



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

41. Jahrg.

Dezember 2016

Heft 12

Aus dem Inhalt

- OLG Schleswig:** „Scheinkonsens“
- OLG Celle:** Haftung für unrichtiges Gutachtens
- OLG Rostock:** „Rabauken – Jäger“
- BVerfG:** Bestellerprinzip bei Maklerprovisionen
- VGH München:** Unzuverlässigkeit wegen strafrechtlicher Verurteilung
- KG:** Bestehen von Fluchtgefahr
- OVG Magdeburg:** Fortdauer der aufschiebenden Wirkung

ISSN 1868 – 1514



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus GbR
Hiberniastraße 6
45883 Gelsenkirchen
Tel.: 0209 / 945 806 – 35
Fax: 0209 / 945 806 – 50
info@juridicus.de
www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteurin:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

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

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

Erscheinungsweise: monatlich

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

Inhalt

Brandaktuell

OLG Hamm:	Nichtberührungsunfall im Begegnungsverkehr (Geschädigter muss unfallursächliche Betriebsgefahr beweisen).....	1
-----------	--	---

Zivilrecht

OLG Schleswig:	„Scheinkonsens“ (Wortlaut der Bestellung und Verkäuferchiffre).....	2
OLG Celle:	Haftung für unrichtiges Gutachtens (Vorrang des Primärrechtsschutzes).....	5

Strafrecht

BGH:	Strafvereitelung (Selbstbegünstigung und Vollendung).....	9
OLG Rostock:	„Rabauken – Jäger“ (Bericht in sozialen Medien).....	12

Öffentliches Recht

BVerfG:	Bestellerprinzip bei Maklerprovisionen (Vereinbarkeit mit Berufsfreiheit).....	17
VGH München:	Widerruf einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis (Unzuverlässigkeit wegen strafrechtlicher Verurteilung).....	24

Kurzauslese I

AG Köln:	Ansprüche der Reisenden (Kofferverspätung und Baulärm).....	27
BGH:	Vortäuschen von Eigenbedarf (Beabsichtigte Veräußerung).....	28
OLG Oldenburg:	Rücktritt von einem „Verlöbnis“ (Anspruch auf Schadenersatz).....	28
BGH:	Raub (Finale Verknüpfung zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme).....	29
BGH:	Sichverschaffen von Falschgeld (Konkurrenzen).....	29
BVerfG:	Verurteilung wegen übler Nachrede (Verletzung der Meinungsfreiheit).....	30
VGH Mannheim:	Hotel als Flüchtlingsunterkunft (Nachbarschutz).....	31

Zivilrecht

BGH:	Zug-um-Zug-Verurteilung (Zwangsvollstreckung).....	32
BGH:	Pfändung eines Kaufpreisanspruchs (Erstreckung auf Auszahlungsanspruch bei Notaranderkonto).....	35

Strafrecht

KG: Haftbefehl
(Bestehen von Fluchtgefahr)..... 39

Öffentliches Recht

OVG Koblenz: Zwischenurteil
(Nicht über Unzulässigkeit einer Klage)..... 43

OVG Magdeburg: Fortdauer der aufschiebenden Wirkung
(Verwaltungsakt mit Doppelwirkung)..... 46

Kurzauslese II

BGH: Prozessführungsbefugnis bei abgetretener Forderung
(Gewillkürte Prozessstandschaft)..... 49

OLG Bamberg: Umfang der gerichtlichen Hinweispflicht
(Anforderungen im Anwaltsprozess)..... 49

BGH: Folgenbeseitigung nach Facebook Eintrag
(Berufungssumme)..... 50

KG: Zustellungsvollmacht
(Verhältnis von Fiktion und rechtsgeschäftlicher Erteilung)..... 50

BVerfG: Anforderungen an eine menschenwürdige Unterbringung
(Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit)..... 51

VGH München: Vollstreckung aus Vergleich
(Vorherige Zustellung des Titels)..... 53

BVerwG: Antragsfrist für Normenkontrollverfahren
(Jahresfrist auch bei funktionslosem Bebauungsplan)..... 53

OVG Berlin-Bbg: Herausgabe einer sichergestellten Sache
(Unmöglichkeit)..... 54

Weitere Schriftumsnachweise:..... 55

Übersicht: Die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nach § 35 GewO..... 58

Aus der mündlichen Prüfung

Referendarprüfung: Zivilrecht..... 59

Assessorprüfung: Öffentliches Recht..... 60

Brandaktuell

StVG
§ 7

Nichtberührungsunfall im Begegnungsverkehr Geschädigter muss unfallursächliche Betriebsgefahr beweisen

DeliktsR

(OLG Hamm in Pressemitteilung vom 15.11.2016; Urteil vom 02.09.2016 – 9 U 14/16)

Stürzt ein Radfahrer auf einer schmalen breiten Straße ohne ein entgegenkommendes Fahrzeug zu berühren, muss der geschädigte Radfahrer beweisen, dass sein Sturz durch die Betriebsgefahr des Fahrzeugs mit beeinflusst wurde. Die bloße Anwesenheit eines fahrenden Fahrzeugs an der Unfallstelle reicht insoweit nicht aus.

Fall: Im Mai 2013 befuhr die seinerzeit 75 Jahre alte Geschädigte aus Gronau mit ihrem Fahrrad den 3m breiten Schelverweg in Gronau-Epe in Fahrtrichtung Feldkamp. Aus entgegengesetzter Richtung näherte sich die seinerzeit 51 Jahre alte Pkw-Fahrerin aus Gronau-Epe mit einem 1,70m breiten Mercedes-Benz. Noch bevor sich die Beteiligten begegneten, stürzte die Geschädigte. Dabei fiel sie mit dem Kopf auf die Fahrbahn. Die Pkw-Fahrerin wich aus und geriet mit ihrem Fahrzeug in den rechtsseitigen Bewässerungsgraben. Bei dem Geschehen berührten sich Pkw und Fahrrad bzw. die Geschädigte nicht. Die Geschädigte erlitt durch den Sturz schwere Kopfverletzungen, durch die sie ins Koma fiel. Sie verstarb im September 2014. Von der Fahrerin, der Fahrzeughalterin sowie der Haftpflichtversicherung des Fahrzeugs verlangten die für die Geschädigte zuständige Krankenkasse und die Pflegekasse die Erstattung aufgewandter Behandlungs- und Pflegekosten. Zu Recht?

In Betracht kommt ein auf die Klägerinnen übergegangener Anspruch nach § 7 I StVG. Dieser setzt jedoch voraus, dass sich von dem Kraftfahrzeug ausgehende Betriebsgefahr auch ohne einen Berührungskontakt verwirklicht hat.

„Wie das Landgericht zutreffend ausführt, setzt das haftungsbegründende Tatbestandsmerkmal ‚bei Betrieb eines Kraftfahrzeuges‘ grundsätzlich voraus, dass sich in dem jeweiligen Unfallgeschehen eine von einem Kraftfahrzeug ausgehende Gefahr realisiert hat und das Schadensgeschehen dadurch insgesamt mitgeprägt wurde (BGH, Urteil vom 26.04.2005, Az.: VI ZR 168/04, zitiert nach juris). Dabei muss die Unfallursache im Betrieb des Kraftfahrzeuges begründet sein, d. h., dieses muss durch seine Funktion als Fortbewegungs- und Transportmittel das Unfallgeschehen in irgendeiner Form mit beeinflusst haben. Bei einem Unfallgeschehen ohne tatsächliche Berührung der Verkehrsteilnehmer, wie es auch vorliegend der Fall ist, setzt der BGH weitergehend voraus, dass das Fahrzeug durch seine Fahrweise zur Entstehung des Unfalls beigetragen haben muss. Die bloße Anwesenheit eines in Betrieb befindlichen Kraftfahrzeuges an der Unfallstelle reiche hierzu nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 04.05.1976, Az.: VI ZR 193/74, zitiert nach juris). Bei Betrieb des Kraftfahrzeuges geschehe ein Unfall jedoch auch dann, wenn er unmittelbar durch ein Verhalten des Verletzten oder eines Dritten ausgelöst werde, dieses Verhalten aber seinerseits in zurechenbarer Weise durch das Kraftfahrzeug mitverursacht werde. Eine solche weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals entspreche dem weiten Schutzzweck des § 7 I StVG (BGH, Urteil vom 19.04.1988, Az.: VI ZR 96/87, zitiert nach juris). Somit genüge es für die Annahme des Merkmals ‚bei Betrieb‘ grundsätzlich auch, wenn der Unfall sich infolge einer Abwehr- oder Ausweichreaktion der verunfallten Person ereigne, auch wenn diese zwar objektiv nicht erforderlich gewesen sei, jedoch im Zusammenhang des konkreten Verkehrsgeschehens subjektiv vertretbar erscheine (vgl. OLG Celle, Urteil vom 07.06.2001, Az.: 14 U 210/00, zitiert nach juris; vgl. aber weitergehend BGH, U. v. 21.09.2010 - IV ZR 263/09 - NJW 2010, 3713 und U. v. 21.09.2010 - VI ZR 265/09 - SVR 210, 466, wonach auch subjektiv die Ausweichreaktion nicht erforderlich sein muss oder sich für den Fahrer des anderen Fahrzeugs aus seiner Sicht als die einzige Möglichkeit darstellt, um eine Kollision zu vermeiden.). Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Beweislast für die Auswirkung der Betriebsgefahr bei dem Unfallgeschehen bei den Klägerinnen liege“ (OLG Hamm aaO.)

Das OLG Hamm ist davon ausgegangen, dass die Klägerinnen den ihnen obliegenden Beweis nicht erbracht haben.

„Die Behauptungen der Klägerinnen in Bezug auf die Fahrweise der Beklagten zu 2) vor dem Unfall lediglich auf Vermutungen beruhen, die jedoch in der Klageschrift nicht als solche kenntlich gemacht worden sind. Wären die Klägerinnen ihrer Pflicht zu wahrheitsgemäßem Vortrag aus § 138 I ZPO nachgekommen, so hätten sie ausführen müssen, dass das Fahrverhalten der Geschädigten und der Beklagten zu 2) vor dem Unfall nicht näher bekannt sind, sich insbesondere auch aus der polizeilichen Ermittlungsakte hinreichende Anhaltspunkte für den Hergang nicht ergeben. Damit ist die Klage an sich bereits als unschlüssig anzusehen, weil Anknüpfungspunkte für eine Haftung der Beklagten aus der vom Beklagtenfahrzeug ausgehenden Betriebsgefahr nach den §§ 7 I StVG, 115 I 1 Nr. 1 VVG nicht vorgetragen werden können. Erst in zweiter Instanz hat die Klägerin hinreichend deutlich gemacht, dass sie sich im Wesentlichen in ihrer Unfalldarstellung auf Indizien stützt. Allerdings tragen weder diese Indizien noch die Angaben der Beklagten zum beiderseitigen Fahrverhalten vor dem Unfall den Schluss, dass sich die vom Beklagtenfahrzeug ausgehende Betriebsgefahr beim Sturz der Geschädigten ausgewirkt hat.“ (OLG Hamm aaO.)

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§ 155

„Scheinkonsens“ Wortlaut der Bestellung und Verkäuferchiffre

ZivilR

(OLG Schleswig in NJW 2016, 2045; Urteil vom 12.02.2016 – 17 U 66/15)

1. Kommt es infolge der Verwendung eines vom Verkäufer eingeführten und nicht nachweisbar erläuterten Chiffrierkürzels in der Bestellung eines Neufahrzeugs zur Auslieferung eines Dreitürers, obgleich der Käufer von der Bestellung eines Fünftürers ausgegangen ist, kommt ein „Scheinkonsens“ als **Unterfall eines Dissenses (§ 155 BGB)** in Betracht.
2. Konnte und musste der Verkäufer nach den gesamten Umständen des Verkaufsgesprächs einschließlich der Verkaufspraxis annehmen, dass der Käufer – wie heute auch zumeist – einen Fünftürer erwerben wollte, ist gleichwohl ein Vertrag über den Erwerb eines Fünftürers zu Stande gekommen.

Fall: Die Kl. beehrte von der Bekl. die Rückabwicklung eines Neuwagenkaufvertrags sowie die Feststellung des Annahmeverzugs mit der Rücknahme des Fahrzeugs durch die Bekl. Die Kl. nutzte Anfang 2013 einen 13 Jahre alten fünftürigen BMW. Sie interessierte sich für einen Neuwagen und wollte einen VW Golf erwerben. Nachdem sie sich im Internet über Neuwagen informiert hatte, suchte sie gemeinsam mit ihrem Ehemann, dem Zeugen S, am 25.05.2013 erstmalig die Niederlassung der Bekl. in P. auf. Dort wurden die Kl. und ihr Ehemann von dem Zeugen B als Verkäufer beraten. Die Kl. und ihr Ehemann interessierten sich für einen VW Golf in der Ausstattung „Highline“. Anlässlich eines weiteren Beratungsgesprächs am 28.05.2013 fand zuvor eine Probefahrt mit einem von der Bekl. zur Verfügung gestellten VW Golf VII Comfortline mit fünf Türen (vier Seitentüren, eine Hecktür) statt. Im Anschluss daran unterbreitete der Zeuge B der Kl. ein Angebot für den Abschluss eines Neuwagenkaufvertrags. Verschiedene Ausstattungsmerkmale, wie eine bestimmte Motorstärke, das Automatikgetriebe, Ganzjahresreifen und ein Navigationsgerät waren Gegenstand des Verkaufsgesprächs. Keine Einigkeit zwischen den Parteien besteht darüber, ob und inwieweit ein Ausdruck eines Internetangebots – welches einen „Golf, fünftürig“ in der Ausstattung „Highline“ beschrieb – bei den Kaufvertragsverhandlungen eine Rolle gespielt hatte. Jedenfalls erstellte der Zeuge B am PC ein Angebot und gewährte abschließend einen 8 %-igen Nachlass auf die Angebotssumme, welcher nach Intervention des Zeugen S unter Hinweis auf noch günstigere Internetangebote vom Zeugen B auf 12 % erhöht wurde. Am 30.05.2013 gegen 17.25 Uhr druckte der Zeuge B das vollständige Angebot mit einem Endpreis von 25.100 € brutto bei Selbstabholung des Fahrzeugs durch die Kl. in der Autostadt Wolfsburg aus. Unmittelbar anschließend wurde von der Kl. eine auf dieser Grundlage erstellte Bestellung unterzeichnet und mittels Auftragsbestätigung der Bekl. bestätigt. Beide Dokumente beschreiben neben Hinweisen auf „Sonderausstattungen“, wie Leichtmetallräder, Sportsitze und ein Navigationssystem, das Fahrzeug als „Golf Highline Blue Motion Technologie 1,4 TSI 90 kw (122 PS), 7-Gang Kupplungsgetriebe DSG, 90 KW (122 PS), schwarz, titanswarz/titanswarz/schwarz“ und mittels der Chiffre „5G14GZ“, mit welcher nach den Vorgaben des Herstellers ein lediglich dreitüriger Golf (zwei Türen und Hecktür) bezeichnet wird. Das vier- bzw. fünftürige Modell wird als Sonderausstattung geliefert und kostet bei der Bekl. regelmäßig einen Aufpreis von 900 €. Nach umgehender Bezahlung der Rechnung vom 09.09.2013 nahm die Kl. das bereits zugelassene Fahrzeug am 12.09.2013 in Wolfsburg in Empfang. Bei der Auslieferung stellte sie fest, dass das Fahrzeug nur zwei bzw. drei Türen hatte. Unter Protest nahm sie das Fahrzeug mit. Noch am 12.09.2013 wandten sich die Kl. bzw. der Zeuge S an die Bekl. und beehrten die Ersatzlieferung eines Fünftürers, habe die Kl. doch einen Fünftürer bestellt. Hierüber in der Folgezeit geführte Verhandlungen führten zu keinem Erfolg, so dass die Kl. mit Anwaltsschreiben vom 25.11.2013 den Rücktritt vom Vertrag Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs bis zum 04.12.2013 erklärte. Zu Recht?

Die Kl. könnten ein Recht zum Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB haben.

I. Abschluss eines Kaufvertrages

Die Vertragsparteien haben eine Bestellung unterzeichnet, die als Kaufvertrag anzusehen ist. Fraglich ist jedoch, ob überhaupt eine Einigung im Sinne übereinstimmender Willenserklärungen zu den wesentlichen Vertragsbestandteilen, zu denen jedenfalls auch die Kaufsache gehört, erzielt wurde. Es könnte sich insofern um einen Dissens nach § 155 BGB handeln mit der Folge, dass kein wirksamer Vertrag anzunehmen wäre, da nicht davon auszugehen ist, dass der Vertrag mit dem vereinbarten Entgelt auch geschlossen worden wäre, wenn Vertragsgegenstand ein an sich Aufpreis pflichtiger 5-Türer ist.

Fraglich ist jedoch, ob hier ein versteckter Einigungsmangel nach § 155 BGB vorliegt.

1. Vorstellungen bei Vertragsabschluss

*„[Es] muss schon nach ... davon ausgegangen werden, dass aus Sicht der Kl. diese **tatsächlich einen fünftürigen Golf bestellen wollte** und auch bestellt hatte, während die schriftliche Bestellung vom 30.05.2013 –*

angenommen durch Auftragsbestätigung vom gleichen Tage – lediglich auf „5 G14GZ Golf Highline BlueMotion Technologie 1,4 TSI 90 kw (122 PS, 7-Gang Kupplungsgetriebe DSG...“ lautet (es folgen Angaben über die Farbe und Sonderausstattungen für Navigationssystem, Sportsitz und Leichtmetallräder). Eine derartige Bezeichnung beschreibt aber nach den von der Bekl. als Vertragshändlerin verwendeten Vorgaben des Herstellers die **Bestellung eines dreitürigen Fahrzeugs**, welches nach der Verkaufsstrategie von Hersteller und Händler als Standardmodell angeboten wird, während die Bestellung eines Fünftürers Aufpreis pflichtig ist.

Die Kl. hatte **bisher ebenfalls einen Fünftürer** gefahren. Auch bei der **Probefahrt** fuhr sie zur Kenntnis der Bekl. einen zwar anders ausgestatteten, aber **ebenfalls fünftürigen Golf**. Weiter beanstandete sie **unmittelbar nach Abholung** des Fahrzeugs im Werk in Wolfsburg die **Auslieferung eines Dreitürers** und wandte sich noch am Tag der Auslieferung an die Bekl. Schließlich muss nach Würdigung der bisherigen Feststellungen davon ausgegangen werden, dass die **Problematik Dreitürer oder Fünftürer in den Kaufvertragsverhandlungen nicht mehr gesondert angesprochen** worden war.

Muss bei dieser Sachlage davon ausgegangen werden, dass jedenfalls der Kl. die Bedeutung der von ihr unterzeichneten Bestellung und der dort verwendeten Chiffres verschlossen geblieben ist, liegt die Annahme eines „**Scheinkonsenses**“ als Unterfall des versteckten Einigungsmangels i.S.d. § 155 BGB nahe, weil und soweit die Bedeutung der in der vorliegenden Bestellung und Auftragsbestätigung verwendeten Chiffres nicht zwischen den Parteien zuvor geklärt worden war (vgl. hierzu Staudinger/Borg, BGB, Neubearb. 2015, § 155 Rn. 9 f.).“ (OLG Schleswig aaO.)

2. Vorliegen eines Einigungsmangels

Die Anwendung des § 155 BGB und die sich aus dieser Auslegungsregel zumeist ergebende Folge der Unwirksamkeit des scheinbar geschlossenen Vertrags kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn nicht aufgrund anderer Erwägungen gem. §§ 133, 157 BGB vom Zustandekommen eines Vertrags mit definiertem Inhalt ausgegangen werden kann.

a) Auslegung der Erklärungen

„Bei Anwendung einer gem. §§ 133, 157 BGB sowohl **nach dem Empfängerhorizont** als auch insbesondere interessengerechten Auslegung musste nämlich die durch den Zeugen B handelnde Bekl. davon ausgehen, dass die Kl. nicht nur ein durch technische Chiffrierungen bestimmtes Fahrzeug, sondern **konkret ein Fahrzeug mit fünf Türen bestellen wollte**. Nahm die Bekl. eine derartige Bestellung mittels Auftragsbestätigung gleichwohl an, so mag letztlich sie sich – also nicht die Kl. – in einem **zur Anfechtung berechtigenden Irrtum** i.S.d. § 119 BGB befunden haben, dessen Anfechtung zwischenzeitlich **gem. § 121 BGB ausgeschlossen** ist.

Von weiterer Bedeutung ist, dass die Bestellung des Fünftürers einem der Bekl. **bekanntem typischen Käuferverhalten** entsprach, hat doch der – seinen Angaben nach im Verkauf von Golf-Fahrzeugen erfahrene – Zeuge B bei seiner Vernehmung angegeben, dass etwa im Jahre 2014 auf 100 Golf-Fahrzeuge lediglich 15 mit drei Türen gekommen seien. Die **Verkaufspraxis** wird aber durch eine derartige Übung geprägt, nicht durch die Preispolitik des Herstellers, der aus verkaufstaktischen Gründen die Ausstattung mit fünf Türen als Sonderausstattung verkauft sehen möchte. Zumindest muss der Händler in einer solchen Situation davon ausgehen, dass eine **nicht derartige Verkaufsstrategie dem Kunden bekannt** ist, sondern erläutert werden muss. Und auf die sonst durchaus angemessene Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer schriftlichen Erklärung kann sich der Händler schon dann nicht berufen, wenn diese – wie hier – in teilweise chiffrierter Form erfolgt und nicht vom Kunden konzipiert worden ist, sondern von ihm selbst.

Das dargestellte Auslegungsergebnis hatte der Senat in seinem Hinweisbeschluss vom 12.11.2015 noch aus der Anwendung der Regeln über die Unschädlichkeit einer Falschbezeichnung hergeleitet („falsa demonstratio non nocet“). Und in der Tat wird diese Rechtsfigur über die – wie es auch § 133 BGB zum Ausdruck bringt – maßgebliche Bedeutung des wirklichen Willens heute auch auf Fälle angewendet, in denen nur eine der Parteien eine objektiv falsche Erklärung abgegeben hat und der andere dies erkennt (vgl. MüKo-BGB/Kramer, 5. Aufl., § 119 Rn. 61) oder hätte erkennen müssen (vgl. MüKo-BGB/Kramer, § 119 Rn. 61 und Staudinger/Singer, Neubearb. 2004, § 133 Rn. 13). Damit wird aber im Anschluss an Flume (BGB AT, 2. Aufl., II § 16 I d, 302), welcher die Möglichkeit des Erkennens ansonsten nicht ausreichen lassen will, eine „normative Auslegung“ bedeutsam. Zeigt sich mithin, dass letztlich auf die §§ 133, 157 BGB unmittelbar abzustellen ist, so kommt aber den Regeln über die Unschädlichkeit einer Falschbezeichnung keine dogmatisch-konstruktive, sondern allenfalls eine erkenntnisleitend-phänotypische Bedeutung zu. Wie eingangs formuliert, folgt daher das Auslegungsergebnis aus den §§ 133, 157 BGB selbst.“ (OLG Schleswig aaO.)

b) Auswirkungen auf den Vertragsschluss

Damit ergibt die Auslegung, dass ein Vertrag über den Kauf eines 5-Türers geschlossen wurde, so dass kein versteckter Dissens nach § 155 BGB vorliegt.

II. Mangelhaftigkeit der Kaufsache

Die Kaufsache müsste auch mangelhaft sein. Sie ist nach § 434 I 1 BGB mangelhaft, wenn ihr eine vereinbarte Beschaffenheit fehlt. Hier war die Lieferung eines 5-Türers vereinbart,

es wurde jedoch nur ein 3-Türer geliefert. Der Kaufsache fehlte daher die vereinbarte Beschaffenheit.

III. Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Der Mangel muss nach § 434 I 1 BGB im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben. Gefahrübergang ist nach § 446 BGB grundsätzlich mit der Übergabe anzunehmen. Zu diesem Zeitpunkt fehlte die Eigenschaft „5-Türer“, so dass der Mangel bei Gefahrübergang vorlag.

III. Ausbleiben der Nacherfüllung trotz Fristsetzung

Die Kl. müssten dem Beklagten eine Frist zur Nacherfüllung nach § 323 I BGB gesetzt haben. Es ist umfangreicher Schriftverkehr erfolgt, gleichwohl hat der Bekl. die Nacherfüllung nicht vorgenommen. Es ist daher davon auszugehen, dass entweder eine Frist gesetzt wurde oder aber die Fristsetzung nach § 323 II Nr. 1 BGB wegen ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung entbehrlich war.

IV. Erheblichkeit des Mangels, § 323 V 2 BGB

Die Kl. können aber nur vom ganzen Vertrag zurücktreten, wenn der Mangel erheblich ist.

Allerdings ist ein Rücktritt vom ganzen Vertrag bei nicht vertragsgemäßer Leistungserbringung nach § 323 V 2 BGB ausgeschlossen, wenn die **Pflichtverletzung unerheblich** ist.

Fraglich ist, wann solche Unerheblichkeit angenommen werden kann. Jedenfalls kann nicht allein auf das Verhältnis des Wertes der Sache zu dem Minderwert der Sache abgestellt werden. Erforderlich sei vielmehr eine umfassende Interessenabwägung auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls. Eine Pflichtverletzung vor jedenfalls dann unerheblich, wenn sie **in Kürze von selbst verschwindet** oder **vom Gläubiger mit ganz unerheblichem Aufwand selbst beseitigt** werden kann. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

Es ist die **Bedeutung des Mangels anhand der Verkehrsanschauung** und aller Umstände des Einzelfalls zu würdigen (OLG Hamm BauR 2014, 149, Ls.; OLG Köln BeckRS 2008, 9080; OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, 1230 [1231]; MüKoBGB/Ernst Rn. 243; Palandt/Grüneberg Rn. 32; Soergel/Gsell Rn. 216). Insbes. sind der für eine Mängelbeseitigung **erforderliche Aufwand** (BGH NJW 2014, 3229 Rn. 30; NJW 2011, 2872 Rn. 19; OLG Düsseldorf NJW-RR 2015, 1103 [1105; OLG Hamm BauR 2014, 149, Ls.), daneben die **Qualität des Vertragsgegenstandes**, die **Anzahl der Mängel**, die Auswirkung auf die beeinträchtigte Leistung und die für die Kaufentscheidung maßgeblichen Kriterien zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund steht außer Zweifel, dass es sich bei der Lieferung eines 3-Türers statt eine 5-Türers um eine erhebliche Abweichung handelt, so dass der Rücktritt nicht nach § 323 V 2 BGB ausgeschlossen ist.

VI. Keine Verantwortlichkeit des Käufers / kein Gläubigerverzug, § 323 VI BGB

Eines Verschuldens des Verkäufers bedarf es für ein Rücktrittsrecht des Käufers nicht. Allerdings ist der **Rücktritt** gem. § 323 VI BGB **ausgeschlossen**, wenn der **Käufer allein oder überwiegend für die Schlechterfüllung verantwortlich ist oder sich gem. §§ 293 ff. BGB in Verzug** befindet. Beides ist jedoch hier nicht der Fall.

VII. Eine Rücktrittserklärung nach § 349 BGB ist gegenüber dem richtigen Rücktrittsgegner erfolgt.

VIII. Der Rücktritt ist auch **nicht** gem. § 442 BGB wegen Kenntnis des K vom Nichtvorhandensein der Eigenschaft „5-Türer“ **ausgeschlossen**.

IX. Unwirksamkeit nach § 218 BGB

Ansprüche aus dem **Kauf beweglicher Sachen** verjähren gem. § 438 I Nr. 3 BGB nach **2 Jahren**. Dies gilt allerdings nicht für das **Recht zum Rücktritt** nach §§ 437 Nr. 2, 440, 323 BGB. Hier ist nach § 438 IV 1 BGB die Vorschrift des **§ 218 BGB anwendbar**. Es kommt also darauf an, ob der Leistungsanspruch oder der Nacherfüllungsanspruch zum Zeitpunkt der Erklärung des Rücktritts verjährt sind. Die Rücktrittserklärung erfolgte noch im Jahr des Vertragsschlusses. Zu diesem Zeitpunkt war der Nacherfüllungsanspruch noch nicht verjährt, so dass der Rücktritt nicht nach § 218 BGB ausgeschlossen war.

BGB
§§ 839 III, 839a**Haftung für unrichtiges Gutachtens**
Vorrang des Primärrechtsschutzes

DeliktsR

(OLG Celle in MDR 2016, 1203; Urteil vom 20.07.2016 – 4 U 102/13)

1. Als "**Rechtsmittel**" i.S.v. § 839a II i.V.m. § 839 III BGB ist grundsätzlich auch die **Einholung eines Privatgutachtens** zur Widerlegung eines - für die betroffene Partei ungünstiges - gerichtlichen Gutachtens anzusehen.
2. **Im Einzelfall** kann es - insbesondere **aus finanziellen** Gründen - für die betroffene Partei **unzumutbar** sein, ein derartiges Privatgutachten einzuholen. Darlegungs- und beweispflichtig für einen derartigen Ausnahmefall ist die den Anspruch nach § 839a BGB verfolgende Partei.

Fall: Der Kläger begehrt von dem Beklagten Schadensersatz wegen der Erstattung eines - seines Erachtens nach unrichtigen - vom Gericht beauftragten Sachverständigengutachtens in einem Zivilrechtsstreit aus dem Jahr 2008.

Der Kläger, ein ehemaliger Amtsrat bei einer Berufsgenossenschaft, schloss mit Wirkung zum 01.08.2004 eine Risiko-Lebensversicherung mit eingeschlossener Berufsunfähigkeitszusatzversicherung bei einer Versicherungsgesellschaft ab. Der Kläger nahm diese im Jahr 2008 vor dem Landgericht Hannover klageweise auf Zahlung einer Berufsunfähigkeitsrente in Anspruch. Auf Anordnung der Kammer erstattete der hiesige Beklagte in jenem Verfahren ein Gutachten, in dem dieser den hiesigen Kläger im Ergebnis als nicht berufsunfähig einstufte. Das Landgericht wies - unter Berufung auf das Gutachten des Beklagten - die Klage ab. Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers wurde vom Oberlandesgericht Celle zurückgewiesen. Eine zunächst beim Bundesgerichtshof eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde nahm der Kläger, ohne diese zuvor begründet zu haben, wieder zurück. Der Kläger nimmt den Beklagten nunmehr aus § 839a BGB auf Schadensersatz in Anspruch. Zu Recht?

Der Kläger könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 839a BGB haben. Danach ist ein Gutachter zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten erstellt und die gerichtliche Entscheidung auf diesem Gutachten beruht.

I. Verweisungsprivileg

Der Anspruch könnte von vornherein wegen Eingreifens des Verweisungsprivilegs aus § 839 III BGB ausgeschlossen sein, auf den § 839a II BGB verweist.

Danach tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Hier hat der Kläger gegen die seine klageabweisende Entscheidung alle Rechtsmittel ausgeschöpft. Fraglich ist ob über diese klassischen Rechtsmittel hinaus zum Ausschluss des Verweisungsprivilegs weitere Schritte von Seiten des Klägers hätten unternommen werden müssen.

1. Begriff des Rechtsmittels

„Als „Rechtsmittel“ im Sinne der vorgenannten Vorschriften kommen **auch solche Behelfe** in Betracht, die sich **unmittelbar gegen das fehlerhafte Gutachten selbst** richten und die bestimmt und geeignet sind, eine auf das Gutachten gestützte Instanz beendende gerichtliche Entscheidung zu verhindern. Dabei ist etwa an **Gegenvorstellungen** und **Hinweise auf die Unrichtigkeit des Gutachtens** (vgl. § 411 IV ZPO), an Anträge, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden und an **formelle Beweisanträge auf Einholung eines neuen (Ober-) Gutachtens** (§ 412 ZPO) zu denken (vgl. BGH, Urteil vom 05.07.2007 - III ZR 240/06, zitiert nach juris, Tz. 8; BGH, Beschluss vom 28.07.2006 - III ZB 14/06, zitiert nach juris, Tz. 11). Es sind also **sämtliche zur Korrektur des unrichtigen Sachverständigengutachtens zur Verfügung stehenden innerprozessualen Behelfe schon vor Abschluss der jeweiligen Instanz** auszuschöpfen (vgl. BGH, Urteil vom 05.07.2007 - III ZR 240/06, zitiert nach juris, Tz. 9). Der dahinterstehende Gedanke ist, dass die Gefahr gemildert werden soll, dass rechtskräftig abgeschlossene Prozesse im Gewande des Sachverständigenprozesses neu aufgerollt werden (vgl. BT-Drucks. 14/7752, S. 28; Erman/Hecker, BGB, 12. Aufl., § 839 a Rn. 9.“ (13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle, Urteil vom 10.11.2011 (13 U 84/11), Rn. 16 bis 22, zit. nach juris)

2. Privatgutachten als Rechtsmittel

„Die Einholung eines Privatgutachtens zu dem Zwecke, die angebliche Fehlerhaftigkeit des Gerichtsgutachtens aufzuzeigen, ist als **Rechtsmittel im Sinne des § 839 a II BGB i.V.m. § 839 III BGB anzusehen** (vgl. in diesem Zusammenhang MüKo-BGB/Wagner, 5. Aufl., § 839 a Rn. 33, wonach im Rahmen der Frage der Erkennbarkeit der Fehlerhaftigkeit des Gerichtsgutachtens keine Obliegenheit bestehen soll, die Expertise des gerichtlichen Sachverständigen durch einen Privatgutachter überprüfen zu lassen).

Ein derartiger **Antrag** [nach § 412 ZPO] hat nach der Erfahrung des Senats allerdings in aller Regel **nur dann Aussicht auf Erfolg**, wenn eine Partei einem ihr ungünstigen gerichtlichen Sachverständigengutachten ein **Privatgutachten entgegenhält, das Fehler des Gerichtsgutachtens aufzeigt**.

Ohne ein derartiges Privatgutachten stellt sich die diesbezügliche Situation in der Praxis nach der Erfahrung des Senats in aller Regel wie folgt dar: Das **Gericht**, das regelmäßig von den dem Gutachten zugrundeliegenden (technischen) Fragen keine (vertieften) Kenntnisse hat, **kann das Gerichtsgutachten allenfalls daraufhin überprüfen, ob es in sich schlüssig und widerspruchsfrei** ist. Sind diese Voraussetzungen gegeben, wird das Gericht in der Praxis in aller Regel auch dann keinen Anlass zur Einholung eines weiteren Gutachtens nach § 412 I ZPO sehen, wenn die (anwaltlich vertretene) Partei, die durch das Gerichtsgutachten beschwert ist, dem Sachverständigen im Rahmen seiner Anhörung - ohne eigene gutachterliche Unterstützung notwendigerweise ebenfalls eher laienhafte - Vorhalte macht und der Sachverständige hiernach an seinen schriftlichen Ausführungen festhält.

Anders stellt sich die Situation dagegen dar, wenn die durch das gerichtliche Gutachten beschwerte Partei sich gegen dieses **mit einem Privatgutachten zur Wehr** setzt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist nämlich vom Tatrichter **besondere Sorgfalt gefordert**, wenn eine Partei ein **Privatgutachten vorlegt**, das im **Gegensatz zu den Erkenntnissen des gerichtlich bestellten Sachverständigen** steht. Er darf in diesem Fall - wie auch im Fall sich widersprechender Gutachten zweier gerichtlich bestellter Sachverständiger - den Streit der Sachverständigen **nicht** dadurch entscheiden, dass **er ohne einleuchtende und logisch nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug** gibt. Wenn der gerichtlich bestellte Sachverständige weder durch schriftliche Ergänzung seines Gutachtens noch im Rahmen seiner Anhörung die sich aus dem Privatgutachten ergebenden Einwendungen auszuräumen vermag, muss der Tatrichter im Rahmen seiner Verpflichtung zur Sachaufklärung gem. § 412 ZPO ein weiteres Gutachten einholen (vgl. z. B. BGH, Beschluss vom 12.01.2011 - IV ZR 190/08, zitiert nach juris, Tz. 5; BGH, Beschluss vom 18.05.2009 - IV ZR 57/08, zitiert nach juris, Tz. 7; ähnlich: BGH, Beschluss vom 27.01.2010 - VII ZR 97/08, zitiert nach juris, Tz. 9.) (13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle, Urteil vom 10.11.2011 (13 U 84/11), Rn. 16 bis 22, zit. nach juris)

Diesen Ausführungen hat sich der erkennende Senat ausdrücklich angeschlossen.

„Insbesondere überzeugt den Senat das **zentrale Argument** in der vorgenannten Entscheidung des 13. Zivilsenats des OLG Celle. Wenn nämlich der **Bundesgerichtshof** zu den „**Rechtsmitteln**“ i.S.v. § 839a II BGB i.V.m. § 839 III BGB sämtliche zur Korrektur des unrichtigen Sachverständigengutachtens zur Verfügung stehenden **innerprozessualen Behelfe** zählt und insoweit ausdrücklich u. a. auch einen **Beweisantrag** auf Einholung eines neuen (Ober-)Gutachtens gem. § 412 ZPO nennt, ist es dann auch aus Sicht des erkennenden Senats zwangsläufig, zu den „Rechtsmitteln“ i.S.v. § 839a II BGB i.V.m. § 839 III BGB auch die Einholung eines Privatgutachtens zur Widerlegung des für die betroffene Partei ungünstigen Gerichtsgutachtens zu zählen.“ (OLG Celle aaO.)

3. Unzumutbarkeit der Einholung eines Privatgutachtens

Allerdings kann die Einholung eines Privatgutachtens für den Betroffenen auch im Einzelfall unzumutbar sein.

„Aus Sicht des Senats muss vielmehr **jeweils im Einzelfall entschieden** werden, ob die Einholung eines Privatgutachtens dem Betroffenen (**finanziell**) **zumutbar** ist oder nicht. Darlegungs- und beweispflichtig für Umstände in dem vorgenannten Sinn ist der den Anspruch nach § 839a BGB verfolgende Kläger. Denn bei der „Unzumutbarkeit“ handelt es sich um einen Ausnahmefall von der grundsätzlichen Obliegenheit, sich mit einem Privatgutachten gegen ein für die betroffene Partei ungünstiges gerichtliches Gutachten zu wenden.“ (OLG Celle aaO.)

Fraglich ist daher, ob dem Kläger im vorliegenden Fall die Einholung eines Privatgutachtens aus finanziellen gewesen sein könnte.

„Der Kläger hat bereits **selbst nicht geltend gemacht**, dass es ihm - insbesondere aus finanziellen Gründen - in dem Vorverfahren nicht zumutbar war, sich gegen das - für ihn ungünstige - Privatgutachten des hiesigen Beklagten zu wenden. Unabhängig davon steht aber auch positiv fest, dass Umstände in dem vorgenannten Sinn gerade nicht bestanden. Denn **unstreitig** (war der Kläger - wie im vorliegenden Verfahren - auch bereits in dem Vorverfahren **rechtsschutzversichert**. Wie gerichtsbekannt ist, übernimmt aber ein Rechtsschutzversicherer dann, wenn er für die Führung des Rechtsstreits als solches eine Deckungszusage erteilt hat, in aller Regel auch die **Finanzierung eines Privatgutachtens**, wenn dieses **erforderlich ist, um eine Abweisung der Klage zu verhindern**. Dass sich sein Rechtsschutzversicherer in dem Vorverfahren geweigert hat, ein Privatgutachten, wie es der Kläger in dem vorliegenden Verfahren nunmehr - wie ausgeführt - in sogar gleich vielfacher Anzahl vorgelegt hat, zu finanzieren, hat der Kläger nicht geltend gemacht.“ (OLG Celle aaO.)

4. Vorlage eines Privatgutachtens

Der Kläger hatte im vorliegenden Verfahren in Reaktion auf das streitgegenständliche Gutachten eine ärztliche Stellungnahme eingereicht. Fraglich ist, ob diese ärztliche Stellungnahme den Anforderungen an die Vorlage eines Privatgutachtens zu Erschütterung des Gutachtens des gerichtlich bestellten Sachverständigen genügt, um so das Gericht zu weiterer Prüfung und gegebenenfalls zur Einholung eines weiteren Gutachtens zu verpflichten.

a) Ärztliche Stellungnahme als Privatgutachten

„Die vorgenannte Frage erachtet der Senat deshalb als zumindest nicht unproblematisch, weil die **zweiseitige „Ärztliche Stellungnahme“** des Herrn D. überaus **knapp gehalten** ist. Zwar vertritt der Senat die Ansicht, dass es einerseits nicht angehen kann, dann, wenn man - wie es der Senat vertritt - die Einholung eines Privatgutachtens grundsätzlich als erforderlich ansieht, um sich nicht dem Vorwurf der Obliegenheitsverletzung i.S.v. § 839 II BGB i.V.m. § 839 III BGB ausgesetzt zu sehen, **noch besonders strenge Anforderungen an die inhaltliche Qualität des Privatgutachtens zu stellen**. Andererseits darf aus Sicht des Senats in diesem Rahmen nicht außer Acht gelassen werden, dass ein Privatgutachten in der Praxis nur dann geeignet sein kann, Zweifel an der Richtigkeit des vom Gericht eingeholten Gutachtens hervorzurufen und im Ergebnis dazu zu führen, dass das erkennende Gericht ein Obergutachten i.S.v. § 412 ZPO einholt, wenn dieses **inhaltlich so substanzvoll und fundiert** ist, dass ein **„Entscheidungskonflikt“ des erkennenden Gerichts entsteht**.“ (OLG Celle aaO.)

b) Anwendung auf den Fall

Die Frage, ob die vom Kläger vorgelegte ärztliche Stellungnahme vor diesem Hintergrund hinreichend bestimmt ist, hat das OLG Celle letztlich offen gelassen, da die Klage aus anderen Gründen nach seiner Ansicht ohnehin abzuweisen war.

II. Unrichtigkeit des Gutachtens

„Im Ergebnis kann dahinstehen, ob das von dem Beklagten in dem Vorverfahren im Auftrag des Landgerichts Hannover erstellte Gutachten „unrichtig“ i.S.v. § 839 a BGB war.“ (OLG Celle aaO.)

