



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

40. Jahrg.

November 2015

Heft 11

---

## Aus dem Inhalt

- BGH:** Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch
- BGH:** Ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen
- BGH:** Notwehr gegenüber Polizeimaßnahme
- BGH:** Versammlung auf privatem Betriebsgelände
- BGH:** Vergleich im schriftlichen Verfahren
- BGH:** Tatprovokation durch Polizeibeamte
- VGH Kassel:** Sicherstellung von Fahrzeugen

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

BGH:	Fiktive Reparaturkosten in der Kaskoversicherung (Voraussetzungen für Ersatzfähigkeit).....	1
------	--	---

### Zivilrecht

BGH:	Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch (Löschung im Internet abrufbarer Tatsachenbehauptungen).....	2
BGH:	Ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen (Nur Auffordern reicht nicht!).....	6

### Strafrecht

BGH:	Strafbefreiender Rücktritt vom Mordversuch (BtM-Wiederbeschaffungskriminalität).....	8
BGH:	Notwehr gegenüber Polizeimaßnahme (Rechtmäßigkeitsbegriff bei hoheitlichem Handeln).....	11

### Öffentliches Recht

BGH:	Versammlung auf privatem Betriebsgelände (Berufung auf Versammlungsfreiheit).....	16
VGH Mannheim:	Unbeplanter Innenbereich (Kleiner Beherbergungsbetrieb im reinen Wohngebiet).....	19

### Kurzauslese I

BGH:	Verhinderung der Mängelbeseitigung durch Mieter (Kein Anspruch auf Umsatzeinbuße durch Erhaltungsmaßnahmen).....	22
OLG Köln:	Rügepflicht beim Handelskauf (Lieferung an Dritten auf Weisung des Käufers).....	23
BGH:	Vorgetäuschter Eigenbedarf (Verzicht des Mieters auf Schadensersatz im Vergleich).....	23
OLG Düsseldorf:	Kinderpornografische Thumbnails (Vorsatz hinsichtlich des Besitzes).....	21
BGH:	Begriff der sexuellen Handlung (Zielrichtung unerheblich bei äußerlicher Eindeutigkeit).....	23
BGH:	Besonders schwere räuberische Erpressung (Schwere körperliche Misshandlung bei der Tat).....	24
BVerwG:	Presserechtlicher Auskunftsanspruch (Operative Vorgänge im Bereich des BND).....	24
BVerfG:	Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften (Landesrecht verstößt gegen Gewaltenteilungsgrundsatz).....	25

### Zivilrecht

BGH:	Vergleich im schriftlichen Verfahren (Formverstoß und Rechtsmissbrauch).....	27
BGH:	Verzicht auf Restschuldbefreiung (Unwirksamkeit in AGB).....	31

**Strafrecht**

BGH:	Recht auf ein faires Verfahren (Tatprovokation durch Polizeibeamte).....	35
LG Dresden:	Durchsuchung bei einem Insolvenzverwalter (Verstoß gegen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).....	39

**Öffentliches Recht**

OVG Münster:	Verwaltungsvollstreckung mittels Zwangsgeld (Mehrere Zwangsgelder).....	42
VGH Kassel:	Sicherstellung von Fahrzeugen (Dauer des hoheitlichen Gewahrsams).....	44

**Kurzauslese II**

BGH:	Gerichtsstand des Erfüllungsorts (Bindende Verweisung trotz übersehener Zuständigkeit).....	47
BGH:	Ablehnung eines Zeugen (Ungeeignetheit des Beweismittels).....	48
BVerfG:	Durchsuchung von Geschäftsräumen (Beschwerdebefugnis).....	49
OLG Hamm:	Wiederaufnahmeantrag des Verletzten (Nicht als „actus contrarius“ zum Rechtsbehelf bei Einstellungsentscheidung).....	50
LG Kiel:	Briefbeschlagnahme in der U-Haft (Folgen der Unzulässigkeit).....	50
BVerwG:	Isolierte Anfechtung der Kostenentscheidung (Umgehung des Verbots durch Rechtsmittel in der Hauptsache).....	51
VGH München:	Entscheidung trotz Ausbleibens der Beklagten (Annahme eines Verfahrensmangels).....	51
OVG Bautzen:	Veröffentlichung von Satzungen (Maßgebliche Veröffentlichungsregeln).....	52
VG Weimar:	Kosten des Widerspruchsverfahrens (Beginn der sachlichen Bearbeitung).....	52

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

<b>Übersicht:</b> Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch .....	55
--	----

**Aus der mündlichen Prüfung**

Referendarprüfung: Zivilrecht .....	57
Assessorprüfung: Öffentliches Recht .....	58

**Brandaktuell**AKB  
A.2.7.1**Fiktive Reparaturkosten in der Kaskoversicherung  
Voraussetzungen für Ersatzfähigkeit**

SR BT

(BGH in becklink 2001635; Urteil vom 11.11.2015 – IV ZR 426/14)

**Fall:** In dem Rechtsstreit begehrt der Kläger, der seinen Mercedes nach einem Unfallschaden nicht reparieren ließ, von seinem Kaskoversicherer den Ersatz der notwendigen Reparaturkosten auf Gutachtenbasis. Dabei legt er ein von ihm beauftragtes Gutachten zugrunde, in dem auf Basis der Stundenverrechnungssätze einer Mercedes-Fachwerkstatt ein Reparaturkostenaufwand von rund 9.400 € ermittelt worden ist. Der beklagte Versicherer regulierte dagegen auf der Basis eines von ihm eingeholten Gutachtens nur rund 6.400 €. Diesem Gutachten liegen die Lohnkosten einer ortsansässigen, nicht markengebundenen Fachwerkstatt zugrunde. Die Differenz von knapp 3.000 € ist Gegenstand der Klage. Hat der Kläger hierauf einen Anspruch?

Hier geht es – anders als in Verkehrsunfällen – nicht um die gesetzliche Schadenshaftung, sondern um einen vertraglichen Anspruch aus der Kaskoversicherung.

In Ziffer A.2.7.1 der dem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung (AKB) 2008 heißt es:

*"Wird das Fahrzeug beschädigt, zahlen wir die für die Reparatur erforderlichen Kosten bis zu folgenden Obergrenzen:  
a) Wird das Fahrzeug vollständig und fachgerecht repariert, zahlen wir die hierfür erforderlichen Kosten bis zur Höhe des Wiederbeschaffungswerts nach A.2.6.6, wenn Sie uns dies durch eine Rechnung nachweisen. Fehlt dieser Nachweis, zahlen wir entsprechend A.2.7.1.b. b) Wird das Fahrzeug nicht, nicht vollständig oder nicht fachgerecht repariert, zahlen wir die erforderlichen Kosten einer vollständigen Reparatur bis zur Höhe des um den Restwert verminderten Wiederbeschaffungswerts nach A.2.6.6."*

Für das gesetzliche Haftungsrecht ist mittlerweile anerkannt, dass der Geschädigte im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht grundsätzlich auf eine freie Fachwerkstatt verwiesen werden kann bzw. bei fiktiver Abrechnung auch nur deren Stundenverrechnungssätze zu Grunde zu legen sind.

Fraglich ist, ob diese Grundsätze auch auf einen vertraglichen Anspruch gegenüber der eigenen Vollkaskoversicherung übertragen werden können.

*„Der BGH hat .. bestätigt, dass in der Kaskoversicherung allein die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien maßgeblich sind und deshalb die für den Schadensersatz – also insbesondere für die Ersatzpflicht des Unfallgegners – geltenden Regelungen **nicht angewandt werden können**.*

*Er hat aber weiter entschieden, dass die Aufwendungen für die Reparatur in einer markengebundenen Werkstatt auch nach der maßgeblichen Auslegung der Versicherungsbedingungen aus Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers abhängig von den Umständen des jeweiligen Falles als "erforderliche" Kosten im Sinne der Klausel anzusehen sein können. Danach könne der Versicherungsnehmer diese Aufwendungen dann ersetzt verlangen, wenn **nur in der Markenwerkstatt** eine vollständige und fachgerechte Instandsetzung seines Fahrzeugs **möglich** ist, im Regelfall aber auch dann, wenn es sich um ein **neueres Fahrzeug** oder um ein solches handelt, das der Versicherungsnehmer bisher stets in einer markengebundenen Fachwerkstatt hat **warten und reparieren** lassen.*

*Dass eine dieser Voraussetzungen vorliegt, sei vom Versicherungsnehmer im Streitfall darzulegen und zu beweisen. Da das Berufungsgericht hierzu bislang keine Feststellungen getroffen hat, hat der BGH den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.“ (BGH aaO.)*

## Entscheidungen materielles Recht

BGB

**Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch**

SR BT

§§ 823 I, 1004 I

**Löschung im Internet abrufbarer Tatsachenbehauptungen**

(BGH in MDR 2015, 1065; Urteil vom 28.07.2015 – VI ZR 340/14)

1. Zur Beseitigung eines **Zustands fortdauernder Rufbeeinträchtigung** kann der Betroffene den Störer grundsätzlich nicht nur auf Berichtigung, sondern auch auf Löschung bzw. **Hinwirken auf Löschung rechtswidriger, im Internet abrufbarer Tatsachenbehauptungen** in Anspruch nehmen.
2. Die Löschung bzw. das Hinwirken auf Löschung im Internet abrufbarer Tatsachenbehauptungen kann im Rahmen eines Beseitigungsanspruchs nur verlangt werden, wenn und soweit die beanstandeten **Behauptungen nachweislich falsch** sind und die begehrte **Abhilfemaßnahme** unter Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen, insbesondere der Schwere der Beeinträchtigung, zur Beseitigung des Störungszustands **geeignet, erforderlich und dem Störer zumutbar** ist.
3. Als **Störer** i.S.v. § 1004 BGB ist ohne Rücksicht darauf, ob ihn ein Verschulden trifft, jeder anzusehen, der die **Störung herbeigeführt** hat oder dessen Verhalten eine Beeinträchtigung befürchten lässt. Von der Norm erfasst wird **sowohl der unmittelbare Störer**, der durch sein Verhalten selbst die Beeinträchtigung adäquat verursacht hat, **als auch der mittelbare Störer**, der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitgewirkt hat.

**Fall:** Die klagende Aktiengesellschaft nimmt den Beklagten auf Löschung von im Internet abrufbaren Äußerungen in Anspruch.

Der Beklagte ist Rechtsanwalt und war für die heute nicht mehr existierende Kanzlei Dr. S. & v. B. als freier Mitarbeiter tätig. Im Auftrag von Aktionären der Klägerin nahm er diese gerichtlich auf Erfüllung eines Vertrags über den Rückkauf von Aktien der Klägerin in Anspruch. Auf der Homepage der Kanzlei Dr. S. & v. B. wurde zeitnah über die Klageerhebung berichtet. Der Beitrag wurde später gelöscht. Vom 24.09.2010 an waren in dem Internetportal des B. e.V. und in dem Internetportal "recht\$billig" mit dem Foto des Beklagten bebilderte Beiträge abrufbar, in dem unter voller Namensnennung wie folgt über die Klageerhebung berichtet wurde:

*"Die B. e.V. Anlegerschutzkanzlei Dr. S. & v. B. hat für Aktionäre Zahlungsklage gegen die A. & L. AG in H. erhoben. Die Aktionäre fordern die Erfüllung von Kaufzusagen bezüglich ihrer Aktien durch die A. & L. AG.*

*Mit einem Emissionsprospekt warb die A. & L. AG im Jahre 2000 im Rahmen einer Kapitalerhöhung um Aktionäre. Angeboten wurden 10 Millionen Stück Aktien ohne Nennwert zum Verkaufspreis von 5 €. Die Gesellschaft wollte sich mit dem Kapital an Unternehmen in "interessanten aufstrebenden Branchen" beteiligen. Den umworbenen Anlegern wurde der baldige Börsengang zugesagt, ein Ziel, das der Alleinvorstand der Aktiengesellschaft schon bald wieder aufgab.*

*Seit 2003 wird den Aktionären der Kauf ihrer Aktien zu einem höheren Preis als dem Emissionspreis versprochen und auch vertraglich zugesichert. Der Vorstand der A. & L. AG hält die Aktionäre mit immer neuen Versprechen, wonach die Kaufabwicklung unmittelbar bevorstehe, nun schon ganze sieben Jahre hin. Hinzu kommt, dass die Aktionäre außer Hinhalteparolen keine aussagekräftigen Informationen über das Unternehmen erhalten. Mindestens seit 2003 fand weder eine Hauptversammlung statt, noch gab es Geschäftsberichte. Dividendenzahlungen blieben völlig aus. Die wahre Geschäftstätigkeit und Geschäftsentwicklung des Unternehmens wird verschleiert.*

*Die B. e.V. Anlegerschutzkanzlei Dr. S. & v. B. verfolgt mit der Klage das Ziel, dass von der A. & L. AG der bereits mehrfach zugesagte Kaufpreis für die Aktien nunmehr tatsächlich auch bezahlt wird.*

*Betroffene Investoren können sich der Interessengemeinschaft "A. & L. AG" im B. e.V. anschließen."*

Nach einer Abmahnung des Beklagten war die Berichterstattung dort nicht mehr abrufbar. Die Klägerin stellte allerdings in der Folgezeit fest, dass eine entsprechende Berichterstattung unter der Überschrift "Zahlungsklage gegen A. & L. AG erhoben" in verschiedenen anderen Internetportalen abrufbar war. Die Berichterstattung war über Suchmaschinen abrufbar.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, die Löschung des im Internet über Suchmaschinen abrufbaren Artikels vom 24.09.2010 "Zahlungsklage gegen A. & L. AG erhoben" zu bewirken, weil die dortige Darstellung falsch sei.

Hilfsweise begehrt die Klägerin den Beklagten zu verurteilen, die Löschung folgender Passagen aus dem Artikel zu bewirken:

*"Seit 2003 wird den Aktionären der Kauf ihrer Aktien zu einem höheren Preis als dem Emissionspreis versprochen und auch vertraglich zugesichert. Der Vorstand der A. & L. AG hält die Aktionäre mit immer neuen Versprechen, wonach die Kaufabwicklung unmittelbar bevorstehe, nun schon ganze sieben Jahre hin. Hinzu kommt, dass die Aktionäre außer Hinhalteparolen keine aussagekräftigen Informationen über das Unternehmen erhalten. Die wahre Geschäftstätigkeit und Geschäftsentwicklung des Unternehmens wird verschleiert."*

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Besteht ein Löschungsanspruch?

## I. Anspruch auf Löschung des gesamten Beitrags

Ein Löschungsanspruch könnte sich aus dem quasinegatorischen Unterlassungsanspruch analog §§ 1004, 823 I, II BGB i.V.m. §§ 185 ff. StGB, § 824 BGB ergeben. Danach kann ein Betroffener sich gegen unwahre Tatsachen zur Wehr setzen, die sein Ansehen in der Öffentlichkeit in unzulässiger Weise herabsetzen (vgl. BGH, Urte. v. 16.12.2014 – VI ZR 39/14 – Rn. 6 f. u. 11, MDR 2015, 150). Dieser Anspruch ist gegen den **Störer** gerichtet.

*„Er kann den Störer nicht nur gem. § 1004 I 2 BGB analog auf Unterlassung weiterer Störungen, sondern in entsprechender Anwendung von Satz 1 dieser Bestimmung auch auf **Beseitigung eines durch die unwahren Tatsachenbehauptungen geschaffenen Zustands** fortdauernder Rufbeeinträchtigung in Anspruch nehmen, der sich für ihn als eine **stetig sich erneuernde und fortwirkende Quelle der Ehrverletzung** darstellt (vgl. BGH, Urte. v. 30.11.1971 – VI ZR 115/70, BGHZ 57, 325 ff. [332 f.] = MDR 1972, 314; ... BVerfG v. 28.04.1997 – 1 BvR 765/97, AfP 1997, 619 f. ...). Eine besondere Ausprägung des Anspruchs auf Beseitigung einer durch unwahre Tatsachenbehauptungen herbeigeführten fortdauernden Rufbeeinträchtigung ist der **von der Rechtsprechung entwickelte Berichtigungsanspruch** (vgl. dazu BGH, Urte. v. 18.11.2014 – VI ZR 76/14 – Rn. 13, BGHZ 203, 239 = MDR 2015, 24 m.w.N.). Hierauf beschränkt sich der Beseitigungsanspruch aber nicht (vgl. BGH v. 30.11.1971, aaO. ...). Vielmehr kann der Betroffene den Störer zur Beseitigung eines Zustands fortdauernder Rufbeeinträchtigung **grundsätzlich auch auf Löschung bzw. Hinwirken auf Löschung** rechtswidriger, im Internet abrufbarer Tatsachenbehauptungen in Anspruch nehmen (vgl. BGH, Urte. v. 18.09.2014 – Rn. 62 ff., MDR 2015, 291 = GRUR 2015, 258 ...).“ (BGH aaO.)*

Allerdings muss die Klägerin hin beweisen, dass die beanstandeten Behauptungen nachweislich falsch.

*„Als Mittel zur Beendigung einer fortdauernden Rufbeeinträchtigung ist das im Rahmen eines Beseitigungsanspruchs geltend gemachte Löschungsbegehren allerdings **nicht von geringeren sachlich-rechtlichen und beweismäßigen Voraussetzungen abhängig** als die bisher anerkannten Rechtsbehelfe (vgl. BGH, Urte. v. 25.11.1986 – VI ZR 57/86, BGHZ 99, 133 [138] = MDR 1987, 395). Die Löschung bzw. das Hinwirken auf Löschung im Internet abrufbarer Tatsachenbehauptungen kann dementsprechend nur verlangt werden, wenn und soweit die beanstandeten **Behauptungen nachweislich falsch** sind und die **begehrte Abhilfemaßnahme** unter Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen, insbesondere der Schwere der Beeinträchtigung, zur **Beseitigung des Störungszustands geeignet, erforderlich und dem Störer zumutbar** ist (vgl. BGH, Urte. v. 18.09.2014 – I ZR 76/13 – Rn. 62 ff., MDR 2015, 291 = GRUR 2015, 258 ...).“ (BGH aaO.)*

Nach diesen Grundsätzen scheidet der Hauptantrag bereits daran, dass er weit über das Ziel hinausschießt. Eine **Löschung des gesamten** Artikels ist zum Schutze des geschäftlichen Ansehens der Klägerin vor der Fortwirkung einer etwaigen rechtswidrigen Beeinträchtigung **nicht erforderlich**.

*„Denn der Artikel enthält eine **Vielzahl von Aussagen**, die entweder **ersichtlich zutreffend** oder von der Klägerin **nicht als unzutreffend beanstandet** worden sind und damit die Rechte der Klägerin nicht verletzen (vgl. BGH, Urte. v. 12.03.1992 – I ZR 58/90, MDR 1992, 955 = GRUR 1992, 527 [529]).“ (BGH aaO.)*

## II. Anspruch auf Löschung der mit dem Hilfsantrag geltend gemachten Passagen

Allerdings könnte vor diesem Hintergrund der Hilfsantrag begründet sein.

### 1. Vorliegen von Tatsachenbehauptungen

#### a) Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil

*„**Tatsachenbehauptungen** sind durch die **objektive Beziehung** zwischen Äußerung und Wirklichkeit charakterisiert. Demgegenüber werden **Werturteile** und Meinungsäußerungen durch die **subjektive Beziehung** des sich Äußernden zum Inhalt seiner Aussage geprägt. Wesentlich für die Einstufung als **Tatsachenbehauptung** ist danach, ob die Aussage einer **Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit Mitteln des Beweises zugänglich** ist. Dies scheidet bei Werturteilen und Meinungsäußerungen aus, weil sie durch das **Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens** gekennzeichnet sind und sich deshalb nicht als wahr oder unwahr erweisen lassen (vgl. Senatsurteil vom 16.12.2014 - VI ZR 39/14, AfP 2015, 41 Rn. 8 m.w.N.).*

Sofern eine Äußerung, in der sich **Tatsachen und Meinungen vermengen**, durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist, wird sie als Meinung von dem Grundrecht aus Art. 5 I 1 GG geschützt. Das gilt insbesondere dann, wenn eine **Trennung der wertenden und der tatsächlichen Gehalte den Sinn der Äußerung aufhobe oder verfälschte** (vgl. Senatsurteile vom 29.01.2002 - VI ZR 20/01, AfP 2002, 169, 170; vom 11.03.2008 - VI ZR 189/06, AfP 2008, 193 Rn. 12, 18; vom 22.09.2009 - VI ZR 19/08, AfP 2009, 588 Rn. 11; BGH, Urteil vom 24.01.2006 - XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 Rn. 70; BVerfGE 85, 1, 15; BVerfG, NJW 2008, 358, 359). Demgegenüber kann sich eine Äußerung, die auf Werturteilen beruht, als Tatsachenbehauptung erweisen, wenn und soweit bei dem Adressaten zugleich die **Vorstellung von konkreten, in die Wertung eingekleideten Vorgängen** hervorgerufen wird, die als solche einer Überprüfung mit den Mitteln des Beweises zugänglich sind (vgl. Senatsurteile vom 17.12.1991 - VI ZR 169/91, AfP 1992, 75, 78; vom 28.06.1994 - VI ZR 252/93, AfP 1994, 218 f.; vom 27.04.1999 - VI ZR 174/97, NJW-RR 1999, 1251, 1252 f.; vom 16.11.2004 - VI ZR 298/03, AfP 2005, 70, 72, jeweils m.w.N.). Entscheidend ist deshalb der Zusammenhang, in welchem die Äußerung gefallen ist (vgl. Senatsurteil vom 16.12.2014 - VI ZR 39/14, AfP 2015, 41 Rn. 9 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

## b) Anwendung auf den Fall

Nach diesen Maßstäben handelt es sich bei den angegriffenen Äußerungen um in Werturteile eingekleidete Tatsachenbehauptungen. Mit ihnen werden Vorwürfe tatsächlichen Inhalts erhoben, die einer Überprüfung mit den Mitteln des Beweises zugänglich sind. Sie sind nicht derart mit den Wertungen verknüpft, dass ihr Tatsachengehalt von dahinterstehenden Meinungsäußerungen überlagert und geprägt würde.

## 2. Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin

„Betroffen ist der durch Art. 2 I i.V.m. Art. 19 III GG, Art. 8 I EMRK gewährleistete **soziale Geltungsanspruch der Klägerin als Wirtschaftsunternehmen** (vgl. Senatsurteile vom 03.06.1986 - VI ZR 102/85, BGHZ 98, 94, 97; vom 08.02.1994 - VI ZR 286/93, AfP 1994, 138 f.; vom 11.03.2008 - VI ZR 7/07, AfP 2008, 297 Rn. 9; vom 16.12.2014 - VI ZR 39/14, AfP 2015, 41 Rn. 12). Denn die Behauptungen sind geeignet, ihr unternehmerisches Ansehen in der Öffentlichkeit zu beeinträchtigen. Die Klägerin wird als **unzuverlässig und unredlich dargestellt**. Da die angegriffenen Äußerungen jedenfalls vom Zeitpunkt der Klageerhebung noch im Internet abrufbar waren, wirkt die Rufbeeinträchtigung fort.“ (BGH aaO.)

## 3. Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung

„Auf der Grundlage des Mangels abweichender Feststellungen revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachvortrags der Klägerin hat das **Recht des Beklagten auf Meinungsfreiheit** nach diesen Grundsätzen hinter dem Interesse der Klägerin am Schutz ihres sozialen Geltungsanspruchs als Wirtschaftsunternehmen **zurückzutreten**. Denn danach sind die von der Klägerin beanstandeten **Tatsachenbehauptungen unwahr**. Zu Gunsten der Klägerin ist weiter zu berücksichtigen, dass der Beklagte seine Äußerungen nach dem zu unterstellenden Sachvortrag der Klägerin in erster Linie im eigenen Interesse zur Gewinnung neuer Mandanten gemacht und **kein Informationsanliegen** im Zusammenhang mit einer die Verbraucher wesentlich berührenden Frage verfolgt hat (vgl. Senatsurteil vom 16.12.2014 - VI ZR 39/14, AfP 2015, 41 Rn. 23 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

## 4. Störereigenschaft des Beklagten

Fraglich ist jedoch, ob der Beklagte als Störer angesehen werden kann.

„Als Störer i.S.v. § 1004 BGB ist ohne Rücksicht darauf, ob ihn ein Verschulden trifft, jeder anzusehen, der die **Störung herbeigeführt** hat oder dessen Verhalten eine Beeinträchtigung befürchten lässt. Von der Norm erfasst wird sowohl der **unmittelbare Störer**, der durch sein Verhalten selbst die Beeinträchtigung adäquat verursacht hat, als auch der **mittelbare Störer**, der **in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal** an der Herbeiführung der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitgewirkt hat. Dabei genügt als Mitwirkung in diesem Sinne auch die Unterstützung oder die Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten, sofern der **in Anspruch Genommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung** hatte (vgl. BGH, Urte. v. 14.05.2013 – VI ZR 269/12 – Rn. 24, BGHZ 197, 213 = MDR 2013, 710 ...). Abweichend von dem im Urheber- und Markenrecht entwickelten Begriffsverständnis des I. Zivilsenats (vgl. ... BGH, Urte. v. 05.02.2015 – I ZR 240/12 – Rn. 49, GRUR 2015, 485 – Kinderhochstühle im Internet III) wird im Rahmen des § 1004 BGB auch derjenige als – unmittelbarer – Störer bezeichnet, der nach der Art seines Tatbeitrags sonst als Täter oder Teilnehmer anzusehen wäre (vgl. ... BGH, Urte. v. 14.05.2013 – VI ZR 269/12 – Rn. 24, BGHZ 197, 213 = MDR 2013, 710 ...).“ (BGH aaO.)

Das Berufungsgericht hatte den Beklagten hinsichtlich der angegriffenen Veröffentlichungen weder „Täter“ noch „Teilnehmer“ und damit nicht als unmittelbaren Störer angesehen. Er hafte als Dritter, der die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen habe, allenfalls nach den Grundsätzen der Haftung des mittelbaren Störers. Fraglich ist, ob diese Wertung haltbar ist.

Der Beklagte hatte den auf der Internetseite der Kanzlei von Dr. S. & v. B. abrufbaren ursprünglichen Beitrag selbst verfasst und in das Internet gestellt. Hierdurch hat der Beklagte durch sein Verhalten den von der Klägerin beklagten Störungszustand herbeigeführt.

„Er hat die **maßgebliche Ursache** für die von der Klägerin beanstandeten Veröffentlichungen **gesetzt**; erst durch sein Verhalten wurden die beanstandeten Tatsachenbehauptungen einem größeren Personenkreis bekannt und konnten von diesen weiterverbreitet werden (vgl. Senatsurteil vom 03.02.1976 - VI ZR 23/72, NJW 1976, 799, 800).“ (BGH aaO.)

Dem könnte aber entgegen stehen, dass es der Klägerin um die immer noch abrufbaren, auf der Grundlage des ursprünglichen Beitrags erfolgten Folgeveröffentlichungen geht und der Beklagte diese möglicher Weise nicht adäquat kausal herbeigeführt habe, da es nicht dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge entspricht, dass ein Beitrag ohne Zutun des Verfassers von Dritten veröffentlicht werde.

„Nach der Rechtsprechung des Senats ist dem Verfasser eines im Internet abrufbaren Beitrags eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch insoweit zuzurechnen, als sie durch die **Weiterverbreitung des Ursprungsbeitrags durch Dritte im Internet** entstanden ist. Da Meldungen im Internet typischerweise **von Dritten verlinkt und kopiert** werden, ist die durch die Weiterverbreitung des Ursprungsbeitrags verursachte Rechtsverletzung **sowohl äquivalent als auch adäquat kausal auf die Erstveröffentlichung zurückzuführen**. Der Zurechnungszusammenhang ist in solchen Fällen auch nicht deshalb zu verneinen, weil die Persönlichkeitsrechtsverletzung insoweit erst durch das **selbstständige Dazwischentreten Dritter** verursacht worden ist. Denn durch die "Vervielfältigung" der Abrufbarkeit des Beitrags durch Dritte verwirklicht sich eine **durch die Veröffentlichung des Ursprungsbeitrags geschaffene internettypische Gefahr** (vgl. Senatsurteile vom 17.12.2013 - VI ZR 211/12, BGHZ 199, 237 Rn. 55 f.; vom 11.11.2014 - VI ZR 18/14, AfP 2015, 33 Rn. 21).“ (BGH aaO.)

## 5. Anspruchsinhalt

Fraglich ist, ob die Klägerin vom Beklagten verlangen kann, die Löschung der angegriffenen Behauptungen zu bewirken.

„Unter "Bewirken" der Löschung ist die **Herbeiführung eines entsprechenden Erfolgs** - der Löschung - zu verstehen. Hierzu ist der Beklagte aber nicht in der Lage, weil er **keinen Zugriff auf fremde Internetseiten hat**. Allein die Inhaber dieser Internetseiten entscheiden darüber, ob die auf ihren Internetseiten bereitgehaltenen Inhalte der Öffentlichkeit zugänglich bleiben oder nicht. Der Schuldner ist aber **nur zu solchen Beseitigungsmaßnahmen verpflichtet, die in seiner Macht stehen** (vgl. BGH, Urteil vom 18.09.2014 - I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 Rn. 62 ff.; Ott, WRP 2007, 605, 608; Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 8 Rn. 1.87; Teplitzky, aaO., 57. Kapitel Rn. 26).“ (BGH aaO.)

Der Beklagte ist daher nicht verpflichtet, die Löschung der angegriffenen Behauptungen zu bewirken.

Er hat allerdings im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren bei den Betreibern der Internetplattformen, auf denen die angegriffenen Äußerungen noch abrufbar sind, auf eine Löschung hinzuwirken.

„**In dem Antrag**, die Löschung der angegriffenen Behauptungen zu bewirken, ist **als Minus das Begehren enthalten**, bei den Betreibern der Internetplattformen, auf denen die angegriffenen Äußerungen noch abrufbar sind, auf eine Löschung hinzuwirken. Dieser Antrag ist auf der Grundlage des revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalts begründet. Denn die Verpflichtung, den durch das Einstellen rechtswidriger Tatsachenbehauptungen in das Internet geschaffenen Zustand fortdauernder Rufbeeinträchtigung zu beseitigen, schließt die Pflicht mit ein, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren auf die Betreiber der Internetplattformen, auf denen die angegriffenen Äußerungen noch abrufbar sind, einzuwirken, um diese zu einem **Entfernen der rechtswidrigen Inhalte zu veranlassen** (vgl. BGH, Urteil vom 18.09.2014 - I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 Rn. 70; Ott, WRP 2007, 605, 608; Teplitzky, aaO.; ...).

Es ist anerkanntes Rechts, dass der **Unterlassungs- oder Beseitigungsschuldner** zur Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung **erforderlichenfalls auf Dritte einzuwirken hat**, wenn und soweit er auf diese - rechtlich oder tatsächlich - Einfluss nehmen kann (vgl. BGH, Urteil vom 18.09.2014 - I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 Rn. 70; OLG Köln, GRUR-RR 2008, 365; MMR 2010, 782, 783; Ott, WRP 2007, 605, 608; Teplitzky, aaO.; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. § 12 Rn. 6.7). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die **Auswahl unter mehreren tatsächlich möglichen Abhilfemaßnahmen dem Störer überlassen** bleiben muss. Dies hat seinen Grund darin, dass die Rechte des Störers nicht weitergehend eingeschränkt werden sollen, als der Schutz des Berechtigten vor Beeinträchtigungen seiner Rechte es erfordert. Abgesehen davon trägt der Störer ggf. das Risiko der Zwangsvollstreckung, wenn die gewählte Maßnahme die Störung nicht beseitigt (vgl. BGH, Urteile vom 22.10.1976 - V ZR 36/75, BGHZ 67, 252, 253; vom 12.12.2003 - V ZR 98/03, VersR 2004, 797, 798; BVerfG, NJW2010, 220 Rn. 26; Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 8 Rn. 1.81 ff.; BeckOK BGB/Fritzsche § 1004 Rn. 66 (Stand: 01.02.2015)).“ (BGH aaO.)

BGB

**Ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen**

SR BT

§§ 323 II Nr. 1, 439 I

**Nur Auffordern reicht nicht!**

(BGH in BB 2015, 2384; Urteil vom 01.07.2015 – VIII ZR 226/14)

1. Die Obliegenheit des Käufers, vor der Geltendmachung der in § 437 Nr. 2 und 3 BGB aufgeführten Rechte ein **Nacherfüllungsverlangen** an den Verkäufer zu richten, beschränkt sich **nicht** auf eine **mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung**, sondern umfasst auch die **Bereitschaft** des Käufers, dem Verkäufer die **Kaufsache** zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen **für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen**.
2. Eine an den Verkäufer gerichtete Aufforderung, er möge innerhalb der gesetzten Frist **dem Grunde nach seine Bereitschaft zur Nachbesserung** erklären, stellt daher kein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen dar.

**Fall:** Mit schriftlichem Vertrag vom 15./29.05.2012 kaufte der Kläger von dem Beklagten einen gebrauchten, erstmals im Januar 2000 zum Straßenverkehr zugelassenen Pkw V. zum Preis von 4.990 €. Der Kaufpreis wurde über einen von dem Beklagten vermittelten Kredit der S. Bank AG finanziert. Anfang September 2012 trat an dem Fahrzeug ein Motorschaden auf. Mit Anwaltsschreiben vom 25.09.2012 ließ der Kläger den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 08.10.2012 auffordern, "dem Grund nach zu erklären, dass Sie eine Nachbesserung vornehmen werden". Der Beklagte stellte mit Antwortschreiben vom 08.10.2012 - unter Berufung auf einen beigelegten, am 22.05.2012 eingeholten "DEKRA SIEGEL Bericht" - ein Vorhandensein der gerügten Mängel zum Zeitpunkt der Übergabe in Abrede und führte ergänzend aus: "Darüber hinaus möchten wir Sie darauf hinweisen, dass Ihr Mandant eine einjährige Garantie über die W. GmbH abgeschlossen hat." Mit Anwaltsschreiben vom 24.10.2012 ließ der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag erklären. Er verlangt nunmehr Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Im Verfahren wurde die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs im Zeitpunkt der Übergabe bestätigt. Besteht ein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages?

Der Kläger könnte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Rückgewähr der erbrachten Leistungen nach §§ 437 Nr. 2, 346, 347 I BGB haben.

**I. Vorliegen der Voraussetzungen für die Sachmängelhaftung**

Zwischen den Parteien wurde ein Kaufvertrag geschlossen. Die Sache war bei Gefahrübergang mangelhaft. Damit liegen die Voraussetzungen für Sachmängelhaftung vor.

**II. Vorliegen der Voraussetzungen für einen Rücktritt**

Eine Rücktrittserklärung gegenüber dem richtigen Rücktrittsgegner ist erfolgt. Nach § 323 I BGB setzt der Rücktritt vom Vertrag aber grundsätzlich voraus, dass eine Frist für die Nacherfüllung gesetzt wurde, falls diese nicht ausnahmsweise entbehrlich ist.

**1. Fristsetzung zur Nacherfüllung**

Das Recht des Käufers, vom Vertrag gemäß § 437 Nr. 2 BGB nach den Bestimmungen der §§ 440, 323 BGB zurückzutreten, setzt nach § 323 I BGB grundsätzlich voraus, dass der Käufer dem Verkäufer zuvor erfolglos eine **angemessene Frist zur Nacherfüllung** (§ 439 BGB) bestimmt hat.

*„Wie das Berufungsgericht noch zutreffend angenommen hat, fehlt es an einem den Anforderungen der § 323 I, § 439 I BGB entsprechenden Nacherfüllungsverlangen des Klägers. Der Kläger hat den Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 25.09.2012 auffordern lassen, "bis zum 08.10.2012 dem Grunde nach zu erklären, dass Sie eine **Nachbesserung vornehmen** werden."*

*Die Obliegenheit des Käufers, vor der Geltendmachung der in § 437 Nr. 2 und 3 BGB aufgeführten Rechte ein Nacherfüllungsverlangen an den Verkäufer zu richten, beschränkt sich aber nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern **umfasst** auch die **Bereitschaft** des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen **für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen**. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm nicht Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben hat (Senatsurteil vom 10.03.2010 - VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Rn. 12). Erst aufgrund einer solchen Untersuchung kann er beurteilen, ob die gerügten Mängel bestehen und bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Daher ist er nur unter diesen Voraussetzungen überhaupt zur Nacherfüllung verpflichtet (Senatsurteil vom 10.03.2010 - VIII ZR 310/08, aaO. Rn. 13 [BB 2010, 1500 Ls]).“ (BGH aaO.)*

Die mit Anwaltsschreiben vom 25.09.2012 erfolgte Aufforderung des Klägers, der Beklagte möge sich dem Grunde nach zur Nachbesserung bereit erklären, genügt diesen Anforderungen nicht. Denn der Kläger hat dem Beklagten dabei nicht - wie erforderlich - Gelegenheit zur Untersuchung des Fahrzeugs im Hinblick auf den gerügten Mangel gegeben. Vielmehr hat er schon vor einer Überprüfung des Fahrzeugs dessen (verbindliche) Zustimmung zu einer Nachbesserung verlangt. Darauf brauchte sich der Beklagte nicht einzulassen.

## 2. Entbehrlichkeit

Allerdings könnte die Fristsetzung zur Nacherfüllung nach § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich sein. Dann müsste der Beklagte die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert haben.

### a) Anforderungen an Entbehrlichkeit nach § 323 II Nr. 1 BGB

*„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind an das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung im Sinne des § 323 II Nr. 1 BGB, § 281 2 Halbsatz 1 BGB **strenge Anforderungen** zu stellen. Eine Erfüllungsverweigerung in diesem Sinne liegt nur vor, wenn der Schuldner **unmissverständlich und eindeutig** zum Ausdruck bringt, er **werde seinen Vertragspflichten unter keinen Umständen nachkommen** (st. Rspr.; vgl. Senatsurteile vom 19.12.2012 - VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 Rn. 22; vom 13.07.2011 - VIII ZR 215/10, NJW 2011, 3435 Rn. 24; vom 29.06.2011 - VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872 Rn. 14 vom 21.12.2005 - VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 Rn. 25 [BB 2006, 686]). Dementsprechend kann in dem bloßen Bestreiten von Mängeln noch nicht ohne weiteres eine endgültige Nacherfüllungsverweigerung gesehen werden. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner über das Bestreiten der Mängel hinaus bewusst und endgültig die Erfüllung seiner Vertragspflichten ablehnt und es damit **ausgeschlossen erscheint**, dass er sich von einer (ordnungsgemäßen) Nacherfüllungsaufforderung **umstimmen lassen** (vgl. Senatsurteile vom 19.12.2012 - VIII ZR 96/12, aaO.; vom 13.07.2011 - VIII ZR 215/10, aaO.; vom 29.06.2011 - VIII ZR 202/10 aaO.; vom 21.12.2005 - VIII ZR 49/05, aaO.).“* (BGH aaO.)

