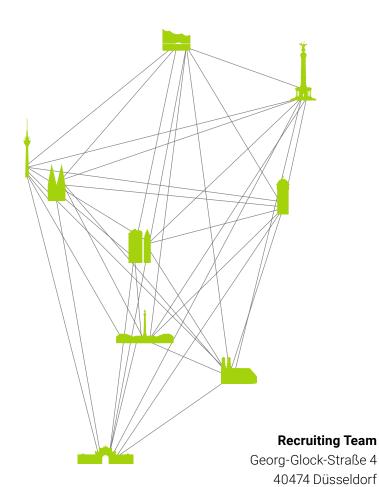


9 STANDORTE 20 PRAXISGRUPPEN 400 RECHTSANWÄLTE STEUERBERATER NOTARE



Persönlichkeiten gesucht

Rechtsanwälte w/m/d Referendare w/m/d wissenschaftliche Mitarbeiter w/m/d

An allen Standorten für alle Praxisgruppen

- Arbeitsrecht
- Banking & Finance
- Energie
- Gesellschaftsrecht/M&A
- Health Care. Pharma & Life Sciences
- IP, Media & Technology
- Immobilien & Bau
- Investmentfonds
- Kapitalmarktrecht
- Kartellrecht
- Öffentlicher Sektor und Vergabe
- Private Clients
- Private Equity/Venture Capital
- Prozessführung/Schiedsgerichtsbarkeit
- Restrukturierung
- Steuerrecht
- Transport, Verkehr & Infrastruktur
- Versicherungsrecht/Rückversicherungsrecht
- Vertriebsrecht
- Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Wir freuen uns auf Sie.

T +49 211 600 55-511 bewerbung@heuking.de

www.heuking.de/karriere



Informationen zum Datenschutz unter: www.heuking.de



Liebe Leserin, lieber Leser,

vor Dir befindet sich die dritte Ausgabe von **examensrelevant**. Dabei handelt es sich um ein Kooperationsprojekt des Deutschen Anwaltverlags und der JurCase GmbH, welches mit dem Ziel entstanden ist, Jurastudentinnen und -studenten sowie Rechtsreferendarinnen und -referendaren wichtige und informative Inhalte zur Vorbereitung auf das Examen zu präsentieren.

Abwechslungsreiche Themen aus den verschiedenen Rechtsgebieten mit Bezug zur aktuellen Rechtsprechung sowie hoher Examensrelevanz – dies und mehr erwartet Dich in den halbjährlich erscheinenden Ausgaben von **examensrelevant**. Die Beiträge unseres Magazins werden von bekannten Fachautor*innen geschrieben und werden auch in der "ZAP" (Zeitschrift für die Anwaltspraxis) veröffentlicht.

Wir wünschen Euch viel Erfolg bei der Examensvorbereitung und hoffen, Euch durch unsere sorgfältig ausgewählten Beiträge dabei unterstützen zu können!

J.Schott
J. Schott

A. Bangert
A. Bangert



Deutscher**Anwalt**Verlag

JOHANNES SCHOTT

Herausgeber Kooperationsmanagement Deutscher Anwaltverlag



JUE CASE

ALEXANDER BANGERT

Herausgeber

Herausgeber Gründer & Geschäftsführer von JurCase

Redaktionshinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern in den nachfolgenden Beiträgen die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten i.S.d. Gleichbehandlung grds. für alle Geschlechter (m/w/d). Die verkürzte Sprachform hat nur redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

4 MIETRECHT

Das Recht des Mieters zur Mietminderung und Mängel-beseitigung

22 FAMILIENRECHT

Das familienrechtliche Mandat (Teil 1)

32 **ZIVILPROZESSRECHT**

Der Unterlassungsanspruch im Zivilprozess (Antragsfassung, Streitgegenstand, Vollstreckung)

45 VERWALTUNGSGERICHTSVERFAHREN

Was der anwaltliche Berufsanfänger vom Verwaltungsverfahren wissen muss: Die Klagearten im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

65 **STRAFPROZESSRECHT**

Verfahrenstipps und Hinweise für Strafverteidiger

83 TIPPS UND TRICKS FÜR DEIN REFERENDARIAT

Hinweise, Tipp & Tricks und mehr von deiner JurCase-Redaktion



Das Recht des Mieters zur Mietminderung und Mängelbeseitigung

Von Dr. Sven Caspers, Richter am Amtsgericht München

I. Vorbemerkung

Gesetzliche Grundlagen des Rechts auf Mängelbeseitigung und Mietminderung des Mieters, was sowohl für den Wohnraummieter als gleichermaßen auch für den Mieter gewerblicher Räume oder Grundstücke gilt, sind die Bestimmungen der§§ 535 Abs. 1 S. 2, 555a Abs. 1, 536 BGB. Der Vermieter hat die Mietsache in einem vertragsgemäßen Zustand zu überlassen und sie während der gesamten Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten, wobei Mieter die damit einhergehenden Beeinträchtigungen zu dulden hat, §§ 535 Abs. 1 S. 2, 555a Abs. 1 BGB. Dem Mieter steht ohne weiteres einklagbarer Hauptleistungsanspruch gegen den Vermieter auf Beseitigung von bestehenden Mängeln zu, wobei dieser Anspruch im Synallagma zur Mietzinszahlungspflicht aus § 535 Abs. 2 BGB steht (BGH, Urt. v. 7.6.1989 - VIII ZR 91/88, NJW 1989, 2247; Müko-BGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 535 BGB Rn 119). Daneben steht dem Mieter ein Recht zur Mietminderung in angemessenen Umfang für die Zeit der mehr als unerheblichen Beeinträchtigung zu, wobei die angemessene Minderung der Mietzinszahlungspflicht bereits kraft Gesetzes eintritt, ohne dass es eine Handlung oder Erklärung des Mieters bedarf, § 536 Abs. 1 S. 1-3 BGB. Der nachfolgende Beitrag wird die rechtlichen Grundsätze dieser Institute erläuternd darstellen. wobei insbesondere auch auf etwaige Fallstricke bei der gerichtlichen Geltendmachung entsprechender Ansprüche eingegangen wird.

II. Das Recht des Mieters auf Mängelbeseitigung aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB

Grundlage für den Anspruch des Mieters auf Mängelbeseitigung ist die vorgreifliche Hauptleistungspflicht des Vermieters, den vertragsgemäßen Gebrauch während der gesamten Mietzeit zu gewährleisten. Diese Erhaltungspflicht des Vermieters aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB umfasst neben der Beseitigung Beschädigungen aller Art durch von fachgemäße Reparatur (sog. Instandsetzung) v.a. Fälle der sog. Instandhaltung, welche auf präventive Vermeidung solcher Beschädigungen und auf den Erhalt des verkehrssicheren Zustands der Mietsache gerichtet sind (Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 535 BGB Rn 119). Das Recht des Mieters auf Mängelbeseitigung ist folglich dogmatisch jeweils die Folge einer realisierten Verletzung der Erhaltungspflicht durch den Vermieter, wobei der Mieter auch im Einzelfall schon zeitlich vor dem Eintritt von Beschädigungen auf ordnungsgemäße Instandhaltungsmaßnahmen klagen kann, um Beschädigungen präventiv zu verhindern. Zur Vereinheitlichung und zum besseren Verständnis werden auch letztgenannte Konstellationen

in diesem Beitrag unter das Recht auf Mängelbeseitigung des Mieters subsumiert.

1. Allgemeine Grundsätze

Die Pflicht des Vermieters zur Erhaltung der Mietsache und damit das daraus resultierende Recht des Mieters auf Mängelbeseitigung besteht unabhängig davon, ob der Miete die Mietsache tatsächlich benutzt und ihn daher ein etwaiger Mangel subjektiv beeinträchtigt, da es alleine auf dessen objektive Beschaffenheit ankommt (BGH, Urt. v. 22.8.2018 - VIII ZR 99/17, WuM 2018, 641; Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, 14. Aufl. 2019, § 535 BGB Rn 63). Zur Erhaltungspflicht gehört auch der Schutz des Mieters vor den mit dem Gebrauch der Mietsache verbundenen Gefahren, sodass den Vermieter auch eine Überwachungspflicht in Form einer Prüfungs- und Wartungspflicht trifft, wonach der Vermieter das Mietobjekt im angemessenen Zeitabstand dahingehend zu überprüfen hat, ob es sich noch in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand befindet (OLG Schleswig, Urt. v. 28.2.2012 - 11 U 137/11, ZMR 2012, 947; Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 535 BGB Rn 120; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 535 BGB Rn 64).

PRAXISHINWEIS

Häufig wird die Prüfungs- und Wartungspflicht des Vermieters insbesondere bei Rauchwarnmeldern, Wasserboilern oder Durchlauferhitzern von Gasetagenheizungen relevant: Sofern – wie regelmäßig – keine wirksame vertragliche Übertragung der Wartung ebengenannter Gegenstände auf den Mieter vorliegt, muss sich der Vermieter z.B. bei Rauchwarnmeldern um die Erneuerung von Batterien kümmern und einen Prüfungstermin so frühzeitig mit dem Mieter vereinbaren, dass eine ständige Einsatzbereitschaft des bzw. der Rauchwarnmelder gewährleistet ist.

Mitumfasst von der Prüfungs- und Wartungspflicht des Vermieters sind die Gewährleistung einer ausreichenden Beleuchtung und Reinigung der für den allgemeinen Zugang zugelassenen Flächen der Mietsache (z.B.

Wege, Innenhöfe, Treppen, Flure, Spiel- oder Parkplatzflächen einschließlich einer Tiefgarage) einschließlich des erforderlichen Winterdiensts solcher Flächen, wobei die Grenze jeweils das Mietobjekt bildet, sodass öffentliche Flächen regelmäßig nicht erfasst sind (Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 535 BGB Rn 120 m.w.N.). Bei einer wirksamen Übertragung des Winterdienstes auf die Grundstückseigentümer in einer Gemeinde, umfasst die Wartungspflicht des Vermieters auch hiervon erfasste öffentliche Flächen (BGH, Urt. v. 21.2.2018 – VIII ZR 255/16, NZM 2018, 509).

PRAXISHINWEIS

In der Praxis wird vermieterseits häufig übersehen, dass die Pflicht des Vermieters zur Erhaltung der Mietsache auch die Folgen vertragsgemäßen Gebrauchs des Mieters umfasst (vgl. § 538 BGB), sodass dem Vermieter auch alle Maßnahmen zur Last fallen, um Mängel infolge Abnutzung, Alterung, Witterungseinflüsse u.Ä. zu beseitigen. Ebenfalls umfasst sind bauliche Maßnahmen, die infolge geänderter öffentlich-rechtlicher Vorschriften vorzunehmen sind (z.B. Verbesserungen des Feuerschutzes oder Austausch von Messgeräten).

2. Veränderung der Erhaltungspflicht im laufenden Mietverhältnis

Da Mietverträge oft langfristig laufen, stellt sich die Frage, ob sich der Inhalt der Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters entsprechend dem jeweils geltenden technischen Fortschritt wandelt, wobei hierbei zwei Gesichtspunkte zu betrachten sind: Zum Einen stellt sich die Frage, ob der Vermieter aktiv werden muss, um die Ausstattung der Mietsache an neue technische Standards anzupassen und zum Zweiten, ob er Änderungen des Mietgebrauch durch den Mieter dulden muss.

Im Regelfall wird der Mieter einen Anspruch auf Duldung der Erweiterung seines mietvertraglichen Gebrauchs gegen seinen Vermieter haben, da es anerkannt ist, dass technische Neuerungen zu einer Ausweitung des vertragsgemäßen Gebrauchs führen können (BayObLG, Rechtsentscheid vom 19.1.1981 – Allg. Reg. 103/80, NJW 1981, 1275; Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 535 BGB Rn 115 m.w.N.). Allgemein muss der Vermieter entsprechend der gewandelten Verkehrsanschauung einen

jeweils zeitgemäßen Mietgebrauch gewähren und damit dulden, sofern dieser nicht Rechte und Pflichten anderer Nutzer des Gebäudes mehr als nur unwesentlich beeinträchtigt und/ oder die Mietsache keinen Schaden nimmt noch sonst übermäßig abgenutzt wird (Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 535 BGB Rn 81 und 115).

Auf der anderen Seite besteht grds. nur ein Recht des Vermieters zur Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen aber keine korrespondierende Verpflichtung gegenüber dem Mieter, welche Letztere ggf. gerichtlich einfordern könnte (BGH, Urt. v. 5.6.2013 - VIII ZR 287/12, NJW 2013, 2417). Das ergibt sich sowohl für die Wohnraum- als auch für die Geschäftsraummiete ohne weiteres aus der gesetzlichen Regelung in §§ 555b, 555d Abs. 1, 578 Abs. 2 BGB. Zeitlich ist für die Einhaltung technischer Normen und Vorschriften (z.B. der DIN-Normen) grds. auf die Errichtung des betreffenden Gebäudes abzustellen, sodass ein Mieter eines in den 1950er Jahren gebauten Hauses grundsätzliche keine Modernisierung der Aufputz verlegten Elektroleitungen verlangen kann, auch wenn die Elektroinstallation im Jahr 2021 nach den geltenden Bauvorschriften Unterputz zu erfolgen hat. Allerdings kann der Mieter eines nicht modernisierten Altbaus im Zweifel jedenfalls einen baulichen Mindeststandard erwarten, der ein zeitgemäßes Wohnen und damit eine Lebensweise ermögliche, die seit Jahrzehnten und allgemeinen Lebensstandard entspricht (BGH, Urt. v. 26.7.2004 – VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174; BGH, Urt. v. 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, NJW 2015, 934).

§ 555a Abs. 1 BGB stellt dabei sicher, dass der Mieter Einwirkungen auf die Mietsache zu dulden hat, die zur Erhaltung der Mieträume oder des Gebäudes erforderlich sind, wozu auch und insbesondere der erforderliche Zutritt zur grundgesetzlich gesicherten Unverletzlichkeit der Wohnung des Mieters zählt, Art. 13 GG (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 535 BGB Rn 59).

PRAXISHINWEIS

Nach der Entscheidung des BGH vom 21.8.2018 (VIII ZR 188/16, NZM 2018, 900) ist der Vermieter ohne anderslautende vertragliche Vereinbarung nicht zur Reinigung der Mietflächen verpflichtet, was auch bei großen und nicht zu öffnenden, fußbodentiefen Fenstern einer hochpreisigen Loftwohnung gilt, da der Vermieter grds. nicht zur Reinigung von Bauteilen der Mietsache verpflichtet sei (kritisch dazu Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 535 BGB Rn 63).

3. Gesetzliche Grenzen der Erhaltungspflicht des Vermieters

Die Erhaltungspflicht des Vermieters kann aus unterschiedlichen Gründen entfallen:

a) Zeitliche Beschränkungen

Zwar unterliegt der Anspruch auf Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs nicht der Verjährung, da es sich um eine vertragliche Dauerverpflichtung handelt, die begrifflich nicht verjähren kann, da sie während des Mietverhältnisses ständig neu entsteht (BGH,

Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 104/09, NJW 2010, 1292). Für die Praxis von Relevanz ist dieser Umstand v.a. für die Fälle, in denen der Mieter zwar einen Mangel bzw. einen Instandsetzungsbedarf feststellt, den Vermieter aber nicht auf diesen Umstand hinweist bzw. von ihm dessen Beseitigung verlangt. § 536c Abs. 2 S. 2 BGB führt dabei nicht zum Verlust des Anspruchs auf Mängelbeseitigung des Mieters, da § 535 Abs. 1 S. 2 BGB in der dort enumerativ genannten Aufzählung nicht enthalten ist (Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 535 BGB Rn 126 und § 536c BGB Rn 14; BeckOK Mietrecht/Schüller. 22. Edition. Stand



1.11.2020, 536c **BGB** Ş Rn 8a). Mit Beendigung des Mietvertrags erlischt zwar der primäre Erfüllungsanspruch, der Vermieter kann aber aus dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) im Einzelfall nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls im Zeitraum zwischen der Beendigung Mietverhältnisses tatsächlichen und der Räumung des Mieters, dem sog. Abwicklungsverhältnis aus §§ 546a, 571 BGB, dazu verpflichtet sein, dringend erforderliche Instandsetzungsarbeiten vorzunehmen (BGH, Urt. v. 27.5.2015 – XII ZR 66/13, WuM 2015, 493; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 535 BGB Rn 91 und 251). Regelmäßig zählen hierzu aber nur solche Maßnahmen, die erforderlich sind, um die Mindestbedingungen des Wohnens aufrechtzuerhalten (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 535 BGB Rn 251).

PRAXISHINWEIS

Zu solchen auch nach Beendigung des Mietverhältnisses vom Vermieter geschuldete Maßnahmen gehören die Sicherstellung der Lieferung von Strom, Wasser und Heizenergie gleichermaßen wie zwingende Maßnahmen der Gefahrenabwehr (vgl. BGH, Urt. v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947).

b) Nutzungsänderung des Mietobjekts

Die Erhaltungspflicht des Vermieters entfällt zudem bei einer Nutzungsänderung des vermieteten Mietobjekts, sofern diese Nutzungsänderung auch zu einer geänderten vertraglichen Vereinbarung zwischen Vermieter und Mieter geführt hat, da alleine die Aufgabe der Nutzung eines Teils der gemieteten Räumlichkeiten durch den Mieter noch nicht zur Befreiung des Vemieters im Hinblick auf die ihn treffende Instandhaltungspflicht führt (LG Berlin, Urt. v. 2.7.1999 – 65 S 4/99, MM 1999, 395).

c) Untergang der Mietsache

Wenn die Mietsache völlig zerstört wird und damit tatsächlich untergeht, fehlen spezielle mietrechtliche Vorschriften im Hinblick auf den Fortbestand der Erhaltungspflicht des Vermieters. Bei einer vollständigen Zerstörung des Mietobjektes gelten daher die allgemeinen Regelungen des Schuldrechts-AT, wonach der Vermieter von seiner Hauptleistungspflicht, nämlich der Gewährung des Gebrauchs der vermieteten Sache, bei Unmöglichkeit nach

§ 275 Abs. 1 BGB frei wird. Damit entfällt zugleich die Verpflichtung zum Wiederaufbau, wenn die Räumlichkeiten zerstört wurden (BGH, Urt. v. 14.4.1976 – VIII ZR 291/74, NJW 1976, 1506; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 535 BGB Rn 94).

Kommt bei der Beschädigung der Mietsache eine Instandsetzung einer Neuherstellung fast gleich bzw. steht der erforderliche Aufwand des Vermieters außerhalb des Verhältnisses zum Nutzen für den Mieter, stößt die Erhaltungspflicht ebenfalls an ihre durch §§ 242, 275 Abs. 2 BGB gezogene rechtliche Grenze. Nach der neueren Rechtsprechung des **BGH** darf kein krasses Missverhältnis zwischen dem Reparaturaufwand einerseits und dem Nutzen der Reparatur für den Mieter sowie dem Wert des Mietobjekts und den aus ihm zu ziehenden Einnahmen andererseits bestehen (BGH, Urt. v. 20.7.2005 - VIII ZR 342/03, NJW 2005, 3284). Wann diese Zumutbarkeitsgrenze überschritten ist, hat wertend im Einzelfall unter Berücksichtigung der Parteiinteressen zu erfolgen, ergänzend auf die zu §§ 439 Abs. 4, 635 Abs. 3 BGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann, weil nichts dafür spricht, Vermieter insofern mehr zuzumuten, als

Verkäufern oder Werkunternehmern (Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 535 BGB Rn 123 m.w.N.).

PRAXISHINWEIS

Im Bereich der Wohnraummiete kann dieser Problemkreis z.B. bei einem Wohnungsbrand oder einem großräumigen Wasserschaden relevant werden, der vom Mieter nicht verschuldet wurde. Dabei ist zu beachten, dass allein der Umstand der notwendigen Zusammenwirkung des Vermieters mit anderen Wohnungseigentümern im Rahmen einer Wohnungseigentümergemeinschaft (WEG) nicht zur Unzumutbarkeit von Erhaltungsmaßnahmen führt. Ein etwaig erforderlicher Beschluss der WEG nach § 21 Abs. 4 WEG führt für sich allein besehen noch nicht zur rechtlichen Unmöglichkeit des Vermieters. Dieser muss vielmehr die erforderliche Mitwirkung und Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer ggf. mit gerichtlicher Hilfe erwirken, § 21 Abs. 4, 5 WEG (Der BGH sieht bis zur Beschlussfassung die Wohnungseigentümer in der Pflicht und nach einer solchen den Verwalter der WEG, BGH, Urt. v. 8.6.2018 – V ZR 125/17, NJW 2018, 3305; kritisch hierzu Häublein, ZWE 2019, 29).

d) Mieterverschulden

Sofern der Mieter für einen Instandhaltungsbedarf verantwortlich ist, er mithin einen konkreten Mangel zu vertreten hat, entfällt die Erhaltungspflicht des Vermieters aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, was aus einem Umkehrschluss von § 538 BGB entnommen wird (Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 535 BGB Rn 124). In einem solchen Fall ist vielmehr der Mieter aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB zur Wiederherstellung der Mietsache verpflichtet (BGH, Urt. v. 28.2.2018 - VIII ZR 157/17, NJW 2018, 1746 Rn 9ff.). Nach richtiger Auffassung führt eine derartige Veränderung der Mietsache bereits dazu, dass ein Anspruch des Mieters auf Instandsetzungsmaßnahmen aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB dem Grunde nach ausscheidet, nach anderer Auffassung hat der Vermieter (nur) einen Anspruch gegen den Mieter auf Freistellung seiner weiter bestehenden Instandsetzungspflicht, wobei der Meinungsstreit nur von akademischen Interesse sein dürfte (Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 535 BGB Rn 124 und § 536 BGB Rn 37).

4. Vertragliche Abwälzung der Erhaltungspflicht des Mieters

Die Erhaltungspflicht des Vermieters aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB besteht dann nicht, wenn der Mieter diese aufgrund wirksamer vertraglicher Vereinbarung übernommen hat, wobei die Überbürdung mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) nur in engen Grenzen möglich ist, weil es sich dabei - sowohl in der Wohnraum- als auch in der Geschäftsraummiete - um eine das Leitbild des Mietrechts prägende Kardinalpflicht des Vermieters handelt (Langenberg/Zehelein, Schönheitsreparaturen Ш Rn 33, 46 m.w.N.). Individualvertraglich ist auch eine vollständige Übernahme der Erhaltungspflicht durch den Mieter möglich, was i.d.R. nur bei einer langfristigen Vermietung eines Einfamilienhauses oder bei Mietkaufverträgen relevant werden dürfte (Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 535 BGB Rn 127). Nach der Rechtsprechung des BGH ist nämlich anerkannt, dass ein Mieter rechtswirksam durch Individualvereinbarung zu Reparaturen und Instandsetzungsarbeiten verpflichtet werden kann, auch wenn das

faktisch zu einer verschuldensunabhängigen Einstandspflicht führt (BGH, Urt. v. 5.6.2002 – XII ZR 220/99, NJW 2002, 2383). Formularvertraglich kann sowohl im Wohnraummietbereich als auch bei der Geschäftsraummiete die Erhaltungspflicht nur sehr eingeschränkt auf den Mieter übertragen werden, wobei die jeweils geltenden Grundsätze der

Rechtsprechung zur Wirksamkeit von sog. Kleinreparatur- und Schönheitsreparatur- klauseln in einem steten Wandel befindlich ist (vgl. zu diesem Problemkreis umfassend *Caspers*, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im Wohnraummietrecht, ZAP 2020, F 4, S. 1925-1936).

PRAXISHINWEIS

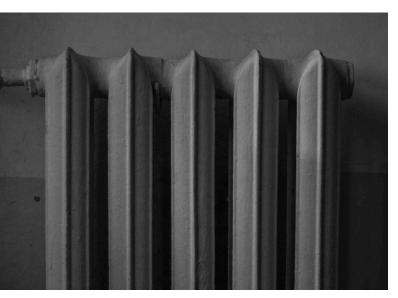
Im Bereich der rechtlichen Beurteilung von wirksamen AGB-Klauseln ist in der Praxis zu berücksichtigen, dass maßgeblicher Zeitpunkt der rechtlichen Beurteilung derjenige der letzten mündlichen Verhandlung ist, sodass es durchaus häufig vorkommt, dass AGB-Klauseln zur Zeit von deren Vereinbarung wirksam waren und erst nachträglich durch ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung, unwirksam geworden ist. Es ist im AGB-Bereich nämlich einhellig Meinung, dass jeweils die aktuellen Rechtsgrundsätze auch auf in der Vergangenheit abgeschlossene Formularklauseln anzuwenden sind.

III. Das Minderungsrecht des Mieters aus § 536 Abs. 1 BGB

Die zentrale Norm des § 536 Abs. 1 BGB befreit den Mieter von der Pflicht zur Zahlung des Mietzinses in dem Umfang, in dem die vermietete Sache zur Zeit der Überlassung mit einem Sach- oder Rechtsmangel behaftet ist, der die Tauglichkeit zum mietvertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mehr unerheblich mindert. Gleiches gilt auch dann, wenn ein solcher Mangel nach der Überlassung des Mietobjektes auftritt (Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 1). § 536 Abs. 2 BGB stellt sodann das Fehlen oder den Wegfall einer vermieterseits zugesicherten Eigenschaft der Mietsache einem Mangel gleich. § 536 BGB stellt damit die zentrale Norm des Mietrechts dar, in welcher die Störung des Äguivalenzverhältnisses von 535 Abs. Leistung (§ 1 BGB) Gegenleistung (§ 535 Abs. 2 BGB) behoben wird (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 3).

1. Der Mangelbegriff

Zentrale Voraussetzung der §§ 536 ff. BGB ist der Mangel der Mietsache, worunter nach dem subjektiven Fehlerbegriff der ganz h.M. jede für Mieter nachteilige Abweichung tatsächlichen Ist-Beschaffenheit von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit der Mietsache zu verstehen ist, welche die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache beeinträchtigt (zuletzt BGH, Urt. v. 15.12.2010 - XII ZR 132/09, NJW 2011, 514 Rn 12; Müko-BGB/ Häublein, a.a.O., § 536 BGB Rn 3). Als Konsequenz des subjektives Fehlerbegriffs kommt es nicht darauf an, ob der Mieter die Mietsache tatsächlich in der vertragsgemäßen Art und Weise nutzt und ihn der Mangel daher subjektiv beeinträchtigt (st. Rspr, zuletzt BGH, Urt. v. 22.8.2018 - VIII ZR 99/17, NZM 2018, 1020 Rn 19). Fehlen - wie i.d.R. - konkrete Beschaffenheits- oder Verwendungsabreden Mietparteien und erweist sich der Mietvertrag hierdurch - wie ebenfalls i.d.R. nicht als lückenhaft (anderenfalls muss der Mietvertrag ergänzend ausgelegt werden, BGH, Urt. v. 29.4.2015 - VIII ZR 197/14, NJW 2015, 2177), ist



der entscheidende Maßstab für die Mangelhaftigkeit der übliche oder gewöhnliche Mietgebrauch (BGH, Urt. v. 23.9.2009 – VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rn 11; BGH, Urt. v. 5.12.2018 – VIII ZR 17/18, NZM 2019, 140).

2. Erheblichkeit der Beeinträchtigung

§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB statuiert, dass eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit außer Betracht bleibt. Hintergrund dieser Gesetzesnorm ist es sicherzustellen, dass sich die

Mietvertragsparteien nicht in kleinlichen Streitigkeiten verlieren, die den Frieden der Hausgemeinschaft stören und dadurch den notwendigen konstruktiven Austausch im Dauerschuldverhältnis Miete ggf. tiefgehend beeinträchtigten können (BT-Drucks IV S. 2195, 2). Ein solcher unerheblicher Mangel liegt immer dann vor, wenn er leicht erkennbar ist und schnell und mit geringen Kosten beseitigt werden kann (BGH, Urt. v. 30.6.2004 - XII ZR 251/02, WuM 2004, 531; Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 47). Bei der Bewertung der erheblichen Gebrauchsbeeinträchtigung kann auch der jeweilige Standard der Mietsache und die vereinbarte Höhe des monatlichen Mietzinses berücksichtigt werden (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 48 m.w.N.). Ebenfalls zu berücksichtigen ist, ob eine konkrete Beeinträchtigung nach § 906 Abs. 2 BGB als ortsüblich und damit zumutbar hinzunehmen ist, oder ob sie darüber hinaus geht, sodass eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung mehr vorliegt (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 11a m.w.N.).