III. Vorsätzliche oder grob fahrlässige Fehlerhaftigkeit

Unterstellt man ein unrichtiges Gutachten, käme es im Weiteren darauf an, ob der vom Gericht bestellte Sachverständige insofern vorsätzlich oder jedenfalls grob fahrlässig gehandelt hat.

„Nicht richtig war, dass das Landgericht sein Urteil u. a. auf die Argumentation gestützt hat, dass ein - unterstellt - unrichtiges Gutachten des Beklagten von diesem jedenfalls nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig erstellt worden sei. Diese Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Kläger begründet die Unrichtigkeit des seitens des Beklagten erstellten Gutachtens in verschiedener Hinsicht, wobei die **einzelnen Argumentationsstränge zwangsläufig fachtechnischer Natur** sind und in das **Fachgebiet der Psychiatrie** fallen. Dass das Landgericht über diesbezügliche Fachkenntnisse verfügt, die es ihm ermöglicht haben, **aus eigenem Wissen zu beurteilen**, dass die - von ihm verfahrenstechnisch als gegeben unterstellten - Fehler des Beklagten jedenfalls nicht grob fahrlässiger Art waren, ist nicht ersichtlich und insbesondere vom Landgericht nicht dargelegt worden.“ (OLG Celle aaO.)

Konnte also das Landgericht in seinem Urteil nicht selbst bewerten, ob der Sachverständige, das nicht Eingreifen des Verwaltungsprivilegien und die Unrichtigkeit des Gutachtens angenommen, diese Unrichtigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, so trägt zwar die gegebene Begründung das Ergebnis nicht, stellt sich jedoch gleichwohl die Frage, ob nicht aus anderen Gründen die Annahme einer schuldhaft falschen Gutachten Erstellung ausgeschlossen ist. Eine vorsätzlich falsche Gutachtenerstellung scheidet aus und wird auch vom Kläger nicht behauptet. Fraglich ist jedoch, ob die unterstellt unrichtige Gutachtenerstattung grob fahrlässig gewesen sein könnte.

1. Begriff der groben Fahrlässigkeit

„Grobe Fahrlässigkeit erfordert einen in objektiver Hinsicht schweren und in **subjektiver Hinsicht nicht entschuldlichen Verstoß** gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Diese **Sorgfalt muss in ungewöhnlich hohem Maße verletzt** und es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Es muss eine auch subjektiv **schlechthin unentschuldliche Pflichtverletzung** vorliegen, die das in § 276 II BGB bestimmte Maß erheblich überschreitet (BGH, Urteil vom 10.10.2013 - III ZR 345/12, juris Rn. 26). Dieser Maßstab gilt gleichermaßen für die Haftung des Sachverständigen nach § 839 a BGB; der Gutachter muss unbeachtet gelassen haben, was jedem Sachkundigen hätte einleuchten müssen, und seine Pflichtverletzung schlechthin unentschuldlich sein (BGH, aaO., Rn. 27).“ (OLG Celle aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

„Nach dieser Maßgabe könnte vorliegend selbst dann, wenn man hypothetisch davon ausgehen würde, dass das streitgegenständliche Gutachten (und damit auch das Gerichtsgutachten des Sachverständigen Dr. med. Dipl.-Psych. R.) unrichtig war, dies jedenfalls nicht als grob fahrlässig bewertet werden. [wird ausgeführt]

[Es] ...spricht nach Ansicht des Senats schon einiges dafür, dass bei einer Fallkonstellation wie der vorliegenden, wenn also ein **gerichtlich bestellter Sachverständiger** in einem Verfahren nach § 839 a BGB zu dem Ergebnis gelangt, dass das **streitgegenständliche Gutachten des jeweiligen Beklagten ausdrücklich richtig** ist, schon generell kein Raum mehr für die Annahme einer „grobe Fahrlässigkeit“ i.S.v. § 839 a BGB verbleibt. Denn wenn im Nachfolgeverfahren nach § 839 a BGB ein weiterer gerichtlich bestellter Sachverständiger zu genau demselben Ergebnis gelangt wie zuvor der nunmehrige Beklagte in dem Vorverfahren, kann aus Sicht des Senats schon rein begrifflich nicht mehr die Rede davon sein, dass dann der nunmehrige Beklagte „dasjenige unbeachtet gelassen hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen“.

Gegen die Annahme eines allgemeinen Obersatzes in dem vorstehend genannten Sinn könnte allerdings eingewandt werden, dass es im Einzelfall denkbar ist, dass dem im Nachfolgeprozess nach § 839 a BGB vom Gericht bestellten Sachverständigen **genau die gleichen groben Fehler** (oder andere, die ebenfalls zu dem - unrichtigen - Ergebnis führen) unterlaufen, wie dem gerichtlich bestellten Sachverständigen in dem jeweiligen Vorverfahren. Möglicherweise bliebe bei einer derartigen Fallkonstellation doch noch Raum für die Annahme einer „grobe Fahrlässigkeit“ i.S.v. § 839 a BGB.

Das kann dahinstehen. Jedenfalls in dem **vorliegenden Verfahren** ergeben sich für den Senat noch **nicht einmal ansatzweise Anhaltspunkte** dafür, dass dann, wenn man hypothetisch davon ausginge, dass das Gutachten des Sachverständigen Dr. R. im Ergebnis unrichtig ist, dies auf grober Fahrlässigkeit beruht. [Wird ausgeführt]“ (OLG Celle aaO.)

IV. Ergebnis

Nach Auffassung des OLG Celle hat der Beklagte sein Gutachten jedenfalls weder vorsätzlich noch fahrlässig unrichtig erstattet, wobei letztlich offen gelassen wurde, ob das Gutachten überhaupt unrichtig ist und der Anspruch nicht ohnehin wegen Eingreifens des Verweisungsprivilegien nach §§ 839 III, 839a II BGB ausgeschlossen ist.

(BGH in NJW 2016, 3110; Urteil vom 24.06.2016 – 4 StR 205/16)

1. Nach § 258 V StGB wird **nicht** wegen Strafvereitelung **bestraft**, wer durch die Tat ganz oder zum Teil **vereiteln will**, dass er **selbst bestraft** wird. Dabei ist entscheidend, wie der Täter seine Situation selbst einschätzt. Die **Selbstbegünstigung** ist daher auch dann **straflos**, wenn die **Befürchtung eigener Strafverfolgung unbegründet** ist.
2. Eine Verurteilung wegen **vollendeter Strafvereitelung** gem. § 258 I StGB setzt voraus, dass der Täter die Bestrafung des Vortäters **ganz oder zum Teil vereitelt**. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die **Strafverfolgung** oder die Anordnung einer Maßnahme völlig und **endgültig unmöglich gemacht** wird; es genügt, dass der Vortäter zumindest **geraume Zeit** der Bestrafung oder der Anordnung einer Maßnahme **entzogen** wird.

A. Prüfungswissen: Strafvereitelung, § 258 StGB

I. Regelungszweck

Geschützt ist die deutsche Strafrechtspflege mit ihrer Aufgabe, den staatlichen Strafanspruch und die Maßnahmen i.S.d. § 11 I Nr. 8 StGB **im Interesse einer wirkungsvollen Verbrechensbekämpfung** durchzusetzen (BGH 43 84, 45 101, Cramer/Pascal MK 3, M/R-Dietmeier 1, Günther aaO. 38, SSW-Jahn 2, Satzger Jura 07, 755, Schneider aaO. 154 ff., 169, Vormbaum aaO. 386 ff.). § 258 StGB soll nicht das ordnungsgemäße Funktionieren der Strafrechtspflege schlechthin sichern, sondern solche **Verhaltensweisen unterbinden**, die eine dem materiellen Strafrecht gemäße **alsbaldige Bestrafung** eines Täters **vereiteln** (Burhoff/Stephan RN 4, W-Hettinger RN 719, Rudolphi JuS 79, 861, Zeifang aaO 50 ff.; krit. hierzu Altenhain NK 3, ders. aaO. 257 ff.). Das Verbot der Strafvereitelung dient zugleich **der Isolierung des Vortäters nach der Tat durch Eindämmung späterer Hilfe**. Damit verbindet sich der Zweck, das Risiko einer Straftat zu erhöhen und die **generalpräventive Wirkung des Strafrechts zu stärken** (Koblenz NJW 82, 2786, Cramer/Pascal MK 2, Fezer Wessels/Stree-FS 673, Hoyer SK 3, Jerouschek/Schröder GA 00, 58, Lenckner Schröder-GedS 353, L-Kühl 1, Rudolphi Kleinknecht-FS 384, Seel aaO. 26, Schröder aaO. 36; abl. SSW-Jahn 2, Jahn/Palm JuS 09, 408). Tatbestandlich wird zwischen **Verfolgungsvereitelung** (Abs. 1) und **Vollstreckungsvereitelung** (Abs. 2) unterschieden (vgl. Schönke/Schröder/Stree/Hecker StGB § 258 Rn. 1)

II. Verfolgungsvereitelung, § 258 I 1 StGB

Eine Verfolgungsvereitelung liegt vor, wenn jemand **absichtlich oder wissentlich** ganz oder zum Teil **vereitelt**, dass ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat **bestraft** oder einer Maßnahme i.S.d. § 11 I Nr. 8 StGB unterworfen wird. Als Vortat kommt nur eine **tatsächlich begangene rechtswidrige** Tat (§ 11 I Nr 5 StGB) in Betracht. Die Vortat muss sämtliche Voraussetzungen erfüllen, die zur Verhängung einer Strafe oder Maßnahme erforderlich sind. Im Fall der Vereitelung einer Strafe liegt eine taugliche Vortat daher nur vor, wenn der Vortäter **tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft** gehandelt hat. Bei Antragsdelikten ist erforderlich, dass ein wirksamer **Strafantrag gestellt** wird. Unter Strafe versteht § 258 StGB jede Art von Strafe, insbesondere auch Nebenstrafen wie das Fahrverbot (§ 44 StGB). (vgl. BeckOK StGB/Ruhmannseder StGB § 258 Rn. 4-6).

III. Vollstreckungsvereitelung

Eine Vollstreckungsvereitelung liegt vor, wenn jemand absichtlich oder wissentlich die **Vollstreckung einer gegen einen anderen verhängten Strafe** oder Maßnahme ganz oder zum Teil vereitelt. Die Tat muss sich gegen die Vollstreckung der **von einem deutschen Gericht rechtskräftig verhängten Strafe** oder Maßnahme richten (Schönke/Schröder/Stree/Hecker StGB § 258 Rn. 25).

B. Selbstbegünstigung und Vollendung bei der Strafvereitelung (vgl. BGH in NJW 2016, 3110)

Fall: Nach den Feststellungen suchte der in Po. lebende Mitangekl. G am Nachmittag des 21.03.2011 die Angekl. M auf deren Bitte hin in der Familienwohnung in L. auf, um mit ihrem Ehemann, dem späteren Tatopfer DM, über Eheprobleme zu sprechen. Zu diesem Zeitpunkt war DM noch an seiner Arbeitsstelle. Kurz vor seiner erwarteten Heimkehr kamen die Angekl. M und der Mitangekl. G überein, dass dieser das anstehende Gespräch mit DM in der Garage führen sollte, damit die Kinder der Eheleute M eine befürchtete lautstarke Auseinandersetzung nicht mitbekämen. Als DM in die Garage einfuhr, stand der Mitangekl. G an der Seite der Garage in einem Nebenraum. Dabei trug er eine Trainingsjacke mit über den Kopf gezogener Kapuze. DM konnte ihn beim Hereinfahren nicht sehen. Nachdem DM aus seinem Fahrzeug ausgestiegen war, sprach ihn der Mitangekl. G an und erklärte ihm, dass er gekommen sei, um mit ihm zu sprechen. Anschließend betätigte er den Schließmechanismus der Garagentür und redete weiter auf DM ein. Dabei gewann der Mitangekl. G den Eindruck, dass sich DM annäherte. Er wich zurück und wurde aggressiv. Als DM eine Bewegung in Richtung des Angekl. G machte, ergriff dieser einen Gummihammer und schlug damit mindestens zwölfmal kräftig auf den Kopf von DM ein, wobei er dessen Tod billigend in Kauf nahm. Infolge der Schläge kam es bei DM zu schwerwiegenden Kopfverletzungen, die zu seinem Tod führten. Der Mitangekl. G ging blutverschmiert zurück zum Haus, wo ihm die Angekl. M öffnete. Nachdem er sich die Hände gewaschen hatte, begaben sich beide in die Garage, wo der zwischenzeitlich verstorbene DM auf dem Boden lag. Sie kamen überein, die Leiche mit dem Auto der Familie M „zu entsorgen“. In der Folge verbrachte der Mitangekl. G die Leiche in das Fahrzeug. Dabei verwendete Müllsäcke und Klebeband stellte ihm die Angekl. M zur Verfügung. Anschließend reinigte sie das Badezimmer. Am frühen Morgen des 22.03.2011 fuhr der Mitangekl. G mit dem Pkw, in dem sich die Leiche befand, nach E. Die Angekl. M reinigte den Tatort und wusch die dabei verwendeten Lappen sowie ihre Kleidung. Gegenüber ihren Kindern gab sie an, dass ihr Vater am Vorabend allein mit dem Auto weggefahren sei, um ein Holzgeschäft abzuschließen. Gleiches erzählte sie in der Nachbarschaft. Am Mittag des 22.03.2011 kam der Mitangekl. G nochmals nach L. und erhielt von der Angekl. M 500 € als „Reisespesen“. Am Nachmittag des 22.03.2011 erstattete die Angekl. M bei der Polizei in P. eine Vermisstenanzeige. Dabei erklärte sie, ihr Ehemann sei am 21.03.2011 nach der Spätschicht nach Hause gekommen und mit einem größeren Bargeldbetrag wieder weggefahren, um ein Holzgeschäft zu tätigen. Am 24.03.2011 reiste der Mitangekl. G zurück nach Po. Nachdem die Polizei am 25.03.2011 im Haus und in der Garage der Familie M diverse Blutspuren gesichert hatte, wurde die Angekl. M noch am selben Tag erstmals als Beschuldigte vernommen. Nach zunächst abweichenden Angaben benannte sie am 26.03.2011 den Mitangekl. G und machte Angaben zum Tatgeschehen. Ist die Angekl. M wegen Strafvereitelung strafbar?

Die Angekl. M könnte sich der Strafvereitelung nach § 258 I StGB strafbar gemacht haben, indem sie den Mitangekl. G bei der Beseitigung der Leiche unterstützte, die Tatspuren beseitigte und unrichtige Angaben über den Verbleib ihres Ehemanns machte. Ohne diese Handlungen wäre der Mitangekl. G noch vor seiner Ausreise nach Po. verhaftet worden, weil die Tat dann früher angezeigt und der Mitangekl. G noch vor seiner Ausreise von der Angekl. M bei einer zeugenschaftlichen Vernehmung benannt worden wäre. Hierbei könnte es der Angekl. M darauf angekommen sein, ihm die Flucht nach Po. zu ermöglichen und seine Bestrafung zu verhindern.

Nach § 258 I StGB ist strafbar, wer **absichtlich oder wissentlich** ganz oder zum Teil **vereitelt**, dass ein anderer dem Strafgesetz gemäß **wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft** oder einer Maßnahme (§ 11 I 1 Nr. 8 StGB) unterworfen wird.

I. Straflöse Selbstbegünstigung

Allerdings wird nach § 258 V StGB **nicht** wegen Strafvereitelung **bestraft**, wer durch die Tat ganz oder zum Teil **vereiteln will**, dass er **selbst bestraft** wird. Dabei ist entscheidend, wie der Täter seine Situation selbst einschätzt. Die **Selbstbegünstigung** ist daher auch dann **straflos**, wenn die Befürchtung eigener Strafverfolgung unbegründet ist (BGH, Urt. v. 23.03.2016 – 2 StR 223/15, BeckRS 2016, 08251 Rn. 7; NStZ-RR 2002, 215; BGHSt 2, 375 [378] = NJW 1952, 894; Stree in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 258 Rn. 37 m.w.N.).

*„Danach hätte das LG erörtern müssen, ob die Angekl. M mit den ihr zur Last gelegten Vereitelungshandlungen zu Gunsten des Mitangekl. G (Übereinkunft zur Beseitigung der Leiche, Beseitigung der Tatspuren, falsche Angaben zum Verbleib des Tatopfers gegenüber den Kindern, den Nachbarn und der Polizei) **nicht jedenfalls auch das Ziel verfolgt hat, sich selbst vor Strafverfolgung zu schützen**. Dies war hier nach den Feststellungen schon deshalb nicht fernliegend, weil die Tat in ihrem Wohnumfeld begangen wurde, sie mit dem Tatopfer in einer spannungsreichen Ehe lebte und der Mitangekl. G allein auf ihre Veranlassung hin den zur Vortat führenden Kontakt mit dem Getöteten aufgenommen hatte. **Aus Sicht der Angekl. M** könnte daher die **Befürchtung entstanden sein, die Tötung ihres Ehemanns durch den Mitangekl. G würde auch ihr zugerechnet oder sie sei sonst strafrechtlich (mit-)verantwortlich**.“ (BGH aaO.)*

II. Vollendung oder Versuch

Da die Angekl. M zunächst falsche Angaben gemacht, dann die Sache aber aufgeklärt hat und der Täter gefasst werden konnte, stellt sich die Frage, ob eine Strafbarkeit wegen vollendeter oder nur wegen versuchter Strafvereitelung in Betracht kommt.

„Eine **Verurteilung wegen vollendeter Strafvereitelung** gem. § 258 I StGB setzt voraus, dass der Täter die Bestrafung des Vortäters ganz oder zum Teil vereitelt. Dabei ist es **nicht erforderlich**, dass die Strafverfolgung oder die Anordnung einer Maßnahme **völlig und endgültig unmöglich gemacht** wird; es genügt, dass der Vortäter zumindest **geraume Zeit der Bestrafung oder der Anordnung einer Maßnahme entzogen** wird (vgl. BGH, wistra 1995, 143 = BeckRS 2009, 17551; NJW 1984, 135; Urt. v. 29.09.1982 – 2 StR 214/82, BeckRS 2016, 13803). Für diesen Vereitelungserfolg muss die **Tathandlung ursächlich** gewesen sein. Dazu bedarf es des Nachweises, dass ohne das Eingreifen des Täters eine frühere Bestrafung des Vortäters mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erfolgt wäre (Stree in Schönke/Schröder, § 258 Rn. 18; NK-StGB/Altenhain, 3. Aufl., § 258 Rn. 53; Ferber, Strafvereitelung, 1997, 35, 54). Soweit dabei **hypothetische Verläufe** in die Betrachtung einbezogen werden, muss sich der Tatrichter auch **mit alternativen Geschehensabläufen auseinandersetzen**, sofern sich diese nach dem Beweisergebnis aufdrängen (vgl. BGH, NStZ-RR 2010, 183 [184]). Der neue Tatrichter wird daher für den Fall, dass er eine Verurteilung wegen vollendeter Strafvereitelung auf die Annahme stützen will, die Angekl. M hätte auch im Fall einer früheren Vernehmung den Mitangekl. G als Täter benannt, die **Frage erörtern müssen**, ob die Angekl. M nicht stattdessen von einem ihr zustehenden **Auskunftsverweigerungsrecht** Gebrauch gemacht hätte.“ (BGH aaO.)

(OLG Rostock in BeckRS 2016, 17938; Beschluss vom 09.09.2016 – 20 RR 66/16)

1. Bei der Bezeichnung als "**Rabauke**" handelt es sich in dem für seine strafrechtliche Beurteilung zu berücksichtigenden **Gesamtkontext der konkreten Verwendung** im vorliegenden Fall um **keine Formalbeleidigung**.
2. Die **grundsätzlich geschützte Meinungs- und Äußerungsfreiheit** in der besonderen Ausprägung der Pressefreiheit genießt bei der **kritisch kommentierenden Berichterstattung** über tatsächliche Geschehnisse in der Öffentlichkeit **Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz** des Betroffenen, solange die **Grenze zur Formalbeleidigung und zur Schmähkritik nicht überschritten** wird.
3. In der bloßen Wiedergabe als solcher gekennzeichnete, herabsetzender Werturteile Dritter ("Drecksjäger"; "widerlicher Wildschleifer") in einem Zeitungsbericht (**Drittzitat**) liegt **keine persönliche Identifizierung des Verfassers mit dieser Begriffsverwendung**.

Fall: Am Samstag, dem 31.05.2014, befand sich der Zeuge T auf der Fahrt in einen mehrtägigen Urlaub in Richtung Ostsee. In Fahrtrichtung des Angeklagten herrschte zu dieser Zeit auf der B ein hohes Verkehrsaufkommen. Während der Fahrt erhielt der Zeuge einen Anruf von einem Jagdkollegen mit dem Hinweis, dass im Jagdrevier des Zeugen T auf der B 109 ein totes Reh liege.

Der Zeuge T bemerkte sodann das Fallwild an der rechten Seite der Fahrbahn der B 109 kurz vor der Abfahrt nach N A. Der Zeuge, welcher weder mit einem Anhänger noch einer Plane zur Bergung eines Tierkadavers ausgerüstet war, entschloss sich kurzerhand, das tote Reh mit einem Seil an der Anhängerkupplung seines Fahrzeuges zu befestigen und in Schrittgeschwindigkeit und eingeschalteter Warnblinkanlage am rechten Fahrbahnrand bis zum nächstgelegenen Feldwegabzweig in einer Entfernung von ca. 100 Meter zu ziehen. Der Zeuge, welcher seit 1993 im Besitz eines Jagdscheins ist, wollte auf diese Weise das Wild als mögliche Unfallgefahr so schnell wie möglich von der Bundesstraße entfernen. Ein Wegziehen des Kadavers auf die an der Fahrbahn angrenzende Grasfläche kam aus seiner Sicht nicht in Betracht, weil er befürchtete, dass Füchse bzw. Vögel sich an dem Kadaver zu schaffen machen könnten und dies wiederum eine Unfallgefahr hervorrufen könne. Am nächstgelegenen Feldweg bog der Zeuge T nach rechts ab und entsorgte das tote Reh, indem er dieses im Erdreich vergrub.

Der Fahrer eines nachfolgenden Fahrzeugs fotografierte das Fahrzeug des Zeugen T mit dem angebandenen toten Reh. Kurz darauf wurde dieses Foto ins Internet gestellt.

Nachdem bereits am Montag, dem 02.06.2014, in der Regionalausgabe der 'H.-Zeitung' (Ue., To., Eg., Fe. und die Region) durch einen anderen Redakteur über den Vorfall unter der Überschrift 'Darf man so ein totes Reh transportieren?' berichtet worden war, bekam der Angeklagte, der Lokalredakteur der H.-zeitung ist, von seinem Lokalchef den Auftrag, sich der Sache anzunehmen. Der Angeklagte versuchte noch am Montag, den Zeugen T zu erreichen, was jedoch nicht gelang, weil sich dieser - wie bereits erwähnt - auf einem mehrtägigen Ostseeurlaub befand. Der Angeklagte, der über das ins Internet gestellte Bild entsetzt war, den zugrundeliegenden Sachverhalt jedoch weder kannte, noch mit der Berichterstattung zuwarten wollte, verfasste noch am selben Tag einen Artikel mit der Überschrift 'Rabauken-Jäger erhitzt die Gemüter', welcher am Dienstag, dem 03.06.2014, in der 'H.-Zeitung' mit folgendem Inhalt erschien:

Das Bild des toten Rehs, das an einer Anhängerkupplung über die Straße geschleppt wurde, erregt in der Region die Gemüter. Der Jäger, der aus U stammt, muss mit einer Strafe rechnen. Die Jagdbehörde ermittelt. Vermutlich ist der Mann erst einmal abgetaucht, hat sich vielleicht in seinem Jagdgebiet verkrochen und traut sich nicht in die Öffentlichkeit. Doch vielleicht kommt er in der Einsamkeit des Waldes zu der Einsicht, dass er am Wochenende großen Mist gebaut hat.

Der Mann wird aber nicht drum herumkommen, sich den vielen Fragen zu stellen. Die Hauptfrage ist: Was ging im Kopf des Jagdpächters vor, als er am Wochenende ein totes Reh an die Anhängerkupplung seinen Volvos festzurte und über die Straße zog? Der Fall des Rabaukenjägers sorgte auch am Montag in der Region für Diskussionen, gar heftig ging es in den sozialen Netzwerken zu. Dort wird der Mann unter anderem als 'Drecksjäger' beschimpft, dem sofort die Jagdlizenz entzogen gehört.

Sichtlich geschockt ist A F, Sprecher der Unteren Jagdbehörde im Landkreis: 'Schwarze Schafe gibt es ja in jeder Branche. Aber so etwas habe ich in dieser Form noch nicht erlebt. Das ist einfach respektlos, so geht man nicht mit einem toten Tier um.'

Der Landkreis arbeite intensiv an der Aufklärung des Vorfalles. 'Inwieweit der Mann gegen das Tierschutzgesetz verstoßen hat, wird derzeit geprüft. Es war aber ein Verstoß gegen die Straßenverkehrsordnung, so darf man nicht fahren. Er wird irgendeine Buße aufgebremst bekommen.' F, selbst Jäger, sieht durch den Vorfall auch das Ansehen der eigenen Zunft beschädigt. 'Dem Stand der Jäger hat das Ganze mit Sicherheit nicht gut getan', sagte er.

Nach Informationen des Nordkuriere stammt der wundersame Jäger aus U. Bei der Kommunalwahl für die Stadtvertretung war er für die ... ins Rennen gegangen, schaffte aber den Einzug ins Parlament nicht. Der Rentner arbeitete früher im Bauamt der H.stadt. Einstige Mitarbeiter sagen, dass er zwar ein Mensch gewesen, der viel geredet hat, ein 'Schnacker' eben, aber so eine Tat habe man ihm nie und nimmer nicht zugetraut.

Für eine Stellungnahme war der Jagdpächter am Montag trotz mehrerer Versuche nicht zu erreichen.“

Hat sich der Angeklagte wegen Beleidigung nach § 185 StGB strafbar gemacht?

I. Rabauken-Jäger

Die Bezeichnung des durch die weiteren Angaben ohne weiteres identifizierbaren Zeugen T als „Rabauken-Jäger“ könnte als Beleidigung anzusehen sein.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Begriff der Beleidigung

„Das tatbestandsmäßige Verhalten in § 185 StGB wird als „Beleidigung“ beschrieben, ohne diesen Begriff näher zu erläutern. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH liegt eine solche bei einem **Angriff auf die Ehre einer Person durch Kundgabe von Missachtung** vor (BGHSt 1, 289; 11, 67; 16, 63; 36, 148, vgl. Fischer, StGB, 63. Auflage, § 185 m.w.N.). Diese kann den **ethischen Wert** einer Person betreffen, den diese nach außen infolge ihres Verhaltens hat, oder den **sozialen Wert**, den sie wegen ihrer Leistungen und Eigenschaften für die Erfüllung sozialer Sonderaufgaben hat, z. B. im Hinblick auf einen Beruf; dies ist unter Berücksichtigung der gesamten Begleitumstände zu ermitteln (Fischer, a. a. O., § 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, aaO., § 185 aaO. m.w.N.). Maßgebend ist diesbezüglich, wie ein verständiger Dritter die Äußerung versteht (Fischer, aaO. § 185 aaO. m.w.N.). 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, Beschl. v. 12.05.2009 -1 BvR 2272/04 -, juris). Der Vorsatz des **Täters** muss das Bewusstsein umfassen, dass die **Äußerung nach ihrem objektiven Sinn eine Missachtung** darstellt (Fischer, aaO., § 185 Rn. 17).“ (OLG Rostock aaO.)

b) Herabsetzung bei isolierter Betrachtung der Äußerung

„Dazu ist vorliegend zunächst festzustellen, dass die dem Angeklagten vorgeworfene Äußerung **bei isolierter Betrachtung eine ehrverletzende Komponente** und damit einen Eingriff in das durch Art. 2 I GG geschützte Persönlichkeitsrecht enthält. Auf der einfachen Sinn- und Deutungsebene ohne Einbeziehung weiterer Umstände hat die Bezeichnung des Zeugen T als „Rabauken-Jäger“ **aus der Sicht eines verständigen Dritten in gewissem Maße herabsetzenden Charakter**.“ (OLG Rostock aaO.)

c) Mitberücksichtigung weiterer Umstände

Allerdings müssen bei der Bewertung auch weitere Umstände berücksichtigt werden. Die Bezeichnung „Rabauken-Jäger“ bezieht sich nicht auf die Person des Zeugen T insgesamt, sondern nur auf seine ausgeübte Tätigkeit als Jäger.

„Die Betroffenheit des Zeugen durch Verwendung des Begriffs „Rabauken-Jäger“ beschränkt sich damit auf einen **auf einem konkreten Lebenssachverhalt** beruhenden und nur darauf **beschränkten Vorwurf**.

Auch die Verwendung des Begriffs des „**Rabauken**“ selbst stellt sich im Vergleich mit anderen denkbaren herabsetzenden Bezeichnungen aus Sicht des Senats als **eher harmlose Herabsetzung** dar (so beispielsweise schon im Vergleich zur Bezeichnung „Drecksjäger“ oder „fieser Wildschleifer“). Der Begriff selbst, der in die deutsche Sprache erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts Eingang gefunden hat und im Grimm'schen Wörterbuch der deutschen Sprache noch nicht verzeichnet ist, bezeichnet salopp und abwertend einen rohen (gewalttätigen) Jugendlichen oder jungen Mann, der sich laut und ungesittet benimmt [Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache (WDG)]. Das entspricht auch dem aktuellen Sprachgebrauch (vgl. nur Beispiele bei WDG u. a.).

Im Kontext des inkriminierten Artikels relativiert sich diese - ohnehin milde - Herabsetzung noch weiter: Schon die Diskrepanz des nach allgemeinem Sprachgebrauch zentralen Verwendungskontextes (junger ungestümer Mann) und den vom Angeklagten getroffenen - zutreffenden - Feststellungen zur Person des Zeugen T als eines älteren Herrn lassen aus der Sicht des objektiven Betrachters eine **feuilletonistisch-ironisierende Verwendung** dieses Begriffs erkennen. Dies ist im Rahmen einer zugunsten des Angeklagten nicht ausschließbaren Auslegung zumindest vorstellbar. Eine solche Auslegung zugunsten des Angeklagten wird durch den **deutlich ironisierenden Kontext**, der das **eher unreife Verhalten** einer sich nunmehr seiner Untat bewusst gewordenen Person beschreibt, die sich möglicherweise vor Scham über ihr Verhalten im Wald „verkriecht“, gestützt. Dass der Angeklagte mit dieser Bezeichnung allein die **Ungesittetheit** (vgl. obige Definition) des Verhaltens des Zeugen in den Mittelpunkt der Kritik rückt, zeigt sich auch daran, dass er schwerere Vorwürfe (nämlich der Strafbarkeit des Verhaltens) wohlweislich nur als Frage in den Raum stellt und damit bewusst - wenn auch mit gewisser Tendenz zulasten

des Zeugen - offen lässt. Eine **deutliche Relativierung** dieser Mutmaßungen enthält auch - für den Leser sogar hervorgehoben - die Untertitelung des Bildes „hat wohl Konsequenzen, zumindest laut **Straßenverkehrsordnung**“. Zusammenfassend relativiert sich der Sinn der Verwendung des Begriffs „Rabauken-Jäger“ daher dahingehend, dass dem Zeugen für einen Teilbereich seines Handelns ein nicht normgerechtes, ungesittetes Verhalten vorgeworfen wird.“ (OLG Rostock aaO.)

Das Gericht hat es daher offengelassen, ob damit überhaupt die Voraussetzungen der Missachtung des ethischen oder sozialen Wertes des Zeugen T im Sinne des § 185 StGB erfüllt sind.

2. Wahrnehmung berechtigter Interessen, § 193 StGB

Allerdings könnte der Angeklagte ohnehin in Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinne des § 193 StGB gehandelt haben und schon allein deshalb nicht strafbar sein. Danach sind **tadelnde Urteile** über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, desgleichen Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von Seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind **nur insofern strafbar**, als das Vorhandensein einer Beleidigung **aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen**, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

a) Regelungszweck des § 193 StGB

„Der Ehrenschatz des Opfers einer Beleidigung steht nämlich regelmäßig im **Widerstreit mit der Äußerungsfreiheit** des Täters, die ihrerseits dem besonderen Schutz des Art. 5 I GG, hier zudem in der besonderen **Ausprägung der Pressefreiheit** nach Art. 5 I 2 GG, unterliegt. Zwar findet dieses Grundrecht schon nach Art. 5 II GG seine **Schranke im Recht der persönlichen Ehre**. Dies führt jedoch aufgrund der besonderen Bedeutung dieses Grundrechts für eine pluralistische Demokratie nicht dazu, dass per se jede ehrangreifende Äußerung der Strafandrohung der §§ 185 ff. StGB unterliegt. Vielmehr müssen beide **Rechtspositionen** bei der Anwendung des einfachen Rechts **in einen verhältnismäßigen Ausgleich** gebracht werden. Dies erfolgt über eine Gesamtabwägung aller Umstände. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob die Äußerung eine **Tatsachenbehauptung** oder die Kundgabe eines **Werturteils**, einer Meinung, darstellt.

Während bei **Tatsachenbehauptungen** die objektive Beziehung zwischen der Äußerung und der **Realität im Vordergrund** steht, sind **Meinungen** durch die **subjektive Beziehung** des Einzelnen zum Inhalt seiner Aussage und durch die Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt (BVerfG, NJW 1994, 1779). Der Grundrechtsschutz des Art. 5 I GG bezieht sich grundsätzlich auf Letzteres. Ob eine Äußerung eine Tatsache oder ein Werturteil beinhaltet, bestimmt sich grundsätzlich nach der **Nachprüfbarkeit ihrer zugrundeliegenden Wahrheitsbehauptung**. Vorliegend lässt sich die Bezeichnung als „Rabauken-Jäger“ - wie auch vom Landgericht so gesehen - allein als **Werturteil**, nämlich als aus einem tatsächlichen Geschehen abgeleitete Schlussfolgerung bezüglich der charakterlichen Einstellung des Jägers definieren. Diese wertende Schlussfolgerung fällt daher in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

Liegt damit eine dem Schutz des Art. 5 I GG unterfallende **Meinungsäußerung** des Angeklagten vor, hat diese gegenüber dem Persönlichkeitsschutz des Opfers nur dann **von vornherein zurückzutreten**, wenn sich die Äußerung als **Angriff auf die Menschenwürde** oder als **Formalbeleidigung oder Schmähung** darstellt (BVerfG NJW 1999, 2262 [2263]; NJW 2009, 3016; zuletzt soweit ersichtlich: 29.06.2016, 1 BvR 2646/15). Gleiches kann gelten, wenn Meinungsäußerungen mit Tatsachenbehauptungen verbunden und letztere erwiesen unwahr sind (BVerfG NJW 1994, 1779 [1780]).“ (OLG Rostock aaO.)

b) Kein Angriff auf die Menschenwürde

Ein Angriff auf die Menschenwürde des Zeugen T wäre nur anzunehmen, wenn ihm die **personale Würde abgesprochen**, er als **unterwertiges Wesen** beschrieben werden sollte (vgl. BVerfG, NJW 1987, 2261 [2262]). Hiervon kann im Hinblick auf die **Wortwahl**, die **Umstände der Äußerung**, ihren Inhalt und ihr **Argumentationsziel** nicht die Rede sein.

„Vielmehr wird - wenn auch mit harschen Worten - **Kritik am Zeugen, beschränkt auf ein konkretes ihm vorgeworfenes Verhalten** - das Ziehen eines toten Wildtieres mittels eines PKW über eine Straße - geübt und gerade **nicht seine gesamte personale Würde in Zweifel gezogen**. Eine solche Annahme scheitert schon daran, dass dem Zeugen T im inkriminierten Artikel aufgrund der vom Angeklagten festgestellten Nichterreichbarkeit menschliche Scham und Einsicht in sein vorgeblich unrechtmäßiges Tun unterstellt werden (vgl. den ersten Absatz des Artikels).“ (OLG Rostock aaO.)

c) Keine Formalbeleidigung

„Kennzeichen einer Formalbeleidigung ist, dass sich die **Kränkung bereits aus der Form der Äußerung** ohne Rücksicht auf ihren Inhalt ergibt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016, 1 BvR 2646/15). Auch davon kann keine Rede sein; der Angriff auf den Zeugen T ergibt sich aus dem Inhalt der dem Angeklagten vorgeworfenen Äußerung und nicht aus ihrer Form.“ (OLG Rostock aaO.)

d) Keine Schmähkritik

Die Meinungsfreiheit des Angeklagten muss daher nur dann hinter dem Ehrenschatz des Zeugen T zurücktreten, wenn es sich um Schmähkritik handeln würde.

„**Schmähkritik**, die als solche **nicht mehr vom Grundrecht auf Meinungsfreiheit geschützt** ist und deshalb eine Abwägung obsolet macht, liegt nur unter engen Voraussetzungen vor (BVerfG, Beschl. v. 28.09.2015, 1 BvR 3217/14; Beschl. v. 12.05.2009, 1 BvR 2272/04; BVerfGE 93, 266 (294); BVerfG NJW 1994, 2413). Dabei sind **strenge Maßstäbe** anzuwenden (BVerfG, Beschl. v. 29.06.2016, 1 BvR 2646/15;). Wesentliches Merkmal der Schmähung ist eine das **sachliche Anliegen völlig in den Hintergrund drängende persönliche Kränkung**. Sie wäre gegeben, wenn in ihr nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person und ihre Herabsetzung im Vordergrund stünde (vgl. BVerfGE 82, 272). Sie liegt bei einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage nur ausnahmsweise vor (BVerfGE 93, 266, 294).

Dies ist jedoch vorliegend gerade nicht der Fall. Zwar tritt das nach der Überschrift des inkriminierten Artikels scheinbar vorrangige Thema der durch das - unstrittige - Verhalten des Zeugen T entstandenen Unruhe in den sozialen Medien sehr schnell in den Hintergrund und der Angeklagte widmet sich sodann fast ausschließlich der Person des Zeugen T und dessen Verhalten. Dies geschieht **auch in sehr überspitzter feuilletonistischer und zum Teil umgangssprachlicher Weise** („erst einmal abgetaucht, in seinem Jagdgebiet verkrochen, großen Mist gebaut“ Zitate im Indikativ statt Konjunktiv [„entzogen gehört“]), was eine **gewisse holzschnittartige Grobheit** in der Darstellung mit sich bringt. Dies geschieht jedoch **mit jederzeit gewahrem Sachbezug** zum kritisierten Verhalten des Zeugen T. Das gilt sowohl für das das Tatgeschehen dokumentierende Foto, die Beschreibung dieses Geschehens als auch für die Darstellung der sich daran anschließenden Nachforschungen zur Person des Zeugen T, die jeweils den Sachbezug zu dessen - unstrittigem - Verhalten wahren. Entgegen der Auffassung des Landgerichts (und des Beschwerdeausschusses des Presserates) waren die letztlich **die Identifizierung ermöglichenden Angaben zu seiner gesellschaftlichen Rolle in der Gegend nicht zwingend darauf angelegt, den Zeugen T zu diffamieren bzw. an den Pranger zu stellen**. Vielmehr hat all dies seinen Sachbezug darin, dass einer - entgegen der Auffassung des Landgerichts - in dem hier relevanten ländlichen Raum aufgrund seiner früheren Aktivitäten gesellschaftlich herausgehobenen Persönlichkeit wie dem Zeugen T ein besonders kritischer Blick auf ihr sonstiges Verhalten zuzumuten ist.“ (OLG Rostock aaO.)

e) Abwägung zwischen Ehrschutz und Meinungsfreiheit

Da es sich demnach um eine Meinungsäußerung handelt, die weder als Formalbeleidigung noch als Schmähkritik angesehen werden kann, läge eine Beleidigung nur vor, wenn dem Ehrschutz hier aus sonstigen Gründen der Vorrang vor der Meinungsfreiheit zu gewähren ist.

„[Es] ...ist eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit/Pressefreiheit und Ehrenschatz geboten, deren Ergebnis verfassungsrechtlich nicht vorgegeben ist, bei der jedoch alle wesentlichen Umstände des Falls zu berücksichtigen sind und bei der es auf die **Schwere der Beeinträchtigung der betroffenen Rechtsgüter** ankommt (BVerfG NJW 1996, 1529; 1999, 2262 [2263]). Dabei gilt zuvorderst die Feststellung, dass **keinem Rechtsgut der abstrakte Vorrang** gebührt. Die Verfassung schützt sowohl die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG) als auch die Integrität der persönlichen Ehre als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 GG. Das **Prinzip praktischer Konkordanz** sieht in solchen Kollisionsfällen vor, dass ein möglichst schonender Ausgleich zu größtmöglicher Erhaltung der konkurrierenden Interessen führen soll. Für diese Abwägung sind das **Ausmaß** der Betroffenheit, die **Motive** und **Zwecke** sowie die **Plumpheit** und Aggressivität der Äußerung zu berücksichtigen (vgl. LK-Hilgendorf, 12. Aufl., § 193 StGB Rn. 6).

Die vom Senat nach diesen Kriterien vorzunehmende rechtliche Abwägung führt zum Vorrang der Meinungsfreiheit/Pressefreiheit. Angesichts der tatsächlichen Umstände des in dem Artikel berichteten Geschehens erscheint die im Begriff des „**Rabauken-Jägers**“ zum Ausdruck kommende Kritik **noch als angemessen und verhältnismäßig**.

Im Hinblick auf das in diese Abwägung einzustellende Persönlichkeitsrecht des Zeugen T gilt Folgendes: Die Kritik gilt **dem Verhalten des Zeugen in der Öffentlichkeit**. Dieses verdient von vornherein nur einen eingeschränkten Schutz vor Kritik. Jedermann muss jederzeit damit rechnen, dass sein Verhalten in der Öffentlichkeit - im Gegensatz zum Verhalten in den eigenen vier Wänden - von derselben, insbesondere von der Presse, kritisch gewürdigt wird. Das Verhalten des Zeugen in der Öffentlichkeit ist damit von vornherein weniger schutzwürdig als ein solches im privaten Raum.