### b) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob das Antwortschreiben des Beklagten vom 08.10.2012 hieran gemessen als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung angesehen werden kann.

*„Der Umstand, dass der Beklagte in Beantwortung der Aufforderung des Klägers, eine Nachbesserungsbereitschaft zu erklären, das **Vorliegen eines Mangels** zum Zeitpunkt der Übergabe **bestritten** hat, lässt seine Äußerungen noch **nicht als letztes Wort** (vgl. hierzu Senatsurteil vom 29.06.2011 - VIII ZR 202/11, aaO. Rn. 15) erscheinen. Denn der Beklagte hat eine Nacherfüllung nicht ausdrücklich abgelehnt. Vielmehr hat er lediglich unter Verweis auf einen eingeholten DEKRA-Zustandsbericht einen von ihm zu vertretenden Sachmangel in Abrede gestellt. Zudem hat er den Kläger auch darauf hingewiesen, dass dieser bei der W. GmbH eine **einjährige Garantie abgeschlossen** habe. Anders als das Berufungsgericht meint, kann dieses Schreiben bei einer Gesamtbetrachtung nicht allein dahin verstanden werden, dass der Beklagte, dem mit Anwaltsschreiben vom 25.09.2012 lediglich mitgeteilt worden war, das Fahrzeug sei mit einem Motorschaden liegengeblieben, eine Nacherfüllung endgültig verweigerte. Vielmehr erweckt es bei objektiver und verständiger Betrachtung den Eindruck, dass der Beklagte den Kläger **zunächst auf eine Geltendmachung von Garantieansprüchen verweisen**, nicht aber, dass er bereits eine abschließende Entscheidung über das Nacherfüllungsverlangen treffen wollte. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Motorschaden dem Beklagten nicht näher beschrieben worden und ihm das Fahrzeug auch nicht zur Überprüfung zur Verfügung gestellt worden war.“* (BGH aaO.)

Ohne das Hinzutreten weiterer (aussagekräftiger) Umstände kann daher dem Schreiben vom 08.10.2012 nicht das Gewicht einer endgültigen Erfüllungsverweigerung beigemessen werden.

## III. Ergebnis

Die Fristsetzung zur Nacherfüllung war daher nicht entbehrlich. Da diese fehlte, liegen die Voraussetzungen für einen wirksamen Rücktritt nicht vor und der Kläger kann keine Rückabwicklung des Vertrages verlangen.

StGB

**Strafbefreiender Rücktritt vom Mordversuch**

StR AT

§§ 211, 22, 23 I, 24 I

**BtM-Wiederbeschaffungskriminalität**

(BGH in NJW 2015, 2898; Beschluss vom 21.04.2015 – 4 StR 92/15)

1. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt. Maßgeblich dafür ist nicht der ursprüngliche Tatplan, sondern die **Vorstellung des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung**.
2. Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse von seinem Tatplan abweichen, um den Erfolg herbeizuführen, solange er die **Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich hält**.
3. **Fehlgeschlagen** ist der Versuch erst, wenn **der Täter erkennt oder die subjektive Vorstellung hat**, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines **erneuten Ansetzens** bedürfte, etwa mit der Folge einer **zeitlichen Zäsur** und einer **Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs**.
4. Ein **vollendeter gefährlicher Eingriff** in den Straßenverkehr i.S.d. § 315 b I StGB liegt erst dann vor, wenn durch eine der in § 315 b I Nr. 1–3 StGB genannten Tathandlungen eine **Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt** worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer **konkreten Gefährdung von Leib und Leben eines anderen** Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert so verdichtet hat, dass es **nur noch vom Zufall abhängt**, ob es zu einer Rechtsgutsverletzung kommt.
5. **Nicht verkehrsfähige Betäubungsmittel**, wie das in Anlage I zu § 1 I BtMG gelistete Marihuana, können nach ständiger Rechtsprechung **fremde bewegliche Sachen** und damit **Tatobjekt eines Raubes oder Diebstahls** sein.
6. Die **Besitzschutzrechte** und damit auch die Besitzkehr nach § 859 II BGB sind **Ausdruck eines allgemeinen Friedenschutzes**, indem sie die auf dem Besitz beruhende vorläufige Güterzuordnung aufrechterhalten. Für ihre Anwendung ist aber **kein Raum**, wenn der konkrete **Besitz als solcher bei Strafe verboten** ist und eine im Anschluss an eine Besitzentziehung geübte **Besitzkehr deshalb erneut zu einer strafrechtswidrigen Besitzlage** führen würde.

**Fall:** Nach den landgerichtlichen Feststellungen vereinbarte der Angekl. im Vorfeld des 22.07.2013 mit dem unbekannt gebliebenen späteren Geschädigten den Verkauf von ca. 3 kg Marihuana zu einem Preis von 18.000 €. Die Übergabe sollte am 22.07.2013 um 19 Uhr auf dem Parkplatz eines Baumarkts in E. erfolgen. Am frühen Abend des 22.07.2013 fuhr der Angekl. mit einem Pkw zu dem verabredeten Treffpunkt. Dabei führte er neben dem zu übergebenden Marihuana (2.937 g mit einem THC-Anteil von 399,45 g) auch ein Pfefferspray griffbereit mit sich. Bei dem vereinbarten Treffen, an dem neben dem Angekl. und dem Geschädigten noch weitere Personen teilnahmen, gelangte der Geschädigte auf eine nicht mehr aufklärbare Weise in den Besitz des in drei Tüten verpackten Marihuanas und konnte damit ohne Bezahlung des Kaufpreises zu Fuß flüchten (Fälle II 1 und 2 der Urteilsgründe). Der Angekl. wollte den Verlust des Rauschgifts nicht hinnehmen. Er beschloss daher, den Geschädigten mit dem Pkw zu suchen und zu verfolgen, um sich wieder in den Besitz des Marihuanas zu bringen und dieses anschließend erneut gewinnbringend zu verkaufen. In der Folge befuhr der keine Fahrerlaubnis besitzende Angekl. verschiedene öffentliche Straßen, ehe er den Geschädigten auf dem linksseitigen Gehweg der F.-Straße in gleicher Bewegungsrichtung gehend entdeckte. Der Angekl. beschleunigte sein Fahrzeug, lenkte dieses plötzlich über die Gegenfahrbahn hinweg auf den linksseitigen Gehweg und fuhr dem Geschädigten mit etwa 39,6 km/h hinterher. Nach seinem Tatplan wollte er den Geschädigten durch ein An- oder Umfahren mit dem Pkw an der weiteren Flucht hindern. Dabei stellte er sich vor, dass er den Geschädigten auf diese Weise zu Fall bringen könne, um sodann auszusteigen und das Marihuana wieder in seinen Besitz zu bringen. In der Folge fuhr der Angekl. gezielt auf den infolge seiner Lauf- und Blickrichtung in seinen Reaktionsmöglichkeiten stark eingeschränkten Geschädigten zu und nahm dabei auch ein Überfahren und damit den Tod des Geschädigten billigend in Kauf. Der Geschädigte bemerkte erst im letzten Moment das hinter ihm fahrende Fahrzeug und sprang/stürzte nach rechts in Richtung der Fahrbahn. Der Angekl. lenkte seinen Pkw ebenfalls nach rechts, um den Geschädigten zu erfassen, wobei er auch weiterhin dessen Tod in Kauf nahm. Das Fahrmanöver endete abrupt, indem der Angekl. frontal mit seinem Pkw gegen einen Baum prallte. Dabei entstand an dem Pkw – wie der Angekl. auch wahrnahm – ein Totalschaden. Die Airbags waren ausgelöst, die Frontscheibe gebrochen und

die Fahrzeugfront stark eingedrückt. Der Angekl. zog sich blutende Verletzungen am linken Arm und im Gesicht zu. Der Geschädigte konnte sich nach einem Sturz auf die Fahrbahn aufrappeln und rannte mit dem Marihuana davon. Der Angekl. stieg trotz seiner Verletzungen unmittelbar nach dem Anprall aus seinem Fahrzeug aus und rannte dem Geschädigten hinterher. Es gelang ihm, den Geschädigten einzuholen und ihn in eine körperliche Auseinandersetzung zu verwickeln, bei der er auch das mitgeführte Pfefferspray einsetzte. Im Verlauf der Auseinandersetzung brachte der Angekl. die drei Tüten mit dem Marihuana wieder an sich, wobei nicht geklärt werden konnte, ob der Geschädigte das Rauschgift infolge der Gewalteinwirkung durch den Einsatz des Pfeffersprays fallen ließ oder ihm die Tüten von dem Angekl. im Verlauf der Auseinandersetzung entrissen wurden (Fall II 3 der Urteilsgründe).

Das LG Frankfurt a. M. hat den Angekl. mit Urteil vom 01.07.2014 u.a. wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge mit Waffen, schwerem Raub, gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr und Fahren ohne Fahrerlaubnis zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren verurteilt. Hiergegen wendet sich seine Revision. Zu Recht?

## I. Strafbarkeit des Angekl. wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 23 I, 22 StGB

Die tateinheitliche Verurteilung des Angekl. wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 23 I, 22 StGB unterliegt Bedenken. Der Angekl. könnte strafbefreiend vom Mordversuch zurückgetreten sein.

### 1. Fehlschlag des Versuches

Die Annahme eines strafbefreienden Rücktritts ist ausgeschlossen, wenn der Versuch als fehlgeschlagener angesehen werden müsste. Dies könnte anzunehmen sein, wenn dem Angekl. gewusst gewesen war, dass er mit anderen Mitteln (als durch einen Zusammenstoß mit dem Pkw) keine Chance gehabt hätte, den Unbekannten einzuholen und aufzuhalten. Durch den Anprall an den Baum hat der Pkw einen Totalschaden erlitten, so dass der Angekl. seinen Tatplan mit dem eingesetzten Pkw nicht mehr weiterverfolgen können. Insofern könnte der Eintritt einer Zäsur anzunehmen sein. Fraglich ist, ob daraus zu schließen ist, dass der Angekl. „nach seinem Rücktrittshorizont“ erkannt hat, die die Tat deshalb nicht mehr so wie vorgestellt vollenden zu können.

#### a) Anforderungen an die Annahme eines Fehlschlags des Versuches

„Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn die Tat nach **Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs** mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden **Mitteln objektiv nicht mehr vollendet** werden kann und der **Täter dies erkennt**. Maßgeblich dafür ist nicht der ursprüngliche Tatplan, dem je nach Fallgestaltung allenfalls Indizwirkung für den Erkenntnishorizont des Täters zukommen kann, sondern dessen **Vorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung** (BGH, Beschl. v. 15.01.2015 – 4 StR 560/14, BeckRS 2015, 02501 Rn. 6; NStZ-RR 2012, 239 [240]; NStZ 2008, 393). Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse von seinem Tatplan abweichen, um den Erfolg herbeizuführen. Hält er die **Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich**, wenn auch mit anderen Mitteln, so ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten (BGH, NStZ-RR 2012, 239 [240]; NStZ 2007, 91). **Fehlgeschlagen** ist der Versuch erst, wenn **der Täter erkennt oder die subjektive Vorstellung hat**, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines **erneuten Ansetzens** bedürfte, etwa mit der Folge einer **zeitlichen Zäsur** und einer **Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs**, so dass sich das Geschehen aus der Perspektive eines Dritten nicht mehr als ein einheitlicher Lebenssachverhalt darstellen würde (vgl. BGHSt 39, 221 [232] = NJW 1993, 2061 = NStZ 1993, 433; BGH, NStZ 2007, 399; BGHSt 41, 368 [369] = NJW 1996, 936 = NStZ 1996, 429).“ (BGH aaO.)

#### b) Anwendung auf Fall

Fraglich ist, ob hiervon im vorliegenden Fall ausgegangen werden kann.

„Zu der **Vorstellung des Angekl.** nach dem Misslingen des zunächst ins Auge gefassten Tatablaufs – nach dem Anprall an den Baum und dem Totalschaden des Fahrzeugs – enthält das Urteil **keine konkreten Feststellungen**. Soweit das LG in der rechtlichen Würdigung anführt, dem Angekl. sei auf Grund seiner „**ausgeprägten adipösen Statur**“ bewusst gewesen, dass er keine Chance gehabt hätte, den Unbekannten mit anderen Mitteln (als dem Einsatz des Fahrzeugs) einzuholen und aufzuhalten, lässt sich dies **nicht mit der Feststellung in Einklang** bringen, dass er nach dem Anprall sofort dem Geschädigten zu Fuß nachsetzte und es ihm tatsächlich gelang, das Marihuana gewaltsam wieder an sich zu bringen. Dabei kann der Beweiswürdigung (Auswertung der Videoaufzeichnungen) entnommen werden, dass zwischen dem Aufspringen des Geschädigten nach dem Anprall des Pkw (19:30:04 Uhr Systemzeit) und dem Wiedererscheinen des Angekl. mit dem (wiedererlangten) Marihuana (19:32:16 Uhr Systemzeit) **nur etwas mehr als zwei Minuten** lagen. Die weitere Erwägung der Strafkammer, der Totalschaden an dem Fahrzeug habe zu einer „Zäsur“ geführt, weil der Angekl. erkannt habe, **dass er die Tat nicht mehr wie vorgestellt vollenden konnte, lässt besorgen, dass das LG allein in der Vorstellung des Angekl., er müsse zur Erreichung des Erfolgs vom Tatplan**

**abweichen**, einen ausreichenden Gesichtspunkt für die Annahme eines Fehlschlags gesehen hat.“ (BGH aaO.)

Die Sache bedarf daher insoweit neuer Verhandlung und Entscheidung.

„Die Aufhebung betrifft auch die tateinheitlich erfolgten Verurteilungen wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, schweren Raubs, gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr und Fahrens ohne Fahrerlaubnis (vgl. BGHSt 57, 14 = NJW 2012, 325 = NStZ 2012, 565 Rn. 25; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 353 Rn. 7 a m.w.N.). Sie zieht zudem die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs nach sich.“ (BGH aaO.)

## II. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, § 315 b I Nr. 1–3 StGB

Bezüglich der Verurteilung wegen des gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr sah sich der BGH veranlasst, auf folgendes hinzuweisen:

„Ein **vollendeter gefährlicher Eingriff** in den Straßenverkehr i.S.d. § 315 b I StGB liegt erst dann vor, wenn durch eine der in § 315 b I Nr. 1–3 StGB genannten Tathandlungen eine **Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt** worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer **konkreten Gefährdung von Leib und Leben eines anderen** Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert verdichtet hat (BGH, NStZ 2015, 278; Beschl. v. 18.06.2013 – 4 StR 145/13, BeckRS 2013, 11866 Rn. 7; Ernemann in Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 315 b Rn. 5, 17). Hierzu sind **konkrete Feststellungen erforderlich**, aus denen sich ergibt, dass durch die Tathandlung ein so hohes Verletzungs- oder Schädigungsrisiko begründet worden ist, dass es **nur noch vom Zufall abhängt**, ob es zu einer Rechtsgutsverletzung kommt (BGH, BGHR StGB § 315 b I Gefährdung 6 = BeckRS 2011, 21185; NJW 1995, 3131 = NStZ 1996, 83; Ernemann in Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 315 b Rn. 16). Die Gefährdung des dem Täter nicht gehörenden, aber als Tatwerkzeug benutzten Fahrzeugs genügt dazu nicht (BGH, NStZ 1992, 233 [234]). Der neue Tatrichter wird diese Grundsätze – näher als bisher geschehen – in den Blick zu nehmen haben.“ (BGH aaO.)

## III. Schwerer Raub, § 250

Bezüglich der Frage, ob eine fremde bewegliche Sache vorliegt und eine Rechtfertigung durch Besitzkehr in Betracht kommt, hat der BGH auf Folgendes hingewiesen:

### 1. Nicht verkehrsfähige Betäubungsmittel als fremde bewegliche Sachen

„**Nicht verkehrsfähige Betäubungsmittel**, wie das in Anlage I zu § 1 I BtMG gelistete Marihuana, können nach ständiger Rechtsprechung **fremde bewegliche Sachen** und damit **Tatobjekt eines Raubes oder Diebstahls** sein (vgl. BGH, StraFo 2015, 216 = BeckRS 2015, 06119 [schwerer Raub von Marihuana]; NStZ 2010, 222 [223] [Diebstahl von Haschisch]; NStZ-RR 2009, 22 [23] [Diebstahl von Marihuana]; NJW 2006, 72 = NStZ 2006, 170 [Raub von Heroin]; BGHSt 30, 359 [360] = NJW 1982, 1337 = NStZ 1982, 250 [Diebstahl von Haschisch]; BGHSt 30, 277 [278] = NJW 1982, 708 [versuchter Diebstahl von Haschisch]; Oğlakcioğlu, Zeitschrift für das Juristische Studium [ZJS] 2010, 340 [344 f.]; Vitt, NStZ 1992, 221; MüKo-StGB/Kotz, § 29 BtMG Rn. 1084; Kudlich in Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 242 Rn. 16; Fischer, § 242 Rn. 5; a.A. Wolters, FS Samson, 2010, 495 [500 ff.]; MüKo-StGB/Schmitz, § 242 Rn. 14; Engel, NStZ 1991, 520; krit. in Bezug auf den Gewahrsamsbegriff Hillenkamp, FS Achenbach, 2011, 189 [205]).“ (BGH aaO.)

### 2. Anwendbarkeit der Besitzschutzrechte

„Sollte der neue Tatrichter (wiederum) zu der Feststellung gelangen, dass der Angekl. dem Geschädigten das **Marihuana gewaltsam abgenommen** hat, wäre diese Tat auch dann nicht nach § 859 II BGB (Besitzkehr) gerechtfertigt, wenn – gegebenenfalls in Anwendung des Zweifelsgrundsatzes – davon ausgegangen werden müsste, dass ihm der **Besitz zuvor von dem Geschädigten durch verbotene Eigenmacht entzogen** und der Geschädigte danach von dem Angekl. „auf frischer Tat verfolgt wurde“.

Die **Besitzschutzrechte** und damit auch die Besitzkehr nach § 859 II BGB sind **Ausdruck eines allgemeinen Friedenschutzes**, indem sie die auf dem Besitz beruhende vorläufige Güterzuordnung aufrechterhalten (vgl. BGHZ 147, 45 = NJW 2001, 1865 [1867]; BGH, NJW 1979, 1359 [1360]; Sosnitza, Besitz und Besitzschutz, 2003, 37 f.). Für ihre Anwendung ist aber **kein Raum**, wenn der konkrete **Besitz als solcher bei Strafe verboten** ist (zum Besitzschutz bei lediglich fehlerhaftem, nicht strafbewehrtem Besitz vgl. RGSt 60, 273 [277 f.]) und eine im Anschluss an eine Besitzentziehung geübte **Besitzkehr deshalb – wie hier – erneut zu einer strafrechtswidrigen Besitzlage** führen würde. Aus dem gleichen Grund kann für den Verlust des Besitzes an Betäubungsmitteln auch kein Schadensersatz durch Wiedereinräumung des Besitzes im Wege einer Naturalrestitution nach § 249 I BGB verlangt werden (BGHSt 48, 322 [326 f.] = NJW 2003, 3283 = NStZ 2004, 37; vgl. Hillenkamp, FS Achenbach, 189 [205]).“ (BGH aaO.)

**Notwehr gegenüber Polizeimaßnahme**  
**Rechtmäßigkeitsbegriff bei hoheitlichem Handeln**  
(BGH in NJW 2015, 3109; Urteil vom 09.06.2015 – 1 StR 606/14)

1. Die Rechtmäßigkeit des Handelns von staatlichen Hoheitsträgern bei der Ausübung von Hoheitsgewalt weder **streng** akzessorisch nach der **materiellen Rechtmäßigkeit des dem Handeln zu Grunde liegenden Rechtsgebiets** noch nach der Rechtmäßigkeit entsprechend dem **maßgeblichen Vollstreckungsrecht**.
2. Die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns in einem strafrechtlichen Sinne hängt vielmehr lediglich davon ab, dass „**die äußeren Voraussetzungen zum Eingreifen des Beamten**“ gegeben sind, „er also **örtlich und sachlich zuständig**“ ist, er die vorgeschriebenen **wesentlichen Förmlichkeiten** einhält und der Hoheitsträger sein – ihm gegebenenfalls eingeräumtes – **Ermessen pflichtgemäß ausübt**.
3. Die Grenzen der Duldungspflicht sind dann erreicht, wenn die Maßnahme **willkürlich** ist oder **Nichtigkeitsgründe** vorliegen. Zudem kann die Grenze in Sonderfällen erreicht sein, bei denen ein endgültiger Rechtsverlust droht.

**Fall:** Der Angekl., ein irakischer Staatsangehöriger, war 2002 unter Falschpersonalien eingereist. Sein Asylantrag wurde 2005 rechtskräftig abgelehnt. Wegen vermeintlich fehlender Ausweispapiere wurden ihm danach jeweils zeitlich befristete Duldungen erteilt. Nach Offenbarung seiner wahren Identität ordnete die zuständige Ausländerbehörde seine Abschiebung für den 04.02.2014 an. Allerdings gewährte dieselbe Behörde dem Angekl. am 13.01.2014 eine weitere, bis zum 14.04.2014 befristete Duldung. Eine Woche nach Ergehen dieser Duldungsverfügung beauftragte die Ausländerbehörde dennoch die zuständige Polizeidirektion L. damit, die angeordnete Abschiebung am 04.02.2014 durch Verbringung des Angekl. zum Flughafen in Frankfurt a. M. zu vollziehen. Von dort aus sollte er nach Erbil (Irak) abgeschoben werden. In dem an die Polizeidirektion gerichteten Schreiben teilte die Ausländerbehörde mit, die Abschiebung sei gegenüber dem Angekl. schriftlich angekündigt und diesem aufgetragen worden, sich am festgesetzten Tag für die Durchführung der Abschiebung bereitzuhalten. Tatsächlich war eine entsprechende Ankündigung gegenüber dem Angekl. jedoch versehentlich nicht erfolgt.

Als die zuständigen Polizeibeamten am frühen Morgen des 04.02.2014 an der Wohnungstür des Angekl. klingelten und ihn von der Abschiebung informierten, war dieser völlig überrascht. Auf die Aufforderung hin, sich auszuweisen, händigte der Angekl. den Polizeibeamten „seine Duldung“ aus. Zugleich erklärte er, er werde nicht freiwillig mitkommen und wolle das Land nicht verlassen. Es gelang ihm, von den Polizeibeamten unbemerkt, ein Küchenmesser mit einer Klingenlänge von ca. 20 cm ergreifen. Dieses Messer setzte er sich an den Hals. Durch die von den Polizeibeamten ernst genommene Suiziddrohung, veranlasste er diese, ihm die Ausfertigung der Duldungsverfügung zurückzugeben und seine Wohnung wieder zu verlassen. Während die Beamten Verstärkung anforderten, flüchtete der Angekl. mit dem Messer über den Balkon und versteckte sich in einem Geräteschuppen. Für den Fall der als möglich erwarteten Entdeckung wollte er sein Entkommen mittels seines Messers erzwingen.

PHM E, der unter anderem mit einem Kettenhemd geschützt war und zur Verstärkung gehörte, fand den Angekl. in dem Schuppen, nachdem die Tür unter Kraffteinwirkung geöffnet worden war. Der Angekl. hatte dieses erwartet und war entschlossen, das Messer einzusetzen, um sich so den Weg freizukämpfen und der beabsichtigten Abschiebung zu entgehen. Mit dem in der rechten Hand gehaltenen Messer stach er daher sofort schnell hintereinander mit horizontalen, bogenartigen Bewegungen mindestens drei Mal in Richtung der linken Schulter und des Oberkörpers von PHM E. Einer der wuchtig geführten Stiche traf den metallenen Türrahmen der Hütte und führte dort eine Beschädigung herbei. Der Angekl., dem die Schutzbekleidung des Beamten nicht bekannt war, rechnete damit, dass PHM E durch die Stiche getötet werden könnte. Dies kümmerte ihn jedoch nicht. Diese mögliche Folge war dem Angekl. „gleichgültig“. Der Beamte konnte jedoch reflexartig zurückweichen, so dass er durch die Stiche nicht verletzt wurde. Sofort nach der Ausweichbewegung trat PHM E wieder nach vorn und konnte dem nunmehr aus der Hütte hinaustretenden Angekl. mit dem Einsatzstock das Messer aus der Hand schlagen. Anschließend gelang es den drei auf dem Balkon eingesetzten Beamten, den sich wehrenden Angekl. zu Boden zu bringen und ihm Handfesseln anzulegen. Ob zumindest einer der Stiche PHM E getroffen hatte und eine Verletzung lediglich durch das getragene Kettenhemd verhindert worden war, hat das LG nicht aufzuklären vermocht. Ist der Angekl. durch Notwehr gerechtfertigt?

Das Handeln des Angekl. könnte wegen des feststellbaren bedingten Vorsatzes als versuchter Totschlag zu werten sein. Fraglich ist allerdings, ob sein Handeln rechtswidrig war. Er könnte durch Notwehr nach § 32 StGB gerechtfertigt sein.

**I. Bestehen einer Notwehrlage**

Dann muss sich der Angekl. in einer Notwehrlage befinden haben. Er muss also eines gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriffs ausgesetzt gewesen sein.

## 1. Gegenwärtiger Angriff

Durch den Zugriff des PHM E könnte ein gegenwärtiger Angriff auf den Angekl. erfolgt sein.

„Der Angekl. sah sich ... im Zeitpunkt der Messerstiche einem **unmittelbar bevorstehenden und damit gegenwärtigen Angriff** auf seine durch Art. 2 II 2 GG gewährleistete **Fortbewegungsfreiheit** seitens des Polizeibeamten ausgesetzt.“ (BGH aaO.)

## 2. Rechtswidrigkeit des Angriffs

Dieser Angriff muss aber auch rechtswidrig gewesen sein. Nach verwaltungsrechtlichen Maßstäben jedenfalls lagen die Voraussetzungen für den Vollzug der durch die zuständige Ausländerbehörde materiell rechtmäßig angeordneten Abschiebung am 04.02.2014 nicht vor, da ihm nach § 60a AufenthG eine bis zum 14.04.2014 befristete Duldung erteilt worden war.

„Eine Duldung setzt den Vollzug der Abschiebung zeitweilig aus (vgl. VG Oldenburg, Beschl. v. 02.02.2015 – 11 B 676/15, BeckRS 2015, 41296 Rn. 2; Bauer in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl., AufenthG § 60 a Rn. 16).“ (BGH aaO.)

Die Duldung war zum betreffenden Zeitpunkt auch noch wirksam, da weder Rücknahme noch Widerruf erfolgt waren. Solches kann auch nicht in dem Auftrag zum Vollzug der Abschiebung an die Polizei gesehen werden, da es insofern jedenfalls an einer Bekanntgabe gegenüber dem Angekl. fehlte. Die Durchführung der Abschiebung war daher materiell-rechtliche rechtswidrig. Fraglich ist jedoch, ob es für die Frage nach einem Notwehrrecht des Angekl. allein hierauf ankommt.

### a) Rechtswidrigkeitsbegriff bei hoheitlichen Maßnahmen

Hierbei ist fraglich, von welchem Rechtmäßigkeitsbegriff bei der Abwehr von polizeilichen Maßnahmen anzusehen ist.

#### aa) Auffassung des BGH

„Nach der Rechtsprechung des BGH bestimmt sich die Rechtmäßigkeit – sowohl bezüglich § 32 II StGB als auch § 113 III StGB – des Handelns von staatlichen Hoheitsträgern bei der Ausübung von Hoheitsgewalt weder **streng** akzessorisch nach der **materiellen Rechtmäßigkeit des dem Handeln zu Grunde liegenden Rechtsgebiets** (meist des materiellen Verwaltungsrechts) noch nach der Rechtmäßigkeit entsprechend dem **maßgeblichen Vollstreckungsrecht** (vgl. BGHSt 4, 161 [164] = NJW 1953, 1032; BGHSt 21, 334 [363] = NJW 1968, 710; sowie die Nachw. in LK-StGB/Rönnau/Hohn, 12. Aufl., § 32 Rn. 117; MüKo-StGB/Erb, 2. Aufl., § 32 Rn. 75; s.a. BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NVwZ 2007, 1180 Rn. 26 ff. bzgl. der Rechtmäßigkeit bei § 113 III StGB). Die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns in einem strafrechtlichen Sinne hängt vielmehr lediglich davon ab, dass „**die äußeren Voraussetzungen zum Eingreifen des Beamten**“ gegeben sind, „er also örtlich und sachlich zuständig“ ist, er die vorgeschriebenen **wesentlichen Förmlichkeiten** einhält und der Hoheitsträger sein – ihm gegebenenfalls eingeräumtes – **Ermessen pflichtgemäß ausübt** (BGHSt 4, 161 [164] = NJW 1953, 1032; BGHSt 21, 334 [365] = NJW 1968, 710; weitere umfassende Nachw. bei LK-StGB/Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 117 Fn. 332; MüKo-StGB/Erb, § 32 Rn. 75 Fn. 159). Befindet sich allerdings der Hoheitsträger in einem **schuldhaften Irrtum über die Erforderlichkeit der Amtsausübung**, handelt er willkürlich oder unter Missbrauch seines Amtes, so ist sein Handeln rechtswidrig (BGHSt 21, 334 [363] = NJW 1968, 710; in der Sache ebenso bereits BGHSt 4, 161 [164 f.] = NJW 1953, 1032; s. auch BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 1991, 3023; Erb, FS Gössel, 2002, 217 [230 f.]).“ (BGH aaO.)

#### bb) Auffassung im Schrifttum

Teile des Schrifttums kritisieren diese Auffassung des BGH, weil dieser sich damit bei der Auslegung einfachen Gesetzesrechts teilweise vom strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs i.S.v. § 32 II StGB (und § 113 III StGB) ablöst und die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns nicht nach Maßgabe der jeweils einschlägigen außerstrafrechtlichen Rechtsvorschriften beurteilt. Dies sei verfassungsrechtlich nicht haltbar (etwa NK-STGB/Paeffgen, 4. Aufl., § 113 Rn. 39 ff. m.w.N.; LK-StGB/Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 119; NK-StGB/Kindhäuser, § 32 Rn. 69; Bestätigung aber durch BVerfG, NVwZ 2007, 1180 Rn. 26 ff.).

Man ist vielmehr der Auffassung, dass bei – am materiellen Verwaltungsrecht oder dem Verwaltungsvollstreckungsrecht gemessen – rechtswidrigem Handeln

des Hoheitsträgers auch strafrechtlich von einem rechtswidrigen Angriff i.S.v. § 32 II StGB auszugehen ist. Dem vom hoheitlichen Handeln Betroffenen wird dann ein eingeschränktes Notwehrrecht gewährt (so etwa Amelung, JuS 1986, 329 [337]; LK-StGB/Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 134 m.w.N.).

### cc) Bestätigung der Rechtsprechung

Mit der besprochenen Entscheidung bestätigt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fest.

„Der BGH hat bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeit (i.S.v. § 32 und § 113 StGB) von hoheitlichem Handeln stets in den Blick genommen, in welcher Lage sich (Polizei-)Vollzugsbeamte bei Ausübung hoheitlicher Tätigkeit befinden (vgl. BGHSt 4, 161 [164] = NJW 1953, 1032; BGHSt 21, 334 [365 f.] = NJW 1968, 710; s. auch BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NVwZ 2007, 1180 Rn. 29 u. 36). Diese müssen sich **in der konkreten Situation** in der Regel **unter einem gewissen zeitlichen Druck** auf die Ermittlung eines äußeren Sachverhalts beschränken, **ohne die Rechtmäßigkeit** des eigenen Handelns auf der Grundlage des materiellen Rechts oder des (Verwaltungs-)Vollstreckungsrechts **bis in alle Einzelheiten klären zu können** (s. BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NVwZ 2007, 1180 Rn. 29 u. 36; BGHSt 4, 161 [164] = NJW 1953, 1032; BGHSt 21, 334 [365 f.] = NJW 1968, 710).

Die **Entlastung des Vollzugsbeamten** von dem Risiko, dass sich bei einer ex post erfolgenden Prüfung der Rechtmäßigkeit seines hoheitlichen Handelns am Maßstab meist des materiellen Verwaltungsrechts oder des Verwaltungsvollstreckungsrechts seine **ex ante** unter den konkreten Bedingungen seines Handelns vorgenommene Rechtmäßigkeitsbeurteilung als unzutreffend erweist und dem von der Maßnahme betroffenen Bürger dann eine gegebenenfalls gewaltsame Verteidigung gegen den Hoheitsträger offen stünde, dient gerade im demokratischen Rechtsstaat der **Sicherung der Entschlusskraft der eingesetzten Vollzugsbeamten** (s. insoweit bereits BGHSt 21, 334 [366 f.] = NJW 1968, 710).

Das **BVerfG** hat vor dem dargestellten Hintergrund bezüglich der Auslegung des Rechtmäßigkeitsbegriffs in § 113 III StGB verfassungsrechtlich akzeptiert, dass bei der Notwendigkeit umgehenden behördlichen Einschreitens eine **Pflicht des betroffenen Bürgers zur Befolgung einer wirksamen, wenn auch gegebenenfalls rechtswidrigen Diensthandlung** besteht (BVerfG, NVwZ 2007, 1180 Rn. 29). Er muss die Amtshandlung grundsätzlich hinnehmen und kann erst nachträglich eine Feststellung der eventuellen Rechtmäßigkeit der Maßnahme erreichen (BVerfG, NVwZ 2007, 1180 Rn. 29 m.w.N.)“ (BGH aaO.)

Wird der hoheitlich handelnde Beamte mit der Vollstreckung einer durch eine andere Behörde angeordneten Verwaltungsmaßnahme beauftragt, darf er sich **grundsätzlich auf die Rechtmäßigkeit der ihm übertragenen Vollstreckung verlassen**. Umgekehrt muss die beauftragende Behörde von dem Vollzug der Maßnahme durch die angewiesene Behörde und deren dort konkret betraute Beamte ausgehen können.

„Derartige Weisungsverhältnisse bilden im Rechtsstaat das **notwendige Bindeglied, um die demokratische Legitimation für die Ausübung von Staatsgewalt** sowie die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung gewährleisten zu können (vgl. BVerwG, NVwZ 2015, 1061 Rn. 30; s.a. grundlegend BVerfGE 93, 37 [66 ff.] = NVwZ 1996, 574 bzgl. der Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung). Der von der angeordneten Verwaltungsvollstreckung Betroffene wird durch die ihm auferlegte Pflicht zur Duldung einer sich im Nachhinein als – gemessen an den einschlägigen außerstrafrechtlichen Vorschriften – rechtswidrig erweisenden hoheitlichen Maßnahme nicht rechtlos gestellt. Ihm steht die nachträgliche gerichtliche Rechtmäßigkeitsprüfung (vgl. Art. 19 IV GG) vollständig zur Verfügung.“ (BGH aaO.)

Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, dass der von einer – nach dem maßgeblichen materiellen Recht oder Vollstreckungsrecht – rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme betroffene Bürger sich befindet in einer völlig anderen tatsächlichen Lage befindet als derjenige, der sich einem rechtswidrigen Angriff auf seine Rechtsgüter durch Private ausgesetzt sieht.

„Innerhalb der Grenzen seiner Duldungspflicht ist die **Eingriffsintensität** der staatlichen Maßnahme durch die für hoheitliches Handeln bestehenden Schranken, vor allem den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** (dazu im hier relevanten Zusammenhang BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 1991, 3023) **begrenzt**. Es droht typischerweise kein endgültiger Verlust des beeinträchtigten Rechtsguts.

Auf der anderen Seite wäre der **Vollzugsbeamte** bei Gewährung des Notwehrrechts gegen sein hoheitliches Handeln der **Gefahr erheblicher Rechtsgutsbeeinträchtigungen** in einer Situation

ausgesetzt, in der er ohne ihm vorwerfbaren Irrtum von der Rechtmäßigkeit der hoheitlichen Vollstreckungsmaßnahme ausgeht. Gerade bei Notwehrhandlungen gegen bewaffnete Polizeibeamte im Rahmen des Vollzugs durch andere Behörden angeordneter Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung wird eine zur endgültigen und sicheren Abwehr des Angriffs führende „Verteidigung“ häufig gleichsam **notwendig die Tötung der eingesetzten Beamten** umfassen (Erb, FS Gössel, 217 [222]). Gegen eine solche „Verteidigung“ dürfte sich der Beamte nicht rechtmäßig wehren. Eine ihm **zumutbare legale Verhaltensalternative bliebe ihm dann nicht**. Entweder handelt er entgegen dem ihm erteilten Vollstreckungsauftrag oder er macht sich durch eine Abwehr der dann nicht rechtswidrigen Verteidigung des von seiner hoheitlichen Maßnahme betroffenen Bürgers strafbar.“ (BGH aaO.)

## b) Grenzen der Duldungspflicht

Die Pflicht zur Duldung materiell-rechtswidriger Einwirkungen der Exekutive bei Angriffen auf Rechtsgüter des Bürgers besteht jedoch nicht ohne Grenze.

„[Diese] Grenzen ... sind dort erreicht, wo diese mit dem **Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung** (Art. 20 III GG) schlechthin unvereinbar sind (BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 1991, 3023; in der Sache ebenso BGHSt 4, 161 [164] = NJW 1953, 1032). Das ist jedenfalls **bei Willkür und bei Nichtigkeit** des Verwaltungshandelns der Fall (BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 1991, 3023; BGHSt 4, 161 [164] = NJW 1953, 1032). Bei der Verwaltungsvollstreckung endet die Duldungspflicht des Betroffenen auch bei **der Nichtigkeit von Verwaltungsakten** (§§ 43, 44 LVwVfG) im Schweregrad **entsprechenden Verletzungen der Voraussetzungen der Verwaltungsvollstreckung** (Erb, FS Gössel, 217 [230]; ähnlich T. Zimmermann, JR 2010, 361 [365] „offensichtlich bösgläubige und amtsmissbräuchliche Vollstreckungshandlungen“). Das Handeln ist dann stets rechtswidrig i.S.v. § 32 II StGB.“ (BGH aaO.)

## c) Anwendung auf den Fall

### aa) Vorliegen der äußeren Voraussetzungen für das Handeln

Der Polizeibeamte E handelte, wie die übrigen mit dem Vollzug der Abschiebung beauftragten Polizeibeamten, nach den getroffenen Feststellungen **innerhalb seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit** auf Grund des seitens der ihrerseits zuständigen Ausländerbehörden erteilten Auftrags zur Verwaltungsvollstreckung.

