müssen insbesondere die Natur des Verfahrens, die Bedeutung der Sache und die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten, die Schwierigkeit der Sachmaterie, das den Beteiligten zuzurechnende Verhalten, insbesondere von ihnen zu verantwortende Verzögerungen, sowie die gerichtlich nur begrenzt zu beeinflussende Tätigkeit Dritter, vor allem der Sachverständigen, berücksichtigt werden (vgl. BVerfG [Beschwerdekammer], NJW 2015, 3361 [3362] Rn. 29). Dagegen kann sich der Staat nicht auf

solche Umstände berufen, die in seinem Verantwortungsbereich liegen (vgl. BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], NVwZ 2004, 334 [335]; [2. Kammer des Ersten Senats], NZS 2010, 381 [382]; [3. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 14.12.2010 – 1 BvR 404/10, BeckRS 2011, 48160 Rn. 11). Ferner haben die Gerichte auch die Gesamtdauer des Verfahrens zu berücksichtigen und sich mit zunehmender Dauer nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens zu bemühen (vgl. BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 2001, 214 [215]; [2. Kammer des Ersten Senats], NZS 2010, 381 [382]; [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 2001, 214 [215]; [2. Kammer des Ersten Senats], NVwZ-RR 2011, 625 [626]).“ (BVerfG aaO.)

### III. Vorgaben des Art. 6 I EMRK

„In vergleichbarer Weise verpflichtet Art. 6 I EMRK nach der Rechtsprechung des EGMR die Konventionsstaaten dazu, ihr **Gerichtswesen so einzurichten**, dass die **Rechtssachen innerhalb angemessener Frist entschieden** werden können (EGMR, NJW 2001, 213 Nr. 42 – Klein/Deutschland). Darüber, ob die Dauer eines Verfahrens angemessen ist, muss unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falls, des Verhaltens des Beschwerdeführers und der zuständigen Behörden und Gerichte sowie der Bedeutung des Rechtsstreits für den Beschwerdeführer entschieden werden (EGMR, NJW 2010, 3355 [3356] Nr. 41 – Rumpf/Deutschland; EGMR, NJW 2011, 1055 [1056] Nr. 26 – Grumann/Deutschland).“ (BVerfG aaO.)

### IV. Modifizierung des Maßstäbe für das BVerfG

„In organisatorischer Hinsicht ist beim BVerfG, anders als bei den Fachgerichten, eine **Kapazitätsausweitung** zur Verkürzung der Verfahrensdauer als Reaktion auf gesteigerte Eingangszahlen ohne ein Eingreifen des Gesetzgebers **grundsätzlich nicht möglich**, da die Struktur des Gerichts durch seine Funktion bedingt und durch die Verfassung und das BVerfGG vorgegeben ist (vgl. BT-Drs. 17/3802, 26).

Verfahrensmäßige Besonderheiten ergeben sich weiter aus der Aufgabe der verbindlichen Auslegung der Verfassung (vgl. § 31 BVerfGG), die **grundsätzlich in jedem verfassungsgerichtlichen Verfahren eine besonders tiefgehende und abwägende Prüfung** erfordert. Diese setzt einer Verfahrensbeschleunigung ebenfalls Grenzen (vgl. BT-Drs. 17/3802, 26).

Schließlich kann die **Rolle des BVerfG als Hüter der Verfassung** es gebieten, bei der Bearbeitung der Verfahren in stärkerem Maße als in der Fachgerichtsbarkeit **andere Umstände zu berücksichtigen als nur die chronologische Reihenfolge** der Eintragung in das Gerichtsregister, etwa weil Verfahren, die für das Gemeinwesen von besonderer Bedeutung sind, vorrangig bearbeitet werden müssen oder weil ihre Entscheidung von dem Ergebnis eines so genannten Pilotverfahrens abhängig ist (vgl. BT-Drs. 17/3802, 26; s. auch BVerfGK 19, 110 [121] = NJW 2011, 3637; BVerfGK 20, 65 [73] = NVwZ 2013, 789 = NJW 2013, 2342 Ls.; BVerfG [Beschwerdekammer], NJW 2015, 3361 [3363] Rn. 31; EGMR, NJW 2001, 211 [212] Nr. 75 – Gast und Popp/Deutschland; EGMR, NJW 2005, 41 Nr. 49 – Voggenreiter/Deutschland; EGMR, NVwZ 2010, 177 [178] Nr. 63 – Leela Förderkreis e. V. u.a./Deutschland; EGMR, NJW 2015, 3359 [3360] Nr. 40 – Peter/Deutschland).

Den organisatorischen und verfahrensmäßigen Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens trägt die Vorschrift des § 97 b I 4 BVerfGG Rechnung, nach der die **Verzögerungsrüge frühestens zwölf Monate nach Eingang des Verfahrens beim BVerfG** erhoben werden kann. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass beim BVerfG jedenfalls eine Verfahrensdauer von einem Jahr keinesfalls als unangemessen anzusehen ist (vgl. BT-Drs. 17/3802, 27).

Auch eine **längere Verfahrensdauer** ist für sich gesehen **nicht ohne Weiteres unangemessen**; hierfür bedarf es in der Regel außergewöhnlicher Besonderheiten (vgl. BVerfG [Beschwerdekammer], NJW 2015, 3361 [3363] Rn. 35). Denn der Gesetzgeber hat bei der Ausarbeitung des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24.11.2011 (BGBl. I 2011, 2302) in Kenntnis des Umstands, dass im Durchschnitt der Jahre 2000 bis 2009 in einem Drittel der Verfassungsbeschwerdeverfahren die Dauer mehr als ein Jahr – und in rund 7,4 % der Verfassungsbeschwerdeverfahren mehr als vier Jahre – betrug (vgl. BT-Drs. 17/3802, 27; Jahresstatistiken 2000–2009, s. nur die Jahresstatistik 2009, 20), auf eine generelle Festlegung, wann ein Verfahren vor dem BVerfG unangemessen lang i.S.v. § 97 a I 1 BVerfGG ist, verzichtet. Er hat stattdessen maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der sich aus den Aufgaben und der Stellung des BVerfG ergebenden Besonderheiten abgestellt (vgl. BT-Drs. 17/3802, 26).

Auch der EGfMR erkennt in seiner Rechtsprechung zu Art. 6 I EMRK an, dass die Verpflichtung, Gerichte so einzurichten, dass sie Rechtssachen innerhalb angemessener Fristen entscheiden können, **für ein Verfassungsgericht nicht in derselben Weise wie für ein Fachgericht** ausgelegt werden kann.

