

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

## Aus dem Inhalt

*Dr. Bijan Nowrouzian*

Zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in der Philosophie der deutschen Aufklärung und im reformierten Strafprozess des 19. Jahrhunderts

*Prof. Dr. Georg-Friedrich Güntge  
und Silke Füssinger*

Aus der Rechtsprechung der Strafsenate und der Senate für Bußgeldsachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts im Jahre 2014 (Teil 2)

*Hans-Ernst Böttcher*

TTIP: Streitpunkt Schiedsgerichte

**SCHLHA**GLICHT

*Jan Kallenbach*

Geschäftsleiter in der Sozialgerichtsbarkeit!

September 2015

## I. Aufsätze

Dr. Bijan Nowrouzian	Denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit Zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in der Philosophie der deutschen Aufklärung und im reformierten Strafprozess des 19. Jahrhunderts	337
Prof. Dr. Georg-Friedrich Gütge und Silke Füssinger	Aus der Rechtsprechung der Strafsenate und der Senate für Bußgeldsachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts im Jahre 2014 (Teil 2)	340
Hans-Ernst Böttcher	TTIP: Streitpunkt Schiedsgerichte	349

## II. Amtliche Veröffentlichungen

AV d. MJKE v. 20. August 2015 – II 322/1271 – 31 SH –	Richtlinien für die Zusammenarbeit der Justiz in Schleswig-Holstein mit den Medien	350
--	--	-----

## III. Personalnachrichten

353

## IV. Ausschreibungen

354

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

LG Kiel	27. 2. 2015	3 O 25/14	Keine Schadenersatzverpflichtung des Händlers bei einem über sieben Jahre alten Gebrauchtwagen wegen Spachtel- und Lackierarbeiten am hinteren Kotflügel, möglichen Abweichungen der Laufleistung von dem Tachometerstand und drei statt angegebenen zwei Vorbesitzern	354
LG Lübeck	5. 3. 2015	14 S 191/13	Zur Umfang der versicherungsvertraglichen Aufklärungs- und Wartepflicht am Unfallort (qualifizierte Nachschau)	356
AG Schwarzenbek	22. 9. 2014	2 C 144/14	Zur hälftigen Schadensteilung bei ungeklärtem Unfallverlauf zwischen Linksabbieger und überholendem Fahrzeug	358
SchIHOLG	19. 3. 2015	16 U 117/14	Provisionsanspruch eines Maklers, der für den Veräußerer eine Vielzahl von Wohneinheiten gegen Vergütung betreut	358
SchIHOLG	30. 6. 2014	5 U 2/14	Zu Inhalt und Umfang des Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruchs nach Beendigung des Girovertrages	361
SchIHOLG	10.4.2014	5 U 174/13	Zum Direktanspruch des Bauunternehmers gegen die Bank des Bauherrn aus einer Finanzierungsbestätigung	363
SchIHOLG	11. 2. 2015	3 Wx 90/14	Anforderungen an Ausschlagungserklärung einer in England lebenden Erbin	364
SchIHOLG	27.11.2014	3 Wx 88/14	Befristung der Befreiung des Vorerben im Erbschein	365
LG Lübeck	4. 2. 2015	7 T 29/15	Die einstweilige Anordnung über eine vorläufige Unterbringung darf in derselben Angelegenheit die Gesamtdauer von drei Monaten nicht überschreiten	366
AG Itzehoe	12. 8. 2015	86 XIV 1044 L	Zu den Voraussetzungen der freien Willensbildung bei einem dringend behandlungsbedürftigen Suchtkranken	367

Fortsetzung 3. Umschlagseite

### Terminankündigung

#### Hanns-Josef Ortheil

##### liest aus seinem neuen Roman „Rom, Villa Massimo“

Ein Stipendium in der Deutschen Akademie „Villa Massimo“ in Rom gilt seit gut 100 Jahren als Ritterschlag im Kunstbetrieb. Dass dort Künstler aller Genres Tür an Tür zusammen arbeiten, leben, lieben, streiten – und alles in der „Ewigen Stadt“ –, muss eine eigene Dynamik entwickeln. Natürlich: Lob einer Institution, Spaziergang durch eine vielschichtige Metropole und Satire auf den Kunst- und Kulturbetrieb, alles fügt sich zusammen und ist auch noch recht kurzweilig zu lesen. Dies kann nur ein Autor leisten, der – wie Hanns-Josef Ortheil – ebenso guter Romancier wie Reiseschriftsteller und auch noch guter Literaturwissenschaftler ist.

**Kostenbeitrag:** 12 Euro (Schüler, Studenten und Auszubildende frei), nur an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr.

**Kartenreservierung:** telefonisch ab 21. September 2015 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13–15 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

#### Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

- 12. Nov. 2015: Lesung mit Hatice Akyün
- 3. Dez. 2015: Neues auf dem Buchmarkt (von und mit Annemarie Stoltenberg)
- 7. Januar 2016: Lesung mit Peter Schneider
- 11. Februar 2016: Lesung mit Klaus Modick
- 8. März 2016: Lesung mit Jan Wagner

#### Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

**Donnerstag, den 1. Oktober 2015, 19.00 Uhr**  
im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht,  
Schleswig, Gottorfstraße 2

Jahrgang 1951, wollte Hanns-Josef Ortheil zunächst Pianist werden, wurde dann aber doch in Vergleichender Literaturwissenschaft promoviert. Nach Tätigkeiten als Literaturkritiker und Hochschulassistent debütierte er 1979 mit dem Roman „Fermer“ und erhielt 1991 ein Villa-Massimo-Stipendium. In der Folgezeit prägten wissenschaftliche Tätigkeit – etwa der Aufbau eines Studienganges für junge Autoren an der Universität Hildesheim – und eigenes Schreiben sein Leben gleichermaßen. Neben Sach- und Fachliteratur über Musik, Lesen und Schreiben wurden zahlreiche weitere Romane und Reisebeschreibungen bekannt, darunter „Römische Sequenz“ (1993), „Familienbande“ (1994), „Faustinas Küsse“ (1998), „Die große Liebe“ (2003), „Moselreise“ (2010), „Das Kind, das nicht fragte“ (2012), „Die Berlinreise“ (2014) und jetzt „Rom, Villa Massimo“ (2015, bei LangenMüller). Der Autor wurde vielfach ausgezeichnet, zuletzt mit dem Elisabeth-Langgässer-Literaturpreis (2009) und dem Stefan-Andres-Preis (2013).

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

Spendenkonto Nospa IBAN: DE44 2175 0000 0050 0072 94,  
BIC: NOLADE21NOS

## Denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit Zum Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in der Philosophie der deutschen Aufklärung und im reformierten Strafprozess des 19. Jahrhunderts

von Dr. Bijan Nowrousian, Kiel\*

Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit ist in Zeiten des Terrorismus einerseits sowie von „Spähaffären“ andererseits Gegenstand ebenso vielfacher wie heftiger Debatten. Ob es um die heiß umkämpfte Vorratsdatenspeicherung, die Online-durchsuchung, die Nutzung von Mautdaten für Zwecke der Strafverfolgung oder die Befugnisse von Geheimdiensten geht, immer steht das Verhältnis von Freiheit zu Sicherheit als vielleicht nicht immer *expressis verbis* genannte, aber doch jeweils mitgedachte Grundfrage im Hintergrund.

Gleichwohl richtet sich die Zulässigkeit von Rechtsinstituten wie der Vorratsdatenspeicherung im Rechtsstaat am geltenden Recht aus, sei es das einfache, das der Verfassung oder auch das der Europäischen Union. Insofern ist es zunächst auch zweifelsohne sachgerecht, zu den je einzelnen Kompetenzen von Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden jeweils gesondert deren Zulässigkeit zu prüfen.

Da indes alle genannten und im Kontext von Sicherheitsaufgaben diskutierten Rechtsinstitute und Rechtsprobleme die Grundfrage des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit betreffen und deren Verhältnis mit ausformen, erscheint es sachgerecht, sich jenseits des Schlachtengetümmels von Einzelfragen grundsätzlich die Frage zu stellen, wie das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit richtig zu denken ist.

Grundsätzlich, das bedeutet dabei immer auch: philosophisch. Denn das geltende Recht kommt weder aus dem Nichts noch vom Himmel, sondern ist – jedenfalls auch – das Ergebnis philosophischer Gedanken und Konzepte.

Geht es dabei darum, für den liberalen Rechtsstaat grundsätzliche philosophische Antworten zu finden, so bedeutet der Rückgriff auf die Philosophie unvermeidlich den Rückgriff auf die Philosophie der Aufklärung des 18. Jahrhunderts<sup>1</sup> – denn in dieser Epoche ist die Idee des liberalen Rechtsstaats entstanden mit der Folge, dass trotz aller Modernität unsere gesamte Staats- und Rechtsordnung bis heute in vielem nichts

anderes ist als die Entfaltung einer mittlerweile mehr als 200 Jahre alten Idee.

Wie also ist das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in der deutschen Aufklärung gedacht worden?

Die Beantwortung dieser Frage beginnt nicht in Deutschland, sondern mit einem Blick nach England, denn von dort ist das Konzept des liberalen Rechtsstaats in Deutschland wie auch sonst in der Welt übernommen worden. Als „Vater“ der Menschenrechte und der Demokratie gilt dabei der englische Philosoph John Locke. In seinem ebenso weltverändernden wie mit britischem Understatement schlicht als „Zweite Abhandlung über die Regierung“ bezeichneten Werk aus dem Jahre 1697 legt John Locke das grundlegende Konzept von Menschenrechten und Demokratie vor. Ausgangspunkt ist dabei die sogenannte Vertragstheorie, eine von Locke übernommene, im 17. Jahrhundert gängige Art, die Grundlagen von Staat und Recht philosophisch zu begründen. Man ging dabei gedanklich von einem Naturzustand aus, also einem Zustand vor dem Staat oder organisierten Gemeinwesen, und fragte, wie die Menschen sich in diesem verhalten würden und welche Konsequenzen daraus für die Begründung von Staatlichkeit zu folgern seien. John Locke nahm nun an, dass es im Naturzustand zwar keinen Staat, sehr wohl aber bereits Recht gebe, nämlich die heute so bezeichneten Menschenrechte, die er als Leben, Freiheit und Eigentum (*life, liberty, estate*) definierte. Das Recht – und damit ist bereits in dieser ersten Annahme Zentrales über das Verhältnis von Recht und Staat gesagt – geht bei Locke also dem Staat voraus; es ist erst das Recht da und dann erst der Staat. Darin liegt bereits die erste Grundentscheidung für den Rechts-Staat, die bis heute in der Unverfügbarkeit des Grundrechtskerns für staatliche Gesetzgebung fortlebt. So angenehm dieser Naturzustand zunächst also erscheint – ein Zustand, in dem die zentralen Rechte bereits rechtlich vorhanden sind, und dies rechtlich ungeschmälert –, so wenig erweist er sich als angenehm, wenn man ihn zur Gänze in den Blick nimmt. Da es nämlich keinen Staat gibt, hat zwar jeder die genannten Rechte uneingeschränkt, muss sie indes auch selbst verteidigen. Und eine solche Verteidigung ist nicht nur aufwendig und kräftezehrend, sondern bei überlegenen Angreifern auch schlicht unmöglich. Der Naturzustand erweist sich also als vor allen Dingen eines: unsicher – und zwar unsicher in Bezug auf die zentralen Rechte Leib, Freiheit und Eigentum. Um nun diese Rechte verteidigen zu können – und nur dazu –, schließen die Menschen sich zusammen

\* Der Autor ist seit 2005 Staatsanwalt in Kiel und arbeitet seit 2009 in der Abteilung Korruptions- und politische Straftaten. Zu dem Aufsatzthema ist er aufgrund seiner Befassung mit dem „Gebot der effektiven Strafverfolgung“ als Verfahrensgrundsatz des deutschen Strafprozessrechts gekommen. Der Beitrag stellt den Versuch dar, den v.g. Verfahrensgrundsatz als Ausdruck des aufklärerischen Staatszweckes „Sicherheit“ nicht nur dogmatisch, sondern auch philosophisch zu verorten. Auf die Monographie „Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung im Ermittlungsverfahren“, die seit Mitte August 2015 im Handel ist, wird ausdrücklich hingewiesen.

<sup>1</sup> Vgl. *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 2007, S. 79 ff.

und gründen eine Art Schutzbund, der in Lockes Theorie dann nichts anderes ist als der Staat. Der Staat ist also gegründet als Institution zum Schutz von Leib, Freiheit und Eigentum; dies ist seine ureigenste Aufgabe. Geschützt werden sollen die genannten Rechte dabei nicht gegen den Staat selbst, sondern gegen Dritte. Diese Abwehr von Eingriffen Dritter in Freiheitsrechte ist also der Daseinszweck des Staates.<sup>2</sup>

Freilich erlangt der Staat dabei ein Maß an Macht, das dasjenige der Individuen weit überschreitet, was die Gefahr birgt, dass der Staat, anstatt Rechte zu schützen, selber zum Rechtsbrecher wird. Um einen solchen Missbrauch des Staates zu verhindern, zieht schon Locke dann auf einer zweiten Ebene dasjenige ein, was heute oft als Kern des Rechtsstaats angesehen wird: nämlich Abwehrrechte des Bürgers gegen staatliche Eingriffe, eine Aufteilung der staatlichen Gewalt auf verschiedene, sich gegenseitig kontrollierende Instanzen sowie schließlich das Recht, eine Regierung, die den Staatszweck „Schutz der Rechte gegen Dritte“ verfehlt, legal zu beseitigen und durch eine andere zu ersetzen.<sup>3</sup>

Menschenrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe sind in dem Konzept von John Locke aber gerade nicht etwa der eigentliche Grund dafür, dass es den Staat gibt; sie haben lediglich auf einer zweiten Stufe den Zweck, dass der Staat seine Legitimation nicht durch Machtmissbrauch verliert. Erlangen tut der Staat diese Legitimation indes auf der ersten Stufe allein dadurch, dass er Freiheitsrechte gegen Dritte schützt, und dafür allein ist er dabei nach Locke auch geschaffen.<sup>4</sup>

Die deutsche Aufklärung nun hat dieses Konzept von Beginn an übernommen, zunächst weithin unverändert beibehalten und schließlich zugespitzt und in die letzte Konsequenz geführt, bevor sich die deutsche Philosophie mit dem Ende der Aufklärung zu Beginn des 19. Jahrhunderts nicht minder radikal von diesem Konzept abwandte.<sup>5</sup>

Der im 18. Jahrhundert in Deutschland ausgesprochen einflussreiche Philosoph Christian Wolff hat in seinem 1754 erschienenen Werk „Grundsätze des Natur- und Völkerrechts“ der zentralen Bedeutung der Gewährung von Sicherheit als Staatszweck dadurch Rechnung getragen, dass er das Recht auf Sicherheit neben der Gleichheit und der Freiheit sowie ein bei ihm so bezeichnetes Recht, den natürlichen Verbindlichkeiten Genüge zu tun, zu den angeborenen Rechten eines jeden Einzelnen zählt. Aus dem Recht auf Sicherheit folgen sodann zwei weitere, zunächst dem Einzelnen zustehende Rechte, nämlich das Recht, sich gegen Angriffe zu wehren sowie wegen solcher Angriffe zu strafen, wobei die Bestrafung dabei der Verhinderung des zukünftigen Rechtsbruchs dient.<sup>6</sup> Da freilich die Individuen diese Rechte faktisch nicht durchsetzen können – hier folgt Wolff eins zu eins dem Konzept von John Locke –, gründen sie zur Erhaltung von Sicherheit, zur Gefahrenabwehr und zum Bestrafen den Staat. Wolff formuliert:

„Wir erkennen sehr leicht, dass einzelne Häuser sich selbst dasjenige nicht hinreichend verschaffen können, was zur Nothdurft, Bequemlichkeit, dem Vergnügen, ja zur Glückseligkeit erfordert wird, noch auch ihre Rechte ruhig genießen, und was sie von anderen zu fordern haben, sicher erhalten, noch auch sich und das ihre wider anderer Gewaltthätigkeiten schützen können. Es ist also nöthig, dasjenige durch gemeinschaftliche Kräfte zu erhalten, was einzelne Häuser vor sich nicht erhalten können. Und zu dem Ende müssen Gesellschaften errichtet werden (...). Eine Gesellschaft, die zu dem Ende gemacht wird, heisset ein Staat.“<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Vgl. *Locke*, Über die Regierung (The Second Treatise of Government) (erschienen 1690), in der Übersetzung von Dorothee Tidow, Stuttgart 1974, Nr. 14, 95, 123 und 130.

<sup>3</sup> *Locke*, Über die Regierung (The Second Treatise of Government) (erschienen 1690), in der Übersetzung von Dorothee Tidow, Stuttgart 1974, Nr. 14, 95, 123 und 130.

<sup>4</sup> Vgl. *Nowroussian*, Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung, 2015, S. 149 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Nowroussian*, Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung, 2015, S. 154 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *Nowroussian*, Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung, 2015, S. 154 f.

<sup>7</sup> *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, in: Christian Wolff, Gesammelte Werke, hrsg. von École, J./Arndt, H.W./Corr, Ch.A./Hofmann, J.E./Thomann, M., Band 19, 1980, § 972.

Auch in der im Weiteren sehr viel einflussreicheren Philosophie von Immanuel Kant wird am Staatszweck Sicherheit festgehalten, obwohl Kant über die Vertragstheorien des 17. und 18. Jahrhunderts in seiner philosophischen Fundierung deutlich hinausgeht. Kant geht es in seiner philosophischen Fundierung nicht um irgendwelche Nützlichkeitsabwägungen aus einem gedachten Naturzustand heraus – und mehr ist der Staat bei Vertragstheoretikern wie Locke und Wolff ja nicht –, sondern um nichts weniger als das Herausfinden dessen, was aus der Vernunft jenseits von aller Erfahrung und Zweckrationalität als moralisch absolut bindend folgt. Es würde den hiesigen Rahmen sprengen, diese in den Bereich der Erkenntnistheorie fallende Fundierung im Einzelnen darzulegen; für hiesige Zwecke ausreichend, aber auch entscheidend ist, dass Kant mit dem genannten Anspruch moralischer Absolutheit auch die Rechtsphilosophie betreibt und in dieser zur folgenden, gerade auch das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit betreffenden Rechtsdefinition kommt: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“<sup>8</sup> Einer Deutung Hofmanns folgend,<sup>9</sup> versteht Kant damit das Recht als ein System freiheitssichernder Freiheitsschranken. Das Recht ist also zugleich beides: Es beschränkt die Freiheit, aber richtig gesetzt beschränkt es sie zu deren Durchsetzung. Freiheit braucht nach Kant also Freiheitsschranken, um überhaupt existieren zu können.

Dieser Tradition folgend, konnte der Jurist und Rechtsphilosoph Svarez diesen Ansatz nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis zu verwirklichen suchen. In seinen Schriften zur Erziehung des preußischen Kronprinzen Friedrich Wilhelm III. hat er für diesen in kurzen, einprägsamen Sätzen das skizzierte Konzept als Lerninhalt für einen angehenden Regenten wie folgt zusammengefasst: „Welches ist der Zweck des Staats? Daß ein jeder bei dem Seinigen gegen alle gewaltsamen Störungen und Beleidigungen Schutz und Sicherheit genießen soll.“<sup>10</sup> In dieser Staatszweckbestimmung radikalisiert Svarez den von Wolff übernommenen Ansatz bereits, indem er anders als Wolff Sicherheit nicht neben andere Rechte stellt, sondern im Staatszweck Sicherheit den Staatszweck schlechthin erkennt. Die Radikalisierung ist freilich konsequent: Im Kern formuliert Svarez hier in einem Satz das, was sich schon bei Locke wie dargetan als Staatszweck finden lässt. Zugleich übernimmt er Kants Rechtsdefinition, wenn er weiter ausführt: „In diesem Sinne ist also der Zweck des Staates, jeden einzelnen in seiner natürlichen Freiheit zu schützen, soweit damit die Freiheit aller bestehen kann.“<sup>11</sup> Zur Fürstenerziehung weist Svarez im Weiteren darauf hin, dass aus dem genannten Staatszweck nicht nur für die Untertanen, sondern auch für den Regenten gewisse Pflichten erwachsen, wobei die eine davon die zweite Legitimationsebene des Staates bei John Locke, aber auch die genannte Rechtsdefinition von Immanuel Kant wiederum in einem Satz zusammenfasst: „Er muß die natürliche Freiheit seiner Untertanen nur soweit [sic!] einschränken, als es notwendig ist, um die Sicherheit und Freiheit aller zu schützen und aufrechtzuerhalten.“<sup>12</sup> Svarez konnte seine Konzeption dabei nicht nur mittelbar über den erzieherischen Einfluss auf den Kronprinzen, sondern im Jahre 1794 auch unmittelbar umsetzen, nämlich in dem von ihm im Wesentlichen verfassten, in dem genannten Jahr in Kraft getretenen Allgemeinen Preußischen Landrecht. In dessen 17. Titel, welcher sich mit den Rechten und Pflichten des Staates zum Schutze seiner Untertanen befasst, heißt es sodann

<sup>8</sup> *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, in: Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden, Band IV, hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1983, S. 337.

<sup>9</sup> Vgl. *Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 5. Auflage 2011, S. 169.

<sup>10</sup> *Svarez*, Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746–1798), hrsg. von Conrad, Hermann/Kleinheyder, Gerd, 1956, S. 7.

<sup>11</sup> *Svarez*, Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746–1798), hrsg. von Conrad, Hermann/Kleinheyder, Gerd, 1956, S. 7.

<sup>12</sup> *Svarez*, Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746–1798), hrsg. von Conrad, Hermann/Kleinheyder, Gerd, 1956, S. 9 f.



als gesetzliche Regelung: „§. 1. Der Staat ist für die Sicherheit seiner Unterthanen, in Ansehung ihrer Person, ihrer Ehre, ihrer Rechte, und ihres Vermögens, zu sorgen verpflichtet.“<sup>13</sup> Der Staatszweck Sicherheit wird hier Gesetz.

In die letzte Konsequenz geführt wird der so angelegte Zusammenhang von Freiheit und Sicherheit schließlich bei den Philosophen Theodor von Schmalz und Wilhelm von Humboldt.

Von Schmalz, ein Kantschüler, der heute weithin in Vergessenheit geraten ist, hat in Fortführung der genannten Linie Freiheit und Sicherheit in eins gesetzt, indem er formulierte: „Die Sicherheit unsrer Rechte ist aber die Freyheit, und die Freyheit ist nichts anders als die Sicherheit, die Unverletztheit unsrer Rechte.“<sup>14</sup> Es ist zum Verständnis dieser Radikalisierung von zentraler Bedeutung, sich daran zu erinnern, dass von Schmalz dieses In-eins-Setzen von Freiheit und Sicherheit nur deswegen ohne Beschädigung des einen oder des anderen leisten kann, weil die Sicherheit der Rechte, die bei von Schmalz die Freiheit ist, eben die Sicherheit der zentralen Rechte der Aufklärung, also von Leib, Freiheit und Eigentum, meint. Es geht also nicht um Sicherheit in der Art einer Friedhofsruhe, wie sie auch in Diktaturen möglich ist und welche deshalb schwerlich mit Freiheit gleichgesetzt werden könnte, sondern um die Sicherheit der Freiheitsrechte. Entsprechend ist der Staat für von Schmalz auch ein „Sicherheitsbund“<sup>15</sup> aber eben ein liberaler, aufgeklärter Sicherheitsbund.

Noch pointierter findet sich dieses In-eins-Setzen von Freiheit und Sicherheit schließlich bei Wilhelm von Humboldt, einem der letzten großen Denker der deutschen Aufklärung. Dieser formuliert: „Ohne Sicherheit vermag der Mensch weder seine Kräfte auszubilden, noch die Früchte derselben zu genießen; denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit.“<sup>16</sup> Damit hat er als Merkformel den Ertrag einer Epoche benannt.

Nahezu zeitgleich mit der Erreichung dieser letzten Konsequenz aus dem aufklärerischen Erbe bricht die Philosophie der Aufklärung in Deutschland ab und wird durch ein Konzept ersetzt, das zunächst das Verhältnis von Staat und Bürger, dann unweigerlich auch von Freiheit und Sicherheit radikal anders denkt. Gemeint ist die Staatsphilosophie von Hegel.

Hegel verwarf mit drastischen Worten die Vorstellung, dass der Staat aus irgendwelchen zweckrationalen Erwägungen bloß als Bündnis von Bürgern zustande käme mit dem alleinigen Zweck, deren Einzelinteressen zu dienen, sondern sieht im Staat einen eigenen Wert verwirklicht, der den Belangen des Einzelnen im Zweifel nicht nur faktisch, sondern eben auch moralisch vorgeht. „Allein der Staat ist überhaupt nicht ein Vertrag (...), noch ist der Schutz und die Sicherung des Lebens und des Eigentums der Individuen als einzelner so unbedingt sein substantielles Wesen, vielmehr ist er das Höhere, welches dieses Leben und Eigentum selbst auch in Anspruch nimmt und die Aufopferung desselben fordert.“<sup>17</sup>

So wenig Hegel an den politischen Entscheidungen lange nachfolgender Generationen persönlich schuld ist, so wenig führt ein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass in einer derart radikalen Überordnung des Staates und seiner tatsächlichen oder vermeintlichen Belange über diejenigen des Individuums der Keim des Totalitären bereits angelegt ist. Jedes totalitäre Regime lebt jedenfalls nämlich immer auch von der Idee, dass irgendeine Gemeinschaft – Staat, Volk, Klasse, Kollektiv oder was auch sonst – wichtiger sei selbst als das Leben des Individuums. Auch wenn Hegel sich selbst als Philosoph des

Fortschritts sah, so fällt er damit im Ergebnis zurück in die Zeit vor der Aufklärung und gibt deren zentrale Errungenschaften preis.<sup>18</sup>

Auch wenn die Zeichen für richtig verstandenen Liberalismus angesichts des großen Einflusses der hegelschen Philosophie in Deutschland einerseits sowie der insgesamt restaurativen politischen Großwetterlage nach der Niederwerfung Napoleons und dem Wiener Kongress andererseits mithin denkbar schlecht standen, hat das liberale Verständnis von Freiheit und Sicherheit in Deutschland nicht nur in einer Nische überdauert, sondern in einer Bewegung, die gerade für das Strafprozessrecht von zentraler Bedeutung war. Gemeint ist die Bewegung des reformierten Strafprozesses.

Deren Existenz und deren Bedeutung für das moderne Strafprozessrecht ist dabei anders als bei derjenigen der Philosophie der Aufklärung weit weniger allgemein geläufig, weswegen kurz dargestellt werden soll, was es mit der Idee des reformierten Strafprozesses auf sich hat. Obwohl der Sache nach ganz und gar aufklärerisch, ist die Abschaffung zentraler rechtsstaatswidriger Strukturmerkmale des vormodernen Strafprozesses in Deutschland nicht etwa in der Aufklärung des 18., sondern erst im Laufe des 19. Jahrhunderts verwirklicht worden. Insbesondere die Trennung von Kläger und Richter und damit die Begründung der Staatsanwaltschaft sowie die Beseitigung von Geheimverfahren durch den Grundsatz der Öffentlichkeit und des rechtlichen Gehörs erfolgten in den verschiedenen Territorien des politisch zersplitterten Deutschlands erst nach und nach im Laufe des 19. Jahrhunderts.<sup>19</sup> Erst damit wurden die zentralen Elemente insbesondere des vormodernen Inquisitionsprozesses durch diejenigen zentralen Maximen ersetzt, welche bis heute den Strafprozess prägen und der Sache nach als Ausfluss aufklärerischer Philosophie anzusehen sind. Die beiden zentralen Vorkämpfer für die Idee des reformierten Strafprozesses in Deutschland waren dabei die Juristen Zachariä und Mittermaier.

Für hiesiges Thema entscheidend ist nun, dass mit dem reformierten Strafprozess die nahezu unbeschränkten Befugnisse von Obrigkeit und Staat im vormodernen Strafprozess wie dargestellt erheblich beschnitten wurden, aber diese Beschneidung nicht etwa zu dem Zweck erfolgte, Sicherheit durch Freiheit zu ersetzen bzw. anders formuliert Sicherheit um der Freiheit willen aufzugeben. Auch darin der Philosophie der Aufklärung getreu folgend, ging es vielmehr darum, in einem sinnvollen Ausräumen von staatlichen Rechten und Beschuldigtenrechten im beschriebenen aufklärerischen Sinne Freiheit und Sicherheit zu verwirklichen.<sup>20</sup> Entsprechend sieht Zachariä den Staatszweck auch im „Schutz der angeborenen und erworbenen Rechte“<sup>21</sup> – eine Formulierung aus dem Jahre 1853, die sich genau so auch schon 100 Jahre früher hätte finden können.

Nachdem mit der Verabschiedung der Reichsstrafprozessordnung im Jahre 1877 die Bewegung des reformierten Strafprozesses im gesamten neu gegründeten Deutschen Reich gesiegt hatte und nun im ganzen Reich eine Strafprozessordnung bestand, die den genannten Anforderungen an den modernen Strafprozess genügte und bis heute die Grundlage der deutschen Strafprozessordnung bildet, fand der geschilderte Zusammenhang von Freiheit und Sicherheit im Strafprozess dann auch in die Strafrechtsdogmatik Eingang. In einem Handbuch des Strafprozesses von 1883 formulierte Glaser dazu: „Da ist nun allerseits anerkannt, dass das moderne Strafrecht auf dem Gedanken beruht, dass die Verfolgung der strafbaren Handlungen Recht und Pflicht der Staatsgewalt sei.“<sup>22</sup> Glaser erkannte dabei freilich auch, dass die Verwirklichung von Freiheit und Sicherheit bzw. präziser von Freiheit durch Sicherheit in der konkreten Ausräumung der jeweiligen Rechte und Be-

<sup>13</sup> § 1 II 17 ALR.

<sup>14</sup> Von Schmalz, Das natürliche Staatsrecht, Zweyte verbesserte Auflage 1804, in: Theodor von Schmalz, Das Recht der Natur, Neudruck der 1.–2. Auflage 1795–1804, 1969, § 2.

<sup>15</sup> Von Schmalz, Das natürliche Staatsrecht, Zweyte verbesserte Auflage 1804, in: Theodor von Schmalz, Das Recht der Natur, Neudruck der 1.–2. Auflage 1795–1804, 1969, § 41.

<sup>16</sup> Von Humboldt, Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates (erschienen 1792 unter dem Titel: Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen), 1946, S. 66.

<sup>17</sup> Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (erschienen 1821), mit Hegels eigenhändigen Randbemerkungen in seinem Handexemplar der Rechtsphilosophie, Philosophische Bibliothek Bd. 483, hrsg. von Johannes Hoffmeister, 1995, § 100.

<sup>18</sup> Vgl. Nowrowsian, Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung, 2015, S. 160.

<sup>19</sup> Vgl. Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 2007, S. 105 f.

<sup>20</sup> Vgl. Nowrowsian, Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung, 2015, S. 161 ff.

<sup>21</sup> Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Erster Theil: Allgemeine Lehren und Verfassungsrecht, 1853, S. 46.

<sup>22</sup> Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Erster Band, 1883, S. 218.

fugnisse von Staat und Beschuldigten durchaus schwierig sein kann, und fasste die Gefahr, die darin lag, in einer bis heute aktuellen Formulierung wie folgt zusammen:

„Aber auch die Ueberspannung des Formenwesens kann einen Punkt erreichen, wo die Verkehrung des richtigen Verhältnisses von Zweck und Mittel offenbar wird; es muss das Rechtsgefühl verletzen, wenn es unzweifelhaft wird, dass nicht bloß gelegentlich und unter Umständen, die sich so wenig wiederholen als sie leicht vorhergesehen oder gar herbeigeführt werden können, die Zwecke des Prozesses durch die Formen beeinträchtigt werden, welche deren Erreichung sichern sollen.“<sup>23</sup>

In der bei Glaser hierzu gesetzten Fußnote heißt es dann: „Es ist dies eine der widerspruchsvollsten Fragen des modernen Strafprozesses.“<sup>24</sup> Sie ist es bis heute geblieben.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass weder die Denker des liberalen Rechtsstaats noch diejenigen des modernen Strafprozesses Freiheit und Sicherheit als Gegenpole dachten. Es war vielmehr Allgemeingut, dass Freiheit Sicherheit, Sicherheit aber auch Freiheit verlangt, dass Freiheit letztlich nichts anderes ist als die Sicherheit von Freiheitsrechten selbst. Dass in der konkreten Umsetzung dieser Erkenntnis in Rechtsetzung und Rechtsanwendung zwischen Freiheit und Sicherheit Spannungen auftreten können, ja müssen, ist dabei insbesondere den Juristen des 19. Jahrhunderts nicht verborgen geblieben. Diese Spannungen in der Umsetzung sind aber nicht als grundsätzlicher Gegensatz, sondern lediglich

<sup>23</sup> Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Erster Band, 1883, S. 216.

