

Rechtsprechungs Übersicht 2

Ihr Plus fürs 2. Examen

- | | |
|--------------------|--|
| BGH | Klageantrag unter Bezugnahme auf USB-Stick? |
| OLG Frankfurt a.M. | Maßgeblicher Zeitpunkt für das „sofortige“ Anerkenntnis i.S.v. § 93 ZPO bei einer Stufenklage – Teil 1 |
| OLG Bremen | Maßgeblicher Zeitpunkt für das „sofortige“ Anerkenntnis i.S.v. § 93 ZPO bei einer Stufenklage – Teil 2 |
| BGH | Wiederholung der persönlichen Anhörung einer Partei durch das Berufungsgericht |
| <hr/> | |
| BGH | Der Ablauf der Bewährungszeit steht einer straferschwerenden Berücksichtigung entgegen |
| BGH | Anrechnung erbrachter Bewährungsauflagen bei nachträglicher Gesamtstrafe |
| BVerfG | Überschreiten der 3-Tages-Frist im Beschwerdeverfahren |
| BGH | Zur Revision des Nebenklägers |
| <hr/> | |
| VGH BW | „Verbrauch“ des Verzichts auf mündliche Verhandlung |
| BVerwG | Dauerprotest gegen Ponyreiten auf dem Volksfest |
| OVG SH | Fahrtenbuch – Fahrernennung am letzten Tag reicht nicht |

Zivilrecht

- BGH, Urt. v. 14.07.2022 – I ZR 97/21,
GRUR-RS 2022, 19691
§ 253 ZPO
Klageantrag unter Bezugnahme auf USB-Stick? 73
- OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 08.07.2022 – 10 W 10/22,
BeckRS 2022, 20497
§§ 92, 93, 254, 307 ZPO
**Maßgeblicher Zeitpunkt für das „sofortige“
Anerkenntnis i.S.v. § 93 ZPO bei einer Stufen-
klage – Teil 1** 76
- OLG Bremen, Beschl. v. 24.11.2021 – 5 W 37/21,
BeckRS 2021, 46417
§§ 91, 91 a, 93, 254 ZPO; §§ 286, 2413 BGB
**Maßgeblicher Zeitpunkt für das „sofortige“
Anerkenntnis i.S.v. § 93 ZPO bei einer Stufen-
klage – Teil 2** 79
- BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – VI ZR 382/21,
BeckRS 2022, 35153
Art. 103 GG; §§ 286, 529 ZPO
**Wiederholung der persönlichen Anhörung
einer Partei durch das Berufungsgericht** 82

Strafrecht

- BGH, Beschl. v. 26.10.2021 – 2 StR 304/21,
BeckRS 2021, 38403
§ 337 StPO; §§ 46, 56 g StGB
**Der Ablauf der Bewährungszeit steht einer straf-
erschwerenden Berücksichtigung entgegen** 85

Impressum

RÜ 2-RechtsprechungsÜbersicht 2

Herausgeber: RA Dr. Jan Stefan Lüdde, RA Christian Sommer

Verantwortliche Redakteure:

RA Dr. Jan Stefan Lüdde (Zivilrecht), VRLG Dirk Reitzig (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: RiOLG Wolfgang Dötsch, VRiLG Peter Finke, RA Dr.
Jan Stefan Lüdde, VRiLG Björn Raap, LL.M. (Wellington), RiSG Lars Reuter,
Ri'in AG Dr. Johanna Schuster, Ri'inLG Dr. Tanja Stuckmann, RiAG (stell-
vertretender Direktor) Benedikt Windau; **Strafrecht:** Dr. Sascha Holz-
nagel, StAin Dr. Christina Lang, Ri'in Julia Merkle, RA/FAStR/FASteuerR
Dr. André Neumann B.A., VRLG Dirk Reitzig, OStA Dr. Patrick Rieck,
RiILG Christoph Sandberger, OStA Dr. Jost Schützeberg, OStA Dr. Mar-
tin Soyka; **Öffentl. Recht:** RiVG Pierre Becker-Rosenfelder, VRVG 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 2363-8036

- BGH, Beschl. v. 01.02.2023 – 5 StR 470/22,
BeckRS 2023, 1594
§§ 56 f, 58 StGB; §§ 337, 354 StPO
**Anrechnung erbrachter Bewährungsaufgaben
bei nachträglicher Gesamtstrafe** 86
- BVerfG, Beschl. v. 23.01.2023 – 2 BvR 1343/22,
BeckRS 2023, 903
§§ 112, 305, 306 StPO
**Überschreiten der 3-Tages-Frist im Beschwerde-
verfahren** 87
- BGH, Beschl. v. 01.12.2022 – 3 StR 471/21,
BeckRS 2022, 41572
§§ 395, 400 StPO
Zur Revision des Nebenklägers 89

Öffentliches Recht

- VGH BW, Beschl. v. 24.01.2023 – 2 S 2696/22,
BeckRS 2023, 1070
Art. 103 GG, §§ 101, 104 VwGO
**„Verbrauch“ des Verzichts auf mündliche
Verhandlung** 91
- BVerwG, Beschl. v. 23.11.2022 – 6 B 22.22,
BeckRS 2022, 41534
§ 113 VwGO
Dauerprotest gegen Ponyreiten auf dem Volksfest 93
- OVG SH, Urt. v. 08.12.2022 – 5 LB 17/22,
BeckRS 2022, 41420
§ 31 a StVZO
**Fahrtenbuch – Fahrernennung am letzten Tag
reicht nicht** 95

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 Verfah-
ren – reproduziert, gespeichert oder in eine von Maschinen, insbeson-
dere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertra-
gen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk-
und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem
Wege bleiben vorbehalten. Fotokopien für den persönlichen und sons-
tigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen und Teil-
en daraus als Einzelkopien hergestellt werden. Die Verlagsrechte er-
strecken 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 ausschließlich als
Beilage zur RÜ (Kombiausgabe).

Bezugspreis: vierteljährlich 28,50 € (3 Kombiausgaben – inkl. gesetzl.
MwSt). Versandkosten sind im Preis enthalten. Zahlungen sind viertel-
jährlich im Voraus fällig.

Einzelpreis einer Kombiausgabe: 10,70 € (inkl. gesetzl. MwSt),
Versandkosten zzgl.

Abbestellungen: müssen 6 Wochen zum Quartalsende vorliegen.



Instagram



Youtube



Facebook



Skripten, RÜ, Kursunterlagen
und noch mehr *ab jetzt* in der

Scan me



§ 253 ZPO

Klageantrag unter Bezugnahme auf USB-Stick?

BGH, Urt. v. 14.07.2022 – I ZR 97/21, GRUR-RS 2022, 19691

Fall

Die Klägerin ist ein Verlag, der u.a. ein Nachrichtenportal betreibt. Sie wendet sich mit der noch am 31.12.2021 per Post eingereichten Unterlassungsklage gegen ein von einer Großstadt betriebenes Internetportal, auf dem neben amtlichen Mitteilungen zahlreiche redaktionelle Inhalte veröffentlicht werden. Die Klägerin rügt einen Verstoß gegen das „Gebot der Staatsferne der Presse“ und sieht in dem Betrieb einen Wettbewerbsverstoß.

In ihrer Klageschrift nimmt die Klägerin wegen der konkreten Verletzungsform Bezug auf einen als „Anlage K1“ beigefügten USB-Stick. Auf diesem befinden sich – strukturiert abgelegt – sämtliche Dateien aus dem angegriffenen Telemedienangebot vom 17.05.2021. Der USB-Stick geht bei Gericht verloren, wird aber von der Klägerin durch (identische) Neueinreichung ersetzt. Der Gegner rügt die Bestimmtheit der Klage. Formulieren sie die Entscheidungsgründe einer erstinstanzlichen Entscheidung (nur) zur Zulässigkeit.

Vorüberlegungen

Bestimmtheitsanforderungen (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) sind bei Unterlassungsanträgen oft ein geradezu **typisches Praxisproblem**. Regelmäßig kann nicht „abstrakt-generell“ Unterlassung (z.B. einer Bildveröffentlichung, einer Äußerung oder einer Wettbewerbshandlung) verlangt werden, sondern es muss stets auf die jeweilige **konkrete Verletzungsform** abgestellt werden (z.B. Bildnisnutzung nur in speziellem Kontext eines zu bezeichnenden Presseartikels). Auch bei einer **nur einmal erfolgten Verletzungshandlung** besteht dann zumindest die **tatsächliche Vermutung** der für einen Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB erforderlichen **Wiederholungsgefahr** (Grüneberg/Herrler, BGB 82. Aufl. 2023, § 1004 Rn. 32).

Entscheidungsgründe

Die Klage ist **zulässig**; insbesondere bestehen keine Bedenken an der **Bestimmtheit** des Klageantrages.

1. „[12] ... Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag – und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende **Verurteilung** – nicht derart undeutlich gefasst sein, dass ... Streitgegenstand und ... Umfang der Prüfungs- und **Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO)** nicht **erkennbar abgegrenzt** sind, sich die beklagte Partei deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und die Entscheidung darüber, was ihr verboten ist, letztlich dem **Vollstreckungsgericht** überlassen bleibt. Eine hinreichende Bestimmtheit ist für gewöhnlich gegeben, wenn **auf die konkrete Verletzungshandlung Bezug genommen** wird und der Klageantrag zumindest unter **Heranziehung des Klagevortrags** unzweideutig erkennen lässt, in welchen Merkmalen des angegriffenen Verhaltens ... Grundlage und ... Anknüpfungspunkt für ... [Verstoß] und ... Unterlassungsgebot liegen.“

2. Gemessen daran genügt die **Bezugnahme auf den von der Klägerin als Anlage K 1 zu den Akten gereichten USB-Stick**, der das beanstandete Tele-

Leitsatz

Die Bezugnahme im Klageantrag auf ein zu den Akten gereichtes digitales Speichermedium, auf dem ein Telemedienangebot als konkrete Verletzungsform dokumentiert ist, kann zur Konkretisierung eines Unterlassungsantrags gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ausreichen.

In Anwaltsklausuren ist bei der Antragstellung bei Unterlassungsklagen das **sog. „Wahlrecht des Störers“** zu beachten. Es darf grundsätzlich **nicht** angegeben werden, durch welche Maßnahmen der Störer die Beseitigung/Unterlassung zu bewirken hat, weil er das selbst zu entscheiden hat (dazu und etwaigen Ausnahmen etwa Grüneberg/Herrler § 1004 Rn. 51). Vgl. dazu auch OLG Frankfurt, RÜ2 2022,176, 178 (Schlussbemerkung) und BGH RÜ2 2022, 200, 203 Rn. 12 mit RÜ-Video 09/22 unter t1p.de/1njr4.



medienangebot als konkrete Verletzungsform vollständig dokumentiert, zur Konkretisierung der Unterlassungsanträge.

a) „[14] Der **Verlust des USB-Sticks** ... führt ... nicht zur fehlenden Bestimmtheit ... Die Klägerin hat ... einen **neuen USB-Stick eingereicht**, dessen Inhalt ... Anlage K 1 entsprechen soll. Die Beklagte hat einen USB-Stick mit dem Inhalt des ihr ursprünglich mit der Klage zugestellten Datenträgers vorgelegt. Der Senat konnte sich durch einen Abgleich dieser beiden Speichermedien davon überzeugen, dass der Inhalt des ... neu eingereichten USB-Sticks dem Inhalt des ursprünglichen USB-Sticks ... entspricht.“

b) Der Klageantrag ist nicht deswegen unzulässig, weil er auf einen USB-Stick Bezug nimmt, der **mit einem zukünftigen Urteil nicht zu einer einheitlichen Urkunde verbunden werden kann**.

„[16] Ein Urteilsausspruch muss äußerlich in einer Art und Weise festgelegt werden, dass er auch **nach Verkündung bestimmbar bleibt**, da andernfalls nach Rechtskraft der Entscheidung und insbesondere bei der Zwangsvollstreckung Unsicherheiten entstehen können. Aus diesem Grund muss der Urteilsausspruch in aller Regel aus sich heraus oder ggf. im Zusammenhang mit seiner Begründung bestimmbar sein, was zur Folge hat, dass der **Urteilsinhalt grundsätzlich in einer einheitlichen Urkunde festzulegen ist**.

Nur in **besonders gelagerten Fällen** können ... die Erfordernisse der Gewährung eines **wirksamen Rechtsschutzes** oder der Vermeidung eines **unangemessenen Aufwands** ... abzuwägen sein. In Sonderfällen kann deshalb ... auch **auf Anlagen verwiesen** werden, die zu den Akten gegeben worden sind. Die Bestimmtheit ... ist in diesen Fällen **nicht davon abhängig, dass die Anlagen mit der Urschrift der Entscheidung körperlich verbunden** werden. Bei der späteren Vollstreckung ... kann auf in Bezug genommene, zu den Akten gereichte Anlagen in aller Regel ohne Weiteres zurückgegriffen werden.“

Hier liegt ein solcher Ausnahmefall vor. Zwar kann ein USB-Stick beschädigt werden und als Speichermedium nur für einen begrenzten Zeitraum eine verlässliche Sicherung der Daten leisten. Andererseits kann das streitgegenständliche Telemedienangebot **in seiner Gesamtwirkung nicht durch die Fertigung von Ausdrucken dargestellt werden**.

