

RechtsprechungsÜbersicht

Deine Examensfälle von morgen

Zivilrecht

BGH	Erfüllung der Aufklärungspflichten durch Einstellen von Unterlagen in einen virtuellen Datenraum
BGH	Widerrufsrecht bei Vertragsannahme außerhalb von Geschäftsräumen nach Angebot am Vortag
OLG Celle	Keine rückwirkende Heilung des Schriftformmangels nach Kündigung des Mietvertrags
BGH	Untervermietung bei einer aus beruflichen Gründen genutzten Nebenwohnung
OLG Bremen	Kein Schmerzensgeld für schwere Verletzung eines blinden Mannes nach Sturz über quer abgestellte E-Scooter
OLG Frankfurt a.M.	Totalschaden wegen herabfallenden Astes – Bäume müssen regelmäßig kontrolliert werden!
BGH	Rückwärtsfahren in der Einbahnstraße ist generell verboten

Strafrecht

BVerfG	Rechtskräftig freigesprochene Mörder können wieder ruhig schlafen
BGH	Heimtückische Tötung eines Kleinkindes
BGH	Bei Erreichung eines außertatbestandlichen Ziels ist der Rücktritt nicht ausgeschlossen
BGH	Der Messereinsatz gegen einen flüchtenden Angreifer ist mangels Erforderlichkeit nicht gerechtfertigt
BGH	Garantenpflicht aus Ingerenz infolge Mitwirkung an einer rechtswidrigen Absprache
BGH	Ein Strafantrag kann ausnahmsweise auch ohne eigenhändige Unterschrift wirksam sein

Öffentliches Recht

OVG NRW, BVerwG	Sichere Übermittlung elektronischer Dokumente
BayVGH	Keine einstweilige Anordnung ohne vorherigen Antrag bei der Behörde
OVG NRW	Keine Wohnungsverweisung ohne Anhörung des Täters
OVG Saar	Zustandsverantwortlichkeit des Opfers einer Naturgefahr
OVG Saar, OVG NRW	Ermessensausübung bei Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis für die Außengastronomie

Liebe Leserinnen und Leser der RÜ,

beginnend mit der ersten Ausgabe des neuen Jahres gestalten wir das Erscheinungsbild der RÜ noch **lesefreundlicher**. Dazu erscheinen die Beiträge nunmehr in **zwei Farben**. Außerdem machen wir die **Originalitate** der Gerichte durch Einrückungen kenntlich und verzichten auf den weniger lesefreundlichen Kursivdruck.

Zudem werden wir künftig noch häufiger als bisher die jeweils passenden **Aufbau- und Prüfungsschemata** abdrucken, damit Sie die Kernaussagen des konkreten Falles mit dem abstrakten Examenswissen vernetzen können.

Diese Änderungen gehen zurück auf **Vorschläge**, die wir **aus Ihrem Kreis** erhalten haben. Teilen Sie uns gerne mit, wie Sie die Änderungen finden, und machen Sie gerne weitere Vorschläge. Wir freuen uns auf Ihre Nachricht an feedback@alpmann-schmidt.de.

Wir wünschen Ihnen ein erfolgreiches Jahr 2024 und möchten mit unserer RÜ dazu beitragen!

Ihre Herausgeber



Rechtsanwalt Dr. Tobias Langkamp



Rechtsanwalt Christian Sommer

PODCAST

DIE JURAFLÜSTERER

Der Jura-Podcast von Alpmann Schmidt



hier Reinhören



C1-Compaktkurs



Die Examensklausuren stehen kurz bevor?

Ihr wollt überprüfen, ob das im Rep erworbene Wissen „sitzt“?

Ihr wollt letzte Wissenslücken schließen?

Ihr sucht nach aktueller Rechtsprechung, die in Euren Examensklausuren auftauchen könnten?

Kurszeit:

19.04.2024

bis einschl.

11.05.2024

Alle Infos:

www.c1-compaktkurs.de



Dann ist unser C1-Compaktkurs genau das Richtige für Euch!

Examenswissen

topaktuell und *kompakt*

an vier aufeinanderfolgenden Wochenenden

Unterricht in Präsenz mit Livestream

Aufzeichnung drei Woche lang verfügbar oder jederzeit on demand buchbar

Terminlich abgestimmt auf die Examensklausuren, insbesondere auf die **Freischusstermine ab dem 21. Mai 2024**

auch Online
FACETIME | SKYPE | o.Ä.

Zwischenprüfung
1. Examen
2. Examen

Gerne an Ihrer Seite – vom 1. Semester bis zum 2. Examen!

- ▶ Wollen Sie sich gezielt auf die Klausuren in den ersten Semestern (Zwischenprüfung) vorbereiten?
- ▶ Streben Sie Sicherheit für Ihre Examina an, vielleicht ein Prädikatsexamen?
- ▶ Wollen Sie Ihre Note verbessern oder benötigen nach einem Misserfolg nun Sicherheit und Unterstützung zur Fehlervermeidung?
- ▶ Wir kombinieren unseren Erfahrungsschatz mit den Vorzügen eines ganz auf Ihre Bedürfnisse abgestimmten Unterrichts (einzeln oder in Kleinstgruppen).
- ▶ Lerntempo, Inhalte und Umfang richten wir nach Ihren persönlichen Fähigkeiten sowie Ihrem Wissensstand aus – zeitlich und inhaltlich flexibel.
- ▶ Wir unterstützen Sie z.B. durch: Analyse Ihrer bisherigen Klausuren, Klausurtraining mit Live-Korrektur, abstrakte Themenbesprechung oder Prüfungssimulationen.

UNSERE LANGJÄHRIGE ERFAHRUNG
– NUR FÜR SIE!

KOSTENLOSES ERSTGESPRÄCH

Vereinbaren Sie mit uns gerne einen Termin.

Zusammen schmieden wir dann einen maßgeschneiderten Plan für Ihren Erfolg.

Nähere Informationen und Kontakt:

as-individuell@alpmann-schmidt.de

Instagram

www.as-individuell.de



Zivilrecht

BGH, Urt. v. 15.09.2023 – V ZR 77/22, BeckRS 2023, 24630 §§ 241, 311 BGB	
Erfüllung der Aufklärungspflichten durch Einstellen von Unterlagen in einen virtuellen Datenraum	1
BGH, Urt. v. 06.07.2023 – VII ZR 151/22, BeckRS 2023, 21078 § 312 b BGB	
Widerrufsrecht bei Vertragsannahme außerhalb von Geschäftsräumen nach Angebot am Vortag	4
OLG Celle, Hinweisbeschl. v. 30.06.2023 – 2 U 27/23, BeckRS 2023, 16126 OLG Celle, Beschl. v. 20.09.2023 – 2 U 27/23 §§ 126, 141, 184, 542, 550 BGB	
Keine rückwirkende Heilung des Schriftformmangels nach Kündigung des Mietvertrags	6
BGH, Urt. v. 27.09.2023 – VIII ZR 88/22, BeckRS 2023, 32499 § 553 BGB	
Untervermietung bei einer aus beruflichen Gründen genutzten Nebenwohnung	12
OLG Bremen, Urt. v. 15.11.2023 – 1 U 15/23, BeckRS 2023, 31723 §§ 253, 823 BGB; §§ 7, 8 StVG	
Kein Schmerzensgeld für schwere Verletzung eines blinden Mannes nach Sturz über quer abgestellte E-Scooter	14
OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 11.05.2023 – 1 U 310/20, BeckRS 2023, 11360 § 823 BGB	
Totalschaden wegen herabfallenden Astes – Bäume müssen regelmäßig kontrolliert werden!	17
BGH, Urt. v. 10.10.2023 – VI ZR 287/22, BeckRS 2023, 32805 § 41 StVO	
Rückwärtsfahren in der Einbahnstraße ist generell verboten	20

Strafrecht

BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, BeckRS 2023, 29790 Art. 20 Abs. 3, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a, Art. 103 Abs. 2, 3 GG; §§ 13 Nr. 8 a, 32 BVerfGG; § 362 Nr. 5 StPO	
Rechtskräftig freigesprochene Mörder können wieder ruhig schlafen	23
BGH, Beschl. v. 12.07.2023 – 6 StR 231/23, BeckRS 2023, 18485 §§ 211, 212 StGB	
Heimtückische Tötung eines Kleinkindes	29
BGH, Beschl. v. 16.05.2023 – 3 StR 137/23, BeckRS 2023, 17376 §§ 22, 23, 24, 223, 224, 250, 252 StGB	
Bei Erreichung eines außertatbestandlichen Ziels ist der Rücktritt nicht ausgeschlossen	31
BGH, Beschl. v. 31.05.2023 – 3 StR 119/23, BeckRS 2023, 15389 §§ 32, 223, 224 StGB; § 859 BGB	
Der Messereinsatz gegen einen flüchtenden Angreifer ist mangels Erforderlichkeit nicht gerechtfertigt	34
BGH, Beschl. v. 12.09.2023 – 4 StR 123/23, BeckRS 2023, 27286 §§ 13, 25, 239 StGB	
Garantenpflicht aus Ingerenz infolge Mitwirkung an einer rechtswidrigen Absprache	36
BGH, Beschl. v. 23.08.2023 – 2 StR 176/23, BeckRS 2023, 23885 §§ 77, 77 b, 185, 194 StGB; § 158 StPO	
Ein Strafantrag kann ausnahmsweise auch ohne eigenhändige Unterschrift wirksam sein	38

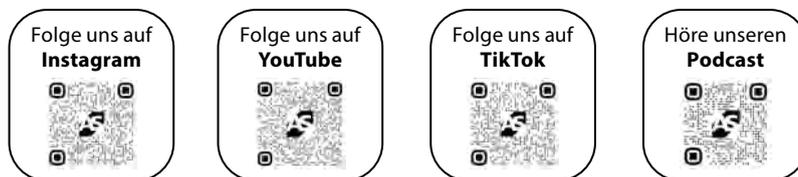
Öffentliches Recht

OVG NRW, Beschl. v. 28.08.2023 – 10 A 881/23, BeckRS 2023, 23298 BVerwG, Beschl. v. 15.03.2023 – BVerwG 1 B 60.22, BeckRS 2023, 9263 §§ 55 a, 55 d VwGO	
Sichere Übermittlung elektronischer Dokumente	39
BayVGH, Beschl. v. 16.05.2023 – 8 CS 22.2615, BeckRS 2023, 12089 § 123 VwGO	
Keine einstweilige Anordnung ohne vorherigen Antrag bei der Behörde	42

OVG NRW, Urt. v. 17.10.2023 – 5 A 3548/20, BeckRS 2023, 29516 LPoIG Keine Wohnungsverweisung ohne Anhörung des Täters	45
OVG Saar, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640 § 42 VwGO; § 43 VwVfG; LPoIG Zustandsverantwortlichkeit des Opfers einer Naturgefahr	49
OVG Saar, Beschl. v. 11.10.2023 – 1 B 60/23, BeckRS 2023, 27971 OVG NRW, Urt. v. 30.08.2023 – 11 A 3130/20, BeckRS 2023, 25194 §§ 7, 8 FStrG; §§ 42, 43 VwGO Ermessensausübung bei Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis für die Außengastronomie	53
Check	57

Folge uns auf unseren Social-Media-Kanälen!

Tips, Neuigkeiten und viele weitere Informationen rund um Ihre Prüfungs- und Examensvorbereitung erwarten Sie!



Impressum

RÜ-Rechtsprechungsübersicht

Herausgeber:

RA Dr. Tobias Langkamp, RA Christian Sommer

Verantwortliche Redakteure:

RA Dr. Tobias Langkamp (Zivilrecht), Prof. Dr. Patrick Rieck (Strafrecht), RA Christian Sommer (Öffentliches Recht)

Redaktion:

Alpmann und Schmidt, Juristische Lehrgänge,
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Alter Fischmarkt 8,
48143 Münster, Tel. (0251) 98109-0, Fax (0251) 98109-60

Autoren: **Zivilrecht:** RAin Claudia Haack, Dr. Matthias Hünert, RA Dr. Tobias Langkamp, RA Dr. Jan Stefan Lüdde, RiSG Lars Reuter, Ass. Jur. Jannina Schäffer; **Strafrecht:** Long Bui, RAin Dr. Justine Diebel, StA Dr. Sascha Holznagel, RA Dr. Rolf Krüger, NotAss Dr. Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh), StAin Dr. Christina Lang, Ri'in Julia Merkle, MR Dr. Matthias Modrey, VRLG Dirk Reitzig, Prof. Dr. Patrick Rieck, OStA Dr. Jost Schützeberg, RA Dr. Wilhelm Friedrich Schneider, StA Dr. Jan Steils; **Öffentliches Recht:** VRiVG Pierre Becker-Rosenfelder, Ri'in SG Birgit Reuter, RA Christian Sommer, VRiVG Dr. Martin Stuttmann, RA Horst Wüstenbecker

Verlag: Alpmann und Schmidt, Juristische Lehrgänge,
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Alter Fischmarkt 8, 48143 Münster,
Postfach 1169, 48001 Münster, Tel. (0251) 98109-0, Fax (0251) 98109-60

Internet: www.alpmann-schmidt.de

E-Mail: info@alpmann-schmidt.de

Anzeigen: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9,
80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München

Media-Beratung: Tel. (089) 38189-687, Fax (089) 38189-589

Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten:

Tel. (0 89) 38189-609, Fax (0 89) 38189-589, E-Mail anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil: Bertram Mehling

ISSN 0178-0689

Druck: Holzmann Druck GmbH & Co. KG, Gewerbestraße 2,
86825 Bad Wörishofen

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 eigenen Gebrauch 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 vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert bzw. erarbeitet sind.

Erscheinungsweise: monatlich zum Monatsbeginn.

Bezugspreis: vierteljährlich 22,50 € (3 Hefte – inkl. gesetzl. MwSt).
Versandkosten sind im Preis enthalten. Zahlungen sind vierteljährlich im Voraus fällig.

Einzelausgabe: 8,70 € (inkl. gesetzl. MwSt), Versandkosten zzgl.

Bestellungen: nehmen jede Buchhandlung und der Verlag entgegen.

Abbestellungen: müssen 6 Wochen zum Quartalsende vorliegen.



Kleingruppenkurs Münster



Neue Kurse ab 08.04.2024



Wir nehmen uns Zeit für Ihr Examen

- ⇒ 13 Std. 20 Min. mündlicher Kurs - aufgeteilt in 4 Rechtsgebiete an 3 Tagen pro Woche

Wie in einer Klasse, statt in der Masse

- ⇒ Lerngruppen mit maximal 25 Teilnehmern
- ⇒ Unterricht im Dialog, damit es bei Ihnen Klick macht

Wer versteht, besteht ... und zwar wirklich gut

- ⇒ umfangreiche Kursunterlagen mit digitalen Lernkarten
- ⇒ 20 S-Skripte
- ⇒ RÜ – monatlich erscheinende Ausbildungszeitschrift

Wer trainiert, ist vorbereitet ...

- ⇒ 6 Klausuren als monatliches Probeexamen
 - ⇒ im 1. Halbjahr wöchentlich eine kursbegleitende Klausur
 - ⇒ in den Sommerferien: themenbezogenes Probeexamen
- 6 Klausuren in 2 Wochen

Wir lassen Sie nicht allein ...

- ⇒ Wiederholungskurs (auch nach Ende des Jahreskurses)

Kursort: Breul 1, 48143 Münster

Kurspreis: 240,00 € pro Monat

Anmeldung: RAe Dr. Schneider, Raschat, Haack, Altevers

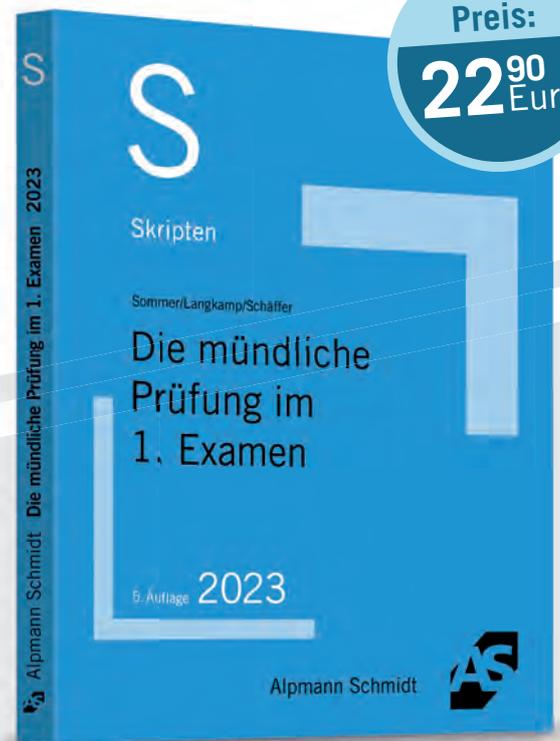
 0251- 51617 Mo. – Fr. 08.00 – 14.00 Uhr

 www.rep-jura.de oder www.alpmann-schmidt.de

@ info@rep-jura.de

Probefahren: Montag bis Freitag 08.00 bis 13.30 Uhr nach Anmeldung

S Skripten für das 1. Examen



Preis:

22⁹⁰
Euro

Die mündliche Prüfung im 1. Examen



*Leseprobe und Bestellung
bequem im Internet*

5. Auflage 2023
233 Seiten

Die mündliche Prüfung hat einen **erheblichen Einfluss auf die Gesamtnote** des ersten Staatsexamens und bietet häufig die Gelegenheit zu einer (deutlichen) Verbesserung. Gleichwohl kommt dieser Teil bei der Examensvorbereitung bei zu vielen Studierenden zu kurz. Hier setzt das Autorenteam an und gibt Ihnen zunächst wichtige Hilfestellungen bei der **inhaltlichen und mentalen Vorbereitung** der mündli-

chen Prüfung. Die Strukturierung dieser letzten Phase und die zum Einsatz kommenden **Hilfsmittel** werden genau beleuchtet.

Für die Bundesländer, in denen ein Vortrag Teil der mündlichen Prüfung ist, hat das Autorenteam außerdem **Mustervorträge** zusammengetragen, damit Sie auch diesen Prüfungsabschnitt gezielt einüben können.



Alpmann Schmidt

www.alpmann-schmidt.de



E2

2. Staatsexamen Westfalen

(Für alle Referendare mit Stammdienststelle im Bezirk des OLG Hamm)



Alpmann Schmidt



C.H. BECK

Zwei starke Partner für Ihr 2. Examen



Online Examenskurs per Livestream*

Aufzeichnung drei Wochen lang
verfügbar

*Interaktiver Unterricht im Livestream, Beteiligung per Chat, Mikro und Video möglich. Dozenten beziehen Sie aktiv in die Kurseinheiten ein!

Strafrecht

Staatsanwaltliche
Assessorklausur; Urteilklausur;
Revisionsklausur

ab 10. Januar 2024

Öffentliches Recht

Verwaltungsgerichtliche,
behördliche und anwaltliche
Assessorklausuren

ab 13. März 2024

Zivilrecht II

Vollstreckungsrecht und
einstweiliger Rechtsschutz in der
Assessorklausur; Anwalts- und
Kautelarklausuren

ab 29. Mai 2024

Materielles Recht in der Assessorklausur

Alle drei Rechtsgebiete,
spezifisch ausgerichtet auf die
Assessorklausur, kompakt und
topaktuell

ab August 2024

Zivilrecht I

Zivilgerichtliche Entscheidungen
in der Assessorklausur
(Erkenntnisverfahren)

ab Oktober 2024

*Einstieg zu jedem Modulbeginn
und Probehören jederzeit möglich!*

20% Ersparnis
gegenüber der Einzelbuchung

Komplettpreis
12 x 135 €

steuerlich absetzbar
und mtl. kündbar

AS-Schulungszentrum • Ludgeristr. 54 • 48143 Münster • Tel. 0251-527830
schulungszentrum@alpmann-schmidt.de • www.e2-westfalen.de



Unser
Rundum-sorglos-Paket,
alles inklusive:

52 Kurseinheiten
à 3 Zeitstunden



RÜ mit RÜ2
digitales Archiv
in unserer App
„Alpmann eBib“



Kursbegleitende
Klausuren



Alle sieben
Kommentare

Ihr Eigentum, keine
Miete!



Alle zehn
Assessorskripten
als print oder
in unserer App
„Alpmann eBib“



Topaktuelle
Hörerunterlagen
als print, Download
und in unserer App
„Alpmann eBib“

§§ 241, 311 BGB

Erfüllung der Aufklärungspflichten durch Einstellen von Unterlagen in einen virtuellen Datenraum

BGH, Urt. v. 15.09.2023 – V ZR 77/22, BeckRS 2023, 24630

Fall

Die B verkaufte der K mit notariellem Vertrag vom 25.03.2019 mehrere Gewerbeeinheiten in einem großen Gebäudekomplex zu einem Kaufpreis von 1.525.000 € unter Ausschluss der Sachmängelhaftung. In dem Kaufvertrag versicherte B, dass keine Beschlüsse gefasst seien, aus denen sich eine künftig fällige Sonderumlage ergebe, mit Ausnahme eines Beschlusses über die Dachsanierung mit wirtschaftlichen Auswirkungen von 5.600 € jährlich für den Käufer (§ 4 Nr. 2). Zudem versicherte B, dass nach ihrer Kenntnis außergewöhnliche, durch die Instandhaltungsrücklage nicht gedeckte Kosten im laufenden Wirtschaftsjahr nicht angefallen seien und ihr auch nicht bekannt sei, dass solche Kosten bevorstünden oder weitere Sonderumlagen beschlossen worden seien (§ 4 Nr. 7). Weiter heißt es in dem Kaufvertrag, der Verkäufer habe dem Käufer die Protokolle der Eigentümerversammlungen der letzten drei Jahre übergeben und der Käufer habe Kenntnis von dem Inhalt der Unterlagen (§ 4 Nr. 8). K wurde als Eigentümerin der Einheiten in das Grundbuch eingetragen.

Im Rahmen der Kaufvertragsverhandlungen hatte K Zugriff auf einen von B eingerichteten virtuellen Datenraum erhalten, der verschiedene Unterlagen zu dem Kaufobjekt enthielt. Am Freitag, dem 22.03.2019, stellte B die seit dem 01.07.2007 zu führende Beschlussammlung in den Datenraum ein; darin enthalten war das Protokoll der Eigentümerversammlung vom 01.11.2016. In dieser Versammlung hatten die Eigentümer beschlossen, die Mehrheitseigentümerin außergerichtlich und ggf. auch gerichtlich auf Zahlung von 50 Mio. € in Anspruch zu nehmen zur Umsetzung eines in der Eigentümerversammlung vom 17.05.2006 gefassten sog. „Umbau- und Revitalisierungs“-Beschlusses über umfangreiche bauliche Änderungen in dem Gebäudekomplex. Zugleich war abgelehnt worden, eine Sonderumlage in gleicher Höhe von den Eigentümern der Gewerbeeinheiten unter Freistellung der Wohnungseigentümer zu erheben. Um die Aufbringung der Sanierungskosten durch die Sonderumlage durchzusetzen, hatte eine andere Eigentümerin Klage erhoben. Das Verfahren endete im Januar 2020 mit einem Vergleich, demzufolge von den Eigentümern der Gewerbeeinheiten eine Sonderumlage von zunächst 750.000 € – bei Bedarf bis zu 50 Mio. € – für Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen am Gemeinschaftseigentum erhoben werden sollte. Auf dieser Grundlage wurde auch K in Anspruch genommen. Daraufhin rügt sie die Verletzung einer entsprechenden Aufklärungspflicht und verlangt Schadensersatz.

Hat K gegen B dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten?

Bearbeiterhinweis: Auf eine etwaige Verjährungseinrede ist nicht einzugehen.

Leitsatz

Der Verkäufer eines bebauten Grundstücks, der dem Käufer Zugriff auf einen Datenraum mit Unterlagen und Informationen zu der Immobilie gewährt, erfüllt hierdurch seine Aufklärungspflicht nur, wenn und soweit er aufgrund der Umstände die berechnete Erwartung haben kann, dass der Käufer durch Einsichtnahme in den Datenraum Kenntnis von dem offenbarungspflichtigen Umstand erlangen wird.

Prüfungsschema: c.i.c.

1. Anwendbarkeit
2. Schuldverhältnis (§ 311 Abs. 2 BGB)
3. Pflichtverletzung (§ 241 Abs. 2 BGB)
4. Schaden

Die **Beweislast** für das Vertretenmüssen läge hier aufgrund der Formulierung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB hingegen bei B.

Lösung

K könnte gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz aus **§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB** (c.i.c.) haben.

1. Einer **Anwendbarkeit** der c.i.c. könnte eine **vorrangige Anspruchsgrundlage aus dem Kaufgewährleistungsrecht** entgegenstehen, namentlich aus §§ 437 Nr. 3, 280 BGB.

Indessen leitet K Ansprüche **nicht aus dem Zustand des Gebäudes** ab, insbesondere nicht aus einer von ihr nicht erkannten Sanierungsbedürftigkeit, **sondern daraus, dass B sie ihrer Ansicht nach nicht hinreichend über eine konkret drohende Sonderumlage in Höhe von bis zu 50 Mio. € aufgeklärt hat**. Der Beschluss einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) über die Erhebung einer Sonderumlage ist **weder eine Eigenschaft des Gebäudes noch** – auch wenn er Zahlungspflichten des Teileigentümers gegenüber der GdWE begründet – ein **Recht Dritter** in Bezug auf den Kaufgegenstand i.S.v. § 435 S. 1 BGB. Das Teileigentum wird durch einen solchen Beschluss nicht belastet und der Teileigentümer in seiner Nutzungs- und Verfügungsbefugnis nicht beschränkt.

Damit kommen vorrangige Ansprüche aus Kaufgewährleistungsrecht nicht in Betracht, sodass einer Anwendbarkeit der c.i.c. insoweit nichts im Wege steht.

2. Ein pflichtenbegründendes **Schuldverhältnis** bestand hier bereits im Vorfeld des notariellen Vertragsschlusses vom 25.03.2019 durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen (**§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB**).

3. In diesem Rahmen könnte B eine Aufklärungspflicht (**§ 241 Abs. 2 BGB**) treffen. Eine (von K zu beweisende) Verletzung dieser Pflicht würde bestehen, wenn B die K **nicht hinreichend über eine konkret drohende Sonderumlage in Höhe von bis zu 50 Mio. € aufgeklärt hat**.

Zwar besteht bei Vertragsverhandlungen **keine allgemeine Rechtspflicht**, den anderen Teil über alle Einzelheiten und Umstände aufzuklären, die dessen Willensentscheidung beeinflussen könnten. Vielmehr ist **grundsätzlich jeder Verhandlungspartner für sein rechtsgeschäftliches Handeln selbst verantwortlich** und muss sich deshalb die für die eigene Willensentscheidung notwendigen Informationen auf eigene Kosten und eigenes Risiko selbst beschaffen. **Allerdings** besteht auch bei Vertragsverhandlungen, in denen die Parteien entgegengesetzte Interessen verfolgen, für jeden Vertragspartner die **Pflicht, den anderen Teil über Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck des anderen vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Vertragsanschauung redlicherweise erwarten darf**.

Nach diesem Maßstab hätte B die K **eigentlich – auch ungefragt – darüber aufklären müssen**, dass bauliche Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum im Kostenumfang von bis zu 50 Mio. € ausstanden.

Diese **Aufklärungspflicht könnte allerdings** dadurch **entfallen sein**, dass B das **Protokoll der Eigentümerversammlung vom 01.11. 2016 am 22.03. 2019 in den Datenraum eingestellt** hat und K damit die Möglichkeit hatte, sich die Information selbst zu verschaffen.

Grundsätzlich schließt jedoch die für den Käufer bestehende **Möglichkeit, sich die Kenntnis von dem offenbarungspflichtigen Umstand selbst zu verschaffen, die Pflicht** des Verkäufers zur Offenbarung **nicht** von vornherein aus.

Mit Blick auf übergebene Unterlagen kommt nach der bisherigen Rechtsprechung ein Ausschluss einer gesonderten Aufklärung nur dann in Betracht, wenn ein Verkäufer aufgrund der Umstände die **berechtigte Erwartung haben kann, dass der Käufer die Unterlagen nicht nur zum Zweck allgemeiner Information, sondern unter einem bestimmten Gesichtspunkt gezielt durchsehen wird**. Solche Umstände liegen etwa vor, wenn der Verkäufer dem Käufer im Zusammenhang mit möglichen Mängeln ein **Sachverständigengutachten** überreicht.

Ob der Verkäufer in der hier vorliegenden Fallkonstellation die berechtigte Erwartung haben kann, ...

„[34] ... dass der Käufer durch Einsichtnahme in den Datenraum Kenntnis von einem offenbarungspflichtigen Umstand erlangen wird, hängt ... von den **Umständen des Einzelfalls ab**, etwa davon, ob und in welchem Umfang der Käufer eine Due Diligence durchführt, wie der Datenraum und der Zugriff hierauf strukturiert und organisiert sind und welche Vereinbarungen hierzu getroffen wurden sowie welcher Art die Information ist, um deren Offenbarung es geht, und die Unterlage, in der sie enthalten ist.“

Hier ist bereits **unter zeitlichen Gesichtspunkten** festzustellen, dass K ...

„[41] ... **ohne gesonderten Hinweis auf das neu eingestellte Dokument keinen Anlass [hatte], in dem Zeitfenster zwischen dem Einstellen des Protokolls am Freitag, den 22.03.2019, und dem Notartermin am Montag, dem 25.03.2019, ... noch einmal Einsicht in den Datenraum zu nehmen**. Auch wenn keine Frist für das Einstellen von Dokumenten in den Datenraum vereinbart war, musste [K] am letzten Arbeitstag vor dem Notartermin nicht mehr mit neu eingestellten Dokumenten rechnen.“

Somit hat B ihre Aufklärungspflicht hinsichtlich des Kostenumfanges der anstehenden baulichen Maßnahmen nicht dadurch erfüllt, dass sie das Protokoll der Eigentümerversammlung vom 01.11.2016 am 22.03.2019 in den Datenraum eingestellt hat, ohne die K hierüber in Kenntnis zu setzen. B konnte **nicht die berechtigte Erwartung haben, dass K die in dem Protokoll enthaltenen Informationen noch vor Vertragsschluss zur Kenntnis nimmt**.

Infolgedessen liegt hier eine vorvertragliche Pflichtverletzung vor. Das Vertretenmüssen wird nach Maßgabe des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet.

K hat gegen B dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2.

Dr. Matthias Hünert

Vgl. zum Ganzen etwa BGH NJW 2012, 846 m.w.N.

§ 312 b BGB

Widerrufsrecht bei Vertragsannahme außerhalb von Geschäftsräumen nach Angebot am Vortag

BGH, Urt. v. 06.07.2023 – VII ZR 151/22, BeckRS 2023, 21078

Leitsatz

Ein Vertragsschluss bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien außerhalb von Geschäftsräumen i.S.d. § 312 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB liegt nicht vor, wenn der Verbraucher ein vom Unternehmer am Vortag unterbreitetes Angebot am Folgetag außerhalb von Geschäftsräumen lediglich annimmt.

Bearbeiterhinweis: Auf eine etwaige Verjährungseinrede ist nicht einzugehen.

Fall

K ist Eigentümerin eines Reihenhauses, B führt einen Dachdeckerbetrieb. Mit einem ersten Auftrag beauftragte K den B im Sommer 2018 mit der Erneuerung von Dachrinnen und mit Abdichtungsarbeiten im Eingangsbereich ihres Reihenhauses. Während der Ausführung der Arbeiten am 22. und 23.08.2018 bemerkte ein Mitarbeiter des B, dass der Wandanschluss des Daches defekt war, teilte dies K mit und fragte sie, ob diese Zusatzarbeiten miterledigt werden sollten. Nachdem K dies bejaht hatte, unterrichtete der Mitarbeiter B telefonisch über den defekten Wandanschluss und den Wunsch der K, dass diese Arbeiten durchgeführt werden sollten. B teilte K daraufhin von seinen Geschäftsräumen aus am 22.08. seine Bereitschaft zur Durchführung dieser Zusatzarbeiten, die dafür anfallende Vergütung sowie die voraussichtliche Dauer der Arbeiten mit. Am folgenden Tag, dem 23.08., suchte B die Baustelle persönlich auf. Dabei erklärte K ihm gegenüber die Annahme des Angebots vom Vortag.

Die Arbeiten wurden von B mangelfrei erbracht. Der für beide Aufträge von B in Rechnung gestellte Betrag, davon 1.164 € für den Zusatzauftrag „Wakaflex“, wurde von K vollständig bezahlt.

Mit Schreiben vom 05.09.2019, welches an diesem Tag in den Briefkasten des B eingelegt wurde, widerrief K den Zusatzauftrag.

K vertritt die Auffassung, ihr stehe hinsichtlich des Zusatzauftrags „Wakaflex“ ein Widerrufsrecht wegen eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrages zu.

Dementsprechend nimmt K den B auf Rückzahlung der für diesen Auftrag entrichteten Vergütung in Anspruch.

Zu Recht?

Lösung

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der für den Zusatzauftrag gezahlten Vergütung i.H.v. 1.164 € aus **§§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB** haben.

Dann müsste K diesbezüglich ein **Widerrufsrecht** zugestanden haben. Ein solches könnte sich hier aus **§§ 355 Abs. 1, 312 g Abs. 1 BGB** i.V.m. **§ 312 b Abs. 1 BGB** ergeben.

Wird einem Verbraucher z.B. nach § 312 g BGB ein Widerrufsrecht eingeräumt, so sind nach § 355 Abs. 1 BGB der Verbraucher und der Unternehmer an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen **nicht mehr gebunden**, wenn der Verbraucher seine **Willenserklärung fristgerecht widerrufen** hat.

1. Hierbei ist der **Anwendungsbereich** nach **§ 312 Abs. 1 BGB** eröffnet, wenn ein **Verbrauchervertrag** vorliegt, bei dem sich der Verbraucher zu der Zahlung eines Preises verpflichtet.

Verbraucherverträge sind nach Maßgabe des § 310 Abs. 3 BGB **Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher**.

K ist gemäß **§ 13 BGB** als **Verbraucher** anzusehen, weil sie als natürliche Person das Rechtsgeschäft nicht zu Zwecken abgeschlossen hat, die überwiegend ihrer gewerblichen oder ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Als Inhaber eines Dachdeckerbetriebs ist B ein **Unternehmer** i.S.d. **§ 14 BGB**.

K und B haben einen **Werkvertrag** gemäß § 631 BGB geschlossen.

Damit liegt ein **Verbrauchervertrag** i.S.d. § 312 Abs. 1 BGB vor, bei dem sich der Verbraucher (hier: K) zur Zahlung eines Preises verpflichtet hat. Der Anwendungsbereich der Vorschriften über das Widerrufsrecht ist eröffnet.

2. Nach § 312 g Abs. 1 BGB steht dem Verbraucher u.a. **bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen** ein **Widerrufsrecht** gemäß § 355 BGB zu.

Nach **§ 312 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB** sind außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge solche, die **bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers** an einem **Ort** geschlossen werden, der **kein Geschäftsraum des Unternehmers** ist. Nach **§ 312 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB** genügt es, wenn der Verbraucher unter den in Nr. 1 genannten Umständen ein Angebot für den Abschluss eines Vertrags abgegeben hat.

Im hier vorliegenden Fall, wurde jedoch **nur die Annahme des Verbrauchers außerhalb der Geschäftsräume** erklärt, wobei das Angebot einen Tag zuvor abgegeben wurde.

Zu erörtern ist, ob auch eine solche Konstellation von § 312 b BGB erfasst ist.

Für eine Konstellation nach dieser Vorschrift ...

„[22] ... ist erforderlich, dass **sowohl das Angebot als auch die Annahme bei gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragspartner erklärt werden**. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. [K] hat ... in dem Termin vor Ort in Anwesenheit des [B] lediglich dessen am Tag zuvor abgegebenes Angebot für die Reparatur des beschädigten Wandanschlusses angenommen.“

Für diese – schon nach dem Wortlaut naheliegende – Auslegung von § 312 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB spricht auch ...