Zwar kann nach dieser Rechtsprechung ein ständiger Rückstand infolge **chronischer Überlastung** auch beim BVerfG eine überlange Verfahrensdauer **nicht rechtfertigen** (EGMR, NJW 2001, 211 [212] Nr. 78 – Gast und Popp/Deutschland; EGMR, NJW 2001, 213 [213 f.] Nr. 29, 43 – Klein/Deutschland). Indes erfordert es die Rolle eines Verfassungsgerichts als Hüter der Verfassung, auch andere Überlegungen zu berücksichtigen als die Zeitfolge, in der Fälle registriert werden, zum Beispiel die Art der Sache und ihre politische und soziale Bedeutung (EGMR, NJW 2001, 211 [212] Nr. 75 – Gast und Popp/Deutschland; EGMR, NJW 2005, 41 Nr. 49, 52 – Voggenreiter/Deutschland; EGMR, NVwZ 2010, 177 [178] Nr. 63 – Leela Förderkreis e. V. u.a./Deutschland; EGMR, StV 2009, 561 [562] = BeckRS 2009, 70595 Nr. 64 – Kaemena und Thöneböhn/Deutschland; EGMR, NJW 2015, 3359 [3360] Nr. 43 – Peter/Deutschland).“ (BVerfG aaO.)

### V. Anwendung auf den Fall

Nach diesen Maßstäben war die Verfahrensdauer in dem Verfassungsbeschwerdeverfahren des Bf. nicht unangemessen.

„Das beanstandete Verfahren hat vom Eingang der Verfassungsbeschwerde im Oktober 2010 bis zur Versendung des Nichtannahmebeschlusses im Juni 2015 rund **vier Jahre und acht Monate** gedauert. Damit war die **Verfahrensdauer** zwar **ungewöhnlich lang** (vgl. BVerfGK 20, 65 [74] = NVwZ 2013, 789 = NJW 2013, 2342 Ls.: dort entsprechende Bewertung einer – im Ergebnis für nicht unangemessen befundenen – Verfahrensdauer von rund viereinhalb Jahren; s. dazu EGMR, NJW 2015, 3359 [3360] Nr. 47 – Peter/Deutschland). Sie war indes unter Berücksichtigung der Aufgaben und der Stellung des BVerfG **durch Sachgründe gerechtfertigt und damit nicht unangemessen**. [wird ausgeführt]“ (BVerfG aaO.)

FamFG  
§ 5

## Ingewahrsamnahme nach Polizeigesetz Gerichtliche Zuständigkeit

POR

(LG Aachen in NJW 2016, 2514; Beschluss vom 02.05.2016 – 3 AR 2/16)

- Gemäß § 5 I FamFG kann das **nächsthöhere gemeinsame Gericht** auch eine **Zuständigkeitsbestimmung** für zukünftige Verfahren treffen, wenn zwei Gerichte **grundsätzlich unterschiedliche Auffassungen** vertreten und

in den zu bearbeitenden Verfahren aller Voraussicht nach keine rechtzeitige Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht erfolgen kann.

2. Für **richterliche Entscheidungen nach § 36 NRWPoIG** ist das **Amtsgericht, in dessen Bezirk der Betroffene erstmals festgenommen** wurde, auch dann noch zuständig, wenn der Betroffene von der Polizei vor Antragstellung in die in einem anderen Amtsgerichtsbezirk liegenden Räumlichkeiten des Polizeigewahrsams verbracht wurde.
3. Für richterliche Entscheidungen über die **Zulässigkeit und Fortdauer von Freiheitsentziehungen** gem. § 36 NRWPoIG ist dasjenige Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Betroffene **erstmalig festgenommen** wurde.

VwGO  
§ 50 I Nr. 2

**Vereinsrechtliche Verfügung**  
**Sachliche Zuständigkeit**

VwGO

(BVerwG in NVwZ-RR 2016, 579; Beschluss vom 26.04.2016 – 1 A 9/15)

1. Die **erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts** nach § 50 I Nr. 2 VwGO erstreckt sich auf Vereins- und ihnen gleichzustellende Betätigungsverbote durch das Bundesministerium des Innern, nicht jedoch auf Verfügungen, die lediglich den Vollzug eines bereits ausgesprochenen Organisationsverbots betreffen.
2. Ein Rechtsstreit ist auch **nach Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses** nach § 83 VwGO i.V.m. § 17 a II GVG **an das sachlich und örtlich zuständige Verwaltungsgericht** zur eigenverantwortlichen Entscheidung zu verweisen.

**Fall:** Der Kl. ist ein eingetragener Verein in Köln. Er hat Klage beim BVerwG gegen die u.a. ihm gegenüber erlassene vereinsrechtliche Verfügung vom 10.04.2015 erhoben, in der das Bundesministerium des Innern festgestellt hat, dass Herstellung und Vertrieb der Publikation „Yürüyüs“ den organisatorischen Zusammenhalt der im August 1998 verbotenen Devrimci Halk Kurtulus Partisi-Cephesi (DHKP-C) aufrechterhalten und damit den Strafgesetzen zuwiderlaufen. Zugleich wurden Herstellung und Vertrieb der Publikation „Yürüyüs“ und die Verbreitung der Internetseite www.yuruyus.info im Geltungsbereich des Vereinsgesetzes verboten und entsprechende Nebenentscheidungen getroffen. Auf den gerichtlichen Hinweis, es bestünden Zweifel daran, ob der Bescheid als Vereins- oder Betätigungsverbot angesehen werden könne und das BVerwG sachlich gem. § 50 I Nr. 2 VwGO zuständig sei, hat die Bekl. die angegriffene Verfügung am 12.01.2016 aufgehoben. Hierauf hat der Kl. trotz mehrfacher *Aufforderung nicht reagiert*. *Das BVerwG hat den Rechtsstreit an das VG Berlin verwiesen. Zu Recht?*

„Das **BVerwG** ist – ungeachtet des Umstandes, dass mit der nachträglichen Aufhebung der Verfügung durch die Bekl. das Rechtsschutzinteresse für die erhobene Anfechtungsklage entfallen sein dürfte – **nicht zuständig**. Nach § 50 I Nr. 2 VwGO entscheidet es im ersten und letzten Rechtszug (nur) über Klagen gegen die **vom Bundesminister des Innern nach § 3 II Nr. 2 VereinsG ausgesprochenen Vereinsverbote** und nach § 8 II 1 VereinsG erlassenen Verfügungen (Verbot der Bildung von Ersatzorganisationen). Diese gerichtliche Zuständigkeit erstreckt sich **auch auf ein Betätigungsverbot** nach § 18 S. 2 VereinsG, das ein Vereinsverbot ersetzt und – wie dem Klammerzusatz in der Vorschrift zu entnehmen ist – **ebenfalls als Vereinsverbot anzusehen** ist (vgl. BVerwG, NVwZ 2004, 887 = NJW 2004, 2768 Ls. = Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 40, S. 75 und Entsch. v. 08.08.2005 – 6 A 1.04, BeckRS 2005, 29687 Rn. 13). Demgegenüber werden Verfügungen, die ihrem materiellen Gehalt nach kein Vereinsverbot enthalten, sondern den **Vollzug eines bereits ausgesprochenen Organisationsverbots** betreffen, nicht von der Spezialvorschrift des § 50 I Nr. 2 VwGO erfasst. Denn die von den Regelbestimmungen abweichenden besonderen Zuständigkeitsregelungen in § 48 II und Nr. 2 VwGO tragen dem Umstand Rechnung, dass **Vereinsverbote wegen ihres politischen Charakters und ihres Einflusses auf die Staatssicherheit** einen die Verhältnisse **rasch klärenden Rechtsschutz** erfordern; für die Anfechtung von Einzelmaßnahmen zum Vollzug eines Verbots bzw. einer Feststellungsverfügung verbleibt es nach den Gesetzesmaterialien hingegen bei den allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen der Verwaltungsgerichtsordnung (BT-Drs. 4/430, 25).