„[17] ... Schon mit Blick auf das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG folgende **Gebot effektiven Rechtsschutzes** ist die Bezugnahme auf den USB-Stick mit der darauf gespeicherten konkreten Verletzungsform deshalb zulässig, zumal es für die Begründetheit ... auf eine – anders nicht darstellbare – **Gesamtbetrachtung des beanstandeten Online-Angebots** ankommt. Dem steht ... nicht entgegen, dass der USB-Stick nicht mit einem Urteil zu einer einheitlichen Urkunde verbunden werden kann. Die **Zwangsvollstreckung eines Unterlassungstitels obliegt dem Prozessgericht** (§ 890 Abs. 1 S. 1 ZPO), das **auf die zu den Akten gereichten Anlagen zurückgreifen kann**. Der Gefahr eines Verlusts der Anlagen ... kann entgegengewirkt werden; sie besteht [zudem] **grundsätzlich auch für das Urteil [selbst] und die [gesamte] Akte**.“

Andere Beispiele, in denen im Urteils tenor zur Bestimmtheit des Verbotsinhalts auf eine zu den Akten gereichte Anlage verwiesen werden kann, sind etwa:

- Anwendungen/Software (z.B. BGHZ 112, 264 [268] = NJW 1991, 1231 für Betriebssystem)
- Verbot eines Buches oder Bühnenwerks (BGH NJW 2000, 2207 unter I.2.a)
- Film/Videoclip (jedenfalls bei fehlender Möglichkeit zur Einbindung in Urteilsdatei, dazu OLG Köln, Beschl. v. 12.07.2021 – 15 W 45/21, GRUR-RS 2021, 26526 Rn. 29 – rassistischer Vorfall im Supermarkt)
- Schoko-Goldhasen (BGH GRUR 2021, 1199 Rn. 14 – Goldhase III)
- Pläne/ Konstruktionszeichnungen

Unklar ist, ob sich am Vorgenannten etwas ändert, wenn eine Klage seit dem 01.01.2022 **im Anwaltsprozess zwingend nur noch per besonderem elektronischen Anwaltspostfach (beA)** eingereicht werden kann (§ 130 d ZPO), aber das „Dateikonvolut“ die engen **Anzahl- und Volumenbegrenzungen des beA** (100 MB bis 31.12.2022, jetzt **200 MB**, vgl. Ziff. 3 der 2. Elektronischer-Rechtsverkehr-Bekanntmachung 2022 [ERVB 2022] i.V.m. § 5 ERVV i.V.m. § 130 a Abs. 2 S. 2 ZPO) „sprengt“, – wie hier – auch nicht einfach auf mehrere beA-Nachrichten (bis zur Volumengrenze) sinnvoll aufzuteilen wäre und deswegen

notgedrungen auch weiterhin nur ein USB-Stick per Post ans Gericht versandt werden soll.

Wird nach **§ 3 ERRV „glaubhaft gemacht“** (= § 294 ZPO, sog. anwaltliche Versicherung denkbar), dass die nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 ERRV bekanntgemachten Höchstgrenzen für die Anzahl oder das Volumen elektronischer Dokumente „nicht eingehalten werden können“, kann eine Übermittlung auch weiterhin „als Schriftsatz nach den allgemeinen Vorschriften“, also nach **§§ 129, 130 ZPO** per Post oder Nachtbriefkasten, erfolgen; dies dann „möglichst“ (= Soll-Vorgabe) unter Beifügung des Schriftsatzes und der Anlagen als elektronische Dokumente auf einem nach **§ 5 Abs. 1 Nr. 4 ERRV bekanntgemachten „zulässigen physischen Datenträger.“** Solche Datenträger sind aber nach Ziff. 4 der ERVB 2002 „bis mindestens 31.12.2022“ nur DVD und CD, nicht aber USB-Sticks.

Das ist schon deswegen bemerkenswert, weil **die meisten Justiz-PCs gar keine DVD/CD-ROM-Laufwerke haben** und daher die Gerichte oft nur mit einem USB-Stick ohne Weiteres etwas anfangen könnten. Formal könnte man den oben zitierten Vorgaben dennoch die (steile) These entnehmen, dass ein Eingang auf USB-Stick dennoch nicht „für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet“ wäre i.S.d. § 130 a Abs. 2 S. 1 ZPO; das führt dann eigentlich sogar zur Unwirksamkeit der Einreichung.

Ungeachtet der dann aber zumindest eingreifenden **besonderen gerichtlichen Hinweispflichten und Heilungsmöglichkeiten aus § 130 a Abs. 6 ZPO** ist das aber (natürlich) insgesamt Unfug. Das **BAG** hat in einer wichtigen Entscheidung zu den (noch strengeren) Formvorgaben der ERVB 2018 jedenfalls bei Gericht – wie oft – noch geführten Papierakten (vgl. aber § 298 a ZPO) die „**Ausdruckbarkeit**“ als **alleiniges Kriterium für die „Bearbeitbarkeit“ von Eingängen** erkannt und andere Formvorgaben doch eher kritisch gesehen, wobei die damals geltende 1. ERVB aus anderen Gründen, nämlich wegen fehlender Zustimmung des Bundesrates, unwirksam war. Der Gedanke dürfte dennoch auf andere Probleme **übertragbar** sein; im Übrigen wird **§ 130 a Abs. 6 ZPO** weiterhelfen, bei dem aber „unverzüglich“ (= § 121 BGB) zu reagieren ist zur Nutzung der Rechtzeitigkeitsfiktion.

Bücher, großformatige Zeichnungen, Schokohasen etc. könnte man nach den o.g. Vorgaben wohl seit dem 01.01.2022 im Anwaltsprozess dann gar nicht mehr wirksam als einen Bestandteil des Klageantrages bei Gericht einreichen (nur ggf. als Beweismittel, für die die Vorgaben des § 130 a ZPO anerkanntermaßen nicht gelten). Dass das schon wegen **Art. 19 Abs. 4 GG** so nicht richtig sein kann, braucht die Justiz sich aber wohl nicht erst vom BVerfG auf eine Individualverfassungsbeschwerde hin erklären zu lassen; bei sachlichem Grund müssen die Gerichte ohnehin die ZPO-Vorgaben – wie oben etwa auch die Bestimmtheitsvorgaben – in **verfassungskonformer Auslegung** entsprechend auslegen, damit die Betroffenen bei den staatlichen Gerichten zumutbar um Rechtsschutz nachsuchen können. In der gerichtlichen Praxis wird in der Regel alles als zur Bearbeitung „geeignet“ i.S.d. § 130 a Abs. 2 ZPO angesehen, was auch tatsächlich bearbeitet werden kann. Das wäre ein schönes Thema für ein **mündliches Prüfungsgespräch**.

NJW 2022, 1832

Vgl. dazu BAG AP ZPO § 130 a Nr. 6 und die deswegen erfolgte Klarstellung in § 130 a Abs. 2 ZPO

Dazu etwa MüKo-ZPO/Fritsche, 6. Aufl. 2020, § 130 a Rn. 5

RiOLG Wolfgang Dötsch

§§ 56 f, 58 StGB; §§ 337, 354 StPO

Anrechnung erbrachter Bewährungsaufgaben bei nachträglicher Gesamtstrafe

BGH, Beschl. v. 01.02.2023 – 5 StR 470/22, BeckRS 2023, 1594

Leitsatz

Entfällt die Strafaussetzung zur Bewährung wegen nachträglicher Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe, deren Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt wird, so sind Leistungen, die der Verurteilte zur Erfüllung von Auflagen erbracht hat, gemäß § 58 Abs. 2 i.V.m. § 56 f Abs. 3 S. 2 StGB in der Regel auf die Strafe anzurechnen.

Vertiefung: Der BGH greift für den Anrechnungsmaßstab auf § 5 Abs. 1 der Verordnung des Senats von Berlin über die Abwendung der Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafen durch freie Arbeit (Tilgungsverordnung) zurück. Bei Geldzahlungen bietet das Tagessatzsystem Anhaltspunkte für die Anrechnung (vgl. OLG Stuttgart NSTZ-RR 2014, 371).

Verständnis: Die Bildung der Gesamtstrafe war rechtsfehlerfrei; es fehlte jedoch die Anrechnung der erbrachten Leistungen auf Vollstreckungsebene.

Wiederholung: Die Voraussetzungen für die nachträgliche Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB sind:

1. eine frühere rechtskräftige Verurteilung,
2. die jetzt abgeurteilte Tat wurde vor der früheren Verurteilung begangen und
3. die Strafe aus der früheren Verurteilung ist nicht vollstreckt, verjährt oder erlassen.

BGHSt 33, 326, 327; 36, 378, 380

So BGHSt 36, 378 unter Aufgabe von BGHSt 33, 326

Fall

A wird vom Landgericht Potsdam am 20.05.2021 zu einer Bewährungsstrafe verurteilt und eine Bewährungsaufgabe von 200 Stunden gemeinnütziger Arbeit erteilt, die A vollständig ableistet. Am 13.07.2022 wird A vom Landgericht Berlin wegen schweren Raubes in Tateinheit mit Körperverletzung unter Einbeziehung mehrerer Einzelstrafen aus Vorverurteilungen, u.a. der des Landgerichts Potsdam, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt, wobei jedoch eine Anrechnung der geleisteten Arbeitsstunden nicht erfolgt. A legt gegen das Urteil des Landgerichts Berlin Revision ein und begründet diese mit der allgemeinen Sachrüge.

Hat die zulässige Revision des A Aussicht auf Erfolg?

Gutachten

Die Revision des A hat Aussicht auf Erfolg, da das Urteil auf einer Verletzung einer Rechtsnorm beruht, § 337 Abs. 1 StPO.

„[2] Das Landgericht hat es versäumt, infolge der Einbeziehung der Strafe aus dem Urteil des Landgerichts Potsdam vom 20.05.2021 nach § 58 Abs. 2 S. 2 StGB [i.V.m. § 56 f Abs. 3 S. 2 StGB] über die **Anrechnung der aufgrund der Bewährungsaufgabe geleisteten 200 Stunden gemeinnütziger Arbeit** zu entscheiden. Diese **nicht im Ermessen** des Gerichts stehende und **in der Regel gebotene Anrechnung** kann der Senat in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO selbst nachholen und bemisst den Anrechnungsmaßstab ... mit **vier Arbeitsstunden für einen Tag** ... Der Senat kann ausschließen, dass das Landgericht zu einem für den Angeklagten günstigeren Anrechnungsmaßstab gelangt wäre.“

Der Strafausspruch ist dahin zu ergänzen, dass die auf die im Zusammenhang mit dem Urteil des Landgerichts Potsdam erteilte Bewährungsaufgabe geleisteten 200 Arbeitsstunden mit 50 Tagen auf die verhängte Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren angerechnet werden.

Die hier vorliegende Problematik mag erst auf den zweiten Blick erkennbar sein: Die Strafe aus einer früheren Verurteilung wurde unter Auflagen zur Bewährung ausgesetzt und diese Auflagen sind im Zeitpunkt der jetzigen Verurteilung bereits erfüllt. Die Frage ist, ob und wie die zur Erfüllung der Bewährungsaufgaben erbrachten Leistungen zu berücksichtigen sind, wenn die nachträgliche Gesamtstrafe nicht zur Bewährung ausgesetzt wird. Genau für diesen Fall schreibt § 58 Abs. 2 StGB vor, dass § 56 f Abs. 3 S. 2 StGB entsprechend anzuwenden ist. Danach **kann** das Gericht, wenn es die Strafaussetzung widerruft, Leistungen, die die verurteilte Person zur Erfüllung von Auflagen erbracht hat, auf die Strafe **anrechnen**. **Zwei Probleme** sind höchstrichterlich geklärt: Erstens steht die **Anrechnung nicht im Ermessen** des Gerichts, sondern ist in der Regel geboten; Ausnahmen sind nur eng begrenzt denkbar, etwa wenn der Verurteilte sich die Mittel für die erbrachten Leistungen erst durch strafbare Handlungen verschafft hat. Zweitens erfolgt die **Anrechnung erst bei der Vollstreckung**, nicht schon bei der Bemessung der Strafe.