„[24] ... der **mit der Verbraucherrechterichtlinie** [2011/83/EU] **verfolgte Zweck**. Aus dem Erwägungsgrund Nr. 21 der Richtlinie ergibt sich, dass von der Begriffsbestimmung für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge **Situationen nicht erfasst** werden sollen, in denen der Unternehmer zunächst in die Wohnung des Verbrauchers kommt, um ohne jede Verpflichtung des Verbrauchers lediglich Maße aufzunehmen oder eine Schätzung vorzunehmen, und der Vertrag danach erst zu einem späteren Zeitpunkt in den Geschäftsräumen des Unternehmers auf der Grundlage der Schätzung des Unternehmers abgeschlossen wird. Dies wird damit begründet, dass der Verbraucher in einem solchen Fall **Gelegenheit hatte, vor Vertragsschluss über die Schätzung des Unternehmers nachzudenken**.“

Ein Vertragsschluss bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien außerhalb von Geschäftsräumen liegt danach nicht vor, wenn der Verbraucher – wie hier – ein vom Unternehmer am Vortag unterbreitetes Angebot am Folgetag außerhalb von Geschäftsräumen lediglich annimmt.

Damit bestand hier kein Widerrufsrecht der K gemäß §§ 312 g Abs. 1, 312 b Abs. 1 BGB.

K hat gegen B keinen Anspruch auf Rückzahlung der für den Zusatzauftrag gezahlten Vergütung i.H.v. 1.164 € aus §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB.

Dr. Matthias Hünert

S. auch Grüneberg/Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 312 b Rn. 6; BeckOK/Hau/Poseck, BGB, Stand: 01.05.2023, § 312 b Rn. 17, m.w.N.

§§ 126, 141, 184, 542, 550 BGB

Keine rückwirkende Heilung des Schriftformmangels nach Kündigung des Mietvertrags

OLG Celle, Hinweisbeschl. v. 30.06.2023 – 2 U 27/23, BeckRS 2023, 16126

OLG Celle, Beschl. v. 20.09.2023 – 2 U 27/23

Leitsatz

Die nachträgliche Errichtung einer dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB genügenden Vereinbarung entfaltet nur Wirkung ex nunc. Dies folgt mit Rücksicht auf die Regelung in § 311 b BGB zur Heilung von formnichtigen Rechtsgeschäften bei Nichteinhaltung der notariellen Beurkundung aus einem argumentum a fortiori.

Fall

K ist Eigentümerin eines Grundstücks, das mit einem Krankenhaus bebaut ist. Am 16.12.2015 schlossen K und X einen schriftlichen Vertrag über die Überlassung von Räumlichkeiten zum Betrieb einer Arztpraxis innerhalb des Klinikums. Vertragsbeginn war der 01.12.2015; zu dem Termin wurden die Räume der X überlassen. Die vereinbarte monatliche Miete betrug 1.408 € zzgl. Betriebskosten. Die Parteien vereinbarten eine Festmietzeit bis 31.07.2021 und ein Recht auf Ausübung einer Verlängerungsoption zugunsten von X für weitere 5 Jahre, auszuüben spätestens 12 Monate vor Ablauf der Festmietzeit.

Am 20.03.2019 fand zwischen K und X ein Gespräch statt, in dem sich beide unter Bezug auf den ursprünglichen Mietvertrag auf eine Flächenerweiterung um 305,79 qm auf 515,98 qm, eine Mieterhöhung sowie auf eine neue Gesamtmiete in Höhe von 4.808 € zuzüglich Betriebskosten einigten. Die vereinbarten Änderungen sollten in einem schriftlichen Mietvertragsnachtrag festgehalten werden. Ab diesem Zeitpunkt nutzte X die vergrößerten Flächen zum Betrieb der Arztpraxis und zahlte die neue Gesamtmiete.

Am 27.05.2019 übersandte K der X zwei von ihr bereits unterschriebene Exemplare des Mietvertragsnachtrages mit der Aufforderung, eine Ausfertigung unterschrieben zurückzusenden. Mit Schreiben vom 06.05.2020, zugegangen am selben Tag, erklärte X unter Bezugnahme auf den Mietvertrag vom 16.12.2015 die Ausübung der Verlängerungsoption bis zum 31.07.2026.

Mit Schreiben vom 26.04.2021, X zugestellt am 03.05.2021, erklärte K die Kündigung des Mietverhältnisses zum 31.12.2021. Zur Begründung führte sie aus, dass der Mietvertragsnachtrag nicht unterzeichnet zurückgesandt wurde und das Mietverhältnis daher wegen des Schriftformverstößes auf unbestimmte Zeit laufe und ordentlich kündbar sei.

Am 01.05.2021 wurde B Gesamtrechtsnachfolgerin der X, was sie K am 05.05.2021 mitteilte. Am 30.05.2021 unterzeichnete B ein Exemplar des Mietvertragsnachtrages, übersendete dieses aber nicht an K. K forderte B zum 31.12.2021 zur Räumung auf. B ist der Auffassung, dass die Kündigung wegen des bis zum 31.07.2026 laufenden Mietverhältnisses ins Leere gehe, und möchte die überlassenen Räume bis dahin nutzen.

Hat K gegen B am 01.01.2022 einen Anspruch auf Räumung der Mietsache?

Bearbeiterhinweis: Ansprüche aus §§ 985, 812 BGB sind nicht zu prüfen.

Lösung

K könnte gegen B einen Anspruch aus **§ 546 Abs. 1 BGB** haben.

Danach ist der Mieter verpflichtet, dem Vermieter die Mietsache **nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben**.

I. K und X haben am 16.12.2015 einen Vertrag über die Überlassung der Räumlichkeiten zum Betrieb einer Arztpraxis gegen eine monatliche Miete von 1.408 €

Die Zitate stammen, soweit nicht anders angegeben, aus OLG Celle, Hinweisbeschl. v. 30.06.2023 – 2 U 27/23, BeckRS 2023, 16126.

zzgl. Betriebskosten geschlossen. Hierbei handelt es sich um einen **Mietvertrag** nach **§ 535 Abs. 1, Abs. 2 BGB**. K ist **Vermieter**, B ist heute als Gesamtrechtsnachfolgerin der X **Mieterin**.

Am 20.03.2019 haben sich K und X auf eine Flächenerweiterung auf 515,98 qm und eine neue Gesamtmiete in Höhe von 4.808 € zuzüglich Betriebskosten geeinigt, und damit einen **Änderungsvertrag zum Mietvertrag** (§ 311 Abs. 1 BGB) geschlossen.

II. Das Mietverhältnis müsste beendet sein.

Ein Mietverhältnis, das auf **bestimmte Zeit** eingegangen ist, **endet mit dem Ablauf dieser Zeit**, 542 Abs. 2 BGB, sofern es nicht in den gesetzlich zugelassenen Fällen außerordentlich gekündigt oder **verlängert** wird.

1. K und X haben am 16.12.2015 ein Ende des Mietvertrags zum 31.07.2021 vereinbart. Ursprünglich war das Mietverhältnis damit **auf bestimmte Zeit** eingegangen und endete zu diesem Zeitpunkt. Allerdings ist X vertraglich eine **Option auf Verlängerung des Mietvertrags** bis zum 31.07.2026 durch Abgabe einer auf die Ausübung des Optionsrecht gerichteten Willenserklärung gegenüber K bis zum 31.07.2021 eingeräumt worden. Eine Option, die einer Partei das Recht einräumt, das bestehende Mietverhältnis durch einseitige Erklärung um eine bestimmte Zeit zu verlängern, ist ein Gestaltungsrecht. Durch ihre Ausübung kommt kein neuer Vertrag zu Stande, vielmehr wirkt sie unmittelbar auf das bestehende Mietverhältnis ein, indem sie mit ihrer Gestaltungswirkung die ursprünglich vereinbarte Vertragslaufzeit ändert. Die auf **Ausübung der Option gerichtete Willenserklärung** hat X mit Schreiben vom 06.05.2020 abgegeben. Sie ist durch Zugang bei K am selben Tag **wirksam** geworden, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit hätte sich das Mietverhältnis bis zum 31.07.2026 verlängert und wäre **am 01.01.2022 nicht** bereits aufgrund von Zeitablauf **beendet**.

2. Allerdings hat der Mietvertrag vom 16.12.2015 eine Vertragslaufzeit von 5 Jahren und 8 Monaten. Wird ein Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr **nicht in schriftlicher Form** geschlossen, so gilt er nach **§ 550 S. 1 BGB**, der nach § 578 Abs. 2 S. 1 BGB auch für Mietverhältnisse über Räume, die keine Wohnräume sind, Anwendung findet, **für unbestimmte Zeit**.

a) „[41] Das Wesentliche der Schriftform ist die **Errichtung einer Urkunde**. Es spielt ... keine Rolle, in wessen Besitz die Urkunde anschließend verbleibt. Wenn eine den Erfordernissen des § 550 i.V.m. § 126 Abs. 2 BGB genügende Urkunde errichtet worden ist, schadet es nicht, wenn die Urkunde später verloren gegangen oder vernichtet worden ist. Für die Einhaltung des § 550 BGB i.V.m. § 126 Abs. 2 S. 1 BGB reicht es ... dabei aus, dass die Vertragsbestimmungen in einem **unterzeichneten Schreiben der einen Partei niedergelegt** sind, welches **die andere ihrerseits unterzeichnet** hat; der nochmaligen Unterzeichnung durch die andere Partei unterhalb der Gegenzeichnung bedarf es nicht.“

Den Vertrag vom 16.12.2015 haben K und X durch Errichtung einer von K und X unterzeichneten Urkunde und damit **schriftlich** geschlossen.

b) Das Schriftformerfordernis des § 550 i.V.m. § 126 Abs. 2 BGB erfasst auch **alle nachfolgenden Vereinbarungen zum Mietvertrag**, jedenfalls dann, wenn die Änderungen **die Miethöhe oder das Mietobjekt betreffen** und für **mindestens ein Jahr Vertragslaufzeit** erfolgen. Der Änderungsvertrag vom 20.03.2019 betraf sowohl die Miethöhe als auch das Mietobjekt und betraf noch eine Vertragslaufzeit bis zum 31.07.2021 und damit von mehr als einem Jahr. Er wurde zwischen K und X am 20.03.2019 zunächst nur **mündlich** geschlossen.

Worauf die **Gesamtrechtsnachfolge** beruht, soll hier – wie auch in der dem Fall zugrundeliegenden Originalentscheidung – offenbleiben. Weder die Ausgangsentscheidung des LG Hannover, Urt. v. 10.02.2023 – 5 O 193/21, BeckRS 2023, 16127, noch die hier zugrunde gelegten Beschlüsse des OLG Celle treffen hierzu Feststellungen. Es liegt nahe, dass der Gesamtrechtsfolge Vorschriften des UmwG zugrunde liegen, denn X war in der Originalentscheidung eine GbR und B eine GmbH.

Vgl. dazu BGH NJW 2015, 402

Vgl. BGH NJW 2004, 2962

Vgl. BGH NJW 2016, 311; Palandt/Weidenkaff, BGB, 82. Aufl. 2023, § 550 Rn. 16; BeckOK MietR/Leo, 34. Ed. 01.08.2023, BGB § 550 Rn. 26 399

B als Gesamtrechtsnachfolgerin der X **unterzeichnete** ein Exemplar des von K bereits unterschriebenen Mietvertragsnachtrages am **30.05.2021**. Aber ...

Vgl. zu diesem Grundsatz AS-Skript BGB AT 2 (2023), Rn. 178

„[42] ... § 126 Abs. 2 BGB fordert die Einhaltung der **Schriftform bei Vertragsschluss**. Für einen wirksamen Vertragsschluss ist [im Grundsatz] erforderlich, dass **die empfangsbedürftige Willenserklärung der anderen Partei auch zugeht**. Infolgedessen wäre bei uneingeschränkter Anwendung von § 126 Abs. 2 BGB die Schriftform des § 550 BGB nicht gewahrt, wenn die von beiden Vertragsparteien unterschriebene Vertragsurkunde **der jeweils anderen Vertragspartei nicht zugegangen ist**.“

K ist die von K und B unterzeichnete Vertragsurkunde **nicht zugegangen**.

Vgl. Landwehr, in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl. 2019, Kapitel II, Rn. 2502

„[43] ... [Der] **Mangel der Schriftform** [kann zwar] gemäß § 550 BGB durch eine spätere **formgerechte (Nachtrags-)Vereinbarung geheilt werden** ... So hat der BGH entschieden, dass durch einen der gesetzlichen Form genügenden Nachtrag sogar ein insgesamt formwirksamer Mietvertrag entstehen kann, wenn der Ursprungsvertrag formunwirksam gewesen ist. ... [Es ist] für die Einhaltung der Schriftform nicht erforderlich ... , dass schon die erste Vertragsurkunde selbst alle Schriftformvoraussetzungen [erfüllt]. Es [genügt] vielmehr, wenn diese Voraussetzungen durch eine **nachfolgende Änderungsvereinbarung gemeinsam mit der** in Bezug genommenen **ersten Vertragsurkunde erfüllt** werden.“

Vgl. BGH RÜ 2021, 147

Darüber hinaus gilt ...

Vgl. BGH RÜ 2018, 420; AS-Skript BGB AT 2 (2023), Rn. 179

„[42] § 126 Abs. 2 BGB ... im Anwendungsbereich von § 550 BGB ... mit einer **bedeutsamen Einschränkung** ... Der BGH legt ... § 550 BGB im Wege einer teleologischen Reduktion dahingehend aus, dass zur Wahrung der Schriftform **die bloße Einhaltung der äußeren Form** ausreicht. Es reicht also aus, wenn eine **von beiden Parteien unterzeichnete Vertragsurkunde existiert**, die den Inhalt des Mietvertrages vollständig und richtig wiedergibt. Dass der Mietvertrag vor ... Errichtung der Urkunde (durch z.B. konkludentes Handeln) wirksam zustande gekommen ist, schadet nicht. Zur Begründung verweist der BGH auf die ratio legis des § 550 BGB, wonach diese Norm **in erster Linie dem Informationsbedürfnis des Erwerbers** dient.“

Vgl. BGH RÜ 2018, 420

Eines **Zugangs** dieser Urkunden beim jeweiligen Vertragspartner **bedarf es hingegen nicht**. B als Gesamtrechtsnachfolgerin der X hat ein von K bereits unterzeichnetes Exemplar des Mietvertragsnachtrages am 30.05.2021 unterschrieben. Damit **existierte** zu diesem Zeitpunkt eine von beiden Parteien **unterzeichnete Vertragsurkunde**, womit die Schriftform zu diesem Zeitpunkt gewahrt war.

Jedenfalls zu diesem Zeitpunkt war das Mietverhältnis nach § 542 Abs. 2 BGB auf bestimmte Zeit bis zum 31.07.2026 eingegangen und dieser Zeitpunkt noch nicht abgelaufen. Damit wäre das Mietverhältnis **am 31.12.2021 nicht beendet** gewesen und K hätte am 01.01.2022 **keinen Anspruch auf Räumung**.

c) Etwas anderes ergäbe sich aber, wenn K den Mietvertrag bereits am 03.05.2021 und damit **vor Heilung des Formmangels wirksam** gemäß § 542 Abs. 1 BGB **gekündigt** hat.

aa) K hat die **Kündigung des Mietvertrags** zum 31.12.2021 **erklärt**.

bb) Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die gegenüber dem anderen Vertragsteil, hier der Mieterin, zu erklären ist, und **mit ihrem Zugang wirksam wird, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB**.

Vgl. Grüneberg/Weidenkaff § 542 Rn. 12

(1) Die Kündigung ist X am 03.05.2021 zugegangen. Zu diesem Zeitpunkt war X aber aufgrund der zum 01.05.2021 bei B angefallenen Gesamtrechtsnachfolge **nicht mehr Mieterin** der Mietsache.

(2) B könnte die gegenüber X erklärte Kündigung aber nach **§§ 407 Abs. 1, 412 BGB** gegen sich gelten lassen müssen.

(a) Die Kündigung eines Mietvertrags ist ein **Rechtsgeschäft** i.S. v. § 407 Abs. 1 BGB.

(b) Nach § 412 BGB wird die nach § 407 Abs. 1 BGB notwendige Abtretung der Forderung durch einen **gesetzlichen Forderungsübergang** ersetzt. Die §§ 398 ff. BGB sind auf die Übertragung einer einzelnen Forderung zugeschnitten, weshalb eine Gesamtrechtsfolge **kein Fall des gesetzlichen Forderungsübergangs** ist. Aber ...

„[36] ... [auch] wenn § 412 BGB dem Wortlaut nach nicht [die] Fälle einer Gesamtrechtsnachfolge erfasst, schließt dies ... nicht aus, dass **in jedem Einzelfall** zu prüfen ist, ob eine konkrete Bestimmung der §§ 398 ff. BGB **nach ihrem Sinn und Zweck entsprechend anwendbar** ist.“

Eine entsprechende Anwendung der §§ 407 Abs. 1, 412 BGB setzt eine **vergleichbare Sach- und Interessenlage** voraus.

„[37] ... Im Anwendungsbereich von § 566 BGB ist in Bezug auf rechtsgeschäftliche Handlungen des Mieters, wie zum Beispiel eine Kündigung, **anerkannt, dass § 407 [Abs. 1, § 412] BGB entsprechend anwendbar [sind]**. So hat der BGH ... klargestellt, dass § 412 BGB auch für die Kündigungserklärung gilt und **lediglich eine unmittelbare Anwendung der §§ 412, 407 Abs. 1 BGB im Anwendungsbereich von § 566 BGB mangels einer Rechtsnachfolge** ausscheidet. Der BGH hat dabei hervorgehoben, dass sich die Situation, in der sich der Mieter befindet, wenn er in Unkenntnis des Übergangs das Mietverhältnis gegenüber dem ursprünglichen Vermieter kündigt, sich **nicht wesentlich von derjenigen eines Schuldners unterscheidet, dem der Forderungsübergang unbekannt geblieben** ist. Habe dieser gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger eine Rechtshandlung in Unkenntnis des Übergangs vorgenommen, müsste sie der neue Gläubiger gegen sich wirken lassen. Das gelte auch für die gegenüber dem ursprünglichen Vermieter erklärte Kündigung, die dem neuen gegenüber wirksam sei. Insoweit bestehe eine **planwidrige Regelungslücke, welche durch die entsprechende Anwendung der §§ 412, 407 Abs. 1 BGB** zu schließen sei. Habe der Mieter nicht von dem Eigentumsübergang gewusst, müsse seine Kündigung als wirksam angesehen werden. Der neue Eigentümer könne sich nicht darauf berufen, ihm gegenüber sei keine Kündigung erklärt worden.“

[38] Für den vorliegenden Fall ... [ist die] **Sach- und Interessenlage ... in jeder Hinsicht vergleichbar.**“

Daher ist ...

„[37] ... eine ... **analoge Anwendung von § 407 Abs. 1[, § 412 BGB]** geboten.“

(c) K **kannte die Gesamtrechtsnachfolge** zum entscheidenden Zeitpunkt seiner Handlung, dem Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung, **nicht**.

(d) Als **Rechtsfolge** muss B die Kündigung **gegen sich gelten lassen**.

cc) Das Mietverhältnis muss **kündbar** gewesen sein. Dass setzt nach § 542 Abs. 1 BGB voraus, dass die Mietzeit zu dem Zeitpunkt, in dem die Kündigung wirksam wird, **nicht kalendermäßig bestimmt** ist. Entscheidend ist daher, ob

Zu § 407 BGB AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2023), Rn. 594 ff.

Vgl. BGH NJW 2012, 1881

Vgl. Grüneberg/Grüneberg § 412 Rn. 1

Vgl. Erman/Martens, BGB, 17. Aufl. 2023, § 412 Rn. 4

die Rechtsfolgen der Erfüllung der Schriftform im Hinblick auf § 550 S. 1 BGB **erst ab dem Zeitpunkt der Erfüllung eintreten** („ex-nunc-Wirkung“) und das Mietverhältnis davor für unbestimmte Zeit galt, oder ob sie **auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückwirken** („ex-tunc-Wirkung“).

(1) Nach einer Auffassung kann ...

„[44] ... bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die zweite Urkunde errichtet wird, eine ordentliche Kündigung wegen Nichteinhaltung der Schriftform ausgesprochen werden ... Erst ab dem Moment, in dem eine dem **Schriftformerfordernis des § 550 BGB genügende Vertragsurkunde existiert**, die den Inhalt des Mietvertrages vollständig und richtig wiedergibt, ist eine **ordentliche Kündigung ausgeschlossen**. Denn die Errichtung der Urkunde entfaltet nur Wirkung ex nunc und nicht ex-tunc-Wirkung.“

(2) Nach der Gegenauffassung **entfallen** die nachteiligen Wirkungen des Formmangels **bei Erfüllung der Formvorschriften rückwirkend** mit Wirkung ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Änderungsvertrags, also ab dem 20.03.2019. Dann wäre die Mietzeit zum Zeitpunkt der Kündigung kalendermäßig bestimmt gewesen, mit der Folge, dass das Mietverhältnis **nicht mehr kündbar** gewesen wäre.

(3) Zur **Beantwortung der Streitfrage** ist der **Wortlaut** des § 550 S. 1 BGB unergiebig.

(a) Die letztgenannte Ansicht, die eine „ex-tunc-Wirkung“ annimmt, begreift hierin eine **planwidrige Regelungslücke**, die durch eine **analoge Anwendung** von **§ 141 Abs. 2 BGB** geschlossen werden könnte. Wird danach ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt, so sind diese im Zweifel verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre. Allerdings bewirkt die Bestätigung **keine gestaltende Rückwirkung** auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern ...

Beschl. v. 20.09.2023: „[86] ... § 141 Abs. 2 BGB [begründet] nur eine Vermutung der **schuldrechtlichen Rückwirkung ... , die widerlegt werden kann**. In diesem Zusammenhang kommt aber gerade der gesetzlichen Regelung in § 550 S. 2 BGB maßgebliche Bedeutung zu. Zwar kann eine Partei bei Nichteinhaltung der Form Erfüllung des Vertrages verlangen, solange die andere Partei nicht den Vertrag unter Berufung auf § 550 S. 2 BGB wirksam gekündigt hat und der Mietvertrag sodann beendet worden ist. Ein Anspruch auf Nachholung der Form besteht aber grundsätzlich nicht, weil ansonsten die vom Gesetz **ausdrücklich für den Regelfall vorgesehene Kündbarkeit des Vertrages** andernfalls keinen Sinn machen würde.“

Darüber hinaus findet die Vermutung des § 141 Abs. 2 BGB auf **einseitige Rechtsgeschäfte** wie eine Kündigung **weder unmittelbare, noch analoge Anwendung**. Dies alles spricht gegen eine analoge Anwendung von § 141 Abs. 2 BGB.

Auch eine **analoge Anwendung von § 184 Abs. 1 BGB** kommt in Betracht. Danach wirkt die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. **Einschränkungen der Rückwirkung** können sich dabei aus dem jeweiligen Gesetzeszweck ergeben.

Beschl. v. 20.09.2023: „[87] Da das Gesetz eine **jederzeitige Kündbarkeit** gewährt, solange nicht das Formerfordernis gewahrt ist, folgt daraus, dass ein Vertrag bis zum Zeitpunkt der Nachholung der Schriftform gekündigt werden kann und **diese Kündigung gerade nicht ihre Wirkungen** einbüßt. Eine umfassende Rückwirkung würde insoweit **dem Gesetz**

So wohl auch BGH NJW 2004, 2962: „Wenn das Schriftstück der vorgeschriebenen Form entsprach, hat es nämlich einen durch mündliche Nachtragsvereinbarung zwischenzeitlich entstandenen Mangel der Form rechtzeitig vor Ausspruch der Kündigung geheilt.“

Vgl. BGH NJW-RR 2021, 266; Schmidt-Futterer/Lammel, BGB, 15. Aufl. 2022, § 550 Rn. 30; ders. jurisPR-MietR 16/2023 Anm. 4; Staudinger/Emmerich, BGB (2021), § 550 Rn. 25; BeckOGK/Harke, BGB, 01.10.2023, § 550 Rn. 20.1; BeckOK BGB/Herrmann, 67. Ed. 01.08.2023, § 550 Rn. 20

So Schmidt-Futterer/Lammel § 550 Rn. 30; LG Hannover, Urt. v. 10.02.2023 – 5 O 193/21, BeckRS 2023, 16127

Vgl. Grüneberg/Ellenberger § 142 Rn. 8

Vgl. BeckOGK/Beurskens, BGB, 01.11.2023, § 141 Rn. 36

Vgl. Grüneberg/Ellenberger § 184 Rn. 2

zweck widersprechen. Genau dieser Gesichtspunkt ... ist es auch, der im Anwendungsbereich von § 184 BGB in bestimmten Fällen dazu führt, dass eine Rückwirkung („ex tunc“) verneint wird. So wird die Verjährung im Falle der Genehmigung nicht rückwirkend, sondern „ex nunc“ in Gang gesetzt. Gleiches gilt für den Schuldnerverzug. Auch die Genehmigung der vom Nichtberechtigten erhobenen Klage wirkt ... lediglich ex nunc. Für den vorliegenden Fall **kann ... nichts Anderes gelten.**“

Vgl. zu den Fallgruppen Grüneberg/El-
lenberger § 184 Rn. 2

Damit **scheidet** eine analoge Anwendung von § 184 Abs. 1 BGB aus.

(b) Für die „ex-nunc-Wirkung“ der Erfüllung des Formgebots des § 550 S. 1 BGB im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer bereits ausgesprochenen Kündigung spricht dagegen ...

„[45] ... ein **argumentum a fortiori** mit Rücksicht auf die Regelungen zur Heilung von formnichtigen Rechtsgeschäften bei Nichteinhaltung der notariellen Beurkundung. Denn gemäß **§ 311 b Abs. 1 S. 2 BGB** ‚wird‘ ein ohne Beachtung der Form geschlossener Vertrag **seinem ganzen Inhalte nach gültig**, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Wenn bei Formverstößen, die sogar die Wirksamkeit des Vertrages im Ganzen berühren, eine Heilung ex nunc eintritt, kann für die Nichteinhaltung der Schriftform, die **nur eine Teilnichtigkeit zur Folge hat, nichts anderes** gelten.“

Daher sprechen die **teleologische Auslegung** im Hinblick auf den Gesetzeszweck des § 550 S. 1 BGB sowie die **systematische Auslegung** mittels des argumentum a fortiori aus § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB gegen eine planwidrige Regelungslücke und damit gegen eine analoge Anwendung der §§ 141 Abs. 2, 184 Abs. 1 BGB. Beide Auslegungsmethoden sprechen zudem **für die „ex-nunc-Wirkung“ der Erfüllung des Formgebots des § 550 S. 1 BGB** im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer bereits ausgesprochenen Kündigung. Zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung am 03.05.2021 war der Mietvertrag daher nach § 550 S. 1 BGB **auf unbestimmte Zeit** geschlossen und damit kündbar.

dd) Nach § 580 a BGB Abs. 2 BGB war die Kündigung der Geschäftsräume spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahres zum **Ablauf des nächsten Kalendervierteljahrs** zulässig, nach § 550 S. 2 BGB frühestens zum Ablauf eines Jahres nach Überlassung der Mietsache.

K hat am 03.05.2021 zum 31.12.2021 gekündigt. Die Mietsache war X am 01.12.2015 überlassen worden. Das Mietverhältnis war damit am **31.12.2021 beendet**.

K hat daher am 01.01.2022 einen Räumungsanspruch gegen B aus § 546 BGB.

Lars Reuter, RiSG

§ 553 BGB

Untervermietung bei einer aus beruflichen Gründen genutzten Nebenwohnung

BGH, Urt. v. 27.09.2023 – VIII ZR 88/22, BeckRS 2023, 32499

Leitsätze

1. Als berechtigtes Interesse i.S.d. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB ist jedes Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht anzusehen, das mit der geltenden Rechts- und Sozialordnung in Einklang steht (im Anschluss an BGH NJW 2006, 1200, NJW 2014, 2717 u. NJW 2018, 2397).

2. Bei einer beruflich genutzten Nebenwohnung kommt es in dem Zusammenhang nicht darauf an, ob der Mieter auf die fortdauernde Nutzung der Wohnung aus beruflichen Gründen oder auf die Erzielung von Einnahmen aus der Untervermietung zwingend angewiesen ist.

Bearbeiterhinweise: Für die Falllösung ist davon auszugehen, dass K einen Teil der Wohnung aus beruflichen Gründen fortdauernd tatsächlich nutzt.

Der Mieter ist gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 BGB ohne die **Erlaubnis des Vermieters** nicht berechtigt, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen, insbesondere sie weiter zu vermieten. Die Vorschrift verdeutlicht den Charakter der Miete als persönliches, von gegenseitigem Vertrauen getragenes Rechtsverhältnis, sodass sich der Vermieter nicht gegen seinen Willen einen anderen Mieter aufdrängen lassen muss.

Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 82. Aufl. 2023, § 553 Rn. 4; vgl. ferner hierzu AS-Skript Schuldrecht BT 2 (2023), Rn. 116

Fall

Der K ist aufgrund eines 2014 abgeschlossenen Mietvertrags Mieter einer etwa 72 m² großen Dreizimmerwohnung der B. Nachdem K zunächst allein in die Wohnung eingezogen war, bewohnte er die Wohnung später zusammen mit seiner Ehefrau und einem gemeinsamen Kind. Nach der Geburt eines weiteren Kindes zog die Familie des K in eine von diesem gemietete Doppelhaushälfte mit Garten, welche von der Mietwohnung rund 17 km entfernt liegt.

K beabsichtigte gleichwohl, die gemietete Wohnung aus beruflichen Gründen weiterhin zu nutzen. Er sei Geschäftsführer einer zehn Gehminuten von der Mietwohnung entfernt ortsansässigen Speditionsfirma, welche auf die Bereiche Lateinamerika und Mittlerer Osten spezialisiert sei. Aufgrund der Zeitverschiebung von bis zu zehn Stunden beginne sein Arbeitstag häufig früh und ende nach längeren Pausen am Nachmittag erst nachts gegen 2 Uhr. Er nutze die Mietwohnung unterhalb der Arbeitswoche zum Ausruhen und übernachtete dort zwei bis drei Mal wöchentlich, um sich die Fahrtzeit zwischen der Doppelhaushälfte und seiner Arbeitsstätte zu ersparen, die sich ungeachtet der räumlichen Entfernung von unter 20 Kilometer auf mindestens 40 Minuten belaufe.

Erstmalig mit Schreiben vom 10.05.2019 bat K die B um die Erlaubnis, zwei Zimmer der Wohnung ohne zeitliche Begrenzung an zwei namentlich genannte Personen unterzuvermieten. Das diene der Finanzierung der weiterhin für ihn erforderlichen Nebenwohnung. B erteilte K zunächst eine bis zum 30.06.2020 befristete Erlaubnis. Spätere Begehren des K auf Erteilung einer entsprechenden Erlaubnis lehnte B hingegen ab. Nach Auffassung der B habe K kein schützenswertes Interesse an der Untervermietung, weil er die lediglich beruflich genutzte Wohnung auch ohne eine Untervermietung finanzieren könne. Ferner stellt B infrage, ob K die Wohnung überhaupt aus beruflichen Gründen zwingend benötige, weil er sich auch in Räumen seiner Firma privat aufhalten und ggf. dort auch übernachten könne.

K fordert von B gleichwohl Zustimmung zur unbefristeten Untervermietung von je einem Zimmer der Mietwohnung an zwei namentlich benannte Personen.

Zu Recht?

Lösung

K könnte gegen B einen Anspruch auf Gestattung der Untervermietung aus **§ 553 Abs. 1 S. 1 BGB** haben.

Nach dieser Vorschrift kann der Mieter vom Vermieter die Erlaubnis verlangen, einen Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen, wenn für ihn nach Abschluss des Mietvertrags ein **berechtigtes Interesse** hieran entsteht.

Ein **Interesse** des Mieters in diesem Sinne ist dabei schon dann anzunehmen, wenn ihm **vernünftige Gründe** zur Seite stehen, die seinen Wunsch nach Überlassung eines Teils der Wohnung an Dritte **nachvollziehbar** erscheinen lassen.

Als **berechtigt** ist dabei nach der ständigen Rspr. des BGH **jedes Interesse** des Mieters **von nicht ganz unerheblichem Gewicht** anzusehen, das **mit der geltenden Rechts- und Sozialordnung in Einklang** steht.

BGH NJW 2006, 1200, NJW 2014, 2717 u. NJW 2018, 2397

Zur Beurteilung der Frage, ob ein berechtigtes Interesse vorliegt, ...

„[19] ... sind die **tatsächlichen Umstände**, auf denen der Wunsch des Mieters zur Aufnahme eines Dritten in die Wohnung beruht, **unter Berücksichtigung des mieterschützenden Zwecks der Regelung** des § 553 Abs. 1 S. 1 BGB umfassend zu würdigen.“

Hierbei sind nach der Rspr. **keine qualitativen Anforderungen bezüglich der verbleibenden Nutzung** des Wohnraums durch den Mieter aufzustellen. Vielmehr ist der Anspruch auf Gestattung der Untervermietung lediglich vom Vorliegen eines berechtigten Interesses des Mieters sowie davon abhängig, dass **er nur einen Teil des Wohnraums einem Dritten überlässt**.

Vgl. hierzu jüngst die Entscheidung des BGH zur Gestattung der **Gebrauchsüberlassung** an Dritte bei einer Einzimmerwohnung, BGH RÜ 2023, 755.

Da K fortdauernd ein Zimmer der Wohnung weiterhin selbst nutzt, steht seinem Anspruch unter diesem Aspekt nichts im Wege.

Als Grund für die Untervermietung wird hier die **Aufrechterhaltung und Finanzierung der beruflich genutzten Nebenwohnung** von K geltend gemacht.

Dies erscheint aufgrund der **spezifischen Arbeitszeiten des K und der räumlichen Entfernung seiner Firma zum Hauptwohnsitz, den er ebenfalls für sich und seine Familie finanzieren muss, nachvollziehbar und mit der Rechts- und Sozialordnung in Einklang**, sodass nach dem dargestellten weiten Begriff des berechtigten Interesses ein Anspruch des K bestehen würde.

Da es sich lediglich um eine beruflich genutzte Nebenwohnung handelt, könnte jedoch **gegen ein berechtigtes Interesse sprechen, dass K diese Wohnung auch ohne eine Untervermietung finanzieren könnte bzw. diese Wohnung im Hinblick auf Alternativen** (Aufenthalt u. Übernachtung in der Firma) **gar nicht zwingend benötigt**.

„[30] Der **Zweck** des § 553 Abs. 1 BGB besteht ... darin, **dem Mieter die Wohnung, an der er festhalten will, zu erhalten**.“

Das Vorliegen eines berechtigten Interesses des Mieters i.S.d. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB **erfordert** dabei **nicht, dass ...**

„[34] ... **es dem Mieter** bezogen auf die konkrete Höhe seiner Einkünfte und seines Vermögens **nicht möglich ist, das Mietverhältnis auch ohne die Inanspruchnahme von Untermieteinnahmen fortzusetzen**. Aufgrund des mieterschützenden Regelungszwecks der Norm reicht vielmehr ... **jedes nachvollziehbare Interesse an einer finanziellen Ersparnis** aus.

[35] Gleiches gilt auch für die fortdauernde Nutzung der Wohnung als Nebenwohnsitz. Auch in diesem Zusammenhang ist **nicht erforderlich, dass [K] auf die ... tatsächlich gelebte und weiterhin beabsichtigte Nutzung der Wohnung als Nebenwohnsitz aus beruflichen Gründen ... zwingend angewiesen** ist.“

Es spielt somit keine Rolle, ob K auf die Untervermietung wirklich finanziell angewiesen ist oder ob er die Wohnung wirklich weiterhin benötigt.

Infolgedessen liegt ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

Ausschlussgründe oder Einschränkungen nach Maßgabe des § 553 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB sind nicht ersichtlich.

K hat daher gegen B einen Anspruch auf Gestattung der Untervermietung aus § 553 Abs. 1 S. 1 BGB.