Auch wenn das Bundesministerium des Innern die angefochtene Verfügung u.a. auf §§ 3 I und 18 S. 2 VereinsG gestützt, seine Tenorierung an ein Vereinsverbot angelehnt und der Verfügung eine Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt hat, wonach beim BVerwG Klage zu erheben ist, handelt es sich **in der Sache nicht um ein gegen eine Vereinigung gerichtetes Vereins- oder dem gleichstehendes Betätigungsverbot**. Vielmehr knüpft die Verfügung an ein bestandskräftiges Organisationsverbot an und **konkretisiert gegenüber jedermann die sich hieraus kraft Gesetzes ergebenden Rechtsfolgen** in Bezug auf die Herstellung und den Vertrieb einer bestimmten Publikation und die Verbreitung einer bestimmten Internetseite.

Der Rechtsstreit ist deshalb – nachdem die Bet. hierzu angehört und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden ist – **gem. § 83 VwGO i.V.m. § 17 a II GVG an das sachlich (§ 45 VwGO) und örtlich (§ 52 Nr. 2 VwGO) zuständige VG Berlin zu verweisen**. Allein prozessökonomische Gründe rechtfertigen entgegen der Auffassung der Bekl. keine hiervon abweichende Handhabung. Zwar hat die Bekl. die streitgegenständliche Verfügung inzwischen aufgehoben. Eine Entscheidung über die sich hieraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen für den Erfolg der Klage obliegt aber – wie sich aus dem Verweis in § 83 VwGO auf §§ 17–17 b GVG ergibt – nach dem Willen des Gesetzgebers allein dem sachlich zuständigen Gericht (vgl. § 17 II GVG in entsprechender Anwendung).“ (BVerwG aaO.)

## Speziell für Rechtsanwälte und Notare

### Gebühren und Kosten

ZPO  
§ 91

#### Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten Auch nach Antragsrücknahme

GebührenR

(OLG München in BeckRS 2016, 16132; Beschluss vom 30.08.2016 – 11 WF 733/16)

Nimmt eine mit einer Klage oder einem Rechtsmittel überzogene Partei **anwaltliche Hilfe** in Anspruch, sind die hierdurch ausgelösten **Kosten auch dann erstattungsfähig**, wenn der Kläger/Rechtsmittelführer seine **Anträge zwischenzeitlich zurückgenommen** hat; dies gilt nur dann nicht, wenn die anwaltliche Hilfe suchende Partei oder ihr Vertreter von der Rücknahme weiß oder schuldhaft nicht weiß

**Fall:** Die Parteien streiten um die Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten für eine Rechtsverteidigung. Mit Schriftsatz vom 16.07.2015 beantragte die Antragstellerin eine einstweilige Anordnung, wonach ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das gemeinsame Kind übertragen wird; gleichzeitig begehrte sie hierfür Verfahrenskostenhilfe. Das Amtsgericht vermisste zunächst substantiierten Sachvortrag und sah auch die Voraussetzungen für eine Gewährung von Verfahrenskostenhilfe nicht gegeben, bestimmte am 09.09.2015 aber doch einen Termin zur Anhörung; gleichzeitig verfügte es die Zustellung der Antragschrift an den Antragsgegner, der diese am 12.09.2015 erhielt.

Mit Schreiben vom 14.09.2015, per Telefax bei Gericht am selben Tag eingegangen, nahm die Antragstellerin ihren Antrag zurück. Der Amtsrichter verfügte am 15.09.2015 die Übermittlung dieses Schriftsatzes an den Antragsgegner, am 16.09.2015 die Abladung. Die Verfügungen wurden am 21.09.2015 ausgeführt.

Am 23.09.2015 ging beim Amtsgericht ein Schriftsatz der vom Antragsgegner zwischenzeitlich beauftragten Verfahrensbevollmächtigten vom 22.09.2015 ein, mit dem Antrag entgegengesetzt und dessen Zurückweisung beantragt wurde; der Schriftsatz enthält auch eine nähere Begründung. Entsprechend dem Antrag des Antragsgegners vom 25.11.2015 legte das Amtsgericht mit Beschluss vom 16.12.2015 aufgrund der Rücknahme der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens auf. Mit Festsetzungsgesuch vom 20.01.2016 machte der Antragsgegner die Kosten seiner Verfahrensbevollmächtigten geltend, wobei er eine 1,3 Verfahrensgebühr nebst Pauschale und Mehrwertsteuer ansetzt. Auf Einwendungen der Antragstellerin hiergegen wiesen die Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners darauf hin, der Rücknahmeschriftsatz vom 14.09.2015 sei ihnen erst am 29.09.2015 zugestellt worden. Nachdem man keinerlei Kenntnis von der Antragsrücknahme gehabt habe, sei damit eine 1,3 Verfahrensgebühr erstattungsfähig.

„Der Antragsgegner wurde hier mit einem Antrag auf einstweilige Anordnung konfrontiert, was ihn naheliegender Weise dazu bewogen hat, anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.“

Nach **ständiger Rechtsprechung des BGH** darf die **mit einem Rechtsmittel überzogene Partei** (sogar bereits vor dessen Begründung) einen **Rechtsanwalt beauftragen** und die entstandenen Kosten im Falle ihres Obsiegens vom Gegner erstattet verlangen (vgl. zuletzt etwa BGH, Beschl. v. 23.10.2013 - VZB 143/12 Tz 8; Beschl. v. 19.09.2013 - IX ZB 160/11 Tz 7 ff.; Beschl. v. 06.12.2007 - IX ZB 223/06 Tz 10); in der Regel wird die Partei nämlich nicht in der Lage sein zu beurteilen, was zur Verteidigung sachgerecht zu veranlassen ist und ihr ist nicht zuzumuten, zunächst die weiteren Entschließungen des anwaltlich vertretenen Berufungsklägers abzuwarten.