<sup>24</sup> Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Erster Band, 1883, S. 216.

als eine Art Verwirklichungsproblem angesehen worden. Eine grundsätzliche Frontstellung von Freiheit gegen Sicherheit sah man gerade nicht.

Es erscheint sinnvoll, diesen Ertrag in den gegenwärtigen Debatten zu erinnern. Dabei ist es insbesondere von Bedeutung zu erkennen, dass es bei einer Erhöhung der Sicherheit im liberalen Rechtsstaat jedenfalls dann, wenn sie dessen Prinzipien folgt, immer um die Sicherung von Freiheit geht und es deswegen falsch ist zu glauben, die Erhöhung von Sicherheit sei per se freiheitsfeindlich. Ganz falsch ist ferner, Freiheit allein auf der Seite des Beschuldigten und nicht auch der Sicherheitsbehörden zu verorten, da Letztere dann, wenn sie das tun, wozu sie berufen sind, immer freiheitssichernd tätig werden – indem sie nämlich ganz im Sinne von John Locke die Freiheit der Bürger gegen Eingriffe Dritter schützen. Wie hochaktuell dies im Jahre 2015 noch ist, zeigt ein Blick auf die Gefahren, welche zentrale Freiheitsrechte wie etwa die Meinungs- und Pressefreiheit durch extremistisch gestimmte Dritte gerade erfahren.

Dabei wird ein Sicherinnern an die freiheitssichernde Funktion der Sicherheitsbehörden die genannten Spannungen zwischen deren Kompetenzen und Beschuldigtenrechten bei der Fassung je konkreter Befugnisse wie dargelegt nicht aufheben. Eine sinnvolle Austeriarung dieser Befugnisse einerseits und von Beschuldigtenrechten andererseits ist aber nur möglich, wenn die freiheitssichernde Funktion von Strafverfolgung überhaupt verstanden wird. Es ist dabei genug an philosophischem und rechtshistorischem Material da, um diese Funktion richtig zu verstehen. Man muss es sich nur vergegenwärtigen.

## Aus der Rechtsprechung der Strafsenate und der Senate für Bußgeldsachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts im Jahre 2014 (Teil 2)\*

Prof. Dr. Georg-Friedrich Güntge, Oberstaatsanwalt, und Silke Füssinger, Oberstaatsanwältin, Schleswig

### IV. Entscheidungen zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten

#### OWiG § 71 Abs. 1; StPO § 267

##### 53. Anforderungen an die Urteilsfeststellungen bei Messung der Rotlichtdauer mit dem standardisierten Messverfahren Traffiphot III

Das Amtsgericht hatte den Betroffenen wegen fahrlässiger Missachtung des Rotlichts zu einer Geldbuße von 200 € verurteilt und ein Fahrverbot von einem Monat verhängt. Die Rechtsbeschwerde hatte Erfolg. Die Begründung des Senats lautete:

Das angefochtene Urteil ist aufgrund lückenhafter, die Verurteilung nicht tragender Feststellungen auf die erhobene Sachrüge hin aufzuheben. Unter Beschränkung auf die wesentlichen Punkte hat die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hierzu in ihrer an den Senat gerichteten Antragschrift u. a. ausgeführt:

„Die Urteilsgründe erweisen sich als lückenhaft. Das angefochtene Urteil kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil es sowohl hinsichtlich der Feststellungen zur Tat als auch bezüglich der Beweiswürdigung keine hinreichende Prüfungs- bzw. Entscheidungsgrundlage enthält und deswegen den Anforderungen der §§ 261, 267 StPO i. V. m. § 71 Abs. 1 OWiG nicht entspricht. Auch wenn die Anforderungen an die Urteilsgründe in Bußgeldverfahren keinen hohen Anforderungen unterliegen, muss die Beweiswürdigung so beschaffen sein, dass dem Rechtsbeschwerdegericht die rechtliche Überprüfung ermöglicht wird. Grundlage dieser revisionsgerichtlichen Beweiswürdigung ist das schriftliche Urteil, mit

dem der Tatrichter darüber Rechenschaft gibt, auf welchem Wege er von den Beweismittelergebnissen zum festgestellten Sachverhalt gelangt ist

(so schon BGH, NSTZ 1985, 184).

Dabei muss die im Urteil mitgeteilte Beweiswürdigung in sich logisch, geschlossen, klar und insbesondere lückenfrei sein. Sie muss wenigstens die Grundzüge der Überlegungen des Tatrichters und die Möglichkeit des gefundenen Ergebnisses sowie die Vertretbarkeit des Unterlassens einer weiteren Würdigung aufzeigen. Es müssen alle aus dem Urteil ersichtlichen Tatsachen und Umstände, die Schlüsse zugunsten oder zu Ungunsten des Betroffenen zulassen, ausdrücklich erörtert werden

(u.a. OLG Düsseldorf, VRR2011, 243; Göhler, OWiG, 15. Aufl., § 71, Rn. 43 mwN).

Dem wird das angefochtene Urteil nicht gerecht. Nach den Urteilsfeststellungen befuhr der Betroffene in L. die Richtung G. und missachtete dabei das Rotlicht einer Lichtzeichenanlage, wobei die Rotphase bereits mindestens 1,1 Sekunden dauerte. Bereits diese Feststellung ist unzureichend und zu knapp. Aus den Feststellungen des Gerichts lässt sich bereits nicht hinreichend deutlich entnehmen, um welche Art von Wechsellichtzeichenanlage es sich gehandelt hat, was aber für die Frage, ob es sich vorliegend um einen typischen groben Verstoß gegen die Pflichten eines Fahrzeugführers handelt, weil ja der Rotlichtverstoß länger als 1 Sekunde dauerte, von Bedeutung sein kann. Denn nicht jeder Rotlichtverstoß von mehr als 1 Sekunde stellt eine typische, ein Fahrverbot indizierende Pflichtwidrigkeit i. S. d. § 4 Abs. 1 Nr. 3 BKatV dar.

Darüber hinaus lassen die Gründe außerdem hinsichtlich der Beweiswürdigung nicht erkennen, auf welche Tatsachen das Gericht

\* Teil 1 in Heft 8/15 S. 291–310

seine Überzeugung gestützt hat, ob und wie sich der Betroffene eingelassen hat – außer, dass er die Fahrereigenschaft eingeräumt hat, –, ob der Richter der Einlassung folgt oder ob und inwieweit er die Einlassung aufgrund welcher tragenden Beweismittel für widerlegt ansieht

(KK-Senge, OWiG, 3. Aufl., § 71, Rn. 106).

Ebenso wenig werden die Angaben des Zeugen C. angeführt und dargelegt, warum diesen offenbar der Vorzug gegeben wird.

Darüber hinaus erfolgte nach den Feststellungen des Amtsgerichts die Messung der Rotlichtdauer mit dem standardisierten Messverfahren Traffiphot III. Der Einsatz eines solchen Gerätes stellt zwar ein sogenanntes standardisiertes Messverfahren im Sinne der Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte dar

(vgl. u.a. BGHSt 46, 358; OLG Hamm, NZV 2000, 426).

Für die Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 37 Abs. 2 Nr. 1 Satz 7 StVO genügt mithin, wie allgemein beim Einsatz standardisierter Messverfahren, die Angabe des konkret verwendeten Gerätetyps und des gewonnenen Messergebnisses, sowie eines etwaigen zu beachtenden Toleranzwertes

(BGH aaO).

Der Tatrichter ist zu weiteren Darlegungen hinsichtlich des Messverfahrens und -ablaufes in den Urteilsgründen nicht verpflichtet

(BayObLG NJW 2003, 1752).

Allerdings bedarf es zumindest der Angabe der wesentlichen Anknüpfungstatsachen wie des Abstands zwischen Haltelinie, erster und zweiter Induktionsschleife sowie der Rotlichtzeiten bei Überfahren der ersten und zweiten Induktionsschleife. Ohne diese Darlegungen lässt sich für das Rechtsbeschwerdegericht die Berechnung der Rotlichtdauer beim Überfahren der Haltelinie nicht nachvollziehen. Etwas anderes gilt lediglich für den Fall, dass die Induktionsschleife in der Haltelinie selbst angebracht wäre. Dann wären Messzeit und der Zeitpunkt des Überfahrens der Haltelinie identisch. Aber auch in diesem Falle wäre der Tatrichter gehalten, sowohl die Messzeit als auch den Lageort der Sensorschleife im Urteil darzulegen.

Die verwendeten Messfotos wurden im Übrigen nicht durch eine prozessökonomische ausdrückliche Bezugnahme gemäß § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO zum Urteilsbestandteil gemacht und können deshalb vom Rechtsmittelgericht nicht eingesehen werden. Darüber hinaus wurden gebotene eigene Urteilsfeststellungen oder Würdigungen, z.B. zur Eichung des Geräts, durch unzulässige Bezugnahmen ersetzt, so dass es verfahrensrechtlich an einer Urteilsbegründung und sachlich-rechtlich an der Möglichkeit der Nachprüfung durch das Revisionsgericht fehlt

(st. Rspr. vgl. BGHSt 30, 225; 33, 59; BGHR StPO § 267 Abs. 1 Bezugnahme 1).

Eine Verweisung oder Bezugnahme ist im Übrigen lediglich nach § 46 OWiG i. V. m. § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO und nur wegen „Abbildungen“ möglich. Dem Rechtsbeschwerdegericht ist es allein auf Grund der unzulässigen Bezugnahmen auf die den Vorfall dokumentierenden Schriftstücke nicht möglich zu überprüfen, ob die Überzeugung des Tatrichters auf tragfähigen Erwägungen beruht, die Beweiswürdigung des Amtsrichters anerkannten rechtlichen Grundsätzen entspricht und die Überzeugung von der Ordnungsgemäßheit der Messung rechtsfehlerfrei gewonnen wurde.“

Dem tritt der Senat bei. Die erwähnten Gesichtspunkte wird das Amtsgericht bei der

erneuten Verhandlung und Entscheidung, bei der zugleich über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu befinden sein wird, zu beachten haben. Aus Sicht des Senats ist darüber hinaus lediglich anzumerken, dass sich im Protokoll der Hauptverhandlung – möglicherweise aufgrund der Verwendung bestimmter Vordrucke – eine Reihe von Widersprüchen befinden, die im Zweifelsfall geeignet sein könnten, die Beweiskraft des Protokolls

(§§ 71 OWiG, 274 StPO)

zu gefährden und daher tunlichst vermieden werden sollten.

Beschl. v. 2.4.2014 – 1 Ss-OWi 59/14 (52/14) – ( NStZ-RR 2014, 287; NZV 2015, 45 )

### **OWiG § 71 Abs. 1; StPO § 267**

#### **54. Anforderungen an die Urteilsgründe bei einer Geschwindigkeitsmessung mit dem ViDistA-Verfahren**

Die Rechtsbeschwerde des Betroffenen führte zur Aufhebung des angefochtenen amtsgerichtlichen Urteils, was der Senat wie folgt begründete:

Die Feststellungen tragen die Verurteilung wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung nicht, denn sie sind lückenhaft, weil das verwendete Messverfahren, durch welches die Geschwindigkeitsüberschreitung ermittelt worden ist, nicht ordnungsgemäß mitgeteilt worden ist. Die Mitteilung des genauen Messverfahrens ist unerlässlich, um dem Rechtsbeschwerdegericht u. a. die Prüfung zu ermöglichen, ob der Tatrichter etwaige Fehlertoleranzen berücksichtigt hat. Zwar begründet das Amtsgericht seine Überzeugung von der Geschwindigkeitsüberschreitung wie folgt: „Die Geschwindigkeitsüberschreitung steht aufgrund der Geschwindigkeitsmessung mit einem standardisierten Messverfahren fest (ViDistA). Zweifel an der Ordnungsgemäßheit der Messung haben sich nicht ergeben.“ Diese Mitteilung ist aber unvollständig, denn das von der Landespolizei verwendete ViDistA-Verfahren ist kein eigentliches Messverfahren, sondern lediglich ein Verfahren, durch das eine Geschwindigkeitsberechnung aufgrund mathematischer Gesetze anhand einer Videoaufzeichnung durchgeführt wird. Mit welchem System die Videoaufzeichnung durchgeführt wurde, teilen die Urteilsgründe nicht mit. Auch wenn gerichtsbekannt ist, dass die Landespolizei die Videoaufzeichnungen regelmäßig mit dem System Provida 2000 vornimmt, versteht sich dies nicht von selbst. Bei der Verwendung des Messgeräts Provida 2000 mittels der ViDistA-Auswertung ist nach ständiger Rechtsprechung regelmäßig ein Toleranzabzug von 5 % vorzunehmen, wenn die gemessene Geschwindigkeit über 100 km/h liegt

(Senatsbeschluss vom 19. April 2006 – 1 Ss OWi 40/06 (41/06); Kammergericht Beschluss vom 30. November 2010 – 3 Ws (B) 615/10, 3 Ws (B) 615/10, 2 Ss 319/10, juris).

Die Feststellungen lassen nicht erkennen, in welcher Höhe ein Toleranzabzug vorgenommen wurde. Hierzu hätte es entweder der Angabe des Prozentsatzes oder aber der tatsächlich gemessenen und der vorwerfbaren Geschwindigkeit bedurft.

Beschl. v. 29.1.2014 – 1 SsOWi 4/14 (5/14) –

### **OWiG § 77 b Abs. 1**

#### **55. Aufhebung des Urteils wegen fehlender schriftlicher Urteilsgründe**

Die Rechtsbeschwerde des Betroffenen führte zur Aufhebung des angefochtenen amtsgerichtlichen Urteils, was der Senat wie folgt begründete:

Die gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 1 und 2 OWiG statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie hat auch in der Sache Erfolg. Das Urteil leidet an einem durchgreifenden rechtlichen Mangel. Denn das Amtsgericht hat gemäß § 77 b Abs. 1 OWiG von einer schriftlichen Begründung des Urteils abgesehen, obwohl die dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht vorlagen.

Denn der Betroffene hat über seinen Verteidiger innerhalb der Rechtsbeschwerdeeinlegungsfrist die Rechtsbeschwerde eingelegt. Da das Urteil keine Gründe enthält, kann der Senat dieses nicht auf sachlich-rechtliche Fehler überprüfen, so dass das Urteil allein deshalb der Aufhebung unterliegt

(vgl. Senatsbeschluss vom 11. Februar 2013 – 1 SsOWi 8/03 (6/03) –, zitiert nach juris; OLG Brandenburg NStZ-RR 2004, 121).

Beschl. v. 22.9.2014 – 1 SsOWi 170/14 (173/14) – ( ZfSch 2014, 292 – 293; Blutalkohol 51, 180 – 181 (2014) )

### **OWiG § 71 Abs. 1; StPO § 267**

#### **56. Anforderungen an die Urteilsgründe bei der Geschwindigkeitsmessmethode durch Nachfahren mit Tachometervergleich und den Feststellungen zur Schuldform**

Das Amtsgericht hatte den Betroffenen wegen fahrlässigen Überschreitens der zulässigen Höchstgeschwindigkeit und wegen verbotswidrigen Überholens zu einer Geldbuße in Höhe von 205 € verurteilt und ein Fahrverbot von 1 Monat angeordnet. Die Rechtsbeschwerde des Betroffenen hatte Erfolg. Zur Begründung führte der Senat unter Bezugnahme auf die Zuschrift der Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht u. a. aus:

„Die in materieller Hinsicht vorzunehmende Überprüfung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung des Urteils, da die in ihm dargelegten Feststellungen und die ihnen zugrundeliegende Beweiswürdigung lückenhaft sind. Sie ermöglichen dem Senat nicht die sichere Nachprüfung, ob das Amtsgericht seine Überzeugung von der Geschwindigkeitsüberschreitung und des verbotswidrigen Überholens ohne Rechtsfehler gewonnen hat.

Nach den Feststellungen fuhr der Betroffene am 2. Juni 2013 im Bereich, in dem eine Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h zulässig



ist (geschlossene Ortschaft), mit einer Geschwindigkeit von mindestens 88 km/h. Die Geschwindigkeitsmessung erfolgte durch Ablesen des ungeeichten Tachometers eines polizeilichen Dienstfahrzeugs, welches dem vom Betroffenen geführten Kraftrad folgte. Dabei beschleunigte das Dienstfahrzeug auf einer Strecke von insgesamt 700 Metern auf die Geschwindigkeit von 110 km/h und hielt die so erreichte Geschwindigkeit für einige 100 m. Der Abstand zum Kraftrad des Betroffenen vergrößerte sich währenddessen. Die dem Betroffenen vorgeworfene Geschwindigkeit von 88 km/h ist durch Abzug von 20 % des abgelesenen Tachometerwertes ermittelt worden.

Die Geschwindigkeitsmessmethode durch Nachfahren mit Tachometervergleich ist eine anerkannt zuverlässige Methode der Geschwindigkeitsmessung

(vgl. Kammergericht Berlin, Beschlüsse vom 6. Juni 2001 – 3 Ws (B) 247/01 –, vom 23. November 1998 – 3 Ws (B) 581/98 – mwN).

Da es sich allerdings hierbei um ein Verfahren handelt, bei dem Fehlerquellen und ungenaue Ergebnisse nicht ausgeschlossen werden können, müssen die Urteilsgründe Ausführungen über die Länge der Messstrecke, die Abstandsverhältnisse zwischen den Fahrzeugen, die Geschwindigkeit des nachfolgenden Polizeifahrzeugs und die Tatsache, ob der Geschwindigkeitsmesser des Polizeifahrzeugs geeicht war, enthalten

(Kammergericht Berlin, Beschluss vom 18. September 2001 – 2 Ss 133/01 –, juris).

Bei Verwendung eines nicht geeichten Tachometers – wie hier – erachtet die Rechtsprechung grundsätzlich einen Toleranzabzug zum Ausgleich von Messungenauigkeiten von 20 % der abgelesenen Geschwindigkeit für notwendig und ausreichend, um bei guten allgemeinen Sichtverhältnissen grundsätzlich alle zugunsten des Täters in Betracht kommenden Fehlerquellen menschlicher und technischer Art zu berücksichtigen, wenn der Abstand zum vorausfahrenden Fahrzeug etwa den halben bis maximalen ganzen Tachowert (in Metern), den das nachfahrende Fahrzeug anzeigt, nicht übersteigt, der Abstand ungefähr gleich bleibt, die Nachfahrstrecke wenigstens rund das Fünffache des Abstandes beträgt und der Tachometer in kurzen Abständen abgelesen wird

(OLG Rostock, Beschluss vom 28. März 2007 – 2 Ss(OWiG) 311/06 –, juris; Bayerisches OLG, DAR 1996, 323).

Ob die durch die obergerichtliche Rechtsprechung für die Geschwindigkeitsmessung durch Nachfahren entwickelten Grundsätze beachtet worden sind, ist anhand der Urteilsfeststellungen nicht überprüfbar. Weder der Abstand zwischen dem messenden und dem gemessenen Fahrzeug noch die Länge der Messstrecke werden nachvollziehbar dargelegt. Die Angabe einer Messstrecke „...für einige hundert Meter“ ist hierfür ohne nähere Erläuterungen nicht ausreichend. Ob das Polizeifahrzeug auf der Strecke von 700 m aus dem Stand oder aus der Fahrt beschleunigt und über welche Distanz die schließlich erreichte Geschwindigkeit von 110 km/h gefahren und abgelesen wurde, bleibt offen. Die Rechtsprechung verlangt bei einer gemessenen Geschwindigkeit von 91–120 km/h grundsätzlich eine Messstrecke von 500 m Länge

(Kammergericht Berlin, Beschluss vom 18. September 2001 – 2 Ss 133/01 –, juris).

Auch wenn es sich hierbei lediglich um einen Richtwert handelt und der Tatrichter in freier Beweiswürdigung gleichwohl zu der Überzeugung einer Geschwindigkeitsüberschreitung gelangen kann, sind die Umstände des Einzelfalls nachvollziehbar darzulegen. Daran mangelt es hier.

Zudem tragen die getroffenen Feststellungen nicht den Vorwurf des falschen Überholens. Welcher Art der festgestellte Verstoß konkret war und gegen welche der zahlreichen in § 5 StVO enthaltenen Vorschriften der Betroffene verstoßen hat, bleibt offen. Eine rechtliche Würdigung der hierzu getroffenen Feststellungen findet sich in dem angefochtenen Erkenntnis nicht.

Darüber hinaus lässt das Urteil nicht erkennen, ob sich der Betroffene zu den Ordnungswidrigkeitenvorwürfen geäußert oder er von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat. Es bleibt offen, ob der Tatrichter einer etwaigen Einlassung gefolgt ist oder sie für widerlegt angesehen hat. Der Beweiswürdigung ist diesbezüglich nichts zu entnehmen. Diese Säumnis stellt jedenfalls dann einen sachlich-rechtlichen Mangel des Urteils dar, wenn – wie hier – die Möglichkeit besteht, dass sich der Betroffene in eine bestimmte Richtung verteidigt hat und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Tatrichter die Bedeutung der Erklärung verkannt oder sie rechtlich unzutreffend gewürdigt hat

(Göhler, OWiG, 15. Aufl., § 71 Rn. 43).

Schließlich erweisen sich die vom Amtsgericht getroffenen Feststellungen zur Schuldform als lückenhaft. Während sich das Urteil bezüglich des Vorwurfs des verbotswidrigen Überholens überhaupt nicht verhält und somit den für den Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Schuldumfang gänzlich offen lässt, ist die für die Geschwindigkeitsüberschreitung ausgerichtete Schuldform der Fahrlässigkeit anhand der Urteilsgründe nicht nachzuvollziehen. Im Hinblick auf die Geschwindigkeitsüberschreitung teilt die angefochtene Erkenntnis mit, dass sich der Verstoß innerorts ereignet hat. Trotz des Ausmaßes der Überschreitung von mehr als 60 % der erlaubten Geschwindigkeit geht das Amtsgericht ohne nähere Begründung davon aus, sie sei auf Unachtsamkeit zurückzuführen. Wird die innerörtliche Geschwindigkeit um über 60 % überschritten, kommt dagegen regelmäßig Vorsatz in Betracht

(Kammergericht Berlin, Beschluss vom 25. Mai 1999 – 2 Ss 113/99 –, juris).

Auch wenn die zuletzt aufgezeigte Feststellungslücke den Betroffenen nicht beschwert und deshalb allein nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen kann, kann das Urteil aus den übrigen, oben dargelegten Gründen keinen Bestand haben.“ Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 5.2.2014 – 1 Ss-OWi 17/14 (21/14) –

## OWiG § 71 Abs. 1; StPO § 267

### 57. Anforderungen an die Urteilsgründe bei Abstandsmessungen im Provida-System und Geschwindigkeitsmessungen

Das Amtsgericht hatte den Betroffenen wegen vorsätzlicher Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit in Tateinheit mit vorsätzlicher Unterschreitung des Mindestabstandes zum vorausfahrenden Fahrzeug zu einer Geldbuße von 880 € verurteilt und ein Fahrverbot für die Dauer von 2 Monaten angeordnet. Auf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen hob der Senat das angefochtene Urteil auf und führte insoweit aus:

Die gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 1 und 2 OWiG statthafte und zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung.

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Stellungnahme vom 8. Juli 2014 u. a. ausgeführt:

„Die Urteilsgründe tragen die Verurteilung des Betroffenen wegen vorsätzlicher Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit mit vorsätzlicher Unterschreitung des Mindestabstandes nicht.

Die Gründe eines Urteils in Bußgeldsachen unterliegen zwar keinen hohen Anforderungen, sie müssen aber so beschaffen sein, dass dem Rechtsbeschwerdegericht die Nachprüfung einer richtigen Rechtsanwendung ermöglicht wird

(Göhler, OWiG, § 71 Rn. 42).

Ein Urteil, das sich mit einer Geschwindigkeits- und Abstandsmessung befasst, muss grundsätzlich feststellen, auf welcher tatsächlichen Grundlage die Geschwindigkeitsfeststellung und die Abstandsmessung beruhen. Dazu gehören insbesondere Angaben darüber, ob die Messungen durch elektronische Aufzeichnungen oder durch Ablesen, durch stationäre Geräte oder aus einem fahrenden Fahrzeug erfolgten, wie lang gegebenenfalls die Verfolgungstrecke und der Abstand des Polizeifahrzeugs zu dem verfolgten Fahrzeug waren, auf welche Fahrstrecke sich die Abstandsunterschreitung erstreckte und welcher Toleranzabzug bei der Feststellung der Geschwindigkeitsüberschreitung vorgenommen worden ist

(vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 4. Dezember 2008 – 3 SsOWi 871/08 – DAR 2009, 156 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 11. März 2003 – 1 SsOWi 617/03 –; OLG Düsseldorf, VRS 99, 133).

Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil nur teilweise gerecht.

Abstandsmessungen im Provida-System erfolgen – im Gegensatz zu Geschwindigkeitsmessungen – nicht elektronisch, sondern unter Auswertung der Videoaufzeichnungen anhand der auf dem Video erkennbaren Fixpunkte, so dass das Verfahren insoweit nicht standardisiert ist. Durch das System wird der Tatrichter lediglich in die Lage versetzt, die Wahrnehmungen der Polizeibeamten im Wege des Augenscheinbeweises unmittelbar und in Anwesenheit der Prozessbeteiligten im Gerichtssaal nachzuvollziehen, insbesondere Abstände zwischen Fahrzeugen anhand der bei der Videoprojektion erkennbaren Fixpunkte zuverlässig zu berechnen. Da die Abstände – anders als die Geschwindigkeiten – nicht elektronisch gemessen, sondern unter Auswertung des Videobandes



errechnet werden, genügt insoweit nicht die Bezeichnung des Messverfahrens, vielmehr müssen die Auswertung und Berechnung, um eine Überprüfung zu ermöglichen, in den Urteilsgründen verständlich und widerspruchsfrei dargelegt werden

(vgl. nur Senatsbeschluss vom 6. Januar 2011 – 1 Ss-OWi 209/10 (214/10) – juris; OLG Hamm, Beschluss vom 4. Dezember 2008, aaO; OLG Hamm, Beschluss vom 11. März 2003, aaO).

An einer solchen Berechnungsgrundlage fehlt es.

Zwar hat das Amtsgericht die von den Polizeibeamten gemessenen Abstände durch die Inaugenscheinnahme des Videofilms überprüft und anhand der Erläuterungen des Zeugen K. zu dem Messverfahren bestätigt gefunden.

Es werden jedoch insbesondere keine konkreten Angaben zur Länge der Fahrtstrecke, auf der die Abstandsunterschreitung festgestellt wurde, gemacht. Die betreffende Länge der Messstrecke ist jedoch schon deswegen von Bedeutung, da eine Unterschreitung des Sicherheitsabstandes nach einhelliger Rechtsprechung nur dann eine schuldhaftige Pflichtverletzung darstellt, wenn diese nicht nur ganz vorübergehend geschieht

(vgl. Hentschel, Straßenverkehrsrecht, § 4 StVO, Rn 2 mwN).

Zudem sind die diesbezüglichen Feststellungen für den subjektiven Tatbestand von Bedeutung. Das Tatgericht muss daher Feststellungen zu der von dem Betroffenen unter Unterschreitung des Sicherheitsabstandes zurück gelegten Fahrtstrecke treffen

(vgl. Senat, Beschluss vom 6. Januar 2011 – 1 Ss-OWi 209/10 (214/10) – juris; Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 2. April 2010 – 1 Ss 355/09 – VRS 119, 366; OLG Koblenz, Beschluss vom 5. Juli 2007 – 2 Ss 114/07 – ZfSch 2007, 589 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 4. Dezember 2008 – 3 Ss-OWi 871/08 – DAR 2009, 156; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Juni 2000 – 2b Ss (OWi) 125/00 – (OWi) 52/00 I – VRS 99, 133).

Daran fehlt es.

Die Länge der Messstrecke während der Unterschreitung des Sicherheitsabstandes lässt sich auch nicht durch die erfolgte – zudem nicht förmliche – Bezugnahme auf die Auswertungsberichte ermitteln. Bezugnahmen auf Aktenanteile sind auch im bußgeldrichtlichen Verfahren grundsätzlich unzulässig; § 71 Abs. 1 OWiG i. V. mit § 267 StPO. Der Tatrichter hat in seiner Entscheidung die erhobenen Beweise in einer aus sich heraus verständlichen Form zu würdigen. Dem stünde die Verweisung auf den Inhalt bei der Sachakte befindlicher, zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemachter Urkunden entgegen

(vgl. Göhler OWiG § 71 Rn. 42, 43, 43 d).

Lediglich auf Abbildungen, die sich bei den Akten befinden, kann im Rahmen der Beweiswürdigung wegen der Einzelheiten verwiesen werden. Jedenfalls bei den in der angefochtenen Entscheidung in Bezug genommenen Auswertungsberichten handelt es sich nicht um eine Abbildung im Sinne des § 62 Abs. 1 S. 3 StPO sondern um Urkunden nach § 249 StPO.

Auch aus der in den Urteilsgründen vorgenommenen Beschreibung des Videos im Übrigen lassen sich keine Rückschlüsse auf die Länge der Unterschreitung des Mindestabstandes ziehen. Die Beweiswürdigung lässt sich daher aus dem Urteil selbst heraus nicht nachvollziehen

(vgl. dazu Senat, Beschluss vom 6. Januar 2011 – 1 Ss-OWi 209/10 (214/10), juris; OLG Hamm, Beschluss vom 9. Dezember 2009 – 3 SsOWi 948/09).

Darüber hinaus findet sich auch keine Beschreibung der bei der Geschwindigkeitsmessung herangezogenen Fixpunkte. Zudem ist auch bei den Feststellungen zu den Geschwindigkeiten bei der Abstandsmessung zu berücksichtigen, dass es sich nicht um ein Standardverfahren handelt. Dies zieht nicht nur einen erhöhten Darstellungs- und Begründungsaufwand nach sich, es ist auch ein höherer Toleranzabzug vorzunehmen als bei einem standardisierten Verfahren

(vgl. dazu Senatsbeschluss vom 6. Januar 2011 – 1 Ss-OWi 209/10 (214/10)-juris).

Es lässt folglich sich nicht ausschließen, dass bei ordnungsgemäßer Beweiswürdigung eine dem Betroffenen günstigere Entscheidung ergangen wäre. Damit beruht das Urteil auf dem aufgezeigten Rechtsfehler.“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 14.7.2014 – 1 Ss-OWi 110/14 (132/14) –

### **OWiG § 74 Abs. 1; StPO § 273**

*58. Anforderungen an das Hauptverhandlungsprotokoll bei Ersatz der Einlassung des Betroffenen durch Bekanntgabe früherer Äußerungen*

Das Amtsgericht hatte den Betroffenen in seiner erlaubten Abwesenheit wegen fahrlässiger Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit zu einem Bußgeld in Höhe von 120 € verurteilt und ein Fahrverbot von 1 Monat angeordnet. Die dagegen gerichtete Rechtsbeschwerde hatte in der Sache Erfolg. Aus den Gründen:

Ausweislich des Sitzungsprotokolls vom 22. August 2014 hat das Amtsgericht in der Hauptverhandlung nicht ordnungsgemäß festgestellt, dass der Betroffene zur Tatzeit Fahrer des Tatfahrzeuges gewesen ist.

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Zuschrift vom 24. November 2014 u. a. ausgeführt:

„Ist der Betroffene nicht erschienen und auch kein vertretungsberechtigter Verteidiger für ihn aufgetreten, so eröffnet § 74 Abs. 1 OWiG die Möglichkeit, den wesentlichen Inhalt früherer Vernehmungen des Betroffenen und etwaiger schriftlicher oder protokollarischer Erklärungen zur Sache in der Hauptverhandlung bekannt zu geben und danach auch zu verwerten. Da der Umstand, ob sich der Betroffene in der Hauptverhandlung zur Sache eingelassen hat oder nicht, als wesentliche Förmlichkeit gemäß § 273 Abs. 1 StPO i. V. m. § 71 Abs. 1 OWiG in die Sitzungsniederschrift aufzunehmen ist, gilt dies auch für den nach § 74 Abs. 1 OWiG vorgesehenen Ersatz der Einlassung in der Hauptverhandlung durch Bekanntgabe früherer Äußerungen

(BayObLG, 3. Senat für Bußgeldsachen, Beschluss vom 22. November 1995 – 3 ObOWi 105/95 – zitiert nach juris).

Indem das Amtsgericht seine Überzeugung auf die im Vorfeld abgegebene Erklärung sowie die Bildaufnahmen gestützt hat, hat es seine Überzeugung nicht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft, da diese nicht in die Hauptverhandlung ordnungsgemäß eingeführt wurden. Die Sitzungsniederschrift enthält nämlich keinerlei Angaben zu einer Inaugenscheinnahme oder sonstigen prozessordnungsgemäßen Einführung der Blätter 15 und 34 d. A. in die Hauptverhandlung. Eine Verlesung oder Bekanntgabe des wesentlichen Inhalts des Schriftsatzes vom 11. August 2014 gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 OWiG erfolgte ebenfalls nicht. Auch eine sonstige prozessordnungsgemäße Einführung in die Hauptverhandlung nach den §§ 77 ff. OWiG erfolgte nicht. Auf welche Einlassung im Vorfeld zur Hauptverhandlung sich die Urteilsgründe stützen, wird im Übrigen weder aus den Urteilsgründen noch aus der Protokollierung ersichtlich.“

Da nicht auszuschließen ist, dass die angefochtene Entscheidung auf dem Verfahrensfehler beruht, war das Urteil aufzuheben.