StA Dr. Sascha Holznagel

§ 31 a StVZO

Fahrtenbuch – Fahrernennung am letzten Tag reicht nicht

OVG SH, Urt. v. 08.12.2022 – 5 LB 17/22, BeckRS 2022, 41420

Fall

Die Kl. ist Halterin eines PKW der Marke BMW. Am 23.06.2022 wurde der Wagen mit einer Fahrerin am Steuer nach zutreffender Radarmessung mit 73 km/h anstelle der innerörtlich erlaubten 50 km/h „geblitzt“. Auf den eine Woche später eingegangenen Anhörungsbogen im Bußgeldverfahren, der an die Kl. als Fahrerin oder Zeugin gerichtet war, reagierte die Kl. nicht. Auf Erinnerung der OWi-Behörde sandte die Kl. dieser am 23.09.2022 (Freitag) um 17:34 Uhr ein Telefax, mit dem sie Frau Kopf als Fahrerin benannte. Die OWi-Behörde stellte das Verfahren am 26.09.2022 ein, weil in unverjährter Zeit nicht zu ermitteln gewesen sei, ob Frau Kopf tatsächlich gefahren sei.

Als zuständige Fahrtenbuchbehörde hörte die Bekl. die Kl. anschließend an. Die Bekl. gab der Kl. am 16.03.2023 ein Fahrtenbuch für die Dauer von 9 Monaten auf. Mit fristgerechter Anfechtungsklage rügt die Kl., dass die OWi-Behörde es unterlassen habe, die Verfolgungsverjährung zu unterbrechen. Daher dürfe die Kl. nicht mit einem Fahrtenbuch „bestraft“ werden.

Entwerfen Sie das Urteil des Verwaltungsgerichts (Hauptsachetenor, Entscheidungsgründe ohne Tatbestand).

Hinweis: Ein Widerspruch ist nicht statthaft (§ 68 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwGO).

Urteil

Die Klage wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige, insb. nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO fristgemäß erhobene Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO) ist unbegründet. Der angefochtene Bescheid ist rechtmäßig und verletzt die Kl. nicht in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

1. Ermächtigungsgrundlage für die Auferlegung des Fahrtenbuchs ist § 31 a Abs. 1 S. 1 StVZO.

2. Der Bescheid vom 16.03.2023 ist **formell rechtmäßig**. Die Bekl. ist zuständig, die Kl. wurde gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG vor Erlass **angehört**.

3. Die Fahrtenbuchauflage ist auch **materiell rechtmäßig**.

a) Mit dem Fahrzeug, dessen **Halterin** die Kl. ist, ist eine **Zu widerhandlung** gegen Verkehrsvorschriften begangen worden. Die Fahrerin des Wagens hat verbotswidrig die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten (§ 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StVO), indem sie innerorts 73 km/h statt 50 km/h gefahren ist.

b) Die **Feststellung des Fahrzeugführers** war der OWi-Behörde nicht möglich.

„[25] *Unmöglichkeit i.S.d. § 31 a Abs. 1 S. 1 StVZO ist nicht im naturwissenschaftlichen Sinn zu verstehen. Von einer Unmöglichkeit ist dann auszugehen, wenn die Behörde nach den Umständen des Einzelfalles **nicht** in der Lage war, den Täter oder die Täterin innerhalb der Verjährungsfrist zu **ermitteln, obwohl sie alle angemessenen und zumutbaren Maßnahmen getroffen** hat. Für die Beurteilung der Angemessenheit der Aufklärungsmaßnahmen kommt es wesentlich darauf*

Leitsätze

1. Ein Fahrtenbuch kann nicht auferlegt werden, wenn die Unaufklärbarkeit der Verkehrszu widerhandlung auf einem Ermittlungsdefizit der OWi-Behörde beruht.

2. Nennt der Halter den (angeblichen) Fahrer am letzten Tag der dreimonatigen Verfolgungsverjährungsfrist nach Schluss der regulären Dienstzeit, muss die OWi-Behörde keine verjährungsunterbrechenden Maßnahmen mehr ergreifen (hier: Freitag, 17:34 Uhr).

Näher zum Fahrtenbuch: AS-Skript Materielles Verwaltungsrecht in der Assesorklausur (2023), Rn. 589 ff.

§ 31 a StVZO Fahrtenbuch

(1) ¹Die nach Landesrecht zuständige Behörde kann gegenüber einem Fahrzeughalter für ein oder mehrere auf ihn zugelassene oder künftig zuzulassende Fahrzeuge die Führung eines Fahrtenbuchs anordnen, wenn die Feststellung eines Fahrzeugführers nach einer Zu widerhandlung gegen Verkehrsvorschriften nicht möglich war ...

OWi-Behörde = die für die Verfolgung der Verkehrsordnungswidrigkeit zuständige Behörde

Das entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass Gefahrenabwehrrecht verschuldensunabhängig ist, vgl. AS-Skript Materielles Verwaltungsrecht in der Assessor Klausur (2023), Rn. 224.

Hier ist womöglich ein „(Anwalts-?)Trick“ daneben gegangen. Das passiert in der Praxis nicht selten. Da ein Bußgeld schnell vergessen ist, ein Fahrtenbuch den Mdt. aber monatelang an seinen mäßig erfolgreichen RA erinnert, muss dieser auch aus Eigeninteresse schon im Bußgeldverfahren das Fahrtenbuch „mitdenken“.

Die Punkte (1 bis 3) je Verkehrsverstoß ergeben sich aus Anlage 13 zur FahrerlaubnisVO.

Beachte: Die Rspr. hat über Jahrzehnte nahezu alle Auslegungsfragen im Fahrtenbuchrecht zulasten des Halters entschieden. Klagen gegen Fahrtenbücher haben daher selten Erfolg. Da sich die Obersätze kaum aus dem knappen Normtext des § 31 a StVZO ableiten lassen, muss man über positives Wissen hierzu verfügen, um eine Fahrtenbuchklausur bewältigen zu können.

an, ob die Behörde in sachgerechtem und rationellem Einsatz der ihr zur Verfügung stehenden Mittel nach pflichtgemäßem Ermessen die Maßnahmen getroffen hat, die der Bedeutung des aufzuklärenden Verkehrsverstoßes gerecht werden und erfahrungsgemäß Erfolg haben können. Art und Umfang der Ermittlungstätigkeit können sich an der Einlassung des Fahrzeughalters bzw. der Fahrzeughalterin ausrichten.“

a) Es kommt also **nicht** darauf an, ob es dem Halter **vorzuwerfen** ist, dass der Fahrer unerkannt geblieben ist.

„[25] ... Eine Auflage kann daher auch dann ergehen, wenn die Halterin oder der Halter erfolglos zur Aufklärung beizutragen versucht.“

b) Entscheidend für die Auferlegung des Fahrtenbuchs ist, dass die Unaufklärbarkeit nicht auf einem **Ermittlungsdefizit** der OWi-Behörde beruht. Deren Ermittlungspflicht richtet sich nach den Ermittlungsansätzen, über die sie verfügt. Diese hängen wiederum wesentlich davon ab, was der Kfz-Halter ihr auf seine Anhörung im OWi-Verfahren mitteilt. Danach war die Ermittlung der Fahrerinnen des Tatfahrzeugs nicht möglich, obwohl die OWi-Behörde alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergriffen hat.

aa) Die OWi-Behörde hat die Kl. als Halterin eine Woche nach der Tat und damit innerhalb der Frist, in der noch von einem **Erinnerungsvermögen** auszugehen ist, **angehört** und später nochmals daran erinnert. Hierauf hat die Kl. zunächst nicht reagiert.

bb) Nur weil die Kl. am 23.09.2022 Frau Kopf als Fahrerinnen benannte, musste die OWi-Behörde **nicht verjährungsunterbrechend** gegen Frau Kopf vorgehen. Denn die Mitteilung der Kl. erreichte die OWi-Behörde erst am letzten Tag der Verfolgungsverjährungsfrist, einem Freitag, nach 17.30 Uhr.

Die **Verfolgungsverjährung** für Verkehrs-OWi beträgt **drei Monate**, § 26 Abs. 3 StVG. Bis zum Verjährungseintritt hätte die OWi-Behörde die Verjährung nach § 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 OWiG zwar unterbrechen können, wenn sie die Vernehmung von Frau Kopf als Beschuldigte angeordnet hätte.

„[27] ... Eine zielführende Bearbeitung des Schreibens noch am [23.09.2022] und eine Unterbrechung der Verjährungsfrist war der Bußgeldbehörde aber nicht mehr zumutbar. Der Hinweis auf die mögliche Fahrzeugfahrerin ging nur wenige Stunden vor Fristablauf und nach Ende der ... Servicezeiten des Beklagten ... bei der Bußgeldbehörde ein. Am nächsten Arbeitstag, am [26. 09.2022], war die Verfolgungsverjährung bereits eingetreten.“

Damit sind die Tatbestandsvoraussetzungen einer Fahrtenbuchaufgabe erfüllt.

4. Ob die Behörde als Rechtsfolge ein Fahrtenbuch anordnet und für welche Zeitdauer, steht in ihrem Ermessen. **Ermessensfehler** (§ 114 S. 1 VwGO), insb. eine Ermessensüberschreitung, sind bei einer mit einem Punkt im Fahreignungsregister bewehrten Zuwiderhandlung wie hier angesichts der maßvollen Dauer (neun Monate) des zu führenden Fahrtenbuchs nicht ersichtlich. Auch an der **Verhältnismäßigkeit** bestehen keine Bedenken.

*„[30] ... Durch die Fahrtenbuchaufgabe soll eine Fahrzeughalterin oder ein Fahrzeughalter zu einer nachprüfbaren Überwachung der Fahrzeugbenutzung und zur Mitwirkung bei der Feststellung des Fahrzeugführers oder der Fahrzeugführerin im Falle eines erneuten Verkehrsverstoßes angehalten werden. Dazu ist eine gewisse Dauer der Fahrtenbuchaufgabe **erforderlich**; neun Monate liegen im mittleren Bereich einer effektiven Kontrolle.“*

VRVG Dr. Martin Stutmänn

Rechtsprechungs Übersicht

Ihre Examensfälle von morgen

BGH, OLG Schleswig	Widerruf bei einem mit einem Verbraucherdarlehen verbundenen Fahrzeugkaufvertrag
BGH	Rechtsprechungsänderung – Schockschaden infolge sexuellen Missbrauchs der Tochter
BGH	Gutgläubiger Zweiterwerb einer Vormerkung
BGH	AGB-Kontrolle einer Jahresentgeltregelung für Bausparerkonten
BGH	Rückwirkungsfiktion aufgrund Zustellung des Mahnbescheids auch bei einseitiger Erledigungserklärung
<hr/>	
BGH	Verhältnis zwischen versuchter Nötigung und vollendeter Bedrohung
BGH	Erforderlichkeit der Notwehr
BGH	Beihilfe zu in Einzelheiten nicht voraussehbaren Taten
<hr/>	
EuGH	Nationale Verbote von Verkaufsförderungsmaßnahmen mit Warenverkehrsfreiheit vereinbar
BVerfG	Die staatliche Förderung politischer Stiftungen bedarf eines besonderen Parlamentsgesetzes
BVerfG	Heimliches Wohnungsbetretten vor Online-Durchsuchung

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 25.10.2022 – XI ZR 44/22, BeckRS 2022, 32663; OLG Schleswig, Urt. v. 03.02. 2022 – 5 U 174/21, BeckRS 2022, 32664 §§ 355, 358, 491, 492, 495 BGB	205
Widerruf bei einem mit einem Verbraucherdarlehen verbundenen Fahrzeugkaufvertrag	
BGH, Urt. v. 06.12.2022 – VI ZR 168/21, BeckRS 2022, 38714 § 823 BGB	211
Rechtsprechungsänderung – Schockschaden infolge sexuellen Missbrauchs der Tochter	
BGH, Urt. v. 09.12.2022 – V ZR 91/21, BeckRS 2022, 40727 §§ 185, 362, 883, 892, 894 BGB	215
Gutgläubiger Zweiterwerb einer Vormerkung	
BGH, Urt. v. 15.11.2022 – XI ZR 551/21, BeckRS 2022, 34842 § 307 BGB	221
AGB-Kontrolle einer Jahresentgeltregelung für Bausparerkonten	
BGH, Urt. v. 17.11.2022 – VII ZR 93/22, BeckRS 2022, 36044 §§ 91 a, 696 ZPO	226
Rückwirkungsfiktion aufgrund Zustellung des Mahnbescheids auch bei einseitiger Erledigungserklärung	

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 20.07.2022 – 4 StR 220/22, BeckRS 2022, 21702 §§ 22, 23, 240, 241 StGB	231
Verhältnis zwischen versuchter Nötigung und vollendeter Bedrohung	
BGH, Beschl. v. 04.08.2022 – 5 StR 175/22, BeckRS 2022, 26035 §§ 22, 23, 32, 212, 223, 224 StGB	235
Erforderlichkeit der Notwehr	
BGH, Beschl. v. 15.03.2022 – 2 StR 302/21, BeckRS 2022, 19059 §§ 27, 212, 222, 223, 224, 227 StGB	237
Beihilfe zu in Einzelheiten nicht voraussehbaren Taten	
Aktuelle Diskussion „Containern“ aus strafrechtlicher Perspektive	241