Ein Verhalten im öffentlichen Raum genießt dabei umso weniger Schutz vor Kritik, je mehr es berechtigten Anlass zu einer solchen liefert. Gemessen daran erweist sich das Verhalten des Zeugen T als durchaus kritikwürdig. [wird ausgeführt]“ (OLG Rostock aaO.)

Liegt damit ein berechtigtes Interesse des Angeklagten an der vorgenommenen Berichterstattung vor, ist die Verwendung des Begriffs „Rabauken-Jäger“ nicht strafbar.

II. „Drecksjäger“

Der Angeklagte hat in seinem Artikel auch den Begriff „Drecksjäger“ verwendet und hierbei auf die Bezeichnung des Zeugen T in den sozialen Medien Bezug genommen. Auch hierin könnte eine Beleidigung nach § 185 StGB liegen.

*„Die **bloße Weitergabe beleidigender Urteile Dritter** ohne Hinzutreten weiterer Umstände stellt **grundsätzlich keine Beleidigung** dar. Die Bezeichnung „Drecksjäger“ ist entgegen der Auffassung der Kammer ein solches keiner Strafbarkeit gemäß § 185 StGB unterliegendes Drittzitat. Das **Zitat ist einbettet in die Darstellung der Reaktion der sozialen Medien** auf das Verhalten des Zeugen T. Es passt daher zur Überschrift des Artikels und auch zum abgedruckten Bild, das den sozialen Medien entnommen worden ist. Der Angeklagte referiert die Tatsache der Begriffsverwendung, **ohne** sie sich durch eine entsprechende **Formulierung zu Eigen zu machen**. Soweit er in diesem Zusammenhang in indirekter Rede die im sozialen Medium geäußerte Auffassung wiedergibt, dass „dem (Anm. des Senats: dem Zeugen T) sofort die Jagdlizenz entzogen gehört“ und er dabei statt des Konjunktivs „gehöre“ den Indikativ „gehört“ verwendet, kann dies nicht als Indiz der Selbstaneignung gewertet werden. Zugunsten des Angeklagten ist vielmehr davon auszugehen, dass es sich dabei **lediglich um eine sprachliche Ungenauigkeit** handelt. Auf die Frage, ob dieser Begriff ebenfalls von der Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt wäre, kommt es damit nicht an.“ (OLG Rostock aaO.)*

III. Ergebnis

Der Angeklagte ist daher nicht wegen Beleidigung nach § 185 StGB strafbar.

(BVerfG in DÖV 2016, 875, Beschluss vom 29.6.2016 – 1 BvR 1015/15)

Um **sozialen und wirtschaftlichen Ungleichgewichten** entgegenzuwirken, durfte der Gesetzgeber aufgrund seiner Einschätzung der Nachfragesituation auf dem Mietwohnungsmarkt durch Einführung des Bestellerprinzips die durch Art. 12 I GG geschützte **Freiheit der Wohnungsvermittler** beschränken, von Wohnungssuchenden ein Entgelt für ihre Vermittlungstätigkeit zu erhalten.

Fall Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sind die Regelungen im Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz - MietNovG) vom 21.04.2015 (BGBl I S. 610), mit denen das Bestellerprinzip bei der Wohnungsvermittlung und das Textformerfordernis für Vermittlungsverträge eingeführt wurden. Die Wohnungsmakler sind der Auffassung, das nun geltende - bußgeldbewehrte - Bestellerprinzip mit der Folge der weitgehenden Nichtigkeit vertraglicher Vereinbarungen, die Wohnungssuchende zur Zahlung eines Entgelts an Wohnungsvermittler verpflichten sollen (§ 2 I a, V; § 8 I Nr. 1 WoVermRG n.F.), verstoße gegen die durch Art. 12 I GG geschützte berufliche Vertragsfreiheit. Zu Recht?

Es könnte auch eine Verletzung des Grundrechts der **Berufsfreiheit** vorliegen.

I. Schutzbereich

Es müsste zunächst der Schutzbereich des Art. 12 I GG eröffnet sein.

1. Bestimmung des Schutzbereiches

Beruf i.S.d. Art. 12 I GG ist jede auf **gewisse Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dienen soll**.

„Art. 12 I GG schützt die Freiheit der Berufsausübung als **Grundlage der persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung**. Das Grundrecht umschließt auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen verbindlich auszuhandeln (vgl. BVerfGE 101, 331 [347]; 117, 163 [181]; 134, 204 [222 Rn. 66]). Die ansonsten durch die **allgemeine Handlungsfreiheit** gemäß Art. 2 I GG garantierte Vertragsfreiheit **tritt** im Bereich beruflicher Betätigung gegenüber dem speziellen Schutz durch Art. 12 I GG **zurück** (vgl. BVerfGE 117, 163 [181]; 134, 204 [222 Rn. 67] jeweils m.w.N.).“ (BVerfG aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

„Die gesetzliche Neuregelung betrifft den Schutzbereich der Berufsfreiheit. Die geänderten oder neugeschaffenen Vorschriften im Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung hindern die Beschwerdeführer zu 1) und 2) in einer Vielzahl von Fällen daran, von Wohnungssuchenden ein Entgelt für ihre berufliche Vermittlungstätigkeit zu erhalten. Schließen die Beschwerdeführer zu 1) und 2) mit Wohnungssuchenden Verträge ab, nach denen sie von diesen ein Entgelt erhalten sollen, obwohl sie nicht ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem Wohnungssuchenden vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten den Auftrag zum Angebot der Wohnung (§ 6 I WoVermRG) eingeholt haben, sind diese **Vereinbarungen unwirksam** (§ 2 I a, V Nr. 1 WoVermRG). Gleiches gilt für den **bislang zulässigen Abschluss** von Verträgen, durch die Wohnungssuchende verpflichtet werden, ein vom Vermieter oder einem Dritten geschuldetes Vermittlungsentgelt zu zahlen (§ 2 V Nr. 2 WoVermRG).“ (BVerfG aaO.)

Der Schutzbereich ist daher eröffnet.

II. Eingriff

Eingriff ist jedes Staats zurechenbare Verhalten, dass die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich erschwert, wobei dieses Verhalten **berufsregelnde Tendenz** haben muss.

„Die Beschwerdeführer werden aufgrund der Neuregelung werden sie in einer Vielzahl von Fällen daran **gehindert, Wohnungssuchende vertraglich zur Zahlung einer Vergütung** für ihre berufliche Vermittlungstätigkeit **zu verpflichten**. Sie werden in ihrer Freiheit beschränkt, das Entgelt für berufliche Leistungen verbindlich auszuhandeln. Dies unterfällt ebenfalls dem **Schutz der freien Berufsausübung** (vgl. oben B. II. 1. a aa, Rn. 49 f.).“ (BVerfG aaO.)

Es liegt daher ein Eingriff vor.

III. Rechtfertigung

Dieser Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit müsste gerechtfertigt sein. Dazu muss das Grundrecht aus Art. 12 I GG überhaupt beschränkbar sein und – falls dies zulässig ist – die Beschränkbarkeit selbst auch gewisse Grenzen einhalten.

1. Beschränkbarkeit

Nach dem Wortlaut des Art. 12 I 2 GG ist nur die Berufsausübung einschränkbar. Es entspricht aber allgemeiner Ansicht, dass Berufsausübung und Berufswahl untrennbare, sich teilweise überschneidende Komponenten eines einheitlichen Komplexes darstellen. Folgerichtig wird auch der Vorbehalt auf das **gesamte einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit** ausgedehnt und kommt damit als rechtliche Grundlage für das angegriffene Gesetz in Betracht.

*„Beschränkungen der Berufsfreiheit bedürfen nach Art. 12 I 2 GG einer gesetzlichen Grundlage (vgl. BVerfGE 54, 237 [245 f.]). Diese ist mit den angegriffenen Regelungen zum **Bestellerprinzip**, die durch Art. 3 MietNovG in das Wohnungsvermittlungsgesetz eingefügt worden sind, gegeben.“* (BVerfG aaO.)

2. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Das Gesetz ist formell verfassungsgemäß, wenn der Bund für den Erlass des Gesetzes zuständig war und das vorgesehene Gesetzgebungsverfahren eingehalten hat.

a) Gesetzgebungskompetenz

Es könnte eine **konkurrierende Gesetzgebungskompetenz** des Bundes nach Art. 72, 74 Nr. 1 GG bestehen. Hiernach hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz für das **Bürgerliche Recht** und das **Strafrecht**, dem auch Bußgeldregelungen unterfallen, wobei es auf das Bedürfnis nach einer bundeseinheitlichen Regelung im Einzelfall nach Art. 72 II GG nicht ankommt.

aa) Vergütungsregelung

*„Die Befugnis zur Regelung des bürgerlichen Rechts umfasst **alle Normen, die herkömmlicherweise dem Zivilrecht zugerechnet** werden (vgl. BVerfGE 126, 331 [357] m.w.N.). Damit geht es im Wesentlichen um die Ordnung der **Individualrechtsverhältnisse**, weshalb die Kompetenz des Bundes für bürgerliches Recht nicht nur die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern auch die vielfältigen Nebengesetze des Privatrechts umfasst (vgl. BVerfGE 42, 20 [31]). Die angegriffenen Vorschriften des Mietrechtsnovellierungsgesetzes zur Änderung des Wohnungsvermittlungsgesetzes zählen hiernach zum bürgerlichen Recht im Sinne des Art. 74 I Nr. 1 GG. Von den Änderungen durch Art. 3 Nr. 1 bis Nr. 4 MietNovG werden Regelungen erfasst, die das **Privatrechtsverhältnis zwischen Wohnungsvermittlern und Wohnungssuchenden ausgestalten und ordnen**. Bei den Vorschriften des Wohnungsvermittlungsgesetzes handelt es sich um Spezialnormen in einem Nebengesetz zum Maklerrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.*

*Gegen die Zuordnung der Regelungen zur Gesetzgebungskompetenz für das bürgerliche Recht (Art. 74 I Nr. 1 GG) spricht nicht, dass der Gesetzgeber mit dem **Bestellerprinzip in Verfolgung sozialstaatlicher Zwecke ins Wirtschaftsleben eingreift**. Zwar können Regelungen des bürgerlichen Rechts, die darauf zielen, soziale Disparitäten auszugleichen oder zu beseitigen, im weitesten Sinne als Regulierung wirtschaftlicher Vorgänge angesehen werden. Dass eine in Wahrnehmung sozialstaatlicher Gestaltungsaufträge getroffene Regelung des Privatrechts auch **wirtschaftsregulierende** Effekte zeitigt, macht diese jedoch nicht ohne weiteres zu einer Regelung des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 I Nr. 11 GG) und **nimmt ihr insbesondere nicht ihren Charakter als Regelung des bürgerlichen Rechts**. Das im Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen des Privatrechts geregelte bürgerliche Recht ist und war stets auch durch Elemente sozialer Regulierung von wirtschaftlichen Vorgängen geprägt.“* (BVerfG aaO.)

bb) Bußgeldtatbestand

*„Für den Bußgeldtatbestand in § 8 I Nr. 1 WoVermRG, der durch Art. 3 Nr. 5 MietNovG neu geschaffen wurde, folgt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ebenfalls aus Art. 74 I Nr. 1 GG. Zu den dort genannten Gebieten zählt auch das „**Strafrecht**“, das in kompetenzrechtlicher Hinsicht neben dem Strafrecht im herkömmlichen Sinne **auch das Ordnungswidrigkeitenrecht erfasst** (vgl. BVerfGE 27, 18 [32 f.]; 29, 11 [16]; 31, 141 [144]).“* (BVerfG aaO.)

Der Bund hatte also die Gesetzgebungskompetenz für die neu eingeführten Regelungen.

b) Gesetzgebungsverfahren

Hinsichtlich des Gesetzgebungsverfahrens ist allein fraglich, ob nicht die **Zustimmung des Bundesrates** erforderlich gewesen wäre.

„Nach Art. 84 I 6 GG besteht ein **Zustimmungsbedürfnis** nur dann, wenn die **Länder ein Bundesgesetz als eigene Angelegenheit** ausführen, der Bund aber ausnahmsweise unter den Voraussetzungen des Art. 84 I 5 GG das insoweit **maßgebliche** **Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder** regelt.

Eine solche Regelung könnte hier nur durch Art. 1 Nr. 3 MietNovG erfolgt sein, der durch Einfügung des § 556d II in das Bürgerliche Gesetzbuch die **Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt**, um Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten zu bestimmen. Zwar betrifft diese Regelung nur den - hier nicht angegriffenen - Teil des Mietrechtsnovellierungsgesetzes, der als Mietpreisbremse zur Dämpfung des Mietanstiegs beitragen soll, während die Bestimmung von Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten für die **bundesweit geltende Einführung des Bestellerprinzips** ohne Bedeutung ist. Unterstellt, die Regelung der Mietpreisbremse wäre zustimmungsbedürftig, könnte aber aufgrund der vor Inkrafttreten der Föderalismusreform zu Art. 84 I GG a.F. ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allein die vorliegende **Verknüpfung der Regelungen von Mietpreisbremse und Bestellerprinzip** zu einer gesetzgebungstechnischen Einheit das Mietrechtsnovellierungsgesetz als Ganzes zustimmungsbedürftig machen („**Einheitsthese**“; vgl. etwa BVerfGE 8, 274 [294 f.]; 55, 274 [319]; krit. BVerfGE 105, 313 [339]; zurückhaltend auch BVerfGE 112, 226 [253 f.]).

Im vorliegenden Fall lässt sich allerdings auch auf dieser Grundlage das Erfordernis einer Zustimmung des Bundesrates nach Art. 84 I 6 GG nicht herleiten. Ein Zustimmungserfordernis könnte nach Art. 84 I 5, 6 nur dann bestehen, wenn ein Bundesgesetz das Verwaltungsverfahren „ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder“ geregelt hat. Eine solche Abweichungsfestigkeit setzt eine ausdrückliche, zumindest aber hinreichend deutliche Regelung voraus. Einen solchen **ausdrücklichen Ausschluss einer Abweichungsmöglichkeit** enthalten die angegriffenen Vorschriften nicht. Vielmehr belässt der Gesetzgeber die Umsetzung den **Ländern je nach den regionalen Gegebenheiten selbst**, indem er die Begrenzung der Miethöhe gemäß § 556d BGB nur insoweit vorsieht, als eine Landesregierung die bundesgesetzliche Regelung durch Rechtsverordnung komplettiert und Gebiete mit einem angespannten Wohnungsmarkt bestimmt. Nur für Wohnungen in solchen Gebieten kann es bei Neuvermietungen zu einer Begrenzung der Miethöhe nach § 556d I BGB kommen. Eine **Landesregierung** ist insoweit **nicht gehindert**, die Umsetzung **nach den Verhältnissen des jeweiligen Bundeslandes auszurichten** und gegebenenfalls vom Erlass einer Rechtsverordnung auch ganz abzusehen, sollte sie für ihr Land kein Gebiet mit angespannten Wohnungsmärkten ausmachen können. Vor diesem Hintergrund haben derzeit die Landesregierungen von Sachsen, Sachsen-Anhalt, Mecklenburg-Vorpommern und dem Saarland von der Verordnungsermächtigung in § 556d II 1 BGB keinen Gebrauch gemacht und den Erlass einer Rechtsverordnung auch nicht in Aussicht gestellt.“ (BVerfG aaO.)

Es ist daher keine Zustimmungsbedürftigkeit gegeben, so dass das Gesetz insgesamt formell verfassungsmäßig ist.

3. Materielle Verfassungsmäßigkeit

a) Prüfungsmaßstäbe bei Art. 12 I GG

Die materielle Verfassungsmäßigkeit ist nach der sog. **Drei-Stufen-Theorie** des BVerfG danach zu beurteilen, auf welcher Stufe der Eingriff in die Berufsfreiheit erfolgt. Die Drei-Stufen-Theorie stellt damit eine besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Es ist zwischen Eingriffen in die Freiheit der Berufsausübung und subjektiven sowie objektiven Berufswahlregelungen zu unterscheiden.

- Eingriffe auf der Ebene der **Berufsausübung** sind zulässig, wenn sie durch **vernünftige Gründe des Allgemeinwohls** bedingt werden, also einen legitimen Zweck verfolgen.
- **Subjektive Berufswahlregelungen** sind solche, bei denen der Zugang zu einem Beruf von persönlichen Eigenschaften abhängig gemacht wird unabhängig davon, ob hier eine Einflussnahmemöglichkeit besteht. Diese sind zulässig, wenn sie aus **wichtigen Gründen des Gemeinwohls** erforderlich sind.
- **Objektive Berufswahlregelungen** unterliegen den strengsten Anforderungen. Solche Beschränkungen sind von der Person des Betroffenen unabhängig und orientieren sich an äußeren Bedingungen. Diese Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl sind nur zulässig, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut unumgänglich sind.

Grundsätzlich müssen die Regelungen auf der **Stufe** vorgenommen werden, die den **geringsten Eingriff** in die Berufsfreiheit mit sich bringt.

b) Verhältnismäßigkeit

Die Regelungen zur Ausgestaltung des Entgelts sowie die Bußgeldregelung für den Fall des Verstoßes stellen klassische Berufsausübungsregelungen dar.

aa) Legitimer Zweck

Als legitimer Zweck kommen damit nur **vernünftige Allgemeinwohlinteressen** in Betracht.

*„Der Gesetzgeber darf die durch Art. 12 I GG geschützte Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen einzelvertraglich zu vereinbaren, durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzen, um **sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenzuwirken**. Wie auch bei sonstigen privatrechtlichen Regelungen, die der freien Vertragsgestaltung Grenzen setzen, geht es um den Ausgleich widerstreitender Interessen, bei dem die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen ist. Für die Herstellung eines solchen Ausgleichs verfügt der Gesetzgeber über einen **weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum**. Die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen liegt zunächst in seiner politischen Verantwortung, ebenso die Vorausschau auf die künftige Entwicklung und die Wirkungen seiner Regelung. Dasselbe gilt für die Bewertung der Interessenlage, das heißt die Gewichtung der einander entgegenstehenden Belange und die Bestimmung ihrer Schutzbedürftigkeit. Eine Grundrechtsverletzung kann in einer solchen Lage nur festgestellt werden, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem **angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen** werden kann (vgl. BVerfGE 134, 204 [223 f. Rn. 68 ff.] m.w.N.).“ (BVerfG aaO.)*

Vor diesem Hintergrund kann hier davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit den angegriffenen Regelungen vernünftige Allgemeinwohlinteressen verfolgt.

*„Auf der Grundlage der zunächst ihm überlassenen Einschätzung der Nachfragesituation auf dem Wohnungsmarkt durfte der Gesetzgeber von einem Interessenkonflikt ausgehen und diesen zur Wahrung der Belange der Wohnungssuchenden **als regelungsbedürftig ansehen**.“*

*Ausweislich der Begründung zum Regierungsentwurf ist es Ziel des Mietrechtsnovellierungsgesetzes, die Wohnungssuchenden **vor der Ausnutzung faktischer Zwangslagen zu schützen** (BTDrucks 18/3121, S. 19). Der Gesetzgeber sieht das knappe Angebot von Mietwohnungen als Ursache dafür, dass Vermieter, die Dienste von Wohnungsvermittlern zwar in ihrem eigenen Interesse in Anspruch nehmen, die dadurch entstehenden Kosten aber den künftigen Mietern auferlegen können. Obwohl der **Vermieter die Einschaltung des Wohnungsvermittlers veranlasst** habe, zahle der Mieter die hierdurch entstehenden Kosten. In der Praxis geschehe dies so, dass Wohnungssuchende, die sich auf ein vom Vermieter veranlassenes Inserat meldeten, darauf verwiesen würden, entweder zunächst mit dem eingeschalteten Vermittler einen Maklervertrag abzuschließen, oder gegenüber dem Vermieter die Übernahme der Maklercourtage zuzusagen. Lasse sich ein Wohnungssuchender hierauf nicht ein, scheidet er in der Regel aus dem Kreis der in Betracht kommenden Bewerber aus (BTDrucks 18/3121, S. 15). Dabei werden nach der Einschätzung des Gesetzgebers gerade in Gebieten mit angespannten Mietwohnungsmärkten **Mietobjekte „häufig weit überwiegend“ über Wohnungsvermittler angeboten**. Wohnungssuchende hätten dann kaum eine realistische Chance, auf provisionsfreie Angebote auszuweichen (BTDrucks 18/3121, S. 15).*

*Der Gesetzgeber geht nachvollziehbar davon aus, dass Wohnungssuchende hiernach **regelmäßig für Leistungen aufkommen** müssen, die **primär im Interesse des Vermieters** erbracht worden sind (BTDrucks 18/3121, S. 19). Ebenso plausibel ist seine weitere Annahme, dass für die Maklerdienste eine Preisfindung nach Marktgrundsätzen ausbleibt, weil der Vermieter an Preisverhandlungen kein Interesse hat und die Wohnungssuchenden auf das Entgelt keinen Einfluss nehmen können. Im Ergebnis hätten die Mieter dann oft die gesetzlich maximal zulässige Courtage in Höhe von zwei Nettokaltmieten zuzüglich Umsatzsteuer zu zahlen (vgl. BTDrucks 18/3121, S. 19). Da diese **Kosten neben die oft bereits hohe Miete, die zusätzlich aufzubringende Mietkaution** für das neue Mietverhältnis sowie nicht selten auch Umzugs- und Renovierungskosten treten, liegt die Befürchtung des Gesetzgebers nahe, dass die so kumulierten Beträge geeignet sind, gerade wirtschaftlich schwächere Mieterhaushalte zu überfordern (vgl. BTDrucks 18/3121, S. 15).“ (BVerfG aaO.)*

Es werden daher vernünftige Allgemeinwohlbelange verfolgt.

bb) Geeignetheit

„Die Änderungen des Wohnungsvermittlungsgesetzes zur Einführung des Bestellerprinzips sind geeignet, um den **erstrebtten Ausgleich der berührten Interessen** zu erreichen und einer Belastung der Wohnungssuchenden mit Vermittlungskosten, die im vorrangigen Vermieterinteresse entstanden sind, zu begegnen. Insoweit genügt die Möglichkeit einer Zweckerreichung (vgl. BVerfGE 117, 163 [188 f]; 126, 112 [144]; stRspr). Diese lässt sich hier schon aufgrund der gesetzlich geregelten **Nichtigkeit belastender Provisionsverpflichtungen** (§ 2 V WoVermRG), die zudem noch durch einen eigenen **Bußgeldtatbestand** flankiert wird (§ 8 I Nr. 1 WoVermRG), bejahen. Auf dieser Grundlage können Wohnungssuchende nur in engen Ausnahmefällen zur Zahlung von Vermittlungskosten verpflichtet werden und sind damit regelmäßig vor einer Belastung mit Provisionsforderungen als Auftraggeber wie im Wege der Schuldübernahme geschützt.

Die Eignung der Neuregelung lässt sich nicht deshalb in Zweifel ziehen, weil Vermieter, die sich ihrerseits weiterhin uneingeschränkt zur Provisionszahlung verpflichten können, ihre durch Bezahlung eines Maklers **entstandenen Kosten bei der Kalkulation der Miete berücksichtigen** und auf diese Weise bei Mietern ganz oder in Teilen refinanzieren können. Zum einen kann eine solchermaßen **erhöhte Wohnungsmiete** durchaus an Grenzen stoßen, etwa sofern die Vorschriften zur **Dämpfung des Mietanstiegs** auf angespannten Wohnungsmärkten (§§ 556d ff. BGB Mietpreisbremse) zur Wirkung kommen sollten. Zum anderen bleiben Vermieter stets mit der Vorlage der Maklerkosten sowie den Ungewissheiten der Durchsetzbarkeit höherer Mieten belastet, so dass sie möglicherweise auf die Einschaltung eines Wohnungsvermittlers ganz verzichten und die Mietersuche selbst übernehmen werden. Selbst wenn Vermieter eine Überwälzung der Maklerkosten durch höhere Miete durchsetzen können, wird der vom Gesetzgeber erstrebte Ausgleich nicht gänzlich verfehlt. Als Vorteil verbleibt den Wohnungssuchenden dann zumindest, dass die **Maklerkosten nicht wie bei der direkten Zahlung der Courtage sofort in voller Höhe und zeitgleich mit weiteren finanziellen Belastungen bei Beginn des Mietverhältnisses** aufgebracht werden müssen. Schließlich ist es nicht fernliegend, dass Vermieter künftig in eigenem Interesse ihre Nachfragemacht ausnutzen, um mit den Maklern Provisionen unter den bisher üblichen - das gesetzlich Zulässige ausschöpfenden - Sätzen zu vereinbaren, und demnach nur geringere Beträge in die Kalkulation der Miete einfließen werden.“ (BVerfG aaO.)

Aufgrund der festgestellten Zweckförderung sind die Regelungen geeignet.

c) Erforderlichkeit

Gleichwohl hält auch diese Regelung einer Überprüfung nur stand, **wenn kein milderes Mittel** das angestrebte Ziel **mit gleicher Effektivität** erreichen kann.

aa) „Echtes“ Bestellerprinzip/Prioritätsprinzip

Alternatives Mittel wäre denjenigen als Besteller anzusehen und Zahlungspflicht zu machen, der sich zuerst an den Makler wendet.

„Keine in gleicher Weise geeignete Alternative stellt das von den Beschwerdeführern befürwortete „echte“ Bestellerprinzip oder Prioritätsprinzip dar, wonach im Verhältnis zwischen Vermieter und Wohnungssuchendem derjenige als Besteller der Vermittlungsdienste anzusehen und zur Zahlung der Courtage verpflichtet sein soll, der **in zeitlicher Hinsicht zuerst an den Makler herantritt**. Angesichts der Marktverhältnisse lässt sich eine vergleichbare Wirksamkeit dieses Prioritätsprinzips nicht - wie erforderlich (vgl. BVerfGE 81, 70 [91]) - eindeutig feststellen. Aufgrund der **Marktmacht der Vermieter** erscheint vielmehr die Annahme einleuchtend, dass Mietinteressierte, um bei der Wohnungssuche erfolgreich sein zu können, sich ungeachtet der tatsächlichen Abläufe oftmals in die Position derjenigen drängen lassen müssen, die den ersten Kontakt zu einem Wohnungsvermittler hergestellt haben.“ (BVerfG aaO.)

bb) Regionale Begrenzung des Bestellerprinzips

„Eine **regionale Begrenzung des Bestellerprinzips** auf Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten, wie sie bei der Mietpreisbremse vorgesehen ist, musste der Gesetzgeber ebenfalls **nicht als milderes Mittel** berücksichtigen. Seine Annahme, dass Vermieter außerhalb angespannter Wohnungsmärkte jedenfalls nicht zwingend über die Marktmacht verfügen, um die Vermittlungsprovision auf den Wohnungssuchenden abwälzen zu können (vgl. BTDrucks 18/3121, S. 16), ist nicht zu beanstanden. Eine **zusätzliche Belastung der Vermieter** in diesen Regionen konnte der Gesetzgeber daher **als gering einschätzen**. Die Vermieter sind dort ohnehin in größerem Umfang mit dem Vermittlungsentgelt belastet, ohne dies an die Wohnungssuchenden weitergeben zu können. Verfügt ein Vermieter hingegen ausnahmsweise doch über eine derart starke Verhandlungsposition, dass ihm die Abwälzung der Maklerprovision auf Wohnungssuchende möglich ist, erscheint es mit Blick auf das gesetzgeberische Ziel auch gerechtfertigt, den Schutz des Bestellerprinzips außerhalb angespannter Wohnungsmärkte greifen zu lassen.“ (BVerfG aaO.)

cc) Ausschließlichkeit des materiellen Bestellerprinzips

„Ferner lässt sich die Erforderlichkeit nicht mit Blick auf die **Ausschließlichkeitsregel** in § 2 I a HS 2 WoVermRG in Frage stellen. Dies gilt auch dann, wenn auf der Grundlage der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vertretenen weiten Auslegung der Gesetzesnorm Provisionsansprüche gegen Wohnungssuchende in den vom Bundesrat als problematisch gekennzeichneten Konsellationen (vgl. BTDrucks 18/3121, S. 46 f.) ausgeschlossen sein sollten.

Auf der Grundlage der geschilderten weiten Auslegung des § 2 I a HS 2 WoVermRG verfolgt der Gesetzgeber sein Ziel, den Belastungen der Wohnungssuchenden aufgrund sozialer und wirtschaftlicher Ungleichheiten entgegenzuwirken, mit der Kodifizierung des von ihm so bezeichneten „**materiellen Bestellerprinzips**“. Dem liegt nach der Begründung des Gesetzentwurfs die - auch von den Beschwerdeführern nicht in Zweifel gezogene - Feststellung zugrunde, dass „in der Praxis ... gerade auf angespannten Wohnungsmärkten die **Initiative für das Tätigwerden eines Maklers regelmäßig vom Vermieter**“ ausgeht. Die Vermieter nehmen dann „die Dienste von Wohnungsvermittlern (Maklern) zwar in ihrem Interesse in Anspruch“, können jedoch aufgrund des knappen Angebots an Wohnraum ihre **Marktmacht nutzen**, um auf verschiedenen Wegen - etwa durch die Bedingung des Abschlusses eines Maklervertrages oder durch Schuldübernahme - die **Mieter mit den Maklerkosten zu belasten**. Dies erscheine „vor dem Hintergrund eines materiell verstandenen ‚Bestellerprinzips‘ **unangemessen**: Wer kostenpflichtige Dienste veranlasst, sollte im Ergebnis auch für die so entstandenen Kosten aufkommen“ (BTDrucks 18/3121, S. 15). Ausgehend davon soll die Neuregelung eine **Zahlungspflicht des Mieters immer schon dann ausschließen**, wenn der Vermieter dem Makler „**eine Wohnung an die Hand**“ gibt, um einen Mieter zu finden (BTDrucks 18/3121, S. 36). Hier soll allein der Vermieter als „Besteller“ anzusehen sein. Dieser Annahme des Gesetzgebers entspricht die mit § 2 I a WoVermRG verbundene Beweislastverteilung, der das Vermittlungsinteresse des Vermieters als Regelfall zugrunde liegt (vgl. Magnus/Wais, JZ 2016, S. 183 [186]). Nach der Systematik der gesetzlichen Regelung des materiellen Bestellerprinzips, das der Gesetzgeber als Mittel zur Verwirklichung des von ihm erstrebten sozialen Ausgleichs gewählt hat, ist deshalb entscheidend, dass der Wohnungsvermittler nicht ausschließlich im Interesse des Wohnungssuchenden, sondern zumindest auch im Vermieterinteresse tätig wird (vgl. ebenda, S. 185 f.) und deshalb mit seiner Provisionsforderung an den Vermieter verwiesen werden kann.

Den umgekehrten Fall des Interesses und der Initiative von Seiten eines Wohnungssuchenden berücksichtigt das Gesetz als Ausnahmekonstellation in § 2 I a HS 2 WoVermRG. Zur Abgrenzung vom Regelfall soll nach der Begründung des Gesetzentwurfs ein striktes Ausschließlichkeitsprinzip gelten. Hiernach soll es „zur Durchsetzung eines materiell verstandenen ‚Bestellerprinzips‘ ... ausdrücklich erforderlich“ sein, „dass der Wohnungsvermittler den **Auftrag vom Vermieter** (oder von einem anderen Berechtigten) **ausschließlich zu dem Zweck** einholt, dem Wohnungssuchenden die **Wohnung anzubieten**“ (BTDrucks 18/3121, S. 36). An anderer Stelle (BTDrucks 18/3121, S. 17) erläutert die Entwurfsbegründung, dass der Wohnungssuchende nur dann „Besteller“ sein soll, wenn sich der Vermittler für ihn „**auf die Suche begibt und die Wohnung ausschließlich für ihn und in dessen Interesse sucht**“. Hiernach ist das Kriterium der Ausschließlichkeit der Vermittlertätigkeit für die Interessen des Wohnungssuchenden entscheidend für die Grenzziehung zwischen einer Provisionsverpflichtung des Vermieters einerseits und des Wohnungssuchenden andererseits (vgl. Magnus/Wais, JZ 2016, S. 183 [185]).“ (BVerfG aaO.)

Die angegriffenen Änderungen im Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung sind folglich erforderlich, um den angestrebten Schutz zu erreichen. Es sind **keine gleich wirksamen Mittel zum Schutz der Wohnungssuchenden** ersichtlich, mit denen eine weitergehende Schonung der Interessen der Wohnungsvermittler einherginge.

d) Verhältnismäßigkeit i.e.S. (Angemessenheit)

Der **Erfolg** des Gesetzes dürfte aber **nicht außer Verhältnis zur Intensität** der mit ihm verbundenen **Beeinträchtigungen** der Berufsfreiheit stehen.

aa) Beeinträchtigungen für die Makler

„In der Regelung, vertragliche Provisionsverpflichtungen von Wohnungssuchenden nur dann zuzulassen, wenn ausschließlich wegen des mit ihnen geschlossenen Vermittlungsvertrags vom Vermieter oder einem anderen Berechtigten der Auftrag nach § 6 I WoVermRG eingeholt wird, liegt ein **nicht unerheblicher Eingriff in die freie Berufsausübung der Wohnungsvermittler**. Auch wenn neben Vermietern weiterhin auch Mietinteressierte Wohnungsvermittler beauftragen können, führt das **Ausschließlichkeitsprinzip** gerade bei weitem Verständnis (vgl. oben B. II. 1. a bb [2] [b] [cc] [e], Rn. 76 ff.) **im Ergebnis** dazu, dass in der geschäftlichen Praxis **überwiegend nur noch Vermieter** zur Provisionszahlung verpflichtet werden können. Jedenfalls für Immobilienmakler, die sich bei ihrer Tätigkeit auf die Vermittlung von Mietwohnungen spezialisiert haben, lassen sich in Folge der Neuregelung **nur noch erheblich geringere Provisionseinnahmen** erzielen.

Die Wohnungsvermittler werden damit allerdings nicht schon typischerweise zu einer grundlegenden Veränderung ihrer geschäftlichen Aktivitäten und Angebote in dem Sinne gezwungen, dass

sie die **berufliche Tätigkeit**, die bisher ihre Lebensgrundlage bildete, **völlig aufgeben** und sich eine **neue**, auf anderen beruflichen Voraussetzungen beruhende **Existenz aufbauen müssten**. Da provisionspflichtige Aufträge zur Wohnungsvermittlung weiterhin möglich sind, können Makler auf diesem Geschäftsfeld weiterhin tätig bleiben. Sie sind **nicht zum Erwerb grundlegend neuer Kenntnisse und Fähigkeiten** gezwungen, sondern können das in ihrem beruflichen Werdegang erworbene Wissen und die spezifischen Berufserfahrungen auch künftig nutzen. Zudem sind **Immobilienmakler nicht ausschließlich als Wohnungsvermittler** tätig, sondern vermitteln in der Regel auch Mietverträge über gewerblich genutzte Räumlichkeiten und insbesondere Kaufverträge für Immobilien, die zu Wohn- oder zu gewerblichen Zwecken genutzt werden. Vielfach sind sie auch in der Immobilienverwaltung und anderen immobiliennahen Dienstleistungsbereichen tätig. Diese Tätigkeitsfelder und Einnahmequellen bleiben von den Änderungen im Wohnungsvermittlungsgesetz unberührt.

In die Abwägung ist ferner einzubeziehen, dass Wohnungsvermittler **weiterhin Vermittlungsverträge mit Vermietern** abschließen und hieraus Vermittlungsentgelte erzielen können. Zwar werden sie hierfür - stärker als zuvor - auch in Regionen mit angespannten Wohnungsmärkten mit den Vermietern in Verhandlungen über den Abschluss von Vermittlungsverträgen und die Höhe des geschuldeten Vermittlungsentgelts treten müssen. Hiermit kann aber jeder Wohnungsvermittler selbst erheblichen Einfluss darauf nehmen, wie gravierend die wirtschaftlichen Folgen des Bestellerprinzips für ihn sein werden. Es bleibt jedem einzelnen Makler überlassen, **Vermieter vom Nutzen und vom Wert seiner Tätigkeit** auch angesichts des Umstandes **zu überzeugen**, dass die Courtage nicht unmittelbar an den neuen Mieter weitergereicht werden kann. Dass **Vermieter** zukünftig **gänzlich auf die Dienste von Wohnungsvermittlern verzichten**, erscheint angesichts der Mühe, die mit der eigenen Suche nach Mietinteressierten verbunden ist, **unwahrscheinlich**. Insbesondere sind Wohnungsvermittler nicht daran gehindert, durch Werbung für ihre Dienste auch solche Vereinbarungen zu erreichen, die ihnen in Fällen der Mehrfachbeauftragung oder der Vorbeauftragung einen Provisionsanspruch gegen den Vermieter bei erfolgreicher Vermittlungstätigkeit sichern (vgl. oben B. II. 1. a bb [2] [b] [cc] [ε], Rn. 76 ff.).“ (BVerfG aaO.)

bb) Schutzbedürftigkeit der Wohnungssuchenden

Dem stehen die berechtigten Interessen der Wohnungssuchenden gegenüber.

„Durch die gesetzliche Regelung des Bestellerprinzips sollen für sie **Hindernisse bei Anmietung von Wohnräumen beseitigt** werden. Ziel ist es, eine Überforderung insbesondere wirtschaftlich schwächerer Wohnungssuchender durch die „kumulierten Beträge“ zu vermeiden, die unter Einschluss der Maklerprovision bei Beginn eines Mietverhältnisses entstehen (vgl. BTDrucks 18/3121, S. 15). Den zahlreichen Wohnungssuchenden, die auf Wohnungsmiete angewiesen sind, wird es damit **erleichtert, geeigneten Wohnraum zu finden** und sich so den räumlichen Mittelpunkt ihres persönlichen Lebenskreises (vgl. BVerfGE 85, 219 [224]) und einen **Freiraum eigenverantwortlicher Betätigung** (vgl. BVerfGE 89, 237 [241]) zu schaffen. Dies und der Schutz vor Nachteilen aufgrund der Eigentumsverhältnisse und der Nachfragesituation auf dem Wohnungsmarkt rechtfertigen es zudem, in die Abwägung auf Seiten der Wohnungssuchenden das **Sozialstaatsprinzip** (Art. 20 I, Art. 28 I 1 GG) einzubeziehen (vgl. oben B. II. 1. a bb [2] [b], Rn. 65).“ (BVerfG aaO.)

cc) angemessener Interessenausgleich

„Der Gesetzgeber trägt einem **sozialen Ungleichgewicht** Rechnung, das durch den hohen Bedarf und das knappe Angebot an Mietwohnungen entsteht. Hierzu hat er mit der Belastung der Wohnungssuchenden durch Maklercourtage einen **nicht unwesentlichen Kostenfaktor aufgegriffen** und eine Regelung geschaffen, die diese Kosten den Vermietern als denjenigen zuweist, in deren Interesse die Aufwendungen typischerweise entstehen. Seine Entscheidung, hierfür als Mittel eine **Einschränkung der vertraglichen Möglichkeiten** und damit der Berufsfreiheit der Wohnungsvermittler zu wählen, bewegt **sich innerhalb des weiten Gestaltungsspielraums und der politischen Verantwortung**, die dem Gesetzgeber für die maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen verbleiben. Dass hiernach der **erstrebte Ausgleich zwangsläufig mit Einnahmeinbußen der Wohnungsvermittler einhergehen** muss, steht insgesamt der Angemessenheit der gewählten Lösung nicht entgegen; denn diese Belastung ist dadurch gerechtfertigt, dass Wohnungsvermittler - weil sie im Interesse der Vermieter beauftragt werden - mit Provisionsforderungen an diese verwiesen werden dürfen.“ (BVerfG aaO.)

Die angegriffenen Regelungen zur Einführung des Bestellerprinzips führen auch in Anbetracht des auf Seiten der Beschwerdeführer betroffenen Grundrechts auf freie Berufsausübung zu einem angemessenen Ausgleich widerstreitender Interessen.

Eine Verletzung von Art. 12 I GG ist daher nicht feststellbar.

GastG
§ 31**Widerruf einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis
Unzuverlässigkeit wegen strafrechtlicher Verurteilung**

GewR

(VGH München in BeckRS 2016, 53474; Beschluss vom 04.10.2016 – 22 ZB 16.725)

1. Ernstliche Zweifel bestehen dann, wenn nach dem Vortrag des Rechtsmittelführers **gegen die Richtigkeit des Urteils nach summarischer Prüfung gewichtige Gesichtspunkte** sprechen. Davon ist immer dann auszugehen, wenn ein **einzelner tragender Rechtssatz** oder eine **erhebliche Tatsachenfeststellung** mit schlüssigen Gegenargumenten **in Frage gestellt** wird und wenn sich nicht ohne nähere Prüfung die Frage beantworten lässt, ob die **Entscheidung möglicherweise im Ergebnis aus einem anderen Grund richtig** ist.
2. Das Verwaltungsgericht darf strafgerichtliche Feststellungen nur dann ausnahmsweise nicht ohne weitere Ermittlungen zugrunde legen darf, **wenn gewichtige Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der strafgerichtlichen Tatsachenfeststellungen** sprechen, insbesondere im Fall neuer Tatsachen oder Beweismittel, die nach § 359 Nr. 5 StPO die Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens begründen würden.
3. Die **Strafaussetzung zur Bewährung** im strafgerichtlichen Urteil ist nicht ausreichend, um zu einer positiven gewerberechtlichen Prognose zu gelangen, wenn die **strafrechtliche Sozialprognose** nur auf die fehlenden Vorstrafen eine Schadenswiedergutmachung sowie wirtschaftlich geordnete Verhältnisse gestützt wird.