### bb) Keine Willkür / kein schuldhafter Irrtum über Erforderlichkeit der Amtsausübung

„Der bevorstehende Zugriff durch PHM E erweist sich auch nicht auf Grund der Umstände des konkreten Einzelfalls als rechtswidrig im Sinne des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs. Weder befand er sich in einem **schuldhaften Irrtum über die Erforderlichkeit der Amtsausübung** noch handelt er **willkürlich** oder unter **Missbrauch** seines Amtes. Das gilt selbst dann, ... wenn ihm durch Information seitens der zunächst eingesetzten Polizeibeamten B und K **bekannt gewesen sein sollte**, dass der Angekl. diesen eine **Duldungsverfügung gezeigt**, anschließend aber wieder zurückverlangt hatte. [wird ausgeführt] Den beauftragten Polizeibehörden lagen auf Grund Mitteilung der zuständigen Ausländerbehörde Informationen vor, aus denen sich zunächst eindeutig die Rechtmäßigkeit des Vollzugs der Abschiebung ergab. Allein der **Hinweis des Angekl. auf die Duldung** und das kurzzeitige bildliche In-den-Händen-Halten der Ausfertigung durch die beiden zunächst eingesetzten Polizeibeamten konnten **keine solchen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Vollzugs** hervorrufen, die zu einem schuldhaften Irrtum über den Vollzug der angeordneten Verwaltungsvollstreckung führen konnten. Eine **Klärung** des Vorhandenseins einer wirksam erteilten, über den 04.02.2014 hinausreichenden Duldung durch Rücksprache mit dem zuständigen Regierungspräsidium Ka. **war angesichts der Tageszeit (zwischen 4 und 4.30 Uhr) nicht möglich**. Wegen der eindeutigen Informationen und der Beauftragung durch das Regierungspräsidium war daher für PHM E (wie auch die übrigen eingesetzten Polizeibeamten) nicht ohne Weiteres erkennbar, dass die Abschiebung des Angekl. wegen der erneut erteilten Duldung am fraglichen Tag verwaltungsvollstreckungsrechtlich nicht gestattet war.“ (BGH aaO.)

### cc) Schwerwiegende Verletzungen des Verwaltungsvollstreckungsrechts

Hinsichtlich der Durchführung des Vollzugs der Abschiebung sind durch die beauftragte Polizei die **wesentlichen Förmlichkeiten eingehalten** worden.

Auch sind keine Verletzungen des Verwaltungsvollstreckungsrecht ersichtlich, die in ihrer Schwere den Nichtigkeitsgründen des Verwaltungsakts (§ 44 VwVfG) entsprechen würden.

Die Maßnahme war auch nicht willkürlich. Ebenso wenig lagen Verletzungen des Verwaltungsvollstreckungsrechts vor, die in ihrem Schweregrad Nichtigkeitsgründen des Verwaltungsakts entsprechen würden.

#### dd) Keine Besonderheiten des Einzelfalls

Eine Rechtswidrigkeit im Sinne des Notwehrrechts könnte sich daher nur aus besonderen Umständen des Einzelfalls ergeben, wenn die Grenzen der Duldungspflicht erreicht wären.

*„Schließlich stehen auch die sonstigen Verhältnisse des konkreten Einzelfalls der Anwendung des strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs bei hoheitlichem Handeln nicht entgegen. Die damit einhergehende **Duldungspflicht** des von einer hoheitlichen Maßnahme Betroffenen darf diesem **zumutbar** auferlegt werden, weil **kein endgültiger Rechtsverlust** droht, sondern eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit eröffnet ist. Vorliegend verfügte der Angekl. über eine **Ausfertigung** der bis zum 14.04.2014 befristeten **Duldungsverfügung**. Zwischen dem polizeilichen Zugriff gegen 4:30 Uhr und dem Abflug des Flugzeugs nach Erbil (Irak) vom Flughafen Frankfurt a. M. um 10:10 Uhr verblieb genügend Zeit, um durch die **Vollzugspolizeibeamten mittels Nachfrage bei der zuständigen Ausländerbehörde** nach Beginn deren regelmäßiger Dienstzeit **klären zu lassen**, ob die Voraussetzungen für die Vollstreckung der Abschiebung vorlagen oder diese (noch) durch eine wirksam erteilte Duldung gehindert war. Es drohte daher im Hinblick auf das Recht zum Aufenthalt im Inland bis zum Ablauf der Duldungsfrist dem Angekl. **kein endgültiger Rechtsverlust**. Die Freiheitsentziehung bis zu der Klärung der vollstreckungsrechtlichen Rechtslage durch Einschaltung der Ausländerbehörde musste der Angekl. aus den für das Bestehen eines spezifischen strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs bei hoheitlichem Handeln maßgeblichen Gründen gerade dulden und durfte sich nicht mit erheblicher Gewaltanwendung dagegen wehren.“* (BGH aaO.)

Eine Rechtswidrigkeit des Angriffs auf die Freiheit der Person ist daher nicht feststellbar.

## II. Ergebnis

Es bestand keine Notwehrlage. Die Voraussetzungen für ein Notwehrrecht des Angekl. liegen nicht vor. Seine Handlung war nicht gerechtfertigt.

GG  
Art. 8 I**Versammlung auf privatem Betriebsgelände  
Berufung auf Versammlungsfreiheit**

POR

(BGH in DÖV 2015, 936; Urteil vom 26.06.2015 – V ZR 227/14)

1. Art. 8 I GG schützt die Freiheit, mit anderen Personen **zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung** oder Kundgebung örtlich zusammen zu kommen. Dies gewährleistet den Grundrechtsträgern auch das Recht, selbst zu bestimmen, wo eine Versammlung stattfinden soll.
2. Die Versammlungsfreiheit verschafft allerdings **kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten**.
3. Ein der Öffentlichkeit **allgemein geöffnetes und zugängliches Straßen- und Wegenetz** auf dem Gelände eines in Privatrechtsform betriebenen **Unternehmens der öffentlichen Hand** ist auch dann vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit gem. Art. 8 I GG erfasst, wenn es nicht einer zum Verweilen und Flanieren einladenden Einkaufsstraße oder Fußgängerzone, sondern eher einem Gewerbegebiet gleichgestellt werden kann.
4. Der Umstand, dass ein Gelände durch einen Zaun eingefriedet ist und Einrichtungen für eine Zugangskontrolle vorhanden sind, steht der öffentlichen Zugänglichkeit nicht entgegen, wenn der Zugang tatsächlich nicht kontrolliert wird.

**Fall:** Die Bekl., deren Gesellschafter die Länder Berlin und Brandenburg sowie die Bundesrepublik Deutschland sind, ist Betreiberin des Flughafens Berlin-Schönefeld und Eigentümerin des Flughafengeländes. Das Flughafengelände ist in einen Sicherheitsbereich, zu dem der eigentliche Flughafen einschließlich der Flugfelder gehört, und in einen Betriebsbereich unterteilt. Der für jedermann frei zugängliche Betriebsbereich ist durch einen Zaun eingefriedet. Der Zugang erfolgt über zwei Außentore, an deren Einfahrt darauf hingewiesen wird, dass es sich um Privatgelände handelt. Einrichtungen für eine Zugangskontrolle sind vorhanden, jedoch führt die Bekl. eine Kontrolle nur ausnahmsweise in Einzelfällen durch. Auf dem Betriebsbereich befindet sich unter anderem eine Unterkunft für Asylsuchende, die im Rahmen des so genannten „Flughafenasylverfahrens“ genutzt wird und von Sommer bis November 2013 auch als Erstunterkunft für Asylsuchende diente.

Der Kl. möchte als Mitglied der „Ordensleute gegen Ausgrenzung“ vor der Asylbewerberunterkunft auf dem Parkplatz vor dem Cargo-Center an verschiedenen Terminen Versammlungen von maximal zwei Stunden Dauer mit bis zu 50 Personen und anschließender Demonstration vom Kundgebungsort auf direktem Weg zum Ausgang des Betriebsgeländes abhalten und verlangt von der Bekl. die Duldung, welche diese verweigerte. Wird die Klage auf Duldung Erfolg haben?

Die Bekl. ist eine Privatperson und es handelt sich um ein Privatgelände, so dass der Rechtsstreit grundsätzlich ein zivilrechtlicher ist. Dem zivilrechtlichen Eigentümer eines Grundstücks steht es unter Ausübung seines Hausrechts grundsätzlich frei, den Zutritt zu seinem Grundeigentum zu gewähren und für bestimmte Zwecke zur Verfügung zu stellen oder dies abzulehnen. Hier allerdings ist das Privatgelände in öffentlicher Hand der Länder Berlin und Brandenburg. Gegenüber der Grundrechtsbindung gibt es keine Flucht ins Privatrecht, so dass die Bindungen an die Grundrechte erhalten bleiben. Hier könnte Art. 8 I GG eine Duldung der geplanten Versammlungen erfordern.

**I. Eröffnung des Schutzbereiches****1. Schutzbereich des Art. 8 I GG**

*„Art. 8 I GG schützt die Freiheit, mit anderen Personen **zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung** gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammen zu kommen. Dies gewährleistet den Grundrechtsträgern auch das Recht, **selbst zu bestimmen, wo eine Versammlung stattfinden** soll. Die Bürger sollen damit selbst entscheiden können, wo sie ihr Anliegen – gegebenenfalls auch mit Blick auf Bezüge zu bestimmten Orten oder Einrichtungen – am wirksamsten zur Geltung bringen können. Die Versammlungsfreiheit verschafft allerdings **kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten**. Insbesondere gewährt es dem Bürger keinen Zutritt zu Orten, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind oder zu denen schon den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten Zwecken Zugang gewährt wird.*

*Die Durchführung von Versammlungen etwa in Verwaltungsgebäuden oder in eingefriedeten, der Allgemeinheit nicht geöffneten Anlagen ist durch Art. 8 I GG ebenso wenig geschützt wie etwa in einem öffentlichen Schwimmbad oder Krankenhaus. Demgegenüber verbürgt die Versammlungsfreiheit die Durchführung von Versammlungen dort, wo ein **allgemeiner öffentlicher Verkehr eröffnet** ist. Dies betrifft den öffentlichen Straßenraum als Forum, auf dem Bürger ihre Anliegen besonders wirksam in die Öffentlichkeit tragen und hierüber die Kommunikation anstoßen können. Entsprechendes gilt aber auch für Stätten außerhalb*

des öffentlichen Straßenraums, an denen in ähnlicher Weise ein öffentlicher Verkehr eröffnet ist und Orte der allgemeinen Kommunikation entstehen (BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201 Rn. 63 ff.).“ (BGH aaO.)

## 2. Anwendung auf den Fall

Es kommt daher darauf an, ob es sich bei dem Gelände, auf dem der Kl. die Versammlungen durchführen will, um einen Ort dar, handelt dem – vergleichbar dem öffentlichen Straßenraum – ein allgemeiner öffentlicher Verkehr eröffnet ist.

### a) Öffentliche Zugänglichkeit

„Es handelt sich nicht um einen der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglichen Ort. Der Umstand, dass das Gelände durch einen **Zaun eingefriedet** ist und **Einrichtungen für eine Zugangskontrolle** vorhanden sind, steht dem nicht entgegen, da die bloße Umgrenzung einer Fläche nichts darüber besagt, ob dieser Ort der Öffentlichkeit allgemein zugänglich ist oder nicht. Im vorliegenden Fall ist entscheidend, dass der **Zugang zu dem Betriebsgelände nicht kontrolliert** wird, dieses vielmehr – wie sich aus den Feststellungen des BerGer. ergibt – grundsätzlich von jedermann ungehindert betreten werden kann.

Das Betriebsgelände ist auch nicht ein Ort, zu dem der Allgemeinheit – wie etwa in einem Verwaltungsgebäude, einem öffentlichen Schwimmbad oder Krankenhaus – schon **den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten Zwecken** Zugang gewährt wird. Zwar weisen alle auf dem Gelände befindlichen gewerblichen Unternehmen und öffentlichen Einrichtungen einen Bezug zu dem Flughafenbetrieb auf. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Annahme einer nur beschränkten Öffnung des Ortes. Ausgeschlossen als **Ort allgemeinen kommunikativen Verkehrs** wäre das Gelände dann, wenn der Zugang nur für einzelne begrenzte Zwecke gestattet ist (BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201 Rn. 69). Dies ist hier gerade nicht der Fall. Der Zutritt zu dem Betriebsgelände mit seinen vielfältigen gewerblichen und behördlichen Ansiedelungen erfolgt zu unterschiedlichsten Zwecken, angefangen bei dem Mitarbeiter- und Kundenverkehr und der Belieferung der Unternehmen über den Besuch der Sprechstunde des Facharztes für Allgemein- und Flugmedizin bis hin zur Wahrnehmung der für jedermann zugänglichen Bürgersprechstunde Schallschutz.“ (BGH aaO.)

### b) Allgemeiner öffentlicher Verkehr

„Zwar ist das Straßen- und Wegenetz des Betriebsgeländes **kein** öffentlicher, also **kraft öffentlichen Rechts dem öffentlichen Verkehr gewidmeter Straßenraum**. Es handelt sich jedoch um Flächen, an denen in ähnlicher Weise wie bei öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen ein öffentlicher Verkehr eröffnet ist und Orte der allgemeinen Kommunikation entstehen. Entgegen der Auffassung des BerGer. steht dem nicht entgegen, dass die **Straßen- und Wegeflächen** des Betriebsgeländes nicht einer – zum Verweilen und Flanieren einladenden – Einkaufsstraße oder Fußgängerzone, sondern **eher einem Gewerbegebiet gleichgestellt** werden können. Ebenso wie die Versammlungsfreiheit die Durchführung von Versammlungen auf öffentlichem Straßenraum als dem Leitbild des öffentlichen Forums verbürgt, ohne dass danach differenziert wird, ob sich die Straßen in einer Fußgängerzone oder in einem Gewerbegebiet befinden, kommt es für die Beurteilung der Frage, ob das **Straßennetz des Betriebsgeländes** der Bekl. **als öffentlicher Kommunikationsraum** zu beurteilen ist, nicht darauf an, ob das Gelände einem Gewerbegebiet oder einer Fußgängerzone gleichzustellen ist. Maßgeblich ist allein, dass das Straßennetz des Betriebsgeländes – wie der öffentliche Straßenraum – allgemein und ohne Einschränkung dem Publikum geöffnet ist und es dadurch die Bedingungen bietet, um Forderungen einem allgemeinen Publikum zu Gehör zu bringen und Protest oder Unmut „auf die Straße zu tragen“ (vgl. BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201 Rn. 67). Die Verkehrsflächen des Betriebsgeländes stehen daher grundsätzlich auch Versammlungen offen (i.Erg. ebenso VGH Kassel, NVwZ 2003, 874 [875 f.] = NJW 2003, 2625 Ls. für den öffentlich zugänglichen Parkplatz auf dem Flughafen-gelände).“ (BGH aaO.)

Dem steht auch nicht entgegen, dass ein Privateigentümer auf Grund seines Eigentums und seines Hausrechts den Zugang nur für solche Vorgänge öffnen kann, die in einem engen inneren Zusammenhang zu dem Betrieb des Flughafens stehen.

„[Jedenfalls kann] der **unmittelbar grundrechtsverpflichtete Staat** nicht unter Rückgriff auf frei gesetzte Zweckbestimmungen oder Widmungsentscheidungen den **Gebrauch der Kommunikationsfreiheiten aus den zulässigen Nutzungen** ausnehmen und von Fall zu Fall den Zutritt für unerwünschte Nutzungen wie etwa die Durchführung einer Versammlung verweigern (BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201 Rn. 68; Enders, JZ 2011, 577 [579]).“ (BGH aaO.)

Der Schutzbereich ist daher eröffnet.

## II. Eingriff

Es müsste in der Verweigerung der Duldung auch ein **Eingriff in den Schutzbereich** vorliegen. Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten, welches die Betätigung im grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert.

Da das **Unternehmen**, welches Privateigentümer des Geländes ist, sich **in öffentlicher Hand** befindet, ist die Verweigerung dem Staat zurechenbar und macht die Ausübung des Versammlungsrechts an diesem Ort unmöglich. Ein Eingriff liegt daher vor.

### III. Rechtfertigung

Der Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein. Eine solche Rechtfertigung könne sich aus dem **zivilrechtlichen Hausrechts** der Bekl. gem. § 903 S. 1 BGB ergeben.

*„Die **Grundrechtsbindung der Bekl.** und die ihr fehlende Befugnis, sich im Verhältnis zu anderen Privaten auf ihr Eigentumsgrundrecht zu berufen, bedingen, dass der **Rückgriff auf § 903 S. 1 BGB nur dann gerechtfertigt ist, wenn er zum Schutz individueller Rechtsgüter oder zur Verfolgung legitimer, hinreichend gewichtiger öffentlicher Zwecke des gemeinen Wohls** dient. Eine Untersagung einer Versammlung kommt nur in Betracht, wenn eine unmittelbare, aus erkennbaren Umständen herleitbare **Gefahr für mit der Versammlungsfreiheit gleichwertige, elementare Rechtsgüter** vorliegt. Bloße Belästigungen Dritter, die sich aus der Gruppenbezogenheit der Grundrechtsausübung ergeben und sich ohne Nachteile für den Versammlungszweck nicht vermeiden lassen, reichen hierfür nicht (BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201 Rn. 86, 90). Dass die Bekl. sich auf das Vorliegen einer solchen Gefahr beruft, stellt das BerGer. nicht fest. Eine Gegenrüge ist nicht erhoben worden.“* (BGH aaO.)

### IV. Ergebnis

Der Kl. hat daher einen Anspruch auf Duldung der Versammlungen.

*„Da es sich nicht um eine Spontan- oder Eilversammlung handelt, sondern die Versammlung langfristig geplant ist, folgt aus dem allgemeinen Rücksichtnahmegebot die Verpflichtung des Kl., der Bekl. den genauen Versammlungszeitpunkt **mindestens 48 Stunden im Voraus mitzuteilen** (vgl. BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201 Rn. 89). Hiervon unberührt bleiben die nach dem Versammlungsgesetz bestehenden Verpflichtungen des Kl. gegenüber der Versammlungsbehörde (vgl. BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201 Rn. 81).“* (BGH aaO.)

(VGH Mannheim in NVwZ-RR 2015, 731; Beschluss vom 11.05.2015 – 3 S 2420/14)

In einem durch **reine Wohnnutzung** geprägten Gebiet, das sich zudem durch eine stark aufgelockerte Bebauung auszeichnet und insgesamt als ruhiges Wohnquartier beurteilt werden muss, ist ein **Beherbergungsbetrieb** grundsätzlich **nur** mit einer Bettenzahl von **deutlich unter 17 Betten** als **wohngebietsverträglich** und damit als "klein" i.S.d. § 3 III Nr. 1 BauNVO anzusehen.

**Fall:** Die Beigeladene beantragte am 23.03.2011 die Erteilung eines Bauvorbescheids für die Nutzungsänderung eines bestehenden Mehrfamilienhauses in Ferien-/Monteurwohnungen auf dem ihren Eigentum stehenden Grundstück Flst.-Nr. ... (...) der Gemarkung der Gemeinde Brühl. Die Klägerin, deren Mehrfamilienhaus auf dem Grundstück Flst.-Nr. ... (...) im Wohnungseigentum steht, erhob hiergegen mit der Begründung Einwendungen, bei der näheren Umgebung handle es sich um ein reines Wohngebiet, in dem das Vorhaben nicht zulässig sei. Ein Bebauungsplan wurde nicht erlassen.

Das Landratsamt Rhein-Neckar-Kreis teilte am 14.04.2011 der Beigeladenen mit, ein Antrag auf Nutzungsänderung sei nicht erforderlich, da die Wohnungen langfristig und zum Teil unbefristet vermietet werden würden und deshalb ein Beherbergungsbetrieb nicht vorliege.

Die Klägerin beantragte daraufhin mit Schreiben vom 28.04.2011, den Beherbergungsbetrieb zu unterbinden bis ein endgültiger Bescheid ergangen sei. Die Wohnungen im Haupthaus sowie die zusätzlichen Wohnungen im Nebengebäude seien tages- bzw. wochenweise vermietet, wobei in der Woche hauptsächlich Monteure und am Wochenende Urlaubsreisende einzögen. In Spitzenzeiten seien schätzungsweise bis zu 20 Gäste anwesend. Sie fühle sich durch die artfremde Nutzung des Grundstücks als „Pension“ beeinträchtigt.

Das Landratsamt Rhein-Neckar-Kreis stellte in einem Aktenvermerk vom 25.10.2011 fest, dass die Beigeladene im Branchenverzeichnis der Stadt Schwetzingen unter den Rubriken Hotels und Unterkünfte/Pensionen und Ferienwohnungen die Wohnungen im ... als „Pension S.“ bewerbe. Eine tagesweise Vermietung aufgrund des dort angegebenen Preises pro Nacht sei ausdrücklich vorgesehen. Angeboten werde ein Wäscheservice sowie die Übernahme der Zimmerreinigung.

Liegen die rechtlichen Voraussetzungen für eine Nutzungsuntersagung vor?

## I. Vorliegen der Voraussetzungen für eine Nutzungsuntersagung

Nach § 65 S. 2 BauO BW kann eine Nutzungsuntersagung erfolgen, wenn Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt werden. Die Nutzung könnte hier gegen bauplanungsrechtliche Vorgaben verstoßen. Da ein Bebauungsplan nicht vorliegt und es sich offenbar auch nicht um Außenbereich handelt, sondern ein im Zusammenhang bebauter Ortsteil vorliegt, richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Nutzung nach § 34 I BauGB. Es kommt daher maßgeblich darauf an, dass sich die Art der Nutzung in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt. Geht es aber um die Art der Nutzung und entspricht der Bebauungszusammenhang einem der Baugebiete der BauNVO, so bestimmt sich die Zulässigkeit der Nutzung nach § 34 II BauGB i.V.m. mit den jeweiligen Vorschriften der BauNVO.

### 1. Annahme eines reinen Wohngebietes

Es könnte sich von der Art des Bebauungszusammenhangs um ein reines Wohngebiet nach § 3 BauNVO handeln.

*„Das Verwaltungsgericht hat angenommen, dass sich die Grundstücke der Klägerin und der Beigeladenen in einem ausschließlich von Wohnnutzung geprägten und damit in einem **faktischen reinen Wohngebiet** im Sinne des § 34 II BauGB i.V.m. § 3 BauNVO befinden. Maßgebend für die Bestimmung der Eigenart der näheren Umgebung sei die **durchgehende Wohnbebauung** entlang des Waldwegs, die Bebauung der Rheinauer Straße zwischen der Einmündung des Waldwegs und der Lessingstraße und entlang der Lessingstraße bis zur Gartenstraße/Ecke Gartenstraße und der Voßstraße. Dieses Geviert sei als reines Wohngebiet zu beurteilen, weil sich dort **ausschließlich Wohnbebauung** finde. Die Beigeladenen wenden dagegen ein, das Verwaltungsgericht hätte der Rheinauer Straße keine trennende Wirkung beimessen dürfen. Ferner hätte der **Netto-Markt** und die in Renovierung befindliche, aber nicht aufgegebene Gaststätte in der Rheinauer Straße sowie das Altersheim wie auch ein Lottoladen und ein Schreibwarengeschäft berücksichtigt werden müssen. Schließlich sei die östlich an den Waldweg angrenzende Fläche nicht dem Außenbereich zuzuordnen.*

*Diese Kritik greift nicht durch. Das Verwaltungsgericht hat den Rahmen der maßgebenden Umgebungsbebauung zutreffend gebildet. Die Anwendung des § 34 II BauGB setzt voraus, dass die Eigenart der näheren Umgebung einem der in der BauNVO bezeichneten Baugebiete entspricht. Die Fragen, wie die **nähere***

**Umgebung** abzugrenzen und wie ihre Eigenart zu bestimmen ist, beantworten sich in gleicher Weise wie bei § 34 I BauGB (Rieger, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 34 Rn. 27, 73 f.). Zur Beurteilung, wie weit die nähere Umgebung reicht, ist maßgebend darauf abzustellen, wie weit sich - erstens - die **Ausführung des Vorhabens** der Beigeladenen auf sie **auswirken kann** und - zweitens - wie weit die **Umgebung den bodenrechtlichen Charakter des Vorhabengrundstücks prägt** oder doch beeinflusst (st. Rspr., vgl. BVerwG, Urt. v. 26.05.1978 - 4 C 9.77 - BVerwGE 55, 369). Welcher räumliche Bereich im Rahmen dieser wechselseitigen Prägung die „nähere Umgebung“ im Sinne des § 34 II BauGB umfasst, lässt sich deshalb nicht schematisch, sondern nur nach der jeweiligen tatsächlichen städtebaulichen Situation bestimmen, in die das Vorhabengrundstück eingebettet ist (BVerwG, Beschl. v. 28.08.2003 - 4 B 74.03 - juris; Beschl. v. 16.06.2009 - 4 B 50.08 - BauR 2009, 1564; Mischang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 34 Rn. 21; Rieger, aaO., § 34 Rn. 27, 73 f.).

Unter Beachtung dieser Maßgaben hat das Verwaltungsgericht zu Recht dem Netto-Markt und dem Altersheim keine prägende Wirkung beigemessen. [wird ausgeführt]“ (VGH Mannheim aaO.)

Es besteht daher ein Bebauungszusammenhang, der von seinem Charakter her einem reinen Wohngebiet im Sinne des § 3 BauNVO entspricht.

## 2. Zulässigkeit des Vorhabens im reinen Wohngebiet

Fraglich ist, ob das Vorhaben in einem reinen Wohngebiet zulässig ist.

Nach § 3 II BauNVO sind im reinen Wohngebiet allgemein nur Wohngebäude zulässig sowie Anlagen zur Kinderbetreuung, die den Bedürfnissen der Bewohner des Gebiets dienen. Nach § 3 III BauNVO sind ausnahmsweise zulässig Läden und nicht störende Handwerksbetriebe, die zur Deckung des täglichen Bedarfs für die Bewohner des Gebiets dienen, sowie kleine Betriebe des Beherbergungsgewerbes. Daneben sind noch zulässig sonstige Anlagen für soziale Zwecke sowie den Bedürfnissen der Bewohner des Gebiets dienende Anlagen für kirchliche, kulturelle, gesundheitliche und sportliche Zwecke.

### a) Wohnnutzung oder Beherbergungsbetrieb

#### aa) Begriffsbestimmungen

„Von einem Wohnen ist nur bei einer auf **Dauer angelegten Häuslichkeit** auszugehen, die sich durch die **Eigengestaltung der Haushaltsführung** und des häuslichen Wirkungskreises sowie die **Freiwilligkeit des Aufenthalts** auszeichnet (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.03.1996 - 4 B 302.95 - NVwZ 1996, 893; Urt. v. 25.03.2004 - 4 B 15.04 - BRS 67 Nr. 70; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 19.02.2014 - 3 L 212/12 - BauR 2015, 81; BayVG, Beschl. v. 25.08.2009 - 1 CS 09.287 - juris; VG Bremen, Beschl. v. 17.11.2014 - 1 V 1827/14 - juris; VG Leipzig, Beschl. v. 28.05.2014 - 4 L 288/14 - juris; VG Schwerin, Urt. v. 20.12.2012 - 2 A 857/11 - juris). Erfolgt eine Unterbringung nur **übergangsweise für einen begrenzten Zweck** mit einem nicht über einen längeren Zeitraum gleichbleibenden Bewohnerkreis in einem Raum, handelt es sich um eine andere Nutzungsart als Wohnen (vgl. VG Schwerin, Urt. v. 20.12.2012 - 2 A 857/11 - juris). Eine **nach Tagen bemessene Mietdauer** schließt die Annahme einer auf Dauer angelegten Häuslichkeit regelmäßig aus (vgl. VG Berlin, Beschl. v. 23.01.2012 - 19 L 294.11 - juris).“ (VGH Mannheim aaO.)

Die Wohnnutzung ist hier abzugrenzen zur Nutzung für den Betrieb eines Beherbergungsbetriebes.

„Für einen **Beherbergungsbetrieb** ist in Abgrenzung zum Wohnen kennzeichnend, dass Räume **ständig wechselnden Gästen zum vorübergehenden Aufenthalt** zur Verfügung gestellt werden, ohne dass diese dort typischerweise eine eigene Häuslichkeit begründen (BVerwG, Beschl. v. 31.07.2013 - 4 B 8.13 - BauR 2013, 1996; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 19.02.2014 - 3 L 212/12 - BauR 2015, 81; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 31.01.1997 - 8 S 3167/96 - BRS 59 Nr. 58 [1997]).“ (VGH Mannheim aaO.)

#### bb) Anwendung auf den Fall

Es könnte sich bei der Art der Nutzung durch die Beigeladene um Wohnnutzung handeln, da die Bewohner ihr unmittelbares Umfeld gestalten können. Die Wohnungen sind voll möbliert und enthalten auch eine Küchenausstattung. Die Beigeladene erledigt nur die Endreinigung und stellen alle vier Wochen die Bettwäsche. Es gibt keine Rezeption oder einen gemeinsamen Frühstücks- oder Fernsehraum. Zudem könnte zwischen der auf Dauer angelegten Nutzung der Wohnung im Anbau und im Dachgeschoss auf der einen Seite und den drei anderen Wohnungen zu differenzieren sein, die tatsächlich von Monteuren genutzt würden. Am Haus ist keinerlei Werbung für eine Pension angebracht.

„Das Verwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf abgestellt, dass die Beigeladenen als „Pension S.“ nicht für die Vermietung von Wohnungen **werben**, sondern **für eine**

**Pension.** Wie in Beherbergungsbetrieben üblich, werde der **Preis pro Nacht** berechnet. Zusätzlich würden für einen Beherbergungsbetrieb typische Dienstleistungen erbracht, da die **Bettwäsche** gestellt und die **Endreinigung** vorgenommen werde. Die Frage der Wirtschaftlichkeit des Betriebs orientiere sich, wie bei Beherbergungsbetrieben üblich, vorwiegend an der Höhe der Nebenkosten für die Dienstleistungen und dem Preis für die Übernachtung.

Auch wenn wegen der vorhandenen Küche je Etage eine **gewisse Eigengestaltung** der Haushaltsführung vorhanden sein mag, weil Mahlzeiten selbst zubereitet werden können, so sprechen die vom Verwaltungsgericht festgestellten Umstände doch **gegen einen selbst gestaltbaren häuslichen Wirkungskreis von Dauer** in den Räumen der Beigeladenen, soweit sie an Monteuere vermietet werden. Nach dem Gesamtgepräge bleiben diese Gäste eines Beherbergungsbetriebs. Die Räumlichkeiten zeigen mehr den Charakter von mehr oder weniger kurzfristig benutzten Unterkünften, ohne dass damit deren Qualität bewertet werden soll.“ (VGH Mannheim aaO.)

Die Nutzung ist der von ihrer Art her als Beherbergungsbetrieb anzusehen. Die Nutzung ist daher nicht ohne weiteres nach § 34 II BauGB i.V.m. § 3 II BauNVO im reinen Wohngebiet zulässig.

## b) Annahme eines kleinen Beherbergungsbetriebes

Die Nutzung könnte aber nach §§ 34 II, 31 I BauGB i.V.m. § 3 III Nr. 1 BauNVO ausnahmsweise als kleiner Beherbergungsbetrieb zulässig sein.

### aa) Begriffsbestimmung

„Was in diesem Sinne „klein“ ist, lässt sich **nicht allgemein umschreiben**, weil sein Bedeutungsgehalt auch von den tatsächlichen Auswirkungen des festgesetzten oder faktischen Baugebiets in der konkreten Örtlichkeit abhängt (BVerwG, Beschl. v. 27.11.1987 - 4 B 230.87 u. 231.87 - BRS 47 Nr. 36). Maßgeblich ist, ob sich der Betrieb nach Erscheinungsform, Betriebsform und Betriebsführung sowie unter Berücksichtigung der Zahl der Benutzer **unauffällig in das Gebiet einordnet**, wobei dem **Schutz der Wohnruhe** besondere Bedeutung zukommt. Wesentlicher Gesichtspunkt ist dabei, wie sich der **Betrieb auf seine Umgebung auswirkt** und welche Störungen von ihm ausgehen. Mit dem Merkmal „klein“ soll deshalb gewährleistet sein, dass nur solche Betriebe zugelassen werden können, die **gebietsverträglich** sind. Daraus folgt, dass § 3 III Nr. 1 BauNVO zwar eine feste, allgemein gültige Grenzziehung zum Beispiel anhand einer bestimmten Zahl von Betten, die einheitlich für alle nach § 3 BauNVO zu beurteilenden Baugebiete gälte, nicht zulässt. Es entspricht in diesem Zusammenhang aber allgemeiner Ansicht, dass die Frage, ob der Betrieb noch als „klein“ einzustufen ist, **im Einzelfall nach der Bettenzahl** als einem dafür maßgeblichen Merkmal beantwortet werden kann (BVerwG, Beschl. v. 27.11.1987, aaO.; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 19.02.2014 - 3 L 212/12 - BauR 2015, 81; VG Bremen, Beschl. v. 17.11.2014 - 1 V 1827/14 - juris; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 31.01.1997 - 8 S 3167/96 - BRS 59 Nr. 58 [1997]; Stock, in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 3 BauNVO, Rn. 76; Fickert/Fieseler, BauNVO, § 3 Rn. 20 u. 20.1).“ (VGH Mannheim aaO.)

### bb) Anwendung auf den Fall

„Der Beherbergungsbetrieb der Beigeladenen widerspricht nach seinem Gesamtbild dem Charakter des hier als Maßstab konkret in den Blick zu nehmenden Baugebiets. In einem durch reine Wohnnutzung geprägten Gebiet, das sich - wie hier - zudem durch eine stark aufgelockerte Bebauung auszeichnet und insgesamt als ruhiges Wohnquartier beurteilt werden muss, ist ein Beherbergungsbetrieb grundsätzlich nur mit einer Bettenzahl von deutlich unter 17 Betten als wohngebietsverträglich und damit als „klein“ im Sinne des § 3 III Nr. 1 BauNVO (i.V.m. § 34 II BauGB) anzusehen.“ (VGH Mannheim aaO.)

Die Nutzung ist daher baurechtswidrig, so dass die Voraussetzungen für eine Nutzungsuntersagung vorliegen.

## II. Ermessen

Die Nutzungsuntersagung steht im Ermessen der handelnden Behörde. Sie müsste verhältnismäßig sein. Sie ist ohne weiteres geeignet, die bauplanungswidrige Nutzung zu beseitigen. Sie ist auch erforderlich, da ein milderes Mittel nicht ersichtlich ist. Als solches scheidet auch die Aufforderung zur Beantragung einer Baugenehmigung aus, da diese wegen der materiellen Baurechtswidrigkeit der Nutzung nicht erteilt werden kann. Die Nutzungsuntersagung müsste auch angemessen sein, ihr Nutzen darf daher nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen. Da die Festlegungen zur Art der Nutzung auch nachbarschützend sind und die Beigeladene sich nicht gesondert auf ihr Eigentumsrecht berufen kann, bestehen letztlich keine Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit einer Untersagungsverfügung.

## III. Ergebnis

Die Voraussetzungen für eine Nutzungsuntersagung liegen vor.

## 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  
§§ 195, 199 I 2

**Verhinderung der Mängelbeseitigung durch Mieter**  
**Kein Anspruch auf Umsatzeinbuße durch Erhaltungsmaßnahmen**  
(BGH in MDR 2015, 878; Urteil vom 13.05.2015 – XII ZR 65/14)

ZivilR

1. Verhindert der Mieter **unberechtigt die Mängelbeseitigung** durch den Vermieter, folgt aus den Grundsätzen von Treu und Glauben gem. § 242 BGB, dass er sich ab dem Zeitpunkt nicht mehr auf die Minderung berufen kann, ab dem die Mängelbeseitigung ohne sein verhinderndes Verhalten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge voraussichtlich abgeschlossen gewesen wäre und der Vermieter **wieder die ungeminderte Miete** hätte verlangen dürfen.
2. Die **Verhinderung** der Mängelbeseitigung ist **treuwidrig**, wenn der Mieter die Duldung von unberechtigten Forderungen abhängig macht.
3. Der **Vermieter haftet für Schäden des Mieters** aufgrund einer Erhaltungsmaßnahme (hier: Umsatzausfall) nicht allein deshalb, weil er die Maßnahme veranlasst hat.

**Fall:** In der Entscheidung geht es darum, dass ein Vermieter gegenüber einem Mieter Mängelbeseitigungsmaßnahmen angekündigt hat, die bei diesem zu einem Umsatzausfall führen. Der Vermieter verweigerte gegenüber dem Mieter die Erklärung dass er den Umsatzausfall ersetzen werde. Daraufhin verhinderte der Mieter die Ausführung der Arbeiten, machte aber weiter Minderungsansprüche wegen der Mängel geltend.

**I. Keine weitere Minderung nach Verweigerung der Mängelbeseitigung**

„Nach § 536 I 1 und 2 BGB hat der Mieter für die Zeit, während der die Tauglichkeit der Mietsache durch Mängel gemindert ist, nur eine **angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten**. Verhindert er jedoch **unberechtigt die Mängelbeseitigung** durch den Vermieter, folgt aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB (und hierbei aus dem Verbot des **venire contra factum proprium**), dass der Mieter grundsätzlich **wieder die ungeminderte Miete zu entrichten** hat (vgl. BGH, Urf. v. 12.05.2010 – VIII ZR 96/09 – Rn. 46, MDR 2010, 979 = NJW 2010, 3015; ...).“ (BGH aaO.)

**II. Pflichtwidrigkeit der Verhinderung der Mängelbeseitigung**

„Eine **treuwidrige Verhinderung der Mängelbeseitigung** durch den Mieter ist etwa dann anzunehmen, wenn er **entgegen seiner** aus § 555a I BGB bzw. früher § 554 I BGB folgenden Pflicht, Maßnahmen zur Instandhaltung oder Instandsetzung (Erhaltungsmaßnahmen) zu dulden, Einwirkungen auf die Mietsache nicht zulässt oder ihre Duldung **von ungerechtfertigten Forderungen abhängig** macht (Ehler in BeckOK/BGB, Stand 01.05.2014, § 536 Rn. 107 m.w.N.; ...).“ (BGH aaO.)

**III. Ansprüche des Mieters bei Erhaltungsarbeiten**

„Bei der infolge einer Erhaltungsmaßnahme erlittenen **Umsatzeinbuße** handelt es sich nach zutreffender einhelliger Meinung **nicht um eine Aufwendung i.S.v. § 554 IV BGB bzw. jetzt § 555a III BGB** (vgl. etwa OLG Saarbrücken, Urf. v. 20.12.2010 – 8 U 507/09 – Rn. 46, juris; ...). ...

Wie die Gesetzgebungsgeschichte belegt, enthielt § 554 IV BGB allerdings – ebenso wie jetzt § 555a III BGB – keine abschließende Regelung der dem Mieter bei Duldung der Erhaltungsmaßnahme zustehenden Ansprüche, so dass insbesondere **mietrechtliche Gewährleistungsrechte nach §§ 536, 536a BGB nicht ausgeschlossen** sind. Bei Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen kann sich der Mieter daher auf eine **Mietminderung während der Erhaltungsmaßnahmen** berufen und **Schadensersatz nach § 536a BGB** verlangen (allg.M. vgl. etwa Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl., § 555a BGB Rn. 13)“ (BGH aaO.).