Beschl. v. 4.12.2014 – 2 SsOWi 199/14 (89/14) –

### **OWiG § 77 Abs. 3; StPO § 267**

*59. Anforderungen an die Urteilsgründe bei Ablehnung eines Beweisantrages durch einen Beschluss mit Kurzbegründung in der Hauptverhandlung*

Die Rechtsbeschwerde des Betroffenen führte zur Aufhebung des Urteils des Amtsgerichts, was der Senat wie folgt begründete:

Die angefochtene Entscheidung leidet an durchgreifenden darstellerischen Mängeln. Sie versetzt das Rechtsbeschwerdegericht nicht in die Lage nachzuprüfen, ob sie mit diesem Inhalt und diesem Ergebnis zu Recht ergangen ist.

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat hierzu in ihrer an den Senat gerichteten Antragschrift vom 9. April 2014 u. a. ausgeführt:

„Mit der – den formalen Voraussetzungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO i. V. m. § 79 Abs. 3 OWiG entsprechenden – Rüge, das Amtsgericht sei dem in der Hauptverhandlung angebrachten Beweisantrag auf Einholung eines technischen Sachverständigen-gutachtens zu Unrecht nicht nachgegangen, dringt der Betroffene insoweit durch, als er beanstandet, dass die gemäß § 77 Abs. 3 OWiG zulässige Kurzbegründung in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils nicht ergänzt worden und insbesondere nicht dargelegt worden ist, weshalb der Tatrichter dem angebotenen Beweismittel keinen weiteren Aufklärungswert beigemessen hat.

Nach Sinn und Zweck der Regelung des § 77 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 OWiG gilt die Lockerung des Begründungszwanges ausschließlich für die Ablehnung des Beweisantrages durch Beschluss in der Hauptverhandlung und nicht für die Urteilsgründe. Dies bedeutet zwar nicht, dass im Urteil die Begründung der Ablehnung des Beweisantrages in einer Weise nachgeholt werden müsste, die den Anforderungen der §§ 244 Abs. 6, 34 StPO entspricht. Insbeson-

dere ist es nicht erforderlich, dass die Urteilsgründe nochmals auf das Beweisbegehren des Betroffenen ausdrücklich eingehen. Es gelten vielmehr die allgemeinen Anforderungen an die Darlegung der Ergebnisse der durchgeführten Beweisaufnahme und ihre Würdigung, die den Zweck zu erfüllen hat, dem Betroffenen wie auch dem Rechtsmittelgericht die Prüfung der Entscheidung zu ermöglichen. Dieser Aufgabe wird die Urteilsbegründung bereits gerecht, wenn ihr im Zusammenhang entnommen werden kann, dass der Sachverhalt aufgrund der genutzten Beweismittel so eindeutig geklärt ist, dass die zusätzlich beantragte Beweiserhebung an der Überzeugung des Gerichts nichts geändert hätte und für die Aufklärung entbehrlich gewesen ist

(vgl. so schon SchIHOLG, Beschluss des II. Strafsenats vom 5. Juni 1974 – 2 Ss OWi 232/74 – SchIHA 1975, 147; OLG Zweibrücken, MDR 91, 1192; KG, VRS 65, 212).

Die nur formelhaften Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils genügen diesen Anforderungen aber nicht. Sie enthalten zwar noch die angesichts des verwendeten standardisierten Messverfahrens notwendigen Feststellungen zur Messmethode, dem Ergebnis der Messung sowie dem vorgenommenen Toleranzabzug. Jedoch fehlt eine Darlegung der Beweisaufnahme und Würdigung ihrer Ergebnisse, die es dem Rechtsbeschwerdegericht ermöglichen würde, die Rechtmäßigkeit des Verzichts auf den beantragten Sachverständigenbeweis zu überprüfen. Es ist letztlich nicht ersichtlich, auf welche Tatsachen das Gericht seine Überzeugung von der Ordnungsgemäßheit der Messung gestützt hat. Es fehlt an jeglichen gebotenen eigenen Urteilsfeststellungen oder Würdigungen zur Einlassung des Betroffenen, zur Aussage des gehörten Zeugen C. sowie zur Eichung und Inbetriebnahme des verwendeten Messgeräts. Diese wurden durch unzulässige Bezugnahmen ersetzt, so dass es verfahrensrechtlich an einer Urteilsbegründung und sachlich-rechtlich an der Möglichkeit der Nachprüfung durch das Revisionsgericht fehlt

(st. Rspr. vgl. BGHSt 30, 225; 33, 59; BGHR StPO § 267 Abs. 1 Bezugnahme 1).

Dem Rechtsbeschwerdegericht ist es allein auf Grund der unzulässigen Bezugnahmen auf die den Vorfall dokumentierenden Schriftstücke nicht möglich zu überprüfen, ob die Überzeugung des Tatrichters von der fehlenden Notwendigkeit weiterer Sachaufklärung auf tragfähigen Erwägungen beruht, die Beweiswürdigung des Amtsrichters anerkannten rechtlichen Grundsätzen entspricht und die Überzeugung von der Ordnungsgemäßheit der Messung rechtsfehlerfrei gewonnen wurde.“

Dem tritt der Senat bei. Da das Urteil bereits auf die zulässig erhobene Verfahrensrüge aufzuheben ist, braucht auf die daneben erhobene Sachrüge nicht mehr eingegangen zu werden.

Beschl. v. 17.4.2014 – 1 SsOWi 52/14 (64/14) –

## OWiG § 80 Abs. 1 Nr. 2

60. *Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch eine unterbliebene Entscheidung über einen kurzfristig bei Gericht eingegangenen Antrag auf Entbindung von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung*

Das Amtsgericht hatte den Einspruch des Betroffenen gegen einen Bußgeldbescheid gem. § 74 Abs. 2 OWiG verworfen. Mit dem dagegen gerichteten Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde, den der Senat als unzulässig verwarf, machte der Betroffene eine Verletzung rechtlichen Gehörs dadurch geltend, dass das erkennende Gericht nicht über seinen Antrag auf Entbindung von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung entschieden hatte. Aus den Gründen:

Zwar kann das rechtliche Gehör versagt sein, wenn das erkennende Gericht nicht über einen Antrag auf Entbindung von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung entscheidet und ein Verwerfungsurteil gegen den Betroffenen erlässt.

Es stellt jedoch keine Versagung rechtlichen Gehörs dar, wenn das erkennende Gericht einen etwa eine Stunde vor Beginn der Hauptverhandlung per Fax übersandten Entbindungsantrag vor Erlass des Verwerfungsurteils mangels Kenntnis nicht beschied. Zwar ist der Antrag nach § 73 Abs. 2 OWiG grundsätzlich nicht befristet

(vgl. Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl., § 73 Rd. 4).

Indes muss er zumindest so rechtzeitig vor Verhandlungsbeginn gestellt werden, dass er bei gehöriger gerichtlicher Organisation dem Tatrichter rechtzeitig hätte zugeleitet werden müssen

(vgl. OLG Bamberg, NZV 2008, 259, zitiert nach juris Rd. 20; KG Berlin, Entscheidung vom 10. November 2011, 3 Ws (B) 529/11 – 2 Ss 286/11, zitiert nach juris Rd. 5).

Dies war hier nicht der Fall.

Der Betroffene ließ am Hauptverhandlungstag per Fax – eingehend um 9:18 Uhr – beantragen, ihn von seiner Pflicht zum persönlichen Erscheinen in der Hauptverhandlung um 10:20 Uhr zu entbinden und ließ dazu ausführen, er würde sich in der Hauptverhandlung nicht weiter einlassen. Dieser Antrag wurde der erkennenden Richterin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht vorgelegt, so dass sie darüber nicht entschied und ihr Verwerfungsurteil ohne Kenntnis des Antrags erging.

Es kann nicht erwartet werden, dass Telefaxe von Gerichtsmitarbeitern innerhalb von einer Stunde an den zuständigen Richter weitergeleitet werden

(so auch: OLG Hamm, Beschluss vom 22. Juni 2011, III-5 RBs 53/11, zitiert nach juris Rd. 10; anderer Auffassung für längere Zeiträume: OLG Bamberg, NZV 2008, 259, zitiert nach juris Rd. 20; KG Berlin, Entscheidung vom 10. November 2011, 3 Ws (B) 529/11 – 2 Ss 286/11, zitiert nach juris Rd. 5).

Dabei ist vorliegend auch zu berücksichtigen, dass der Antrag noch nicht einmal einen Hinweis auf eine besondere Dringlichkeit enthielt.

Der Tatrichter muss auch nicht – wenn weder der Betroffene noch sein Verteidiger zum Termin erscheinen – in jedem Fall die Sitzung unterbrechen und bei seiner Geschäftsstelle nachfragen, ob dort ein Antrag auf Entbinden vom persönlichen Erscheinen vorliege

(entgegen: KG Berlin, Entscheidung vom 10. November 2011, 3 Ws (B) 529/11 – 2 Ss 286/11, zitiert nach juris Rd. 6).

Eine solche Fürsorgepflicht des Gerichts ist weder erforderlich noch wirklich praktikabel. Schließlich ist ein so kurzfristig vor der Hauptverhandlung gestellter Entbindungsantrag in der Regel wenig zielführend. Denn im Falle einer ablehnenden Entscheidung hätte der Betroffene gar keine Möglichkeit, rechtzeitig zur Hauptverhandlung zu erscheinen. Das Gericht wird deshalb davon ausgehen dürfen, dass ein Betroffener – schon im eigenen Interesse – einen Entbindungsantrag so rechtzeitig stellt, dass er im Falle seiner Ablehnung noch zur Hauptverhandlung erscheinen kann. In der gegebenen Situation hätten sich deshalb vielmehr der Betroffene oder der Verteidiger zumindest telefonisch vergewissern müssen, dass der Antrag der erkennenden Richterin vor Beginn der Hauptverhandlung vorgelegt wird. Diese Auslegung des § 73 Abs. 2 OWiG beschneidet den Betroffenen auch nicht in seinen Verfahrensrechten. Denn soweit er unverschuldet daran gehindert war, den Antrag früher zu stellen bzw. sich telefonisch von dessen rechtzeitiger Vorlage an den Tatrichter zu vergewissern, kann er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen.

Beschl. v. 21.1.2014 – 2 SsOWi 8/14 (6/14) –

## V. Entscheidungen zum Straßenverkehrsrecht

### StVG § 25

61. *Zur Geschwindigkeitsmessung mit dem Gerät ES 3.0*

Gegen den Betroffenen war wegen einer fahrlässigen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit eine Geldbuße von 116 € und ein Fahrverbot für die Dauer von 1 Monat verhängt worden. Seine Rechtsbeschwerde verwarf der Senat als unbegründet und führte unter Bezugnahme auf die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht u. a. aus:

„Die auf die allein erhobene Sachrüge hin vorzunehmende Überprüfung des Urteils auf materiell-rechtliche Mängel deckt keine Rechtsfehler auf. Insbesondere sind die Darlegungen des Amtsgerichts zur gefahrenen Geschwindigkeit nicht zu beanstanden. Ist die gefahrene Geschwindigkeit – wie hier – durch ein standardisiertes Messverfahren ermittelt worden, genügt die Tatrichterin ihrer sachlich-rechtlichen Darlegungspflicht, wenn sie im Urteil das Messverfahren und den zu berücksichtigenden Toleranzwert mitteilt

(BGHSt 39, 291; 43, 277).

Standardisiert ist ein durch Regelungen vereinheitlichtes (technisches) Verfahren, bei dem die Bedingungen seiner Anwendbarkeit und sein Ablauf so festgelegt sind, dass unter gleichen Voraussetzungen gleiche Ergebnisse zu erwarten sind. Zweifel an der Funktionstüchtigkeit und der sachgerechten Handhabung von Geschwindigkeitsmessgeräten, deren tatsächliche Grundlagen in den Urteilsfeststellungen keinen Niederschlag gefunden haben, können in den Fällen der Geschwindigkeitsermittlung durch ein standardisiertes Messverfahren im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht aufgrund einer Sachrüge berücksichtigt werden. Dies hätte

nur im Rahmen einer Verfahrensrüge beanstandet werden können

(BGH, aaO);

eine solche ist nicht erhoben.

Die vollautomatische Geschwindigkeitsmessung mit dem Gerät ES 3.0 entspricht den Anforderungen an ein standardisiertes Messverfahren. Das Amtsgericht hat seiner sachlichrechtlichen Darlegungspflicht mithin genügt, indem es im Urteil das angewendete Messverfahren und den berücksichtigten Toleranzwert mitgeteilt hat.

....“

Dem tritt der Senat bei.

Anzumerken ist nur, dass – wie es der ständigen Rechtsprechung des Senats entspricht

(Beschluss vom 1. April 2010 – 2 Ss OWi 17/10 (37/10), SchIHA 2011, 314);  
Beschluss vom 14. November 2013 – 2 Ss OWi 145/13 (65/13) –

auch bei standardisierten Messverfahren konkrete Bedienungsfehler oder die Missachtung von Herstellerangaben zum korrekten Einsatz der Geräte im konkreten Fall gerügt werden können. Dies muss allerdings zum einen im Wege der Verfahrensrüge geschehen

(Senat aaO; BGHSt 43, 277, 284).

Zum anderen müssen hierbei stets konkrete Umstände aufgezeigt und unter Beweis gestellt werden, die Fehlmessungen nahelegen. Dass – wie vorliegend geschehen – lediglich generelle Zweifel an der Erinnerung des Bedienpersonals, dass alles konkret aufgestellt und eingestellt worden ist, erweckt werden, reicht nicht.

Beschl. v. 10.10.2014 – 2 Ss-OWi 162/14 (75/14) –

#### **StVG § 25; BKatV § 4**

#### **62. Zu den Voraussetzungen eines Absehens von der Verhängung eines Regelfahrverbotes bei erheblichem Zeitablauf zwischen Tat und Urteil und fehlender Einlassung des Betroffenen**

Der Senat verwarf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen als unbegründet. Aus den Gründen:

Die gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 2 OWiG statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet. Die Feststellungen tragen die Verurteilung des Betroffenen wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung zu einer Geldbuße in Höhe von 175,- € und die Verhängung eines Fahrverbots von einem Monat.

Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass die Ausführungen des Amtsgerichts hinsichtlich der Verhängung eines Fahrverbots lückenhaft seien. Soweit der Betroffene mit seiner Rechtsbeschwerde und auch die Staatsanwaltschaft in ihrer Stellungnahme vom 22. September 2014 bemängeln, dass das Amtsgericht die Frage, ob von einem Fahrverbot abgesehen werden kann, lediglich unter dem Gesichtspunkt einer Existenzgefährdung oder anderweitiger besonderer Härten geprüft und nicht bedacht habe, dass wegen des Zeitablaufs zwischen Tat und Urteil der mit dem Fahrverbot erstrebte Besinnungs- und Erziehungseffekt auch auf andere Weise als durch ein Fahrverbot erreicht werden könne, teilt der Senat diese Bedenken nicht.

Der Zeitablauf allein von weniger als zwei Jahren rechtfertigt noch nicht das Absehen von der Verhängung des Regelfahrverbots, wie die Staatsanwaltschaft zutreffend ausführt. Das Amtsgericht hat richtig gesehen, dass bei Vorliegen besonderer Umstände von der Verhängung des Regelfahrverbots abgesehen werden kann und hat sich dabei ausführlich mit der Frage befasst, ob Umstände vorliegen, die gegen eine grobe Pflichtverletzung sprechen oder für eine Existenzgefährdung oder anderweitige besondere Härten sprechen könnten, und diese verneint. Es hat dabei entscheidend darauf abgestellt, dass durch das Schweigen des Angeklagten insgesamt keine Gesichtspunkte dafür bekannt geworden seien, dass hier von dem Regelfahrverbot abgesehen sei. Ohne dies ausdrücklich auszusprechen, umfasst die Argumentation des Amtsgerichts damit aber alle Umstände, die allein anhand der Angaben des Betroffenen aufgedeckt werden können. Dafür, dass der Betroffene durch die relativ lange Verfahrensdauer so beeindruckt worden sei, dass der Besinnungs- und Erziehungseffekt auch auf andere Weise als durch ein Fahrverbot erreicht werden könne, kann ohne entsprechende Angaben des Betroffenen nicht festgestellt werden. Für diese Annahme spricht auch nach den Urteilsgründen nichts. Vielmehr drängt sich wegen der großen Zahl (acht) auch einschlägiger früherer Verkehrsverstöße die Ver-

hängung eines Fahrverbots geradezu auf, um den Betroffenen endlich zur Besinnung zu bringen.

Beschl. v. 30.9.2014 – 1 Ss-OWi 171/14 (177/14) – ( ZfSch 2015, 235 )

#### **StVO § 23 Abs. 1 a**

#### **63. Zur Benutzung eines Mobiltelefons im Straßenverkehr**

Das Amtsgericht hatte gegen den Betroffenen wegen verbotswidrigen Benutzens eines Mobiltelefons eine Geldbuße in Höhe von 80 € festgesetzt. Der Senat verwarf den Antrag des Betroffenen auf Zulassung der Rechtsbeschwerde als unbegründet. Aus den Gründen:

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Zuschrift vom 16. April 2014 hierzu u. a. ausgeführt:

„Soweit der Betroffene beanstandet, er habe das Mobiltelefon bzw. richtigerweise sein „Diktiergerät“ nur aufgenommen und nicht im Sinne des § 23 Abs. 1 a StVO benutzt, erschöpft sich die Beschwerdeschrift in unzulässigen Angriffen auf die Feststellungen des Tatgerichts. Das Amtsgericht hat ohne Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze nach durchgeführter Beweisaufnahme, insbesondere nach Vernehmung der seinerzeit beteiligten Polizeibeamten festgestellt, dass der Betroffene sein Mobiltelefon an das Ohr gehalten hat, ferner dass der Betroffene gegenüber einem der Beamten angegeben hat, eine SMS „getickert“ zu haben.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Betroffene sein Mobiltelefon während der Fahrt (auch) zum Telefonieren benutzt hat. Der Begriff der Benutzung eines Mobiltelefons wird von der Rechtsprechung weit ausgelegt. Eine Benutzung liegt nicht nur vor, wenn das Gerät zum Telefonieren benutzt wird, sondern auch bei jeder anderen bestimmungsgemäßen Verwendung von Bedienfunktionen

(OLG Hamm NSTz 2013, 736; OLG Hamm NZV 2008, 49; OLG Karlsruhe NJW 2007, 240 f.).

Die Frage der Benutzung des Mobiltelefons im Sinne des § 23 a Abs. 1 StVO beurteilt sich allein danach, ob das Gerät in der Hand gehalten wird und die Handhabung des Geräts einen Bezug zu einer bestimmungsgemäßen Funktion desselben aufweist. Hierzu gehört auch das Halten an das Ohr, welches einzig dem Zwecke des (Ab)Hörens dienen kann, und die Verwendung zum Schreiben von Kurznachrichten. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift wird jegliche Nutzung untersagt, soweit das Mobiltelefon in der Hand gehalten wird, so dass der Fahrzeugführer nicht beide Hände für die Fahraufgabe frei hat, wodurch wiederum erhebliche Gefahren im Straßenverkehr entstehen können

(OLG Hamm NSTz 2013, 736).

Vorliegend kann es dahinstehen, ob der Ansicht des Betroffenen zu folgen ist, wonach allein das Aufnehmen des Mobiltelefons und das bloße Halten in der Hand kein Benutzen im Sinne der genannten Vorschrift darstellt. Der Betroffene hat darüber hinaus nach den allein zugrunde zu legenden Feststellungen des angefochtenen Urteils das Mobiltelefon nicht nur in der Hand, sondern auch zum Hören an das Ohr gehalten und eine Kurznachricht geschrieben.

Anhaltspunkte, die dafür sprechen könnten, dass das Urteil wegen Versagung des rechtlichen Gehörs aufzuheben ist und die Rechtsbeschwerde deswegen zuzulassen ist (§ 80 Abs. 1 Nr. 2 OWiG), sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung ist die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht statthaft.“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 6.5.2014 – 1 Ss-OWi 64/14 (69/14) –

#### **StVZO § 19 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2; BKatV Nr. 189a.2**

#### **64. Zu der Frage, ob eine Gefährdung von Verkehrsteilnehmern stets dann zu erwarten ist, wenn die Helligkeit einer geänderten Fahrzeugbeleuchtung gegenüber der für das Fahrzeug zugelassenen Beleuchtung vermindert ist/die Regelsätze des Bußgeldkataloges als Zumessungsrichtlinien**

Das Amtsgericht hatte den Betroffenen wegen fahrlässiger Inbetriebnahme eines Fahrzeugs, obwohl die Betriebserlaubnis erloschen war, zu einer Geldbuße von 135 € verurteilt. Der Senat ließ die Rechtsbeschwerde des Betroffenen zur Fortbildung des Rechts zu und hob das Urteil auf. Aus den Gründen:

Die Feststellungen des angefochtenen Urteils tragen die Verurteilung wegen einer Inbetriebnahme eines Fahrzeugs, obwohl die



Betriebserlaubnis erloschen war (§§ 24 StVG, 69 a Abs. 2 Nr. 1 a, 19 Abs. 5 S. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StVZO) nicht. Nach diesen Vorschriften handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig ein Fahrzeug auf öffentlichen Straßen in Betrieb nimmt, dessen Betriebserlaubnis erloschen ist, weil an dem Fahrzeug Änderungen vorgenommen worden sind, durch die eine Gefährdung von Verkehrsteilnehmern zu erwarten ist und kein Ausnahmegrund gemäß § 19 Abs. 5 S. 3–5 StVZO vorliegt.

Unabhängig davon, dass das angefochtene Urteil keinerlei Feststellungen dazu enthält, ob hier ein solcher Ausnahmegrund vorliegt, ob insbesondere die Fahrt des Betroffenen mit dem veränderten Fahrzeug in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erlangung einer neuen Betriebserlaubnis stand (§ 19 Abs. 5 S. 3 StVZO), sind die Feststellungen hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der durch die Veränderung der Schlussleuchten zu erwartenden Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer unzureichend. Diese beschränken sich darauf, dass der Betroffene an seinem Pkw lasierte Rückleuchten mit einer reduzierten Lichtdurchlässigkeit angebracht habe. Durch die so verursachte reduzierte Erkennbarkeit sei eine konkrete Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer zu erwarten. Auch wenn sich aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe noch erkennen lässt, dass die Reduzierung der Lichtdurchlässigkeit der lasierten Rückleuchten sich auf die Lichtdurchlässigkeit der ursprünglich an dem Fahrzeug angebrachten und zugelassenen Rückleuchten beziehen dürfte und das Amtsgericht damit zum Ausdruck bringen will, dass die lasierten Rückleuchten eine geringere Lichtstärke haben als die ursprünglichen, ist dieser Maßstab ungeeignet für die Prüfung, ob hierdurch eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer zu erwarten ist.

Vielmehr kommt es darauf an, ob die veränderten Rückleuchten noch ausreichend wirken im Sinne von § 53 Abs. 1 S. 1 StVZO. Dabei ist insbesondere darauf abzustellen, ob die Beleuchtung trotz der Veränderung immer noch die vorgeschriebene Lichtstärke aufweist. Wie die Lichtstärke der jeweiligen Leuchten beschaffen sein muss, ergibt sich aus Nr. 6.1 der Regelung Nr. 7 der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (UN-GCE) – einheitliche Bedingungen für die Genehmigung von Begrenzungsleuchten, Schlussleuchten, Bremsleuchten und Umrisssleuchten für Kraftfahrzeuge und ihrer Anhänger. Aus diesem Regelwerk ist ersichtlich, dass diese Leuchten keine festen Lichtstärken aufweisen müssen, sondern dass Mindest- und Höchstlichtstärken festgelegt sind. Diese betragen für Schlussleuchten mindestens 4 und höchstens 17 Candela (cd) und für Bremsleuchten 60–260 cd.

Eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer, d. h. ein gewisses Maß an Wahrscheinlichkeit deren Gefährdung

(vgl. die Nachweise bei Dauer in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 42. Aufl., § 19 StVZO, Rn. 8)

besteht erst dann, wenn die Lichtstärke der Rückleuchten die erlaubten Werte unterschreitet. Denn die aktuellen international rechtsverbindlichen Regelungen hinsichtlich der Beleuchtung dienen gerade der Sicherheit im Straßenverkehr, und die Werte sind so bemessen, dass Gefahren weitgehend ausgeschlossen werden. Daher ist eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer dann nicht zu erwarten, wenn die Lichtstärke der Rückleuchten den insoweit geltenden Regelungen entspricht.

Der Tatrichter durfte sich daher nicht mit der Feststellung begnügen, dass die lasierten Rückleuchten eine geringe Lichtdurchlässigkeit gegenüber den Originalrückleuchten hatten. Denn es ist denkbar, dass die Lichtstärke der Originalrückleuchten deutlich über dem vorgeschriebenen Mindestwert liegt und die verminderte Lichtstärke der lasierten Rückleuchte immer noch die erlaubte Mindestlichtstärke übersteigt. Daher hätte das Amtsgericht – u. U. unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen – Feststellungen zur tatsächlichen Lichtstärke der Rückleuchten treffen müssen.

Dass das Amtsgericht den Betroffenen lediglich wegen einer fahrlässig begangenen Ordnungswidrigkeit verurteilt hat, ist angesichts der Feststellung, dass der Betroffene eingeräumt hat, dass beim Kauf der Rückleuchten ein Hinweis auf die fehlende Zulassung nach der StVZO beigefügt gewesen sei und er die lasierten Rückleuchten jeweils abbaue, wenn er das Fahrzeug zur Hauptuntersuchung vorstellen müsse, unverständlich, vom Tatrichter jedenfalls nicht nachvollziehbar begründet worden. Stärkere Hinweise auf vorsätzliches Verhalten des Betroffenen sind kaum denkbar. Durch diesen Rechtsfehler ist der Betroffene indes nicht beschwert.

Auch der Rechtsfolgenausspruch begegnet durchgreifenden Bedenken, soweit es in den Gründen heißt: „Die Höhe der Geldbuße

folgt aus Ziff. 189a. 2 BKatV.“ Diese Formulierung lässt besorgen, das Amtsgericht habe sich an die im Bußgeldkatalog bestimmte Geldbuße gebunden gefühlt und eine eigene Bußgeldbemessung unterlassen und dabei verkannt, dass die Gerichte an die dort bestimmten Regelsätze nicht gebunden sind. Vielmehr stellen die Regelsätze lediglich Zumessungsrichtlinien dar, die den Richter nicht von eigenen Zumessungserwägungen, insbesondere nicht von einer Einzelfallprüfung in Bezug auf die Berechtigung des Katalogsatzes im konkreten Fall entbinden. Der Richter darf somit die Geldbuße nicht schematisch dem Katalog entnehmen, sondern muss prüfen, ob unter Berücksichtigung der Tatumstände ein Regelfall vorliegt

(std. Rspr., vgl. die Nachweise bei König in Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 42. Aufl., § 24 StVG, Rn. 64).

Beschl. v. 12.5.2014 – 1 Ss-OWi 70/14 (75/14) –

## VI. Entscheidungen zu sonstigen Vorschriften

### AO § 370

#### 65. Zum notwendigen Tatsachenvortrag bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung

Die Verurteilung des Angeklagten durch das Amtsgericht wegen Steuerhinterziehung hatte keinen Bestand. Aus Sicht des Senats war das Urteil nicht ausreichend begründet:

Das Urteil leidet an dieser Stelle an einem Darstellungsmangel. Die Urteilsgründe müssen die für erwiesen erachteten Tatsachen mitteilen, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden

(BGH, Beschluss vom 13. Juli 2011 – 1 StR 154/11 – zitiert nach juris, Rd. 3).

Bei einer Steuerhinterziehung müssen deshalb jeweils die Umstände festgestellt werden, aus denen sich ergibt, welches steuerlich erhebliche Verhalten im Rahmen der jeweiligen Abgabeart zur Steuerverkürzung geführt hat

(BGH, aaO).

Vorliegend enthalten die Urteilsgründe lediglich Feststellungen zur Höhe der jährlich jeweils nicht abgeführten Umsatzsteuer, ohne die zugrunde liegenden einzelnen Umsatzgeschäfte zu bezeichnen.

Die auf den Besteuerungsgrundlagen aufbauende Steuerberechnung ist jedoch nur Rechtsanwendung. Daher ist in den Urteilsgründen grundsätzlich die Berechnungsgrundlage darzustellen. Zwar kann die Darstellung der Berechnungsgrundlage ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn ein sachkundiger Angeklagter, der zur Berechnung der hinterzogenen Steuer bzw. der nicht abgeführten Umsatzsteuer in der Lage ist, ein Geständnis ablegt

(BGH, wistra 2001, 22–24, zitiert nach juris, Rd. 5; sowie Beschluss vom 13. Juli 2011 – 1 StR. 154/11 – zitiert nach juris, Rd. 4).

Diese Ausnahme kommt vorliegend jedoch trotz der anzunehmenden Sachkunde des Angeklagten und des jeweils nur geringfügigen Schadens letztlich nicht zum Tragen. Denn die Feststellungen zum Schuldspruch lassen auch die Anzahl der zugrunde gelegten umsatzpflichtigen Geschäfte nicht erkennen. So ist dem Senat aber nicht möglich, den auch daran anknüpfenden Schuldvorwurf nachzuvollziehen.

Da die sachlich-rechtliche Überprüfung auf Grund unzureichender Feststellungen der Besteuerungsgrundlagen nicht zuverlässig möglich ist, beruht das Urteil auf dem Darstellungsmangel und damit auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 337 StPO).

Der Senat hebt das Urteil deshalb einschließlich sämtlicher Feststellungen zu den Fällen 2-5 der Urteilsgründe sowie des diesbezüglichen Ausspruchs über die Einzelstrafen und der Gesamtstrafe auf.

Beschl. v. 13.1.2014 – 2 Ss 140/13 (83/13) –

### BtMG § 30 Abs. 2

#### 66. Zum Beisichführen von Waffen im Sinne des § 30 Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Der Angeklagte war u. a. wegen bewaffneten unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit einem Verstoß gegen das Waffengesetz verurteilt worden. Seine Revision führte in diesem Punkt zu einer Änderung des Schuldspruchs:

Tatbestandsvoraussetzung gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist aber darüber hinaus, dass der Täter eine oder mehrere Waffen



oder Gegenstände im Sinne der Vorschrift beim Handelreiben mit sich führt. Dies ist der Fall, wenn der Täter eine Waffe bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer jederzeit bedienen kann. Am Körper muss die Waffe nicht getragen werden, es genügt, wenn sie sich in Griffweite befindet

(u. a. BGH NSTZ 2000, 433 m. v. Hinw.).

Die notwendige Griffnähe kann auch gegeben sein, wenn die Waffe in der Wohnung aufbewahrt wird, in der auch Rauschgift gefunden wird

(BGHSt 43, 8 ff.).

Dies gilt jedenfalls beim Aufbewahren in dem Raum, in dem Handel getrieben wird. Ein Vorhandensein einer in einem Behältnis gelagerten Waffe in einem anderen Raum erweist sich in der Regel dafür nicht als genügend

(BGH NSTZ 2000, 433 für den Fall einer Schusswaffe).

Vielmehr ist dann eine Darlegung der räumlichen Verhältnisse erforderlich

(BGH aaO),

die sich insbesondere mit der Möglichkeit eines unmittelbaren Zugriffs auf die Waffe auseinandersetzt. Zutreffend führen die Urteilsfeststellungen zwar aus, dass man von der Küche aus mit wenigen Schritten in das nur ein paar Meter entfernte Schlafzimmer gelangen und dort ohne Weiteres insbesondere den Schlagring und die Schlagstöcke ergreifen konnte. Davon konnte sich der Senat, anders als die Staatsanwaltschaft in der Zuschrift ausgeführt hat, auch ohne Weiteres überzeugen, da das Urteil in nicht zu beanstandender Weise auf die Lichtbilder gemäß § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO Bezug nimmt. Allein die Kenntnis von den räumlichen Gegebenheiten der Wohnung und des Verwahrortes der gefährlichen Gegenstände reichen nach Ansicht des Senats in diesem Fall jedoch nicht aus, den Tatbestand des Mitsichführens zweifelsfrei zu belegen. Vielmehr bedarf es der Schilderung, wo und wie Übergaben oder Verkaufsverhandlungen im Verhältnis zu den beanstandeten Gegenständen stattgefunden haben, um beurteilen zu können, ob der Angeklagte die Möglichkeit des unmittelbaren Zugriffs hatte. Andernfalls würde das Merkmal des Mitsichführens, das seinem Wortlaut nach einen aktiven Bestandteil hat, in nicht mehr hinnehmbarer Weise überdehnt.