Öffentliches Recht

EuGH, Urt. v. 19.01.2023 – C-147/21, GRUR-RS 2023, 292 Art. 34, Art. 36 AEUV	243
Nationale Verbote von Verkaufsförderungsmaßnahmen mit Warenverkehrsfreiheit vereinbar	
BVerfG, Urt. v. 22.02.2023 – 2 BvE 3/19, BeckRS 2023, 2258 Art. 20, Art. 21, Art. 93 GG; §§ 13, 63, 64, 67 BVerfGG	246
Die staatliche Förderung politischer Stiftungen bedarf eines besonderen Parlamentsgesetzes	
BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21, BeckRS 2022, 41609 Art. 13 GG	252
Heimliches Wohnungsbetretten vor Online-Durchsuchung	
Aktuelle Diskussion Der elektronische Rechtsverkehr im Verwaltungsrecht	258

Repetitorium

Staatsformmerkmale in der Klausur

261

Check

269



DÜRCKHEIM VERLAG

Für Ihr Studium und die Prüfungen:

Mit **DürckheimRegistern®**
und den **Registerfolien** seit über 20 Jahren
in jedem Fall auf der richtigen Seite!®

www.duerckheim.de

Impressum

RÜ-RechtsprechungsÜbersicht

Herausgeber: RA Dr. Tobias Langkamp, RA Christian Sommer

Verantwortliche Redakteure:

RA Dr. Tobias Langkamp (Zivilrecht), VRLG Dirk Reitzig (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; **Straf-**
recht: Long Bui, RAin Dr. Justine Diebel, Dr. Sascha Holznagel, RA Dr.
Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh), Ri'in Julia Merkle, OStA Dr. Matthias
Modrey, VRLG Dirk Reitzig, OStA Dr. Jost Schützeberg, RA Dr. Wilhelm
Friedrich Schneider, RA Dr. Klaus Winkler; **Öffentliches Recht:** Henrik
Gilles, VRiVG Pierre Becker-Rosenfelder, Ri'in SG Birgit Reuter, RA Chris-
tian 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 veröffentlic-
hten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbeson-
dere die der Übersetzung in fremde Sprachen, sind vorbehalten. Kein
Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verla-
ges 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 ähnli-
chem Wege bleiben vorbehalten.

Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dür-
fen nur von einzelnen Beiträgen und Teilen daraus als Einzelkopien her-
gestellt werden.

Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichts-
entscheidungen 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.



Instagram



Youtube



Facebook

Alles für Euren Erfolg!

Die kompetente Begleitung fürs
Jurastudium und Referendariat

Die Grundlagen



Basiswissen



Fälle

Die Helfer für alle Fälle



Überblick



Überblick 2

Das komplette Examenwissen



Skripten



Skripten 2. Examen



Definitionen



Aufbauschemata



Karteikarten

Mit Sicherheit ins Examen



Klausuren
1. Examen



Klausuren
2. Examen

Ihre Examensfälle von morgen



RÜ
Rechtsprechungsübersicht



RÜ2
Ihr Plus fürs 2. Examen

Folgt uns
auf Instagram



Alpmann Schmidt



zum Shop

§§ 355, 358, 491, 492, 495 BGB

Widerruf bei einem mit einem Verbraucherdarlehen verbundenen Fahrzeugkaufvertrag

BGH, Urt. v. 25.10.2022 – XI ZR 44/22, BeckRS 2022, 32663;
OLG Schleswig, Urt. v. 03.02. 2022 – 5 U 174/21, BeckRS 2022, 32664

Fall

K erwarb im Juli 2016 im Autohaus des V einen Mercedes zum Kaufpreis von 80.500 €. Hierfür leistete er eine Anzahlung i.H.v. 35.000 €, die im Kaufvertrag vermerkt wurde. Noch im Autohaus des V unterschrieb K außerdem einen auf den Kaufvertrag abgestimmten Darlehensvertrag bei der B-Bank (B) zur Finanzierung der restlichen 45.500 €. Das Darlehen sollte in 60 Monatsraten zu je 419,96 € und einer Schlussrate von 26.565 € zurückgezahlt werden.

Der Darlehensvertrag enthält folgende Angabe über die Verzugsfolgen:

„Für ausbleibende Zahlungen wird Ihnen der gesetzliche Zinssatz für Verzugszinsen berechnet. Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.“

Außerdem enthält der Vertrag folgenden Passus:

„Widerruft der Darlehensnehmer seine Vertragserklärung innerhalb der Widerrufsfrist, so hat er für den Zeitraum zwischen Auszahlung und Rückzahlung des Darlehens keine Sollzinsen zu entrichten.“

Im August 2020 erklärte K den Widerruf des Darlehensvertrags gegenüber B und forderte B zur Rückabwicklung des Vertrags auf. Er bot dabei die Rückgabe des Mercedes und die Zahlung von Wertersatz an. Insgesamt hatte K Zins- und Tilgungsraten von 51.762,60 € an B geleistet. B wies den Widerruf als verfristet zurück.

Hilfsweise erklärt B die Aufrechnung mit Vertragszinsen i.H.v. 6.260,60 €.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung und der bereits bezahlten Zins- und Tilgungsraten?

Bearbeitervermerk: Seit dem 28. Mai 2022 ist der Wertersatz nach Widerruf, der zuvor in § 357 Abs. 7 BGB geregelt war, in § 357 a Abs. 1 BGB normiert. Es ist auf die aktuelle Rechtslage abzustellen.

Auf Art. 246, 247 EGBGB (abgedruckt in Habersack) wird hingewiesen.

Lösung

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der Anzahlung und der bereits geleisteten Zins- und Tilgungsraten aus **§§ 358 Abs. 2 und 4, 355 Abs. 3 BGB** haben.

Dies setzt einen wirksamen Widerruf voraus.

1. Widerruf des Kaufvertrags

Zwischen K und V kam ein **wirksamer Kaufvertrag** gemäß **§ 433 BGB** über den Mercedes zum Preis von 80.500 € zustande.

Ein (unmittelbarer) Widerruf des Kaufvertrags liegt nicht vor, da bereits kein Widerrufsrecht des K ersichtlich ist. Insbesondere scheidet § 312 g BGB aus, weil K den Pkw im Autohaus des V erworben hat. Zudem hat K nicht den Wi-

Leitsätze

1. Bei verbundenen Verträgen kommt ein Widerrufsdurchgriff gemäß § 358 Abs. 2 BGB in Betracht.

2. Bei einem mit einem Fahrzeugkaufvertrag verbundenen Verbraucherdarlehensvertrag ist für die Berechnung des Wertersatzanspruchs § 357 a Abs. 1 BGB entscheidend.

3. Bei Übergabe des Fahrzeugs an den Verbraucher ist der Händlerverkaufspreis einschließlich Händlermarge und Umsatzsteuer und bei Rückgewähr des Fahrzeugs der Händlereinkaufspreis zugrunde zu legen.

An dieser Stelle können in anderen Fallkonstellationen die Widerrufsrechte aus § 312 b BGB (Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge), § 312 c BGB (Fernabsatzverträge) und § 312 g BGB relevant werden.

Verbundene Verträge: AS-Skript Schuldrecht AT 2 (2022), Rn. 327 ff.

Prüfungsaufbau:

Widerruf §§ 355 ff. BGB

1. Widerrufsrecht
 - a) Sachlicher Anwendungsbereich
⇒ §§ 312 b, 312 c, 495 BGB
 - b) Persönlicher Anwendungsbereich
⇒ § 13, 14 BGB
2. Widerrufserklärung (§ 355 Abs. 1 BGB)
3. Widerrufsfrist (§ 355 Abs. 2 BGB)
4. Kein Ausschluss (insb. § 312 BGB)
5. Rechtsfolge
 - a) Erlöschen der Primärpflichten
 - b) Rückgewährschuldverhältnis
(§ 355 Abs. 3 BGB)

Bei der Widerrufsfrist lag einer der Schwerpunkte des Falles. Auf Art. 247 EGBGB wurde im Bearbeitervermerk sogar explizit hingewiesen.

Die beiden folgenden Zitate sind aufgrund der verständlicheren Formulierung der vorinstanzlichen Entscheidung im Berufungsverfahren (OLG Schleswig, Urt. v. 03.02.2022 – 5 U 174/21, BeckRS 2022, 32664) entnommen, die der BGH bestätigt hat.

derruf seiner auf den Abschluss des Kaufvertrags gerichteten Willenserklärung, sondern den Widerruf des Darlehensvertrags erklärt.

2. Widerrufsdurchgriff

Es kommt aber ein **Widerrufsdurchgriff** gemäß **§ 358 Abs. 2 BGB** in Betracht. Dazu müsste es sich sowohl bei dem Darlehens- als auch bei dem Kaufvertrag um einen Verbrauchervertrag sowie einen verbundenen Vertrag handeln und der Darlehensvertrag müsste wirksam widerrufen worden sein.

a) B ist **Unternehmer** nach **§ 14 Abs. 1 BGB** und K ist Verbraucher i.S.d. **§ 13 Abs. 1 BGB**, sodass es sich sowohl bei dem Kaufvertrag als auch bei dem Darlehensvertrag (**§ 491 Abs. 1 BGB**) um einen **Verbrauchervertrag** gemäß **§ 310 Abs. 3 BGB** handelt.

b) Bei dem Kaufvertrag und dem Darlehensvertrag müsste es sich um verbundene Verträge handeln. Verträge sind nach Maßgabe des **§ 358 Abs. 3 S. 1 BGB** verbunden, wenn das **Darlehen der Finanzierung des Kaufpreises dient** und die beiden Verträge eine **wirtschaftliche Einheit** bilden.

Das Darlehen hat sich K **ausschließlich zu dem Zweck** gewähren lassen, den Erwerb des Mercedes zu finanzieren, sodass verbundene Verträge vorliegen.

Außerdem müssten die beiden Verträge nach **§ 358 Abs. 3 S. 2 BGB** eine **wirtschaftliche Einheit** bilden. Vorliegend bedient sich B als Darlehensgeberin der Vorbereitung des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des V als Verkäufer. V und B verwenden dazu **aufeinander abgestimmte Formulare**. Die beiden Verträge bilden somit eine wirtschaftliche Einheit.

c) Widerrufserklärung

K müsste den Widerruf des Darlehensvertrags erklärt haben. Der Widerruf muss gemäß **§ 355 Abs. 2 BGB** gegenüber dem Vertragspartner des Verbrauchers, hier also gegenüber B, erfolgt sein. Das ist so geschehen.

d) Widerrufsfrist

K kann seine auf den Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung gemäß **§ 495 Abs. 1 BGB** innerhalb von **14 Tagen** widerrufen. Fraglich ist, welche Auswirkung es hat, dass K seine Willenserklärung nicht innerhalb der 14-Tages-Frist, sondern erst Jahre später widerrufen hat. Der Widerruf des K könnte dann noch rechtzeitig sein, wenn die Widerrufsfrist überhaupt noch nicht zu laufen begonnen hat.

Die Frist zum Widerruf beginnt nach **§§ 355 Abs. 2 S. 2, 495 Abs. 1, 356 b BGB i.V.m. Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB** bei einem Verbraucherdarlehensvertrag mit dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem der Verbraucher die **Pflichtangaben** nach **§ 492 Abs. 2 BGB** erhalten hat, aber nicht vor Zurverfügungstellung einer für den Verbraucher bestimmten Vertragsurkunde. Zu diesen Pflichtangaben gehört insbesondere die Erteilung einer **ordnungsgemäßen Widerrufsinformation**.

Problematisch ist vorliegend, ob B den K in geeigneter Form über den **Verzugszinssatz und die Art und Weise seiner Anpassung** informiert hat. Dies richtet sich nach **Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 11 EGBGB** und ist durch **Auslegung** der entsprechenden Klausel im Darlehensvertrag zu ermitteln.

„[110] **Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 11 EGBGB** ist in **richtlinienkonformer Auslegung** unter Heranziehung des Art. 10 Abs. 2 Buchst. I der RL 2008/48 dahin auszulegen, dass in dem Kreditvertrag der zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrags geltende Satz der Verzugszinsen in Form eines **konkreten Prozentsatzes** anzugeben und der **Mechanismus der Anpassung** des Verzugszinssatzes konkret zu beschreiben ist.“

Grundsätzlich kann dabei ein **Verweis auf den Basiszinssatz** ausreichen. Allerdings muss dabei die konkrete Berechnungsmethode der Verzugszinsen nach Maßgabe des Basiszinssatzes beschrieben werden.

„[110] ... [Die] Darstellung dieser Berechnungsmethode für einen **Durchschnittsverbraucher**, der nicht über Fachkenntnisse im Finanzbereich verfügt, [muss dabei] **leicht verständlich** sein und ... [muss] ihm ermöglichen, den Verzugszinssatz auf der Grundlage der Angaben im Kreditvertrag zu berechnen.“

Diesen Anforderungen genügt der Darlehensvertrag nicht. Es fehlen sowohl Angaben zur Berechnungsmethode als auch zur Häufigkeit der Änderungen. Damit fehlt es an einer der Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB. Die 14-tägige **Widerrufsfrist begann damit nicht zu laufen**. Der Widerruf des K war **fristgemäß**.

e) Die Ausübung des Widerrufsrechts könnte gemäß **§ 242 BGB rechtsmissbräuchlich** gewesen sein mit der Folge, dass die vorteilhaften Rechtsfolgen des Widerrufs versagt werden können.