Dr. Matthias Hünert

§§ 253, 823 BGB; §§ 7, 8 StVG

Kein Schmerzensgeld für schwere Verletzung eines blinden Mannes nach Sturz über quer abgestellte E-Scooter

OLG Bremen, Urt. v. 15.11.2023 – 1 U 15/23, BeckRS 2023, 31723

Leitsätze

1. Der Vermieter von E-Rollern haftet nicht aus einer Gefährdungshaftung als Halter, da E-Roller als Elektrokleinstfahrzeuge von der Anwendung des § 7 StVG ausgeschlossen sind.

2. Der Vermieter von E-Rollern genügt grundsätzlich seinen Verkehrssicherungspflichten bezüglich der Art und Weise des Aufstellens der E-Roller, wenn er die hierzu ergangenen Bestimmungen der behördlichen Sondernutzungserlaubnis beachtet, die ihm die Nutzung der öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus gestattet.

3. Eine über die Bestimmungen der behördlichen Sondernutzungserlaubnis hinausgehende Verpflichtung des Vermieters von E-Rollern, diese so aufzustellen, dass jedes erdenkliche Schadensszenario ausgeschlossen ist, besteht nicht, da dies im Ergebnis einer Gefährdungshaftung entsprechen würde, die nach § 8 Nr. 1 StVG ausgeschlossen ist.

Prüfungsschema: § 7 Abs. 1 StVG

I. Voraussetzungen

1. Rechts(gut)verletzung
2. bei Betrieb des Kfz
 - a) Kausalität i.S.d. Äquivalenztheorie
 - b) Realisierung der Betriebsgefahr
3. Anspruchsgegner = Halter
4. keine höhere Gewalt i.S.v. § 7 Abs. 2 StVG

[nur bei Anhaltspunkten im Sachverhalt:
5. kein Ausschluss gemäß §§ 8, 8 a, 15 StVG]

- II. Rechtsfolge: Schadensersatz gemäß §§ 10 ff. StVG i.V.m. §§ 249 ff. BGB

Fall

K ist blind und benutzt als Fußgänger im Straßenverkehr zur Orientierung einen Langstock. B vermietet gewerblich E-Roller im sog. free-floating-Modell, d.h. ohne festen Standort der E-Roller.

Das Ordnungsamt erteilte der B eine Sondernutzungserlaubnis (nachfolgend: SNE 2019) zur Einbringung von bis zu 500 E-Rollern im öffentlichen Straßenraum der Stadtgemeinde S. In den Nebenbestimmungen unter Ziff. 3 (Aufstellen der Fahrzeuge) und Ziff. 6 (Reaktionszeiten) heißt es u.a.:

„3a) Bei der Auswahl der Standorte sowie bei Aufstellen der Fahrzeuge hat die Erlaubnisinhaberin die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu gewährleisten. Die Belange von Senioren, Kindern und Menschen mit Behinderung sind dabei besonders zu berücksichtigen.

3b) Werden die Fahrzeuge durch die Erlaubnisinhaberin aufgestellt oder umverteilt, muss am neuen Standort eine Restgehwegbreite von 1,50 m verbleiben; das Aufstellen von Fahrzeugen an öffentlichen Fahrradabstellanlagen bzw. Radständen ist untersagt.

3c) Das Aufstellen von Fahrzeugen im öffentlichen Raum ist bei Umverteilungsmaßnahmen durch die Erlaubnisinhaberin auf maximal vier Fahrzeuge pro Standort zu begrenzen. Standorte müssen einen Abstand von mindestens 50 m voneinander haben.

6a) Fahrzeuge müssen binnen 24 Stunden nach Meldung um mindestens 50 m umgestellt, entfernt, oder in einen betriebs- bzw. fahrbereiten Zustand versetzt werden, wenn aa) Fußwege, ... blockiert werden. Fußwege gelten als blockiert, wenn die Restgehwegbreite von 1,50 m unterschritten wird.“

Am 28.07.2020 verunfallte K, indem er über zwei auf dem Gehweg befindliche E-Roller der B stürzte. Durch den Sturz erlitt K einen Oberschenkelhalsbruch, der operativ behandelt werden musste. Der Gehweg ist an der Unfallstelle 5,50 m breit. Die beiden von Mitarbeitern der B aufgestellten Roller wiesen jeweils eine Länge von 1,15 m auf und standen im 90-Grad-Winkel zur Hauswand parallel nebeneinander, wobei die Lenker jeweils zum Gehweg zeigten.

K hat vorgetragen, er sei in einem gemäßigten Gehtempo und sich im Pendelgang mit seinem weißen Langstock an der „inneren Leitlinie“ entlang der Hauswand orientierend auf dem Gehweg gelaufen und habe dabei mit dem Langstock den ersten Roller noch als Hindernis wahrgenommen. Beim Übersteigen des ersten E-Rollers sei er sodann auf den zweiten Roller getreten, den er nicht erkannt habe, und dabei gestolpert und infolgedessen schwer gestürzt. Er habe nicht erkennen können, dass es sich um zwei Roller gehandelt habe. Die Roller würden sich ihrer Form nach von nahezu allen anderen Hindernissen im Straßenverkehr dadurch unterscheiden, dass sie so flach seien.

K verlangt von B die Zahlung eines Schmerzensgeldes i.H.v 20.000 €. Zu Recht?

Lösung

A. K kann gegen B ein Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes i.H.v. 20.000 € aus **§ 7 Abs. 1 i.V.m. § 11 S. 2 StVG** zustehen.

I. K hat einen Oberschenkelhalsbruch erlitten, sodass eine **Körper- und Gesundheitsverletzung** gegeben ist.

II. Diese muss **bei Betrieb des Kfz** der B entstanden sein.

1. Wären die E-Scooter der B nicht hintereinander quer zum Gehweg aufgestellt worden, wäre K nicht beim Übersteigen des ersten E-Rollers auf den zweiten E-Scooter getreten und gestürzt. Folglich war das Aufstellen der E-Scooter **äquivalent kausal** für die Körper- und Gesundheitsverletzung des K.

2. Weiterhin muss sich die **typische Betriebsgefahr realisiert** haben.

a) Nach der heute **herrschenden verkehrstechnischen Auffassung** sind alle Kfz in Betrieb, die sich im öffentlichen Verkehrsbereich oder auf privatem Gelände bewegen oder in verkehrsbeeinflussender Weise ruhen.

Die E-Scooter standen auf dem Gehweg und ruhten daher in verkehrsbeeinflussender Weise, sodass sich danach ihre Betriebsgefahr realisiert hat.

b) Nach **a.A.** – maschinentechnische Auffassung – kommt es darauf an, ob der Motor noch läuft oder das Fahrzeug wenigstens als Nachwirkung des motorischen Antriebs noch in Bewegung ist.

Zum Unfallzeitpunkt standen die E-Roller auf dem Gehweg, sodass sich nach dieser Ansicht die Betriebsgefahr der Kfz der B nicht realisiert hat.

c) Stellungnahme: Für die h.M. spricht, dass auch von einem stehenden Kfz Gefahren für die übrigen Verkehrsteilnehmer ausgehen können. Der Schutzzweck der Norm, der auf den Ausgleich für Schäden aus den durch den Betrieb eines Kfz entstehenden Gefahren gerichtet ist, erfordert eine weite Auslegung. Folglich hat sich die spezifische Betriebsgefahr der Kfz der B realisiert und die Verletzung des K ist bei Betrieb der Kfz der B entstanden.

3. B ist als Vermieterin **Halterin** i.S.v. § 7 StVG und höhere Gewalt i.S.v. § 7 Abs. 2 StVG liegt nicht vor.

4. Der Anspruch ist jedoch gemäß **§ 8 Nr. 1 StVG ausgeschlossen**.

„[17] ... Die E-Roller sind vorliegend als Elektrokleinstfahrzeuge gemäß § 1 eKFV [Elektrokleinstfahrzeuge-Verordnung] zu qualifizieren, weil sie u.a. **nur eine maximale Geschwindigkeit von 20 km/h erreichen können**. Gemäß § 8 Nr. 1 StVG scheidet eine Gefährdungshaftung des Halters für solche Elektrokleinstfahrzeuge aus § 7 StVG aus.“

B. K kann gegen B ein Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes i.H.v. 20.000 € aus **§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 253 Abs. 2 BGB** zustehen.

I. K hat eine **Körper- und Gesundheitsverletzung** erlitten (s.o.).

II. Diese muss **durch ein Verhalten der B** verursacht worden sein.

1. B hat es **unterlassen**, dafür Sorge zu tragen, dass die von ihr vermieteten E-Scooter nicht quer zum Gehweg angestellt werden.

Ein Unterlassen stellt nur dann ein tatbestandsmäßiges Verhalten i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB dar, wenn für den Unterlassenden eine **Rechtspflicht zum Handeln** gegenüber dem Geschädigten bestanden hat und er diese durch sein Unterlassen verletzt hat.

a) Eine Rechtspflicht zum Handeln kann sich für B aus einer **allgemeinen Verkehrssicherungspflicht** ergeben. Eine solche Pflicht besteht für jeden, der eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält.

Ein **E-Scooter** ist ein Landfahrzeug, das durch Maschinenkraft bewegt wird, ohne an Bahngleise gebunden zu sein, und daher ein Kfz i.S.v. § 1 Abs. 2 StVG.

Hentschel/König/Dauer, StVG, 47. Aufl. 2023, § 7 StVG Rn. 5 m.w.N.

Tschernitschek VersR 1978, 1001

Vgl. LG Münster, Urt. v. 09.03.2020 – 8 O 272/19, BeckRS 2020, 3786; AG Berlin-Mitte, Urt. v. 09.05.2023 – 151 C 60/22, BeckRS 2023, 14741

Die rechtlich gebotene **Verkehrssicherung** umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann. Eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist im praktischen Leben nicht erreichbar (OLG Bremen, Urt. v. 15.11.2023 – 1 U 15/23, BeckRS 2023, 31723, Rn. 21).

Eine andere Bewertung wäre an dieser Stelle vorzunehmen gewesen, wenn die E-Roller nicht ordnungsgemäß im Sinne ihrer **Nutzungserlaubnis** aufgestellt worden wären oder mehr als zwei Roller beispielsweise „kreuz und quer“ auf dem Gehweg gestanden hätten, sodass K hätte Slalom laufen müssen. Vorliegend stellen die zwei E-Roller jedoch ein ebensolches Hindernis für K dar, wie es auch andere Hindernisse sind, denen alle Fußgänger und K im Besonderen ausgesetzt sind. Dazu zählen ... z.B. Mülltonnen, Kinderwagen, aber auch in den Gehweg hineinragende Straßenbegrünung (OLG Bremen, Urt. v. 15.11.2023 – 1 U 15/23, BeckRS 2023, 31723, Rn. 28).

„[20] **Jemand unterliegt einer Verkehrssicherungspflicht, wenn er in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenlage schafft**, wobei gleichgültig ist, ob er sie erst selbst hervorruft oder eine bereits vorhandene Gefahr übernimmt und sie weiter andauern lässt. Die Beklagte zu 1) verleiht gewerblich E-Roller und lässt E-Roller zu diesem Zweck von [ihren] Mitarbeitern ... im Stadtgebiet in ... aufstellen, sodass die von den E-Rollern ausgehenden Gefahren in ihrem Verantwortungsbereich liegen.“

Somit bestand für B eine Verkehrssicherungspflicht.

b) K durfte den Gehweg benutzen, sodass er mit der Gefahrenquelle befugtermaßen in Berührung gekommen ist und somit die **Verkehrssicherungspflicht** auch **ihm gegenüber bestand**.

c) Weiterhin muss B ihre **Verkehrssicherungspflicht verletzt** haben. Die Verkehrssicherungspflicht ist verletzt, wenn der Verantwortliche die im Einzelfall erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen unterlassen hat.

„[23] **Die Art und Weise des Aufstellens der Roller entsprach hinsichtlich der darin konkret geregelten Abstände und Maße den Bestimmungen der SNE 2019**. Bei der SNE handelt es sich um eine behördliche Erlaubnis der Stadt ... für die [B], öffentliche Straßen über den Gemeingebrauch nutzen zu dürfen (§ 18 Abs. 1 BremLStrG) ... [Die] in der SNE 2019 konkret vergebenen Abstände und Maße [sind] beim Abstellen der Roller eingehalten worden, weil nur zwei E-Roller platziert wurden und die restliche Gehwegbreite mehr als 1,50 m, nämlich 4,35 m, betrug.

[24] Die SNE 2019 macht ... in Bezug auf die weitere Art und Weise des Aufstellens der Roller keine konkreten Vorgaben, insbesondere **gibt sie nicht vor, ob die Roller längs oder quer zum Gehweg aufzustellen sind**.

[25] ... Die **Unfallörtlichkeit selbst** birgt an sich **keine besonderen Gefahren**. Weder waren die E-Roller in der Nähe eines Treppenaufgangs noch in der Nähe eines Eingangs zu einem Seniorenheim oder eines Kindergartens o.ä. platziert, wo mit einem erhöhten Verkehrsaufkommen besonders schutzbedürftiger Menschen zu rechnen wäre ... Der Gehweg war an dieser Stelle auch besonders breit und wies keine Besonderheiten auf.

[27] ... **Grundsätzlich besteht keine allgemeine Pflicht, die E-Roller so aufzustellen, dass jedes erdenkliche Schadenszenario durch die E-Roller ausgeschlossen sein muss**. Denn **dies würde zu einer Gefährdungshaftung führen**, die gerade aufgrund der gesetzlichen Gleichstellung von E-Rollern mit Elektrokleinstfahrzeugen nach § 8 Nr. 1 StVG bislang nicht anzunehmen ist. Nach Maßgabe der SNE 2019 war [B] ... zudem grundsätzlich frei darin zu entscheiden, wie sie die E-Roller ausrichtet. Für besondere Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz auch sehbehinderter Menschen i.S.e. Verkehrssicherungspflicht besteht dann Anlass, wenn ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch das Aufstellen von zwei E-Rollern nebeneinander in einem 90-Grad-Winkel zur Hauswand bei einer Restgehwegbreite von 4,35 m als zu gefährlich bewerten würde. Dies dürfte man mit der herrschenden Verkehrsauffassung nicht annehmen können, weil noch ausreichend Gehweg zur Verfügung stand und die grundsätzliche Zulassung von gewerblich genutzten E-Rollern im Straßenverkehr politisch und gesellschaftlich gewollt ist.“

2. Mangels Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht steht K somit auch kein Anspruch aus § 823 Abs. 1 i.V.m. § 253 Abs. 2 BGB auf Zahlung eines Schmerzensgeldes i.H.v. 20.000 € zu.

Ergebnis: K hat gegen B keinen Anspruch auf Schmerzensgeldzahlung.

RAin Claudia Haack

§ 823 BGB

Totalschaden wegen herabfallenden Astes – Bäume müssen regelmäßig kontrolliert werden!

OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 11.05.2023 – 1 U 310/20, BeckRS 2023, 11360

Fall

K parkte ihr Fahrzeug in der Nacht vom 02.08. auf den 03.08.2019 ordnungsgemäß am Rand einer öffentlichen Straße im Wohngebiet der Stadt S in Hessen. Von einer 40 Jahre alten Robinie auf dem Bürgersteig brach ein großer Ast ab und stürzte auf das Fahrzeug, das dadurch einen technischen Totalschaden erlitt. K entstand ein Schaden in Höhe von 6.528 €.

K ist der Meinung, die Stadt S hätte die Bäume an Straßen regelmäßig kontrollieren und bei Bedarf zurückschneiden oder morsche Äste entfernen müssen. Die Stadt S beruft sich darauf, dass der Baum durch Angestellte der Kommune einmal im Jahr – letztmalig am 21.08.2018 – kontrolliert worden wäre. Eine häufigere Kontrolle sei nicht erforderlich. K ist jedoch der Ansicht, die Bäume müssten mindestens zweimal jährlich – einmal im belaubten und einmal im unbelaubten Zustand – überprüft werden.

Sowohl K als auch S berufen sich auf die sog. FLL-Richtlinie. Dabei handelt es sich um eine anerkannte Richtlinie für die Baumkontrolle, die von der Forschungsgesellschaft Landschaftsentwicklung Landschaftsbau e. V. (FLL) herausgegeben wird. Diese sieht nicht generell das Erfordernis einer Sichtkontrolle im halbjährlichen Abstand vor, sondern macht das Kontrollintervall von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Auch bei leicht beschädigten Bäumen in der Alterungsphase und bei erhöhten Sicherungserwartungen könne eine einmal jährliche Kontrolle ausreichend sein.

Ein Sachverständiger kam hier zu dem Ergebnis, dass bereits das äußere Erscheinungsbild der Baumkrone der streitgegenständlichen Robinie nicht mit einem gesunden, vitalen Baum vergleichbar sei. Das Trockenjahr 2018 habe zu Totholzbildung und einer schütterten Krone geführt. Ein anderes schadensursächliches Ereignis (z.B. Sturm) sei nicht ersichtlich.

Hat K gegen S einen Schadensersatzanspruch?

Bearbeitungshinweis: Die Pflicht zur Baumkontrolle ist in Hessen nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich ausgestaltet.

Lösung

A. Da die Pflicht zur Baumkontrolle in Hessen **nicht hoheitlich**, sondern privatrechtlich ausgestaltet ist, scheidet die Amtshaftung aus **§ 839 BGB** i.V.m. **Art. 34 GG** als Anspruchsgrundlage aus.

B. K könnte gegen S einen Anspruch auf **Schadensersatz** aus **§ 823 Abs. 1 BGB** haben.

I. Haftungsbegründender Tatbestand

1. Rechtsgutsverletzung

Zunächst müsste eines der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter verletzt sein. K hat durch den Totalschaden an dem in ihrem Eigentum stehenden Pkw eine **Eigentumsverletzung** erlitten.

Leitsätze

1. Zur Verkehrssicherungspflicht einer Gemeinde gehört die regelmäßige Kontrolle der Bäume an gemeindeeigenen Straßen. Diese Kontrollen können nach der sog. FLL-Richtlinie bemessen werden.

2. Die Richtlinie muss aber im Einzelfall richtig angewendet werden. Ob eine jährliche oder halbjährliche Kontrolle der Bäume erforderlich ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, also insbesondere dem Alter und Gesundheitszustand des Baumes.

Prüfungsschema: § 823 Abs. 1 BGB

- I. Haftungsbegründender Tatbestand
 1. Rechtsgutsverletzung
 2. Verletzungshandlung
 3. Haftungsbegründende Kausalität
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Verschulden
- IV. Haftungsausfüllender Tatbestand
 1. Schaden
 2. Haftungsausfüllende Kausalität

Vgl. dazu: AS-Skript Schuldrecht BT 4 (2023), Rn. 1 ff.

Vgl. dazu: AS-Skript Schuldrecht BT 4 (2023), Rn. 141 ff.

Fallgruppen Verkehrssicherungspflichten:

- Verkehrseröffnung; gefahrbergende Anlagen (z.B. Parkplatz)
- Veranstaltungen (z.B. Konzert)
- Leistungen (z.B. Reise)
- Produzentenhaftung

Vgl. dazu: AS-Skript Schuldrecht BT 4 (2023), Rn. 150 ff.

2. Verletzungshandlung

Diese Eigentumsverletzung müsste durch eine **Verletzungshandlung der S** verursacht worden sein. S hat es vorliegend **unterlassen, die Bäume** an öffentlichen Verkehrsflächen mehr als einmal im Jahr auf Schäden und die Notwendigkeit zum Rückschnitt **zu kontrollieren**. Ein **Unterlassen** kann nur dann eine tatbestandsmäßige Verletzungshandlung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB sein, wenn eine **Rechtspflicht zum Handeln** bestand.

a) Eine Rechtspflicht zum Handeln könnte sich hier aus einer **allgemeinen Verkehrssicherungspflicht** der S ergeben. Eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht besteht für denjenigen, der eine **Gefahrenquelle schafft oder unterhält**. Vorliegend hat S die Pflicht, die **Sicherheit der öffentlichen Wege und Straßen im Stadtgebiet** zu gewährleisten. S ist insbesondere verpflichtet, Schäden von Verkehrsteilnehmenden sowie dem ruhenden Verkehr **durch herabfallende Äste und umstürzende Bäume zu verhindern**. Mithin trifft S grundsätzlich eine Verkehrssicherungspflicht.

b) Fraglich ist, ob S diese Pflicht hier **verletzt** hat. Das wäre nur dann der Fall, wenn S verpflichtet gewesen wäre, den Baumbestand nicht nur – wie geschehen – einmal im Jahr zu kontrollieren, sondern öfter.

„[11] Nach der Rspr. des BGH genügt eine Gemeinde ihrer Verkehrssicherungspflicht, wenn sie **Straßenbäume regelmäßig auf trockenes Laub, dürre Äste, Beschädigungen oder Frostrisse beobachtet** und eine eingehende Untersuchung dort vornimmt, wo **besondere Umstände** wie das Alter des Baums, sein Erhaltungszustand, die Eigenart seiner Stellung oder sein statischer Aufbau sie dem Einsichtigen angezeigt erscheinen lassen.“

Hier haben Angestellte der Stadt die Robinie **knapp ein Jahr vor dem Schadensfall, am 21.08.2018, kontrolliert**. Problematisch ist, **in welchem Intervall** eine Stadt verpflichtet ist, ihren Baumbestand zu überprüfen.

Manche Oberlandesgerichte nehmen an, dass – unabhängig von besonderen Umständen – eine **zweimalige jährliche Kontrolle in belaubtem und unbelaubtem Zustand** erfolgen soll. Andere halten **eine Kontrolle pro Jahr** für ausreichend. Bei dieser Streitfrage kann die anerkannte Baumkontrollrichtlinie der Forschungsgesellschaft Landschaftsentwicklung Landschaftsbau e.V. (sog. **FLL-Richtlinie**) helfen. Diese sieht vor, dass...

„[11] ... das **Kontrollintervall differenziert bestimmt** werde und gesunde und **leicht beschädigte Bäume in der Alterungsphase** auch bei erhöhten Sicherungserwartungen des Verkehrs **einmal jährlich** zu kontrollieren seien.“

Daher war es auch bei einer **40 Jahre alten Robinie** mit Standort an einer **Straße in einem Wohngebiet** grundsätzlich angemessen, ein jährliches Kontrollintervall vorzusehen.

Möglicherweise könnte sich aber aus den **Umständen des Einzelfalles** ein **kürzeres Kontrollintervall** ergeben. Das wäre dann der Fall, wenn besondere Umstände vorliegen, wie beispielsweise **starke Schäden am Baum**.

„[14] ... [Vorliegend wurde] nicht hinreichend berücksichtigt, dass das **äußere Erscheinungsbild der Baumkrone**, der sog. Habitus, mit einer gesunden und vitalen Robinie nicht annähernd vergleichbar war ... Danach stellt sich die Krone des Baums als **ausgesprochen schütter** dar; auch ein **Totholzbereich** ist vorhanden.“

Zu berücksichtigen war auch die **Trockenheit des Jahres 2018**. Diese besonderen Umstände hätten S Anlass geben müssen, den Baum **in kürzeren Abständen besonders zu kontrollieren**.

Da S die Robinie nur einmal im Jahr kontrolliert hat, hat sie ihre Verkehrssicherungspflicht verletzt.

3. Haftungsbegründende Kausalität

Zwischen **Verletzungshandlung und Rechts(guts)verletzung** muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen – die haftungsbegründende Kausalität. Nach der **Äquivalenztheorie** ist eine Handlung dann für den Erfolg kausal, wenn sie nicht hinweggedacht (bzw. bei einem Unterlassen hinzugedacht) werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfielen würde.

Hier kann die **unterlassene Baumkontrolle nicht hinzugedacht** werden, ohne dass die **Beschädigung des Pkw** der K durch den herabfallenden Ast entfielen würde, sodass Kausalität nach der Äquivalenztheorie gegeben ist.

Es liegt auch **nicht außerhalb der Lebenserfahrung**, dass von einem bereits kränklichen Baum ein Ast herabfällt und das darunter geparkte Auto beschädigt wird. Insbesondere **kann ein anderes schadensursächliches Ereignis (z.B. Sturm) ausgeschlossen werden**. Demnach war das Unterlassen der S auch **adäquat kausal** für die Eigentumsverletzung der K.

II. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit ist durch die Verwirklichung des Tatbestandes **indiziert** und Rechtfertigungsgründe für S sind nicht ersichtlich.

III. Verschulden

Gemäß **§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB** hat der **Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit** zu vertreten. Fahrlässig handelt nach § 276 Abs. 2 BGB, wer die **im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt**. Indem S den Baum nicht öfter kontrolliert hat, hat sie die **Sicherheit des Straßenverkehrs gefährdet** und damit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und somit fahrlässig gehandelt.

IV. Haftungsausfüllender Tatbestand

1. Schaden

K müsste ein **ersatzfähiger Schaden i.S.d. § 249 ff. BGB** entstanden sein. Vorliegend erlitt K eine Eigentumsverletzung an ihrem Pkw, an dem ein **Totalschaden** entstand. Die Höhe des Schadens beträgt 6.528 €.

Bei einem technischen Totalschaden nimmt die **h.Rspr.** einen Fall der **Naturalrestitution** gemäß **§ 249 Abs. 2 BGB** an. Die **Lit.** geht hingegen wegen der Unmöglichkeit der Reparatur von einer Schadenskompensation gemäß **§ 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB** aus.

Unstreitig erhält der Geschädigte bei einem technischen Totalschaden den Betrag, den er für die Beschaffung eines vergleichbaren Fahrzeugs aufwenden muss (= **Wiederbeschaffungswert**). Hat der Unfallwagen noch einen **Restwert**, so muss der Geschädigte ihn dem Schädiger herausgeben oder sich den Wert **anrechnen lassen**. So auch hier.

2. Haftungsausfüllende Kausalität

Die haftungsausfüllende Kausalität, also der **Ursachenzusammenhang zwischen Rechtsgutsverletzung und Schaden**, ist gegeben.

Ergebnis: K hat einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen S.

Vgl. dazu: AS-Skript Schuldrecht BT 4 (2023), Rn. 157 ff.

Vgl. dazu: AS-Skript Schuldrecht BT 4 (2023), Rn. 229 ff.

Zum Schaden macht das OLG-Urteil keine weiteren Ausführungen. Gerade bei Pkw-Fällen ist die Schadensberechnung jedoch sehr examensrelevant.

Zur **130 % Regelung beim sog. wirtschaftlichen Totalschaden** vgl. AS-Skript Schuldrecht BT 4 (2023), Rn. 529 ff.

§ 41 StVO

Rückwärtsfahren in der Einbahnstraße ist generell verboten

BGH, Urt. v. 10.10.2023 – VI ZR 287/22, BeckRS 2023, 32805

Leitsätze

1. Das Vorschriftszeichen 220 i.V.m. § 41 Abs. 1 StVO gebietet, dass die Einbahnstraße nur in vorgeschriebener Fahrtrichtung befahren werden darf. Verboten ist auch das Rückwärtsfahren entgegen der vorgeschriebenen Fahrtrichtung. Lediglich (unmittelbares) Rückwärtseinparken („Rangieren“) ist – ebenso wie Rückwärts-einfahren aus einem Grundstück auf die Straße – kein unzulässiges Rückwärtsfahren auf Richtungsfahrbahnen gegen die Fahrtrichtung.

2. Zur Anwendung des Anscheinsbeweises bei einem Verkehrsunfall (hier: Zusammenstoß eines aus einer Grundstückszufahrt auf eine Einbahnstraße einfahrenden Fahrzeugs mit einem auf der Einbahnstraße unzulässig rückwärts fahrenden Fahrzeug).

Fall

K hatte sein Fahrzeug vorwärts in einer Grundstückszufahrt abgestellt, die sich an einer Einbahnstraße rechtwinklig in Fahrtrichtung rechts befindet. B (= Beklagte zu 1) war mit einem bei der V (= Beklagte zu 2) haftpflichtversicherten Fahrzeug in Fahrtrichtung der Einbahnstraße an der Grundstückszufahrt vorbeigefahren. Sie hielt im Bereich einer gerade freiwerdenden Parklücke, die sich links parallel zur Fahrbahn befindet und etwa auf Höhe der Grundstückszufahrt beginnt, um in diese einzufahren. Die Fahrzeuge stießen zusammen, als K aus der Grundstückszufahrt rückwärts in einem Rechtsbogen auf die Einbahnstraße fuhr und B auf der Einbahnstraße einige Meter rückwärts fuhr, um dem aus der Parklücke herausfahrenden Fahrzeug Platz zu machen. Das Fahrzeug des K wurde an der linken Seite beschädigt.

Vorgerichtlich regulierte V die unstreitigen Schadenspositionen des K auf der Grundlage einer Haftungsquote der B von 40 %.

Steht K gegen V ein Anspruch auf Zahlung der Differenz zu einer hundertprozentigen Haftung der B zu?

Lösung

K kann ein Anspruch gegen V auf Zahlung der Differenz zu einer hundertprozentigen Haftung der B aus **§ 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG** i.V.m. **§§ 7 Abs. 1, 18 Abs. 1 StVG** sowie **§ 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB** i.V.m. **§§ 1 ff. StVO** zustehen.

Gemäß § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG haftet die Kfz-Haftpflichtversicherung V **im gleichen Maße** wie die Kfz-Halterin B.

I. B haftet wegen des von ihr verursachten Unfalls gegenüber K aus §§ 7 Abs. 1, 18 Abs. 1 StVG sowie aus §§ 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1 ff. StVO.

II. Als **Rechtsfolge** muss B dem K den aus der Beschädigung des Kfz entstandenen Schaden gemäß §§ 10 ff. StVG i.V.m. §§ 249 ff. BGB ersetzen.

Der Anspruch könnte gemäß **§§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 3 StVG** zu kürzen sein. Nach § 17 Abs. 2 StVG hängen die Verpflichtung der Kfz-Halter zueinander zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist. Dies gilt gemäß **§ 18 Abs. 3 StVG** auch, wenn ein Kfz-Führer zum Schadensersatz verpflichtet ist, für seine Ersatzpflicht im Verhältnis zu den Haltern und Führern der anderen beteiligten Kfz.

Gemäß **§ 17 Abs. 3 StVG** entfällt eine Kürzung des Anspruchs, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird. Unabwendbar ist ein Ereignis, das auch durch äußerst mögliche Sorgfalt vom überdurchschnittlichen Fahrer (Idealfahrer) nicht abgewendet werden kann. Erforderlich ist dafür ein sachgemäßes und geistesgegenwärtiges Handeln über den gewöhnlichen Maßstab hinaus.

Ein **Idealfahrer**, der aus einer Grundstückszufahrt rückwärts in einem Rechtsbogen auf eine Einbahnstraße fährt, hätte damit gerechnet, dass er auch auf

Hentschel/König/Dauer/König, Straßenverkehrsrecht, 47. Aufl. 2023, § 17 StVG Rn. 22

dieser Einbahnstraße mit rückwärts fahrenden Kfz kollidieren könnte. Folglich war der Unfall für K nicht unvermeidbar, sodass eine Haftungsverteilung gemäß §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 3 StVG erforderlich ist.

1. Das Berufungsgericht hat nach Abwägung der Verursachungsbeiträge K eine Haftungsquote von 60 % auferlegt.

a) Das Verschulden des K ergebe sich aus zwei Anscheinsbeweisen zu seinen Lasten: Zum einen habe K gegen § 10 S. 1 StVO verstoßen, als er rückwärts aus der Grundstückszufahrt auf die insoweit vorfahrtsberechtigte Einbahnstraße eingefahren sei. Er habe einkalkulieren müssen, dass möglicherweise ein Fahrzeug die Einbahnstraße entgegen der vorgesehenen Richtung befahre. Zudem habe K gegen § 9 Abs. 5 StVO verstoßen und wegen der besonderen Sorgfaltspflicht beim Rückwärtsfahren spreche bei einem Unfall der Beweis des ersten Anscheins gegen den Rückwärtsfahrer, sodass von seinem Verschulden ausgegangen werde (OLG München NZV 2014, 416).

b) Da B ebenfalls rückwärts gefahren ist, treffe sie ebenfalls aufgrund des Anscheinsbeweises ein **Verschulden** wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 5 StVO. Sie habe aber nicht gegen das Gebot, die Einbahnstraße nur in der vorgeschriebenen Fahrtrichtung zu befahren, verstoßen (Anlage 2 Zeichen 220, § 41 Abs. 1 StVO), da sie lediglich einige Meter rückwärts gefahren sei, um dem ausparkenden Fahrzeug Platz zu machen.

2. Der BGH hält die **Abwägung** der Verursachungsbeiträge durch das Berufungsgericht **aus mehreren Gründen für rechtlich fehlerhaft**:

a) Zum einen habe B gegen das Gebot, die Einbahnstraße nur in der vorgeschriebenen Fahrtrichtung zu befahren, verstoßen, indem sie einige Meter rückwärts gefahren sei, um dem ausparkenden Fahrzeug Platz zu machen.

„[13] ... Das Vorschriftszeichen 220 gebietet, dass die Einbahnstraße nur in vorgeschriebener Fahrtrichtung befahren werden darf. In der Gegenrichtung steht sie dem Fahrzeugverkehr auf der Fahrbahn grundsätzlich nicht zur Verfügung. Auf die Stellung des Fahrzeugs im Verhältnis zur vorgeschriebenen Fahrtrichtung kommt es nicht an. Verboten ist auch das Rückwärtsfahren entgegen der vorgeschriebenen Fahrtrichtung. **Lediglich (unmittelbares) Rückwärtseinparken („Rangieren“)** ist – **ebenso wie Rückwärtseinfahren aus einem Grundstück auf die Straße – kein unzulässiges Rückwärtsfahren auf Richtungsfahrbahnen gegen die Fahrtrichtung.** Demgegenüber ist **Rückwärtsfahren** auch dann **unzulässig, wenn es dazu dient, erst zu einer (freien oder freiwerdenden) Parklücke zu gelangen. Entsprechendes gilt, wenn das Rückwärtsfahren dazu dient, einem Fahrzeug die Ausfahrt aus einer Parklücke zu ermöglichen, um anschließend selbst in diese einfahren zu können.**“

b) Ferner habe das Berufungsgericht einen schuldhaften Verstoß des K gegen § 9 Abs. 5 StVO sowie § 10 S. 1 StVO fehlerhaft mit einem Anscheinsbeweis zu seinen Lasten begründet.

„[17] ... **Ein Anscheinsbeweis kommt in Betracht, wenn ein typischer Geschehensablauf feststeht, der nach der Lebenserfahrung den Schluss auf einen ursächlichen Zusammenhang oder ein schuldhaftes Verhalten rechtfertigt.**

[18] Die Anwendung des Anscheinsbeweises setzt auch bei Verkehrsunfällen einen Geschehensablauf voraus, bei dem sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung der **Schluss aufdrängt, dass ein Verkehrsteilnehmer seine Pflicht zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verletzt hat; es muss sich um einen Sachverhalt handeln, für den nach der Lebenserfahrung eine schuldhafte Verursachung typisch ist.** Es

LG Düsseldorf, Urt. v. 02.09.2022 – 22 S 390/21

Der Anscheinsbeweis (Beweis des ersten Anscheins, prima-facie-Beweis) beruht auf typischen, häufig wiederkehrenden Geschehensabläufen, die nach der Lebenserfahrung dem ersten Anschein nach den Schluss auf bestimmte Ursachen oder Umstände, z. B. Kausalität oder Verschulden, zulassen (Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 44. Aufl. 2023, § 286 Rn. 12 ff.).

Vgl. zu den Ausführungen des Berufungsgerichts BGH, Urt. v. 10.10.2023 – VI ZR 287/22, BeckRS 2023, 32805, Rn. 7–10.

Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2018, 657, 658; OLG Karlsruhe DAR 1978, 171; Hentschel/König/Dauer/König § 9 StVO Rn. 51, § 41 StVO Rn. 248 b; a.A. Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Burmann, Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022, § 9 StVO Rn. 67; Geigel/Freyman, Haftpflichtprozess 28. Aufl. 2020, Kap. 27 § 9 StVO Rn. 306: Rückwärtsfahren auf kurzer Strecke zulässig, wenn die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ausgeschlossen ist.

reicht allerdings allein das ‚Kerngeschehen‘ als solches dann als Grundlage eines Anscheinsbeweises nicht aus, wenn weitere Umstände des Unfallereignisses bekannt sind, die als Besonderheiten gegen die bei derartigen Fallgestaltungen gegebene Typizität sprechen. Denn es muss das gesamte feststehende Unfallgeschehen nach der Lebenserfahrung typisch dafür sein, dass derjenige Verkehrsteilnehmer, zu dessen Lasten im Rahmen des Unfallereignisses der Anscheinsbeweis Anwendung finden soll, schuldhaft gehandelt hat. **Ob der Sachverhalt in diesem Sinne im Einzelfall wirklich typisch ist, kann nur aufgrund einer umfassenden Betrachtung aller tatsächlichen Elemente des Gesamtgeschehens beurteilt werden, die sich aus dem unstreitigen Parteivortrag und den getroffenen Feststellungen ergeben.**

[20] Zwar kann bei einem Unfall im Zusammenhang mit dem Rückwärts-einfahren aus einem Grundstück auf eine Straße grundsätzlich der erste Anschein dafür sprechen, dass der rückwärts Einfahrende seinen Sorgfaltspflichten nicht nachkam und den Unfall dadurch (mit) verursachte. **Jedoch liegt hier die für die Anwendung des Anscheinsbeweises erforderliche Typizität schon deshalb nicht vor, weil die Beklagte zu 1 die Einbahnstraße in unzulässiger Weise rückwärts befuhr.** Es existiert kein Erfahrungssatz, wonach sich der Schluss aufdrängt, dass unter diesen Umständen den rückwärts aus der Grundstückszufahrt auf die Einbahnstraße einfahrenden Kläger ein Verschulden trifft.“

Vgl. OLG Köln, VersR 1992, 332, VERSR Jahr 1992 333; Geigel/Freymann, Haftpflichtprozess Kap. 27 § 10 StVO Rn. 319; s. weiter OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.05.2012 – 1 U 127/11, BeckRS 2012, 212858; Hentschel/König/Dauer/König a.a.O., § 10 StVO Rn. 11 f.; Scholten ZfSch 2022, 252

Da das Berufungsgericht aufgrund des Anscheinsbeweises vom Verschulden des K ausgegangen ist, hat es keine weiteren Feststellungen zu einem schuldhaften Verstoß des K gegen § 9 Abs. 5 StVO sowie § 10 S. 1 StVO getroffen, so dass der BGH mangels entsprechender Tatsachenfeststellungen keine eigene Abwägung der Verursachungsbeiträge vornehmen konnte. Er hat daher das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache mit folgendem Hinweis zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Düsseldorf zurückverwiesen.

„[23] **Bei der Prüfung eines Verstoßes des Klägers gegen § 9 Abs. 5, § 10 S. 1 StVO wird zu berücksichtigen sein, dass er grundsätzlich nicht mit Teilnehmern des fließenden Verkehrs auf der Einbahnstraße rechnen musste, die diese in unzulässiger Richtung nutzten.** Dies wäre nur der Fall gewesen, wenn besondere Umstände vorgelegen hätten.“

Ergebnis: Es kann nicht abschließend beurteilt werden, ob K gegen V ein Anspruch auf Zahlung der Differenz zu einer hundertprozentigen Haftung der B aus § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG i.V.m. §§ 7 Abs. 1, 18 Abs. 1 StVG sowie § 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1 ff. StVO zusteht.

Das Urteil des BGH zwingt Autofahrer auf Parkplatzsuche in einer Einbahnstraße, die sich keinem zusätzlichen Haftungsrisiko aussetzen wollen, zum „Um-den-Block-Fahren“ in der Hoffnung, dass der Parkplatz dann noch frei ist. Dies widerspricht angesichts der Parkplatznot in größeren Städten der Lebenswirklichkeit und wird wohl kaum zu einem geänderten Fahrverhalten der Verkehrsteilnehmer, sondern lediglich zu noch mehr rechtlichen Streitigkeiten nach einem Verkehrsunfall führen.

RAin Claudia Haack

Art. 20 Abs. 3, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a, Art. 103 Abs. 2, 3 GG; §§ 13 Nr. 8 a, 32 BVerfGG; § 362 Nr. 5 StPO

Rechtskräftig freigesprochene Mörder können wieder ruhig schlafen

BVerfG, Urt. v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22, BeckRS 2023, 29790

Vorbemerkung zur Prüfungsrelevanz:

Dem Urteil des BVerfG, das noch am Tag der Verkündung durch alle öffentlichen und sozialen Medien gegangen ist, dürfte erhebliche Prüfungsrelevanz zukommen. Es enthält einerseits Kernaussagen zu den strafrechtlichen Fundamentalprinzipien des Verbots der Mehrfachbestrafung und zum Rückwirkungsverbot. Diese Themen werden – vor allem wenn sie aktuell sind – gern in mündlichen Prüfungen angesprochen. Denkbar wäre aber auch eine Klausuraufgabe im öffentlichen Recht, wie wir sie nachstehend (begrenzt auf die Prüfung der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde) gewählt haben.

Fall

A wurde 1981 verdächtigt und später angeklagt, ein 17-jähriges Mädchen aus Hambühren bei Celle vergewaltigt und erstochen zu haben. Da die Tat ihm nicht nachgewiesen werden konnte, wurde A (nach Verurteilung, Revision und neuer Verhandlung) mit Urteil des LG Stade vom Vorwurf der Vergewaltigung und des Mordes freigesprochen. Das Urteil wurde am 21.05.1983 rechtskräftig.

Im Jahr 2012 unterzog das LKA Niedersachsen Spermaspuren, die nach der Tat sichergestellt worden waren, einer DNA-Untersuchung. Nach dem Untersuchungsergebnis kam nur A als Verursacher und damit als Täter in Betracht, konnte aber nach der damaligen Rechtslage nicht erneut verfolgt werden, weil § 362 StPO a.F. die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zuungunsten des Verurteilten aufgrund neuer Beweismittel nicht vorsah. U.a. wegen des vorliegenden Mordfalls wurde der Katalog der Wiederaufnahmegründe durch „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ vom 29.12.2021 (BGBl I 2021, 5252; Inkrafttreten am 30.12.2021) um § 362 Nr. 5 StPO erweitert. Nach der Neufassung ist die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten auch dann zulässig, ...

„ ... wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte [u.a.] wegen Mordes (§ 211[StGB]) ... verurteilt wird.“

Bereits im Februar 2022 beantragte die zuständige StA beim LG Verden die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des A und den Erlass eines Haftbefehls. Das LG erklärte den Wiederaufnahmeantrag mit Beschluss für zulässig und ordnete zugleich die Untersuchungshaft gegen A an, weil er dringend tatverdächtig sei und der Haftgrund der Schwere der Kriminalität gemäß § 112 Abs. 3 StPO sowie Fluchtgefahr gegeben seien. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des A verwarf das OLG Celle.

Gegen diese Beschlüsse erhebt A Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung, er sei in Grundrechten verletzt, da der zugrundeliegende § 362 Nr. 5 StPO verfassungswidrig sei. Zugleich erwirkte A eine einstweilige Anordnung des BVerfG

Leitsätze

1. Das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 3 GG enthält ein Mehrfachverfolgungsverbot, das Verurteilte wie auch Freigesprochene auch vor dem Gesetzgeber schützt, wenn dieser die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erneute Strafverfolgung durch die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens schafft.
2. Das in Art. 103 Abs. 3 GG statuierte Mehrfachverfolgungsverbot trifft eine Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit. Diese Vorrangentscheidung steht einer Relativierung des Verbots durch Abwägung mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang nicht offen, sodass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Wiederaufnahmerechts insoweit kein Gestaltungsspielraum zukommt.
3. Im Rahmen dieses begrenzten Schutzhalt verbietet Art. 103 Abs. 3 GG die Wiederaufnahme von Strafverfahren zum Nachteil des Grundrechtsträgers nicht generell, jedenfalls aber die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel.

gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG, durch die der Haftbefehl unter Auflagen außer Vollzug gesetzt wurde.

Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde auch begründet?

Lösung

Zum vollständigen Prüfungsschema der Verfassungsbeschwerde vgl. AS-Skript Grundrechte (2023), Rn. 673, und zur Verfassungsbeschwerde gegen Akte der Judikative speziell AS-Skript a.a.O., Rn. 705 ff., 734 ff.

„Ne bis in idem“ = „nicht zweimal in derselben Sache“. Der Grundsatz, dass niemand wegen derselben Tat mehrmals bestraft werden darf, beschreibt das **Prinzip des Strafklageverbrauchs** (BVerfG a.a.O., Rn. 57).

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn A durch die angegriffenen Beschlüsse als Akte öffentlicher Gewalt in verfassungsspezifischer Weise in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt ist (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG).

Rechtsgrundlage der Beschlüsse von LG und OLG war jeweils § 362 Nr. 5 StPO. Diese von A (mittelbar ebenfalls) angegriffene Norm könnte das **ne-bis-in-idem-Verbot** und weiterhin das **Rückwirkungsverbot** verletzen. Dann müssten diese auch **Grundrechtspositionen des A** schützen, in die durch § 362 Nr. 5 StPO in verfassungsrechtlich **nicht zu rechtfertigender Weise eingegriffen** wurde.

A. Grundsatz „ne bis in idem“ (Art. 103 Abs. 3 GG)

I. Schutzbereich

Art. 103 Abs. 3 GG müsste zunächst ein **grundrechtsgleiches Recht** beinhalten, **auf das sich auch A berufen kann**, obwohl er nicht bestraft, sondern freigesprochen worden war.

„[57] ... Soweit dieser Grundsatz eine erneute Strafverfolgung aufgrund der allgemeinen Strafgesetze betrifft, ist er durch Art. 103 Abs. 3 GG zum **verfassungsrechtlichen Verbot** erhoben worden ... Er gewährt dem einzelnen Schutz, den dieser als **individuelle Rechtsposition** geltend machen kann. [59] **Träger [dieses] grundrechtsgleichen Rechts ... sind nicht nur Verurteilte, sondern auch Freigesprochene.** [69] Das den Freispruch einschließende Verständnis trägt seinem grundrechtsgleichen Charakter Rechnung ... Der Einzelne soll darauf vertrauen können, wegen eines konkreten individuellen Sachverhalts nicht erneut vom Staat belangt und mit den Belastungen eines Strafverfahrens überzogen zu werden.“

A ist damit persönlich und sachlich vom Schutzbereich erfasst.

II. Eingriff

Mit der Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO müsste der Gesetzgeber in diese Rechtsposition des A eingegriffen haben. Das setzt zunächst voraus, dass auch der parlamentarische Gesetzgeber – neben der Exekutive (Staatsanwaltschaften) und Judikative (Gerichte) – Adressat des genannten Verbots ist.

„[70] [Aus der] Entstehungsgeschichte und Zweckrichtung ergibt sich, dass Art. 103 Abs. 3 GG über seinen Wortlaut hinaus nicht allein vor einer Verurteilung, sondern auch bereits vor allen Maßnahmen schützt, deren Zweck die mögliche Verurteilung ist. **Art. 103 Abs. 3 GG enthält ein Mehrfachverfolgungsverbot**, kein bloßes Mehrfachbestrafungsverbot. [71] ... Strafprozessrechtlich stellt Art. 103 Abs. 3 GG deshalb [für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte] ein **Verfahrenshindernis** dar, das als solches bereits der erneuten Einleitung eines Strafverfahrens entgegensteht. [72] **Gegenüber dem Gesetzgeber entfaltet Art. 103 Abs. 3 GG keine andere Wirkung, wenn dieser die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erneute Strafverfolgung durch die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens schafft.** [74] Das in Art. 103 Abs. 3 GG gegenüber den Strafverfolgungsorganen statuierte Verbot mehrfacher Strafverfolgung wäre praktisch wirkungslos, wenn die einfachgesetzliche Ausgestal-

„... als Wiederaufnahmeverfahren eine erneute Strafverfolgung und ggf. Verurteilung ermöglichen könnte.“

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Ein Grundrechtsverstoß liegt allerdings nur vor, wenn der Eingriff nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Beim Handeln der Legislative wäre dies der Fall, wenn ein gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum nicht bestand oder dieser überschritten wurde.

1. Grundsatz: Gesetzgeberischer Handlungsspielraum

Das BVerfG stellt dabei zunächst klar, dass die konkrete Ausgestaltung des in der Strafprozessordnung geregelten Wiederaufnahmerechts grundsätzlich Sache des Gesetzgebers ist, m.a.W. insoweit hier im Grundsatz also ein gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum besteht.

„[78] Da sowohl das Prinzip der materialen Gerechtigkeit als auch das Prinzip der Rechtssicherheit mit Verfassungsrang ausgestattet sind, ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, welchem der beiden Prinzipien im konkreten Fall der Vorzug gegeben werden soll. [93] ... [Es] obliegt dem Gesetzgeber grundsätzlich die Ausgestaltung der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsätze.“

2. Grenze des gesetzgeberischen Handlungsspielraums: Unantastbarkeit des Kernbereichs von Art. 103 Abs. 3 GG

a) Eine Regelung, die – wie § 362 Nr. 5 StPO – dem (ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestatteten) **Prinzip der materialen Gerechtigkeit Vorrang vor dem Prinzip der Rechtssicherheit** einräumt, ist indes nach Auffassung des BVerfG **mit dem schrankenlos gewährleisteten Art. 103 Abs. 3 GG nicht vereinbar**:

„[78] ... **Etwas anderes gilt jedoch, wenn das Grundgesetz diese Entscheidung bereits selbst getroffen hat. Eine solche Entscheidung beinhaltet Art. 103 Abs. 3 GG. Indem Art. 103 Abs. 3 GG bestimmt, dass wegen derselben Tat keine erneute Bestrafung erfolgen darf, hat das Grundgesetz** für den Anwendungsbereich dieser Bestimmung, mithin den Bereich strafgerichtlicher Urteile, **bereits entschieden, dass dem Prinzip der Rechtssicherheit Vorrang vor dem Prinzip der materialen Gerechtigkeit zukommt.** [79] ... **[Diese] Vorrangentscheidung ist absolut.** Damit ist das grundrechtsgleiche Recht des Art. 103 Abs. 3 GG abwägungsfest.“

[87] [Insbesondere] **Sinn und Zweck des Art. 103 Abs. 3 GG sprechen dafür, dass die Norm absolute Geltung beansprucht.** Sowohl die individuelle als auch die gesellschaftliche Zweckrichtung des Art. 103 Abs. 3 GG verlangen die verbindliche Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit. Dies lässt eine Relativierung seines Schutzes nicht zu.

[88] Der **Zweck des Art. 103 Abs. 3 GG als Individualrecht besteht zunächst darin, den staatlichen Strafanspruch um der Rechtssicherheit des Einzelnen willen zu begrenzen.** Der Einzelne soll darauf vertrauen dürfen, dass er nach einem Urteil wegen des abgeurteilten Sachverhalts nicht nochmals belangt werden kann. **Das grundrechtsgleiche Recht dient damit ... zugleich der Freiheit und der Menschenwürde des Betroffenen.** Es verhindert, dass der Einzelne – ggf. im Rahmen eines Prozesses ‚ad infinitum‘ – zum bloßen Objekt der Ermittlung der materiellen Wahrheit herabgestuft wird. Deshalb unterliegt die Strafverfolgung einem geregelten Verfahren, nach dessen Abschluss mittels eines Sachurteils

Zu dem in Art. 103 Abs. 3 GG niedergelegten absoluten – nicht der Abwägung zugänglichen – Grundsatz „Rechtssicherheit vor Gerechtigkeit“ führt das BVerfG in der Originalentscheidung weiterhin aus, dass dieser sich – neben der systematischen Auslegung (Rn. 82–86) – vor allem aus der teleologischen Auslegung (Rn. 87–89) des Art. 103 Abs. 3 GG ergäbe, auch wenn hierzu der Wortlaut [Rn. 80] und die Entstehungsgeschichte [Rn. 81] kein eindeutiges Ergebnis liefern würden.

eine weitere Strafverfolgung wegen derselben Tat ausscheidet. Art. 103 Abs. 3 GG beschränkt damit die Durchsetzung des Legalitätsprinzips.

[89] **Daneben dient die Rechtskraft einer Entscheidung auch dem Rechtsfrieden.** Es besteht ein vom Einzelnen unabhängiges Bedürfnis der Gesellschaft an einer endgültigen Feststellung der Rechtslage. Daher hat sich die moderne rechtsstaatliche Ordnung gegen die Erreichung des Ideals absoluter Wahrheit und für die in einem rechtsförmigen Verfahren festzustellende, stets nur relative Wahrheit entschieden. Auch das Strafrecht gebietet keine Erforschung der Wahrheit ‚um jeden Preis‘.“

b) Allerdings ist **Art. 103 Abs. 3 GG eng auszulegen.** Es beschränkt sich insoweit nur auf Strafurteile deutscher Gerichte, soweit als Rechtsfolge eine Strafe verhängt (oder freigesprochen) wurde und **dieselbe prozessuale Tat** betroffen ist.

„[97] Das Mehrfachverfolgungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG bezieht sich nur auf die Anwendung der allgemeinen Strafgesetze, das heißt des Kriminalstrafrechts. [98] Art. 103 Abs. 3 knüpft an das mit einer Strafe verbundene autoritative Unwerturteil an ... Nicht erfasst sind somit Maßnahmen der Strafvollstreckung sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung. [99] ... Insbesondere ist damit die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten ... ausgenommen. [100] Art. 103 Abs. 3 GG verbietet die erneute Strafverfolgung nur, wenn ein Strafurteil dieselbe Tat, also den geschichtlichen ... Vorgang zum Gegenstand hat. [101] Der Schutz des Art. 103 Abs. 3 GG wird dabei allein durch Strafurteile deutscher Gerichte ausgelöst. [102] Art. 103 Abs. 3 GG entfaltet seine Wirkung nur nach Strafverfahren, die durch ein rechtskräftiges Sachurteil abgeschlossen wurden. [103] Das Mehrfachverfolgungsverbot ... wird nur durch Strafurteile ausgelöst, die aufgrund einer Hauptverhandlung in der Sache ergangen sind. [107] Strafbefehle unterfallen nicht dem Schutz des Art. 103 Abs. 3 GG. [111] Auch gerichtliche Einstellungsentscheidungen sind nicht ... erfasst.“

Da A hier 1983 durch ein Urteil des LG Stade rechtskräftig freigesprochen worden war und der Gegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens sowie Haftbefehls gegen ihn im Februar 2022 dieselbe prozessuale Tat betrifft, liegt nach dem Vorgenannten insoweit die Schlussfolgerung nahe, dass § 362 Nr. 5 StPO verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist und die Wiederaufnahme des Strafverfahrens nicht auf diese Vorschrift gestützt werden kann.

3. Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum in den übrigen Fällen der Wiederaufnahme (§ 362 Nr. 1-4 StPO)

Mit Blick auf die anderen Wiederaufnahmegründe der StPO (§ 362 Nr. 1-4 StPO) stellt sich allerdings die Frage, wo die Grenze des – grundsätzlich gegebenen (s.o.) – gesetzgeberischen Handlungsspielraums nach Auffassung des BVerfG verläuft.

a) Rechtsstaatswidrige Urteile

Eine Grenzlinie besteht zunächst gegenüber rechtsstaatswidrigen Urteilen. Liegt ein solches Urteil vor, soll ein Eingriff in Art. 103 Abs. 3 GG im Fall der Wiederaufnahme deshalb nicht gegeben sein, weil es nicht primär um die **inhaltliche Korrektur des Urteils, sondern um die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens** geht.

„[115] Die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens kann auch darauf gerichtet sein, ein mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbarendes Urteil aufzuheben, ohne dass eine Änderung des materiellen Ergeb-

nisses im Vordergrund steht. **Ist dies der Fall, ist Art. 103 Abs. 3 GG nicht berührt.**“

„[118] Dies betrifft insbesondere die Wiederaufnahme von Strafverfahren gemäß § 362 Nr. 1-4 StPO. [119] ... Die Wiederaufnahme erfolgt bei einer Amtspflichtverletzung (§ 362 Nr. 3 StPO) unabhängig von der inhaltlichen Richtigkeit des Urteils. Auch in den Fällen eines erwiesenermaßen falschen Beweises (§ 362 Nr. 1 und 2 StPO) steht nicht die Korrektur des Ergebnisses im Vordergrund. Die Wiederaufnahme entfällt in letzteren Fällen nur dann, wenn ausgeschlossen ist, dass diese Handlungen Einfluss auf die Entscheidung gehabt haben (§ 370 Abs. 1 Alt. 2 StPO). **Ziel der Wiederaufnahme ist in allen diesen Fällen nicht notwendig ein im Ergebnis anderes Urteil, sondern primär die Wiederholung des fehlerbehafteten Verfahrens.**“

Ein solcher Fall lag hier nicht vor. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das A freisprechende Urteil des LG Stade rechtsstaatswidrig zustande gekommen ist.

b) Glaubhaftes Geständnis des rechtskräftig Freigesprochenen

Art. 103 Abs. 3 GG ist weiterhin auch dort nicht berührt, wo der Freigesprochene ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat vor Gericht oder außergerichtlich abgibt (vgl. § 362 Nr. 4 StPO).

„[122] **Auch § 362 Nr. 4 StPO hat nicht eine Änderung des Freispruchs zum eigentlichen, vorrangigen Ziel.** Vielmehr hat die Norm den Zweck, ein Verhalten zu verhindern, das die Autorität des rechtsstaatlichen Strafverfahrens infrage stellen würde.“

Auch ein solcher Fall lag hier nicht vor. A hat die Tat nicht nachträglich eingeräumt. Er ist vielmehr aufgrund neuer Beweismittel (DNA-Begutachtung) dringend tatverdächtig.

Zwischenergebnis:

Im vorliegenden Fall geht es anders als in den vorgenannten Fällen darum, eine materiell-unrichtige Entscheidung, die ihrerseits nicht rechtsstaatswidrig ergangen ist, nachträglich inhaltlich zu korrigieren. Damit wird in den - keiner Abwägung zugänglichen - Kernbereich des Art. 103 Abs. 3 GG eingegriffen.

„[123] Demgegenüber verbietet Art. 103 Abs. 3 GG dem Gesetzgeber die Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel, die vorrangig auf eine inhaltlich ‚richtigere‘ Entscheidung zielt. [124] **Die Korrektur eines Strafurteils mit dem Ziel, eine inhaltlich ‚richtigere‘ und damit materiell gerechtere Entscheidung herbeizuführen, lässt sich mit der von Art. 103 Abs. 3 GG getroffenen unbedingten Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit nicht vereinbaren.**“

§ 362 Nr. 5 StPO ist deshalb verfassungswidrig. Die darauf beruhenden Beschlüsse des LG und OLG verletzen den A in seinen Rechten. Bereits aus diesem Gesichtspunkt ist die Verfassungsbeschwerde auch begründet.

B. Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot (Art 103 Abs. 3 GG i.V.m. Art 20 Abs. 3 GG)

I. Herleitung und Schutzbereich

Das aus Art. 103 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitete Rückwirkungsverbot verbietet grundsätzlich die rückwirkende Geltung von Gesetzen.

Zuungunsten des Angeklagten wird die Wiederaufnahme des Verfahrens in folgenden Fällen ermöglicht:

- § 362 Nr. 1, 364 StPO: Zugunsten des Angeklagten wird Beweis mit einer unechten oder verfälschten Urkunde geführt.
- § 362 Nr. 2, 364 StPO: Zugunsten des Angeklagten wird durch Zeugen oder Sachverständigen vorsätzlich falsch ausgesagt bzw. begutachtet bzw. vorsätzlich oder fahrlässig ein falscher Eid abgegeben.
- § 362 Nr. 3 StPO: Strafbare Amtspflichtverletzung durch Richter oder Schöffen.
- § 362 Nr. 4 StPO: Freigesprochener legt vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis von der Straftat ab.

Das BVerfG unterscheidet dabei in st.Rspr. zwischen **echter und unechter Rückwirkung** (bzw. ‚Rückbewirkung von Rechtsfolgen‘ und ‚tatbestandlicher Rückanknüpfung‘). Echte Rückwirkung entfaltet eine Norm, wenn ihre belastende Rechtsfolge für vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll. Von einer unechten Rückwirkung wird dagegen ausgegangen, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtspositionen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet.

II. Eingriff

§ 362 Nr. 5 StPO ist zeitlich nicht begrenzt. Es existiert auch keine Übergangsregelung. Damit ist die Wiederaufnahme auch bei Freisprüchen möglich, die – wie im vorliegenden Fall – schon lange vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung (30.12.2021) in Rechtskraft erwachsen und damit rechtlich abgeschlossen waren. Es liegt insoweit ein Eingriff in das Rückwirkungsverbot in Form der **echten Rückwirkung** vor.

„[149] Die Erstreckung auf Freisprüche, die bereits vor Inkrafttreten des § 362 Nr. 5 StPO rechtskräftig geworden sind, stellt eine „echte“ Rückwirkung im Sinne einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen dar.“

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen („echte Rückwirkung“) ist grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig. Sie ist nur in begrenzten Ausnahmefällen für zulässig erachtet worden. Ein solcher Ausnahmefall liegt im Hinblick auf den Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO ersichtlich nicht vor.

„[152] Die mit der Neuregelung des § 362 Nr. 5 StPO einhergehende ‚echte‘ Rückwirkung ist verfassungsrechtlich nicht ausnahmsweise zulässig.“

Ergebnis: § 362 Nr. 5 StPO ist auch mit dem Rückwirkungsverbot unvereinbar. Auch insoweit wird A durch die darauf beruhenden Beschlüsse des LG und OLG in seinen Rechten verletzt.

Die Verfassungsbeschwerde ist erfolgreich.

Die Kernaussage, Art. 103 Abs. 3 GG sei nicht gestaltungsoffen, sondern abwägungsfest, sodass ein gesetzgeberischer Handlungsspielraum für Relativierungen der Rechtskraft bzw. des damit verbundenen Vertrauensschutzes in keinem Fall bestehe, in dem es „nur“ um die inhaltlich richtige/re (gerechte) Entscheidung geht, erscheint vor dem Hintergrund konsequent, dass die Verfassungsnorm die Abwägung zwischen materiellem Gerechtigkeitsanspruch und Rechtssicherheit zugunsten der Letzteren selbst getroffen hat. Damit ist aber die weitere Annahme des BVerfG problematisch, in den anderen Fällen der Wiederaufnahme sei die Verfassungsnorm nicht berührt. Denn auch in diesen Fällen geht es der Sache nach um inhaltliche Richtigkeit und – damit vorrangige – Gerechtigkeit. Darüber hinaus lässt das BVerfG offen, worin verfassungsrechtlich der Unterschied des hiesigen Falls zu § 362 Nr. 4 StPO besteht: Es ist nicht nachvollziehbar, dass derjenige, der sich selbst überführt und ein Geständnis abgibt, also letztlich auch ein neues Beweismittel gegen sich selbst schafft, erneut verfolgt werden darf; demgegenüber jedoch nicht der Mörder, der durch (neuen) DNA-Beweis des Kapitalverbrechens überführt wird. Zur Vermeidung von Widersprüchen hätte man insoweit entweder das gesamte Wiederaufnahmerecht auf den Prüfstand stellen oder darüber nachdenken müssen, ob es nicht doch „exzeptionelle Vorbehalte“ gibt, „die Reichweite der Rechtskraft dort zu relativieren, soweit diese ihrerseits die Befriedungswirkung der Rechtskraft zu beeinträchtigen droht“ – insbesondere bei schlimmsten Kapitalverbrechen wie im vorliegenden Fall!

Derartige Ausnahmefälle, in denen eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen ggf. zulässig sein kann, sind u.a. (vgl. eingehend BVerfG a.a.O., Rn. 146):

- Betroffener konnte in dem Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht auf den Fortbestand der gesetzlichen Regelung vertrauen.
- Bisherige Rechtslage war systemwidrig und unbillig, sodass ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit bestanden oder es bestand ein Zustand erheblicher Rechtsunsicherheit.
- Übertragende Belange des Gemeinwohls rechtfertigen die Rückwirkung.
- Betroffener stützt sein Vertrauen auf einen durch eine ungültige Norm erzeugten Rechtsschein.
- Durch rückwirkende Gesetzesänderung wird kein oder nur ein ganz unerheblicher Schaden verursacht.

So Gärditz, Stellungnahme zu § 362 Nr. 5 StPO (2021)

RA/FAStR Dr. Rolf Krüger und Prof. Dr. Patrick Rieck, OStA a.D.

§§ 211, 212 StGB

Heimtückische Tötung eines Kleinkindes

BGH, Beschl. v. 12.07.2023 – 6 StR 231/23, BeckRS 2023, 18485

Fall

Die A lebt mit ihrem Ehemann E und der gemeinsamen drei Monate alten Tochter T in einem Zimmer in einer Unterkunft. A fühlt sich mit der Erziehung des Kindes zunehmend allein gelassen und hilflos und beschließt, T zu töten. Als E eines Abends das von der Familie bewohnte Zimmer verlässt und sich ca. 360 Meter von der Unterkunft im Außenbereich des Geländes aufhält, tötet A die T mit mehreren Messerstichen.

Wie hat sich A strafbar gemacht?

Lösung

A. Strafbarkeit gemäß § 212 Abs. 1 StGB

Indem A ihre Tochter T mit mehreren Messerstichen getötet hat, hat sie kausal und zurechenbar den objektiven Tatbestand des Totschlags verwirklicht. Dabei handelte sie auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

B. Strafbarkeit gemäß §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gr. 2 StGB

A könnte darüber hinaus wegen Mordes nach § 211 StGB strafbar sein.

I. Objektiver Tatbestand

T ist durch die von A ausgeführten Stiche tödlich verletzt worden. Als objektives **Mordmerkmal** kommt zunächst **Heimtücke** gemäß § 211 Abs. 2 StGB in Betracht. Diese setzt das **bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit in feindlicher Willensrichtung voraus**. **Arglos** ist, wer zum Zeitpunkt des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs nicht mit Gefahr für Leib oder Leben vonseiten des Täters rechnet. **Wehrlos** ist, wer aufgrund seiner Arglosigkeit in seiner Verteidigung wesentlich eingeschränkt ist. Gegen eine Arg- und die dadurch bedingte Wehrlosigkeit der T spricht, dass diese **aufgrund ihres Alters gar nicht in der Lage war, eine Gefahr für Leib oder Leben zu erkennen und sich „zu verteidigen“**. Das hätte allerdings zur Folge, dass **konstitutionell nicht zum Argwohn fähige Personen** (z.B. Schwerkranke und Klein(st)kinder) nicht heimtückisch getötet werden könnten.

„[5] Bei der **Tötung eines wenige Wochen oder Monate alten Kleinkindes** kommt es für die Frage der Heimtücke **nicht auf dessen Arg- und Wehrlosigkeit an**, weil es aufgrund seines Alters noch nicht zu Argwohn und Gegenwehr fähig ist, **sondern auf die Arg- und Wehrlosigkeit eines im Hinblick auf das Kind schutzbereiten Dritten**. Dies ist **jede Person, die den Schutz des Kindes vor Leib- oder Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und im Tatzeitpunkt entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut oder vom Täter ausgeschaltet wurde.**“

Als schutzbereiter Dritter kommt vorliegend der Vater E in Betracht.

„[6] Der potentiell schutzbereite Dritte **muss nach den Umständen des Einzelfalls den Schutz wirksam erbringen können**. Dies setzt zwar nicht voraus, dass er unmittelbar zugegen ist, **unerlässlich ist aber eine ‚gewisse räumliche Nähe‘** (st.Rspr. ...). An diesem Erfordernis fehlt es jeden-

Leitsätze

1. Bei der Tötung eines wenige Wochen oder Monate alten Kleinkindes kommt es für die Frage der Heimtücke nicht auf dessen Arg- und Wehrlosigkeit an, weil es aufgrund seines Alters noch nicht zu Argwohn und Gegenwehr fähig ist, sondern auf die Arg- und Wehrlosigkeit eines im Hinblick auf das Kind schutzbereiten Dritten.

2. Der potentiell schutzbereite Dritte muss nach den Umständen des Einzelfalls den Schutz jedoch wirksam erbringen können. Dies setzt zwar nicht voraus, dass er unmittelbar zugegen ist, unerlässlich ist aber eine „gewisse räumliche Nähe“.

Prüfungsschema: Mord

- I. Objektiver Tatbestand
 1. Tod eines Menschen
 2. Tötungshandlung
 3. Kausalität (zw. 2. und 1.)
 4. Objektive Zurechenbarkeit (h.L.)
 5. Objektive Mordmerkmale der 2. Gruppe:
 - heimtückisch
 - grausam
 - mit gemeingefährlichen Mitteln
- II. Subjektiver Tatbestand
 1. Vorsatz und sonstige subjektive Erfordernisse des jeweiligen Mordmerkmals
 2. Absichtsmerkmale der 3. Gruppe:
 - um eine andere Straftat zu ermöglichen
 - um eine andere Straftat zu verdecken
 3. Motivmerkmale der 1. Gruppe:
 - Mordlust
 - zur Befriedigung des Geschlechtstriebes
 - Habgier
 - sonst niedrige Beweggründe
- III. Rechtswidrigkeit
- IV. Schuld

Bei der **Prüfung der Arg- und Wehrlosigkeit von nicht zum Argwohn fähigen Personen** ist besonders sorgfältig zu argumentieren. Die Fähigkeit zum Argwohn ist Voraussetzung von Arglosigkeit. Die Grenze zur Ausbildung eines konstitutionell möglichen Argwohns wird von der Rspr. „in der Regel“ ab einem **Lebensalter von etwa drei Jahren** angenommen (vgl. BGH, Beschl. v. 03.03.2022 – 5 StR 495/21, BeckRS 2022, 3932 oder BGH, Beschl. v. 23.06.2020 – 2 StR 132/20, NStZ-RR 2020, 313). Ab diesem Zeitpunkt (also dann, wenn ein eigener Argwohn gebildet werden kann) ist es dann Tatfrage, ob ein **Kleinkind als arglos** anzusehen ist, was zu einer heimtückischen Tötung führen kann. Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob die hier vorgestellte **Rspr. zum schutzbereiten Dritten** einschlägig ist.

Beachte: Nach st.Rspr. liegt Heimtücke vor, wenn die natürlichen Abwehrinstinkte des Opfers überwunden werden, z.B. Fütterung eines Säuglings mit gesüßtem, aber vergiftetem Babybrei (vgl. BGH, Urt. v. 07.06.1955 – 5 StR 104/55, BeckRS 1955, 103960).

Vgl. AS-Skript Strafrecht BT2 (2021), Rn. 51

Vgl. dazu AS-Skript Strafrecht BT2 (2022), Rn. 51 f.

Vgl. AS-Skript Strafrecht BT2 (2022), Rn. 53

falls dann, wenn aufgrund der räumlichen Entfernung vom Tatort der tödliche Angriff schon gar nicht wahrgenommen werden kann und eine Gegenwehr des Dritten auch deshalb zu spät käme, weil hierfür erst eine **erhebliche räumliche Distanz überwunden** werden muss“.

Vorliegend kann nicht angenommen werden, dass E im Zeitpunkt des Angriffs auf das Leben des Kindes „schutzbereiter Dritter“ gewesen ist. Er hätte an seinem Standort im Außenbereich des Geländes, der sich 360 Meter von der Unterkunft entfernt befand, schon gar nicht die Möglichkeit gehabt, einen Angriff auf das Kind – etwa einen Schrei nach einer ersten Verletzung – wahrzunehmen. Danach scheidet eine heimtückische Tötung aus.

II. Zwischenergebnis: A hat nicht heimtückisch gehandelt. Da auch kein anderes Mordmerkmal in Betracht kommt, scheidet eine Strafbarkeit wegen Mordes aus.

Ergebnis: A hat sich „nur“ wegen Totschlags strafbar gemacht.

Unterstellt, das Mordmerkmal der Heimtücke wäre zu bejahen, gäbe die Entscheidung des BGH Anlass, sich mit **examensrelevanten Einschränkungen des objektiven Tatbestandes** zu befassen, die von einem **Teil der Lehre** gefordert werden, um die Rechtsfolge der lebenslangen Freiheitsstrafe in Ausnahmefällen zu vermeiden.