Fall: Die Klägerin wendet sich gegen den Widerruf einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis und die Untersagung des Betriebs der betreffenden Schank- und Speisewirtschaft durch Bescheid der Beklagten vom 12.03.2015. Diese stützte die Einschätzung der Klägerin als gaststättenrechtlich unzuverlässig (§ 15 II i.V.m. § 4 I Satz 1 Nr. 1 GastG) auf den einem rechtskräftigen Urteil des Amtsgerichts M. vom 20.10.2014 zugrunde liegenden Sachverhalt. Mit diesem Urteil wurde der einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Klägerin wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt im Hinblick auf den Arbeitgeberanteil in 121 Fällen, davon in 110 Fällen in Tateinheit mit Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt bezüglich des Arbeitnehmeranteils, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 11 Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. In den Urteilsgründen wird u. a. ausgeführt, dem Urteil liege eine Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten gemäß § 257c StPO zugrunde. Weiter wird festgestellt, der angeklagte Geschäftsführer habe in „seinen“ verschiedenen Firmen mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, die er nicht zur Sozialversicherung angemeldet habe. Auch habe er geringfügig Beschäftigte nicht der Minijobzentrale gemeldet. Insgesamt drei im Urteil als Zeugen bezeichnete Personen waren in der Schank- und Speisewirtschaft der Klägerin als sogenannte „selbstständige Mietköche“ beschäftigt. Sie waren nach den strafgerichtlichen Feststellungen jeweils als Selbstständige gemeldet, tatsächlich handelte es sich jedoch um Arbeitnehmer der Klägerin. Zudem wurden bei der Klägerin drei weitere Personen zur Durchführung von Bauarbeiten beschäftigt, zeitweise geringfügig. Diese drei Personen hatten jeweils ein eigenes Gewerbe angemeldet, waren jedoch nach den Feststellungen im Strafurteil Arbeitnehmer der Klägerin. Infolge der unterbliebenen Anmeldung der im Einzelnen bezeichneten Arbeitsverhältnisse sind fünf Sozialversicherungsträgern Schäden entstanden, die im Urteil aufgelistet werden und einen Gesamtbetrag von 98.654,62 € ergeben. Der Kläger erhob gegen diesen Bescheid Klage, die das Bayerische Verwaltungsgericht Augsburg mit Urteil vom 25.02.2016 abwies. Hiergegen richtet sich der Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung.

Es müsste ein Berufungszulassungsgrund vorliegen. Dazu muss der Kläger einen Zulassungsgrund nach § 124 II VwGO hinreichend dargelegt haben.

I. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 II Nr. 1 VwGO)**1. Begriff der ernstlichen Zweifel**

„Solche ernstlichen Zweifel bestehen dann, wenn nach dem Vortrag des Rechtsmittelführers **gegen die Richtigkeit des Urteils nach summarischer Prüfung gewichtige Gesichtspunkte** sprechen. Davon ist immer dann auszugehen, wenn ein **einzelner tragender Rechtssatz** oder eine **erhebliche Tatsachenfeststellung** mit schlüssigen Gegenargumenten **in Frage gestellt** wird und wenn sich nicht ohne nähere Prüfung die Frage beantworten lässt, ob die **Entscheidung möglicherweise im Ergebnis aus einem anderen Grund richtig** ist (BVerfG, B. v. 23.06.2000 - 1 BvR 830/00 - NVwZ 2000, 1163; BVerwG, B. v. 10.03.2004 - 7 AV 4/03 - NVwZ-RR 2004, 542). Der Rechtsmittelführer muss konkret darlegen, warum die angegriffene Entscheidung aus seiner Sicht im Ergebnis falsch ist. Dazu muss er sich **mit den entscheidungstragenden Annahmen des Verwaltungsgerichts konkret auseinandersetzen** und im Einzelnen dartun, in welcher Hinsicht und aus welchen Gründen diese Annahmen ernstlichen Zweifeln begegnen (BVerfG, Beschl. v. 08.12.2009 - 2 BvR 758/07 - NVwZ 2010, 634/641; in Eyermann/Happ, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 124a Rn. 62 f. m. w. N.).“ (VGH München aaO.)

2. Abweichung von Strafurteil nur im Ausnahmefall

Fraglich ist, ob dem vom Verwaltungsgericht im angefochtenen Urteil festgehaltenen Grundsatz, dass **im Falle einer Verständigung im Strafprozess** nach § 257 c StPO von **den Feststellungen des strafgerichtlichen Urteils nur abgewichen** werden kann, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel vorliegen, besondere Bedeutung zugemessen werden kann.

*„Das Verwaltungsgericht ist in dieser Entscheidung in **Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts** (B. v. 26.20.1997 - 1 B 34/97 - GewArch 1997, 242 Rn. 10) und des Verwaltungsgerichtshofs (B. v. 24.9.2015 - 22 ZB 15.1722 - Rn. 10) von dem Grundsatz ausgegangen, dass es strafgerichtliche Feststellungen nur dann ausnahmsweise nicht ohne weitere Ermittlungen zugrunde legen darf, **wenn gewichtige Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der strafgerichtlichen Tatsachenfeststellungen** sprechen, insbesondere im Fall neuer Tatsachen oder Beweismittel, die nach § 359 Nr. 5 StPO die Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens begründen würden. Gründe für eine solche Ausnahme seien **im vorliegenden Fall** nicht ersichtlich. Dass die Verurteilung hier **auf einer Verständigung nach § 257c StPO beruhe**, führe nicht zu einer anderen Bewertung.“* (VGH München aaO.)

Fraglich ist, ob die Klägerin diesen Ausführungen des Gerichts mit schlüssigen Argumenten entgegen getreten ist.

a) Unrichtige Bewertung des Strafgerichts

*„Aus den Darlegungen der Klägerin ergibt sich bereits nicht konkret, **weshalb die Bewertung des Strafgerichts** im Urteil vom 20.10.2014, bei den dort bezeichneten Zeugen habe es sich nicht um Selbstständige gehandelt, **unrichtig sein könnte**. Auch hat sie zwar behauptet, jedoch **nicht nachvollziehbar dargelegt**, dass das Geständnis ihres Geschäftsführers im Strafprozess ausschließlich aus strafprozessstaktischen Gründen als nur „formales Anerkenntnis“ abgegeben worden wäre und dem Geständnis deshalb bei der richterlichen Beweiswürdigung keine oder eine nur geringere Bedeutung zukommen dürfte (vgl. zu diesen Anforderungen BayVGh, Beschl. vom 20.7.2016 - 22 ZB 16.284 - Rn. 16 m.w.N.). Abgesehen davon spricht gegen eine **rein prozesstaktische Funktion des Geständnisses**, dass der Geschäftsführer der Klägerin offensichtlich bereits frühzeitig im Strafverfahren davon ausgegangen ist, dass er die **ihm zur Last gelegten Tatvorwürfe nicht entkräften kann**.“* (VGH München aaO.)

b) Neue Tatsachen

Fraglich ist, ob die Klägerin hier neue Tatsachen vorgetragen, die nicht bereits im rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren hätten geltend gemacht werden können, sodass ein Wiederaufnahmegrund nach § 359 Nr. 5 StPO in Betracht kommen könnte.

*„Das gilt insbesondere für tatsächliche Umstände, die für eine selbstständige Tätigkeit der betreffenden Personen sprechen könnten. Eine **pauschale Bezugnahme auf entsprechenden erstinstanzlichen Vortrag** der Klägerin (Schriftsatz vom 13.05.2016, S. 4, 2. Absatz) genügt insoweit nicht. Im Übrigen enthalten die von der Klägerin genannten Schriftsätze konkretere **Ausführungen nur zu einer der insgesamt fünf Personen**, die dem Urteil v. 20. Oktober 2014 zufolge bei der Klägerin abhängig beschäftigt waren. Auch hierzu wurde jedoch nicht dargelegt, inwieweit es sich um neue Tatsachen im vorgenannten Sinn handeln könnte. Dagegen spricht im Übrigen, dass der Kläger **bereits im Strafprozess Zweifel an der Arbeitnehmereigenschaft des genannten Beschäftigten geäußert** hat, wie vorstehend bereits ausgeführt. Aus einer nur aus Sicht der Klägerin möglicherweise abweichenden künftigen Beurteilung des Sachverhalts durch einen Sozialversicherungsträger oder durch ein Sozialgericht kann sich jedenfalls derzeit kein Wiederaufnahmegrund ergeben. Ferner hat die Klägerin auch nicht dargelegt und ist auch sonst nicht ersichtlich, woraus sich hinsichtlich der Frage der Selbstständigkeit der bei ihr beschäftigten Personen eine weitergehende Bindung der strafgerichtlichen Beurteilung an Entscheidungen von Sozialversicherungsträgern oder Sozialgerichten ergeben sollte.“* (VGH München aaO.)

3. Zuverlässigkeitsprognose

Erhebliche Zweifel an der Ergebnisrichtigkeit des angefochtenen Urteils könnten sich aus der Rüge der Klägerin ergeben, das Verwaltungsgericht habe bei der Überprüfung der Zuverlässigkeitsprognose die zu ihren Gunsten sprechenden Aspekte nur unzureichend berücksichtigt.

*„Das Verwaltungsgericht hat die von der Beklagten angestellte **negative Prognose zur gaststättenrechtlichen (Un-)Zuverlässigkeit** der Klägerin vor allem mit der Überlegung bestätigt, dass sich aufgrund der **Anzahl der von ihrem Geschäftsführer begangenen Taten** und des **längeren Tatzeitraums** eine einmalige, persönlichkeitsfremde Verfehlung ausschließen lasse. Ebenso ergebe sich die negative Prognose aus der Tatsache, dass die Tathandlungen **bei zwei verschiedenen Anlässen im Rahmen zweier Gewerbebetriebe** erfolgt seien.“*

Die **Strafaussetzung zur Bewährung** im strafgerichtlichen Urteil führe zu keiner anderen Bewertung, da die **strafrechtliche Sozialprognose** vorliegend nur auf die fehlenden Vorstrafen des Geschäftsführers und dessen Schadenswiedergutmachung sowie wirtschaftlich geordnete Verhältnisse gestützt worden sei. Dies sei nicht ausreichend, um zu einer **positiven gewerberechtlichen Prognose** zu gelangen. Auch eine Wiedergutmachung des Schadens führe nicht zu einer positiven Prognose, wenn sie im Rahmen der Verständigung in erster Linie erfolgt sei, um Strafaussetzung zur Bewährung oder Ähnliches zu erlangen.

[Dies] ist nicht zu beanstanden. Wie der Verwaltungsgerichtshof zuletzt in einem Beschluss vom 20.07.2016 (22 ZB 16.284 - juris Rn. 17 m. w. N.) näher dargelegt hat, **rechtfertigt eine günstige, die Aussetzung der verhängten Freiheitsstrafe zur Bewährung rechtfertigende Sozialprognose nicht zwingend die Annahme einer gewerberechtlichen (bzw. hier gaststättenrechtlichen) Zuverlässigkeit.**

§ 56 I 1 StGB und § 35 I 1 GewO liegen **nach einhelliger Rechtsprechung unterschiedliche Gefahrenmaßstäbe** zugrunde. Die Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung kann daher für die gewerberechtliche Beurteilung nicht bindend, sondern für die Zuverlässigkeitsprognose nur von tatsächlichem Gewicht sein (BayVGH, B. v. 2.7.2014 - 22 CS 14.1186 - Rn. 16 m. w. N.). Andere Umstände des Einzelfalls können den Ausschlag geben, wie in der gerade genannten Entscheidung der Eindruck einer niedrigen Hemmschwelle bei der Begehung von Rechtsverstößen, der nicht den einzig möglichen Fall darstellt. Die Klägerin hat **nicht konkret dargelegt, welche Gründe**, die hier zur Strafaussetzung zur Bewährung geführt hätten, vom Verwaltungsgericht **unberücksichtigt geblieben sind.**

Auch ist nachvollziehbar, dass das Verwaltungsgericht **trotz fehlender Vorstrafen und einer Schadenswiedergutmachung** im Hinblick auf die Anzahl der vom Geschäftsführer der Klägerin begangenen Taten und des längeren Tatzeitraums eine **einmalige, persönlichkeitsfremde Verfehlung ausgeschlossen** hat. Wie der Verwaltungsgerichtshof in einem insoweit vergleichbaren Fall (einer Vielzahl von über mehrere Jahre hinweg begangenen Einzeltaten im Zusammenhang mit der Gewerbeausübung und einer zunächst erheblichen Schadenssumme) ausgeführt hat (Beschl. v. 25.09.2012 - 22 ZB 12.731 - GewArch 2013, 35/36 Rn. 10), sind in einem solchen Fall eher ein **Mangel an Unrechtsbewusstsein** und eine **gewisse Gewöhnung** an das fehlerhafte Verhaltensmuster zu befürchten, die sich wieder bemerkbar machen können, wenn der Druck auf den Geschäftsführer der Klägerin nachlässt, der durch das laufende Strafverfahren oder das gewerbe- bzw. gaststättenrechtliche Widerrufsverfahren verursacht worden ist.“ (VGH München aaO.)

II. Vorliegen eines Verfahrensmangels (§ 124 II Nr. 5 VwGO)

Die Klägerin beruft sich auf das Vorliegen eines Verfahrensmangels nach § 124 II Nr. 5 VwGO indem sie behauptet, das Verwaltungsgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil es ihren Vortrag bezüglich der Besonderheiten der Verständigung im Strafprozess, einer zumindest summarischen Prüfung der sozialversicherungsrechtlichen Vorfragen und der umfassenden Berücksichtigung relevanter Umstände bei der Prognose zur gaststättenrechtlichen Zuverlässigkeit nicht berücksichtigt habe.

„Dies trifft nicht zu bzw. ergibt sich zumindest nicht aus dem Zulassungsvorbringen. Der **Vortrag zu den sozialversicherungsrechtlichen Vorfragen** war aus der - insofern maßgeblichen - materiell rechtlichen Sicht des Verwaltungsgerichts **nicht entscheidungserheblich**. Das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass hinsichtlich der für die Zuverlässigkeitsprognose maßgeblichen Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Zahlungsverpflichtungen **maßgeblich auf die strafgerichtlichen Feststellungen abgestellt** werden konnte und folglich eigene **sozialversicherungsrechtliche Prüfungen nicht veranlasst** waren. Weiter hat die Klägerin nicht schlüssig dargelegt, woraus sich ergibt, dass das Verwaltungsgericht die von der Klägerin angedeuteten Umstände der strafprozessualen Verständigung und aus ihrer Sicht für ihre Zuverlässigkeit sprechende Gründe nicht zur Kenntnis genommen hätte. **Im Regelfall ist davon auszugehen**, dass die Gerichte das von ihnen entgegen genommene **Parteivorbringen zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen** haben. Deshalb müssen im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass tatsächliches Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen wurde oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist (vgl. BVerfG, B. v. 16.7.1997 - 2 BvR 570/96 - m. w. N.). Dies zeigt die Klägerin nicht auf. Soweit die Klägerin beanstandet, das Verwaltungsgericht habe den maßgeblichen Sachverhalt unzutreffend gewürdigt, wendet sie sich **gegen die richterliche Beweiswürdigung** (§ 108 I VwGO) und macht keinen Verfahrensmangel geltend (Eyer mann/Happ, VwGO, 14. Aufl. 2014, Rn. 48 zu § 124a).“ (VGH München aaO.)

III. Ergebnis

Mangels Vorliegens eines Berufungszulassung Grundes hat der Zulassungsantrag der Klägerin keinen Erfolg.

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
§ 651c I

Ansprüche der Reisenden Kofferverspätung und Baulärm

SR BT

(AG Köln in NJW RR 2016, 752; Urteil vom 11.01.2016 – 142 C 392/14)

Fall: Die Kl. nimmt die Bekl., eine Reiseveranstalterin, auf Reisepreisminderung und Schadenersatz in Anspruch. Die Kl. buchte für sich bei der Bekl. eine Reise nach Spanien in das Hotel J in der Zeit vom 29.03.2014 – 05.04.2014. Gebucht war die Unterbringung in einem Doppelzimmer zur Alleinnutzung, Bad, Balkon oder Terrasse, Klimaanlage, seitlicher Meerblick. Der Gesamtpreis belief sich auf 893 €. Die Kl. trat die Reise zusammen mit den Eheleuten C an. Der Hinflug erfolgte mit einer Verspätung von 24 Stunden erst am 30.03.2014. Ein Koffer der Reisenden wurde am 02.04.2014 nachgeliefert. Die Kl. tätigte in der Zeit bis zum 02.04.2014 vor Ort Ersatzkäufe. Die Kl. hat die Bekl. auf Ersatz von Kosten der Ersatzkäufe von 464,74 € sowie auf Reisepreisminderung wegen der Ankunftsverspätung, des drei Tage fehlenden Koffers sowie wegen angeblichen Baulärms in Anspruch genommen, insgesamt 911,67 €.

Der Kl. könnte gegen die Bekl. ein weiterer Minderungsanspruch gem. § 651 d I BGB zustehen. Die bei der Bekl. gebuchte **Reise** der Kl. nach Spanien in das Hotel J in der Zeit vom 29.03.2014 bis zum 05.04.2014 könnte **mit Reismängeln gem. § 651 c I BGB behaftet** gewesen sein.

I. Begriff des Reismangels

„Ein **Reisemangel** nach § 651 c I BGB liegt vor, wenn die tatsächliche Beschaffenheit der Reise (**Ist-Beschaffenheit**) von derjenigen abweicht, die die Parteien bei Vertragsschluss vereinbart oder gemeinsam (auch stillschweigend) vorausgesetzt haben (**Soll-Beschaffenheit**) und dadurch der Nutzen der Reise aufgehoben oder **beeinträchtigt** wurde. Dies ist dann der Fall, wenn – ohne dass es einer konkreten Beeinträchtigung bedarf – eine nach dem Vertragsinhalt zugesicherte Reiseleistung fehlt. Die geschuldeten Reiseleistungen ergeben sich dabei aus dem Inhalt der Buchung und den der Buchung zugrundeliegenden Angaben des Veranstalters zum Reiseziel zum Beispiel in Katalogen oder im Internet. Wo Vereinbarungen fehlen, schuldet der Reiseveranstalter **Reiseleistungen mittlerer Art und Güte nach der objektiven Anschauung gemessen an dem ausgeschriebenen Standard.**“ (AG Köln aaO.)

II. Fehlen des Reisegepäcks als Reismangel

„Den Reiseveranstalter trifft die Pflicht zum **ordnungsgemäßen Transport des Reisegepäcks** und seinem rechtzeitigen Eintreffen am Urlaubsort. Steht dem Reisenden sein Gepäck mit seinen persönlichen Sachen nicht zur Verfügung stellt dies eine Beeinträchtigung der Reise dar. Der Grad der Beeinträchtigung wird indes davon beeinflusst, inwieweit der Reisende **durch Neuanschaffungen von fehlenden Sachen diese Beeinträchtigung kompensiert** (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 921).“ (AG Köln aaO.)

III. Lärmbeeinträchtigung als Reismangel

„**Lärmbeeinträchtigungen** am Urlaubsort stellen, da sie dem Urlaubszweck Erholung zuwiderlaufen, ebenfalls eine **Abweichung von der Sollbeschaffenheit** dar. Dabei kommt es in Hinblick auf die Lärmquelle nicht darauf an, ob diese ihren Ursprung im Bereich der Bekl. selbst oder der von ihr eingesetzten Leistungsträger, insbesondere des Hotels, haben, vielmehr erstreckt sich die Einstandspflicht des Veranstalters auch auf von Dritten bzw. von außen einwirkende Lärmemissionen, soweit diese nicht Teil des Umfeldrisikos sind, das heißt mit ihnen nicht auf Grund der örtlichen, lokalen Umstände am Reiseziel zu rechnen war. Konkret bedeutet dies, dass der Reisende, der zum Beispiel ein Stadthotel bucht mit allfälligem Lärm durch Arbeiten in der Nachbarschaft rechnen muss.“ (AG Köln aaO.)

IV. Anwendung auf den Fall

„Die Beeinträchtigung durch den **fehlenden Koffer an den ersten drei Tagen** rechtfertigt eine **Minderung von 15 % je Tag**. Dabei ist zu beachten, dass die Kl. bereits am 31.03.2014 wesentliche Ersatzkäufe tätigte. So wurde nach Maßgabe der vorgelegten Quittungen aber auch nach der auch insoweit glaubhaften Aussage der Zeugen C bereits an diesem Tag Socken und T-Shirts gekauft. Die weiteren Einkäufe erfolgten am 01.04.2014 und 02.04.2014. Die Beeinträchtigung durch fehlende Kleidung wurde daher von der Kl. unmittelbar sukzessive nach Bedarf kompensiert, so dass insoweit eine Reduzierung der Minderung gerechtfertigt ist. Bezogen auf einen Tagespreis i.H.v. 127,57 € (893 €: 7) ergibt sich bei 15 % eine Minderung von 19,14 € × 3, entsprechend 57,42 €. Abzüglich anerkannter 26 € bleiben 31,42 € offen. In Hinblick auf die **Lärmbeeinträchtigung** ist eine **Minderung i.H.v. 20 % angemessen**. [wird ausgeführt]

Die Kl. hat in Hinblick auf die **Ersatzkäufe** keinen Anspruch aus § 651 f I BGB auf Erstattung über die anerkannten 150 € hinaus. Zwar bestehen nach der durchgeführten Beweisaufnahme auf Grund der vorgelegten Kaufbelege und der Aussage der Zeugen C wie oben dargelegt keine Zweifel, dass die Kl. die von ihr behaupteten Ersatzkäufe zu den vorgetragenen Kaufpreisen jedenfalls in Höhe der geltend gemachten 464,74 € tätigte. Der Anspruch scheidet vielmehr daran, dass die Kl. nicht substantiiert dargelegt hat, dass ihr in Hinblick auf die Käufe ein nach § 249 BGB zu ersetzenden Schaden in Gestalt einer Vermögenseinbuße entstanden ist.

Bei einer Verzögerung der Auslieferung von Reisegepäck können die **Kosten notwendiger und angemessener Ersatzbeschaffungen** einen Schaden darstellen. Unter Schaden ist dabei nach § 249 BGB jede unfreiwillige Vermögenseinbuße zu verstehen (Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rn. 9). Eine solche liegt vor, wenn der jetzige tatsächliche Wert des Vermögens des Geschädigten geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis haben würde (Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rn. 10). Bei durch das schädigende Ereignis erforderlich werdenden Ersatzanschaffungen muss daher tatsächlich eine **Vermögenseinbuße entstanden** sein. Dies ist nicht der Fall, wenn die Ersatzanschaffungen zu einer messbaren Vermögensmehrung führen. Für eine solche muss der Ersatzpflichtige nicht eintreten, vielmehr muss sich der Geschädigte einen durch die Ersatzanschaffung erlangten Vorteil anrechnen lassen. Bei der Prüfung, ob ein Vorteil vorliegt ist bei der **Ersatzanschaffung von Gebrauchsgegenständen auf die Nutzungsdauer abzustellen**. Unterliegen die angeschafften Gegenstände ohne Nutzung keinem Verschleiß oder Verfall, führt die Ersatzanschaffung zu einem Vermögensvorteil, wenn die

zu ersetzenden Gegenstände dem Geschädigten später wieder zur Verfügung stehen; denn er **kann die Gegenstände nacheinander nutzen ohne dass Vermögensverluste eintreten**. Daneben kann ein Vermögensnachteil auch darin liegen, dass der Geschädigte eine Anschaffung tätigen musste, die er unter normalen Umständen nicht vorgenommen hätte, weil er solche **Gegenstände weder unter normalen Umständen zu Nutzen bereit ist oder für sie Verwendung hat noch bereit ist hierfür Geld in der konkret erforderlichen Höhe auszugeben**. Hierbei ist auf die konkreten Lebensumstände und Vorstellungen des Geschädigten abzustellen. Dafür aber, dass dem Geschädigten in diesem Sinne ein Vermögensnachteil entstanden ist, ist er darlegungs- und beweisbelastet, er muss also auch darlegen, dass die Ersatzanschaffungen keinen Vermögensvorteil für ihn darstellen.

Die Darlegung der Kl. zu einem Vermögensnachteil ist nach diesen Grundsätzen nicht ausreichend. Der Erwerb von Kleidung, Kosmetika und Schuhe durch die Kl. führte bei ihr zu einem Vermögensvorteil, da der Kl. die Gegenstände **nach der Auslieferung des Gepäcks doppelt zur Verfügung** standen. Die Kl. kann alle von ihr angeschafften Gegenstände weiterhin gebrauchen. Schadensrechtlich ist nur von Bedeutung, dass die erworbenen Gegenstände dauerhaft im Vermögen der Kl. verbleiben. In der Zeit, in der die Kl. die erworbenen Gegenstände nutzte, schonte sie die eingepackten und nach der Rückkehr konnte die Kl. die erworbenen Gegenstände weitenutzen. Die Kl. hat nicht dargelegt, dass die erworbenen Gegenstände einem Verfall oder Verschleiß unterliegen, der dazu führt, dass die Sachen nicht aufbewahrt und mit den bereits in ihrem Eigentum befindlichen Gegenständen nacheinander genutzt werden können. Es ist auch nicht ersichtlich oder dargelegt, dass die Kl. die konkret erworbenen Gegenstände **nur in dem Sinne notgedrungen erworben hätte, dass sie solche Sachen zu Hause auf Grund ihrer konkreten persönlichen Lebensführung nicht oder nicht zu diesem Preis gekauft hätte**. Die Kl. trägt selbst vor, dass es sich bei den Anschaffungen um keine „Notkleidung“ handelte, also solche Kleidung, die sie unter normalen Umständen weder erwerben noch gebrauchen würde. Soweit sie darlegt, auf Grund des Standards der Unterbringung habe sie hochwertige Kleidung kaufen müssen, ergibt sich hieraus umgekehrt nicht, dass sie für diese Art der Bekleidung im Alltag keine Verwendung hat.“ (AG Köln aaO.)

BGB
§§ 573 II Nr. 2, 280 I

Vortäuschen von Eigenbedarf Beabsichtigte Veräußerung

MietR

(BGH in NJW-RR 2016, 982; Beschluss vom 10.05.2016 – VII ZR 214/15)

Eine Kündigung wegen Eigenbedarfs kann auch dann vorgeschoben sein, wenn ein Vermieter seit längerem Verkaufsabsichten hegt und der von ihm benannten Eigenbedarfsperson den Wohnraum in der – dieser möglicherweise nicht offenbaren – Erwartung zur Miete überlässt, diese im Falle eines doch noch gelingenden gewinnbringenden Verkaufs ohne Schwierigkeiten zum Auszug bewegen zu können.

BGB
§§ 1298 f., 823 ff.

Rücktritt von einem „Verlöbnis“ Anspruch auf Schadenersatz

DeliktsR

(OLG Oldenburg in NJW 2016, 3185; Beschluss vom 28.07.2016 – 13 UF 35/16)

Fall: Die im Jahr 1936 geborene Ast. nimmt den 1924 geborenen Ag. auf Ersatz materieller und – hilfsweise – immaterieller Schäden nach Rücktritt aus einem Verlöbnis in Anspruch. Die Beteiligten lernten sich im Juni/Juli 2013 über eine Partnerbörse im Internet kennen. Der Ag. gab an, verwitwet zu sein. Tatsächlich war er seit Oktober 2012 wieder verheiratet, was er der Ast. verschwiegen. Als sich die Beteiligten kennenlernten, lebte der Ag. von seiner Ehefrau, einer jüngeren Frau aus Lettland, getrennt. Die Ast. besuchte den Ag. im Sommer 2013 in seinem Haus in S. Nach diesem Besuch löste die Ast. ihre Wohnung in O. auf und zog zum Ag. Die Ast. behauptet, die Beteiligten hätten sich bereits vor ihrem Umzug verlobt. Der Ag. klärte die Ast. über das Bestehen der Ehe mit seiner lettischen Frau auch nach ihrem Einzug in sein Haus nicht auf. Die Ast. drängte den Ag. mehrfach, die Heirat vorzunehmen. Nachdem sie von Dritten von der lettischen Ehefrau des Ag. erfahren hatte, verließ sie den Ag. und zog in ihre Heimat zurück. Ohne das Eheversprechen hätte sie ihre Wohnung in O. nicht aufgelöst und wäre nicht zu dem Ag. nach S. gezogen. Sie begehrt Ersatz der damit verbundenen Kosten. Der Ag. behauptet, die Verlobung mit der Ast. habe erst nach ihrem Einzug stattgefunden. Er sei auch nach ihrem Auszug noch bereit gewesen, die Ast. zu ehelichen, sobald das von ihm eingeleitete Scheidungsverfahren beendet und er von seiner lettischen Frau geschieden wäre. Er habe der Ast. das Bestehen der Ehe nicht mitgeteilt, weil er befürchtet habe, dass sie ihn dann sofort wieder verlasse.

„Der Ag. hat der Ast. Ersatz der Schäden zu leisten, die daraus entstanden sind, dass sie **in Erwartung einer Eheschließung mit ihm Aufwendungen getätigt und Vermögensdispositionen vorgenommen hat**.

Ob der **Anspruch aus §§ 1298 f. BGB** folgt, kann dahingestellt bleiben. Nach **derzeit noch herrschender Meinung** werden Verlobnisse mit einem noch Verheirateten **als sittenwidrig und nichtig** angesehen (Staudinger/Löhning, BGB, Neubearb. 2015, § 1298 Rn. 25 m.w.N.). Die Frage bedarf aber keiner Vertiefung, weil der Partner, der – wie unstrittig die Ast. – den Mangel nicht kannte, nach allgemeiner Meinung Schadensersatz beanspruchen kann, wobei der Anspruch **teils aus analoger Anwendung der §§ 1298 ff. BGB, teils aus Deliktsrecht oder § 311 a II BGB hergeleitet** wird (Staudinger/Löhning, § 1298 Rn. 25; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 8 Rn. 24).

Nach Durchführung der weiteren Beweisaufnahme ist der Senat davon überzeugt dass die Verlobung im Sommer 2013 vor dem Umzug der Ast. nach S. stattgefunden hat, so dass die mit dem Umzug der Ast. verbundenen Maßnahmen auf der Erwartung einer alsbaldigen Eheschließung beruhten, zu der der Ag., wie er wusste, aufgrund des Umstands, dass er verheiratet war, nicht in der Lage war. Das der Ag. der Ast. verschwiegen hat, noch verheiratet zu sein, hat der Ag. ebenso in seiner persönlichen Anhörung eingeräumt wie den Umstand, dass ihn die Ast. immer wieder gedrängt hat, die Heirat mit ihr vorzunehmen. Die **Täuschung** der Ast. stellte einen **wichtigen, zum Rücktritt von einer Verlobung berechtigenden Grund** dar (§ 1299 BGB bzw. § 1299 BGB analog).

Die Ast. kann aus diesem Grund **Ersatz der ihr entstandenen Schäden** verlangen, nämlich der Kosten der Entsorgung von Mobilien ihrer alten Wohnung (100 €), Reisekosten nach S. (259,18 €), Transportkosten restlicher Möbel nach S. durch Familienangehörige (772,41 €) und Rücktransport durch einen Dritten (1.253,14 €) sowie Kosten für ein Inserat sowie den Nachsendeauftrag nach der Rückkehr nach O. (38,36 €).“ (OLG Oldenburg aaO.)

Notwendige Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Raubes ist eine **finale Verknüpfung zwischen dem Einsatz der qualifizierten Nötigungsmittel und der Wegnahme** sowie eines räumlich-zeitlichen Zusammenhangs dergestalt, dass es zu einer nötigungsbedingten Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Gewahrsamsinhabers über das Tatobjekt gekommen ist.

„Notwendige Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Raubes ist eine finale Verknüpfung zwischen dem Einsatz der qualifizierten Nötigungsmittel und der Wegnahme sowie eines räumlich-zeitlichen Zusammenhangs dergestalt, dass es zu einer **nötigungsbedingten Einschränkung der Dispositionsfreiheit** des Gewahrsamsinhabers über das Tatobjekt gekommen ist.

Nach ständiger Rechtsprechung muss zwischen der Drohung mit oder dem Einsatz von Gewalt und der Wegnahme beim Raub eine **finale Verknüpfung** bestehen; Gewalt oder Drohung müssen das **Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme** sein. An einer solchen Verknüpfung fehlt es, wenn eine Nötigungshandlung nicht zum Zwecke der Wegnahme vorgenommen wird, sondern der Täter den Entschluss zur Wegnahme erst nach Abschluss dieser Handlung fasst (vgl. BGHSt 32, 88 [92] = NJW 1984, 500; BGHSt 41, 123 [124] = NJW 1995, 2799 = NStZ 1995, 498; BGH, NStZ 2003, 431 [432]; NStZ 2006, 508; NStZ 2009, 325; NStZ-RR 2013, 45 [46]; NStZ 2015, 156).

Deshalb genügt der Umstand, dass die **Wirkungen eines ohne Wegnahmenvorsatz eingesetzten Nötigungsmittels noch andauern und der Täter dies ausnutzt**, für die Annahme eines Raubes nicht (vgl. BGH, Beschl. v. 20.06.2001 – 3 StR 176/01, BeckRS 2001, 30187502; NStZ 2006, 508; NStZ 2009, 325; NStZ-RR 2013, 45). Auch das **bloße Ausnutzen der Angst** eines der Einwirkung des Täters schutzlos ausgelieferten Opfers vor Fortführung bislang nicht auf die Ermöglichung der Wegnahme von Sachen gerichteter Gewaltanhandlungen reicht – ohne aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung – nicht aus (vgl. BGH, NStZ 2013, 648; NStZ 2014, 269; NStZ 2015, 156 [157]).

Demnach ist der Straftatbestand des Raubes regelmäßig dann gegeben, wenn **mit dem Nötigungsmittel körperlicher Widerstand überwunden** oder aufgrund der Zwangswirkung unterlassen und es hierdurch dem Täter ermöglicht wird, den Gewahrsam zu brechen. Der Tatbestand verlangt allerdings **nicht**, dass der **Einsatz des Nötigungsmittels objektiv erforderlich** ist oder die **Wegnahme zumindest kausal fördert** (BGHSt 4, 210 [211] = NJW 1953, 1400; BGHSt 18, 329 [331] = NJW 1963, 1210). Es genügt, dass aus Sicht des Täters der Einsatz des Nötigungsmittels notwendig ist (Finalzusammenhang). Allein seine Vorstellung und sein Wille sind für den Finalzusammenhang maßgebend (BGHSt 18, 329 [331] = NJW 1963, 1210; BGH, NStZ 1993, 79; StV 1990, 159 [160] = BeckRS 1989, 31104002).

Dieser maßgebliche Finalzusammenhang als solcher ist deshalb grundsätzlich unabhängig von der räumlichen und zeitlichen Einordnung der Wegnahmehandlung in das zweiaktige Tatgeschehen eines Raubes (vgl. Albrecht, Die Struktur des Raubtatbestandes [§ 249 I StGB], 2011, 103).“ (BGH aaO.)

(BGH in NStZ-RR 2016, 276; Urteil vom 16.06.2016 – 3 StR 2/16)

Fall: Nach den **Feststellungen** des LG zu diesem Fall hatte der Angekl. einem nicht offen ermittelnden Polizeibeamten und einer Person, der von der StA Trier Vertraulichkeit zugesichert worden war (V-Person), die Lieferung von Falschgeld im Nennwert von 100.000 € zugesagt. Er bekam von dem nicht revidierenden früheren Mitangekl. C diese Falschgeldmenge in einer Damenhandtasche durch das geöffnete Autofenster eines Fahrzeugs überreicht, mit dem er sich in Begleitung des Polizeibeamten und der V-Person zum vereinbarten Übergabeort begeben hatte. Der Angekl. stellte die Tasche zwischen seine Beine auf den Boden des Fahrzeugs und entnahm ihr einige in Aluminium verpackte Falschgeldbündel, die er an seine vermeintlichen Käufer weiterreichte. Im Anschluss daran wurden er und die anderen an dem Falschgeldgeschäft beteiligten Personen von der Polizei festgenommen.

„Dadurch erfüllte der Angekl. die Voraussetzungen einer **Geldfälschung** in der **Tatvariante des Sichverschaffens von Falschgeld** (§ 146 I Nr. 2 StGB): Diese sind gegeben, wenn der Täter das Falschgeld **in eigenen (Mit-)Gewahrsam** oder auf andere Weise mit dem Willen zu eigenständiger Verfügung in seine **(Mit-)Verfügungsgewalt** bringt (BGH, Beschl. v. 11.02.2003 – 3 StR 391/02 = wistra 2003, 229 m.w.N.). So verhielt es sich hier:

Durch die Entgegennahme der Tasche erlangte der Angekl. **eigenen Gewahrsam** über das Falschgeld. Der Umstand, dass er sich dabei im Innenraum eines Fahrzeugs befand, in dem auch ein **nicht offen ermittelnder Polizeibeamter** und eine V-Person anwesend waren, steht dem nicht entgegen, weil der Angekl. dadurch, dass er die Tasche zwischen seinen Beinen auf dem Boden des Fahrzeugs abstellte, nach der Verkehrsauffassung **unter Ausschluss der Zugriffsmöglichkeit dritter Personen** eigenen Gewahrsam im Sinne eines tatsächlichen Sachherrschaftsverhältnisses begründete. Er hatte dabei auch den **Willen und die Möglichkeit zu eigenständiger Verfügung** über die Falsifikate; dies zeigt schon der Umstand, dass er einige der Falschgeldpäckchen – entsprechend seiner Vorstellung, dass es sich bei den ihn begleitenden Personen tatsächlich um Käufer des Falschgelds handele – zur Erfüllung des vermeintlichen Geschäfts an den Polizeibeamten und die V-Person weiterreichte. Dies geht über das **Ingangsetzen oder die Vermittlung eines Falschgeldgeschäfts** zwischen Dritten deutlich hinaus (vgl. zu einer solchen Fallkonstellation BGH, Beschl. v. 11.02.2003 – 3 StR 391/02 = wistra 2003, 229), so dass auch der Umstand, dass unmittelbar im Anschluss daran die Polizei zugriff, an dem bereits bestehenden Gewahrsamsverhältnis und dem damit vollendeten Sichverschaffen im Sinne von § 146 I Nr. 2 StGB nichts mehr zu ändern vermochte.

Entgegen der Auffassung des Bf. ist auch die **konkurrenzrechtliche Beurteilung** durch das LG **nicht zu beanstanden**.

Der Angekl. erwarb in den Fällen II. 2. und II. 3. der Urteilsgründe im Abstand von mehreren Wochen von dem früheren Mitangekl. C Falschgeld im Nennwert von jedenfalls 16.000 € bzw. 40.000 €, um es – ganz überwiegend – im öffentlichen Geschäftsverkehr abzusetzen. Im Fall II. 4. der Urteilsgründe bestellte er das Falschgeld, um es gewinnbringend an die vermeintlichen Käufer – den nicht offen ermittelnden Polizeibeamten und die V-Person – weiter zu veräußern.

Diese **jeweils auf einem neuen Tatentschluss beruhenden Handlungen** stellen nach allgemeinen Grundsätzen **materiell-rechtlich selbständige Taten** (§ 53 I StGB) dar. Der Umstand, dass der Angekl. aus der im Fall II. 2. der Urteilsgründe erworbenen Falschgeldmenge einige Falsifikate zum Beleg ihrer Qualität und zur Demonstration seiner Liefermöglichkeiten an die V-Person überreichte, bzw.

nach weiteren Verhandlungen aus der im Fall II. 3. der Urteilsgründe eine Teilmenge des Falschgelds an den Polizeibeamten verkaufte, steht dieser Beurteilung nicht entgegen: Zwar stellt es regelmäßig nur eine Tat dar, wenn der Täter aus einer von ihm nach § 146 I Nr. 1, 2 StGB hergestellten oder sich verschafften Falschgeldmenge durch mehrere Handlungen jeweils Teilmengen nach § 146 I Nr. 3 StGB in Verkehr bringt (Ruß, in: LK-StGB, 12. Aufl., § 146 Rn 28 m.w.N.). Das jeweils auf einem selbständigen Erwerbsvorgang beruhende Sichverschaffen mehrerer Falschgeldmengen wird indes **nicht dadurch zu einer einheitlichen Tat**, Tat, dass Teilmengen daraus an den gleichen Abnehmer geliefert werden (sollen).“ (BGH aaO.)

GG
Art. 5 I

Verurteilung wegen übler Nachrede Verletzung der Meinungsfreiheit

GrundR

(BVerfG in BeckRS 2016, 49397; Beschluss vom 29.06.2016 – 1 BvR 2732/15)

Fall: Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist ein Facebook-Eintrag des Beschwerdeführers über das Verhalten eines ihm persönlich bekannten Polizeibeamten, der ihn in der Vergangenheit mehrfach anlasslosen Kontrollen ohne Ergebnis unterzogen hatte. Nach den gerichtlichen Feststellungen bemerkte der Beschwerdeführer an einem Abend im November 2013 in der Einfahrt gegenüber dem von ihm bewohnten Haus das Polizeifahrzeug dieses Polizeibeamten, der gerade wendete und hierbei das vom Beschwerdeführer bewohnte Gebäude anleuchtete. Der Beschwerdeführer entzog sich der geplanten Kontrolle und bemerkte dasselbe Fahrzeug im späteren Verlauf des Abends nochmals. Dies nahm er zum Anlass, am frühen Morgen des Folgetags folgenden Eintrag auf seiner Facebook-Seite „...“ zu veröffentlichen:

„Da hat der [Name des Polizeibeamten] nix besseres zu tun, als in K. und Co in irgendwelchen Einfahrten mit Auf- und Abblendlicht zu stehen und in die gegenüberliegenden Häuser in den Hausplatz zu leuchten!!! Der [Vorname] Spanner [Nachname] (PI ...).“ Der Polizeibeamte stellte Strafantrag. Das Amtsgericht verurteilte den Beschwerdeführer wegen übler Nachrede gemäß § 186 StGB zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je 10,00 €. Der Beschwerdeführer sei der üblen Nachrede schuldig. Er habe aus Verärgerung über die Kontrolle gehandelt. Mit der Verwendung des Wortes „Spanner“ habe er Tatsachen verbreitet, die geeignet seien, den Polizeibeamten in seiner Ehre zu verletzen. Dem Beschwerdeführer sei bewusst gewesen, dass es sich um eine unwahre Tatsache handle. Ausgehend vom Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums sei mit Spanner ein Voyeur gemeint, der als Zuschauer bei sexuellen Betätigungen anderer Personen Befriedigung erfahre. Weiterhin könne ein Spanner auch eine Person sein, die bei ungesetzlichen Handlungen die Aufgabe eines Aufpassers habe. In beiden Fällen lägen ehrenrührige Tatsachenbehauptungen zum Nachteil des Polizeibeamten mit der Bezeichnung ungesetzlicher, auch rechtsbrecherischer Handlungen vor, die weder ein Werturteil darstellten noch von der Meinungsfreiheit gedeckt seien. Das Oberlandesgericht verwarf die Sprungrevision des Beschwerdeführers.