„[30] ... Der Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB erlaubt es, die Berufung auf grundsätzlich bestehende Rechtspositionen **unter besonderen Umständen im Einzelfall** zu versagen. Für die Entscheidung, ob die Berufung auf eine Rechtsposition missbräuchlich ist, erfordert § 242 BGB eine **Bewertung der gesamten Umstände des jeweiligen Falles**, wobei die **Interessen aller** an einem bestimmten Rechtsverhältnis Beteiligten zu berücksichtigen sind.“

Fraglich ist, ob K das Widerrufsrecht nur ausgeübt hat, um das Fahrzeug **nach längerer bestimmungsgemäßer Nutzung zurückgeben** zu können, **ohne zum Wertersatz verpflichtet** zu sein.

Hier bietet K jedoch selbst an, den Mercedes zurückzugeben und wendet sich auch nicht gegen seine grundsätzliche Verpflichtung, Wertersatz leisten zu müssen. Die Ausübung des Widerrufsrechts war deswegen nicht rechtsmissbräuchlich.

3. Rechtsfolge

§ 358 Abs. 2 S. 1 BGB bestimmt, dass der Verbraucher in Folge des wirksamen Widerrufs des Darlehensvertrags auch an das finanzierte Geschäft nicht mehr gebunden ist.

Die Rechtsfolgen des Widerrufs richten sich gemäß **§ 358 Abs. 4 S. 1 BGB** nach **§§ 355 Abs. 3, 357 b BGB**. Danach sind die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

a) K kann von B daher sowohl die **Anzahlung** als auch die bereits geleisteten **Zins- und Tilgungsraten** i.H.v. 51.762,60 € zurückverlangen.

b) Fraglich ist, ob B ein Ersatz für den **Wertverlust des finanzierten Fahrzeugs** aus **§ 358 Abs. 4 BGB** i.V.m. **§ 357 a Abs. 1 BGB** zusteht.

Demnach hat der Verbraucher **Wertersatz zu leisten**, wenn der **Wertverlust** auf einen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war, und der Unternehmer den Verbraucher nach **Art. 246 a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB** über sein Widerrufsrecht unterrichtet hat.

„[57] ... Dieser Wertverlust bemisst sich nach der **Vergleichswertmethode**. Danach hat der Kläger die **Differenz** zwischen dem unter Heranziehung der vertraglichen Gegenleistung zu ermittelnden **Verkehrswert** des finanzierten Fahrzeugs bei Abschluss des Darlehensvertrags und dem Verkehrswert des Fahrzeugs bei dessen Rückgabe an den Darlehensgeber zu ersetzen.“

Für die Anzahlung und die bis zum Widerruf geleisteten Raten ergibt sich der Anspruch aus §§ 355 Abs. 3, 357 BGB. Für Raten, die **nach dem Widerruf** geleistet wurden, folgt er aus **§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB**.

Von den Bearbeitern kann eine derartig tiefgreifende Argumentation nicht erwartet werden. Wichtig war, das Problem zu erkennen.

Umstritten ist dabei, ob sich der Verkehrswert des finanzierten Fahrzeugs bei Abschluss des Darlehensvertrags nach dem **Händlerverkaufspreis** oder nach dem **Händlerverkaufspreis** bestimmt. Letzterer Ansicht folgt der BGH mit überzeugender Begründung.

„[64] Dies folgt bereits aus dem **Wortlaut** des [§ 357 a Abs. 1 BGB], wonach der Verbraucher Wertersatz für den Wertverlust der Ware zu leisten hat. Der Begriff Wertverlust bedeutet die **Verringerung des materiellen Werts** einer Sache. Der materielle Wert einer Sache drückt sich in ihrem **Verkehrswert** aus.

[Das] ist der Preis, den ein durchschnittlicher Empfänger auf dem für ihn maßgeblichen Ankaufmarkt hätte zahlen müssen, um die Ware zu erlangen. Dieser Preis ist für den Käufer eines Kraftfahrzeugs der **Händlerverkaufspreis**, weil **für ihn der Markt der gewerblichen Kraftfahrzeugverkäufer maßgeblich ist**. Hingegen hat für ihn der **Händlerverkaufspreis keine Bedeutung**, weil dieser den Wert beschreibt, den ein gewerblicher Kraftfahrzeughändler im Durchschnitt bereit ist, für den Ankauf eines vergleichbaren, gebrauchten Fahrzeugs zu bezahlen, und dieser Markt dem **Verbraucher verschlossen ist**.“

Auch der **Sinn und Zweck** des § 357 a Abs. 1 BGB sprechen für diese Auslegung.

„[65] ... [Demnach] schuldet der Verbraucher Wertersatz für einen Wertverlust der Ware ... In diesem Fall verliert der Verbraucher das Widerrufsrecht nicht, haftet aber für einen etwaigen Wertverlust der Ware. Damit soll der Wertersatzanspruch den **Nachteil ausgleichen, den der Unternehmer dadurch erleidet, dass er die Ware nur zu einem reduzierten materiellen Wert zurückerhält**.

... Aufgrund dieses Wertverlusts ist es dem Unternehmer nicht mehr möglich, die Ware zu dem objektiven Wert zu verkaufen, die die Ware hätte, wenn der Verbraucher nur einen für die **Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Ware notwendigen Umgang mit der Sache** vorgenommen hätte. Damit ist dem Unternehmer hinsichtlich des finanzierten Gegenstandes aufgrund des Wertverlusts zumindest **teilweise die Gewinnmöglichkeit genommen**, die ihm ... der Verbraucher zu ersetzen hat.“

Durch diese Auslegung laufe bei der Berechnung des Wertersatzes unter Einbeziehung des vom Händler einkalkulierten Gewinns auch nicht der mit der **Verbraucherkreditrichtlinie** verfolgte **Sanktionscharakter** im Fall unrichtiger Pflichtangaben leer.

„[68] ... Der Sanktionscharakter bei der Erteilung unrichtiger Pflichtangaben besteht darin, dass die **Widerrufsfrist nicht anläuft** und dem Verbraucher ein **zeitlich unbegrenztes Widerrufsrecht** zusteht. Eine darüber hinausgehende Sanktion sieht die Verbraucherkreditrichtlinie nicht vor.“

Umstritten ist außerdem, ob sich der Verkehrswert der finanzierten Ware bei Abschluss des Darlehensvertrags nach dem **Netto- oder dem Bruttoverkaufspreis** berechnet.

Der **BGH** geht hier vom Bruttoverkaufspreis aus und stellt dabei wieder auf den Begriff des „Wertverlustes“ als die Verringerung des materiellen Werts einer Sache ab.

„[73] ... Auf dem **für private Käufer maßgeblichen Markt** mit gewerblichen Kraftfahrzeugverkäufern bestimmt sich der **Verkehrswert nach den Bruttoverkaufspreisen**, weil in diesem Markt die Fahrzeuge **mit Umsatzsteuer** gehandelt und erworben werden.“

4. Gegenansprüche der B gegen K

B könnte gegen K seinerseits Ansprüche haben.

a) Der Anspruch des K gegen B i.H.v. 6.260,60 € könnte durch die hilfsweise **Aufrechnung** der B nach **§§ 387, 389 BGB** erloschen sein.

aa) B hat die Aufrechnung (hilfsweise) gegenüber K erklärt, **§ 388 BGB**.

bb) Fraglich ist aber, ob B überhaupt eine **bestehende, fällige und durchsetzbare Gegenforderung** zusteht. B könnte einen Anspruch auf Zahlung von **Vertragszinsen** aus **§ 357 b Abs. 3 BGB** gegen K haben.

Nach dieser Vorschrift hat der Darlehensnehmer im Falle des Widerrufs von Verbraucherdarlehensverträgen für den Zeitraum zwischen der Auszahlung und der Rückzahlung des Darlehens den **vereinbarten Sollzins** zu entrichten.

Fraglich ist jedoch, ob die Parteien diese Verpflichtung wirksam durch eine entsprechende **Klausel im Darlehensvertrag ausgeschlossen** haben. Denn darin heißt es: „Widerruft der Darlehensnehmer seine Vertragserklärung **innerhalb der Widerrufsfrist**, so hat er für den Zeitraum zwischen Auszahlung und Rückzahlung des Darlehens keine Sollzinsen zu entrichten.“

„[38] Vorliegend hat [B] ... gemäß ... ihrer Darlehensbedingungen auf eine Verzinsung verzichtet. Die Klausel bestimmt, dass der Darlehensnehmer für den Zeitraum zwischen Auszahlung und Rückzahlung des Darlehens **keine Sollzinsen zu entrichten hat, wenn er seine Vertragserklärung innerhalb der Widerrufsfrist widerruft**. Sie enthält damit den Antrag, den etwaigen Zinsanspruch der [B] ... auf vertraglicher Grundlage entfallen zu lassen. Dieses – weil **ihm günstig unbedenkliche** – Angebot hat der Kläger durch Unterzeichnung des Darlehensvertrags angenommen. Nach **§ 361 Abs. 2 BGB** darf von den halbzwingenden gesetzlichen Regelungen über die Widerrufsfolgen **zu Gunsten des Verbrauchers abgewichen werden**.“

Die Klausel könnte dahingehend zu verstehen sein, dass dies nur gelten solle, wenn der Lauf der **vierzehntägigen Widerrufsfrist** mit Aushändigung des Vertrags und der darin enthaltenen Verbraucherinformationen tatsächlich begonnen hat.

„[39] ... Welchen Regelungsinhalt eine **Allgemeine Geschäftsbedingung** enthält, ist durch **Auslegung** zu ermitteln ... Diese hat sich nach dem **objektiven Inhalt und typischen Sinn** der in Rede stehenden Klausel einheitlich danach zu richten, wie ihr Wortlaut von **verständigen und redlichen Vertragspartnern** unter **Abwägung der Interessen** der regelmäßig beteiligten **Verkehrskreise** verstanden wird.“

Es spricht eine umfassende Abwägung dafür, dass die Klausel nicht nur für den Zeitraum der 14-tägigen Widerrufsfrist gelten soll, sondern **umfassend**.

„[40] ... Denn insoweit konnte der **durchschnittliche Darlehensnehmer** der Widerrufsinformation entnehmen, dass die Widerrufsfrist mit Abschluss des Vertrags beginnt, aber erst, nachdem er alle **Pflichtangaben nach § 492 Abs. 2 BGB** erhalten hat.

... Daher konnte der durchschnittliche Darlehensnehmer erkennen, dass die **Möglichkeit des Widerrufs nicht zwangsläufig 14 Tage nach Vertragsschluss endet**, sondern an den Erhalt der Pflichtangaben des § 492 Abs. 2 BGB anknüpft. Da [die] Darlehensbedingungen **keine zeitliche Einschränkung** [enthalten], versteht der durchschnittliche Darlehensnehmer diese Klausel dahingehend, dass er bei einem wirksamen Widerruf für den Zeitraum zwischen Auszahlung und Rückzahlung des Darlehens **keine Sollzinsen zu entrichten hat**. Hingegen findet eine einschränkende Auslegung der Klausel dahin, dass der Verzicht nur gelte, wenn der Lauf der vierzehntägigen Widerrufsfrist mit Aushändigung des Vertrags und der darin enthaltenen Verbraucherinformationen tatsächlich begonnen habe, im **Wortlaut** keine Stütze.“

Prüfungsaufbau: Aufrechnung

1. Aufrechnungserklärung: § 388 BGB
2. Aufrechnungslage: § 387 BGB
 - a) Gegenseitige Forderungen
 - b) Gleichartigkeit der Forderungen
 - c) Bestehende, fällige, durchsetzbare Gegenforderung
 - d) Erfüllbare Hauptforderung
3. Kein Aufrechnungsausschluss
4. Rechtsfolge: § 389 BGB

Während die Verpflichtung zur Rückgewähr der Darlehensvaluta aus der allgemeinen Regelung in § 355 Abs. 3 BGB folgt, normiert **§ 357 b Abs. 3 BGB** (bis zum 27.05.2022 inhaltsgleich in § 357 a a.F. geregelt) die Pflicht des Darlehensnehmers zur Zahlung des vereinbarten **Sollzinses** für die Inanspruchnahme des Kredits bis zur Rückzahlung des Darlehens im Falle eines Verbraucherdarlehensvertrages.

Von den Bearbeitern kann eine derartig tiefgreifende Argumentation nicht erwartet werden. Wichtig war auch hier, das Problem zu erkennen.