Dazu passt es schlechterdings nicht, der Partei dennoch das **diesbezügliche Kostenrisiko** aufzuerlegen; wenn sie schon einen Anwalt hinzuziehen „darf“, dann kann das nur bedeuten, dass dessen Kosten auch erstattungsfähig sein müssen.

Dementsprechend führt der BGH in dem zitierten Beschluss vom 19.09.2013 ausdrücklich aus, so lange noch **unsicher** sei, ob eine **Berufung durchgeführt** werde, sei die **Beauftragung eines Anwaltes** für die Berufungsinstanz zwar **objektiv nicht erforderlich** - die Kosten eines gleichwohl beauftragten Anwaltes seien jedoch zu objektiver Erforderlichkeit abgestellt, sondern darauf, **was eine Partei in einer bestimmten Situation als notwendig betrachtet**.

Soweit der BGH die Ansicht vertritt, eine bestehende Ungewissheit, ob ein Rechtsmittel - für den vorliegenden Antrag kann nichts Abweichendes gelten - eventuell bereits zurückgenommen ist, könne durch eine (telefonische) Nachfrage bei Gericht rasch und problemlos geklärt werden, erscheint dies bedenklich und praxisfremd:

Demgegenüber hat es ein Rechtsmittelführer (bzw. hatte es hier z. B. die Antragstellerin), gewissermaßen als „Veranlasser“, selbst ohne Weiteres in der Hand, den **Gegner frühzeitig „bösgläubig“ zu machen**, indem die Rücknahme dem Gegner oder dessen Anwalt frühzeitig mitgeteilt wird (Hansens, RVGreport 14, 95, 98; OLG Frankfurt, a.a.O., Tz 9).

Umgekehrt müsste dieser zur Vermeidung des Kostenrisikos noch vor Beauftragung eines Anwaltes beim Kläger/Rechtsmittelführer anrufen und fragen, ob nicht etwa eine Rücknahme erfolgt sei (er seinen Antrag also noch ernst meine); auch der Anwalt müsste dies, vorzugsweise noch vor Entgegennahme der - die Verfahrensgebühr auslösenden - Information und gegebenenfalls nochmals vor Fertigung eines Schriftsatzes mit einem Sachantrag (da ein solcher die Gebühr von 0,8 auf 1,3 erhöht, siehe Nrn. 3100/3101 bzw. 3200/3201 VV-RVG).

Richtig ist demnach, mit dem BAG - nur - auf die Sichtweise einer **wirtschaftlich denkenden und das Gebot der Kostengeringshaltung beachtenden Partei** abzustellen:

**Weiß diese (unverschuldet) nichts von einer zwischenzeitlich erfolgten Rücknahme** - weil der Kläger oder Rechtsmittelführer es nicht für nötig befunden hat, die Gegenseite sogleich zu informieren -, **ist Erstattungsfähigkeit anzunehmen** (für den Sonderfall einer Schutzschrift).

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen, insbesondere weil das BAG ausdrücklich auf eine Kenntnis abstellt und der **vorliegende Beschluss von dem des BGH vom 25.02.2016 abweicht**.“ (OLG München aaO.)

## Aus der Praxis

**BORA**  
§ 11 II

### Pflicht zu unverzüglicher Stellungnahme Bemessung

BerufsR

(BGH in NJW RR 2016, 1146; Urteil vom 18.07.2016 – AnwZ (Brfg) 22/15)

„Nach § 11 II BORA sind Anfragen des Mandanten unverzüglich zu beantworten. In dem angefochtenen Bescheid wirft die Bekl. dem Kl. vor, gegen § 11 II BORA verstoßen zu haben, indem er auf das Schreiben der Frau W vom 08.04.2013 nicht geantwortet habe, obwohl diese um Erläuterung der Übersendung der dreifachen Ausfertigung des (Erbauseinandersetzungs-)Vertrags gebeten habe. Dieser Vorwurf ist nicht gerechtfertigt:

Dem Kl. ist jedoch nicht vorzuwerfen, die Anfrage seiner Mandantin vom 08.04.2013 nicht unverzüglich i.S.v. § 11 II BORA beantwortet zu haben.

Die Anfrage eines Mandanten wird unverzüglich beantwortet, wenn die Antwort **ohne schuldhaftes Zögern** erfolgt (§ 11 II BORA i.V.m. § 121 I 1 BGB), das heißt nach Ablauf einer nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessenden Prüfungs- und Überlegungsfrist (Zuck in Gaier/Wolf/Göcken, Anwaltliches BerufsR, 2. Aufl., § 43 BRAO/§ 11 BORA Rdnr 18, 34; Schwärzer in Feuerich/Weyland, BRAO, 9. Aufl., § 11 BORA Rn. 5, 8; vgl. zu § 121 BGB: BGH, NJW 2005, 1869; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl., § 121 Rn. 3).

Vorliegend ist der Zeitraum vom 09.04.2013 (Dienstag; Zugang des Mandantenschreibens vom 08.04.2013) bis zum 21.04.2013 (Sonntag; Zugang der Mandatskündigung) zu betrachten.

Die Anfrage vom 08.04.2013 betreffend die Rücksendung von drei Vertragsausfertigungen war – entgegen der Auffassung des AnwGH – **nicht von besonderer Eilbedürftigkeit und Bedeutung**. Zwar war, wie aus dem Schreiben vom 08.04.2013 erkennbar wird, die Information der anderen Erben über den erst späten Posteingang des Erbauseinandersetzungsvertrags bei der Mandantin des Kl. für Letztere wichtig. Dies gilt indes nicht für die anlässlich des vorgenannten Anliegens eher beiläufig erfolgende Äußerung der Mandantin, „weiterhin“ sei die dreifache Vertragsausfertigung als Rücksendung nicht verständlich. Der Kl. durfte diese Anfrage dahin verstehen, dass ihre **Beantwortung nicht umgehend erwartet** wurde.

Ob, wie die Bekl. meint, eine im Zeitraum vom 09. bis 21.04.2013 nicht erfolgte Antwort auf die Anfrage eines Mandanten als schuldhaft verzögert i.S.v. § 11 II BORA i.V.m. § 121 I 1 BGB anzusehen ist, kann offen bleiben. Denn eine nicht unverzüglich erfolgte Antwort ist vorliegend jedenfalls angesichts des **Krankenhausaufenthalts des Kl. vom 15. bis 17.04.2013** zu verneinen. Der Kl. hat mit der Begründung seines Antrags auf Zulassung der Berufung die Ablichtung eines Schreibens des Krankenhauses B. vom 17.04.2013 vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass er sich dort vom 15. bis 17.04.2013 in stationärer Behandlung befand. Angesichts der durch den Krankenhausaufenthalt bedingten Abwesenheit des Kl. ergibt sich im Hinblick auf seine Pflicht nach § 11 II BORA Folgendes:

Die Beantwortung der – nicht besonders eilbedürftigen – Anfrage vom 08.04.2013 hatte, um das Erfordernis der Unverzüglichkeit i.S.v. § 11 II BORA zu wahren, **noch nicht bis zum Beginn des Krankenhausaufenthalts** des Kl. am 15.04.2013, das heißt innerhalb von vier Tagen nach Eingang der Anfrage am 09.04.2013 bis Sonntag, den 14.04.2013, zu erfolgen.