PRAXISHINWEIS

- Beispiele für solche nur unerheblichen Beeinträchtigungen der Gebrauchstauglichkeit aus der mietgerichtlichen Praxis können z.B. sein, wenn die Heizung einer Wohnung in den Wintermonaten nur eine maximale Raumtemperatur von 20 Grad Celsius erreicht und nicht eine vom Mieter behauptete Wohlfühltemperatur von 22 Grad Celsius. Ein weiteres Beispiel ist, wenn der in der Nachbarwohnung lebende Hund jeden Tag zwischen 9 Uhr und 18 Uhr ungefähr 2-3 Mal laut bellt oder der Nachbar in den Sommermonaten insgesamt 3-4 Mal auf dem Balkon mit Holzkohle grillt und sodann Rauchgeruch in die vermietete Wohnung dringt.
- Die Einschränkung des § 536 Abs. 1 S. 3 BGB für nur unerhebliche Beeinträchtigungen gilt ausdrücklich nur beim Recht des Mieters auf Mietminderung und betrifft ausdrücklich nicht den Mängelbeseitigungsanspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, welcher auch bei nur unerheblichen Mängeln uneingeschränkt geltend gemacht werden kann. Der Mieter kann daher bei einem nur unerheblichen Mangel den Mietzins nicht mindern, sehr wohl aber sein Zurückbehaltungsrecht auf Mängelbeseitigung gem. § 320 i.V.m. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB geltend machen (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 11 u. 409 ff. m.w.N.).

3. Pflicht zur Mängelanzeige

§ 536c Abs. 1 BGB statuiert eine Pflicht des Mieters, während der Mietzeit auftretende Mängel dem Vermieter unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. die Legaldefinition in § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) anzuzeigen. Verstößt gegen der Mieter seine Pflicht zur Mängelanzeige, so ist er dem Vermieter gem. § 536c Abs. 2 S. 1 BGB zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Nach § 536c Abs. 2 S. 2 Nrn. 1-3 BGB verliert der Mieter auch ein Minderungsrecht aus § 536 BGB (Nr. 1), sein Recht auf Schadensersatz wegen des Mangels aus § 536a Abs. 1 BGB (Nr. 2) und seine Recht zur fristlosen Kündigung ohne vorherige Abhilfefrist (Nr. 3).

a) Beginn der Anzeigepflicht

Die Anzeigepflicht des Mieters entsteht, sobald im Laufe des Mietverhältnisses ein Mangel auftritt, eine Maßnahme zum Schutz der Mietsache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich wird oder sich eine dritte Person Rechte an der Mietsache anmaßt. Der Mangelbegriff ist bei § 536c BGB weiter als in §§ 536, 536a BGB und umfasst jeden schlechten Zustand der Mietsache, ohne Rücksicht darauf, ob der vertragsgemäße Gebrauch mehr als unerheblich beeinträchtigt ist (BGH, Urt. v. 4.4.1977 - VIII ZR 143/75, NJW 1977, 1236; BeckOK Mietrecht/Schüller, 22. Edition Stand 1.11.2020, § 536c BGB Rn 2). beginn die Anzeigepflicht Überlassung der Mietsache und dauert bis zur Räumung und Herausgabe fort und kann daher auch nach beendetem Mietvertrag weitergelten (BGH, Urt. v. 14.6.1967 - VIII ZR 268/64, NJW 1967, 1803). Auch wenn sich ein einmal angezeigter Mangel verschlechtert, muss der Mieter diese Verschlechterung nicht erneut anzeigen (BGH, Beschl. v. 18.3.2014 - VIII ZR 317/13, BeckRS 2014, 6953). Räumlich ist die Anzeigepflicht nicht nur auf die Mietsache beschränkt und umfasst auch sonstige Flächen, auf die sich der vertragsgemäße Gebrauch des Mieters erstreckt (BeckOK Mietrecht/Schüller, a.a.O., § 536c BGB Rn 2).

PRAXISHINWEIS

In der Wohnraummiete sind solche Flächen klassischerweise das Treppenhaus, nicht ausdrücklich mit vermietete Keller- oder Speicherräume, Innenhöfe oder Dachterrassen.

b) Erkennbarkeit des Mangels für den Mieter

Der Mangel muss für den Mieter schließlich erkennbar sein, was auch dann gegeben ist, wenn der Mieter einen solchen infolge grober Fahrlässigkeit (vgl. § 276 Abs. 2 BGB) übersehen hat (BGH, Urt. v. 4.4.1977 - VIII ZR 143/75, NJW 1977, 1236; Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, a.a.O., § 536c BGB Rn 10). Von einer groben Fahrlässigkeit ist auszugehen, wenn der Mieter das für jedermann Naheliegende nicht zur Kenntnis genommen hat (BGH, a.a.O). Auf der anderen Seite trifft den Mieter auch keine Nachforschungspflicht hinsichtlich verborgener Mängel der Mietsache (BGH, a.a.O.).

c) Inhaltliche Anforderungen an die Mängelanzeige

Inhaltlich muss die **Mängelanzeige** schlagwortartig beschreiben, welcher Mangel vorliegt, sodass dem Vermieter eine grundsätzliche Vorstellung der Mängel vermittelt wird (LG Berlin, Urt. v. 14.2.2006 – 64 S 362/05, GE 2006, 1173). Die Anzeige bedarf keiner besonderen Form und ist daher auch mündlich

möglich. Durch Formularvertrag kann zumindest bei der Wohnraummiete hiervon nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden, sodass insbesondere eine AGB-mäßig vereinbarte Schriftform unwirksam ist (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536c BGB Rn 23 m.w.N.). Zeitlich muss der Mieter die Mängelanzeige unverzüglich durchführen, wobei eine schnellere Anzeige erfolgen muss, je ernster der Mangel ist.

unerheblich ist, ob die Kenntnis auf eigener Anschauung beruht oder durch einen Dritten vermittelt wird (BGH, Beschl. v. 18.3.2014 - VIII ZR 317/13, WuM 2014, 278). Gleiches gilt, den wenn der Mangel für Vermieter offensichtlich war, nicht dagegen, wenn der Vermieter den Mangel nur leicht fahrlässig nicht erkannt (Schmidt-Futterer/ hat Eisenschmid, a.a.O., § 536c BGB Rn 26 m.w.N.).

d) Kenntnis des Vermieters

Die Anzeigepflicht des Mieters entfällt, wenn der Vermieter den Mangel kennt, wobei es

PRAXISHINWEIS

In der Praxis von besonderem Interesse ist die **Kenntnis des Hausmeisters oder der Hausverwaltung** in Bezug auf Mängel, die der Mieter diesen zur Kenntnis gebracht hat. I.d.R. werden diese Personen Erfüllungsgehilfen des Vermieters sein, sodass er sich deren Kenntnis gem. § 278 BGB zurechnen lassen muss. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn es sich um eine Wohnungseigentumsgemeinschaft handelt und der Hausmeister von dieser beauftragt wurde, da es dann an der erforderlichen Sonderbeziehung zwischen Vermieter und Hausmeister fehlt. In diesen Fällen ist dann das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht bzw. einer konkludent erteilten Außenvollmacht zu denken.

4. Rechte des Mieters bei Mängeln

Wenn die Mietsache einen Mangel aufweist, kann der Mieter verschiedene Rechte gegenüber dem Vermieter geltend machen. Neben einem Rückforderungsanspruch wegen zu viel gezahlter Miete kommen dabei Schadens- und Aufwendungsersatzansprüche, Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte sowie die Kündigung des Mietverhältnisses in Betracht.

a) Minderung kraft Gesetzes und Rückforderungsanspruch

Bei Vorliegen eines Mangels der Mietsache, der den mietvertraglichen Gebrauch mehr als unerheblich beeinträchtigt, verringert sich kraft Gesetzes der zu bezahlende Mietzins für den relevanten Zeitraum und zwar um denjenigen Prozentsatz der Bruttomiete, der angesichts der Ausmaße des Mangels und in richterliche Würdigung der damit einhergehenden Gebrauchsbeeinträchtigungen, angemessen ist. Die Minderung bedarf daher keiner besonderen Erklärung des Mieters oder eines sonstigen Gestaltungsaktes (BGH, Urt. v. 27.2.1991 - XII ZR 47/90, NJW-RR 1991, 779; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 343). Eine Verjährung des Minderungsrechts ist deshalb ebenso ausgeschlossen wie ein Schuldnerverzug des Mieters mit dem angemessen geminderten Mietzins (OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.10.1993 - 10 U 3/93, NJW-RR 1994, 399).

der Da Mieter nur eine angemessen herabgesetzte Miete für den Zeitraum der Gebrauchsbeeinträchtigung schuldet, kann er grds. einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, bzw. aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB, sofern der Mangel erst nach Zahlung eintritt, geltend machen (Müko-BGB/Häublein, a.a.O., **BGB** Rn 33). Nach neuester Rechtsprechung des BGH (Hinweisbeschl. v. 4.9.2018 - VIII ZR 100/18, NZM 2018, 1018 Rn 17 ff.) steht dem Rückforderungsanspruch des Mieters § 814 BGB noch nicht bei Zahlung der vollen Miete trotz Kenntnis des Mangels, sondern erst dann entgegen, wenn der Mieter

nach einer vorzunehmenden Parallelwertung in der Laiensphäre wusste, dass er aufgrund eines Mangels nur zu einer herabgesetzten Mietzahlung verpflichtet war (BGH, a.a.O.).

Hat der Mieter jedoch unter Vorbehalt der teilweisen Rückforderung die gesamte Miete bezahlt. steht Ş 814 BGB einem Rückforderungsanspruch von vornherein nicht entgegen (BGH, Urt. v. 16.7.2003 - VIII ZR 274/02. NJW 2003. 2601). Der Rückforderungsanspruch unterliegt allerdings der allgemeinen dreijährigen Verjährungsfrist gem. 195 BGB (Schmidt-Futterer/ Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 345).

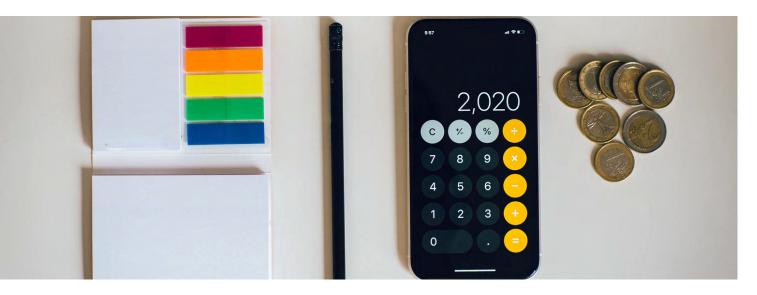
PRAXISHINWEIS

In der erstinstanzlichen Praxis ist das **Problem eines erklärten Vorbehaltes** ein Dauerbrenner, weil nicht selten Mieter ohne Erklärung jeglicher Art trotz Vorliegens von Mängeln die Miete in voller Höhe bezahlen. An einen Vorbehalt der Rückforderung sind nur geringe Anforderungen zu stellen: So reicht es regelmäßig aus, wenn der Mieter z.B. **auf dem Überweisungsformular im Verwendungszweck** vermerkt "**Vorbehalt der Rückforderung wegen Mängel**", um die Anwendbarkeit von § 814 BGB auszuschließen. Auch die mündliche Erklärung eines Vorbehaltes reicht aus, allerdings ist aus Gründen der besseren Beweisbarkeit Textform anzuraten.

b) Berechnung der Minderung

Die Mieter wird grds. **taggenau für die Zeitspanne** gemindert, in der die Gebrauchstauglichkeit aufgehoben oder eingeschränkt ist, wobei nach höchstrichterlicher

Rechtsprechung von der **Bruttomiete als** rechnerischer **Berechnungsgrundlage** auszugehen ist und zwar unabhängig davon, ob eine Pauschale oder Vorauszahlungen für die Nebenkosten vereinbart wurde (BGH, Urt. v.



20.7.2005 – VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773 für die Wohnraummiete und BGH, Urt. v. 6.4.2005 – XII ZR 225/03, NJW 2005, 1713 für die Geschäftsraummiete). Auch wenn beim Fälligkeitszeitpunkt oft noch nicht feststeht, ob der Mangel den gesamten Monat unverändert fortbestehen wird, ist die Zahlungspflicht auf der Basis der bei Fälligkeit bestehenden Gebrauchsbeeinträchtigung reduziert, weil § 556b Abs. 1 BGB nach h.M. keine

Vorleistungspflicht des Mieters sondern nur eine Vorverlegung des Fälligkeitszeitpunktes begründet, sodass am 3. Werktag nur die Miete fällig wird, die der zu diesem Zeitpunkt mangelfrei erbrachten Vermieterleistung entspricht (Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 536 BGB Rn 35 und Müko-BGB/Artz, a.a.O., § 556b BGB Rn 10 m.w.N.).

PRAXISHINWEIS

In der anwaltlichen Beratung ist zu beachten, dass die richterliche Bestimmung einer konkreten und angemessenen Minderungsquote (10 %, 15 % oder 20 %) der tatrichterlichen Würdigung unterliegt, die bei ordnungsgemäßer Begründung nur sehr eingeschränkt durch Rechtsmittel angefochten werden kann, § 286 ZPO (vgl. Zöller/Heßler, 33. Aufl. 2020, § 286 ZPO Rn 2ff.). Zudem ist zu beachten, dass aufgrund der Heranziehung der Bruttomiete als richtige Berechnungsgrundlage für die Höhe der Minderung diese bei der Abrechnung über die Nebenkosten entsprechend zu berücksichtigen ist und zwar auch hinsichtlich verbrauchsabhängiger Komponenten (strittig, wie hier Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 536 BGB Rn 36 m.w.N.). Da es in der Praxis nicht selten um Minderungszeiträume von mehr als einen Nebenkostenabrechnungszeitraum geht, sollte daher zur Vermeidung weiterer Streitigkeiten bei den ggf. noch nicht erfolgten Abrechnungen, einer gütlichen Einigung gegenüber einem streitigen Endurteil der Vorzug gegeben werden (vgl. zum sog. Betriebskostendilemma ausführlich Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 372 ff.).

c) Schadens- und Aufwendungsersatz

aa) Schadensersatz nach § 536a Abs. 1BGB

Der Mieter kann nach § 536a Abs. 1 BGB Schadensersatz von seinem Vermieter verlangen, wenn ein Mangel der Mietsache vorliegt, wobei die für eine Mietminderung erforderliche Erheblichkeitsschwelle vorliegen muss (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 53 und 403). Die allgemeinen Vorschriften des Schadensersatzes nach §§ 280 ff. BGB (insbesondere die Verletzung von Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB) bleiben in Anspruchskonkurrenz ebenfalls anwendbar, da § 536a BGB eine Besserstellung des Mieters bewirken möchte

(BGH, Urt. v. 12.10.1977 - VIII ZR 73/76, NJW 1978, 103). § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB statuiert eine verschuldensunabhängige Schadensersatzverpflichtung des Vermieters für anfängliche Mängel der Mietsache, die bereits bei Vertragsschluss vorhanden sind, § 536a Abs. 1 Alt. 2 BGB erfordert ein Verschulden des Mieters für einen nach Vertragsschluss eingetretenen Mietmangel und § 536a Abs. 1 Alt. 3 BGB sanktioniert einen Verzug (vgl. § 286 BGB) des Vermieters mit der Mangelbeseitigung mit eigenen Schadensersatzanspruch (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536a BGB Rn 2).

PRAXISHINWEIS

Nach h.M. kann sich der Vermieter auch in der Wohnraummiete formularvertraglich von der Garantiehaftung des § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB freizeichnen, soweit es anfängliche Sachmängel betrifft (BGH, Urt. v. 27.1.1993 – XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519). Die Haftung für anfängliche Rechtsmängel sollte hingegen ausdrücklich ausgenommen werden, da deren Abbedingung nach h.M. unwirksam wäre (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536a BGB Rn 35 m.w.N.). In diesem Fall kann sich der Mieter nur auf § 311a Abs. 2 BGB berufen, der wiederum ein Verschulden des Vermieters voraussetzt. Eine formularmäßige Freizeichnung des Vermieters hinsichtlich der Schadenersatzansprüche der § 536a Abs. 1 Alt. 1 und 2 BGB ist in den Grenzen von § 309 Nr. 7 lit. a) und b) BGB ebenfalls möglich (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536a BGB Rn 48 und 71 m.w.N.).

bb) Aufwendungsersatz nach § 536a Abs. 2 BGB

Nach § 536a Abs. 2 BGB kann der Mieter bei Vorliegen eines (ggf. auch nur unwesentlichen) Mangels, statt Schadensersatz zu verlangen, auch den **Mangel selbst beheben** und vom Vermieter den **Ersatz** der dafür von ihm erbrachten Aufwendungen verlangen, sofern der Vermieter mit der Mangelbeseitigung in Verzug ist (Nr. 1) oder die umgehende Mangelbeseitigung zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist (Nr. 2, vgl. Schmidt-Futterer/ *Eisenschmid*, a.a.O., § 536 BGB Rn 406).

d) Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht

Sofern ein Mangel der Mietsache vorliegt, kann der Mieter gegen (ggf. auch anderweitig) entstandene Mietrückstände gem. §§ 387 ff. BGB aufrechnen und/oder ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 BGB (für die Vergangenheit und Gegenwart) und gem. § 273 BGB (für die Zukunft) gestützt auf sein Recht auf Erhaltung der Mietsache aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB geltend machen, was den Mieter zur Zurückhaltung eines weiteren und über den Betrag des kraft Gesetzes geminderten Mietzinses berechtigt.

Zweck des Zurückbehaltungsrechts ist es, auf den Vermieter Druck auszuüben. vertragsgemäßen Zustand wiederherzustellen (BGH, Urt. v. 7.5.1982 - V ZR 90/81; BGH, Beschl. v. 11.6.1997 - XII ZR 254/95; Schmidt/ Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 409). Praktisch bedeutet dies, dass der Mieter den nicht von der Minderung erfassten Betrag des Mietzinses zurückhalten darf, um den Vermieter zusätzlich zur Erfüllung seiner Primärpflicht aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB anzuhalten. Sofern der Vermieter den Mangel beseitigt, muss der Mieter den zurückbehaltenen Betrag jedoch nachzahlen, § 322 BGB. Ein Anspruch des Vermieters auf Verzinsung des zurückgehaltenen Mietzinses besteht mangels Fälligkeit dieser Forderungen jedoch nicht (LG Köln, Urt. v. 20.12.1989 - 10 S 201/89). Daneben steht dem Mieter das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB zu, allerdings nur für künftige Mietzahlungen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.1987 - 10 U 220/86).

aa) Aufrechnung bei Zahlungsverzugskündigungen

In der Praxis wird mieterseits häufig bei Räumungs- und Herausgabeklagen wegen erfolgter fristlosen und ordentlichen Zahlungsverzugskündigungen ein Zurückbehaltungsrecht wegen nicht erfolgter Mängelbeseitigung und zusätzlich eine Aufrechnung mit in der Vergangenheit zu viel gezahlter Miete erhoben bzw. erklärt. Im Mietrecht ist dabei die Besonderheit zu beachten, dass die nach § 389 BGB geltende Rückwirkung der Aufrechnung des Zeitpunkt erstmalig den Aufrechnung geeigneten Gegenübertretens von Haupt- und Gegenforderung modifiziert wird. Eine Zahlungsverzugskündigung wird nach § 543 Abs. 2 S. 3 BGB durch Aufrechnung nur dann unwirksam, wenn die Aufrechnung unverzüglich nach Zugang der Kündigung erklärt wurde (BGH, Urt. v. 24.8.2016 - VIII ZR 261/15, NJW 2016, 3437). Eine Heilung der fristlosen Zahlungsverzugskündigung nur in der Wohnraummiete kann zudem gem. § 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB noch bis 2 Monate nach Zustellung der Räumungsklage erfolgen, eine später erklärte Aufrechnung hat insoweit keine Rückwirkung für die Kündigung (Schmidt-Futterer/Blank, a.a.O., § 569 BGB Rn 37).

bb) Maximale Höhe des Zurückbehaltungsrechts

In Literatur und Instanzrechtsprechung war und ist nach wie vor umstritten, in welcher Höhe das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden darf (vgl. Schmidt/Futterer/Blank, a.a.O., § 543 Rn 99 m.w.N.). Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass die Höhe von allen

Umständen des Einzelfalles abhängt, wobei der Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB zu berücksichtigen ist (BGH, Urt. v. 8.7.1982 - VII ZR 96/81). Maßgeblich soll hierbei insb. sein, welche Beeinträchtigungen des mietvertraglichen Gebrauchs durch den jeweiligen Mangel vorliegen. Nach Auffassung des BGH muss der zurückbehaltene Betrag in jedem Fall nach Treu und Glauben aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles zeitlich und summenmäßig begrenzt sein, um zu verhindern, dass der Mieter, wenn der Vermieter den Mangel nicht alsbald beseitigt, möglicherweise über längere Zeit hinweg (nahezu) keine Miete zu zahlen braucht. Sofern der Vermieter - wie regelmäßig - seine Leistung zum Teil erbracht hat, so kann der Mieter i.d.R. nicht die gesamte ungeminderte Miete zurückhalten, vgl. § 320 Abs. 2 BGB. Die jeweilige Zurückbehaltungsquote muss in einer angemessenen Relation zur Bedeutung des Mangels stehen (BGH, Urt. v. 7.6.2015 - VIII ZR 19/14; BGH, Urt. v. 27.10.2015 - VIII ZR 288/14).

PRAXISHINWEIS

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7.6.2015 ist wohl zu entnehmen, dass der Mieter bei leichten Mängeln maximal drei und bei schweren Mängeln unter Umständen vier bis sechs Monatsmieten zurückhalten darf, wobei es dem Mieter in zeitlicher Hinsicht überlassen bleibt, ob er den vollen Betrag möglichst schnell ausschöpft oder ob er sich bis zur Erreichung des Höchstbetrages mehr Zeit lässt (Schmidt/Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 426b m.w.N.).

e) Kündigung

Soweit ein Mangel der Mietsache vorliegt, kann der Mieter unter den Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB fristlos kündigen, wobei im Regelfall eine vorherige Fristsetzung zur Mängelbeseitigung erfolgen muss, an welche die gleichen Voraussetzungen wie an eine Fristsetzung bei § 281 BGB zu richten ist. Es ist daher ausreichend. wenn Mieter aufgefordert wird, einen Mangel "sofort", "umgehend" oder "unverzüglich" zu beseitigen, die Angabe eines bestimmten Endtermins oder eines bestimmten Reparaturzeitraums ist nicht erforderlich (BGH, Versäumnisurteil v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08, NJW 2009, 3153; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, a.a.O., § 536 BGB Rn 434).

Auch bei Vorliegen eines Mangels, der nur zu einer unerheblichen Gebrauchsbeeinträchtigung führt, ist eine Kündigung des Mieters nach § 543 BGB nicht von vornherein ausgeschlossen, wobei an die durchzuführende Interessenabwägung hohe Anforderungen zu stellen ist, sodass in solchen Fällen eine fristlose Kündigung nur bei Vorliegen besonderer Interessen des Mieters gerechtfertigt sein kann.

PRAXISHINWEIS

Hierbei ist zu beachten, dass bei jeder Interessenabwägung einer fristlosen Mieterkündigung zu beachten ist, dass dieser ohne anzuführenden Grund das Mietverhältnis ordentlich in der Frist des § 573c BGB beenden kann, sodass es maßgeblich darauf ankommt, ob dem Mieter ein Fortbestehen des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar ist.

5. Ausschluss des Minderungsrechts

Nachfolgend werden summarisch einige der wichtigsten Ausschlusstatbestände vorgestellt, bei welchen Minderungsrecht des Mieters trotz Vorliegens eines erheblichen Mangels ausscheiden.

a) Mieterbezogene Gründe

Hat der Mieter einen Mangel durch eine vertragswidrige Nutzung des Mietobjekts selbst verschuldet oder ist dieser seiner Sphäre zuzurechnen, kann ards. kein er Minderungsrecht geltend machen. **Dieses** Ergebnis ergibt sich aus dem widersprüchlichen Verhaltens aus § 242 BGB, dem sog. venire contra factum proprium (BGH, Urt. v. 15.12.2010 - VIII ZR 113/10, WuM 2011, Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 536 BGB Rn 627). Wäre der vom Mieter

verursachte Mangel allerdings auch bei einem fiktiven Kausalverlauf ohne die vertragswidrige Nutzung entstanden, kommt ein vollständiger Ausschluss des Minderungsrechts nicht in Betracht, vielmehr wäre die Haftung nach dem Grundsatz der Mitverursachung und des Mitverschuldens aus § 254 BGB zu verringern (LG Frankfurt/Oder, Beschl. v. 14.9.2010 - 19 S 22/09. ZMR 2011, 125). Die gleichen Grundsätze gelten für den Fall, dass der Mangel auf ein sonstiges schuldhaftes Verhalten des Mieters zurückzuführen ist (LG Bonn, Urt. v. 3.12.1990 - 6 S 76/90, ZMR 1991, 300). Das Minderungsrecht des Mieters ist auch dann ausgeschlossen, wenn dieser die Mängelbeseitigung durch den Vermieter verhindert oder mutwillig erschwert, indem er z.B. die Besichtigung des Mangels verwehrt (AG Stuttgart, Urt. v. 8.11.2011 - 32 C 2842/11, ZMR 2012, 367; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 628 m.w.N.). Schließlich gilt entsprechendes, wenn die Mangelursache

vom Mieter selbst gewünscht oder durchgeführt wurde (KG Berlin, Urt. v. 8.7.2004 – 12 W 21/04, ZMR 2004, 908; Müko-BGB/ Häublein, a.a.O., § 536 BGB Rn 37 m.w.N.).

Zum mieterbezogenen Minderungsausschluss gehört auch § 536b S. 1 -3 BGB, wonach der Mieter kein Minderungsrecht hat, wenn er den Mangel bei Vertragsschluss kannte (S.1), infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte und der Vermieter den Mangel arglistig 2) verschwiegen hat (S. oder er eine mangelbehaftete Sache annimmt, ohne sich Minderungsrechte ausdrücklich vorzubehalten (S. 3). Hintergrund von § 536b BGB ist, dass gesetzlich ein Verzicht des Mieters auf seine Minderungsrechte unterstellt wird, wenn er durch sein Verhalten die Mietsache als vertragsgemäß anerkennt (BGH, Urt. v. 20.12.1978 - VIII ZR 114/77, NJW 1978, 713: zu den Einzelheiten Minderungsausschlusses wird auf SchmidtFutterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536b BGB Rn 1 ff. Bezug genommen).

b) Temporärer Minderungsausschluss nach § 536 Abs. 1a BGB

§ 536 Abs. 1a BGB wurde mit Wirkung zum 1.5.2013 auch für bestehende Mietverhältnisse eingeführt (vgl. Art. 229 § 29 Abs. 1 EGBGB), energetische Modernisierungen i.S.v. § 555b Nr. 1 BGB, die zu einer Einsparung von Endenergie führen und deren zügige Durchführung zu fördern (Siehe Begr. RegE, BT-17/10485. S. 14, 17f.). Dieser Ausschluss hat durchaus eine erhebliche praktische Relevanz, weil die während der Bauphase auftretenden Beeinträchtigungen durch Lärm, Staub, Verschattung, Zutritt von Handwerkern u.Ä. durchaus negative ein ggf. erhebliches Minderungsrecht begründen können.

PRAXISHINWEIS

Häufig wird es bei Energetischen Baumaßnahmen auch darum gehen, einen zugleich bestehenden Instandsetzungsbedarf zu beheben, wenn z.B. neue Wärmedämmfenster eingebaut werden, die alten verbauten Fenster aber bereits über 30 Jahre und dringend instandsetzungsbedürftig sind. Es ist umstritten, ob dann der Minderungsausschluss von § 536 Abs. 1a BGB um die Beeinträchtigungen zu reduzieren ist, welche auf die Instandsetzungsarbeiten zurückzuführen sind. Nach richtiger Auffassung ist von einer weiten Auslegung von § 536 Abs. 1a BGB auszugehen und insb. aus Gründen der durchgeführte Rechtssicherheit auszugehen, dass zeitgleich davon Instandsetzungsarbeiten den Minderungsausschluss nicht beeinträchtigen (in diesem Sinne Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 536 Abs. 1a BGB Rn 40 m.w.N. auch zur Gegenauffassung).

Gleichermaßen umstritten ist, ob der Minderungsausschluss auch davon abhängt, dass die Modernisierungsmaßnahme ordnungsgemäß nach 555c **BGB** Ş angekündigt wurde, wobei Letzteres Fälligkeit der Duldungspflicht des Mieters erfordert, welche z.B. bei bestehenden Härtegründen des Mieters (vgl. § 555d Abs. 2

BGB) nicht gegeben sein kann. Nach hier vertretener Auffassung, der der wohl h.M. entspricht, greift der Minderungsausschluss nur bei einer ordnungsgemäßen Ankündigung nach § 555c BGB ein (wie hier: Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 536 Abs. 1a BGB Rn 41; Palandt/Weidenkaff, 80. Aufl. 2021, § 536 BGB Rn 23a).



Beginn des Minderungsausschlusses, für welchen der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast hat, ist die erste zur Minderung führende tatsächliche Beeinträchtigung (wie hier: Müko-BGB/Häublein, a.a.O., § 536 Abs. 1a BGB Rn 42; a.A. Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a.a.O., § 536 BGB Rn 68 mit Beginn der Maßnahme). Die Dauer des Minderungsausschlusses ist auf 3 Monate begrenzt, wobei auf die jeweilige Modernisierungsmaßnahme abzustellen ist.