Da weitere Feststellungen hierzu angesichts des Schweigens des Angeklagten und der bisherigen Aussagen der Zeugen nicht zu erwarten sind, hat der Senat gleichwohl von einer Aufhebung abgesehen und ist zugunsten des Angeklagten davon ausgegangen, dass er (nur) unerlaubt mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG Handel getrieben hat. Anhaltspunkte für die Annahme eines minder schweren Falles gem. § 29 a Abs. 2 BtMG bestehen ausweislich der Urteilsfeststellungen nicht. Der Schuldspruch war insoweit zu berichtigen.

Beschl. v. 15.5.2014 – 2 Ss 29/14 (27/14) –

## GVG § 51

### 67. Unentschuldigtes Fernbleiben des Schöffen rechtfertigt dessen Amtsenthebung im Regelfall nicht

Der Vorsitzende der Strafkammer beim Landgericht beantragte die Amtsenthebung eines Schöffen. Den Antrag wies der Strafsenat zurück und führte aus, unter welchen Voraussetzungen ein Schöffe seines Amtes zu entheben ist:

Eine Amtsenthebung kommt gemäß § 51 GVG nur dann in Betracht, wenn der Schöffe seine Amtspflichten gröblich verletzt. Mit dieser im Jahre 2010 neu eingeführten Vorschrift wollte der Gesetzgeber in erster Linie eine mit § 44 Abs. 2 DRiG in Einklang stehende, hinreichend konkrete gesetzliche Grundlage für die Amtsenthebung von Schöffen bereitstellen, die die freiheitliche demokratische, rechts- und sozialstaatliche Ordnung ablehnt und bekämpft. Eine gröbliche Verletzung von Amtspflichten ist deshalb in erster Linie anzunehmen, wenn der Schöffe ein Verhalten zeigt, dass ihn für die Ausübung des Schöffenamtes aus objektiver Sicht eines verständigen Verfahrensbeteiligten ungeeignet macht, weil er nicht mehr die Gewähr bietet, unparteiisch und nur nach Recht und Gesetz zu entscheiden

(vgl. Kissel/Mayer, GVG, 7. Aufl., § 51 Rn. 2).

Allerdings können auch wiederholte leichtere Verstöße gegen die Amtspflichten bei der gebotenen Gesamtbetrachtung des Verhaltens des Schöffen das Ausmaß einer gröblichen Amtspflichtverletzung erreichen. In diesen Fällen ist in der Regel jedoch eine vorangegangene Abmahnung erforderlich.

Bereits nach dem Vortrag des Vorsitzenden Richters liegt danach eine gröbliche Amtspflichtverletzung des Schöffen i. S. d. § 51 GVG nicht vor. Zwar war das Fernbleiben des Schöffen von ihm zunächst nicht entschuldigt, denn die in seinem E-Mail-Schreiben vom 7. Januar 2014 genannten Gründe reichen für eine Entschuldigung nicht aus. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Schöffe nicht einfach der Hauptverhandlung ferngeblieben ist, sondern sein Ausbleiben am 8. Januar 2014 mit E-Mail vom 7. Januar 2014 erklärt hat. Ein gröblicher Verstoß gegen seine Amtspflichten ist deshalb darin nicht zu sehen. Dass diese E-Mail dem Vorsitzenden Richter nicht rechtzeitig zur Kenntnis gelangt ist, liegt nicht im Verantwortungsbereich des Schöffen, sondern ist in der Organisation des Landgerichts selbst begründet. Auch die weitere Erklärung des Schöffen im Telefonat mit dem Vorsitzenden ist nicht mit seinen Amtspflichten als Schöffe in Einklang zu bringen, denn in diesem Gespräch hat er seine Teilnahme an der Verhandlung zunächst ohne Grund verweigert, obwohl er auf die rechtlichen Folgen seines Ausbleibens hingewiesen worden ist. Eine nur in einem Fall vorliegende Verweigerung seiner Mitwirkungspflicht würde jedoch für eine Amtsenthebung i. S. d. § 51 GVG in keinem Fall ausreichen. Insoweit kämen zunächst die in § 56 Abs. 1 GVG vorgesehenen Maßnahmen in Betracht

(vgl. aaO, Rn. 5).

Erst nach Ausschöpfen dieser vorrangig anzuwendenden Ahndungsmittel für ein derartiges pflichtwidriges Verhalten eines Schöffen könnte ein wiederholtes unentschuldigtes Ausbleiben eine gröbliche Verletzung von Amtspflichten i. S. d. § 51 GVG darstellen. Ansonsten würde die Gefahr bestehen, dass die Regelung über den gesetzlichen Richter leer liefe.

Allerdings gilt der Schöffe nunmehr, nachdem er für den 8. Januar 2014 eine Bescheinigung über seine Arbeitsunfähigkeit vorgelegt hat, unzweifelhaft als entschuldigt, zumal der weitere Verlauf seiner Erkrankung zeigt, dass der Schöffe aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage war, sein Amt an diesem Tag auszuüben. Seine Weigerung ist deshalb bei nachträglicher Betrachtung als gerechtfertigt anzusehen. Darüber hinaus liegt zudem die Vermutung nahe, dass der Schöffe gesundheitsbedingt auch in Zukunft nicht in der Lage sein wird, das Amt eines Schöffen auszuüben. Insoweit erscheint das vom Schöffen angestrebte Verfahren, von der Schöffensliste gestrichen zu werden, angezeigt zu sein.

Beschl. v. 22.1.2014 – 1 Ws 15/14 (10/14) –

## IRG § 49

### 68. Zur Vollstreckbarkeit von Abwesenheitsurteilen, die auf einer Absprache zwischen dem Verurteilten und der polnischen Staatsanwaltschaft nach Art. 335 der polnischen Strafprozessordnung beruhen

Das Landgericht hatte zwei Urteile polnischer Gerichte für vollstreckbar erklärt. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Verurteilten verwarf der Senat als unbegründet und führte u. a. aus:

Zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die der Senat Bezug nimmt, hat die Strafvollstreckungskammer die beiden polnischen Urteile für in Deutschland vollstreckbar erklärt und die dort ausgeteilten Gesamtfreiheitsstrafen in Gesamtfreiheitsstrafen nach deutschem Recht in derselben Höhe umgewandelt.

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Zuschrift vom 15. Januar 2014 u. a. ausgeführt:

„Die in § 49 IRG für die Zulässigkeit der Vollstreckungsübernahme festgelegten Mindestvoraussetzungen liegen aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses vor.

Die der Vollstreckung zugrunde liegenden rechtskräftigen, vollstreckbaren Urteile, auf die sich das Vollstreckungsersuchen in Form des Europäischen Haftbefehls vom 16. Juni 2010 bezieht, sind vorgelegt worden, § 49 Abs. 1 Nr. 1 IRG.

Nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 IRG – der Spezialnorm gegenüber § 73 IRG

(vgl. Schomburg/Hackner aaO, § 49 IRG Rn. 7)

- darf das Verfahren, das zu den zu vollstreckenden Urteilen geführt hat, nicht unter Verstoß gegen den anerkannten verfahrensrechtlichen Mindeststandard zustande gekommen sein, sondern muss dem unverzichtbaren Bestand der deutschen öffentlichen Ordnung (ordre public) ebenso entsprechen wie dem völkerrechtlichen Mindeststandard (etwa Art. 14 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte und Art. 6 der Konvention

zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, der über Art. 25 GG Bestandteil des deutschen Rechts ist)

(vgl. KG NJW 2008, 673, 675 mwN).

Das bedeutet indes nicht, dass das ausländische Verfahren den Grundgedanken oder gar Details der hiesigen Strafprozessordnung entsprechen müsste. Vielmehr stehen nur eklatante Verstöße der Vollstreckungshilfe entgegen

(vgl. KG aaO mwN; Schomburg/Hackner in Schomburg/Lagodny/Gieß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl., § 49 IRG Rn. 6).

Solche sind hier nicht anzunehmen.

Dass die zu vollstreckenden Urteile in Abwesenheit des Verurteilten ergangen sind, begründet keine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Sinne von § 49 Abs. 1 Nr. 2 IRG. Nach deutschem Verfassungsrecht gehört es zu den elementaren Anforderungen des Rechtsstaats, die vor allem im Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs vor Gericht (Art. 103 Abs. 1 GG) eine Ausprägung gefunden haben, dass niemand zum bloßen Gegenstand eines ihn betreffenden staatlichen Verfahrens gemacht werden darf. Auch die Menschenwürde des Einzelnen (Art. 1 Abs. 1 GG) wäre durch ein solches staatliches Handeln verletzt. Daraus ergibt sich insbesondere für das Strafverfahren, dass zu den schwersten in allen Rechtsordnungen überhaupt vorgesehenen Eingriffen in die persönliche Freiheit des Einzelnen führen kann, das zwingende Gebot, dass der Beschuldigte im Rahmen der von der Verfahrensordnung aufgestellten, angemessenen Regeln die Möglichkeit haben und auch tatsächlich ausüben können muss, auf das Verfahren einzuwirken, sich persönlich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äußern, entlastende Umstände vorzutragen und deren umfassende und erschöpfende Nachprüfung und ggf. auch Berücksichtigung zu erreichen. Der wesentliche Kern dieser Gewährleistungen gehört von verfassungswegen zum unverzichtbaren Bestand der deutschen öffentlichen Ordnung, wie auch zum völkerrechtlichen Mindeststandard, der über Art. 25 GG einen Bestandteil des in der Bundesrepublik Deutschland innerstaatlich geltenden Rechts bildet

(vgl. BVerfG NStZ 2006, 102, 103 mwN).

Die durch den angefochtenen Beschluss für vollstreckbar erklärten Urteile beruhen auf einer Absprache zwischen dem Verurteilten und der polnischen Staatsanwaltschaft nach Art. 335 der polnischen Strafprozessordnung. Der gerichtliche Termin dient dabei allein der Urteilsverkündung, findet aber ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung statt und erfordert auch nicht die Anwesenheit des Angeklagten. Das rechtliche Gehör ist durch die notwendige Zustimmung des Verurteilten zu dieser Verfahrensweise und seine Kenntnis von den Terminen zur Urteilsverkündung gewahrt worden. Das Amtsgericht hat insoweit bestätigt, dass der Verurteilte im Verfahren gemäß Art. 335 der polnischen Strafprozessordnung sein Einverständnis mit den gegen ihn verhängten Strafen erteilt hat. Dass die zu vollstreckenden Urteile in dieser Form des Verfahrens ergangen sind, ergibt sich darüber hinaus aus den Protokollen über die Urteilsverkündungstermine vom 19. Dezember 2006 und 7. Dezember 2007. Von den Terminen zur Urteilsverkündung ist der Verurteilte schriftlich benachrichtigt worden. Die Zustellungsnachweise liegen vor. Dass der Verurteilte die Benachrichtigung über den Verkündungstermin vom 19. Dezember 2006, die ihm per Einschreiben mit Rückschein zugestellt worden ist, ausweislich der bei den Akten befindlichen Empfangsbestätigung nicht binnen der Abholungsfrist bei der Niederlegungsstelle in Empfang genommen hat, obgleich er über die Niederlegung informiert worden war, bedeutet keine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Sinne von § 49 Abs. 1 Nr. 2 IRG. Der Verurteilte hat nicht behauptet, dass das Amtsgericht von der mit der Staatsanwaltschaft vereinbarten Strafe abgewichen wäre.

...“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 30.1.2014 – 1 Ws 555/13 (13/14), 1 Ws 556/13 (14/14) –

### LFGB § 19 Abs. 1

#### 69. Zur Auslegung des Begriffs „Ausgangserzeugnis tierischen Ursprungs“

Die Staatsanwaltschaft hatte gegen die Angeschuldigten Anklage erhoben. Das Landgericht hatte die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt. Die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft verwarf der Senat als unbegründet. Aus den Gründen:

Zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die der Senat Bezug nimmt, hat die Strafkammer die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt.

Der in der Anklage erhobene Vorwurf, die Abnehmer durch Verkauf nicht zur Verfütterung zugelassenen Tierfutters betrogen zu haben, ist unbegründet, weil die dem Futter beigemischten Fettsäuren keinem Verfütterungsverbot nach Artikel 22 der Verordnung (EG) Nr. 1774/2002 unterlagen. Der Vorwurf, das Futter unter einer irreführenden Bezeichnung in den Verkehr gebracht zu haben, ist ebenfalls unbegründet, weil nicht bewiesen werden kann, dass die verwendeten Fettsäuren tatsächlich nicht rein pflanzlich waren.

Der Senat bemerkt lediglich ergänzend:

Bei den hier verwendeten Fettsäuren handelt es sich nicht um Küchen- und Speiseabfälle oder Futtermittel-Ausgangserzeugnisse, die Küchen- und Speiseabfälle enthalten oder daraus hergestellt wurden, im Sinne von Art. 22 Abs. 1 b) der Verordnung (EG) 1774/2002.

Der Begriff „Küchen- und Speiseabfälle“ wird in Anhang I Nr. 15 der genannten Verordnung definiert als alle „aus Restaurants, Catering-Einrichtungen und Küchen, einschließlich Groß- und Haushaltsküchen, stammenden Speisereste.“ Diese Definition ist durch die Verordnung (EG) Nr. 808/2003 ergänzt worden durch die Hinzufügung der Worte „einschließlich gebrauchtes Speiseöl“ hinter dem Wort „Speisereste.“ Die von den Beschuldigten für die Futtermittelherstellung verwendeten Fettsäuren sind weder Speisereste noch Speiseöle, welche dem Futter direkt beigemischt wurden, sondern Verarbeitungsprodukte von Speisefetten.

Bei den Fettsäuren handelt es sich auch nicht um Futtermittel-Ausgangserzeugnisse, die Küchen- und Speiseabfälle enthalten oder daraus hergestellt wurden. Der Begriff „Futtermittel-Ausgangserzeugnis“ ist definiert in Nr. 23 des Anhangs I zur Verordnung (EG) 1774/2002. Danach sind Futtermittel Ausgangserzeugnisse, die in der Richtlinie 96/25/EG definierten Futtermittel-Ausgangserzeugnisse, die tierischen Ursprungs sind, einschließlich verarbeitetes tierisches Eiweiß, Blutprodukte, ausgeschmolzene Fette, Fischöl, Fischderivate, Gelatine und hydrolysiertes Eiweiß, die Calciumphosphat, Milch, Erzeugnisse auf Milchbasis und Kolostrum. Die in der Richtlinie 96/25/EG definierten Futtermittelausgangserzeugnisse sind im Einzelnen aufgezählt im Anhang Teil B Nr. 9 zu dieser Richtlinie. Hierbei handelt es sich um Tiermehl, Fleischknochenmehl, Futtermischschrot, Grießen, Geflügelmehl, Federmehl, hydrolysiert, Blutmehl und Tierfett. Tierfett ist dort beschrieben als ein Erzeugnis, das aus Fett warmblütiger Landtiere besteht.

Die hier verwendeten Fettsäuren wurden aus gebrauchten pflanzlichen Speiseölen, die in Großunternehmen für die Zubereitung von Fertigprodukten für die menschliche Ernährung anfiel, gewonnen. Dass diese Fette etwa nach der Zubereitung von Fleisch, auch Spuren tierischer Produkte enthielten, wird von den Beschuldigten – bisher unwiderlegt – bestritten. Letzteres wäre aber auch unerheblich, weil es sich bei dem möglicherweise so „verunreinigten“ Pflanzenfett nicht um ein Ausgangserzeugnis tierischen Ursprungs handelt.

Diese Auslegung des Begriffs „Ausgangserzeugnis tierischen Ursprungs“ entspricht den Motiven und der Zielsetzung des europäischen Gesetzgebers für die Verordnung (EG) Nr. 1774/2002. Die Regelung sollte die Verbreitung von Tierseuchen, insbesondere BSE, verhindern, denn Küchen- und Speiseabfälle, die Erzeugnisse tierischen Ursprungs enthalten, sind als Kanal für die Verbreitung von Seuchen festgestellt worden. Die Verordnung hatte auch den Zweck, die Rückverfolgbarkeit tierischer Nebenprodukte zu gewährleisten, weshalb auch einzelne Bestandteile von Küchen- und Speiseabfällen und Speiseöl aus Kleinbetrieben und Haushalten nicht verwendet werden durften.

Eine Gefahr der Verbreitung von Tierseuchen geht von den hier verwendeten Fettsäuren aber nicht aus. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beschuldigten wurden durch die Raffination und der dieser vorgeschalteten Reinigung alle Feststoffe in dem gebrauchten Speiseöl vollständig entfernt. Die Raffination erfolgt bei mehr als 200 Grad Celsius und bei mehr als 3 Bar Druck über eine Zeitdauer von mindestens 40 Minuten, also unter Bedingungen, die weit über den von der Futtermittelhygiene vorgeschriebenen Werten für eine Vollsterilisation liegen. Den Raffinationsprozess überleben keine Bakterien oder Viren oder Eiweiße, die im Verdacht stehen, BSE auszulösen.

Nach Anhang V „Allgemeine Hygienevorschriften für die Verarbeitung von Material der Kategorien 1, 2 und 3 der Verordnung (EG) 1774/2002, Kapitel III, Methode 1 müssen tierische Neben-

produkte auf eine Kerntemperatur von über 133 Grad Celsius erhitzt und bei einem Druck von mindestens 3 Bar mindestens 20 Minuten ununterbrochen auf dieser Temperatur gehalten werden. Die weiteren dort genannten Methoden 2-5 verlangen niedrigere Temperaturen bei längerer Einwirkungszeit. Hieraus folgt, dass das hier angewendete Verfahren der Raffination der Fettsäuren BSE- und andere Seuchenerreger abtötet, so dass der Sinn und Zweck der Verordnung (EG) 1774/2002 einer Verfütterung der so gewonnenen Fettsäuren nicht entgegensteht.

Soweit bei der Raffination von Altspisefett andere Schadstoffe, insbesondere Dioxine, entstehen können und die Fettsäuren daher aus diesem Grund nicht zur Futtermittelherstellung verwendet werden dürfen, stellt dies aber keinen Verstoß gegen Art. 22 der Verordnung (EG) Nr. 1774/2002 dar, sondern wäre nach anderen Vorschriften nach dem Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) strafbar. Insoweit hat die Staatsanwaltschaft das Verfahren aber eingestellt, weil die freiwillige und rechtzeitige Selbstanzeige der Dioxinbelastung bei der zuständigen Behörde zu einem Beweisverwendungsverbot gemäß § 44 Abs. 6 LFGB führte.

Beschl. v. 8.7.2014 – 1 Ws 93/14 (95/14) –

### StrEG § 6 Abs. 1

70. Keine Entschädigungspflicht des Staates, wenn die einstweilige Unterbringung gem. § 126 a StPO jenseits präventiver Zwecke auch der fachkundigen Betreuung des Untergebrachten dient.

Im Sicherungsverfahren gegen den Beschuldigten sah das Landgericht von der Unterbringung gem. § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus ab. In den Urteilsgründen versagte es dem Beschuldigten wegen dessen einstweiliger Unterbringung gem. § 126 a StPO eine Entschädigung. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde blieb ohne Erfolg. Der Senat führte aus:

Die Staatsanwaltschaft hat in ihrer Zuschrift vom 6. November 2014 u. a. ausgeführt:

„Zu Recht geht das Landgericht davon aus, dass die Ablehnung der beantragten Unterbringung nach § 63 StGB einem Freispruch

gleichzusetzen ist, so dass nach § 2 Abs. 1 StrEG grundsätzlich eine Entschädigungspflicht der Staatskasse für die Zeit des vorläufigen Freiheitsentzugs besteht. Dies gilt auch dann, wenn – wie hier – die Staatsanwaltschaft von vornherein ein Sicherungsverfahren nach §§ 413 f. StPO betreibt, ihr Ziel der Unterbringung des Beschuldigten nach § 63 StGB jedoch nicht erreicht

(vgl. u.a. BGH NStZ-RR 2010, 296; OLG Stuttgart NStZ-RR 2000, 190, OLG Hamm, Beschluss vom 26. Juli 1982 – 1 Ws 264/82, zit. nach juris).

Auch bei der Ausübung des nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 StrEG eröffneten Ermessens lässt der angefochtene Beschluss keinen Fehler erkennen. Insoweit ist bei der Ausübung des Ermessens auch das Maß des Sonderopfers zu betrachten, das der Betroffene durch die Strafverfolgungsmaßnahmen zu erleiden hatte

(BGH aaO; OLG Stuttgart aaO).

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Betroffene bereits vor seiner einstweiligen Unterbringung nach PsychKG untergebracht worden war und mehrere Monate in der psychiatrischen Klinik behandelt wurde. Dies relativiert seine zusätzliche Belastung durch die Maßnahme nach § 126a StPO ebenso wie der Umstand, dass die Unterbringung im Hinblick auf seine Störung nicht etwa von vornherein unangemessen war und seine fachkundige Betreuung gewährleistet wurde, worauf mit der angefochtenen Entscheidung zutreffend abgestellt wird. Dies zeigt sich auch darin, dass er nach Beendigung seiner einstweiligen Unterbringung bestrebt war, in eine betreute Wohneinrichtung zu ziehen und sich einem Betreuer zu unterstellen. Ob ohne die fühlbare staatliche Reaktion auf das deliktische Verhalten des Beschuldigten eine Verneinung der Voraussetzungen des § 63 StGB möglich gewesen wäre, erscheint schließlich zweifelhaft.

Zu einer davon abweichenden Beurteilung der Sach- und Rechtslage gibt auch das Beschwerdevorbringen vom 17. September 2013 keinen Anlass.“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 17.11.2014 – 2 Ws 495/14 (199/14) –

## TTIP: Streitpunkt Schiedsgerichte\*

von Hans-Ernst Böttcher, Präsident des Landgerichts i.R., Lübeck\*\*

Mit dem aktuellen Aufsatz „TTIP: Streitpunkt Schiedsgerichte“ von Henning Klodt im Augustheft der SchlHanz hat – so möchte ich es nennen – in Form einer moderaten Kritik und aus juristisch angereicherter volkswirtschaftlicher Sicht die Diskussion über das beabsichtigte Abkommen zwischen der EU und den USA Einzug in unsere schleswig-holsteinische Praktikereitschrift gehalten. Dafür kann ich der Redaktion der SchlHanz nur danken, hatte es doch bisher leider den Anschein, als ob die (ohnehin auf kleine Kreise beschränkte) Debatte über ein Thema, das unsere Verfassungs- und Rechtsordnung umstürzen kann, von denen nahezu unbemerkt und ohne ihr Zutun stattfindet, deren Berufsfelder betroffen sind und – ich spreche jetzt speziell von den Richterinnen und Richtern – denen „die rechtsprechende Gewalt...anvertraut“<sup>1</sup> ist.

Am 23. 6. 2015 hat in Lübeck in St. Petri auf Einladung des ver.di-Landesbezirks Nord (u.a. Schleswig-Holstein) zu dem Thema eine Vortragsveranstaltung mit dem Volkswirt Heinz-Josef Bontrup<sup>2</sup> stattgefunden, bei der – noch mehr als bei Klodt – die volkswirtschaftlichen und entsprechend die volkswirtschafts- und gesellschaftspolitischen Gesichtspunkte im Vordergrund standen.

\* Zu dem gleichnamigen Aufsatz von Henning Klodt in SchlHanz 2015, S. 289 ff.

\*\* Hans-Ernst Böttcher, geb. 1944, hat in Kiel, Tübingen und Rennes Rechtswissenschaften, Soziologie und frz. Sprache studiert. Er war von 1974 bis 2009 Richter, zunächst in Bremen (am Amtsgericht und ab 1984 am Hanseatischen Oberlandesgericht), seit 1991 als Präsident des Landgerichts in Lübeck. Hans-Ernst Böttcher ist Autor zahlreicher Beiträge in den Schleswig-Holsteinischen Anzeigen insbesondere zu rechtshistorischen und rechtspolitischen Themen. Auf die Beiträge „Mit Recht gegen Rechts (?) – Rechtsfragen des Versammlungsrechts und gesellschaftliche Realität“ in SchlHanz 2013, 132-140 und „Sutensuche – Zur Erinnerung an Erich Lewinski, Nora Platiel, Hein Weil und Heinrich Liebrecht“ im Schwerpunkt „Anwalt ohne Recht“ (SchlHanz 2014, 345-351) wird besonders hingewiesen.

<sup>1</sup> Art. 92 GG; s. auch Art 50 I 1 LV.

<sup>2</sup> Dr. Heinz-Josef Bontrup ist Professor für Wirtschaftswissenschaften (Schwerpunkt: Arbeitsökonomie) an der Westfälischen Hochschule Gelsenkirchen, Campus Recklinghausen.

Mit den folgenden Argumenten habe ich in der dortigen Diskussion den Referenten aus (verfassungs-) juristischer Sicht bestätigt und führe das hier, zugleich bezogen auf den Aufsatz von Klodt, geringfügig ergänzt fort:<sup>3</sup>

Gegen die verbindliche Einführung von Schiedsgerichten (und den Ausschluss der Gerichtsbarkeit nationaler ordentlicher Gerichte) können wir aus deutscher Sicht nicht nur, wie auch alle anderen Nationen der EU, anführen, dass dies einen **Verlust nationaler Souveränität** und einen **Bruch des Systems der Gewaltenteilung** im demokratischen Verfassungsstaat bedeutet.

Vielmehr kommt hinzu, dass das **Grundgesetz selbst** (GG) derartiges verbietet:

- Art. 101 Abs. 1 bestimmt in seinem Satz 1: „Ausnahme-gerichte sind unzulässig.“
- Und in seinem Satz 2: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.“
- In Art. 92 heißt es: „Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut.“
- Und in Art. 97: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.“

Es springt ins Auge, dass all dies einer ausnahmslosen Übertragung der Rechtsprechung in bestimmten Fällen auf nicht-staatliche Schiedsgerichte entgegensteht.

Nicht nur wäre m.E. für den Fall, dass das Vertragsgesetz durch den deutschen Gesetzgeber gebilligt würde, eine Zweidrittel-Mehrheit erforderlich, da die genannten Normen des GG betroffen sind (Art. 79 Abs. 2 GG). Sondern derartige Regelungen scheiden überhaupt aus, da hier ein rechtsstaatlicher Kernbereich des GG betroffen ist, der nach Art. 79 Ab-

<sup>3</sup> Ich möchte dazu anmerken: Ich nehme nicht für mich in Anspruch, ein Experte zu dem Thema zu sein, halte mich aber dennoch zu diesen Bemerkungen vom deutschen Verfassungsrecht her für legitimiert.



satz 3 GG einer Änderung entzogen ist. Denn der Rechtsweg zu den Gerichten, den Art. 19 Abs. 4 GG garantiert, wäre abgeschnitten. Und das in Art. 20 Abs. 3 zusammengefasste Rechtsstaatsprinzip wäre angetastet.

Selbstverständlich spricht nichts dagegen, dass Individuen oder Handelsgesellschaften freiwillig die Entscheidung eines Schiedsgerichts statt eines staatlichen Gerichts vereinbaren und vorsehen. Etwas ganz anderes ist es aber, wenn sich Staaten dazu verpflichten, dass ihre Gerichtsbarkeit ausgeschlossen sein soll.

Es ist deshalb nicht übertrieben, politisch von einem *Putsch* zu sprechen. Es geht um nicht mehr und nicht weniger als die Umkehrung der Normativität zwischen dem Staat und den Trägern wirtschaftlicher Macht, wie das denn ja auch in den Beispielen von *Klodt*<sup>4</sup> so gut herauskommt.

In der weltweiten rechtspolitischen Diskussion ist das nichts Neues: Immer wieder versuchen die Juristen der Kapitaleseite zu propagieren, dass die *lex mercatoria*<sup>5</sup> (also das von „der

<sup>4</sup> aaO S. 290 f.

<sup>5</sup> Dabei ist schon die Wortwahl bezeichnend: Das in „*lex mercatoria*“ (= unter Kaufleuten/im Handel geltendes **Gesetz**) steckende lateinische Wort *lex* = Gesetz suggeriert mehr als das, was Private je vereinbaren können: Kaufleute können *Verträge* schließen und auch durch ihre Organisationen in gewissem Umfang (begrenzt durch *staatliche* (!) Regeln hierzu) für bestimmte Gruppen geltende vertragliche Rahmenwerke schaffen (die sich selbstverständlich am staatlichen Recht messen lassen müssen), aber keine *Gesetze* erlassen, schon gar nicht solche, die staatlichem Recht vorgehen.

Wirtschaft“ selbst gesetzte „Recht“) dem staatlichen und dem durch Staaten international gesetzten Recht (Völkerrecht, Internationales Recht) vorgehen solle. Dass darüber dann nichtstaatliche Schiedsgerichte entscheiden sollen, ist geradezu die Krönung.

Die genannten Probleme sind auch auf einer Juristenkonferenz in Berlin am 11. 4. 2015 erörtert worden. Darüber berichtet im neuesten Heft der Zeitschrift *verdikt* (Heft 1.2015 (Juni 2015), S. 6 f) der Präsident des LAG Bremen Thorsten Beck.<sup>6</sup> Das Thema ist – auf Anstoß durch die ver.di-Richter – auch verstärkt Thema in der europäischen Richterorganisation MEDEL (Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés, Europäische Richter für Demokratie und Grundrechte).

Die öffentliche politische Diskussion in Lübeck soll fortgesetzt werden. Es wäre zu wünschen, dass speziell die rechtlichen und rechtspolitischen Komponenten hiervon verstärkt auch anderswo im Lande und speziell in den Spalten dieser Zeitschrift weiter und vertieft diskutiert werden.

<sup>6</sup> Thorsten Beck, TTIP, CETA und TISA – Auswirkungen auf Rechtsstaat und Demokratie. Alle Hefte der seit 2002 (als Nachfolger von *ötv in der Rechtspflege; ötvA*) erscheinenden Zeitschrift sind unter [www.verdikt.verdi.de](http://www.verdikt.verdi.de) im Volltext und gratis im Netz abrufbar.

## II. Amtliche Veröffentlichung

### **Richtlinien für die Zusammenarbeit der Justiz in Schleswig-Holstein mit den Medien**

AV d. MJKE v. 20. August 2015 – II 322/1271– 31 SH –  
(SchiHA 2015 S. 350)

Inhaltsverzeichnis:

1. Allgemeines
2. Information der Medien, Schutzpflichten
  - 2.1. Grundlagen der Informationserteilung
  - 2.2. Umfang und Zeitpunkt der Informationen
  - 2.3. Schutzpflichten
3. Organisation
  - 3.1. Pressestellen
  - 3.2. Pressesprecherinnen und -sprecher
4. Aufgaben der Pressestellen
5. Zuständigkeiten
6. Unterrichtung der Pressestellen
7. Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen
8. Geschäftsgang
9. Schlussbestimmungen

#### **1. Allgemeines**

(1) Die freie Berichterstattung über die Belange der Justiz durch Printmedien, Hörfunk, Fernsehen, Internet und andere elektronische (Massen-)Medien – im Folgenden „Medien“ – ist ein wesentliches Element des demokratischen Rechtsstaats. Sie ist in besonderer Weise geeignet, die Bedeutung der Arbeit der Justiz für das Staatswesen in der Öffentlichkeit hervorzuheben, das Verständnis für die Tätigkeit der Rechtspflege zu verbessern und das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Justiz zu stärken. Gleichzeitig sichert sie die öffentliche Kontrolle staatlichen Handelns in diesem Bereich. Darüber hinaus kann die Berichterstattung der Medien wertvolle Hilfen für die Arbeit der Rechtspflegeorgane bieten.

(2) Diesen Aufgaben können die Medien nur gerecht werden, wenn Gerichte und Justizbehörden den Kontakt zu den Medien durch aktive Öffentlichkeitsarbeit pflegen und sie im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen möglichst schnell und umfassend informieren: dazu unterrichten sie die Medien über die Tätigkeit der Justiz aus eigener Initiative und erteilen auf Anfrage Auskünfte.

(3) In diesem Sinne regeln die nachstehenden Richtlinien die Zusammenarbeit der Justiz mit den Medien, namentlich die Zuständigkeit und das Verfahren in Presseangelegenheiten für alle Gerichte (mit Ausnahme des Landesverfassungsgerichts) sowie für alle Staatsanwaltschaften und Justizvollzugsanstalten (Justizbehörden) des Landes Schleswig-Holstein.

#### **2. Information der Medien, Schutzpflichten**

##### **2.1. Grundlagen der Informationserteilung**

(1) Die Gerichte und Justizbehörden sind nach § 4 Abs. 1 des Gesetzes über die Presse des Landes Schleswig-Holstein (Landespressegesetz) verpflichtet, den Medien die der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienenden Auskünfte zu erteilen.