B steht somit keine Gegenforderung gegen K zu. Eine Aufrechnung ist nicht möglich.

b) B könnte ein **Leistungsverweigerungsrecht** zustehen, bis K seinerseits den Mercedes zurückgegeben hat.

aa) Nach **§ 358 Abs. 4 S. 1 BGB** i.V.m. **§ 357 Abs. 4 BGB** ist der Darlehensnehmer, also K, im Hinblick auf die Rückgabe der Ware bei der Rückabwicklung des Verbundgeschäfts **vorleistungspflichtig**. B steht somit ein **Leistungsverweigerungsrecht** zu, bis sie das finanzierte Fahrzeug zurückerhalten hat.

bb) B könnte sich jedoch im **Annahmeverzug** befinden. K könnte B die Leistung nach **§ 294 BGB** so, wie sie zu bewirken ist, **tatsächlich angeboten** haben. Der Schuldner muss demnach die Leistungshandlung **zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der geschuldeten Art und Weise** vornehmen. Hier hat K der B die Rückgabe des Mercedes lediglich in seinem Widerrufsschreiben pauschal in Aussicht gestellt, ohne einen Transport zu B anzubieten.

Es könnte aber ein **wörtliches Angebot** des K nach **§ 295 BGB** vorliegen. Nach dieser Vorschrift genügt ein wörtliches Angebot des Schuldners u.a. dann, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die **Leistung nicht annehmen werde**. Hier hat B den Widerruf des K aber nur als verfristet bezeichnet, ohne weitere Angaben zu machen.

*„[47] ... Für die Bejahung des Annahmeverzugs nach § 295 BGB bedarf es vielmehr einer **bestimmten und eindeutigen Erklärung** [der B], dass sie die Leistung nicht annehmen werde. [Demnach] hat [B] sich **überhaupt nicht zu der Frage geäußert**, ob sie – würde es denn tatsächlich angeboten werden – das Fahrzeug entgegennehmen werde. Alleine darin, dass [B] ... das Vorliegen der materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines wirksamen **Widerrufs bestritten** ... hat, liegt nicht die Erklärung, dass sie die Leistung nicht annehmen werde.“*

Damit befand sich B nicht im Annahmeverzug.

B hat damit ein Leistungsverweigerungsrecht nach **§ 358 Abs. 4 S. 1 BGB** i.V.m. **§ 357 Abs. 4 BGB**.

Demnach kann K die Rückzahlung der Anzahlung und der Zins- und Tilgungsraten aus **§§ 358 Abs. 2 und 4, 355 Abs. 3 BGB** abzüglich des B zustehenden Wertersatzes Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs verlangen.

Ass. Jur. Jannina Schäffer

§§ 22, 23, 32, 212, 223, 224 StGB

Erforderlichkeit der Notwehr

BGH, Beschl. v. 04.08.2022 – 5 StR 175/22, BeckRS 2022, 26035

Fall

Anlässlich der vom O auf „ruppige Art und Weise“ vollzogenen Trennung von der mit ihm liierten Tochter des T kommt es zwischen T und O zum Austausch von „WhatsApp“-Nachrichten mit wechselseitigen Vorwürfen, Beleidigungen und Drohungen. Aus Verärgerung veröffentlicht T über „Facebook“ ein sodann vielfach weiterverbreitetes „Live-Video“, in dem er das Verhalten des O missbilligt und die „Scheidung“ seiner Tochter von ihm ankündigt. O ist hierüber erzürnt und beabsichtigt, diese öffentliche Bloßstellung zu vergelten und T im Faustkampf zu verprügeln. In Umsetzung des Vorhabens erscheint O einen Tag nach Veröffentlichung des Videos vor dem von T und seiner Familie bewohnten Mietshaus. T ist nicht anwesend, weil er Einkäufe erledigt.

Bei seinem Eintreffen am Wohnhaus nimmt er den in einem Hausdurchgang wartenden O wahr, in dessen Richtung er sich bewegt, während O auf ihn zuläuft. O ist unbewaffnet, etwa 27 Jahre jünger als T und körperlich überlegen. Er greift T sofort an und schlägt ihm mehrfach mit den Fäusten kraftvoll ins Gesicht, wobei er T schmerzhaft an den Augen trifft. T verliert dadurch seine Brille, gerät ins Straucheln und duckt sich. Um sich gegen die Faustschläge zur Wehr zu setzen, zieht T ein in der Jacke mitgeführtes Messer und sticht oder schlägt damit mit bedingtem Tötungsvorsatz zunächst zwei Mal in den Bauchbereich des O, dann in dessen hinteren Oberschenkel (Gesäß) und noch mindestens drei weitere Male in den Bereich des Oberkörpers. O äußert seinerseits sinngemäß, T solle aufhören. Das „hochdynamische“ Geschehen dauert nur wenige Sekunden. Die dem O zugefügten Verletzungen sind potenziell lebensgefährlich, er kann aber auf der Intensivstation gerettet werden.

Strafbarkeit des T nach dem 16. und 17. Abschnitt des StGB?

Lösung

I. T könnte sich wegen **versuchten Totschlags** nach **§§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB** strafbar gemacht haben, indem er auf O mit dem Messer einstach.

1. Der Taterfolg ist nicht eingetreten, da O noch lebt. Der Versuch ist strafbar gemäß §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB, da Totschlag ein Verbrechen ist.

2. T hatte **Tatentschluss** zum Totschlag, denn er erkannte die Möglichkeit, dass O durch die Stiche sterben könnte und nahm dies billigend in Kauf.

3. Indem T mit dem Messer auf O einstach, nahm er eine aus seiner Sicht geeignete Tötungshandlung vor und hat damit i.S.v. § 22 StGB **unmittelbar** zur Tat **angesetzt**.

4. T müsste rechtswidrig gehandelt haben. Er könnte jedoch gemäß § 32 StGB **gerechtfertigt** gehandelt haben.

a) Dadurch dass O auf T mehrfach mit der Faust einschlug, hat er dessen körperliche Integrität gegenwärtig und rechtswidrig angegriffen, sodass eine Notwehrlage bestand.

b) „[6] Eine in einer Notwehrlage verübte Tat ist gemäß § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer **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, muss

Leitsätze

1. Auch ein sofortiger, das Leben des Angreifers gefährdender Messereinsatz kann durch Notwehr gerechtfertigt sein.

2. Welche Verteidigungshandlung erforderlich ist, richtet sich nach den konkreten Umständen des Kampfes.

3. Die sich aus dem Waffeneinsatz ergebenden Einschränkungen der Notwehrhandlung stehen unter dem Vorbehalt, dass eine Drohung oder ein weniger gefährlicher Waffeneinsatz unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht haben, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann.

auf der Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung beurteilt werden. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie **grundsätzlich berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet**. Der Angegriffene muss **auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel nur zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und ihm genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht**. **Auch der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz eines Messers kann deshalb durch Notwehr gerechtfertigt sein**. Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist dessen **Gebrauch zwar regelmäßig anzudrohen** und, sofern dies nicht ausreicht, der Versuch zu unternehmen, **auf weniger sensible Körperteile einzustechen**. Diese Einschränkungen stehen jedoch unter dem **Vorbehalt, dass die Drohung oder der weniger gefährliche Messereinsatz unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht haben, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann**. Angesichts der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagsrisikos dürfen an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.“

Vertiefung: Die Frage nach der Gebotenheit kann in der Klausur auch ausführlicher behandelt werden. Zwar hatte T im Vorfeld ein Live-Video bei Facebook hochgeladen, in dem er öffentlich das Verhalten des O missbilligt und die Scheidung seiner Tochter von O angekündigt hat. Jedoch muss dieses Vorverhalten den später provozierten Angriff **herausgefordert** haben. Dies ist nur der Fall, wenn es in einem **zeitlichen und räumlichen Zusammenhang** zum späteren Angriff steht und den **Angreifer motiviert** hat (vgl. BGH RÜ 2020, 779, 782). Zwischen dem Hochladen des Videos und der tätlichen Auseinandersetzung lag ein Tag. Auch konnte T nicht damit rechnen, dass O ihn aufgrund dieses Videos vor seiner Wohnung aufsuchen und unmittelbar tätlich angreifen würde. Somit liegt bereits keine Herausforderung vor. Darüber hinaus könnte auch die Vorwerfbarkeit zu verneinen sein. Während teilweise ein rechtswidriges Vorverhalten gefordert wird, lässt die Rspr. schon bei **sozial-ethisch vorwerfbarem Vorverhalten** Notwehrbeschränkungen zu, sofern dieses seinem **Gewicht nach einer schweren Beleidigung gleichkommt** (BGH RÜ 2006, 31). Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass T sich in seinem Video schwer beleidigend über O geäußert hat. Das Vorverhalten des T war damit auch nicht sozial-ethisch vorwerfbar. Die Notwehr des T war somit nicht beschränkt.

T wurde bereits von O mit mehreren Faustschlägen angegriffen und getroffen. Zwar wären weniger Messerstiche oder Stiche in ungefährlichere Regionen ein relativ milderer Mittel gewesen, um den Angriff abzuwehren. Jedoch war die Kampfsituation hoch dynamisch, T bereits mehrfach stark getroffen und in seiner Sicht eingeschränkt, da er seine Brille verloren hatte. Hinzukommt, dass er dem 27 Jahre jüngeren Angreifer körperlich unterlegen war.

„[9] Die Annahme ..., dem körperlich unterlegenen, durch die schon erlittenen Faustschläge und den Verlust der Brille in seiner Abwehrfähigkeit eingeschränkten [T] sei es im Rahmen eines ‚nur wenige Sekunden andauernden und hochdynamisch ablaufenden‘ Geschehens, in dessen Verlauf er und der [O] sich ‚schnell bewegten‘, möglich gewesen, das Messer auf weniger gefährliche Art und Weise einzusetzen, findet ... keine Stütze.“

Ein weniger gefährlicher Messereinsatz hätte T's Verteidigungsmöglichkeiten in der konkreten Situation massiv verkürzt und den Angriff nicht mit gleicher Sicherheit unterbunden. Fraglich ist, ob der Messereinsatz erst dann erforderlich gewesen wäre, wenn ein erster, milderer Messereinsatz nicht die gewünschte Wirkung gezeigt hätte und das Geschehen umso mehr eskaliert wäre.

„[7] Schon der Ansatz ... , der Messereinsatz [wäre] erst geboten gewesen, wenn nach einer den unbewaffneten [O] weniger gefährdenden, aber erfolglos gebliebenen Abwehrhandlung ‚bei einer erneut ungeeigneten Verteidigungshandlung eine weitere Eskalation objektiv zu befürchten gewesen wäre‘, erweist sich als rechtsfehlerhaft. **Denn es geht bei der Prüfung der Erforderlichkeit des Abwehrmittels i.S.v. § 32 Abs. 2 StGB nicht darum, ob eine weitere Eskalation der Situation heraufbeschworen wird; maßgeblich ist vielmehr die Frage, ob in der zugespitzten Angriffssituation gewährleistet ist, dass der Angriff endgültig beendet wird.**“

c) Der Messereinsatz war auch geboten. Das Notwehrrecht ist insbesondere nicht wegen einer vorwerfbaren Herbeiführung der Notwehrlage aufgrund des Live-Videos eingeschränkt, da es am räumlich-zeitlichen Zusammenhang fehlt. T handelte mit Verteidigungswillen und damit gerechtfertigt. Er hat sich nicht wegen versuchten Totschlags nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Eine gefährliche Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2, 5 StGB ist ebenfalls gemäß § 32 StGB gerechtfertigt.

Milan Zmrzлак

Art. 13 GG

Heimliches Wohnungsbetretten vor Online-Durchsuchung

BVerfG, Beschl. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21, BeckRS 2022, 41609

Leitsätze

1. Die Anforderungen an die eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit sowie die Subsidiarität sind bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, die heimliche Grundrechtseingriffe erlauben, abgesenkt.

2. Das heimliche Betreten einer Wohnung, um eine gefahrenabwehrrechtliche Online-Durchsuchung vorzubereiten, kann auf Art. 13 Abs. 7 GG gestützt werden, wenn dieser verfassungskonform eng ausgelegt wird.

3. Das Eingriffsgesetz muss eine konkretisierte Gefahr für ein Rechtsgut von sehr hohem Gewicht voraussetzen und einen Richtervorbehalt vorsehen.

Prüfungsaufbau Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde: AS-Skript Grundrechte (2021), Rn. 669 ff.

In neuen Entscheidungen verwendet das BVerfG den Begriff „Beschwerdeberechtigung“ statt „Beteiligtenfähigkeit“ (vgl. BVerfG RÜ 2023, 179). Solange sich die neue Bezeichnung noch nicht durchgesetzt hat, können Sie auch weiterhin den bisherigen Begriff verwenden.

Fall

Das Land L hat die „Online-Durchsuchung“ von Computern, Handys, Tablets usw. neu in das LPolG aufgenommen. Um sie zu ermöglichen, erlaubt § 33 c Abs. 5 LPolG der Polizei auch einen heimlichen Wohnungsbesuch.