IV. Zusammenfassung und Ratschläge für Praxis

Der Problemkreis von Mängelbeseitigung und Mietminderung macht einen Großteil der mietrichterlichen Tätigkeit am Amtsgericht aus, wobei die reine Klage auf Mängelbeseitigung nur selten vorkommen. Sehr häufig sind aber Konstellationen, in denen ein Mieter mit zu viel gezahlter Miete in der Vergangenheit aufgrund einer Minderung mit Mietrückständen

aufrechnet, ein Zurückbehaltungsrecht wegen nicht ordnungsgemäß beseitigter Mietmängel erhebt oder schlicht geltend macht, dass ein kündigungsrelevanter Zahlungsverzug grund kraft Gesetzes eintretender Mietminderung nicht gegeben sei. In der Mehrzahl der gerichtlichen Verfahren wird daher eine Mietminderung inzident als Verteidigung gegen einer vermieterseits erhobene Räumungsklage ins Feld geführt und mit zur Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung gemacht. Beiden Parteien sollte dabei bewusst sein, dass in der Großzahl der Fälle eine Entscheidungsreife nur nach Einholung von ggf. mehreren Sachverständigengutachten möglich ist, welche regelmäßig zu erheblichen Prozesskosten führen, die letztlich unterlege Partei zu tragen hat. Eine gütliche Einigung ist daher auch und insb. in solchen Fällen zur Vermeidung erheblicher Prozesskosten oft vorzugswürdig •

Hinweis der Redaktion: Dieser Beitrag erschien in ZAP 8/2021, S. 393 ff. am 15.04.2021.





Das familienrechtliche Mandat (Teil 1)

Von Dr. Wolfram Viefhues, RiAG a.D., Gelsenkirchen

HINWEIS

Mit dem vorliegenden Beitrag in der Reihe "Basiswissen" soll Hilfestellung gegeben werden, die im Rahmen des familienrechtlichen Mandats anfallenden Aufgaben effektiv zu bewältigen, aber auch Fallstricke und Risiken zu erkennen, Fehler zu vermeiden sowie Wege zu finden, die übernommenen Verfahren zu einem erfolgreichen Abschluss zu führen.

Teil 1 umfasst die die Grundsatzüberlegungen bei Mandatsannahme, Abklärung der persönlichen Verhältnisse der Mandanten, Einverständliche Scheidung, Scheidenfolgeregelungen, Wirksamkeitsfragen bei Eheverträgen sowie Steueraspekte. Der 2. Teil des Beitrags (Erbrechtliche Konsequenzen der Trennung, gemeinsame Konten, digitale Aktivitäten, Vorsorge- und Patientenvollmachten sowie Hinweise zum taktischen Vorgehen) folgt demnächst in der ZAP 2021, F. 11.

I. Überlegungen bei der anwaltlichen Beratung

Die **Ehescheidung** ist der **Kernpunkt des familienrechtlichen Mandats**. Vor jeder Ehescheidung kommt naturgemäß die Zeit der

Trennung der Ehepartner. Bereits hier ergibt sich ein umfassender anwaltlicher Beratungsbedarf, der sich aber meist über die Zeit des Ehescheidungsverfahrens und auch nach der Scheidung der Ehe fortsetzt. Zur Absicherung gegen Haftungsfälle sollte eine erfolgte

Beratung ordnungsgemäß dokumentiert werden.

Bei familienrechtlichen Auseinandersetzungen rund um die Scheidung geht es für die Mandanten vielfach um existenzielle Fragen, bei denen naturgemäß eine große persönliche Betroffenheit besteht. Die Arbeit des Anwalts im Familienrecht ist daher nicht nur geprägt durch ein besonderes und intensives Vertrauensverhältnis zwischen Partei und Anwalt.

Vielfach wird der Mandant Anlass sehen, sich im besten Lichte darzustellen, den Ex-Partner nachteilig darzustellen und "schmutzige Wäsche" waschen wollen. Familienzu rechtliche Mandate verlangen daher vom Anwalt ein besonderes Fingerspitzengefühl im Umgang mit den Beteiligten und vielfach ein außerordentliches Verständnis. Nicht selten suchen die Mandanten in dieser Krisensituation den "scharfen Hund". Jeder Anwalt muss sich selbst überlegen, ob er seiner Partei - aber auch sich selbst - einen guten Dienst erweist, wenn er sich unkritisch vor den "Karren des Mandanten spannen lässt". Es gehört naturgemäß aber viel Verständnis, Überzeugungskraft und ein gutes "Standing" für den im Familienrecht tätigen

Anwalt dazu, seine Partei zur Beschränkung auf einen sachlichen, maßvollen Vortrag zu bewegen.

Dabei sollte man sich nicht verzetteln und sich vor allem nicht von den Klienten instrumentalisieren lassen. Erwartet wird Erreichbarkeit "rund um die Uhr". Hier gilt es für den beratenden Anwalt, den schmalen Grat angemessener Arbeitszwischen Terminorganisation einerseits und Hinhalten und Vertrösten andererseits zu wahren. Zum eigenen Schutz ist grds. eine berufliche Distanz zu wahren. Das zeichnet den familienrechtlichen "Profi" aus.

Bei neuen Mandanten ist zu beachten, dass es im familienrechtlichen Bereich meist "brennt", die Parteien also keinerlei Verständnis für ein längeres Abwarten haben. Aus diesem Grunde ist zu empfehlen, den Besprechungstermin für die Erstberatung möglichst zeitnah zusetzen.

PRAXISTIPPS

- Überlegen Sie daher gut, ob Sie einem Mandanten Ihre private Telefonnummer für "Notfälle" außerhalb der Bürozeiten geben!
- Vielfach sehen Mandanten etwas schon als Notfall an, was sich aber dann bei objektiver Betrachtung als Bagatelle darstellt.

Es fällt oft schwer, das persönliche Engagement zurückzuziehen und die Betreuung des Mandanten wieder auf ein – auch wirtschaftlich akzeptables – Normalmaß zurückzufahren.

1. Umfang und Inhalt des Mandats

Kommt ein Mandant mit einem familienrechtlichen Problem zu Ihnen, erschließt sich daraus nicht selten eine ganze Palette an Beratungsthemen. Damit es später nicht zu ärgerlichen Auseinandersetzungen kommt, sollte genau festgelegt werden, wie weit der eigentliche Auftrag des Mandanten geht.

- Über den Umfang des Mandats kann der Mandant aber nur dann genau entscheiden, wenn er die bestehenden Möglichkeiten kennt. Hier ist eine **sorgfältige Information** über die im Zusammenhang mit dem konkreten Problem der Trennung oder Scheidung zu regelnden Fragen erforderlich.
- Verlassen Sie sich nicht darauf, dass der Mandant die rechtlichen Zusammenhänge genau kennt. Oft bestehen beim Normalbürger mehr oder weniger zutreffende laienhafte Vorstellungen. Machen Sie Ihrem Mandanten frühzeitig klar, dass die Gerichtsshows mit der Realität nichts gemeinsam haben.

Nach der notwendigen Grundinformation sollte der **Umfang des Mandats** – möglichst **schriftlich** – festgehalten werden. Ein Rechtsanwalt ist kraft des Anwaltsvertrags verpflichtet, die Interessen seines Auftraggebers im Rahmen des erteilten Mandats nach jeder Richtung und umfassend wahrzunehmen. Die haftungsrechtlichen Grenzen ergeben sich somit aus dem Umfang des übernommenen Mandats.

- Kann man nachweisen, dass man als Anwalt nur ein eingeschränktes Mandat hatte, haftet man z.B. nicht für "Unterlassungen" in den Bereichen, in denen gar kein Auftrag erteilt worden ist.
- Wird jedoch mit einem Mandanten über den Gegenstand des Mandats nicht ausdrücklich gesprochen, hat er wahrscheinlich die Vorstellung, der Anwalt werde sich schon um "alles Nötige" kümmern. Dem Anwalt kann es dann sehr schwerfallen, sich dahingehend zu entlasten, dass er nicht vollumfänglich beauftragt gewesen sei (vgl. Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rn 40 ff.).
- Klären Sie Ihren Mandanten über die rechtlichen Rahmenbedingungen auf, stellen Sie die zu regelnden Themen dar und informieren Sie ihn auch darüber, dass sowohl einvernehmliche verbindliche Regelungen getroffen als auch streitige Entscheidungen erwirkt werden können.
- Regeln Sie dann eindeutig, in welchen Bereichen Sie beauftragt werden. Dabei sollten Sie auch die Frage des Honorars nicht ungeklärt lassen (vgl. § 49b Abs. 5 BRAO).

2. Abklärung der persönlichen Verhältnisse

Eine gute Beratung setzt die vollständige Kenntnis des Sachverhaltes voraus. Unverzichtbar bei familienrechtlichen Mandaten und v.a. bei Unterhaltsstreitigkeiten ist es, die genauen **Familienverhältnisse** festzustellen. Dazu empfiehlt sich folgender Fragenkatalog:

- War der/die Unterhaltspflichtige bereits einmal verheiratet?
- Hat er/sie Kinder aus anderen Beziehungen?
- Ist ggf. hierfür in der Vergangenheit Unterhalt gezahlt worden?
- Besteht eine Schwangerschaft?
- Hat es bereits Gerichtsverfahren gegeben?
- Ist der Unterhalt bereits geregelt worden?
- Liegt bereits eine Unterhaltsregelung durch Ehevertrag oder Scheidungsfolgenvereinbarung vor? (s. zur Wirksamkeit unten 5.)
- Stellen Sie gründlich die gesamten finanziellen Verhältnisse beider Unterhaltsbeteiligter fest (Einkommen, Steuerklasse, Schuldenbelastungen usw.).
- · Klären Sie ggf. bereits über einen anstehenden Steuerklassenwechsel auf.

Erfragen Sie detailliert die regelmäßigen Belastungen und zwar vorerst unabhängig von der unterhaltsrechtlichen Relevanz.

3. Einverständliche Scheidung/ Doppelmandat

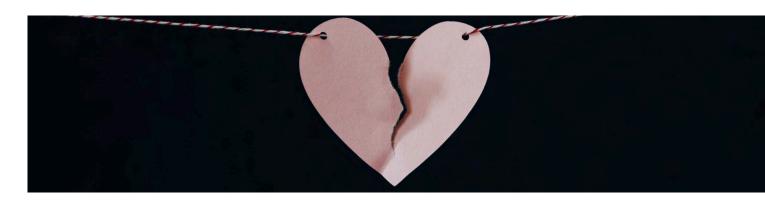
Gelegentlich kommen beide Eheleute zum Anwalt und tragen den Wunsch vor, er könne sie doch beide vertreten.

Eine neutrale Information beider Eheleute ist unbedenklich, wenn von Anfang an deutlich gemacht wird, dass nur ein Ehegatte beraten und vertreten werden kann. Hüten Sie sich vor verdeckten Doppelmandaten, bei denen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen in derselben Rechtssache tangiert wird. Suchen Eheleute gemeinsam einen

Rechtsanwalt auf, um sich in ihrer Scheidungsangelegenheit beraten zu lassen, hat der Anwalt vor Beginn der Beratung auf die gebühren- und vertretungsrechtlichen Folgen einer solchen Beratung hinzuweisen (BGH, Urt. v. 19.9.2013 – IX ZR 322/12, FamRZ 2014, 35). Ein bestehender Interessenkonflikt gefährdet den Honoraranspruch des Anwalts (vgl. BGH, Urt. v. 10.1.2019 – IX ZR 89/18, NJW 2019, 1147).

4. Beratung bei Vereinbarungen der Partei, insb. bei Scheidungsfolgenregelung

Einvernehmliche Regelungen sind immer einem möglicherweise langwierigen Rechtstreit vorzuziehen.



Oft hat der Mandant schon recht genaue Vorstellungen, wenn er zum Anwalt kommt. Aber auch dann, wenn die Parteien sich eigentlich schon in den wesentlichen Zügen geeinigt haben, muss der Anwalt den Mandanten über seine Rechte genau in Kenntnis setzen. Denn möglicherweise haben die Parteien eine Regelung angedacht, die Ihr Mandant bei Kenntnis seiner wahren Rechte doch besser nicht vereinbaren würde.

PRAXISTIPPS

- Auch wenn die Parteien sich schon fast einig sind, darf auf eine rechtliche Belehrung des Mandanten keinesfalls verzichtet werden.
- Klären Sie ab, ob Ihr Mandant sich in einer irgendwie gearteten Zwangslage oder Unterlegenheit befindet und dies sein wesentlicher Beweggrund für die beabsichtigte Regelung ist.
- Sprechen Sie Ihren Mandanten aber auch darauf an, ob der **andere Ehegatte** sich in einer Zwangslage befindet, denn das Ausnutzen dieser Zwangslage kann zur Unwirksamkeit der Regelung führen.
- Führen Sie dem Mandanten deutlich vor Augen, welche **Konsequenzen** die geplante Regelung haben wird.
- Machen Sie auch ganz deutlich, dass eine einmal getroffene Regelung später nicht ohne Weiteres wieder geändert werden kann, wenn sich die damit verbundenen Erwartungen nicht erfüllt haben und nicht alles so läuft, wie erwartet.
- Geschieht diese Belehrung nicht oder nicht mit der gebotenen Sorgfalt, sind spätere Regressforderungen nicht auszuschließen (BGH, Urt. v. 8.11.2001 – IX ZR 64/01, NJW 2002, 292).

Die Beratung sollte sich keinesfalls auf mündliche Erklärungen beschränken. Schriftliche Ausführungen sind für den Mandanten als juristisch ungeübten Laien viel besser verständlich, einprägsamer und eindringlicher als nur mündliche Ausführungen. Im Regress-

fall gewährleistet diese schriftliche Dokumentation den notwendigen Entlastungsbeweis, dass und wie der Mandant beraten und aufgeklärt worden ist.

HINWEISE

- Viele Anwaltskanzleien verfügen über schriftliche Informationsschriften, die sie ihren Mandaten zu bestimmten Themenbereichen an die Hand geben. Solche Materialien sind eine gute Grundinformation und stellen auch ein wertvolles, nicht zu unterschätzendes "Marketinginstrument" dar.
- Informationsschriften ersetzen aber die erforderliche individuelle Beratung nicht, sondern können diese nur einleiten, unterstützen und ergänzen!
- Die meisten Informationen erhält der Mandant sicherlich im Beratungsgespräch.
 Machen Sie sich aus den oben beschriebenen Gründen die Mühe, die wesentlichen
 Punkte der Beratung in Form eines "Bestätigungsschreibens" zusammenzufassen und
 dem Mandanten mitzuteilen, um so die notwendige Dokumentation zu haben. Es gilt
 auch hier die alte Skatspielerregel: "Wer schreibt, der bleibt!"

Von besonderer Brisanz sind **Unterhalts-verzichte**. Hier kommt es auch vor, dass falscher Stolz oder vermeintliche Unabhängigkeit Motivation für einen sehr weitgehenden Verzicht auf bestehende Rechte sind. Hier muss in der Beratung verdeutlicht werden,

welche Rechte unnötigerweise – ohne oder ohne gleichwertige Gegenleistung – aufgegeben werden und dass diese Entscheidung dann grds. nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

- Fragen Sie Ihren Mandanten bei einem Unterhaltsverzicht immer, ob er sich über die beruflichen Aussichten wirklich im Klaren ist und wovon er denn eigentlich leben will.
- Machen Sie deutlich, dass auch die Sozialhilfe unter Umständen wegen dieses Verzichts reduziert werden kann.

Falsche Großzügigkeit kann es auch auf Seiten des Pflichtigen geben. Mitunter will der Mandant als Unterhaltsschuldner den Gläubigern mehr zukommen lassen, als er nach dem Gesetz müsste. Nicht selten ist ein schlechtes Gewissen wegen der gescheiterten Ehe der Grund für eine solche Entscheidung.



- Aber auch dem großzügigen Unterhaltspflichtigen muss klar gemacht werden, was ihm selbst am Ende noch bleibt.
- Machen Sie dem Mandanten klar, dass eine spätere Abänderung dieser Regelung kaum möglich sein wird.
 - Ist er sich über die mit der Trennung und Scheidung verbundenen finanziellen Folgen vollständig im Klaren?
 - Kennt er die Folgen der geänderten Steuerklasse?
 - Sind noch **Steuererklärungen** aus den Vorjahren **offen**? Sind hier noch Nachbelastungen oder Erstattungen zu erwarten? Wurden hier Regelungen über die Verteilung zwischen den Eheleuten getroffen?
 - Kann er seinen Beruf wie bisher in gleichem Umfang ausüben oder muss er seinen **zeitlichen Einsatz reduzieren**, weil er jetzt ja auch Zeit für die Eigenversorgung benötigt?
 - Hat er ausgerechnet, was ihn die großzügig übernommene alleinige Tilgung der ehelichen Schulden insgesamt kostet? Ist die Schuldentilgung bei der Unterhaltsbemessung angemessen berücksichtigt worden?
 - Sind die Folgen eines durchzuführenden Zugewinnausgleichs bedacht?
 - Hat er die Auswirkungen des Versorgungsausgleichs bedacht?
 - Sind noch **anderweitige Unterhaltsverpflichtungen** abzusehen (z.B. Kindesunterhalt, Elternunterhalt)?

Falls die Großzügigkeit des Unterhaltspflichtigen im Unterhalt auf guten eigenen Einkommensverhältnissen beruht, sollte dies immer ausdrücklich im Text einer solchen Vereinbarung aufgenommen werden, denn auch hier sind Verschlechterungen nicht auszuschließen. So hält man sich für diese Fälle jedenfalls die Möglichkeit eines Abänderungsverfahrens offen.

Auch bei der **Formulierung** des abzuschließenden Vergleichs werden an den beratenden Anwalt nach der Rechtsprechung des BGH hohe Anforderungen gestellt. So muss der Anwalt für eine **eindeutige** und

zweifelsfreie Formulierung des zwischen den Eheleuten geschlossenen Unterhaltsvergleichs sorgen.

Der Nachweis eines Beratungsfehlers wird dem Mandanten nicht nur dadurch erleichtert, dass es zunächst Sache des Rechtsanwalts ist, substantiiert vorzutragen, in welcher Weise er seine Pflichten erfüllt hat. Darüber hinaus erspart die sog. Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens dem Mandanten den Nachweis, dass er dem Rat gefolgt wäre. Die Erfolgsaussichten des einzulegenden Rechtsmittels werden vom BGH unterstellt, ein

Mitverschulden des Mandanten aufgrund unzureichender Information generell abgelehnt.

5. Wirksamkeitsfragen bei Eheverträgen

Zur Frage der Wirksamkeit von Eheverträgen existiert inzwischen eine Fülle an Entscheidungen des BGH und der Obergerichte, sodass eine umfassende Darstellung hier nicht angezeigt ist.

Bei der im ersten Schritt vorzunehmenden Wirksamkeitsprüfung einer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Gesamtwürdigung der individuellen Verhältnisse am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB ist entscheidend, ob die beurkundeten Vereinbarungen evident einseitig sind und für einen der Ehegatten bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheinen.

Diese strukturelle Disparität ist umso eher zu bejahen, je tiefer der Ehevertrag in den Kernbereich Scheidungsfolgenrechts des eingreift. Bei der danach gebotenen Feststellung der Eingriffstiefe ist eine Abstufung vorzunehmen. Hier ist zwischen dem abänderungsresistenteren Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts und anderen, eher abänderungsdisponibleren Gegenständen des Scheidungsfolgenrechts, die nicht dem Kernbereich zuzurechnen sind. zu unterscheiden.

Bei dem zum Kernbereich gehörenden Unterhaltsrecht ist mit erstrangiger Priorität der Unterhalt wegen Kindesbetreuung und danach der Alters- und Krankheitsunterhalt zu unterscheiden. Diese Unterhaltsansprüche

genießen Vorrang vor den übrigen Unterhaltstatbeständen (z.B. Ausbildungs- und Aufstockungsunterhalt). Der Versorgungsausgleich steht als vorweggenommener Altersunterhalt auf gleicher Stufe wie dieser selbst und ist daher nicht uneingeschränkt abdingbar.

Der Ausschluss des **Zugewinnausgleichs** schließlich unterliegt – für sich allein genommen – **keiner Beschränkung**.

In einem zweiten Schritt ist auf der Basis der aktuellen Verhältnisse im Wege der Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) zu prüfen, ob und inwieweit die Berufung eines Beteiligten auf den Ausschluss gesetzlicher Scheidungsfolgen missbräuchlich erscheint.

6. Steuerliche Aspekte

Der Anwalt ist kein Steuerberater; die anwaltliche Beratung im Zusammenhang mit Trennung und Scheidung umfasst somit nicht die Pflicht zu einer umfassenden steuerlichen Beratung. Dennoch kann es angezeigt sein, den Mandanten auf einige steuerliche Gesichtspunkte hinzuweisen, die von erheblicher Bedeutung sind. Denn jeder Mandant wird sich freuen, wenn er über positive Gestaltungsmöglichkeiten informiert und vor steuerlichen Nachteilen gewarnt wird.

Im Zusammenhang mit der Trennung der Eheleute kommt es zum Wechsel der Steuer-klasse von Klasse 3 in Klasse 1, und zwar bei korrekter Abwicklung am 1.1. des Jahres, das auf die Trennung folgt •



HINWEISE

- Wenn sich ein Ehegatte gegen Jahresende über die Trennung beraten lässt, so sollte man auch die finanziellen Folgen aufgrund dieses Steuerklassenwechsels deutlich machen.
- Die Trennung und die dadurch zum nächsten Jahreswechsel ausgelöste Änderung der Steuerklasse kostet – je nach Einkommenshöhe – beide Eheleute viel Geld!
- Trennungen kurz vor dem Jahreswechsel sind daher steuerlich gesehen außerordentlich unklug!
- Wenn die Trennung bereits erfolgt ist, ist zu prüfen, ob auch sofort die Änderung der Steuerklasse in die Steuerkarte eingetragen werden soll. Behält man zu lange die "falsche" Steuerklasse, ist das Einkommen höher als es steuerlich korrekt wäre. Wird daraus der Unterhalt errechnet, ist der Betrag zu hoch. Kommt es dann über die Jahressteuererklärung zur Nachbelastung, kann man den zu viel bezahlten Unterhalt nicht mehr zurückbekommen.

Hinweis der Redaktion: Dieser Beitrag erschien in ZAP 4/2021, S. 175 ff. am 17.02.2021.



Neu: Anwaltspraxis Wissen – denn jedes Mandat zählt.

Kennen Sie das?

Für ein neues Mandat wollen Sie Ihr Wissen in einem Rechtsgebiet auffrischen: Und zwar kostengünstig. Aus verlässlichen Quellen. Zügig recherchiert. Doch die nötige Fachliteratur aktuell zu halten, ist ein teures Vergnügen. Und es kostet wertvolle Arbeitszeit, für jedes neue Mandat direkt den richtigen Wälzer zu finden und durchzuforsten.

Die praktische Lösung für Ihre "Kanzlei von nebenan" – Anwaltspraxis Wissen hilft Ihnen weiter:

In dieser allgemeinanwaltlichen Onlinebibliothek mit über 130 Fachbüchern und 13 Periodika finden Sie blitzschnell, was Sie aus den 16 gängigsten Rechtsgebieten brauchen. Mit Ihrer neuen Onlinebibliothek finden Sie sich schneller und kosteneffizienter bei neuen Mandaten zurecht und beraten rechtssicher dank aktueller Praxisliteratur am PC.

Unsere Module lassen keine Wünsche offen:

Anwaltspraxis Wissen können Sie in vier unterschiedlichen Modulen wählen: von 10 Inhalten für 10 Euro bis zum Komplettangebot inklusive Gebührenrechner und Printzeitschrift. Für jede Anforderung gibt es das passende Modul – welches wählen Sie?

Bestes Angebot

Modul 1:

Der Tausendsassa

• Alle Inhalte

Modul 2:

Die schlanke Lösung

Modul 3:

Die ZAP + Best of

examensrelevant

MAGAZIN FÜR ANGEHENDE JURISTEN

Laufende Aktualisierung

- Parallele Nutzung auf
- 3 Arbeitsplätzen

€39,-/Monat zzgl. MwSt.

- Gebührenrechner AGO und RVG-Webinare optional buchbar
- · Laufende Aktualisierung
- Parallele Nutzung auf 3 Arbeitsplätzen

€29,-/Monat zzgl. MwSt.

Modul 4:

Das Finstoige

30 TAGE KOSTENLOS!

- Bestseller für Einzelanwältinnen und
- BerufseinsteigerInnen

 Laufende Aktualisierung
- Parallele Nutzung auf 1 Arbeitsplatz

€10,-/Monat zzgl. MwSt.

Parallele Nutzung auf 3 Arbeitsplätzen

· Laufende Aktualisierung

AGO und RVG-Webinare

GRATIS-TEST für Leser von

€49,-/Monat zzgl. MwSt.



JETZT GRATIS TESTEN: www.anwaltspraxis-wissen.de



Der Unterlassungsanspruch im Zivilprozess (Antragsfassung, Streitgegenstand, Vollstreckung)

Von Rechtsanwalt Dr. Gernot Schmitt-Gaedke, LL. M. Eur., Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Frankfurt/M.

I. Einleitung

Unterlassungsansprüche unterscheiden sich grundlegend von anderen prozessualen Begehren. Sie zielen nicht auf eine erfüllbare und im Weae der Vollstreckung abschließend zu erzwingende Leistung, sondern auf die Steuerung zukünftigen Verhaltens. Da zukünftige Verhaltensweisen nie vollständig vorhersehbar sind und daher auch nicht abschließend bestimmt werden können, ist dem Unterlassungsanspruch das Problem mangelnder Bestimmtheit in die Wiege gelegt. Dieses Problem begleitet den Unterlassungsanspruch auf seinem gesamten Weg der Rechtsdurchsetzung, von der Benennung des Gegenstands der Abmahnung (vgl. z.B. § 97a Abs. 2 Nr. 2 UrhG), über die Antragsfassung (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und die Individualisierung des Streitgegenstands im Prozess (vgl. §§ 322, 260 und 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) bis zur Zwangsvollstreckung (§ 890 ZPO; Art. 103 Abs. 1 GG). In diesem Beitrag soll der Versuch unternommen werden, diese Gesichtspunkte auch aus praktischer Sicht zu erläutern.

II. Lückenhafte Behandlung des Unterlassungsanspruchs im Gesetz

Der Unterlassungsanspruch ist ein ungeliebtes Kind der Gesetzgebung im Privat- und im Zivilprozessrecht. In der ZPO findet er nur an einer Stelle, nämlich in der Vollstreckungsnorm des § 890 ZPO, gesonderte Berücksichtigung. Zu den großen Problemen, die die Antragsfassung und die Ermittlung des Streitgegenstands mit sich bringen, schweigt sich das Gesetz aus. Auch die zentrale Frage

der Zwangsvollstreckung, nämlich inwieweit "kerngleiche" angepasste, möglicherweise Handlungen mit den Sanktionen des § 890 ZPO belegt werden können, lässt die ZPO unbeantwortet. Ebenso lückenhaft sind die Regelungen des materiellen Rechts. Beispielweise überlässt § 1004 BGB, die Zentralnorm des negatorischen Anspruchs, dem Rechtsanwender die Konkretisierung des unbestimmten Merkmals "Störer" zu einem tauglichen Zurechnungsinstrument und äußert sich nicht dazu, welche äußeren Umstände oder Handlungen des Schuldners die durch die Zuwiderhandlung bzw. die Anspruchsberühmung gesetzte Wiederholungsund Erstbegehungsgefahr entfallen lassen. Zu-

sätzliche Probleme ergeben sich für den Praktiker aus der neueren Rechtsprechung des BGH, die sich mit der nicht aus dem Gesetz zu beantwortenden Frage befasst hat, inwieweit sich aus einem Unterlassungsanspruch eine Verpflichtung des Schuldners zu einem aktiven Tun, z.B. zu einer Folgenbeseitigung durch Rückruf bereits ausgelieferter, rechtsverletzender Erzeugnisse, ergeben kann (BGH GRUR 2016, 406, Rn 28 f. - Piadina-Rückruf; GRUR 2016, 720, Rn 35 - Hot Sox; GRUR 2017, 208, Rn 24 - RESCUE-Tropfen; GRUR 2017, 823, Rn 28 f., GRUR 2018, 292 - Produkte zur Wundversorgung; **GRUR** 2020. 548 Diätetische Tinnitusbehandlung).

PRAXISTIPPS

"Versteckte" Beseitigungs- und Rückrufansprüche in Unterlassungserklärungen und Unterlassungstiteln haben sich in den vergangenen Jahren zu einer gefährlichen Haftungsfalle entwickelt. Prüfen Sie vor Abgabe einer Unterlassungserklärung unbedingt, ob diese einen Beseitigungsanspruch mit umfasst. Hierbei ist ein Blick in die genannten Entscheidungen ebenso unerlässlich wie eine Prüfung des gesetzlichen Umfangs. Der Wortlaut der Unterlassungserklärung bietet für die Prüfung hingegen keine ausreichende Grundlage, da die Rechtsprechung mittlerweile auch dann von Beseitigungs-/Rückrufpflichten und somit auch von einem Vertragsstrafeanspruch ausgeht, wenn der Schuldner dem Wortlaut nach nur zu einer Unterlassung verpflichtet ist; insoweit lohnt es sich, einen Blick in die Entscheidung BGH GRUR 2017, 823 – Luftentfeuchter zu werfen, die eine Vorstellung davon vermittelt, welche verborgenen Risiken hier schlummern.