(2) Nach § 4 Abs. 2 des Landespressegesetzes können Auskünfte verweigert werden, soweit

- hierdurch die sachgemäße Durchführung eines schwebenden Verfahrens vereitelt, erschwert, verzögert oder gefährdet werden könnte,
- Vorschriften über die Geheimhaltung entgegenstehen,
- ein überwiegendes öffentliches oder ein schutzwürdiges privates Interesse verletzt würde oder
- ihr Umfang das zumutbare Maß überschreitet.

(3) Bei jeder Information der Medien sind bei der Entscheidung über Inhalt, Art, Umfang und Zeitpunkt der Mitteilung insbesondere die Persönlichkeitsrechte der von der Auskunft betroffenen Personen, ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die Gewährleistung eines fairen Verfahrens und die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, insbesondere die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung, der Grundsatz der Unschuldsvermutung sowie die Schutzbedürfnisse der Opfer von Straftaten zu berücksichtigen. Das gilt auch bei lediglich bestätigenden Auskünften. Dem Datenschutz und der Geheimhaltung dienende Vorschriften, insbesondere das Steuergeheimnis (§ 30 AO), das Sozialgeheimnis (§ 35 SGB I i.V.m. § 67 SGB X), das Statistikgeheimnis (§ 16 BStatG und § 13 LStatG), die Vertraulichkeit in Personal- und Disziplinarsachen sowie Offenbarungsverbote (wie z.B. § 353d StGB) sind zu beachten.

(4) Da der presserechtliche Auskunftsanspruch regelmäßig im öffentlichen Interesse liegt, sind Auskünfte an die Medien zur Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben grundsätzlich kostenfrei zu erteilen.



## 2.2. Umfang und Zeitpunkt der Informationserteilung

(1) Informationen an die Medien müssen wahrheitsgemäß und so vollständig wie möglich erteilt werden. Sie sollen verständlich sein; unvermeidbare Fachausdrücke sind zu erläutern. Von Wertungen oder präjudizierenden Darstellungen ist abzusehen. Insbesondere ist auf die Unschuldsvermutung und die Offenheit des Verfahrensausgangs ausdrücklich und ggf. auch von neuem hinzuweisen.

(2) Auskünfte und Unterrichtungen über laufende Verfahren, die durch ein öffentliches Informationsinteresse gerechtfertigt sind, beschränken sich grundsätzlich auf den Stand des Verfahrens.

(3) Über die Erhebung der öffentlichen Anklage und Einzelheiten der Anklage dürfen die Medien erst informiert werden, nachdem die Anklageschrift der oder dem Beschuldigten oder deren Verteidigung zugestellt ist.

(4) Im Übrigen sollen Auskünfte und Unterrichtungen über ein Verfahren und der in ihm getroffenen Entscheidungen erst erteilt werden, nachdem diese Informationen den Verfahrensbeteiligten oder deren Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten bzw. deren Verteidigerinnen und Verteidigern bekannt gegeben oder die gerichtlichen Entscheidungen verkündet bzw. zugestellt worden sind. Werden Auskünfte oder Presseerklärungen schriftlich erteilt bzw. abgegeben, sollen diese zumindest gleichzeitig in Abschrift auch den davon Betroffenen, insbesondere Beschuldigten und Nebenklägerinnen und Nebenklägern, oder deren Bevollmächtigten übermittelt werden.

(5) Bei Strafverfolgungsmaßnahmen gegen Personen, die parlamentarische Immunität genießen, sollen öffentliche Erklärungen erst nach Unterrichtung der Präsidentin oder des Präsidenten des jeweiligen gesetzgebenden Organs abgegeben werden.

## 2.3. Schutzpflichten

(1) Die Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten sind in jeder Lage des Verfahrens zu beachten.

(2) Namen von Verfahrensbeteiligten, insbesondere von Parteien, Beschuldigten oder (verletzten) Zeuginnen und Zeugen einschließlich ihrer Prozessbevollmächtigten werden gegenüber Vertreterinnen und Vertretern der Medien grundsätzlich nicht mitgeteilt (vgl. Nr. 23 RiStBV: in der Regel ohne Namensnennung). Sie können ausnahmsweise mitgeteilt werden, wenn die Beteiligten – bei Minderjährigen auch ihre gesetzliche Vertretung – vorab zugestimmt haben oder im Einzelfall bei einer Gesamtabwägung das allgemeine Informationsinteresse der Öffentlichkeit an der Mitteilung mit Namensnennung gegenüber den Interessen der oder des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt. Dies kann hinsichtlich des Beschuldigten insbesondere der Fall sein beim Vorliegen einer Straftat von besonderer Bedeutung, beim Vorliegen wesentlicher, erheblichen Tatverdacht begründender Umstände oder bei Personen der Zeitgeschichte (vgl. BGH, Urteil vom 17.3.1994 – III ZR 15/93 – und Urteil 7.12.1999 – VI ZR 51/99). Vor der Veröffentlichung ist die oder der Betroffene regelmäßig so rechtzeitig zu informieren, dass ein Widerspruch möglich bleibt. Im Fall möglicher Namensnennungen von jugendlichen und heranwachsenden Verfahrensbeteiligten ist besondere Zurückhaltung geboten.

(3) Hinsichtlich der Bekanntgabe anderer personenbezogener Daten, die zur Identifizierung der oder des Betroffenen geeignet sind, gilt Absatz 2 entsprechend (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 2.2.2015 – 6 U 130/14).

(4) Von den Absätzen 2 und 3 unberührt bleibt die öffentliche Bekanntgabe personenbezogener Daten im Interesse der Aufklärung von Straftaten oder der Fahndung nach Maßgabe der gesetzlichen oder sonstigen Vorschriften (vgl. Nr. 40 RiStBV nebst Anlage B *Richtlinien über die Inanspruchnahme von Publikationsorganen und die Nutzung des Internets sowie anderer elektronischer Kommunikationsmittel zur Öffentlichkeitsfahndung nach Personen im Rahmen von Strafverfahren*).

(5) Bei der Weitergabe personenbezogener Daten, aus denen auf die Herkunft, die ethnische oder religiöse Zugehörigkeit, die sexuelle Orientierung sowie eventuelle Vorstrafen von

Verfahrensbeteiligten geschlossen werden kann, ist darauf zu achten, dass durch ihre Verwendung nicht Vorurteile oder Diskriminierung gefördert werden. Insbesondere sind alle Informationen zu unterlassen, die geeignet sein könnten, die Unbefangenheit von Berufsrichtern und Berufsrichterinnen, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten, Schöffinnen und Schöffen oder Sachverständigen in Zweifel zu ziehen, oder die den Eindruck erwecken könnten, einer gerichtlichen Entscheidung werde vorgegriffen.

(6) Vor der Veröffentlichung von gerichtlichen Entscheidungen ist die Anonymisierung personenbezogener Daten sicher zu stellen. Namen der in amtlicher Funktion oder als Organ der Rechtspflege an einem Gerichtsverfahren mitwirkenden Personen, insbesondere Richterinnen und Richter, ehrenamtliche Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Verteidigerinnen und Verteidiger sind den Medien bei einem darauf gerichteten Informationsverlangen mit ernsthaftem sachlichen Hintergrund offenzulegen (vgl. BVerwG, Urteil vom 1.10.2014 – 6 C 35/13).

(7) Bei Informationen über Angelegenheiten des Justizvollzugs dürfen Namen von Gefangenen oder Einzelheiten, aus denen auf die Identität von Gefangenen oder Dritten geschlossen werden kann, nur dann bekannt gegeben werden, wenn die Betroffenen auf eine anonymisierte Darstellung ausdrücklich verzichtet haben, das öffentliche Interesse an der Berichterstattung das schutzwürdige Interesse der Gefangenen oder der Dritten überwiegt und die Resozialisierung der oder des Gefangenen dadurch nicht gefährdet wird. Gespräche mit sowie Ton- oder Bildaufnahmen von Gefangenen und Bediensteten der Justizvollzugsanstalten bedürfen der ausdrücklichen Einwilligung der Betroffenen und der Anstaltsleitung sowie im Falle der Untersuchungshaft auch des zuständigen Haftrichters; die Darstellung ist grundsätzlich zu anonymisieren.

## 3. Organisation

### 3.1. Pressestellen

(1) Im Justizministerium besteht eine Pressestelle für Presse- und Öffentlichkeitsarbeit.

(2) Weitere Pressestellen bestehen bei

- a) dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht,
- b) den Landgerichten,
- c) den mit einer Präsidentin oder einem Präsidenten besetzten Amtsgerichten,
- d) der Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht,
- e) den Staatsanwaltschaften bei den Landgerichten,
- f) dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht,
- g) dem Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgericht,
- h) dem Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht,
- i) dem Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein,
- j) dem Schleswig-Holsteinischen Finanzgericht.

(3) Die Pressestellen sollen während der Kernarbeitszeiten erreichbar sein. Bei bedeutsamen Vorgängen ist sicherzustellen, dass die Pressestelle auch über diesen Zeitraum hinaus erreichbar ist und Auskünfte erteilen kann. Für die Erreichbarkeit ist zu gewährleisten, dass für die Pressestelle bestimmte telefonische, schriftliche oder elektronische Nachrichten entgegengenommen werden können; dabei sind die jeweils vorhandenen Möglichkeiten eines Anrufbeantworters, der Ruf- und E-Mail-Umleitung oder dienstlich gestellter Mobiltelefone zu nutzen. Die aktuelle personelle Besetzung aller Pressestellen ist unter Angabe der Telefon- und Faxnummern sowie der E-Mail-Adresse auf dem Dienstweg der Pressestelle im Justizministerium sowie der Landespressekonferenz anzuzeigen und kann auf der Homepage des Gerichts bzw. der Behörde veröffentlicht werden.

(4) Die Leitung der Pressestelle obliegt der Gerichts- bzw. Behördenleitung. Diese bestellt einen oder mehrere Pressesprecherinnen oder Pressesprecher und bestimmt die Vertretung.

(5) Bei den Justizvollzugsanstalten obliegt die Presse- und Öffentlichkeitsarbeit der jeweiligen Anstaltsleitung oder einer von ihr benannten Vertretung.

### 3.2. Pressesprecherinnen und Pressesprecher

(1) Als Pressesprecherin oder Pressesprecher bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften sind Richterinnen oder Richter und Staatsanwältinnen oder Staatsanwälte tätig. Alle Pressesprecherinnen und Pressesprecher sollen für die Pressearbeit aufgeschlossen sein sowie Einfühlungsvermögen für die journalistische Tätigkeit haben und möglichst längerfristig für diese Aufgabe zur Verfügung stehen können. Ihnen ist zeitnah zu ihrer Bestellung und sodann regelmäßig die Teilnahme an geeigneten Fortbildungsmaßnahmen zu ermöglichen.

(2) Bei der Verteilung der Geschäfte hat die Gerichts- bzw. Behördenleitung darauf hinzuwirken, dass die Pressestellen ihre Aufgaben flexibel und erfolgreich wahrnehmen können. Soweit erforderlich soll dafür eine Freistellung gewährt werden.

(3) Im begründeten Einzelfall können die Pressestellen eine andere Richterin oder einen anderen Richter bzw. eine andere Staatsanwältin oder einen anderen Staatsanwalt mit der Bearbeitung von Medienangelegenheiten betrauen; ausnahmsweise ist auch eine Übertragung auf eine geeignete Rechtspflegerin oder einen geeigneten Rechtspfleger möglich. Im Bereich der Rechtsprechung sollte eine Trennung von dienstlicher Zuständigkeit und Medienarbeit gewährleistet werden. Die Pressestellen der Staatsanwaltschaften können auch eine Sitzungsvertreterin oder einen Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft zur Information der Medien in unmittelbarem Zusammenhang mit der Hauptverhandlung anweisen. Über den Inhalt der erteilten Auskünfte und Unterrichtungen ist die Pressestelle jeweils umgehend in Kenntnis zu setzen.

### 4. Aufgaben der Pressestellen

(1) Die Pressestellen unterrichten die Medien aus eigener Initiative über die Tätigkeit der Justiz und erteilen auf deren Anfrage Auskünfte. Dabei vermitteln sie die notwendigen Hintergrundinformationen und die Perspektive der Justiz. Sie informieren insbesondere über Verfahren und Ereignisse, bei denen ein Interesse der Öffentlichkeit zu vermuten ist oder aufgrund vorangegangener Berichterstattung bereits vorliegt oder deren rechtliche Fragestellung über den Einzelfall hinaus für eine größere Anzahl von Bürgerinnen und Bürgern bedeutsam sein kann.

(2) Zu den Aufgaben der Pressestelle gehört insbesondere:

- Informationsbeschaffung,
- Auswertung von Medieninhalten,
- Mitteilung von Terminen,
- Herausgabe von Pressemitteilungen,
- Beantwortung von Presseanfragen,
- Planung und Durchführung von Pressegesprächen / Hintergrundgesprächen und Pressekonferenzen sowie Interviews in Bild und Ton,
- Erstellung von Gegenerklärungen oder Gegendarstellungen,
- Aufbau und Pflege von Medienkontakten,
- Koordination mit anderen Pressestellen,
- Beratung und Unterstützung der Gerichts- und Behördenleitungen und der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bei medienrelevanten Fragestellungen,
- Rechtsklärung (z.B. Lizenzen, Akkreditierungen) sowie
- Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen.

(3) Die Wahrnehmung der Aufgaben nach Absatz 1 und 2, insbesondere die Ausgestaltung der Unterrichtung bzw. Auskunftserteilung erfolgt nach Maßgabe von Ziffer 2 dieser Richtlinien und liegt im Übrigen im Ermessen der Pressestelle. Ein Anspruch auf die Gewährung eines Interviews besteht nicht.

(4) Auf Anforderung sind den Vertreterinnen und Vertretern der Medien anonymisierte instanzabschließende Urteils- und Beschlussabschriften auszuhändigen. Sofern die Entscheidung noch nicht rechtskräftig ist, ist darauf hinzuweisen. Wird eine im Internet frei zugänglich veröffentlichte Entscheidung angefordert, ist der Hinweis auf deren Einstellung im Internet ausreichend.

(5) Pressekonferenzen oder Hintergrundgespräche können aus aktuellem Anlass auf Einladung der Gerichte und Jus-

tizbehörden stattfinden. Auch ohne aktuellen Anlass bieten Pressegespräche oder Pressekonferenzen – beispielsweise im jährlichen Turnus über die Geschäftsentwicklung oder über Neuerungen bzw. Änderungen im jeweiligen Geschäftsbereich – Gelegenheit zu einer umfassenden Darstellung der Aufgaben und der Belange der Justiz.

(6) Soweit durch eine Veröffentlichung in den Medien unrichtige Tatsachen verbreitet werden, rechtlich geschützte Interessen von Beteiligten am gerichtlichen Verfahren verletzt werden oder die verfassungsrechtliche Funktion der Rechtsprechung oder das Ansehen der Justiz im allgemeinen beeinträchtigt sind und eine Richtigstellung geboten erscheint, soll mit einer kurzfristigen Klarstellung oder Gegenerklärung, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen mit einer Gegendarstellung reagiert werden.

(7) Aus dem Kreis der Pressesprecherinnen und Pressesprecher der Gerichte und Staatsanwaltschaften sollen in regelmäßigen Abständen Informations- und Erfahrungsaustausche veranstaltet werden; auf geeignete Fortbildungsmaßnahmen soll hingewiesen werden. Für den Bereich des Justizvollzugs gilt Satz 1 entsprechend. Die Pressestelle im Justizministerium kann bei Bedarf weitere Informationsveranstaltungen veranlassen.

### 5. Zuständigkeiten

(1) Die Pressestellen sind für die Bearbeitung der Medienangelegenheiten zuständig, die in den Aufgabenbereich ihres Gerichts oder ihrer Behörde fallen. Sie sind darüber hinaus grundsätzlich für den Aufgabenbereich der ihnen nachgeordneten Gerichte oder Behörden ohne eigene Pressestelle zuständig; im Einzelfall, insbesondere bei Anfragen mit Ortsbezug, können sie die Zuständigkeit auf diese übertragen.

(2) Berühren Medienangelegenheiten gleichzeitig die Belange mehrerer Gerichte und/oder Behörden, arbeiten die beteiligten Pressestellen kollegial zusammen; sie unterrichten sich bei Bedarf gegenseitig. Bei Angelegenheiten von überregionaler und justizpolitischer Bedeutung unterrichten sie die Pressestelle im Justizministerium. Diese kann, soweit es sich nicht um richterliche Entscheidungen handelt, im Benehmen mit der zuständigen Pressestelle im Einzelfall eine schriftliche Presseerklärung herausgeben oder andere Aufgaben an sich ziehen.

(3) Auskünfte an die Medien erteilen nur die Pressestellen; dies gilt nicht, wenn andere Personen gemäß Ziffer 3.2. Abs. 3 durch ihre Pressestelle zur Auskunftserteilung ermächtigt sind. Bei Gerichten ohne eigene Pressestelle können im Einzelfall dessen Direktorin oder Direktor die Aufgaben einer Pressesprecherin oder eines Pressesprechers im Benehmen mit der zuständigen Pressestelle wahrnehmen.

(4) Eine Übersicht über die anstehenden Termine öffentlicher Verhandlungen in Strafsachen, die für die Öffentlichkeit bedeutsam sein könnten, erhalten die Medien rechtzeitig und regelmäßig von den Pressestellen der Staatsanwaltschaften. Soweit die Pressestellen der Gerichte die Medien bei öffentlichkeitsbedeutsamen Terminen im Einzelfall eigeninitiativ informieren, ist die Pressestelle der Staatsanwaltschaft einzubinden.

(5) In Ermittlungs- und Strafverfahren informiert bis zur Anklageerhebung grundsätzlich die Staatsanwaltschaft. Die Befugnis der Pressestelle des Gerichts, über richterliche Entscheidungen zu unterrichten, bleibt unberührt. Während des gerichtlichen Verfahrens werden die Medien grundsätzlich durch das Gericht informiert; die Staatsanwaltschaft darf in diesem Verfahrensabschnitt Auskünfte zu den eigenen Ermittlungen erteilen oder über eigene Verfahrenshandlungen unterrichten. Nach Rechtskraft der abschließenden Entscheidung informiert wiederum grundsätzlich die Staatsanwaltschaft. Das Gericht darf auf Presseberichte über gerichtliche Verfahren entgegenen. In allen Verfahrensabschnitten kann aus Zweckmäßigkeitsgründen eine abweichende Vereinbarung getroffen werden.

(6) Der Pressestelle der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht obliegt die Bearbeitung von Medienangelegenheiten in

Strafsachen, soweit sich nicht die Pressestelle der Staatsanwaltschaft beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht die Bearbeitung ausdrücklich vorbehalten hat, insbesondere in Verfahren nach § 74 a GVG und in Verfahren von besonderem öffentlichen Interesse im Sinne von Nummer 2 der Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen. Hier hat die Pressestelle der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht die Pressestelle der Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht vor wichtigen Presseverlautbarungen auf dem schnellsten Wege in Kenntnis zu setzen.

## 6. Unterrichtung der Pressestellen

(1) Gerichte und Staatsanwaltschaften üben eine öffentlichkeitswirksame Tätigkeit aus. Die Pressestellen können ihre Aufgabe, die Öffentlichkeit über bedeutungsvolle Vorgänge der Justiz zeitnah zu informieren, aber nur erfüllen, wenn sie ihrerseits entsprechend unterrichtet werden. Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sollen deshalb stets prüfen, ob in ihre Zuständigkeit fallende Vorgänge für die Öffentlichkeit von Interesse sein könnten. Sie sind von den Gerichts- und Behördenleitungen darauf in geeigneter Weise vorzubereiten und für presserelevante Themen zu sensibilisieren.

(2) Über alle geeigneten Vorgänge, die für die Öffentlichkeit von Interesse sein könnten, haben die Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte die Pressestelle unverzüglich zu unterrichten; deren Anfragen sind grundsätzlich uneingeschränkt zu beantworten. Bei Bedarf sind die Pressesprecherinnen und Pressesprecher auf die Geheimhaltungsvorschriften zu verpflichten, damit sie uneingeschränkt informiert werden können.

## 7. Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen

(1) Die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen ist eine öffentliche Aufgabe. Die Gerichtsverwaltung trägt dafür Sorge, dass gerichtliche Entscheidungen, an deren Veröffentlichung die Öffentlichkeit ein Interesse hat oder haben kann, veröffentlicht werden. Die Auswahl veröffentlichungswürdiger Entscheidungen trifft der mit der Materie befasste Spruchkörper;

sie ist von der Gerichtsverwaltung um diejenigen Entscheidungen zu ergänzen, an deren Veröffentlichung ersichtlich ein öffentliches Interesse besteht. Die Veröffentlichung erfolgt in anonymisierter Form (vgl. BVerwG, Urteil vom 26.02.1997 - Az. 6 C 3/96).

(2) Zur Veröffentlichung vorgesehene Entscheidungen werden der Pressestelle zur Kenntnis gegeben und in der Landesrechtsprechungsdatenbank Schleswig-Holstein sowie bei den Juristischen Informationssystemen veröffentlicht.

(3) Die Gerichts- und Behördenleitungen weisen die Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in geeigneter Form auf diese Vorgaben hin.

## 8. Geschäftsgang

(1) Medienangelegenheiten sind als Eilsachen zu behandeln. In dringenden Fällen werden sie telefonisch, per Fax oder E-Mail erledigt. Sofern eine sofortige Auskunftserteilung, z.B. aufgrund aufwendigerer Recherchen, nicht möglich ist, sind die Medien darüber umgehend in Kenntnis zu setzen.

(2) Die Pressestellen sind von der Einhaltung des Dienstweges befreit, soweit es um die Übermittlung oder Beschaffung von Informationen geht.

(3) Bei der Vermittlung von Informationen sind alle Medien grundsätzlich gleich zu behandeln. Insbesondere sind Pressemitteilungen allen Medienredaktionen gleichzeitig und in gleicher Form zugänglich zu machen; unterschiedliche Tätigkeitsbereiche und mutmaßliche Interessenschwerpunkte der Medien können berücksichtigt werden. Einzelanfragen können individuell beantwortet werden.

## 9. Inkrafttreten

Diese AV tritt am 1. Oktober 2015 in Kraft. Gleichzeitig tritt die AV des Justizministers vom 1.3.1991 – V PR/1271 – 31 – (nur veröffentlicht in SchlHA S. 57) „Richtlinien für die Zusammenarbeit der Justizbehörden mit den Medien“ außer Kraft. Diese Allgemeine Verfügung tritt am 30. September 2020 außer Kraft.

Dr. Schmidt-Elsaeßer

# III. Personalnachrichten

## Oberlandesgericht

Eintritt in den Ruhestand: Richter am Oberlandgericht *Axel Burmeister*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht.

## Gerichte

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Landgericht: Richter am Landgericht *Ralph Jacobsen*, Landgericht Kiel.

Zum Richter am Landgericht: Richter *Stephan Neese*, Landgericht Flensburg.

Zur Richterin am Amtsgericht: Richter *Lisa Wolf*, Amtsgericht Flensburg.

Richter *Alexandra Jacobs*, Amtsgericht Lübeck.

Richter *Marjam Samadzade*, Amtsgericht Ratzeburg.

Zum Richter am Amtsgericht: Richter *Henrik Schramm*, Amtsgericht Oldenburg i. H.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Sonja Spöring*, Amtsgericht Neumünster; Justizinspektorin *Sina Tautz*, Amtsgericht Kiel.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Finn Hellmund*, Amtsgericht Flensburg.

Versetzt: Justizamtsrat *Michael Kreuzig* von dem Landgericht Itzehoe an das Amtsgericht Flensburg, Justizamtsinspektorin *Nicole Meußler* vom Amtsgericht Lübeck an das Landgericht Lübeck, Justizsekretärin *Silke Schröder-Ahmer* von der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe an das Amtsgericht Meldorf; Justizsekretär *Marco Ehlers* vom Amtsgericht Pinneberg an die Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Eintritt in den Ruhestand: Justizoberamtsrat *Jens Peter Hansen*, Amtsgericht Schleswig; Justizhauptsekretär *Helmut Köppl*, Landgericht Kiel.

## Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: Zur Richter *Dr. Sabine Claus*, Sozialgericht Itzehoe.

Zum Richter am Sozialgericht: Richter *Dr. Stefan Becker*, Sozialgericht Itzehoe.

## Schl. Holst. Oberverwaltungsgericht

Ernannt: Zur Richter *Christine Nordmann*, Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht.

## Staatsanwaltschaften

Versetzung in den Ruhestand: Oberstaatsanwalt *Günter Möller*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

## Justizvollzugsanstalten

Ernannt: Zur Justizhauptsekretärin mit Wirkung vom 1. August 2015: Justizobersekretärin *Sandra Knop*, JVA Lübeck.

Versetzung in den Ruhestand mit Ablauf des Monats Juli 2015: Sozialamtmann *Gerd Jahnke*, JVA Neumünster.

Eintritt in den Ruhestand mit Ablauf des Monats Juli 2015: Justizamtsinspektor *Rolf Emler*, JVA Flensburg.

## Notare

Notaramt erloschen: *Heiko Rehwoldt*, Lauenburg, *Wolfgang Pehrs*, Burg/Dithm.; *Henning Hahn*, Kiel.



## Zweite Staatsprüfung für Juristen

bestanden im Monat Juni/Juli 2015: *Hanna Feuring*, Bad Bramstedt; *Enno Dreier*, Hamburg; *Nadine Hinz*, Lübeck; *Birte Hoffmann*, Kiel; *Alexander Alms*, Flensburg; *Jan Peter Michelson*, Kiel; *Wenke Müller*, Husum; *Michael Saitner*, Kiel; *Julia Gehrke*, Kiel; *Mareike Modest*, Kiel; *Christine Broers*, Elmshorn; *Bernhard Ströbele*, Kiel; *Saskia Behrens*, Kiel; *Biruté Ahrens*, Kiel; *Burcu Oya Bizer*, Kiel; *Lorenz Frahm*,

Kiel; *Hilke Meier*, Kiel; *Nicole Militzer*, Meggerholm; *Cora Marlene Harms*, Kiel; *Anna Freisen*, Kiel; *Lars Lange*, Kiel; *Christian Utesch*, Lübeck; *Dr. Lisa Lindorf*, Kiel; *Mathias Voss*, Kiel; *Gundula Gagzow*, Kiel; *Arne Müllner*, Kiel; *Klaus Schaper*, Kiel; *Sebastian Schwarz*, Kiel; *Michael Gose*, Kiel; *Malin Folger*, Hamburg; *Hanna Borgwardt*, Kiel; *Leonie Oelbe*, Flensburg; *Anne-Kristin Kellner*, Schenefeld; *Meylin Pietzsch*, Kiel.

## IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJKE vom 2. September 2015 – II 332 i.V./5112 Ea – 1834 – (SchlHA 2015 S. 354)

1. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

2 Stellen der BesGr. R 1 für Richterinnen oder Richter am Landgericht bei dem Landgericht Kiel

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 (SchlHA S. 206), geändert durch Allgemeine Verfügung vom 30. Dezember 1971 (SchlHA 1972 S. 22).

Bewerbungen werden erbeten binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

### Rücknahme einer ausgeschriebenen Planstelle der BesGr A 8

Mit Bekanntmachung der Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 19. März 2015 – 5112 Eb 285 – sind im April-Heft der Schleswig-Holsteinischen Anzeigen 2015 (S. 151) u. a. drei Stellen der BesGr. A 8 für Justizhauptsekretärinnen bzw. Justizhauptsekretäre bei dem Amtsgericht Kiel ausgeschrieben worden.

Die Ausschreibung wird hinsichtlich **einer** der vorgenannten Stellen zurückgenommen.

Ausgeschrieben bleibt:

2 Stellen der BesGr. A 8 für Justizhauptsekretärinnen bzw. Justizhauptsekretäre bei dem Amtsgericht Kiel.

Die Ausschreibung aller weiteren Stellen bleibt hiervon unberührt.

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB §§ 123 I, 280 I, 281, 434, 437 Nr. 3, 439 III, 440

- Bei einem mehrere Jahre alten Gebrauchtwagen kann der Käufer, auch wenn er von einem gewerblichen Händler erwirbt, nicht erwarten, dass das Fahrzeug noch die Originallackierung aufweist, denn es ist nicht ungewöhnlich, dass es im Laufe des mehrjährigen Gebrauchs eines Kfz zu Lackschäden kommt, die durch eine mehr oder weniger umfangreiche Neulackierung beseitigt werden.**
- Selbst wenn der beklagte Händler eine veränderte Lackschicht wegen geringfügiger Spachtel- und Lackierarbeiten am hinteren Kotflügel festgestellt haben sollte, lassen sich daraus keine Rückschlüsse auf eine Kenntnis über einen Unfall größeren Ausmaßes ziehen. Es besteht kein Anlass für den Händler, wegen derartiger Lackarbeiten in der Fahrzeughistorie nachzusehen.**
- Liegen aus Sicht des Händlers keine Anhaltspunkte für eine Manipulation des Kilometerstands des Fahrzeugs vor, ist er auch nicht gehalten, die in der Fahrzeughistorie notierten Laufleistungen auf Plausibilität zu untersuchen.**
- Zwar darf der Käufer bei der Kilometerangabe im Kaufvertrag in der Regel davon ausgehen, dass sie sich nicht auf den Tachometerstand, sondern auf die Laufleistung bezieht; etwas anderes gilt aber dann, wenn durch Einschränkungen oder durch einen deutlichen Hinweis für den Käufer erkennbar wird, dass sich die Kilometerangabe nicht auf die Laufleistung beziehen soll. Dies ist dann der Fall, wenn im Kaufvertrag lediglich der Stand des Kilometerzählers angegeben wird.**

- Bei einem 7 ½ Jahre alten Pkw stellt es nur einen unerheblichen Mangel dar, wenn statt im Kaufvertrag behaupteter zwei tatsächlich drei Vorbesitzer in der Zulassungsbescheinigung eingetragen sind.**

LG Kiel – 3. Zivilkammer –, Urteil vom 27. Februar 2015 – 3 O 25/14 – RA Ba.

Hinweis der Redaktion: Auf den Hinweisbeschluss des 18. Zivilsenats vom 7.5.2015 – 18 U 2/15 – s.u. – hat der Kl. seine Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Kiel zurückgenommen.

Der Kl. begehrt Schadensersatz und Rückerstattung des Kaufpreises eines Gebrauchtwagenkaufvertrages.

Der Kl. kaufte am 9.4.2013 das Fahrzeug BMW 116i; amtliches Kennzeichen XX Fahrzeug-Ident-Nr. WBAUF xxx zu einem Preis von 10800,00 € von dem Bekl.. In dem Kaufvertrag war aufgeführt, dass das Fahrzeug laut Vorbesitzer unfallfrei, ausgenommen Lack- und Blechschäden, sei. Der Stand des km-Zählers ist mit 40100 und die Anzahl der Vorbesitzer laut Kfz-Brief mit 2 angegeben.

Am 2.12.2013 übersandte der Kl. eine E-Mail an die Bekl.. Der E-Mail hing ein Kostenvoranschlag der Firma M.GmbH, einer BMW-Vertragswerkstatt, vom 2.12.2013 über 1949,90 € an. In dem Kostenvoranschlag waren diverse Reparaturen aufgeführt, insbesondere das Ersetzen der Spurstangen links und rechts. Der Kl. bat um Stellungnahme bzw. um eine Kostenübernahme der aufgeführten Kosten. Mit E-Mail vom gleichen Tag antwortete der Mitarbeiter der Bekl., Herr S., dass die Bekl. für die aufgeführten Mängel nicht in der Gewährleistungspflicht stehe und die Kosten für die Reparaturen nicht zu erstatten seien. Auf eine weitere E-Mail des Kl. bestätigte Herr S. seinen Standpunkt und erklärte, das Fahrzeug sei bei Übergabe mangelfrei gewesen. Auf die E-Mail vom 2.12.2013 wird Bezug genommen.

In der Folgezeit stellte der Kl. fest, dass über dem linken hinteren Radlauf Spachtel- und Lackierarbeiten stattgefunden hatten.

Mit Schreiben vom 22.01.2014 hat der Klägervertreter den Kaufvertrag wegen der Spachtel- und Lackierarbeiten und wegen einer behaupteten Kilometerstandmanipulation angefochten.

Der Kl. behauptet, bereits nach den ersten Monaten nach Fahrzeugübernahme habe er festgestellt, dass die Scheiben auffällig beschlagen. Es sei zu einem Wassereintritt an der Hintertür auf Höhe der Fahrerseite gekommen. Er habe daraufhin nach Verständigung mit der Bekl. einen Kostenvoranschlag der Firma M. GmbH eingeholt. Die Firma M. habe zudem festgestellt, dass die Spurstangen rechts und links ausgeschlagen gewesen seien, sodass diese hätten ersetzt



werden müssen. Dieser Schaden habe bereits bei Gefahrübergang vorgelegen. Zudem seien alle vier Reifen nicht mehr verkehrssicher gewesen und hätten ausgetauscht werden müssen. Auch dies habe bereits bei Gefahrübergang vorgelegen.