I. Prüfungsmaßstäbe

„Die Gerichte verkürzen den Schutzgehalt des Grundrechts hinsichtlich der gegenständlichen Äußerungen bereits insofern, als sie **in verfassungsrechtlich nicht mehr tragbarer Art und Weise annehmen**, dass es sich um eine **nicht erweislich wahre, ehrverletzende Tatsachenbehauptung** im Sinne von § 186 StGB handelt und nicht um ein durch Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägtes **Werturteil** und damit um eine Meinung im engeren Sinne (vgl. BVerfGE 61, 1 [7 ff.]; 90, 241 [247 ff.]).

Bei der Frage, ob eine Äußerung ihrem Schwerpunkt nach **als Meinungsäußerung oder als Tatsachenbehauptung** anzusehen ist, kommt es entscheidend auf den Gesamtzusammenhang dieser Äußerung an. Die isolierte Betrachtung eines umstrittenen Äußerungsteils wird den Anforderungen an eine zuverlässige Sinnermittlung regelmäßig nicht gerecht (vgl. BVerfGE 93, 266 [295]). Auch ist im Einzelfall eine **Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile einer Äußerung nur zulässig, wenn dadurch ihr Sinn nicht verfälscht wird**. Wo dies nicht möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes **insgesamt als Meinungsäußerung** angesehen werden, weil andernfalls eine wesentliche Verkürzung des Grundrechtsschutzes drohte (vgl. BVerfGE 61, 1 [9]; 90, 241 [248]). Denn anders als bei Meinungen im engeren Sinne, bei denen insbesondere im öffentlichen Meinungskampf im Rahmen der regelmäßig vorzunehmenden Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit einerseits und dem Rechtsgut, in deren Interesse sie durch ein allgemeines Gesetz wie den §§ 185 ff. StGB eingeschränkt werden kann, eine **Vermutung zugunsten der freien Rede** gilt, **gilt dies für Tatsachenbehauptungen nicht in gleicher Weise** (vgl. BVerfGE 54, 208 [219]; 61, 1 [8 f.]; 90, 241 [248]). Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit sind deshalb auch dann verkannt, wenn eine Äußerung unzutreffend als Tatsachenbehauptung, **Formalbeleidigung oder Schmähkritik** eingestuft wird mit der Folge, dass sie dann nicht im selben Maß am Schutz des Grundrechts teilnimmt wie Äußerungen, die als Werturteil ohne beleidigenden oder schmäherischen Charakter anzusehen sind (vgl. BVerfGE 85, 1 [14]; 93, 266 [294]).“ (BVerfG aaO.)

II. Anwendung auf den Fall

„Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen werden die angegriffenen Entscheidungen nicht gerecht. Die Gerichte gehen zu **Unrecht vom Vorliegen einer Tatsachenbehauptung** aus und verkürzen damit den grundrechtlichen Schutz der Meinungsfreiheit. Der Beschwerdeführer schildert zwar ein tatsächliches Geschehen, nämlich den Wendevorgang des Polizeibeamten. Die Äußerung „Spanner“ ist aber **keine Tatsachenbehauptung**, sondern eine **Bewertung des Beobachteten**, die dem Beweis nicht zugänglich ist.

Bereits die falsche Einordnung der Äußerung als Tatsache führt zur **Aufhebung der angegriffenen Entscheidungen**, da nicht auszuschließen ist, dass das Amtsgericht, wenn es zutreffend vom Vorliegen einer von Art. 5 I GG geschützten Meinung ausgeht, zu einer anderen Entscheidung in der Sache kommen wird.

Bei der erneuten Befassung wird das Amtsgericht zu berücksichtigen haben, dass es bei der Auslegung der Äußerung maßgeblich **auf den Gesamtzusammenhang ankommt**. Das Amtsgericht geht im Ansatz zutreffend davon aus, dass der Beschwerdeführer sich von dem Polizeibeamten beobachtet fühlte und dies durch die Verwendung des Wortes „Spanner“ zum Ausdruck bringen wollte. Die Deutung der Äußerung dergestalt, dass es dem Polizeibeamten darum gegangen sei, Befriedigung als Zuschauer bei sexuellen Handlungen anderer zu erfahren, liegt angesichts des Gesamtkontextes nicht nahe.

Damit ist nicht entschieden, dass die **Bezeichnung des Polizeibeamten als „Spanner“** im Ergebnis von der Meinungsfreiheit gedeckt war, und schon gar nicht, dass der Beschwerdeführer den Polizeibeamten künftig beliebig als „Spanner“ bezeichnen könnte. Soweit es sich bei der Äußerung nicht um eine Tatsachenbehauptung, sondern naheliegender Weise um ein Werturteil handeln sollte, läge hierin jedenfalls eine **Herabsetzung des Polizeibeamten** und damit eine **Beeinträchtigung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts**, die nicht ohne weiteres zulässig ist. Wieweit diese Äußerung durch die Meinungsfreiheit gerechtfertigt sein kann, entscheidet sich grundsätzlich nach Maßgabe einer Abwägung, die freilich nicht Gegenstand vorliegenden Verfahrens ist, das sich mit der Verbreitung von Tatsachenbehauptungen (Üble Nachrede nach § 186 StGB), nicht aber mit dem Tatbestand der Beleidigung nach § 185 StGB befasst.“ (BVerfG aaO.)

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2016, 725; Urteil vom 23.06.2016 – 5 S 634/16)

Die nachbarlichen Abwehrrechte gegen eine Baugenehmigung, die auf der Grundlage einer **Abweichungsentscheidung** nach § 246 XIV BauGB erteilt worden ist, gehen **jedenfalls nicht weiter**, als wenn das Vorhaben ohne Abweichungsentscheidung genehmigt worden wäre.

Fall: Die Beschwerden des Ag. und des Beigel. richten sich gegen die verwaltungsgerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Ast. gegen die Baugenehmigung, die der Ag. dem Beigel. für die Nutzungsänderung eines ehemaligen Hotels („...“) in eine Unterkunft für Flüchtlinge und Asylbegehrende erteilt hat.

I. Gebietserhaltungsanspruch

„Der „**Gebietserhaltungs**“- oder „**Gebietsbewahrungsanspruch**“ gibt den Eigentümern von Grundstücken in einem durch Bebauungsplan festgesetzten Baugebiet das Recht, sich gegen **hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung nicht zulässige Vorhaben zur Wehr zu setzen**. Der Anspruch beruht auf der Erwägung, dass die Grundstückseigentümer durch die Lage ihrer Anwesen in demselben Baugebiet zu einer Gemeinschaft verbunden sind, bei der **jeder in derselben Weise berechtigt und verpflichtet ist, dass also ein wechselseitiges Austauschverhältnis** besteht (stRspr; vgl. etwa BVerwGE 101, 364 = NVwZ 1997, 384 = NJW 1997, 2127 Ls.; NVwZ 2008, 427 = BayVBl 2008, 765; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2015, 776 Ls. = BeckRS 2015, 47372). Weil und soweit der Eigentümer eines Grundstücks in dessen Ausnutzung öffentlichrechtlichen Beschränkungen unterworfen ist, kann er deren Beachtung grundsätzlich auch im Verhältnis zum Nachbarn durchsetzen (BVerwGE 82, 61 = NVwZ 1989, 1163). Daraus folgt, dass der Gebietserhaltungsanspruch einem **Eigentümer, dessen Grundstück sich außerhalb des Baugebiets befindet, grundsätzlich nicht zustehen kann**. Dies gilt auch dann, wenn sich die beiden Grundstücke im Geltungsbereich desselben Bebauungsplans befinden. Nur wenn die Gemeinde mit einer Baugebietsfestsetzung auch den Zweck verfolgt, Nachbarn außerhalb dieses Baugebiets einen Anspruch auf Gebietserhaltung zu geben, kommt ein **baugebietsübergreifender Gebietserhaltungsanspruch** in Betracht. Er setzt voraus, dass sich dem Bebauungsplan, seiner Begründung oder anderen Unterlagen des Planaufstellungsverfahrens ein entsprechender Planungswille der Gemeinde entnehmen lässt (vgl. zum baugebietsübergreifenden Gebietserhaltungsanspruch VGH Mannheim, NJOZ 2016, 235 = BauR 2016, 252; VGH München, Beschl. v. 23.11.2015 – 1 CS 15.2207, BeckRS 2015, 56202; OVG Münster, Beschl. v. 16.12.2014 – 2 A 2082/14, BeckRS 2015, 41468, jew. m.w.N.). Danach kann sich die Ast. hier nicht auf einen Gebietserhaltungsanspruch berufen. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim aaO.)

II. Rücksichtnahmegebot

„Die Baugenehmigung verstößt aller Voraussicht nach nicht gegen Normen, die auch dem Schutz der Ast. zu dienen bestimmt sind. Insbesondere stellt sich die Baugenehmigung der Ast. gegenüber **nicht als rücksichtslos** dar. Daher überwiegen das öffentliche Vollzugsinteresse (§ 212 a I BauGB) und das gleichlaufende Interesse des Beigel. an der Ausnutzung der ihm erteilten Baugenehmigung das gegenläufige Suspensivinteresse der Ast.

Die gegenüber der Ast. gebotene Rücksicht dürfte gewahrt sein. Dabei kann dahinstehen, ob die **Pflicht zur Rücksichtnahme** hier aus **§ 15 I 2 BauNVO folgt oder § 246 XIV BauGB** zu entnehmen ist. Wäre die **Abweichungsentscheidung rechtswidrig** und könnte sich die Ast. darauf berufen, käme das Gebot der Rücksichtnahme über § 15 I 2 BauNVO zur Anwendung. Wäre die **Abweichung rechtmäßig**, so stellte sich die Frage, ob die erforderliche normative Anbindung des Gebots der Rücksichtnahme in § 246 XIV BauGB enthalten ist, der anders als § 246 X und XII BauGB nicht ausdrücklich verlangt, die nachbarlichen Interessen zu würdigen.

Allerdings geht die Begründung des Gesetzentwurfs davon aus, dass bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der **Erforderlichkeit** in § 246 XIV BauGB („in erforderlichem Umfang“) die **widerstreitenden öffentlichen Belange auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen** gewichtet werden (BT-Drs. 18/6185, 55; ebenso Blechschmidt in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Feb. 2016, § 246 Rn. 97 und Mitschang/Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 246 Rn. 49). Das spricht dafür, im Tatbestandsmerkmal „erforderlich“ auch das Gebot der Rücksichtnahme zu verorten. Letztlich kann diese Frage jedoch dahinstehen.

Denn es ist offensichtlich, dass der **Nachbarschutz durch die Anwendung von § 246 XIV BauGB nicht ausgedehnt** werden soll. Die **nachbarlichen Abwehrrechte** gegen eine Baugenehmigung, die auf der Grundlage einer Abweichungsentscheidung nach § 246 XIV BauGB erteilt worden ist, **gehen daher jedenfalls nicht weiter, als wenn das Vorhaben ohne Abweichungsentscheidung genehmigt worden wäre** (so OVG Münster, NVwZ-RR 2004, 175; zu § 37 BauGB, an den § 246 XIV BauGB laut Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drs. 18/6185, 55) anknüpft). Wäre die Genehmigung ohne Abweichungsentscheidung erteilt worden, könnte die Ast. Rücksichtnahme in entsprechender Anwendung von § 15 I BauNVO verlangen. Eine unmittelbare Anwendung von § 15 I BauNVO scheidet aus, weil dies voraussetzte, dass das Vorhaben in Übereinstimmung mit den Festsetzungen des Bebauungsplans stünde oder wenigstens im Wege einer Ausnahme gem. § 31 I BauGB zugelassen werden könnte (BVerwGE 82, 343 = NJW 1990, 1192 = NVwZ 1990, 555 Ls.). Das aber ist nicht der Fall. § 15 I BauNVO wäre aber analog anzuwenden; wenn schon gegenüber Baugenehmigungen, die in Übereinstimmung mit den Festsetzungen eines Bebauungsplans erteilt sind, eine Verletzung des in § 15 I BauNVO konkretisierten Rücksichtnahmegebots geltend gemacht werden kann, gilt dies erst recht im Hinblick auf Baugenehmigungen, die diesen Festsetzungen widersprechen (BVerwGE 82, 343 = NJW 1990, 1192 = NVwZ 1990, 555 Ls.).

Die nach § 15 I BauNVO – in entsprechender Anwendung – gebotene Rücksichtnahme dürfte das genehmigte Vorhaben des Beigel. aller Voraussicht nach einhalten. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim aaO.)

Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO

Zug-um-Zug-Verurteilung
Zwangsvollstreckung

ZwVollstrR

§§ 756 I, 766 I 1

(BGH in MDR 2016, 1228; Beschluss vom 16.06.2016 – I ZB 58/15)

1. Ist der Schuldner zur Zahlung von Schadensersatz Zug um Zug gegen Abtretung aller Ansprüche aus der Beteiligung des Gläubigers an einem Investmentfonds verurteilt worden und hat der Gerichtsvollzieher im Namen des Gläubigers dem Schuldner ein **Angebot zum Abschluss eines Abtretungsvertrags** gemacht, kann der Schuldner mit der Erinnerung nach § 766 I S. 1 ZPO nicht geltend machen, die Übertragung der Fondsbeteiligung sei von der Zustimmung Dritter abhängig.
2. Die in der Übertragung einer Fondsbeteiligung bestehende **Gegenleistung** im Rahmen einer Zug-um-Zug-Verurteilung ist durch die Angabe des Gläubigers **hinreichend bestimmt**, wenn der Gläubiger nur Inhaber eines Anteils und nicht mehrerer Beteiligungen an dem Investmentfonds ist.

Fall: Der Schuldner war Mittelverwendungskontrolleur des Investmentfonds B-GmbH & Co. KG. Der Gläubiger hatte über eine Treuhandgesellschaft eine Kommanditbeteiligung an der Fondsgesellschaft erworben. Das LG hat den Schuldner wegen Verstoßes gegen die ihm obliegende Kontrollpflicht verurteilt, an den Gläubiger Schadensersatz i.H.v. 5.676,02 € zuzüglich vorgerichtlicher Anwaltskosten und Zinsen zu zahlen und zwar Zug um Zug gegen Abtretung aller Ansprüche aus seiner Beteiligung an der B-GmbH & Co. KG. Der Gläubiger betreibt aus diesem Urteil die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners. Er hat dem Schuldner über den Gerichtsvollzieher angeboten, ihm sämtliche Ansprüche aus seiner Beteiligung an dem Investmentfonds abzutreten. Der Schuldner hat dieses Angebot abgelehnt. Der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner daraufhin zum Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft geladen. Dagegen hat der Schuldner Erinnerung eingelegt, mit der er geltend machte, die Zwangsvollstreckung sei unzulässig, weil der Gerichtsvollzieher die vom Gläubiger zu erbringende Gegenleistung nicht ordnungsgemäß angeboten habe. Zum einen lägen die erforderlichen Zustimmungen zur Verfügung über den Kommanditistenanteil und die Rechte aus dem Treuhandverhältnis nicht vor. Nach § 26 II des Kommanditgesellschaftsvertrags könne ein Kommanditist über seinen Kommanditanteil nur mit Zustimmung der geschäftsführenden Gesellschafterin verfügen. Nach § 8 III des Treuhandvertrags bedürfe die Verfügung des Treugebers über seine Rechte aus dem Treuhandverhältnis der Zustimmung des Treuhänders. Zum anderen sei die geschuldete Gegenleistung im Titel nicht hinreichend bestimmt bezeichnet. Wird die Erinnerung Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Vollstreckungserinnerung

Die Vollstreckungserinnerung nach § 766 I 1 ZPO ist statthaft, wenn die erhobenen Einwendungen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen.

*„Das BeschwGer. ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Schuldner sich mit der **Erinnerung gegen die Ladung zum Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft** wenden kann (vgl. BGH, NJW-RR 2009, 1581 Rn. 8). Mit der Erinnerung können Einwände gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung erhoben oder Verstöße des Gerichtsvollziehers gegen das von ihm bei der Zwangsvollstreckung zu beobachtende Verfahren gerügt werden (§ 766 I 1 ZPO). Der Gerichtsvollzieher ist im Rahmen der ihm obliegenden Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen § 802 a II 1 Nr. 2 ZPO befugt, eine Vermögensauskunft des Schuldners (§ 802 c ZPO) einzuholen. Die **Ladung des Schuldners zum Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft** (§ 802 f I ZPO) ist **Teil des Verfahrens zur Abnahme der Vermögensauskunft und damit Teil der Zwangsvollstreckung.**“ (BGH aaO.)*

Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so darf der Gerichtsvollzieher nach § 756 I ZPO die **Zwangsvollstreckung nicht beginnen**, bevor er dem Schuldner die diesem gebührende Leistung in einer den **Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten** hat, sofern nicht der Beweis, dass der Schuldner befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

„Der Einwand des Schuldners, der Gerichtsvollzieher habe die Zwangsvollstreckung begonnen, bevor er die Gegenleistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten habe, betrifft das vom Gerichtsvollzieher **bei der Zwangsvollstreckung zu beobachtende Verfahren** und kann vom Schuldner daher mit der Erinnerung geltend gemacht werden.“ (BGH aaO.)

Sonstige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Vollstreckungserinnerung bestehen nicht.

II. Begründetheit der Vollstreckungserinnerung

Die Vollstreckungserinnerung ist begründet, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für die Ladung des Schuldners zum Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft nicht vorlagen. Dies ist der Fall, wenn der Gerichtsvollzieher den Schuldner zum Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft geladen hat, bevor er ihm die Abtretung aller Ansprüche des Gläubigers aus dessen Beteiligung an dem Investmentfonds in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten hatte.

Der Schuldner macht hier geltend, der Gerichtsvollzieher habe die Gegenleistung nicht in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten, weil die nach dem Kommanditgesellschaftsvertrag und dem Treuhandvertrag erforderlichen Zustimmungen zur Verfügung über den Kommanditistenanteil und die Rechte aus dem Treuhandverhältnis nicht vorgelegen hätten.

1. Anzubietende Leistung des Gläubigers

Nach dem vorläufig vollstreckbaren Urteil des LG hängt die Zwangsvollstreckung wegen der titulierten Geldforderung des Schuldners gegen den Gläubiger davon ab, dass der Gläubiger dem Schuldner im Gegenzug alle Ansprüche aus seiner Beteiligung an der B-GmbH Co. & KG abtritt.

2. Annahmeverzug des Schuldners

Der Schuldner kommt als Gläubiger der Gegenleistung gem. § 293 BGB in Verzug, wenn er die ihm **angebotene Leistung nicht annimmt**.

a) Ordnungsgemäßes Angebot

Dabei muss ihm die Leistung nach § 294 BGB so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten worden sein.

„Die Forderung aus der Beteiligung an dem Investmentfonds konnte vom Gläubiger **im Wege der Abtretung** gem. § 398 S. 1 BGB durch Vertrag mit dem Schuldner auf diesen **übertragen** werden. Dazu musste der Gläubiger dem Schuldner die **Schließung eines entsprechenden Vertrags antragen** (§145 BGB). Der Gerichtsvollzieher hat dem Schuldner im Namen und mit Vollmacht des Gläubigers (§§164, 167 BGB) ein solches Angebot gemacht.“ (BGH aaO.)

b) Ablehnung des Angebots

Der Schuldner hat dieses Angebot abgelehnt.

c) Annahmeverzug

Durch die Ablehnung des Angebots kommt der Schuldner jedoch nur dann in Verzug, wenn dieses Angebot ordnungsgemäß erfolgt ist.

aa) Fehlen der Zustimmungen

Der Schuldner macht insofern geltend, das Angebot zur Abtretung sämtlicher Ansprüche des Gläubigers aus seiner Beteiligung an dem Investmentfonds sei unzureichend, weil die nach dem Kommanditgesellschaftsvertrag und dem Treuhandvertrag erforderlichen **Zustimmungen** zur Verfügung über den Kommanditistenanteil und die Rechte aus dem Treuhandverhältnis **nicht vorgelegen** hätten.

„Mit der Erinnerung können allein Einwände gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung erhoben oder Verstöße des Gerichtsvollziehers gegen das von ihm bei der Zwangsvollstreckung zu beobachtende Verfahren gerügt werden (§ 766 I 1 ZPO). Dagegen können mit der Erinnerung **keine materiell-rechtlichen Einwendungen** gegen den durch den Vollstreckungstitel rechtskräftig zuerkannten Anspruch geltend gemacht werden (BGH, NJW 2013, 2287 Rn. 20 m.w.N.).

Der **Einwand des Schuldners**, die zur Abtretung aller Ansprüche aus der Beteiligung des Gläubigers an dem Investmentfonds erforderlichen Zustimmungen zur Verfügung über den Kommanditistenanteil und die Rechte aus dem Treuhandverhältnis hätten nicht vorgelegen, betrifft

nicht die im Vollstreckungsverfahren vom Gerichtsvollzieher zu prüfende Frage, ob der Gläubiger dem Schuldner die im Vollstreckungstitel bezeichnete Gegenleistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten hat. Bei der Frage, ob in Bezug auf die Zug-um-Zug-Verurteilung das Angebot des Gläubigers auf Übertragung der Fondsbeteiligung ausreicht und dies auch dann gilt, wenn diese Übertragung von der Zustimmung Dritter abhängig ist, handelt es sich vielmehr um eine **materiell-rechtliche Frage**, die **im Erkenntnisverfahren vom ProzessGer. zu beantworten** ist (vgl. BGH, NZG 2010, 352 = NJW 2010, 1077 Rn. 29; NJW-RR 2010, 1295 Rn. 14; BKR 2013, 158). Nach der Rechtsprechung des BGH stehen etwaige **gesellschaftsrechtliche Schwierigkeiten bei der Übertragung der Fondsbeteiligung** der Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz Zug um Zug gegen Übertragung aller Ansprüche aus der Fondsbeteiligung nicht entgegen, weil diese **Schwierigkeiten in den Risikobereich des schadensersatzpflichtigen Beklagten** und nicht in denjenigen des geschädigten Klägers fallen (vgl. BGH, Beschl. v. 28.11.2007 – III ZR 214/06, BeckRS 2007, 65138 Rn. 3; Urt. v. 10.7.2012 – XI ZR 295/11, BeckRS 2012, 16983).“ (BGH aaO.)

Bei dem Einwand des Fehlens der erforderlichen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen handelt es sich demnach um eine materiellrechtliche Einwendung, die im Erinnerungsverfahren nach § 766 I ZPO nicht berücksichtigungsfähig ist. Sie steht daher der Annahme eines ordnungsgemäßen Angebotes nicht entgegen.

bb) Unzureichende Bestimmtheit des Vollstreckungstitels

Der Schuldner macht weiter geltend, der Gerichtsvollzieher habe die Gegenleistung nicht in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten, weil diese im Vollstreckungstitel nicht hinreichend bestimmt bezeichnet sei.

(1) Relevanz der Bestimmtheit für die Ordnungsgemäßheit des Angebots

„Der Schuldner kommt als Gläubiger der Gegenleistung nur dann in Annahmeverzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt, obwohl sie ihm so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten worden ist (§§ 293, 294 BGB). Der Gerichtsvollzieher kann dem Schuldner die Gegenleistung daher nur dann in einer den Annahmeverzug begründenden Weise anbieten, wenn diese im Vollstreckungstitel so bestimmt bezeichnet ist, dass festgestellt werden kann, ob die angebotene Leistung mit der bezeichneten Leistung übereinstimmt (vgl. BGH, NJW 1993, 3206 [3207]; NJOZ 2005, 3395 = WM 2005, 1954 [1955]).“ (BGH aaO.)

(2) Anforderungen an die Bestimmtheit

„Für die Bestimmtheit der Gegenleistung im Rahmen einer Zug-um-Zug-Verurteilung gelten dieselben Anforderungen wie für die Bestimmtheit der Leistung im Rahmen einer Leistungsklage. Die **Zug-um-Zug-Einschränkung** muss daher **so bestimmt** sein, dass sie ihrerseits zum **Gegenstand einer Leistungsklage** gemacht werden könnte (BGH, NJW 2011, 989 Rn. 32). Bei der hier in Rede stehenden Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz Zug um Zug gegen Abtretung einer Forderung, muss die **Forderung** deshalb **so genau bezeichnet** sein, dass sie **identifiziert** werden kann.“ (BGH aaO.)

(3) Anwendung auf den Fall

Der Schuldner macht geltend, dass die Identifizierung der Forderung im vorliegenden Fall nicht möglich sei. Es fehle sogar an der Angabe der Fondnummer, so dass es für das Vollstreckungsorgan aus dem Vollstreckungstitel nicht hinreichend sicher zu entnehmen sei, um welchen Fonds es sich handle, an dem der Gläubiger beteiligt sein solle.

„Nach den Feststellungen des BeschwGer. ist der **Gläubiger allein Inhaber der dem Schuldner als Gegenleistung angebotenen Beteiligung** und **nicht Inhaber weiterer Beteiligungen**. Danach kann die abzutretende Forderung bereits anhand der persönlichen Angaben des Gläubigers identifiziert werden.“ (BGH aaO.)

Das Angebot ist daher ordnungsgemäß erfolgt, sodass der Schuldner durch die Ablehnung des Angebotes in Annahmeverzug geraten ist daher liegen die Voraussetzungen für eine Zug um Zug Vollstreckung nach § 756 I ZPO vor, sodass der Gerichtsvollzieher den Schuldner auch zum Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft laden durfte. Ein Verfahrensfehler liegt nicht vor. Die Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 I ZPO ist folglich unbegründet.

ZPO
§§ 829, 840 I**Pfändung eines Kaufpreisanspruchs**
Erstreckung auf Auszahlungsanspruch bei Notaranderkonto
(BGH in FGPrax 2016, 234; Beschluss vom 09.06.2016 – V ZB 37/15)

ZwVollstrR

Wird eine Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt, erstreckt sich das mit der **Pfändung des Kaufpreisanspruchs** entstandene Pfandrecht auf den **Auszahlungsanspruch** des Verkäufers gegen den Notar.

Fall: Mit notariellem Vertrag vom 11.07.2013 verkaufte A (im Folgenden: Verkäufer) den Eheleuten B (im Folgenden: Käufer) ein Grundstück zu einem Kaufpreis von 347.000 EUR. Der Verkauf erfolgte frei von im Grundbuch eingetragenen Belastungen. Der Verkäufer übernahm die Kosten der Lastenfreistellung. Nach dem Kaufvertrag sollte die Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto erfolgen. Der hinterlegte Kaufpreis sollte vorrangig dazu verwendet werden, die vertragsgemäße Lastenfreistellung zu erreichen, indem an die jeweiligen Gläubiger die von ihnen geforderten Ablösungsbeträge zu zahlen seien. Der Verkäufer wies den Notar diesbezüglich an, alle ihm im Zusammenhang mit dem Vertragsvollzug treffenden Kosten aus dem Notaranderkonto zu begleichen. Der Notar wurde ferner von den Vertragsparteien in einseitig nicht widerruflicher Weise angewiesen, den Restkaufpreis nach Eintritt der im Kaufvertrag geregelten Auszahlungsvoraussetzungen auf ein Konto des Verkäufers zu überweisen. Der Kaufpreis wurde im August 2013 auf das Notaranderkonto eingezahlt.

Die Kaufpreisforderung war Gegenstand mehrerer durch verschiedene Gläubiger des Verkäufers veranlasster Pfändungen. Unter anderem brachte die Bet. zu 1 auf Grundlage eines Zahlungstitels eine Vorphändung des Kaufpreisanspruchs aus, die den Käufern am 18.07.2013 zugestellt wurde. In gleicher Sache erwirkte sie am 30./31.08.2013 die Zustellung einer erneuten Vorphändung des Kaufpreisanspruchs bei den Käufern. Der entsprechende Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wurde ihnen am 10.09.2013 zugestellt. Aufgrund eines titulierten Zahlungsanspruchs in Höhe von 72.983,88 EUR wurde durch den Bet. zu 2 sowohl der Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung als auch dessen Auskehrungsanspruch aus dem Notaranderkonto gepfändet. Die vorausgegangene Vorphändung wurde dem Notar am 17.09.2013 und der entsprechende Pfändungs- und Überweisungsbeschluss am 14.10.2013 zugestellt. Ebenfalls am 14.10.2013 erwirkte die Bet. zu 1 die Zustellung eines weiteren Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Notar, durch welchen der Auskehrungsanspruch des Verkäufers gepfändet wurde.

Bei Eintritt der Auszahlungsreife ergab sich nach Abzug aller an die auszulösenden Gläubiger gezahlten Beträge ein Guthaben in Höhe von 19.991,16 EUR auf dem Notaranderkonto. Mit Vorbescheid vom 22.11.2013 kündigte der Notar an, von dem hinterlegten Geldbetrag einen Teilbetrag auf sein Geschäftskonto einzuzahlen, damit von dort die Grundbuchkosten der Lastenfreistellung bestritten werden könnten. Der Restbetrag von 17.616,16 EUR werde an den Rechtsanwalt des Bet. zu 2 überwiesen. Hiergegen hat die Bet. zu 1 bei dem Notar Beschwerde eingelegt. Sie möchte die Anweisung des Notars erreichen, von dem verbleibenden Restbetrag den durch sie gepfändeten Betrag in Höhe von 2.373,78 EUR an sie auszuzahlen, hilfsweise diesen Betrag an die Käufer zurückzuzahlen. Der Notar hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem LG zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung der Bet. zu 2 beantragt, verfolgt die Bet. zu 1 ihr Ziel weiter. Wird diese Erfolg haben?

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

I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde, § 70 ff. FamFG

„Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung in dem angefochtenen Beschluss insgesamt statthaft (§ 15 II 3 BNotO i.V.m. § 70 I, II FamFG). Entgegen der Ansicht des Bet. zu 2 ist sie ohne Einschränkung zugelassen. Die Begründung des BeschwerdeG, der BGH habe "noch nicht über die hier zu entscheidende Rechtsfrage entschieden" gemeint ist ersichtlich die Wirkung einer isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruchs auf den Auskehrungsanspruch gegen den Notar, ist nicht als inhaltliche Beschränkung der Zulassungsentscheidung zu verstehen. Zudem wäre eine beschränkte Zulassung unzulässig, da die Frage der Wirksamkeit der Pfändung der Bet. zu 1 vom 10.09.2013 nur eine von mehreren Vorfragen für die Rechtmäßigkeit des von dem Notar angekündigten Vorgehens ist. Insoweit bezieht sich die Rechtsfrage, derentwegen die Rechtsbeschwerde zugelassen wurde, nicht auf einen abtrennbaren Teil des Streitgegenstands (vgl. zu diesem Erfordernis: Senat Beschl. v. 9.12.2010 - V ZB 149/10, juris Rn. 7, NJW-RR 2004, 1365, 1366, BGH NJW 2009, 2450 Rn. 9 jeweils m.w.N.).“ (BGH aaO.)

Da auch die sonstigen Voraussetzungen nach § 71 FamFG vorliegen, ist die Rechtsbeschwerde zulässig.

II. Begründetheit der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde ist begründet, wenn die Zurückweisung der Beschwerde rechtsfehlerhaft erfolgt ist. Dazu sind Zulässigkeit und Begründetheit der erhobenen Beschwerde zu prüfen.

1. Zulässigkeit der Beschwerde

„Zutreffend geht das BeschwerdeG davon aus, dass **gegen die Ankündigung des Notars**, die Auskehrung des auf dem Anderkonto verbliebenen Restbetrages an die Bet. zu 2 zu veranlassen, die **Beschwerde nach § 15 II BNotO statthaft** ist. Gegenstand einer Beschwerde nach dieser Vorschrift kann nicht nur die Verweigerung einer Amtstätigkeit durch den Notar sein, sondern auch die wie hier im Wege eines Vorbescheids erfolgte **Ankündigung, eine Amtstätigkeit gegen den Willen eines Bet. vornehmen zu wollen** (Senat NJW 2016, 163 Rn. 6; Beschl. v. 28.10.2010 - V ZB 70/10, juris Rn. 12; jew. mwN). Als Pfändungspfandgläubigerin ist die Bet. zu 1 zudem **beschwerdebefugt**, da sie in die Rechtsposition eingetreten ist, die ihrem Schuldner, dem Verkäufer, an dem auf dem Anderkonto des Notars eingezahlten Betrag zustehen könnte (vgl. OLG Hamm OLGR 1993, 208; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 15 Rn. 103; Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 15 BNotO Rn. 42).“ (BGH aaO.)

2. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn der Notar entgegen seiner Ankündigung nicht befugt ist, im betreffenden Betrag an den Bet. zu 2 auszukehren, sondern ihn die Verpflichtung trifft, eine Auszahlung in Höhe des gepfändeten Betrages an den Bet. zu 1 vorzunehmen.

a) Auszahlungspflicht aufgrund erteilter Weisung

Eine Auszahlungspflicht gegenüber dem Bet.zu 1 besteht jedenfalls nicht auf und der ursprünglich zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Weisungen an den Notar. In Betracht käme allerdings eine Änderung der entsprechenden Weisungen.

„Eine **nachträgliche Änderung** der nach dem Kaufvertrag **einseitig unwiderruflicher Verwahranweisungen** erfordert eine **übereinstimmende Erklärung** aller an dem Vertrag beteiligten Parteien. Daran fehlt es nach den tatrichterlichen Feststellungen des BeschwerdeG, die entgegen der Ansicht der Bet. zu 1 nicht zu beanstanden sind. Den E-Mail-Verkehr, aus dem sich die übereinstimmende nachträgliche Änderung der Verwahranweisungen ergeben soll, hat das BeschwerdeG seiner Beurteilung zugrunde gelegt. Empfänger der E-Mail des Käufers vom 26.07.2013 war nicht der Notar. Demgegenüber ist die E-Mail des Käufers vom 31.07.2013, der offenbar die Vollmacht des Verkäufers bezüglich einer Kaufpreisänderung vom 24.07.2013 beigefügt war, zwar an den Notar gerichtet. Die Würdigung des BeschwerdeG, ihr lasse sich keine Weisung entnehmen, ist angesichts ihres Inhalts aber aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dies gilt auch hinsichtlich der Feststellung des BeschwerdeG, aus dem vorgelegten Schriftverkehr ergebe sich nicht, dass der Käufer zugleich für seine Ehefrau gehandelt habe.“ (BGH aaO.)

b) Auszahlungspflicht aufgrund der Vorpfändung vom 18.07.2013

Eine Auszahlungspflicht könnte sich allerdings aus der auf Veranlassung der Bet. zu 1 den Käufern am 18.07.2013 zugestellten Vorpfändung ergeben. Dies setzt jedoch voraus, dass diese die Wirkung eines Arrests gemäß § 845 II ZPO i.V.m. § 930 I ZPO entfaltet hat.

„Die **Vorpfändung wirkt wie eine Beschlagnahme der betroffenen Forderung** (BGHZ 87, 166 (168)) und begründet den Rang des Pfändungspfandrechts, das durch eine **Pfändung innerhalb eines Monats seit Zustellung des vorläufigen Zahlungsverbots** entsteht (§ 845 II i.V.m. §§ 804, 930 I ZPO; BGH NJW 2001, 2976; MDR 2012, 54 Rn. 9). Da die Pfändung der Kaufpreisforderung erst am 10.09.2013 und damit nicht innerhalb der Monatsfrist bewirkt worden ist, hat die Vorpfändung vom 18.07.2013 ihre Wirkung verloren.“ (BGH aaO.)

Die Vorpfändung vom 18.07.2013 kommt daher als Grundlage für ein Auszahlungsanspruch des Bet. zu 1 nicht in Betracht.

c) Auszahlungspflicht aufgrund erneuter Vorpfändung und PfÜB

Allerdings könnte sich eine Auszahlungspflicht durch die erneute, den Käufern am 30./31.08.2013 zugestellte Vorpfändung des Kaufpreisanspruchs in Verbindung mit dem ihnen am 10.09.2013 zugestellten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ergeben. Hierdurch könnte die Bet. zu 1 ein Pfändungspfandrecht erworben haben.

aa) Kaufpreispfändung bei Zahlung auf Notaranderkonto

„Nach der **höchstrichterlichen Rechtsprechung** ist die **Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung** von dem Notaranderkonto **unwirksam**, wenn nicht **zugleich** auch der der Verwahrung zugrunde liegende Anspruch hier der **Kaufpreisanspruch gepfändet** wird. Dies beruht auf der Erwägung, dass der Verkäufer ansonsten über seine Forderung noch frei verfügen könnte und dies mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar wäre (BGHZ 138, 179 (184); BGHZ 105, 60 (64f.)).“ (BGH aaO.)

Fraglich ist jedoch, wie die **umgekehrte Konstellation** zu beurteilen ist, in der eine isolierte Pfändung des Kaufpreisanspruchs erfolgt, ohne dass zugleich der Auszahlungsanspruch gepfändet wird. Die Bewertung ist **umstritten**.

(1) Notwendigkeit gleichzeitiger Pfändung des Auszahlungsanspruch

„Nach einer **vereinzelt vertretenen Ansicht**, der das BeschwerdeG folgt, ist die Pfändung des Kaufpreisanspruchs **ohne gleichzeitige Pfändung** des gegenüber dem Notar bestehenden Auskehrungsanspruchs **unbeachtlich** (Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 248; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 112).“ (BGH aaO.)

(2) Entbehrlichkeit gleichzeitiger Pfändung des Auszahlungsanspruch

„Demgegenüber genügt nach **ganz überwiegend vertretener Auffassung** eine isolierte Pfändung des Kaufpreisanspruchs, da sich das hieran begründete **Pfändungspfandrecht auf den Auskehrungsanspruch erstreckt** (Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 23 Rn. 190; Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 23 BNotO Rn. 29; Hertel in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl., Rn. 1945; Hertel in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., Teil 2, Kapitel 2 Rn. 772; Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 54 b Rn. 41; Renner in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 6. Aufl., § 54 b Rn. 77; Grziwotz/Heinemann/Grziwotz, BeurkG, 2. Aufl., § 54 b Rn. 29; Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl., Rn. 745; Strehle, Die Zwangsvollstreckung in das Guthaben des Notaranderkontos, 1995, S. 73; Ganter DNotZ 2004, 421 (432); Volhard DNotZ 1987, 523 (543 f.); Göbel DNotZ 1984, 257 (259); Rupp/Fleischmann NJW 1983, 2368 (2369)).“ (BGH aaO.)

(3) Auffassung des BGH

Zu diesem Streit hat sich nunmehr der BGH in der vorliegenden Entscheidung geäußert und sich der zuletzt genannten Ansicht angeschlossen.

„Wird eine Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt, erstreckt sich das mit der Pfändung des Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch gegen den Notar.

Die mit der Pfändung des Hauptrechts verbundene **Beschlagnahme erstreckt sich ohne weiteres auf alle Nebenrechte**, die im Falle einer Abtretung nach §§ 412, 401 BGB auf den Gläubiger übergehen (vgl. BGH NJW-RR 2003, 1555 (1556); WM 2000, 2555 (2556); NJW 1998, 2969 jeweils m.w.N.). Die Vorschrift des § 401 BGB erfasst neben den dort genannten Rechten auch andere **unselbständige Sicherungsrechte** sowie **Hilfsrechte**, die zur Durchsetzung der Forderung erforderlich sind (BGH WM 2007, 406 Rn. 13; BGHZ 46, 14 (15)).

Der **Auskehrungsanspruch gegen den Notar** ist nach der Rechtsprechung des BGH im Verhältnis zur Kaufpreisforderung als ein solches **Nebenrecht** einzuordnen. Die Einschaltung des Notars zur Abwicklung des Kaufpreises soll sicherstellen, dass die Ansprüche der Parteien Zug um Zug erfüllt werden. Die Vertragspartner sollen vor rechtlichen Nachteilen geschützt werden, die mit Inhalt und Zweck der getroffenen Regelung nicht vereinbar sind. Der **Auszahlungsanspruch** gegen den Notar entsteht im Zuge der Vertragsabwicklung; er **hängt** daher, solange die Kaufpreisforderung noch nicht erloschen ist, eng und unmittelbar mit ihr zusammen. Der Anspruch gegen den Notar wird nur deshalb begründet, weil der Verkäufer von seinem Vertragspartner nicht Zahlung an sich verlangen kann; er **ergänzt die vertragliche Forderung** (BGHZ 138, 179 (184)). Die Abtretung des Kaufpreisanspruchs führt deshalb entsprechend § 401 BGB auch zum Übergang des Auskehrungsanspruchs gegen den Notar (vgl. auch BGH WM 2007, 406 Rn. 13 zu einem Treuhandvertrag eines Kreditinstituts; KG DNotZ 1999, 994 (996 f.); Renner in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 6. Aufl., § 54 b Rn. 89; Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 23 BNotO Rn. 33; Hertel in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., Teil 2, Kapitel 2 Rn. 775; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 23 Rn. 187; Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 54 b Rn. 35; Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl., Rn. 747; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 107). Die durch das BeschwerdeG für zwingend erforderlich gehaltene zusätzliche Pfändung des Auskehrungsanspruchs findet vor diesem Hintergrund im Gesetz keine Stütze.“ (BGH aaO.)

In diesem Zusammenhang stellt der BGH klar, dass der **Notar nicht Drittschuldner des Auskehrungsanspruchs** ist mit der Folge, dass er die ihn aus § 840 ZPO treffenden Rechte und Pflichten nur erfüllen könne, wenn ihm der Pfändung und Überweisungsbeschluss zugestellt werde und ihn damit auch das Verbot erreiche, an den Schuldner zu zahlen.

„Bei einer isolierten Pfändung des Kaufpreisanspruchs ist auch wenn sich die Pfändung nach § 401 BGB auf den Auskehrungsanspruch erstreckt **nur der Käufer Drittschuldner**. Dieser muss im Rahmen seiner Drittschuldnererklärung nach § 840 I ZPO die **notarielle Verwahrung angeben**. Weil der **Notar** hinsichtlich des Kaufpreisanspruchs nicht Drittschuldner ist, trifft ihn **keine Auskunftspflicht nach § 840 I ZPO**. Wird ihm die isolierte Pfändung und Überweisung des Kaufpreisanspruchs nachgewiesen, hat er den hinterlegten Betrag an den Pfändungspfandgläubiger auszukehren (Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 829 Rn. 33 unter "Notar"; Stöber, Forderungspfändung, 16. Aufl., Rn. 1781 a; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 23 Rn. 190; Ganter DNotZ 2004, 421 (432); Rupp/Fleischmann NJW 1983, 2368 (2369)).