Diese Unklarheiten und Lücken sind im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass der materielle Unterlassungsanspruch viel fester mit den prozessualen Mitteln seiner Durchsetzung verwachsen ist, als dies bei anderen prozessualen Begehren der Fall ist (vgl. nur § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB: "Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen") und dass der Unterlassungsanspruch erst spät als materiell-rechtliches Phänomen beariffen wurde (MüKo/Raff § 1004, Rn 11). Diese Defizite machen sich bis heute bei der praktischen Rechtsanwendung bemerkbar.

III. Vertragliche und gesetzliche Unterlassungsansprüche

Unterlassungsansprüche können sich aus gesetzlichen Vorschriften oder aus Verträgen ergeben. Den Regelfall bilden hierbei die gesetzlichen Unterlassungsansprüche, die regelmäßig Rechte und Rechtsgüter des vorbeugend schützen. Anspruchsinhabers teilweise z.B. im Bereich des Wettbewerbsrechts aber auch im Allgemeininteresse gegen Verhaltensunrecht gerichtet werden können. Die gesetzlichen Unterlassungsansprüche sind kein Sanktionsinstrument, sondern beruhen allein darauf, dass ein bestimmtes pflichtwidriges Verhalten erstmals zu geschehen ("Erstbegehungsgefahr") oder sich zu wiederholen ("Wiederholungsgefahr") droht. Sie entfallen die Erstbegehungswenn Wiederholungsgefahr durch äußere Umstände oder durch eine geeignete Handlung des durch Schuldners (z.B. **Abgabe** Unterwerfungserklärung) beseitigt wird. Schon aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ergibt sich, dass Unterlassungsansprüche auch auf vertraglicher Grundlage ruhen können und dass die vertragliche Grundlage hierbei beliebig ausgestaltet sein kann. Den Regelfall bilden hier die strafbewehrten Unterlassungserklärungen, d.h. in einem abstrakten Schuldanerkenntnis i.S.d. Ş 781 **BGB** begründete, bestimmte Verpflichtungen. Ihre

Beurteilung hat sich in der Rechtsprechung weitgehend verselbstständigt und ist Gegenstand einer weitverzweigten Dogmatik, die auf gesetzliche und sonstige vertragliche Unterlassungspflichten nur bedingt übertragen werden kann.

In der prozessualen Praxis wird häufig übersehen, dass Unterlassungsbegehren i.R.v. Haupt- und Hilfsanträgen sowohl auf eine gesetzliche als auch auf eine vertragliche Grundlage gestellt werden können. Dies ist dann der Fall, wenn gegen Unterlassungserklärungen verstoßen wird und dadurch eine neue Wiederholungsgefahr und somit auch ein neuer gesetzlicher Unterlassungsanspruch entsteht, der den vertraglichen Unterlassungsanspruch flankiert.

HINWEIS

Gerade bei sog. **Zweitverstößen**, d.h. bei erneuter Begehung von bereits mit Unterlassungserklärung unterbundenen Handlungen, sollte geprüft werden, ob neben dem vertraglichen auch ein gesetzlicher Unterlassungsanspruch besteht. Im Prozess ist hierbei nach dem Gebot des sichersten Wegs zudem festzulegen, in welcher Reihenfolge die beiden Ansprüche (als Haupt- und Hilfsantrag) geltend gemacht werden (vgl. aber BGH GRUR 2007, 877 – Windsor Estate).

Bei der Umsetzung dieser Ansprüche im Prozess ist das Gericht nicht dazu befugt, allgemeine und umfassende Verhaltensnormen für die Zukunft zu setzen, sondern lediglich dazu angehalten, die auf eine konkrete Handlung begrenzte Gefahr der erstmaligen oder wiederholten Begehung zu beseitigen bzw. die vertragliche Unterlassungsforderung durchzusetzen und der Zwangsvollstreckung zuzuführen. Der Unterlassungsanspruch ist also eng um die konkrete Verletzungshandlung herum aufgebaut, was sich auch bei der Bestimmung des Streitgegenstands und bei der Antragsfassung niederschlägt.

IV. Streitgegenstand

Als Rückgrat des Unterlassungsrechtsstreits bestimmt der Streitgegenstand die Reichweite der Rechtshängigkeit (z.B. im Hinblick auf die Verjährungshemmung und die anderweitige Rechtshängigkeit, § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO), die Reichweite der Rechtskraft (§ 322 ZPO) und die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung. Nach dem sog. zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff, der seit 1992 vom BGH angewendet wird (BGH NJW 1992, 1172), setzt sich der Streitgegenstand aus dem Klageantrag und dem Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet, zusammen. Als

Lebenssachverhalt werden hierbei nicht nur diejenigen Tatsachen angesehen, die Voraussetzungen der Anspruchsnorm ausfüllen (BGH NJW 1992, 1172, 1173 f.) oder die vorgetragen wurden, sondern auch solche Umstände. die bei einer natürlichen Betrachtung aus der Perspektive der Parteien zu dem Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger dem Gericht zur Stützung seines Begehrens zu unterbreiten hat (BGH NJW 2018, 616). Beim Unterlassungsanspruch bereitet die Bestimmuna des Streitaegenstands besondere Schwierigkeiten. Dies ist v.a. darauf zurückzuführen, dass ein Unterlassungsbegehren - trotz aller Bemühungen um die Bestimmtheit des Klageantrags - schon rein sprachlich nicht so klar abgegrenzt werden kann wie ein anderes Leistungsbegehren (z.B. ein Antrag auf Zahlung von 50 €) und dass der Unterlassungsanspruch als zukunftsgerichteter Anspruch eine gewisse Unschärfe voraussetzt, um überhaupt eine Verbotswirkung zu entfalten. Ein Verbot, das sich auf die Wiederholung einer in jeder Hinsicht identischen Handlung richtet, wäre nahezu wirkungslos. Hinzu kommt, dass Unterlassungsanträge häufig auf mehrere Schutzrechte oder unterschiedliche Facetten von Lebenssachverhalten gestützt werden, sodass sich die Frage der Häufung und Abgrenzung von Streitgegenständen stellt.

Nicht selten mündet eine einheitliche Handlung, z.B. der Vertrieb von patent- und designverletzenden Vorrichtungen, in mehrere Streitgegenstände, weil sie auf unterschiedliche rechtliche Grundlagen gestellt wird. Nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbeariff beruhen Unterlassungsansprüche aus Verträgen und aus gesetzlichen Vorschriften auch dann auf einem unterschiedlichen Lebenssachverhalt, wenn sie sich gegen das gleiche Verhalten wenden bzw. durch das gleiche Verhalten ausgelöst werden; während nämlich der vertragliche Unterlassungsanspruch zumindest auch auf dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag

(= Lebenssachverhalt) gründet, beruht der gesetzliche Unterlassungsanspruch alleine auf der Zuwiderhandlung und den weiteren Merkmalen, die den gesetzlichen Tatbestand ausfüllen. Hieraus folgt, dass vertragliche und gesetzliche Unterlassungsansprüche immer unterschiedliche Streitgegenstände darstellen. Aus gleichen Gründen stellt z.B. der Übergang vom gesetzlichen zum vertraglichen Unterlassungsanspruch eine Klageänderung, § 263 ZPO, dar und so bleibt die Klagbarkeit des vertraglichen Unterlassungsanspruchs von der Rechtskraft einer Entscheidung über den gesetzlichen Unterlassungsanspruch unberührt. Mehrere Streitgegenstände bestehen auch dann, wenn der Kläger seinen Anspruch auf mehrere Schutzrechte, wie z.B. auf mehrere Marken und Designs stützt (BGH GRUR 2011, 521 - TÜV I; GRUR 2011, 1043 - TÜV II, zu Designs vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2016, 128176 Rn 71 - Kugelleuchten).



PRAXISTIPP

- 1. Werden Unterlassungsansprüche mit verschiedenen Schutzrechten begründet, so liegen auch bei einem einheitlichen Sachantrag verschiedene Streitgegenstände vor. Sie können nicht alternativ angeführt werden, sondern müssen in der eventuellen Klagehäufung geltend gemacht werden.
- 2. Die Klage ist unzulässig, wenn nicht konkretisiert wird, in welcher Rangfolge (als Hauptund Hilfsansprüche) die von den Schutzrechten charakterisierten Streitgegenstände geltend gemacht werden. Entsprechendes gilt für das Verhältnis des vertraglichen Unterlassungsanspruchs zum gesetzlichen Unterlassungsanspruch.
- 3. Die Reihenfolge der Schutzrechte bzw. der Streitgegenstände muss nicht im Sachantrag genannt werden, sondern kann auch in der Begründung klargestellt werden (BGH GRUR 2012, 1145, Rn 22 Pelikan).

Mehr Flexibilität besteht hingegen dort, wo der Lebenssachverhalt nicht durch Schutzrechte segmentiert ist. Hier, insb. im Bereich des **Verhaltensunrechts** wie z.B. im Wettbewerbsrecht, fungiert die "Verletzungsform" als zentrale Denkfigur, um die herum der Streitgegenstand aufgebaut ist. Die Verletzungsform kann umschrieben werden als einheitlicher Lebenssachverhalt, in dem der

Kläger eine Zuwiderhandlung zu erkennen meint und den er dem Gericht zur Prüfung vorlegt, den er also zum Gegenstand des Sachantrags und der Klagebegründung macht. In einem bestimmten Umfang überlässt der BGH es dem Kläger, diese Verletzungsform selbst zuzuschneiden; dieser hat die Wahl, einen einheitlichen Lebensvorgang (z.B. eine Werbeanzeige) insgesamt zu einem Streitgegenstand zu machen oder diesen in mehrere Streitgegenstände aufzutrennen.

"Branchenbuch-Berg"-Recht-Nach der sprechung des BGH kann der Kläger zum einen das Gesamtverhalten des Beklagten, nämlich einen zusammenhängenden Tatsachenstoff, nicht sinnvoll verschiedene in eigenständige, das Gepräge des Sachverhalts verändernde Geschehensabläufe aufgeteilt werden kann, zur Prüfung des Gerichts stellen. Entsprechend dem Grundsatz iura novit curia bleibt es dann dem Gericht überlassen, festzustellen, ob sich in diesem zusammenhängenden Tatsachen-stoff rechtswidrige Handlungen des Beklagten finden, die zu einem Verbot des Gesamtverhaltens führen (BGH GRUR 2011, 1151 -Original Kanchipur; GRUR 2012, 184 -Branchenbuch Berg).

HINWEIS

Der Kläger kann demnach seinen Antrag gegen ein Verhalten des Beklagten, z.B. ein Schreiben, eine Website oder einen Werbespot, insgesamt richten. Das Gericht wird dann feststellen, ob ein Einzelaspekt des Verhaltens des Beklagten rechtswidrig ist, was zu einem Verbot des Gesamtverhaltens führt. Der Antrag des Klägers würde in diesem Fall z.B. lauten wie folgt: "[...] zu unterlassen, nachfolgendendes Schreiben zu verbreiten".

Der Kläger kann aber auch den Streitgegenstand auf bestimmte Aspekte des zusammenhängenden Tatsachenstoffs beschränken, also z.B. eine in einem Schreiben getroffene Aussage oder einen fehlenden Hinweis in einem Werbespot ins Schlaglicht stellen und gezielt überprüfen lassen (BGH GRUR 2013, 401 – Biomineralwasser).

HINWEIS

In diesem Fall muss die Begründung oder – besser – der Sachantrag erkennen lassen, dass nur ein Teilaspekt angegriffen wird, was z.B. wie folgt geschehen kann: "(...) zu unterlassen, den Eindruck zu erwecken, der Beklagte habe bereits einen Vertrag über einen Branchenbucheintrag abgeschlossen, wenn dies geschieht wie nachfolgend wiedergegeben".

In der Praxis erweist sich die erste Variante regelmäßig als untauglich. Der Kläger verliert bei dieser Antragsstellung die Kontrolle darüber, welcher Aspekt der Handlung das Verbot trägt und somit auch zur Grundlage der Zwangsvollstreckung wird. Außerdem hindert die Rechtshängigkeit des gesamten Lebensvorgangs den Kläger daran, vom Gericht nicht zur Grundlage des Verbots gemachte Aspekte der Handlung parallel bzw. erneut anhängig zu machen. Bei nicht begründeten Beschlussverfügungen sowie Anerkenntnisund Versäumnisurteilen (vgl. § 317 Abs. 1 ZPO) bleibt im Dunkeln, auf welchem konkreten Aspekt der Handlung und welcher Rechtsgrundlage das Verbot ruht, sodass sich die Frage nach dem vollstreckbaren Inhalt der Entscheidung stellt. Vorzugswürdig ist es daher. gemäß der Biomineralwasser-Entscheidung deutlich zu machen. konkreten Aspekte vom Gericht geprüft und zum Gegenstand des Verbots gemacht werden

sollen; hierbei können auch im Wege der kumulativen Klagehäufung mehrere Aspekte angeführt werden. Der Kläger nimmt bei dieser Vorgehensweise das Risiko einer Teilabweisung in Kauf, hat es dafür aber in der Hand, das Prozessobjekt, den Umfang der Rechtskraft und den Gegenstand der Vollstreckung zu bestimmen.

V. Antragsformulierung

Die Formulierung eines Unterlassungsantrags zählt zu den schwierigen Aufgaben bei der Prozessvertretung. Während es ein zu eng abgestecktes Unterlassungsbegehren dem Schuldner ermöglicht, den Verbotsbereich des Titels durch geringfügige Änderungen seines Verhaltens zu verlassen, bringt ein zu weit gefasster Antrag Bestimmtheitsprobleme (vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und somit auch das Risiko einer (Teil-)Abweisung der Klage mit sich. Der Antrag steckt den Streitgegenstand

fest und zeichnet vor, was Gegenstand der Zwangsvollstreckung (§ 890 ZPO) werden soll. Erforderlich ist ein bestimmter Antrag auch deshalb, weil es dem Schuldner anderenfalls nicht möglich wäre, sich zu vergewissern, was ihm verboten werden soll bzw. evtl. einsetzen: verboten ist. Um diesen Aufgaben gerecht zu werden, darf der Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass sich der

Schuldner nicht erschöpfend verteidigen kann und evtl. ergänzen: damit die Feststellung, was ihm verboten ist, im Ergebnis dem Vollstreckungsgericht überlassen wäre (BGH GRUR 2019, 813, Rn 23 – Cordoba II).

Diese generellen Anforderungen lassen sich zu folgenden **Regeln und Faustformeln** konkretisieren:

- Obwohl der Unterlassungsanspruch nur zukunftsgerichtet ist, ist bei der Antragsformulierung in die Vergangenheit zu blicken. Das Unterlassungsbegehren ist strikt auf die bereits erfolgte, konkrete Verletzungshandlung zu beschränken bzw. an dieser festzumachen (BGH GRUR 2018, 1161 – Hohlfasermembranspinnanlage II).
- Die Anforderungen an die Bestimmtheit von Anträgen gelten nicht absolut. Sie sind stattdessen in einer Abwägung des Interesses des Klägers an einem effektiven Rechtsschutz gegen das Interesse des Beklagten an erschöpfender Verteidigung, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu bestimmen (BGH GRUR 2017, 79, Rn 24 – Segmentstruktur; GRUR 2003, 228 – P-Vermerk).
- Auslegungsbedürftige Antragsformulierungen sind grds. problematisch. Sie können aber hinzunehmen sein, wenn dies zur Gewährleistung des Rechtsschutzes gegen eine unzulässige geschäftliche Handlung erforderlich erscheint, was die Rechtsprechung insb. bei belästigenden Werbepraktiken angenommen hat (vgl. BGH GRUR 2007, 607, Rn 16 Telefonwerbung für "Individualverträge"). Auslegungsbedürftige Begriffe wie z.B. "ermöglichen" (vgl. BGH GRUR 2019, 813, Rn 26 ff. Cordoba II) oder "benutzen" (in Bezug auf eine Marke, vgl. BGH GRUR 2016, 936, Rn 15 Angebotsmanipulation bei Amazon) sind zumindest dann unschädlich, wenn ihr Sinngehalt aus der Klagebegründung hinreichend deutlich wird.
- Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut der ihnen zugrundeliegenden gesetzlichen Vorschriften wiederholen, sind grds. unbestimmt und somit unzulässig (BGH GRUR 2019, 813, Rn 23 – Cordoba II; GRUR 2007, 607, Rn 16 – Telefonwerbung für "Individualverträge"; NJW 2000, 1792). Dies beruht auf der Überlegung, dass Normtatbestände ihrer Natur nach abstrakt und somit gerade nicht auf den konkreten Einzelsachverhalt zugeschnitten sind.
- In Ausnahmefällen lässt die Rechtsprechung trotzdem gesetzeswiederholende Anträge zu. Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn der Gesetzeswortlaut dem Beklagten ein klares Verbot aufgibt. Die Bestimmtheit kann sich hierbei aus dem eindeutigen Normwortlaut, dessen gefestigter Auslegung oder aus den ergänzenden Angaben des Klägers in der Begründung ergeben. Die Bejahung der Bestimmtheit setzt hierbei allerdings grds. voraus, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgehen, dass das

beanstandete Verhalten das fragliche Tatbestandsmerkmal erfüllt (BGH GRUR 2014, 791, Rn 13 – Teil-Berufsausübungsgemeinschaft).

• Um den Verletzungsgegenstand und die konkreten Beanstandungen zu verdeutlichen, macht es regelmäßig Sinn, die konkrete Verletzungsform bildlich darzustellen (z.B. als Bildschirmablichtung oder Fotokopie der angegriffenen Veröffentlichung) und vorgelagert zu umschreiben, in welcher Hinsicht die Verletzungsform beanstandet wird (z.B. "es zu unterlassen, durch Gestaltung eines Buchtitels den Eindruck zu erwecken, ein Buch enthalte einen vollständigen Abdruck des BGB, wenn dies erfolgt wie nachstehend wiedergegeben"). Allerdings ist es weder zwingend erforderlich, dass der Antrag eine bildliche Wiedergabe des Verletzungsobjekts enthält, noch dass der Antrag eine Umschreibung der Verletzungshandlung vorsieht (BGH GRUR 2013, 951, Rn 11 – Regalsystem; GRUR 2018, 1161 – Hohlfasermembranspinnanlage II).

Aus diesen Faustregeln ergibt sich, dass konturlose, gesetzeswiederholende Formulierungen im Sachantrag möglichst vermieden

werden sollten. Zu solchen Formulierungen hat sich mittlerweile eine breite Judikatur entwickelt:

- Unzulässig sind Sachanträge, die vor die Verletzungsform das Vergleichspartikel "ähnlich wie" ("sich identisch oder ähnlich wie nachstehend wiedergegeben über den Kläger zu äußern") oder andere aufweichende Formulierungen setzen. Eine solche Antragsfassung würde nämlich die Bestimmung der Grenze zwischen "ähnlichen" oder "nicht mehr ähnlichen" Äußerungen dem Vollstreckungsgericht überlassen (vgl. BGH NJW 1991, 1114, 1115).
- Unzulässig kann der Antrag ferner durch scheinbar harmlose Bekräftigungen wie "eindeutig" (BGH GRUR 1978, 652, 653 mini-Preis) und "unübersehbar" (BGH GRUR 1978, 649, 650 Elbe-Markt) werden, weil auch hier dem Vollstreckungsgericht die Frage der Bestimmung überlassen wird, ob im möglichen Wiederholungsfall z.B. ein "eindeutiger" Hinweis vorliegt oder nicht. Wie einzelfallbezogen die Rechtsprechung in diesem Aspekt arbeitet, zeigt eine andere Entscheidung, in der der BGH die Anforderungen "unmissverständlich", "unüberhörbar" und "unübersehbar" für Belehrungen von Verbrauchern für hinreichend bestimmt gehalten hat (BGH GRUR 1999, 1017 Kontrollnummernbeseitigung).
- Schwieriger einzuordnen sind Anträge, die die Darstellung der konkreten Verletzungsform mit dem Adverb "insbesondere" anschließen ("insbesondere, wenn dies geschieht wie folgt"). Im Gegensatz zu "Ähnlich wie"-Anträgen lassen diese Anträge erkennen, dass es sich bei der nachfolgenden Verletzungsform nur um eine Teilmenge des begehrten Verbots handelt. Deshalb sind "Insbesondere"-Anträge zulässig, wenn vor dem "Insbesondere"-Zusatz eine Formulierung steht, die für sich gesehen den Anforderungen an die Bestimmtheit genügt. Ist dies nicht der Fall, so kommt ihre Umdeutung in einen Hilfsantrag in Betracht, wenn sich der "Insbesondere"-

Zusatz als eine Teilmenge der vorangegangenen Umschreibung darstellt (vgl. OLG Koblenz GRUR 1988, 555). Allerdings soll nicht verschwiegen werden, dass mehrere Gerichte von der grundsätzlichen Unzulässigkeit von "Insbesondere"-Anträgen ausgehen (Loewenheim/Rojahn/Rektorschek, Handbuch des Urheberrechts, § 99, Rn 28).

- Als hinreichend bestimmt wurde es angesehen, den Vorspann und die Wiedergabe der Verletzungsform durch Formulierungen wie "wenn dies geschieht wie" (BGH NJW 2019, 781, Rn 9 Presserechtliches Warnschreiben; BGH GRUR 1991, 254, 257 Unbestimmter Unterlassungsantrag I), "mit Aussagen wie" (BGH GRUR 2002, 177, 178 Jubiläumsschnäppchen) oder "wörtlich oder sinngemäß" zu verbinden (BGH GRUR 1977, 114, 115 VUS; OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.12.2020 14 U 124/19, OLG Frankfurt GRUR-RR 2015, 302).
- Bei Unterlassungsklagen wegen Lärmbeeinträchtigungen wird es Klägern von der Rechtsprechung mittlerweile tendenziell abverlangt, ihre Begehren durch Angaben von Phon- oder Dezibel-Zahlen im Sachantrag zu konkretisieren (MüKo/Raff § 1004, Rn 323). Ob dies erforderlich ist, sollte nach den oben dargestellten Grundsätzen daran festgemacht werden, ob sich aus der Klagebegründung ergibt, dass das Begehren eindeutig auf einen bestimmten in Dezibel oder Phon dargestellten Bereich beschränkt ist.

PRAXISTIPP

Klägervertreter sollten ihre Antragsformulierungen sorgfältig erwägen und mit veröffentlichten Entscheidungen abgleichen.

Wann immer dies möglich ist, sollte eine Abbildung der konkreten Verletzungsform in den Antrag aufgenommen werden. Eine solche Abbildung kann Verallgemeinerungen im "Vorspann" ausgleichen und insgesamt dazu beitragen, dass der Antrag dem Bestimmtheitserfordernis genügt.

Ebenso ist darauf Augenmerk zu legen, in der Klagebegründung deutlich zu machen, wogegen sich der Angriff des Klägers richtet, da auch die Begründung zur Auslegung des Antrags herangezogen werden und so zu seiner Bestimmtheit beitragen kann.

VI. Zwangsvollstreckung

Auch bei der Zwangsvollstreckung, § 890 ZPO, ergeben sich für den Unterlassungsanspruch Besonderheiten. Der Wortlaut bildet nicht die Grenze des vollstreckbaren Inhalts eines

Unterlassungstitels. Vielmehr geht der Verbotsumfang eines Unterlassungstitels regelmäßig über dessen Wortlaut hinaus. Nach der zunächst im Wettbewerbsrecht entwickelten, später aber auf zahlreiche andere Gebiete wie z.B. das Patent-, Marken- und

Urheberrecht, aber auch die Wortberichterstattung übertragenen "Kernbereichslehre" "Kerntheorie" ist der vollstreckbare Schutzumfang eines Unterlassungsgebots auch bei einer auf einen bestimmten Einzelfall zugeschnittenen Titulierung, wie z.B. bei einem "Kopierantrag", nicht auf identische Wiederholungsfälle beschränkt. Sie erstreckt sich vielmehr auch auf "kerngleiche" Wiederholungen, nämlich solche Handlungen, die (a) das Charakteristische der ursprünglichen Verletzungshandlung erneut Ausdruck bringen und (b) bereits implizit ausdrücklich oder Prüfungsgegenstand im vorangegangenen Erkenntnisverfahren gewesen sind, also in das Erkenntnisverfahren und die Verurteilung einbezogen wurden (BGH GRUR 2014, 706, Rn 12 -Unterlassungsgebots). Reichweite des Prüfungsgegenstand im vorangegangenen Erkenntnisverfahren sind regelmäßig solche Handlungen, die sich ebenso unter die Begründung der Entscheidung subsumieren lassen wie die ursprüngliche konkrete Verletzungsform. Eine kerngleiche Verletzungshandlung teilt also gewissermaßen das rechtliche Schicksal der konkreten, verbotenen Verletzungshandlung, als wäre auch sie bereits Gegenstand der Prüfung im Erkenntnisverfahren gewesen (KG ZUM-RD 2008, 298, 299).

PRAXISTIPP

Praktiker sollten bei der Feststellung des Verbotsumfangs eines Titels größte Sorgfalt walten lassen. Im Regelfall wird es erforderlich sein, den Mandanten (der ansonsten den Titel beim Wort nimmt) über die Kerntheorie zu informieren und ihm ggf. aufzuzeigen, welche Anpassungen erforderlich sind, um eine Vollstreckung nach § 890 ZPO zu vermeiden. Besondere Gefahren bringen hierbei Unterlassungstitel mit sich, die sich auf potenziell rückrufbare Ware beziehen (vgl. hierzu die obigen Ausführungen und BGH GRUR 2017, 208, Rn 24 – RESCUE-Tropfen; GRUR 2017, 823, Rn 28 f., GRUR 2018, 292 – Produkte zur Wundversorgung).

Als **kerngleich** wurde nach dieser Maßgabe angesehen:

 Eine Lotteriewerbung in einer Zeitung und eine spätere Werbetafel der Lotterie. Hier wurde es als unerheblich angesehen, dass der Urteilstenor ausdrücklich auf die konkrete Abbildung der Zeitungsanzeige Bezug nahm ("wenn dies wie nachstehend abgebildet geschieht"), ein neues Werbemedium gewählt wurde und sich auf diesem neuen Werbemedium kleingedruckte Warnhinweise befanden, die den Unlauterkeitsvorwurf neutralisieren sollten. Maßgeblich war für das Gericht, dass nach wie vor plakativ auf die Gewinnangabe (= Charakteristisches der Verletzungsform) hingewiesen wurde, während die Erwähnung der Suchtgefahr in wesentlich kleinerer Schrift erfolgte (OLG München,



GRUR-RR 2011, 32 – Jackpot-Werbung II).

 Die herangezoomte, bildliche Darstellung einer Person im Zusammenhang mit der Suche nach den "G20-Verbrechern" und die spätere Berichterstattung "...zeigt die Fotos trotzdem – Gericht verbietet Bilder von G20-Plünderin", wenn dort ein größerer Bildausschnitt, in dem die betroffene Person nicht herausgestellt ist,gezeigt wird (OLG Frankfurt, ZUM-RD 2020, 196).

Als **nicht kerngleich** wurde indessen angesehen:

- identifizierende Eine Berichterstattung, Verbot ausweislich deren der sprünglichen Antragsschrift darauf gestützt wurde, dass sich im Zeitpunkt der Berichterstattung kein Verdacht gegen die Gläubigerin richtete, und ein Internetangebot, das zu einem Zeitpunkt veröffentlicht wurde, in dem bereits Ermittlungen gegen die Gläubigerin geführt wurden und in dem darauf hingewiesen wurde, es stehe noch nicht fest, ob der Gläubigerin Vorwürfe zu machen seien (KG ZUM-RD 2008, 298, 299). Das Gericht stellte hier bei der Feststellung des Kernbereichs explizit auch auf eine Veränderung des äußeren Sachverhalts, nämlich der aufgenommenen Ermittlung, ab; nach diesem Verständnis können bei Anwendung der Kerntheorie auch solche Entwicklungen zu berücksichtigen sein, die sonst nur durch eine Vollstreckungsgegenklage, § 767 ZPO, oder – bei Arresten und einstweiligen Verfügungen - im Rahmen von § 927 ZPO zu beachten sind.
- Eine zum Gegenstand der Verurteilung gemachte Bildberichterstattung über eine Person und eine spätere Bildberichterstattung über dieselbe Person. Dies liegt darin begründet, dass es für die Zulässigkeit einer Bildveröffentlichung in jedem Einzelfall einer Abwägung zwischen dem

- Informationsinteresse der Öffentlichkeit und dem Interesse des Abgebildeten an dem Schutz seiner Privatsphäre bedarf, sodass für die Anwendung der Kernbereichslehre kein Raum ist (BGH NJW 2010, 1454, Rn. 7 Bildberichterstattung über minderjährige Kinder Prominenter; LG Frankfurt, ZUM 2019, 71).
- Der Vertrieb eines Werbeblocker-Programms, bei dem die Werbung nur nach betreiberseits vorgegebenen Kriterien und gegen Zahlung eines Entgelts durch die Seitenbetreiber nicht unterdrückt wird, und der Vertrieb eines Werbeblocker-Programms ohne Entgelt, sofern die Entgeltlichkeit in den Tenor des Verbots aufgenommen wurde (OLG Köln GRUR 2018, 863 Adblock-Plus Ordnungsgeld).
- Eine als patentverletzend erkannte Vorrichtung und eine spätere Abwandlung, welche materiell-rechtliche Erwägungen zur Auslegung des Patents und zur Bestimmung von dessen Schutzbereich erfordert, die über die im Erkenntnisverfahren getroffenen Feststellungen und Erwägungen zur Patentverletzung hinaus gehen; dies gilt insbesondere dann, wenn solche Merkmale abgewandelt wurden, zu deren Inhalt und Auslegung das Urteil keine Ausführungen enthält (LG München, Beschl. v. 20.5.2020 - 7 O 5320/18).