§ 33 c Einsatz techn. Mittel zum Eingriff in informationstechn. Systeme

(1) Die Polizei darf durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel in von der betroffenen Person genutzte informationstechnische Systeme eingreifen ... , wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Gefahr vorliegt für

1. Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder

2. solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Bundes oder eines Landes ... berührt.

(5) Das ... verdeckte Betreten und Durchsuchen von Räumlichkeiten der betroffenen Personen sind zulässig, soweit dies zur Durchführung von Maßnahmen nach Absatz 1 ... erforderlich ist.

(6) Die Maßnahmen nach Absatz 1 und 5 bedürfen der richterlichen Anordnung ...

A meint, § 33 c Abs. 5 LPolG verstoße gegen Art. 13 GG. Sie ist Umweltaktivistin, die bereits verschiedentlich (offenen) Besuch von Beamten des Staatsschutzes erhalten hat. Hat ihre sogleich erhobene Verfassungsbeschwerde Erfolg?

Bearbeitungsvermerk: § 33 c LPolG ist formell verfassungsgemäß erlassen worden. Es ist lediglich die Vereinbarkeit mit Art. 13 GG zu prüfen.

Lösung

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

A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

I. Für die Individualverfassungsbeschwerde ist der **Rechtsweg** zum BVerfG nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 13 Nr. 8 a BVerfGG eröffnet. Der Rechtsbehelf ist **statthaft** und das BVerfG **zuständig**.

II. Als natürliche Person ist A Trägerin des Grundrechts aus Art. 13 GG. Sie ist gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG grundrechtsberechtigt und **beteiligtenfähig**.

III. § 33 c LPolG ist als Akt der öffentlichen Gewalt (Legislative) tauglicher **Beschwerdegegenstand** (§ 90 Abs. 1 BVerfGG), sog. Rechtssatzverfassungsbeschwerde.

IV. A muss gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG **beschwerdebefugt** sein.

1. A kann als Umweltaktivistin geltend machen, bezüglich Art. 13 GG verletzt zu werden.

2. Grds. muss der Beschwerdeführer auch **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen sein. Bei **heimlichen Überwachungsmaßnahmen** sind die Anforderungen an die Darlegungen des Beschwerdeführers aber abgesenkt.

„[42] Von einer **unmittelbaren** Betroffenheit durch ein vollziehungsbedürftiges Gesetz ist, obwohl dieses erst der Umsetzung durch Vollzugsakte bedarf, im Falle heimlicher Überwachungsmaßnahmen dennoch auszugehen, wenn Beschwerdeführende den Rechtsweg nicht beschreiten können, weil sie keine Kenntnis von der Maßnahme erlangen.“

„[43] Zur Begründung der Möglichkeit **eigener und gegenwärtiger** Betroffenheit durch eine gesetzliche Ermächtigung zu heimlichen Überwachungsmaßnahmen, bei der die konkrete Beeinträchtigung zwar erst durch eine Vollziehung erfolgt, die Betroffenen in der Regel aber keine Kenntnis von Vollzugsakten erlangen, reicht es aus, wenn die Beschwerdeführenden darlegen, mit einiger Wahrscheinlichkeit, durch auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhende Maßnahmen in eigenen Grundrechten berührt zu werden.“

A ist bereits vom Staatsschutz aufgesucht worden. Mit gewisser Wahrscheinlichkeit kann § 33 c Abs. 5 LPolG auf sie angewendet werden. Sie ist beschwerdebefugt.

V. Gegen Gesetze ist kein fachgerichtlicher **Rechtsweg** zu **erschöpfen** (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG).

VI. Der aus § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG abgeleitete Grundsatz der **Subsidiarität** ist hier nicht zu beachten, weil die aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen allein vom BVerfG beantwortet werden können.

VII. Die **Jahresfrist** (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) ist eingehalten, die Formvorgaben der §§ 23, 92 BVerfGG sind beachtet. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist **begründet**, wenn § 33 c Abs. 5 LPolG die A in ihrem Grundrecht aus **Art. 13 GG verletzt**. Das ist der Fall, wenn die Norm in den Schutzbereich des Wohnungsgrundrechts eingreift und der Eingriff nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

I. Das von § 33 c Abs. 5 LPolG zugelassene verdeckte (= heimliche) Betreten und Durchsuchen von Räumlichkeiten könnten den **Schutzbereich** des Art. 13 Abs. 1 GG **berühren**.

1. Dann müsste der **sachliche Schutzbereich** eröffnet sein. Art. 13 Abs. 1 GG schützt die **Wohnung**. Sie umfasst alle Räume, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch eine räumliche Abschirmung entzogen und zur Stätte privaten Lebens und Wirkens gemacht sind.

„[130] Mit der Unverletzlichkeit der Wohnung wird den Einzelnen im Hinblick auf ihre Menschenwürde und im Interesse der freien Entfaltung der Persönlichkeit ein elementarer Lebensraum gewährleistet. In ihren Wohnräumen haben die Einzelnen das **Recht, in Ruhe gelassen zu werden**. Art. 13 Abs. 1 GG gewährt ein Abwehrrecht zum Schutz der räumlichen Privatsphäre und soll Störungen vom privaten Leben fernhalten.“

§ 33 c Abs. 5 LPolG erfasst ausnahmslos „Räumlichkeiten“, also umbaute Räume, mithin auch Wohnungen. Der sachliche Schutzbereich ist berührt.

2. Grundrechtsträger (**persönlicher Schutzbereich**) sind alle Nutzungsberechtigten der Wohnung, v.a. Eigentümer und Mieter, also nahezu jedermann. § 33 c Abs. 5 LPolG nimmt niemand als Zielobjekt aus, sodass auch der persönliche Schutzbereich betroffen ist.

„[134] ... Die Unverletzlichkeit der Wohnung hat einen engen Bezug zur Menschenwürde; das Recht, in Ruhe gelassen zu werden, soll gerade in Wohnräumen gesichert sein. Wo die Rechtsordnung um der höchstpersönlichen Lebensgestaltung willen einen besonderen Schutz einräumt, müssen Bürgerinnen und Bürger auf diesen Schutz vertrauen können. Das ist regelmäßig die Privatwohnung, die für andere verschlossen werden kann.“

Der Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG ist berührt.

II. Fraglich ist, ob § 33 c Abs. 5 LPolG in den Schutzbereich **eingreift**. Ein Eingriff ist eine gezielte oder mittelbar-faktische Verkürzung der grundrechtlich

Vgl. dazu auch BVerfG RÜ 2019, 243 mit RÜ-Video 4/19 unter t1p.de/g18r



Außerdem: Unzumutbarkeit, zunächst einen Eingriff abzuwarten und dann fachgerichtlich dagegen vorzugehen.

Art. 13 GG entsprechen Art. 8 EMRK und Art. 7 GRCh.

AS-Skript Grundrechte (2021), Rn. 497 ff.

Zum „klassischen“ und „modernen“ Eingriffsbegriff: AS-Skript Grundrechte (2021), Rn. 70 ff.

















Art. 13 GG Schrankenvorbehalte

- Betreten und Durchsuchen → Abs. 2
- Mikrofone und Kameras → Abs. 3–5
- Sonstiges → Abs. 7

AS-Skript Grundrechte (2021), Rn. 501;
vgl. auch OVG Hamburg RÜ 2020, 794

Das BVerfG lässt diese Frage offen.

Landesrecht Offene Durchsuchungen

 § 36 VII PolG BW	 Art. 24 II BayPAG	 § 37 II ASOG	 § 24 II BbgPolG
 § 20 II BremPolG	 § 16 a SOG	 § 29 II HSOG	 § 60 I SOG
 § 25 II NPOG	 § 42 II PolG	 § 21 II POG	 § 20 II SPoIG
 § 24 II SächsPBG	 § 44 II SOG	 § 209 I LVwG	 § 26 II PAG

garantierten Freiheit. Jede **Verletzung der Privatheit** der Wohnung durch einen Grundrechtsverpflichteten (= staatlichen Bediensteten) ist ein Eingriff. Hierzu gehören insb. Betreten und Durchsuchen, die § 33 c Abs. 5 LPoIG erlaubt. Diese gezielte Schutzbereichsverkürzung stellt einen Eingriff dar.

III. Der Eingriff könnte jedoch **verfassungsrechtlich gerechtfertigt** sein. Das setzt voraus, dass Art. 13 GG einschränkbar ist („Schrankenvorbehalt“) und der einfache Gesetzgeber die Beschränkungsmöglichkeit verfassungsgemäß konkretisiert hat. Art. 13 GG enthält in seinen Absätzen 2 bis 5 und 7 für unterschiedliche Eingriffsarten verschiedene **Schrankenvorbehalte**.

1. Das von § 33 c Abs. 5 LPoIG erlaubte heimliche Betreten und Durchsuchen könnten nach **Art. 13 Abs. 2 GG** gerechtfertigt sein. Dieser setzt eine gesetzliche Durchsuchungsermächtigung und im Regelfall eine **richterliche Anordnung** voraus. Fraglich ist, ob es sich bei der von § 33 c Abs. 5 LPoIG erlaubten Tätigkeit um eine Durchsuchung im verfassungsrechtlichen Sinne handelt.

a) Eine **Durchsuchung** umfasst das Betreten der Wohnung sowie die **gezielte Suche** nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts. Es muss das Ziel verfolgt werden, etwas aufzuspüren, das der Wohnungsinhaber **verbergen will**. Steht das technische Gerät (z.B. Computer) offen in der Wohnung, ist zwar keine Suchhandlung nötig. Da aber vielfach auch nach verborgenen Geräten (z.B. Handys, Tablets) in Schubladen, Schränken usw. gesucht werden wird, ist typischerweise auch von Suchhandlungen auszugehen.

b) Allerdings könnte Art. 13 Abs. 2 GG nur offene, aber **keine heimlichen** Durchsuchungen erlauben. Ob das der Fall ist, muss durch Auslegung nach den klassischen **Auslegungsmethoden** ermittelt werden.

aa) Der **Wortlaut** ist unergiebig. Ihm lässt sich nichts dazu entnehmen, ob die Durchsuchung offen stattfinden muss oder auch heimlich erfolgen kann.

bb) Die **Entstehungsgeschichte** spricht dafür, dass das Grundgesetz von offenen Durchsuchungen ausging.

„[137] In den Beratungen des Parlamentarischen Rats ... wurde nicht ausdrücklich zwischen offenen und heimlichen Durchsuchungen unterschieden. Die Beteiligten scheinen jedoch stillschweigend von offenen Formen ausgegangen zu sein. Strafprozessordnung und Polizeigesetze sahen seit jeher bis in die jüngste Gegenwart als Standardmaßnahme offene Durchsuchungen vor, bei denen den Wohnungsinhabern, ihren Vertretern, Angehörigen oder anderen Zeugen regelmäßig ein Anwesenheitsrecht eingeräumt wird ... Bis heute wird wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass Art. 13 Abs. 2 GG **nur offene** Maßnahmen erfasse.“

cc) Auch der **systematische** Vergleich mit den übrigen Schrankenabsätzen des Art. 13 GG spricht gegen eine Einbeziehung heimlicher Durchsuchungen.

„[138] Gegen die Anwendung von Art. 13 Abs. 2 GG auf ein heimliches Betreten einer Wohnung spricht systematisch, dass Absatz 2 **keine** dem **besonderen** Eingriffscharakter und -gewicht Rechnung tragenden **Eingriffsvoraussetzungen** nennt und sich diese Schranke insofern grundlegend von den Schrankenregelungen in Absatz 3 bis 7 unterscheidet. Absatz 2 statuiert zwar einen Richtervorbehalt, verweist im Übrigen aber auf die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen. Ausdrückliche materielle Maßgaben fehlen. Dem Eingriffsgewicht heimlicher Wohnungsbetretungen durch den Staat, durch welche die Wohnung als privatester Schutz- und Rückzugsraum der Einzelnen in Frage gestellt wird, würde dies im Vergleich mit den Absätzen 3, 4 und 7, die qualifizierte, teils sehr strenge Anforderungen an Eingriffe in das Wohnungsgrundrecht stellen, nicht gerecht.“

dd) Die Auslegung nach dem **Sinn und Zweck** des Art. 13 Abs. 2 GG bleibt wegen des nicht eingegrenzten Verweises auf einfache Gesetze unergiebig.

Im **Ergebnis** sprechen Entstehungsgeschichte und v.a. der systematische Vergleich mit den Absätzen 3, 4 und 7, die ihrerseits heimliche Maßnahmen erlauben, aber unter strenge Voraussetzungen stellen, durchgreifend dafür, dass Absatz 2 nur offene, aber keine heimlichen Durchsuchungen erlaubt.

2. Art. 13 Abs. 3 und 4 GG scheiden als Schrankenregelungen aus, weil sie andere Arten von Eingriffen regeln als Betreten und Durchsuchen.