Ein schuldhaftes Zögern kann auch nicht darin gesehen werden, dass der Kl. nach Rückkehr aus dem Krankenhaus und Wiederaufnahme seiner Tätigkeit am 18.04.2013 (Donnerstag) nicht an diesem Tag und den folgenden zwei Tagen bis zum Zugang der Kündigung des Mandatsverhältnisses am Sonntag, dem 21.04.2013, die Anfrage seiner Mandantin beantwortet hat. Vielmehr wäre in Anbetracht des zu diesem Zeitpunkt seit dem Zugang der Anfrage verstrichenen **Zeitraums von insgesamt sieben Tagen** (unter Abzug der Dauer des Krankenhausaufenthalts), seiner Unterbrechung durch den Krankenhausaufenthalt und der fehlenden besonderen Eilbedürftigkeit der Anfrage zumindest eine Beantwortung am ersten Werktag der Folgeweche, das heißt am 22.04.2013, noch unverzüglich i.S.v. § 11 II BORA gewesen. Ab diesem Tag war indes – wie ausgeführt – eine Beantwortung der Anfrage angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Beendigung des Mandats und der Neumandatierung eines anderen Rechtsanwalts nicht mehr erforderlich.“ (BGH aaO.)

**ZPO**  
§§ 269 III, 89

### Vollmachtloses Mahnverfahren Veranlasserhaftung

ZivilR

(OLG Frankfurt in NJW-RR 2016, 1270; Beschluss vom 08.04.2016 – 2 W 2/16)

Hat ein vollmachtloser Vertreter einen Mahnbescheid erwirkt und der nicht wirksam Vertretene nach Abgabe der Sache an das Streitgericht die Klage zurückgenommen, hat der vollmachtlose Vertreter die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, wenn eine wirksame Vollmacht nicht vorliegt und der Vertreter den Mangel der Vollmacht kennt. Die Wirksamkeit der Vollmacht als materiell-rechtliche Frage ist im Rahmen der prozessualen Kostenentscheidung zu prüfen. Dass der vollmachtlose Vertreter Beteiligter lediglich des Mahnverfahrens war, steht der Auferlegung der Kosten auf ihn nicht entgegen.

**ZPO**  
§ 234

### Todesnachricht Kein Wiedereinsetzungsgrund

ZivilR

(BGH in NJW-RR 2016, 1022; Beschluss vom 02.06.2016 – III ZB 2/16)

Die Nachricht vom Tod eines Freundes, die darauf erfolgte Einstellung der Tätigkeit ohne Organisation von Vorkehrungen für laufende Fristen ist kein Wiedereinsetzungsgrund.

## Steuerrecht

**UStG**  
§ 3a Abs. 4 Nr. 14

### Auf elektronischen Weg erbrachte Leistungen Begriffsbestimmung

SteuerR

(BFH in DB 2016, 2093; Urteil vom 01.06.2016 – XI R 29/14)

1. Der Begriff „auf elektronischem Weg erbrachte sonstige Leistungen“ i.S.d. USt-Rechts umfasst Dienstleistungen, die über das Internet oder ein ähnliches elektronisches Netz erbracht werden, deren Erbringung aufgrund ihrer Art im Wesentlichen automatisiert und nur mit minimaler menschlicher Beteiligung erfolgt und ohne Informationstechnologie nicht möglich wäre.
2. Diese Voraussetzungen sind i.d.R. erfüllt, wenn ein Unternehmer auf einer Internet-Plattform seinen Mitgliedern gegen Entgelt eine Datenbank mit einer automatisierten Such- und Filterfunktion zur Kontaktaufnahme mit anderen Mitgliedern i.S. einer Partnervermittlung bereitstellt.
3. Erbringt ein Unternehmer mit Sitz im Drittland (hier: USA) derartige Leistungen an Nichtunternehmer (Verbraucher) mit Wohnort im Inland, so liegt der Leistungsort im Inland.

**EStG**  
§ 4 V 1 Nr. 6b

### Häusliches Arbeitszimmer Trennung vom Wohnbereich durch Sideboard

SteuerR

(BFH in DB 2016, 2152; Urteil vom 22.03.2016 – VIII R 10/12)

Kein häusliches Arbeitszimmer i.S.d. § 4 V 1 Nr. 6b EStG ist ein büromäßig eingerichteter Arbeitsbereich, der durch einen Raumteiler vom Wohnbereich abgetrennt ist (Anknüpfung an den BFH vom 27.07.2015 – GrS 1/14, BStBl. II 2016 S. 265 = RS1190580).

**EStG**  
§ 21 II

### Verbilligte Wohnraumüberlassung Ortsübliche Miete

SteuerR

(BFH in DB 2016, 2157; Urteil vom 10.05.2016 – IX R 44/15)

Unter ortsüblicher Miete für Wohnungen vergleichbarer Art, Lage und Ausstattung ist die ortsübliche Bruttomiete – d.h. die Kaltmiete zzgl. der nach der Betriebskostenverordnung umlagefähigen Kosten – zu verstehen.

**BewG**  
§ 146

### Schenkung eines Grundstücks Bemessung bei Bestehen eines Erbbaurechts

SteuerR

(BFH in DB 2016, 2277; Urteil vom 06.07.2016 – II R 28/13)

1. Der Wert eines erbaurechtsbelasteten bebauten Grundstücks bestimmt sich für Zwecke der SchenkSt für 2008 durch Abzug von 80% des im Ertragswertverfahren nach § 146 II-V BewG ermittelten Gebäudewerts von dem Gesamtwert des unbelasteten Grundstücks, selbst wenn als Gesamtwert der Mindestwert i.S.d. § 146 VI i.V.m. § 145 III BewG anzusetzen ist.
2. Der Grundstückswert kann nicht mit 20% des Mindestwerts berechnet werden.

**EStG**  
§ 4 III

### Häusliches Arbeitszimmer Private Mitbenutzung

SteuerR

(BFH in DB 2016, 2155; Urteil vom 22.03.2016 – VIII R 24/12)

Die nicht nur untergeordnete private Mitbenutzung eines in die häusliche Sphäre eingebundenen Raums schließt den Abzug von Betriebsausgaben für diesen Raum auch dann aus, wenn es sich um einen nicht dem Typus des häuslichen Arbeitszimmers entsprechend eingerichteten Raum handelt.