Eine weitere vollstreckungsrechtliche Besonderheit ergibt sich bei im Rahmen gerichtlicher Verfahren geschlossener Vergleiche. Unterlassungsverpflichtungen, die in solchen Vergleichen enthalten sind, sind grds. vollstreckbar, § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Die Vollstreckung setzt allerdings eine Ordnungsmittelandrohung voraus, die gem. § 890 Abs. 2 ZPO nicht in dem Vergleich selbst, sondern nur in einem separat zu beantragenden Androhungsbeschluss ausgesprochen werden kann. Diese Möglichkeit einer Vollstreckung nach § 890 Abs. 1 ZPO besteht nicht nur bei

solchen Absprachen, die kein Sanktionsinstrument vorsehen, sondern auch bei Vergleichen, die eine ausdrückliche Sanktion (z.B. ein Vertragsstrafeversprechen) enthalten (BGH GRUR 2014, 909 – Ordnungsmittelandrohung nach Prozessvergleich) ●

PRAXISTIPP

Schuldner sollten bei Prozessvergleichen eine Verpflichtung zur Zahlung von Vertragsstrafe grds. ablehnen oder allenfalls dann akzeptieren, wenn im Vergleichstext klargestellt wird, dass die Unterlassungsverpflichtung nicht vollstreckbar ist.

Hinweis der Redaktion: Der Beitrag erschien in ZAP 5/2021, S. 247 ff. am 2.3.2021.







Bei ELSA-Deutschland e.V. sind über 12.000 Student:innen an 44 Universitäten aktiv. Alle sind Teil der größten Vereinigung von Jurastudent:innen weltweit. Akademisch, berufvorbereitend und international - ob wie hier beim Finale des ELSA Deutschland Moot Courts vor dem Bundesgerichtshof oder bei vielen anderen Projekten, wir ermöglichen Dir den Blick über den Tellerrand. Informiere Dich jetzt!

















Was der anwaltliche Berufsanfänger vom Verwaltungsverfahren wissen muss: Die Klagearten im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Von Rechtsanwalt a.D. Ralf Rödel, Klaipeda

I. Einführung

In Zeiten nahezu unzähliger staatlicher Maßnahmen und Einschränkungen bedingt durch die Corona-Pandemie werden die Verwaltungsgerichte im Moment von einer wahren Flut von Verfahren überrollt. Dies wird sich zumindest mittelfristig nicht ändern und es wird geraume Zeit für die Abarbeitung all dieser Verfahren benötigt werden. Für diejenigen, die sich nicht regelmäßig mit Verwaltungsstreitverfahren befassen, ist jetzt vielleicht ein guter Zeitpunkt, mit diesem Beitrag unter Berücksichtigung neuester

Rechtsprechung Basiswissen zum Verwaltungsprozessrecht aufzufrischen.

Die statthafte Klageart richtet sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO: Das Gericht darf über das Klagebegehren nicht hinausgehen (ne ultra petita), ist aber an die Fassung der Anträge nicht gebunden. Eine Bezeichnung der Klage, etwa als Anfechtungsoder Verpflichtungsklage ist nicht erforderlich und auch nicht üblich; auch wenn eine falsche Bezeichnung unschädlich ist, sollte man darauf verzichten. Gleichwohl muss man sich immer vor Augen führen, was mit der Klage konkret erreicht werden soll. Die Beantwortung dieser Frage gibt letztlich Aufschluss, welche verwaltungsprozessualen Instrumentarien zur Verfügung stehen.

Generell ist zu empfehlen, bei der Prüfung der statthaften Klagearten zunächst zu untersuchen, ob eine Anfechtungs-, Verpflichtungsoder Fortsetzungsfeststellungsklage in Betracht kommt. Ist dies nicht der Fall, muss auf die allgemeine Leistungs- oder Feststellungsklage zurückgegriffen werden. Die richtige Klageart korrespondiert mit der Einhaltung der jeweiligen Prozessvoraussetzungen.

PRAXISTIPP

Zu achten ist v.a. auf eine **korrekte Antragstellung**. Ist der Kläger anwaltlich vertreten, sollte es unter keinen Umständen vorkommen, dass im Tatbestand des Urteils die Formulierung "Der Kläger beantragt sinngemäß (…)" auftaucht. Dies kann durchaus haftungsrechtlich relevant werden, insb. bei einer restriktiven Auslegung eines Klageantrags durch das Gericht.

II. Klagearten

1. Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO

Ziel einer Anfechtungsklage ist die (Teil-)Aufhebung eines belastenden Verwaltungsakts. Es handelt sich dabei um eine Gestaltungsklage. Voraussetzung für eine Aufhebung ist nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Folge ist die Aufhebung des Verwaltungsakts durch das Gericht, § 113 Abs. 1 VwGO. Anfechtungsklagen gibt es auch Finanzgerichtsverfahren (§ 40 Abs. 1 FGO) dort die mit Abstand wichtigste Klageart - und im sozialgerichtlichen Verfahren (§ 54 Abs. 1 SGG).

a) Verwaltungsakt, § 35 VwVfG

Gegenstand der Anfechtungsklage ist nach § 79 Abs. 1 VwGO der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat, bzw. der Abhilfebescheid oder Widerspruchsbescheid, wenn dieser erstmalig eine Beschwer enthält.

Der Widerspruchsbescheid kann auch dann alleiniger Gegenstand der Anfechtungsklage sein, wenn und soweit er gegenüber dem ursprünglichen Verwaltungsakt eine zusätzliche selbstständige Beschwer enthält. Als eine zusätzliche Beschwer gilt auch die Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift, sofern der Widerspruchsbescheid auf dieser Verletzung beruht, § 79 Abs. 2 VwGO.

Teilbare Verwaltungsakte können hinsichtlich der einzelnen Teile angefochten werden. Es



gibt selbstständige und unselbstständige Nebenbestimmungen. Selbstständig sind:

- Auflage, § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG,
- Auflagenvorbehalt, § 36 Abs. 2 Nr. 5
 VwVfG.

Unselbstständige sind:

- unselbstständige Befristung, § 36 Abs. 2
 Nr. 1 VwVfG,
- **Bedingung**, § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG, und
- Widerrufsvorbehalt, § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG.

HINWEIS

Unselbstständige Nebenbestimmungen sind isoliert anfechtbar, sofern sie prozessual und materiell teilbar sind.

b) Rechtsverletzung, § 42 Abs. 2 VwGO

Der Kläger muss geltend machen, durch den angegriffenen Verwaltungsakt oder seine

Ablehnung oder Unterlassung in seinen (subjektiven) Rechten verletzt zu sein, § 42 Abs. 2 VwGO.

HINWEIS

OVG NRW, Beschl. v. 7.12. 2020 - 8 E 563/20, juris Rn 6:

Ein Kläger wendet sich gegen die Errichtung eines Pollers in einer Straße an sich und die damit verbundenen Auswirkungen und will diesen wieder beseitigt haben. Dabei geht es ihm nicht um eine Durchfahrtmöglichkeit mit Kraftfahrzeugen für sich selbst, weil er nicht über ein eigenes Kraftfahrzeug verfügt. Er macht vielmehr geltend, als Fußgänger an dieser Stelle gefährdet zu werden, weil Autofahrer den Poller überführen, den Bürgersteig zur Umfahrung nutzten und wegen des Pfostens regelmäßig gefährliche Wendemanöver durchführten. Für dieses Begehren steht ihm keine Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO zu. Die Verletzung eigener Rechte muss auf der Grundlage des Klagevorbringens möglich erscheinen. Diese Möglichkeit ist dann auszuschließen, wenn offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise subjektive Rechte des Klägers verletzt sein können. Da der Kläger nicht Adressat der von ihm angefochtenen Errichtung des Pollers ist, kommt es darauf an, ob er sich für sein Begehren auf eine öffentlich-rechtliche Norm stützen kann, die nach dem in ihr enthaltenen Entscheidungsprogramm auch ihn als Dritten schützt (vgl. OVG NRW, Urt. v. 23.9.2020 – 8 A 1161/18, juris Rn 50 f., m.w.N.).

c) Widerspruchsverfahren (Anfechtungswiderspruch), § 68 VwGO

Die Durchführung des Widerspruchsverfahrens ist – soweit noch gesetzlich vorgesehen – Sachurteilsvoraussetzung. In verschiedenen Bundesländern wird auf das Erfordernis eines

Widerspruchsverfahrens – zumindest teilweise – verzichtet.

d) Klageantrag

Nach § 113 Abs. 1 VwGO wird im Rahmen einer Anfechtungsklage die vollständige oder teilweise Aufhebung des Verwaltungsakts und des etwaigen Widerspruchsbescheids beantragt.

e) Prüfungsschema

Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts (zuständige Behörde, Ein-haltung von Verfahrensvorschriften, Begrün-dung), Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage, zutreffende Tatsachenfeststellung, Verletzung subjektiver Rechte, Ermessensausübung.

f) Beispiele für Anfechtungsklagen

Untersagung bestimmter Aktivitäten nach dem IfSG,

- Erhebung einer Vergnügungssteuer bei Geldspielgeräten,
- Baunachbarstreit,
- Untersagung der Vermittlung von Sportwetten.

2. Verpflichtungsklage, § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwG0

Streitgegenstand einer Verpflichtungsklage ist der prozessuale Anspruch eines Klägers auf Verurteilung der Behörde, den abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakt erlassen. Ist die Sache nicht spruchreif, ist der Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden, § 113 Abs. 5 VwGO. lm Steuerrecht ist die Verpflichtungsklage in § 40 Abs. 1 FGO geregelt. Auch das Sozialgerichtsgesetz sieht eine Verpflichtungsklage in § 54 Abs. 1 SGG vor.

HINWEIS

OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.12. 2020 – 10 LC 402/18, juris Rn 26:

In Literatur und Rechtsprechung wird die Frage, ob § 113 Abs. 4 VwGO auf die Verpflichtungsklage **analoge Anwendung** finden kann, unterschiedlich beurteilt. Hintergrund der Kontroverse ist, dass der mit dem Annexantrag verfolgte Anspruch ein künftiger Anspruch ist, da er erst entsteht, wenn die Behörde in Erfüllung der gerichtlichen Entscheidung über das Verpflichtungsbegehren den bestandskräftigen Verwaltungsakt zumindest teilweise aufgehoben hat (vgl. auch VGH Hessen, Urt. v. 3.11.2010 – 7 B 1704/10, juris Rn 22).



a) Verwaltungsakt

Eine Verpflichtungsklage kann in Bezug auf alle Arten von Verwaltungsakten erhoben werden. Umstritten ist, ob dies auch für Realakte (z.B. Dienstfahrten, vgl. Zimmerling in: Herberger/ Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 839 BGB [Stand: 17.12.2020] Rn 41) der Fall ist. Während ein Teil der Rechtsprechung dahingehend argumentiert, dass die Entscheidung der Behörde, ob sie den Realakt vornimmt, seinerseits ein Verwaltungsakt sei, wird dies von anderen Teilen unter Hinweis auf den fehlenden Regelungscharakter verneint (bejahend z.B. OVG Lüneburg, Beschl. v. 23.12.2020 - 13 MN 506/20, juris Rn 21 [Kontaktbeschränkungen, Maskenpflicht, Kontaktdatenerhebung], andererseits **OVG** Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 17.11.2020 - 4 0 128/20, juris Rn 6 f. [Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren] und VG Kassel, Urt. v. 26.11. 2020 - 6 K 2433/17.KS, juris Rn 25 [Zu geringe Veranlagung zu einem Straßenbeitrag]).

b) Widerspruchsverfahren (Verpflichtungswiderspruch)

Für die Versagungsgegenklage gelten die o.g. Ausführungen (II. 1. c) entsprechend. Für die Untätigkeitsklage ist bereits wegen § 75 S. 1 VwGO kein Vorverfahren erforderlich.

c) Klageantrag

In dem Antrag auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts ist der Bescheidungsantrag regelmäßig als Minus enthalten (vgl. BVerwG NVwZ-RR 1997, 271, 273 [BVerwG, Urt. v. 4.6.1996 – 4 C 15.95]). Ist aber ein Verpflichtungsantrag gestellt und die Sache nicht spruchreif, wird die Klage insoweit abgewiesen und lediglich zur Bescheidung verurteilt.

d) Abgrenzung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage

Für die Abgrenzung der beiden Klagearten kommt es i.d.R. weniger auf die Statthaftigkeit als vielmehr auf Fragen des materiellen Rechts an. Folgende Fallgruppen sind besonders praxisrelevant:

- Kontingentklagen (Konkurrentenklagen)
- · Zurückstellung von Baugesuchen
- Klagen eines Begünstigten wegen belastender Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts
- Versagung von Sozialleistungen
- Billigkeitsentscheidungen in Abgabesachen.

e) Beispiele für Verpflichtungsklagen

- Erteilung einer versammlungsrechtlichen Genehmigung,
- Herabsetzung einer Zweitwohnungssteuer auf Null,
- Genehmigung eines Versorgungsvertrags,
- Anerkennung als Asylberechtigter,
- Eintragung in die Liste einer Architektenkammer,
- Akteneinsicht,
- Zulassung zu einer Prüfung,
- Beamtenrechtliche Beförderung.

3. Untätigkeitsklage, § 75 VwGO

Die Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO ist eine besondere Form der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage, hingegen keine

besondere Klageart. Dies gilt ebenso für das finanzgerichtliche Verfahren, vgl. § 40 FGO. Im SGG ist die Untätigkeitsklage in § 88 geregelt (zu beachten dort ist die Sechs-Monats-Frist).

a) Ausgangsantrag und Nichtbescheidung

Voraussetzung für die Untätigkeitsklage ist auch unvollständiger zunächst ein (umstritten) - Antrag, der nicht während des Prozesses nachgeholt werden kann und das Fehlen einer sachlichen Entscheidung zur **Hauptsache**. Zwischenentscheidungen und Sachstandsmitteilungen gelten als sachliche Entscheidungen. Die Entscheidung ordnungsgemäß bekanntgegeben muss worden sein.

b) Angemessene Frist

Nach § 75 S. 2 VwGO kann die Klage regelmäßig erst nach drei Monaten seit Widerspruchseinlegung oder Antragstellung erhoben werden, es sei denn, wegen besonderer Umstände des Einzelfalls ist eine

kürzere Frist geboten. **Besondere Umstände des Einzelfalls** können z.B. sein:

- existenzbedrohende Maßnahmen, z.B. Geschäftsschließungen,
- nicht wiedergutzumachende Folgen,
- erhebliche materielle Nachteile.

Die **Drei-Monats-Frist verlängert** sich, wenn die Nichtbescheidung auf einem zureichenden Grund beruht. Das Gericht bestimmt dann eine – verlängerbare – Nachfrist. Ein zureichender Grund in diesem Sinn kann z.B. sein:

- Schwierigkeit der Sache in tatsächlicher Hinsicht,
- kurzfristige Überlastung der Behörde (langfristige Überlastungen müssen durch eine effektive Arbeitsorganisation vermieden werden),
- fehlende Mitwirkung des Klägers, nicht aber ein Abwarten auf eine bevorstehende Gesetzesänderung.

HINWEIS

Im Sozialhilferecht gelten insoweit Besonderheiten.

c) Entscheidung nach Klageerhebung

Entscheidet die Behörde nach Klageerhebung, sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- 1. Klageerhebung vor Ablauf der Sperrfrist,
- 2. Entscheidung innerhalb der Nachfrist,
- 3. Entscheidung nach Ablauf der Nachfrist.

Im ersten Fall erledigt sich der Rechtsstreit und der Kläger hat regelmäßig die Kosten zu tragen. Auch im zweiten Fall tritt Erledigung ein, jedoch fallen die Kosten dem Beklagten zur



Last, wenn der Kläger mit seiner Bescheidung vor Klageerhebung rechnen durfte, § 161 Abs. 3 VwGO. Im dritten Fall führt die verspätete Klaglosstellung nicht zu § 161 Abs. 3 VwGO; es verbleibt vielmehr bei § 161 Abs. 2 VwGO, Kostentragung durch den Beklagten.

HINWEIS

VGH München, Beschl. v. 9.7.2019 – 3 C 19.1218, juris Rn 8:

Eine "Untätigkeitsbeschwerde" sieht die Verwaltungsgerichtsordnung nicht vor; sie ist auch weder von Verfassungs wegen noch nach der Europäischen Menschenrechtskonvention geboten; für sie ist jedenfalls seit Einführung des Entschädigungsanspruchs wegen überlanger Verfahrensdauer (§ 173 S. 2 VwGO i.V.m. §§ 198 ff. GVG) mit dem Inkrafttreten von Art. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24.11.2011 (BGBI I, S. 2302) kein Raum (mehr) (vgl. BVerwG, Beschl. v. 26.10.2016 – 6 PKH 22.16, juris Rn 3; VGH München, Beschl. v. 7.4.2016 – 4 C 16.635, juris Rn 4; Beschl.v. 8.1.2013 – 3 C 11.1707, juris Rn 3).



4. Leistungsklage

Mit einer Leistungsklage wird ein aktives Tun, Dulden oder Unterlassen, das keinen Verwaltungsakt darstellt oder von einem Verwaltungsakt abhängt, begehrt. Die Statthaftigkeit der allgemeinen Leistungsklage wird auch ohne ausdrückliche Regelung in der VwGO nicht bezweifelt. In der FGO ist die Leistungsklage ausdrücklich in § 40 Abs. 1

genannt. Auch das SGG sieht die allgemeine Leistungsklage in § 54 Abs. 5 vor.

a) Vorverfahren und Frist

Die **Durchführung eines Vorverfahrens** ist für eine Leistungsklage **nicht notwendig**; sie ist des Weiteren nicht fristgebunden, vgl. aber § 126 Abs. 3 Nr. 1 BRRG.

b) Klageantrag

Der Antrag der allgemeinen Leistungsklage ist gerichtet auf das **Tun oder Unterlassen**. Bei der Geltendmachung von Zahlungsansprüchen sollte anders als etwa im Zivilprozess auch der Zahlungsgrund und der Leistungszeitraum angegeben werden.

c) Unterlassungsklage

Mit einer Unterlassungsklage wird vorbeugender Rechtsschutz gegen drohende Rechtsverletzungen geltend gemacht. Von einer vorbeugenden Unterlassungsklage

spricht man, wenn die Rechtsverletzung droht, aber noch nicht eingetreten ist.

Das eigentliche Problem von Unterlassungsklagen liegt beim Rechtsschutzbedürfnis. Bei absehbar drohenden Rechtsverletzungen stellt sich die Frage, inwieweit diesen mit den sonstigen verwaltungsprozessrechtlichen Instrumenten effektiv begegnet werden kann (vgl. etwa BVerwGE 54, 211, 215 f.). Reicht dieses Instrumentarium nicht aus, besteht ein qualifiziertes Rechtsschutzinteresse für die Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes.

HINWEIS

VGH München, Beschl. v. 16.7. 2020 – 10 C 20.1417, juris Rn 31:

Einer Klage, die darauf gerichtet ist, eine Erwähnung in künftigen Verfassungsschutzberichten zu verhindern, könnte das erforderliche besondere Rechtsschutzinteresse schon deshalb fehlen, weil eine zukünftige Erwähnung nach ihrem Inhalt und ihren tatsächlichen wie rechtlichen Voraussetzungen noch nicht so weit bestimmt ist, dass eine Rechtmäßigkeitsprüfung möglich wäre (vgl. VGH München, Beschl. v. 30.1.2017 – 10 ZB 15.1085, juris Rn 6).

5. Feststellungsklage, § 43 VwGO

Mit einer Feststellungsklage kann positiv die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses oder die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts oder negativ das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses begehrt werden. Voraussetzung ist ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung, § 43 Abs. 1 VwGO. Viele Pandemiemaßnahmen bzw. deren fehlende Umsetzung werden mit Feststellungsklagen angegriffen.

BEISPIELE

Isolationsverpflichtung (vgl. VG Regensburg, Beschl. v. 4.12.2020 – RO 14 E 20.2978, juris).

Verkleinerung von Schulklassen (VG München, Beschl. v. 30.11.2020 – M 26a E 20.5999, juris Rn 17 f.).

Auch für eine Feststellungsklage ist es erforderlich, dass Tatsachen vorgebracht werden, die die **Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte möglich erscheinen** lassen, um die Möglichkeit von – dem Verwaltungsprozess grds. fremden – Popularklagen auszuschließen. § 42 Abs. 2 VwGO ist daher entsprechend anzuwenden (vgl. BVerwG, Urt. v. 5.4.2016 – 1 C 3.15, BVerwGE 154, 328, juris Rn 16; BVerwG, Beschl. v. 30.7.1990 – 7 B 71/90, juris Rn 4). Die Antragsbefugnis fehlt, wenn ein Antragsteller keine Tatsachen vorträgt, die die Verletzung eigener Rechte möglich erscheinen lassen. Ein Antragsteller kann sich insb. nicht darauf berufen, durch die fehlende Umsetzung der Empfehlung des

Robert-Koch-Instituts (**RKI**) zur Verkleinerung von Schulklassen zur Einhaltung des Mindestabstands von 1,5 m in seinem Recht aus Art. 9 GG verletzt zu sein, da der Schutzbereich dieses Rechts nicht betroffen ist.

HINWEIS

Die **steuerrechtliche Feststellungsklage** ist in § **41 FGO** geregelt. Welche Feststellungsklagen **im Sozialgerichtsverfahren** konkret zulässig sind, ergibt sich aus § **55 SGG**.

a) Rechtsverhältnis

Die Feststellungsklage ist ausschließlich gerichtet auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse nicht verfassungsrechtlicher Art, die nicht anderen Fachgerichtsbarkeiten zugewiesen sind.

Rechtsverhältnis in diesem Sinne sind die rechtlichen Beziehungen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund öffentlichrechtlicher Normen ergeben (vgl. BVerwGE 89, 327, 329). Reine Vorfragen können kein Rechtsverhältnis begründen. Rechtsverhält-

nisse können vergangen, gegenwärtig, zukünftig und bedingt sein. Stehen Teile von Rechtsbeziehungen in Streit, können sich auch daraus Rechtsverhältnisse ergeben (vgl. BVerwGE 92, 172, 174 [BVerwG, Urt. v. 11.3.1993 – BVerwG 3 C 90.90]). Zu nennen sind etwa Leistungspflichten dem Grund und der Höhe nach (BVerwGE 112, 253, 256 [BVerwG, Urt. v. 5.12.2000 – 11 C 6/00]).

BEISPIEL FÜR EIN FESTSTELLUNGSBEGEHREN

Feststellung der Erledigung eines Rechtsstreits nach einseitiger Erledigungserklärung.

b) Feststellungsinteresse

Das berechtigte Interesse des Klägers an der baldigen Feststellung ist eine **qualifizierte** Form des Rechtsschutzbedürfnisses. Das Interesse kann in rechtlicher oder tatsächlicher Art berechtigt sein. Bei vergangenen Rechtsverhältnissen muss eine Wiederholungsgefahr oder ein Rehabilitierungsinteresse bestehen. Nur in Ausnahmefällen ist ein Feststellungsinteresse bei gegenwärtigen Rechtsverhältnissen gegeben.

c) Subsidiarität

Eine Feststellung kann nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO, **Grundsatz der Subsidiarität**. Entsteht die Möglichkeit, Gestaltungs- oder Leistungsklage erst nach Erhebung der Feststellungsklage zu erheben, bleibt diese zulässig (BVerwGE 54, 177, 179). Der Subsidiariätsgrundsatz gilt nicht, wenn die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt wird, § 43 Abs. 2 S. 2

VwGO. Sinn der Subsidiaritätsklausel ist die **einziges gerichtliches Verfahren** (BVerwGE **Konzentration des Rechtsschutzes auf ein** 111, 306, 308 f.).

HINWEIS

VG Köln, Gerichtsbescheid v. 12.10.2020 – 6 K 7086/19, juris Rn 14:

Durch § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO wird der Rechtsschutzsuchende auf die grds. rechtsschutzintensivere Gestaltungs- oder Leistungsklage verwiesen. Sie dient auch dazu, die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen (wie etwa die Fristgebundenheit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage) nicht durch ein Ausweichen auf die Feststellungsklage zu umgehen. Gegenüber diesen Klagearten ist die Feststellungsklage daher subsidiär.

d) Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist eine besondere Form der Feststellungsklage.

HINWEIS

Zusätzlich zu § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO findet sich die Fortsetzungsfeststellungsklage auch in § 100 Abs. 1 S. 4 FGO und in § 131 Abs. 1 S. 3 SGG.

Vor allem im Polizei- und Ordnungsrecht ist diese Klageart von Bedeutung, da sich dringliche und grundrechtsintensive Verwaltungsakte oft nach Klageerhebung erledigen. Hat sich der Verwaltungsakt vorher durch Zurücknahme oder anders erledigt, so spricht das Gericht auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO. Es handelt sich hier um den Fall der Erledigung nach Klageerhebung.

HINWEIS

VG Minden, Urt. v. 14.5.2018 – 11 K 730/17, juris Rn 17:

Eine Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulässig, wenn sich ein ursprünglich angefochtenes Betretungs- und Aufenthaltsverbot zwischenzeitlich durch Zeitablauf zwar erledigt, der Kläger jedoch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat, dass dieser Verwaltungsakt rechtswidrig war; dies gilt insb. für zukünftige, gleichartige Veranstaltungen, etwa Fussballspiele.

Nicht ausdrücklich geregelt ist die vorprozessuale Erledigung eines Verwaltungsakts. Insoweit wird die Vorschrift aber analog angewandt (offen gelassen bzw. zweifelnd: BVerwGE 109, 203 = NVwZ 2000, 63).





BEISPIEL

Feststellung eines Abschiebungsverbots,

Feststellung der Genehmigungsfreiheit einer bestimmten Tätigkeit,

Feststellung der Mitgliedschaft in einer Körperschaft.

6. Normenkontrolle, § 47 VwGO

Das Verfahren der Normenkontrolle sticht aus dem verwaltungsprozessualen Rechtsschutzsystem heraus. Es handelt sich um ein **Antragsverfahren eigener Art.** Der Ausdruck "Normenkontrollklage" ist irreführend, wird aber zuweilen selbst vom BVerwG benutzt. Zutreffend spricht man von einem **Normenkontrollverfahren**.

a) Funktion

Das Normenkontrollverfahren ist durch den **subjektiven Rechtsschutz** und eine **objektive Rechtskontrolle** geprägt (vgl. etwa BVerwGE 64, 77, 79).



HINWEIS

Pschorr, jurisPR-StrafR 24/2020 Anm. 4:

Zentrale **Maßnahmen der Pandemiebekämpfung**, die auf die §§ 28 Abs. 1, 32 S. 1 IfSG gestützt und in schwindelerregendem Tempo angepasst werden, können als Rechtsverordnungen – als materielles Recht – von den einfachen Gerichten überprüft und verworfen werden. Dabei obliegt das Verwerfungsmonopol nicht den Oberverwaltungs-

gerichten im verwaltungsrechtlichen Normenkontrollverfahren. Auch mit verwaltungsrechtlicher Materie nicht regelmäßig befasste Gerichte – insb. Straf- und Ordnungswidrigkeitengerichte – haben die Rechtmäßigkeit von Verordnungen inzident zu prüfen.

b) Antragsbefugnis

Den Antrag kann jede natürliche oder juristische Person, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in

absehbarer Zeit verletzt zu werden, sowie **jede Behörde** innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift stellen, § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO.

HINWEIS

Während bis zum 6. VwGO-ÄndG ein Nachteil für eine Antragsbefugnis ausreichend war, ist nunmehr eine **Rechtsverletzung** geltend zu machen. Anders als ursprünglich befürchtet, hat sich in der Praxis im Wesentlichen nichts geändert. Der Begriff des "Nachteils" wird fast deckungsgleich zu dem der "Rechtsverletzung" gesehen.

c) Antragstellung

Für das Normenkontrollverfahren besteht Anwaltszwang, da es vor dem OVG/VGH geführt wird. Der Hauptantrag sollte inhaltlich § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO folgen: "Die Norm (...) wird für unwirksam erklärt." Der Antrag kann auf Teile einer Rechtsvorschrift beschränkt werden; auch Hilfsanträge sind zulässig (vgl. VGH Mannheim NVwZ 1985, 351). Ein Normenkontrollantrag hat keine aufschiebende Wirkung, weil vorläufiger Rechtsschutz ausschließlich über § 47 Abs. 6 VwGO gewährt wird. Das Antragsrecht kann unter sehr strengen Voraussetzungen verwirkt werden.