Im Übrigen verblieben auch bei einer **Doppelpfändung** des Kaufpreisanspruchs und des Auskehrungsanspruchs in Bezug auf die Frage der Wirksamkeit der Pfändung für den Notar **Unwägbarkeiten**, da er sich nicht sicher sein kann, ob der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss auch an den Käufer zugestellt worden ist (vgl. Ganter, DNotZ 2004, 421 (434 f.)). Für eine zutreffende Bewertung, an wen der verwahrte (Rest) Kaufpreis ausbezahlt ist, muss **der Notar in jedem Fall Kenntnis** davon haben, **ob und zu welchem Zeitpunkt** die Pfändung des Kaufpreisanspruchs durch **Zustellung** des entsprechenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses **an den Käufer bewirkt** worden ist. Diese hat er erst dann, wenn ihm die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Käufer als Drittschuldner im Sinne des § 829 III ZPO **durch Vorlage der Zustellungsurkunde nachgewiesen** wird oder der Drittschuldner dem Notar die erfolgte Zustellung bestätigt (vgl. Hertel in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., Teil 2, Kapitel 2 Rn. 772). “

Auch wird die **Zustellung** des die Kaufpreisforderung betreffenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses in der Praxis **dem Notar** wie auch hier **regelmäßig zur Kenntnis gebracht** werden. Da eine Auszahlung des Kaufpreises durch den Notar trotz der erfolgten Pfändung des Kaufpreisanspruchs **gegen das gerichtliche Verfügungsverbot verstoßen** würde (§ 829 II 2 ZPO i.V.m. §§ 135, 136 BGB), läuft der Käufer **Gefahr, erneut zahlen zu müssen**, so dass sein **Eigeninteresse** auf eine unverzügliche Unterrichtung des Notars gerichtet sein wird. Nichts anderes gilt für den Pfändungspfandgläubiger, wenn ihm die Hinterlegung auf einem Notaranderkonto etwa aufgrund der Drittschuldnererklärung bekannt ist. Er hat ein Interesse daran zu verhindern, dass die hinterlegten Beträge bei Auszahlungsreife an den Verkäufer abfließen. (BGH aaO.)

bb) Anwendung auf den Fall

Das Pfändungspfandrecht an der Kaufpreisforderung, welches durch Zustellung des Pfändung und Überweisungsbeschlusses an den Käufer entstanden ist, erstreckt sich damit auch auf den Auskehrungsanspruch gegen den Notar, so dass dieser verpflichtet ist, eine Auskehrung an den Beteiligten zu 1 in Höhe des gepfändeten Betrages vorzunehmen. Sein Vorbescheid ist daher rechtswidrig.

„Die **angefochtene Entscheidung** ist daher **ebenso wie der Vorbescheid** des Notars **aufzuheben** (§ 15 II 3 BNotO i.V.m. § 74 V FamFG). Der Notar ist **anzuweisen**, über die Auskehrung des noch auf dem Notaranderkonto befindlichen Guthabens unter Beachtung der Rechtsansicht des Senats **erneut zu entscheiden** (§ 15 II 3 BNotO i.V.m. § 74 VI 2 FamFG). Ausgehend von seinem Rechtsstandpunkt kam es auf das Rangverhältnis der durch andere Gläubiger bewirkten Pfändungen nicht an. Wie der Notar in seinem Vorbescheid zutreffend ausführt, ist er bei einer abweichenden Beurteilung der Wirksamkeit der Pfändung der Bet. zu 1 gehalten, die gesamte Auskehrsituation unter Berücksichtigung der weiteren Pfändungen neu zu prüfen.“ (BGH aaO.)

(KG in FD-StrafR 2016, 382766; Beschluss vom 13.09.2016 – 4 Ws 130/16 – 161 AR 70/16)

1. Bei der Beurteilung der Fluchtgefahr **scheidet jede schematische Beurteilung anhand genereller Maßstäbe aus**, insbesondere ist die Annahme unzulässig, dass bei einer Strafverurteilung in bestimmter Höhe stets (oder nie) ein rechtlich beachtlicher Fluchtanreiz bestehe. Andernfalls käme es zu einer **unzulässigen Haftgrundvermutung allein wegen einer bestimmten Strafhöhe**
2. Bei der strafprozessualen Zwangsmaßnahme der Untersuchungshaft ist zu fragen, ob ihre **Verhängung (als ultima ratio) wegen überwiegender Belange des Gemeinwohls zwingend geboten** ist. Daher sind die für die Untersuchungshaft **erforderlichen Tatsachen mit hoher Wahrscheinlichkeit (positiv) festzustellen** sind.
3. Die Erwartung einer hohen, Fluchtanreiz bietenden Freiheitsstrafe ist eine „bestimmte Tatsache“ im Sinne des § 112 II StPO, für deren Vorliegen eine hohe Wahrscheinlichkeit gegeben sein muss.
4. Da sich die **Straferwartung nach dem tatsächlich zu erwartenden Freiheitsentzug** bestimmt, ist somit zu fragen, ob die **Vollverbüßung** der dem Beschwerdeführer drohenden, bis zu vierjährigen Gesamtfreiheitsstrafe **hoch wahrscheinlich** ist. Dies wiederum setzt im Rahmen der Haftentscheidung die Prognose voraus, dass der Angeklagte **keine realistische Chance auf eine Reststrafaussetzung** nach § 57 I StGB besitzt, diese also im konkreten Fall eher unwahrscheinlich ist.

Fall: Mit ihrer am 24.03.2015 vor der Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Berlin erhobenen Anklage hat die Staatsanwaltschaft Berlin dem Angeklagten 35 bandenmäßig begangene Fälle der Steuerhinterziehung sowie zwei Fälle der Anstiftung zu einer falschen Versicherung an Eides statt zur Last gelegt. Der Anklage liegt zugrunde, dass der Angeklagte ab Ende 2008 oder Anfang 2009 unter anderem den gesondert Verfolgten S, Y und D von ihm verwaltete Gesellschaftsmäntel zur Verfügung gestellt und Scheinrechnungen ausgestellt habe, um den von den gesondert Verfolgten kontrollierten Firmen Pa. GmbH und Po. GmbH die Anmeldung eines ihre Umsatzsteuerzahllast mindernden Vorsteuerabzuges zu ermöglichen. Daraufhin sollen in den Monaten Januar 2009 bis November 2011 insgesamt 26 auf diesem Tatplan basierende Umsatzsteuervoranmeldungen der Pa. GmbH und neun Umsatzsteuervoranmeldungen der Po. GmbH bei den zuständigen Finanzämtern für Körperschaften eingegangen sein, wodurch Hinterziehungsschäden in Höhe von rund 12,3 Mio. € (Pa. GmbH) und rund 4,8 Mio. € (Po. GmbH) entstanden sein sollen (Fälle 1 bis 35 der Anklage). Außerdem habe der Angeklagte im Juni 2010 sowie vor dem 27.02.2012 zwei gesondert Verfolgte aus dem Umfeld der vermeintlichen Geschäftspartnerfirmen der Pa. GmbH aufgefordert, falsche eidesstattliche Versicherungen in zwei Steuerverfahren vor dem Finanzgericht Berlin-Brandenburg abzugeben (Fälle 36 und 37).

Der Angeklagte ist in dieser Sache am 13.10.2014 in seiner Wohnung in Ha. vorläufig festgenommen worden und befindet sich seitdem aufgrund der Vorwürfe der Steuerhinterziehung und einen der zwei angeklagten Fälle der Anstiftung zur falschen Versicherung an Eides statt (Fall 37 der Anklage) umfassenden Haftbefehls des Amtsgerichts Tiergarten vom selben Tage - 351 Gs 3364/14 - in Untersuchungshaft. Die Fluchtgefahr ist im Haftbefehl neben der Erwartung einer langjährigen Gesamtfreiheitsstrafe damit begründet worden, dass der Beschwerdeführer einen erwachsenen Sohn habe, geschieden sei und sich in den letzten Jahren beruflich mit dem Verkauf von Firmenmänteln beschäftigt habe. Ferner sei er in einem Verfahren vor dem Landgericht Hi. u. a. wegen Betruges zu einer Bewährungsstrafe verurteilt worden; allerdings hätten sowohl der Angeklagte als auch die Staatsanwaltschaft Hannover gegen das Urteil - das im Haftbefehl fälschlich als ein solches vom 04.04.2013 bezeichnet ist - erfolgreich Revision eingelegt.

Die Hauptverhandlung findet seit dem 21.05.2015 statt. Mit Hinweis vom 18.03.2016 hat das Landgericht nach einer Zwischenberatung ferner seine Ansicht dargelegt, dass es weiterhin den dringenden Tatverdacht hinsichtlich der nach der Teileinstellung noch verfahrensgegenständlichen Tatvorwürfe bejahe und deren rechtliche Bewertung eher als Beihilfe in Betracht komme; hinsichtlich der Rechtsfolgenentscheidung gehe es davon aus, dass eine Gesamtfreiheitsstrafe von über vier Jahren nicht wahrscheinlich sei.

Der Angeklagte hat am 25.07.2016 erneut die Aufhebung des Haftbefehls beantragt. Durch ihren angefochtenen Beschluss vom 01.08.2016 hat die Wirtschaftskammer diesen Antrag abgelehnt und Haftfortdauer beschlossen. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, der nach Anrechnung der Untersuchungshaft noch verbleibende Strafreist überschreite „immer noch deutlich die bei etwa zwei Jahren anzusetzende Grenze, bei der (...) es weiterhin die Fluchtgefahr begründender Tatsachen nicht mehr bedarf und nur noch zu prüfen ist, ob Tatsachen gegeben sind, welche die hieraus herzuleitende Fluchtgefahr zu mindern geeignet sind“. Es sei „derzeit ungewiss“ sei, „ob und wie sich (...) später eine in der Strafvollstreckung zu treffende Entscheidung nach § 57 StGB auf die Verbüßungsdauer einer Freiheitsstrafe auswirken würde“, da diese „vor allem vom Verhalten des Angeklagten im

Strafvollzug abhängen würde“. Dieser Aspekt könne daher die bestehende Fluchtgefahr nicht merklich reduzieren. Hinzu komme, dass gegen den Angeklagten gegenwärtig noch ein weiteres Strafverfahren vor dem Landgericht Gö. offen sei. Soweit die Verteidigung auf feste soziale Bindungen hingewiesen, insbesondere vorgetragen habe, der Angeklagte könne bei seiner geschiedenen Ehefrau wohnen, sei „dies auch weiterhin nicht belegt“. Der Angeklagte sei vor seiner Festnahme allein lebend und in einem örtlich ungebundenen Onlinehandel tätig gewesen sei; auch sehe er sich erheblichen Rückforderungen der Steuerbehörden und einer Entscheidung über den Verfall seiner gesicherten Vermögenswerte ausgesetzt.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Angeklagten vom 17.08.2016, der das Landgericht mit Beschluss vom 22.08.2016 nicht abgeholfen hat. Die Staatsanwaltschaft hat unter dem 24.08.2016 zu der Beschwerde ausführlich Stellung genommen; die Generalstaatsanwaltschaft Berlin hat mit ihrer am 05.09.2016 beim Senat eingegangenen Zuschrift die Verwerfung des Rechtsmittels beantragt. Wird der Beschwerde abgeholfen werden?

I. Zulässigkeit der Beschwerde

Nach § 117 StPO kann der Beschuldigte, solange er in Untersuchungshaft ist, jederzeit die gerichtliche Prüfung beantragen, ob der Haftbefehl aufzuheben oder dessen Vollzug nach § 116 StPO auszusetzen ist (**Haftprüfung**). Gegen die einen solchen Prüfungsantrag ablehnende Entscheidung ist nach § 304 I StPO die Beschwerde statthaft. Dies stellt § 117 II 2 StPO ausdrücklich klar. Am Vorliegen der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen besteht kein Zweifel.

II. Begründetheit der Beschwerde

Nach § 120 StPO ist der Haftbefehl aufzuheben, sobald die Voraussetzungen der Untersuchungshaft nicht mehr vorliegen oder sich ergibt, dass die weitere Untersuchungshaft zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis stehen würde.

Der Antrag ist daher begründet, wenn die Voraussetzungen für eine Untersuchungshaft nach § 112 StPO nicht vorliegen. Nach § 112 I StPO darf die Untersuchungshaft gegen den Beschuldigten angeordnet werden, wenn er der Tat dringend verdächtig ist und ein Haftgrund besteht. Sie darf nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht.

1. Dringender Tatverdacht

Das Gericht hat offen gelassen, ob überhaupt ein dringender Tatverdacht besteht, da es schon das Vorliegen eines Haftgrundes verneint hat.

2. Vorliegen eines Haftgrundes

Nach § 112 II StPO besteht ein Haftgrund in folgenden Fällen:

- Der Beschuldigte ist flüchtig oder hält sich verborgen.
- bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles besteht die Gefahr, dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (**Fluchtgefahr**)
- das Verhalten des Beschuldigten begründet den dringenden Verdacht dass er
 - Beweismittel vernichten, verändern, beiseiteschaffen, unterdrücken oder fälschen oder
 - auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige in unlauterer Weise einwirken oder
 - andere zu solchem Verhalten veranlassen,

soweit deshalb die Gefahr droht, dass die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde (**Verdunkelungsgefahr**).

Hier kommt das Vorliegen von Fluchtgefahr (§ 112 II Nr. 2 StPO) in Betracht. Fraglich ist, ob die Erwägungen, die einer Zeit zur Begründung des Erlasses des Haftbefehls angeführt wurden, derzeit nach wie vor die Annahme eines Haftgrundes zu tragen vermögen.

a) Fluchtgefahr wegen Höhe der zu erwartenden Freiheitsstrafe

„Der Senat legt zugrunde, dass sich die **Straferwartung** durch die im **Wege einer sog. Transparenzmitteilung** zum Ausdruck gebrachte **Strafprognose** der Wirtschaftskammer konkretisiert hat; diese bildet nunmehr den Ausgangspunkt der Untersuchung des Haftgrundes in dem Sinne, dass der Angeklagte eine höhere Strafe nicht zu befürchten hat, eine **höhere Bestrafung** jedenfalls **nicht** - als bestimmte Tatsache im Sinne des § 112 II StPO - **in der gebotenen Weise hoch wahrscheinlich** ist (zur Konkretisierung der Straferwartung durch das Gericht vgl. Senat StraFo 2015, 201 = StV 2015, 646 = OLGSt StPO § 112 Nr. 20).

Bei der Bestimmung der - für die Entscheidung maßgeblichen - sog. **Nettostrafersparung** ist unter Anrechnung der Untersuchungshaft derzeit ein **Rest von zwei Jahren und einem Monat** offen. Aus diesem folgt für den Beschwerdeführer, der zudem ein offensichtlich hohes Interesse daran hat, sich in der Hauptverhandlung gegen die Tatvorwürfe aktiv zu verteidigen, **kein besonderer Fluchtanreiz**.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts gibt es **keine „Grenze“ von etwa zwei Jahren**, bei der allein aus einer solchen Straferwartung „Fluchtgefahr herzuleiten“ und nur noch zu prüfen sei, ob diese durch besondere Tatsachen wieder ausgeräumt werden könne. Der Senat hat in seiner jüngeren Rechtsprechung (vgl. Beschluss vom 3. November 2011 - 4 Ws 96/11 -; veröffentlicht in StV 2012, 350 m. w. N.) dargelegt, dass bei der **Beurteilung der Fluchtgefahr jede schematische Beurteilung anhand genereller Maßstäbe ausscheidet**, insbesondere die Annahme unzulässig ist, dass bei einer Straferwartung in bestimmter Höhe stets (oder nie) ein rechtlich beachtlicher Fluchtanreiz - nur darum kann es gehen, keinesfalls um den Haftgrund selbst - bestehe. Denn andernfalls käme es zu einer **unzulässigen Haftgrundvermutung allein wegen einer bestimmten Strafhöhe**.“ (KG aaO.)

b) Ungewisse Reststrafaussetzung

Das Landgericht hat zudem darauf hingewiesen, dass die Reststrafaussetzung „derzeit ungewiss“ sei, weil diese vor allem vom Verhalten des Angeklagten im Vollzug abhängig sei.

„Diese **selbstverständliche Feststellung** entbindet das Gericht aber nicht von seiner Verpflichtung, die für die Haftentscheidung **notwendige Prognose im Sinne eines Wahrscheinlichkeitsurteils** aufgrund der zur Zeit der Haftentscheidung gegebenen Sachlage anzustellen. Die vom Landgericht gewählte Argumentation führte demgegenüber dazu, dass zur Frage der Nettostrafersparung die erforderliche - auch zu den übrigen Haftvoraussetzungen zu treffende und von den Haftgerichten regelmäßig getroffene - Prognoseentscheidung unterbleibt und somit gleichsam die **Vollverbüßung ohne Prüfung zur Grundlage der Haftentscheidung** wird.

Soweit die Staatsanwaltschaft Berlin in ihren - vom Landgericht wegen des Haftgrundes in Bezug genommenen - Stellungnahmen vom 12.04. und 24.08.2016 ausgeführt hat, dass eine **Reststrafaussetzung „nicht selbstverständlich“ bzw. „nicht sicher“** sei, ist dies zwar ebenfalls richtig, verfehlt aber den zutreffenden Prüfungsansatz. Es ist allgemein anerkannt, dass - weil bei der strafprozessualen Zwangsmaßnahme der Untersuchungshaft zu fragen ist, ob ihre **Verhängung (als ultima ratio) wegen überwiegender Belange des Gemeinwohls zwingend geboten** ist (vgl. Senat StV 2014, 26 = StraFo 2013, 375 m. w. N.) - die für die Untersuchungshaft **erforderlichen Tatsachen mit hoher Wahrscheinlichkeit (positiv) festzustellen** sind. Auch die Erwartung einer hohen, Fluchtanreiz bietenden Freiheitsstrafe ist eine „bestimmte Tatsache“ im Sinne des § 112 II StPO, für deren Vorliegen - soll die Haftanordnung darauf gestützt werden - eine hohe Wahrscheinlichkeit gegeben sein muss (vgl. Senat StraFo 2015, 108 = ZJJ 2015, 204 = OLGSt StPO § 112 Nr. 19). Da sich die **Straferwartung nach dem tatsächlich zu erwartenden Freiheitsentzug** bestimmt, ist somit zu fragen, ob die **Vollverbüßung** der dem Beschwerdeführer drohenden, bis zu vierjährigen Gesamtfreiheitsstrafe **hoch wahrscheinlich** ist. Dies wiederum setzt im Rahmen der Haftentscheidung die Prognose voraus, dass der Angeklagte **keine realistische Chance auf eine Reststrafaussetzung** nach § 57 I StGB besitzt, diese also im konkreten Fall eher unwahrscheinlich ist.“ (KG aaO.)

Im vorliegenden Fall ist daher im Rahmen einer Entscheidung nach § 57 I StGB zu bedenken, dass der Umstand, dass er wegen zweier in den Jahren 2007/2006 bzw. 2010 begangener Fahrlässigkeitsdelikte zu einer (erledigten) Gesamtgeldstrafe verurteilt worden ist, nicht maßgeblich ins Gewicht fallen dürfte.

„Für ihn wird demgegenüber die Tatsache streiten, dass er beim Antritt einer zu verbüßenden (Rest-) Strafe voraussichtlich **mindestens 69 Jahre alt** sein und erstmals Strafhaft verbüßen wird und seine letzte **Straftat dann mehr als fünf Jahre zurückliegen** wird. Ausweislich der vom Senat bei der Justizvollzugsanstalt Moabit angeforderten Stellungnahme des Sozialdienstes vom 07.09. 2016 hat sich der Beschwerdeführer im Vollzug der Untersuchungshaft **bislang völlig beanstandungsfrei geführt**; er musste insbesondere nicht disziplinarisch belangt werden und gilt bei den Mitgefangenen als vermittelnd und ausgeglichen. Auch angesichts dieses **Vollzugsverhaltens** erscheint ...die **Annahme einer hohen Wahrscheinlichkeit**, der Angeklagte werde die im Raum stehende Gesamtfreiheitsstrafe voll verbüßen müssen, **nicht gerechtfertigt**. [Wird ausgeführt]“ (KG aaO.)

c) Weitere Strafverfahren

Allerdings ist gegen den Angeklagten ein weiteres Strafverfahren anhängig. Fraglich ist ob dies zur Gründung einer Fluchtgefahr herangezogen

*„Zwar kann bei der Beurteilung der Fluchtgefahr auch die Verfolgung des Angeklagten wegen des **dringenden Verdachts weiterer Straftaten** berücksichtigt werden (vgl. OLG Düsseldorf StV 1994, 85 = MDR 1993, 371; Hilger in LR-StPO 26. Aufl., § 112 Rn. 40; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO 59. Aufl., § 112 Rn. 19). Das **Haftgericht**, das ein solches weiteres Verfahren berücksichtigen will, **muss aber feststellen**, dass - und wegen welcher Taten - **in jenem Verfahren dringender Tatverdacht besteht**. Jedenfalls daran fehlt es hier.“* (KG aaO.)

d) Fehlen sozialer Bindungen

Die Fluchtgefahr wird zudem damit begründet, dass der Angeklagte den von ihm geltend gemachten positiven Faktor des Bestehens sozialer Bindungen nicht belegt habe.

„Es kommt nicht darauf an, dass der Untersuchungsgefangene bestimmte Gesichtspunkte nachweisen müsste, die einer vom Gericht angenommenen, aus der Straferwartung abgeleiteten Fluchtgefahr entgegenstehen. Da vielmehr das Haftgericht die für die Untersuchungshaftanordnung erforderlichen Tatsachen mit hoher Wahrscheinlichkeit (positiv) festzustellen hat, ist es gehalten, die nötigen Ermittlungen im Freibeweisverfahren anzustellen. Wollte das Landgericht dem Gesichtspunkt eines fehlenden Nachweises eine für die Haftentscheidung maßgebliche Bedeutung zumessen, hätte es überdies nahe gelegen, dem Beschwerdeführer die Gelegenheit zu geben, den vom Gericht vermissten Nachweis zu erbringen, statt ohne weiteres, jedenfalls ohne eigene Prüfung, ungesicherte Wohnverhältnisse zugrunde zu legen.“

Es liegt auf der Hand, dass der Umstand, dass der 68-jährige Angeklagte einen erwachsenen Sohn hat, die Annahme von Fluchtgefahr nicht trägt. Auch die Tatsachen, dass er (von seiner zweiten Ehefrau seit Juli 2012) geschieden ist und vor seiner Festnahme allein lebte, stellen keine fluchtgefahr begründenden Aspekte dar, sondern bezeichnen allenfalls das Fehlen besonderer stabilisierender, fluchthemmender Umstände.“ (KG aaO.)

e) Fehlende Geständigkeit

Fraglich ist, ob es für die Beurteilung des Vorliegens des Haftgrundes der Fluchtgefahr von Belang ist, dass die Staatsanwaltschaft der Auffassung ist, es deute „derzeit nichts auf ein Geständnis des Angeklagten hin“.

*„[Dies ist] **nicht** - jedenfalls nicht für sich genommen und nicht unmittelbar - **von Belang**. Dieser Hinweis und der im Zusammenhang mit den Ausführungen zu § 57 I StGB angefügte Zusatz, dass der Beschwerdeführer „nach dem bisherigen Verfahrensverlauf“ nicht sicher mit einer positiven Prognoseentscheidung rechnen könne, lassen **besorgen**, dass dem Angeklagten bei der Haftfrage sein **Bestreiten und seine nachdrückliche Verteidigung** gegen die Tatvorwürfe **unzulässig angelastet** werden.“* (KG aaO.)

3. Ergebnis

Es liegt daher weder der Haftgrund der Fluchtgefahr nach § 112 II Nr. 2 StPO noch ein sonstiger Hauptgrund vor. Der Haftbefehl hätte daher nach § 120 StPO aufgehoben werden müssen. Die Beschwerde ist folglich nicht nur zulässig, sondern auch begründet.

(OVG Koblenz in NVwZ 2016, 798; Urteil vom 12.05.2016 – 1 A 10842/15)

1. Nach § 109 VwGO kann **über die Zulässigkeit der Klage** durch Zwischenurteil vorab nur dann entschieden werden, wenn die Zulässigkeit bejaht wird, **nicht aber im umgekehrten Fall**.
2. Hat das Verwaltungsgericht im Wege einer so genannten inkorrekten Entscheidung durch Zwischenurteil die Unzulässigkeit der Klage festgestellt und kommt das **Oberverwaltungsgericht** zu der Überzeugung, dass die Klage zulässig ist, ist das **Zwischenurteil aufzuheben und festzustellen, dass die Klage zulässig ist**.
3. Eine **Verwirkung eines Rechtsbehelfs** einer anerkannten Umweltvereinigung kann nicht eintreten, solange der **Genehmigungsinhaber selbst wegen umweltrelevanter Auflagen Widerspruch gegen die ihm erteilte Genehmigung erhoben** hat und daher in für die Wahrnehmung der Aufgaben der Umweltvereinigung wesentlichen Punkten zunächst unklar ist, welchen Inhalt die Genehmigung letztendlich haben wird.

Fall: Das VG hat mit Zwischenurteil vom 16.07.2015 festgestellt, dass die Klage unzulässig ist. In den Gründen dieser Entscheidung heißt es im Wesentlichen, ein Zwischenurteil sei gem. § 109 VwGO zulässig. Die Prozessökonomie möge im Regelfall eine Abweisung des Rechtsstreits insgesamt durch Prozessurteil als vorzugswürdig annehmen lassen. Es gebe indes – wie hier – Fallgestaltungen, bei denen gerade der Gedanke der Prozessökonomie die Entscheidung durch Zwischenurteil bei Unzulässigkeit der Klage gebiete oder zumindest als prozessual sinnvoll erscheinen lasse. Die Beigel. könne sich weder auf eine Verwirkung des Widerspruchs aus materiellem noch aus formellem Recht berufen. Eine materiell-rechtliche Verwirkung des Abwehrenspruchs könne nicht aus einem dem „nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis“ ähnlichen „umweltschützenden Gemeinschaftsverhältnis“ zwischen Umweltverband und Anlagenbetreiber hergeleitet werden. Ein solches Gemeinschaftsverhältnis sei rechtlich in keiner Norm angelegt. Eine prozessrechtliche Verwirkung des Widerspruchsrechts scheidet aus, weil die Genehmigung auch von der beigeladenen Genehmigungsinhaberin hinsichtlich der Auflagen zum Fledermaus- und Kranichschutz (mit gegenteiliger Zielrichtung) angefochten worden sei. Sie habe selbst nicht auf die Genehmigung vertraut und könne sich daher nicht auf eine Verwirkung des Widerspruchsrechts des Umweltverbandes berufen. Jedoch könne sich die Bekl. darauf berufen, dass das Widerspruchsrecht des Kl. verwirkt sei. Der Kl. begehrt mit seiner zulässigen Berufung die Aufhebung des Zwischenurteils und die Feststellung des OVG, dass die Klage zulässig ist.

I. Voraussetzungen für ein Zwischenurteil

Nach § 109 VwGO kann über die Zulässigkeit der Klage durch Zwischenurteil vorab entschieden werden. Fraglich ist, ob dies auch dann möglich ist, wenn das Gericht von der Unzulässigkeit der Klage ausgeht oder ob in diesem Fall die Klage insgesamt abgewiesen werden muss. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

1. Wortlautauslegung

„Nach § 109 VwGO kann **über die Zulässigkeit der Klage** durch Zwischenurteil nur dann entschieden werden, wenn die Zulässigkeit bejaht wird, **nicht aber im umgekehrten Fall**. Dies folgt zunächst schon aus dem Wortlaut dieser Norm, wonach über die Zulässigkeit „...vorab ...“ entschieden werden kann. Das Wort „vorab“ bedeutet so viel wie vorher, zuerst, zunächst, zuvor (vgl. Duden online und Wahrig, Dt. Wörterb.), so dass § 109 VwGO eine Form der Entscheidung regelt, bei der **in einem vorgezogenen Verfahren über die Zulässigkeit befunden** wird, was einen zunächst verbleibenden „Rest“ – die Begründetheit – impliziert, die dann nachher, später bearbeitet werden soll. Kommt das Gericht, wie hier, zu dem Ergebnis, dass die **Klage unzulässig** ist, **gibt es einen derartigen „Rest“**, der einer späteren Entscheidung über die Begründetheit vorzubehalten wäre, **nicht**. Daher ist auch keine Entscheidung „vorab“ möglich.“ (OVG Koblenz aaO.)

2. Systematische Auslegung

„Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man bei Berücksichtigung des **systematischen Zusammenhangs** zwischen §§ 109 und 173 VwGO i.V.m. § 300 ZPO, wonach das Gericht dann, wenn der **Rechtsstreit zur Endentscheidung reif** ist, ein **Endurteil zu erlassen** hat. Ist danach, wovon das VG ausgegangen ist, Entscheidungsreife wegen Unzulässigkeit der Klage eingetreten, so muss ein Endurteil – in Form eines Prozessurteils – erlassen werden. Für ein Zwischenurteil ist kein Raum.“ (OVG Koblenz aaO.)

3. Teleologische Auslegung

„Dies ergibt sich schließlich auch aus dem Sinn und Zweck des § 109 VwGO, der darin besteht, eine **entscheidungsreife Zulässigkeitsfrage zu klären**, um es dem Gericht und die Verfahrensbeteiligten zunächst zu ersparen, sich mit dem – möglicherweise schwierigen und umfangreichen – Prozessstoff abschließend befassen zu müssen. Im **Falle der Unzulässigkeit der Klage** bedarf es aber **ohnehin keiner Behandlung der Begründetheit** der Klage, so dass der Erlass eines Zwischenurteils sinnlos ist (vgl. BVerwG, Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr. 9 = BeckRS 1978, 00755 Rn. 58 und BVerwGE 65, 27 = NVwZ 1982, 372; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.11.2011 – 10 B 14/11, BeckRS 2011, 56447; Wolff in SoDan/Ziekow, Kommentar zur VwGO, 4. Aufl., § 109 Rn. 11; Clausing in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 29. EL Oktober 2015, § 109 Rn. 5; Unger in Gärditz, VwGO, § 109 Rn. 12; Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl., § 109 Rn. 4).“ (OVG Koblenz aaO.)

Der Erlass eines somit nicht zulässigen Zwischenurteils (einer sog. **inkorrekten Entscheidung**) muss zu dessen Aufhebung führen.

II. Entscheidung des OVG über Zulässigkeit der Klage

Der Kläger begehrt jedoch nicht nur die bloße Aufhebung des angefochtenen Zwischenurteils wegen der Formverfehlung, sondern er beantragt zusätzlich, dass das OVG die Klage für zulässig erklärt. Dieses Begehren müsste zulässig und begründet sein.

1. Zulässigkeit

Innerhalb des Berufungsantrags prüft das OVG den Streitfall in gleichem Umfang wie das VG (vgl. § 128 S. 1 VwGO). Es ist daher nicht auf die bloße Heilung des Verfahrensfehlers beschränkt, sondern hat, wie zuvor das VG, auch über die Zulässigkeitsfrage zu entscheiden.

„Dem Senat stehen danach grundsätzlich **zwei Möglichkeiten** der Entscheidung zur Verfügung: Wenn er die Klage für unzulässig hält, muss das **Zwischenurteil aufgehoben** und die Klage **durch Prozessurteil als unzulässig abgewiesen** werden (BGHZ 173, 374 = NJW 2008, 373 = GRUR 2008, 93). Kommt der Senat hingegen zu der Überzeugung, dass die **Klage zulässig** ist, muss das **Zwischenurteil aufgehoben** und **festgestellt werden, dass die Klage zulässig ist**.

Dem Senat ist es, darauf soll zur Klarstellung hingewiesen werden, **verwehrt**, nunmehr selbst **auch über die Begründetheit zu entscheiden**. Die Grenzen der Nachprüfung durch den Senat werden, wie ausgeführt, gem. § 128 S. 1 VwGO durch den Urteilsausspruch der erstinstanzlichen Entscheidung bestimmt. Das **VG hat aber allein über die Zulässigkeit befunden**, so dass das Verfahren auch nur insoweit in der zweiten Instanz nachgeprüft werden kann. Mit der Abänderung des angefochtenen Urteils wird daher die Streitsache, die bis auf den Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Klage weiter beim VG anhängig geblieben ist, dort nun (wieder) insgesamt anhängig (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.11.2011 – 10 B 14/11, BeckRS 2011, 56447).

Es liegt auch mit der **Entscheidungsform des Zwischenurteils nicht etwa eine bloße Falschbezeichnung** eines in Wahrheit beabsichtigten Prozessurteils vor. Aus dem Inhalt der Entscheidungsgründe des angegriffenen Zwischenurteils, wo u.a. ausgeführt wird, dass den Bet. Gelegenheit gegeben werden solle, „...sich zunächst argumentativ allein auf die Frage der Zulässigkeit zu konzentrieren und dies im Instanzenzug vorab klären zu lassen ...“ und aus dem Umstand, dass die Kostenentscheidung der Endentscheidung vorbehalten worden ist, folgt vielmehr, dass das VG von einem **Zwischenstreit über die Zulässigkeit ausgegangen** ist und gerade **kein Endurteil erlassen wollte**.“ (OVG Koblenz aaO.)

Der Antrag ist damit zulässig.

2. Begründetheit

Der Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit der Klage ist begründet, wenn das OVG die Zulässigkeit dem entsprechend feststellen kann. Das VG hatte die Unzulässigkeit der Klage mit der Verwirkung der nachbarlichen Abwehrposition begründet. Dem Nachbarn war die Baugenehmigung nicht zugestellt worden, so dass ihm gegenüber demgemäß auch keine Rechtsbehelfsbelehrung erteilt wurde. Es gilt daher im dann aber auch nicht Jahresfrist des § 58 II VwGO, sondern die Klage ist bis zu Grenze der Verwirkung möglich. Fraglich ist, ob eine solche Verwirkung hier eingetreten ist.

a) Keine längere Untätigkeit nach Kenntnis der Rechtsbeeinträchtigung

„Zunächst steht außer Streit, dass die **Jahresfrist nicht unbeachtet** geblieben ist. Es liegen aber auch keine ausreichenden Anhaltspunkte vor, die **neben dem Zeitablauf** die Annahme des **Entstehens einer Vertrauensgrundlage** bei der Beigel. rechtfertigen könnten.

Bei der Feststellung, ob seit der Möglichkeit der Geltendmachung der Rechte des Kl. **längere Zeit verstrichen** gewesen ist und **besondere Umstände hinzugetreten** sind, die die verspätete Geltendmachung als **Verstoß gegen Treu und Glauben** erscheinen lassen, hatte der Senat in den Gründen der genannten Beschlüsse auch auf Umstände vor Erlass der Genehmigung vom 29.01.2013 und aus dem Zeitraum von Januar 2013 bis zum Erlass der Genehmigung vom 17.09.2013 abgestellt und war dabei davon ausgegangen, dass es sich bei dem Bescheid vom 17.09.2013 um einen bloßen Änderungsbescheid handele. Nach den nunmehr vorliegenden Erkenntnissen beinhaltet der **Genehmigungsbescheid** vom 17.09.2013 aber **nicht nur eine bloße Änderung** der der Beigel. für den Bau und Betrieb von drei Anlagen anderen Typs (insbesondere mit einer anderen Nabenhöhe und Flügellänge) am gleichen Standort erteilten Genehmigung vom 29.01.2013. Zwar hatte die Beigel. mit Ihrem Antrag vom 01.03.2013 einen „Änderungsantrag nach § 16 BImSchG zur Genehmigung eines Anlagenwechsels“ begehrt, sie hatte jedoch **vollständig neue Antragsunterlagen** vorgelegt. Jedenfalls aber hat die Bekl. nicht eine Änderung des Bescheides vom 29.01.2013 verfügt, sondern, worauf das VG zu Recht hingewiesen hat, unter dem 17.09.2013 eine **neue, eigenständige (Voll-)Genehmigung erteilt**. Bei dieser Sachlage kommt Umständen im Zusammenhang mit dem Erlass der Genehmigung vom 29.01.2013 keine wesentliche Bedeutung mehr zu. Geht man von einer – nach dem hier unterstellten rechtlichen Maßstab bestehenden – Obliegenheit des Kl. aus, ungesäumt Widerspruch einzulegen, muss zwar auch die gesamte Vorgeschichte der hier streitigen drei Windenergieanlagen beginnend mit den Sitzungen des Beirats für Naturschutz in den Blick genommen werden. Ein **Erlöschen des Abwehrrechts** des Kl. kann aber **nur auf einer länger andauernden Untätigkeit** nach dem Erlass der Genehmigung vom 17.09.2013 beruhen, wobei auf das **Erkennen oder Kennenmüssen** der von der Errichtung der drei Windenergieanlagen ausgehenden **Rechtsbeeinträchtigungen** abzustellen ist. Gleiches gilt für die materielle Verwirkung: Ein die Verwirkung auslösendes Verhalten des Kl., das bei der beigeladenen Genehmigungsinhaberin die Vorstellung begründet haben könnte, dass diese ihr Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben würde, kann nur im Zeitraum nach Erlass der Genehmigung vom 17.09.2013 aufgetreten sein. (OVG Koblenz aaO.)

b) Kein Vertrauen bei eigener Anfechtung des Adressaten

„Der Senat hatte mit seinen genannten Beschlüssen ferner nicht berücksichtigt, dass die Beigel. mit Schreiben vom 15.10.2013 selbst Widerspruch gegen den Genehmigungsbescheid vom 17.09.2013 eingelegt und mit Schriftsatz vom 15.11.2013 begründet hat. Dabei **wandte sie sich gegen die dem Genehmigungsbescheid** „...zur Sicherstellung der Genehmigungsvoraussetzungen ...“ (vgl. Nr. 12 des Bescheides) **beigefügten Auflagen** zum Schutz von Anliegern gegen Lärm, zum Schutz von Fledermäusen und Kranichen und gegen Auflagen betreffend die Rodungsmaßnahmen. Auf diesen Widerspruch erging u.a. zum Zeitpunkt der Rodungen unter dem 31.07.2014 ein **Teilabhilfebescheid**, teilweise – zum Fledermaus- und Kranichschutz – hat die Beigel. ihren Widerspruch mit Schreiben vom 19.08.2014 zurückgenommen und **zu weiteren Punkten** hat der Kreisrechtsausschuss den **Widerspruch durch Widerspruchsbescheid** vom 04.02.2015 **zurückgewiesen**. War somit für den hier in den Blick zu nehmenden Zeitraum zwischen dem 17.09.2013 (Erlass der Genehmigung) und dem 07.08.2014 (Einlegung des Widerspruchs) in **für die Wahrnehmung der Aufgaben des Kl. wesentlichen Punkten unklar, welchen Inhalt die Genehmigung letztendlich haben würde**, konnte bei der Genehmigungsbehörde und der Beigel. kein Vertrauen darauf entstehen, dass der Kl. auf eine Widerspruchseinlegung gem. § 2 IV UmwRG verzichten wolle. Es musste vielmehr damit gerechnet werden, dass der Kl. vernünftigerweise abwarten und seine Entscheidung, ob er Widerspruch einlegt – nach einer ihm zuzubilligenden Überlegungsfrist – erst dann treffen wird, wenn feststeht, welchen Inhalt die Genehmigung letztendlich haben soll.“ (OVG Koblenz aaO.)

c) Kein unfares Ergebnis

„Wenn nach alledem Verwirkung nicht angenommen werden kann, so handelt es sich entgegen dem Einwand der Beigel. auch nicht um ein „unfares“ Ergebnis. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Beigel. die Windenergieanlagen errichtet hat, obwohl die Genehmigung dem Kl. nicht bekanntgegeben und auch nicht öffentlich bekannt gemacht worden ist. Da auch keine Äußerung des Kl. zur Sache vorlag, hat die Beigel. in unklarer Lage unter Hinnahme des Risikos gehandelt, dass der Kl. doch noch einen Rechtsbehelf einlegen würde.“ (OVG Koblenz aaO.)

Das OVG hat folglich das Zwischenurteil aufgehoben und die Zulässigkeit der Klage festgestellt, über deren Begründetheit nun das VG zu entscheiden hat.

VwGO
§ 80 b I 1, II

**Fortdauer der aufschiebenden Wirkung
Verwaltungsakt mit Doppelwirkung**

VerwProzR

(OVG Magdeburg in NVwZ-RR 2016, 806; Urteil vom 08.03.2016 – 2 R 135/15)

1. Bei einem **Verwaltungsakt mit Doppelwirkung**, der den Adressaten zugleich begünstigt und belastet, wie dies bei einer Genehmigung mit Nebenbestimmungen der Fall ist, tritt die **aufschiebende Wirkung** in dem **Umfang** ein, **in dem die Teilanfechtung zulässig** ist.
2. Allein die **Zulassung des Rechtsmittels** genügt für die Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage nach § 80 b II VwGO nicht, vielmehr ist das **Interesse** an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts mit dem Interesse des Ast. an der aufschiebenden Wirkung der Klage **abzuwägen**.
3. Ist es wegen der **Komplexität der Sach- und Rechtsfragen** nicht möglich, die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache wenigstens summarisch zu beurteilen, so sind – wie im Verfahren nach § 80 V VwGO – allein die **einander gegenüberstehenden Interessen** unter Berücksichtigung der mit der Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung einerseits und deren Ablehnung andererseits verbundenen Folgen **zu gewichten**.