3. Allerdings könnte **Art. 13 Abs. 7 GG** den Eingriff des § 33 c Abs. 5 LPolG rechtfertigen. Aus der Formulierung „**im Übrigen**“ folgt, dass es sich um eine Auffangregelung für Eingriffe und Beschränkungen handelt, die – wie hier – nicht unter die Absätze 2–5 fallen. Das muss sich durch Auslegung bestätigen.

Der **Wortlaut** sowie die Auslegung nach Sinn und Zweck erweisen sich erneut als unergiebig. Dasselbe gilt für die **Entstehungsgeschichte**, weil Online-Durchsuchungen bei Erlass des GG im Jahr 1949 noch nicht vorstellbar waren. Ausschlaggebende Bedeutung erhält daher der **systematische Zusammenhang**, in den Art. 13 Abs. 7 GG gestellt ist. Dieser muss ein Verständnis von Art. 13 Abs. 7 GG zulassen, das Wertungswidersprüche im Schutz- und Schrankensystem des Art. 13 GG als Gesamtgefüge vermeidet.

a) Im Verhältnis zu **Absatz 2**, der für offene Durchsuchungen gilt, stellt Absatz 7 für heimliche Durchsuchungen strengere Anforderungen auf.

„[143] Während Absatz 2 keine inhaltlichen Maßgaben enthält ..., lässt Art. 13 Abs. 7 GG Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung nur unter besonderen Voraussetzungen zu. Eingriffe und Beschränkungen dürfen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr, einer Lebensgefahr für einzelne Personen oder zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ... vorgenommen werden.“

b) Das Verhältnis zu den **Absätzen 3 und 4** erscheint nicht widersprüchlich, soweit Absatz 7 besonders hohe Rechtfertigungsanforderungen formuliert.

„[145] In der ersten und zweiten Alternative sieht Art. 13 Abs. 7 GG mit der gemeinen Gefahr und der Lebensgefahr für einzelne Personen ausdrücklich besonders enge Schranken vor. Gemein im Sinne der ersten Alternative ist die Gefahr, ‚wenn sie für eine unbestimmte Zahl von Personen oder Sachen besteht‘ ... Auch die zweite Alternative in Art. 13 Abs. 7 GG ist streng. Sie verlangt eine konkrete Gefahr für einen Menschen, dessen Überleben in Gefahr sein muss. In den beiden ersten Alternativen sind die Anforderungen des Art. 13 Abs. 7 GG also ähnlich streng wie die Anforderungen des Art. 13 Abs. 4 GG an eine Wohnraumüberwachung zur Gefahrenabwehr.“

c) Das gilt allerdings nicht für die **dritte Variante** von Art. 13 Abs. 7 GG.

aa) Nach ihrem **Wortlaut** senkt sie die Rechtfertigungsanforderungen deutlich. Das Schutzgut der **öffentlichen Sicherheit und Ordnung** ist denkbar weit. Es umfasst die gesamte geschriebene Rechtsordnung, die Individualrechtsgüter des Einzelnen und den Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates (öffentliche Sicherheit) sowie die mehrheitlich anerkannten ungeschriebenen Regeln des Zusammenlebens (öffentliche Ordnung).

„[146] ... Mit der ‚**dringenden Gefahr**‘ ist dann zwar eine strenge Voraussetzung normiert. Sie stellt hier hinsichtlich des bedrohten Rechtsguts erhöhte Anforderungen und geht hinsichtlich des Eingriffsanlasses über die Anforderungen an eine konkrete Gefahr noch hinaus.“

Hierdurch werden die Eingriffsanlässe indessen nicht wesentlich beschränkt.

„[146] ... Weil Art. 13 Abs. 7 GG jedoch letztlich genügen lässt, dass eine Maßnahme bereits zur **Verhütung** einer dringenden Gefahr ergriffen wird, bleibt dem Ge-

Art. 13 Abs. 3 GG a.F. wurde durch die umfassende Novelle des Art. 13 GG im Jahr 1998 zu Absatz 7.

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

setzgeber auf dieser Grundlage grundsätzlich ein größerer Spielraum, die Anforderungen an Wahrscheinlichkeit, zeitliche Nähe und Ausmaß des potenziellen Schadens in Abhängigkeit von der Intensität des Eingriffs in die Wohnungsfreiheit festzulegen.“

bb) Gleichwohl kann die dritte Variante von Art. 13 Abs. 7 GG den systematischen Anforderungen an die Widerspruchsfreiheit der Grundrechtsschranken genügen, wenn sie unter Rückgriff auf den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit verfassungskonform eng ausgelegt** werden kann.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip stellt strenge Anforderungen, weil das von § 33 c Abs. 5 LPolG erlaubte **heimliche Eindringen schwer wiegt**.

„[132] Zwar wird anders als bei der akustischen oder optischen Wohnraumüberwachung regelmäßig nicht das Verhalten einer Person in ihrer räumlichen Privatsphäre beobachtet und die Wohnung ist nicht selbst das Ziel der Überwachungsmaßnahme. Anders als bei einer offenen Durchsuchung erleben die Betroffenen auch nicht unmittelbar die möglicherweise als einschüchternd empfundene staatliche Gewalt, wie dies bei der offenen Wohnraumdurchsuchung etwa durch bewaffnete Einsatzkräfte der Fall sein könnte. Auch öffentliche Stigmatisierungseffekte eines Polizeieinsatzes in einer Wohnung sind bei einem heimlichen Einsatz kaum zu erwarten.“

Gerade die Heimlichkeit verleiht der staatl. Maßnahme aber **besonderes Gewicht**.

„[133] ... Staatliche Bedienstete dringen hier in den geschützten Bereich der Wohnung ohne Wissen der Betroffenen ein und halten sich dort auf. Sie erlangen dabei zwangsläufig Kenntnis über Umstände aus der räumlichen Privatsphäre der Betroffenen. Müssen sie zunächst in der Wohnung gezielt nach Geräten suchen, die dann mit der Überwachungstechnik ausgestattet werden sollen, kann eine intensive Inaugenscheinnahme auch privater Räume erforderlich sein. Anders als bei einer offenen Durchsuchung können die Betroffenen dies nicht vor Ort kontrollieren und keinen Einfluss darauf nehmen.“

cc) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, Art. 13 Abs. 7 GG an die übrigen Schrankenvorbehalte des Art. 13 GG **anzugleichen**, und zwar sowohl materiell-rechtlich als auch bei der verfahrensmäßigen Sicherung.

(1) Die **materiell-rechtlichen** Eingriffsvoraussetzungen müssen strenger sein, als es der Wortlaut des Art. 13 Abs. 7 GG vorgibt.

„[147] ... Das zu schützende **Rechtsgut** muss wie in Art. 13 Abs. 3 und Abs. 4 GG **sehr hohes Gewicht** haben. Außerdem darf die heimliche Wohnungsbetretung **nicht** schon zur Verhütung einer Gefahr und damit im **Gefahrverfeld** zugelassen werden, sondern erst, wenn bereits eine Gefahr besteht. Es muss sich dann allerdings der zum Schaden führende Geschehensverlauf nicht schon so konkret abzeichnen, wie es Art. 13 Abs. 4 GG bei optischer und akustischer Wohnraumüberwachung mit dem Bestehen einer dringenden Gefahr verlangt.“

Art. 13 Abs. 7 GG ist **verfassungskonform** folgendermaßen zu verstehen:

„[147] ... Art. 13 Abs. 7 GG erlaubt ... eine Ermächtigung zur Wohnraumbetretung zwecks Vorbereitung einer Online-Durchsuchung für den Fall, dass eine konkretisierte **Gefahr für ein Rechtsgut von sehr hohem Gewicht** vorliegt.“

(2) Entsprechend den Schrankenvorbehalten des Art. 13 Abs. 2–5 GG muss auch Absatz 7 **verfahrensrechtlich** um das Erfordernis einer vorherigen **richterlichen Entscheidung** ergänzt werden.

„[148] ... Der Richtervorbehalt muss hier erst recht gelten. [149] ... [Aus] allgemeinen Gründen der Verhältnismäßigkeit [dürfte] ein so schwerwiegender heimlicher Grundrechtseingriff grundsätzlich nicht ohne richterliche Anordnung erfolgen.“

Aufbau: Das BVerfG nimmt die Gewichtung schon bei der Prüfung des Eingriffs vor. Da die Schwere des Eingriffs erst bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung unmittelbare Bedeutung erlangt, erfolgt die Gewichtung im klassisch-schulmäßigen Aufbau erst in der Verhältnismäßigkeitsprüfung (so hier).

Es kann auch eine andere neutrale Instanz genügen, soweit diese mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet ist.

Bewirkt eine heimliche Ermittlungsmaßnahme einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff, so ist eine vorbeugende Kontrolle durch eine unabhängige Instanz verfassungsrechtlich geboten, weil die Betroffenen sonst ungeschützt blieben.“

Der Wortlaut des Art. 13 Abs. 7 GG steht dem nicht entgegen, denn er spiegelt den **Willen des Verfassungsgebers** hier nicht vollständig wider.

„[150] Dass eine richterliche Anordnung in Art. 13 Abs. 7 GG nicht ausdrücklich gefordert ist, steht einem solchen Vorbehalt für besondere Konstellationen nicht entgegen, weil er auch ohne ausdrückliche Regelung gelten kann. Das trifft erst recht für die Wohnungsbetretung zur Vorbereitung einer Online-Durchsuchung zu, die der Verfassungsgeber nicht kennen und für die er so keinen Richtervorbehalt regeln konnte.“

Wird die **dritte Variante** von Art. 13 Abs. 7 GG auf diese Weise verfassungskonform eingeschränkt verstanden, können auf Absatz 7 einfachgesetzliche Regelungen gestützt werden, die das heimliche Betreten und Durchsuchen von Wohnungen zur Vorbereitung von Online-Durchsuchungen erlauben.

4. Fraglich ist, ob § 33 c Abs. 5 LPolG den verfassungskonform ausgelegten Rechtfertigungsvoraussetzungen des Art. 13 Abs. 7 GG genügt.

a) § 33 c Abs. 6 LPolG sieht ausdrücklich einen **Richtervorbehalt** vor. Damit erfüllt die Norm die **verfahrensrechtlichen** Anforderungen.

b) Fraglich ist, ob auch die **materiellen** Voraussetzungen erfüllt sind. Hiergegen spricht, dass § 33 c Abs. 5 LPolG keine Tatbestandsvoraussetzungen für das heimliche Betreten und Durchsuchen von Wohnräumen aufstellt.

aa) Wenn man den Verweis in § 33 c Abs. 5 LPolG auf Absatz 1 so versteht, dass das heimliche Betreten und Durchsuchen einer Wohnung erst gestattet ist, wenn die Voraussetzungen des **Absatzes 1 bereits erfüllt** sind, wäre § 33 c Abs. 5 LPolG verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

„[157] ... Leib und Freiheit sind hinreichend gewichtige Rechtsgüter; ersichtlich sind hier nur schwerwiegende Freiheits-, Körper- und Gesundheitsverletzungen gemeint. Auch verlangt § 33 c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 [LPolG], dass bereits eine Gefahr für Leib oder Freiheit vorliegt und lässt nicht etwa bereits im Gefahrvorfeld Maßnahmen zur Verhütung der Gefahr zu. Dies genügt den Anforderungen des Art. 13 Abs. 7 GG.“

§ 33 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LPolG wäre ebenfalls gerechtfertigt, weil er die Abwehr einer gemeinen Gefahr voraussetzt.

bb) Es sind aber auch andere Auslegungen möglich, wie etwa, dass kein milderes Mittel als das heimliche Betreten und Durchsuchen ersichtlich ist, um die Online-Durchsuchung durchzuführen. So verstanden genügt die Eingriffsermächtigung des § 33 c Abs. 5 LPolG den strengen Anforderungen der **Normklarheit und Bestimmtheit** nicht.

„[154] ... Die bei heimlichen Überwachungseingriffen besonders strengen Bestimmtheitsanforderungen verlangen eine deutlichere Regelung. Bei der Bestimmtheit geht es darum, dass die Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet. Gerade dies ist hier zweifelhaft. Der Gesetzgeber ist gehalten, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Hier ist es dem Gesetzgeber möglich, verständlich zu regeln, welche Eingriffsvoraussetzungen für ein Betreten ... gelten.“

§ 33 c Abs. 5 LPolG ist zu unbestimmt und damit verfassungswidrig.

Ergebnis: Die Verfassungsbeschwerde ist begründet und hat Erfolg.

VRVG Dr. Martin Stuttmann

Grds. gilt: die „Wortlautgrenze“ markiert die äußerste Auslegungsgrenze.

Beachten Sie den **geschachtelten Prüfungsaufbau**

Grundrecht

↳ Schrankenvorbehalt

↳ Einfaches Gesetz

↳ Vollzugsakt (fehlt hier)

Der Landesgesetzgeber kann § 33 c Abs. 5 LPolG aber ohne Weiteres an die Anforderungen des BVerfG anpassen, sodass er verfassungskonform wird.