Der Antrag ist innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift zu stellen, § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO.

Der Beginn der Jahresfrist hängt bei einem Bebauungsplan allein von dessen Bekannt-machung ab, nicht von seinem Inkrafttreten und auch nicht von der Kenntnisnahme des Antragstellers. Es handelt sich um eine echte Ausschlussfrist ohne die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

HINWEIS

OVG Lüneburg, Urt. v. 26.11.2020 – 2 KN 644/19, juris:

Änderungen oder Neuregelungen einer Rechtsnorm setzen die in einem Normenkontrollverfahren maßgebliche einjährige Antragsfrist nur erneut in Gang, wenn mit der angegriffenen Rechtsvorschrift eine neue oder zusätzliche Beschwer des Betroffenen verbunden ist. Der Umstand, dass der Normgeber die gleichgebliebene Rechtsvorschrift nicht nur aufrechterhält, sondern erneut in seinen Willen aufnimmt, ist für die Frage, ob die Antragsfrist eingehalten worden ist, unerheblich. Etwas anderes gilt nur dann, wenn mit der Neuregelung der mit dem Normenkontrollantrag angegriffenen Regelung erstmals rechtliche Geltung verschafft werden soll.

d) Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab

Eine Normenkontrolle ist statthaft zur Überprüfung von Satzungen, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs erlassen worden sind, sowie von Rechtsverordnungen aufgrund des § 246 Abs. 2 BauGB und von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt, § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO.

HINWEIS

VGH München, Beschl. v. 30.11.2020 – M 26a E 20.5999, juris Rn 15:

Eine analoge Anwendung des § 47 VwGO auf Klagen und Anträge, die sich gegen normgeberisches Unterlassen richten, kommt nicht in Betracht. Die Zuständigkeitsregelungen der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) weisen keine Regelungslücke auf, die im Wege der Analogie geschlossen werden müssten (BVerwG, Urt.v. 7.9.1989 – 7 C 4/89, juris Rn 13).

Satzungen nach dem BauGB können umfassend überprüft werden. Zu nennen sind:

- Bebauungspläne, § 10 BauGB,
- Satzungen zu Veränderungssperren, § 14 BauGB,
- Fremdenverkehrsfunktionssicherungssatzungen, § 22 BauGB,
- Vorkaufsrechtssatzungen, § 25 Abs. 1 BauGB,
- Abrundungssatzungen, § 34 Abs. 4 BauGB,
- Sanierungssatzungen, § 142 BauGB,
- Erhaltungssatzungen, § 172 BauGB,
- übergeleitete Bebauungspläne, § 173 BauGB.

HINWEIS

Umlegungsbeschlüsse oder Umlegungspläne nach den §§ 47, 66 BauGB und Bebauungsplanentwürfe nach § 33 BauGB unterliegen nicht dem Verfahren nach § 47 VwGO. Dies gilt auch für den Nichterlass eines Bebauungsplans (BVerwG Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 31).

Rechtsvorschriften im Range unter dem Landesgesetz können überprüft werden, wenn der Landesgesetzgeber von der Ermächtigung in § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Gebrauch gemacht hat.

Normenkontrollfähige Rechtsvorschriften können z.B. sein:

- Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen,
- Organisationsakte und Organisationsverordnungen,
- Polizeiverordnungen (nur präventivpolizeiliche Maßnahmen),

gerichtliche Geschäftsverteilungspläne (str.).

Nicht normenkontrollfähig sind etwa:

- technische Regelwerke,
- ermessenslenkende oder normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften.

e) Prüfungsreihenfolge Begründetheit

- **1. Passivlegitimation**: normerlassende Körperschaft (§ 47 Abs. 2 S. 2 VwGO),
- 2. Rechtswidrigkeit der angegriffenen Norm,
- Formelle Rechtswidrigkeit:
 - fehlende Zuständigkeit des Normgebers,

- Verstoß gegen Verfahrensrecht (beachte aber: Heilung, Unbeach-tlichkeit),
- Verstoß gegen Formvorschriften (Bekanntmachungserfordernisse).

Materielle Rechtswidrigkeit:

- fehlende oder rechtswidrige Ermächtigungsgrundlage,
- überschreiten oder fehlerhafte Anwendung der Ermächtigungsgrundlage,
- Verstoß gegen höherrangiges Recht.

7. Sonstige Klagearten

Die vorstehende Aufzählung der Klagearten ist nicht abschließend. Die verwaltungsgerichtliche Generalklausel (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) bewirkt, dass der Rechtsschutz gegen hoheitliche Handlungen oder Unterlassungen grds. unabhängig von der Rechtsform des Handelns gewährleistet ist.

a) Organstreitverfahren

Körperschaftsinterne Organstreitigkeiten waren bis Ende der 1960er Jahre nicht Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Prozesse. Ihnen stand der Einwand des In-Sich-Prozesses entgegen. Diese Auffassung wird nicht mehr vertreten. Ein In-Sich-Prozess liegt nicht vor, wenn die streitenden Parteien eigene organschaftliche Rechte oder Organverwalterrechte besitzen, die ihnen als subjektiv-

öffentliche Rechte und damit als wehrfähige Kompetenzen durch die Rechtsordnung zugewiesen sind. In der anwaltlichen Praxis tauchen solche Verfahren höchst selten auf, von einer vertiefenden Darstellung wird daher abgesehen.

b) Vollstreckungsabwehrklage (§ 167 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 767 ZPO)

Von den Gestaltungsklagen erlangt im Verwaltungsprozess lediglich die Vollstreckungsgegenklage praktische Bedeutung (Bosch/Schmidt/Vondung, Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren, 9. Aufl. 2012 Rn 901). Mit **Gestaltungsklage** wird dieser Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungstitel für unzulässig erklärt. Zu diesem Zweck müssen materiell-rechtliche Einwendungen gegen den Anspruch, der durch das Urteil festgestellt wurde, geltend gemacht werden. Dazu zählen Erfüllung, Verzicht, Verwirkung oder nachträgliche Legalisierung.

HINWEIS

VG Stuttgart, Beschl. v. 3.7.2020 - 17 K 3162/20, juris Rn 9 f.:

Die Entscheidung über die Einstellung der Zwangsvollstreckung bis zum Erlass des Urteils über die in den §§ 767, 768 ZPO bezeichneten Einwendungen ist in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt. Die Zwangsvollstreckung ist nicht schon dann einzustellen, wenn die erhobene Vollstreckungsabwehrklage nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Die Verwaltungsgerichte befinden nicht selten über Lebenssachverhalte und darauf gegründete Rechtsbeziehungen, die steter Wandlung unterliegen (*Guckelberger* NVwZ 2004, 662, 668 m.w.N.). Allerdings führt auch im Verwaltungs(prozess)recht nicht jede Gesetzesänderung dazu, dass die Voll-streckung eines titulierten Anspruchs unzu-lässig wird. Zu prüfen ist vielmehr, ob sich die Rechtsänderung auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs auswirkt.

Festzuhalten bleibt somit für die Vollstreckungsabwehrklage im Zivil- und Verwaltungsprozessrecht, dass sich im Gegensatz zum Einwand der Erfüllung, der stets eine relevante Einwendung i.S.d. § 767 ZPO begründet, bei einer nachträglichen Rechtsänderung nicht pauschal sagen lässt, sie führe zum Erfolg einer Vollstreckungsabwehrklage. Insoweit kommt es entscheidend auf den Inhalt der titulierten Forderung sowie den zeitlichen Anwendungsbereich der neuen Rechtsvorschrift an (Guckelberger a.a.O.).

c) Drittwiderspruchsklage (§ 167 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 771 ZPO)

Drittwiderspruchsklagen sind auch im Verwaltungsprozess nach allgemeinen Regeln zulässig.

HINWEIS

VG Magdeburg, Urt. v. 24.10.2018 - 9 A 194/17, juris Rn 14:

Begehrt ein Nichtbeteiligter an einem Verwaltungszwangverfahren ausdrücklich die Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung (Erlass einer Pfändungs- und Einziehungsverfügung), so ist dafür der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Dem steht auch nicht entgegen, wenn er sich zur Begründung allein auf solche Einwendungen stützt, die auch Gegenstand einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO sein können.

d) Abänderungsklage (§ 173 VwGO i.V.m. § 323 ZPO)

Die Abänderungsklage kommt im Verwaltungsprozess für Leistungsurteile im engeren Sinne und entsprechende Vergleiche in Betracht. Die Voraussetzungen orientieren sich an § 323 ZPO.

a) Zulässigkeit

Mehrere Klagebegehren können vom Kläger kumulativ in einer Klage zusammen verfolgt werden, wenn sie sich gegen denselben Beklagten richten, im Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist, § 44 VwGO (gleichlautend § 43 FGO und § 56 SGG).

8. Objektive Klagehäufung

HINWEIS

VG Schleswig-Holstein, Urt. v. 30.9.2020 - 4 A 200/14, juris Rn 58:

Sukzessive Klagehäufungen sind **zulässige Klageänderungen** nach § 91 Abs. 1 VwGO, vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 13.8.2004 – 7 B 68.04.

b) Stufenklage

Im Verwaltungsprozessrecht ist eine **Stufenklage** grds. **unzulässig**. **Ausnahmen**

davon enthält § 113 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 VwGO, sog. **Annex-Antrag**.



HINWEIS

VG Cottbus, Urt. v. 7.10.2020 - 6 K 1564/16, juris Rn 54:

Die Verbindung eines auf Folgenbeseitigung gerichteten Antrags mit einer Anfechtungsklage ist zulässig, ohne dass insoweit ein Verwaltungsverfahren stattgefunden haben muss. Es handelt sich um einen bundesrechtlich geregelten Fall der Stufenklage, der leerlaufen würde, wenn die Rückzahlung gezahlter Beiträge von einem vorherigen Verwaltungsverfahren abhängig gemacht würde (vgl. auch VG Cottbus, Urt. v. 11.8.2016 – 6 K 911/13, S. 11 d. EA.; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 15.12.2009 – 1 L 167/08, juris Rn 30; VG Koblenz, Urt. v. 11.12.2000 – 8 K 1417/00.KO, juris Rn 30).

Zwei Fälle der Stufenklage sind zu unterscheiden:

- Ist der Verwaltungsakt schon vollzogen, so kann das Gericht auf Antrag auch aussprechen, dass und wie die Verwaltungsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat, § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO.
- Kann neben der Aufhebung eines Verwaltungsakts eine Leistung verlangt werden, so ist im gleichen Verfahren auch die Verurteilung zur Leistung zulässig, § 113 Abs. 4 VwGO.

HINWEIS

VG Potsdam, Urt. v. 29.1.2020 - 13 K 6500/17, juris Rn 33:

Ein Jagdgenosse hat Anspruch auf Akteneinsicht in die Unterlagen der Jagdgenossenschaft, die er benötigt, um seinen Anteil am Reinertrag der Jagdausübung zu beziffern und gerichtlich geltend zu machen. Dies kann er im Wege einer Stufenklage verfolgen.

c) Haupt- und Hilfsantrag

Echte Hilfsanträge sind nur zulässig, wenn der Hauptantrag erfolglos bleibt. Unechte Eventualanträge kommen lediglich gem. § 173 VwGO,

§ 259 ZPO (Klage auf künftige Leistung bei Besorgnis der Nichterfüllung) bei Leistungseinschließlich Verpflichtungsklagen in Betracht.

HINWEIS

Wahlweise gestellte Anträge sind grds. unzulässig, da diese nicht hinreichend bestimmt sind und somit gegen § 82 Abs. 1 S. 2 VwGO verstoßen.

III. Hinweise für die Praxis

Das verwaltungsgerichtliche Verfahren unterscheidet sich ganz erheblich vom Zivilprozess. verwaltungsgerichtliche Klagebegründung kann sich regelmäßig nicht auf die Darstellung des Sachverhalts beschränken. In jedem Fall empfehlenswert sind - ggf. auch Rechtsausführungen streitentscheidenden Fragen. Und sofern man zur Vorbereitung einer Klage ohnehin schon Rechtsprechung gesichtet hat, kann der ein oder andere Hinweis auf obergerichtliche Rechtsprechung nicht schaden. Auch wenn immer wieder zu hören ist, der Wahl der richtigen Klageart komme im Verwaltungsprozessrecht keine besondere Bedeutung zu, sollten die vorstehenden Ausführungen deutlich gemacht haben, dass eine echte Durchdringung des Streitstoffs nur möglich ist, wenn man sich zuvor klargemacht hat, was eigentlich gewollt ist, im Sinne der zutreffenden Klageart und eines korrekten Antrags. Die besten Ausführungen zum materiellen Recht

verlieren unter Umständen an Bedeutung, wenn man sich prozessual auf dünnes Eis begibt. Die VwGO geht in ihrer Konzeption davon aus, dass das Begehren des Klägers in einer bestimmten Rechtsschutzform, nämlich in der richtigen Klageart, geltend gemacht und das Klagebegehren genügend präzisiert werden muss.

Der Vollständigkeit halber sei noch auf die Möglichkeit der **Widerklage** hingewiesen. Voraussetzung ist, dass der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln zusammenhängt, § 89 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Eine Widerklage ist hingegen ausgeschlossen bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen und wenn in den Fällen des § 52 Nr. 1 VwGO für die Klage wegen des Gegenanspruchs ein anderes Gericht zuständig ist.

HINWEIS

Für alle Klagen gilt, dass sie den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen müssen. Sie sollen einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben, die angefochtene Verfügung und der Widerspruchsbescheid sollen in Abschrift beigefügt werden, vgl. § 82 Abs. 1 VwGO.



Im Unterschied zu zivilrechtlichen Klagen wird die Streitsache bereits **mit Erhebung der Klage** und nicht erst mit Zustellung an den Klagegegner **rechtshängig**, § 90 Abs. 1 VwGO.

Das weitere Verfahren nach Klageerhebung ist in den §§ 87 ff. VwGO detailliert geregelt. Das Gericht entscheidet über die Klage durch **Urteil, Zwischenurteil oder Teilurteil**. Das Gericht kann ohne mündliche Verhandlung durch Gerichtsbescheid entscheiden, wenn die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsäch-

licher oder rechtlicher Art aufweist und der Sachverhalt geklärt ist, § 84 Abs. 1 S. 1 VwGO. Der Gerichtsbescheid wirkt als Urteil, § 84 Abs. 3 VwGO.

Um den Rechtsstreit vollständig oder zum Teil zu erledigen, kann ein (widerruflicher) **Vergleich** abgeschlossen werden, soweit die Verfahrensbeteiligten über den Gegenstand des Vergleichs verfügen können, § 106 S. 1 VwGO. Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Beteiligten einen in der Form eines Beschlusses ergangenen Vorschlag des Gerichts, des Vorsitzenden oder des Berichterstatters schriftlich gegenüber dem Gericht annehmen.

Dieser Beitrag besteht aus zwei Teilen. Teil 1 erschien in ZAP 3/2021, S. 143 ff. am 3.2.2021 und Teil 2 erschien in ZAP 5/2021, S. 255 ff. am 2.3.2021.

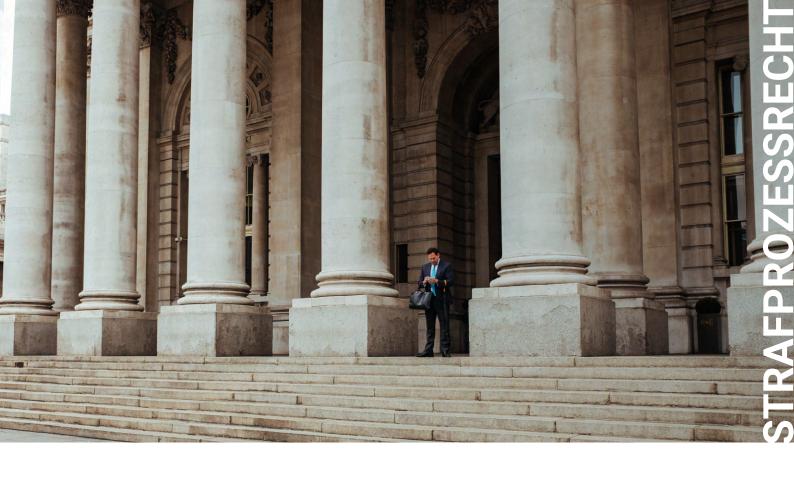
DEIN STAATSEXAMEN. DEIN JURCASE. DEINE ENTSCHEIDUNG.



DIE NUMMER 1 BEI DER VERMIETUNG VON GESETZESTEXTEN UND KOMMENTAREN!



WWW.JURCASE.COM



Verfahrenstipps und Hinweise für Strafverteidiger

Von Rechtsanwalt Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

I. Hinweise

Seit Mitte Januar 2021 befindet sich der von der Bundesregierung eingebrachte "Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung Vorschriften" weiterer im Gesetzgebungsverfahren. Mit dem Vorhaben soll - so der Entwurf - das Strafverfahren den sich wandelnden gesellschaftlichen und technischen Rahmenbedingungen unter Wahrung Aufgaben der Strafrechtspflege (Aufklärung von Straftaten. Ermittlung des Täters. Feststellung von Schuld und Bestrafung, Freispruch von Unschuldigen) angepasst werden (BR-Drucks. 57/21, S. 1).

Es ist hier nicht der Platz auf alle Einzelheiten der geplanten Änderungen einzugehen, zumal auch nicht absehbar ist, wann und vor allem welche Änderungen kommen. Daher soll hier nachfolgend nur ein **Überblick** gegeben werden.

Änderungen im Recht des Ermittlungsverfahrens:

• In einem neuen § 95a StPO soll die Möglichkeit einer "heimlichen Beschlagnahme" eingeführt werden, indem bei einer richterlichen Beschlagnahme eines Gegenstands, der sich im Gewahrsam einer nichtbeschuldigten Person befindet, die Benachrichtigung des Beschuldigten zurückgestellt werden kann, um sonstige verdeckt geführte Ermittlungsmaßnahmen nicht zu gefährden. Um dieser Möglichkeit

auch bei der Durchsuchung nach § 103 StPO einen Anwendungsbereich zu eröffnen, hat man auch in § 110 StPO Folgeänderungen vorgenommen (vgl. BR-Drucks 57/21, S. 63 ff., 78 ff.).

- Die Befugnis zur Postbeschlagnahme nach § 99 StPO soll um ein "Auskunftsverlangen" in einem neuen Abs. 2 ergänzt werden (zur Postbeschlagnahme Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl., 2019, Rn 3540 [im Folgenden kurz: Burhoff, EV]).
- In § 104 Abs. 3 StPO soll der Begriff der Nachtzeit vereinheitlicht werden, und zwar einheitlich auf die Zeit zwischen 9 Uhr abends und 6 Uhr morgens (dazu BVerfG, Beschl. v. 12.3.2019 2 BvR 675/14, NJW 2019, 1428; Burhoff, EV, Rn 1763; BR-Drucks 57/21, S. 77 f.).
- In § 114b StPO soll in S. 1 die Belehrung des verhafteten Beschuldigten an die Hinweispflichten in §§ 136 Abs. 1, 163a StPO und in S. 3 an die in §§ 186 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 GVG angepasst werden (BR-Drucks 57/21 S. 83 f.). In § 114b Abs. 2 StPO werden die Belehrungspflichten betreffend Bestellung eines Pflichtverteidigers und der Akteneinsicht erweitert (s. BR-Drucks 57/21, S. 83 f.; Burhoff, EV, Rn 4863 ff., 5117 ff.).
- Bei den **Vernehmungen** sind folgende Änderungen vorgeschlagen (RefE, S. 61 ff.; zu Vernehmungen allgemein *Burhoff*, EV, Rn 4374 m.w.N.):
 - Die Belehrungspflicht des § 136 StPO wird ebenfalls erweitert. Der Beschuldigte soll nicht mehr nur vor der ersten Vernehmung, über den Tatvorwurf, die Aussagefreiheit und die Verteidigerkonsultation hingewiesen, sondern bei jeder Vernehmung.
 - In einem neuen § 136 Abs. 3 StPO soll auf § 58b StPO verwiesen und damit ausdrücklich geregelt werden, dass im Ermittlungsverfahren für polizeiliche, staatsanwaltschaftliche wie auch richterliche Vernehmungspersonen die Möglichkeit besteht, einen Beschuldigten in geeigneten Fällen im Wege der Bild- und Tonübertragung zu vernehmen.
 - Schließlich soll in § 163a Abs. 5 StPO klargestellt werden, dass hör- oder sprachbehinderten Beschuldigten das Recht zusteht, auch im Rahmen ihrer staatsanwaltschaftlichen oder polizeilichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren die in § 186 GVG vorgesehenen Kommunikationshilfen in Anspruch zu nehmen.
- In einem **neuen § 163g StPO** will man die Befugnis zur "Automatischen Kennzeichenerfassung zu Fahndungszwecken" im öffentlichen Verkehrsraum schaffen (BR-Drucks. 57/21, S. 90 f.).

- Im Zusammenhang mit der Einführung der elektronischen Akte waren Klarstellungen erforderlich. So soll z.B. durch eine Streichung in § 32b Abs. 1 S. 2 StPO klargestellt werden, dass auf lediglich schriftlich abzufassenden Dokumenten künftig keine qualifizierten elektronischen Signaturen angebracht werden müssen. Die nach § 32e Abs. 3 S. 2 StPO bei der Übertragung mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehene Schriftstücke sollen künftig ausdrücklich auf handschriftlich unterzeichnete staatsanwaltschaftliche und gerichtliche Schriftstücke begrenzt werden. Zudem soll § 32f StPO betreffend die Form der Gewährung von Akteneinsicht dahin ergänzt werden, dass künftig gleichrangig neben der Bereitstellung des Inhalts der Akten zum Abruf über ein Akteneinsichtsportal die Möglichkeit der Übermittlung des Inhalts der Akten auf einem sicheren Übertragungsweg i.S.d. § 32a Abs. 4 StPO tritt (dazu BR-Drucks 57/21, S. 55 ff.).
- In einem neuen § 373b StPO soll in Umsetzung der EU-Richtlinie 2012/29/EU vom 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI (Opferschutzrichtlinie, ABI. L 315 v. 14.11.2021, S. 57) der "Begriff des Verletzten" definiert werden. Vorgesehen ist dort aber nur eine Definition des Verletzten für die StPO. Als Verletzte i.S.d. StPO sollen diejenigen anzusehen sein, "die durch die Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, in ihren Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden sind oder unmittelbar einen Schaden erlitten haben". Verletzten gleichgestellt werden der Ehegatte bzw. der Lebenspartner, der in einem gemeinsamen Haushalt lebende Lebensgefährte, die Verwandten in gerader Linie, die Geschwister und die Unterhaltsberechtigten und eine Person, deren Tod eine direkte Folge der Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, gewesen ist (zu allem BR-Drucks 57/21, S. 1091 ff.; Burhoff, EV, Rn 2526).
- In § 68 StPO soll in S. 1 und 2 klargestellt werden, dass bei der Vernehmung eines Zeugen im Ermittlungsverfahren grds. die vollständige Anschrift festzustellen ist, während in der Hauptverhandlung und in richterlichen Vernehmungen in Anwesenheit des Beschuldigten die vollständige Anschrift von Zeugen grds. nicht (mehr) abgefragt wird, sondern nur deren Wohn- oder Aufenthaltsort (BR-Drucks 57/21, S. 60 f.).
- Neu gefasst werden soll in § 168 S. 3 StPO bzw. in § 168a StPO die Art der Protokollierung richterlicher und/oder ermittlungsbehördlicher Untersuchungshandlungen (BR-Drucks 57/21, S. 97 ff.; Burhoff, EV, Rn 4374 ff. m.w.N.).
- In § 168c Abs. 5 S. 3 StPO ist eine Stärkung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers vorgesehen. Danach soll die Benachrichtigung des Verteidigers von der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten nur (noch) unterbleiben, wenn sie den Untersuchungserfolg erheblich gefährden würde (BR-Drucks 57/21, S. 104 f.; Burhoff, EV, Rn 4374 m.w.N.).

 Schließlich ist in § 74c Abs. 1 Nr. 5a GVG eine Erweiterung der Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer auf die Fälle der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, der Bestechung im Gesundheitswesen, der Bestechlichkeit und der Bestechung ausländischer und internationaler Bediensteter sowie nach dem Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung erweitert (dazu BR-Drucks 57/21, S. 132 f.).

II. Ermittlungsverfahren

1. Durchsuchung

Aus dem Bereich der Durchsuchung ist auf zwei neuere landgerichtliche Entscheidungen hinzuweisen.

a) Anonyme Anzeige als Grundlage einer Durchsuchung

Das LG Hildesheim hat noch einmal zur Anordnung von Durchsuchungen aufgrund einer anonymen Anzeige Stellung genommen (LG Hildesheim, Beschl. v. 27.10.2020 – 26 Qs 61/20, StRR 12/2020, 2 [Ls.]). Das Landgericht weist darauf hin, dass Angaben anonymer Hinweisgeber als Verdachtsquelle zur Aufnahme weiterer Ermittlungen nicht generell ausgeschlossen sind. Ein solcher pauschaler Ausschluss widerspräche dem zentralen Anliegen des Strafverfahrens, nämlich der Ermittlung der materiellen Wahrheit in einem justizförmigen Verfahren als Voraussetzung

für die Gewährleistung des Schuldprinzips. Bei anonymen Anzeigen müssen die Voraussetzungen des § 102 StPO im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten aber wegen der erhöhten Gefahr und des nur schwer bewertbaren Risikos einer falschen Verdächtigung besonders sorgfältig geprüft werden. Bei der Prüfung des Tatverdachts und der Verhältnismäßigkeitsabwägung seien insb. der Gehalt der anonymen Aussage sowie etwaige Gründe für die Nichtoffenlegung der Identität der Auskunftsperson in den Blick zu nehmen. Als Grundlage für eine stark in Grundrechtspositionen eingreifende Zwangsmaßnahme – wie eine Durchsuchung – könne eine anonyme Aussage nur genügen, wenn sie von beträchtlicher sachlicher Qualität ist oder mit ihr zusammen schlüssiges Tatsachenmaterial vorgelegt worden ist (BVerfG StRR 10/2016, 8).

Das hat das Landgericht im entschiedenen Fall verneint.

HINWEIS

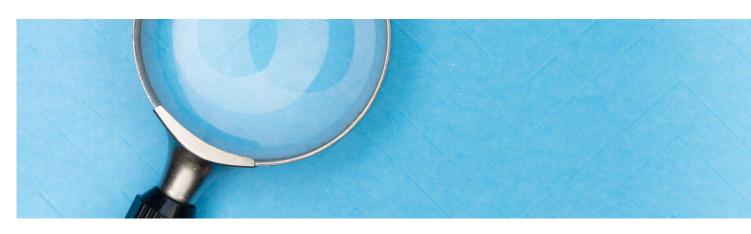
Der Beschluss macht noch einmal deutlich, dass anonyme Anzeigen als Grundlage einer Durchsuchungsanordnung nur taugen, wenn sie durch entsprechende Tatsachen untermauert sind. Die anonyme Anzeige allein dürfte i.d.R. nicht ausreichen. Und: Die Grundlage der Durchsuchungsanordnung muss auf jeden Fall besonders sorgfältig geprüft werden (BVerfG, a.a.O.; LG Augsburg wistra 2018, 96; LG Bad Kreuznach StraFo 2015, 64; LG Bremen StraFo 2009, 416; LG Karlsruhe StraFo 2005, 420; LG Offenburg NStZ 1997, 626; LG Regensburg StV 2004, 198 [Ls.]; LG Stuttgart StRR 2008, 322 [Ls.], AG Bautzen StraFo 2015, 20). In der Rechtsprechung wird darüber hinaus z.T. davon ausgegangen, dass eine anonyme Anzeige überhaupt keine Durchsuchungsgrundlage sein könne (u.a. LG Bad Kreuznach, LG Stuttgart, AG Bautzen [BVV], jew. a.a.O.). Soweit ist das LG Hildesheim aber nicht gegangen.

b) Aufklärung persönlicher Verhältnisse für die Festsetzung der Tagessatzhöhe

An die Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung Wohnung, die ausschließlich Feststellung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse eines Angeklagten im Rahmen der Festsetzung der Tagessatzhöhe dient, sind strenge Anforderungen zu stellen. Eine solche Durchsuchung ist allenfalls in Ausnahmefällen zulässig. So hat das LG Bonn (Beschl. v. 28.10.2020 - 50 Qs 36/20, StRR 2/2021, 2 [Ls.]) entschieden. Das begründet das Landgericht damit, dass § 40 Abs. 3 StGB ausdrücklich die Möglichkeit einer Schätzung der Einkünfte vorsieht (OLG Brandenburg, Beschl. v. 23.11.2009 - 1 Ss 104/09; OLG Dresden StraFo 2007, 329 f.; OLG Jena, Beschl. v. 12.2.2009 - 1 Ss 160/08). Eine solche Durchsuchung sei daher allenfalls in eng begrenzten Ausnahmefällen denkbar, wenn anhand der zur Verfügung stehenden Beweismittel eine Schätzung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht möglich sei. Das sei hier aber nicht der Fall gewesen. Es habe bis zum Hauptverhandlungstermin noch ausreichend Zeit für die Einholung einer behördlichen Auskunft der BaFin oder der Deutschen Rentenversicherung als naheliegendem Aufklärungsansatz bezüglich der Erwerbstätigkeit des Angeklagten zur Verfügung gestanden. habe die als Zeugin Lebensgefährtin zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Angeklagten vernommen werden können. Ferner seien als Schätzungsgrundlage zum Durchschnittseinkommen von Arbeitnehmern die allgemein zugänglichen Veröffentlichungen der Statistischen Bundes- und Landesämter verfügbar gewesen. Zwar sei es Aufgabe des erkennenden Gerichts, sich von Werdegang und Lebensverhältnissen eines Angeklagten Kenntnis zu verschaffen, da dies für eine an anerkannten Strafzwecken ausgerichtete Strafzumessung wesentlich sei. Verweigere der Angeklagte in der Hauptverhandlung Angaben dazu, sei das Gericht zwar verpflichtet, sich um die Aufklärung zu bemühen. Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes seien aber zunächst die weniger grundrechtsrelevanten Ermittlungsansätze der Zeugenvernehmung und Behördenauskünfte zu verfolgen (gewesen).