Sein Prozessbevollmächtigter habe die Bekl. mit Schreiben vom 5.12.2013 unter Fristsetzung zur Nachbesserung aufgefordert. Die Bekl. habe auf dieses Schreiben nicht reagiert. Mit Schreiben vom 12.12.2013 sei der Vorschlag unterbreitet worden, dass sich die Bekl. mit einer Instandsetzung der Mängel nach Maßgabe des Kostenvoranschlages der Firma M. einverstanden erkläre. Auch hierauf sei keine Reaktion der Bekl. erfolgt. Die Schreiben seien jeweils ausschließlich per E-Mail an die Bekl. übermittelt worden.

Er, der Kl., habe daraufhin der Firma M. den Reparaturauftrag erteilt und habe dafür 11831,13 € gezahlt. Im Zuge der weiteren Ermittlungen habe er noch festgestellt, dass am Kilometerstand manipuliert worden sei. Bei der DEKRA sei am 30.9.2008 eine Fahrzeugbewertung vorgenommen worden bei einer Laufleistung von 29972 km, am 10.12.2008 sei eine Hauptuntersuchung durchgeführt worden bei einer Laufleistung von 22820 km und am 6.1.2011 bei einer Laufleistung von 20469 km.

Im Übrigen trete nach wie vor Wasser in das Fahrzeug ein.

Der Kl. beansprucht die Zahlung von 1831,13 € nebst Zinsen sowie die Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 10800,00 € nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Rücknahme des Fahrzeugs

Die Bekl. behauptet, die Schreiben vom 5.12. und 12.12.2013 habe sie nicht erhalten.

### Aus den Gründen

Die zulässige Klage ist nicht begründet.

Der Kl. hat keinen Anspruch auf Ersatz der geforderten Reparaturkosten. Ein Anspruch ergibt sich nicht aus den §§ 434, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 281 BGB.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Fahrzeug bei Übergabe mangelhaft war. Ein Schadensersatz nach diesen Normen setzt nämlich voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zu Nacherfüllung gesetzt hat. Es kann vorliegend aber nicht davon ausgegangen werden, dass eine Nacherfüllungsfrist gesetzt wurde. Die Bekl. hat den Zugang der Schreiben vom 5. und 12.12.2013 bestritten, sie habe sogar noch einmal das E-Mail-Eingangsfach überprüft. Der Kl. hat erklärt, keinen Beweis für den Zugang der Schreiben anbieten zu können.

Eine Fristsetzung war nicht entbehrlich. Gemäß § 281 Abs. 2 BGB ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. Die Bekl. hat die Nacherfüllung nicht ernsthaft und endgültig verweigert. Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung ist nicht in den E-Mails des Herrn S. zu sehen. An das Vorliegen einer Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen. Insbesondere reicht ein bloßes Bestreiten des Mangels nicht aus

(BGH, NJW 2013, 1074, 1076).

Es liegen auch keine besonderen Umstände vor, die eine sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen würden. Insbesondere ergibt sich dies nicht aus der Behauptung des Kl., die Bekl. habe erklärt, es stände ihm frei zur jeder BMW-Werkstatt zu fahren. Abgesehen davon, dass der Kl. diese Behauptung nicht unter Beweisgestellt hat, ergibt sich aus dem Vortrag insbesondere keine Zustimmung der Bekl. auf eine Reparatur der vom Kl. behaupteten Mängel auf ihre Kosten.

Eine Fristsetzung ist auch nicht nach § 440 BGB entbehrlich, weil die Bekl. die Nacherfüllung nicht nach § 439 Abs. 3 BGB verweigert hat, eine Nacherfüllung ist auch nicht fehlgeschlagen. Schließlich ist eine Nacherfüllung für den Kl. nicht unzumutbar. Es liegen keine Umstände vor, aus denen sich die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung ergeben könnte. Die behaupteten Mängel, für die jetzt Schadensersatz begehrt wird, hätten statt von der Firma M. genauso gut von der Bekl. behoben werden können. Dies wäre dem Kl. auch zumutbar gewesen.

Der Kl. hat auch keinen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises aus § 812 BGB.

Der Kaufvertrag ist nicht wegen einer Anfechtung nach §§ 123, 142 Abs. 1 BGB nichtig.

Eine Anfechtbarkeit des Kaufvertrages nach § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB liegt nicht vor. Nach § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB kann

eine Willenserklärung anfechten, wer zur Abgabe der Erklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Der Kl. wurde von den Mitarbeitern der Bekl. nicht arglistig getäuscht.

Dies gilt sowohl im Hinblick auf den behaupteten Unfall des Fahrzeuges, als auch im Hinblick auf die behauptete Km-Stand-Manipulation.

Eine arglistige Täuschung im Hinblick auf einen vom Kl. behaupteten Unfall liegt nicht vor. Der Kl. hat nicht dargelegt, dass das Fahrzeug in der Vergangenheit mehr als nur einen Blechschaden erlitten hat. Eine Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen F. und S. war nicht durchzuführen. Eine Ablehnung des Beweises für eine erhebliche Tatsache ist zulässig, wenn diese so ungenau bezeichnet ist, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann oder wenn sie ins Blaue hinein aufgestellt worden ist

(BGH, Beschluss vom 22.8.2012 – VII ZR 2/11, BeckRS 2012, 19272, Rn. 14).

Die Behauptung des Kl., das Fahrzeug habe in der Vergangenheit einen Unfall erlitten, der über einen Bagatellschaden hinausgegangen sei, und die Bekl. habe dies gewusst, war ins Blaue hinein aufgestellt. Der Kl. hat nicht konkret zu dem behaupteten Unfall vorgetragen. Aus den vom Kl. zur Substantiierung seiner Behauptung vorgelegten Unterlagen ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Wagen einen Unfall erlitten hat. Im Gegenteil sprechen die Unterlagen sogar dagegen. Der Kl. hat behauptet, der Zeuge S. habe das Fahrzeug geleast gehabt und in dieser Zeit einen Unfall mit dem Wagen gehabt, was BMW bekannt gewesen sei. Dem widerspricht aber das vom Kl. gleichzeitig vorgelegte Rücknahmeprotokoll, ausweislich dessen das Fahrzeug von der BMW Leasing GmbH als unfallfrei zurückgenommen wurde.

Aus dem Umstand, dass an dem Fahrzeug möglicherweise Spachtel- und Lackierarbeiten vorgenommen wurde, lässt nicht ohne weiteres den Schluss zu, dass das Fahrzeug einen offenbarungspflichtigen Unfall gehabt hat. Bei einem mehrere Jahre alten Gebrauchtwagen kann ein durchschnittlicher Käufer nicht erwarten, dass das Fahrzeug noch die Originallackierung aufweist. Denn es ist nicht ungewöhnlich, dass es im Laufe des mehrjährigen Gebrauchs eines Kraftfahrzeuges zu Lackschäden kommt, die durch eine mehr oder weniger umfangreiche Neulackierung beseitigt werden

(BGH, Urteil v. 20.5.2009, VIII ZR 191/07, BB 2009, 1943, 1944).

Auch aus dem weiteren Vortrag des Kl. ergibt sich nicht, dass der Wagen einen Unfall gehabt hat.

Eine arglistige Täuschung im Hinblick auf die behauptete Manipulation des km-Standes liegt ebenfalls nicht vor. Bei der Täuschung durch Verschweigen eines Offenbarungspflichtigen Mangels handelt arglistig, wer einen Fehler mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß, oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit den vereinbarten Inhalt geschlossen hätte

(vgl. BGH, NJW 1995, 1549, 1550 mwN).

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Selbst wenn der km-Zähler des Fahrzeuges manipuliert worden sein sollte oder fehlerhaft war, steht jedenfalls nicht fest, dass die Bekl. dies wusste oder für möglich gehalten hat. Zwar sind die in dem vom Kl. vorgelegte Schreiben der DEKRA aufgeführten km-Stände nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Daraus ergibt sich aber nicht, dass die Bekl. den Kl. insoweit arglistig getäuscht hätte. Dabei kann dahinstehen, ob die bei der DEKRA archivierten km-Stände überhaupt aufgrund einer Manipulation des km-Standes zustande gekommen sind. Möglich erscheint auch ein Fehler bei der Ablesung oder im Hinblick darauf, dass die km-Stände mehrfach manipuliert worden sein müssten, ein Fehler des Gerätes. Darauf kommt es letztlich nicht an, denn es steht jedenfalls nicht fest, dass die Bekl. von sich widersprechenden Laufleistungsangaben wusste. Aus Sicht der Bekl. lagen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass der km-Stand des Fahrzeuges manipuliert sein könnte. Die Bekl. war deshalb auch nicht verpflichtet, in der „Fahrzeughistorie“ die notierten km-Stände auf Plausibilität zu untersuchen oder sich

bei der DEKRA nach km-Ständen zu erkundigen. Den Verkäufer eines Gebrauchtwagens trifft ohne das Vorliegen besonderer Anhaltspunkte (etwa für einen Unfallschaden) nicht die Pflicht zu Nachforschungen zu dem Fahrzeug und damit auch nicht zu einer Abfrage bei der zentralen Datenbank des Herstellers betreffend eine dort etwa vorhandene Reparaturhistorie des Fahrzeuges

(BGH, Urteil vom 19.6.2013, VIII ZR 193/12, juris, Rn. 24 mwN).

Gleiches gilt für die dort notierten km-Stände. Dass auch der in der mündlichen Verhandlung eingereichte Ankaufvertrag einen höheren km-Stand (40247 km) angibt, als der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag (40100 km), führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Das Gericht hält es für ausgeschlossen, dass die Bekl. wegen 147 km den km-Stand des Fahrzeuges selbst manipuliert hat. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sie diese Diskrepanz überhaupt bemerkt hat. Eine Abweichung von 147 km bei einem km-Stand von über 40000 km ist nicht so auffällig, dass zwingend davon auszugehen ist, dass die Bekl. dies bemerkt hat.

Eine Anfechtungserklärung wegen arglistiger Täuschung im Hinblick auf die in dem Kaufvertrag angegebene Anzahl der Vorbesitzer liegt nicht vor.

Ein Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises ergibt sich auch nicht aus den §§ 433, 434, 437 Nr. 3, 323 BGB. Zwar mag die Anfechtungserklärung gemäß § 140 BGB in eine Rücktrittserklärung umgedeutet werden

(vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 18.8.2005, 5 U 11/05, juris).

Ein Rücktrittsrecht liegt aber nicht vor, weil ein zum Rücktritt berechtigender Mangel des Fahrzeuges nicht vorliegt. Dass es sich bei dem Wagen um ein Unfallfahrzeug handelt, hat der Kl. – wie oben dargelegt – nicht dargelegt.

Ein Mangel ergibt sich auch nicht im Hinblick auf die Angabe des km-Standes im Kaufvertrag, selbst wenn die tatsächliche Laufleistung des Wagens höher gewesen sein sollte. Eine Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 BGB) liegt nicht vor. Insbesondere war eine Laufleistung von 40100 km keine vereinbarte Beschaffenheit des Fahrzeuges. In dem Kaufvertrag war lediglich der Stand des Km-Zählers angegeben. Die Information über den Kilometerstand bedeutete lediglich eine Wissensmitteilung, auf die Gewährleistungsrechte nicht gestützt werden können

(OLG Hamm, Urteil vom 11.12.2012 – 28 U 80/12, BeckRS 2013, 05759).

Zwar darf der Käufer bei der Kilometerangabe in der Regel davon ausgehen, dass sie sich nicht auf den Tachometerstand, sondern auf die Laufleistung bezieht. Etwas anderes gilt aber dann, wenn durch Einschränkungen oder durch einen deutlichen Hinweis für den Käufer erkennbar wird, dass sich die Kilometerangabe nicht auf die Laufleistung beziehen soll

(OLG Köln, Beschluss vom 9. September 2014 – 5 U 44/14 –, Rn. 4, juris).

So liegt der Fall hier. Die Angaben im Kaufvertrag beziehen sich eindeutig nur auf den Stand des Km-Zählers.

Ein Rücktrittsgrund ergibt sich zudem nicht aus der im Kaufvertrag angegebenen Anzahl der Vorbesitzer. Zwar liegt insoweit eine falsche Angabe im Kaufvertrag vor. Im Kaufvertrag wurde die Anzahl der Vorbesitzer laut Kfz-Brief mit zwei angegeben, während tatsächlich drei Vorbesitzer in der Zulassungsbescheinigung eingetragen sind. Die falsche Angabe der Anzahl der Vorbesitzer stellt grundsätzlich einen Sachmangel dar

(OLG Naumburg, NJW-RR 2013, 568).

Vorliegend ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Kaufvertrag keine Angaben zu der Anzahl der Vorhalter gemacht hat, sondern nur die Anzahl der Vorhalter im Kfz-Brief benennt. Die Anzahl der eingetragenen Vorhalter kann aber von den tatsächlichen Vorhaltern abweichen, etwa durch Tageszulassungen oder Halterwechseln im Familienkreis. Als Vorhalter sind nur die Herren S. und F. bekannt. Wer dritter Vorhalter war, ist nicht bekannt, es mag etwa die BMW Leasing GmbH gewesen sein. Ein Rücktritt vom Vertrag ist jedenfalls nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen, weil der Mangel unerheblich ist. Nach § 323 Abs. 5 Satz 3 BGB kann der Gläubiger, wenn der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt hat, vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung un-

erheblich ist. Bei einem siebeneinhalb Jahre alten Pkw stellt es nur einen unerheblichen Mangel dar, wenn statt zwei drei Vorbesitzer in der Zulassungsbescheinigung eingetragen sind. Hat ein Fahrzeug nur einen Vorhalter, so stellt dies regelmäßig eine Eigenschaft dar, die für einen Käufer kaufentscheidend sein mag. Die Frage, ob zwei oder drei Halter in der Zulassungsbescheinigung eingetragen sind, ist demgegenüber nicht von so entscheidender Bedeutung.

#### Anmerkung der Redaktion:

Gegen das v.g. Urteil hat der Kl. Berufung eingelegt. Das zuständige Oberlandesgericht Schleswig hat mit Beschluss vom 7.5.2015 (18 U 2/15) gemäß § 522 Abs. 2 ZPO darauf hingewiesen, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. Der Kl. hat daraufhin seine Berufung gegen das o.g. Urteil des Landgerichts Kiel vom 27.2.2015 zurückgenommen. Der Senat hat in dem Hinweisbeschluss Folgendes ausgeführt:

„.....Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird in erster Linie auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen, denen sich der Senat vollumfänglich anschließt. Die Berufungsangriffe des Kl. greifen nicht durch. Das angefochtene Urteil hält einer Überprüfung sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht Stand (§ 513 Abs. 1 ZPO). Ergänzend ist auszuführen:

Der Erstattungsanspruch des Kl. in Höhe von 1949,90 € scheidet bereits – wie vom Landgericht zutreffend ausgeführt – daran, dass der Kl. der Bekl. keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Jedenfalls hat der Kl. – auch nach Hinweis des Landgerichts – nicht den Nachweis geführt, dass der Bekl. eine Aufforderung zur Nacherfüllung mit entsprechender Fristsetzung zugegangen ist. Eine solche Fristsetzung war auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil die Bekl. die Ansicht vertreten hatte, dass eine Erstattung der Kosten zur Beseitigung der Mängel im Rahmen der Gewährleistung nicht in Betracht komme. Denn bei den vorangegangenen Emailschriften des Kl. ging es nicht etwa um eine der Bekl. eingeräumte Nacherfüllung, sondern lediglich um die vom Kl. begehrte Kostenübernahme von Nachbesserungsarbeiten durch eine Drittfirma.

Die Anfechtung des Kl. greift nicht durch. Das hat das Landgericht ebenfalls zutreffend erkannt. Dafür, dass die Bekl. den Kl. wider besseren Wissens über die Unfallfreiheit des Fahrzeugs getäuscht haben könnte, gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Dabei ist es unerheblich, dass am hinteren Kotflügel Spachtel und Lackierarbeiten stattgefunden haben, die nach der Behauptung des Kl. zu einer dickeren Lackschicht geführt haben. Denn nach dem Kaufvertrag musste der Kl. damit rechnen, dass es in der Fahrzeuggeschichte zu Blech- und Lackschäden gekommen war, die entsprechend ausgebessert worden waren. Selbst wenn die Bekl. also eine veränderte Lackschicht in diesem Bereich festgestellt haben sollte, ließen sich daraus Rückschlüsse auf eine Kenntnis über einen Unfall größeren Ausmaßes nicht ziehen. Anlass für die Bekl., wegen derartiger Lackarbeiten in die Fahrzeughistorie zu sehen, bestand nicht.

Eine Anfechtung kommt auch nicht wegen der behaupteten Manipulation des Kilometerstandes und der behaupteten fehlerhaften Angabe der Anzahl der Vorbesitzer in Betracht. Hier nimmt der Senat auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug.

Ein Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises wegen Rücktritts kommt ebenfalls aus den zutreffenden und fortbestehenden Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht in Betracht .....

#### **BGB §§ 426, 398; VVG §§ 28 II 1, 116; AKB 2008 Ziff. E. 1.3 und E.7.1**

#### **1. Die in E. 1.3 AKB normierte Pflicht (Aufklärungspflicht; Wartepflicht am Unfallort) geht über die strafrechtliche Verpflichtung des § 142 StGB hinaus und begründet eine eigenständige versicherungsrechtliche Wartepflicht**

**am Unfallort, die auch dann besteht, wenn kein Fremdschaden entstanden ist.**

**2. Die Erkundigungspflicht, ob ein Versicherungsfall, d.h. ein möglicher Fremdschaden, entstanden ist, ist eine höchstpersönliche Pflicht des Versicherungsnehmers, die nicht delegiert werden kann. Es reicht nicht, wenn der Versicherungsnehmer seinen Beifahrer bittet, nachzuschauen, ob an einem anderen Pkw ein Schaden entstanden ist.**

LG Lübeck, 14. Zivilkammer, Urteil vom 5. März 2015 – 14 S 191/13 (2 C 185/13 AG Schwarzenbek) –, RA Ba.

Die Kl.in macht Regress eines regulierten Kraftfahrzeughaftpflichtschadens geltend.

Sie ist gemeinsam mit der C.-Versicherungs AG (im Folgenden C.) Tochter der R+V Versicherung AG.

Die C. ist Haftpflichtversicherin des Pkw des Bekl.. Sie regulierte den streitgegenständlichen Versicherungsfall. Ihre Regressforderungen trat sie einschließlich der Zwangsvollstreckung und Langzeitverfolgung fiduziarisch an die Kl.in ab. Zum Unfallzeitpunkt galten zwischen der C. und dem Bekl. die eingereichten AKB Stand Januar 2008. Am 28.Mai 2010 fuhr der Bekl. mit seinem Pkw beim Ausparken rückwärts gegen den BMW mit dem Kennzeichen HH-x-xxx. Der Beifahrer des Bekl. stieg aus und sah nach einem Schaden. Anschließend stieg er wieder ein und der Bekl. fuhr davon.

Das Strafverfahren gegen den Bekl. wurde gem. § 153 a StPO gegen Zahlung von 500,00 Euro eingestellt.

Die C. regulierte folgende Positionen:	
Fahrzeugschaden	1271,64 Euro
Auslagenpauschale Akteneinsicht	12,00 Euro
Gebühr für die Übermittlung der Strafsakte	20,00 Euro
Sachverständigenkosten für die Kostenvoranschlagprüfung	<u>39,98 Euro</u>
Summe	1343,62 Euro.

Mit Schreiben vom 14.August 2012 machte die C. diese Forderung gegenüber dem Bekl. geltend.

Mit Faxschreiben seiner Rechtsanwältin vom 6.September 2012 verweigerte der Bekl. eine Zahlung.

Die Kl.in macht geltend, der Bekl. habe gegen seine Anzeigepflichten aus dem Versicherungsverhältnis verstoßen. Seine diesbezüglichen Obliegenheiten seien spontan zu erfüllen und bedürften deshalb keiner Belehrung nach § 28 Abs.4 VVG. Die C. habe wegen des Verstoßes des Bekl. nicht mehr feststellen können, ob er zum Unfallzeitpunkt unter Medikamenten-/Drogen- oder Alkoholeinfluss gestanden habe, den Schaden vorsätzlich verursacht oder sich vorsätzlich von der Unfallstelle entfernt habe. Es hätten auch keine Weisungen erteilt werden können, wie z.B. eine Fotodokumentation des Schadens, eine Erörterung des Sachverhalts oder die Ermöglichung eines Alkoholtests. Den Schaden am gegnerischen Fahrzeug habe die C. nach den Informationen des Geschädigten, der Polizeiakte und des Kostenvoranschlages nach pflichtgemäßem Ermessen geprüft. An die danach zur Vermeidung weiterer Verzugschäden erfolgte Regulierung sei der Bekl. gebunden.

Die Kl.in beansprucht von dem Bekl. die Zahlung von 1.343,62 Euro nebst Zinsen

Der Bekl. macht geltend, sein Beifahrer habe ihm mitgeteilt, dass keine Beschädigungen festzustellen seien. Hierauf habe er sich verlassen. Er habe deshalb nicht in dem Bewusstsein gehandelt, sich unerlaubt vom Unfallort zu entfernen. Er sei allenfalls leicht gegen das vordere Nummernschild des gegnerischen Fahrzeuges geraten, so dass ein kompatibler Schaden mit dem geltend gemachten Reparaturaufwand nicht entstanden sein könne. Es seien keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass ein etwaiges unerlaubtes Entfernen vom Unfallort Einfluss auf den Umfang der Leistungspflicht der Kl.in genommen habe.

Das Amtsgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben und zur Begründung folgendes ausgeführt:

... Die Kl.in hat Anspruch gegen den Bekl. auf Zahlung in Höhe der Klageforderung aus §§ 426, 398 BGB, 116 VVG.

Unstreitig hat die C. den streitgegenständlichen Schaden im Rahmen ihrer Einstandspflicht aus §§ 7, 18 StVG, 823 BGB, 115 VVG im Außenverhältnis reguliert und die streitgegenständlichen Ansprüche an die Kl.in abgetreten.

Die C. ist im Innenverhältnis gemäß § 28 Abs.2 Satz 1 VVG in Verbindung mit E. 1.3, E.7.1 der zwischen den Parteien geltenden AKB leistungsfrei geworden.

Nach den genannten Regelungen tritt diese Rechtsfolge ein, wenn der Versicherte vorsätzlich seine Pflicht verletzt, das Schadensereignis aufzuklären, insbesondere den Unfallort nicht zu verlassen, ohne die erforderlichen Feststellungen zu ermöglichen.

Dies war hier der Fall.

Unstreitig hat der Bekl. den Unfall bemerkt, sich jedoch vom Unfallort entfernt, ohne weitere Feststellungen zu ermöglichen. Dass er hiermit eine Aufklärungsobliegenheit verletzt, war für den Bekl. offenkundig, denn den Unfallort nicht zu verlassen, ohne weitere Feststellungen zu ermöglichen, stellt eine elementare, allgemeine und jedem Kraftfahrer bekannte Pflicht dar. Dass er mit Verletzung dieser Pflicht den Leistungsanspruch gegen seinen Versicherer gefährden kann, weil er weiß, dass er damit das Interesse des Versicherers an der vollständigen Aufklärung des Unfallherganges und der Unfallursachen beeinträchtigt, drängt sich auf (vgl. etwa BGH NJW-RR 2000, 553 ff.).

Der Umstand, dass er auf die geltend gemachte Mitteilung seines Beifahrers weiterfuhr, rechtfertigt jedenfalls zivilrechtlich keine andere Beurteilung. Denn unabhängig davon, entfernte sich der Bekl. unstreitig vom Unfallort, in Kenntnis des Umstandes, dass es zu einem Auffahren gekommen war, ohne eigene Feststellungen zu den Folgen gemacht zu haben. Derartige Feststellungen oblagen nicht dem unbeteiligten Beifahrer des Bekl. sondern waren eigene Obliegenheiten des Bekl. aus dem Versicherungsvertrag. Deren unzureichende Erfüllung nahm der Bekl. mithin bewusst in Kauf.

Die Haftung des Bekl. scheidet nicht am Kausalitätsgegenbeweis gemäß § 28 Abs. 3 VVG. Dabei kann dahinstehen, ob der Bekl. nach Satz 2 der genannten Vorschrift arglistig gehandelt hat. Denn es fehlt bereits hinreichender Vortrag zu einem Gegenbeweis im Sinne von Satz 1 der genannten Norm. Zwar trifft es zu, dass der darlegungs- und beweispflichtige Versicherungsnehmer diesen negativen Beweis nur so führen kann, dass er zunächst die sich aus dem Sachverhalt ergebenden Möglichkeiten ausräumt und dann abwartet, welche Behauptungen der Versicherer aufstellt, um diese sodann zu widerlegen.

Nach diesen Grundsätzen fehlt jedoch hinreichender Vortrag des Bekl.. Denn er beschränkt sich lediglich auf die pauschale Aussage, aus dem Sachverhalt ergäben sich keine Umstände für einen Einfluss des Entfernens vom Unfallort auf den Umfang der Leistungspflicht der C.. Die Kl.in hatte hierzu -worauf das Gericht in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat- jedoch bereits mit Schriftsatz vom 17. Juli 2013 Tatsachen vorgetragen. Sie macht geltend, die C. habe wegen des Verstoßes des Bekl. nicht mehr feststellen können, ob er zum Unfallzeitpunkt unter Medikamenten-/Drogen- oder Alkoholeinfluss gestanden habe, den Schaden vorsätzlich verursacht oder sich vorsätzlich von der Unfallstelle entfernt habe. Es hätten auch keine Weisungen erteilt werden können, wie z.B. eine Fotodokumentation des Schadens, eine Erörterung des Sachverhalts oder die Ermöglichung eines Alkoholtests. Dem ist der Bekl. durch seinen pauschalen Vortrag nicht hinreichend entgegengetreten.

Der Leistungsfreiheit steht schließlich nicht § 28 Abs.4 VVG entgegen.

Zwar muss der Versicherer danach auf die Folgen einer Aufklärungsverletzung für seine Leistungspflicht zutreffend in Textform hinweisen. Diese Belehrung muss anlässlich des konkreten Schadensereignisses erfolgen, das die betreffende Obliegenheit des Versicherungsnehmers entstehen lässt (vgl. etwa LG Nürnberg-Fürth, 8 S 6002/10, zitiert nach Juris, dort RN 9). Die Belehrung ist deshalb bei spontan zu erfüllenden Obliegenheiten, auf die der Versicherer nicht im Voraus hinweisen kann, keine Voraussetzung für die Leistungsfreiheit (vgl. aaO. RN 14). Letzteres war hier der Fall, da die C. auf die hinreichende Aufklärung des Bekl. am Unfallort und seine Pflicht, sich ohne diese nicht zu entfernen, zur fraglichen Zeit nicht hinweisen konnte.

Die mithin begründete Klageforderung ist auch der Höhe nach berechtigt... (wird weiter ausgeführt).....

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Bekl..

Die Kammer hat im Ergebnis die Berufung zurückgewiesen.

### Aus den Gründen

Der in zulässiger Weise angebrachten Berufung des Bekl. ist in der Sache der Erfolg versagt.

Die Entscheidung des Amtsgerichts beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO); nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen rechtfertigen eine andere Entscheidung nicht.

Entgegen der Berufung hat das Amtsgericht den Regelungsinhalt der AKB 2008 E.1.3 (Aufklärungspflicht; Wartepflicht am Unfallort) sowie E.7.1 (Leistungsfreiheit bei vorsätzlicher Verletzung einer in E.1 geregelten Pflicht) nicht verkannt.

Die in E.1.3 normierte Pflicht geht über die strafrechtliche Verpflichtung des § 142 StGB hinaus und begründet eine eigenständige versicherungsrechtliche Wartepflicht am Unfallort. Diese Wartepflicht besteht auch dann, wenn kein Fremdschaden entstanden ist. Versicherungsfall ist vielmehr jedes Ereignis, das zu einem Anspruch gegenüber dem Versicherer führen kann. Es kommt nicht auf den Eintritt eines „realen Verletzungszustandes“ an.

(Prölls/Martin/Versicherungsvertragsgesetz-Knappmann, 28. Aufl. 2010, AKB 2008 E.1 Rn 1, 2, 20, 21 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes).

Die Kenntnis des Versicherungsnehmers vom Versicherungsfall muss der Versicherer beweisen. Den Versicherungsnehmer trifft insoweit aber eine aktive Pflicht zur Mitwirkung, sich zu informieren und zu erkundigen. Er muss alles tun, was der Aufklärung dienlich sein kann

(Prölls/Martin/Versicherungsvertragsgesetz-Knappmann, aaO, Rn 9 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes).

Bei Anwendung dieser rechtlichen Kriterien liegt, wie das Amtsgericht zutreffend erkannt hat, ein die Wartepflicht am Unfallort auslösender Versicherungsfall vor; der Bekl. hat die Wartepflicht vorsätzlich verletzt.

Ausweislich des Urteilstatbestandes fuhr der Bekl. mit seinem Pkw beim Ausparken rückwärts gegen den BMW mit dem Kennzeichen HH-x-xxx. Hierdurch kann ein Fremdschaden entstanden sein. Der Bekl. hatte auch Kenntnis von dem Versicherungsfall, nämlich der Möglichkeit eines Fremdschadens. Das ergibt sich bereits daraus, dass er sich veranlasst sah, seinen Freund R. zu bitten, Nachschau zu halten. Seiner Erkundigungspflicht hat der Bekl. damit indes nicht genügt. Jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden ist die Erkundigungspflicht eine höchstpersönliche. Indem der Bekl. lediglich seinen Freund um Nachschau bat und sich mit dessen Mittei-



lung „Beschädigung am Pkw W. nicht festzustellen“ genügte, hat er gegen diese höchstpersönliche Verpflichtung verstoßen. Der Bekl. musste – zumindest – prüfen, ob der Freund mit der gebotenen Sorgfalt Nachschau gehalten hatte, d.h., zumindest erfragen, welche Fahrzeugteile genau der Freund mit welchem Ergebnis genau geprüft hat. Eine solche qualifizierte Nachschau ist von dem Bekl. nicht dargetan und auch nicht ersichtlich. Der Bekl. trägt – gegenläufig – nicht einmal die genaue Positionierung der Fahrzeuge zueinander zum Zeitpunkt des Kontakts vor. Er durfte sich deshalb auf das von dem Freund mitgeteilte Ergebnis einer Nachschau nicht verlassen. Der Bekl. hatte damit Kenntnis vom Versicherungsfall im Sinne der AKB 2008 E.1., nämlich Kenntnis von der Möglichkeit eines Schadens. Die Vernehmung des von dem Bekl. angebotenen Zeugen R. sowie seine Vernehmung als Partei, hilfsweise Anhörung war damit nicht geboten. Im Hinblick auf die von dem Amtsgericht zugrunde gelegte Schadenshöhe ist dem Amtsgericht Feststellungsfehler nicht unterlaufen. Entgegen der Auffassung der Berufung bestand hier ein weites Regulierungsermessens des Versicherers, da der Bekl. durch sein Verlassen der Unfallstelle etwaige Unklarheiten im Hinblick auf den Sachverhalt/Schadensereignis gerade bewirkt hat. Eine Beweiserhebung zur Frage eines kompartiblen Schadens hätte im Übrigen vorausgesetzt, dass der Bekl. die Positionen der Fahrzeuge zueinander und die Anstoßstelle konkret bezeichnet. Hieran fehlt es. Eine Beweiserhebung hätte damit einer – unzulässigen – Ausforschung dargestellt.

## StVO § 9 I

**Kommt es zwischen einem nach links in eine untergeordnete Straße abbiegenden PKW und einem aus dem gleichgerichteten rückwärtigen Verkehr überholenden Motorroller zur Kollision, so ist – bei ungeklärtem Unfallverlauf – eine hälftige Schadenteilung angemessen.**

AG Schwarzenbek, Urteil vom 22. September 2014 – 2 C 144/14 (rkr.) –, RA Ba.

Die Kl.in ist Eigentümerin des Fahrzeugs Toyota Yaris mit dem amtlichen Kennzeichen XY (...).

Am 16.9.2011 gegen 9.30 fuhr die Kl.in den M-weg in G. in nordwestlicher Richtung. Die Bekl. zu 1. fuhr mit ihrem Motorroller mit dem amtlichen Kennzeichen 2 XX ..., haftpflichtversichert bei der Bekl. zu 2, hinter der Kl.in. Das Tempolimit auf der Straße M. beträgt maximal 30km/h. Die Kl.in beabsichtigte, links in die Straße H. abzubiegen.

Die Bekl. zu 1 versuchte, mit ihrem Motorroller das Fahrzeug der Kl.in links zu überholen. Als die Bekl. zu 1 mit ihrem Roller auf der Höhe des linken vorderen Kotflügels des klägerischen Fahrzeugs befand, bog die Kl.in links ab. Dabei kam es zur Kollision, sodass das Fahrzeug der Kl.in das Mofa am hinteren Ende berührte.