**IV. Schadensersatzanspruch nach § 536a I Alt. 2 BGB**

Nach § 536a I Alt. 2 BGB kann der Mieter Schadensersatz verlangen, wenn nach Vertragsschluss ein Mangel der Mietsache i.S.d. § 536 BGB entsteht, den der Vermieter zu vertreten hat.

„Die **überwiegende Meinung** argumentiert hingegen, der Vermieter handele wegen seiner **Erhaltungspflicht** und der **Duldungspflicht** des Mieters rechtmäßig und daher **nicht schuldhaft** (OLG Saarbrücken Urf. v. 20.12.2010 – 8 U 507/09 – Rn. 42, juris; ...). Zudem sei andernfalls § 555a III BGB überflüssig.

Die Streitfrage, die der BGH bislang ausdrücklich offen gelassen hat (BGH v. 15.11.1989 – VIII ZR 46/89, BGHZ 109, 205 = MDR 1990, 333 = NJW 1990, 453 f.), ist **im Sinne der überwiegenden Auffassung zu entscheiden** (in diese Richtung bereits BGH, Urf. v. 31.10.2012 – XII ZR 126/11 – Rn. 24, MDR 2013, 82 = NJW 2013, 223).

Ausschlaggebend ist ..., dass § 536a I Alt. 2 BGB ein Vertretenmüssen und damit ein – gegebenenfalls über § 278 BGB zurechnendes – **Verschulden des Vermieters i.S.d. § 276 I BGB voraussetzt**. Der Vorwurf schuldhaften Verhaltens beinhaltet aber ein Werturteil, indem dem Handelnden vorgeworfen wird, er habe vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Rechtsordnung verstoßen. Verschulden setzt daher Rechtswidrigkeit voraus (Staudinger/Caspers, BGB, 2014, § 276 Rn. 12 m.w.N.). Unabhängig davon, ob man insoweit auf das Verhaltens- oder das Erfolgsunrecht abstellt (vgl. hierzu die Darstellungen bei Erman/Westermann, BGB, 14. Aufl., § 276 Rn. 4 ff.; ...), **scheidet ein Schuldvorwurf aus**, wenn es an einem Rechtsverstoß fehlt. So liegt es jedoch, wenn der Vermieter lediglich die Erhaltungsmaßnahme veranlasst.“ (BGH aaO.)

BGB  
§ 377

**Rügepflicht beim Handelskauf**  
**Lieferung an Dritten auf Weisung des Käufers**

SR BT

(OLG Köln in MDR 2015, 959 = NJW-RR 2015, 859; Beschluss vom 13.04.2015 – 11 U 183/14)

„Beim Handelskauf trifft den Käufer die Rügeobliegenheit nach § 377 HGB auch dann, wenn der Verkäufer die Kaufsache auf Anweisung des Käufers an einen Dritten geliefert hat. Zwar kann er die Untersuchung des Kaufobjektes seinem Abnehmer überlassen. Er hat dann aber auch dafür zu sorgen, dass der Abnehmer ihn soweit wie möglich von Mängeln unterrichtet; bei einer vermeidbaren Verzögerung der Mängelanzeige muss er sich den aus § 377 II HGB folgenden Rechtsnachteil von seinem Verkäufer entgegenhalten lassen. Das gilt auch im Fall der Durchlieferung an einen nicht kaufmännischen Abnehmer, was durch die Regelung des § 478 II BGB, wonach § 377 HGB im Rahmen des Regresses beim Verbrauchsgüterkauf unberührt bleibt, bestätigt wird.“ (OLG aaO.)

BGB  
§§ 280 I, 573 I

**Vorgetäuschter Eigenbedarf**  
**Verzicht des Mieters auf Schadensersatz im Vergleich**

SR BT

(BGH in NZM 2015, 532; Urteil vom 10.06.2015 – VIII ZR 99/14)

1. Der Vermieter ist im Falle der **Vortäuschung von (Eigen-)Bedarf** – wie auch sonst bei einer schuldhaften (materiell) unberechtigten Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses – dem Mieter **gem. § 280 I BGB zum Schadensersatz verpflichtet** (Bestätigung und Fortführung von BGH, NJW 2009, 2059 = NZM 2009, 429 Rn. 11 m.w.N.; Urt. v. 13.06.2012 – VIII ZR 356/11, BeckRS 2012, 16127 Rn. 10; WuM 2011, 634 = BeckRS 2011, 24838 Rn. 3).
2. Ob ein **Räumungsvergleich** den **Zurechnungszusammenhang** zwischen der Vortäuschung einer (Eigen-) Bedarfssituation und dem später vom Mieter geltend gemachten Schaden **unterbricht**, ist im Wege der Auslegung des Vergleichs und unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls danach zu beurteilen, ob die Parteien durch gegenseitiges Nachgeben **auch den Streit darüber beilegen** wollten, ob die **(Eigen-)Bedarfslage** des Vermieters **bestand oder nur vorgetäuscht war**. Nur dann, wenn mit dem Vergleich auch etwaige Ansprüche des Mieters wegen eines nur vorgetäuschten Bedarfs abgegolten werden sollten, fehlt es an dem erforderlichen Zurechnungszusammenhang (Fortführung von BGH, WuM 2011, 634 = BeckRS 2011, 24838).
3. An das Vorliegen des **Willens des Mieters**, auf etwaige Ansprüche gegen den Vermieter wegen eines nur vorge-täuschten (Eigen-)Bedarfs **zu verzichten**, sind **strenge Anforderungen** zu stellen; der **Verzichtswille** muss – auch unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände – **unmissverständlich** sein (im Anschluss an und Fort-führung von BGH, NJW 2007, 368 Rn. 9; NJW 2010, 64 Rn. 18; NZG 2012, 1342 = WM 2012, 2231 Rn. 22; Urt. v. 22.04.2015 – IV ZR 504/14, BeckRS 2015, 08538 Rn. 15).
4. Für einen **stillschweigenden Verzicht** des Mieters auf die vorgenannten Ansprüche bedarf es regelmäßig **bedeutsamer Umstände**, die auf einen solchen Verzichtswillen schließen lassen (Fortführung von BGH, Urt. v. 11.10.2000 – VIII ZR 276/99, BeckRS 2000, 09513 Rn. 18; NJW-RR 2007, 246 = WM 2007, 177 Rn. 22; Beschl. v. 19.09.2006 – X ZR 49/05, BeckRS 2006, 12689 Rn. 27). Derartige Umstände können bei einem Räumungs-vergleich etwa darin liegen, dass sich der **Vermieter zu einer substanziellen Gegenleistung** – wie etwa einer namhaften Abstandszahlung – verpflichtet.

StGB  
§§ 184b IV und VI 2, 184c IV

**Kinderpornografische Thumbnails**  
**Vorsatz hinsichtlich des Besitzes**

StR BT

(OLG Düsseldorf in MMR 2015, 550; Beschluss vom 26.05.2015 – III-2 RVs 36/15)

„Werden auf Datenträgern, die sich im Besitz des Angeklagten befanden, **kinderpornografische Vorschaubilder** (sog. Thumbnails) festgestellt, die durch das Betriebssystem des Computers automatisch generiert worden sind, kann nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden, dass dem Angeklagten der Besitz der Vorschaubilder bewusst war. Lässt sich der erforderliche Besitzwille hinsicht-lich der sog. Thumbnails nicht feststellen, ist auf das **Sich-Verschaffen** oder den vormaligen Besitz der originären – inzwischen gelöschten – Bilddateien abzustellen, wobei es unter Beachtung der fünfjährigen Verjährungsfrist einer näheren zeitlichen Ein-grenzung bedarf.“ (OLG Düsseldorf aaO.)

StGB  
§ 179 I

**Begriff der sexuellen Handlung**  
**Zielrichtung unerheblich bei äußerlicher Eindeutigkeit**

StGB

(BGH in NSTZ 2015, 457; Beschluss vom 10.03.2015 – 5 StR 521/14)

Die Entscheidung beschäftigt sich mit der Frage, wann im Rahmen eines sexuellen Missbrauchs von einer sexuellen Handlung auszugehen ist.

„Auch der Angekl. B hat den Tatbestand des § 179 I Nr. 1 StGB vollendet, obgleich er selbst „aus einer plötzlichen Unlust heraus“ mit der Nebenklägerin den zunächst **beabsichtigten Geschlechtsverkehr nicht mehr „eigenhändig“ ausführte** (MüKo-StGB/Renzikowski 2. Aufl., § 179 Rn 3; Schönke/Schröder-Eisele StGB, 29. Aufl., § 179 Rn 8), sondern lediglich **mit Interesse und Kommentar den Vollzug des Geschlechtsverkehrs durch den Mitangekl. verfolgte**. Dass beide Angekl. die Nebenklägerin gemeinsam in das Schlafzimmer des Angekl. B brachten und ihr dort Schuhe, Hose und Slip auszogen, um unter Ausnutzung ihrer Widerstandsunfähigkeit nacheinander und jeweils in Gegenwart des Mittäters den Geschlechtsverkehr mit ihr durchzuführen, stellt für sich schon eine vollendete sexuelle Handlung im Sinne des § 179 I i.V.m. § 184 h Nr. 1 StGB dar. Eine solche liegt immer dann vor, wenn die **Handlung objektiv, also allein gemessen an ihrem äußeren Erscheinungsbild, einen eindeutigen Sexualbezug aufweist** (BGH Urt. v. 24.09.1980 – 3 StR 255/80, BGHSt 29, 336, 338; v. 20.12.2007 – 4 StR 459/07, NSTZ 2008, 339, 340, u. v. 22.10.2014 – 5 StR 380/14, NJW 2014, 3737, 3738 m.w.N.). Dies war hier zweifelsfrei **schon bei der Entblößung des Unterkör-pers der Geschädigten der Fall**. Da bei **äußerlich eindeutigen Handlungen** nach st. Rspr. die **subjektive Zielrichtung** des Täters

für die Einordnung als sexuelle Handlung **keine Bedeutung** hat (vgl. BGH aaO), kommt es vorliegend auch nicht darauf an, ob die Entkleidung der Geschädigten dem Tatplan des Angekl. entsprechend dazu diente, sich schon hierdurch geschlechtliche Erregung zu verschaffen (vgl. LK/StGB-Laufhütte/Roggenbuck 12. Aufl., § 184 g Rn 5 f.; MüKo-StGB/Hörnle 2. Aufl., § 184 g Rn 6 m.w.N.; MüKo-StGB/Renzikowski aaO., § 177 Rn 55; offengel. von BGH Ur. v. 04.08.2004 – 5 StR 134/04, NStZ 2005, 90, 91; a.A. noch BGH Beschl. v. 13.02.1997 – 4 StR 648/96, NStZ-RR 1997, 292 m.w.N.).“ (BGH aaO.)

StGB  
§§ 255, 250 II Nr. 3 a

**Besonders schwere räuberische Erpressung  
Schwere körperliche Misshandlung bei der Tat**

StrR BT

(BGH in NStZ-RR 2015, 277; Beschluss vom 30.06.2015 – 3 StR 193/15)

**Fall:** Der Angekl. vergewaltigte die Gesch. unter Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 177 IV Nr. 2 a StGB. Danach forderte der Angekl. sie auf, ihm die Handtasche zu geben. Dies geschah in Kenntnis des Umstandes, dass die Gesch. noch unter dem Eindruck der vorangegangenen Gewalteinwirkung stand. Aus Angst vor weiteren Schlägen übergab die Gesch. dem Angekl. ihre Handtasche, in der sich u.a. Geld und ein Mobiltelefon befand, die der Angekl. mitnahm, um sie für sich zu behalten. Ist der Angekl. wegen schwerer räuberischer Erpressung nach §§ 255, 250 II Nr. 3 a StGB strafbar?

Wegen schwerer räuberischer Erpressung wird mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren nach §§ 255, 250 II Nr. 3 a StGB bestraft, wer eine andere Person bei der Tat körperlich schwer misshandelt. Fraglich ist, wie das Merkmal „bei der Tat“ zu verstehen ist.

„Das Tatbestandsmerkmal „bei der Tat“ bezieht sich auf die **finale Verknüpfung von Gewalt und Vermögensverfügung**, durch die die Erpressungsdelikte geprägt sind. Es ist daher nur dann erfüllt, wenn die schwere körperliche Misshandlung zur Erzwingung der Vermögensverfügung oder zumindest zur Sicherung der Beute verübt wird. Ein **schlichter räumlich-zeitlicher Zusammenhang zwischen einer räuberischen Erpressung und einer schweren Misshandlung** genügt hierfür hingegen nicht (vgl. BGH, NJW 2009, 3041). Dies gilt sowohl in dem Fall, in der die Misshandlung der Erpressung unmittelbar nachfolgt, als auch dann, wenn sie ihr – wie hier – unmittelbar vorangeht (vgl. auch BGH, NStZ 2010, 150 zu § 177 IV Nr. 2 a StGB).“ (BGH aaO.)

GG  
Art. 5 I 2

**Presserechtlicher Auskunftsanspruch  
Operative Vorgänge im Bereich des BND**

VerfR

(BVerwG in NVwZ 2015, 1383; Beschluss vom 20.07.2015 – 6 VR 1/15)

Ein **verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch** der Presse aus Art. 5 I 2 GG ist für Auskünfte über operative Vorgänge im Bereich des Bundesnachrichtendienstes einschließlich seiner Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten **ausgeschlossen**.

**Fall:** Die Ast. verlegt eine Tageszeitung, das Haßfurter Tagblatt. Deren Redaktionsleiter bat, den Bundesnachrichtendienst (BND) um Auskunft darüber, welche Unternehmen mit Sitz in Deutschland und welche deutschen Staatsangehörigen auf der Selektorenliste der NSA gestanden hätten, die dem BND überreicht worden sei, welche Unternehmen mit Sitz in Deutschland und welche deutschen Staatsangehörigen der BND von der ihm überreichten Selektorenliste der NSA gestrichen habe, welche Unternehmen mit Sitz in Deutschland und welche deutschen Staatsangehörigen der BND auf der ihm überreichten Selektorenliste der NSA belassen und abgehört habe.

Der BND lehnte die Beantwortung dieser Fragen ab: Er äußere sich zu operativen Aspekten seiner Arbeit nur gegenüber der Bundesregierung und den geheim tagenden Gremien des Deutschen Bundestages. Besteht ein Auskunftsanspruch?

**I. Anspruch aus Art. 5 I 2 GG**

Ein Anspruch auf die begehrte Auskunft kann sich aus der von Art. 5 I 2 GG geschützten Pressefreiheit ergeben.

„In **Ermangelung einer einfachgesetzlichen Regelung** des Bundesgesetzgebers verleiht das Grundrecht der Pressefreiheit der Presse zwar einen **verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Auskunft gegenüber Bundesbehörden**, soweit auf sie die Landespressegesetze wegen einer entgegenstehenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht anwendbar sind, wie dies unter anderem für den BND zutrifft (BVerwGE 146, 56 = NVwZ 2013, 1006 = NJW 2013, 2919 Ls.). Auf Grund des verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs können Pressevertreter in geeigneter Form behördliche Auskünfte verlangen, **soweit berechtigte schutzwürdige Interessen Privater oder öffentlicher Stellen an der Vertraulichkeit von Informationen nicht entgegenstehen** (BVerwG, NVwZ 2015, 1388 Rn. 24).“ (BVerwG aaO.)

Fraglich ist daher, ob hinsichtlich der begehrten Information solche **berechtigten schutzwürdigen Interessen** des BND an der Vertraulichkeit der streitigen Selektorenliste entgegen.

**1. Begriff der berechtigten Interessen**

„Welche Interessen an der Vertraulichkeit von Informationen dazu berechtigen, den verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Auskunft zu versagen, bestimmt sich in Abhängigkeit von dem Regelungsspielraum, über den der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung behördlicher Auskunftspflichten verfügt. Der verfassungsunmittelbare Auskunftsanspruch der Presse ist durch Vertraulichkeitsinteressen ausgeschlossen, welche der Gesetzgeber für die gegebene Fallgestaltung als **Ausschlussgrund normieren dürfte** (BVerwG, NVwZ 2015, 1388 Rn. 26.“ (BVerwG aaO.)

**2. Zulässigkeit einer gesetzlichen Ausschlussregelung**

„Der BND hat die **Aufgabe**, zur Gewinnung von **Erkenntnissen** über das Ausland, die **von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung** für die Bundesrepublik Deutschland sind, die erforderlichen Informationen zu sammeln und auszuwerten (§ 1 II 1 BNDG). Derartige Informationen darf der Bundesnachrichtendienst **heimlich** unter anderem **mit nachrichtendienstlichen Mitteln** i.S.d. § 8 II BVerfSchG beschaffen (§ 3 BNDG) und muss dies in vielen Fällen tun. Um die ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben erfüllen zu können, ist der BND mithin darauf angewiesen, verdeckt zu arbeiten. Müssten Auskünfte über solche Vorgänge erteilt werden, würde die **Gewinnung von weiteren Informationen erschwert, wenn nicht verhindert** und wäre damit die Erfüllung der Aufgaben des BND gefährdet. Was operative Vorgänge im Bereich des Bundesnachrichtendienstes angeht, würde deshalb bei einer Abwägung im Einzelfall in aller Regel ein Vorrang des Geheimhaltungsbedürfnisses vor dem Informationsinteresse der Presse anzunehmen sein. Deshalb dürfte

der Gesetzgeber im Rahmen der ihm zustehenden Befugnis zur Pauschalierung und Typisierung für derartige Vorgänge schon gesetzlich einen generellen („abwägungsfesten“) Ausschluss eines Auskunftsanspruchs normieren (BVerwG, NVwZ 2015, 1388 Rn. 31)).

Zu den operativen Vorgängen im Bereich des BND gehören das Ob sowie Art und Umfang der Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten. Um außen- und sicherheitspolitisch relevante Erkenntnisse zu gewinnen, ist der BND in vielen Fällen auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten angewiesen, indem in gemeinsamem Zusammenwirken Informationen von beiderseitigem Interesse beschafft werden oder anderweit gewonnene Erkenntnisse ausgetauscht werden. Dabei erfährt der BND beispielsweise, welches Erkenntnisinteresse der ausländische Nachrichtendienst verfolgt. Die Zusammenarbeit setzt voraus, dass die beteiligten Nachrichtendienste sich wechselseitig darauf verlassen können, dass von ihnen für geheimhaltungsbedürftig angesehene Informationen auch von der anderen Seite geheim gehalten werden. Die künftige Erfüllung der Aufgaben des BND kann mithin dadurch beeinträchtigt werden, dass im Falle einer Offenlegung von Informationen die Zusammenarbeit mit Nachrichtendiensten anderer Staaten und damit die künftige eigene Gewinnung von außen- und sicherheitspolitischen Erkenntnissen erschwert würde. Dazu käme es, wenn die Ag. Informationen unter Missachtung einer zugesagten oder vorausgesetzten Vertraulichkeit gleichwohl an Dritte bekannt gibt (vgl., auch zu § 99 II VwGO: BVerwG, Beschl. v. 23.11.2011 – 20 F 22/10, BeckRS 2012, 47000 Rn. 17 u. 19).“ (BVerwG aaO.)

Weil danach operative Vorgänge im Bereich des BND einschließlich seiner Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten **generell von dem verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch der Presse ausgenommen** sind, kommt es auf eine Abwägung bezogen auf die konkret begehrten Informationen nicht an.

„Der BND hat die begehrte Auskunft vielmehr zutreffend allein mit der Begründung versagt, er äußere sich zu operativen Aspekten seiner Arbeit nur gegenüber der Bundesregierung und den geheim tagenden Gremien des Deutschen Bundestages.“ (BVerwG aaO.)

## II. Anspruch aus Art. 10 I 2 EMRK

Art. 10 I 2 EMRK untersagt einem Konventionsstaat, eine Person am Empfang von Informationen Dritter zu hindern.

„Es kann offenbleiben, ob Art. 10 I EMRK nach der neueren Rechtsprechung des EGMR ein **allgemeines** – und nicht nur auf besonders gelagerte Fallgruppen beschränktes – **Recht der Presse auf Zugang zu Verwaltungsinformationen** begründet (vgl. BVerwGE 146, 56 = NVwZ 2013, 1006 Rn. 33 = NJW 2013, 2919 Ls.). Jedenfalls fände ein solches Recht seine **Schranken in Bestimmungen der nationalen Sicherheit und Bestimmungen zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen** (vgl. Art. 10 II EMRK). Solche Bestimmungen müssen, um das durch Art. 10 I EMRK gewährleistete Recht in konventionskonformer Weise beschränken zu können, legitim und in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich sein (vgl. EGMR, Ur. v. 14.04.2009 – 37374/05 Rn. 33 ff.). Diese Voraussetzungen sind in Bezug auf operative Vorgänge im Bereich des BND erfüllt. Dass aus Art. 10 EMRK insoweit ein Erfordernis einzelfallbezogener Abwägung abzuleiten wäre und der deutsche Gesetzgeber konventionswidrig handelte, wenn er eine generelle Ausnahme für den angesprochenen Funktionsbereich in ein Presseauskunftsgesetz übernehme, ist nicht ersichtlich.“ (BVerwG aaO.)

GG

## Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften Landesrecht verstößt gegen Gewaltenteilungsgrundsatz

VerfR

Art. 20 II 2

(BVerfG in LKV 2015, 412; Beschluss vom 30.06.2015 – 2 BvR 1282/11)

1. Die **Prüfung der Voraussetzungen** des Anspruchs auf Verleihung des **Status einer Körperschaft** des öffentlichen Rechts aus Art. 4 I und III, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V 2 WRV **obliegt den Ländern**. Mit der Verleihung des Körperschaftsstatus vollziehen die Länder kein Bundesgesetz im Sinne des Art. 83 GG, sondern Landesrecht.
2. Eine Regelung, die die **im Einzelfall gebotene Prüfung** der Voraussetzungen des Anspruchs aus Art. 4 I und II, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V 2 WRV **dem parlamentarischen Gesetzgeber** zuweist, verstößt gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 II 2 GG). Dieser gewährleistet mittelbar das grundrechtlich geschützte Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz im Einzelfall.

**Fall:** Bf. ist die Religionsgemeinschaft „Jehovas Zeugen in Deutschland“, die ihre Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts auch für das Gebiet der Freien Hansestadt Bremen erstrebt. Dieser Status vermittelt u.a. das Steuererhebungsrecht, Organisations- und Rechtssetzungsautonomie sowie die Dienstherrenfähigkeit. In der Staatspraxis folgt auf die Erstverleihung des Körperschaftsstatus in einem Land noch die Durchführung von sog. Zweitverleihungsverfahren in den weiteren Ländern.

In Bezug auf die Bf. fand die Erstverleihung im Jahr 2006 in Berlin statt. Ihr ging ein Gerichtsverfahren voraus, in dem u.a. das BVerfG mit Urteil vom 19.12.2000 die Voraussetzungen konkretisierte, unter denen eine Religionsgemeinschaft den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts erlangen kann. Die Zweitverleihung ist mittlerweile in 12 der übrigen 15 Länder erfolgt. In Nordrhein-Westfalen ist das Verfahren noch nicht abgeschlossen; ein Verwaltungsgerichtsverfahren in Baden-Württemberg ist mit Blick auf das hiesige Verfassungsbeschwerdeverfahren ruhend gestellt. In Bremen ist – anders als in den übrigen Ländern – nach Art. 61 S. 2 BremLV die Verleihung des Körperschaftsstatus durch förmliches Gesetz der Bremischen Bürgerschaft vorgesehen. Die Bürgerschaft lehnte einen vom Senat eingebrachten Gesetzentwurf über die Verleihung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an die Bf. am 12.05.2011 ab. Hiergegen richtet sich die Vb., mittelbar zugleich gegen Art. 61 S. 2 LV-Bremen.

### I. Voraussetzungen für die Erlangung des Körperschaftsstatus

„Neben den ausdrücklich in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V 2 WRV genannten Voraussetzungen muss eine Religionsgemeinschaft für die Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts **weitere, ungeschriebene Voraussetzungen** erfüllen (vgl. BVerfGE 102, 370). Sie muss **rechtstreu** sein, insbesondere die Gewähr dafür bieten, dass ihr künftiges Verhalten die in Art. 79 III GG umschriebenen **fundamentalen Verfassungsprinzipien**, die **Grundrechte Dritter** sowie die **Grundprinzipien des Religions- und Staatskirchenrechts** nicht gefährdet. Sind die Voraussetzungen erfüllt, hat die antragstellende Religionsgemeinschaft einen **verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf Verleihung des Körperschaftsstatus**.

Die Pflicht zur weltanschaulichen Neutralität verwehrt es dabei dem Staat, Glauben und Lehre einer Religionsgemeinschaft als solche zu bewerten; diese können jedoch Rückschlüsse auf das von der Religionsgemeinschaft zu erwartende Verhalten zulassen.“ (BVerfG aaO.)

## II. Prüfungsumfang

Die Prüfung des Vorliegens dieser Voraussetzungen **obliegt dem jeweiligen Land**, für dessen Staatsgebiet die Religionsgemeinschaft die mit dem Körperschaftsstatus verbundenen Rechte in Anspruch nehmen will.

### 1. Prüfung ist keine Vollziehung von Bundesrecht

„Mit der Verleihung des Körperschaftsstatus nach Art. 4 I und II GG sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V 2 WRV an eine Religionsgemeinschaft **vollziehen die Länder kein Bundesgesetz i.S.d. Art. 83 GG**. Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei den Normen des Grundgesetzes überhaupt um Bundesgesetze in diesem Sinne handeln kann. Denn jedenfalls setzt dies eine **Kompetenzzuweisung an den Bund** voraus, die **im Bereich des Staatskirchenrechts gerade fehlt**. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V 2 WRV enthält keine kompetenzrechtliche Aussage. Die Bestimmung unterscheidet sich insoweit nicht von Art. 5 I 2 GG oder Art. 8 I GG, die ebenfalls zwar bundesrechtliche Grundrechtsgarantien – der Rundfunk- und Versammlungsfreiheit – statuieren, für die bundesstaatliche Kompetenzverteilung jedoch ohne Bedeutung sind. Zur Gewährleistung des verfassungsrechtlich verbürgten Anspruchs obliegt es den Ländern dementsprechend gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 VIII WRV, das Verfahren der Verleihung des Körperschaftsstatus weiter landesrechtlich zu regeln.“ (BVerfG aaO.)

### 2. Keine Bindungswirkung der Erstverleihung

Die Erstverleihung hat keine Bindungswirkung. Die jeweiligen Länder sind daher befugt, im Zweitverleihungsverfahren die notwendigen Voraussetzungen erneut zu prüfen.

„**Alleiniger Prüfungsmaßstab** sind die geschriebenen und ungeschriebenen Voraussetzungen des Anspruchs aus Art. 4 I und II und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V 2 WRV. Es handelt sich insoweit um eine gebundene Entscheidung, die den Ländern **keinen Gestaltungs- oder Ermessensspielraum** lässt.

Nach der **gängigen Staatspraxis und der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur** muss einer Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts werden will, dieser Status in jedem Land gesondert verliehen werden. Die Erstverleihung entfaltet zwar Rechtswirkung über das Gebiet des verleihenden Landes hinaus, weil die im Körperschaftsstatus enthaltene **Rechtsfähigkeit mit bundesweiter Verbindlichkeit** begründet wird. Soweit einfaches Bundesrecht hieran Rechtsfolgen knüpft, können diese ebenfalls bundesweite Wirkung entfalten. Die Erstverleihung führt aber nicht dazu, dass die Körperschaft **hoheitliche Befugnisse und kraft einfachen Landesrechts zuerkannte Privilegien über die Grenzen des verleihenden Landes hinaus** ausüben darf. Jedenfalls das Besteuerungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 VI WRV, die Dienstthernenfähigkeit und die Widmungsbefugnis sind in diesem Sinne als hoheitliche Befugnisse einzuordnen.

Diese Begrenzung der Rechtswirkungen des Verleihungsaktes entspricht dem bundesstaatlichen Kompetenzgefüge. Das **Land Berlin kann die Bf. nicht mit hoheitlichen Kompetenzen ausstatten, die über sein eigenes Staatsgebiet hinausreichen**. Über die Landesgrenzen hinaus kann sich die Wirkung des Verleihungsaktes nur insoweit erstrecken, als die nicht verleihenden Länder in ihrer Kontrolle über die Ausübung von Staatsgewalt auf ihrem Gebiet nicht beeinträchtigt werden. Ob die Voraussetzungen für die Verleihung des Körperschaftsstatus vorliegen, ist jeweils bezogen auf die Organisation als solche zu prüfen. Insbesondere die **Gewähr der Rechtstreue** wird in der Regel **nicht regional teilbar** sein. Die **Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten** gebietet deshalb, dass die Länder ihre jeweilige Prüfung nicht völlig losgelöst von den in den anderen Ländern gewonnenen Ergebnissen durchführen, sondern sie angemessen berücksichtigen. Diese Beteiligungsform kann jedoch die Durchführung eines Zweitverleihungsverfahrens nicht ersetzen.“ (BVerfG aaO.)

## III. Prüfungsverfahren

Fraglich ist jedoch, wie das Prüfungsverfahren auszugestalten ist. Art. 61 S. 2 BremLV hat insofern die Prüfungskompetenz dem Gesetzgeber übertragen, der durch förmliches Gesetz zu entscheiden hat. Dies müsste einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten.

„Art. 61 S. 2 BremLV weist eine funktional der Verwaltung vorbehaltene Tätigkeit **ohne zwingende Gründe** in die **ausschließliche Kompetenz des parlamentarischen Gesetzgebers**, der Bremischen Bürgerschaft. Die Verleihung des Körperschaftsstatus an eine Religionsgemeinschaft stellt den **Erllass einer gebundenen Entscheidung im Wege des Verfassungsvollzugs** dar. Bei der Ermittlung der Voraussetzungen erfüllt die Bremische Bürgerschaft funktional eine **exekutivische Tätigkeit im Einzelfall**: Bei Vorliegen der Voraussetzungen ist dem Antrag stattzugeben, anderenfalls ist er abzulehnen. Ein Entscheidungs- und Wertungsspielraum, der sich sonst regelmäßig aus der allgemeinen politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ableiten lässt, ist nicht gegeben.

Der Widerspruch zwischen Art. 61 S. 2 BremLV und dem Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 II 2 GG) führt zur **Verfassungswidrigkeit der Norm**. Wird einer Religionsgemeinschaft, die sich auf ihren Anspruch aus Art. 4 I und II sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V 2 WRV beruft, der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts rechtswidrig vorenthalten, stellt dies einen Eingriff in grundrechtlich geschützte Interessen dar. Zugleich werden mittelbar die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen den Eingriff in die Religionsfreiheit aus Art. 4 I und II GG verkürzt. Gegenüber Eingriffen, die unmittelbar durch den Erlass eines Gesetzes oder sein Unterlassen bewirkt werden, ist die Vb. der einzige mögliche Rechtsbehelf, während gegen Maßnahmen oder die Untätigkeit der Verwaltung sonst der jeweilige fachgerichtliche Rechtsweg eröffnet ist.“ (BVerfG aaO.)

Das Verfahren genügt daher schon in seiner abstrakten Ausgestaltung nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 278 VI

### Vergleich im schriftlichen Verfahren Formverstoß und Rechtsmissbrauch

ZivilProzR

(BGH in NJW 2015, 2965; Urteil vom 14.07.2015 – VI ZR 326/14)

Ein Vergleich nach § 278 VI 1 Var. 2 ZPO kann nur durch **Annahme des schriftlichen Vergleichsvorschlags** des Gerichts mit **Schriftsatz der Parteien** wirksam geschlossen werden.

**Fall:** Die Kl. nahm den Bekl. wegen einer angeblich fehlerhaften privatärztlichen Behandlung in Anspruch. Erinstanzlich ist die Klage abgewiesen worden. Das BerGer. hat in der mündlichen Verhandlung am 26.03.2014 den Parteien vorgeschlagen, sich wie folgt zu vergleichen:

„(1) Der Bekl. zahlt an die Kl. ohne Anerkennung einer darüber hinausgehenden Rechtspflicht zur Abgeltung sämtlicher in diesem Rechtsstreit geltend gemachter eventueller Ansprüche 3.600 €. Damit sind sämtliche eventuellen Ansprüche – seien sie vorhersehbar oder nicht – der Kl. gegen den Bekl. oder weiteres Personal des Klinikums Itzehoe sowie gegen das Klinikum Itzehoe erledigt.

(2) Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen die Kl. zu 78 % und der Bekl. zu 22 %. Diese Regelung gilt auch für die Kosten des Vergleichs.“

Den Vergleichstext hat der Vorsitzende des Senats zu Protokoll der mündlichen Verhandlung auf einen Tonträger diktiert. Die Aufzeichnung ist den Parteivertretern und den Parteien vorgespielt worden. Der Prozessbevollmächtigte der Kl. hat sodann erklärt:

„Der Vergleichstext ist uns soeben vorgespielt worden. Er wird genehmigt und es wird hiermit die Zustimmung nach § 278 VI ZPO erklärt.“

Diese Erklärung ist ebenfalls zu Protokoll der mündlichen Verhandlung auf einen Tonträger diktiert und, nachdem sie den Parteivertretern und den Parteien vorgespielt worden ist, vom Klägervorteiler genehmigt worden. Das BerGer. hat anschließend einen Beschluss verkündet, der unter anderem beinhaltete, dass der Bekl. Gelegenheit zur Zustimmung zum Vergleichsvorschlag nach § 278 VI ZPO binnen drei Wochen erhalte. Das die Aufzeichnung wiedergebende schriftliche Protokoll der mündlichen Verhandlung ist den Parteivertretern jeweils am 02.04.2014 zugestellt worden. Mit am 14.04.2014 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz hat der Bekl. dem Vergleichsvorschlag des BerGer. zugestimmt. Daraufhin hat das BerGer. mit Beschluss vom 16.04.2014 gem. § 278 VI ZPO das Zustandekommen des Vergleichs festgestellt. Der Beschluss ist dem Klägervorteiler am 22.04.2014 zugestellt worden. Mit am 14.05.2014 eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag hat die Kl. den Prozessvergleich wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten und die Störung der Geschäftsgrundlage eingewandt. Sie hat außerdem geltend gemacht, der Vergleich sei prozessual nicht wirksam zu Stande gekommen.

Das OLG Schleswig hat festgestellt, dass der Rechtsstreit durch Vergleich erledigt ist. Trifft dies zu?

### I. Erledigung des Rechtsstreits durch Vergleich nach § 278 VI ZPO

Hier könnte der Rechtsstreit durch den Abschluss eines Vergleichs nach § 278 VI ZPO beendet worden sein.

Nach § 278 VI ZPO kann ein gerichtlicher Vergleich auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Das Gericht stellt dann das Zustandekommen und den Inhalt eines dementsprechend geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest. Fraglich ist, ob diese Vorgaben für den Abschluss eines Vergleichs nach § 278 VI ZPO eingehalten wurden.

#### 1. Rechtsnatur des Prozessvergleichs

„Der Prozessvergleich hat eine **rechtliche Doppelnatur**. Er ist zum einen **Prozesshandlung**, durch die der Rechtsstreit beendet wird und deren Wirksamkeit sich nach verfahrensrechtlichen Grundsätzen bestimmt. Dazu ist er ein **privates Rechtsgeschäft**, für das die Vorschriften des materiellen Rechts gelten und mit dem die Parteien Ansprüche und Verbindlichkeiten regeln (BGHZ 164, 190 [193 f.] = NJW 2005, 3576 m.w.N.; vgl. auch BGHZ 142, 84 [88] = NJW 1999, 2806; BGHZ 79, 71 [74] = NJW 1981, 823; BGHZ 41, 310 [311] = NJW 1964, 1524; BGHZ 28, 171 [172] = NJW 1958, 1970; BGHZ 16, 388 [390] = NJW 1955, 705; OLG Hamm, NJW-RR 2012, 882). Prozesshandlung und privates Rechtsgeschäft stehen **nicht getrennt nebeneinander**. Vielmehr sind die prozessualen Wirkungen und die materiell-rechtlichen Vereinbarungen voneinander abhängig (BGHZ 164, 190 [194] = NJW 2005, 3576; BGHZ 79, 71 = NJW 1981, 823). Der **Prozessvergleich ist nur wirksam**, wenn sowohl die **materiell-rechtlichen Voraussetzungen** für einen Vergleich als auch die **prozessualen Anforderungen** erfüllt sind, die an eine wirksame Prozesshandlung zu stellen sind. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, liegt ein wirksamer Prozessvergleich nicht

vor; die prozessbeendende Wirkung tritt nicht ein (BGHZ 164, 190 = NJW 2005, 3576; vgl. auch BGHZ 16, 388 = NJW 1955, 705). Das gilt auch für den Prozessvergleich i.S.d. § 278 VI ZPO (vgl. BT-Drs. 14/4722, 82; BAGE 120, 251 = NJW 2007, 1831 Rn. 15; OLG Hamm, NJW-RR 2012, 882; Assmann in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 278 Rn. 79; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 36. Aufl., § 794 Rn. 2 f.).“ (BGH aaO.)

## 2. Materiell-rechtliche Unwirksamkeit des Vergleichs

„Die Revision wendet sich nicht gegen die Beurteilung des BerGer., dass der Vergleich nicht schon auf Grund der Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung oder wegen fehlender Geschäfts- oder Vergleichsgrundlage (§ 779 I BGB) materiell-rechtlich unwirksam sei. Dagegen bestehen auch keine rechtlichen Bedenken.“ (BGH aaO.)

## 3. Prozessuale Unwirksamkeit des Vergleichs

Allerdings könnte der Vergleich wegen der Nichteinhaltung der durch § 278 VI ZPO vorgegebenen Formvorschriften prozessual unwirksam sein.

### a) Vorliegen eines schriftlichen Vergleichsvorschlags des Gerichts

§ 278 VI ZPO setzt voraus, dass das Gericht den Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreitet. Fraglich ist, ob die Aufnahme des Vorschlags in das Verhandlungsprotokoll diesen Anforderungen genügt.

„Zwar wurde der Vorschlag zunächst **vorläufig auf Tonträger** gem. § 160 a I ZPO aufgezeichnet. Doch ist dadurch, dass die Aufzeichnung **in das vom Vorsitzenden und der Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle unterzeichnete Protokoll** (§§ 160 a II, 163 I ZPO) **übertragen** worden ist, das Schriftformerfordernis gewahrt (ebenso Nungeßer, AR-Blattei SD 160.9 Rn. 467 [Stand Nov. 2005]; dies., NZA 2005, 1027 [1030 f.]).“ (BGH aaO.)