HINWEIS

Ich bin kein Freund von vorschnellen **Ablehnungsanträgen** (§§ 24 ff. StPO). Wird allerdings vorschnell eine Durchsuchung angeordnet, wovon nicht nur das Wohnungsgrundrecht des Angeklagten betroffen ist, sondern letztlich auch das Schweigerecht, wird man dem Gedanken an einen solchen Antrag schon nähertreten können. Denn Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Gerichts sind in einem solchen Fall sicherlich berechtigt.



2. Terminsverlegung wegen Corona?

Corona/COVID-19 ist in der täglichen Arbeit der Gerichte angekommen. Die Praxis hat insb. in Zusammenhang mit der Durchführung von Hauptverhandlungen mit dem Virus zu kämpfen. Dazu ist auf zwei Entscheidungen hinzuweisen (vgl. a. noch III. 2. und 3):

Dem im Eilverfahren ergangenen Beschluss des BVerfG (v. 16.11.2020 - 2 BvQ 87/20, NStZ-RR 2021, 19) lag die Ablehnung eines Antrags auf Aufhebung mehrerer Hauptverhandlungstermine vor dem LG Bonn zugrunde. Der 77 Jahre alte Angeklagte hatte geltend gemacht, er sei gesundheitlich angeschlagen. Er hatte auf zahlreiche Atteste und Stellungnahmen sowie ein Gutachten eines rechtsmedizinischen Sachverständigen verwiesen. Danach bestanden beim Angeklagten Vorschädigungen der Lunge; der linke Lungenoberlappen war ihm im Jahr 1967 nach einer Lungentuberkuloseerkrankung entfernt worden. Der Angeklagte litt weiter unter einer dauerhaft verringerten Nierenfunktion, leichtem - gut eingestelltem - Bluthochdruck und an der Autoimmunerkrankung Morbus Basedow. Die Autoimmunerkrankung bewirkte bei ihm eine krankhafte Schilddrüsenüberfunktion und eine blasenbildende Hauterkrankung. Die Gehfähigkeit des Angeklagten war arthrosebedingt eingeschränkt. Im Jahr 2012 war er zudem an Darmkrebs erkrankt. Der Tumor konnte komplett entfernt werden. Tochtergeschwülste wurden bislang nicht festgestellt.

Im Zwischenverfahren hatte der Angeklagte unter Vorlage entsprechender Atteste auf diese Vorerkrankungen hingewiesen. Die Strafkammer hatte im Oktober 2020 das Verfahren gegen den Angeklagten abgetrennt, da die Durchführung einer Hauptverhandlung mit vier Angeklagten unter Corona-Bedingungen angesichts der angezeigten Schutzmaßnahmen zugunsten einzelner Verfahrensbeteiligter unverhältnismäßig aufwendig wäre. Die Kammer hatte

klargestellt, sie beabsichtige nach Möglichkeit, die Verhandlung gegen den Angeklagten vorzuziehen. Mit demselben **Beschluss** eröffnete sie das Hauptverfahren gegen den und ließ die Anklage zur Antragsteller Hauptverhandlung zu. Der Kammervorsitzende hat Termin zur Hauptverhandlung auf den 17.11.2020 und weitere Termine zur Fortsetzung der Hauptverhandlung bis Anfang Januar 2021 bestimmt. Die Terminsladung enthielt Hinweise auf die Pflichten bei der Wahrnehmung von Terminen angesichts der COVID-19-Pandemie. Der Angeklagte hat dann die Aufhebung der Termine beantragt. Die Strafkammer hat einen Sachverständigen mit der Begutachtung des Angeklagten und der vorgesehenen Hygienekonzepte beauftragt. Letztlich hatte der Sachverständige keine Durchführung Bedenken gegen die Hauptverhandlung, wenn das Hygienekonzept beachtet und teilweise verschärft werde. Die Kammer hat daraufhin den Verlegungs-/ Aufhebungsantrag zurückgewiesen. Dagegen richtete sich dann der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das BVerfG.

Das **BVerfG** (Beschl. v. 16.11.2020 - 2 BvQ 87/20, NStZ-RR 2021, 19) hat den Antrag auf einstweiligen **Erlass** einer Anordnung zurückgewiesen. In dem Zusammenhang führt es u.a. aus, dass dann, wenn angesichts des Gesundheitszustands eines Beschuldigten ernsthaft zu befürchten sei, dass er bei Fortsetzung des Strafverfahrens sein Leben einbüßen oder schwerwiegenden Schaden an seiner Gesundheit nehmen würde, zwischen der Pflicht des Staates zur Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem Grundrecht des Beschuldigten (Art 2 Abs. 2 S. 1 GG) ein Spannungsverhältnis entstehe. Der Konflikt sei, sofern dies nicht eine Aufopferung des Lebens verlange, nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch Abwägung der widerstreitenden Interessen zu lösen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.6.2017 - 2 BVR 1313/17, auch schon zu Corona BVerfG, Beschl. v. 19.5.2020 - 2 BvR

483/20 - NJW 2020, 2327). Bestehe die naheliegende, konkrete Gefahr, dass Beschuldigte bei Durchführung der Hauptverhandlung sein Leben einbüßen oder schwerwiegenden Schaden an seiner Gesundheit nehmen würde, so verletze ihn die Fortsetzung des Strafverfahrens in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (vgl. BVerfG, a.a.O.). Soweit ein Gericht Maßnahmen ergreift, um einer zu befürchtenden Schädigung entgegenzuwirken, komme ihm bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten ein erheblicher Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfG, a.a.O.). Es sei aber kein vollkommener Schutz vor jeglichen Gesundheitsgefahren geboten (BVerfG, a.a.O.).

Letztlich hat das BVerfG (Beschl. v. 16.11.2020 – 2 BvQ 87/20, a.a.O.) diese Fragen aber nicht entschieden, sondern den Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 32 BVerfGG) wegen Unzulässigkeit abgelehnt. Es hat darauf hingewiesen, dass der Rechtsweg nicht erschöpft sei. Werde eine strafprozessuale Terminsbestimmung angegriffen, so gehöre die Beschwerde gem. §§ 304 ff. StPO zum vorrangig zu erschöpfenden fachgerichtlichen

Rechtsweg, wenn - wie hier - geltend gemacht werde, die Terminsanordnung sei rechtswidrig, weil das Gericht das ihm zustehende Ermessen fehlerhaft ausgeübt habe und in dieser fehlerhaften Ausübung eine besondere, selbstständige Beschwer liege. In diesem Fall stehe § 305 S. 1 StPO der Zulässigkeit der Beschwerde nicht entgegen (vgl. u.a. BVerfG NJW 2020, 23273). Außerdem hat das BVerfG beanstandet, dass die vom Angeklagten gerügte Verletzung seines Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit weder hinreichend plausibel vorgetragen noch sonst ersichtlich sei. Das Landgericht nachvollziehbar und in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dargelegt, dass derzeit kein akutes Krankheitsbild bei dem Angeklagten vorliege, das die Annahme einer Verhandlungsunfähigkeit rechtfertige. Soweit das Landgericht ausgeführt hat, dass die Gefährdungslage durch die COVID-19-Pandemie keine andere Beurteilung der Sach- und Rechtslage gebiete, hat es ebenfalls keinen Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur Beurteilung der Verhandlungsfähigkeit gesehen.

HINWEIS

In dieselbe Richtung geht der Beschluss des OLG Stuttgart (v. 30.11.2020 – 4 Ws 265/20, StRR 1/2021, 3 [Ls.]). Das Oberlandesgericht weist darauf hin, dass das Gericht bei der Prüfung der Frage, ob ein Hauptverhandlungstermin wegen der Corona-Pandemie verlegt werden soll, seiner Pflicht, zwischen dem Risiko einer Infektion mit möglicherweise gefährlichem Verlauf und dem Interesse des Staates an einer effektiven Strafverfolgung sorgfältig abzuwägen gerecht werde, wenn es zur **Minimierung** der **Ansteckungsgefahr** eine Vielzahl geeigneter Maßnahmen getroffen habe (Stichwort: **ausreichendes Hygienekonzept**; vgl. noch zur Durchführung von Strafverfahren während der Corona-Krise SächsVerfGH NJW 2020, 1285; OLG München NJW 2020, 1381).

III. Hauptverhandlung

1. Vereinbarte Unterbringung

Die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus kann nicht Inhalt

einer **Verständigung** sein. So lautet der Leitsatz des zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehenen Beschlusses des BGH (Beschl. v. 3.12.2020 – 4 StR 541/19). Das Landgericht hatte die Angeklagte u.a. wegen vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Ferner hatte das Landgericht die Unterbringung der Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet und auch insoweit die Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Die hiergegen gerichtete Revision der Angeklagten, mit der sie die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt, hatte mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

Der BGH (a.a.O.) geht davon aus, dass in der Hauptverhandlung eine Verständigung (§ 257c StPO) zustande gekommen ist, deren Inhalt u.a. auch die im Urteil festgesetzte Unterbringung des Angeklagten war. Diese "Verständigung" verstößt nach Auffassung des BGH (a.a.O.) gegen § 257c Abs. 2 S. 3 StPO. Nach § 257c Abs. 2 S. 3 StPO dürfen der Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung nicht Gegenstand einer Verständigung sein. Über die bis zur Einführung der Verständigungsregelung vorliegende Rechtsprechung hinaus habe der Gesetzgeber nicht nur die Sicherungsverwahrung (vgl. BGH NStZ 2008, 620; NStZ-RR 2005, 39), sondern auch sämtliche Maßregeln der Besserung und Sicherung i.S.v. S 61 StGB aus den vereinbarungsfähigen Rechtsfolgen herausgenommen (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. 2020, § 257c Rn 9; Jahn/Kudlich in: MüKo-StPO, 1. Aufl., § 257c Rn 114).

HINWEIS

Da schon die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus einen unzulässigen Verständigungsinhalt darstellt, konnte der BGH die noch nicht entschiedene Frage offenlassen, ob das Verbot des § 257c Abs. 2 S. 3 StPO auch für Folgeentscheidungen – wie hier die Aussetzung der Vollstreckung der Maßregel zur Bewährung gem. § 67b StGB – gilt (vgl. zum Streitstand Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 257c Rn 9 m.w.N.). Eine Entscheidung dazu wäre für die Praxis interessant gewesen, da der BGH sich damit dann auch dazu geäußert hätte, ob nicht nur die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 69 StGB erfasst wird, sondern auch die Frage der Länge der Sperrfrist nach § 69a StGB. Das ist in der Literatur nicht unbestritten (vgl. die Nachweise bei Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O.).

2. Ausschluss der Öffentlichkeit

Zunehmend spielen auch in der Rechtsprechung des **BGH** Fragen im Zusammenhang mit Corona/COVID-19 eine Rolle, so auch im Beschluss des BGH v. 17.11.2020 (4 StR 390/209). Zu entscheiden hatte der BGH über eine Revision gegen ein Urteil des LG Chemnitz. Mit der Revision war mit Verfahrensrüge u.a. ein Verstoß gegen § 169 GVG - Öffentlichkeitsgrundsatz geltend gemacht worden. Grundlage der Rüge war folgendes Verfahrensgeschehen: Mit Allgemeinverfügung vom 22.3.2020 hatte das

Sächsische Staatsministerium für Soziales und Gesellschaftlichen **7**usammenhalt anlässlich der Coronavirus-Pandemie auf der Grundlage des IfSG (Infektionsschutzgesetz) mit Wirkung vom 23.3.2020 eine Allgemeinverfügung erlassen, wonach das Verlassen der häuslichen Unterkunft ohne triftigen Grund untersagt wird. Nr. 2 der Allgemeinverfügung enthielt die Aufzählung bestimmter Tätigkeiten, die "insbesondere" triftige Gründe darstellen, darunter in Nr. 2.9 die Wahrnehmung unaufschiebbarer Termine bei Gerichten. Behörden. Gerichtsvollziehern. Rechtsanwälten und Notaren. Während der Gültigkeit dieser Allgemeinverfügung verhandelte das LG Chemnitz am 25., 26. und 31.3.2020. Der Angeklagte war der Auffassung, dass am Verfahren unbeteiligten Zuhörern an diesen Sitzungstagen aufgrund der Allgemeinverfügung vom 22.3.2020 der Besuch der Hauptverhandlung untersagt gewesen sei. Um einen Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit zu vermeiden, hätte das Landgericht die Hauptverhandlungstermine aufheben müssen.

Das hat der BGH anders gesehen. Es könne dahinstehen, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass der Erlass der Allgemeinverfügung nicht im Einflussbereich der Justiz lag. Jedenfalls besteht nach der Allgemeinverfügung kein Verbot, als Zuhörer an Hauptverhandlungen teilzunehmen. Vielmehr stelle die Teilnahme als Zuhörer an einer öffentlichen Hauptverhandlung einen unbenannten triftigen Grund i.S.d. Allgemeinverfügung dar (vgl. OLG München, Beschl. v.

30.3.2020 - 2 Ws 387/20 u. 338/20, NStZ 2020, 503; Meßling in: Schlegel/Meßling/ Bockholdt, COVID-19 - Corona-Gesetzgebung - Gesundheit und Soziales, § 20 Rn 60). Der in § 169 GVG niedergelegte Öffentlichkeitsgrundsatz solle eine Kontrolle der Justiz durch die am Verfahren nicht beteiligte Öffentlichkeit ermöglichen und sei historisch als unverzichtbares Institut zur Verhinderung obrigkeitlicher Willkür verankert worden (vgl. BVerfGE 133, 168, 217 f.). Angesichts dieser Bedeutung der grundsätzlichen Öffentlichkeit eines Strafverfahrens, die auch dadurch belegt werde, dass ein Verstoß gegen die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens einen absoluten Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 6 StPO darstelle, stehe außer Frage, dass das Verlassen der häuslichen Unterkunft zur Teilnahme an öffentlichen Gerichtsverhandlungen einen triftigen Grund begründet, der der Ausnahmeregelung der Nr. 2 der Allgemeinverfügung vom 22.3.2020 unterfalle.

HINWEIS

Unstreitig ist die vom BGH vertretene Auffassung nicht (vgl. a.A. *Kulhanek* NJW 2020, 1183, 1184; *Arnoldi* NStZ 2020, 313, 315). M.E. geht die Aussage in ihrer Allgemeingültigkeit auch ein wenig weit. Will der BGH wirklich vertreten, dass die Teilnahme an einer öffentlichen Gerichtsverhandlung – als Zuschauer – nicht gegen ein ggf. bestehendes strenges Ausgangsverbot verstößt? Der 5. Strafsenat des BGH hat aber inzwischen wie der 4. Strafsenat im Beschl. v. 17.11.2020 entschieden (vgl. Beschl. v. 6.1.2021 – 5 StR 363/20).



3. Unterbrechung der Hauptverhandlung (§ 229 StPO, § 10 EGStPO)

Im Berichtszeitraum hat der BGH in einigen Entscheidungen zu "Unterbrechungsfragen" Stellung genommen.

a) Hemmung der Unterbrechungsfrist (§§ 229 Abs. 2, 3 StPO)

Im Beschluss des BGH (v. 18.11.2020 – 4 StR 118/20, StRR 2/2021, 14) ist die bislang in der obergerichtlichen Rechtsprechung noch nicht entschiedene Frage der Hemmung der Unterbrechungsfristen nach § 229 Abs. 1 und Abs. 2 StPO bei wiederholter Erkrankung einer oder mehrerer in § 229 Abs. 3 S. 1 StPO genannten Personen entschieden worden. Der Angeklagte hatte mit seiner Revision u.a. gerügt, die Unterbrechungsfristen des § 229 Abs. 2 StPO seien in zwei Fällen nicht gewahrt worden. Der Rüge lag folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

Die Hauptverhandlung, die am 13.2.2018 begonnen hatte, wurde am 18.9.2018 - dem 21. Hauptverhandlungstag - unterbrochen und am 29.10.2018 fortgesetzt. Die Unterbrechungsfrist war gem. § 229 Abs. 3 S. 1 StPO wegen der Erkrankung einer beisitzenden Richterin gehemmt, was das Landgericht durch Beschluss feststellte. Vom 29.10.2018 bis zur Unterbrechung am 18.12.2018 fand Hauptverhandlung an insgesamt neun Tagen statt und wurde am 6.2.2019 fortgesetzt. Während dieser Unterbrechung war Vorsitzende erkrankt; das Landgericht stellte durch Beschluss die abermalige Hemmung der Unterbrechungsfrist fest. Vom 6.2.2019 bis zum 12.3.2019 fand die Hauptverhandlung an insgesamt sechs Hauptverhandlungstagen statt. Am 12.3.2019 wurde sie bis zum 16.4.2019 unterbrochen. Während dieser Unterbrechung war erneut die beisitzende Richterin erkrankt. Das Landgericht stellte abermals durch Beschluss die Hemmung der

Unterbrechungsfrist fest. Aussetzungsanträge der Verteidigung lehnte es ab. Der Angeklagte war der Auffassung, eine wiederholte Hemmung der Unterbrechungsfrist gem. § 229 Abs. 3 StPO komme hier nicht in Betracht, sodass die Unterbrechungen vom 18.12.2018 bis zum 6.2.2019 sowie vom 12.3. bis zum 16.4.2019 die Fristen des § 229 Abs. 1 und 2 StPO überschritten hätten.

Der BGH (StRR 2/2021, 14) hat anders entschieden. Ob und unter welchen Voraussetzungen bei wiederholter Erkrankung einer der in § 229 Abs. 3 StPO (in der Fassung v. 5.7.2017) genannten Personen der Lauf der in § 229 Abs. 1 und 2 StPO bestimmten Fristen jeweils erneut gehemmt wird, sei höchstrichterlich bislang nicht entschieden worden. Auch Rechtsprechung der OLG liege hierzu soweit ersichtlich - nicht vor. In der Literatur finde sich zwar keine Stimme, die eine wiederholte Hemmung des Laufs der Unterbrechungsfrist gem. § 229 Abs. 2 StPO während einer Hauptverhandlung für ausgeschlossen erachtet. Es werde aber die Auffassung vertreten, eine wiederholte Hemmung setze jedenfalls voraus, dass die Hauptverhandlung nach einer ersten Hemmung an mindestens zehn weiteren Tagen fortgesetzt worden sei. Denn aufgrund der vergleichbaren Interessenlage und des Normzwecks würden die Beschränkungen des § 229 Abs. 2 StPO analog auch für § 229 Abs. 3 StPO gelten (Zieschang StV 1996, 115 zu § 229 StPO in der Fassung vom 7.4.987). Nach der überwiegend vertretenen Auffassung solle es hingegen genügen, wenn zwischen den Unterbrechungen an einem Tag verhandelt worden sei (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 229 Rn 5; Gmel in: KK-StPO, 8. Aufl., § 229 Rn 11; Becker in: LR-StPO, 27. Aufl., § 229 Rn 24; Gorf in: BeckOK-StPO, 37. Ed., § 229 Rn 8; Grube in: SSW-StPO, 4. Aufl., § 229 Rn 14).

Der BGH (StRR 2/2021, 14) schließt sich der herrschenden Auffassung an: Das begründet er mit dem Wortlaut der Vorschrift sowie mit

teleologischen und systematischen Erwägungen. Bereits der Wortlaut des § 229 Abs. 3 StPO enthalte keinen Hinweis, dass eine wiederholte Hemmung von Unterbrechungsfristen ausgeschlossen sei oder der einschränkenden Voraussetzung einer bestimmten Mehrzahl von Fortsetzungs-terminen zwischen den Unterbrechungen unterliege. Der Vergleich des Wortlauts des § 229 Abs. 2 und Abs. 3 StPO spreche auch gegen eine Übertragung der Voraussetzungen der Unterbrechung nach § 229 Abs. 2 StPO auf die Fälle der Fristhemmung des § 229 Abs. 3 StPO. In § 229 Abs. 3 StPO heißt es, die Hemmung trete ein, sobald die Hauptverhandlung bereits an mindestens zehn Tagen stattgefunden habe; das Wort "jeweils", das in § 229 Abs. 2 StPO enthalten sei, fehle hier. Nach dem Wortverständnis der Norm reiche es danach aus, wenn vor Eintritt einer – auch wiederholten - Hemmung insgesamt an mindestens zehn Tagen verhandelt worden sei. Der Zweck des § 229 Abs. 3 StPO spreche ebenfalls für dieses Verständnis. Die Norm solle es ermöglichen, eine Hauptverhandlung im Fall von Ereignissen fortzusetzen, die dem Einfluss des Gerichts entzogen seien (vgl. BT-Drucks 10/1313, S. 24 ff.). Dem würde es - so der BGH -

zuwiderlaufen, wenn der Eintritt einer erneuten Hemmung davon abhinge, dass eine bestimmte Anzahl an Fortsetzungsterminen seit der letzten Hemmung stattgefunden habe. Mit Blick auf den Zweck der Norm greife auch das systematische Argument nicht durch, die uneingeschränkte wiederholte Anwendung von 229 Abs. 3 StPO widerspreche der Detailregelung des § 229 Abs. 2 StPO (so aber Zieschang StV 1996, 115, 116). Die einzelnen Regelungen des § 229 StPO würden den strafprozessualen Konzentrationsgrundsatz ausgestalten und sich dabei auf spezifische Verfahrenslagen beziehen, für die Gesetzgeber bewusst differenzierte Rechtsfolgen vorgesehen habe. Sie stünden daher nebeneinander (vgl. bereits BT-Drucks 10/1313, S. 24 ff.). § 229 Abs. 1 StPO habe den Normalfall der Hauptverhandlung im Blick, die zügig und ohne längere Unterbrechungen durchgeführt werden soll. § 229 Abs. 2 StPO ermögliche dem Gericht eine größere Dispositionsfreiheit bei der Planung umfangreicher Hauptverhandlungen. Der Eintritt der Hemmung nach § 229 Abs. 3 StPO erlaube es schließlich bei umfangreichen Hauptverhandlungen unvorhersehbaren Ereignissen Rechnung zu tragen.

HINWEIS

Die vom BGH (StRR 2/2021, 14) für seine Auffassung angeführten Argumente sind klassisch, insb. das Wortlautargument überzeugt. Allerdings: Man wird die Konzentrationsmaxime nicht aus den Augen verlieren dürfen. Die wird es ggf. gebieten – so auch wohl der BGH –, in Ausnahmefällen häufiger und langer Unterbrechungen mit jeweils nur wenigen Zwischenterminen die Hauptverhandlung auszusetzen, obwohl alle Fristen des § 229 StPO eingehalten sind. Auch im entschiedenen Fall hat die Hauptverhandlung 14 Monate gedauert, wobei sich allerdings aus der Entscheidung nicht ergibt, an wie vielen Hauptverhandlungstagen verhandelt worden ist. Das gilt vor allem, wenn man bedenkt, dass § 229 Abs. 2 StPO durch das "Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10.12.2019" (BGBI I, S. 2121) geändert worden und die zulässige Unterbrechungsfrist verlängert worden ist. Zudem: Interessant wird es sein, demnächst zu erfahren, wie der BGH wohl mit dem neuen § 10 EGStPO (vgl. dazu III. 3. b) umgehen wird. Denn bei dessen Anwendung wird sich die Problematik mehrfacher Unterbrechung ggf. auch stellen.

b) Anwendung von § 10 EGStPO

Der BGH (Beschl. v. 19.11.2020 - 4 StR 431/20, NStZ 2021, 186 = StraFo 2021, 77 = StRR 1/2021, 20 m. Anm. Stehr) nimmt zur Anwendung des § 10 EGStPO Stellung. Dieser ist durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht 27.3.2020 (BGBI I, S. 569) eingeführt worden. Er bestimmt, dass unabhängig von der Dauer der Hauptverhandlung der Lauf der in § 229 Abs. 1 und 2 StPO genannten Unterbrechungsfristen gehemmt ist, solange die Hauptverhandlung aufgrund von Schutzmaß-nahmen zur Verhinderung der Verbreitung von Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) nicht durchgeführt werden kann, längstens jedoch für zwei Monate; diese Fristen enden frühestens zehn Tage nach Ablauf der Hemmung. Beginn und Ende der Hemmung stellt das Gericht durch unanfechtbaren Beschluss fest.

In dem vom BGH (NStZ 2021, 186 = StraFo 2021, 77 = StRR 1/2021, 20) entschiedenen Fall sollte die Hauptverhandlung in einem beim LG Bielefeld anhängigen Verfahren ab 13.3.2020 regulär nach § 229 Abs. 1 StPO bis zum 31.3.2020 unterbrochen und anschließend fortgesetzt werden. Am 28.3.2020 berichtete eine Schöffin dann dem Vorsitzenden, dass ihr Ehemann plötzlich innerhalb der nächsten zwei Wochen am Herzen operiert werden müsse und die Ärzte ihr rieten, zwei Wochen vor und nach der Operation eine Ansteckung mit dem Coronavirus unbedingt zu vermeiden. Die Hauptverhandlung wurde dann ohne weitere erkennbare Veranlassungen erst am 30.4.2020 fortgesetzt. Erst an diesem Tag wurde ein Beschluss nach § 10 EGStPO verkündet, dass die Unterbrechungsfrist vom 29.3. bis zum 29.4.2020 gehemmt war. Die Revision des Angeklagten richtete sich dagegen, dass dieser Beschluss nicht innerhalb der Dreiwochenfrist ergangen war, sowie, dass eine nicht unmittelbare Person der Hauptverhandlung geschützt werden sollte.

Die Revision hatte keinen Erfolg. Der BGH (NStZ 2021, 186 = StraFo 2021, 77 = StRR 1/2021, 20) legt in der recht knapp begründeten Entscheidung dar, dass der Umstand, dass das Landgericht den Beginn der Hemmung nicht innerhalb der dreiwöchigen Unterbrechungsfrist des § 229 Abs. 1 StPO festgestellt habe, keinen Rechtsverstoß darstelle. Die Hemmung des § 10 Abs. 1 S. 1 EGStPO trete kraft Gesetzes ein. Feststellungsbeschluss habe nur insofern konstitutive Bedeutung, als er den Beginn und Hemmung Ende der unanfechtbar feststelle (vgl. zu § 229 Abs. 3 StPO (BGH NStZ 1992, 550; NStZ-RR 2016, 178). Es begegne auch keinen rechtlichen Bedenken, dass das LG einen Hemmungsgrund gem. § 10 Abs. 1 EGStPO angenommen hat. Aufgrund der in § 10 Abs. 1 S. 2 EGStPO normierten Unanfechtbarkeit komme mit Blick auf § 336 S. 2 Alt. 1 StPO eine Richtigkeitsprüfung über den Willkürmaßstab hinaus nicht in Betracht; auch verfassungsrechtlich geboten (vgl. zur Parallelvorschrift des § 229 Abs. 3 S. 2 StPO; BGH NStZ 2016, 688 = StraFo 2016, 416). Anhaltspunkte dafür, dass die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 S. 1 EGStPO für eine Hemmung überhaupt nicht vorgelegen haben, seien nicht ersichtlich. Die weitgehende Kontaktvermeidung des Ehemannes Schöffin aufgrund einer ärztlichen Empfehlung stelle eine Schutzmaßnahme zur Verhinderung der Verbreitung von Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus dar. Die Schutzmaßnahme müsse nicht gerichtlich oder gesundheitsbehördlich angeordnet oder empfohlen worden sein. § 10 EGStPO enthalte insoweit keine Einschränkung. Es genüge, wenn sie nachvollziehbar der Verhinderung der Verbreitung von Infektionen mit dem Corona-Virus dienen solle. Dies sei hier aufgrund der ärztlichen Empfehlung der Fall. Maßnahmen, die eine weitere Durchführung der Hauptverhandlung verhindern, seien auch solche, die dem Schutz von Personen dienen, die zur Risikogruppe gehören, wie beispielsweise ältere Personen, Personen mit Grunderkrankung oder einem unterdrückten Immunsystem (vgl. BT-Drucks 19/18110, S. 32 f.). Dass die Schöffin nur mittelbar durch die Schutzmaßnahme betroffen war, sei ebenfalls unerheblich. Ein Hindernis für die

Durchführung der Hauptverhandlung liegt auch vor, wenn es nur mittelbar auf Schutzmaßnahmen beruhe (vgl. BT-Drucks 19/18110, S. 33).