Fall: Mit Bescheid vom 07.05.2012 erteilte der Ag. der Ast. eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die wesentliche Änderung von zwei Windkraftanlagen, die unter Nr. 6.1 folgende naturschutzrechtliche Nebenbestimmungen enthielt:

„Die Anlagen sind während des überregionalen Zuggeschehens von Fledermäusen während des Frühjahrszuges im Monat Mai (01.05. – 31.05.) eines jeden Jahres und während des Herbstzuges im Zeitraum vom 20.07. bis 20.09. eines jeden Jahres, jeweils eine Stunde vor der Abenddämmerung bis 1 Stunde nach der Morgendämmerung abzuschalten (S. 1). Die Abschaltung der WKA entfällt bei Windgeschwindigkeiten über 8 m/s (in Nabenhöhe gemessen) und an regenreichen Tagen (S. 2). Die Abschaltzeiten sind zu dokumentieren (elektronischer Datenspeicher sowie Papierausdruck der Daten) (S. 3). Die Abschaltzeiten sind jeweils am Jahresende der zuständigen Überwachungsbehörde als Papierausdruck vorzulegen (S. 4).“

Auf die von der Ast. erhobene Klage, mit der sie die Aufhebung dieser Nebenbestimmung und hilfsweise die Verpflichtung des Ag. zur Erteilung der Genehmigung ohne diese Nebenbestimmung begehrt hat, hat das VG Nr. 6.1 Sätze 3 und 4 der Nebenbestimmungen aufgehoben. Ferner hat es den Ag. verpflichtet, über den Genehmigungsantrag der Ast. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden und den Genehmigungsbescheid aufgehoben, soweit er dem entgegensteht. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Auf den Antrag der Ast. hat der Senat die Berufung gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil wegen besonderer rechtlicher Schwierigkeiten der Rechtssache zugelassen. Die Frist zur Begründung der Berufung hat der Vorsitzende auf Antrag der Ast. zuletzt bis zum 31.03.2016 verlängert. Bereits am 28.09.2015 hat die Ast. die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage beantragt. Wird der Antrag Erfolg haben?

Der Antrag der Antragstellerin auf Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der mit dem Hauptantrag verfolgten Anfechtungsklage gegen die Sätze 1 und 2 der Nebenbestimmung in Nr. 6.1 der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 07.05.2012 wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Antrags

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Bei einer Genehmigung nach Immissionsschutzrecht handelt es sich ohne weiteres um öffentliches Recht. Da auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist die Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlich. Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO ist damit eröffnet.

2. Statthaftigkeit des Antrags

Nach § 80 b I 1 VwGO endet die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs und der Anfechtungsklage mit der Unanfechtbarkeit oder, wenn die Anfechtungsklage im ersten Rechtszug abgewiesen worden ist, drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist des gegen die abweisende Entscheidung gegebenen Rechtsmittels.

Gemäß § 80 b II VwGO kann das OVG auf Antrag anordnen, dass die aufschiebende Wirkung fort dauert.

a) Abweisung einer Anfechtungsklage in der Hauptsache

„§ 80 b II VwGO setzt damit voraus, dass in der **Hauptsache eine Anfechtungsklage abgewiesen** worden ist. Dies ist hier der Fall. Das VG hat im Urteil vom 26.08.2014 die mit dem Hauptantrag verfolgte **isolierte Anfechtungsklage** gegen die Sätze 1 und 2 der der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 07.05.2012 beigefügten Nebenbestimmung Nr. 6.1 **als unbegründet abgewiesen**, weil nicht feststehe, dass die der Kl. erteilte Genehmigung auch ohne eine artenschutzrechtliche Nebenbestimmung zum Schutz der Fledermäuse rechtmäßig sei.“ (OVG Magdeburg aaO.)

b) Aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage

Voraussetzung für die Statthaftigkeit des Antrags auf Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach § 80 b II VwGO ist weiter, dass die **Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung (gehabt) hat**.

„Denn nur dann kann ihre aufschiebende Wirkung nach § 80 b I 1 VwGO entfallen und die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach § 80 b II VwGO angeordnet werden (vgl. VGH München, Beschl. v. 25.09.2014 – 10 ZB 14.1475, BeckRS 2015, 47046 Rn. 10, m.w.N.). Auch diese Voraussetzung ist hier erfüllt.

Die Anfechtungsklage gegen die streitige Nebenbestimmung hat aufschiebende Wirkung gehabt. Bei einem **Verwaltungsakt mit Doppelwirkung**, der den Adressaten zugleich begünstigt und belastet, wie dies bei einer Genehmigung mit Nebenbestimmungen der Fall ist, tritt die **aufschiebende Wirkung in dem Umfang ein, in dem die Teilanfechtung zulässig** ist, mit der Folge, dass von der Begünstigung uneingeschränkt Gebrauch gemacht werden darf (Schoch in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 49 m.w.N.; vgl. auch Puttler in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 80 Rn. 24). Nach der Rechtsprechung des BVerwG (BVerwGE 112, 221 [224] = NVwZ 2001, 429) ist **gegen belastende Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts die Anfechtungsklage gegeben**; ob diese zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann, ist eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Anfechtungsbegehrens, sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet. Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier nicht vor.“ (OVG Magdeburg aaO.)

c) Vorheriges Ende der aufschiebenden Wirkung

„Der Zulässigkeit des Antrags nach § 80 b II VwGO steht auch nicht entgegen, dass die aufschiebende Wirkung der Klage **bereits vor Antragstellung geendet** hat. Die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach § 80 b II VwGO kann sowohl nachträglich beantragt als auch nachträglich angeordnet werden (vgl. BVerwGE 129, 58 [63] = NVwZ 2007, 1097 Rn. 13; OVG Magdeburg, Beschl. v. 18.08.2015 – 2 R 116/17, BeckRS 2016, 49520 Rn. 5, m.w.N.).“ (OVG Magdeburg aaO.)

d) Rechtsschutzbedürfnis

Es muss auch weiterhin Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag nach § 80 b II VwGO bestehen.

„Die **aufschiebende Wirkung der Klage endete** hier am 03.02.2015, da die gesetzliche Frist zur Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung gem. § 124 a IV 4 VwGO zwei Monate nach der am 03.09.2014 erfolgten Zustellung des Urteils am 03.11.2014 abgelaufen ist. Der **Antrag auf Zulassung der Berufung** nach § 124 a IV VwGO ist i.S.d. § 80 b I VwGO als ein Rechtsmittel **anzusehen** (Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl., § 80 b Rn. 7; Puttler in Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 80 b Rn. 13; OVG Magdeburg, Beschl. v. 18.08.2015 – 2 R 116/15, BeckRS 2016, 49520 Rn. 5, m.w.N.). Das Rechtsschutzinteresse an dem Antrag nach § 80 b II VwGO fehlte entgegen der Annahme des Ag. auch nicht deshalb, weil nach § 124 a IV 6 VwGO die **Stellung des Zulassungsantrags die Rechtskraft des Urteils hemmt**. Der in dieser Vorschrift normierte Suspensiveffekt (Hemmungswirkung) bedeutet, dass der Zulassungsantrag den Eintritt der formellen und materiellen Rechtskraft der angefochtenen gerichtlichen Entscheidung hemmt; **davon zu unterscheiden ist die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage** (vgl. Rudisile in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Vorb. § 124 Rn. 1).

Die Zulassung der Berufung durch den Beschluss des Senats vom 17.11.2015 führt nicht dazu, dass nunmehr für das Ende der aufschiebenden Wirkung der Klage die Berufungsbegründungsfrist des § 124 a VI 1 VwGO maßgeblich wäre. Der Senat vermag auch **nicht zu erkennen**, weshalb sich der **Antrag nach § 80 b II VwGO durch die Zulassung der Berufung erledigt** haben soll. Die Zulassung der Berufung ändert an dem in § 80 b I VwGO normierten Wegfall der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage nichts.

Das Fehlen des Rechtsschutzinteresses lässt sich entgegen der Auffassung des Ag. auch nicht damit begründen, dass er **zu keiner Zeit beabsichtigt** habe, die Nebenbestimmung zu vollziehen, sich vielmehr der Ansicht des VG gebeugt habe, dass die Nebenbestimmung in dieser Gestalt rechtswidrig sei und das Urteil in diesem Umfang auch nicht angefochten habe. Ein Rechtsschutzinteresse für einen

Antrag nach § 80 b II VwGO ist dann zu bejahen, wenn sich die **kraft Gesetzes erloschene aufschiebende Wirkung der Klage** – sofern der Ag. die Vollziehung nicht selbst bis zur Unanfechtbarkeit des Bescheides aussetzt – **nur auf dem Weg über eine solche gerichtliche Entscheidung herstellen lässt und die aufschiebende Wirkung der Klage dem Ast. auf jeden Fall eine günstigere Rechtsposition vermittelt** (vgl. BVerwG, NVwZ 2011, 1342 Rn. 8). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Der Ag. hat – auch nach einer Anfrage des Berichterstatters im vorliegenden Verfahren – **keine Erklärung des Inhalts abgegeben**, dass er die **angegriffene Nebenbestimmung bis zu ihrer Unanfechtbarkeit nicht vollziehen** werde. Der Umstand, dass er das Urteil nicht angegriffen hat, soweit er zur Neubescheidung über den Genehmigungsantrag der Ast. verpflichtet worden ist, vermag nichts daran zu ändern, dass die Ast. nach dem Wegfall der aufschiebenden Wirkung der isolierten Anfechtungsklage gegen die Sätze 1 und 2 der in Rede stehenden Nebenbestimmung nicht mehr befugt ist, die Windenergieanlagen während der verfügbaren Abschaltzeiten zu betreiben. Dem entsprechend kann, auch wenn die Bet. zwischenzeitlich über eine gütliche Lösung verhandelt haben, auch keine Rede davon sein, dass die Ast. den Antrag rechtsmissbräuchlich gestellt hat.“ (OVG Magdeburg aaO.)

Der Antrag ist damit zulässig.

II. Begründetheit des Antrags

1. Anforderungen an Begründetheit

„Für die Entscheidung über einen Antrag nach § 80 b II VwGO gelten **die gleichen Grundsätze wie für eine Entscheidung nach § 80 V VwGO**; dies folgt schon aus der Anordnung der entsprechenden Anwendung von § 80 V VwGO in § 80 b III VwGO (BVerwG, NVwZ 2011, 1342, Rn. 9; OVG Magdeburg, Beschl. v. 18.08.2015 – 2 R 116/15, BeckRS 2016, 49520 Rn. 6 m.w.N.). Allein die **Zulassung des Rechtsmittels genügt für die Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage nicht**, vielmehr ist das Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts mit dem Interesse des Ast. an der aufschiebenden Wirkung der Klage abzuwägen; denn der **maßgebende Grund für die zeitliche Begrenzung** der aufschiebenden Wirkung durch § 80 b I VwGO war die Auffassung, dass es, wenn eine **Anfechtungsklage im ersten Rechtszug nach eingehender Prüfung des Rechtsschutzbegehrens keinen Erfolg hat**, in der Regel nicht gerechtfertigt sei, dass die aufschiebende Wirkung auch noch während eines eventuellen Rechtsmittelverfahrens fortdauert (vgl. BVerwGE 129, 58 = NVwZ 2007, 1097 Rn. 14). Ist es **wegen der Komplexität der Sach- und Rechtsfragen nicht möglich, die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs** in der Hauptsache wenigstens **summarisch zu beurteilen**, so sind – wie im Verfahren nach § 80 V VwGO (vgl. dazu BVerwG, NVwZ-RR 2015, 250 Rn. 8) – **allein die einander gegenüberstehenden Interessen unter Berücksichtigung der mit der Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung einerseits und deren Ablehnung andererseits verbundenen Folgen zu gewichten**. Diese Grundsätze gelten auch für die isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts.“ (OVG Magdeburg aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

„Eine solche Gewichtung ist hier vorzunehmen, weil die **Erfolgsaussichten** der mit dem Hauptantrag verfolgten isolierten Anfechtungsklage gegen die Sätze 1 und 2 der in Rede stehenden Nebenbestimmung 6.1 nach Zulassung der Berufung **wegen besonderer rechtlicher Schwierigkeiten der Rechtssache offen** sind.

Dabei **überwiegt das öffentliche Interesse an der Vollziehbarkeit der angegriffenen Nebenbestimmung** das Interesse der Ast. an der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage. Denn die Folgen, die eintreten, wenn durch den Betrieb der beiden Windenergieanlagen während der verfügbaren Abschaltzeiten eine **nicht unbedeutende Zahl von Fledermäusen zu Tode kommen, wiegen schwerer als die von der Ast. ins Feld geführten wirtschaftlichen Einbußen**, die sie – ohne nähere Darlegung – auf jährlich etwa 67.000 € geschätzt hat. Zutreffend weist der Ag. darauf hin, dass eine gegen § 44 I Nr. 1 BNatSchG verstoßende Tötung einer möglicherweise nicht unerheblichen Zahl von Fledermäusen nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte. Demgegenüber kann, wenn sich die streitige Nebenbestimmung im Hauptsacheverfahren als (insgesamt) rechtswidrig erweisen sollte, ein der Ast. entstehender wirtschaftlicher Schaden ersetzt werden.“ (OVG Magdeburg aaO.)

Kurzauslese II

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

ZPO
§ 51

**Prozessführungsbefugnis bei abgetretener Forderung
Gewillkürte Prozessstandschaft**

ZivilProzR

(BGH in MDR 2016, 1279; Urteil vom 24.08.2016 – VIII ZR 182/15)

Ein **rechtsschutzwürdiges Eigeninteresse** des Zedenten einer unentgeltlich abgetretenen Forderung, diese im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft gerichtlich geltend zu machen, wird **durch sein bloßes Interesse an einer technischen Erleichterung der Prozessführung nicht begründet**.

I. Voraussetzungen für eine gewillkürte Prozessstandschaft

„Nach der Rechtsprechung des BGH setzt eine gewillkürte Prozessstandschaft eine **wirksame Ermächtigung** des Prozessstandschafters zur gerichtlichen Verfolgung der Ansprüche des Rechtsinhabers sowie ein **eigenes schutzwürdiges Interesse des Ermächtigten** an dieser Rechtsverfolgung voraus. Ein solches ist gegeben, wenn die Entscheidung Einfluss auf die eigene Rechtslage hat, und kann auch wirtschaftlicher Natur sein (vgl. ... BGH, Urt. v. 11.05.2016 – XII ZR 147/14 – Rn. 16, MDR 2016, 759 = WM 2016, 1302). Diese Sachurteilsvoraussetzungen [sind] ... **in jeder Lage des Verfahrens**, auch in der Revisionsinstanz, **von Amts wegen zu prüfen**. vgl. BGH v. 11.05.2016, aaO., m.w.N.“ (BGH aaO.)

II. Anwendung auf den Fall

„Auch wenn der Zeuge H., der **mit der Prozessführung durch die Klägerin ersichtlich einverstanden** ist, diese durch konkludentes Handeln dazu ermächtigt haben mag, fehlt es an einem **rechtsschutzwürdigen Eigeninteresse** der Klägerin an der Prozessführung. Zwar kann auch der Verkäufer einer Forderung ein eigenes berechtigtes Interesse daran haben, die abgetretene Forderung gerichtlich geltend zu machen (vgl. BGH, Urt. v. 03.11.1978 – I ZR 150/76, MDR 1979, 288 = NJW 1979, 924 unter II 2; v. 23.09.1993 – III ZR 54/92, MDR 1994, 777 = NVwZ 1994, 405 unter I; Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., Vor § 50 Rn. 49). Die Klägerin hat dem Zeugen H. ihre Rechte aus vorgenommenen eBay-Geschäften jedoch nicht verkauft, sondern **unentgeltlich übertragen**.

Ein berechtigtes Interesse der Klägerin an der Prozessführung ergibt sich auch nicht, wie das Berufungsgericht möglicherweise gemeint hat, aus der von ihr in erster Instanz erklärten Bereitschaft zu einem Klägerwechsel, sofern der Beklagte dem zustimme. Auch wenn es nicht zu einem von der Klägerin unter Umständen beabsichtigten Parteiwechsel auf Klägerseite gekommen ist, begründet eine bloße technische Erleichterung ihrer weiteren Prozessführung noch kein rechtsschutzwürdiges Eigeninteresse (vgl. BGH, Urt. v. 05.02.2009 – III ZR 164/08 – Rz. 21, MDR 2009, 582 = NJW 2009, 1213 = in BGHZ 179, 329 nicht abgedr.).“ (BGH aaO.)

ZPO
§ 139 IV

**Umfang der gerichtlichen Hinweispflicht
Anforderungen im Anwaltsprozess**

ZivilProzR

(OLG Bamberg in NJW 2016, 3315; Urteil vom 18.08.2016 – 1 U 24/16)

Fall: Der Kl. macht gegen die Bekl. Ansprüche aus einer Krankentagegeldversicherung wegen behaupteter Arbeitsunfähigkeit geltend. Mit Verfügung vom 08.09.2015 wies das LG darauf hin, dass es bezüglich der Schlüssigkeit der Klage derzeit an einem entsprechenden Sachvortrag zur konkreten Ausgestaltung der letzten beruflichen Tätigkeit des Kl. fehle. Der Kl. ergänzte daraufhin mit Schriftsatz seiner Rechtsanwälte vom 24.09.2015 die Angaben zu seiner beruflichen Tätigkeit.

Im Termin vor dem LG Coburg vom 08.12.2015 gab das Gericht folgenden Hinweis: „Das Gericht weist auf die prozessrechtlichen Bedenken gegen die Erfolgsaussicht der Klage hin, die bereits schriftsätzlich zur Darlegung der Arbeit des Kl. diskutiert wurden und sich des Weiteren daraus ergeben, dass der getätigte Vortrag bestritten wurde.“

Der Klägerevertreter erklärte daraufhin: „Soweit aus Sicht des Gerichts nicht vollständig vorgetragen wurde, wird erneut um einen richterlichen Hinweis gebeten.“

Das LG Coburg (erteilte keinen weiteren Hinweis, sondern wies mit Endurteil die Klage ab.

„Das LG hat sich darauf gestützt, der Kl. habe die tatsächlichen Voraussetzungen der von ihm behaupteten Arbeitsunfähigkeit weder schlüssig dargelegt noch unter Beweis gestellt. Darin sieht die Berufung mit Recht eine **unzulässige Überraschungsentscheidung**.

Die Vorschrift des Art. 103 I GG gewährleistet dem an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten das Recht, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern. Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügende Gewährung des rechtlichen Gehörs setzt voraus, dass der Verfahrensbeteiligte bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt **erkennen konnte, auf welche Gesichtspunkte es bei der Entscheidung möglicherweise ankommt**. Ein Gericht verstößt gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs, wenn es ohne vorherigen Hinweis (§ 139 I ZPO) Anforderungen an den Sachvortrag stellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbevollmächtigter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (BGH, NJW 2008, 1742 = NZM 2008, 401).

Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 I GG im vorliegenden Fall verletzt. Mit Erfolg rügt die Berufung, dass das LG seiner **richterlichen Hinweispflicht im Termin vom 08.12.2015 nicht genügt** hat.

Das LG hat in der Terminsverfügung vom 08.09.2015 zunächst zu Recht darauf hingewiesen, dass es **bezüglich der Schlüssigkeit der Klage an einem entsprechenden Vortrag** zur konkreten beruflichen Tätigkeit des Kl. **fehlt**. Der Kl. hat mit Schriftsatz seiner

Rechtsanwälte vom 24.09.2015 daraufhin ergänzend zu der beruflichen Tätigkeit des Kl. vorgetragen. Im Termin vor dem LG Coburg vom 08.12.2015 hat das Gericht sodann folgenden Hinweis erteilt:

„Das Gericht weist auf die prozessrechtlichen Bedenken gegen die Erfolgsaussicht der Klage hin, die bereits schriftsätzlich zur Darlegung der Arbeit des Kl. diskutiert wurden und sich des Weiteren daraus ergeben, dass der getätigte Vortrag bestritten wurde.“

Der Klägervertreter erklärte daraufhin am Ende der Sitzung:

„Soweit aus Sicht des Gerichts nicht vollständig vorgetragen wurde, wird erneut um einen richterlichen Hinweis gebeten.“

Ein weiterer Hinweis des Gerichts ist daraufhin nicht erfolgt. Die Hinweise nach § 139 ZPO müssen aktenkundig gemacht werden (§ 139 IV ZPO). In der Akte ist ein weiterer Hinweis nicht enthalten.

Das Gericht erfüllt seine Hinweispflicht nicht, wenn es **lediglich allgemeine und pauschale Hinweise** erteilt. Es muss die Parteien vielmehr **auf den fehlenden Sachvortrag**, den es als entscheidungserheblich ansieht, **unmissverständlich hinweisen** und ihnen die Möglichkeit eröffnen, ihren **Vortrag sachdienlich zu ergänzen**. Ein richterlicher Hinweis erfüllt nur dann seinen Zweck, Unklarheiten, Unvollständigigkeiten und Irrtümer auszuräumen, wenn er gezielt und konkret die einzelnen Mängel anspricht, die das Gericht als entscheidungserheblich ansieht (stRspr, vgl. BGH, VersR 2015, 210 = BeckRS 2013, 18555; NJW-RR 2013, 655 = NZBau 2013, 433). Diese Hinweispflicht des Gerichts besteht **auch im Anwaltsprozess** (BGH, NJW-RR 1993, 569 = MDR 1993, 469 = NJW 1993, 2319 Ls.).

Den dargestellten Anforderungen genügt der im Termin vom 08.12.2015 protokollierte Hinweis nicht. Aus dem Hinweis ist **nicht erkennbar**, was das Gericht von dem Klägervertreter **konkret an ergänzenden Darlegungen** zur Tätigkeit des Kl. erwartet. Der Klägervertreter hatte seinen Vortrag zur Tätigkeit des Kl. zuvor mit Schriftsatz vom 24.09.2015 bereits konkretisiert. Das Gericht hätte vor diesem Hintergrund ausführen müssen, was es konkret von dem Klägervertreter noch erwartet und in welchen Punkten es die Darlegungen hinsichtlich der Tätigkeit des Kl. noch als ergänzungsbedürftig erachtet.

In Anbetracht dessen, dass der Klägervertreter am Ende der Sitzung um einen **erneuten Hinweis zur Ergänzungsbedürftigkeit seines Vortrags gebeten** hat für den Fall, dass aus Sicht des Gerichts nicht vollständig vorgetragen wurde, musste der Kl. nicht damit rechnen, dass seine Klage ohne erneuten Hinweis wegen mangelnder Schlüssigkeit abgewiesen werden würde. Vielmehr durfte der Kl. mit dem ausdrücklich von ihm erbetenen erneuten Hinweis rechnen. Die Abweisung der Klage stellt vor dem Hintergrund, dass der ausdrücklich erbetene Hinweis seitens des Gerichts nicht erfolgt ist, eine unzulässige Überraschungsentscheidung dar.

Das Gericht hätte daher die im Termin vom 08.12.2015 geschlossene mündliche Verhandlung wiedereröffnen (§ 156 II Nr. 1 ZPO) und den vom Kl. erbetenen Hinweis erteilen müssen. Darüber hinaus hätte es die Klageerweiterung vom 09.12.2015 an die Gegenseite zustellen müssen. Der erforderliche Gerichtskostenvorschuss war eingezahlt.

Da das angefochtene Urteil an einem wesentlichen Verfahrensmangel leidet und aufgrund dieses Mangels eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme erforderlich ist, war die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückzuverweisen (§ 538 II Nr. 1 ZPO).“ (OLG Bamberg aaO.)

ZPO
§§ 574 II, 522

Folgenbeseitigung nach Facebook Eintrag Berufungssumme

ZivilProzR

(BGH in NJW 2016, 3380; Beschluss vom 16.08.2016 – VI ZB 17/16)

1. Weist das Berufungsgericht die Berufung gem. § 522 II ZPO zurück, obwohl es die Berufung wegen Nichterreichens des Beschwerdewerts des § 511 II Nr. 1 ZPO für unzulässig erachtet hat, ist die Rechtsbeschwerde gem. § 522 I 4 ZPO statthaft.
2. Für die Bemessung des Beschwerdewerts eines Berufungsantrags auf Unterlassung eines Eintrags in Facebook, in dem ein minderjähriges Kind beleidigt wird, kommt es nicht nur auf die Breitenwirkung des Eintrags an, sondern auch auf die Wirkung der beleidigenden Äußerungen auf das Kind selbst. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Kind ein Recht auf ungehinderte Entfaltung seiner Persönlichkeit und ungestörte kindgemäße Entwicklung hat.
3. Der Antrag auf Veröffentlichung von Rubrum und Unterlassungstenor auf Facebook ist auf Folgenbeseitigung gerichtet, die als selbstständige Rechtsfolge neben die Verpflichtung zur Unterlassung hinzutritt. Ihm kommt daher ein eigener Wert zu, der mit dem Wert des Unterlassungsantrags gem. § 5 ZPO zusammenzurechnen ist.

OWiG
§ 51 III 1

Zustellungsvollmacht Verhältnis von Fiktion und rechtsgeschäftlicher Erteilung

StrafVerfR

(KG in NJW 2016, 3320; Beschluss vom 17.06.2016 – 3 Ws (B) 217/16 – 162 Ss 55/16)

1. Die Feststellung, ob zum Zeitpunkt der Zustellung an den Verteidiger eine ihm **rechtsgeschäftlich erteilte Zustellungsvollmacht** vorlag, beurteilt sich im Einzelfall nach den **Gesamtumständen** und dem Auftreten des Rechtsanwalts im Verfahren.
2. Der Feststellung der **Heilung einer fehlerhaften Zustellung** nach § 189 ZPO, die den tatsächlichen Zugang voraussetzt, kann der Verteidiger nicht mit dem Hinweis auf eine **papierlose Bearbeitung von Bußgeldsachen** innerhalb der Kanzlei erfolgreich begegnen.

Fall: Der Polizeipräsident hatte durch Bußgeldbescheid vom 07.08.2014 gegen den Betr. wegen einer fahrlässigen Geschwindigkeitsüberschreitung eine Geldbuße in Höhe von 260 € festgesetzt, ein Fahrverbot von 1 Monat angeordnet und eine Wirksamkeitsbestimmung nach § 25 II a StVG getroffen. Auf seinen dagegen gerichteten, auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten Einspruch, verurteilte das AG den Betr. am 23.07.2015 zu einer Geldbuße i. H. v. 400 € unter Wegfall des Fahrverbotes. Gegen dieses Urteil legte die StA Rechtsbeschwerde ein, die wegen des fehlerhaften Absehens von der Anordnung eines Fahrverbotes Erfolg hatte. Mit Urteil vom 28.01.2016 setzte das AG eine Geldbuße von 200 € sowie ein Fahrverbot von 1 Monat fest und traf eine Wirksamkeitsbestimmung nach § 25 IIA StVG. Die Rechtsbeschwerde des Betr. blieb ohne Erfolg.

„Das RechtsbeschwGer. hat von Amts wegen zu prüfen, ob ein **Verfahrenshindernis** vorliegt. Die Prüfung erfolgt im **Freibeweisverfahren mit allen verfügbaren und zulässigen Erkenntnisquellen** (BGHSt 16, 164 [166] = NJW 1961, 1979). Zutreffend weist der Verteidiger daraufhin, dass der Zweifelssatz jedenfalls für den Nachweis der Verjährung gilt (BGHSt 18, 274 [278] = NJW 1963, 1209 – für die Rechtzeitigkeit des Strafantrages). ... Die **Anwendung des Zweifelssatzes** [erfordert jedoch] konkrete tatsächliche Umstände. Ist ... [hingegen] die Überzeugung des Gerichts von den verfahrenserheblichen Tatsachen frei von unüberwindbaren Zweifeln, kommt dieser Grundsatz nicht zum Tragen (Fischer, in: KK-StPO 7. Aufl., Einl. Rn 62). So liegt der Fall hier.

Die Ordnungswidrigkeit ist nicht verjährt. Die **dreimonatige Verjährungsfrist** (§ 26 III 1. Alt. StVG) der am 12.06.2014 begangenen Ordnungswidrigkeit ist am 07.08.2014 gem. § 33 I 1 Nr. 9 OWiG **unterbrochen** worden. An diesem Tag erging der Bußgeldbescheid, der RA X am 12.08.2014 und somit innerhalb von 2 Wochen nach dessen Erlass **wirksam zugestellt** wurde.

Der Wirksamkeit der Zustellung steht nicht entgegen, dass sich **zum Zeitpunkt der Zustellung in dieser Sache nur eine sog. Blankovollmacht**, die u. a. den bevollmächtigten RA nicht erkennen lässt, bei den Akten befand. ...

Der Verteidigung ist nur insoweit zustimmen, als dass es fraglich erscheint, ob die **Wirkung des § 51 III 1 OWiG** – die gesetzliche Fiktion einer Zustellungsmacht – bei Zustellung des Bußgeldbescheides an den Verteidiger auch dann eintreten kann, wenn sich entgegen dem Gesetzeswortlaut **vor Zustellung eine dem Verteidiger durch den Betr. eindeutig erteilte Vollmacht nicht in der Akte** befindet.

§ 51 III 1 OWiG enthält eine Sonderregelung für die Zustellungen der Verwaltungsbehörde und bestimmt den gewählten **Verteidiger kraft Gesetzes zum ermächtigten Zustellungsbevollmächtigten** des Betr. und zwar unabhängig davon, ob der Betr. ihm eine solche Zustellungsvollmacht rechtsgeschäftlich erteilt hat. Diese gesetzliche Fiktion stellt eine ordnungsgemäße Zustellung von Entscheidungen unabhängig und damit in der **Wirkung auch gegen den Willen des Betr.** sicher, weil der Verteidiger in diesem Fall nicht der Beistand des Betr., sondern dessen gesetzlich bestimmter Vertreter ist (vgl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20.04.2016 – 1 Ws 40/16 – juris Rn 8 – zu § 145 a StPO; OLG Stuttgart, NSStz 2001, 24 f m.w.N.).

Die mit dieser Fiktion für den Betr. verbundene Wirkung führt dazu, dass diese **Vorschrift nicht geeignet** erscheint, **großzügig** – auch durch konkludentes Verhalten – **ausgelegt zu werden** (vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 20.05.2003 – 2 Ss (OWi) 15/03 I 72/03 – juris Rn 6 ff.). Im Interesse der Rechtssicherheit und – Klarheit muss die in § 51 III 1 OWiG geforderte Eindeutigkeit des Zustellungsadressaten gewährleistet sein.

Der Senat sieht aber keine Veranlassung diese Frage abschließend zu klären, weil eine **wirksame Zustellung an den Wahlverteidiger** auch auf Grund einer diesem vor der Zustellung erteilten rechtsgeschäftlichen Zustellungsvollmacht **möglich und zulässig** war.

In der Rspr. ist allgemein anerkannt, dass eine **wirksame Zustellung nicht nur auf Grund einer gesetzlichen Zustellungsvollmacht**, sondern **auch auf Grund einer rechtsgeschäftliche Zustellungsvollmacht** erfolgen kann (vgl. BGH, NSStz 1997, 293; BayObLG, NJW 2004, 1263 f; Senat, VRS 125, 230; NSStz-RR 2015, 226; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 08.10.2015 – 2 (7) Ss Bs 467/15-AK 146/15 – juris Rn 12; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20.04.2016 – 1 Ws 40/16 – juris Rn 8; OLG Braunschweig, Beschl. v. 13.05.2013 – 1 Ss (OWi) 83/13 – juris Rn 10; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 145 a Rn 2 a; Laufhütte/Willnow, in: KK-StPO, 7. Aufl., § 145 a Rn 1). Ob eine solche rechtsgeschäftliche Vollmacht vorlag ... ist im Einzelfall aus der Gesamtheit der erkennbaren Umstände sowie dem Auftreten des Rechtsanwaltes im Verfahren zu schließen (vgl. OLG Zweibrücken, Beschl. v. 06.01.2016 – 1 OWi 1 Ss Bs – juris Rn 5). Dabei kommt es nur darauf an, ob die Vollmacht tatsächlich zum Zeitpunkt der Zustellung bestand, d. h., ob sie vom Vollmachtgeber tatsächlich erteilt worden ist (vgl. Senat, VRS 125, 230; NSStz-RR 2015, 226 ...). Aus den aus den Akten ersichtlichen Gesamtumständen ergibt sich, dass der Betr. RA X am 3. Juli 2014 in dieser Sache eine rechtsgeschäftliche Zustellungsvollmacht erteilt hatte. [wird ausgeführt]“ (KG aaO.)

GG **Anforderungen an eine menschenwürdige Unterbringung** **StrafVollstrR**
Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III **Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit**

(BVerfG in NJW 2016, 3228; Beschluss vom 20.05.2016 – 1 BvR 3359/14)

Fall: Der Bf. befand sich zusammen mit drei weiteren Mitgefangenen über einen Zeitraum von circa sechs Monaten in Strafhaft. Er behauptet, in zwei identisch beschaffenen Hafträumen untergebracht gewesen zu sein, die jeweils eine Gesamtgrundfläche von 16 m² und eine vom übrigen Haftraum baulich abgetrennte Toilette aufgewiesen hätten. Unter Berufung auf menschenunwürdige Haftbedingungen beantragte der Bf. die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine Amtshaftungsklage gegen den Freistaat Bayern. Das LG Augsburg lehnte die begehrte Prozesskostenhilfe mit der Begründung ab, der Bf. sei nicht menschenunwürdig untergebracht gewesen; das OLG München wies die sofortige Beschwerde zurück. Auf die Verfassungsbeschwerde hin stellte die Kammer fest, dass die angefochtenen Beschlüsse den Bf. in seinem Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit aus Art. 3 I i.V.m. Art 20 III GG verletzen.

I. Gewährleistungsinhalt der Rechtsschutzgleichheit aus Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG

„Die Gewährleistung der Rechtsschutzgleichheit aus Art. 3 I i.V.m. Art. 20 III GG gebietet eine **weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes** (vgl. BVerfGE 9, 124 [130 f.] = NJW 1959, 715; stRspr). Zwar ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, die Gewährung von Prozesskostenhilfe davon abhängig zu machen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erscheint. Die **Prüfung der Erfolgsaussichten** soll jedoch **nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung selbst in das summarische Verfahren der Prozesskostenhilfe zu verlagern** und dieses an die Stelle des Haupt-sacheverfahrens treten zu lassen. Das Prozesskostenhilfverfahren will den Rechtsschutz, den der Rechtsstaatsgrundsatz erfordert, nämlich nicht selbst bieten, sondern ihn erst zugänglich machen (vgl. BVerfGE 81, 347 [357] = NJW 1991, 413).“ (BVerfG aaO.)

II. Keine Entscheidung über ungeklärte Fragen im Prozesskostenhilfverfahren

„Danach dürfen bislang **ungeklärte Rechts- und Tatfragen nicht im Prozesskostenhilfverfahren entschieden** werden, sondern müssen auch von Unbemittelten einer prozessualen Klärung zugeführt werden können. Dabei muss Prozesskostenhilfe nicht immer schon dann gewährt werden, wenn die entscheidungserhebliche Rechtsfrage noch nicht höchstrichterlich geklärt ist. Die Ablehnung von Prozesskostenhilfe kann ungeachtet des Fehlens einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung gerechtfertigt sein, wenn die **Rechtsfrage** angesichts der gesetzlichen Regelung oder im Hinblick auf Auslegungshilfen, die von bereits vorliegender Rechtsprechung bereitgestellt werden, **ohne Schwierigkeiten beantwortet** werden kann. Ist dies jedoch nicht der Fall und steht eine höchstrichterliche Klärung noch aus, so ist es mit dem Gebot der Rechtsschutzgleichheit nicht zu vereinbaren, der unbemittelten Partei wegen fehlender Erfolgsaussichten ihres Begehrens Prozesskostenhilfe vorzuenthalten (vgl. BVerfGE

81, 347 [359] = NJW 1991, 413). Ansonsten würde der unbemittelten Partei im Gegensatz zu der bemittelten die Möglichkeit genommen, ihren Rechtsstandpunkt im Hauptsacheverfahren darzustellen (vgl. BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NVwZ 2006, 1156 [1157]; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 2008, 1060 [1061]; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW-RR 2011, 1043 [1044] und Beschl. v. 07.11.2011 – 1 BvR 1403/09, BeckRS 2011, 56799).“ (BVerfG aaO.)

III. Anwendung auf den Fall

Die Prozesskostenhilfe hätte daher im vorliegenden Fall nur abgelehnt werden können, wenn eine Verletzung der Menschenwürde durch die Haftbedingungen tatsächlich und rechtlich eindeutig ausgeschlossen ist.

1. Anforderungen an menschenwürdige Haftbedingungen

„Im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung sind LG wie OLG im Ansatz davon ausgegangen, dass die **Frage nach der Menschenwürdigkeit der Unterbringung** von Strafgefangenen von **einer Gesamtschau der tatsächlichen, die Haftsituation bestimmenden Umstände** abhängt, wobei als Faktoren in räumlicher Hinsicht in erster Linie die **Bodenfläche pro Gefangenen** und die **Situation der sanitären Anlagen**, namentlich die Abtrennung und Belüftung der Toilette, zu beachten sind (vgl. nur BVerfG [3. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 14.07.2015 – 1 BvR 1332/14, BeckRS 2016, 51437) und als die Haftsituation mildernde oder verschärfende Merkmale der **Umfang der täglichen Einschlusszeiten** und die **Belegdichte** des Haftraums Berücksichtigung finden.“ (BVerfG aaO.)

2. Keine abschließende Klärung der Fragen

„Die Frage, wie diese Faktoren zu bewerten sind und insbesondere, ob oder unter welchen Bedingungen – wie es die angegriffenen Entscheidungen für ausreichend halten – auch eine **anteilige Grundfläche von nur 4 m² pro Strafgefangenen** den Anforderungen der Menschenwürdegarantie genügen kann, ist in der Rechtsprechung **nicht geklärt und wirft Zweifelstragen auf**.“ (BVerfG aaO.)

a) Größe der Haftzelle

„Allerdings lässt sich die Frage, wann die räumlichen Verhältnisse in einer Strafanstalt derart beengt sind, dass die Unterbringung eines Gefangenen dessen Menschenwürde verletzt, nach der Rechtsprechung des BGH nicht abstrakt-generell klären, sondern muss der tatrichterlichen Beurteilung überlassen bleiben (beispielhaft BGHZ 198, 1 = NJW 2013, 3176). Danach kann es die **Klärung eines verfassungsmäßigen Raummindestsolls** im Sinne schematisch festgelegter allgemeiner Maßzahlen nicht geben (vgl. BGH, NJW-RR 2010, 1465). Dies stellt jedoch nicht in Frage, dass es für die Anforderungen an menschenwürdige Haftbedingungen der Herausbildung auch übergreifender Grundsätze und Unterscheidungsmerkmale bedarf, die sowohl den Betroffenen als auch den Behörden Kriterien an die Hand geben, die die Beurteilung der Menschenwürdigkeit der Unterbringung hinreichend vorhersehbar machen. Diese Anforderungen sind zurzeit nicht geklärt und werden von den Gerichten verschieden beurteilt.

So setzt die **obergerichtliche Rechtsprechung** – wie das OLG selbst herausstellt – bei mehrfach belegten Hafträumen zum Teil **Regelwerte von 6 m², zum Teil auch von 7 m² Bodenfläche pro Gefangenen** an. Deren Unterschreitung wird zum Teil als Menschenwürdeverletzung beurteilt, wenn zugleich die **Toilette nicht abgetrennt bzw. nicht gesondert entlüftet** ist (vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW 2003, 2843 [2845]; OLG Hamburg, Urt. v. 14.01.2005 – 1 U 43/04, BeckRS 2011, 17215; OLG Koblenz, Urt. v. 15.03.2006 – 1 U 1286/05, BeckRS 2006, 04320). In anderen Fällen haben Fachgerichte eine Verletzung der Menschenwürde unabhängig hiervon **allein wegen der Unterschreitung eines gewissen Bodenflächenmaßes** bejaht, da die räumliche Enge eine Bewegung und Entfaltung der Gefangenen nicht erlaube (so OLG Frankfurt a. M., NStZ-RR 2005, 155 [156]: Menschenwürdeverletzung bei 3,84 m² pro Gefangenen in Mehrfachbelegung bei abgetrennter Toilette; OLG Schleswig, Urt. v. 19.06.2008 – 11 U 24/07, BeckRS 2009, 15929: 3,75 m² pro Gefangenen bei hinzukommender Erschwernis der nicht abgetrennten Toilette). Das OLG Hamm und das OLG Düsseldorf setzen einen **fixen Schwellenwert von 5 m² Grundfläche pro Gefangenen** an, dessen Unterschreitung ungeachtet anderer Parameter eine Menschenwürdeverletzung bedinge (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.11.2011 – I-18 W 31/11, BeckRS 2015, 04595; OLG Hamm, Urt. v. 29.09.2010 – I-11 U 88/08, BeckRS 2010, 25719; Urt. v. 18.03.2009 – 11 U 88/08, BeckRS 2009, 08493; NStZ-RR 2009, 326). Bezüglich der Unterbringung in einem Einzelhaftraum hat der **BerlVerfGH** eine längere Unterbringung in einem **5,25 m² messenden Einzelhaftraum ohne abgetrennte Toilette** für menschenwürdewidrig befunden und das Hauptaugenmerk auf die beengte Haftsituation gelegt (vgl. BerlVerfGH, LKV 2010, 26). Angesichts der Rechtsprechung (weitere Nachweise in BVerfGK 12, 417 [420 f.] = BeckRS 2007, 28264 sowie BGHZ 198, 1 [4 f.] = NJW 2013, 3176) kann nicht als geklärt gelten, dass und unter welchen Umständen eine Haftraumfläche wie hier von etwa 4 m² den Erfordernissen der Menschenwürdegarantie des gemeinschaftlich untergebrachten Strafgefangenen entspricht.“ (BVerfG aaO.)

b) Verhältnis zu Art. 3 EMRK

„**Ungeklärt** ist auch die Frage des **Verhältnisses der Anforderungen aus Art. 1 I GG zu denen aus Art. 3 EMRK**. Der EGMR ist, bezogen auf das Verbot der Folter, der unmenschlichen oder erniedrigenden Bestrafungen oder Behandlung nach Art. 3 EMRK, von einem Richtwert von 4 m² Grundfläche pro Gefangenen ausgegangen (EGMR, EuGRZ 2008, 21 Rn. 57 f. – Testa Kroatien). Für erniedrigende Haftbedingungen spricht eine starke Vermutung, wenn ein **Häftling nicht über 3 m² Grundfläche** verfügt (vgl. EGMR, NVwZ-RR 2013, 284 [288] – Ananyev ua/Russland [Piloturteil]). Der BGH hat betont, dass die **Anforderungen des Grundgesetzes höher** sind (vgl. BGHZ 198, 1 [6 f.] = NJW 2013, 3176). Damit ist die hier zu entscheidende Rechtsfrage aber auch im Verhältnis zwischen Grundgesetz und EMRK fachgerichtlich ungeklärt.“ (BVerfG aaO.)

c) Gemeinschaftsunterbringung

„**In der Rechtsprechung der Fachgerichte weitgehend offen** ist auch die vom Bf. aufgeworfene Frage nach der Beurteilung einer Haftsituation durch die **gemeinschaftliche Unterbringung** auf engem Raum. Zwar hat der BGH entschieden, dass in der bloßen Tatsache einer – auch rechtswidrigen – Gemeinschaftsunterbringung nicht ohne weiteres ein Verstoß gegen die Menschenwürde liegt (BGH, NJW 2006, 3572; vgl. zur Gemeinschaftshaft auch EGMR, NVwZ 2005, 303 [304 f.] – Kalashnikov/Russland). Damit ist jedoch nicht geklärt, ob und unter welchen Umständen die Eigenheiten der **Zwangsgemeinschaft** im Einzelfall besondere Nachteile darstellen können. Offen ist bislang, wie sich die bei höherer Belegzahl auf geringem Raum auftretenden Stress- und Konfliktsituationen und die Anforderungen an eine **unabdingbare Privatsphäre** auf den Raumbedarf auswirken und welches Gewicht – auch ausgleichend – weitere Faktoren, wie etwa Einschlusszeiten, haben.“ (BVerfG aaO.)