Ein schriftlicher Vergleichsvorschlag des Gerichts liegt also vor.

### b) Annahme des Vergleichsvorschlags durch den Beklagten

Mit am 14.04.2014 bei Gericht Schriftsatz hat der Beklagte seine Zustimmung zum Vergleichsvorschlag des Gerichts erklärt. Seine Zustimmungserklärung ist daher formwirksam erfolgt.

### c) Annahme des Vergleichsvorschlags durch die Klägerin

Fraglich ist jedoch, ob eine den Vorgaben entsprechende Annahme des Vergleichsvorschlags durch den Kläger anzunehmen ist. Unmittelbar nach dem Diktat des Vergleichsvorschlags und nochmaligen Vorspielen hatte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Zustimmung zu Protokoll abgegeben. Danach ist eine schriftliche Zustimmung nicht mehr erfolgt. Dies könnte den Formvorschriften widersprechen.

Es kommt darauf an, ob die Annahme eines Vergleichsvorschlags nach § 278 VI ZPO zu Protokoll des Gerichts möglich ist.

„Der **erkennende Senat teilt** allerdings in Übereinstimmung mit der Auffassung des OLG Hamm (NJW-RR 2012, 882) und Stimmen in der Literatur (Assmann in Wieczorek/Schütze, § 278 Rn. 89; Thomas/Putzo/Reichold, § 278 Rn. 15; Foerste in Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl., § 278 Rn. 17 a; Geisler in Prütting/Gehrlein, ZPO, 7. Aufl., § 278 Rn. 19; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 73. Aufl., § 278 Rn. 63; Kontusch, NJ 2012, 474; ebenso Elzer in Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, 2. Aufl., § 36 Rn. 27) **nicht die Meinung** des BerGer., wonach die **zu Protokoll des Gerichts erklärte Annahme** des gerichtlichen Vergleichsvorschlags durch die Kl. ebenfalls dem Formerfordernis nach § 278 VI 1 Var. 2 ZPO **genügte**.

Ausgehend vom **Wortlaut** verlangt die Vorschrift eine **Erklärung der Partei durch Schriftsatz**. Die Niederschrift einer mündlichen Erklärung der Partei zu Protokoll genügt dafür nicht. Diese bietet zwar Beweis dafür, dass die Erklärung von der betreffenden Partei mit dem protokollierten Inhalt abgegeben worden ist (vgl. Senat, NJW 2014, 2797 = VersR 2014, 1018 Rn. 15; NJW 1994, 799 [800]). Das **Protokoll** stellt aber eine schriftliche Erklärung des Gerichts über Förmlichkeiten und Inhalt einer mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme dar. Es **ist nicht die schriftliche Erklärung der Partei**.

Nach dem **Willen des Gesetzgebers** sollte mit der Einfügung des § 278 VI ZPO zwar ein **Vergleichschluss außerhalb der mündlichen Verhandlung** in einem schriftlichen Verfahren ohne Wahrnehmung eines Termins erleichtert werden (BT-Drs. 14/4722, 61, 82). Eine **rechtliche Möglichkeit für die einzelne Partei, zu Protokoll eine Zustimmungserklärung** zu einem Vergleichsvorschlag abzugeben, dem die Gegenpartei innerhalb gesetzter Frist mit Schriftsatz zustimmen kann, sollte allerdings mit der Neuregelung nicht eröffnet werden.

Gegen eine solche Absicht des Gesetzgebers, die im Gesetzestext auch keinen Niederschlag gefunden hat, spricht der **Umkehrschluss** aus der Regelung in § 269 II 2 ZPO über die **Prozessbeendigung durch Klagerücknahme**. Für die Zurücknahme der Klage lässt das Gesetz ausdrücklich die Einreichung eines Schriftsatzes oder die Erklärung in der mündlichen Verhandlung genügen. Dementsprechend ist gem. § 160 III Nr. 8 ZPO im Protokoll eine in mündlicher Verhandlung erklärte Zurücknahme der Klage festzustellen. Eine derartige Regelung fehlt aber für die Erklärung der Partei, einen gerichtlichen Vergleichsvorschlag anzunehmen.

Beim Abschluss eines Prozessvergleichs ist außerdem im **Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs** und der Parteien **grundsätzlich Formstrenge** geboten. Sie verlangt klare Abgrenzungen. Ein gerichtlicher Vergleich ist als verfahrensbeendigende Prozesshandlung und als Vollstreckungstitel deshalb nur wirksam, wenn er nach den maßgeblichen gesetzlichen Formvorschriften geschlossen worden ist. Die Schaffung einer von Gesetzes wegen prozessrechtlich nicht vorgesehenen Möglichkeit eines gerichtlichen Vergleichsabschlusses würde zu Rechtsunsicherheit führen.“ (BGH aaO.)

Die Klägerin hat daher den Vergleichsvorschlag des Gerichts nicht in der erforderlichen Form angenommen. Der Prozessvergleich ist nicht nach § 278 VI ZPO formwirksam geschlossen worden.

## II. Ausschluss der Berufung auf Formunwirksamkeit des Vergleichs

Allerdings könnte es der Klägerin nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB verwehrt sein, sich darauf zu berufen, dass der vom BerGer. nach § 278 VI 2 ZPO festgestellte Vergleich prozessual nicht wirksam zu Stande gekommen ist.

### 1. Widersprüchliches Verhalten im Prozess

„Der Grundsatz von Treu und Glauben findet **auch im Prozessrecht Anwendung** (stRspr, vgl. nur Senat, BGHZ 112, 345 [349] = NJW 1991, 1176 m.w.N.; BGHZ 99, 391 [398] = NJW 1987, 51; BGHZ 69, 37 [43] = NJW 1977, 1637; NJW 2014, 2285 = VersR 2014, 1272 Rn. 6; NJW-RR 2013, 442 = VersR 2013, 1283 Rn. 9 m.w.N.; NJW 2013, 66 = VersR 2013, 207 Rn. 9 m.w.N.; BGHZ 196, 243 = NJW-RR 2013, 1171 Rn. 23 m.w.N.; BGHZ 189, 56 = GRUR 2011, 521 Rn. 13 m.w.N.). Widersprüchliches Verhalten einer Partei (**venire contra factum proprium**) im Prozess kann rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig sein (vgl. BGH, NJW 1997, 3377 [3379]; NJW-RR 2009, 1582 Rn. 8 f.).

Rechtsmissbräuchlich ist widersprüchliches Verhalten dann, wenn für den anderen Teil ein **Vertrauenstatbestand entstanden** ist oder besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (Senat, r + s 2014, 525 = VersR 2014, 1226 Rn. 42 m.w.N.; BGHZ 202, 102 = NJW 2014, 2723 Rn. 33 m.w.N. und BGHZ 202, 122 = NJW 2014, 3030 Rn. 25 m.w.N.; BGHZ 201, 101 = NJW 2014, 2646 Rn. 40 m.w.N.; BGHZ 188, 1 = NJW 2011, 1290 Rn. 17). Nach **ständiger Rechtsprechung des BGH** kann eine Rechtsausübung etwa dann unzulässig sein, wenn sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, weil **das frühere Verhalten mit dem späteren sachlich unvereinbar** ist und die Interessen der Gegenpartei im Hinblick darauf vorrangig schutzwürdig erscheinen (BGHZ 202, 102 = NJW 2014, 2723; BGHZ 201, 101 = NJW 2014, 2646; BGH, NJW 2015, 1087 = WuM 2015, 296 Rn. 25; NJW-RR 2013, 757 Rn. 12, jew. m.w.N.).“ (BGH aaO.)

### 2. Anwendung auf den Fall

Die Erklärung des Prozessbevollmächtigten des Klägers zu Protokoll des Gerichts enthält ausdrücklich eine Zustimmung zum gerichtlichen Vergleichsvorschlag „nach § 278 VI ZPO“. Eine Zustimmung liegt daher inhaltlich ohne weiteres vor, auch wenn sie formunwirksam im Sinne des § 278 VI ZPO erfolgt ist.

#### a) Schaffung eines Vertrauenstatbestandes

Die Klägerin müsste einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben.

„Obwohl dem Prozessbevollmächtigten das **Protokoll** über die mündliche Verhandlung am 02.04.2014 **zugestellt** worden ist und die **Zustimmung** des Bekl. erst am 14.04.2014 **zu den Akten gelangt** ist, machte der Prozessbevollmächtigte den die Wirksamkeit des Vergleichs in Frage stellenden **Mangel** auch **in der Folgezeit nicht geltend**. Er ließ vielmehr den gerichtlichen Vergleich durch Beschluss vom 16.04.2014 feststellen und blieb **nach Zustellung des Beschlusses** am 22.04.2014 **länger als drei Wochen untätig**. Auch in den Schriftsätzen vom 14.05. und 19.06.2014 berief sich die Kl. nicht auf die wegen des Formverstößes gegen § 278 VI 1 Var. 2 ZPO gegebene Unwirksamkeit des Vergleichs. Hierzu steht es objektiv in Widerspruch, wenn sich die Kl., die sich das Verhalten ihres Prozessbevollmächtigten nach § 85 ZPO zurechnen lassen muss, nunmehr auf den Standpunkt stellt, mangels ihrer nach Vorliegen des schriftlichen gerichtlichen Vergleichsvorschlags schriftsätzlich erklärten Zustimmung sei ein formwirksamer Prozessvergleich nach § 278 VI 1 Var. 2 ZPO nicht zu Stande gekommen (vgl. Kontusch, NJ 2012, 474 [475]).“ (BGH aaO.)

Somit hat die Klägerin einen Vertrauenstatbestand geschaffen.

**b) Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Beklagten**

Der Beklagte müsste in schutzwürdiger Weise auf diesen Tatbestand vertraut haben.

„Auch ist das **Vertrauen des Bekl.** auf die ausdrücklich auf Abschluss eines Prozessvergleichs nach § 278 VI ZPO abzielende Erklärung der Kl. in der mündlichen Verhandlung **schutzwürdig**. Angesichts einer fehlenden entgegenstehenden Rechtsprechung durfte der Bekl. darauf vertrauen, dass die Kl. nicht auf Grund eines Formmangels ihrer Zustimmungserklärung das wirksame prozessuale Zustandekommen des Vergleichs in Frage stellen würde.“ (BGH aaO.)

**c) Vorrang öffentlicher Interessen / Gebot der Rechtssicherheit**

Trotz Vertrauenstatbestand und Schutzwürdigkeit des Vertrauens ist ein Vertrauensschutz ausgeschlossen, wenn öffentlichen Interessen der Vorrang einzuräumen ist oder das Interesse an Rechtssicherheit einen Rücktritt des Vertrauensschutzes gebietet.

„Der Vorrang öffentlicher Interessen oder das Gebot der Rechtssicherheit führen im Streitfall nicht zu einem Zurücktreten des Grundsatzes von Treu und Glauben (so aber – in ähnlichem Zusammenhang – OLG Hamm, NJW-RR 2012, 882 [883]). Allerdings kann die Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben durch das **öffentliche Interesse am sicheren Ablauf des Verfahrens** ausgeschlossen sein (vgl. Senat, NJW 1973, 2110 [2111] m.w.N.; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 242 Rn. 4; BeckOK BGB/Sutschet, 01.02.2015, § 242 Rn. 9); Staudinger/Olzen/Looschelders, BGB, Neubearb. 2015, § 242 Rn. 1104). Im Streitfall stehen aber die **schutzwürdigen Interessen des Bekl. im Vordergrund**, während öffentliche Interessen nur nachrangig berührt sind. Zwar hält die Erklärung der Kl. das Schriftsatzgebot des § 278 VI 1 Var. 2 ZPO nicht ein. Das öffentliche Interesse an der durch die Schriftform gewährleisteten Sicherheit im Hinblick auf die Abgabe und den Inhalt der Annahmeerklärung ist jedenfalls dann nicht beeinträchtigt, wenn – wie hier – sowohl der **Vergleichsvorschlag des Gerichts** als auch die **Annahmeerklärung protokolliert, vorgespielt und von der Partei genehmigt wurden**. Immerhin entspricht diese Verfahrensweise den Formvorschriften, die im Falle eines in mündlicher Verhandlung geschlossenen Vergleichs gelten (§§ 160 III Nr. 1, 162 I 2 ZPO).“ (BGH aaO.)

**III. Ergebnis**

Der Klägerin ist eine Berufung auf die Formunwirksamkeit des Prozessvergleichs verwehrt. Sie kann daher mit ihrem Antrag auf Fortsetzung des Prozesses keinen Erfolg haben. Gleiches gilt für den Antrag, die prozessuale Unwirksamkeit des Vergleichs festzustellen.

InsO  
§§ 301, 302**Verzicht auf Restschuldbefreiung  
Unwirksamkeit in AGB**

InsO

(BGH in NZI 2015, 858; Urteil vom 25.06.2015 – IX ZR 199/14)

1. Der vollständige oder teilweise **Verzicht auf die Wirkungen der Restschuldbefreiung** in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ist **unwirksam**.
2. Der Schuldner kann den **Schuldgrund** einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung in AGB **nicht wirksam anerkennen**.

**Fall:** Die Klägerin handelte mit Mineralöl. Ihr Geschäftsführer ist Vermieter von drei in einem Haus befindlichen Einheiten, von denen der Beklagte eine zum Betreiben seiner Versicherungsagentur gemietet hatte. Wegen finanzieller Probleme blieb der Beklagte ab Januar 2009 die Mieten schuldig. In den Jahren 2009 und 2010 versorgte die Klägerin das Gebäude mit Heizöl und stellte dem Beklagten dessen Anteil mit insgesamt 1.642,10 € in Rechnung. Da dieser nicht zahlte, beauftragte sie ein Inkassobüro mit der Eintreibung der Forderungen. Ein Mitarbeiter dieses Büros suchte den Beklagten am 01.10.2010 auf und veranlasste ihn, in zwei Formularurkunden anzuerkennen, der Klägerin 1.061,07 € und 905,20 €, jeweils zuzüglich Zinsen, zu schulden. In zwei weiteren Formularurkunden erkannte der Beklagte an, die Forderungen stellten solche aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung dar und nähmen nicht an einer möglichen Restschuldbefreiung teil, sollten sie Insolvenzforderungen werden.

Am 23.05.2012 wurde das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Die Klägerin meldete ihre beiden Forderungen aus den Schuldanerkenntnissen zur Tabelle an, und zwar gleichzeitig als Forderungen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung. Die Forderungen wurden zur Tabelle festgestellt; der Beklagte widersprach jedoch dem Schuldgrund der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung. Mit der Feststellungsklage möchte die Klägerin mit einem Haupt- und einem Hilfsantrag den Widerspruch des Beklagten überwinden und erreichen, dass ihre Forderungen von der vom Beklagten beantragten Restschuldbefreiung nicht berührt werden. Zu Recht?

**I. Verzicht auf Restschuldbefreiung**

Möglicher Weise ist der Anspruch der Klägerin wegen der entsprechenden Erklärung des Beklagten in der Formularurkunde von der Restschuldbefreiung ausgenommen.

Die Wirksamkeit der Erklärungen muss sich an §§ 305 ff BGB messen lassen.

**1. Vorliegen von AGB i.S.d. § 305 I BGB**

Bei der Formularurkunde könnte es sich um eine für eine **Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung** handeln, welche dem Beklagten von der Klägerin als Verwenderin gestellt wurde.

*„[Die Erklärungen] wurden von dem von der Klägerin beauftragten Inkassobüro für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert und dem Beklagten zur Unterschrift vorgelegt. Unerheblich ist, dass die Erklärungen zur Restschuldbefreiung nicht in einem gegenseitigen Vertrag enthalten sind, sondern als Anlage zu den abstrakten Schuldanerkenntnissen einseitige Rechtsgeschäfte darstellen, durch die die Wirkungen der Restschuldbefreiung für die Forderungen ausgeschlossen werden sollten. Denn §§ 305 ff BGB gelten, wenn wie hier Rechtsbeziehungen durch ein einseitiges Rechtsgeschäft zustande kommen, welches Bestandteile enthält, die nicht vom Erklärenden, sondern von demjenigen vorformuliert werden, demgegenüber die Erklärung abzugeben ist, oder der sonst an ihrer Abgabe interessiert ist (BGH, Urteil vom 05.05.1986 - II ZR 150/85, BGHZ 98, 24, 28; vom 09.04.1987 - III ZR 84/86, NJW 1987, 2011; vom 16.03.1999 - XI ZR 76/98, BGHZ 141, 124, 126; Staudinger/Schlosser, BGB, 2013, § 305 Rn. 6; MüKo-BGB/Basedow, 6. Aufl., § 305 Rn. 9).“ (BGH aaO.)*

Es liegen daher allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des Gesetzes vor.

**2. Anwendbarkeit der §§ 305 ff BGB**

Der sachliche Anwendungsbereich der §§ 305 ff BGB ist eröffnet (§ 310 IV BGB), allerdings könnte der persönliche Anwendungsbereich nach § 310 I BGB beschränkt sein.

*„Auch wenn der Beklagte im Hinblick auf die in seinem Gewerbebetrieb begründeten Forderungen bei der Abgabe der abstrakten Schuldanerkenntnisse und der Nebenerklärungen nach § 13 BGB nicht Verbraucher, sondern nach § 14 I BGB Unternehmer war und deswegen § 310 I BGB zur Anwendung kommt, gilt zu seinen Gunsten [zumindest] § 307 BGB.“ (BGH aaO.)*

**3. Einbeziehung in den Vertrag gemäß § 305 II BGB**

Die strengen Vorgaben des § 305 II BGB für die wirksame Einbeziehung der AGB in den Vertrag gelten nach § 310 I BGB für den Beklagten als Unternehmer nicht.

Da diese jedoch in den Formularerklärungen selbst enthalten sind, bestehen ohnehin an der wirksamen Einbeziehung keine Bedenken. Auch sind die Grenzen für die Annahme einer überraschenden Klausel i.S.d. § 305c I BGB noch nicht erreicht und es gibt auch keine anders lautende Individualabrede nach § 305b BGB.

#### 4. Inhaltskontrolle

##### a) Auslegung der AGB-Klausel nach den eigens hierfür geltenden Grundsätzen

Maßgeblich ist nicht das, was der sorgfältige Empfänger verstehen durfte, §§ 133, 157 BGB. AGB sind vielmehr ausgehend von der Verständnismöglichkeit eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständlichen und redlichen Vertragsparteien unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Palandt-Heinrichs, § 5 AGBG Rn 7 m.w.N.). Hierbei ist die Unklarheitenregel des § 305c II BGB zu Lasten des Verwenders zu berücksichtigen.

Der Inhalt der Erklärungen ist hier eindeutig und zielt darauf, den Anspruch der Restschuldbefreiung zu entziehen.

##### b) Subsumtion der Klausel

###### aa) Abweichen vom dispositiven Recht oder Ergänzung dispositiver Normen, § 307 III BGB

Da Ansprüche, die eben nicht aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung resultieren und auch die sonstigen Voraussetzungen des § 302 InsO nicht erfüllen, von der Restschuldbefreiung betroffen sind, stellt das Regelungsziel, den klägerischen Anspruch hiervon auszunehmen, eine Abweichung von der Rechtslage dar, so dass eine inhaltliche Prüfung der Klausel angezeigt ist.

###### bb) Verstoß gegen § 307 BGB

Für den Beklagten als Unternehmer ist nur § 307 BGB anwendbar (s.o.). Nach § 307 I 1 BGB ist eine Klausel unwirksam, wenn sie den Verwendungsgegner – hier den Beklagten – nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Dies ist nach § 307 II Nr. 1 BGB insbesondere anzunehmen, wenn sie mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

###### (1) wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung zur Restschuldbefreiung

*„Nach § 1 S. 2 InsO wird dem redlichen Schuldner Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien. Die **Restschuldbefreiung** stellt - neben der Gläubigerbefriedigung - ein **zusätzliches Verfahrensziel** des Insolvenzverfahrens dar (vgl. BGH, Beschluss vom 16.03.2000 - IX ZB 2/00, BGHZ 144, 78, 83 f; vom 03.11.2005 - IX ZB 211/03, juris Rn. 9; vgl. auch BGH, Beschluss vom 13.10.2011 - IX ZB 80/10, NJW 2012, 609 Rn. 12). Sie soll **dem redlichen Schuldner einen wirtschaftlichen Neuanfang ermöglichen** (vgl. BGH, Beschluss vom 03.12.2009 - IX ZB 247/08, BGHZ 183, 258 Rn. 21). Sie findet ihre innere Rechtfertigung zum einen darin, dass das **pfändbare Vermögen des Schuldners**, insbesondere der pfändbare Teil seines Arbeitseinkommens, über einen angemessenen Zeitraum zu Gunsten der Insolvenzgläubiger verwertet wird; dies ermöglicht **während der Dauer des Insolvenzverfahrens** die Vorschrift des § 35 I InsO, die auch Neuerwerb dem **Insolvenzbeschlagnahme** unterwirft, und während der Wohlverhaltensperiode die Abtretung der pfändbaren Forderungen auf Bezüge nach § 287 II InsO. Zum anderen setzt die Restschuldbefreiung voraus, dass der Schuldner nicht gegen die Pflichten verstößt, die ihm § 290 InsO a.F. für die Zeit vor und nach der Verfahrenseröffnung auferlegt, und die ihn nach § 295 InsO in der Wohlverhaltensperiode treffenden Obliegenheiten erfüllt (BGH, Beschluss vom 26.02.2015 - IX ZB 44/13, NZI 2015, 328 Rn. 15).*

*Die Regelungen der Restschuldbefreiung dienen dabei **nicht nur dem persönlichen Schutz und dem Persönlichkeitsrecht des Schuldners**, dem ein wirtschaftlicher Neubeginn ermöglicht werden soll und für den die vollständige Restschuldbefreiung von existentieller Bedeutung ist (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.2013 - IX ZR 30/13, NZI 2013, 1025 Rn. 11; FK-InsO/Kothe, 8. Aufl., Vor §§ 286 ff Rn. 35). Vielmehr verfolgen diese Regelungen das **allgemeinwirtschaftliche und sozialpolitische Ziel**, den Schuldner wieder in den Markt zu integrieren und sein Abdriften in graue Kredit- und Arbeitsmärkte zu verhindern*

(FK-InsO/Kothe, aaO.). Auch aus dem **Sozialstaatsgebot** ist die Berechtigung der Restschuldbefreiung abzuleiten (vgl. BT-Drucks. 12/7302 S. 153; BGH, Beschluss vom 03.03.2005 - IX ZB 171/03, NZI 2005, 404; Mohrbutter/ Ringstmeier/Pape, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 17 Rn. 2).“ (BGH aaO.)

## (2) Unvereinbarkeit eines Verzichts auf Restschuldbefreiung mit diesem Grundgedanken

Fraglich ist, ob ein vorheriger Verzicht des Schuldners auf die Restschuldbefreiung bezüglich bestimmter Forderungen mit diesen Schutzgedanken zu vereinbaren ist. Hinsichtlich der Einzelzwangsvollstreckung ist anerkannt, dass ein vorheriger Schutz des Schuldners auf die Vollstreckungsschutzvorschriften unwirksam ist (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.1997 - IX ZR 136/97, BGHZ 137, 193, 197; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., Vor § 704 Rn. 26; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 12. Aufl., Vor § 704 Rn. 17).

Diese Rechtsprechung könnte auf die Gesamtvollstreckung zu übertragen sein.

„In der Literatur wird in Anschluss an diese Rechtsprechung zur Einzelvollstreckung auch für die Gesamtvollstreckung gefordert, dass ein mit einem Gläubiger **im Voraus vereinbarter vollständiger oder teilweiser Verzicht auf die Wirkung des § 301 I InsO** generell - also auch durch Individualvereinbarung - unwirksam sei (FK-InsO/Ahrens, 8. Aufl., § 287 Rn. 97; § 301 Rn. 25; Fischer in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 286 Rn. 12; Schmidt/Henning, InsO, 18. Aufl., § 286 Rn. 9; HK-InsO/Waltenberger, 7. Aufl., § 286 a.F. Rn. 6; Pape in Pape/Uhländer, InsO, § 286 Rn. 21; Döbereiner, Die Restschuldbefreiung nach der Insolvenzordnung, 1997, S. 238 f; a.A. Goebel, Vollstreckung effektiv 2007, 12; vgl. MüKo-InsO/Stephan, 3. Aufl., § 301 Rn. 25 unter Verweis auf § 134 BGB). Eine solche **Vereinbarung während der Treuhandszeit** zugunsten eines einzelnen Gläubigers ist **schon nach § 294 II InsO unzulässig**, weil danach Sonderabkommen zugunsten einzelner Gläubiger verboten sind (MüKo-InsO/Stephan, aaO. § 301 Rn. 24).“ (BGH aaO.)

Ob für die von der Restschuldbefreiung erfassten, unbefriedigt gebliebenen Verbindlichkeiten, die nach der Erteilung der Restschuldbefreiung grundsätzlich durch Vereinbarungen neu sollen begründet werden können, etwas anderes gelten kann, so dass diese durch ein abstraktes Schuldanerkenntnis oder durch ein Schuldversprechen im Sinne der §§ 780, 781 BGB wieder klagbar gemacht werden können, mag dahinstehen, soweit dies durch Einzelerklärung erfolgt. Im Zusammenhang mit der Inhaltsprüfung von AGB jedenfalls müssten strengere Voraussetzungen gelten.

„Jedenfalls sind Regeln, welche die Wirkungen der Restschuldbefreiung zum Nachteil des Schuldners einschränken, **mit den wesentlichen Grundsätzen der Restschuldbefreiung nicht vereinbar**. Auf die schulderschützenden Wirkungen der Restschuldbefreiung kann deshalb durch Allgemeine Geschäftsbedingungen **nicht im Voraus verzichtet** werden.“ (BGH aaO.)

## II. Anspruch aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung

Von der Restschuldbefreiung ausgenommen sind nach § 302 I Nr. 1 InsO Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen.

Bei der abgegebenen Formularerklärung handelt es sich um ein Schuldanerkenntnis. Da jedoch **kein konkreter Schuldgrund** angegeben ist, ist es als **abstraktes Schuldanerkenntnis** anzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 05.12.1979 - IV ZR 107/78, NJW 1980, 1158).

Bei abstrakten Schuldanerkenntnissen ist die Erklärung selbst der Schuldgrund, so dass dieser nicht in einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung bestehen kann, unabhängig davon, dass dies Inhalt der Erklärung ist. Fraglich ist aber, ob es möglich ist, eine Forderung als solche aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung zu qualifizieren. Die entsprechende Erklärung ist ebenfalls an § 307 II Nr. 1 BGB zu messen und es stellt sich die Frage, ob diese mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zu den Ausnahmen von der Restschuldbefreiung (§ 302 InsO) zu vereinbaren ist.

### 1. Meinungsstand zur individuellen Qualifizierung

„In Literatur und Rechtsprechung ist **streitig**, ob ein Schuldner in einer außergerichtlichen individuellen Erklärung die **Qualifizierung einer Forderung** als einer ausgenommenen Forderung im Sinne von § 302

Nr. 1 InsO **anerkennen** kann und sich die Parteien außergerichtlich über diese Qualifizierung vergleichen können (einerseits: OLG Düsseldorf, ZInsO 2013, 1488, 1490 f; Schumann, Die Leistungen 2011, 1, 2; Goebel, Vollstreckung effektiv 2007, 12; FoVo 2014, 1, 2; Angabe des Schuldgrundes in einer notariellen Urkunde: Weinland in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 302 Rn. 24; andererseits: AG Göttingen, NZI 2012, 31 f; NZI 2012, 679, 680; FK-InsO/Ahrens, 8. Aufl., § 302 Rn. 53; Schmidt/Henning, InsO, 18. Aufl., § 302 Rn. 16; Jäger, Gläubigerhandbuch InsO, 2. Aufl., S. 567 f).“ (BGH aaO.)

## 2. Wesentlicher Grundgedanke der Ausnahmen von der Restschuldbefreiung

Allerdings geht es im vorliegenden Fall nicht um eine individuelle Erklärung, sondern um eine entsprechende Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

„Als materielle Grenze der Restschuldbefreiung begründet § 302 InsO **privilegierte Verbindlichkeiten**, die von der schuldbefreienden Wirkung der Restschuldbefreiung ausgenommen sind. Für diese bleibt trotz erteilter Restschuldbefreiung die Nachhaftung des § 201 I InsO bestehen (FK-InsO/ Ahrens, 8. Aufl., § 302 Rn. 1; MüKo-InsO/Stephan, 3. Aufl., § 302 Rn. 1a). Gerechtfertigt ist die Nachhaftung aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen nach § 302 Nr. 1 InsO wegen ihres **besonderen Unrechtsgehalts**. Letztlich sind es **Billigkeitsgesichtspunkte**, die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegen. Das Gesetz hält es für unbillig, dass ein Schuldner von Verbindlichkeiten gegenüber einem Gläubiger befreit wird, den er vorsätzlich geschädigt hat (BGH, Urteil vom 21.06.2007 - IX ZR 29/06, NJW 2007, 2854 Rn. 9 f; vgl. FK-InsO/Ahrens, aaO. Rn. 2; HK-InsO/Landfermann, 7. Aufl., § 302 a.F. Rn. 1; HK-InsO/Streck, 5. Aufl., § 302 Rn. 1; vgl. auch MüKo-InsO/Stephan, 3. Aufl., § 302 Rn. 2).

Die **Ausnahmen von der Restschuldbefreiung** beschränken sich **abschließend** auf die in § 302 InsO aufgeführten Verbindlichkeiten. Es war die Absicht des Gesetzgebers, die **Nachhaftung des Schuldners**, der ein Insolvenzverfahren durchlaufen hat, **auf Ausnahmen zu beschränken** (BGH, Urteil vom 21.06.2007 - IX ZR 29/06, NZI 2007, 532 Rn. 14; MüKo-InsO/ Stephan, 3. Aufl., § 302 Rn. 3). Auch wenn es durchaus noch andere besonders schutzwürdige Forderungen gibt, die von einer Schuldbefreiung ausgenommen werden könnten, würde **jede weitere Durchbrechung** der vollständigen Schuldbefreiung zum einen den **wirtschaftlichen Neubeginn des Schuldners gefährden** und die Befriedigungsaussichten der Neugläubiger nachhaltig beeinträchtigen (MüKo-InsO/Stephan, aaO. Rn. 3). Deswegen gehört diese gesetzliche Beschränkung der privilegierten Forderungen zu den wesentlichen Grundsätzen der Restschuldbefreiung.“ (BGH aaO.)

## 3. Vereinbarkeit der Klausel mit diesem Grundgedanken.

Diese Beschränkung würde durchbrochen, wenn der Schuldner in Allgemeinen Geschäftsbedingungen den Schuldgrund wirksam anerkennen könnte.

„Die Qualifizierung des Schuldgrundes der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist einer Vereinbarung oder einem Anerkenntnis in Allgemeinen Geschäftsbedingungen schon deswegen nicht zugänglich, weil **den zur Tabelle festgestellten Forderungen jeweils konkrete Lebenssachverhalte zugrunde liegen**. Diese können nicht allgemein im Voraus durch Klauseln umschrieben werden, die nicht für den konkreten Einzelfall, sondern für eine Vielzahl von Fällen formuliert sind. Das beweist der vorliegende Sachverhalt deutlich. In dem vom Inkassobüro verwendeten Formular wird die Forderung aus vorsätzlich unerlaubter Handlung darin gesehen, dass der Beklagte zahlungsunfähig gewesen sei, als er Leistungen der Klägerin entgegengenommen habe. Bezogen auf die Schuldanerkenntnisse hatte der Beklagte jedoch Leistungen der Klägerin nur insoweit entgegengenommen, als diese mit ihm eine Ratenzahlungsvereinbarung getroffen hatte. Dies haben die Parteien ersichtlich nicht als vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung des Beklagten bewertet. Aber auch bezogen auf die nicht zur Tabelle angemeldete Grundforderung beschreibt die Klausel die angeblich deliktische Handlung nicht. Denn zwischen den Parteien war unstrittig, dass nicht der Beklagte das Heizöl bestellt hatte, sondern der Vermieter, der jedenfalls gegenüber den anderen Mietern verpflichtet war, die Heizanlage zu betreiben. Der Beklagte hat sein Büro nur beheizt und insoweit die Leistung seines Vermieters in Anspruch genommen. Worin eine vorsätzlich unerlaubte Handlung gegenüber der Klägerin liegen soll, kann der zu beanstandenden Klausel nicht entnommen werden, zumal sowohl der Vermieter des Beklagten wie auch die Klägerin um die finanziellen Schwierigkeiten des Beklagten wussten.“ (BGH aaO.)

Damit ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine solche Klausel unwirksam und verstößt gegen die wesentlichen Grundgedanken der Restschuldbefreiung und des § 302 Nr. 1 InsO.

## III. Ergebnis

Die Ansprüche der Klägerin sind von der Restschuldbefreiung umfasst.

(BGH in NSTz 2015, 541; Beschluss vom 19.05.2015 – 1 StR 128/15)

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet ein aus einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation folgender Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG, Art. 6 I 1 EMRK) **grundsätzlich kein Verfahrenshindernis**.
2. **Ausnahmsweise** kann sich ein solches Verfahrenshindernis aber aus **Art. 6 I EMRK** oder aus **verfassungsrechtlichen Gründen** ergeben.
3. Der EGMR legt Art. 6 I EMRK in ständiger Rechtsprechung dahingehend aus, dass bei einer **gegen die genannte Vorschrift verstoßenden Tatprovokation** durch die Polizei das öffentliche Interesse an der Bekämpfung schwerer Straftaten im Strafprozess nicht den Gebrauch von Beweismitteln rechtfertigen könne, die als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnen wurden. Ein Verfahrenshindernis ergibt sich hieraus aber nach dem EGMR nicht zwingend.
4. Das BVerfG sieht einen Ansatz für ein Verfahrenshindernis nur in extremen Ausnahmefällen im in Art. 20 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzip.
5. Ein solcher Extremfall kommt nur in Betracht, wenn polizeiliche Provokationsmaßnahmen gegenüber einem (bis dahin) gänzlich Unverdächtigen dazu führen, dass dieser lediglich "als **Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb** ausgeführt".

**Fall:** Der Angeklagte hatte spätestens Mitte September 2013 gemeinsam mit dem Mitangeklagten T. beschlossen, zukünftig Betäubungsmittelgeschäfte durchzuführen, um sich durch die gewinnbringende Weiterveräußerung von Marihuanagemisch eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen. Dabei sollte der über gute Kontakte zu Lieferanten von Betäubungsmitteln verfügende Mitangeklagte T. für den Bezug der Drogen und der Angeklagte für die Verkaufsgespräche mit potentiellen Abnehmern zuständig sein. Darüber hinaus wollten beide den bereits wegen Betäubungsmittelkriminalität mehrfach vorgeahndeten Mitangeklagten M. in ihren Betäubungsmittelhandel einbeziehen. Nach den Vorstellungen des Angeklagten und des Mitangeklagten T. sollte es sich zunächst um Geschäfte mit Marihuanagemisch von jeweils bis zu zwei Kilogramm bei einem Wirkstoffgehalt von mindestens 10 % Tetrahydro-cannabinol (THC) handeln.

Eine erste, unter dem Namen "P. " auftretende polizeiliche Vertrauensperson sprach den Angeklagten über einen längeren Zeitraum auf die Möglichkeit der Beschaffung von Marihuana an. Er ist aber nie über Mengen, Preise oder sonstige Modalitäten gesprochen worden.

In die Vermittlung der entsprechenden Drogengeschäfte war jeweils eine unter dem Namen "H. " auftretende polizeiliche Vertrauensperson involviert. Als sog. Scheinaufkäufer trat in allen Fällen der verdeckt unter dem Namen "A. " operierende Zollbeamte E. auf. Die Geschäfte gingen aber sämtlich auf den bereits ohne polizeiliche Intervention gefassten Tatentschluss des Angeklagten zurück. Er hat selbst die Initiative ergriffen und auch nach Rückschlägen die Drogengeschäfte mit "H. " und "A. " fortgeführt.

So hatte der Angeklagte bei der Tat II.12. der Urteilsgründe (UA S. 17 f.) nach Absprache mit T. unter Vermittlung der Vertrauensperson "H. " bereits verbindlich den Verkauf von 2 Kilogramm Marihuanagemisch mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 10 % THC zu einem Preis von 7.200 € vereinbart. Nachdem T. den Verdacht hatte, es könne sich um ein polizeilich fingiertes Rauschgiftgeschäft handeln und er deshalb zu dessen Durchführung nicht mehr bereit war, musste der Angeklagte den Drogenverkauf zunächst absagen. Dem vereinbarungsgemäß erschienenen "H. " und dem Verdeckten Ermittler E. bot der Angeklagte von sich aus an, die ihnen entstandenen Benzinkosten zu übernehmen und bei einem späteren Rauschgiftgeschäft zu verrechnen. Den wegen der verweigerten Mitwirkung des T. zunächst nicht vollzogenen Verkauf von Marihuanagemisch führte der Angeklagte dann knapp 14 Tage später mit dem weiteren Mitangeklagten M. durch. Nachdem M. das Rauschgift beschafft hatte, brachte der Angeklagte "H. " zu dem Versteck der Betäubungsmittel und nahm den vereinbarten Kaufpreis von dem Verdeckten Ermittler entgegen.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen vier Fällen des unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Außerdem hat es Verfall des Wertersatzes angeordnet.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte u.a. mit der Rüge, er sei polizeilich zu den Taten provoziert worden. Zu Recht?

## I. Bestehen eines Verfahrenshindernisses

Es könnte ein die Verurteilung des Angeklagten ausschließendes, aus einer **rechtsstaatswidrigen Tatprovokation** resultierendes Verfahrenshindernis bestehen.

### 1. Rechtsstaatswidrige Tatprovokation als Verfahrenshindernis

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet ein aus einer solchen Tatprovokation folgender Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG, Art. 6 I 1 EMRK) grundsätzlich kein Verfahrenshindernis (BGH, Urteile vom 23.05.1984 - 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345, 350 ff.; vom 18.11.1999 - 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 324 ff.; vom 11.12.2013 - 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277, 280 Rn. 37 m.w.N.; vom 21.10.2014 - 1 StR 78/14 Rn. 7; siehe auch BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18.12.2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 34).“ (BGH aaO.)

Ausnahmsweise kann sich allerdings aus Art. 6 I EMRK oder aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Verfahrenshindernis ergeben.