Nach der **Lehre von der negativen Typenkorrektur** setzt Mord zwar immer voraus, dass eines der in § 211 Abs. 2 StGB genannten Merkmale erfüllt ist. Diese sollen jedoch nur eine Indizwirkung haben. Der Mordvorwurf könne daher bei allen Mordmerkmalen wieder entfallen, wenn die Tötung aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters und der Tatumstände ausnahmsweise nicht als besonders verwerflich erscheint. Vorliegend könnte eine Tötungsmotivation aus Überforderung zumindest menschlich nachvollziehbar sein, sodass eine besondere Verwerflichkeit abzulehnen wäre.

Nach der **Lehre vom verwerflichen Vertrauensbruch** ist eine Tötung nur dann heimtückisch, wenn durch die Tötung ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch begangen wird. Heimtückische Tötungen wären danach nur in persönlichen Näheverhältnissen denkbar, was hier gegeben war.

Die von der Lehre geforderten **tatbestandlichen Beschränkungen des Heimtücke-Merkmals sind jedoch insbesondere im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) abzulehnen**. Auch der BGH hält bei **Tötungen in einer besonderen Konfliktlage** nur eine Berücksichtigung des geminderten Schuldgehalts auf **Strafzumessungsebene** für möglich, sofern außergewöhnliche Umstände vorliegen. So kann in Heimtückefällen auf der Rechtsfolgenseite des Mordes **an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe der Strafrahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB treten**, wenn **außergewöhnliche Umstände** vorliegen, die das Ausmaß der Täterschuld erheblich mindern. Solche sind z.B. notstandsbezogene, ausweglos erscheinende Situationen, tiefes Mitleid, große Verzweiflung, gerechter Zorn, schwere Provokation, vom Opfer verursachter und ständig neu angefachter zermürender Konflikt sowie schwere Kränkungen des Täters durch das Opfer.

OStA Dr. Jost Schützeberg

§§ 22, 23, 24, 223, 224, 250, 252 StGB

Bei Erreichung eines außertatbestandlichen Ziels ist der Rücktritt nicht ausgeschlossen

BGH, Beschl. v. 16.05.2023 – 3 StR 137/23, BeckRS 2023, 17376

Fall

A ist einkaufen. Da die Preise infolge der Inflation sehr stark gestiegen sind, insbesondere für Pasta und Olivenöl, beschließt er, einen privaten Inflationsausgleich vorzunehmen. A verstaubt eine Packung Spaghetti (1,29 €) und eine Flasche Olivenöl (7,99 €) in seinem Rucksack und verschließt ihn. Er plant, den Supermarkt zu verlassen, ohne die Waren zu bezahlen. Im Kassensbereich spricht ihn allerdings der Ladendetektiv L an, der alles beobachtet hat. Um sich im Besitz der Beute zu halten und der Festnahme zu entziehen, greift A den L mit einem Springmesser an, wobei er billigend in Kauf nimmt, L auch lebensgefährlich zu verletzen. A verfehlt L mit seinem schwungvoll geführten Stich lediglich deshalb, weil L zurückweicht und danach auf Distanz bleibt. So kann A mit der Beute fliehen.

Strafbarkeit des A?

Lösung

A. A könnte sich wegen **Diebstahls** nach **§ 242 Abs. 1 StGB** strafbar gemacht haben, indem er die Spaghetti und das Olivenöl in seinen Rucksack steckte.

I. A müsste Spaghetti und Olivenöl – bewegliche Sachen, die im Eigentum des Supermarktes stehen und damit fremd sind – weggenommen haben. **Wegnahme** ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams. **Gewahrsam** ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung.

1. Es müsste zunächst **fremder Gewahrsam bestanden** haben. Nach der Verkehrsanschauung ist dem Inhaber eines räumlich abgrenzbaren Machtbereichs, wie hier dem Inhaber des Supermarktes, aufgrund eines generellen Gewahrsamswillens der Gewahrsam in Bezug auf den Warenbestand zuzuordnen.

2. A müsste **neuen Gewahrsam begründet** haben. Der Täter muss die tatsächliche Herrschaft über die Sache derart erlangen, dass der Ausübung der Sachherrschaft keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen.

a) Für einen **Gewahrsamswechsel innerhalb eines fremden Machtbereichs** kommt es auf die Beschaffenheit des Tatobjektes an. Wenn das Objekt klein und handlich ist, so genügt das Schaffen einer **Gewahrsamsenklave**. Der Täter muss die Sache so eng in seine höchstpersönliche Sphäre verbringen, dass der bisherige Inhaber in einen **Tabubereich** eindringen und sich damit rechtfertigen müsste, um die Sache zurückzuerlangen.

Dadurch, dass A die Waren in seinen Rucksack steckte und verschloss, schloss er den bisherigen Gewahrsamsinhaber bzw. dessen Mitarbeitende von der tatsächlichen Herrschaftsgewalt aus und verbrachte die Sachen in seine höchstpersönliche Sphäre. Niemand hätte in den Rucksack ohne Rechtfertigung, also eine Erlaubnis des A oder eine Anordnung durch die Polizei, hineingreifen dürfen. Damit begründete A bereits im Supermarkt neuen Gewahrsam an den Sachen.

Leitsätze

1. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann, ohne dass eine ganz neue Handlungs- und Kausalkette in Gang gesetzt werden muss, und der Täter dies erkennt, oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält.

2. Maßgebend ist, dass der Täter nach seiner Vorstellung – wenn auch unter Aufgabe seines eigentlichen Ziels – rein tatsächlich in der Lage gewesen wäre, die Tat zu vollenden.

3. Die „außertatbestandliche Zielerreichung“ und die damit verbundene, vom Täter erkannte Nutzlosigkeit der Tatfortsetzung führen weder zur Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs, noch wird dadurch die Freiwilligkeit eines Rücktritts ausgeschlossen.

Prüfungsschema: „Wegnahme“

Immer in drei Schritten prüfen!

1. Bestand fremder Gewahrsam?
2. Wurde neuer Gewahrsam begründet?
3. Erfolgte der Gewahrsamswechsel unter Bruch, d.h. ohne Einverständnis.

Das **häufige Klausurproblem** der **Beobachtung** beim Diebstahl ist zweifach kurz anzusprechen:

1. Hindert die Beobachtung den Gewahrsamswechsel? Antwort: Nein!
2. Ist mit der Beobachtung ein konkludent erteiltes Einverständnis verbunden? Antwort: Nein!

Das **Antragserfordernis** nach § 247 StGB gilt hingegen auch für die Qualifikationen!

Aufbau: Den genauen Vollendungszeitpunkt hätte man oben bei § 242 auch noch offenlassen können, um ihn erst hier genau festzulegen. Dann wäre es aber auch konsequenter, § 249 vor § 252 zu prüfen und dort festzustellen, dass die Nötigungsmittel nicht final zur Wegnahme eingesetzt worden sind, da die Wegnahme vor Gewalt- bzw. Drohungsanwendung vollendet war.

Vertiefung: Nach dem BGH genügt jedes visuelle, taktile oder akustische Wahrnehmen der Waffe bzw. des gefährlichen Werkzeugs! Vgl. dazu BGH RÜ 2020, 651 und die lesenswerten – kurze – Besprechung bei Rieck NStZ 2021, 229.

b) Dem Gewahrsamswechsel steht die **Beobachtung** durch L nicht entgegen, denn Diebstahl ist keine heimliche Tat, was sich bereits daraus ergibt, dass die Gewahrsamsverhältnisse nach der Verkehrsanschauung beurteilt werden.

3. Der Gewahrsamswechsel müsste unter **Bruch**, d.h. ohne bzw. gegen den Willen des bisherigen Inhabers erfolgt sein. Ein Einverständnis war weder vom Inhaber noch seinen Mitarbeitenden erteilt worden. Die Beobachtung durch L stellt zum einen kein konkludentes Einverständnis dar, zum anderen wäre ohnehin zweifelhaft, ob L als Detektiv überhaupt berechtigt wäre, über die Waren zu verfügen.

II. A handelte vorsätzlich und in der Absicht, sich die Waren rechtswidrig zuzueignen, obwohl er wusste, hierauf keinen fälligen Anspruch zu haben.

III. A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

A hat einen Diebstahl verwirklicht. Wegen der Geringwertigkeit der entwendeten Sachen ist noch ein **Strafantrag** notwendig (§ 248 b StGB).

B. A führte mit dem Springmesser eine **Waffe** während der Tatausführung vorsätzlich **bei sich**, sodass er wegen **Diebstahls mit Waffen** nach §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB strafbar ist. Eines Strafantrages nach § 248 a StGB bedarf es hier nicht. Das Antragserfordernis bezieht sich nur auf den Grundtatbestand.

C. A könnte sich wegen **besonders schweren räuberischen Diebstahls** nach §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 a StGB strafbar gemacht haben, indem er eine schwungvolle Stichbewegung mit dem Messer gegenüber L ausführte.

I. Die **Vortat des Diebstahls ist vollendet**, aber nicht beendet, da A zwar eigenen Gewahrsam an den Waren begründet (s.o.), aber seinen Gewahrsam noch nicht gesichert hatte, solange er sich im Supermarkt befand. A wurde im Supermarkt und damit am Tatort während der Vollendung wahrgenommen und damit **auf frischer Tat betroffen**. Durch die Stichbewegung wendete A mangels körperlicher Zwangswirkung zwar keine Gewalt an, aber er drohte gegenüber L eine gegenwärtige Gefahr für dessen Leib und Leben an, sollte dieser seine Flucht hindern. Mithin setzte A **qualifizierte Nötigungsmittel** ein.

II. A handelte **vorsätzlich** und mit der **Absicht**, sich den **Besitz an der Beute zu erhalten**.

III. A **verwendete** zur Beutesicherung mit dem Springmesser eine **Waffe**, wobei L das Messer als solches und die Drohung wahrnahm.

IV. A handelte rechtswidrig wie schuldhaft und hat sich wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls strafbar gemacht.

D. Die zugleich verwirklichte **Nötigung** nach § 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB tritt dahinter im Wege der Spezialität zurück.

E. A könnte sich durch die Stichbewegung mit dem Messer auch wegen **versuchter gefährlicher Körperverletzung** nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 5, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Die Tat ist **nicht vollendet**. Der **Versuch** ist nach §§ 224 Abs. 2, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB **strafbar**.

II. A nahm sowohl eine **Gesundheitsschädigung** des L als auch eine **lebensgefährdende Behandlung** billigend in Kauf und handelte somit mit Eventualvorsatz in Bezug auf den Grundtatbestand des § 223 Abs. 1 StGB und den Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Zudem hatte er in Bezug auf das Springmesser Tatentschluss zur **Begehung mittels einer Waffe** nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

III. A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

IV. A könnte jedoch **strafbefreiend** zurückgetreten sein nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB, indem er aus dem Supermarkt floh.

1. Dann dürfte der **Versuch** zunächst **nicht fehlgeschlagen** sein.

„[5] **Fehlgeschlagen** ist ein Versuch, wenn die Tat nach Mislingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs **mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann**, ohne dass eine ganz neue Handlungs- und Kausalkette in Gang gesetzt werden muss, und der Täter dies erkennt, oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält.

[6] Hieran gemessen war der Versuch nicht fehlgeschlagen ... , nachdem der Ladendetektiv vor dem Messerstich des Angeklagten zurückgewichen war. Denn er blieb, wenn auch distanzwährend, in der Nähe des [A], sodass dieser ihm hätte nachsetzen und weiter auf ihn hätte einwirken können.

[7] Zwar hätte [A] nach seinem Vorstellungsbild, auf das es insofern ankommt, dann die primär erstrebte Flucht mit der Beute nicht mehr verwirklichen können. **Maßgebend ist aber insoweit, dass er nach seiner Vorstellung, wenn auch unter Aufgabe seines eigentlichen Ziels, rein tatsächlich in der Lage gewesen wäre, den Detektiv weiter anzugreifen.“**

2. Die objektiven Rücktrittsbedingungen bestimmen sich danach, welche Art von Versuch vorliegt. Ein **unbeendeter Versuch** liegt vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung noch nicht alles Erforderliche für die Vollendung der Tat getan hat und die Vollendung noch möglich erscheint. L blieb wie gesehen distanzwährend in der Nähe des A, sodass dieser weiter auf ihn hätte einwirken können, sodass A noch nicht alles Erforderliche für die Vollendung der Tat getan hatte.

Daher genügte, dass A nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB die weitere **Ausführung der Tat aufgab**. Dadurch dass A nicht weiter auf L Stichbewegungen ausführte, sondern stattdessen das Geschäft verließ, nahm er von der Tat Abstand.

3. A müsste schließlich **freiwillig**, d.h. aus selbstbestimmten Motiven, zurückgetreten sein.

„[8] [Es] handelte sich um eine **autonome Entscheidung**, der ursprünglich beabsichtigten **Flucht Vorrang zu geben**. [9] Der rechtlichen Beurteilung als freiwilliger Rücktritt vom Versuch widerspricht es ... nicht, dass [A] mit dem Angriff auf den Ladendetektiv den beabsichtigten Zweck, die Flucht mit der Beute, erreichte. Die ‚**außertatbestandliche Zielerreichung**‘ und die damit verbundene, vom Täter erkannte Nutzlosigkeit der Tatfortsetzung führen weder zur Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs, noch wird dadurch die Freiwilligkeit eines Rücktritts ausgeschlossen.“

Dafür spricht erstens der **Wortlaut** des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB, wonach sich der Rücktritt auf die „Tat“ bezieht, womit unter Heranziehung von § 22 StGB die Verwirklichung des Tatbestandes gemeint ist, also gerade nicht außertatbestandliche Ziele. Zweitens widerspräche es dem **Schutzzweck** der Rücktrittsmöglichkeit: Würde man dem Täter bei der außertatbestandlichen Zielerreichung die Möglichkeit zum Rücktritt versagen, so entfielen der bezweckte Schutz zugunsten seines Opfers. Drittens würden unbillige **Wertungswidersprüche** entstehen: Der kriminellere Absichtstäter würde privilegiert werden, da dieser mangels Erstrebens anderer Ziele ohne Weiteres zurücktreten könnte; im Gegensatz zum Täter, der etwa nur mit dolus eventualis hinsichtlich des lediglich sekundär ins Auge gefassten tatbestandlichen Erfolges und primär zur Verwirklichung eines außertatbestandlichen Zieles handelt. Das erscheint widersprüchlich.

A ist demnach strafbefreiend vom Versuch der gefährlichen Körperverletzung zurückgetreten.

Gesamtergebnis und Konkurrenzen: A hat sich wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls strafbar gemacht, der den Diebstahl mit Waffen im Wege der Spezialität verdrängt.

StA Dr. Sascha Holznagel

Vertiefung: Lesenswert und heißer Examenstipp ist auch die Entscheidung BGH RÜ 2023, 25.

Aufbau: Das Problem lässt sich sowohl beim Fehlschlag als auch bei den objektiven Rücktrittsvoraussetzungen als auch bei der Freiwilligkeit diskutieren.

§§ 32, 223, 224 StGB; § 859 BGB

Der Messereinsatz gegen einen flüchtenden Angreifer ist mangels Erforderlichkeit nicht gerechtfertigt

BGH, Beschl. v. 31.05.2023 – 3 StR 119/23, BeckRS 2023, 15389

Leitsatz

Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist der Gebrauch eines Messers i.d.R. anzudrohen, wenn die Drohung unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht hat, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann.

Zu den Definitionen vgl. Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, § 224 Rn. 14, 27, jeweils m.w.N.

Fall

A führt in seinem Rucksack verschreibungspflichtige Arzneimittel mit sich, um mit ihnen außerhalb von Apotheken unerlaubt Handel zu treiben. Um sich vor Angriffen von möglichen „Konkurrenten“ zu schützen, hat er auch ein scharfes Messer in der Hosentasche dabei. B, der vom unerlaubten Handel des A weiß und ihm die verschreibungspflichtigen Arzneimittel abnehmen möchte, lauert A auf, entreibt ihm den Rucksack samt der Arzneimittel und läuft davon. A eilt B nach, um die Arzneimittel zurückzuerlangen. Bei seiner Flucht stürzt der unbewaffnete B und bleibt infolge des Sturzes auf dem Boden liegen. Bevor sich B wieder aufrichten kann, erreicht A den B und sticht ihm mit seinem Messer in den Oberkörper.

Strafbarkeit von A gemäß §§ 223, 224 StGB?

Lösung

Strafbarkeit gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB

A könnte sich durch den Messerstich gegenüber B wegen **gefährlicher Körperverletzung** gemäß **§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB** strafbar gemacht haben.

I. Objektiver Tatbestand

1. Der vorsätzliche Stich mit dem scharfen Messer ist eine **körperliche Misshandlung** und eine **Gesundheitsschädigung** gemäß **§ 223 Abs. 1 StGB**.

2. Durch den Stich mit dem Messer kommt eine Begehung mittels eines **anderen gefährlichen Werkzeugs** gemäß **§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB** in Betracht. Ein gefährliches Werkzeug ist ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen, was hier schon aufgrund der Schärfe des Messers und der Nutzung zum Stechen anzunehmen ist. Außerdem kommt auch eine Begehung mittels einer das **Leben gefährdenden Behandlung** gemäß **§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB** in Betracht. Nach st.Rspr. genügt es dafür, dass die Art der Behandlung nach den Umständen des Einzelfalls dazu geeignet ist. Ein Stich mit einem Messer in den Oberkörper kann Verletzungen an lebenswichtigen Organen (z.B. Herz, Lunge, Magen, usw.) hervorrufen, so dass hier eine lebensgefährdende Behandlung vorgelegen hat.

II. Subjektiver Tatbestand

A handelte bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale **vorsätzlich**.

III. Rechtswidrigkeit

A könnte jedoch **gerechtfertigt** gehandelt haben.

1. Notwehr (§ 32 StGB)

Da B ihm vorher den Rucksack entrissen hat, könnte A in **Notwehr** gemäß **§ 32 StGB** gehandelt haben.

a) Das setzt einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff voraus. **Angriff** ist die Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch einen Menschen. Ein Angriff ist **gegenwärtig**, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert. Er ist **rechtswidrig**, wenn er von der Rechtsordnung missbilligt wird bzw. von dem Angegriffenen nicht zu dulden ist. Indem B den Rucksack und die Arzneimittel an sich nahm und damit weglief, waren Eigentum und Besitz des A gefährdet. B hatte – trotz der Absicht des A, mit den Arzneimitteln eine Straftat nach § 95 Abs. 1 Arzneimittelgesetz zu begehen – auch kein Recht, sich den Rucksack und die Arzneimittel anzueignen.

b) Der Stich in den Oberkörper des B stellte eine **Verteidigungshandlung** gegen die Rechtsgüter des A dar.

c) Fraglich ist aber, ob sie erforderlich war. **Erforderlich** ist eine Notwehrhandlung, wenn sie zur **sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs** führt und es sich bei ihr um das **mildeste Abwehrmittel** handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung steht. Ob dies der Fall ist, ist auf Grundlage einer objektiven Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung zu beurteilen. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich berechtigt, das Abwehrmittel zu wählen, das eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet.

Für tödlich wirkende Waffen oder Werkzeuge gilt aber einschränkend die sog. **3-Stufen-Folge**, sodass der Gebrauch der Waffe oder des Werkzeugs grundsätzlich immer zunächst anzudrohen ist, bevor unmittelbar auf den Angreifer eingewirkt werden darf:

„**Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist der Gebrauch eines Messers in der Regel anzudrohen, wenn die Drohung unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht hat, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann.** Dies war hier gegenüber dem unbewaffneten, auf der Flucht befindlichen und infolge eines Sturzes bereits auf dem Boden liegenden Geschädigten [B] der Fall.“

Mangels Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung ist A somit nicht durch Notwehr gerechtfertigt.

2. Selbsthilferecht (§ 859 Abs. 2 BGB)

A hat B unmittelbar nach der Besitzentziehung seines Rucksacks, die auf verbotener Eigenmacht i.S.d. § 858 BGB beruhte, verfolgt. Doch da die **Selbsthilfe des Besitzers** gemäß **§ 859 Abs. 2 BGB** ebenso eine erforderliche Handlung voraussetzt, ist A auch hiernach nicht gerechtfertigt.

IV. Schuld

Mangels Entschuldigungs- und/oder Schuldausschlussgründen handelte A auch **schuldhaft**.

Ergebnis: A hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

Sollte eine Klausur derart ausgestaltet sein, dass eine Verteidigungshandlung – anders als hier – erforderlich wäre, müssten sich Bearbeiterinnen und Bearbeiter im nächsten Schritt mit der Gebotenheit auseinandersetzen. Auch in diesem Fall richtete die Vorinstanz (LG Düsseldorf) ihr Hauptaugenmerk auf die Gebotenheit und lehnte diese ab. Besonders wichtige Fallkonstellationen zur Gebotenheit sind insb. Bagatellangriffe, krasse Missverhältnisse, Angriffe schuldlos Handelnder, persönliche Nähebeziehungen, Handlungen gegen Schutz- und Schweigegelderpresser, Widerstandshandlungen gegen hoheitliches Handeln oder auch schuldhafte Herbeiführungen einer Notwehrlage.

Long Bui, M. Iur.

BGH NStZ 2016, 593

3-Stufen-Folge: 1. Androhung, 2. Schutzwehr und 3. Trutzwehr – zu den Anforderungen vgl. auch BGH RÜ 2019, 573.

Für den BGH konnte die Gebotenheit aufgrund dessen dahinstehen. In der Vorinstanz stellte das LG Düsseldorf vor allem auf die Gebotenheit ab und lehnte eine Rechtfertigung nach § 32 StGB oder § 859 Abs. 2 BGB ab, da der Angeklagte die Arzneimittel wiedererlangen wollte, um seinerseits eine Straftat nach § 95 Abs. 1 Nr. 4 Arzneimittelgesetz zu begehen.

Details hierzu sind AS-Skript Strafrecht AT1 (2021), Rn. 218–238, zu entnehmen.

§§ 13, 25, 239 StGB

Garantenpflicht aus Ingerenz infolge Mitwirkung an einer rechtswidrigen Absprache

BGH, Beschl. v. 12.09.2023 – 4 StR 123/23, BeckRS 2023, 27286

Leitsatz

Denjenigen, der an einer abstrakten Absprache, andere einzusperren, mitwirkt, trifft in Bezug auf einen infolge dieser Absprache Eingesperreten eine Garantenpflicht aus Ingerenz.

Fall

A war in einer Flüchtlingsunterkunft als einer von mehreren Sozialbetreuern tätig. Seine vertraglich festgelegte Aufgabe bestand in der Beratung und sozialen Betreuung der Bewohner. Für die Aufrechterhaltung der Sicherheit in der Unterkunft war ein Sicherheitsdienst verantwortlich. Nachdem in der Unterkunft bei sehr hoher Belegung ein großes Konfliktpotenzial unter den Bewohnern bestand und es in einem Fall zu einer Massenschlägerei gekommen war, wurde ein sog. „Problemzimmer“ eingerichtet. Dieses diente zunächst nur dazu, als problematisch aufgefallene Bewohner (ohne Freiheitsentzug) separieren und beobachten zu können. Später wurde es dazu genutzt, Bewohner nach Streitigkeiten und Konflikten oder zur Sanktionierung von Verstößen gegen die Hausordnung einzusperren. Hiervon erhofften sich A und die weiteren Sozialbetreuer eine Reduzierung der Verstöße und Konflikte und damit auch eine Erleichterung ihres Arbeitsalltags. Im Januar 2022 wurde der Bewohner B wegen eines handgreiflichen Streits mit Mitbewohnern auf Anordnung von A für vier Stunden in das Problemzimmer gesperrt. Im Juni 2022 wurde B infolge eines lautstarken, indes nicht handgreiflichen Streits zwischen mehreren Bewohnern durch Anordnung des Sozialbetreuers C in das „Problemzimmer“ eingesperrt, wo er mehrere Stunden verblieb. A war in der Frühschicht tätig. Obwohl er bei Schichtbeginn erfahren hatte, dass sich der Bewohner B ohne dessen Zustimmung eingesperrt in dem Problemzimmer befand, unterließ er es, diesen umgehend zu befreien. Die Freilassung ordnete er erst nach mehreren Stunden an. Hat sich A wegen Freiheitsberaubung strafbar gemacht?

Lösung

A. Strafbarkeit gemäß § 239 Abs. 1 StGB (Januar 2022)

Indem A im Januar 2022 anordnete, den Bewohner B in das „Problemzimmer“ einzusperren, hat er sich wegen **Freiheitsberaubung** nach § 239 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Insbesondere stand A kein Festnahme- oder Festhalterecht nach der StPO oder nach Notstandsregeln zur Seite, da von B keine Straftat ausgegangen war.

B. Strafbarkeit gemäß §§ 239 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB (Juni 2022)

Fraglich ist, ob sich A in Bezug auf das Einsperren des B durch C im Juni 2022 wegen **mittäterschaftlicher Freiheitsberaubung** (§§ 239 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB) strafbar gemacht hat. Eine **sukzessive Mittäterschaft** scheidet indes aus, da A nicht zu der ihm fremden Tat des C hinzutreten wollte, keinen eigenen Handlungsbeitrag erbracht hat und die Tat des C bereits beendet gewesen sein dürfte.

C. Strafbarkeit gemäß §§ 239 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB (Juni 2022)

A könnte sich aber, indem er es unterließ, die Freilassung des B anzuordnen, wegen **unterlassener Freiheitsberaubung** nach §§ 239 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Objektiver Tatbestand

1. Freiheitsberaubung durch Unterlassen

B befand sich (weiterhin) eingesperrt in dem Problemzimmer. Er war damit sei-

ner Freiheit beraubt. A hat B zu seinem Schichtbeginn nicht freigelassen, obwohl ihm dies tatsächlich möglich und zumutbar war. Insoweit hat A den zum Tatbestand gehörenden Erfolg nicht abgewendet.

2. Garantenstellung (§ 13 StGB)

A müsste weiterhin aber auch rechtlich dafür einzustehen haben, dass der Erfolg nicht eintritt, mithin eine **Garantenstellung** für das betroffene Rechtsgut innegehabt haben.

a) Beschützergarant

In Betracht kommt, dass A aus seiner Stellung als Sozialbetreuer als sog. **Beschützergarant** eine umfassende Obhutspflicht gegenüber den Bewohnern traf. Beschützergaranten sind solche, denen eine umfassende Obhutspflicht für ein bestimmtes Rechtsgut aus speziellen Rechtssätzen, engen Vertrauensverhältnissen oder tatsächlicher Übernahme zukommt (AS-Skript Strafrecht AT1 [2021], Rn. 475 ff.). Die vertraglichen Pflichten des A bezogen sich indes lediglich auf die Beratung und soziale Betreuung der Bewohner, nicht aber auch auf ihre Sicherheit. Eine leitende Aufgabe in der Betreuungseinrichtung, mit der ggf. eine faktische Übernahme einer Beschützerstellung hätte einhergehen können, hatte A auch nicht inne. Schließlich bestand zwischen A und B auch keine enge Vertrauensbeziehung.

b) Überwachungsgarant

In Betracht kommt aber eine Verantwortlichkeit als Überwachungsgarant, also eine Sicherungs- und Beherrschungspflicht (AS-Skript Strafrecht AT1 [2021], Rn. 486) in Bezug auf eine bestimmte Gefahrenquelle. Konkret könnte A eine solche **Pflicht aus pflichtwidrigem und schadensnahem Vorverhalten**, sog. **Ingerenz** (AS-Skript Strafrecht AT1 [2021], Rn. 492), treffen.

Wer durch sein Verhalten oder Unterlassen die Gefahr für den Eintritt schädlicher Erfolge geschaffen hat, ist verpflichtet, die drohenden Schäden zu verhindern. Das Vorverhalten wirkt jedoch nur dann pflichtbegründend, wenn es die **nahe Gefahr des Eintritts des konkreten Erfolgs verursacht** hat und wenn das **Vorverhalten pflichtwidrig** war, also schon als solches nicht zu den allgemein als sozial üblich anerkannten Verhaltensweisen gehört hat. Die Begründung einer solchen **Garantenstellung setzt kein schuldhaftes**, sondern lediglich ein pflichtwidriges Verhalten voraus.

„[6] ... A hatte die rechtswidrige Praxis des Einsperrens von Bewohnern in das „Problemzimmer“ durch seine Tätigkeit als Sozialbetreuer – im Interesse der Erleichterung seines Arbeitsalltages – mitgetragen, insbesondere indem er in mindestens einem Fall vor den Unterlassungstaten selbst einen derartigen Freiheitsentzug gegenüber den diensthabenden Wachleuten angeordnet hatte. **Dieses seinerseits pflichtwidrige vorangegangene Tun bestärkte die anderen an der Praxis beteiligten Beschäftigten in ihrem Vorgehen und erhöhte so die Gefahr für das Rechtsgut der Freiheit der Bewohner, was eine Erfolgsabwendungspflicht des A begründete.**“

II. Subjektiver Tatbestand

A handelte sowohl hinsichtlich des Eintritts des tatbestandlichen Erfolgs als auch in Bezug auf seine Garantenstellung **vorsätzlich**.

III. Rechtswidrigkeit und Schuld

Schließlich handelte A rechtswidrig und schuldhaft.

Ergebnis: A hat sich wegen Freiheitsberaubung durch Unterlassen strafbar gemacht.

Prüfungsschema: Vorsätzliche unechte Unterlassungstat

- I. Tatbestandsmäßigkeit
 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Täter, Taterfolg
 - b) Bei der Tathandlung: Unterlassen der zur Erfolgsabwendung objektiv notwendigen Handlung und zusätzlich
 - aa) Tatsächliche Möglichkeit zur Vornahme des notwendigen Handelns
 - bb) Garantenstellung
 - cc) Gleichwertigkeit des Unterlassens bei verhaltensgebundenen Delikten
 - c) Quasi-Kausalität und Gefahr-/Zurechnungszusammenhang zwischen Unterlassen und Erfolg
 2. Subjektiver Tatbestand: Tatbestandsvorsatz (besonders bzgl. Garantenstellung) und deliktsspezifische subjektive Tatbestandsmerkmale
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

BGH, Urt. v. 02.08.2023 – 5 StR 80/23, BeckRS 2023, 31238

§§ 77, 77 b, 185, 194 StGB; § 158 StPO

Ein Strafantrag kann ausnahmsweise auch ohne eigenhändige Unterschrift wirksam sein

BGH, Beschl. v. 23.08.2023 – 2 StR 176/23, BeckRS 2023, 23885

Leitsätze

1. Ein Strafantrag kann bei der Polizei gemäß § 158 Abs. 2 StPO nur schriftlich angebracht werden.
2. Dabei wird das Schriftformerfordernis im Regelfall nur gewahrt, wenn der Strafantrag eigenhändig unterschrieben ist.
3. Trotz Fehlens der Unterschrift wird das Schriftformerfordernis gewahrt, wenn sich einem Schriftstück das Verfolgungsbegehren des Antragsstellers zweifelsfrei entnehmen lässt und auch sichergestellt ist, dass die Erklärung von ihm herrührt.

Im Originalfall war der Tötungsvorsatz nicht nachweisbar, sodass A weiterhin „nur“ wegen §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 und Nr. 5 StGB verurteilt wurde. Darüber hinaus stellte sich die hier dargestellte Frage der (tateinheitlich) mitverwirklichten Beleidigung.

Fall

A sticht dem O während eines Streits mit den Worten „Du alte Drecksau“ ein Messer in den Unterbauch. Noch im Krankenhaus wird O von KHK P zu der Tat per Video vernommen. Dabei erklärt O, dass er Strafantrag stelle. KHK P verschriftet die Vernehmung. Aus dem Transkript der Bild-Ton-Aufzeichnung geht hervor, dass O Strafantrag stellt. Ist A wegen Beleidigung strafbar?

Lösung

§ 185 StGB: Durch die o.a. Betitelung hat A eine Beleidigung des O vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht. Fraglich ist, ob der notwendige Strafantrag (§ 194 StGB) wirksam gestellt wurde.

I. Antragsberechtigung (§ 77 Abs. 1 StGB) und -frist (§ 77 b StGB)

Als „Verletzter“ war O zur Antragstellung berechtigt. Der Antrag erfolgte auch unmittelbar nach der Tat und damit fristgerecht.

II. Form des Strafantrags (§ 158 Abs. 2 StPO)

Der Strafantrag könnte formunwirksam sein, da er nicht von O unterschrieben wurde.

„Der gemäß § 194 Abs. 1 StGB zur Verfolgung der Tat erforderliche Strafantrag kann nach § 158 Abs. 2 StPO bei Gericht oder der Staatsanwaltschaft schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle angebracht werden, bei den Polizeibehörden dagegen nur schriftlich. **Zur Wahrung der Schriftform ist grundsätzlich eine Unterschrift des Antragstellers erforderlich.**“

Der Unterschrift bedarf es indes dann nicht, wenn *sicher* feststeht, dass der Antragsteller die Strafverfolgung begehrt:

„Für Strafanträge, die als Papierdokument angebracht werden, sind angesichts des Zwecks der vorgeschriebenen Schriftform gewisse Lockerungen bei ihrer Einhaltung anerkannt. Durch das Formerfordernis soll nur sichergestellt werden, dass über den Verfolgungswillen des Antragstellers kein Zweifel entstehen kann. Zudem soll (im Wege des Freibewises jederzeit nachprüfbarer) Klarheit über die Identität des Antragstellers geschaffen werden. **Diese Zwecke können im Einzelfall auch ohne eine Unterschrift erfüllt sein, wenn aus dem Schriftstück in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise ersichtlich ist, von wem die Erklärung herrührt, und feststeht, dass es sich nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern es mit Wissen und Wollen des Berechtigten der zuständigen Stelle zugeleitet worden ist.**“

Diese Grundsätze gelten in gleicher Weise für eine Bild-Ton-Aufzeichnung, die im Anschluss verschriftlicht wird.

Ergebnis: Der Strafantrag war insoweit formwirksam. A ist wegen Beleidigung strafbar.

Prof. Dr. Patrick Rieck, OStA a.D.

§§ 55 a, 55 d VwGO

Sichere Übermittlung elektronischer Dokumente

OVG NRW, Beschl. v. 28.08.2023 – 10 A 881/23, BeckRS 2023, 23298
 BVerwG, Beschl. v. 15.03.2023 – BVerwG 1 B 60.22, BeckRS 2023, 9263

Fall

Rechtsanwalt R soll für seinen Mandanten M eine Klage gegen eine bauordnungsrechtliche Beseitigungsverfügung erheben, die M am Montag, dem 18.09.2023, mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung zugestellt worden ist. Als R am Mittwoch, dem 18.10.2023, um 17.30 h versucht, die Klageschrift dem zuständigen Verwaltungsgericht über sein besonderes elektronisches Anwaltspostfach (beA) zu übermitteln, schlägt dies aufgrund von Verbindungsproblemen fehl. R bittet daher seine Kanzleiangestellte A, die Klageschrift, die nicht qualifiziert signiert, aber mit einer eingescannten Unterschrift des R versehen ist, von ihrem Rechner aus dem Verwaltungsgericht zu übermitteln. Obwohl dies um 18.11 Uhr desselben Tages über das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) gelingt, erhält R am nächsten Tag einen Hinweis des Gerichts, dass die elektronische Übermittlung nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht, da sie nicht mit einem vertrauenswürdigen Herkunftsnachweis (vHN) versehen war. Ist die Klage zulässig?

Hinweis: Ein Vorverfahren findet gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO kraft Landesrechts nicht statt. Der Sachverhalt ist fingiert.

Lösung

Die Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO) gegen die Beseitigungsverfügung als belastenden Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG ist nur zulässig, wenn sie **form- und fristgerecht** erhoben worden ist (§§ 74, 81 VwGO).

I. Nach § 55 a Abs. 1 VwGO kann die Klage bei Gericht **als elektronisches Dokument** eingereicht werden. Für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts besteht gemäß § 55 d S. 1 VwGO seit dem 01.01.2022 eine **Pflicht zur elektronischen Übermittlung**. Diese Regelung bezieht sich auf alle an das Gericht adressierten Schriftsätze, Anträge und Erklärungen, also insbes. auch auf Klageschriften.

1. Das elektronische Dokument muss gemäß § 55 a Abs. 3 S. 1 VwGO entweder mit einer **qualifizierten elektronischen Signatur** der verantwortenden Person versehen sein **oder** von der verantwortenden Person (mindestens einfach) signiert **und auf einem sicheren Übermittlungsweg** i.S.d. § 55 a Abs. 4 VwGO eingereicht werden.