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Herrlein:** Die Rechtsprechung zur Wohnraummiete im ersten Halbjahr 2016 (in NJW 2016, 2851)

Der Beitrag setzt die laufende Berichterstattung des Autors (zuletzt in NJW 2016, 1282) fort. Es fällt auf, dass die „Rechtsprechungsänderungssalve“ aus dem VIII. Zivilsenat des BGH heraus anhält. Außerdem war mit Spannung zu beobachten, wie die Rechtsprechungswende zu Schönheitsreparatur-AGB vom 18.3.2015 in der Praxis – auch in der (kritischen) Literatur – aufgenommen wird. Erhalten geblieben ist ein Schwerpunkt der BGH-Rechtsprechung zu betriebskostenrechtlichen Fragen. Schließlich wird der BGH mit der Frage der Zulässigkeit des Rohrinnensanierungsverfahrens mittels Epoxidharzeinsatzes befasst.

2. **Münch:** Die Errichtung der Verfügung von Todes wegen (in FamRZ 2016, 1414)

Wenn ein Schriftsachverständiger nur mit leicht überwiegender Wahrscheinlichkeit (75%) zur Aussage gelangt, die Unterschrift unter einem Testament stamme vom Erblasser, so genügt dies nach OLG Düsseldorf nicht für den Beweis der Echtheit der Unterschrift. Die Feststellungslast trägt derjenige, der aus dem Testament Rechte herleitet.

Das OLG Schleswig erhebt die Lesbarkeit der Niederschrift zur zwingenden Formvoraussetzung, so dass ein Testament, das teilweise lesbar ist, unwirksam ist.

Die Eigenhändigkeit eines Testaments gemäß § 2247 BGB ist nicht gewahrt, wenn der Erblasser in einem handgeschriebenen Dokument auf ein weiteres, nicht in Testamentsform abgefasstes Schriftstück nur der Auslegung des bereits formgültig Erklärten dient. Das war jedoch in dem vom OLG Köln entschiedenen Fall nicht gegeben, da der Testator lediglich auf einen notariellen Entwurf Bezug genommen hat. Die Unwirksamkeit erfasst dann das gesamte Testament, mithin auch die handschriftlich verfassten Verfügungen. Auf die genannte Ausnahme – Wille andeutungsweise im formgerechten Teil enthalten – beruft sich in äußerst großzügiger Weise das OLG Hamburg. Zur Hälfte setzte die Erblasserin die in einem formunwirksamen gemeinschaftlichen Testament genannten Erben ein. Das genügte dem Gericht, da die Erblasserin damit an bestimmte Personen gedacht habe, sodass die Erklärung auslegungsfähig sei. Hiergegen wird zu Recht eingewandt, dass eine echte Andeutung im formwirksamen Testament damit fehle. Wenn aber in der Kritik fortgefahren wird, man könne dann das formunwirksame Verweisungsdocument nachträglich manipulieren, so ist dies im vorliegenden besonderen Fall nicht richtig, denn das formunwirksame gemeinschaftliche Testament war beim Tod des ersten Ehegatten zum Nachlassgericht abgegeben worden. Die mag der Grund für die Großzügigkeit des Gerichts gewesen sein.

Ein Testament kann zwar nach Ansicht des OLG Schleswig auf einem Notizzettel errichtet werden; ist es jedoch undatiert, so ist es entsprechend § 2247 Abs. 5 S. 1 BGB ungültig, sofern zweifelhaft bleibt, ob es nach einem eindeutig datierten (notariellen) Testament errichtet ist.

Gleich zwei Entscheidungen befassen sich im Berichtszeitraum mit der Wirksamkeit eines Nottestaments vor drei Zeugen nach § 2249 BGB. Das OLG Düsseldorf hielt ein solches Testament für unwirksam, wenn ein Zeuge den Text mit der Hand schrieb und die Beteiligten von der Wirksamkeit als handschriftliches Testament ausgingen, da den Zeugen damit das Bewusstsein und der Wille gefehlt habe, als Zeugen mit Beurkundungsfunktion im Rahmen eines Nottestaments zu agieren. Von einem wirksamen Nottestament ging hingegen das OLG München aus, da der drohende Eintritt der Testierunfähigkeit dem drohenden Tod gleichstehende und da, wenn sich diese Situation nach 18 Uhr herausstellt, nicht verlangt werden könne, vorher einen Notar anzufragen, sodass die Voraussetzungen des § 2250 BGB bejaht werden können.

Ist ein Testament nicht mehr im Original, sondern nur noch in Kopie vorhanden, so erfordert die Amtsermittlungspflicht nach Ansicht des OLG Karlsruhe regelmäßig eine förmliche Beweisaufnahme durch Vernehmung benannter Zeugen.

3. **Regenus:** Ungeschriebene Voraussetzungen der Verjährungshemmung durch Rechtsverfolgung (in NJW 2016, 2977)

Der Beitrag befasst sich mit den aktuellen Entwicklungen zu den Tatbeständen der Verjährungshemmung und leitet hieraus Gemeinsamkeiten der jüngeren Judikatur ab. Dabei kommt der Autor zu dem Ergebnis, dass der BGH das Schuldnerinteresse, dem Gläubiger nicht ein Hinauszögern sowohl des Verjährungseintritts als auch einer gerichtlichen Klärung zu ermöglichen, als maßgeblich und schutzwürdig zu Grunde legt. Ausgehend hiervon werden von der Rechtsprechung noch nicht geklärte Konstellationen in den Blick genommen.

## II. Strafrecht

### 1. **Schmidt/ Walter:** Rechtsschutz der Öffentlichkeit gegen sitzungspolizeiliche Maßnahmen (in NSTZ 2016, 505)

In sitzungspolizeilichen Verfügungen werden von deutschen Gerichten alltäglich im Rahmen eines anerkanntermaßen weiten Ermessens verschiedenartige Maßnahmen angeordnet, um einen störungsfreien Sitzungsablauf zu ermöglichen. Sie reichen – exemplarisch genannt – von der beschränkten Zulassung von Medienvertretern aus Platzgründen oder der allgemeinen Öffentlichkeit zur Gewährleistung der Rechtspflege über Personenkontrollen am Eingang des Sitzungssaales oder das Hinzuziehen von Polizeibeamten bis zum Untersagen des Mitschreibens. In all diesen Konstellationen besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem vom Gesetzgeber normierten Öffentlichkeitsgrundsatz und der zugleich gegebenen Notwendigkeit, den Ablauf und die Funktionsfähigkeit der Verhandlungen vor Beeinträchtigungen durch die – an sich gewünschte – Öffentlichkeit zu schützen. Insofern stellt sich die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten der Öffentlichkeit gegen derartige Maßnahmen zur Verfügung stehen.