#### a) Verfahrenshindernis wegen Art. 6 I EMRK

Nach Art. 6 I 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht **in einem fairen Verfahren**, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

„Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) legt Art. 6 Abs. 1 EMRK in ständiger Rechtsprechung dahingehend aus, dass bei einer - nach den vom Gerichtshof formulierten Voraussetzungen ("substantive test of incitement"; siehe EGMR, Urteil vom 04.11.2010 - 18757/06 "Bannikova vs. Russia" Rn. 37; Urteil vom 23.10.2014 - 54648/09 "Furcht gegen Deutschland" Rn. 48 f. m.w.N.) - **gegen die genannte Vorschrift verstoßenden Tatprovokation durch die Polizei** das öffentliche Interesse an der Bekämpfung schwerer Straftaten im Strafprozess nicht den Gebrauch von Beweismitteln rechtfertigen könne, die als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnen wurden (etwa EGMR, Urteil vom 09.06.1998 - 44/1997/828/1034 "Teixeira de Castro vs. Portugal" Rn. 36 sowie EGMR, Urteile vom 05.02.2008 - 74420/01 "Ramanaukas vs. Lithuania" Rn. 54 m.w.N.; vom 04.11.2010 - 18757/06 "Bannikova vs. Russia" Rn. 34; vom 23.10.2014 - 54648/09 "Furcht gegen Deutschland" Rn. 47). Damit in solchen Fällen das Strafverfahren im Sinne von Art. 6 I EMRK fair ist, müssten **alle als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen** werden oder aber ein Verfahren mit vergleichbaren Konsequenzen ("procedure with similar consequences") müsse greifen (siehe nur EGMR, Urteile vom 24.04.2014 - 6228/09 u.a. "Lagutin e.a. vs. Russia" Rn. 117 m.w.N.; vom 23.10.2014 - 54648/09 "Furcht gegen Deutschland" Rn. 64).

Art. 6 I EMRK in der Auslegung durch den EGMR fordert daher bei einer konventionswidrigen Tatprovokation **nicht die Annahme eines Verfahrenshindernisses** (vgl. insoweit Sinn/Maly NStZ 2015, 379, 382). Solange die von Art. 6 I EMRK an die Verfahrensfairness gestellten Anforderungen erfüllt werden, überlässt es der Gerichtshof den Gerichten der Vertragsstaaten zu entscheiden, wie die Anforderungen aus Art. 6 I EMRK in das nationale Strafrechtssystem einzugliedern sind (BVerfG, [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18.12.2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 43).“ (BGH aaO.)

#### b) Verfahrenshindernis aus dem Rechtsstaatsprinzip

Allerdings könnte sich aus dem in Art. 20 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzip die Annahme eines Verfahrenshindernisses bei polizeilicher Tatprovokation ergeben.

##### aa) Vorgaben des BVerfG

„Das Bundesverfassungsgericht erachtet eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren erst dann als gegeben, wenn eine **Gesamtschau** auf das Verfahrensrecht ergibt, dass **rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen** worden sind oder rechtsstaatlich **Unverzichtbares preisgegeben** wurde (vgl. BVerfGE 64, 135, 145 f.; BVerfGE 122, 248, 272; BVerfGE 133, 168, 200). In die Gesamtschau sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege einzubeziehen (BVerfGE 122, 248, 272; BVerfGE 133, 168, 200 f.; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18.12.2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 34). Denn der Rechtsstaat kann sich nur dann wirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass **Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Strafe zugeführt** werden (BVerfGE 46, 214, 222; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18.12.2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 32).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht **bislang offen gelassen**, ob das Rechtsstaatsprinzip ein Verfahrenshindernis aufgrund rechtsstaatswidriger Tatprovokation gebieten kann (BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18.12.2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 34 mit zahlr. Nachw.). Wenn ein daraus resultierendes Verfahrenshindernis

überhaupt für möglich erachtet würde, könne ein solches **lediglich in extremen Ausnahmefällen** aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden, weil dieses nicht nur Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der **materiellen Gerechtigkeit** dienenden Strafverfolgung schütze (BVerfG aaO.).“ (BGH aaO.)

### bb) Voraussetzungen für einen extremen Ausnahmefall

„Das Bundesverfassungsgericht hat angedeutet, tatprovokierendes Verhalten von Ermittlungsbehörden **gegen einen (bis dahin) gänzlich Unverdächtigen**, der lediglich **„als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt hätte“**, könnte möglicherweise ein solches Verfahrenshindernis begründen (BVerfG aaO. Rn. 38).“ (BGH aaO.)

### cc) Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob hier ein solcher extremer Ausnahmefall angenommen werden kann.

Der Angeklagte hatte hier ganz unabhängig von den polizeilichen Vertrauenspersonen und verdeckten Ermittlern den Tatentschluss schon gefasst.

„Zwar war in die Vermittlung der entsprechenden Drogengeschäfte jeweils eine unter dem Namen "H. " auftretende **polizeiliche Vertrauensperson involviert**. Als sog. Scheinaufkäufer trat in allen Fällen der verdeckt unter dem Namen "A. " operierende Zollbeamte E. auf. Die Geschäfte gingen aber sämtlich auf den **bereits ohne polizeiliche Intervention gefassten Tatentschluss** des Angeklagten zurück.

Vor allem aber kann **nicht die Rede davon sein, der Angeklagte habe lediglich "als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt"**. Im Gegenteil hat er selbst die Initiative ergriffen und auch nach Rückschlägen die Drogengeschäfte mit "H. " und "A. " fortgeführt. [wird ausgeführt]

Selbst wenn der Inhalt der von der Revision vorgelegten schriftlichen Einlassungen des Angeklagten über den Einsatz einer ersten, unter dem Namen "P. " auftretenden polizeilichen Vertrauensperson, die über einen längeren Zeitraum den Angeklagten auf die Möglichkeit der Beschaffung von Marihuana angesprochen haben soll, als richtig unterstellt wird, ergibt sich daraus allenfalls die Einwirkung der Ermittlungsbehörden auf eine **bis dahin noch unverdächtige Person**. Umstände, die darauf hindeuten, dass der Angeklagte aufgrund eines den Strafverfolgungsorganen zurechenbaren Verhaltens bei der Begehung der Taten anschließend lediglich noch **„als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt hätte“**, ergeben sich daraus nicht. In seiner schriftlichen Erklärung behauptet der Angeklagte zwar eine Vielzahl von Kontakten zu "P. " ("sicherlich zum zehnten Mal auf das Thema angesprochen"). Er führt jedoch selbst aus, es sei nie über Mengen, Preise oder sonstige Modalitäten gesprochen worden.“ (BGH aaO.)

Damit fehlen Anhaltspunkte für eine ausnahmsweise zum Verfahrenshindernis führende polizeiliche Tatprovokation.

## II. Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren

Allerdings könnte die Revision des Angeklagten auch dahingehend auszulegen sein, dass er eine Verletzung von Art. 6 I EMRK sowie Art. 2 I und Art. 20 III GG wegen polizeilicher Tatprovokation rügt. Dann müsste diese Rüge im Sinne von § 344 II 2 StPO zulässig ausgeführt sein.

### 1. Anforderungen des § 344 II 2 StPO

Nach dieser Vorschrift muss der Revisionsführer die Tatsachen, die den behaupteten Verfahrensmangel begründen, so vollständig und genau mitteilen, dass das Revisionsgericht aufgrund der Rechtfertigungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden (siehe nur BGH, Beschluss vom 11.03.2014 - 1 StR 711/13, Rn. 8 m.w.N.). Die gesetzlichen Anforderungen an die Revisionsbegründung aus § 344 II 2 StPO gelten auch bei einer (Verfahrens) Rüge der Verletzung von Art. 6 I EMRK sowie Art. 2 I und Art. 20 III GG.

„Der Bundesgerichtshof nimmt eine **Verletzung von Art. 6 I EMRK aufgrund polizeilicher Tatprovokation** dann an, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise **zu einer Straftat verleitet** wird und dies zu einem Strafverfahren führt (BGH, Urteile vom 30.05.2001 - 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 47; vom 18.11.1999 - 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 335). Ein tatprovokierender Lockspitzel ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das **Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung**

*der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt. Auch bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, soweit die **Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht "unvertretbar übergewichtig"** ist (vgl. BGH, Urteil vom 11.12.2013 - 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277, 279 Rn. 34 m.w.N.). Spricht eine polizeiliche Vertrauensperson eine betroffene Person lediglich ohne sonstige Einwirkung darauf an, ob diese Betäubungsmittel beschaffen könne, handelt es sich nicht um eine Tatprovokation. Ebenso **fehlt es an einer Provokation**, wenn die Vertrauensperson nur die offen **erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt** (BGH, Urteile vom 30.05.2001 - 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 47; vom 18.11.1999 - 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 338).*

*Im Hinblick auf eine mögliche polizeiliche Tatprovokation aufgrund einer **Intensivierung der Tatplanung** hängt die Bewertung der Erheblichkeit der Einwirkung durch den polizeilichen Lockspitzel auch von dem zum Zeitpunkt der Einwirkung bereits bestehenden Tatverdacht ab. Je stärker der Verdacht ist, desto nachhaltiger wird auch die Stimulierung zur Tat sein dürfen, bevor die Schwelle zu einer Tatprovokation erreicht wird (BGH, Urteil vom 30.05.2001 - 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 49).*

*An diesen Kriterien hält der Senat **unter gebotener Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR** (dazu BVerfGE 111, 307, 323 ff.; BVerfGE 128, 326, 371; BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], Beschluss vom 18.12.2014 - 2 BvR 209/14 u.a. Rn. 41) zu den Voraussetzungen der mit Art. 6 I EMRK unvereinbaren polizeilichen Provokation fest. [wird ausgeführt]*

## 2. Anwendung auf den Fall

*„Um das Revisionsgericht in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen einer mit Art. 6 I EMRK sowie Art. 2 I und Art. 20 III GG unvereinbaren Tatprovokation prüfen zu können, bedarf es des Vortrags der entsprechenden Tatsachen aus dem Verlauf des Ermittlungsverfahrens. Wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat, hätte die Revision dazu auf der Grundlage des ihr zugänglichen Inhalts der Verfahrensakten Umstände vortragen müssen, anhand derer der Senat wenigstens das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anfangsverdachts gegen den Angeklagten sowie eine bei ihm vorhandene Tatgeneigtheit hätte beurteilen können. Daran fehlt es. [wird ausgeführt]“ (BGH aaO.)*

Der Verweis auf den Inhalt der von Rechtsanwalt Ma. verlesenen beiden schriftlichen Erklärungen des Angeklagten genügt dafür ersichtlich nicht. Zu in den Verfahrensakten vorhandenen Anhaltspunkten für das Vorliegen einer die Tatprovokation (in dem zuvor genannten Sinne) ausschließenden Tatgeneigtheit des Angeklagten und eines Anfangsverdachts gegen ihn vor Beginn der Kontaktaufnahme durch eine polizeiliche Vertrauensperson verhält sich die Revisionsbegründung nicht.

Eine entsprechende Verletzung des Art. 6 I EMRK bzw. des Art. 2 I, 20 III GG kann daher nicht festgestellt werden.

StPO  
§§ 95, 103

## Durchsuchung bei einem Insolvenzverwalter Verstoß gegen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

StrafVerfR

(LG Dresden in StV 2015, 621; Beschluss vom 27.11.2013 – 5 Qs 113, 123/13)

Ist ein auf § 95 StPO gestütztes **Herausgabeverlangen ausreichend und gleich erfolgversprechend** wie eine Durchsuchung, erweist sich diese (hier: bei einem Insolvenzverwalter) jedenfalls dann als unverhältnismäßig, wenn weder das **Gebot der Verfahrensbeschleunigung** entgegensteht noch ein das Ermittlungsverfahren bedrohender Verlust der begehrten Sache oder gar **Verdunkelungsmaßnahmen** zu besorgen sind.

### A. Prüfungswissen: Durchsuchung nach § 102 StPO (nach Prof. Dr. Bernd Heinrich/ Dr. Tobias Reinbacher; [http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strpr/14\\_durchsuchung](http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strpr/14_durchsuchung))

#### I. Durchsuchung beim Verdächtigen, § 102 StPO

##### 1. Durchsuchungszweck

Beim Verdächtigen darf eine Durchsuchung stattfinden

- a) zum Zweck seiner Ergreifung (sog. **Ergreifungsdurchsuchung**)
- b) zur Beweissicherung (sog. **Ermittlungsdurchsuchung**).

Eine Durchsuchung, die lediglich der Ausforschung dient, ist unzulässig. Die Durchsuchung.

##### 2. Durchsuchungsgegenstand.

Die Durchsuchung kann sich auf die **Wohnung** oder **andere Räume** des Verdächtigen, seine Sachen sowie seine Person erstrecken. Durchsuchungsobjekt sind dabei diejenigen beweglichen Sachen, die dem Verdächtigen „gehören“, d.h. hier: wenigstens in seinem (Mit-)Gewahrsam stehen. Im Hinblick auf die Durchsuchung der Person ist sowohl die **Durchsuchung am Körper** (worunter auch die „natürlichen“ Körperöffnungen, z.B. die Mundhöhle fallen) als auch der sich am Körper befindlichen Kleidung zulässig. Nicht erfasst ist die Durchsuchung im Körper (hier gelten die strengeren Vorschriften über die körperliche Durchsuchung, §§ 81a ff. StPO).

##### 3. Durchsuchungsvoraussetzungen

Zulässig ist die Durchsuchung bereits dann, wenn die Vermutung besteht, dass sie zur Auffindung des Verdächtigen oder von Beweismitteln etc. führt.

#### II. Durchsuchung bei anderen Personen, § 103 StPO

Bei anderen Personen ist das Ziel der Durchsuchung beschränkt auf

1. die Durchsuchung zur Ergreifung des Beschuldigten (**beschränkte Ergreifungsdurchsuchung**)
2. die Durchsuchung zum Auffinden bestimmter Gegenstände und Spuren (**beschränkte Ermittlungsdurchsuchung**).

Erfasst ist in § 103 StPO ausdrücklich nur die Durchsuchung von **Räumlichkeiten**, ggf. aber auch **ganze Gebäude**. Unter einem Gebäude ist eine räumlich abgegrenzte, selbstständige bauliche Einheit zu verstehen, die mehrere Wohnungen oder sonstige Räumlichkeiten umfassen kann.

Fraglich ist, ob auch **Personendurchsuchungen** zulässig sind. Die h.M. bejaht dies auf Grund eines Erst-Recht-Schlusses zu § 81c StPO: Wenn sogar die weiter gehende körperliche Untersuchung zulässig ist, so muss erst recht die mildere Maßnahme der Durchsuchung gestattet sein. Weitere Voraussetzung ist aber, dass **konkrete Tatsachen** (d.h. anders als bei der Durchsuchung des Verdächtigen nicht nur bloße Vermutungen) vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass die Durchsuchung zur Auffindung

des Beschuldigten oder des gesuchten Gegenstandes in den Räumlichkeiten der betreffenden Person führt. Die bloße „Aussicht“, beweisrelevantes Material zu finden, genügt also nicht. § 103 I 2 StPO erlaubt im Rahmen der Aufklärung von Straftaten nach den §§ 129a, b StGB (Terrorismus).

### III. Durchsuchungsverbote

§§ 102 ff. StPO enthalten keine den §§ 52 ff., 97 StPO entsprechenden Durchsuchungsverbote. Insofern ist auch eine **Durchsuchung bei zeugnisverweigerungsberechtigten Personen zulässig**. Allerdings ist eine Durchsuchung nach erkennbar beschlagnahmefreien Gegenständen (§ 97 StPO) unzulässig.

Die nächtliche Hausdurchsuchung ist nur unter den Voraussetzungen des § 104 StPO gestattet: bei Verfolgung auf frischer Tat, bei Gefahr in Verzug oder wenn es sich um die Wiederergriffung eines entwichenen Gefangenen handelt.

## B. Unverhältnismäßigkeit der Durchsuchung beim Insolvenzverwalter (vgl. LG Dresden in StV 2015, 621)

**Fall:** Das Hauptzollamt D. führt ein Strafverfahren gegen den Besch. als alleinigen Gesellschafter und Geschäftsführer der X., die ein Unternehmen des Baugewerbes ist, wegen des Verdachts der Lohnsteuerhinterziehung, des Betruges hinsichtlich Sozialkassenbeiträgen und des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt. Mit Hilfe von manipulierten Eingangsrechnungen [...] soll der Besch. jedenfalls seit dem 01.01.2010 in Rechnung gestellte Bauleistungen verschiedener Bauvorhaben als steuerlich erklärte Fremdleistungen geltend gemacht und so die Zahlung von Schwarzlohn an die [...] beschäftigten und nicht bzw. nicht richtig zur Sozialversicherung und beim Finanzamt gemeldeten Arbeitnehmer buchhalterisch abgedeckt haben.

Auf Antrag der StA D. erließ das AG Dresden am 24.07.2013 wegen des Verdachts der vorgenannten Straftaten – jeweils in einer noch nicht bestimmten Anzahl von Fällen – mehrere Durchsuchungsbeschlüsse, u.a. zur Durchsuchung der Geschäftsräume mit Nebenräumen und der Fahrzeuge des Bf. zu 1 als Insolvenzverwalter über das Vermögen der [...] nach Geschäftsunterlagen [...]. Der Bf. zu 1 ist Gesellschafter der Bf. zu 2, einer aus RA bestehenden Sozietät.

In Umsetzung des Durchsuchungsbeschlusses suchten am 09.10.2013 drei Mitarbeiter des Hauptzollamtes D. die Kanzleiräume der Bf. zu 2 auf, in denen auch der Bf. zu 1 tätig ist. Da der Bf. zu 1 nicht anwesend war, legten die Beamten des Hauptzollamtes den Durchsuchungsbeschluss Mitarbeitern der Bf. zu 2 vor, die – da andere Unterlagen nicht vorhanden seien – (lediglich) eine Kopie des Insolvenzgutachtens über die X. übergaben. Die Beamten des Hauptzollamtes D. verließen nach wenigen Minuten die Kanzleiräume der Bf. Mittels desselben anwaltlichen Schriftsatzes v. 09.10.2013 erhoben die Bf. gegen den Durchsuchungsbeschluss des AG Dresden Beschwerde, weil die Durchsuchungsanordnung unverhältnismäßig sei. Trifft dies zu?

Es handelt sich hier nicht um die Durchsuchung beim Verdächtigen, sondern um die Durchsuchung nach § 103 StPO bei anderen Personen. Diese darf jedoch nur mit dem Ziel durchgeführt werden, entweder den Beschuldigten zu ergreifen (sog. **beschränkte Ergreifungsdurchsuchung**) oder bestimmte Gegenstände und Spuren aufzufinden (sog. **beschränkte Ermittlungsdurchsuchung**).

### I. Vorliegen der Voraussetzungen

Im vorliegenden Fall ging es darum, dass in den Räumen der Bf. bestimmte, als Beweismittel dienende Gegenstände vermutet wurden, um deren Auffindung es ging. Grundsätzlich liegen daher die Voraussetzungen für eine Durchsuchung bei Dritten nach § 103 StPO vor.

### II. Beschränkungen bei Durchsuchungen beim Rechtsanwalt

Allerdings gehört der Bf. zu 1 als RA grundsätzlich einer besonders schutzwürdigen Berufsgruppe an (vgl. §§ 53 I 1 Nr. 3, 97 I, 160a II StPO). Bei Rechtsanwälten sind Durchsuchungen grundsätzlich nur unter engen Voraussetzungen möglich, um das Mandatsgeheimnis zu wahren. Hierum geht es aber im vorliegenden Fall nicht.

*„Denn § 53 I StPO schützt ein **besonderes, vom Hilfe und Sachkunde Suchenden zum Berufsgeheimnisträger freiwillig begründetes Vertrauensverhältnis**, während dem Insolvenzverwalter durch das Insolvenzgericht **durch hoheitlichen Akt das Amt des (vorläufigen) Insolvenzverwalters verliehen** wird (LG Saarbrücken, Beschl. v. 02.02.2010 – 2 Qs 1/10, zitiert nach juris, m.w.N.). Die angeordnete Durchsuchung zielte daher nicht auf das Auffinden von beschlagnahmefreien Gegenständen (§§ 53 I 1 Nr. 3, 97 I StPO);*

LG Ulm, Beschl. v. 15.01.2007, NJW 2007, 2056 [LG Ulm 15.01.2007 – 2 Qs 2002/07 Wik] [2057] ab, was rechtswidrig wäre (Meyer-Goßner, StPO, 54 Aufl., § 103 Rn. 7).“ (BGH aaO.)

### III. Verhältnismäßigkeit

Allerdings ist der ergangene Durchsuchungsbeschluss gleichwohl nur rechtmäßig, wenn er auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht. Hier könnte aber gegen das Übermaßverbot verstoßen worden sein.

„Die Durchsuchung muss im Hinblick auf den bei der Anordnung verfolgten gesetzlichen Zweck **nicht nur erfolgversprechend**, sondern zur Ermittlung und Verfolgung der vorgeworfenen Tat auch **erforderlich** sein; das ist nicht der Fall, wenn andere, weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen. Schließlich muss der jeweilige Eingriff in **angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Tat und der Stärke des Tatverdachts** stehen (BVerfG, Beschl. v. 05.05.2011 – 2 BvR 1011/10, zit. nach juris). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet in jedem Verfahrensstadium **das jeweils mildeste Mittel** anzuwenden. Kann ein Ermittlungserfolg auf unterschiedliche Art und Weise erreicht werden, so muss dasjenige Mittel gewählt werden, welches den Betroffenen unter den Umständen des Einzelfalles bestmöglich schont.“ (BGH aaO.)

Der Durchsuchungsbeschluss ist grundsätzlich geeignet, die gesuchten Gegenstände in der Kanzlei der Bf. aufzufinden. Fraglich ist allerdings, ob die Maßnahme erforderlich war.

„Vorliegend wäre **ein auf § 95 StPO gestütztes Herausgabeverlangen** ausreichend und gleich erfolgversprechend gewesen. Ein Vorgehen der Ermittlungsbehörden nach § 95 StPO bietet sich immer dann als strafprozessuales Instrument an, wenn **anzunehmen** ist, dass der Herausgabepflichtige die gesuchten **Beweisgegenstände freiwillig herausgibt** und weder das Gebot der Verfahrensbeschleunigung entgegensteht noch ein das Ermittlungsverfahren bedrohender Verlust der begehrten Sache oder gar **Verdunkelungsmaßnahmen** zu besorgen sind (LG Saarbrücken, Beschl. v. 02.02.2010 – Qs 1/10, zit. nach juris, m.w.N.).

Ein **Insolvenzverwalter** – wie der Bf. zu 1 – als **geschäftskundige, unabhängige Rechtsperson** (§ 56 I InsO), die **Amtspflichten** trifft, ist verpflichtet, mit den Ermittlungsbehörden zu kooperieren. Es waren vorliegend weder ein Verlust der gesuchten Unterlagen noch Verdunkelungsmaßnahmen von Seiten des Bf. zu 1 zu befürchten. Allein der **Wunsch nach einem zeitgleichen Vorgehen gegen alle (vermeintlichen) Gewahrsamsinhaber** von Beweismitteln rechtfertigt es wegen des bei einer Durchsuchung betroffenen Grundrechts aus Art. 13 I GG nicht, ohne vorheriges Herausgabeverlangen nach § 95 StPO die Durchsuchung der Geschäftsräume des betroffenen Insolvenzverwalters anzuordnen. **Anhaltspunkte** dafür, dass der Bf. zu 1 im Fall eines Herausgabeverlangens den **Insolvenzschuldner** hierüber – ggf. entgegen einer ausdrücklichen Aufforderung der Ermittlungsbehörde – informiert hätte oder gar **Unterlagen zurückgehalten** hätte, liegen nicht vor. Ersterem hätte zudem mit einem Zuwarten bis nach Durchführung der sonstigen Maßnahmen begegnet werden können. Dass eine **zeitgleiche Beschaffung aller Unterlagen relevante ermittlungstaktische Vorteile** versprach, ist in Bezug auf den Bf. zu 1 nicht dargetan. Angesichts der Dauer des Ermittlungsverfahrens hätte selbst ein erfolgloses Herausgabeverlangen zu keiner Verzögerung des Verfahrens geführt.“ (BGH aaO.)

### IV. Ergebnis

Nach alledem war der Durchsuchungsbeschluss rechtswidrig.

VwVG NRW  
§§ 57, 60, 64**Verwaltungsvollstreckung mittels Zwangsgeld  
Mehrere Zwangsgelder**

VerwVollstrR

(OVG Münster in GewA 2015, 399; Beschluss vom 23.06.2015 – 7 B 351/15)

Die Vollstreckungsbehörde ist bei der Durchsetzung von Handlungsgeboten mit dem Mittel des Zwangsgelds **nicht verpflichtet, zunächst die Beitreibung** eines nicht gezahlten Zwangsgelds durchzuführen, **bevor** sie ein **weiteres Zwangsgeld festsetzt**.

**Fall:** Die Antragsgegnerin hatte im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung zur Durchsetzung von Maßnahmen des vorbeugenden Brandschutzes gegen den Antragsteller schon mehrfach ein Zwangsgeld festgesetzt und beigetrieben. Nachdem dieser die Verpflichtung noch immer nicht erfüllt hatte, hatte sie zum wiederholten Male ein Zwangsgeld festgesetzt, woraufhin der Antragsteller weder seine Verpflichtung erfüllte noch das Zwangsgeld zahlte. Die Antragsgegnerin hat daraufhin ein wesentlich höheres Zwangsgeld festgesetzt, ohne das zuvor festgesetzte zunächst beizutreiben. Der Antragsteller sieht hierin einen Rechtsverstoß. Zu Recht?

Die Antragsgegnerin könnte nach den einschlägigen Regelungen des Verwaltungsvollstreckungsrechts des Landes NRW bei der Durchsetzung von Handlungsgeboten mit dem Mittel des Zwangsgelds verpflichtet sein, zunächst die Beitreibung eines nicht gezahlten Zwangsgelds durchzuführen, bevor sie ein weiteres Zwangsgeld androht oder, wenn bereits eine Androhung erfolgt ist, festsetzt.

**I. Rechtliche Vorgaben**

Nach § 57 III 1 VwVG NRW können die Zwangsmittel - dazu zählt nach § 57 I VwVG NRW auch das Zwangsgeld - neben einer Strafe oder Geldbuße angewandt und **solange wiederholt und gewechselt werden**, bis der Verwaltungsakt befolgt worden ist oder sich auf andere Weise erledigt hat. Nach § 64 VwVG NRW wird ein Zwangsmittel **festgesetzt**, wenn die **Verpflichtung**, die in der Zwangsmittelandrohung bestimmt ist, **nicht fristgemäß erfüllt wird**. Das Zwangsmittel des Zwangsgelds kann gemäß § 60 I 3 VwVG NRW beliebig oft wiederholt werden. Nach § 60 III 1 VwVG NRW wird es im Verwaltungszwangsverfahren beigeschrieben, wenn der Betroffene es nicht fristgerecht gezahlt hat.

Nach diesen Vorgaben lagen die Voraussetzungen für die erneute Festsetzung eines Zwangsgeldes ohne weiteres vor.

**II. Ermessen**

Allerdings steht die Vornahme der Festsetzung eines erneuten Zwangsgeldes vor der Beitreibung eines zuvor schon festgesetzten Zwangsgeldes im Ermessen der Behörde. Diese müsste hier ordnungsgemäß ausgeübt worden sein.

**1. Intendiertes Ermessen**

In der Regel ist das diesbezügliche Ermessen der Behörde dahingehend intendiert, dass es bei Vorliegen der Voraussetzungen in der Regel dahin zu betätigen ist, dass das Zwangsgeld festgesetzt wird (**sog. intendiertes Ermessen**).

*„Die Vollstreckung von Verwaltungsakten erfolgt in jedem Stadium des Vollstreckungsverfahrens generell nach pflichtgemäßem Ermessen der zuständigen Vollstreckungsbehörde (vgl. § 55 I VwVG NRW). Nach der ermessenslenkenden Regelung in § 64 Satz 1 VwVG NRW hat die Vollzugsbehörde das Zwangsmittel aber festzusetzen, wenn die Verpflichtung innerhalb der Frist, die in der Androhung bestimmt ist, nicht erfüllt wird. Bereits der Wortlaut der Vorschrift bringt eindeutig zum Ausdruck, dass die Festsetzung des Zwangsmittels - hier des Zwangsgelds - als Folge der Zwangsmittelandrohung lediglich die Nichterfüllung der zu vollstreckenden Verpflichtung innerhalb der gesetzten Frist voraussetzt (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 14.03.2013 - 2 B 219/13 -, juris.).*

*Für die Auffassung, dass ein Zwangsmittel nicht zunächst beigeschrieben werden muss, bevor ein neues Zwangsmittel angedroht und festgesetzt werden kann, spricht auch der Wortlaut des § 57 III 1 VwVG NRW, der für eine solche Einschränkung keine Anhaltspunkte bietet (vgl. Erlenkämper/Rhein, Verwaltungsvollstreckungsgesetz und Verwaltungszustellungsgesetz NRW, 4. Auflage, § 57 Rn. 31, Weißauer/Lenders, Verwaltungsgesetze NRW, Loseblattkommentar, § 57 VwVG NRW, Rn. 7.1 (Stand September 2013), ebenso für eine entsprechende landesrechtliche Regelung OVG Bbg., Beschluss vom 28.08.1998 - 4 B 63/98 -, NZV 1999, 184 = juris, bzw. VGH Bad-Württ., Beschluss vom 16.06.1995 - 3 S 1200/95 -, NVwZ-RR 1996, 541; a.A. für eine entsprechende landesrechtliche Regelung OVG Bremen, Beschluss vom 31.08.1987 - 1 B 61/87 -, BRS 47 Nr. 206.)“ (OVG Münster aaO.)*

Dieser Ansatz wird auch durch den Zweck des Zwangsgeldes nicht in Frage gestellt, da das Zwangsgeld als Beugemittel anzusehen ist und nicht als Verwaltungsstrafe (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 11.05.2000 - 10 B 306/00 -, BauR 2000, 1477 = BRS 63 Nr. 220 und Urteil vom 30.09.1992 - 4 A 3840/91 -, NVwZ-RR 1993, 671).

*„Aus diesem Zweck ergibt sich nicht, dass eine weitere Festsetzung erst dann erfolgen darf, wenn ein früher festgesetztes Zwangsgeld beigetrieben worden ist. Dieser Zweck kann **nicht nur dadurch erreicht** werden, dass der Festsetzung eines Zwangsgelds durch **Beitreibung** Nachdruck verliehen wird. Dem **Beugezweck** wird vielmehr in besonderem Maße Rechnung getragen, wenn ein **weiteres, gegebenenfalls höheres Zwangsgeld angedroht und festgesetzt** und so die Beugewirkung verstärkt wird. Zur Sicherstellung der Effektivität behördlichen Handelns ist eine vorherige Anwendung eines zunächst angedrohten und festgesetzten Zwangsgelds mithin nicht erforderlich.“* (OVG Münster aaO.)

Die Festsetzung einer erneuten Zwangsgeldes vor Beitreibung eines bereits festgesetzten Zwangsgeldes ist auch nicht willkürlich.

*„Dem **verfassungsrechtlichen Willkürverbot** lässt sich nicht ein Grundsatz entnehmen, nach dem ein erneutes Zwangsgeld erst dann angedroht bzw. festgesetzt werden darf, wenn das zuvor angedrohte Zwangsgeld nach einer Zuwiderhandlung des Verpflichteten nicht nur verwirkt, sondern auch beigetrieben ist; bei der Regelung dieser Fragen ist der einfache Gesetzgeber durch Art. 3 GG nicht gebunden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.11.1994 - 4 B 243/94 -, BRS 56 Nr. 213).“* (OVG Münster aaO.)

## 2. Abweichung von der Ermessensausübung im Einzelfall

Sieht das intendierte Ermessen für den Regelfall eine bestimmte Entscheidung vor, so können jedoch besondere Gründe des Einzelfalles eine gegenteilige Entscheidung rechtfertigen. Dies setzt jedoch einen **vom Regelfall abweichenden Sachverhalt** voraus (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 25.01.2010 - 15 B 1766/09 -, juris). Fraglich ist, ob dies hier der Fall ist.

*„Anhaltspunkte für eine abweichende Handhabung ergeben sich nicht etwa mit Blick auf den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** wegen einer **unzulässigen „Ansammlung“ von Zwangsgeldern** (vgl. dazu allg. BVerwG, Urteil vom 21.01.2003 - 1 C 5.02 -, BVerwGE 117, 332/341.). Hierzu hat die Antragsgegnerin aufgezeigt, dass ein **erstes Zwangsgeld** vom Antragsteller **gezahlt** worden war, ein **zweites** in Höhe von 1.250 € im November 2014 **beigetrieben** wurde und dass die Beitreibung eines weiteren, am 30.10.2014 festgesetzten, Zwangsgelds in Höhe von 2.500 € bislang unterblieben ist, weil die Aufhebung eines Einziehungsstopps nicht von den bei der Stadtkasse betriebenen Datenverarbeitungsanlagen in die sogenannte Vollstreckungsdatenbank übertragen worden sei.*

*Ebenso wenig ergeben sich andere Anhaltspunkte unter dem Aspekt der **mangelnden Eignung des Zwangsgelds als Beugemittel** wegen fehlender Zahlungsfähigkeit. Ein Zwangsgeld kann seine Beugefunktion nämlich nur erfüllen, wenn der Pflichtige bei realistischer Betrachtung auch zu dessen Zahlung in der Lage ist und seine Beitreibung **nicht von vornherein zwecklos** ist (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 08.09.2009 - 19 A 971/09 -, juris). Dass der Antragsteller (inzwischen) zahlungsunfähig wäre, ist aber weder geltend gemacht worden noch sonst ersichtlich.“* (OVG Münster aaO.)

## III. Ergebnis

Die Festsetzung eines erneuten Zwangsgeldes vor der Beitreibung des zuvor schon festgesetzten Zwangsgeldes ist daher rechtmäßig.

(VGH Kassel in DÖV 2015, 892; Beschluss vom 30.06.2015 – 8 A 103/15)

1. **Maßgeblicher Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage** für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Sicherstellungsverfügung ist der Zeitpunkt ihres Erlasses.
2. Mit **nachträglichem Wegfall** der im Zeitpunkt der Sicherstellung gegebenen Voraussetzungen endet das an den Verfügungsadressaten gerichtete **Gebot zur Duldung** des durch die rechtmäßige Sicherstellung begründeten **hoheitlichen Gewahrsams**.
3. Der spezialgesetzlich geregelte **Folgenbeseitigungsanspruch** nach § 43 I HessSOG ist nicht von einer vorherigen Aufhebung der – rechtmäßig – erfolgten Sicherstellung abhängig.

**Fall:** Im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main gegen Herrn A., einen rumänischen Staatsangehörigen, wegen des Verdachts des Betruges und der Urkundenfälschung wurden am 28.11.2011 Gewerbeflächen in Frankfurt durchsucht und über 20 Kraftfahrzeuge mit dazugehörigen Fahrzeugbriefen und Schlüsseln beschlagnahmt.

Nachdem die Staatsanwaltschaft diese Fahrzeuge freigegeben hatte, stellte der Beklagte mit einer an Herrn A. gerichteten Verfügung vom 17.02.2012 27 Fahrzeuge sicher. Zur Begründung wurde angegeben, es sei zu befürchten, dass bei Rückgabe der Fahrzeugpapiere und Schlüssel die Fahrzeuge in strafbarer Weise gebraucht würden, da die bisherigen Ermittlungen die Manipulation der Wegstreckenzähler bei einem Großteil der Fahrzeuge belegten. Ferner seien die Eigentumsverhältnisse an den Kraftfahrzeugen ungeklärt. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die Sicherstellungsverfügung vom 17.02.2012 Bezug genommen.

Mit Schriftsatz vom 19.03.2012 legte der Kläger gegen diese Verfügung Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden ist. Die Fahrzeuge stünden in seinem Eigentum. Rechte Dritter an den Fahrzeugen bestünden nicht.

Am 09.07.2012 hat der Kläger Klage vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main erhoben. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, die Sicherstellung der Fahrzeuge sei rechtswidrig. Die im Einzelnen bezeichneten Fahrzeuge stünden in seinem Eigentum bzw. im Falle eines weiteren Fahrzeugs in seinem Miteigentum. Ansprüche Dritter seien seit der Sicherstellung der Fahrzeuge nicht angemeldet worden und auch nicht erkennbar. Er macht geltend, dass die Sicherstellungsverfügung rechtswidrig sei und er einen Anspruch auf Herausgabe der Fahrzeuge habe. Zu Recht?

## I. Rechtmäßigkeit der Sicherstellungsverfügung

Nach § 40 Nr. 4 HessSOG kann die Polizei eine Sache sicherstellen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass die Sache zur Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gebraucht oder verwendet werden soll. Nach § 43 I 1 HessSOG sind die Sachen, sobald die Voraussetzungen für die Sicherstellung weggefallen sind, an denjenigen herauszugeben, bei dem sie sichergestellt worden sind.

### 1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit

Fraglich ist, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Sicherstellungsverfügung abzustellen ist. Bei **Anfechtungsklage** gegen belastende Verwaltungsakte kommt es grundsätzlich auf die **Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung** an. Nur bei **Dauerverwaltungsakten** kann dann etwas anderes gelten, wenn die Erlassbehörde während ihrer Geltungsdauer rechtliche verpflichtet ist, das **Fortbestehen der Voraussetzungen zu fortlaufend zu überprüfen** und ggf. über eine Aufhebung zu entscheiden. Bei einer Überprüfung ist daher dann auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abzustellen.

Die Sicherstellungsverfügung ist ein Dauerverwaltungsakt. Daher stellt sich die Frage, welcher Zeitpunkt hier maßgeblich ist.

*„Aus diesem Regelungsgefüge ergibt sich, dass für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Sicherstellungsverfügung auf den Zeitpunkt ihres Erlasses abzustellen ist. Indem der Gesetzgeber in § 43 I HessSOG eine Herausgabepflicht für den Fall vorsieht, dass die Sicherstellungsvoraussetzungen wegfallen, begrenzt er die (Regelungs-) Wirkung des Sicherstellungsverwaltungsakts: Mit **nachträglichem Wegfall** der im Zeitpunkt der Sicherstellung gegebenen Voraussetzungen nach § 40 HSOG **endet** das an den Verfügungsadressaten gerichtete **Gebot zur Duldung** des durch die rechtmäßige Sicherstellung begründeten **hoheitlichen Gewahrsams**. Ohne dass es noch einer Aufhebung des Sicherstellungsverwaltungsakts bedarf, ist die Sache herauszugeben. § 43 I HSOG ist insoweit eine die allgemeine Vorschrift des § 43 II HessVwVfG*

ergänzende oder eine **andere Weise der Erledigung der Sicherstellung** im Sinne des § 43 II HessVwVfG **regelnde Norm**. Vor diesem Hintergrund besteht kein Bedürfnis, den Zeitpunkt der maßgeblichen Sach- und Rechtslage für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der **Sicherstellungsverfügung als Dauerungsverwaltungsakt** abweichend vom im Gefahrenabwehrrecht allgemein geltenden Beurteilungszeitpunkt der Vornahme der Maßnahme auf einen späteren Zeitpunkt zu verlegen.“ (VGH Kassel aaO.)