HINWEIS

Die Entscheidung **entspricht Sinn** und **Zweck** des (neuen) § 10EGStPO. Ob sie allerdings auch mit der Konzentrationsmaxime in Einklang steht bzw. ggf. stehen wird, ist fraglich. Denn wendet man die Grundsätze des BGH (Beschl. v. 18.11.2020 – 4 StR 118/20, StRR 2/2021, 14) an (s. vorstehend III. 3. a), kann es zu sehr langen Hauptverhandlungen kommen.

III. Bußgeldverfahren

1. BVerfG zu Informationen außerhalb der Bußgeldakte

Seit längerer Zeit wird in der verkehrsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur darüber gestritten, ob der Betroffene zu seiner Verteidigung Zugang zu außerhalb der Akten befindlichen Informationen haben muss, um sich sachgerecht zu verteidigen und welche Auswirkungen es hat, wenn ihm dieser Zugang nicht gewährt wird. Das spielt insb. eine Rolle, wenn es um die Frage der Überprüfbarkeit der **Ergebnisse** einer Messung mit einem standardisierten Messverfahren geht (Stichwort: Rohmessdaten; vgl. dazu Burhoff/ Niehaus. Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 6. Aufl., 2021, Rn 222 ff.). Die Oberlandesgerichte, allen voran das OLG Bamberg, hatten hier einen Informationsanspruch des Betroffenen weit-gehend verneint. In ihrer ablehnenden Haltung haben sie sich auch nicht durch verfassungsrechtliche Rechtsprechung aus dem Saarland beirren lassen (vgl. insb. OLG Bamberg NStZ 2018, 724 = StRR 7/2018, 23 = VRR 7/2018, 14). Nun liegt mit dem Beschluss des BVerfG (v. 12.11.2020 - 2 BvR 1616/18, NJW 2021, 455 = NZV 2021, 41 m. Anm. Krenberger; dazu a. Niehaus VRR 1/2021, 4 ff.) aber endlich eine Entscheidung vor, die hoffentlich zu einer



zumindest teilweisen Änderung der Praxis führen wird.

Mit seinem Beschluss hat das BVerfG (NJW 2021, 455 = NZV 2021, 41) einen Beschluss des OLG Bamberg (v. 19.6.2018 - 3 Ss OWi 672/18), mit dem eine Rechtsbeschwerde des Betroffenen gegen ein Urteil wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung verworfen worden war, aufgehoben. Der Betroffene hatte zunächst im Rahmen des Verwaltungsverfahrens u.a. Einsicht in die Lebensakte des verwendeten Messgeräts PoliScan Speed M1 des Herstellers Vitronic, den Eichschein und die sog. Rohmessdaten verlangt. Informationen befanden sich nicht in der Bußgeldakte. Die Bußgeldstelle gewährte Einsicht in die Bußgeldakte, die neben dem Messprotokoll und dem Messergebnis auch den Eichschein des eingesetzten Messgerätes enthielt. Die Bedienungsanleitung zu dem verwendeten Messgerät wurde dem Beschwerdeführer als Datei auf der Internetseite der Bußgeldstelle zugänglich gemacht. Bezüglich der übrigen angefragten Informationen teilte die Behörde mit, dass diese nicht Bestandteil der Ermittlungsakte seien und nur auf gerichtliche Anordnung vorgelegt würden. Einen Antrag des Betroffenen auf gerichtliche Entscheidung (S 62 OWiG) verwarf das Amtsgericht dann als unzulässig, da der Betroffene nicht mehr beschwert sei. Aufgrund seines Einspruchs werde nunmehr im gerichtlichen Bußgeldverfahren eine umfassende Prüfung erfolgen, der Betroffene die ihm vorgeworfene Geschwindigkeitsüberschreitung tatsächlich begangen habe. In der Hauptverhandlung hat das Amtsgericht die Anträge des Betroffenen auf Aussetzung der Hauptverhandlung und gerichtliche Entscheidung gem. § 46 Abs. 1 OWiG in Verbindung mit § 238 Abs. 2 StPO zurückgewiesen und ihn verurteilt. Das OLG Bamberg hat seine Rechtsbeschwerde gegen die amtsgerichtliche Verurteilung verworfen.

Das **BVerfG** (NJW 2021, 455 = NZV 2021, 41) sieht das **Recht** des Betroffenen auf ein **faires Verfahren** aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG **verletzt**. Auf folgende Punkte aus der Entscheidung des BVerfG ist hinzuweisen (vgl. a. *Burhoff* VA 2021, 33 ff.).

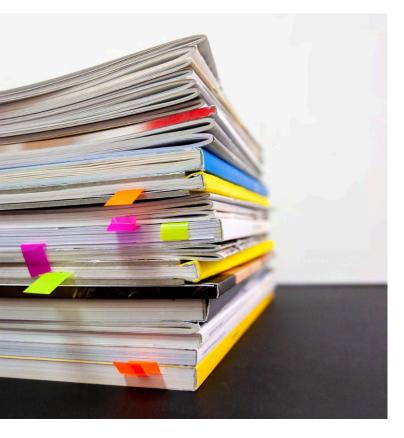
- Das **BVerfG** (a.a.O.) bestätigt die im Falle eines standardisierten Messverfahrens nach der obergerichtlichen Rechtsprechung reduzierte Sachverhaltsaufklärungs- und Darlegungspflicht der Tatgerichte (vgl. Burhoff/Burhoff, a.a.O., Rn 2310 ff.). Diese Vorgehensweise der Fachgerichte im Ordnungswidrigkeitenverfahren sei nicht zu beanstanden. Hierdurch werde gewährleistet, dass bei massenhaft vorkommenden Verkehrsordnungswidrigkeiten nicht bei jedem einzelnen Bußgeldverfahren anlasslos die technische Richtigkeit einer Messung jeweils neu überprüft werden muss. Dem geringeren Unrechtsgehalt der Ordnungswidrigkeiten gerade im Bereich von massenhaft vorkommenden Verkehrsverstößen könne durch Vereinfachungen des Verfahrensgangs Rechnung getragen werden.
- Aber: Aus dem Recht auf ein faires Verfahren folgt nach Auffassung des BVerfG grds. auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren das Recht, Kenntnis von solchen Inhalten zu erlangen, die zum Zweck der Ermittlung entstanden sind, aber nicht zur Akte genommen wurden. Wenn der Betroffene Zugang zu Informationen begehrt, die sich außerhalb der Gerichtsakte befinden, um sich Gewissheit über seiner Entlastung dienende Tatsachen zu verschaffen, ist ihm dieser Zugang grds. zu gewähren.
- Dies bedeutet so das BVerfG (a.a.O.) allerdings nicht, dass das Recht auf Zugang zu den außerhalb der Akte befindlichen Informationen unbegrenzt gilt. Gerade im Bereich massenhaft vorkommender Ordnungswidrigkeiten ist in Hinblick auf die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege eine sachgerechte Eingrenzung des Informationszugangs geboten. Die begehrten, hinreichend konkret benannten Informationen müssen deshalb zum einen in einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dem jeweiligen Ordnungswidrigkeitenvorwurf stehen und zum anderen eine Relevanz für die Verteidigung aufweisen, um eine uferlose Ausforschung,

erhebliche Verfahrensverzögerungen und Rechtsmissbrauch zu verhindern.

- Insofern ist nach Ansicht des BVerfG (a.a.O.) aber maßgeblich auf die Perspektive des Betroffenen beziehungsweise seines Verteidigers abzustellen. Entscheidend ist, ob dieser eine Information verständiger Weise für die Beurteilung des Ordnungswidrigkeitenvorwurfs für bedeutsam halten darf.
- Zwar steht dem Betroffenen ein Zugangsrecht vom Beginn bis zum Abschluss des Verfahrens zu. Er kann sich mit den Erkenntnissen aus dem Zugang zu weiteren Informationen aber nur erfolgreich verteidigen, wenn er diesen rechtzeitig im Bußgeldverfahren begehrt. Solange sich aus der Überprüfung der Informationen keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte für die Fehlerhaftigkeit des Messergebnisses ergeben, bleiben die Aufklärungs- und Feststellungspflichten der Tatgerichte nach den Grundsätzen des standardisierten Messverfahrens reduziert. Ermittelt der Betroffene indes konkrete Anhaltspunkte für eine Fehlerhaftigkeit des Messergebnisses, hat das AG zu entscheiden, ob es sich gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen dennoch von dem Geschwindigkeitsverstoß überzeugen kann. Im Übrigen bleiben die Möglichkeiten zur Ablehnung von Beweisanträgen aus § 77 Abs. 2 OWiG unberührt.

2. Folgerungen für die Praxis

Auf den ersten Blick eine sicherlich "schöne Entscheidung" und ein lang erwarteter Schritt



die richtige Richtung. Aber in ein Freifahrtsschein ist die Entscheidung nicht. Denn: Die Grundsätze des standardisierten Messverfahrens bleiben anwendbar. Allerdings betont das BVerfG auch insoweit Einsichtsrecht des Betroffenen und gibt damit all denen Recht, die darauf seit Jahren hingewiesen haben (vgl. nur schon Cierniak zfs 2012, 664 ff.; Cierniak/Niehaus DAR 2014, 2 und 2018, 541: a. noch Burhoff/Niehaus, a.a.O., Rn 222 ff.). Aber: Es muss sich um Daten und Unterlagen handeln, die vorhanden sind, es geht zunächst mal nicht um solche, die nicht existieren nicht gespeicherte wie etwa Rohmessdaten. Insoweit zieht das BVerfG (NJW 2021, 455 = NZV 2021, 41) dann aber die Grenzen weiter als bisher die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Es geht um das Aufklärungsinteresse des Betroffenen, nicht um das der Verwaltungsbehörde oder des Gerichts, das ggf. bestimmte Beweismittel und Unterlagen nicht für erforderlich hält. Im Übrigen gelten für den Betroffenen folgende Hinweise:

- Der Betroffene muss sich frühzeitig und rechtzeitig um die Einsicht in die begehrten Beweismittel und Ermittlungsvorgänge bemühen. Er muss also entsprechende Anträge stellen, die dann inhaltlich beschieden werden müssen. Die umfassende und eigenständige Überprüfung des Messergebnisses darf dem Betroffenen nicht verwehrt werden. Er darf also nicht, wie manche Verwaltungsbehörden es in der Vergangenheit immer wieder gern getan haben, auf einen (spätere) richterliche Überprüfung verwiesen werden. Das ist nicht "Parität des Wissens" (vgl. zur Rechtzeitigkeit KG, Beschl. v. 7.1.2021 3 Ws (B) 314/20; OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.2.2021 1 OLG 53 Ss-OWi 684/20).
- Hat der Betroffene die entsprechenden Unterlagen erhalten, muss er ggf. bei Gericht entsprechende Anträge stellen, die dann anhand der Kriterien der § 244 StPO, § 77 OWiG geprüft werden müssen. Lamentieren, wie es z.B. vor einiger Teil noch das AG St. Ingbert in seinem Urteil vom 10.11.2020 (23 OWi 62 Js 1144/20 [2176/20], VRR 1/2021, 21) getan hat, bringt nichts mehr. Die Anträge sind zu bescheiden, auch, wenn es den "regulären Geschäftsbetrieb erschwert". Im Übrigen: Das BVerfG sieht den immer wieder beschworenen Stillstand der Rechtspflege in diesen Fällen in seinem Beschluss nicht.
- Wie wird es nun weitergehen? M.E. werden sich die Verwaltungsbehörden und ihnen im Zweifel folgend die (Ober-)Gerichte versuchen, sich darauf zurück zu ziehen, dass bestimmte Unterlagen/Daten nicht vorhanden sind und deshalb nicht herausgegeben werden können/müssen. Allerdings wird man dem entgegenhalten können, dass das BVerfG eine Prüfungsmöglichkeit für den Betroffenen verlangt und die Hersteller und in ihrem Gefolge zum Teil die Obergerichte nun nicht einfach hingehen können/dürfen und die Geräte so herstellen, dass sie (Mess-)Daten nicht mehr speichern. Ob und inwieweit das zu lässig ist, wird sicherlich die Diskussion der nächsten Zeit beherrschen.
- Und noch eine weitere Frage wird die Rechtsprechung beschäftigen: Nämlich wie damit umzugehen ist, dass ggf. eine Rechtsfrage nicht dem BGH vorgelegt worden ist? Dazu schweigt das BVerfG (NJW 2021, 455 = NZV 2021, 41). Zwei Landesverfassungsgerichte haben sich dazu allerdings bereits geäußert, und zwar der VerfGH Koblenz (NJW 2020, 3512) und der VerfGH Stuttgart (Urt. v. 14.12.2020 1 VB 64/17m DAR 2021, 81). Beide sehen in einer Nichtvorlage einen Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters. Allerdings: Auch hier muss der Verteidiger reagieren. Denn der Betroffene muss ggf. erläutern, welche relevanten Erkenntnisse er oder ein von ihm beauftragter Sachverständiger aus den verlangten Daten für eine ihn betreffende Einzelmessung gewinnen will (OLG Zweibrücken zfs 2020, 413). Tut er das nicht bzw. nicht ausreichend, muss er sich möglicherweise entgegen halten lassen, dass es um eine Frage des Einzelfalls handelt und deshalb eine Divergenzvorlage ausscheidet (OLG Zweibrücken a.a.O.).

3. Reaktionen aus der Praxis

Es war zu erwarten, dass die Literatur die Entscheidung des BVerfG (NJW 2021, 455 = NZV 2021, 41) zustimmend aufnehmen würde. Die ersten Stimmen liegen vor (vgl. Krenberger NZV 2021, 41; Niehaus VRR 1/2021, 4 ff.; Burhoff VA 2021, 33). In der Rechtsprechung hat das BayObLG schnell reagiert und in seinem Beschluss vom 4.1.2021 (202 ObOWi 1532/20, DAR 2021, 104 = VRR 1/2021, 14 = StRR 2/2021, 30) Stellung genommen. Das BayObLG (a.a.O.) - in der "Nachfolge" des OLG Bamberg - geht jetzt auch davon aus, dass sich aus dem Recht auf ein faires Verfahren bei einer standardisierten Messung ein Anspruch des Betroffenen auf Zugang zu nicht bei der Bußgeldakte befindlicher, aber bei Verfolgungsbehörde vorhandener und zum Zwecke der Ermittlungen entstandener bestimmter Informationen, wie z.B. der sog. Rohmessdaten einer konkreten Einzelmes-

sung, ergeben kann. Das BayObLG (a.a.O.) hält aber daran fest, dass durch die bloße Versagung der Einsichtnahme bzw. die Ablehnung der Überlassung von nicht zu den Bußgeldakten gelangter sog. Rohmessdaten das rechtliche Gehör des Betroffenen (Art. 103 Abs. 1 GG) regelmäßig nicht verletzt sein soll. So hat u.a. das BayObLG (Beschl. v. 9.12.19 -202 ObOWi 1955/19, DAR 2020, 145) und das KG (Beschl. v. 2.4.2019 - 122 Ss 43/19) entschieden. Auch soll ein Anspruch des Betroffenen und seiner Verteidigung auf Einsichtnahme und Überlassung der (digitalen) Daten der gesamten Messreihe nicht bestehen (so schon u.a. OLG Zweibrücken, Beschl. v. 5.5.2020 - 1 OWi 2 SsBs 94/19, zfs 2020, 413; vgl. auch noch zur Entscheidung des BVerfG v. 12.11.2020; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 7.1.2021 - 1 OWi 2 SsBs 98/20; AG St. Ingbert, Urt. v. 13.1.2021 - 23 OWi 68 Js 1367/20 (2105/20); OVG Münster, Beschl. v. 4.1.2021 -8 B 1781/20). •

HINWEIS

Das BayObLG (a.a.O.) hat sich dem BVerfG (a.a.O.) damit **nur teilweise angeschlossen**, teilweise weiß man es auch schon wieder besser. Denn die Ausführungen zu Umfang der Einsichtnahme dürften nicht mit dem in Einklang stehen, was das BVerfG in seinem Beschluss vom 12.11.2020 ausgeführt hat. Das BVerfG (a.a.O.) hat klar und deutlich gesagt, dass es Sache der Verteidigung und eines ggf. beauftragten Sachverständigen ist, zu beurteilen, welche Daten man zur Überprüfung braucht. Mit der entsprechenden Passage des Beschlusses des BVerfG (a.a.O.) setzt sich das BayObLG (a.a.O.) nicht auseinander. Wenn man es getan hätte, dann hätte man auch etwas zu der vom BVerfG (a.a.O.) in Bezug genommenen Spurenaktenentscheidung in BVerfGE 63, 45 ff. sagen müssen. Denn da wird dem Beschuldigten auch das Recht eingeräumt, dass "er selbst nach Entlastungsmomenten suchen kann, die zwar fernliegen mögen, aber nicht schlechthin auszuschließen sind." Auf die Sicht der Ermittlungsbehörden kommt es grds. nicht an. Das BayObLG scheint da anderer Ansicht zu sein. Der Kampf wird also weiter gehen.

Hinweis der Redaktion: Der Beitrag erschien in ZAP 7/2021, S. 351 ff. am 1.4.2021.



Praxishungrige haben hier gut lachen.

Antriebsstärke, Entschlossenheit, aber auch eine klare Werteorientierung haben Kapellmann zu einer starken Sozietät mit rund 150 Anwältinnen und Anwälten wachsen lassen – hoch spezialisiert in Bau-, Vergabe-, Immobilien- und Wirtschaftsrecht.

Sie wünschen sich einen raschen Einstieg in die Praxis mit direktem Mandantenkontakt? Dann freuen wir uns, Sie kennenzulernen. Für alle Standorte suchen wir

Rechtsanwälte (m/w/d)

(Berufsanfänger oder Berufserfahrene, mind. mit Prädikatsexamen und idealerweise einer fortgeschrittenen Promotion)

Referendare (m/w/d)

Bei uns erwartet Sie ein nettes, kollegiales Team mit flachen Hierarchien, das Sie in Ihrer beruflichen Entwicklung nach Kräften unterstützt – beispielsweise durch ein mit der Bucerius Law School verbundenes Mentorenprogramm.

Näheres über die in unserer Kanzlei gelebte Work-Life-Balance und vieles weitere Wissenswerte über die Arbeit bei Kapellmann erfahren Sie unter kapellmann.de/karriere. Wir freuen uns auf Sie!

Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB

Berlin I Dr. Michael Wolters I bewerbung.berlin@kapellmann.de
Brüssel I Prof. Dr. Robin van der Hout I bewerbung.bruessel@kapellmann.de
Düsseldorf I Prof. Dr. Antonius Ewers I bewerbung.duesseldorf@kapellmann.de
Frankfurt/Main I Prof. Dr. Martin Havers I bewerbung.frankfurt@kapellmann.de
Hamburg I Dr. Peter Leicht I bewerbung.hamburg@kapellmann.de
Mönchengladbach I Dr. Tom Giesen I bewerbung.mg@kapellmann.de
München I Dr. Tobias Schneider I bewerbung.muenchen@kapellmann.de



Tipps & Tricks aus unserer Redaktion zu deinem Referendariat

Von JurCase Redaktion

Wir freuen uns, dass wir dir in unserem Magazin erstmalig die Rubrik "Tipps und Tricks" zum Referendariat vorstellen können. Diese Hinweise findest du auch in relevanten Beiträgen von anderen Referendaren auf unserer Homepage oder in unseren zahlreichen anderen Leitfäden zum Referendariat. Lerne aus den Erfahrungen anderer und erhalte auch weiterführende Anmerkungen unsererseits, die mit dem einleitenden Zusatz "JurCase informiert:" kenntlich gemacht sind.



DIE BEWERBUNG ZUM REFERENDARIAT

Das Wichtigste vorweg - die Fristen!

Bereits während des ersten Examens sollte man die Ausschlussfristen für die Bewerbung zum juristischen Vorbereitungsdienst im Auge behalten. Diese liegen extrem früh und man verpasst sie

1

schneller als gedacht. Der Einstieg in das Referendariat ist nur zweimal im Jahr möglich. Verpasst man die Bewerbungsfrist, muss man also ein halbes Jahr warten.

JurCase informiert: Nicht alle Bundesländer stellen lediglich zweimal im Jahr neue Referendare ein. In Hessen zum Beispiel werden Referendare alle zwei Monate eingestellt, in Nordrhein-Westfalen sogar monatlich. Es gilt also auch hier, sich insoweit frühzeitig zu informieren. Informationen hierzu und darüber hinaus zum juristischen Vorbereitungsdienst in deinem Bundesland findest du in unserem Leitfaden.





DEIN PARTNER VOM JURASTUDIUM BIS ZUM KARRIERESTART

STUDIENLITERATUR KAUFEN | EXAMENSLITERATUR MIETEN | KARRIEREEINSTIEG PLANEN JurCase-Shop.com

JurCase.com

JurCase-Jobs.com

NACH DER BEWERBUNG IST VOR DER BEWERBUNG: EINBLICKE ZUR WAHL **DES EINZELAUSBILDERS**

Die Wahl der richtigen Ausbildungsstätte hängt maßgeblich davon ab, welchem Typ Referendar*in man selbst angehört. Der Einfachheit halber stelle ich mal drei Stereotypen auf:

- Der Karriero hat bereits zu Beginn des Referendariats mindestens ein konkretes Jobangebot auf dem Tisch und weiß bereits ganz genau, wie sein weiteres Berufsleben ausgestaltet sein soll. Er sieht das Referendariat als eine zweijährige Bewerbungszeit, um sein Ziel schnellstmöglich zu erreichen.
- Der Unentschlossene weiß noch nicht genau, wo die Reise nach dem Referendariat hingehen soll. Er sieht das Referendariat als eine Möglichkeit, in möglichst viele unterschiedliche Bereiche hineinzuschnuppern und hierbei hoffentlich seinen Traumjob zu finden.
- Dem Minimalisten ist die Zeit nach dem Referendariat bislang völlig schnuppe. Er möchte lediglich mit dem kleinstmöglichen Aufwand die Stationen ableisten und sich währenddessen größtmöglich auf das Examen konzentrieren.

Planung ist das A und O

Auch wenn manche es nicht gerne hören, aber: eine ordentliche Planung ist schon die halbe Miete. Das heißt nun aber gerade nicht, dass ihr schon Jahre bevor das Referendariat losgeht mit Terminkalender und Bewerbungsmappe dasitzt und eure Stationen plant. Vielmehr heißt Planung in erster Linie, dass ihr euch fragen müsst, welche Ziele ihr mit eurer Stationswahl verfolgt und was ihr euch von den Stationen erhofft.

Und wie kommt man dann dort hin, wo man hin will?

[...] kleinere Kanzleien sind hier meist nicht so streng, sodass ihr anrufen, vorbeigehen oder eine E-Mail schreiben könnt. Wollt ihr allerdings einen Platz bei begehrteren Stationen wie z. B. dem Bundestag, dem Bundeskriminalamt, Ministerien oder Großkanzleien, oder vielleicht sogar ins Ausland, müsst ihr früh dran sein und neben den passenden Qualifikationen auch eine ordentliche Bewerbung abliefern. Hier hilft ein Blick auf die Website der Institution, auf der ihr meist Angaben zu Bewerbungszeiträumen und -unterlagen findet. Außerdem solltet ihr hier mehrere Stellen im Hinterkopf haben, falls es nicht gleich klappt mit der Zusage.

JurCase informiert: Während die Einzelausbilder in der Zivil- und Strafrechtsstation vom Dienstherrn vorgegeben werden, dürfen sich die Rechtsreferendare in den übrigen Stationen ihre Einzelausbilder selbst aussuchen. Frühzeitige Bewerbungen sind hier stets ratsam. Stellenangebote für deine Station findest du übrigens auch bei uns auf <u>JurCase Jobs</u>.



Erfahrungsberichte, Interviews und andere interessante Inhalte findest Du auf JurCase

JurCase bietet dir nicht nur Erfahrungsberichte zum juristischen Vorbereitungsdienst und den einzelnen Stationen, sondern auch zu Nebentätigkeiten oder dem LL.M.-Auslandsstudium. Wir führen außerdem Interviews mit Kanzleipartnern, Ausbildern und Prüfern zur juristischen Ausbildung, zum Staatsexamen und zum Karrierebeginn. Mit #Gewusst liefern wir dir außerdem weitere examensrelevante Inhalte für deine schriftlichen und mündlichen Prüfungen. Dies und mehr gibt es bei JurCase.

JURCASE BESUCHEN

EIN ÜBERBLICK ZUR UNTERHALTSBEIHILFE UND ERFAHRUNGEN DARÜBER, WIE DIESE MIT EINER NEBENTÄTIGKEIT AUFGEBESSERT WERDEN KANN

Die Unterhaltsbeihilfe allein ist für viele zur Deckung der anfallenden Kosten nicht ausreichend. Hier wird, wie im Studium auch, das Thema Nebenjob interessant. Wichtig zu beachten ist, dass Nebenjobtätigkeiten während des Referendariats untersagt sein können, sobald die Aufgaben im Konflikt mit dem Rechtsreferendariat stehen oder zu zeitintensiv sind. Das Rechtsreferendariat soll

JurCase informiert: Die Nebentätigkeit neben dem Referendariat ist deshalb in aller Regel anzeigepflichtig. Die Notwendigkeit einer Genehmigung besteht nicht in allen Bundesländern. Es empfiehlt sich also, sich vor der Bewerbung zum juristischen Vorbereitungsdienst insoweit zu informieren.

Wie viel macht Sinn?

Ich [Anmerkung der Redaktion: unsere Schreiberin Svenja] habe mich dazu entschlossen, erst einmal weiter in der Kanzlei zu arbeiten und zu sehen, wie es läuft. Ich arbeite jeweils einen Tag pro Woche und denke mehr würde ich auch nicht schaffen. Zwar würde das zeitlich schon irgendwie gehen (gerade, wenn kein Einführungslehrgang ist), aber ich möchte unter der Woche auch noch etwas Zeit zum Lernen haben, damit ich mein Wochenende frei von Jura genießen kann.

JurCase informiert: Eine juristische Nebentätigkeit, sei es während des Referendariats oder auch bereits im Studium, bringt auf jeden Fall eine Menge Vorteile mit sich. Dies sieht nicht nur gut im Lebenslauf aus, sondern es gibt die Möglichkeit, seinen Arbeitgeber auch als Einzelausbilder zu haben. Damit steigt freilich auch die Möglichkeit der Übernahme nach dem Referendariat. Bei JurCase Jobs findest du nicht nur Stellenanzeigen für deine Referendarsstation, vielmehr suchen Arbeitgeber dort auch wissenschaftliche Mitarbeiter. Welche Möglichkeiten du hast, erfährst du hier.



Du möchtest mehr zum Referendariat erfahren?

Kein Problem! Erhalte innerhalb von 4 Wochen alle wichtigen Informationen für deine Vorbereitung auf das Rechtsreferendariat. Für alle interessant, die bald in das Referendariat starten oder gerade begonnen haben. Natürlich ist das alles kostenlos!

VORBEREITUNG AUF DAS RECHTSREFERENDARIAT

Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Magazin enthaltenen Ausführungen.

Hinweis zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Magazins wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Leser zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung der Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die Herausgeber erfolgen. In einem solchen Fall sind die Herausgeber als Quelle zu benennen.
- Unter "Informationen" sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Magazin zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Magazin überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt.
- Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherungskopien dürfen nur als solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet, das Magazin im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.



Deutscher Anwaltverlag und Institut der Anwaltschaft GmbH

Rochusstraße 2 53123 Bonn 02 28 - 9 19 11 00



JurCase GmbH

Münzstraße 27A 51379 Leverkusen info@JurCase.com 0 21 71 - 70 58 340

Zu viele Katzen im Netz? Wir haben da etwas ganz anderes.

In Kanzlei üblichen Mengen:

Das große Fachinformationsportal speziell für den Informationsbedarf von Rechtsanwält*innen in kleinen und mittleren Kanzleien sowie Allgemeinanwält*innen.

Jederzeit für Sie im Netz. Kein Miauen – keine Mäuse.

DAS NEUE FACHINFO-PORTAL FÜR RECHTSANWÄLTE*INNEN

- Kostenlose Fachbeiträge für mehr Expertenwissen
- 8 Themenbereiche von Arbeitsrecht bis Zwangsvollstreckung
- Interviews, Artikel und mehr zu Organisation, Wettbewerb etc.
- Schlagzeilen und Kurzinfos zur Anwaltspraxis
- Unterhaltsames Wissen:
 Video-Blog, Motto-Sprüche, Quizfragen
- Aktuelle Webinartermine