3. Ergebnis

„Indem LG und OLG der beabsichtigten Amtshaftungsklage ungeachtet dieser ungeklärten Rechtsfragen die Erfolgsaussicht von vornherein abgesprochen und **Prozesskostenhilfe verweigert** haben, haben sie den **Anspruch des Bf. auf Rechtsschutzgleichheit verletzt**. Die für die Beurteilung des Begehrens des Bf. maßgeblichen Rechtsfragen durften nicht in das Prozesskostenhilfverfahren vorverlagert werden, sondern bedürfen einer Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren, die es dem Bf. auch ermöglicht, diese gegebenenfalls einer höchstrichterlichen Klärung zuzuführen.“ (BVerfG aaO.)

VwGO
§ 106

Vollstreckung aus Vergleich
Vorherige Zustellung des Titels

VerwProzR

(VGH München in NVwZ-RR 2016, 679; Beschluss vom 15.03.2016 – 9 C 15.2497)

Maßnahmen der Zwangsvollstreckung erfordern bei einem Vergleich, der durch schriftlichen Vorschlag des Gerichts gemäß § 106 Satz 2 VwGO zustande gekommen ist, die vorherige Zustellung einer Ausfertigung des Vergleichs an den Vollstreckungsschuldner mit dem Zusatz, dass der förmliche Vergleichsvorschlag des Gerichts durch die schriftlichen Erklärungen der Beteiligten angenommen worden ist.

VwGO
§ 47 II 1

Antragsfrist für Normenkontrollverfahren
Jahresfrist auch bei funktionslosem Bebauungsplan

VwProzR

(BVerwG in NVwZ 2016, 1481; Urteil vom 06.04.2016 – 4 CN 3/15)

Die Regelung in § 47 II 1 VwGO, wonach der Normenkontrollantrag nur **innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung** der Rechtsvorschrift gestellt werden kann, gilt auch dann, wenn der Ast. geltend macht, eine städtebauliche Satzung i.S.v. § 47 I Nr. 1 VwGO – hier: ein Bebauungsplan – sei nach ihrer **Bekanntmachung wegen Funktionslosigkeit unwirksam** geworden.

Fall: Gegenstand des Normenkontrollverfahrens ist der am 21.11.1983 bekannt gemachte (Teil-)Bebauungsplan Nr. 185 I „Unterer Wöhrd, Teilbereich zwischen Wöhrdstraße, Proskestraße, Maiffeistraße und Donau-Nordarm“ der Ag. Der Ast. ist Eigentümer eines außerhalb des Plangebiets liegenden Grundstücks. Er macht geltend, dass der Bebauungsplan funktionslos geworden sei und beantragt am 26.07.2013, den Bebauungsplan für unwirksam zu erklären. Ist der Antrag zulässig?

„Nach § 47 I Nr. 1 VwGO entscheidet das OVG im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit **auf Antrag über die Gültigkeit von Satzungen**, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs erlassen worden sind. Der Senat hat im Beschluss vom 29.06.2015 – 4 BN 31/14 (NVwZ 2015, 1542) auf eine entsprechende Grundsatzrüge entschieden, dass die **Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO**, die durch das Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21.12.2006 (BGBl. I 2006, 3316) auf ein Jahr verkürzt worden ist, **auch dann gilt und durch die Bekanntmachung ausgelöst** wird, wenn der Ast. feststellen lassen will, dass eine Rechtsvorschrift i.S.d. § 47 I Nr. 2 VwGO nach ihrer **Bekanntmachung wegen Funktionslosigkeit unwirksam** geworden sei. In dem Beschluss heißt es (Rn. 5–8):

„Der VGH hat sich zur Begründung seiner Auffassung, dass die Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO auf den Normenkontrollantrag der Ast. anwendbar und bereits seit Jahren verstrichen sei, auf den Beschluss des 7. Senats des BVerwG vom 22.7.2013 – 7 BN 1/13 (Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 187 = NVwZ 2013, 1547) gestützt. In diesem Beschluss (Rn. 9 ff.) hat sich der 7. Senat dahingehend festgelegt, dass die Regelung in § 47 II 1 VwGO, wonach der **Normenkontrollantrag innerhalb eines Jahres** nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift gestellt werden kann, jedenfalls für Normenkontrollanträge nach § 47 I Nr. 2 VwGO **auch dann** gelte, wenn der Ast. geltend macht, die **Rechtsvorschrift sei erst nach ihrer Bekanntmachung infolge einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse rechtswidrig** geworden. Die in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum umstrittene, in der Rechtsprechung des 4. Senats (BVerwGE 108, 71 [75] = NVwZ 1999, 986 = NJW 1999, 3650 Ls.) bisher offengelassene Frage, welche Bedeutung dem Fristfordernis im Fall von Normenkontrollanträgen nach § 47 I Nr. 1 VwGO zukommt, wenn die **Feststellung der Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans** beantragt wird, hat er demgegenüber **ausdrücklich unentschieden gelassen**.

Um eine Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 2 VwGO geht es auch im vorliegenden Fall, weil die **Baumschutzverordnung**, gegen die sich die Ast. wendet, **eine andere im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift** im Sinne dieser Regelung ist. Anders als in der Entscheidung des 7. Senats des BVerwG (BVerwGE 108, 71 = NVwZ 1999, 986 = NJW 1999, 3650 Ls. = ZfBR 1999, 155) beruft sich die Ast. vorliegend allerdings auf die **nachträgliche Funktionslosigkeit** der von ihr angegriffenen Baumschutzverordnung. Der VGH hat jedoch angenommen, die Rechtsprechung des 7. Senats des BVerwG beanspruche auch insofern Geltung; der Fall der Funktionslosigkeit einer Rechtsvorschrift i.S.d. § 47 I Nr. 2 VwGO sei mit demjenigen der nachträglichen Rechtswidrigkeit ‚insoweit vergleichbar‘. Dass diese Annahme zutrifft, liegt auf der Hand und bedarf nicht der Bestätigung in einem Revisionsverfahren.

Einer **Nichtanwendung des Fristfordernisses für nachträglich rechtswidrig gewordene Rechtsvorschriften** hat der 7. Senat (Rn. 10) bereits mit Blick auf den Wortlaut des § 47 II 1 VwGO eine **Absage erteilt** und hierbei hervorgehoben, dass dies unabhängig davon gelte, welche Gründe für die Unwirksamkeit der Rechtsnorm der Ast. geltend macht. Das weitere Argument (Rn. 11), auch den Gesetzgebungsmaterialien könnten keine Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung des Fristfordernisses entnommen werden, im Gegenteil sei die Einführung der Antragsfrist und ihre nachfolgende Verkürzung als Beleg für die Vorstellung des Gesetzgebers anzusehen, dass die **prinzipale Normenkontrolle nur in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Erlass der Rechtsvorschrift zulässig** sein soll, greift ebenfalls unabhängig von der Art der geltend gemachten nachträglichen Unwirksamkeitsgründe. Auf **funktionslos gewordene Rechtsnormen** übertragbar ist ferner die Überlegung (Rn. 12), auch **Sinn und Zweck** der Normenkontrolle **rechtfertigten es nicht**, das Fristfordernis auf Anträge, mit denen die nachträglich eingetretene Rechtswidrigkeit einer Rechtsnorm geltend gemacht wird, **nicht anzuwenden**, obwohl das Fristfordernis dazu führe, dass ein nachträgliches Rechtswidrigwerden mit einem Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO in aller Regel nicht geltend gemacht werden könne. Gleiches gilt für die Erwägung (Rn. 13), den **Anforderungen des effektiven Rechtsschutzes** (Art. 19 IV GG) sei genügt, weil die Gerichte im Rahmen der bestehenden Klagemöglichkeiten die Wirksamkeit einer Rechtsvorschrift, soweit entscheidungserheblich, auch nach Ablauf der Jahresfrist des § 47 II 1 VwGO inzident prüfen müssten. Die Begründung (Rn. 14) schließlich, die durch die Nichtanwendung einer Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO entstehende Lücke könne im Wege der Rechtsfortbildung nicht ohne Weiteres geschlossen werden, weil insbesondere im Falle einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse unklar sei, durch welches Ereignis die Frist (erneut) in Lauf gesetzt

werden sollte und auch der Prüfungsmaßstab zu modifizieren wäre, ist gerade für funktionslos gewordene Rechtsnormen paradigmatisch. Alles zusammengenommen hat der VGH deshalb zu Recht angenommen, dass auf der Grundlage der Entscheidung des 7. Senats auch im vorliegenden Fall von der Unzulässigkeit des Normenkontrollantrags wegen Verfristung auszugehen ist.

Gründe, die eine erneute Befassung des BVerwG mit den aufgeworfenen Fragen erforderlich machen könnten (vgl. hierzu BVerwG, NJW 1998, 1330 Ls. = Buchholz 310 § 58 VwGO Nr. 67 = NVwZ 1997, 1211), namentlich neue Gesichtspunkte, die in der Entscheidung des 7. Senats nicht angesprochen sind, **legt die Beschwerde nicht dar**. Nach Ablauf der Jahresfrist sind Rechtsschutzsuchende generell auf die **Möglichkeit einer inzidenten verwaltungsgerichtlichen Überprüfung** entscheidungserheblicher untergesetzlicher Rechtsnormen i.S.v. § 47 I Nr. 2 VwGO zu verweisen. Soweit dies in den ‚äußerst seltenen Fällen‘ funktionslos gewordener Rechtsnormen dazu führen wird, dass die Feststellung der Unwirksamkeit infolge Funktionslosigkeit im Rahmen der prinzipialen verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ‚in aller Regel‘ nicht möglich sein wird (BVerwGE 108, 71 [75 f.] = NVwZ 1999, 986 = NJW 1999, 3650 Ls.), ist dies als Folge der gesetzgeberischen Entscheidung hinzunehmen. **Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht** (BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 187 = NVwZ 2013, 1547 Rn. 13).“

Diese **Erwägungen sind auf städtebauliche Satzungen** nach § 47 I Nr. 1 VwGO und damit auf Bebauungspläne **übertragbar**. Ob dem VGH darin zu folgen ist, dass ein **funktionsloser Bebauungsplan** rechtswidrig geworden ist (UA Rn. 14 u. 16), kann offenbleiben. Selbst wenn ein funktionsloser Bebauungsplan nicht im engeren Sinne rechtswidrig sein mag, sondern als ein bis zuletzt rechtmäßiger Plan lediglich als Folge veränderter Umstände außer Kraft tritt, so ist er doch **jedenfalls unwirksam oder ungültig** (BVerwGE 108, 71 [74] = NVwZ 1999, 986 = NJW 1999, 3650 Ls.). Der **Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Rechtsvorschrift** kann aber unabhängig davon, welche Gründe für die Unwirksamkeit der Ast. vorbringt, **nur innerhalb der Frist des § 47 II 1 VwGO** gestellt werden (BVerwG, Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 187 = NVwZ 2013, 1547).

Das Fristerfordernis führt dazu, dass der **Eintritt der Funktionslosigkeit** eines Bebauungsplans mit einem Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO **in aller Regel nicht geltend gemacht werden kann**. Diese Konsequenz darf jedoch nicht im Interesse der „prozessual sachgerechten Ausstattung“ der Rechtsfigur dadurch überspielt werden, dass die Gerichte die Antragsfrist des § 47 II 1 VwGO nicht anwenden (a. A. Steiner, NVwZ 2015, 1543 [1544]). Der Gesetzgeber hat trotz des Urteils des Senats vom 29.04.1977 – 4 C 39/75 (BVerwGE 54, 5 [11] = NJW 1977, 2325), in dem die Voraussetzungen für das Außerkrafttreten eines Bebauungsplans wegen Funktionslosigkeit definiert worden sind, den Beginn der durch das 6. VwGO-Änderungsgesetz eingeführten und durch das Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte verkürzten Antragsfrist an den Zeitpunkt der Bekanntmachung des Bebauungsplans geknüpft. Diese bewusste gesetzgeberische Entscheidung ist zu respektieren.

Der **Wortlaut** des § 47 II 1 VwGO und der **Wille des Gesetzgebers verbieten es** auch, die **Antragsfrist mit dem Eintritt der Funktionslosigkeit** der untergesetzlichen Rechtsvorschrift **beginnen zu lassen** (so aber Brohm, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2002, § 16 Rn. 4). Hinzu kommt, dass sich der Zeitpunkt, zu dem die tatsächlichen Verhältnisse einen Zustand erreicht haben, der eine Verwirklichung der Festsetzungen eines Bebauungsplans auf unabsehbare Zeit ausschließt, regelmäßig nicht mit der notwendigen Genauigkeit fixieren lässt.“ (BVerwG aaO.)

ASOG Bln
§ 41 I 2

**Herausgabe einer sichergestellten Sache
Unmöglichkeit**

POR

(OVG Berlin-Brandenburg in NVwZ RR 2016, 783; Beschluss vom 15.06.2016 – 1 S 21/16)

Unmöglichkeit im Sinne von § 41 I 2 BlnASOG liegt vor, wenn die Herausgabe der sichergestellten Sache tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist. Die rechtliche Unmöglichkeit erfordert einen eindeutigen Nachweis des Eigentums der anderen Person, so dass die Behörde anderenfalls die Sache „sehenden Auges“ eigentumswidrig an den Gewahrsamsinhaber (diejenige Person, bei der die Sache sichergestellt wurde) herausgäbe.

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Goebel:** Erstattungsfähige Rechtsverfolgungskosten bei Inkasso (in NJW 2016, 3332)

Mit der vorgerichtlichen Forderungsbeitreibung beauftragten Unternehmen häufig Rechtsdienstleister. Ist deren Vergütung dann erstattungsfähig? Das hängt davon ab, ob es sich um notwendige Rechtsverfolgungskosten handelt. Hierzu nimmt der Beitrag unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des BGH Stellung und bejaht die Frage der Erstattungsfähigkeit.

2. **Seibl:** Die Bestimmtheit von Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen (in NJW 2016, 3277)

Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Abbruch bzw. der Fortsetzung lebenserhaltender Maßnahmen gewinnen nicht erst seit Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.07.2009, in welchem der Gesetzgeber Vorschriften über Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten in den §§ 1901 a ff. BGB in das BGB integriert hat, zunehmend an Bedeutung. Im Mittelpunkt steht dabei der Wille des Patienten, der nach dem Willen des Gesetzgebers allein maßgeblich für eine Fortführung oder eine Einstellung der Behandlung sein soll. In der Praxis stellt sich dabei sehr häufig das Problem, den Willen des Patienten festzustellen, für den es dabei um Leben und Tod geht. Auch muss Rechtssicherheit für den Betreuer bzw. Vorsorgebevollmächtigten sowie für den behandelnden Arzt gewährleistet werden. Dies ist nicht nur zivilrechtlich, sondern auch strafrechtlich von eminenter Bedeutung.

3. **Ring:** Abgas-Manipulationssoftware und Gewährleistungsrechte der Käufer (in NJW 2016, 3121)

Der Autor beschäftigt sich mit den zivilrechtlichen Konsequenzen aus dem VW-Abgasskandal für den betroffenen Fahrzeughalter und gibt einen Überblick über die hierzu ergangene Judikatur. Untersucht wird, inwieweit der Fahrzeughalter Gewährleistungsansprüche gegen seinen Händler geltend machen kann und inwieweit wegen der so genannten Schummel Software ein Rücktritt vom Vertrag in Betracht kommt. Dabei kommt der Autor zu dem Ergebnis, dass dem Geschädigten lediglich ein Nacherfüllungsanspruch in Gestalt der Mangelbeseitigung zusteht.

II. Strafrecht

1. **Floeth:** Strafbarkeit wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in Fällen sog. Scheinselbständigkeit – Arbeitgeberstellung des «Auftraggebers» und die insoweit im Rahmen des subjektiven Tatbestandes zu stellenden Anforderungen (in NZS 2016, 771)

In jüngerer Zeit sieht sich die strafrechtliche Praxis vermehrt mit Sachverhalten konfrontiert, in denen die Beschäftigung sog. Scheinselbständiger in Rede steht und – daher – der Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt nach § 266a I, II StGB zu prüfen ist. Regelmäßig stehen in solchen Fällen dann die Frage im Mittelpunkt, ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt und der vermeintliche Auftraggeber daher – entgegen der von den Parteien vorgenommenen Einordnung – als Arbeitgeber i.S.d. § 266a StGB einzustufen ist. Die sich hieran „eigentlich“ anschließende Frage, ob der Arbeitgeber bzw. sein Vertreter i.S.d. § 14 I, II StGB auch vorsätzlich hinsichtlich der Arbeitgeberstellung handelte, wird demgegenüber nur selten vertieft.

2. **Zimmermann:** Smart-Cams im öffentlichen Raum und das deutsche Prozessrecht (in DSRITB 2016, 171)

Smart-Cams, insbesondere sog. Dash- und Body-Cams, finden auch in Deutschland zunehmende Verbreitung. Ihr Einsatz im öffentlichen (Straßen-)Raum ergibt Videos, Einzelbilder, mitunter auch Tonaufnahmen. Diese können für Gerichtsverfahren als Beweismittel von Bedeutung sein, werfen aber datenschutz- und prozessrechtliche Fragen der Beweismittelbeschaffung und Beweismittelverwertung im Rahmen der Beweiserhebung auf. Der vorliegende Beitrag unternimmt es, praktisch umsetzbare Antworten auf diese Fragen zu geben.

3. Rùthers: Meinungsfreiheit und Ehrenschtutz bei Kollektivurteilen - Zulässigkeit von Pauschalbeleidigungen (in NJW 2016, 3337)

Eines der wesentlichen Freiheitsgrundrechte ist das Grundrecht der Meinungsfreiheit, das im Einzelfall auch Äußerungen mit beleidigendem Inhalt erfasst. In diesem Fall kollidiert die Meinungsfreiheit des Äußernden mit dem Grundrecht auf Ehrenschtutz desjenigen, der Adressat der Äußerung ist. Schwierig wird die Abwägung zwischen beiden Grundrechten, wenn sich die Äußerung gegen eine Personengruppe richtet. Das BVerfG hat in drei jüngeren Entscheidungen entschieden, dass der Ehrenschtutz zurückzustehen hat, wenn die Gruppe eine bestimmte Größe hat, daher (vermeintlich) anonym ist, so dass die Ehre des einzelnen Gruppenmitglieds nicht tangiert ist. Der Autor setzt sich kritisch mit dieser Rechtsprechung auseinander.

4. Ladiges: Die räuberische Erpressung als Inhalt einer Bandenabrede? (in NStZ 2016, 646)

In der jüngeren Vergangenheit hat die Qualifikation des Raubes bzw. des Diebstahls durch die bandenmäßige Begehung gem. §§ 244 I Nr. 2, 250 I Nr. 2 StGB große Aufmerksamkeit in Rspr. und Literatur erfahren. Die Entscheidung des Großen Senats vom 22.03.2001 hat den Streit um die Mindestanzahl der Bandenmitglieder weitgehend beendet und die Diskussion u. a. auf das Tatbestandsmerkmal „Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ und die Vorfeldstrafbarkeit bei Bandentaten verlagert. Fast völlig unbeachtet blieb aber bisher eine genauere Bestimmung der Taten, auf deren Begehung die Bandenabrede gerichtet sein muss. Der Wortlaut in §§ 244 I Nr. 2, 250 I Nr. 2 StGB ist eigentlich sehr klar formuliert, die Abrede muss sich auf die fortgesetzte Begehung von „Raub oder Diebstahl“ beziehen. Fraglich ist allerdings, ob der „Raub“ nur auf § 249 StGB und dessen Qualifikationen, also §§ 250, 251 StGB, verweist oder ob auch weitere „räuberische Taten“ wie der räuberische Diebstahl nach § 252 StGB, die räuberische Erpressung nach §§ 253, 255 StGB oder der räuberische Angriff auf Kraftfahrer nach § 316 a StGB erfasst sind. In einer aktuellen Entscheidung scheint der BGH diese Frage zu bejahen, indem er für die bandenmäßige Begehung einer räuberischen Erpressung ausreichen lässt, dass die Täter einer Diebesbande angehören, denn – so der BGH – einer „Erweiterung der Bandenabrede auf die zukünftig wiederholte Begehung von Raub- bzw. räuberischen Erpressungstaten bedarf es nicht“

III. Öffentliches Recht

1. Pützenbacher/Potstada: „Alte Wege“: Das Rechtsinstitut der unvordenklichen Verjährung im Straßenrecht (in NVwZ 2016, 1615)

Auf kommunaler Ebene kommt es nicht selten vor, dass sich von der Allgemeinheit genutzte Verkehrsflächen in Privateigentum befinden. Erlangt der Privateigentümer hiervon Kenntnis, ist er oft nicht bereit, die weitere Nutzung seines Grundstücks durch die Öffentlichkeit zu dulden. Mangelt es zudem an einer ausdrücklichen straßenrechtlichen Widmung, kann oft allein das Institut der unvordenklichen Verjährung zur Klärung der Rechtsverhältnisse beitragen. Das VG Gießen hat sich vor kurzem in einer rechtskräftigen Entscheidung mit einem solchen Sachverhalt auseinandergesetzt. Dies soll zum Anlass genommen werden, das in der Rechtswissenschaft eher selten erörterte Rechtsinstitut der unvordenklichen Verjährung einmal näher zu beleuchten. Hierzu werden zunächst die Grundsätze der unvordenklichen Verjährung anhand des Hessischen Landesrechts abstrakt dargestellt. Daran anschließend wird die Entscheidung des VG Gießen zusammenfassend wiedergegeben. Abschließend wird die Frage erörtert, welche Bedeutung dem Institut in der heutigen Zeit für die Praxis zukommt.

2. Braun Binder: Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes und Bekanntgabe über Behördenportale (in DÖV 2016, S. 891)

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens wird in allen drei Verfahrensordnungen die Grundlage für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren geschaffen. Elektronische Verwaltungsakte können damit ausschließlich automationsgestützt erlassen und durch (Bereitstellung zum) Datenabruf bekannt gegeben werden. Der folgende Beitrag setzt sich kritisch mit den entsprechenden Änderungen im VwVfG auseinander und vergleicht sie mit den Parallelbestimmungen in der AO.

3. Schenk: Neue Rechtsprechung zum Verwaltungsprozessrecht (in NVwZ 2016, 1600)

Der Beitrag stellt einige bedeutsame Entscheidungen zu verwaltungsprozessrechtlichen Fragestellungen im Wesentlichen aus dem ersten Halbjahr 2016 vor.

4. Hesselbarth: Das Sachbescheidungsinteresse in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (in NVwZ 2016, 1532)

In der verwaltungsrechtlichen Praxis kommt es immer wieder vor, dass Anträge auf Zulassung eines Vorhabens speziell im bau- und umweltrechtlichen Bereich abgelehnt werden, bevor überhaupt in die Prüfung der formellen und materiellen Voraussetzungen eingestiegen wird. Begründet wird dies mit einem mangelnden (Sach-)Bescheidungsinteresse. Der Beitrag untersucht vor allem im Hinblick auf den Einfluss von zivilrechtlichen Sachverhalten, welche Anforderungen an eine Verneinung des Bescheidungsinteresses von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gestellt werden.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare / Steuerberater

1. Deichfuß: Der Anwalt als Bote (in NJW 2016, 3132)

Bestimmende Schriftsätze in gerichtlichen Verfahren, die dem Anwaltszwang unterliegen, müssen die eigenhändige Unterschrift eines Rechtsanwalts tragen, der Prozessvollmacht hat und postulationsfähig ist. Wird die Unterschrift versäumt, ist dies nur unter engen Voraussetzungen unschädlich. Aber auch eine Unterschrift des Rechtsanwalts mit dem Zusatz „i. A.“ kann fatale Folgen haben, insbesondere wenn es gilt, eine Frist zu wahren. Ein aktueller Fall gibt Anlass, die Rechtsprechung zu dieser Frage in Erinnerung zu rufen.

2. Lamminger/Ulrich/Schmieder: Überschießende Signaturerfordernisse bei elektronischem Rechtsverkehr und elektronischer Aktenführung (in NJW 2016, 3274)

Das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten soll die Akzeptanz des elektronischen Rechtsverkehrs steigern. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber die Anwendungsfälle für eine verpflichtende elektronische Signatur reduziert. Erfahrungen aus der Praxis zeigen indes: Es bestehen (weiterhin) überschießende Signaturerfordernisse. Der Beitrag beleuchtet die dabei auftretenden Problemlagen und entwickelt einen Lösungsansatz auch im Hinblick auf die eIDAS-Verordnung.

3. Zimmer: Die postmortale (Vorsorge-)Vollmacht als Ersatz für den Erbschein im Grundbuchrecht (in NJW 2016, 3341)

Der Nachweis der Verfügungsbefugnis im Grundbuchrecht erfolgt im Erbfall in der Regel durch öffentliche Urkunde, etwa Erbschein (§§ 352 ff. FamFG), Europäisches Nachlasszeugnis (Art. 62 EuErbVO), Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) oder eröffnetes öffentliches Testament (§ 2232 BGB) unter den Voraussetzungen des § 35 I GBO. Die Beschaffung derartiger Nachweise ist aber mitunter zeitintensiv und verursacht Kosten, zumal der Erbschein „nur für Grundbuchzwecke“ nicht mehr erteilt werden kann. Aus diesem Grunde wird immer häufiger der Versuch unternommen, an Stelle eines Nachweises, insbesondere durch Erbschein, über das Grundstück mit Hilfe einer Vorsorgevollmacht zu verfügen. Derartige Vorsorgevollmachten gelten nämlich oft auch „über den Tod“ hinaus. Erfüllt die Vorsorgevollmacht daneben auch die Form der öffentlichen Urkunde (§ 29 GBO), spricht zunächst nichts gegen eine Verwendung durch den Bevollmächtigten auch nach dem Tod des Vollmachtgebers, und zwar auch dann wenn die Erben bereits im Grundbuch eingetragen sind. Wegen der weiten Verbreitung derartiger Vollmachten haben sich Gerichte immer häufiger mit den Voraussetzungen und Grenzen der Verwendung dieser Vollmachten zu beschäftigen. Die zahlreichen Entscheidungen der Instanzgerichte, jüngst etwa die des OLG München, zeigen, dass die Gerichte sich im Umgang mit derartigen Vollmachten im Grundbuchverfahren immer noch schwertun. Dies betrifft nicht nur Form und Inhalt der Vollmacht, sondern, sofern sie dem Allein- oder Miterben erteilt ist, auch die sonstigen Voraussetzungen der Verwendung.

Die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nach § 35 GewO

Der Gewerbetreibende ist unzuverlässig, wenn er nach dem Gesamtbild seines Verhaltens **nicht die Gewähr dafür bietet**, dass er das von ihm ausgeübte Gewerbe in Zukunft **ordnungsgemäß ausüben** wird.

Wegen der schweren Folgen der Gewerbeuntersagung für den Gewerbetreibenden muss eine besonders verantwortliche Abwägung zwischen den für einen funktionsfähigen Wirtschaftsablauf unerlässlichen gewerbebehördlichen Maßnahmen und den Interessen des Gewerbetreibenden stattfinden. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze bedeutet die Prüfung der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit als stets eine Bewertung und Prognose im konkreten Einzelfall.

Die Prüfung der Unzuverlässigkeit ist **branchenbezogen und konkret**, d.h. sie ist im Hinblick auf die vom Gewerbetreibenden jeweils ausgeübte Tätigkeit vorzunehmen; das bedeutet, dass jeweils unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind, je nach der Art des ausgeübten Gewerbes und der Sensibilität des Bereiches für Unregelmäßigkeiten. Die vorzunehmende Bewertung im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung muss auf Tatsachen beruhen. Bloße Vermutungen hinsichtlich der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden reichen nicht aus.

Auf ein Verschulden des Gewerbetreibenden **kommt es** in diesem Zusammenhang **nicht an**. Es soll der Geschäftsverkehr geschützt, nicht das Verhalten des Gewerbetreibenden sanktioniert werden.

1. Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Die einmalige Bestrafung vermag nur dann die Unzuverlässigkeit zu begründen, wenn sie sehr schwerwiegend ist und Branchen relevant ist. Allerdings können viele kleinere Gesetzesverletzungen zur Annahme der Unzuverlässigkeit führen, wenn sie einen Hang zur Nichtbeachtung von Vorschriften erkennen lassen. Die Verwertungsverbote des § 51 BZRG sind zu beachten. Eine Begehung bei Ausübung des Gewerbes ist nicht erforderlich, es kommt lediglich darauf an, ob sie sich auf die ordnungsgemäße Gewerbeausübung auswirken.

2. Verletzung steuerlicher Pflichten

Erforderlich ist, dass der Gewerbetreibende seinen steuerlichen Pflichten längere Zeit beharrlich und nachhaltig nicht nachkommt. Allerdings kommt hier nur die Verletzung von steuerlichen Pflichten in Betracht, die mit der Gewerbeausübung in Zusammenhang stehen (Betriebssteuern).

Die öffentliche Hand ist auf den Eingang von Steuern und Abgaben angewiesen, um ihren Verpflichtungen gegenüber der Allgemeinheit genügen zu können. Die Entziehung von steuerlichen Verpflichtungen, schädigt nicht nur die Allgemeinheit, sondern führt auch zur unlauteren Verschaffung eines Vorsprungs im Wettbewerb mit denjenigen, die ihre Steuerpflichten in redlicher Weise erfüllen (BVerwG GewArchiv 82, 233).

3. Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen

Auch hier kann die Nichtentrichtung über einen längeren Zeitraum und in nicht unerheblicher Höhe die Unzuverlässigkeit begründen. Allerdings ist vor allem in diesem Zusammenhang die Teiluntersagung zunächst in Betracht zu ziehen, mit der die Beschäftigung von Arbeitnehmern untersagt werden kann.

4. Mangel wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit

Als genereller Grund für Unzuverlässigkeit umstritten, aber jedenfalls anerkannt, wenn der Gewerbebetrieb die Verwaltung fremder Vermögenswerte umfasst oder es auf die finanzielle Vertrauenswürdigkeit und Leistungsfähigkeit besonders ankommt. Teilweise wird der Nachweis wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit in den gewerberechtlichen Nebengesetzen als Erlaubnisvoraussetzung ausdrücklich gefordert.

5. Strohmannverhältnisse u.ä.

Ein Gewerbetreibender ist auch dann unzuverlässig, wenn er Dritten, welche die für die Ausübung eines Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzen, maßgeblichen Einfluss auf die Führung des Gewerbebetriebes einräumt oder auch nur nicht willens oder in der Lage ist, einen solchen Einfluss ausschalten. Der maßgebliche Einfluss eines unzuverlässigen Dritten rechtfertigt es aber nur dann, dem Betriebsinhaber das Gewerbe zu untersagen, wenn dieser Einfluss auf demselben Gebiet des betrieblichen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs zu Tage tritt, auf dem der Dritte unzuverlässig ist.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

REFERENDARPRÜFUNG

ZIVILRECHT

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

Land: Baden-Württemberg	Prüfer (mit Titel usw.) Prof. Dr. S.	Tag d. mündl. Prüfung 15.01.2016
--	---	---

Zur Person:

Prof. Dr. S. ist ein sehr beruhigender Prüfer. Er ist sehr penibel, wie auch in anderen Protokollen zuvor gesagt. Er zeigt sich verständnisvoll wenn man auf dem Schlauch steht und wirkt extrem wohlwollend. Auch lächelt er einen ab und zu mal an und gibt Anmerkungen wenn man etwas richtig oder falsch beantwortet hat. Er macht durchgehend Notizen wenn man spricht und zeigt sich sehr geduldig nachdem er eine Frage gestellt hat. Auch während der anderen Prüfungsgespräche mit den anderen Professoren hört er zu und macht sich Notizen und schaut den Prüfling während er spricht auch an. Die Benotung war fair bis wohlwollend. Wichtig: Meldungen werden nur bei Freigabe der Frage zugelassen.

Zur Prüfung:

Prof. Dr. S. hat den VW Fall geprüft. Er trug folgenden Sachverhalt vor: „Käufer K kauft im Sommer 2013 bei Händler H ein Fahrzeug des Typs VW Diesel. Im Sommer 2015 erfährt K, dass eine Software in das Kraftfahrzeug eingebaut wurde, die den Stickoxidausstoß reguliert. Der Sachverhalt dürfte bekannt sein.“

Zunächst wurde eine Mitkandidatin gefragt was K nun für Recht habe. Sie begann damit, dass K möglicherweise vertragliche Ansprüche aus § 437 BGB hat. MK stellte kurz fest, dass zwischen K und H ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB zu Stande gekommen ist. Einen Sachmangel i.S.d. § 434 I BGB hat sie wegen der Software flink bejaht, was Prof. Dr. S. hinterfragte. Er meinte daraufhin "das Auto fährt doch". Daran hat er sich auch festgebissen, was den Schwerpunkt der Prüfung bildete. MK meinte dass eine solche Software nie Vertragsbestandteil wurde, woraufhin Prof. Dr. S. meinte dass es aber nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Er meinte dass man ja vereinbart dass das Auto fahrtüchtig sein sollte wenn man zum Händler geht. MK argumentierte mit dem Umweltbewusstsein des Käufers, was aber auch nicht zufrieden stellte. Daraufhin meinte Prof. Dr. S. dass ja nichts über den Schadensausstoß vereinbart wurde. MK meinte aber dass es bei der Vereinbarung bei Vertragsschluss nicht nur darauf ankommt dass das Auto fährt sondern auch WIE es fährt. Damit gab sich Prof. Dr. S. dann zufrieden. MK 2 ging schließlich noch darauf ein dass ein Mangel i.S.d § 434 I 3 BGB vorliegt, wenn VW mit geringem Stickoxidausstoß wirbt. Daraufhin unterstellten wir, dass ein Sachmangel vorläge. Daraufhin war danach gefragt was K genau verlangen kann. K könnte Anspruch auf Neulieferung oder Nachbesserung aus § 439 I BGB haben und dass die Nacherfüllung gegenüber den anderen Rechten aus § 437 BGB vorrangig ist. Prof. Dr. S. fragte woraus sich die Vorrangigkeit ergebe. Zum einen ergibt sie sich aus dem Recht zur zweiten Andienung des Verkäufers und dieses Recht ergibt sich gesetzlich aus dem Fristsetzungserfordernis des § 323 I BGB. Daraufhin war noch gefragt, was unverhältnismäßig i.S.d 439 II BGB ist, darauf gab es in der Prüfung keine abschließende Antwort, der Kandidat argumentierte mit Prozentzahlen, womit sich Prof. Dr. S. halb zufrieden gab.

MK 3 wurde daraufhin gefragt, wo der Nacherfüllungsort liegt. Er antwortete mit § 269 BGB. Grundsätzlich nicht falsch, jedoch handelte es sich hier um einen Verbrauchsgüterkauf, sodass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie heranzuziehen ist, um den Ort zu ermitteln. Prof. Dr. S. wollte wissen wie die Richtlinie heißt. MK 3 antwortete Verbraucherrechterichtlinie, was falsch war, da sie nun Verbrauchsgüterkaufrichtlinie heißt.

Dann ergab sich noch ein Problem aus der Verjährungsfrist und es war nur kurz gefragt nach Arglist und Unternehmerregress. Es war zu klären, als was VW zu qualifizieren ist, wenn H das Auto bei VW und K das Auto bei H kauft. Verrichtungsgehilfe wurde definiert und mangels sozialer Abhängigkeit abgelehnt, ebenso wurde der Erfüllungsgehilfe definiert und abgelehnt.

Anschließend war nach weiteren Ansprüchen gefragt. Der Rücktritt wäre möglich, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist. Hier wurde gefragt, was unerheblich i.S.d § 323 BGB ist, auch darauf gab es keine abschließende oder zufriedenstellende Antwort.

Weitere Ansprüche sind § 823 I BGB wegen Eigentum, jedoch hatte K nie mangelfreies Eigentum am Kfz und § 826 BGB wegen des Vermögens des K.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

ASSESSORPRÜFUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

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

Land: Bayern	Prüfer (mit Titel usw.) VRiVG Herr E.	Tag d. mündl. Prüfung 18.05.2016
-------------------------------	--	---

Zur Person:

Herr E. ist ein sehr freundlicher Prüfer mit beruhigender Ausstrahlung, der auch gut und fair bewertet hat. Ich persönlich fand war als Prüfer wirklich ein Glücksfall. Er war auch nicht vornotenorientiert. Im öffentlichen Recht konnte ich mich stark verbessern im Vergleich zum schriftlichen Teil. Die Prüfung war an manchen Stellen wirklich schwierig, weil wir z.B. bei der Definition der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit so lange geblieben sind und letztendlich die Antwort schon da war, aber eben nicht der gesuchte Begriff, wobei wir nicht wussten, dass nur der dazu passende Begriff gesucht wurde. Ansonsten war die Prüfung aber wirklich machbar.

Zur Prüfung:

In der Passauer Altstadt finden Kutschenfahrten statt. Da dadurch Autos beschädigt, Fußgänger weggedrängt und Rettungswagen blockiert werden wird die Altstadt für Kutschen gesperrt. Dazu werden Verkehrsschilder nach § 45 I, IX StVO aufgestellt, welche die Durchfahrt für Pferdegespanne verbietet. Der Hobbykutscher H ist 13 Monate mit seiner Kutsche in der Mongolei unterwegs und kehrt dann zurück und sieht die Schilder. Was kann er dagegen unternehmen?

- Er könnte klagen.

Nun wollte Herr E. wissen, welche Klage statthaft wäre und wollte die Erfolgsaussichten der Klage geprüft haben.

Bei den Sachentscheidungsvoraussetzungen wurde § 40 I VwGO genannt und subsumiert. Die öffentlich rechtliche Streitigkeit wollte Herr E. genauer erläutert haben. Er wollte auf den Begriff der "streitentscheidenden Norm" hinaus. Es wurde erwähnt, dass keine aufdrängende Sonderzuweisung gegeben ist, z.B. § 126 BeamtG. Er wollte auch wissen welche ö-r Norm hier die streitentscheidende sei. Es wurden LStVG, VwVfG u.a. genannt. Wir hatten übersehen, dass Herr Ludwig diese bereits im Sachverhalt genannt hat. Die Zuständigkeit ließen wir aus.

In der Zulässigkeit wollte Herr E. zunächst hören, dass die Klageart sich nach dem klägerischen Begehren richtet (inkl. §§). Nun mussten wir abgrenzen, ob es sich bei dem Schild um eine Allgemeinverfügung handelt, oder eine Verordnung und was das jeweils genau ist und welche Klagearten jeweils statthaft wären. Bei der Verordnung wurden die Leistungsklage, Feststellungsklage und Normenkontrolle genannt. Dabei wollte Herr E. auf die Voraussetzungen der Normenkontrolle hinaus und was dem Landesrecht untergeordnetes Recht ist.

Nun ging es weiter mit der Anfechtungsklage, nachdem wir uns darauf geeinigt hatte, dass es sich bei dem Schild um eine Allgemeinverfügung handelt. Dazu wurde die Adressatentheorie genannt. Herr E. wollte wissen, ob auch eine Gesellschaft, die Kutschenfahrten anbietet, klagen könnte und worauf sich diese berufen könnte. Dazu wurden Art. 12, 14 und 3 GG genannt, was Herr E. sehr zu freuen schien. Dann wollte er noch wissen, ob die juristische Person auch Adressat sein könne. Art. 19 III GG wurde genannt und dass die Gesellschaft selbst aber nicht Adressat sein könne, sondern nur die Kutschenfahrer, wenn sie in die Altstadt fahren wollen.

Nun ging es noch um die Klagefrist. Also um Bekanntgabe. Hier wurde Art. 41 III BayVwVfG angesprochen (das "Bay" am VwVfG war ihm wichtig). Es wurde von einem Prüfling festgestellt, dass die Frist nicht eingehalten wurde und überlegte dann ob eine Wiedereinsetzung möglich wäre. Ein Prüfling warf noch ein, dass die Frist nicht einen Monat beträgt, sondern ein Jahr, weil keine Rechtsbehelfsbelehrung erfolgt ist, § 58 II VwGO. Für die Einhaltung der Frist wurde Art. 19 IV GG als Argument angeführt.

Bei der Begründetheit wurde zunächst der Obersatz gebildet und die Passivlegitimation nach § 78 Nr. 1 VwGO genannt. Passivlegitimiert war die Stadt.

Nun wurde die Rechtsgrundlage angesprochen: § 45 StVO.

Die formelle Rechtmäßigkeit musste nicht geprüft werden. Zur materiellen Rechtmäßigkeit wurde nur noch gesagt, dass § 45 I, IX StVO geprüft werden müssen.

Damit war die Prüfung schon vorbei.

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

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

Wie läuft das ab?

Nach der erfolgreichen Registrierung auf unserer Plattform www.juridicus.de 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