## 2. Anwendung auf den Fall

Es kommt daher darauf an, ob die Voraussetzungen des § 40 Nr. 4 HSOG am 17.02.2012 für die Sicherstellungsverfügung vorgelegen haben.

„Tatsächliche Anhaltspunkte‘ rechtfertigen die Annahme im Sinne des § 40 Nr. 4 HSOG, wenn es nach polizeilicher Erfahrung als **möglich erscheint**, dass ein bestimmter Sachverhalt vorliegt und hierfür bestimmte Indizien sprechen. Nur im Zusammenwirken der **subjektiven Komponente** polizeilicher Erfahrung mit der **objektiven Komponente** des Vorliegens bestimmter Indizien ist in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise zu gewährleisten, dass nicht im Wesentlichen Vermutungen, sondern konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände als Tatsachenbasis für den Verdacht vorliegen. Der im Rahmen des § 40 Nr. 4 HSOG anzustellenden Gefahrenverdachtsprognose müssen **konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte** zugrunde liegen (vgl. BVerfG, Urteil vom 14.06.1999 - 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95 -, BVerfGE 100, 313, 395).

Im Zeitpunkt des Erlasses der Sicherstellungsverfügung am 17.02.2012 lagen hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für die polizeiliche Annahme der Gefahr eines kriminellen Sachgebrauchs vor. Bei der von § 40 Nr. 4 HSOG geforderten **Prognose** darf die Behörde in Fällen, in denen Tatsachen bei einer Mehrheit von Sachen, die gleichartig sind und zusammen aufgefunden wurden, die **Annahme eines zu befürchtenden kriminellen Sachgebrauchs** nahelegen, eine entsprechende Prognose auch für diejenigen Sachen treffen, für die bei isolierter Betrachtung Indizien einen entsprechenden Gefahrenverdacht noch nicht begründen würden. Die Verhältnismäßigkeit des hierdurch ermöglichten Eingriffs in den Rechtskreis des Bürgers wird auch insoweit durch die Herausgabepflicht nach § 43 I HSOG und den ihr korrespondierenden spezialgesetzlichen Folgenbeseitigungsanspruch aus dieser Vorschrift gewährleistet, deren Voraussetzungen für einen späteren Zeitpunkt als den des behördlichen Einschreitens zur Gefahrenabwehr zu prüfen sind.“ (VGH Kassel aaO.)

Hieran gemessen haben am 17.02.2012 nach dem in diesem Zeitpunkt gegebenen Erkenntnisstand die Eingriffsvoraussetzungen des § 40 Nr. 4 HSOG vorgelegen.

„Das Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft hatte nicht allein die am 17.02.2012 sichergestellten 27, sondern insgesamt 85 Fahrzeuge betroffen. 58 dieser 85 Fahrzeuge waren im Zeitpunkt der Sicherstellung bereits veräußert worden. In Bezug auf die veräußerten Fahrzeuge, deren Erwerber durch den Beklagten ermittelt werden konnten, steht fest, dass diese **allesamt manipuliert und mit gefälschten Serviceheften und Fahrzeugpapieren ausgestattet** wurden, bevor sie unter Angabe falscher Kilometerlaufleistungen verkauft wurden.

Vor diesem Hintergrund rechtfertigten auch hinsichtlich der hier in Rede stehenden sichergestellten Fahrzeuge **tatsächliche Anhaltspunkte** die Annahme, dass diese zur Begehung einer Straftat gebraucht oder verwertet werden sollten. (wird ausgeführt)“ (VGK Kassel aaO.)

Die Sicherstellungsverfügung war daher bei Erlass rechtmäßig.

## II. Anspruch auf Herausgabe der Fahrzeuge als Annexantrag

Der Anspruch auf Herausgabe der Fahrzeuge kann als Annexantrag nach § 113 I 2 VwGO geltend gemacht werden.

„[Er] teilt die Erfolglosigkeit des als Hauptantrag verfolgten Anfechtungsantrags. Denn der **allgemeine (Vollzugs-) Folgenbeseitigungsanspruch** wie auch der **allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch**, die als materiell-rechtliche Ansprüche mit dem Annexantrag nach § 113 I 2 VwGO verfolgbar sind, soweit ihr **Erfolg von der gerichtlichen Aufhebung des den Eingriff bzw. die Vermögensverschiebung rechtfertigenden Verwaltungsakts abhängig** ist, sind von vornherein nicht gegeben, da der Anfechtungsantrag des Klägers nicht zur Aufhebung der Sicherstellungsverfügung führt.“ (VGH Kassel aaO.)

## III. Herausgabeanspruch nach § 43 I 1 HessSOG

Nach § 43 I 1 HessSOG sind die Sachen an diejenige Person **herauszugeben**, bei der sie sichergestellt worden sind, **sobald die Voraussetzungen für die Sicherstellung weggefallen** sind.

„Dieser **spezialgesetzlich geregelte Folgenbeseitigungsanspruch** greift ein, wenn - wie hier - die Sicherstellungsvoraussetzungen zunächst vorgelegen haben, aber im Nachhinein weggefallen sind. Er ist materiell-rechtlich **nicht von einer vorherigen Aufhebung** der - rechtmäßig - erfolgten Sicherstellung **abhängig** und damit prozessual mit einem eigenständigen Leistungsantrag - **nicht als Annexantrag zur Anfechtungsklage** - verfolgbar. Maßgeblicher Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage für die Beurteilung seines Vorliegens ist der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.“ (VGH Kassel aaO.)

Hier sind die Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage indes nicht erfüllt. Denn der **Kläger** ist schon **nicht die Person, bei der die Sachen sichergestellt wurden**. Diese Person ist vielmehr Herr A. Der Kläger hat daher nach § 43 I 1 HessSOG keinen Herausgabeanspruch.

#### IV. Herausgabeanspruch nach § 43 I 2 HessSOG

Nach dieser Norm können die **Sachen an eine andere Person** herausgegeben werden, die ihre Berechtigung glaubhaft macht, wenn die Herausgabe an die Person, bei der die Sachen sichergestellt worden sind, nicht möglich ist. Auch diese Voraussetzungen sind nicht gegeben.

*„Eine **Berechtigung des Klägers** im Sinne des § 43 I 2 HSOG ist auch mit dem von dieser Vorschrift vorgegebenen Beweismaß **nicht feststellbar**, namentlich hat der Kläger nicht glaubhaft zu machen vermocht, dass er Eigentümer der streitgegenständlichen Fahrzeuge ist.*

*Insoweit führte der Klägerbevollmächtigte in seinem Widerspruchsschreiben vom 19.03.2012 lediglich aus, die „herauszugebenden Fahrzeuge stehen unzweifelhaft im Eigentum der jeweiligen hier vertretenen Mandantschaft. Rechte Dritter an den Fahrzeugen bestehen nicht“. Der Bevollmächtigte des Herrn A., Rechtsanwalt Radek, trug unter dem 02.02.2012 vor, die „Herren F., D. und E. verbrachten auch Fahrzeuge, die sie auf eigenen Namen gekauft hatten, auf den Stellplatz der Firma G.-Automobile“. In seiner Vernehmung in Rumänien am 07.10.2013, von der der Beklagte eine Übersetzung in das Verfahren eingeführt hat, hat der Kläger demgegenüber angegeben, „mir wurden mehrere von der Firma H. ausgestellte Rechnungen vorgelegt, und auf einigen stand auch mein Name. Ich erkläre, dass ich keinerlei Erinnerung an diese Rechnungen habe, dass ich aber für den genannten C. gegen Bezahlung mehrere Fahrzeuge aus Frankreich nach Deutschland gefahren habe“.*

*Bei diesem Vorbringen des Klägers fehlt es für die Glaubhaftmachung einer Berechtigung gemäß § 43 I 2 HSOG an substantiierten Darlegungen zu einem Eigentumserwerb des Klägers oder auch nur zu dessen Eigenbesitz. Der Beklagte hat hierauf unter ausführlicher Darlegung der Sachlage im Schriftsatz vom 30.12.2014 (richtig: 30.12.2013) hingewiesen, ohne dass der Kläger hierzu Stellung bezogen hätte.“ (VGH Kassel aaO.)*

Die Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 43 I 2 HessSOG sind daher auch nicht hinreichend dargelegt und bewiesen. Ein Herausgabeanspruch des Klägers besteht nicht.

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

**Gerichtsstand des Erfüllungsorts**

ZivilVerfR

§§ 281 II 4, 24, 29

**Bindende Verweisung trotz übersehener Zuständigkeit**

(BGH in NJW-RR 2015, 1016; Beschluss vom 09.06.2015 – X ARZ 115/15)

1. Die **Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses (§ 281 II 4 ZPO)** entfällt **nur** dann, wenn der Verweisungsbeschluss schlechterdings nicht als im Rahmen des § 281 ZPO ergangen anzusehen ist, etwa weil er
  - auf einer Verletzung rechtlichen Gehörs beruht,
  - nicht durch den gesetzlichen Richter erlassen wurde oder
  - jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt und deshalb als willkürlich betrachtet werden muss.
2. Hierfür genügt nicht, dass der Beschluss inhaltlich unrichtig oder fehlerhaft ist. **Willkür** liegt nur vor, wenn der Verweisungsbeschluss bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken **nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar** ist.
3. Die **Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses** entfällt nicht schon dann, wenn das Gericht eine seine örtliche Zuständigkeit begründende Norm, auf die sich der Kläger nicht berufen hat, übersieht.

**Fall:** Die Kl. nimmt die Bekl. auf Schadensersatz wegen eines Mangels einer von dieser erworbenen Immobilie in Anspruch. In der Klageschrift hat sie unter Hinweis auf die Belegenheit des Grundstücks in der Gemarkung Ebsdorf ausgeführt, dass sie das LG Lüneburg nach § 24 ZPO für örtlich zuständig halte. Mit Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens hat das LG Lüneburg Bedenken gegen eine Zuständigkeit am dinglichen Gerichtsstand für die geltend gemachten Ansprüche geäußert. Die Bekl. hat in der Klageerwiderung die Zuständigkeit des LG Lüneburg gerügt, da § 24 ZPO nicht einschlägig sei. Das LG Lüneburg hat sich daraufhin für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit auf Antrag der Kl. an das LG Aurich verwiesen. Dieses hat den Rechtsstreit zurückverwiesen. Es ist der Ansicht, der Verweisungsbeschluss entfalte keine Bindungswirkung. Der Beschluss sei objektiv willkürlich, das Gericht habe sich mit einer Zuständigkeit nach § 29 ZPO nicht befasst.

Das LG Lüneburg hat die Übernahme des Verfahrens abgelehnt und das OLG Celle um Entscheidung über den Gerichtsstand ersucht. Dieses hat die Sache gem. § 36 III ZPO dem BGH vorgelegt. Wie wird der BGH entscheiden?

**I. Zulässigkeit der Vorlage**

„Nach § 36 III ZPO hat ein Oberlandesgericht, wenn es bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts in einer Rechtsfrage **von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des BGH abweichen will**, die Sache dem BGH vorzulegen. Diese Voraussetzungen sind gegeben. Das an sich nach § 36 II ZPO zur Bestimmung des zuständigen Gerichts berufene OLG Celle möchte seiner Entscheidung die Auffassung zu Grunde legen, dass der **Verweisungsbeschluss des LG Lüneburg objektiv willkürlich und mithin nicht bindend** sei, weil das verweisende Gericht sich nicht mit der Frage befasst habe, ob es gem. § 29 ZPO örtlich zuständig ist. Damit würde es von der Rechtsauffassung des BGH und des OLG Brandenburg abweichen.“ (BGH aaO.)

**II. Voraussetzungen für eine Zuständigkeitsbestimmung**

Da sich beide mit der Sache befassten Landgerichte bindend für unzuständig erklärt haben, liegen die Voraussetzungen des § 36 I Nr. 6 ZPO vor.

**III. Bestimmung der Zuständigkeit**

Fraglich ist, ob es für die Bestimmung der Zuständigkeit auf die gesetzlichen Zuständigkeitsregeln ankommt oder ob der Verweisungsbeschluss gem. § 281 II 4 ZPO bindend ist.

**1. Grundsatz**

„Im Falle eines **negativen Kompetenzkonflikts** innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist grundsätzlich das Gericht als zuständig zu bestimmen, **an das die Sache in dem zuerst ergangenen Verweisungsbeschluss verwiesen** worden ist. Dies folgt aus der Regelung in § 281 II 4 ZPO, wonach ein auf der Grundlage von § 281 ZPO ergangener Verweisungsbeschluss für das Gericht, an das die Sache verwiesen wird, bindend ist.

Die **Bindungswirkung entfällt nur** dann, wenn der Verweisungsbeschluss schlechterdings nicht als im Rahmen des § 281 ZPO ergangen anzusehen ist, etwa weil er

- auf einer Verletzung rechtlichen Gehörs beruht,
- nicht durch den gesetzlichen Richter erlassen wurde oder
- jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt und deshalb als willkürlich betrachtet werden muss.

Hierfür genügt nicht, dass der Beschluss inhaltlich unrichtig oder fehlerhaft ist. **Willkür** liegt nur vor, wenn der Verweisungsbeschluss bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken **nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar** ist (BGH, NJW-RR 2013, 764 Rn. 7; NJW-RR 2011, 1364 Rn. 9).“ (BGH aaO.)

2. Anwendung auf den Fall

Fraglich ist, ob der betreffende Verweisungsbeschluss des LG Lüneburg als nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar erscheint, weil das Gericht seine Zuständigkeit nach § 29 ZPO nicht geprüft hat.

„Zwar kann ein Verweisungsbeschluss als nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar zu beurteilen sein, wenn das verweisende Gericht eine seine **Zuständigkeit begründende Norm nicht zur Kenntnis genommen oder sich ohne Weiteres darüber hinweggesetzt hat** (BGH, NJW 2002, 3634 [3635]). Jedoch ist eine Verweisung nicht stets als willkürlich anzusehen, wenn das verweisende Gericht sich mit einer seine Zuständigkeit begründenden Norm nicht befasst hat, etwa weil es die Vorschrift übersehen oder deren Anwendungsbereich unzutreffend beurteilt hat. Denn für die Bewertung als willkürlich genügt es nicht, dass der Verweisungsbeschluss inhaltlich unrichtig oder sonst fehlerhaft ist. Es bedarf vielmehr zusätzlicher Umstände, die die getroffene **Entscheidung als schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar** erscheinen lassen (BGH, NJW-RR 2002, 1498; NJW 2003, 3201). So hat der Senat die von einem zuständigen Gericht ausgesprochene Verweisung als willkürlich und daher nicht bindend erachtet, weil sie darauf beruhte, dass das Gericht eine schon mehrere Jahre vor dem Verweisungsbeschluss erfolgte Gesetzesänderung nicht beachtet hatte, die Verweisungen der in Rede stehenden Art gerade verhindern sollte (BGH, NJW 2002, 3634 [3635]). Umgekehrt hat der Senat in dem vom vorliegenden OLG in Bezug genommenen Beschluss vom 17.05.2011 entschieden, dass ein Verweisungsbeschluss **nicht schon deshalb als unwirksam** anzusehen ist, weil das verweisende Gericht eine **mögliche Zuständigkeit nach § 29 ZPO nicht geprüft hat**. Er hat dies im damaligen Streitfall damit begründet, dass eine Befassung mit diesem Gerichtsstand sich nach den Umständen, insbesondere da die Parteien die Frage des Erfüllungsorts nicht thematisiert hatten, nicht derart aufgedrängt habe, dass die getroffene Verweisungsentscheidung als schlechterdings nicht auf der Grundlage von § 281 ZPO ergangen angesehen werden könne (BGH, NJW-RR 2011, 1364 Rn. 12). Mit den gleichen Erwägungen hat das OLG Brandenburg in seinem Beschluss vom 27.07.2010 angenommen, dass es für sich allein noch keine objektive Willkür darstelle, wenn das verweisende Gericht den Gerichtsstand des Erfüllungsorts übersehen oder verkannt habe (OLG Brandenburg, Beschl. v. 27.07.2010 – 1 AR 25/10, BeckRS 2010, 19828).

Die Vorlage des OLG Celle gibt keinen Anlass, von den diesen Entscheidungen zu Grunde gelegten Kriterien für die Beurteilung eines Verweisungsbeschlusses als willkürlich abzuweichen.

Zwar hat das Gericht die Frage seiner **Zuständigkeit stets von Amts wegen zu prüfen** und dabei ...den vorgetragene Sachverhalt unter allen in Frage kommenden Gesichtspunkten zu würdigen sowie gegebenenfalls nicht vorgetragene, für die Zuständigkeit relevante Umstände aufzuklären (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 12 Rn. 13). Dementsprechend ist auch ein sachlich zu Unrecht ergangener Verweisungsbeschluss und die diesem zu Grunde liegende Entscheidung über die Zuständigkeit grundsätzlich jeder Nachprüfung entzogen (BGH, NJW 2002, 3634).

Der Umstand, dass das LG Lüneburg sowohl im Verweisungsbeschluss als auch in dem zuvor erteilten Hinweis die Frage nach seiner örtlichen Zuständigkeit nur unter dem Gesichtspunkt des dinglichen Gerichtsstands (§ 24 ZPO) erörtert und insoweit verneint hat, ohne eine mögliche Zuständigkeit am Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 ZPO) in Erwägung zu ziehen, macht den Verweisungsbeschluss zwar fehlerhaft, begründet aber nicht den Vorwurf der Willkür.“ (BGH aaO)

Der Verweisungsbeschluss ist daher bindend.

StPO  
§ 244 III 2 analog

**Ablehnung eines Zeugen  
Ungeeignetheit des Beweismittels**

ZivilVerfR

(BGH in NJW-RR 2015, 1151; Beschluss vom 19.05.2015 – XI ZR 168/14)

1. § 244 III 2 StPO findet im Zivilprozess entsprechende Anwendung.
2. An die Annahme der **Unerreichbarkeit eines Zeugen** sind strenge Anforderungen zu stellen.
3. Das Gericht muss unter Beachtung seiner Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden **Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet** haben. Hierzu gehört vor allem die Verhängung von Ordnungsmitteln.
4. Wird ein Zeuge als ungeeignet angesehen, weil an genommen wir, von ihm seien **keine wahrheitsgemäßen Angaben** zu erwarten, verletzt dies den **Anspruch auf rechtliches Gehör** aus Art. 103 I GG.

**Fall:** In einem Streit um den Ausgleich von Saldoposten hatte der Bekl. einem Anspruch aus einem abstrakten Saldoanerkenntnis bezüglich einer Kontokorrentschuld die Einrede der Bereicherung entgegen gesetzt und zum Beweis seiner Ansprüche die Vernehmung des Zeugen B angeboten. Dieser war schon zweimal vor Gericht nicht erschienen und wurde als unerreichbar angesehen. Zudem seien keine wahrheitsgemäßen Angaben zu erwarten. Das Gericht hatte die Zeugenvernehmung wegen Ungeeignetheit des Beweismittels abgelehnt und den Bekl. al beweisfällig behandelt.

I. Annahme der Unerreichbarkeit

„Zu Unrecht hat das BerGer. den Zeugen schon deshalb als unerreichbar angesehen. Zwar findet die Vorschrift des **§ 244 III 2 StPO im Zivilprozessrecht entsprechende Anwendung** (BGH, NJW 2012, 296 = VersR 2011, 1563 Rn. 16; NJW-RR 2013, 9 Rn. 14 und IHR 2014, 115 = BeckRS 2013, 15529 Rn. 10), jedoch sind an die **Annahme der Unerreichbarkeit eines Zeugen strenge Anforderungen** zu stellen. Die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Unerreichbarkeit des Zeugen ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Gericht unter Beachtung seiner Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden **Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet** hat und keine begründete Aussicht besteht, das Beweismittel in absehbarer Zeit zu beschaffen (vgl. BGHZ 168, 79 = NJW 2006, 3416 Rn. 25; IHR 2014, 115 = BeckRS 2013, 15529). Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. Das BerGer. hat sich **nicht bemüht herauszufinden**, ob dem Nichterscheinen des Zeugen, der sich zum ersten Termin mit der Vorlage eines (nichtssagenden) ärztlichen Attests und zum zweiten Termin mit einer Auslandsreise entschuldigt hat, eine **grundsätzliche Weigerung, vor Gericht auszusagen**, zu Grunde lag. Im Übrigen hat es nicht versucht, den Zeugen vor Schluss der mündlichen Verhandlung mittels der **Verhängung von Ordnungsmitteln** zu einem Erscheinen vor Gericht zu veranlassen, obwohl das LG mit solchen Maßnahmen schließlich erfolgreich

das Kommen des Zeugen erwirkt hat. Einen Beschluss, mit dem es gegen den Zeugen ein Ordnungsgeld verhängt hat, hat das BerGer. erst mit dem Berufungsurteil verkündet.“ (BGH aaO.)

## II. Annahme wahrheitswidriger Angaben

„Die Erwägung des BerGer., die prozessualen Mittel zur Herbeischaffung des Zeugen müssten nicht ausgeschöpft werden, weil von ihm **ohnehin keine wahrheitsgemäßen Angaben zu erwarten** seien, verletzt ihrerseits Art. 103 I GG (BGH, NJW-RR 2013, 9 Rn. 13 und Gewerbemiete und Teileigentum [GuT] 2012, 270 = BeckRS 2011, 22517 Rn. 11). Sie trägt insbesondere nicht die Einschätzung des BerGer., die Vernehmung des B sei ein ungeeignetes Beweismittel im Sinne des entsprechend anwendbaren § 244 III 2 StPO. An die Ungeeignetheit eines Beweismittels sind strenge Anforderungen zu stellen. **Weder die Unwahrscheinlichkeit einer Tatsache noch der Wahrnehmung durch den Zeugen** berechtigen den Tatrichter, von einer Beweisaufnahme abzusehen. Insbesondere kommt eine Ablehnung eines Beweisantrags als ungeeignet nicht in Betracht, wenn dadurch ein **noch nicht erhobener Beweis vorab gewürdigt** wird, da dies eine **unzulässige Beweisantizipation** darstellt (BGHZ 168, 79 = NJW 2006, 3416 Rn. 27; NJW-RR 2013, 9 Rn. 14). Von einem untauglichen Beweismittel kann nur dann ausgegangen werden, wenn es im Einzelfall **vollkommen ausgeschlossen** erscheint, dass die Beweisaufnahme irgendetwas Sachdienliches ergeben könnte. Das ist hier nicht der Fall, weil Beweissthema ein Unterlassen des Zeugen selbst – keine Weisung für und gegen den Bekl. gegenüber dem ehemaligen Filialleiter der Kl. im Zusammenhang mit der Buchung am 10.12.2008 – ist, zu dem B vor dem LG im Sinne des Bekl. Angaben gemacht hat. Auch ein dem Zeugen gegebenenfalls zustehendes Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 384 Nr. 2 ZPO führt nicht dazu, ihn von vornherein als ungeeignetes oder unerreichbares Beweismittel anzusehen. Der Tatrichter ist im Falle einer Zeugnisverweigerung nach § 384 Nr. 2 ZPO nicht gehindert, dies im Rahmen seiner freien Überzeugungsbildung zu würdigen (BGH, NJW-RR 2013, 9 Rn.14).“ (BGH aaO.)

StPO  
§ 105

## Durchsuchung von Geschäftsräumen Beschwerdebefugnis

StrafVerfR

(BVerfG in NJW 2015, 2869; Beschluss vom 16.04.2015 – 2 BvR 2279/13)

**Fall:** Die Bf. zu 1 und 2 sind als Projektentwickler im Immobilienbereich tätig und gründeten zur Planung und Realisierung von Bauvorhaben jeweils bauvorhabenbezogene Projektgesellschaften, die zusammen eine Unternehmensgruppe bilden. Die Bf. zu 3 und 4 sind Teil der Unternehmensgruppe. Die Bf. zu 1 und 2 sind Geschäftsführer der Bf. zu 3 und halten diese über eine jeweils in ihrem Alleineigentum stehende Untergesellschaft. Die Bf. zu 1 und 2 sind zu je 1/2 Gesellschafter der Bf. zu 4. Gegen die Bf. zu 1 und 2 ermittelte die StA wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung in besonders schwerem Fall. Gegenstand des Ermittlungsverfahrens ist der Verdacht der Hinterziehung von Gewerbesteuer durch Abgabe unrichtiger Gewerbesteuererklärungen für Gesellschaften der Unternehmensgruppe.

Das AG Wuppertal ordnete unter anderem die Durchsuchung sämtlicher von Gesellschaften der Unternehmensgruppe, zu denen auch die Bf. zu 3 und 4 gehörten, genutzter Geschäftsräume in A. und in E. an. Es führte aus, dass die Bf. zu 1 und 2 die Unternehmensgruppe führten und einzelne Projekte regelmäßig von einer gesonderten Projektgesellschaft durchgeführt würden. Eine solche sei die F B GmbH & Co. KG gewesen. Die Bf. zu 1 und 2 seien die Gesellschafter-Geschäftsführer der Komplementär GmbH gewesen. Das LG Wuppertal (Beschl. v. 11.09.2013 – 26 Qs 133, 134/13, BeckRS 2015, 13181) wies die in eigenem Namen der Bf. zu 1 und 2 eingelegte Beschwerde zurück. Hiergegen erhoben die Bf. unter Berufung auf die Verletzung von Art. 13 I, II GG Verfassungsbeschwerden.

Fraglich ist, ob die Verfassungsbeschwerden überhaupt zulässig ist.

### I. Beschwerdebefugnis der Bf. zu 1) und 2)

#### 1. Rechtswidrigkeit des Beschlusses

„Beschlüsse nach Art. 13 II GG, § 105 StPO müssen den **gesetzlichen Tatbestand**, auf dessen Verwirklichung sich der Verdacht richtet, **selbst benennen**. Nur wenn der zur Kontrolle des Eingriffs berufene Richter sich den in Frage kommenden Straftatbestand vergegenwärtigt, kann die **Verhältnismäßigkeit** vollständig geprüft werden, weil die **Zumutbarkeit des Eingriffs** auch von **der Schwere der vorgeworfenen Tat abhängt**, für die die Strafdrohung von wesentlicher Bedeutung ist (vgl. BVerfGK 8, 349 [354] = NJW 2006, 2974; BVerfGK 9, 149 [154] = NJW 2007, 1443; BVerfGK 19, 148 [154] = NJW 2012, 1065). Diesen Anforderungen wird der Beschluss nicht gerecht. Das AG hat **weder die strafbarkeitskonstituierenden Normen noch den gesetzlichen Tatbestand benannt**.“ (BVerfG aaO.)

#### 2. Darlegung einer möglichen Verletzung in Art. 13 I, II GG

„Mit der Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung durch Art. 13 I GG erfährt die **räumliche Lebenssphäre des Einzelnen** einen besonderen grundrechtlichen Schutz, in den mit einer Durchsuchung schwerwiegend eingegriffen wird (vgl. BVerfGE 42, 212 [219 f.] = NJW 1976, 1735; BVerfGE 96, 27 [40] = NJW 1997, 2163; BVerfGE 103, 142 [150 f.] = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382). Dem Schutz unterfallen **auch beruflich genutzte Räume** (vgl. BVerfGE 32, 54 [69 ff.] = NJW 1971, 2299; BVerfGE 42, 212 [219] = NJW 1976, 1735; BVerfGE 96, 44 [51] = NJW 1997, 2165).

Eine Beschwerdebefugnis von Privatpersonen bei der Durchsuchung von Geschäftsräumen besteht nur, wenn und soweit die **Räumlichkeiten der Privatsphäre der natürlichen Person** zuzuordnen sind (vgl. BVerfGE 103, 142 [150 f.] = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382). Die Bf. zu 1 und 2 haben nicht dargelegt, dass der Durchsuchungsbeschluss Räumlichkeiten betrifft, die ihrer persönlichen Privatsphäre zuzuordnen sind. Das Vorhandensein von der Privatsphäre zugeordneten Räumlichkeiten kann zwar **bei einem Geschäftsführer einer Ein-Personen-Gesellschaft unterstellt** werden, für Geschäftsführer oder Gesellschafter einer Unternehmensgruppe mit einer Vielzahl von Gesellschaften und verschiedenen Geschäftssitzen gilt dies jedoch nicht.

**Allein aus einer Gesellschafterstellung** ergibt sich **keine Grundrechtsträgerschaft** des Art. 13 GG. Art. 13 GG dient dem Schutz der räumlichen Privatsphäre. Wirtschaftliche Eigentümer sind, soweit sie keine weiteren Funktionen inne- und lediglich ein wirtschaftliches Interesse haben, durch eine Durchsuchung von Geschäftsräumen in ihrer Privatsphäre nicht tangiert.“ (BVerfG aaO.)

**II. Rechtswegerschöpfung durch die Bf. zu 3) und 4)**

Die Bf. zu 3 und 4 haben den Rechtsweg nicht erschöpft.

„Zwar sind **juristische Personen** bei einer Durchsuchung ihrer Räumlichkeiten gem. Art. 19 III GG **beschwerdebefugt** und können, vertreten durch ihre gesetzlichen Vertreter, Verfassungsbeschwerde erheben (vgl. BVerfGK 19, 167 [173] = BeckRS 2011, 56244). Die **Bf. zu 1 und 2** haben jedoch **nur in ihrem Namen Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss** eingelegt. Entgegen der Ansicht der Bf. ergibt sich auch nicht im Wege der Auslegung, dass die Bf. zu 1 und 2 die Beschwerde auch im Namen der Bf. zu 3 und 4 eingelegt haben. Vielmehr schließt die Angabe der Bf. zu 1 und 2 in ihrer Beschwerde gegen den amtsgerichtlichen Beschluss, keine Geschäftsführerfunktion innegehabt zu haben, eine solche Auslegung aus.“ (BVerfG aaO.)

**StPO § 154 IV** **Wiederaufnahmeantrag des Verletzten** **StrafVerfR**  
**Nicht als „actus contrarius“ zum Rechtsbehelf bei Einstellungsentscheidung**  
**(OLG Hamm in BeckRS 2015, 15143; Beschluss vom 30.07.2015 – 1 Ws 305/15)**

Dem Verletzten steht kein Recht zur Beantragung der Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 154 IV StPO - als "actus contrarius" zu einer getroffenen Einstellungsentscheidung - zu.

**Fall:** Unter dem 24.05.2011 hat die Staatsanwaltschaft Dortmund Anklage gegen T wegen gewerbsmäßigen Betruges in 33 Fällen, wobei es in einem Fall beim Versuch geblieben ist, zum Landgericht - Wirtschaftsstrafkammer - Dortmund erhoben. Im Hauptverhandlungstermin am 02.11.2014 wurden unter anderem die Fälle Ziffer 29 und 32 der Anklage, die Taten betrafen, durch die der Beschwerdeführer geschädigt worden sein soll, auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch Beschluss der Strafammer vorläufig gemäß § 154 II StPO i.V.m. I Nr. 1 StPO im Hinblick auf die im Übrigen zu erwartende Strafe vorläufig eingestellt.

Durch Urteil des Landgerichts Dortmund vom 05.11.2012, das seit dem 13.11.2012 rechtskräftig ist, wurde der damalige Angeklagte T wegen Betruges in 19 Fällen und unter Einbeziehung einer früheren Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 2 Monaten (von der 4 Monate als vollstreckt gelten) sowie wegen eines weiteren Betruges zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten (von der 1 Monat als vollstreckt gilt) verurteilt.

Der Beschwerdeführer hat mit Schreiben an die Staatsanwaltschaft Dortmund vom 02.12.2014 und 05.02.2015 beantragt, „dass sein Fall wieder aufgenommen und ordnungsgemäß verhandelt werde“. Das Landgericht Dortmund hat den Antrag des Beschwerdeführers mit Beschluss vom 22.04.2015 verworfen. Zur Begründung hat es u. a. ausgeführt, das Begehren des Antragstellers richte sich auf eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 154 IV StPO, der die Wiederaufnahmemöglichkeit eines vorläufig mit Rücksicht auf eine wegen einer anderen Tat zu erwartenden Strafe eingestellten Verfahrens eröffne. Es könne offen bleiben, ob der Antragsteller hinsichtlich der Wiederaufnahmemöglichkeit des § 154 IV StPO überhaupt antragsberechtigt sei. Denn eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 154 IV StPO sei nur binnen einer Ausschlussfrist von 3 Monaten nach rechtskräftigem Abschluss des weiteren Verfahrens möglich. Diese Frist sei vorliegend bereits abgelaufen, da das zugrunde liegende Urteil bereits seit dem 13.11.2012 rechtskräftig sei.

Hiergegen richtet sich die als „Einspruch“ bezeichnete Beschwerde des Beschwerdeführers vom 06.05.2015, der das Landgericht Dortmund nicht abgeholfen hat.

„Ungeachtet der Tatsache, dass es für die Wiederaufnahme von nach § 154 II StPO ausgeschiedenen Verfahrensteilen des Antrags eines Verfahrensbeteiligten nicht bedarf, war das vom Beschwerdeführer formulierte Begehren als prozessualer Antrag vorliegend **bereits unstatthaft**, weil nach der Konzeption der §§ 153 ff. StPO **Rechtsbehelfe des Verletzten** - zumal eines solchen, der nicht als Nebenkläger an der Hauptverhandlung beteiligt ist - **gegen eine unter Opportunitätsgesichtspunkten getroffene Einstellungsentscheidung der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts nicht vorgesehen** sind. Dann kann dem Verletzten aber auch kein Recht zur Beantragung der Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 154 IV StPO - als „actus contrarius“ zu einer getroffenen Einstellungsentscheidung - zustehen.

Im Falle der **gerichtlichen Entscheidung** gemäß Absatz 2 kann schon eine Anhörung und Benachrichtigung des Verletzten grundsätzlich nur dann erfolgen, wenn er als **Nebenkläger am Verfahren** beteiligt ist. Ihm soll aber selbst dann - nach allgemeiner Auffassung - ein Rechtsbehelf gegen die Ausscheidung der ihn betreffenden Verfahrensteile nicht zustehen. Dies wird insbesondere mit § 400 II 2 StPO begründet (zu vgl. SK/StPO-Weißlau, aaO., Rn. 50; KMR-Plöd, StPO, § 154 Rn. 26; HK-Gercke, StPO, 5. Aufl., § 154 Rn. 13). Allenfalls die Staatsanwaltschaft und der Privatkläger können unter bestimmten Umständen zur **Anfechtung einer Einstellungsentscheidung** gemäß § 154 IV StPO berechtigt sein (vgl. zum Meinungsstand insoweit HK-Gercke, aaO., § 154 Rn. 13, 19, und Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl., § 154 Rn. 24)“. (BGH aaO.)

**StPO §§ 94, 119 I Nr. 2** **Briefbeschlagnahme in der U-Haft** **StrafVerfR**  
**Folgen der Unzulässigkeit**  
**(LG Kiel in StV 2015, 620; Beschluss vom 29.09.2014 – 2 Qs 69/14)**

Unterliegt ein beschlagnahmter Gegenstand einem Beweisverwertungsverbot, ist die **Beschlagnahme aufzuheben**.

„Die **Beschlagnahme** des undatierten, an die Eltern des Besch. gerichteten Briefes war aufzuheben, da ein Beweisverwertungsverbot besteht. Eine **Beschlagnahme** ist **unzulässig**, wenn der zu beschlagnahmende Gegenstand **nicht zum Beweis verwendet** werden darf (Greven, in: KK-StPO, 7. Aufl., § 94 Rn. 19). Im vorliegenden Fall war die **Beschlagnahme ganz offensichtlich in der Annahme erfolgt**, dass die Briefkontrolle gem. § 119 I Nr. 2 StPO zuvor angeordnet worden war. Entsprechendes ergibt sich auch aus der Nichtabhilfeentscheidung.

Eine **Anordnung nach § 119 I Nr. 2 StPO** ergibt sich aber **weder aus dem Beschluss** des AG Kiel über die Beschränkungen in der U-Haft v. 03.08.2014 **noch aus dem Aufnahmeersuchen** vom selben Tag. Aus der Formulierung der Ziff. II. 2. des Aufnahmeersuchens folgt lediglich, dass nicht beschwerende Anordnungen über den Verkehr mit der Außenwelt wie etwa die Anordnung der Beförderung von Briefen nach Durchsicht dem zuständigen StA/Amtsanwalt/Jugendrichter in Kiel überlassen werden. Die **Briefkontrolle**

**selbst** ist dagegen **nicht angeordnet** worden. (...) Gegen eine Anordnung der Briefkontrolle i.S.v. § 119 I Nr. 2 StPO spricht bereits, dass eine entsprechende Anordnung eine Begründung voraussetzt.

Fehlt damit die **Rechtsgrundlage für die Kontrolle des Briefes**, entscheidet sich die Frage, ob hieraus ein Beweisverwertungsverbot folgt, anhand einer umfassenden Abwägung der betroffenen Rechtsgüter. Insoweit ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Beschlagnahme letztlich lediglich auf der irrtümlichen Annahme des Gerichts beruhte, dass die Briefkontrolle bereits angeordnet worden war. Andererseits ist mit dem **Briefgeheimnis** ein **grundrechtlich geschützter Bereich** betroffen. Darüber hinaus hätte einer Anordnung der Briefkontrolle hier entgegen gestanden, dass eine **Gefährdung des Zwecks der U-Haft** durch einen Schriftverkehr des Besch. in Anbetracht des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr und unter Berücksichtigung der dem Besch. vorgeworfenen Delikte **nicht vorgelegen hätte**. Bei den vorgeworfenen Taten handelt es sich zudem zwar um Delikte eines erheblichen Schweregrades [gefährliche Körperverletzung], nicht aber um Straftaten etwa im Rang von Kapitalverbrechen. Ein **entscheidender Erkenntnisgewinn** hinsichtlich der vorgeworfenen Taten ist aus dem Brief zudem nicht zu ziehen. Soweit der Brief Rückschlüsse auf die Persönlichkeitsstruktur des Besch. zulässt, muss diese Erwägung zurücktreten. Nach einer Gesamtabwägung der vorgenannten Umstände ist letztlich von einem Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der aus dem Brief gewonnenen Erkenntnisse auszugehen, so dass die Beschlagnahme aufzuheben war.“ (LG Kiel aaO.)

VwGO  
§ 158 I

### Isolierte Anfechtung der Kostenentscheidung Umgehung des Verbots durch Rechtsmittel in der Hauptsache

VerwaltProzR

(BVerwG in NVwZ-RR 2015, 759; Beschluss vom 23.06.2015 – 4 B 19/15)

Ein **Rechtsmittel**, das zur Umgehung des Verbots der isolierten Anfechtung der Kostenentscheidung (§ 158 I VwGO) bloß **formell auch wegen der Hauptsache** eingelegt worden ist, ist unzulässig.