Das BVerfG hat unlängst die Verfassungsbeschwerde einer Verlagsgesellschaft nicht zur Entscheidung angenommen, mit der sie gegen die sitzungspolizeiliche Anordnung eines Vorsitzenden Richters vorgegangen war. Dieser hatte nach der Veröffentlichung von Fotos eines Angekl. in einer Tageszeitung während des laufenden Strafverfahrens verfügt, dass Bildaufnahmen der Beteiligten nur im anonymisierten – etwa verpixelten – Zustand veröffentlicht werden dürfen. Diese Entscheidung deutet darauf hin, dass fachgerichtlicher Rechtsschutz auch für am Verfahren nicht beteiligte Dritte auf dem Wege der Beschwerde gemäß § 304 Abs. 2 StPO begehrt werden kann.

### 2. **Parma:** Rechtsgrundlagen für den Einsatz von „Body-Cams“ (in DÖV 2016, S. 809)

Seit mehreren Jahren werden bei einigen Landespolizeien Mini-Schulter-Kameras (sogenannte Body-Cams) in Testläufen erprobt. Auch die Bundespolizei hat Anfang 2016 an verschiedenen Bahnpolizeiwachen Body-Cams als polizeiliches Einsatzmittel eingeführt. Die Bundespolizei ist damit derzeit neuester Nutzer der mobilen Videotechnologie. Der vorliegende Beitrag liefert einen Überblick über datenschutzrechtliche Probleme, Rechtsgrundlagen und die mit Body-Cams in Zusammenhang stehenden Gesetzgebungsverfahren.

### 3. **Meyer:** Arbeitsstrafrecht – Vorsatz und Irrtum (in BB 2016, 2421)

§ 119 BetrVG ist ein Straftatbestand im Betriebsverfassungsgesetz und zählt zum „Arbeitsstrafrecht“. Damit wird in der arbeitsrechtlichen Praxis von Betriebsräten immer wieder gedroht, vor allem dann, wenn der Arbeitgeber den Forderungen nicht in der gewünschten Form entspricht. Der Arbeitsrechtsanwalt stellt nun sehr schnell fest, dass er zwar einige Kasuistik zu den in Betracht kommenden objektiven Tathandlungen der Ziff. 1, 2 und 3 von § 119 Abs. 1 BetrVG findet, die subjektive Seite aber deutlich unterbelichtet bleibt. Hiermit befasst sich der vorliegende Beitrag.

## III. Öffentliches Recht

### 1. **Struzina/ Lindner:** Vertrauensschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten nach § 48 III VwVfG (in NVwZ 2016, 1295)

Hat die Behörde bei der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte, die nicht unter § 48 II VwVfG fallen, Aspekte des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen? Diese Frage des Allgemeinen Verwaltungsrechts ist von hoher Bedeutung für den betroffenen Bürger. Sie ist, obwohl eine klassische Frage des Öffentlichen Rechts, nach wie vor ungeklärt. Der Beitrag stellt das Problem sowie die sich widersprechenden Ansichten innerhalb des BVerwG zu dieser Frage dar und mahnt eine Entscheidung des Großen Senats an.

### 2. **Hecker:** Aufenthaltsverbote für Fußballfans (in NVwZ 2016, 1301)

Mit Beschluss vom 28.04.2016 hat das VG Darmstadt im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die aufschiebende Wirkung gegen ein Aufenthaltsverbot für Fans/Anhänger von Eintracht Frankfurt in Darmstadt anlässlich eines Spiels der Eintracht Frankfurt gegen den SV 98 Darmstadt am 29.04.2016 wiederhergestellt. Stadt und Polizei in Darmstadt gingen davon aus, dass es bei dem Spiel mit hoher



Wahrscheinlichkeit zu Gewalttätigkeiten erheblicher Art kommen wird. Insbesondere ein vom DFB im Januar 2016 aufgrund von massiven Vorfällen im Hinspiel verhängtes Stadionverbot für alle Eintracht – Fans hatte erheblichen Unmut ausgelöst. Erwartet wurde, dass neben gewaltbereiten Anhängern auch zahlreiche empörte Eintracht – Fans in die Innenstadt Darmstadt anreisen, um ihrem Unmut gegenüber dem Stadionverbot Ausdruck zu verleihen. Deshalb wurde am 27.04.2016 durch den Magistrat der Stadt Darmstadt per Allgemeinverfügung unter Anordnung der sofortigen Vollziehung ein großräumiges Betretungsverbot ausgesprochen. Danach war es „Anhängern/Fans von Eintracht Frankfurt (erkennbar durch Fankleidung, Skandierung von Parolen und sonstigem Auftreten)“ untersagt, sich in der Zeit vom 29.04.2016 – 19.00 h bis 01.05.2016, 7.00 h, in dem in der Allgemeinverfügung näher bezeichneten Ortsbereich der Stadt Darmstadt aufzuhalten. Für Personen, die ein berechtigtes Interesse nachweisen oder glaubhaft machen, war die Möglichkeit einer Ausnahmeregelung vorgesehen. Gegen das auf 36 Stunden ausgelegte Aufenthaltsverbot gingen sechs Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim VG Darmstadt ein. Die 3. Kammer des VG Darmstadt hat dann mit Beschluss vom 28.04.2016 fünf der sechs Anträge für zulässig und begründet erklärt und die aufschiebende Wirkung dieser Widersprüche gegen die Allgemeinverfügung der Stadt Darmstadt vom 27.04.2016 wiederhergestellt.

**3. Klappert:** Von den heiligen Sachen im säkularen Staat (in DÖV 2016, S. 857)

Die Rechtsfragen im Zusammenhang mit den res sacrae sind vielschichtig. Dabei sind es die Verschränkung von kirchlichem und weltlichem Rechtskreis und die Eigentümlichkeiten des Religiösen, die die Rechtsmaterie der heiligen Sachen verkomplizieren. Einerseits wird im Schrifttum der besondere öffentlich-rechtliche Sachstatus der res sacrae angezweifelt, andererseits werden von einer wohl herrschenden Auffassung die zum öffentlich-rechtlichen Sachenrecht zuzuordnenden res sacrae ausufernd bestimmt. Der Aufsatz widerspricht beiden Auffassungen, plädiert stattdessen für eine Begrenzung des öffentlichen Sachenrechts auf bloß kultischen Zwecken dienende Sachen und unterstreicht die besondere Bedeutung der res sacrae im säkularen Verfassungsstaat aus der Perspektive des kanonischen Rechts.