Durch die Kollision ist ein Sachschaden am Fahrzeug der Kl.in entstanden. Die Kl.in ließ für 381,99 € ein privates Sachverständigengutachten erstellen, wonach die Reparaturkosten i.H.v. 1144,69 € (zzgl. Mehrwertsteuer) beträgt. Die Bekl. zu 2 hat i.H.v. 515,56 € den Schaden der Kl.in beglichen.

Die Kl.in behauptet, den linken Fahrtrichtungsanzeiger rechtzeitig betätigt zu haben und unmittelbar vor Beginn des Abbiegens noch einmal nach links über ihre Schulter geblickt zu haben. Dabei sei die Bekl. zu 1 mit dem Motorroller nicht zu sehen gewesen, sodass die Kl.in mit dem Abbiegen begann. Währenddessen sei die Bekl. zu 1 plötzlich nach links ausgeschert und habe das klägerische Fahrzeug zu überholen versucht, ohne abzuwarten, bis die Kl.in ihren Abbiegevorgang beendet hatte, sodass es zur Kollision beider Fahrzeuge kam.

Die Kl.in beansprucht vollen Schadenersatz in Höhe restlicher 1036,12 € zzgl. Zinsen sowie Ersatz ihrer vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und Feststellung, dass die Bekl. als Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihr zu 100 % sämtlichen weiteren materiellen Schaden aus dem Verkehrsunfall vom 16.9.2011 zu ersetzen.

Die Bekl. wenden ein, die Kl.in sei in der Höhe der rechtsabgehenden Einmündung zum S. stehen geblieben, woraufhin die Bekl. zu 1 sich entschloss, das Fahrzeug der Kl.in zu überholen. Die Kl.in habe den linken Fahrtrichtungsanzeiger nicht betätigt.

Im Ergebnis hat das Amtsgericht entschieden, dass die Bekl. als Gesamtschuldner nur verpflichtet sind, ihren Schaden aus dem Verkehrsunfall vom 16.09.2011 mit einer Quote von 50 % zu ersetzen.

### Aus den Gründen

Die Klage ist zulässig und teilweise begründet. Das Amtsgericht S. ist auch zuständig, dies ergibt sich aus § 32 ZPO iVm § 20 StVG, weil sich der Unfall in seinem Zuständigkeitsbereich ereignet hat. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus § 23 VG.

Der Kl.in stehen gegenüber den Bekl. als Gesamtschuldner (§ 115 VVG) aus dem Verkehrsunfall vom 16.9.2011 gegen 9.30 in der Straße M. in G. in Höhe von insgesamt 50% der Schadenersatzansprüche zu.

Der konkrete Unfallhergang kann im Nachhinein nicht mehr aufgeklärt werden. Zudem haben beide Parteien keinerlei Beweise für den von Ihnen jeweils behaupteten Unfallverlauf antreten können.

Zur Überzeugung des Gerichts steht fest, dass der Unfall für die Kl.in nicht unabwendbar gewesen ist. Die Kl.in hat insoweit die doppelte Rückschaupflicht i.S.v. § 9 Abs. 1 StVO verletzt. Denn hätte sie unmittelbar vor Beginn des Abbiegens nochmals zurückgeschaut, hätte sie die Bekl. zu 1 sehen können und müssen. Für das Überwechseln auf die andere Straßenseite ist ein Zeitraum von ca. 2 Sekunden anzusetzen, wie es das Gericht aus einer Vielzahl eingeholter Unfallrekonstruktionsgutachten wegen Unfällen zwischen einem abbiegenden und einem überholenden Fahrzeug weiß. Hinzukommt die Zeit, die die Bekl. zu 1 benötigt, um nahezu an dem Fahrzeug der Kl.in vorbei zu fahren, denn sie hatte die Kl.in fast überholt und ist mit dem Hinterteil des Motorrollers mit der vorderen Ecke des Fahrzeugs der Kl.in kollidiert. Es ist von einer Zeitspanne vom Einleiten des Überholmanövers bis zur Kollision von knapp 4 Sekunden auszugehen. Bei einer gefahrenen Geschwindigkeit von 25 km/h liegt die Bekl. zu 1 also 25 m zurück. Wenn die Kl.in tatsächlich unmittelbar vor dem Beginn des Abbiegens in den Rückspiegel und über die Schulter geblickt hätte, musste sie die Bekl. zu 1 nach Beginn des Überholvorgangs gesehen haben.

Auf der anderen Seite haben die Bekl. keinerlei Beweise dafür gebracht, dass die Kl.in, sofern sie tatsächlich angehalten hat, auch dort längerfristig halten oder gar parken wollte, sodass die Bekl. zu 1 aus dem Anhalten der Kl.in falsche Schlüsse gezogen haben muss.

Bei einem ungeklärten Unfallverlauf ergibt sich hier eine Quote von 50:50. Die Kl.in hat gegen die ihr obliegende Pflicht verstoßen, unmittelbar vor Einleitung des Abbiegevorganges ihrer Rückschaupflicht durch Seitenblick und Blick in den Außenspiegel nachzukommen. Hingegen hat die Bekl. zu 1. bei einer für sie unklaren Verkehrslage den Überholvorgang eingeleitet. Aufgrund des von ihr geschilderten Unfallverlaufs konnte sie sich nicht sicher sein, dass die Kl.in mit ihrem Fahrzeug tatsächlich dort anhalten wollte. Ein Rechtsabbiegen kam an dieser Stelle ebenfalls nicht in Betracht, da sich an dieser Stelle keine nach rechts abzweigende Straße befindet. Der S. befindet sich ein ganzes Stück hinter der Unfallstelle.

Unter Berücksichtigung des bereits von der Bekl. zu 2. gezahlten Betrages verbleibt es bei dem Restbetrag i.H.v. 260,28 €. Auf den hälftigen Anspruch sind auch die vorgerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten zu berechnen.

Der Zinsanspruch ergibt sich hinsichtlich der Hauptforderung aus den §§ 286, 288 BGB hinsichtlich der Rechtsanwaltskosten aus § 291 BGB.

Die nach § 256 ZPO zulässige Feststellungsklage ist insofern begründet, dass die Bekl., im Falle einer künftigen Reparatur am Fahrzeug der Kl.in die Mehrwertsteuer der Reparaturkosten auch zur Hälfte tragen müssen. Auch haben die Bekl. im Falle der Reparatur die Kosten des Nutzungsausfalles bzgl. des zu reparierenden Fahrzeugs der Kl.in zur Hälfte zu tragen. Diese Kosten sind allerdings gem. § 249 BGB nur insofern von den Bekl. zu ersetzen, wenn diese nachweislich tatsächlich angefallen sind.

## BGB §§ 311 I, 652, 654

- 1. Wer als Asset-Manager für den Veräußerer eine Vielzahl von Wohneinheiten (hier jedenfalls 731 Einheiten) bei einer monatlichen Vergütung von jedenfalls 2500 € betreut, kann nicht als Makler für den Käufer tätig werden (unechte Verflechtung).**
- 2. Ein Provisionsanspruch kann sich aber gleichwohl nach den Umständen des Einzelfalles aus einem selbständigen Provisionsversprechen ergeben, wenn der Käufer eine Courtage verspricht, obwohl er davon ausgeht,**

## **dass der Makler wegen seiner Verbindung zum Veräußerer eine Maklercourtage nicht beanspruchen kann.**

SchlHOLG, 16. Zivilsenat, Urteil vom 19. März 2015 – 16 U 117/14 –, Or.

Der Kl. verlangt von dem Bekl. für die Vermittlung des Kaufes von drei Mehrfamilienhäusern in X. (insg. 44 Einheiten) Maklercourtage in Höhe von 79432,50 € (3,57 % auf den Kaufpreis von 2.225.000,00 €). Der Bekl. bestreitet, mit dem Kl. überhaupt einen (Makler)vertrag geschlossen zu haben; jedenfalls sei ein solcher Vertrag wegen einer sog. unechten Verflechtung zwischen dem Kl. und der Eigentümerin unwirksam. Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung des Bekl. blieb erfolglos.

### *Aus den Gründen*

Die zulässige Berufung des Bekl. hat in der Sache keinen Erfolg. Dem Kl. steht gegen den Bekl. ein Anspruch auf Zahlung von 79432,50 € entweder aus einem Maklervertrag gem. § 652 BGB oder aber jedenfalls aus einem selbständigen Provisionsversprechen gem. § 311 Abs. 1 (früher § 305) BGB zu.

1. Zu Recht hat das Landgericht eine Vereinbarung der Parteien dahingehend festgestellt, dass der Bekl. dem Kl. für die Vermittlung des Kaufvertrages über drei Mehrfamilienhäuser in X. eine Provision von 3 % zzgl. Mehrwertsteuer auf den Kaufpreis von 2.225.000,00 €, also insgesamt 79432,50 €, schuldet. Für einen solchen Vertragsschluss Anfang Juni 2013 spricht in erster Linie und schon zwingend der Mail-Verkehr der Parteien und des Zeugen K. vom 3. Juni 2013 und 4. Juni 2013. Unter Bezug auf ein Telefonat vom 1. Juni 2013 hat der Zeuge K. am 3. Juni 2013, 14.46 Uhr (Anl. K 3, Bl. 18) dem Kl. Folgendes geschrieben:

„Hallo Herr D., bitte bestätigen Sie der guten Ordnung halber an Herrn E., dass ihm aus dem Ankauf der drei MFH (= Mehrfamilienhäuser) in X ein Provisionsanspruch von 3 % zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer vom beurkundeten Kaufpreis zusteht.  
LG“

Am selben Tag – 3. Juni 2013 – um 17.26 Uhr (Anl. K 3, Bl. 18) unter dem Betreff „AW Verkauf drei MFH am Standort X; Telefonat am 1. Juni 2013“ mailt der Bekl. an den Zeugen K. schlicht „o. K.“ Beide Mails leitet der Zeuge K. dann immer noch am 3. Juni 2013 um 19.57 Uhr an den Kl. weiter (Anl. K 3, Bl. 18).

Dem Bekl. fällt in seiner persönlichen Anhörung am 6. März 2014 (Bl. 92 f.) nichts Rechtes dazu ein außer dem, dass alles nicht so ist wie es aussieht. Das „o. K.“ beziehe sich darauf, dass ein neuer Notarvertrag gemacht werden könne, in dem er keine Lösungsgebühr mehr zahlen und auch sonst keine weiteren Kosten übernehmen wollen. Das „o. K.“ beziehe sich nicht auf irgendwelche Provisionen, auf gar keinen Fall (S. 4 des Protokolls, Bl. 93 oben). Auf Frage des Klägersvertreterers erläutert er dann noch, dass mit dem „o. K.“ er den Vertrag von Herrn E. (dem Kl.) bestätigen sollte. Das habe er dann auch gemacht. Herr E. sei ihm bekannt als Verkäufer. Er habe gedacht, Herr E. gehörten die Häuser (S. 4, 4. Abs. des Protokolls, Bl. 93). Das alles kann aber die deutliche Sprache der gewechselten E-Mails nicht in einem anderen Licht erscheinen lassen. Der Bekl. kann sich auch nicht daran erinnern, ob er etwa am 3. Juni 2013 von dem Zeugen K. noch eine weitere E-Mail bekommen habe. Nach der Aussage des Zeugen K. hat es solche weiteren E-Mails am 3. Juni 2013 nach 14.46 Uhr an den Bekl. auch nicht mehr gegeben. Der Zeuge hat dazu ausgesagt (S. 6 des Protokolls, 2. Abs., Bl. 95):

„Herr E. hatte mich dann nochmal gebeten, eine Bestätigung von Herrn D. bzgl. der Courtage einzuholen. Ich habe dann mit Herrn D. telefoniert und ihm das gesagt und ihm auch gesagt, dass ich dbzgl. eine E-Mail schicken werde und er hat dann gesagt: „Ja, mach mal!“ Das habe ich dann gemacht, ich glaube am Nachmittag und er hat das o. K. bestätigt. Am 3. Juni habe ich dann nach 14.46 Uhr keine weiteren E-Mails an Herrn D. geschickt.“

Schon der vorgelegte und zitierte E-Mailverkehr reicht dem Senat angesichts der mageren Erklärungsversuche des Bekl.

für die Feststellung eines Vertragsschlusses zwischen den Parteien bzgl. einer Courtage von 3 % zzgl. Mehrwertsteuer auf den Kaufpreis. Wenn es denn überhaupt noch nötig sein sollte, spricht für einen Vertragsschluss auf dieser Basis auch die Mail des Bekl. vom 4. Juni 2013, 08.37 Uhr (Anl. K 4, Bl. 80) an den Bürovorsteher des beurkundenden Notars G. Dort heißt es unter dem Betreff XXIII/X. – Verkauf:

„Bitte Termine nach MR G's Urlaub LG D., 3 % Maklergeb.“

Die Erklärung des Bekl. dazu (Protokoll S. 4, 3. Abs., Bl. 93) ist ebenfalls völlig unzureichend. Er will mit dieser E-Mail vom 4. Juni 2013 gemeint haben, dass eine Maklergebühr nicht anfallen solle und auch nicht im Vertrag stehen dürfe.

Der Senat ist nach allem der festen Überzeugung, dass die Parteien spätestens am 3./4. Juni 2013 fest vereinbart haben, dass der Bekl. im Falle des Abschlusses des Kaufvertrages eine Courtage von 3 % zzgl. Mehrwertsteuer auf den Kaufpreis an den Kl. zahlt.

2. Ob der Provisionsanspruch des Kl. an einer sog. unechten Verflechtung mit dem Veräußerer des Grundvermögens scheitert, erscheint dem Senat sehr gut möglich.

Man unterscheidet die Fälle der „echten“ und „unechten“ Verflechtung. Bei der „unechten“ Verflechtung fehlt es an einem Beherrschungsverhältnis, aufgrund dessen der Makler und eine Hauptvertragspartei keine Fähigkeit mehr zu selbständiger, voneinander unabhängiger Willensbildung haben. Andererseits ist bei der „unechten“ Verflechtung die Verbindung des Maklers mit der Gegenseite derart, dass sich der Makler in einem institutionalisierten Interessenkonflikt befindet, der ihn zur sachgerechten Wahrung der Interessen seines Auftraggebers ungeeignet erscheinen lässt. Auch derjenige kann nicht Makler sein, der zum Vertragsgegner seines Kunden in einer solchen Beziehung steht, dass er sich im Falle eines Streits bei regelmäßigem Verlauf auf die Seite des Vertragsgegners stellen wird. Dass er in einem Interessenkonflikt steht, reicht für den Ausschluss des Provisionsanspruchs nicht aus. Die Interessenbindung aufseiten des als Makler Auftretenden muss so institutionalisiert sein, dass sie ihn - unabhängig von seinem Verhalten im Einzelfall – als ungeeignet für eine dem gesetzlichen Leitbild entsprechende Tätigkeit erscheinen lässt. „Institutionalisiert“ bedeutet nach Auffassung des BGH eine Verfestigung durch Übernahme einer tendenziell dauerhaften Funktion

(Hamm/Schwerdtner, Maklerrecht, 6. Aufl., Rn 656 und 644 mwN).

Ein solcher institutionalisierter Interessenkonflikt wird in der Rechtsprechung insbesondere im Fall des Handelsvertreterers bejaht, der zugleich als Makler für Dritte fungieren will. Der Handelsvertreter ist nämlich aufgrund seines Vertrages mit dem Unternehmer verpflichtet, dessen Interessen wahrzunehmen. Schließt er mit dem potentiellen Kunden des Unternehmers einen Maklervertrag, so kann er aufgrund des Handelsvertretervertrages nicht so, wie er es als Makler müsste, die Belange des Kunden gegenüber dem Unternehmer wahren

(Hamm/Schwerdtner, aaO, Rn. 659).

Nicht eindeutig ist die Situation dann, wenn der Makler als Hausverwalter für diese Verwaltungsleistung eine Dienstleistungsvergütung erhält. Der BGH und eine Reihe von Oberlandesgerichten

(BGH NJW-RR 2005, 1033 Rn. 3 f.)

haben für den „Normalfall“, dass ein (Käufer)Makler zugleich Haus- bzw. Wohnungsverwalter des Kaufobjekts des Verkäufers ist, ohne zusätzliche weitere Anhaltspunkte keinen institutionellen Interessenkonflikt, also keine „unechte“ Verflechtung angenommen

(Rn. 6 nach juris).

Maßgeblicher Gesichtspunkt

(Rn. 7 nach juris)

dafür soll sein, dass normalerweise zu den Aufgaben des Verwalters eines Hauses nicht der Verkauf und die Veräußerung desselben gehört und der Verwalter im Rahmen seiner Verwaltungstätigkeit dazu auch keine Befugnisse hat. Die reine wirtschaftliche Abhängigkeit soll nach allgemeiner Meinung ohnehin nicht ausreichen.

Mit Hamm/Schwerdtner

(aaO, Rn. 666 nach juris)

können aber Besonderheiten vorliegen: „Wenn jedoch ein Makler einen nicht unwesentlichen Teil seines Umsatzes auf die Häuserverwaltung für einen bestimmten Eigentümer zurückführt, so kann nicht von vornherein für alle Fälle ausgeschlossen werden, dass er allein aufgrund dieser intensiven Geschäftsverbindung die Interessen seines Auftraggebers auf der erwerbenden Seite nicht gehörig wahrnimmt oder wahrnehmen kann“.

Im vorliegenden Fall hat der Kl. mit der Geschäftsbesorgerin der Eigentümer, nämlich der Z-gesellschaft mbH, einen Vertrag betreffend die Verwaltung von zunächst 2.362 Wohnungen – später sollen es nach dem Vortrag des Kl. nur noch 731 gewesen sein – im gesamten Bundesgebiet geschlossen. Der Kl. verwaltet als Asset-Manager, also als eine Art Vermögensverwalter, die umfangreichen Immobilienbestände. Sein Auftrag beinhaltet dabei folgende Einzelleistungen:

- Identifikation und Realisierung von Ertrags- und Wertsteigerungspotentialen,
- Aufbau einer Datenbasis für das strategische Portfoliomanagement (Mietverträge, Betriebskosten, Mieterfluktuation, Leerstand usw.),
- Steuerung der Immobiliendienstleister (Hausverwaltungen).

Zu den Aufgaben des Kl. gehört danach ersichtlich nicht Verkauf und Veräußerung der Wohnungen, was der BGH als maßgeblichen Gesichtspunkt

(aaO, Rn. 7 nach juris)

für seine Einschätzung ansieht, dass keine institutionalisierte „unechte Verflechtung“ vorliegt, wenn ein Verwalter zusätzlich Maklertätigkeiten für Veräußerer und Kunde leistet.

Hier geht es aber nicht um die eigentliche kleinteilige Verwaltung von Häusern oder Wohnungen, sondern um deutlich höherwertige Tätigkeiten des Kl. (quasi als eine Art Generalverwalter) für einen immer noch sehr großen Immobilienbestand. Er soll in besonderer Weise für die Realisierung von Ertrags- und Wertsteigerungspotentialen einstehen und erhält dafür eine regelmäßige mtl. Vergütung von zunächst 8920,00 € und – zum Zeitpunkt des hier streitigen Kaufvertragsabschluss – wohl noch 2500,00 €. Dem Senat leuchtet nicht recht ein, warum es im vorliegenden Fall anders sein sollte als in den Fällen eines Handelsvertreters. Auch im vorliegenden Fall ist der Kl. (in großem Stil) den Vermögensinteressen des Geschäftsbesorgers der Eigentümer und damit letztlich denjenigen der Eigentümer verpflichtet. Wenn es überhaupt so etwas wie „unechte Verflechtung“ gibt, muss der vorliegende Fall ein solcher sein. Der Senat neigt daher dazu, hier eine solche unechte Verflechtung anzunehmen. Abschließend entscheiden muss der Senat dies aber nicht, weil sich das Provisionsversprechen des Bekl. auch auf andere rechtliche Beine stellen lässt, nämlich auf ein selbständiges Provisionsversprechen.

3. Ein selbständiges Provisionsversprechen sollte schon nach der älteren Rechtsprechung des BGH dann zu bejahen sein, wenn der Auftraggeber zweifelsfrei um die Verflechtung zwischen dem Maklerunternehmen und dem Geschäftspartner weiß oder wenn der Interessent vor die Alternative gestellt wird, entweder eine Provision zuzusagen oder vom Geschäft Abstand zu nehmen. Eine derartige Provisionszusage nahm der BGH an, wenn der die Provision Versprechende sie in Kenntnis der Umstände abgibt, die den Provisionsempfänger an einer Maklertätigkeit hindern, weil es ihm dennoch und gerade auf die Einschaltung dieser Person ankommt

(Hamm/Schwerdtner, aaO, Rn. 705 mwN).

In seiner Entscheidung vom 6. Februar 2003

(NJW 2003, 1249, Rn 16 nach juris; vgl. auch Hamm/Schwerdtner, aaO, Rn. 706)

führt der BGH aus:

„Der das Schuldrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit erlaubt es den Parteien eines Maklervertrages,

eine Provision auch für den Fall zu vereinbaren, dass zwischen dem Makler und dem Verkäufer eine provisionshindernde Verflechtung besteht. Eine dahingehende Abrede kann auch innerhalb des vermittelten Hauptvertrages als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) erfolgen ... Erforderlich ist stets eine Vertragsauslegung. Für die Ermittlung des Parteiwillens hat der BGH jedoch Auslegungshilfen gegeben. Insbesondere hat der BGH es regelmäßig für ausreichend erachtet, dass dem Versprechenden die tatsächlichen Umstände bekannt waren, die einer echten Maklerleistung entgegen standen, und (hat es der BGH) für unerheblich gehalten, ob der Maklerkunde außerdem über die entsprechenden Rechtskenntnisse verfügte ...

Daran ist nach nochmaliger Prüfung festzuhalten. Bei hinreichender Kenntnis der die Verflechtung begründenden Umstände worüber nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden ist, kann sich der Maklerkunde schlüssig darüber werden, ob es ihm auf eine echte Maklerleistung ankommt oder er sich auch unabhängig hiervon zur Zahlung einer Provision für den Erwerb des Kaufobjekts bereift. Eine zutreffende rechtliche Würdigung seiner Erklärung ist dabei nicht erforderlich (Rn. 17)“.

Einschränkend sieht es Hamm/Schwerdtner

(aaO, Rn. 708).

Dieser fordert als Voraussetzung für das Vorliegen eines von einer echten Maklerleistung unabhängigen Provisionsversprechens, dass der Kunde -anders als der BGH es meint – Rechtskenntnis von der aufgrund der Verflechtung fehlenden Zahlungsverpflichtung hat, also positiv weiß, dass er den Makler nicht bezahlen müsste. Diese Kenntnis muss, so Hamm/Schwerdtner weiter, ihm nicht der Makler vermitteln, sondern kann auch der Kunde selbst erlangen.

Hier hatte der Bekl. nach seinem eigenen Vortrag Kenntnis davon, dass der Kl. von ihm Maklerlohn nicht verlangen kann. Er wusste zwar wohl nicht um den wirklichen Grund, nämlich um die Einzelheiten der „unechten Verflechtung“ zwischen dem Kl. und letztlich dem Eigentümer der Immobilie. Er ging aber – wie er ständig vorträgt – davon aus, dass der Kl. entweder selbst der Veräußerer „oder auch jedenfalls ein Mitarbeiter des Veräußerers“ war (Klagerwiderung vom 12. Dezember 2013, Bl. 25: Der Kl. war Mitarbeiter des Veräußerers und habe von dem Geschäftsführer C. stets als von seinem „Chef“ gesprochen; Schriftsatz vom 16. Januar 2014, Bl. 65: Der Kl. ist stets als bevollmächtigter Mitarbeiter der Verkäuferin nach außen aufgetreten und habe inhaltliche Vertragsänderungen für die Käuferin gefordert und durchgesetzt; Schriftsatz vom 24. Februar 2014, Bl. 85: Es bleibe beim hiesigen Vortrag, dass der Kl. bevollmächtigter Mitarbeiter der Verkäuferin gewesen sei. So habe auch der Zeuge K. in einer E-Mail vom 28. Mai 2013 mitgeteilt – Bl. 87 – dass er mit dem Portfolio-Manager, gemeint sei der Kl., über den Verkauf gesprochen habe; der Bekl. persönlich, Protokoll vom 6. März 2014, S. 3, 4, Bl. 92, 93: Im Gespräch mit Herrn E. im Juni 2013 sei es darum gegangen, dass er der Verkäufer sei; mit dem o. K. habe er den Vertrag von Herrn E. bestätigen sollen, Herr E. sei ihm bekannt als Verkäufer, er habe gedacht, Herr E. gehörten die Häuser; Schriftsatz vom 17. April 2014, Bl. 128: Der Kl. wäre und sei der Entscheider gewesen, er sei vielmehr mit dem Unternehmen der Verkäuferpartei verflochten, die eine Maklertätigkeit schlechterdings ausschließe; Berufungsbegründung vom 18. November 2014, S. 11 Ziff. 7, Bl. 216: Der Kl. sei stets für die Verkäuferin aufgetreten und habe auch den Vertragsinhalt mit dem Büro des beurkundenden Notars verhandelt; ebenso Schriftsatz vom 12. Februar 2015, S. 5, Bl. 257).

Auf der Grundlage dieses Vortrags, den – wie in der mündlichen Verhandlung erörtert – der Kl., weil er für ihn günstig ist, sich zu eigen gemacht hat (vgl. Schriftsatz vom 27. März 2014, S. 5, Bl. 117), hat der Bekl. niemals den geringsten Zweifel gehabt, dass er an den Kl. keine Maklercourtage zahlen müsste. Er ist vielmehr davon ausgegangen, dass der Kl. letztlich ihm nicht als Makler, sondern als „der Veräußerer“ gegenüber tritt. Wenn er trotz dieser Kenntnis dann sich zur Zahlung einer Maklercourtage an den Kl. verpflichtet, liegt darin ein



selbständiges Provisionsversprechen mit dem Inhalt, dass er dem Kl. 3,57 % Provision auf den Kaufpreis von 2.225.000,00 € zahlen muss, auch wenn die Voraussetzungen für einen Maklervertrag nicht vorliegen. Das selbständige Provisionsversprechen ist entgegen der Auffassung des Bekl. (Berufungsbegründung, S. 12, Bl. 217) auch nicht gem. § 654 BGB verwirkt. Nach der Rechtsprechung des BGH

(aaO, Rn. 16 nach juris)

erlaubt der das Schuldrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit es den Parteien eines Maklervertrags gerade, eine Provision auch für den Fall zu vereinbaren, dass zwischen dem Makler und dem Verkäufer eine provisionshindernde Verflechtung besteht.

## BGB §§ 242, 259, 666

- Inhalt und Umfang einer Auskunfts- und Rechenschaftspflicht aus einem Girovertrag richten sich – wenn besondere Vereinbarungen fehlen – nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte (§ 242 BGB). Auch ein Kunde, der von seinem Kreditinstitut bereits über bestimmte Vorgänge unterrichtet worden ist, kann grundsätzlich hierüber erneut Auskunft verlangen, wenn er glaubhaft macht, dass ihm die erteilten Informationen verloren gegangen sind und dem Kreditinstitut die erneute Auskunftserteilung noch möglich und zumutbar ist. Beschränkungen des Auskunftsanspruchs können sich nur aus den Umständen des Einzelfalls ergeben.**
- Nach Beendigung des Girovertrags steht dem Kontoinhaber neben dem Auskunftsanspruch (§ 666 BGB) ein umfassender Rechnungslegungsanspruch in der Regel nicht zu. Das Kreditinstitut würde in unzumutbarer Weise belastet, wollte man von ihm verlangen, nach Kontoauflösung stets auf Verlangen noch einmal eine erschöpfende übersichtliche und verständliche Darlegung sämtlicher Kontobewegungen seit der Kontoeröffnung zu geben und entsprechende Belege vorzulegen.**
- Auskunftsansprüche nach § 666 BGB verjähren gemäß §§ 195, 199 BGB in drei Jahren nach dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis von allen anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners erlangt hat.**

SchlH OLG, 5. Zivilsenat, Beschluss vom 30. Juni 2014 – 5 U 2/14 –, Rô.

Der Kl. beansprucht von der beklagten Sparkasse im Wege einer Stufenklage zunächst Auskunft und Rechnungslegung über diverse bei der Bekl. geführte Konten unter Mitteilung jedes einzelnen Buchungsschritts seit Beginn der jeweiligen Kontoeröffnung bis zum 30. Juni/24. Juli 2009.

Der Kl. ist Schiffskaufmann, Gründungsgesellschafter und geschäftsführender Gesellschafter der internationalen tätigen Schiffsmaklergesellschaft „S.-GmbH & Co.“ (HRA Hamburg XXXX) sowie Geschäftsführer der Verwaltungs- und BeteiligungsgmbH, „S“... sowie seit vielen Jahren erfahrener Investor im Immobilienbereich. Er war bzw. ist Eigentümer mehrerer hochwertiger Mietwohn- bzw. Gewerbeimmobilien in H. und W.. Die Bekl. stand dem Kl. seit vielen Jahren bis zum Jahr 2009 mit mehreren Immobilienfinanzierungen zur Verfügung. Sie gewährte dem Kl. im Rahmen der bestehenden Geschäftsbeziehung mindestens 8 Darlehens- und Kontokorrentkredite mit einem Gesamtvolumen von über 20 Mio. €. Im Jahr 2008 verhandelten die Parteien über eine Umfinanzierung der Immobilienkredite. Nachdem der Kl. erhebliche Verluste aus Fremdwährungsgeschäften erlitten hatte, kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten. Im Jahr 2009 wurde die Geschäftsbeziehung faktisch beendet.

Der Kl. hat mit der am 31. Dezember 2012 beim Landgericht eingegangenen Klage im Wege der Stufenklage zunächst beantragt, die Bekl. zu verurteilen, ihm Auskunft darüber zu erteilen, welche Abzüge in welcher Höhe und auf welcher Rechtsgrundlage im Rahmen der Darlehensgesamtabrechnung mit dem Kl. von den vom Kl. an die Bekl. zurückgeführten Darlehensbeträgen vorgenommen worden sind sowie hierüber schriftliche Vereinbarungen vorzulegen.

Mit Schriftsatz vom 1. August 2013 hat der Kl. sodann beantragt, die Bekl. zu verurteilen,

- ihm unter Mitteilung jedes einzelnen Buchungsschritts seit Beginn des jeweiligen Darlehens- bzw. Kontoeröffnungsvertrags mitzuteilen, wie sich die Anfangssalden folgender bei der Bekl. für den Kl. geführten Konten zu folgenden Daten ergeben:
  - Kontonummer 63143xxxxx, Euro 3.537.043,22 per 30. Juni 2009;
  - Kontonummer 63342xxxxx, Euro 3.892.835,76 per 30. Juni 2009;
  - Kontonummer 63342xxxxx, Euro 1.231.494,25 per 30. Juni 2009;
  - Kontonummer 30024xxx, Euro 31.149,89 per 24. Juli 2009;
  - Kontonummer 310xxxxx, Euro 12.622,54 per 24. Juli 2009;

- Kontonummer 1349xxxxx, Euro 481,41 per 24. Juli 2009;
  - Kontonummer 1349xxxxx, Euro 10.608,41 per 24. Juli 2009;
  - Kontonummer 1349xxxxx, Euro 70.138,89 per 24. Juli 2009;
  - Kontonummer 1349xxxxx, Euro 991,54 per 24. Juli 2009;
  - Kontonummer 1349xxxxx, Euro 1.556.364,76 per 24. Juli 2009;
  - Kontonummer 1349xxxxx, Euro 23.179,33 per 24. Juli 2009;
  - Kontonummer 63143xxxxx, Euro 2.399.066,90 per 30. Juni 2009;
  - Kontonummer 63143xxxxx, Euro 1.213.605,30 per 30. Juni 2009;
  - Kontonummer 63342xxxxx, Euro 1.773.805,87 per 30. Juni 2009;
- ihm Auskunft darüber zu erteilen, wie die Bekl. mit einem zugunsten des Kl. am 9. Dezember 2008 bestehenden Guthaben auf für den Kl. bei der Bekl. geführten Geldmarktkonten Nummer (... es folgen sechs verschiedene Nummern) verfahren ist;
  - dem Kl. Auskunft darüber zu erteilen, wie die Bekl. mit einer Zahlung der Sparkasse XY in Höhe von Euro 14.750.000,00 welche an die Bekl. zugunsten des Kl. im Oktober 2007 oder danach gezahlt worden ist, verfahren ist;
  - dem Kl. unter Vorlage von entsprechenden Belegen, Rechnungen und/oder Abrechnungen Auskunft über Herkunft und Zusammensetzung der Positionen „Umschreibung Vollstreckungsklausel“, „GVZ-Kosten“, „sonstige Kosten“, „Zwangsverwaltungserlös“, „Kosten Zwangsvollstreckung“, „Anordnung/Beitritt Zwangsverw.“, „Adressmitteilung“, „Grundbuchauszug“, „Anordnung/Beitritt Zwangsverw.“, „Auskunftei“, „Rücklastschrift“, „Rechtsanwalt“ und „Erlös aus AGB-Pfandrecht“, wie sie in den Anlagen B2 und B3 aufgeführt sind, zu erteilen;
  - erforderlichenfalls die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben an Eides statt zu versichern;
  - den Betrag an den Kl. auszukehren, welcher nach ordnungsgemäßer Auskunftserteilung gemäß Ziffern 1. bis 4. als Guthabensaldo zu Gunsten des Kl. besteht;

hilfsweise

die Bekl. zu verurteilen,

- dem Kl. Auskunft darüber zu erteilen, welche Abzüge in welcher Höhe und auf welcher Rechtsgrundlage im Rahmen der Darlehensgesamtabrechnung mit dem Kl. von den vom Kl. an die Bekl. zurückgeführten Darlehensbeträgen vorgenommen worden sind sowie hierüber schriftliche Vereinbarungen vorzulegen,
- erforderlichenfalls die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben an Eides statt zu versichern,
- an den Kl. eine etwaige Überzahlung im Rahmen der Darlehensabrechnung unverzüglich auszukehren nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Teilverteil die Klage in der Auskunftsstufe abgewiesen.