„Die Rüge des Bekl., der VGH habe den Umfang seines Berufungsbegehrens verkannt und dadurch gegen § 88 VwGO verstoßen, ist nicht schlüssig erhoben. Der Bekl. zeigt nicht auf, dass er formal oder inhaltlich etwas Anderes beantragt hat als die Aufhebung des Urteils des VG (VG München, Urt. v. 11.10.2012 – M 11 K 12.2708, BeckRS 2013, 46584) und die Abweisung der Klage. In Wahrheit beschränkt sich seine Kritik an dem seiner Ansicht nach fehlerhaften Verständnis des erstinstanzlichen Klagebegehrens durch den VGH.

Der VGH ist davon ausgegangen, dass die Kl. den Bescheid des Landratsamts B.-T.-W. vom 03.05.2012 nur hinsichtlich der an sie gerichteten Duldungsanordnung (Nr. 2) und der darauf bezogenen Zwangsgeldandrohung (Nr. 6) angefochten hat, nicht jedoch – wie vom VG angenommen – auch hinsichtlich der an die Mieterin adressierten Nutzungsuntersagung (Nr. 1) nebst Zwangsgeldandrohung (Nr. 5). Der Bekl. sieht darin einen Verstoß gegen § 88 VwGO, weil der VGH damit den **Klageantrag**, mit dem die Aufhebung des Bescheides erstrebt worden sei, **nicht ausgelegt**, sondern an die Stelle dessen, was die Kl. gewollt habe, unzulässig das gesetzt habe, was sie – nach Meinung des BerGer. – **haben wollen sollen**. Hätte der VGH den Klageantrag nicht verfälscht, hätte er der **Berufung teilweise stattgeben und die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses abweisen** müssen, soweit sie die Nutzungsuntersagung nebst Zwangsgeldandrohung zum Gegenstand hat.

Der Bekl. ist durch die **Beschränkung des Klageantrags auf die Duldungsverfügung materiell nicht beschwert**. Seine Beschwerde liegt allein darin, dass ihm der VGH (nach § 154 II VwGO) die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt und die **Kosten nicht**, wie es bei einer teilweisen Stattgabe der Berufung geboten gewesen wäre, gem. § 155 I 1 VwGO **verhältnismäßig geteilt** oder gegeneinander aufgehoben hat. Es liegt auf der Hand und wird vom Bekl. auch nicht verhehlt, dass es ihm letztlich um eine Korrektur der Kostenentscheidung geht. Die Anfechtung der Kostenentscheidung ist aber nach § 158 I VwGO unzulässig. Dieselbe Rechtsfolge gilt für ein Rechtsmittel, das – wie vorliegend – zur Umgehung des Verbots der isolierten Anfechtung der Kostenentscheidung bloß formell auch wegen der Hauptsache eingelegt worden ist (vgl. BGH, NJW 1976, 1267; Eyermann/Rennert, VwGO, 14. Aufl. [2014], § 158 Rn. 4).“ (BVerwG aaO.)

VwGO  
§ 102 II

### Entscheidung trotz Ausbleibens der Beklagten Annahme eines Verfahrensmangels

VerwaltProzR

(VGH München in BayVBl 2015, 724; Beschluss vom 12.12.2014 – 10 ZB 14.1741)

Eine Verpflichtung des Gerichts, die mündliche Verhandlung zu vertagen anstatt nach § 102 II VwGO trotz des **Ausbleibens einer Beteiligten** zu entscheiden, kann nach § 173 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 278 I ZPO allenfalls dann bestehen, wenn konkrete **Anhaltspunkte** dafür vorliegen, dass der **Versuch einer gütlichen Einigung aussichtsreich** sein könnte.

Nach § 102 II VwGO kann im Verwaltungsprozess grundsätzlich auch bei Ausbleiben eines geladenen Beteiligten entschieden werden. Hierauf muss in der Ladung hingewiesen werden. Ob dies geschieht, steht dabei im Ermessen des Gerichts (vgl. BVerwG, Beschluss v. 13.12.1982 – 9 C 894/80 – juris Rn. 12).

„Anhaltspunkte dafür, dass das Verwaltungsgericht von seinem Ermessen fehlerhaft Gebrauch gemacht hätte, sind jedoch nicht ersichtlich. Soweit man davon ausgeht, dass **§ 278 I ZPO**, nach dem das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits bedacht sein soll, **nach § 173 S. 1 VwGO im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entsprechend** gilt (so Meissner in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: 26. Ergänzungslieferung 2014, § 173 Rn. 205 m.w.N. zur Gegenauffassung), wäre diese Regelung zwar möglicherweise bei der Ermessensausübung zu beachten. Dass das Verwaltungsgericht gegen diese Regelung verstoßen hätte, ist aber weder aus dem Vorbringen des Klägers in der Zulassungsbegründung noch sonst ersichtlich. Denn **Anhaltspunkte** dafür, dass eine **gütliche Beilegung des Rechtsstreits möglich** gewesen wäre, sind weder vom Kläger dargelegt noch anderweitig erkennbar.

Soweit der Kläger meint, bei einer Teilnahme der Beklagten an der mündlichen Verhandlung sei eine **vergleichsweise Einigung realistisch** gewesen, weil der Kläger sich hätte verpflichten können, sich umgehend einer Behandlungstherapie zur Gewaltprävention zu unterziehen, und die Beklagte dann möglicherweise im Gegenzug die Aussetzung der Vollziehung des Bescheids vom 07.03.2014 in Aussicht gestellt hätte, ergibt sich daraus nicht die Möglichkeit der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits im Hauptsacheverfahren. Denn diese Erklärungen der Beteiligten hätten allein zur Folge gehabt, dass der Kläger bis zur Entscheidung über die auf Aufhebung der Ausweisung und Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gerichtete Klage nicht hätte abgeschoben werden

können. Eine diesbezügliche Einigung hätte sich daher ausschließlich auf das den Antrag des Klägers auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage betreffende Eilverfahren bezogen.

Soweit der Kläger vorträgt, auch **andere Regelungsmöglichkeiten** bis hin zu einer ablehnenden Entscheidung der Beklagten seien **denkbar** gewesen, sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass ein Versuch, eine vergleichsweise Regelung zu erzielen, hätte aussichtsreich sein können. Allenfalls dann wäre aber nach der Regelung von § 173 Satz 1 VwGO in Verbindung § 278 I ZPO, bei der es sich lediglich um eine **Sollbestimmung** handelt, eine Verpflichtung des Gerichts in Betracht gekommen, die mündliche Verhandlung im Interesse einer gütlichen Einigung zu vertagen statt nach § 102 II VwGO trotz des Ausbleibens der Beklagten zu entscheiden (vgl. insoweit auch den Rechtsgedanken des § 278 II 1 ZPO, der es zulässt, von erkennbar **aussichtslosen Gütetermenin** abzusehen).

Insbesondere ergaben sich Anhaltspunkte, die eine gütliche Einigung im Falle einer Teilnahme der Beklagten an der mündlichen Verhandlung für das Verwaltungsgericht als aussichtsreich hätten erscheinen lassen können, auch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht aus dem Verlauf des Klageverfahrens.“ (VGH München aaO.)

SächsKAG  
§§ 9 ff.

## Veröffentlichung von Satzungen Maßgebliche Veröffentlichungsregeln

VerwaltVerfR

(OVG Bautzen in LKV 2015, 470; Urteil vom 13.04.2015 – 5 A 670/13)

Veröffentlichungen sind nach den Regelungen vorzunehmen, die zum Zeitpunkt der Veröffentlichung Geltung für sich in Anspruch nehmen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Veröffentlichungsregelungen bestehen können.

ThürVwKostG  
§ 4 VI 5

## Kosten des Widerspruchsverfahrens Beginn der sachlichen Bearbeitung

VerwaltVerfR

(VG Weimar in LKV 2015, 480; Urteil vom 27.08.2015 – 6 K 481/15)

Die sachliche Bearbeitung eines Widerspruchs im Sinn des Verwaltungskostenrechts beginnt mit der **Abhilfeentscheidung** der Ausgangsbehörde.

**Fall:** Am 14.05.2012 legte der Kl. Widerspruch gegen einen Grundsteuerbescheid vom 10.05.2012 ein. Mit Schreiben vom 22.03.2012 teilte die Bekl. ihm mit, dass sie dem Widerspruch nicht abhelfen könne. Sie erläuterte den angegriffenen Bescheid inhaltlich und bat um Mitteilung, falls der Kl. auf den Widerspruch verzichten wolle. Daraufhin nahm der Kl. mit Schreiben vom 02.06.2012 den Widerspruch zurück. Mit Bescheid vom 26.07.2012 stellte die Bekl. das Widerspruchsverfahren ein. Die Kosten des Verfahrens wurden dem Kl. auferlegt und in Zi. 3 des Bescheidtenors auf 20 € festgesetzt. Zur Begründung verwies die Bekl. auf § 4 VI ThürVerwKostG. Dem Kl. sei mit Schreiben vom 22.03.2012 die Sach- und Rechtslage erläutert worden. Damit habe die Behörde mit der Bearbeitung des Widerspruchs begonnen. Muss der Kl. die Verwaltungsgebühr von 20 € zahlen?

### I. Kostentragungspflicht wegen Widerspruchsrücknahme

„Bereits die **Kostengrundentscheidung** in Zi. 2 des Bescheides vom 26.07.2012 ist **rechtmäßig**. Bei einer Erledigung des Widerspruchsverfahrens durch Rücknahme des Widerspruchs hat die Abhilfebehörde über die Kosten von Amts wegen zu entscheiden (vgl. § 72 VwGO). Im Fall der **Rücknahme** eines Widerspruchs trifft die **Kostenlast** den **Widerspruchsführer** – hier den Kl. –, der das erhobene Rechtsmittel zurückgenommen hat. Dies ergibt sich aus § 155 II VwGO; der Widerspruch stellt einen der dort erwähnten anderen Rechtsbehelfe dar.“ (OVG Bautzen aaO.)

### II. kostenpflichtige Leistung der Ausgangsbehörde

„Die Gebühr steht auch der Bekl. als Verwaltungskostengläubigerin i.S.d. § 5 S. 1 ThürVerwKostG zu, da sie die **kostenpflichtige Leistung** – hier die Abhilfeentscheidung – vorgenommen hat.“ (OVG Bautzen aaO.)

### III. Höhe der Verwaltungsgebühr

„Auch die Kostenfestsetzung der Höhe nach begegnet keinen Bedenken. Insbesondere durfte die Bekl. im vorliegenden Fall die Mindestgebühr gemäß § 4 VI 3 ThürVerwKostG in Höhe von 20 € festsetzen.“ (OVG Bautzen aaO.)

### IV. Verzicht auf Gebührenerhebung

„Nach § 4 VI 5 ThürVerwKostG ist keine Gebühr zu erheben, wenn die **Behörde mit der sachlichen Bearbeitung noch nicht begonnen** hat. Bei der Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs ist auf den Sinn und Zweck der Gebührenerhebung abzustellen. Gebühren sind öffentlich-rechtliche **Geldleistungen**, die **aus Anlass individuell zurechenbarer, öffentlicher Leistungen** dem Gebührenschuldner durch eine öffentlich-rechtliche Norm oder sonstige hoheitliche Maßnahme auferlegt werden und dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistung deren **Kosten ganz oder teilweise zu decken** (Definition nach BVerfG, Beschl. v. 06.02.1979, 2 BvL 5/76, juris).

So verstanden wird mit der sachlichen Bearbeitung des Widerspruchsverfahrens also dann begonnen, wenn **erstmalig ein abzugeltender Aufwand im Ablauf des Widerspruchsverfahrens** entstanden ist. Dies ist dann der Fall, wenn der erste Verfahrensschritt im Rahmen des Widerspruchsverfahrens absolviert ist. Nach dem in den §§ 68 ff. VwGO geregelten Ablauf des Widerspruchsverfahrens ist die **Entscheidung der Ausgangsbehörde über die Abhilfe des Widerspruchs** gem. § 72 VwGO der erste Verfahrensschritt nach der Erhebung des Widerspruchs gemäß § 69 VwGO. Der Begriff der sachlichen Bearbeitung in § 4 VI 5 ThürVerwKostG stellt dabei klar, dass der **Aufwand erst in einer Prüfung der Sach- und Rechtslage** liegt und rein lediglich formelle Verfahrenshandlungen (z.B. das Anlegen einer Akte oder das Anbringen eines Eingangsvermerks auf dem Widerspruchsschreiben) nicht zu berücksichtigen sind.

Die Entscheidung der Ausgangsbehörde über die Abhilfe stellt eine solche Sach- und Rechtsprüfung dar, da die Ausgangsbehörde gerade verpflichtet ist, den von ihr erlassenen VA unter Berücksichtigung der Argumente des Widerspruchsführers in seinem Widerspruchsschreiben erneut zu prüfen und zu entscheiden. Damit liegt hierin ein abzugeltender Aufwand.“ (OVG Bautzen aaO.)

## Weitere Schrifttumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Buller/Figgener:** Neue Nuancen in der Kfz-Sachschadenabrechnung (in: NJW 2015, 2913)

Auf Grund aktueller Entwicklungen greift der Beitrag die maßgeblichen Entscheidungen zur Kfz-Sachschadensabrechnung auf. Hervorzuheben sind hierbei insbesondere die neuen Konkretisierungen der BGH-Rechtsprechung zum Verweis auf freie Werkstätten bei fiktiver Abrechnung und zum Ersatz von Sachverständigenkosten. Ein weiteres Augenmerk wird zudem auf die neuen Entwicklungen auf dem Gebiet der Mietwagenkosten und des Nutzungsausfallschadens gelegt.

2. **Bissels/Falter:** „Wer den Cent nicht ehrt“ – Anrechnung eines monatlich gezahlten Weihnachts- und Urlaubsgelds auf den Mindestlohn (in: DB 2015, 2209)

Neben zahlreichen Problemen und Unklarheiten rund um das Mindestlohngesetz (MiLoG) stellt insb. die Frage der Anrechenbarkeit von Sonderleistungen, Zulagen und Zuschlägen Unternehmen vor Herausforderungen. Nachdem sich bereits einige erstinstanzliche Gerichte mit mindestlohnrelevanten Einzelfragen zu befassen hatten, stellt das ArbG Herne in einer aktuellen Entscheidung klar, dass ein monatlich ausgezahltes Weihnachts- und Urlaubsgeld auf den Mindestlohn anrechenbar ist. Das kuriöse an der Entscheidung: Der Arbeitnehmerin wurden für die zwei eingeklagten Monate insgesamt zwei Cent zugesprochen, die zum Erreichen der 8,50 € je Arbeitsstunde fehlten.

3. **Weber/Leeb:** Aktuelle Fragen der Ergänzungspflegschaft nach § 1909 I 1 BGB (in: Rpfleger 2015, 501)

§ 1909 I BGB bestimmt, dass demjenigen, der unter elterlicher Sorge oder Vormundschaft steht, für diejenigen Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind, ein Pfleger zu bestellen ist. Da der Pfleger nur für diese spezifischen Angelegenheiten – bei bestehender elterlicher Sorge bzw. Vormundschaft – an die Stelle der Eltern bzw. des Vormunds tritt, spricht man von Ergänzungspflegschaften. Diese sind Instrumente staatlicher Rechtsfürsorge: Durch sie wird sichergestellt, dass betroffene minderjährige Personen in einzelnen oder bestimmten Kreisen von Angelegenheiten, in denen die Personen- bzw. Vermögenssorgeberechtigten aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen an der Vertretung verhindert sind, nicht handlungsunfähig sind und damit faktisch entrechtet werden. Der entsprechende Beitrag gibt zunächst einen Überblick über Wesen und Funktion der Ergänzungspflegschaft und grenzt sie dabei von der Verfahrensbeistandschaft, der Umgangspflegschaft und der Beistandschaft des Jugendamtes ab. Darauf folgt eine Darstellung ausgewählter aktueller verfahrens- und materiell-rechtlicher Fragestellungen. Schließlich werden vergütungsrechtliche Gesichtspunkte erörtert.

4. **Bacher:** Der elektronische Rechtsverkehr im Zivilprozess (in: NJW 2015, 2753)

Das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs wird aus zivilprozessualer Sicht eine ganze Reihe von Veränderungen mit sich bringen, die mit der Einführung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs ab dem 01.01.2016 erst beginnen. Der Beitrag gibt einen umfassenden Überblick über den künftigen Umgang mit elektronischen Schriftsätzen, elektronischen Akten und elektronischen Beweismitteln sowie über die damit verbundenen rechtlichen Probleme.

5. **Skamel:** Verfahrensaussetzung bei Prozessaufrechnung mit rechtshängiger Gegenforderung (in: NJW 2015, 2460)

Dass der Beklagte mit einer anderweitig rechtshängigen Forderung aufrechnen kann, ist nahezu allgemein anerkannt. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Prozess, in dem die Forderung eingeklagt ist, oder der Prozess, in dem die Forderung zur Aufrechnung gestellt wird, ausgesetzt werden kann, ist dagegen umstritten. Vor dem Hintergrund einer aktuellen Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. untersucht der Beitrag die diskutierten Lösungsvorschläge und verdeutlicht Zweckmäßigkeitskriterien.

### II. Strafrecht

1. **Böhm:** Die strafrechtliche Abwesenheitsverhandlung im Berufungsverfahren - Zur jüngsten Umsetzung europarechtlicher Vorgaben im Strafverfahrens- und Rechtshilferecht (in: NJW 2015, 3132)

Die im Juli 2015 eingeführten Vorschriften zur Änderung der StPO und des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen werden die Rechtspraxis vor allem im Hinblick auf die nunmehr mögliche Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens in der Berufungshauptverhandlung erheblich beeinflussen. Die in § 329 II StPO insoweit vorgesehene Möglichkeit der Vertretung des Angeklagten durch einen Verteidiger trägt jedoch der Rechtsprechung des EGMR nur teilweise Rechnung. Es bedarf daher einer konventionsfreundlichen Auslegung, wonach eine solche Vertretung nur dann ausscheidet, wenn die Anwesenheit des Angeklagten zur Wahrheitsfindung wirklich unerlässlich ist.

2. **Thewes:** Richter, Notstaatsanwalt und Notverwaltungsbehörde. Zuständigkeit für die Anordnung der Blutprobenentnahme bei Verfolgung von Verkehrsdelikten. (in: NJW 2015, 2845)

In der Folge der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ermittlungsmaßnahmen, zur Auslegung des Begriffs „Gefahr im Verzug“ und zum Ausnahmecharakter von nichtrichterlichen Anordnungen (zuletzt BVerfG, NJW 2015, 2787) ist auch bei der Verfolgung von Verkehrsdelikten eine verstärkte Inanspruchnahme des Ermittlungsrichters, insbesondere im Bereitschaftsdienst, festzustellen. Dabei ist nicht immer klar, welches Gericht für welche Anordnung zuständig ist. Der Beitrag versucht, die Frage für das strafprozessuale und das verwaltungsbehördliche Ermittlungsverfahren zu klären.

3. **Niemöller:** Beruhensprüfung bei Verfahrensfehlern (in: NStZ 2015, 489)

Die Revision kann – so sagt es § 337 I StPO – nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Wann ist das der Fall? Rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des materiellen Strafrechts, so lässt sich die Frage schon anhand des angefochtenen Urteils, des Entscheidungsausspruchs (Tenors) und der Urteilsgründe beantworten. Mehr braucht es dazu nicht. Anders verhält es sich hingegen bei einem Verstoß gegen prozessrechtliche Vorschriften, den das Revisionsgericht nach einer entsprechenden Verfahrensrüge für gegeben hält. Hier ist der Fehler nicht unmittelbar im Urteil enthalten und aus ihm zu ersehen. Zwischen beiden besteht eine Distanz, regelmäßig schiebt sich ein anderes, auf den Verfahrensfehler folgendes Prozessgeschehen dazwischen. Das Gesetz unterscheidet jedoch nicht nach der Art der Gesetzesverletzung, es gilt auch für Verfahrensverstöße. Wann aber beruht das Urteil auf dem Verfahrensfehler? Das setzt einen Zusammenhang zwischen beiden voraus. Diesen Zusammenhang haben Rechtsprechung und herrschende Meinung seit jeher als mögliche Kausalität bestimmt und bezeichnet; danach beruht das Urteil auf dem Verfahrensfehler, wenn nicht auszuschließen ist, dass sich dieser auf jenes ausgewirkt hat.

### III. Öffentliches Recht

1. **Schenke:** Rechtmäßigwerden rechtswidrig erlassener Verwaltungsakte (in: NVwZ 2015, 1341)

Rechtswidrige Verwaltungsakte können nur auf Grund des rückwirkenden Erlasses einer erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, der rückwirkenden Aufhebung eines ihre Rechtswidrigkeit begründenden Verwaltungsakts sowie auf Grund einer gesetzlichen Heilungsnorm wie § 45 VwVfG nachträglich rechtmäßig werden. In anderen Fällen kann auf Grund einer nachträglichen Veränderung der Sach- oder Rechtslage nur ein neuer Verwaltungsakt mit demselben Inhalt erlassen werden, der lediglich im Wege einer Klageänderung gem. § 91 VwGO in ein bereits anhängiges Verfahren gegen den ursprünglichen Verwaltungsakt einbezogen wird. Das gilt entgegen dem BVerwG auch bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung.

2. **Scheidler:** Bauplanungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Asylbewerberunterkunft (in: GewA 2015, 337)

Es ist Aufgabe des Staates, Asylbewerber menschenwürdig unterzubringen. Soweit er nicht selbst dafür Unterkünfte baut, mietet er hierfür Wohnungen von Privaten an oder vormals gewerblich genutzte Gebäude oder Räume, die sich zur Unterbringung von Menschen eignen. Wer – gleich ob privat oder gewerblich – dem Staat Unterbringungsmöglichkeiten zur Verfügung stellen will, sieht sich zunächst mit der Frage konfrontiert, ob bei Umnutzung bestehender Gebäude eine baurechtlich relevante Nutzungsänderung vorliegt. Ebenfalls von großer Bedeutung ist die Frage, innerhalb welchen Gebiets-typs der BauNVO Asylbewerberunterkünfte möglich sind, wobei der Beitrag hier besonders auf die Zulässigkeit solcher Unterkünfte in Gewerbegebieten eingeht. Dabei werden auch die am 26.11.2014 in Kraft getretenen Änderungen durch das „Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen“ berücksichtigt.

**3. Huber:** Das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung (in: NVwZ 2015, 1178)

Der Beitrag stellt die durch das am 01.08.2015 in Kraft getretene Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27.07.2014 (BGBl I 2014, 1386) resultierenden Änderungen des Aufenthaltsgesetzes dar, auf die sich die Praxis nun einzustellen hat. Eine kritische Würdigung bleibt einer späteren Erörterung vorbehalten.

**4. Becker:** Grundrechtliche Grenzen staatlicher Überwachung zur Gefahrenabwehr (in: NVwZ 2015, 1335)

Die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen des staatlichen Zugriffs auf individuelle, grundrechtlich verbürgte Freiheit zum Zwecke der Gewährleistung von Sicherheit gehört zu den ewigen Themen von Politik und Recht. Auch die diesjährige Staatsrechtslehrertagung widmet sich aus dem Blickwinkel der „Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen“ unter anderem den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlicher Überwachung zur Gefahrenabwehr. Unter dem Eindruck terroristischer Bedrohungen wurden im In- wie im Ausland die staatlichen Eingriffsbefugnisse zur Erlangung sicherheitsrelevanter Informationen erheblich ausgeweitet (Lepsius, Jura 2006, 929 [929] m.w.N.). Vor dem Hintergrund der Enthüllungen des ehemaligen National Security Agency-Mitarbeiters Snowden über das Ausspähen von Daten durch die amerikanischen Geheimdienste, die den Umfang vor allem ausländischer Überwachung in Deutschland verdeutlicht hatten, stellt sich mehr denn je die Frage, inwieweit der durch die Gefahrenabwehr motivierten staatlichen Überwachung des Einzelnen durch die Verfassung Grenzen gesetzt werden und inwieweit diese rechtlichen Grenzen auch angesichts der internationalen Dimension der Überwachung die Freiheitssphäre des Einzelnen auch tatsächlich zu schützen vermögen.

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

**1. Loll/Malzkorn:** Aktuelle finanzgerichtliche Rechtsprechung für Freiberufler-Personengesellschaften (in: BB 2015, 2204)

Der Aufsatz fasst die ertragsteuerlichen Entwicklungen und Tendenzen der aktuellen finanzgerichtlichen Rechtsprechung in Bezug auf Freiberufler-Personengesellschaften zusammen und zeigt mögliche steuerliche Auswirkungen der Urteile auf. Es versteht sich, dass in diesem Rahmen nicht alle entsprechenden finanzgerichtlichen Urteile besprochen werden können, sondern dass sich der Beitrag auf die bemerkenswertesten Entscheidungen der letzten Zeit beschränkt.

**2. Seagon:** Beschränkung des Verwalteramts auf natürliche Personen: Ungleichbehandlung aus gutem Grund! (in: NZI 2015, 825)

Die Beschränkung des Verwalteramts auf natürliche Personen in § 56 I 1 InsO beschäftigt aktuell das BVerfG. Während etwa Rechtsanwalts- oder Steuerberatungsgesellschaften selbst mandatiert werden können, verwehrt der Gesetzgeber Insolvenzverwaltergesellschaften die Möglichkeit. Hierin liegt jedoch kein rechtlicher Anachronismus, den es zu beseitigen gilt. Vielmehr gestattet allein die ausschließliche Bestellung natürlicher Personen eine persönliche Überprüfung von Eignung und Unabhängigkeit, welche den Besonderheiten des insolvenzgerichtlichen Bestellwesens und den Anforderungen der verwaltungsgerichtlichen Sanierungspraxis Rechnung trägt.

**3. Knops:** Die notariellen Prüfungs- und Belehrungspflichten bei der Finanzierungsabwicklung von Grundstücksübertragungen (in: NJW 2015, 3121)

Grundstücksübertragungen sind vor allem deshalb komplex, weil die zu veräußernden Grundstücke, die zugleich die wesentliche Kreditsicherheit darstellen, häufig mit Rechten zu Gunsten von Gläubigern des Verkäufers belastet sind, die durch den Käufer abgelöst werden sollen. In der Kautelarpraxis haben sich verschiedene Wege zur Abwicklung der Zahlungen etabliert; wenig beachtet wurden aber bislang die Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars bei Abwicklung der Finanzierungen auf Käufer- wie auch Verkäuferseite. Der Beitrag beleuchtet diese Pflichten; er hinterfragt wichtige Klauseln sowie die Rolle des Notars bei der Kreditsicherung kritisch.

## Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch

Ist der tatbestandsmäßige Erfolg nicht eingetreten und das Delikt damit nicht vollendet, so kommt ein strafbefreiender Rücktritt des Täters vom Versuch nach § 24 StGB in Betracht. Dabei sind die Regelungen des § 24 I und II StGB zu unterscheiden, wobei Abs. 2 eine Sonderregelung für mehrere Tatbeteiligte darstellt.

### I. Der Rücktritt des Einzeltäters, § 24 I 1 StGB

Der Rücktritt des Einzeltäters richtet sich nach § 24 I 1 StGB.

1. Voraussetzung hierfür ist jedoch zunächst, dass es sich nicht um einen fehlgeschlagenen Versuch handelt, da in diesem Fall ein strafbefreiender Rücktritt grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Der „**fehlgeschlagene Versuch**“ ist zwar nicht im Gesetzeswortlaut verankert, wird aber als in der Struktur des § 24 StGB immanent angelegt betrachtet. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt dabei vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung den Erfolgseintritt in unmittelbar räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht herbeiführen kann. Es ist also eine subjektive Betrachtungsweise ausschlaggebend.

2. Daran schließt sich die Prüfung an, ob ein **beendeter oder unbeendeter** Versuch vorliegt.

- a) Diese Unterscheidung ist für die erforderliche Rücktrittshandlung von Bedeutung:

- Beim unbeendeten Versuch genügt ein **bloßes „Nicht-weiter-Handeln“** des Täters.
- Beim beendeten Versuch dagegen muss
  - der Täter den **Erfolg verhindern** oder
  - wenn ein (unerkannt) **untauglicher Versuch** (bei dem die Tat ohnehin nicht vollendet werden kann) vorliegt oder die Tat ohne Zutun des Täters nicht vollendet wird (§ 24 I 2 StGB), sich zumindest ernsthaft um die Verhinderung bemühen.

- b) Ob der Versuch beendet ist oder nicht, richtet sich erneut nach der **Sicht des Täters**: Beendet ist ein Versuch, wenn der Täter davon ausgeht, alles für den Eintritt des Erfolges Erforderliche und Ausreichende getan zu haben; macht sich der Täter hingegen keine Gedanken darüber, ob er alles Erforderliche getan hat, soll nach BGH NJW 95, 974 stets ein beendeter Versuch gegeben sein.

Dabei stellt die h.M. nicht auf die Vorstellung des Täters zu Beginn seiner Ausführungshandlung ab (so die sog. Tatplantheorie), sondern zum Zeitpunkt seiner letzten Ausführungshandlung bzw. des Verhaltens, das als Rücktritt gerade zu prüfen ist (sog. Lehre vom Rücktrittshorizont).

3. Schließlich muss der strafbefreiende **Rücktritt freiwillig** erfolgt sein. Dabei kommt es weniger auf die konkreten Motive des Täters an, insbesondere müssen diese **nicht ethisch hochstehend** sein. Nach h.M. ist vielmehr zu prüfen, ob der Täter aus autonomen Motiven gehandelt hat, also noch selbst Herr seiner eigenen Entschlüsse war, oder ob ihn heteronome Motive zum Rücktritt bewegt haben. Darunter fallen solche Motive, die von seinem Willen unabhängig sind und die Sachlage so wesentlich zu seinen Ungunsten verändern, dass er die damit verbundenen Risiken vernünftigerweise nicht mehr in Kauf nehmen kann, z.B. die Gefahr, entdeckt zu werden.

### II. Der Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, § 24 II StGB

Sind an der Tat mehrere Personen beteiligt (z.B. als Anstifter, Mittäter oder Gehilfe), so richtet sich der Rücktritt nach § 24 II StGB. Dabei gelten im Verhältnis zu § 24 I StGB folgende Besonderheiten:

1. Der Rücktritt wirkt jeweils nur für den zurücktretenden Beteiligten selbst und ist somit grundsätzlich für jeden einzelnen Tatbeteiligten separat zu prüfen. Es kann allerdings auch als Rücktrittshandlung ausreichen, wenn sich ein Beteiligter mit der Rücktrittshandlung des anderen ersichtlich einverstanden zeigt.
2. Es findet keine Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch statt. Vielmehr ist allein maßgebend, dass der Beteiligte die Tat verhindert. Gelingt ihm dies trotz seiner Bemühungen nicht, so trägt auch er allein das Rücktrittsrisiko.

Allerdings genügen die ernsthaften Bemühungen des Beteiligten zur Verhinderung des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolges, wenn

- die Tat auch ohne sein Zutun nicht vollendet wird (§ 24 II 2 Alt. 1, insoweit ähnlich wie § 24 I 2 StGB) oder
- die Tat unabhängig von seinem Beitrag vollendet wird. Hier werden jedoch strenge Anforderungen gestellt, insbesondere darf der Tatbeitrag des Zurücktretenden nicht mehr weiterwirken (§ 24 II 2 Alt. 2 StGB).

3. Auch bei mehreren Beteiligten ist stets Freiwilligkeit des Rücktritts erforderlich und es darf kein fehlgeschlagener Versuch vorliegen (vgl. oben zu § 24 I StGB).

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

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

<b>Land:</b> <b>Berlin</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>Herr Dr. R.</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>01.10.2015</b>
-------------------------------	--	---

**Zur Person:**

Herr R. wirkte auf während der ganzen Prüfung sehr uninteressiert. Herr R. nickte sogar ein paar ein während der Prüfung. Er machte einen nicht gerade sympathischen Eindruck auf mich. Herr R. wollte nur Schlagwörter hören. Er stellt nicht gerade verständliche Fragen. Die Fragen zu den leichten Antworten wurden sehr kompliziert formuliert. Die Notengebung war aber am Ende doch wohlwollend und auch nicht überraschend. Manchmal beharrte er auf seinen Schlagwörtern, er wollte nur das eine Schlagwort hören und fragte dann auch intensiv nach, bis das Erwünschte von ihm kam.

**Zur Prüfung:**

Herr R. fing die Prüfung mit einem Fall aus dem Schuldrecht AT und Deliktsrecht an. Es handelte sich um jemanden (A), der bei IKEA ein Möbelstück gekauft hat und dieses geliefert bekommen wollte. IKEA beauftragte X mit der Lieferung. Der Angestellte Y von X beschädigte die Sprechanlage von A bei Lieferung. Herr R. fragte nach den Ansprüchen von A. Wie haben § 280 BGB i.V.m § 282 BGB geprüft. Wir sind auf Hauptleistungs- und Nebenleistungspflichten zu sprechen gekommen. Und vor allem war der § 278 BGB zu nennen, denn X war Erfüllungsgehilfe von IKEA. Danach haben wir den § 823 I BGB geprüft und diesen direkt abgelehnt, da IKEA nicht selber gehandelt hat. In diesem Zusammenhang war dann die nächste Anspruch Grundlage der § 831 BGB. Diesen haben wir Punkt für Punkt geprüft. Er fragte nach der Definition des Erfüllungsgehilfen und Verrichtungsgehilfen und anschließend wollte er die Unterschiede zwischen § 831 BGB und § 278 BGB hören.

Daraufhin behandelten wir noch zwei kleine Fälle.

Es handelte sich dabei um X, der ein Medikament benötigt und seinen Freund B beauftragt, dieses für ihn zu besorgen.

Wir prüften die Stellvertretung (§ 164 BGB) mit ihren ganzen Voraussetzungen.

In dem Fall hatte X sich versprochen, er wollte einem maximalen Preis von 10 EUR nennen, aber sprach 15 EUR aus. Wir haben die Anfechtung und vor allem den Erklärungsirrtum geprüft.

Schließlich wandelte Herr R. den Fall um. Diesmal hatte der Freund B des X keine Zeit, um ihm das notwendige Medikament zu besorgen, so dass dieser seinen kleinen minderjährigen Bruder F zur Apotheke schickte.

Wir kamen auf die Minderjährigkeit der F zu sprechen an, wobei diese für die wirksame Stellvertretung unerheblich ist, da die Rechtsfolgen der Stellvertretung den Geschäftsherrn betreffen. Es musste zudem § 165 BGB zur Sprache gebracht werden.

Aber auch die Untervollmacht musste genannt werden, denn X hat dem F keine Vollmacht nach § 167 BGB erteilt.

**AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG**  
**ASSESSORPRÜFUNG**  
**ÖFFENTLICHES RECHT**

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

<b>Land:</b> <b>Hamburg</b>	<b>Prüfer (mit Titel usw.)</b> <b>Ri FG J.</b>	<b>Tag d. mündl. Prüfung</b> <b>21.10.2015</b>
--------------------------------	---	---

**Zur Person:**

Mit Herrn J. habt ihr einen wirklich tollen Prüfer im Öffentlichen recht erwischt. Er war bei der ganzen Prüfung sehr aufmerksam, nickte uns immer zu und war sehr wohlwollend. Herr J. pflegt einen klaren Frage-Antwort-Stil und sagte auch zwischendurch, er würde niemanden reinreiten wollen, also "kein Stress". Er machte unseren Strafrechtsprüfer darauf aufmerksam, dass er eine Antwort von mir nicht gehört hatte, sodass ich diese wiederholen konnte. Durch die Ruhe, die von Herrn J. ausgeht, wird man selber auch etwas ruhiger.

**Zur Prüfung:**

Herr J. fragte uns, wer Frau Dr. Barbara Hendricks ist. Ich dachte, sie sei die Umweltministerin, er verriet uns dann, dass sie Bundesbauministerin ist. Er gab uns eine Pressemitteilung, in der sich ankündigte, das Bauplanungsrecht aufgrund der Flüchtlingskrise zu ändern. Dann fragte Herr J. nach dem Prüfprogramm des Bauplaungsrechts. Man beginnt mit der Prüfung des § 29 BauGB. Der Bau eines Flüchtlingsheimes hat bodenrechtliche Relevanz, ist also eine bauliche Anlage nach § 29 BauGB. Sodann ist zu fragen, ob ein beplanter oder unbeplanter Innenbereich vorliegt. Beplanter Innenbereich ist nach § 30 BauGB zu prüfen (Vorliegen eines einfachen oder qualifizierten Bebauungsplans) - Art, Maß der baulichen Nutzung, überbaubare Grundstücksflächen. Dies richtet sich nach BauNVO, wobei Art der baulichen Nutzung die einzelnen Gebietstypen beschreibt und Maß der baulichen Nutzung die Anzahl der Geschossflächen.

Nach § 34 BauGB wird der unbeplante Innenbereich geprüft. Entspricht der im Zusammenhang bebaute Ortsteil einem der Gebietstypen aus der Baunutzungsverordnung? Fügt sich das geplante Vorhaben in die vorhandene organische Siedlungsstruktur ein? Wie ist die tatsächliche Bebauung, wenn sie nicht einem der Gebietstypen in der BaunVO entspricht und fügt sich darin das Vorhaben ein?

§ 35 BauGB betrifft Vorhaben im Außenbereich. Nicht: "unbeplanter Außenbereich" sagen, da es nie einen Bebauungsplan im Außenbereich gibt. Im Außenbereich sind nur privilegierte Vorhaben im Sinne des § 35 BauGB zulässig.

Entspricht das Vorhaben nicht den Vorgaben des Bebauungsplanes, können noch Ausnahme und Befreiung erteilt werden (§ 31 BauGB).

Herr J. teilte uns den Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Bauplanungsrechts wegen der Flüchtlingskrise aus. Wir lasen einen der §§, indem sinngemäß stand, dass § 8 BauNVO mit der Maßgabe anzuwenden sind, dass in Gewerbegebieten auch Flüchtlingsunterkünfte zulässig sind. Er fragte uns, warum der Gesetzgeber das so geregelt hat, statt die entsprechenden Normen zu ändern. Wir wussten darauf keine Antwort. Man könnte, um den selben Effekt zu erreichen, folgende Normen ändern: §§ 8 III BauNVO, 31, 34, 35 BauGB.

Schließlich stellte Herr J. in Anknüpfung zu den vorherigen Fragerunden die Frage, ob es im Verwaltungsprozess ein VU gäbe. Nein, § 102 II VwGO. Im Gegensatz zum Zivilprozess gilt hier der Amtsermittlungsgrundsatz, § 86 VwGO. Die Regelungen der ZPO zum VU sind nach § 173 VwGO nicht anwendbar, da § 102 II VwGO das regelt.

# Protokolle für die mündliche Prüfung

## Warum Prüfungsprotokolle?

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

## Wie läuft das ab?

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

## Was könnt Ihr sonst noch tun?

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

### Prüfungsstoff im Mündlichen