**4. Beaucamp:** Duldungsentscheidungen im Verwaltungsrecht (in DÖV 2016, S. 802)

Geduldet werden kann nur ein rechtswidriges Verhalten oder ein rechtswidriger Zustand. Im Regelfall hat die Verwaltung aber ein Interesse an Rechtmäßigkeit, sodass Duldungsentscheidungen nur ausnahmsweise vorkommen und einen typischen Konflikt auslösen: Die Rechtsbindung der Verwaltung sowie die Allgemeinheit des Gesetzes stoßen mit dem Wunsch nach Einzelfallgerechtigkeit zusammen, der sich in Duldungen ausdrückt. Der Beitrag dokumentiert den Stand der schon lange währenden Debatte um behördliche Duldungsentscheidungen.

**5. Dietz:** Die Menschenwürde im Diskurs zwischen BVerfG und EuGH (in NVwZ 2016, 1383)

Das BVerfG und der EuGH tarierten immer wieder aufs Neue ihr Kompetenzverhältnis im unionalen Mehrebenensystem aus. Dabei spielt inhaltlich der Anwendungsvorrang des Unionsrechts, seine Reichweite und seine Grenzen eine zentrale Rolle, wie die jüngste Entscheidung des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl exemplifiziert. Diese zunächst materiell-rechtliche Problemstellung transformiert auf Jurisdiktionsebene zur Frage nach der Letztentscheidungskompetenz zwischen den Gerichten. Speziell im Grundrechtsbereich konkurrieren dabei das nationale und unionale Grundrechtsregime um ihre Anwendbarkeit und begründen damit den Zuständigkeitskonflikt zwischen nationalem Verfassungsgericht und EuGH. Insofern verwundert es nicht, dass die Auslegung und Reichweite von Art. 51 Grundrechte-Charta (GRCh) in den letzten Jahren eines der virulenten Themen im Verhältnis von EuGH und BVerfG war. Während in Melloni und Åkerberg Fransson der EuGH das unionale Grundrechtsregime aufgrund eines sehr weiten Verständnisses von Art. 51 GRCh für einschlägig erachtete, trat das BVerfG dieser extensiveren Lesart entgegen. Dabei kommunizierten die Gerichte erstaunlich deutlich miteinander. Knapp zwei Monate nach dem Urteil des EuGH in der Rs. Åkerberg Fransson nahm das BVerfG in seiner Antiterror-Datei-Entscheidung zu diesem Stellung und erklärte, dass „dieser Entscheidung keine Lesart unterlegt werden (darf), nach der diese offensichtlich als Ultra-vires-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (...), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stelle.“ Die Entscheidung des EuGH dürfe daher „nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der Grundrechte-Charta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächlich Auswirkungen auf dieses ausreiche.“ So konziliant und wohlwollend die Formulierung vielleicht noch klingt, formuliert das BVerfG dennoch mehr als klar, welche Lesart der Entscheidung des EuGH es für überhaupt vertretbar hält und droht zugleich mit einem sonstigen Ultra-vires-Verdikt.

**6. Ristelhuber:** Informationen und Verschwiegenheit kommunaler Aufsichtsräte (in NWVBI 2016, 359)

Die öffentliche Hand bedient sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht zur öffentlich-rechtlicher Organisationsformen, sondern auch privatrechtlicher. Neben der Gründung von Gesellschaften, deren alleinige Gesellschafterinnen Kommunen sind, werden von diesen auch Gesellschaftsverhältnisse mit privaten Mitgesellchaftern eingegangen. Durch die Privatisierung finden sich die Kommunen in Konstellationen wieder, in denen scheinbar unauflösbare Konfliktlagen zwischen dem öffentlichem Recht und dem privatrechtlichen Gesellschaftsrecht bestehen.

Eine der wesentlichen Fragestellungen ist die Steuerung und Überwachung der Unternehmen durch die Kommunen und damit insbesondere deren Informationsversorgung. Rechtliche Probleme entstehen, weil das öffentliche Recht systemimmanent auf umfassende Informationen und Kontrolle der Öffentlichkeit ausgerichtet ist. Das auf die privatrechtlichen Organisationsformen anwendbare Gesellschaftsrecht hingegen ist dem Interesse der Gesellschaft selbst, also dem Nutzen des jeweiligen Verhaltens im Marktgeschehen verhaftet und verpflichtet die Beteiligten weitgehend zur Verschwiegenheit.

Im Zentrum des Interesses bezüglich der Informationsversorgung der Kommunen steht der Aufsichtsrat, da die Kontrolle und Überwachung der kommunalen Unternehmen zu einem wesentlichen Teil über dieses gesellschaftsrechtliche Organ erfolgen. Die Kommune entsendet oft den Bürgermeister sowie weitere Ratsmitglieder in den jeweiligen Aufsichtsrat. Obwohl die Frage der Verschwiegenheit von Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen schon seit Jahrzehnten diskutiert wird, herrscht in Wissenschaft und Praxis ein uneinheitliches Meinungsbild, welche Informationen an die Gemeinde und insbesondere den Rat der Gemeinde weitergeleitet werden können.

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

**1. Greger:** Zwischen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung (k)ein prozessuales Niemandsländ (in MDR 2016, 1057)

Die Zeugen sind vernommen, der Sachverständige hat sein schriftliches Gutachten erläutert, Bilder und Dokumente wurden in Augenschein genommen, die Parteien angehört – nun ist es Sache des Gerichts, sich aus alledem ein Bild von dem zu beurteilenden Sachverhalt zu machen. Die Phase zwischen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung ist oftmals prozessentscheidend. Dennoch wird ihr in Rechtsprechung, Praxis und Lehre relativ wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Im Gegenteil: Soweit der BGH überhaupt Gelegenheit erhält, sich mit ihr zu befassen, sind sein Äußerungen wenig kohärent und nicht widerspruchsfrei. Hiermit befasst sich der vorliegende Beitrag.

**2. Breitenbach:** Strafbarkeitsrisiko des Steuerberaters bei Nichtkorrektur von Fehlern seines Vorgängers (in DStR 2016, 2201)

Dieser Beitrag behandelt die Frage, ob ein Strafbarkeitsrisiko für den Steuerberater besteht, wenn er Fehler seines Vorgängers, die zu einer zu niedrigen Steuerfestsetzung führen, bezogen auf vergangene Veranlagungszeiträume erkennt und das entsprechende Vorgehen ab Übernahme des Mandats korrigiert, ohne jedoch seinen Mandanten über die aus § 153 AO folgende Berichtigungspflicht zu informieren.

**3. Lettl:** Rechtsprechungsreport zum Wettbewerbsrecht (in BB 2016, 2243)

Anknüpfend an den BB-Rechtsprechungsreport zum Wettbewerbsrecht 2014/2015, BB 2015, 2371 ff., gibt der Autor im vorliegenden Beitrag eine Übersicht über die Entwicklung der Rechtsprechung von EuGH und BGH zum Wettbewerbsrecht im vergangenen Jahr.

# 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 Mittstreiter 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