„[5] ... In letzterem Fall dient der sogenannte vertrauenswürdige Herkunftsnachweis (vHN) – ein Zertifikat, das gemeinsam mit dem elektronischen Dokument übermittelt wird – dem Nachweis, dass eine Nachricht aus einem bestimmten Postfach, etwa einem besonderen elektronischen Anwaltspostfach (beA), versandt wurde.“

a) Elektronische Dokumente mit **qualifizierter elektronischer Signatur** können dem Gericht nach § 55 a Abs. 2 VwGO i.V.m. § 4 Abs. 1 ERVV (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) auf einem sicheren Übermittlungsweg oder über das EGVP übermittelt werden.

Vorliegend war die Klageschrift nicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur, sondern nur mit einer **einfachen Signatur** (Namenswiedergabe

Leitsätze

1. Wird ein Schriftsatz von einer anderen als der verantwortenden Person elektronisch an das Gericht übermittelt, kann er nur dann formwirksam und fristwährend bei Gericht eingehen, wenn er mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen ist.

2. Lediglich einfach signierte Dokumente müssen gemäß § 55 a Abs. 3 S. 1 Alt. 2 VwGO auf einem sicheren Übermittlungsweg, etwa über das besondere elektronische Anwaltspostfach, eingereicht werden. Dies erfordert, dass die den Schriftsatz verantwortende Person das Dokument selbst versendet.

3. Ob eine Nachricht mit einem vertrauenswürdigen Herkunftsnachweis (vHN) versehen ist, ist eine Frage der korrekten Versendung durch den Rechtsanwalt und hängt nicht davon ab, an welches (Gerichts-)Postfach diese versandt wird.

Eine Übermittlung auf konventionellem Wege (Post, Telefax) ist bei Anwälten und Behörden nur zulässig, wenn die elektronische Übermittlung aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich ist (§ 55 d S. 3 VwGO).

Die Zitate entstammen, soweit nichts anderes angegeben ist, aus der Entscheidung des OVG NRW.

Dagegen ist es nicht möglich, einen Schriftsatz mit qualifizierter elektronischer Signatur per einfacher E-Mail beim Gericht einzureichen.

Die Angabe „Rechtanwalt“ ohne Nennung des Namens reicht allein für eine einfache Signatur nicht aus (str., vgl. die Nachweise in RÜ 2023, 258, 259).

Ebenso BVerwG NVwZ 2022, 649; BGH NJW 2022, 2415 zu § 130 a ZPO; BSG NJW 2022, 1334 zu § 65 a SGG

Bei der Übermittlung über das beA dient der vertrauenswürdige Herkunftsnachweis (vHN) der Authentifizierung des Absenders. Beim EGVP ergibt sich die Authentizität dagegen aus der qualifizierten elektronischen Signatur. Die Bezeichnung des Postfachs dient hier anders als beim beA nicht zur Authentifizierung des Absenders. Sie ist eher vergleichbar mit den Angaben auf einem Briefumschlag bei der Papierpost.

oder eingescannte Unterschrift) versehen. Daher konnte sie nach § 55 a Abs. 3 S. 1 Alt. 2 VwGO nur auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden.

b) Zwar stellt die Übermittlung über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) nach § 55 a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. §§ 31 a, 31 b BRAO einen **sicheren Übermittlungsweg** dar. In diesem Fall ist aber erforderlich, dass der Schriftsatz von der verantwortenden Person selbst versendet wird. R hat die Klageschrift indes **nicht persönlich** übermittelt.

BVerwG: „[5] In der ...Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass nur ein mit einer **qualifizierten elektronischen Signatur** der verantwortenden Person, hier des Rechtsanwalts, versehenes Dokument auch dann formwirksam und damit fristwährend bei Gericht eingeht, wenn es **von einer anderen als der verantwortenden Person** an das Gericht übermittelt wird. Lediglich **einfach signierte Dokumente** unterfallen hingegen der zweiten Alternative des § 55 Abs. 3 Satz 1 VwGO und müssen folglich **auf einem sicheren Übermittlungsweg**, etwa über das besondere elektronische Anwaltspostfach, eingereicht werden. Dies erfordert, dass die den Schriftsatz verantwortende Person das Dokument **selbst** versendet. Durch diese Regelung soll gewährleistet werden, dass Dokumente in einer Weise an das Gericht gesandt werden, die sicherstellt, dass die Identität des Signierenden von einem Dritten geprüft und bestätigt wurde.“

Die bloße Übermittlung eines Dokuments mit **eingescannter Unterschrift** reicht dafür nicht aus.

BVerwG: „[6] ... Die Verwendung einer eingescannten Unterschrift als (einfache) Signatur weist den Unterzeichnenden ...für sich genommen nicht mit gleicher Sicherheit als Urheber des Schriftstücks aus wie die beiden in § 55 a Abs. 3 Satz 1 VwGO für die elektronische Dokumentenübermittlung alternativ vorgegebenen Verfahren. Eine Manipulation ist ... im Falle einer eingescannten Unterschrift nicht gänzlich ausgeschlossen, wenn das Dokument durch eine andere als die verantwortende Person übersandt wird.“

c) Die **Übermittlung durch A** über das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) stellt keine sichere Übermittlung i.S.d. § 55 a Abs. 4 VwGO dar.

„[6] ... Ausweislich des seitens des Gerichts erzeugten Prüfvermerks ... erfolgte die elektronische Übermittlung ... nicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person, hier des Prozessbevollmächtigten des Klägers, und lediglich über das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP), mithin nicht auf einem sicheren Übermittlungsweg im Sinne von § 55 a Abs. 4 VwGO. ... Ob eine Nachricht mit einem vHN versehen ist, ist eine Frage ihrer korrekten Versendung mit den erforderlichen Zertifikaten durch den Rechtsanwalt und hängt nicht davon ab, an welches am elektronischen Rechtsverkehr teilnehmende (Gerichts-)Postfach diese versandt wird.“

2. Die Klage ist daher innerhalb der **Klagefrist** von einem Monat nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes (§ 74 Abs. 1 S. 2 VwGO), die hier gemäß § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB am 18.10.2023 endete, dem Gericht **nicht formgerecht übermittelt** worden.

II. Eine **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** gemäß § 60 VwGO kommt nur in Betracht, wenn M die Klagefrist **unverschuldet** versäumt hat.

„[11] ... Ein Verschulden liegt vor, wenn diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen wird, die für einen gewissenhaften und seine Rechte und Pflichten

sachgemäß wahrnehmenden Prozessführenden geboten ist und die ihm nach den gesamten Umständen des konkreten Falles zuzumuten war.“

1. M trifft zwar kein eigenes Verschulden, ihm könnte jedoch das Verschulden seines Rechtsanwalts R gemäß § 173 S. 1 ZPO, § 85 Abs. 2 ZPO **zugerechnet** werden.

„[12] Ein Rechtsanwalt hat durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig hergestellt wird und innerhalb der Frist beim zuständigen Gericht eingeht. Eine erforderliche wirksame Ausgangskontrolle, welche eine schuldhaftes Fristversäumnis ausschließt, setzt bei Nutzung eines besonderen elektronischen Anwaltspostfachs für die Einreichung fristwahrender Schriftsätze bei Gericht u.a. voraus, dass vor allem dann, wenn das betreffende elektronische Dokument nicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen werden soll bzw. versehen ist, die Organisation der Geschäftsprozesse und die Einreichung der dabei verwendeten IT-Systeme und Anwendungen so gestaltet sind, dass eine Fristversäumung infolge des Versendens von Nachrichten ohne vertrauenswürdigen Herkunftsnachweis – auch in außergewöhnlichen, aber voraussehbaren Fällen – vermieden wird.“

Nach diesen Maßgaben ist ein fehlendes Verschulden hier nicht festzustellen.

„[13] ... Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat sich allein darauf berufen, die [Klageschrift] sei ... ‚wie üblich per beA‘ und daher auf einem sicheren Übermittlungsweg übersandt worden. Der Prozessbevollmächtigte hätte demgegenüber die ordnungsgemäße – insbesondere die formgerechte – Übermittlung anhand des bei ihm erzeugten Prüfprotokolls **kontrollieren** und dabei bemerken müssen, dass dieses Prüfprotokoll im Feld ‚Informationen zum Übermittlungsweg‘ gerade nicht die Angabe ‚Sicherer Übermittlungsweg aus einem besonderen Anwaltspostfach‘ enthielt, sondern es dort vielmehr heißt ‚Diese Nachricht wurde per EGVP versandt‘ und es für eine wirksame Übermittlung per EGVP an einer qualifizierten elektronischen Signatur des Dokuments fehlte.“

2. Zwar wäre bei einer **technischen Störung** eine Ersatzeinreichung auf konventionellem Wege nach § 55 d S. 3 VwGO möglich gewesen, und zwar auch dann, wenn die Störung aus der Sphäre des Anwalts resultierte. Diese Möglichkeit hat R jedoch nicht genutzt. Bei der Übermittlung durch A sind technische Probleme nicht erkennbar.

„[14] Unverschuldete (technische) Probleme, die zu einer formunwirksamen Einreichung der [Klageschrift] geführt haben könnten, wurden nicht geltend gemacht und sind auch im Übrigen nicht erkennbar.“

3. Zwar besteht grds. eine **prozessuale Pflicht** des Gerichts auf die formunwirksame Einreichung der Klageschrift hinzuweisen, dies gilt jedoch nur im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs.

„[17] Die [Klageschrift] wurde erst am Abend des [18.10.2023], dem Tag des Fristablaufs, um 18:11 Uhr und damit nach Dienstschluss übermittelt. Ein Hinweis auf deren Formunwirksamkeit konnte im Rahmen ordnungsgemäßen Geschäftsgangs nicht mehr so rechtzeitig erteilt werden, dass die Frist durch die erneute – formgerechte – Übermittlung des [Klageschriftsatzes] noch hätte gewahrt werden können.“

Das Fristversäumnis ist daher nicht unverschuldet. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand scheidet aus.

Ergebnis: Mangels form- und fristgerechter Klageerhebung ist die Klage unzulässig.

RA Horst Wüstenbecker

Unverschuldet ist das Fristversäumnis nur, wenn jedes ursächliche (Mit-)Verschulden des Beteiligten oder seines Anwalts ausgeräumt ist. Die Unaufklärbarkeit der Ursache geht zulasten des Beteiligten, der fehlendes Verschulden geltend macht (BGH NJW-RR 2022, 135, 136).

Dazu ausführlich Wüstenbecker RÜ 2023, 258, 259

§ 123 VwGO

Keine einstweilige Anordnung ohne vorherigen Antrag bei der Behörde

BayVGH, Beschl. v. 16.05.2023 – 8 CS 22.2615, BeckRS 2023, 12089

Leitsätze

1. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung fehlt, wenn der Antragsteller die begehrte Maßnahme nicht zuvor erfolglos bei der zuständigen Behörde beantragt hat.
2. Eines solchen Antrags bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn der Antrag wegen definitiver Weigerung der Behörde als bloße Förmerei anzusehen wäre oder dem Antragsteller die vorherige Antragstellung aufgrund besonderer Eilbedürftigkeit nicht zumutbar wäre.

Fall

A betreibt in der Innenstadt der Stadt S im Land L ein gut gehendes Café mit Außengastronomie. Alle erforderlichen Genehmigungen für den Betrieb liegen vor. Als A die Erweiterung seiner Sitzplätze vor dem Café auf der öffentlichen Fläche der Fußgängerzone plant, stellt er bei S einen Antrag auf Erteilung einer Genehmigung einer weiteren Freischankfläche mit 36 Sitzplätzen auf einer Fläche von 39 m², die ihm auch erteilt wird. Bei einer späteren Kontrolle vor Ort stellt der städtische Mitarbeiter M fest, dass A nicht nur Tische und Stühle, sondern auch Heizstrahler auf der Freischankfläche aufgestellt hat. M weist A darauf hin, dass er die Aufstellung der Heizstrahler nicht beantragt habe. Die erteilte Sondernutzungserlaubnis umfasse die Heizstrahler nicht. A sei deshalb verpflichtet, die Heizstrahler zu entfernen. Daraufhin beantragt A beim zuständigen Verwaltungsgericht, ihm einstweilen die Aufstellung von Heizstrahlern auf der Freischankfläche zu genehmigen. Es entstünden ihm desaströse Umsatzeinbußen, müsste er die Heizstrahler entfernen. Belege hierfür legt er nicht vor. Ist der von A gestellte Antrag zulässig?

Bearbeitungsvermerk: Vorschriften des Straßen- und Wegegesetzes des Landes L (StrWG) sind mit Ausnahme des nachfolgend abgedruckten § 18 StrWG für die Falllösung nicht relevant. Das VwVfG des Landes L entspricht dem des Bundes.

§ 18 StrWG

(1) ¹Die Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) bedarf der Erlaubnis der Straßenbaubehörde, ... wenn durch die Benutzung der Gemeingebrauch beeinträchtigt werden kann. ²Die besondere Gefährdung des Geh- und Radverkehrs im Straßenverkehr ist bei der Entscheidung zu berücksichtigen, soweit nicht andere überwiegende Belange entgegenstehen.

Landesrecht

			
§§ 13, 16 StrG	Art. 14, 18 BayStrWG	§§ 10, 11 StrG	§§ 14, 18 BbgStrG
			
§§ 15, 18 LStrG	§§ 16, 19 HWG	§§ 14, 16 HStrG	§§ 21, 22 StrWG M-V
			
§§ 14, 18 NStrG	§§ 14, 18 StrWG NRW	§§ 34, 41 LStrG	§§ 14, 18 StrG
			
§§ 14, 18 SächsStrG	§§ 14, 18 StrG LSA	§§ 20, 21 StrWG SH	§§ 14, 18 ThürStrG

Lösung

Der Antrag ist zulässig, soweit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist und sowohl die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der statthaften Verfahrensart wie auch die allgemeinen Sachentscheidungsbedingungen vorliegen.

I. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die **Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs** nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, die streitentscheidende Norm des § 18 Abs. 1 S. 1 StrWG berechtigt einen Träger hoheitlicher Gewalt einseitig und ist damit öffentlich-rechtlich. Die Streitigkeit ist zudem nichtverfassungsrechtlicher Art und keinem anderen Gericht zur Entscheidung zugewiesen, sodass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

II. Die **statthafte Antragsart** ermittelt sich anhand des Antragsbegehrens (§ 122 Abs. 1 i.V.m. § 88 VwGO). A begehrt, ihm einstweilen die Aufstellung von Heizstrahlern auf öffentlichem Straßengrund zu gestatten. In Betracht kommt deshalb ein **Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO auf Erlass einer einstweiligen Anordnung**. Dieser ist nach § 123 Abs. 5 VwGO nur statthaft, wenn kein Fall der §§ 80, 80 a VwGO vorliegt, es also nicht um die Vollziehung eines belastenden Verwaltungsakts geht. Zwar handelt es sich bei der dem A erteil-

ten Genehmigung für die Erweiterung der Außengastronomie um 39 m² um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG. Hier geht es aber nicht um dessen Vollziehung, sondern um eine Erweiterung der genehmigten Sondernutzung. Der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO ist nicht subsidiär und damit statthaft.

III. A kann zudem geltend machen, durch die Unterlassung einer entsprechenden Genehmigung möglicherweise in seinen Grundrechten aus Art. 14, 12 oder zumindest Art. 2 Abs. 1 GG verletzt zu sein und ist dementsprechend analog § 42 Abs. 2 VwGO **antragsbefugt**.

IV. Richtige **Antragsgegnerin** ist analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Stadt S.

V. Fraglich ist allerdings, ob das **allgemeine Rechtsschutzbedürfnis** für den Antrag des A vorliegt. Dies ist zu bejahen, wenn kein einfacherer, leichter oder billigerer Weg für den Antragsteller besteht, das begehrte Ziel zu erreichen.

1. Hier könnte das Rechtsschutzbedürfnis allerdings deshalb zu verneinen sein, da A die Erweiterung der Sondernutzungserlaubnis nicht zuvor bei der Stadt S beantragt hat, sondern vielmehr **ohne vorherigen behördlichen Antrag** das Verwaltungsgericht angerufen hat.

„[19] In Bezug auf die Verpflichtungsklage ist anerkannt, dass deren Zulässigkeit allgemein davon abhängt, dass der Kläger den klageweise verlangten Erlass des Verwaltungsakts **in einem vorangegangenen Verwaltungsverfahren ohne Erfolg** beantragt hat. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung ergibt sich aus § 68 Abs. 2, § 75 S. 1 VwGO („Antrag auf Vornahme“). Sie stellt neben dem Schutz der Gerichte vor unnötiger Inanspruchnahme eine Ausprägung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gewaltenteilung dar, demzufolge es zunächst Sache der Verwaltung ist, sich mit Ansprüchen zu befassen, die an sie gerichtet werden. Sie steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass das einschlägige Verwaltungsverfahrensrecht keine abweichende Regelung trifft. Diese für Verpflichtungsklagen in der Hauptsache entwickelten **Anforderungen** sind grundsätzlich **in gleicher Weise** an einen **Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung** nach § 123 VwGO zu stellen.“

a) Grundsätzlich hängt die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens von einer behördlichen Entscheidung ab.

„[20] ... Gemäß [§ 22 S. 1 VwVfG] **entscheidet die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und wann sie ein Verwaltungsverfahren durchführt**. Dies gilt nicht, wenn die Behörde auf Grund von Rechtsvorschriften **nur auf Antrag tätig werden darf und ein Antrag nicht vorliegt** [§ 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG]. Rechtsvorschriften im Sinne dieser Vorschrift sind dabei alle (Außen-)Rechtsnormen wie Verfassung, Parlamentsgesetz, Rechtsverordnung oder Satzung; sog. Innenrecht (Verwaltungsvorschriften) gehören nicht dazu. Das Antragserfordernis muss auch nicht ausdrücklich in der Norm geregelt werden, sondern kann sich aus dem Sinn und Zweck der Regelung oder dem Zusammenhang oder aus der Sache ergeben.“

Zwar trifft § 18 StrWG selbst keine Regelung über die Antragstellung.

„[20] ... Eine **Sondernutzungserlaubnis** gemäß [§ 18 Abs. 1 S. 1 StrWG] **setzt einen entsprechenden Antrag voraus**, da es sich hierbei um einen von konkreten Angaben des Antragstellers über Ort, zeitliche Dauer und Umfang des Vorhabens abhängigen, **mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt** handelt.“

Ohne einen vorherigen Antrag des A würde nicht deutlich, ob er die Heizstrahler auf der bisher genehmigten Fläche aufstellen oder die Fläche entsprechend

Prüfungsschema: Zulässigkeit des Antrags nach § 123 VwGO

- Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (Spezialzuweisung oder § 40 I 1 VwGO)
- Statthaftigkeit des Antrags: kein Fall der §§ 80, 80 a VwGO, s. § 123 V VwGO
- Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog
- Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis
 - Vorheriger Antrag bei der zuständigen Behörde
 - Hauptsacheverfahren nicht offensichtlich unzulässig
- Sonstige Sachentscheidungs Voraussetzungen

Zum Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung AS-Skript VwGO (2023), Rn. 766 ff.

Zur Abgrenzung des mitwirkungsbedürftigen VA von der vertraglichen Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages AS-Skript Verwaltungsrecht AT 2 (2022), Rn. 2019

Hier geht es um eine sich aus dem behördlichen Verfahren ergebende Ausnahme vom grundsätzlichen Antragsverfahren.

Hier geht es eher um eine Ausnahme, die sich aus der besonderen prozessualen Situation des verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes ergibt.

Die Verpflichtung zur Glaubhaftmachung der für die Entscheidung erforderlichen Tatsachen folgt aus § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO.

Oftmals sind antragstellende Person und Behörde unterschiedlicher Auffassung, ob überhaupt eine Sondernutzung vorliegt oder nicht. Wie derartige Fälle gelöst werden, sehen Sie in einem weiteren Beitrag in diesem Heft (ab S. 53).

erweitern will, in welchem Zeitraum die Heizstrahler pro Tag betrieben werden sollen oder ob die Aufstellung der Heizstrahler auf die kältere Jahreszeit beschränkt bleiben soll. Dementsprechend setzt die Entscheidung über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis einen vorherigen Antrag bei der zuständigen Behörde voraus.

b) Allerdings könnte **ausnahmsweise** über den gerichtlichen Antrag **ohne vorherige behördliche Entscheidung** zu befinden sein.

aa) „[22] Das Antragsverfahren kann vorliegend nicht als **bloße Förmerei** angesehen werden, weil die Behörde **vorprozessual** bereits **klar und eindeutig** zu erkennen gegeben hätte, dass sie einen solchen **Antrag definitiv ablehnen** werde.“

Hierfür genügt insbesondere die Aussage des städtischen Mitarbeiters M nicht. Dieser hatte A lediglich darauf hingewiesen, dass die Aufstellung der Heizstrahler von der bisherigen Sondernutzungserlaubnis nicht gedeckt ist und er deshalb, also ausschließlich wegen der fehlenden Sondernutzungserlaubnis, aufgefordert wird, die Heizstrahler zu entfernen. Eine Aussage über die spätere Entscheidung der Behörde im Fall der Antragstellung liegt hierin nicht. Diese Ausnahme vom Antragsverfahren greift somit im vorliegenden Fall nicht ein.

bb) Selbst wenn das Antragsverfahren im vorliegenden Fall als bloße Förmerei obsolet wäre, ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung über die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis nach § 18 Abs. 1 S. 1 StrWG im **behördlichen Ermessen** steht. Eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts ohne behördliche Vorbefassung würde demnach die Ermessensbetätigung ausschließen. Insofern ist zweifelhaft, ...

„[21] ... ob grundsätzlich von einer Vorbefassung der Behörde bei Ermessensentscheidungen überhaupt abgesehen werden kann, zumal diese gemäß § 114 VwGO gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sind, da die Verwaltungsgerichte nicht prüfen, ob die von der Behörde getroffene Wahl die beste und zweckmäßigste Entscheidung war. Insofern entscheidet gerade die Behörde abschließend und letztverbindlich.“

2. Allerdings könnte eine **besondere Eilbedürftigkeit** vorliegen, die eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung ohne vorherige behördliche Befassung erforderlich macht. Diesbezüglich hat A vorgetragen, dass er mit desaströsen Umsatzeinbußen zu rechnen habe, sofern er die Heizstrahler nicht mehr weiter verwenden könnte.

„[29] Es ist ... nicht glaubhaft gemacht, dass dem Antragsteller wegen einer besonderen Eilbedürftigkeit die Antragstellung nicht zuzumuten war, weil ihm durch die Bearbeitungszeit **irreversible erhebliche Nachteile drohten**, sodass auch ohne eine Antragstellung ein Rechtsschutzbedürfnis anzunehmen wäre. Die vom Antragsteller... behaupteten desaströsen Umsatzeinbußen, die ihm wegen der fehlenden Sondernutzungserlaubnis für die Verwendung von Heizstrahlern entstünden, sind durch nichts belegt.“

Damit hätte A die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis für die Aufstellung der Heizstrahler bei der zuständigen Behörde beantragen können und müssen. Seinem an das Verwaltungsgericht gerichteten Antrag fehlt deshalb das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis.

Ergebnis: Der Antrag ist unzulässig.

RA Christian Sommer

LPOIG

Keine Wohnungsverweisung ohne Anhörung des Täters

OVG NRW, Urt. v. 17.10.2023 – 5 A 3548/20, BeckRS 2023, 29516

Fall

Die Eheleute M und F leben in der ehelichen Wohnung im Land L getrennt. Nach einem Streit ruft M am 20.12.2023 um 21.00 Uhr die Polizei P. P vernimmt M und F getrennt in unterschiedlichen Räumen der Wohnung.

F trägt vor, M beleidige und schlage sie seit mehr als ein Jahr mit der flachen Hand auf den Hinterkopf, außerdem kratze er sie am Arm. Eben habe er ihr eine Küchenschranktür beim Öffnen vor das Bein geschlagen. Ihre kleinen Kinder sei M aber nie körperlich angegangen, habe ihnen aber mit dem Kinderheim Angst gemacht. Zeitgleich wird M von P als Beschuldigter nach StPO belehrt und befragt. P sagt, M wisse ja wohl, warum die Polizei hier sei. M schweigt jedoch und schaut zu Boden.

Ohne weitere Erklärung verweist P den M mündlich bis zum 30.12.2023 der ehelichen Wohnung und spricht ein Rückkehrverbot aus. P stützt sich dazu auf die Schilderungen der F. P sieht zwischen M und F eine Gewaltspirale und fürchtet, dass die Gewalttaten zunehmen könnten.

Am 22.12.2023 hat M Klage erhoben. Bereits im Klageschriftsatz bestreitet M alle körperlichen Übergriffe gegen F. Er habe F mit der Küchenschranktür nur versehentlich getroffen. M habe P von sich aus angerufen, um unberechtigten Beschuldigungen der F zuvorzukommen. P weist das schon am Folgetag mit Verweis auf die Aussage der F zurück. Hat die Klage Erfolg?

Auszug aus dem **Polizeigesetz** des Landes L (LPOIG):

§ 34 a LPOIG – Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot

(1) Die Polizei kann eine Person zur Abwehr einer von ihr ausgehenden gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer anderen Person aus einer Wohnung, in der die gefährdete Person wohnt, sowie aus deren unmittelbaren Umgebung verweisen und ihr die Rückkehr in diesen Bereich untersagen.

(5) Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot enden ... mit Ablauf des zehnten Tages nach ihrer Anordnung, soweit nicht die Polizei im Einzelfall ausnahmsweise eine kürzere Geltungsdauer festlegt.

Hinweis: Im Land L ist kein Widerspruch statthaft. Von der Verfassungsgemäßheit des § 34 a LPOIG ist auszugehen.

Lösung

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage

Der **Verwaltungsrechtsweg** ist nach § 40 Abs. 1 VwGO gegen das präventive Polizeihandeln eröffnet. Gegen die Wohnungsverweisung, einen VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, war bei Klageerhebung die **Anfechtungsklage** (§ 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO) statthaft. Mit Ablauf der Verweisungsdauer wurde die **Fortsetzungsfeststellungsklage** nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft.

„[16] Das ursprüngliche, auf Aufhebung der Polizeiverfügung ... gerichtete Klagebegehren hat sich nach Klageerhebung erledigt. Dem hat [M] ... dadurch Rechnung getragen, dass er den Klageantrag auf eine Fortsetzungs-

Leitsätze

1. Eine Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot setzt entweder eine Gewaltbeziehung mit konkreten Anzeichen für eine Gewaltwiederholung voraus oder eine erstmalige Gewalttat, die auf eine jederzeitige Wiederholungsgefahr schließen lässt.

2. Diese Gefahr kann bei einem bislang unauffälligen Ehegatten nur angenommen werden, wenn er zu den erstmaligen Gewaltvorwürfen der Ehefrau angehört worden ist.

Landesrecht Wohnungsverweisung

			
§ 30 III PoIG	§ 16 II Nr. 2 b PAG	§ 29 a ASOG	§ 16 a PoIG
			
§ 12 PoIG	§ 12 b I SOG	§ 31 II HSOG	§ 52 II SOG M-V
			
§§ 17 II, 17 a NPOG	§ 34 a PoIG	§ 13 II, IV POG	§ 12 II SPoIG
			
§ 19 I PVDG	§ 36 III SOG	§ 201 a LVwG	§ 18 II PAG

feststellung umgestellt hat. Da Rechtsschutzziel und Prozessstoff unverändert geblieben sind, war die Umstellung ... nicht als eine Klageänderung i.S.d. § 91 Abs. 1 VwGO anzusehen, sondern gemäß § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO unabhängig von einer Zustimmung der [P] zulässig.“

Als Adressat eines belastenden VA ist M möglicherweise in Art. 2 Abs. 1 GG verletzt und damit nach § 42 Abs. 2 VwGO analog **klagebefugt**. Ein **Widerspruch** ist in L landesrechtlich ausgeschlossen, vgl. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO. M besitzt das nötige **Fortsetzungsfeststellungsinteresse**.

Fortsetzungsfeststellungsinteresse

- Wiederholungsgefahr
- Rehabilitationsinteresse
- Schwerwiegender Grundrechtseingriff bei kurzfristiger Erledigung
- Präjudizwirkung für Schadensersatz- oder Entschädigungsprozess (nicht bei vorprozessualer Erledigung)

AS-Skript VwGO (2023), Rn. 347 ff.

„[17] ... Durch eine Wohnungsverweisung wird regelmäßig nachhaltig jedenfalls in die durch Art. 13 Abs. 1 GG und Art. 11 Abs. 1 GG bzw. – bei Nichtdeutschen – Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Grundrechtssphäre der regelungsbetroffenen Personen eingegriffen. Zugleich beschränkt sich die direkte Belastung wegen der nur kurzen Dauer der Maßnahme auf eine Zeitspanne, in der grundsätzlich lediglich eine summarische Prüfung in einem Eilverfahren erfolgen kann. Angesichts dessen wäre es mit dem durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz in der Regel – und so hier – nicht zu vereinbaren, den davon Betroffenen die Möglichkeit einer nachgelagerten gerichtlichen Überprüfung in einem Hauptsacheverfahren zu verwehren.“

Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, soweit die Polizeiverfügung vor ihrer Erledigung rechtswidrig war und M dadurch in seinen Rechten verletzt wurde, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.

I. Als staatlicher Grundrechtseingriff ist aufgrund des **Gesetzesvorbehaltes** (Art. 20 Abs. 3 GG) eine **Ermächtigungsgrundlage** erforderlich. Als solche kommt nur § 34 a Abs. 1 LPolG in Betracht. Als DauerVA müssen seine Voraussetzungen bis zur Erledigung am 30.12.2023 erfüllt gewesen sein.

II. Die Verfügung muss **formell** rechtmäßig ergangen sein.

1. P war jedenfalls als Vollzugspolizei im Eilfall **zuständig** (21.00 Uhr). Eine Verfügung kann auch ohne schriftliche Bestätigung lediglich **mündlich** ergehen, vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 u. 2 VwVfG.

2. Fraglich ist indessen, ob P den M i.S.d. § 28 Abs. 1 VwVfG ausreichend **angehört** hat. Die Norm verlangt, dass dem potenziellen Adressat eines belastenden VA Gelegenheit zu geben ist, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.

a) Hieran bestehen erhebliche Zweifel, weil P den M nicht mit den Vorwürfen der F als maßgebliche Tatsachenbehauptung konfrontiert hat.

„[20] ... [Es] ergibt sich nicht, dass eine solche Konfrontation des [M] mit der Behauptung früherer Übergriffe stattgefunden hat und ihm damit ein – nach den Umständen des Falles mögliches – **vollständiges Informationsbild** über den maßgeblichen Entscheidungssachverhalt gegeben worden ist.“

Die bloße Bekanntgabe der Polizeiverfügung (§ 41 VwVfG) genügt nicht.

b) Die Anhörung könnte aber nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG **entbehrlich** gewesen sein, wenn Gefahr im Verzuge bestand, weil P sofort entscheiden musste.

„[20] ... Im Rahmen einer Maßnahme nach [§ 34 a LPolG] dürfte das Vorliegen von Gefahr im Verzug etwa dann in Betracht kommen, wenn der oder die Betroffene nicht greifbar ist, weil der Aufenthaltsort mangels kon-

AS-Skript VwGO (2023), Rn. 378

Zur formellen und materiellen Verfassungsmäßigkeit von landesrechtlichen Ermächtigungen zur Wohnungsverweisung vgl. AS-Skript Polizei- und Ordnungsrecht (2023), Rn. 373 f.

Prüfungsschema: Anhörungsmangel

- Anhörungserfordernis, § 28 I VwVfG
- Ausnahmen von der Anhörungspflicht, § 28 II, III VwVfG
- Heilung durch Nachholung, § 45 I Nr. 3 VwVfG
- Unbeachtlichkeit, § 46 VwVfG

AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2022), Rn. 396

kreten Aufenthalts in der Wohnung ... unbekannt ist. Ist dies jedoch nicht der Fall, so dürfte ein Absehen von der Anhörung nur in besonderen Fällen anzunehmen sein, z. B. wenn der oder die Betroffene nicht ‚vernehmungsfähig‘ ist oder die konkrete Konfliktlage vor Ort ein weiteres Zuwarten vor dem Ergehen der Verfügung nicht zulässt.

Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

c) Die unterbliebene Anhörung könnte nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG mit **heilender Wirkung** im Klageverfahren nachgeholt worden sein. Da die Heilung voraussetzt, dass der VA noch geändert werden kann, kann die Anhörung nach Eintritt der **Erledigung** des VA nicht mehr nachgeholt werden. Grundsätzlich ist deswegen eine Heilung im Laufe einer Fortsetzungsfeststellungsklage ausgeschlossen. Das gilt aber nicht ausnahmslos.

AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2022), Rn. 411, 428

M hat vor der Erledigung, noch während der Geltung der Wohnungsverweigerung, mit der Klage umfangreich vorgetragen und P hat bereits am Folgetag eingehend erwidert, sich also mit dem Vortrag des M und damit mit dem Bestreiten jeglicher Tätlichkeit gegen F auseinandergesetzt. In der Sache wurde damit noch vor dem Auslaufen der Verweisung und des Rückkehrverbots ein vergleichbarer Zustand wie bei einer ordnungsgemäßen Anhörung vor Verfügungserlass hergestellt. Das gilt insbesondere mit Blick darauf, dass die Verfügung ein DauerVA ist, dessen Voraussetzung während seiner gesamten Geltungsdauer erfüllt sein müssen. Damit ist der Anhörungsmangel noch vor der Erledigung des VA geheilt worden.

Die Verfügung war vor ihrer Erledigung formell rechtmäßig.

III. Fraglich ist, ob sie auch **materiell** rechtmäßig war. Dazu müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 34a LPolG erfüllt gewesen sein und P muss die richtige Rechtsfolge gewählt haben.

§ 34a Abs. 1 LPolG setzt eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer anderen Person voraus.

1. Durch die von F behaupteten Tätlichkeiten des M ist ein von § 34 a LPolG erfasstes polizeiliches **Schutzgut** (Leibesgefahr) **betroffen**.

2. Fraglich ist, ob auch eine **gegenwärtige Gefahr** für dieses Schutzgut bestand.

a) Eine **Gefahr** liegt vor, wenn aus der ex-ante-Sicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens in absehbarer Zeit ein Schaden für das betroffene Schutzgut eintritt.

AS-Skript Polizei- und Ordnungsrecht (2023), Rn. 94

aa) Diese Gefahr muss **gegenwärtig** sein.

„[23] Die Regelung des [§ 34a Abs. 1 S. 1 LPolG] enthält mit dem Erfordernis einer ‚gegenwärtigen‘ Gefahr eine zusätzliche **Qualifizierung**. Der polizeirechtliche Begriff der gegenwärtigen Gefahr stellt im Vergleich zur einfachen (konkreten) Gefahr strengere Anforderungen an die zeitliche Nähe und den Wahrscheinlichkeitsgrad des Schadenseintritts. Gegenwärtig ist eine Gefahr dann, wenn die Einwirkung des schädigenden Ereignisses **bereits begonnen** hat oder **unmittelbar bzw. in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht**.“

Diese Anforderungen sind durch die Rspr. für die Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot in besonderer Weise ausgeformt.

„[24] Die Wohnungsverweisung ist keine Sanktion für geschehenes Unrecht, sondern ein kurzfristig wirkendes Mittel der Krisenintervention, mit der eine aktuell drohende (erneute) körperliche Auseinandersetzung zwischen in derselben Wohnung lebenden Personen verhindert werden soll.

AS-Skript Polizei- und Ordnungsrecht (2023), Rn. 101

Die rein verwaltungsverfahrenrechtliche Heilung des formellen Anhörungserfordernisses im laufenden Prozess ist von der materiell-rechtlich gebotenen Sachaufklärung zu unterscheiden.

AS-Skript Polizei- und Ordnungsrecht (2023), Rn. 105

Die unterbliebene Aufklärung entscheidungserheblicher Tatsachen führt bei einer Ermessensentscheidung (auch) zu einem vom Gericht zu berücksichtigenden Ermessensfehler, § 114 S. 1 VwGO.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers setzt sie daher grundsätzlich entweder eine **Gewaltbeziehung** mit konkreten Anzeichen für **wiederholte Misshandlungen** voraus oder eine **erstmalige Gewalttat**, wenn aufgrund der Intensität des Angriffs und der Schwere der Verletzungen mit einer **jederzeitigen Wiederholung** der Gewaltanwendung zu rechnen ist.“

bb) Wie allgemein im Gefahrenabwehrrecht ist insofern nicht die objektive Tatsachenlage der Maßstab, sondern zugrunde zu legen ist die **verobjektivierte Sicht der Amtswalter** im Zeitpunkt des Einschreitens.

„[25] Ob nach diesen Maßgaben die Bedingungen für ein Einschreiten gegeben sind, beurteilt sich aus der ex ante-Sicht. Maßgeblich ist, ob die Polizeibeamten vor Ort aufgrund des zum Zeitpunkt der Anordnung der Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot möglichen Erkenntnisstands – gewonnen aus Aussagen der Beteiligten sowie anderer Erkenntnismittel – bei verständiger Würdigung zu der Einschätzung gelangen durften, von dem oder der Betroffenen gehe eine gegenwärtige Gefahr im Sinne des [§ 34 a Abs. 1 Satz 1 LPolG ...] aus.“

b) Nach diesen Maßstäben durfte P weder am 20.12.2023 vor Ort noch während der Geltung der Wohnungsverweisung am Beginn des Klageverfahrens davon ausgehen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 34 a Abs. 1 LPolG in Form einer gegenwärtigen Leibesgefahr für F erfüllt waren.

aa) Für eine **erstmalige Gewalttat**, die auf weitere schließen lässt, fehlt jeder Anhaltspunkt. Der Schlag einer Küchenschranktür gegen das Bein kann kaum als Gewalttat i.e.S. aufgefasst werden und genügt nicht.

bb) P durfte auch nicht davon ausgehen, dass zwischen M und F eine Gewaltbeziehung mit konkreten Anzeichen für eine wiederholte Misshandlung bestand. Selbst wenn man die Angaben der F bei ihrer Vernehmung als zutreffend zugrunde legt, hätte P den **Sachverhalt weiter aufklären** müssen.

„[29] ... Nachdem den Polizeibeamten ... keinerlei objektive Erkenntnisse zur Verfügung standen, die die Angaben der Ehefrau stützten – etwa in Form dokumentierter Verletzungen, früherer Polizeieinsätze mit ähnlichem Verlauf oder Zeugenaussagen – waren sie i.R.d. **Amtsermittlung** zumindest gehalten, [M] mit den Aussagen seiner Ehefrau zu konfrontieren. Aufgrund der getrennten Vernehmungen bzw. Befragungen konnte [M] die seitens seiner Ehefrau getroffenen Aussagen zu den Misshandlungen weder unmittelbar wahrnehmen noch sind ihm diese mittelbar durch die Polizeibeamten zur Kenntnis gebracht worden. Daher hätte ein Vorhalt insb. betreffend die in der Vergangenheit liegenden Vorfälle folgen müssen, die maßgeblich zu der Annahme beigetragen haben, zwischen [M] und seiner Ehefrau liege eine manifeste Gewaltbeziehung vor. Die durchgeführte **Beschuldigungsvernehmung**, die [M] die Möglichkeit bot, entsprechende Ausführungen zu tätigen, genügte insoweit nicht.“

Da P auch im Prozess nur auf die Aussagen der F verwiesen hatte, lag lediglich eine sog. **Scheingefahr** („Putativgefahr“) vor, die auf einem vermeidbaren **Irrtum** der eingreifenden Amtswalter beruhte. Besonnenen Polizisten wäre dieser nicht unterlaufen. Eine Scheingefahr genügt den Anforderung an die Gefahr nicht und rechtfertigt kein Einschreiten.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 34 a Abs. 1 LPolG waren nicht erfüllt. Die Klage des M hat Erfolg und das Verwaltungsgericht stellt fest, dass die Wohnungsverweisung rechtswidrig war und M dadurch in seinen Rechten verletzt wurde.

VRVG Dr. Martin Stuttmann

§ 42 VwGO; § 43 VwVfG; LPoIG

Zustandsverantwortlichkeit des Opfers einer Naturgefahr

OVG Saar, Urt. v. 03.08.2023 – 2 A 137/22, BeckRS 2023, 19640

Fall

K ist Eigentümer eines Grundstücks mit altem Eichenbestand (Wert: 100.000 €) am malerischen Rand der Stadt S im Land L. Im Frühling 2023 befahlen Eichenprozessionsspinner die Bäume. Die Brennhaare der Raupen dieser Insekten können beim Menschen teils schwere allergische Reaktionen, Bronchitis und Asthma auslösen. Die haarigen Gespinnstnester haften über Jahre an den befallenen Bäumen, bleiben toxisch und werden vom Wind verteilt.

Nach Anhörung forderte die zuständige Gefahrenabwehrbehörde S den K mit für sofort vollziehbar erklärter Verfügung vom 09.08.2023 auf, die befallenen Eichen bis zum 30.08.2023 von diesem Insektenbefall zu beseitigen. S drohte zugleich die Ersatzvornahme für 2.200 € an. K erhob sogleich Widerspruch.

Da bereits nahebei wohnende Menschen wegen der Brennhaare ärztlich behandelt werden mussten, ließ S am 04.09.2023 die Bäume durch eine Fachfirma für 2.200 € reinigen. S will K bald zur Erstattung der Kosten heranziehen.

K hat gegen den zurückweisenden Widerspruchsbescheid postwendend Klage auf Aufhebung erhoben. Er meint, es sei nicht seine, sondern die Sache der Allgemeinheit, die Insekten zu beseitigen. Eine Naturgefahr habe sich realisiert, ihn treffe kein Verschulden. Seine Eichen seien harmlos. Nur die Insekten bzw. Gespinnstnester seien gefährlich. Er habe die Tiere nicht angelockt, sondern er sei Opfer „höherer Gewalt“. Außerdem sei die Gefahr erst durch das Heranrücken der Wohnbebauung vor fünf Jahren entstanden. Ohne dieses Heranrücken wären seine nun befallenen Eichen unproblematisch. Schließlich sei er, K, sogar stärker beeinträchtigt als die Anwohner, weil er zahlen müsse.

S meint, die Klage sei schon unzulässig, weil die Verfügung von der Säuberung der Bäume am 04.09.2023 überholt worden sei. Hat die Klage des K Erfolg?

Hinweise: 1. In L ist der Widerspruch gegeben (vgl. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO).

2. In L gelten das BPolG und das VwVfG sinngemäß für die Gefahrenabwehrbehörden.

Lösung

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage

I. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung kann der **Verwaltungsrechtsweg** nur nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet sein.

1. Die dafür erforderliche **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** ergibt sich daraus, dass § 14 Abs. 1 BPolG als streitentscheidende Vorschrift nur einen Hoheitsträger (Gefahrenabwehrbehörde) zum Erlass der angefochtenen Gefahrenabwehrverfügung berechtigen kann.

2. Die Streitigkeit ist **nichtverfassungsrechtlicher Art** und **keinem anderen Gericht** ausdrücklich zugewiesen, sodass der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet ist.

II. Fraglich ist allerdings, ob die **Anfechtungsklage** gemäß § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO **statthaft** ist, obwohl die Fachfirma die Verfügung bereits vor Klageer-

Leitsätze

1. Ist eine Gefahrenabwehrverfügung durch Ersatzvornahme vollzogen, ist die Verfügung nicht erledigt, weil sie Grundlage der Kostenfestsetzung bleibt.
2. Die Zustandsverantwortlichkeit für ein Grundstück besteht auch, wenn es durch unbeeinflussbare Einwirkung von außen („höhere Gewalt“, Naturereignis) gefährlich geworden ist.
3. Die Gefahrenabwehr kann für den selbst gestörten Zustandsstörer erst unzumutbar sein, wenn die Kosten den Verkehrswert des Grundstücks erreichen.

Landesrecht Generalmächtigung

			
§§ 1, 3 PolG	§ 7 II LStVG	§ 17 I ASOG	§ 13 I OBG
			
§ 10 I 1 PolG	§ 3 I SOG	§ 11 HSOG	§ 13 SOG M-V
			
§ 11 NPOG	§ 14 OBG	§ 9 I POG	§ 8 I SPoIG
			
§ 12 I PBG	§ 13 SOG	§ 174, 176 LVwG	§ 5 OBG

Nach a.A. fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, da der Kläger durch den VA nicht mehr beschwert ist. Näher zum Ganzen: AS-Skript VwGO (2023), Rn. 329 f.

AS-Skript VwGO (2023), Rn. 341 f.

hebung umgesetzt hat. Mit der Verfügung vom 09.08.2023 liegt zwar ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG vor. Aber hat sich der Verwaltungsakt vor dem Erlass der gerichtlichen Entscheidung **erledigt**, kann die Anfechtungsklage ihr Ziel nicht mehr erreichen und wird unstatthaft, vgl. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO. Entscheidend ist also, ob sich der Verwaltungsakt vom 09.08.2023 durch die Ersatzvornahme erledigt hat. Erledigung tritt ein, wenn das Begehren des Klägers gegenstandslos wird, insb. die mit der Klage angegriffene beschwerende Regelung wegfällt, vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG.

„[19] ... Der angefochtene Ausgangsbescheid bildete die **rechtliche Grundlage der Vollstreckung** und wirkt insoweit rechtlich fort, soweit es um die Pflicht des [K] geht, dem [S] die dadurch entstandenen Kosten zu erstatten [§ 10 VwVG]. Die Anordnung ist daher nicht i.S.d. § 43 VwVfG ‚erledigt‘. Die Erledigung eines Verwaltungsakts i.d.S. tritt erst ein, wenn dieser nicht mehr geeignet ist, rechtliche Wirkungen zu erzeugen. Von einem Verwaltungsakt, mit dem ... Handlungspflichten auferlegt wurden, die im Wege der Ersatzvornahme vollstreckt wurden, gehen weiterhin rechtliche Wirkungen für das Vollstreckungsverfahren aus. Er bildet zugleich die Grundlage für den ... Kostenbescheid.“

Die Anfechtungsklage bleibt trotz der erfolgten Ersatzvornahme statthaft.

III. Ein rechtswidriger belastender Verwaltungsakt verletzt den Adressaten zumindest in seiner von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit („**Adressatentheorie**“). Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass K als „Opfer“ nicht zur Säuberung der Eichen verpflichtet werden durfte. Somit besitzt er die nach § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Klagebefugnis.

IV. Das nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO erforderliche **Vorverfahren** hat K ordnungsgemäß durchgeführt, insb. hat er fristgerecht Widerspruch (§ 70 Abs. 1 VwGO) erhoben. Die **Klagefrist** des § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO ist gewahrt. S ist gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO richtiger **Klagegegner**. Am **allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis** bestehen keine Zweifel.

Die Klage ist **zulässig**.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, soweit der Bescheid vom 09.08.2023 rechtswidrig ist und K dadurch in seinen Rechten verletzt wird, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

I. Gesetzliche **Ermächtigungsgrundlage** der Verfügung ist die allgemeine ordnungsrechtliche **Generalklausel** (§ 14 Abs. 1 BPolG). Die Generalermächtigung ist als Auffangermächtigung **anwendbar**, weil keine vorrangigen Ermächtigungsgrundlagen wie Spezialgesetze oder (polizeiliche) Standardmaßnahmen einschlägig sind.

II. Die Verfügung muss **formell rechtmäßig** sein.

1. Mit der Stadt S hat die **zuständige Gefahrenabwehrbehörde** gehandelt.

2. Verfahrensrechtlich ist die Anhörung des K erfolgt, die nach § 28 Abs. 1 VwVfG vor Erlass eines belastenden VA erforderlich ist.

3. Evtl. landesrechtliche **Formerfordernisse** sind durch die Schriftform gewahrt.

III. Die Verfügung muss weiterhin **materiell rechtmäßig** sein. Nach der Generalermächtigung kann die Behörde die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung) abzuwehren.

1. Dazu müsste ein **Schutzgut** der **öffentlichen Sicherheit** betroffen sein. Diese umfassen die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, die Individualrechtsgüter des Einzelnen und den Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen. Ein Rechtsverstoß scheidet aus. Allerdings ist auch die

AS-Skript POR (2023), Rn. 56 ff.

BW, Bre, Saar, Sachs (Einheitssystem der Gefahrenabwehrverwaltung): „Polizei(verwaltungs)behörde/Ortspolizei“.

Z.B. § 19 BbgOBG, § 20 Abs. 1 OBG NRW

AS-Skript POR (2023), Rn. 84 ff.

körperliche Unversehrtheit (Gesundheit) des Einzelnen (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) geschützt. Mit den für Menschen toxischen Gespinnstnestern/Brennhaaren der Eichenprozessionsspinner ist ein Individualrecht als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit betroffen.

2. Dieses Schutzgut müsste **konkret gefährdet** sein. Eine **Gefahr** liegt vor, wenn die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit eintreten wird. Die Gefahr ist **konkret**, wenn sie sich aus einem nach Ort und Zeit bestimmten Sachverhalt ergibt.

„[23] ... Dass der Befall von Bäumen durch den Eichenprozessionsspinner, insbesondere die Gespinste und Raupen, in unmittelbarer Nachbarschaft zu Wohnanwesen ... aufgrund der damit einhergehenden ... Gesundheitsgefährdungen für potentielle Kontaktpersonen den Tatbestand der Eingriffsermächtigung des [§ 14 BPolG] zur allgemeinen Gefahrenabwehr erfüllt, unterliegt keinen ernstlichen Zweifeln.“

3. K ist nur tauglicher **Adressat** der Anordnung zur Gespinstentfernung, wenn er für die Entstehung der Gefahr verantwortlich ist.

a) K hat die Insekten weder ausgesetzt noch sonst dazu beigetragen, dass sie sich auf seinen Eichen niedergelassen haben. Er kann nicht als **Verhaltensverantwortlicher** (§ 17 BPolG) herangezogen werden.

b) Allerdings könnte er **Zustandsverantwortlicher** i.S.d. § 18 BPolG sein. Danach gilt: Geht von einem Tier oder einer Sache eine Gefahr aus, so sind die Maßnahmen gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu richten. Sie können auch gegen den Eigentümer gerichtet werden.

aa) Bei den Insekten handelt es sich um **wilde Tiere**, die nach § 906 Abs. 1 S. 1 BGB **herrenlos** sind. K hat das Eigentum an ihnen auch nicht aufgegeben, so dass er nicht deswegen herangezogen werden kann (§ 18 Abs. 3 BPolG).

bb) K übt keine **tatsächliche Gewalt** über die Insekten aus.

cc) K könnte jedoch als **Eigentümer** des Grundstücks und der aufstehenden Bäume zustandsverantwortlich sein. § 18 BPolG ist mit Art. 14 GG vereinbar.

„[24] ... In dem Zusammenhang begegnet es keinen **verfassungsrechtlichen** Bedenken, die Vorschriften über die Zustandsverantwortlichkeit dahingehend auszulegen, dass der Eigentümer eines Grundstücks wegen seiner durch die Sachherrschaft vermittelten **Einwirkungsmöglichkeit** auf die gefahrenverursachende Sache verpflichtet werden kann, von dem Grundstück ausgehende Gefahren zu beseitigen. Dies muss er im Regelfall als Folge der **Sozialbindung seines Eigentums** hinnehmen, um eine effektive Beseitigung der von seinem Grundstück ausgehenden Gefahren zu ermöglichen.“

(1) K ist nur verantwortlich, wenn sein Grundstück die Gesundheitsgefahr **unmittelbar** verursacht. Der Zustand des Grundstücks muss die Gefahrgrenze **ohne wesentliche Zwischenursachen** überschreiten. Daran könnte es fehlen, wenn erst das Heranrücken der Bebauung an die bei der Errichtung der Häuser nicht befallenen Eichen die Gefahr verursacht hätte.

„[26] ... Die Gefahrenlage geht von den mit dem Eichenprozessionsspinner befallenen Bäumen in deren unmittelbarer Nähe aus und wurde erst im **Zeitpunkt des Befalls mit dem Schädling** und nicht bereits durch die herangerückte Bebauung geschaffen. Der Befall eines Baumes mit einem Schädling ist der Schadens- und Risikosphäre des Baumbesitzers und nicht den Bauherren herangerückter Wohnbebauung zuzurechnen.“

(2) K könnte aber als Zustandsverantwortlicher ausscheiden, weil er lediglich Opfer eines **Naturereignisses** (Naturgefahr) geworden ist, das für ihn nicht

In manchen LPolG ist die Gefahr – wie teilweise in § 14 Abs. 2 BPolG – legaldefiniert.

Beachte: Im Tatbestand wird nur geprüft, ob der Herangezogene überhaupt Verantwortlicher („Störer“) ist. Ob er im Verhältnis zu anderen Störern ausgewählt werden durfte, wird erst in der Rechtsfolge, d.h. im (Auswahl-)Ermessen, geprüft.

„Theorie der unmittelbaren Verursachung“, AS-Skript POR (2023), Rn. 122, 113

beherrschbar war. Allerdings kommt es im Gefahrenabwehrrecht auf **Ver-schulden** nicht an. Auch wer unverschuldet eine Gefahr verursacht, kann Verantwortlicher („Störer“) sein.

„[25] ... Die **Zustandsstörerhaftung** ist i.R.d. Gefahrenabwehr nicht nur auf typische und zufällige Gefahren begrenzt, sondern erfasst **auch** Fälle, in denen ein Tierbefall, also letztlich **höhere Gewalt**, für den niemand eine Verantwortung trägt, die Sache in einen gefährlichen Zustand versetzt hat. Die Zustandsverantwortlichkeit knüpft an die aus der tatsächlichen oder rechtlichen Sachherrschaft hergeleitete Pflicht an, dafür zu sorgen, dass – in dem Fall – von dem Grundstück oder seinen Bestandteilen keine Gefahren ... ausgehen. Die Annahme einer Polizeigefahr setzt in diesen Fällen allerdings voraus, dass die Sache, hier die Bäume auf dem klägerischen Grundstück, die ursächliche Quelle der Gefahr ist und die Gefahr unmittelbar mit dem Zustand der Sache in Verbindung steht. Das war hier der Fall.“

K ist damit als Zustandsverantwortlicher tauglicher Bescheidadressat.

4. Die **allgemeinen Rechtmäßigkeitvoraussetzungen**, insb. Bestimmtheit der Verfügung und Möglichkeit das Angeordnete auszuführen, sind gegeben.

5. S muss das von der tatbestandlich erfüllten Generalermächtigung eröffnete **Ermessen** (§ 16 BPolG) fehlerfrei ausgeübt haben (§ 114 S. 1 VwGO).

a) Indem S gegen die Gesundheitsgefahr eingeschritten ist, hat sie ihr **Entscheidungsermessen** („Ob“ des Einschreitens) fehlerfrei betätigt.

b) Angesichts der „**Opferposition**“ des K gelten beim **Auswahlermessen**, also der Frage, wie und gegen wen S vorgeht, um die Gefahr abzuwehren, strenge Anforderungen.

„[27] ... Mit der sicherheitsrechtlichen Verantwortlichkeit des Zustandsstörers in diesen Fällen einhergehende Härten muss die Behörde im Rahmen der Gefahrenabwehr bei der Auswahl des Störers und des störungsbeseitigenden Mittels im Rahmen der Verhältnismäßigkeit berücksichtigen.“

aa) Andere für die Gefahr Verhaltens- oder Zustandsverantwortliche sind nicht ersichtlich. Insoweit ist die **Auswahl** des K nicht ermessensfehlerhaft.

bb) S hat ihre Ermessensgrenzen damit nur überschritten, wenn die Verfügung gegen den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** verstößt.

(1) Die Verfügung verfolgt den **legitimen Zweck**, die menschliche Gesundheit zu schützen. Die Entfernung der Gespinnstnester fördert die Erreichung dieses Zwecks, ist also **geeignet**. Mildere, gleichermaßen geeignete Mittel sind nicht ersichtlich. Damit ist die Maßnahme **erforderlich**.

(2) Angesichts der „Opferposition“ des K könnte die Verfügung aber **unangemessen** sein.

„[28] ... Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die in dem Zusammenhang von der Behörde zu beachtende **Zumutbarkeitsgrenze** für die polizeirechtliche Inanspruchnahme dann überschritten, wenn die Kosten für die Gefahrenabwehr oder Störungsbeseitigung die Höhe des **Verkehrswertes** des Grundstücks erreichen.“

Bei 2.200 € Säuberungskosten ist diese Grenze nicht erreicht, da das Grundstück einen Wert von 100.000 € besitzt.

Die Ordnungsverfügung ist rechtmäßig. Die Klage hat keinen Erfolg.

VRVG Dr. Martin Stuttmann

AS-Skript POR (2023), Rn.135 ff.

A.A. Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht (2022), § 9 Rn. 73; Thiel, Polizei- und Ordnungsrecht (2022), § 8 Rn. 132 f.

§§ 7, 8 FStrG; §§ 42, 43 VwGO

Ermessensausübung bei Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis für die Außengastronomie

OVG Saar, Beschl. v. 11.10.2023 – 1 B 60/23, BeckRS 2023, 27971
 OVG NRW, Urt. v. 30.08.2023 – 11 A 3130/20, BeckRS 2023, 25194

Fall

E ist Eigentümer des Grundstücks X-Straße 7 in der Stadt S, das aus den Flurstücken 1170 und 1171 besteht. Auf dem Flurstück 1170 befindet sich ein Kiosk, den E an P verpachtet hat. Das Flurstück 1171, das unmittelbar an die Straße grenzt, war ursprünglich unbebaut, seit 2014 führt darüber aufgrund eines Vermessungsfehlers ein Teil des Gehwegs der X-Straße. Die X-Straße wurde seinerzeit zum Teil verkehrsberuhigt ausgebaut. Das Flurstück 1171 ist im zugrunde liegenden Bebauungsplan als „multifunktionale Mischfläche (M)“ ausgewiesen, die ausdrücklich auch „Aufenthaltsflächen“ gestattet. In der Widmungsverfügung vom 03.02.2014, die am 14.02.2014 öffentlich bekanntgemacht wurde, heißt es: „Die in S zwischen der K 30 und der K 223 gebaute X-Straße wird gemäß § 2 Abs. 1 FStrG von km 0,000 (Einmündung Kreisverkehr K 30) bis km 2,384 (Einmündung Kreisverkehr L 223) ohne Beschränkung als Gemeindestraße dem öffentlichen Verkehr gewidmet.“

P möchte auf dem Flurstück 1171 vor dem von ihm gepachteten Kiosk zwei kleine Tische mit jeweils 2 Stühlen aufstellen. Das Ordnungsamt der Stadt S weist ihn darauf hin, dass hierfür eine Sondernutzungserlaubnis erforderlich sei, die P schon deshalb nicht erteilt werden könne, weil E den Pachtvertrag für den Kiosk gekündigt habe. Nach ordnungsgemäßigem Vorverfahren hat P beim Verwaltungsgericht Klage erhoben, mit der er die Feststellung begehrt, dass das Aufstellen der Tische und Stühle keiner Sondernutzungserlaubnis bedürfe, da die Widmung bzgl. des Flurstücks 1171 mangels Zustimmung des E unwirksam sei. Es handele sich daher gar nicht um einen Teil der öffentlichen Straße. Hilfsweise sei die Behörde verpflichtet, ihm die Sondernutzungserlaubnis zu erteilen, da die Tische und Stühle für die funktionsgerechte Bewirtschaftung des Kiosks erforderlich seien. Zwar handele es sich bei der X-Straße nicht um eine Fußgängerzone, in der von S für die Außengastronomie in ständiger Verwaltungspraxis Tische und Stühle in angemessenem Umfang zugelassen werden; die Festsetzung als multifunktionale Mischfläche zu Aufenthaltszwecken entspreche jedoch faktisch einer Fußgängerzone. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Hinweis: Es gelten die Vorschriften des FStrG und des VwVfG.

Lösung

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

1. Teil: Hauptantrag auf Feststellung der Erlaubnisfreiheit

A. Zulässigkeit der Klage

I. Der **Verwaltungsrechtsweg** ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Streitentscheidend sind die öffentlich-rechtlichen Vorschriften in §§ 7, 8 FStrG, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, die auch keinem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

II. Statthafte Klageart ist die allgemeine **Feststellungsklage** (§ 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO). Der Streit um die Erlaubnispflicht betrifft ein **konkretes Rechtsverhältnis**, nämlich die Frage, ob P berechtigt ist, die Tische und Stühle auf dem Geh-

Leitsätze

1. Der Inhalt einer straßenrechtlichen Widmung ist anhand einer Auslegung nach dem Empfängerhorizont (§ 133 BGB entsprechend) zu ermitteln.
2. Liegt eine Fläche auf anliegenden Privatgrundstücken, kann die Eigenschaft als Straßenbestandteil maßgeblich dafür sein, wie weit sich die „Straße“ auf das Grundstück erstreckt. Enthält die Widmung keinerlei flächenmäßige Einschränkungen, gilt sie im Zweifel für die gesamte hergestellte Straßenanlage.
3. Fehlt die Zustimmung des Eigentümers zur Widmung, ist die Widmung i.d.R. nur rechtswidrig und nur ausnahmsweise nichtig, wenn die Behörde z.B. die Widmung bewusst rechtswidrig ohne Zustimmung des Eigentümers vollzogen hat.
4. Ein Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis besteht nur, wenn das Ermessen der Behörde auf die Erteilung der beantragten Erlaubnis als einzig rechtmäßige Entscheidung reduziert ist, mithin jede andere Entscheidung als die Erteilung der begehrten Sondernutzungserlaubnis rechtswidrig wäre, wobei das der Behörde eröffnete Ermessen sich an Gründen zu orientieren hat, die einen sachlichen Bezug zur Straße aufweisen.
5. Aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der bisherigen Verwaltungspraxis kann sich eine Ermessensreduzierung auf Null ergeben.

Prüfungsschema: Haupt- und Hilfsantrag

- Hauptantrag
 - Zulässigkeit
 - Begründetheit
- Hilfsantrag, wenn innerprozessuale Bedingung greift
 - Zulässigkeit
 - Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO
 - Begründetheit

Landesrecht

			
§§ 13, 16 StrG	Art. 14, 18 BayStrWG	§§ 10, 11 StrG	§§ 14, 18 BbgStrG
			
§§ 15, 18 LStrG	§§ 16, 19 HWG	§§ 14, 16 HStrG	§§ 21, 22 StrWG M-V
			
§§ 14, 18 NStrG	§§ 14, 18 StrWG NRW	§§ 34, 41 LStrG	§§ 14, 18 StrG
			
§§ 14, 18 SächsStrG	§§ 14, 18 StrG LSA	§§ 20, 21 StrWG SH	§§ 14, 18 ThürStrG

weg ohne Sondernutzungserlaubnis aufzustellen. Diese Frage kann auch nicht durch eine Gestaltungs- oder Leistungsklage geklärt werden, sodass die Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 2 VwGO **nicht subsidiär** ist. Zwar kann P Verpflichtungsklage auf Erteilung der Erlaubnis erheben (und hat dies auch in Form des Hilfsantrags getan), dies entspricht jedoch nicht seinem mit dem Hauptantrag verfolgten Begehren auf Feststellung der Erlaubnisfreiheit.

III. Das Feststellungsinteresse (§ 43 Abs. 1 VwGO) ergibt sich in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht daraus, dass P die Tische und Stühle nur aufstellen darf, wenn es sich dabei um ein legales Verhalten handelt.

IV. Weitere besondere Sachurteilsvoraussetzungen bestehen bei der allgemeinen Feststellungsklage nicht, insbes. ist **kein Vorverfahren** durchzuführen und **keine Klagefrist** zu beachten. Allerdings verlangt die Rspr. zur Vermeidung einer Popularklage eine **Klagebefugnis** analog § 42 Abs. 2 VwGO. Insoweit kann P geltend machen, durch die von der Behörde behauptete Erlaubnispflicht in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt zu sein.

Somit ist die allgemeine Feststellungsklage zulässig.

B. Begründetheit der Feststellungsklage

Die (negative) Feststellungsklage ist begründet, wenn das streitige Rechtsverhältnis nicht besteht, hier also das **Aufstellen der Tische und Stühle nicht erlaubnispflichtig** ist. Eine Erlaubnispflicht kann sich nur aus § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG ergeben, wenn eine **öffentlich-rechtliche Sondernutzung** vorliegt.

I. Dann müsste das Flurstück 1171 Teil einer **öffentlichen Straße** sein. Nach § 2 Abs. 1 FStrG erhält eine Straße die Eigenschaft einer öffentlichen Straße durch **Widmung**. Diese erfolgt durch Verwaltungsakt in Form der **Allgemeinverfügung** gemäß § 35 S. 2 Fall 2 VwVfG (Bestimmung der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft einer Sache).

„[58] Die Widmung einer Straße begründet die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft über sie. Durch sie wird das Eigentum an dem Straßengrundstück zwar nicht entzogen. Die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft überlagert das Eigentumsrecht jedoch und schränkt es kraft der staatlichen Hoheitsgewalt ein (sogenannter **Grundsatz des modifizierten Privateigentums**). Dem Träger der Straßenbaulast steht, wenn er nicht selbst Eigentümer des Straßengrundstücks ist, die Ausübung der Rechte des Eigentümers insoweit zu, als dies die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs und die Verwaltung und Unterhaltung erfordern.“

1. Hier ist die **Widmung** durch Allgemeinverfügung vom 03.02.2014 erfolgt, die gemäß § 41 Abs. 3 u. Abs. 4 VwVfG öffentlich bekannt gemacht und damit gemäß § 43 Abs. 1 VwVfG **wirksam geworden** ist.

2. Inhaltlich müsste die Widmung auch das Flurstück 1171 umfassen.

„[64] Eine Widmung unterliegt als Allgemeinverfügung der Auslegung entsprechend § 133 BGB. Insoweit ist nach dem Empfängerhorizont zu ermitteln, welche Verkehrsfläche und Bestandteile von einer Widmung erfasst und aufgrund dessen zu einer öffentlichen, dem Gemeingebrauch dienenden Straße werden. Aus dem Widmungstext und gegebenenfalls den erkennbaren äußeren Umständen müssen sich mit hinreichender Bestimmtheit (vgl. § 37 Abs. 1 VwVfG ...) sowohl der Umfang des Gemeingebrauchs als auch der räumliche Umfang der gewidmeten Fläche ergeben. [65] ... Notwendig, aber auch hinreichend für eine Widmungsverfügung ... ist es, dass die widmende Behörde eine Formulierung wählt, die es dem Adressatenkreis dieser Allgemeinverfügung ermöglicht, **die im jeweiligen Einzelfall betroffene Verkehrsfläche**, die die Eigenschaft einer öffentlichen Straße erhalten soll, **zu identifizieren**.“

OVG NRW

Nach § 41 Abs. 4 S. 3 VwVfG gilt der VA grds. zwei Wochen nach der ortsüblichen Bekanntmachung als bekannt gegeben.

OVG NRW

Hier bezog sich die Widmung auf die „**gebaute**“ X-Straße von km 0,000 (Einmündung Kreisverkehr K 30) bis km 2,384 (Einmündung Kreisverkehr L 223).

„[67] Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass alle Teile, die **technische Bestandteile** der Straße sind, auch gewidmet sein sollen. Liegt eine Anlage oder Fläche auf **anliegenden Privatgrundstücken**, kann die Eigenschaft als Straßenbestandteil maßgeblich dafür sein, wie weit sich die ‚Straße‘ auf das Grundstück erstreckt. Enthält eine Widmung keinerlei flächenmäßige Einschränkung, gilt sie im Zweifel für die **gesamte hergestellte Straßenanlage**.“

Die Widmung bezieht sich daher auch auf das im Eigentum des E stehende Flurstück 1171, auf dem P die Tische und Stühle aufstellen will.

3. Voraussetzung für die Widmung ist gemäß § 2 Abs. 2 FStrG grds., dass der Träger der Straßenbaulast Eigentümer des der Straße dienenden Grundstücks ist, oder der Eigentümer und ein sonst zur Nutzung Berechtigter der Widmung zugestimmt hat. Daran fehlt es hier, insbes. liegt **keine Zustimmung** des Eigentümers E vor.

a) Unwirksam ist die Widmung nach § 43 Abs. 3 VwVfG aber nur, wenn sie nichtig ist. Gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt **nichtig**, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.

„[75] In diesem Sinne leidet ein Verwaltungsakt an einem besonders schwerwiegenden Fehler, wenn dieser Fehler den Verwaltungsakt **schlechterdings unerträglich** erscheinen lässt, also mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertvorstellungen unvereinbar ist. Hierfür genügt ein bloßer Verstoß auch gegen Rechtsnormen von herausragender Bedeutung wie die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG nicht, weil diese Vorschrift keine Fehlerfolge normiert, sondern sich diese nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richtet. Der Fehler muss schlechthin unerträglich für die Rechtsordnung sein und die an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen in einem solchem Maß verletzen, dass der Verwaltungsakt gleichsam für jedermann augenscheinlich den **‚Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn‘** trägt.“

aa) Nach der **Lehre vom Gesamtakt** regeln § 2 Abs. 1 und Abs. 2 FStrG zusammen die Bestandteile des Widmungsvorgangs. Danach ist die Widmung nur wirksam, wenn (auch) die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FStrG vorliegen. Bei Fehlen der Eigentümerzustimmung wäre die Widmung schon gar **nicht wirksam zustande gekommen**.

bb) Nach herrschendem Verständnis regelt § 2 Abs. 2 FStrG dagegen keine Wirksamkeits-, sondern eine **Rechtmäßigkeitsvoraussetzung** der Widmung. Bei einem Verstoß ist die Widmung zwar rechtswidrig, nichtig aber nur in den Fällen des § 44 VwVfG.

„[76] Fehlt die Zustimmung des Privateigentümers zur Widmung der sich in seinem Eigentum befindlichen Grundstücksflächen, führt dies ... zwar zur Fehlerhaftigkeit und damit Anfechtbarkeit, jedoch nicht grundsätzlich zur Nichtigkeit der Widmung. [77] Nichtig ist eine Widmung jedoch dann, wenn sie **bewusst rechtswidrig ohne Zustimmung des Eigentümers** vorgenommen wird. Die ohne Zustimmung erfolgende Widmung stellt einen erheblichen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Grundstückseigentümers aus Art. 14 Abs. 1 GG dar, die einem enteignungsähnlichen Eingriff ähnlich ist. ... Wird dem Eigentümer seine Eigentumsposition vorsätzlich faktisch unter Umgehung des Enteignungsverfahrens entzogen, liegt ein besonders schwerwiegender Fehler vor, der eine Willkürmaßnahme darstellt.“

OVG NRW

Vgl. auch § 1 Abs. 4 FStrG bzw. entspr. Landesrecht (z.B. Art. 2 Nr. 1 b BayStrWG, § 2 Abs. 2 Nr. 1 b StrG BW, § 2 Abs. 2 Nr. 1 HStrG, § 2 Abs. 2 Nr. 1 b StrWG NRW), wonach zur öffentlichen Straße nicht nur die Fahrbahn, sondern der gesamte Straßenkörper gehört, also z.B. auch die Gehwege.

OVG NRW

Salzwedel, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, (10. Aufl. 1995), § 43 Rn. 8

Papier, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht (15. Aufl. 2016), § 40 Rn. 25

OVG NRW

Dann dürfte sich die Nichtigkeit auch aus § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG (Verstoß gegen die guten Sitten) ergeben.

Bei Bestandskraft der wirksamen Widmung steht dem Eigentümer des mit der Straße überbauten Grundstücks kein Folgebeseitigungsanspruch zu. Der geschaffene Zustand ist nicht rechtswidrig. Der Eigentümer ist aufgrund der bestandskräftigen Widmung zur Duldung verpflichtet (OVG NRW a.a.O. Rn. 54 ff.)

Ein weiterer Fall des weiten Verkehrsbegriffs ist mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG der **kommunikative Gemeingebrauch** (Austausch von Informationen und Meinungen im Straßenraum).

Zur Sondernutzung in vergleichbaren Fällen AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2022), Rn. 539 und VGH BW RÜ 2014, 400, 40

Andernfalls besteht nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (vgl. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO).

OVG Saar

OVG Saar (LS 4)

Allgemein zur Ermessungsausübung bei Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis VGH BW RÜ 2022, 536, 539 f. und AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2022), Rn. 541 ff.

b) Dieser Ausnahmefall liegt hier ersichtlich nicht vor. Vielmehr ist das Flurstück 1171 aufgrund eines Vermessungsfehlers überbaut und lediglich irrtümlich in die Widmung einbezogen worden. Die Widmung ist damit zwar **rechtswidrig**, aber **nicht nichtig**, sondern **wirksam** und hat die öffentlich-rechtliche Eigenschaft des Flurstücks 1171 als Teil der öffentlichen Straße begründet.

II. Eine Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG benötigt P nur, wenn eine (öffentlich-rechtliche) **Sondernutzung** vorliegt.

1. Sondernutzung ist die Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus (§ 8 Abs. 1 S. 1 FStrG). **Gemeingebrauch** ist nach § 7 Abs. 1 FStrG der Gebrauch der Straße im Rahmen der Widmung und der verkehrsbehördlichen Vorschriften zum Verkehr. Wegen Art. 14 Abs. 1 GG wird davon auch der sog. **Anliegergebrauch** umfasst (z.B. Kontakt nach außen, Zufahrt, Hinweisschilder). Die gegenständliche Inanspruchnahme des Straßenraums, zu dem auch der Gehweg gehört (s.o.), durch Aufstellen von Gegenständen ist zur Nutzung des Eigentums aber nicht zwingend erforderlich und führt i.d.R. zu einer nicht ganz unerheblichen Behinderung des übrigen Verkehrs, sodass auch bei Anliegergewerbebetrieben eine **Sondernutzung** vorliegt.

2. Diese bedarf nach § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG der Erlaubnis, sodass der Hauptantrag auf Feststellung der Erlaubnisfreiheit unbegründet ist und keinen Erfolg hat.

2. Teil: Hilfsantrag auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis

A. Der Hilfsantrag ist als **Verpflichtungsklage** gemäß §§ 40 Abs. 1 S. 1, 42 Abs. 1 Fall 2, 42 Abs. 2, 68 Abs. 2, 74 Abs. 2 VwGO **zulässig**.

B. Es liegt eine nach § 44 VwGO zulässige **objektive Klagehäufung** vor

C. Begründet ist die Verpflichtungsklage, soweit die Ablehnung der Erlaubnis rechtswidrig, der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO). Das ist der Fall, wenn P einen **Anspruch** auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis hat.

I. Voraussetzungen für die Erteilung oder Versagung der Sondernutzungserlaubnis sind in § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG nicht geregelt. Wird der Behörde eine Handlungsermächtigung eingeräumt, ohne dass das Gesetz dazu nähere Voraussetzungen aufstellt, steht die Erlaubnis im **Ermessen** der Behörde.

II. Ein **Anspruch** auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis besteht daher nur im Fall der **Ermessensreduzierung auf Null**. Diese kann sich insbes. aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der bisherigen Verwaltungspraxis ergeben (sog. **Selbstbindung der Verwaltung**). Hier hat die Stadt das Aufstellen von Tischen und Stühlen in Fußgängerzonen in angemessenem Umfang bislang stets erlaubt. Zwar ist die X-Straße nicht als Fußgängerzone gewidmet.

„[4] ... [S] übersieht ..., dass [der Bebauungsplan] die für die Außenbestuhlung vorgesehene Fläche als Verkehrsfläche besonderer Zweckbestimmung in Gestalt einer ‚multifunktionalen Mischfläche‘ ... festsetzt und für diese ausdrücklich auch ‚Aufenthaltsflächen‘ gestattet. Es liegt mithin fern, dass die vom [P] beabsichtigte Außenbestuhlung (in dem hier beantragten Umfang) im Widerspruch zu den bauplanerischen Festsetzungen und dem Gestaltungskonzept [der Stadt] stehen könnte.“

Andere entgegenstehende Gesichtspunkte sind nicht ersichtlich.

„Ein anhängiger Mietrechtsstreit stellt keine straßenbezogene Ermessenserwägung dar und vermag eine Erlaubnisversagung nicht zu rechtfertigen.“

Auch mit Blick auf den geringen Umfang der Sondernutzung (nur zwei kleine Tische mit jeweils zwei Stühlen) ist das Ermessen der Behörde auf Null reduziert und P hat einen Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis.

Ergebnis: Der Hilfsantrag auf Verpflichtung der S zur Erteilung der Sondernutzungserlaubnis ist begründet und hat Erfolg.

RA Horst Wüstenbecker

Zivilrecht

1. Unter welchen Voraussetzungen erfüllt der Verkäufer eines bebauten Grundstücks, der dem Käufer Zugriff auf einen Datenraum mit Unterlagen und Informationen zu der Immobilie gewährt, hierdurch seine Aufklärungspflicht?
1. Der Verkäufer eines bebauten Grundstücks, der dem Käufer Zugriff auf einen Datenraum mit Unterlagen und Informationen zu der Immobilie gewährt, erfüllt hierdurch seine Aufklärungspflicht nur, wenn und soweit er aufgrund der Umstände die berechnete Erwartung haben kann, dass der Käufer durch Einsichtnahme in den Datenraum Kenntnis von dem offenbarungspflichtigen Umstand erlangen wird. **(RÜ 1/2024, S. 3)**
2. Wo müssen bei einem Vertragsabschluss Angebot und Annahme abgegeben worden sein, sodass ein Verbraucherschützendes Widerrufsrecht nach § 312 g Abs. 1 Alt. 1 BGB in Betracht kommt?
2. Nach § 312 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB sind außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge solche, die bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen werden, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist. Nach § 312 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB genügt es, wenn der Verbraucher unter den in Nr. 1 genannten Umständen ein Angebot für den Abschluss eines Vertrags abgegeben hat. **(RÜ 1/2024, S. 5)**
3. Genügt es in diesem Kontext auch, dass der Verbraucher nur die Annahme außerhalb von Geschäftsräumen erklärt hat?
3. Ein Vertragsschluss bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien außerhalb von Geschäftsräumen i.S.d. § 312 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB liegt nicht vor, wenn der Verbraucher ein vom Unternehmer am Vortag unterbreitetes Angebot am Folgetag außerhalb von Geschäftsräumen lediglich annimmt. **(RÜ 1/2024, S. 5)**
4. Wie ist das Tatbestandsmerkmal der Schriftform in § 550 S. 1 BGB definiert?
4. Das Wesentliche der Schriftform ist die Errichtung einer Urkunde. § 126 Abs. 2 BGB fordert die Einhaltung der Schriftform bei Vertragsschluss. Für einen wirksamen Vertragsschluss ist erforderlich, dass die empfangsbedürftige Willenserklärung der anderen Partei auch zugeht. Infolgedessen wäre aber die Schriftform des § 550 BGB nicht gewahrt, wenn die von beiden Vertragsparteien unterschriebene Vertragsurkunde der jeweils anderen Vertragspartei nicht zugegangen ist. Der BGH legt § 550 BGB im Wege einer teleologischen Reduktion dahingehend aus, dass zur Wahrung der Schriftform die bloße Einhaltung der äußeren Form ausreicht, also, dass eine von beiden Parteien unterzeichnete Vertragsurkunde existiert, die den Inhalt des Mietvertrages vollständig wiedergibt. Dass der Mietvertrag vor Errichtung der Urkunde nicht wirksam zustande gekommen ist, schadet nicht. **(RÜ 1/2024, S. 7 f.)**
5. Wirkt die Heilung des Mangels der Schriftform auf einen Zeitpunkt vor der bereits ausgesprochenen Kündigung zurück?
5. Nein. Bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die zweite Urkunde errichtet wird, kann eine ordentliche Kündigung wegen Nichteinhaltung der Schriftform ausgesprochen werden. Erst ab dem Moment, in dem eine dem Schriftformerfordernis des § 550 BGB genügende Vertragsurkunde existiert, die den Inhalt des Mietvertrages vollständig und richtig wiedergibt, ist eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen. Denn die Errichtung der Urkunde entfaltet nur Wirkung „ex nunc“ und nicht „ex tunc“ Wirkung. **(RÜ 1/2024, S. 8 ff.)**
6. Was versteht man unter einem berechtigten Interesse i.S.d. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB?
6. Als berechtigtes Interesse i.S.d. § 553 Abs. 1 S. 1 BGB ist jedes Interesse des Mieters von nicht ganz unerheblichem Gewicht anzusehen, das mit der geltenden Rechts- und Sozialordnung in Einklang steht. **(RÜ 1/2024, S. 13)**
7. Kommt es bei einer beruflich genutzten Nebenwohnung in dem Kontext darauf an, ob der Mieter auf die Wohnung und auf die Einnahmen aus der Untervermietung zwingend angewiesen ist?
7. Auch bei einer beruflich genutzten Nebenwohnung kommt es für die Beurteilung des berechtigten Interesses nach § 553 Abs. 1 S. 1 BGB nicht darauf an, ob der Mieter auf die fortdauernde Nutzung der Wohnung aus beruflichen Gründen oder auf die Erzielung von Einnahmen aus der Untervermietung zwingend angewiesen ist. **(RÜ 1/2024, S. 13)**
8. Wie prüft man das Merkmal „bei Betrieb des Kfz“?
8. Zunächst muss Kausalität i.S.d. Äquivalenztheorie gegeben sein. Ferner muss sich die spezifische Betriebsgefahr realisiert haben. **(RÜ 1/2024, S. 15)**

9. Wann realisiert sich die Betriebsgefahr?

9. Nach der heute herrschenden verkehrstechnischen Auffassung sind alle Kfz in Betrieb, die sich im öffentlichen Verkehrsbereich oder auf privatem Gelände bewegen oder in verkehrsbeeinflussender Weise ruhen. Nach a.A. – maschinen-technische Auffassung – kommt es darauf an, ob der Motor noch läuft oder das Fahrzeug wenigstens als Nachwirkung des motorischen Antriebs noch in Bewegung ist. **(RÜ 1/2024, S. 15)**

10. Warum haftet der Halter bzw. Fahrer eines E-Scooters nicht nach StVG?

10. Da E-Scooter maximal bis zu 20 km/h fahren können, ist die StVG-Haftung gemäß § 8 Nr. 1 StVG ausgeschlossen. **(RÜ 1/2024, S. 15)**

11. Welche Anspruchsgrundlagen kommen gegen eine Stadt/Gemeinde in Betracht, die ihrer Pflicht zur Kontrolle der Bäume auf ihrer Gemarkung nicht nachkommt, weswegen einem Bürger ein Schaden entsteht?

11. Entscheidend ist, ob es sich bei der Pflicht um eine privatrechtlich (so z.B. in Hessen) oder hoheitlich ausgestaltete Pflicht handelt. In Betracht kommt je nachdem ein Anspruch auf Schadensersatz aus Amtshaftung gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG oder ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. **(RÜ 1/2024, S. 17)**

12. Unter welchen Umständen kann auch ein Unterlassen tatbestandsmäßig für § 823 Abs. 1 BGB sein?

12. Ein Unterlassen kann nur dann eine tatbestandsmäßige Verletzungshandlung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB sein, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand. Diese Rechtspflicht kann sich z.B. aus einer Verkehrssicherungspflicht ergeben. Eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht besteht für denjenigen, der eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält. **(RÜ 1/2024, S. 18)**

13. Welche Fallgruppen von Verkehrssicherungspflichten gibt es?

13. Verkehrseröffnung/gefahrbergende Anlagen (z.B. Parkplatz), Veranstaltungen (z.B. Konzert), Leistungen (z.B. Reise), Produzentenhaftung. **(RÜ 1/2024, S. 18)**

14. Wann ist ein Ereignis unabwendbar i.S.v. § 17 Abs. 3 StVG?

14. Unabwendbar ist ein Ereignis, das auch durch äußerst mögliche Sorgfalt vom überdurchschnittlichen Fahrer (Idealfahrer) nicht abgewendet werden kann. Erforderlich ist dafür ein sachgemäßes und geistesgegenwärtiges Handeln über den gewöhnlichen Maßstab hinaus. **(RÜ 1/2024, S. 20)**

15. Wann ist Rückwärtsfahren in einer Einbahnstraße zulässig?

15. Lediglich (unmittelbares) Rückwärtseinparken („Rangieren“) ist – ebenso wie Rückwärtseinfahren aus einem Grundstück auf die Straße – kein unzulässiges Rückwärtsfahren auf Richtungsfahrbahnen gegen die Fahrtrichtung. Demgegenüber ist Rückwärtsfahren auch dann unzulässig, wenn es dazu dient, erst zu einer (freien oder freiwerdenden) Parklücke zu gelangen. Entsprechendes gilt, wenn das Rückwärtsfahren dazu dient, einem Fahrzeug die Ausfahrt aus einer Parklücke zu ermöglichen, um anschließend selbst in diese einfahren zu können. **(RÜ 1/2024, S. 21)**

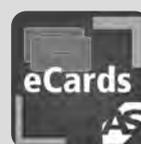
16. Was ist ein Anscheinsbeweis?

16. Der Anscheinsbeweis (Beweis des ersten Anscheins, prima-facie-Beweis) beruht auf typischen, häufig wiederkehrenden Geschehensabläufen, die nach der Lebenserfahrung dem ersten Anschein nach den Schluss auf bestimmte Ursachen oder Umstände, z.B. Kausalität oder Verschulden, zulassen. **(RÜ 1/2024, S. 21)**

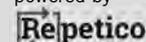
RÜ-Check gecheckt?

Testen Sie, ob Sie die wesentlichen Inhalte der RÜ im Langzeitgedächtnis abgespeichert haben.

- Sämtliche Fragen und Antworten des RÜ-Check seit 2010
- Intelligente Wiedervorlage nach dem Leitner-Lernkarteiprinzip
- Im Browser auf www.repetico.de oder mobil mit der App „Alpmann eCards“



powered by



Strafrecht

1. Welchen Zwecken dient Art. 103 Abs. 3 GG und was folgt daraus für den Gesetzgeber?

1. Art. 103 Abs. 3 GG begrenzt den staatlichen Strafanspruch um der Rechtssicherheit willen. Das Mehrfachverfolgungs- und -bestrafungsverbot dient damit zugleich der Freiheit und der Menschenwürde des Betroffenen. Es verhindert, dass dieser zum bloßen Objekt herabgestuft wird. Daneben dient die Rechtskraft einer Entscheidung auch dem Rechtsfrieden, denn es besteht ein vom Einzelnen unabhängiges Bedürfnis der Gesellschaft an einer endgültigen Feststellung der Rechtslage. Wegen dieser Zwecke enthält Art. 103 Abs. 3 GG eine abwägungsfeste Vorrangentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit gegenüber der materialen Gerechtigkeit. Der Gesetzgeber darf diesen absoluten Vorrang nicht unterlaufen, indem er die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens nur zur Herbeiführung einer „richtigeren“ Entscheidung ermöglicht. **(RÜ 1/2024, S. 24 ff.)**

2. Warum kommt es für die Frage des Mordmerkmals der Heimtücke bei der (versuchten) Tötung eines Kleinkindes nicht auf dieses, sondern auf einen schutzbereiten Dritten an?

2. Der Grund ist darin zu erblicken, dass das Kleinkind selbst nicht zu Argwohn und Gegenwehr fähig ist. **(RÜ 1/2024, S. 29)**

3. Ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Täter von seinem Opfer nur deswegen ablässt, weil er ein anderes außertatbestandliches Ziel erreicht hat?

3. Nein! Außertatbestandliche Ziele bleiben unberücksichtigt. Ein Rücktritt ist nur bei einem Fehlschlag nicht mehr möglich. Ein solcher liegt aber dann nicht vor, wenn der Täter die konkrete Tat nach seiner Vorstellung mit den zur Verfügung stehenden Mitteln noch vollenden könnte. Nach h.M. schließen eine außertatbestandliche Zielerreichung und die damit verbundene, vom Täter erkannte Nutzlosigkeit der Tatfortsetzung auch die Freiwilligkeit eines Rücktritts nicht aus. Die Argumentation stützt sich dabei auf Wortlaut (Tat = Tatbestandsverwirklichung), Schutzzweck (Opferschutz) und sonstige Wertungswidersprüche (Privilegierung des Absichtstäters). **(RÜ 1/2024, S. 33)**

4. Warum kommt das Notwehrrecht nicht in Betracht, wenn ein Messereinsatz gegen einen flüchtenden Angreifer erfolgt?

4. Das Notwehrrecht kennt zwar keine Verhältnismäßigkeit zwischen Angriff und Verteidigung. Beim Einsatz tödlicher Mittel zur Verteidigung ist indes anerkannt, dass der Mitteleinsatz zunächst angedroht werden muss (sog. Dreistufenfolge). Ist dies nicht erfolgt, obwohl diese möglich und zumutbar war, ist die Notwehrhandlung nicht erforderlich. **(RÜ 1/2024, S. 35)**

5. Wann besteht eine Garantenstellung aus Ingerenz?

5. Wer durch sein Verhalten oder Unterlassen die Gefahr für den Eintritt schädlicher Erfolge geschaffen hat, ist verpflichtet, die drohenden Schäden zu verhindern. Das Vorverhalten wirkt jedoch nur dann pflichtbegründend, wenn es die nahe Gefahr des Eintritts des konkreten Erfolgs verursacht hat und wenn das Vorverhalten pflichtwidrig war, also schon als solches nicht zu den allgemein als sozial üblich anerkannten Verhaltensweisen gehört hat. **(RÜ 1/2024, S. 37)**

6. Wann ist ein Strafantrag ohne eigenhändige Unterschrift ausnahmsweise wirksam?

6. Grundsätzlich bedarf ein Strafantrag zur Wahrung der Schriftform einer eigenhändigen Unterschrift. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich aus einem Schriftstück in zweifelsfreier Weise ergibt, dass der Antragsteller die Strafverfolgung wünscht und es sich bei dem Schreiben nicht um einen bloßen Entwurf handelt. **(RÜ 1/2024, S. 38)**

Öffentliches Recht

1. Ist eine Klage formwirksam erhoben, wenn Sie eine eingescannte Unterschrift des Rechtsanwalts trägt, aber von einem Kanzleiangestellten übermittelt wird?

2. Kann eine Klage zulässig sein, die erst nach Ablauf der Frist beim Verwaltungsgericht eingeht?

3. Setzt ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung immer einen vorherigen Antrag an die Behörde voraus?

4. Wann ist eine Anhörung vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts wegen Gefahr im Verzug nicht erforderlich?

5. Ist die Heilung einer unterbliebenen Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG im Prozess auch dann noch möglich, wenn sich der VA erledigt hat?

6. Wann liegt eine die Wohnungsverweisung rechtfertigende gegenwärtige Gefahr vor?

7. Ist eine Person als Zustandsstörer anzusehen, von deren Grundstück aufgrund eines Naturereignisses eine Gefahr ausgeht?

8. Ein Grundstück, das nicht im Eigentum der Gemeinde steht, wird ohne Zustimmung des Eigentümers als öffentliche Straße gewidmet. Ist die Widmung wirksam?

1. Nein! Eine Klageerhebung ist für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte nur noch per qualifizierter elektronischer Signatur oder mit (einfacher) Signatur auf einem sicheren Übermittlungsweg gestattet, § 55 a Abs. 3 S. 1 VwGO. Enthält die Klage nur eine einfache Signatur, muss die den Schriftsatz verantwortende Person das Dokument selbst verwenden. Durch diese Regelung soll gewährleistet werden, dass Dokumente in einer Weise an das Gericht versandt werden, die sicherstellt, dass die Identität des Signierenden von einem Dritten geprüft und bestätigt wurde. **(RÜ 1/2024, S. 39 f.)**

2. Ja! Wenn jemand ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten, kann er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen, § 60 Abs. 1 VwGO. Die betroffene Person muss die Tatsachen glaubhaft machen, die zum Fristversäumnis geführt haben, den Antrag zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses stellen und die versäumte Rechtshandlung nachholen. **(RÜ 1/2024, S. 40 f.)**

3. Nein! Grundsätzlich muss zwar erfolglos ein behördlicher Antrag gestellt werden, damit das Rechtsschutzbedürfnis des Antrags nach § 123 VwGO bejaht werden kann. Gibt die Behörde allerdings vorprozessual klar und eindeutig zu erkennen, dass sie einen entsprechenden Antrag definitiv ablehnen werde, würde sich der behördliche Antrag als bloße Förmerei darstellen. In diesen Fällen ist ein vorheriger Antrag bei der Behörde entbehrlich. **(RÜ 1/2024, S. 42 ff.)**

4. Gefahr im Verzug i.S.v. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG ist anzunehmen, wenn eine vorherige Anhörung die notwendigen Maßnahmen in unvertretbarem Maße verzögern würde, insbes. weil der mit der Maßnahme verfolgte Zweck vereitelt oder wesentlich erschwert würde. **(RÜ 1/2024, S. 46 f.)**

5. Nein! Die Heilung setzt voraus, dass der VA noch geändert werden kann. Nach Eintritt der Erledigung ist dies nicht mehr möglich, sodass die Anhörung nach Eintritt der Erledigung des VA nicht mehr nachgeholt werden kann. **(RÜ 1/2024, S. 47)**

6. Die Wohnungsverweisung ist ein kurzfristig wirkendes Mittel der Krisenintervention, mit der eine aktuell drohende (erneute) körperliche Auseinandersetzung zwischen in derselben Wohnung lebenden Personen verhindert werden soll. Eine gegenwärtige Gefahr i.S.d. jeweiligen landesrechtlichen Vorschrift setzt daher grundsätzlich entweder eine Gewaltbeziehung mit konkreten Anzeichen für wiederholte Misshandlungen voraus oder eine erstmalige Gewalttat, wenn aufgrund der Intensität des Angriffs und der Schwere der Verletzungen mit einer jederzeitigen Wiederholung der Gewaltanwendung zu rechnen ist. **(RÜ 1/2024, S. 47 f.)**

7. Ja! Im Gefahrenabwehrrecht kommt es zum einen nicht auf Verschulden an, sodass auch die Person, die die Gefahr unverschuldet verursacht hat, als Störer zur Gefahrenabwehr herangezogen werden kann. Zudem ist die Zustandsstörerhaftung nicht nur auf typische und zufällige Gefahren begrenzt, sondern erfasst auch Fälle, in denen ein Tierbefall, also letztlich höhere Gewalt, die Sache in einen gefährlichen Zustand versetzt hat. **(RÜ 1/2024, S. 51 f.)**

8. Nach h.M. ja! Als Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG ist die Widmung nur unwirksam, wenn sie nichtig ist. In der beschriebenen Situation liegt aber keine Nichtigkeit nach § 44 Abs. 1 VwVfG vor. Nichtig ist eine Widmung nur dann, wenn sie bewusst rechtswidrig ohne Zustimmung des Eigentümers vorgenommen wird. Wird einem Eigentümer seine Eigentumsposition faktisch unter Umgehung des Enteignungsverfahrens entzogen, liegt ein besonders schwerwiegender Fehler vor, der eine Willkürmaßnahme darstellt. **(RÜ 1/2024, S. 55 f.)**

K1

Den Ernstfall trainieren

Klausurenkurs 1. Examen



Ihre besonderen Vorteile auf einen Blick:

- Jeden Monat 6 Klausuren, also ein **komplettes Probeexamen**
- **Landesrecht nach Wahl**
- Ausformulierte **Musterlösungen** im Gutachtenstil
- Ausführliche **klausurtaktische Vorüberlegungen** und Vertiefungshinweise
- Auf Wunsch mit **Korrekturflatrate**
- Wöchentlicher Klausurworkshop mit **Klausurbesprechungen** u.a.
- Inklusive: Skript **Methodik der Fallbearbeitung** von Alpmann Schmidt

Infos unter www.k1-klausurenkurs.de



ALPMANN SCHMIDT



Skripten, RÜ, Kursunterlagen
und noch mehr ab jetzt in der

Scan me



E2

2. Staatsexamen Ostdeutschland

(Für alle Referendar*innen mit Stammdienststelle
in Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt,
Thüringen und Sachsen)

Online
**Examenskurs
per Livestream***
Aufzeichnung mind.
72 Stunden lang verfügbar



* Interaktiver Unterricht im Livestream, Beteiligung per Chat, Mikro und Video möglich. Dozent*innen beziehen Sie aktiv in die Kurseinheiten ein!

Strafrecht

Anklageschrift, Einstellung,
Strafurteil 1. Instanz, Revision

ab März 2024

Materielles Recht

Wiederholung des Materiellen
Rechts für die Assessor Klausur

ab Juli 2024

Öffentliches Recht

VG-Entscheidungen, einstweiliger
RS, behödl. Entscheidungen

ab Mitte Dezember 2024

Zivilrecht II

Zwangsvollstreckung,
Anwalts- und Kautelarklausuren

ab Mai 2024

Zivilrecht I

Klausur- und Urteilstechnik,
Tenorierungen, Erledigung

ab Oktober 2024

*Einstieg zu jedem Modulbeginn
und Probeklausuren jederzeit möglich!*

20% Ersparnis gegenüber
der Einzelbuchung

Komplettpreis

12 x 129 €

steuerl. absetzbar
mtl. kündbar



AS Frankfurt (Oder) • E-Mail: as-ffo@alpmann-schmidt.de

www.alpmann-schmidt.de



Alpmann Schmidt



C.H. BECK

Zwei starke Partner für Ihr 2. Examen

Unser
Rundum-sorglos-Paket,
alles inklusive:

52 Kurseinheiten
à 3 Zeitstunden



RÜ mit RÜ2
RÜ-Archiv und
RÜ2-Archiv



Kursbegleitende
Klausuren



Alle sechs
Kommentare
Ihr Eigentum,
keine Miete!



Alle zehn
Assessor Skripten



Topaktuelle
Hörerunterlagen
als Print und
Download

E1 Präsenz/Online Examenskurs*

Examenskurs 1. Examen

Freiburg

Unser Rundum-sorglos-Paket:

ca. 440 Zeitstunden

davon 10,5 bis 11,50 Zeitstunden pro Woche
im Zivilrecht, Öffentlichen
Recht und Strafrecht



sowie Sonderveranstaltungen
Klausurtechnik, -training und
-besprechungen, kursbegleitende
Klausuren im Landesrecht



**Topaktuelle
Hörer-
unterlagen,**
als Print



23 Skripten,
das gesamte
Kernwissen



ca. 120 Klausuren
auf Examens-
niveau



RÜ
Rechtsprechungs
Übersicht;
digitales Archiv
seit 1998



über 1.800
digitale Lernkarten
im Browser
und **per App**

Kursbeginn: 25. März 2024

Kurspreis: 12 x 190 € (alles inklusive)

Probeklausuren jederzeit möglich!

***Interaktiver Unterricht im Livestream, Beteiligung per Chat, Mikro und Video möglich. Dozenten beziehen Sie aktiv in die Kurseinheiten ein!**

Kursort: Alpmann Schmidt Freiburg • Schreiberstraße 20 • 79098 Freiburg

Information und Anmeldung: Alpmann Schmidt • Winzerstraße 17 • 67434 Neustadt • Telefax: 06321/879637
as-freiburg@alpmann-schmidt.de • www.alpmann-schmidt-freiburg.de

DIE AKTUELLSTEN RÜ-TREFFER IN DEN EXAMINA

Erst in der RÜ, dann im Examen!

Deine Examensfälle von morgen

Zivilrecht

Examensklausuren Zivilrecht

Juni 2022	NRW	BGH RÜ 2018, 208	NRW	RÜ 2021, 137
Juli 2022	NDS	BGH RÜ 2022, 1	NDS	BGH RÜ 2022, 151
August 2022	NRW/Th/RLP/HE	BGH RÜ 2022, 341	Sachs	BGH RÜ 2018, 752
	NRW	BGH RÜ 2021, 279		
September 2022	B/BB (2. Ex.)	BGH RÜ 2018, 359		
Oktober 2022	NRW/HH	BGH RÜ 2021, 545	HH	BGH RÜ 2018, 140
Dezember 2022	NRW/HH	BGH RÜ 2022, 691	HH	OLG Frankfurt RÜ 2021, 681
April 2023	NRW/NDS/B/BB	BGH RÜ 2021, 759		
August 2023	RLP/NRW	BAG RÜ 2022, 487	NRW	BAG RÜ 2019, 485

Strafrecht

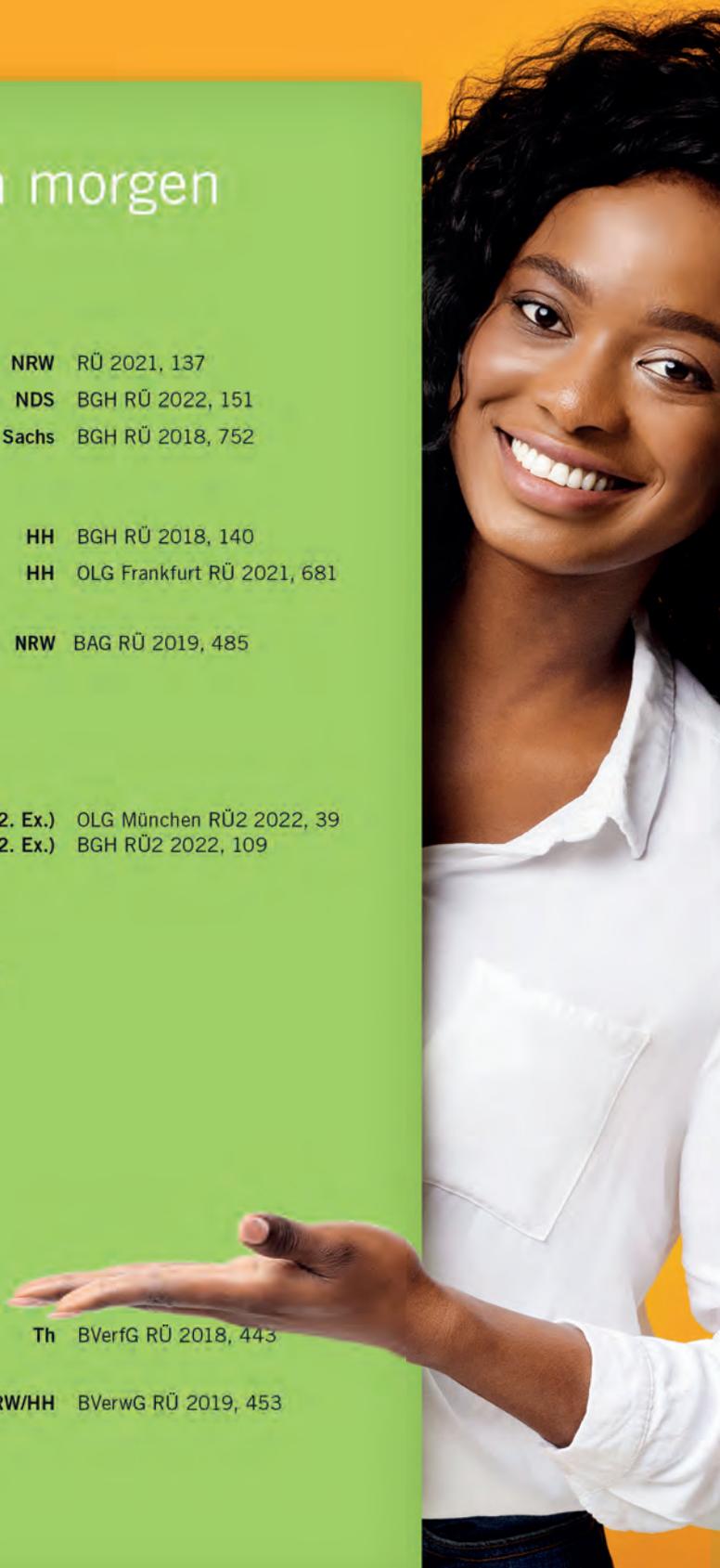
Examensklausuren Strafrecht

Juli 2022	SH/NDS	BGH RÜ 2019, 100		
September 2022	B/BB (2. Ex.)	BGH RÜ 2018, 26	B/BB (2. Ex.)	OLG München RÜ2 2022, 39
		OLG Hamburg RÜ 2022, 311	B/BB (2. Ex.)	BGH RÜ2 2022, 109
Oktober 2022	NDS/NRW/ B/BB/MV/HH	BGH RÜ 2018, 102 BGH RÜ 2019, 719 BGH RÜ 2021, 378 Zusammenfassung RÜ 2022, 381		
November 2022	NRW	BGH RÜ 2020, 505		
Dezember 2022	B/BB (2. Ex.)	KG RÜ 2021, 511		
Januar 2023	SH	BGH RÜ 2018, 375		
Juli 2023	NDS	BGH RÜ 2023, 375		
November 2023	NRW	BGH RÜ 2019, 719		

Öffentliches Recht

Examensklausuren Öffentliches Recht

Juni 2022	NRW	BVerfG RÜ 2021, 440		
August 2022	NRW	BVerfG RÜ 2022, 587	Th	BVerfG RÜ 2018, 443
Oktober 2022	NRW	VerfGH NRW RÜ 2018, 178		
Dezember 2022	NRW	BayVGh RÜ 2018, 189	NRW/HH	BVerwG RÜ 2019, 453
Juni 2023	NRW	BVerfG RÜ 2014, 793		
Juli 2023	SH	BVerfG RÜ 2018, 450		
August 2023	NRW	BVerfG RÜ 2020, 587		



E1

Alpmann Schmidt



Neue Examenskurse 1. Examen

Bochum | Göttingen | Hannover | Osnabrück

Neu ab 11. März 2024

Kursbeginn mit allen AT-Gebieten !

- als **Präsenzkurse** und parallel im **Livestream**
- als Jahreskurse; auch Abschnitten möglich
- **AS Videoportal**: alle Kurseinheiten auch als Video zum nachträglichen oder nochmaligen Anschauen !
- Umfassende, toppaktuelle **Kursunterlagen im Print**
- **Zeitschrift RÜ** im Print – die Examensfälle von Morgen !
- integrierter **Klausurenkurs** mit individueller Korrektur
- Abstracts: das wirklich Wichtige zu allen Rechtsgebieten
- **AS-Lern App** zum effektiven Wiederholen – Kampf dem Vergessen !



E2 Neuer Examenskurs 2. Examen NIEDERSACHSEN & BREMEN

Online interaktiv im Livestream + Videoportal

Incl. AS Skripten und der im 2. Examen zugelassenen Kommentare !

- **Zivilrecht I: 08.01. – 08.03.2024** – montags 16:30 Uhr bis 19:30 Uhr – **RA Frank Müller**
Zivilgerichtliche Entscheidungen in der Assessor Klausur (Erkenntnisverfahren: Urteils-, Relationstechnik: 9 Sitzungen)
- **Zivilrecht II: 11.03. – 24.05.2024** – montags 16:30 Uhr bis 19:30 Uhr – **RA Frank Müller**
Vollstreckungsrecht und einstweiliger Rechtsschutz in der Assessor Klausur; rechtsberatende und rechtsgestaltende Anwaltsklausur (9 Sitzungen + 2 Wochen Osterferien)
- **Strafrecht: 28.05. – 02.08.2024** – dienstags 16:30 Uhr bis 19:30 Uhr – **RA'in Miriam Schröder**
Strafrechtliche Assessor Klausur (6 Sitzungen + 4 Wochen Ferien)
- **Öffentliches Recht: 07.08. – 11.10.2024** – mittwochs 16:30 Uhr bis 19:30 Uhr – **RA Thomas Müller**
Verwaltungsrechtliche, behördliche und anwaltliche Assessor Klausuren (9 Sitzungen + 1 Woche Herbstferien)
- **Materielles Recht in der Assessor Klausur: 14.10. – 20.12.2024**
Alle drei Rechtsgebiete, spezifisch ausgerichtet auf die Assessor Klausur, kompakt und topaktuell !
> **Einstieg zu jedem Modul möglich, da fortlaufender Kurs!**

Information und Anmeldung: RAe Müller & Müller, Schorlemerstr. 12, 48143 Münster; Tel.: 0251/82014,
www.rae-mueller-mueller.de, info@rae-mueller-mueller.de; **Instagram**: [alpmann_schmidt_feat_mueller](https://www.instagram.com/alpmann_schmidt_feat_mueller)