Dagegen richtet sich die Berufung des Kl. Er ist der Ansicht, dass ihm sehr wohl Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche gemäß § 242 i. V. m. §§ 675, 666 BGB zustünden. Die Bekl. sei gemäß § 259 BGB rechenschaftspflichtig. Es lägen Verdachtsmomente vor, wonach die Bekl. seinerzeit Überweisungen weisungswidrig bzw. „irrtümlich“ ausgeführt habe. Den Anlagen K 3 bis K 6 sei zu entnehmen, dass entsprechende Zahlungsaufträge des Kl. nicht ordnungsgemäß auf dem jeweiligen Empfängerkonto verbucht worden seien. Eine Überprüfung anhand vorhandener Unterlagen sei dem Kl. nicht möglich. Er könne die Anfangssalden der Darlehens- und Girokonten nicht überprüfen, da er entsprechende Unterlagen der Bekl. ab dem 30. Juni 2009 nicht mehr erhalten habe. Er habe den gemeinsamen Wohnsitz nach dem Scheitern seiner damaligen Ehe aufgelöst und die Bekl. angewiesen, sämtliche Kontoauszüge der Verwaltungsfirma F. zukommen zu lassen. Eine ordnungsgemäße Endabrechnung des Kreditengagements sei nicht erfolgt. Das Kündigungsschreiben vom 12. März 2009 habe er nicht erhalten. Er habe nur das Schreiben der Bekl. vom 12. Juni 2009 erhalten. Er habe selbst Nachforschungen ab 2010 über Herrn Notar S. (wegen einer Überweisung von Euro 3.001.706,67) unternommen, um die fraglichen Beträge nachzuvollziehen und zu überprüfen. Es sei nicht richtig, dass er nach der Trennung von seiner Ehefrau im Rahmen seines Umzugs in die Schweiz seine neue Postanschrift der Bekl. nicht mitgeteilt habe. Der Bekl. sei die postalische Anschrift in der Schweiz bekannt gewesen.

Die Bekl. verteidigt das angefochtene Urteil und beruft sich zudem noch einmal ausdrücklich auf den Gesichtspunkt der Verjährung.

Der Senat hat die Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückgewiesen.

### Aus den Gründen

Die Berufung des Kl. hat im Sinne von § 522 Abs. 2 ZPO offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht mit dem angefochtenen Teilverteil die Stufenklage in der Auskunftsstufe abgewiesen.

Der Senat hat die Parteien mit einstimmigem Beschluss vom 19. Mai 2014 auf die mangelnde Erfolgsaussicht der Berufung hingewiesen und dabei folgendes ausgeführt:

Unstreitig führte der Kl. bei der Bekl. im Rahmen der langjährigen Geschäftsbeziehung verschiedene Giro-, Termingeld- bzw. Geldmarktkonten sowie Darlehenskonten. Bereits aus den zwischen den Parteien geschlossenen Giroverträgen mit Kontokorrentabrede folgt grundsätzlich eine Auskunftspflicht gemäß §§ 675, 666 BGB. Inhalt und Umfang der Auskunftspflicht richten sich – wenn besondere Vereinbarungen fehlen – nach Treu und Glauben, der Verkehrssitte (§ 242 BGB) und den Umständen des Einzelfalls

(vgl. grundlegend BGH vom 4. Juli 1985, III ZR 144/84, WM 1985, 1098–1100; juris Rz. 10 mwN).

Bei der Bestimmung von Inhalt und Umfang des materiellen Auskunftsanspruchs kann, auch wenn die Rechnungslegung dem Auftraggeber die Prüfung und Darlegung eigener Ansprüche gegen den Beauftragten ermöglichen soll, nicht unberücksichtigt bleiben, welche Daten der Auftraggeber bereits kennt oder seinen eigenen Unterlagen entnehmen kann. Wenn der Kunde die Hilfe des Kreditinstituts bei der Ergänzung seiner Kontounterlagen erstrebt, kann sich das Kreditinstitut nach Treu und Glauben diesem Verlangen grundsätzlich selbst dann nicht widersetzen, wenn die betreffenden Schriftstücke nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen als zugegangen gelten und der Kunde nur glaubhaft macht, er habe sie tatsächlich nicht erhalten. Auch ein Kunde, der von seinem Kreditinstitut bereits über bestimmte Vorgänge unterrichtet worden ist, kann hierüber erneut Auskunft verlangen, wenn er glaubhaft macht, dass ihm die erteilten Informationen verloren gegangen sind und dem Kreditinstitut die erneute Auskunftserteilung noch möglich und zumutbar ist. Sofern das Auskunftsverlangen des Kunden nicht mutwillig oder missbräuchlich erscheint, ist es unerheblich, wie und warum er in die Lage geraten ist, erneut um Auskunft bitten zu müssen

(BGH Urteil vom 30. Januar 2001, XI ZR 183/00, WM 2001, 621–623, zitiert auch in juris Rz. 2 mwN).

Beschränkungen des Auskunftsanspruchs können sich nur aus den Umständen des Einzelfalls gemäß § 242 BGB ergeben. Neben dem Auskunftsanspruch steht dem Kontoinhaber ein umfassender Rechnungslegungsanspruch nach Beendigung des Girovertrags in der Regel nicht zu

(BGH Urteil vom 4. Juli 1985 aaO, zitiert auch in juris Rz. 18 ff.).

Entsprechend den vorgenannten höchstrichterlichen Grundsätzen stehen dem Kl. die geltend gemachten Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche nicht zu. Im Übrigen sind die erstmals mit Schriftsatz vom 1. August 2013 als Hauptantrag geltend gemachten Auskunftsansprüche verjährt. Im Einzelnen:

1. Die mit der Klage vom 31. Dezember 2012 geltend gemachten Auskunftsansprüche wegen Abrechnung von fünf Darlehenskonten aufgrund von Grundstücksfinanzierungen bis zum Jahr 2009 (vgl. Hilfsantrag zu Ziffer a) hat die Bekl. gemäß § 362 Abs. 1 BGB erfüllt. Darauf hat schon das Landgericht zu Recht hingewiesen (*.... wird weiter ausgeführt*).

Darüber hinaus gehende Auskünfte kann der Kl. gemäß § 242 BGB nicht verlangen. Zu Recht hat das Landgericht festgestellt, dass der Kl. auch nicht nur ansatzweise den Versuch unternommen hätte, anhand der ihm zugänglichen, ggf. über von ihm beauftragte Dritte zu erfordernde Unterlagen, die von der Bekl. mitgeteilten Kontonummern konkreten Verträgen zuzuordnen. Angesichts Art und Umfang der Geschäftsbeziehung ist es absolut ungewöhnlich, wenn der Kl. sich nicht zunächst in der eigenen Einflussosphäre (über Finanzberater, Steuerberater, Hausverwalter etc.) entsprechende Auskünfte verschaffen könnte. Schließlich war der Kl. in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig und deshalb auch verpflichtet, eine prüffähige Buchhaltung mit entsprechenden Belegnachweisen für sein Unternehmen zu unterhalten.

Der Kl. hat nicht nachvollziehbar dargelegt, welche etwaigen Lücken die ihm übersandten Informationen noch aufweisen könnten. Für den Auskunftsanspruch kommt es nicht darauf an, ob die Buchungen rechtmäßig oder unrechtmäßig erfolgt sind. Schließlich hat die Bekl. unbestritten vorgetragen, dass es sich bei den mit den Ziffern 31 und 13 beginnenden Kontonummern nicht um Darlehenskonten handelt. Aus dem Schreiben der Bekl. vom 12. Juni 2009 geht hervor, dass diese Konten überwiegend als Girokonten geführt wurden. Diese Girokonten können dem Kl. nicht unbekannt gewesen sein. Aus dem als Anlage B 1 vorgelegten Urteil des Landgerichts H. vom 8. Juli 2009 ergibt sich, dass der Kl. per 6. Januar 2009 bei der Bekl. 12 Girokonten mit einem Sollsaldo von insgesamt ca. 2,1 Mio. € unterhielt.

Es entlastet den Kl. nicht, wenn er „ab dem 30. Juni 2009“ auf seinen trennungsbedingten Umzug in die Schweiz verweist. Dieser Umstand kann – worauf das Landgericht zu Recht hingewiesen hat – jedenfalls keine Relevanz für den vorangegangenen Zeitraum gehabt haben. Die Bekl. hat fer-

ner eine etwaige Kenntnis über eine zustellfähige Anschrift des Kl. im Ausland bestritten. Entsprechende Vollmachten für Dritte galten – so die Bekl. – jedenfalls nicht zum Empfang von Schreiben der Bekl. Im Übrigen ist unstreitig, dass der Kl. offenbar bis einschließlich 2009 in der Lage war, seine Steuererklärungen vollständig abzugeben, mithin auch die auf seinen verschiedenen Konten stattgefundenen Buchungen zumindest steuerlich erfassen konnte.

Ein umfassender Rechnungslegungsanspruch gemäß § 259 BGB steht dem Kl. nicht zu. Nach Beendigung des Girovertrags steht dem Kontoinhaber neben dem oben genannten Auskunftsanspruch (§ 666 BGB) ein umfassender Rechnungslegungsanspruch in der Regel nicht zu

(BGH Urteil vom 4. Juli 1985, III ZR 144/84, aaO, zitiert auch in juris Rz. 18 ff.).

Das Kreditinstitut würde in unzumutbarer Weise belastet, wollte man von ihm verlangen, nach Kontoauflösung stets auf Verlangen noch einmal eine erschöpfende übersichtliche und verständliche Darlegung sämtlicher Kontobewegungen seit der Kontoeröffnung zu geben und entsprechende Belege vorzulegen. Eine solche Verpflichtung widerspricht Treu und Glauben und der Verkehrssitte

(BGH aaO).

Macht der Kontoinhaber geltend, ihm würden nach Rechnungslegung noch etwaige Zahlungsansprüche zustehen (hier vertraglicher Anspruch auf Rückzahlung möglicherweise zu viel bezahlter Darlehensablösungsbeträge), hat er seine Klage zu begründen. Das Kreditinstitut ist lediglich verpflichtet, etwaig noch notwendige, ergänzende Einzelauskünfte zur Verfügung zu stellen.

Das wird hier jedoch mit dem Hauptantrag zu 1. (umfassender Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch) nicht gefordert. Die Arbeit, die vorhandenen Unterlagen im Einzelnen auszuwerten und ihren Gesamthalt zur Begründung der Klage erschöpfend darzustellen, muss der Kl. schon selbst leisten und kann sie nicht dem Kreditinstitut aufbürden

(vgl. BGH aaO).

2. Die mit Schriftsatz vom 1. August 2013 geltend gemachten Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche (und damit die Hauptanträge zu Ziff. 1 bis 4) sind gemäß §§ 195, 199 BGB verjährt. Auskunftsansprüche nach § 666 BGB verjähren gemäß §§ 195, 199 BGB in drei Jahren nach dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis von allen anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners erlangt hat. Die dreijährige Verjährung begann mithin am 31. Dezember 2009 und endete am 31. Dezember 2012.

Die mit der Klagerweiterung vom 1. August 2013 geltend gemachten Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche sind erst nach Ablauf der dreijährigen Verjährung rechtshängig geworden (Zustellung an den Beklagtenvertreter am 9. August 2013). Bei der ursprünglichen Klage vom 31. Dezember 2012 ging es dem Kl. lediglich um Auskunft über die Verbuchung von Zahlungseingängen auf den in Ziffer 1 aufgeführten fünf Darlehenskonten. Dieses Auskunftsbegehren hat die Bekl. mit außergerichtlichen Schreiben vom 1. Oktober 2012 und 16. Januar 2013 ordnungsgemäß erfüllt. Mit den nunmehr als Hauptantrag geltend gemachten Auskunfts- und Rechenschaftsansprüchen geht es dem Kl. um alle Konten – insbesondere auch Girokonten und Fremdwährungsgeschäfte – aus vorgegangenen Jahren. Diese Ansprüche sind jedoch – unabhängig von ihrer materiellen Begründetheit – alle verjährt.

Die Geschäftsbeziehung war hier unstreitig im Jahr 2009 beendet. Aus dem vorgerichtlichen, anwaltlichen Schreiben des Kl. vom 18. Juli 2012 ergibt sich, dass die Darlehensverträge mit Schreiben der Bekl. vom 12. März 2009 und 30. Juni 2009 gekündigt worden sind.

Die ergänzenden Ausführungen des Kl. aus dem Schriftsatz vom 18. Juni 2014 rechtfertigen keine andere Entscheidung. Der Kl. mag die Geschäfte zwar im Rahmen seiner privaten Vermögensvorsorge getätigt haben, gleichwohl ist er im Sinne von § 14 BGB als Unternehmer anzusehen. Die jeweiligen Rechtsgeschäfte hat er in Ausübung einer gewerblichen Tätig-

keit abgeschlossen. Unstreitig war der Kl. zeitweise Eigentümer von mindestens 13 Immobilien und vermietete etwa 40 bis 50 Wohnungen und Gewerbeeinheiten. Im Übrigen bestimmen sich Inhalt und Umfang der Auskunftspflicht – wenn besondere Vereinbarungen fehlen – nach Treu und Glauben, der Verkehrssitte und den Umständen des Einzelfalls (§ 242 BGB). Hier fehlt es bereits an einer nachvollziehbaren Darlegung, welche Konto- und Darlehensinformationen dem Kl. bereits bekannt waren. Zu einer umfassenden Rechnungslegung ist die Bekl. jedenfalls gemäß § 259 BGB nicht verpflichtet. Soweit die Bekl. nicht bereits die mit der Klage geltend gemachten Auskunftsansprüche (vgl. Hilfsantrag zu a) vorgerichtlich erfüllt hat (§ 362 Abs. 1 BGB), sind die erst mit Schriftsatz vom 1. August 2013 geltend gemachten Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche jedenfalls gemäß §§ 195, 199 BGB verjährt.

## BGB §§ 765 ff., 780, 781

- 1. Ein Direktanspruch des Verkäufers/Bauunternehmers auf Zahlung aus einer Finanzierungsbestätigung setzt voraus, dass diese entweder eine Bürgschaft oder ein abstraktes Schuldversprechen der finanzierenden Bank enthält. Dies ist im Wege der Auslegung zu ermitteln Gegen die Annahme eines abstrakten Schuldversprechens spricht, wenn der Text lediglich mit „Finanzierungsbestätigung“ überschrieben, die Erklärung nicht als Garantie oder Bürgschaft bezeichnet wird und die erklärende Bank für die Bestätigung keine Provision verlangt hat.**
- 2. Ein auf Grundlage des Bauvertrages eingeholtes Schiedsgutachten ersetzt nicht die fehlende Zustimmung der Bauherren für Zahlungen aus einer Finanzierungsbestätigung.**

SchlH OLG, 5. Zivilsenat, Beschluss vom 10. April 2014 – 5 U 174/13 –, Rfö.

Mit ihrer Klage im Urkundenprozess vom 11. Februar 2013 beansprucht die Kl.in ein Bauunternehmen, von der beklagten Bank die Zahlung von 21536,52 € aus einer „Hauskaufpreis-Finanzierungsbestätigung“ vom 23. Juli 2010. Die Streithelfer (Bauherrn) hatten die Kl.in mit Bauvertrag vom 20. April 2010 beauftragt, ein Einfamilienhaus in H. zum Preis von 255200,00 € zu errichten. Zur Sicherstellung der Zahlung des Hauskaufpreises erteilte die Bekl. gegenüber der Kl.in am 23. Juli 2010 eine uneingeschränkte und unwiderrufliche Finanzierungsbestätigung bis zu einem Höchstbetrag von 242440,00 €. In der Vertragsurkunde ist ein entsprechender Ratenzahlungsplan enthalten. Außerdem enthält die Finanzierungsbestätigung folgende Regelung:

„... Voraussetzung für jede Zahlung durch uns ist, dass die Firma G. (= Kl.in) schriftlich die Fälligkeit der Zahlung gemäß Zahlungsplan und die vertragsgemäße Erbringung der entsprechenden Leistungen bestätigt. Darüber hinaus hat vor einer entsprechenden Zahlung die schriftliche Zustimmung der Bauherren bei uns vorzuliegen.

Wenn Rechnungen für Bautenstandsraten der Firma G. von den Bauherren nicht anerkannt werden, dann gilt schon jetzt als vereinbart, dass ein Schiedsgutachter, der von der Industrie- und Handelskammer benannt wird, darüber entscheidet, ob die Forderung der Firma G. oder ob die Bauherren zum Einbehalt von Zahlungen berechtigt sind. Die Kosten eines solchen Schiedsgutachtens gehen zu Lasten der Partei, die im Unrecht ist - ggf. anteilmäßig. Auf die Einreden der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit und der Vorausklage (gemäß §§ 770, 771 BGB) wird verzichtet.“

Gegenstand des Rechtsstreits sind die Zahlungen der 10. (= 8 % der Kaufpreissumme bei Anmeldung zur förmlichen Abnahme: 19498,89 €) und 11. Rate (= 3 % der Kaufpreissumme nach Fertigstellung der Restarbeiten – Schlüsselübergabe – in Höhe von 7749,39 €). Die Streithelfer verweigerten die Zahlung dieser Raten im Hinblick auf ihre Mängelanzeige vom 8. März 2012. In dem Schreiben heißt es: ....(wird weiter ausgeführt ... insgesamt 13 Mängel).

Auf Grundlage des Bauvertrages vom 20. April 2010 und der Ergänzungsvereinbarung beauftragte die Kl.in einen Sachverständigen mit der Feststellung von Mängeln am Parkett und an den Fußleisten sowie mit der Bewertung des Aufwands für die Beseitigung etwaiger Mängel. Der Sachverständige H. hat mit Gutachten vom 20. September 2012 entsprechende Mängel festgestellt und den Aufwand für die Beseitigung dieser Mängel auf 6535,48 € (brutto) geschätzt.

Die Kl.in hat die sachverständig geschätzten Mängelbeseitigungskosten (6535,48 €) von den noch ausstehenden Kaufpreistraten 10. und 11. in Höhe von insgesamt 28072,00 € abgezogen und mit ihrer Klage beantragt, die Bekl. zur Zahlung des noch offenen Restbetrages in Höhe von 21536,52 € nebst Zinsen zu verurteilen.

Die entsprechenden Nachbesserungsarbeiten sind unstreitig erst im Laufe des Rechtsstreits durchgeführt worden. Eine entsprechende Abnahme durch die Streithelfer erfolgte am 16. Juli 2013. Die Streithelfer haben daraufhin die Bekl. angewiesen, gemäß Abrechnung vom 18. Juli 2013 den Restbetrag in Höhe von 23376,13 € an die Kl.in zu zahlen. Die Kl.in hat nach Eingang der entsprechenden Zahlung mit Schriftsatz vom 10. Oktober 2013 daraufhin den Rechtsstreit einseitig für erledigt erklärt. Die Bekl. und die Streithelfer haben sich der

Erledigungserklärung allerdings nicht angeschlossen und weiterhin beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass es sich bei Auslegung der Finanzierungsbestätigung vom 23. Juli 2010 rechtlich um eine Bürgschaft im Sinne von §§ 765 ff. BGB handele. Dem Bürgen stünden gemäß § 768 BGB alle Einreden der Hauptschuldner zu. Die Schiedsgutachterklausel sei gemäß §§ 307, 310 BGB unwirksam. Im Übrigen seien die 10. und 11. Kaufpreisrate nicht fällig gewesen, weil insoweit noch keine Abnahmereife im Sinne von § 640 BGB bestanden habe.

Dagegen richtet sich die Berufung der Kl.in.

Sie ist der Auffassung, die Parteien hätten den Rechtsstreit übereinstimmend gemäß § 91 a Abs. 1 ZPO in der Hauptsache für erledigt erklärt. Deshalb sei bereits eine Entscheidung durch Urteil unzulässig gewesen. Die Finanzierungsbestätigung vom 23. Juli 2010 sei als abstraktes Schuldversprechen auszulegen. Entsprechende Einreden der Bauherren seien unbegründet. Die Schiedsgutachterklausel in der Finanzierungsbestätigung sei nicht gemäß §§ 307, 310 BGB unwirksam. Vielmehr stünden der Darlehensvertrag zwischen der Bekl. und den Streithelfern und der Vertrag über die Finanzierungsbestätigung zwischen den Prozessparteien isoliert nebeneinander. Die Bekl. sei als Klauselverwenderin außerdem gemäß § 242 BGB daran gehindert, sich auf die AGB-Unwirksamkeit zu berufen. Die Raten 10 und 11 seien fällig gewesen. Durch die Vorlage eines entsprechenden Sachverständigengutachtens habe zugunsten der Kl.in eine Ersetzungsbefugnis bestanden.

Auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 10.4.2014 hat die Kl.in ihre Berufung am 15.5.2014 zurückgenommen.

### Aus den Gründen

Die Berufung der Kl.in hat gemäß § 522 Abs. 2 ZPO offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die Fälligkeitsvoraussetzungen für die geltend gemachte Zahlung der 10. und 11. Kaufpreisrate gemäß Finanzierungsbestätigung vom 23. Juli 2010 lagen bei Anhängigkeit der Klage (15. Februar 2013) nicht vor.

1. Eine übereinstimmende Erledigungserklärung in der Hauptsache liegt gem. § 91 a ZPO nicht vor. Unstreitig hat die Kl.in zwar im ersten Rechtszug mit Schriftsatz vom 10. Oktober 2013 den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Weder die Bekl. noch die Streithelfer haben sich jedoch dieser Erledigungserklärung angeschlossen, sondern vielmehr ausdrücklich beantragt, die Klage abzuweisen. Der Schriftsatz der Bekl. vom 26. Juli 2013 enthält – entsprechend seinem Wortlaut – keine Erledigungserklärung der Bekl. Zum einen lag zu diesem Zeitpunkt noch keine Erledigungserklärung der Kl.in vor, zum anderen hat die Bekl. mit Schriftsatz vom 26. Juli 2013 lediglich angekündigt, sich einer etwaigen Erledigungserklärung anschließen zu wollen. Diese Ankündigung ist nicht bindend gewesen. Es handelt sich damit im Ergebnis lediglich um eine einseitige Erledigungserklärung der Kl.in.

2. Die Frage, wie die Finanzierungsbestätigung der Bekl. vom 23. Juli 2010 rechtlich zu qualifizieren ist, kann im Ergebnis offen bleiben. Aus dem Wortlaut der Erklärung lässt sich zunächst nur herleiten, dass es sich um eine bestimmte Form der Auskunft handelt, wonach dem gemeinsamen Kunden ein Kredit zugesagt wurde und die Finanzierung seines Vorhabens gesichert ist. In der bloßen Auskunftform hat die Finanzierungsbestätigung keinen Wert als Kreditsicherheit

(abgesehen von einer möglichen Schadensersatzhaftung wegen Fehlinformation; vgl. Merkel/Tetzlaff in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-handbuch, 4. Aufl. 2011, Band II, § 98 Rn. 133).

Ein Direktanspruch des Verkäufers/Bauunternehmers auf Zahlung aus der Finanzierungsbestätigung setzt voraus, dass diese entweder eine Bürgschaft oder ein abstraktes Schuldversprechen der finanzierenden Bank enthält. Ob eine Finanzierungsbestätigung ein abstraktes Schuldversprechen oder eine Bürgschaft enthält, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln

(Merkel/Tetzlaff in Schimansky u. a., aaO, Rn. 133; Brandenburgisches OLG, Urteil vom 16. Mai 2007, WM 2007, 1879–1883; OLG Köln, Urteil vom 13. November 2002 – 13 U 157/01 – zitiert in juris Rz. 5).

Bei der Auslegung ist sowohl auf den Wortlaut der Erklärung als auch auf das Gesamtverhalten der Beteiligten und die Nebenumstände abzustellen

(Brandenburgisches OLG, aaO, zitiert auch in juris Rz. 36 m. H. a. Lauer, WM 1985, S. 705 ff.).

Gegen eine Auslegung als abstraktes Schuldversprechen spricht, wenn der Text lediglich mit Finanzierungsbestätigung überschrieben und die Erklärung nicht als Garantie oder Bürgschaft bezeichnet wird und die erklärende Bank für die Bestätigung keine Provision verlangt hat



Ob die Bekl. für die Erteilung der Finanzierungsbestätigung eine Provision verlangt und erhalten hat, ist nicht bekannt. Der ausdrückliche Hinweis auf eine „uneingeschränkte und unwiderrufliche Finanzierungsbestätigung“ gegenüber der Kl.in und der ausdrückliche Verzicht auf Einreden gemäß §§ 770, 771 BGB könnte jedoch für einen Direktanspruch der Kl.in auf Zahlung aus der Finanzierungsbestätigung entweder aus Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB) oder aus einem abstraktem Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781 BGB) sprechen. Letztlich kann diese Frage aber offen bleiben, weil die weiteren Fälligkeitsvoraussetzungen aus der Finanzierungsbestätigung vom 23. Juli 2010 bei Anhängigkeit der Klage nicht vorliegen.

3. Die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung der 10. und 11. Kaufpreisrate in Höhe von insgesamt 21536,52 € waren nicht fällig. Ausweislich der Finanzierungsbestätigung vom 23. Juli 2010 war Voraussetzung für eine entsprechende Zahlung durch die Bekl., „die Vorlage einer schriftlichen Zustimmung der Bauherren“. Selbst wenn man aus der Finanzierungsbestätigung einen unmittelbaren Zahlungsanspruch gegen die Bekl. herleiten wollte, käme dieser nur dann in Betracht, wenn die Darlehensnehmer in Schriftform gegenüber der Bekl. die Freigabe einer entsprechenden Ratenzahlung erklärt hätten. Eine solche Freigabe lag jedoch weder ausdrücklich noch in konkludenter Form vor. Vielmehr haben die Streitpartner als Bauherren ausdrücklich der Zahlung der 10. und 11. Kaufpreisrate widersprochen und mit Schreiben vom 8. März 2012 insgesamt 13 Mängel gegenüber der Kl.in gerügt. Erst nach Durchführung der erforderlichen Mängelbeseitigungsarbeiten im Juni/Juli 2013 haben sich die Bauherren/Streitpartner – entsprechend dem Abrechnungsschreiben vom 18. Juli 2013 – mit der Zahlung des noch offenen Restkaufpreises in Höhe von 23376,13 € einverstanden erklärt.

Das Schiedsgutachten H. vom 20. September 2012 ersetzt nicht die fehlende Zustimmung der Bauherren. Abgesehen davon, dass dieses Gutachten unstreitig nicht auf Grundlage der Finanzierungsbestätigung vom 23. Juli 2010, sondern auf Grundlage des Bauvertrages vom 20. April 2010 eingeholt worden ist, deckt dieses Gutachten nicht alle von den Bauherren mit Schreiben vom 8. März 2012 aufgelisteten Mängel ab, sondern befasst sich auftragsgemäß lediglich mit den Mängeln am Parkett und an den Fußleisten.

Hinsichtlich der 11. Kaufpreisrate (Fertigstellung der Restarbeiten - Schlüsselübergabe) lagen die Fälligkeitsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Anhängigkeit der Klage im Februar 2013 schon deshalb nicht vor, weil die erforderlichen Restarbeiten unstreitig erst im Juni/Juli 2013 durchgeführt worden sind.

Im Übrigen befasst sich das Gutachten H. vom 20. September 2012 nicht mit der Rechtsfrage, ob die Bauherren „zum Einbehalt von Zahlungen berechtigt“ waren (vgl. den Wortlaut der Finanzierungsbestätigung vom 23.7.2010). Vielmehr schätzt der Gutachter lediglich den Aufwand für die Beseitigung der festgestellten Mängel (6535,48 € brutto) und nimmt Stellung zur Frage, wer die Gutachterkosten zu tragen hat. Zur Frage der Höhe eines etwaigen Zurückbehaltungsrechts der Bauherren bis zur Durchführung der notwendigen Mängelbeseitigungsarbeiten nimmt das Gutachten hingegen keine Stellung. Gemäß § 641 Abs. 3 BGB kann der Besteller bis zur Mängelbeseitigung die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern. Angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten (hier mithin 13070,96 €).

Nach alledem ist die Berufung offensichtlich unbegründet.

## **EGBGB Art. 11, 25; BGB §§ 1945, 2361; GVG 184**

**1. Die Frage, wem gegenüber eine Ausschlagungserklärung abgegeben werden muss, ist keine Frage der Form im Sinne von Art. 11 Abs. 1 EGBGB, sondern eine inhaltliche Frage. Es kommt deshalb nicht auf die Formvorgaben des Ortsrechts nach Art. 11 Abs. 1, 2. Alt. EGBGB an, vielmehr ist das Erbstatut maßgebend.**

## **2. Ist gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB deutsches Erbrecht als Erbstatut anzuwenden, muss eine Ausschlagungserklärung nach § 1945 Abs. 1 Hs. 1 BGB gegenüber dem Nachlassgericht abgegeben werden, und zwar wegen § 184 GVG in deutscher Sprache.**

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Beschl. vom 11. Februar 2015 – 3 Wx 90/14 –, Te.

Die Beteiligte zu 1) hat am 24. März 2011 zu Protokoll der Rechtspflegerin des Amtsgerichts Neumünster einen Erbscheinsantrag nach der Erblasserin Y. gestellt, dem mit dem Erbschein vom 21. September 2011 entsprochen wurde. Vorausgegangen waren jahrelange Ermittlungen betreffend die Erben, in die auch der Notar X. eingeschaltet gewesen ist. Zahlreiche Erben der I., II. und III. Ordnung waren entweder vorverstorben oder haben form- und fristgerecht ausgeschlagen.

Im Rahmen der umfangreichen Erbenermittlung wurde auch die in England wohnende Beteiligte zu 2) – A. – vom Amtsgericht angeschrieben und über den Sachverhalt und die Erbschaft in Kenntnis gesetzt. Zugleich wurde sie über die Möglichkeit der Erbausschlagung und die insoweit geltenden Fristen informiert. Die Beteiligte zu 2) antwortete mit einem in englischer Sprache abgefassten und von ihr handschriftlich unterschriebenen Schreiben vom 9./15. November 2006. In diesem Schreiben heißt es in einem Satz:

„I refuse any liability to any costs or expenses incurred by Y.“

Das Amtsgericht Neumünster teilte der Beteiligten zu 2) daraufhin, mit, dass diese „Erbausschlagung“ nicht den gesetzlichen Vorschriften entspreche und daher unwirksam sei. Die Beteiligte zu 2) wurde erneut über die Möglichkeit einer formgerechten Erbausschlagung informiert. Die Beteiligte zu 2) hat in der Folgezeit eine weitere Stellungnahme nicht abgegeben.

Es verblieben letztlich 6 Personen aus der III. Ordnung als Erben. In dem Erbscheinsantrag heißt es abschließend:

„Der bei der Beurkundung anwesende Notar X. erklärte:

Ich habe mit A. und B. Kontakt aufgenommen, beide nehmen die Erbschaft an.“

Diesen Erbscheinsantrag haben neben der antragstellenden Beteiligten zu 1) auch der Notar X. und die Rechtspflegerin unterschrieben.

Der Erbscheinsantrag ist anschließend u. a. an Frau A. – die Beteiligte zu 2) – mit der Maßgabe übersandt worden, dass sie Gelegenheit erhalte, etwaige Einwendungen gegen den Antrag zu erheben. Solche Einwendungen sind nicht erhoben worden. Der Erbschein ist daraufhin wie beantragt am 21. September 2011 erteilt worden. In ihm sind die in dem Erbscheinsantrag bezeichneten 6 Personen mit den dort genannten Quoten – nämlich die Beteiligten zu 1) bis 3) und drei weitere bereits (nach-)verstorbenene Personen – aufgenommen worden. Mit Antwortschriftsatz vom 14. Januar 2014 beantragte die Beteiligte zu 1) die Einziehung des Erbscheins wegen inhaltlicher Unrichtigkeit. Die Beteiligte zu 2) sei dort als Miterbin zu ¼ des Nachlasses eingetragen, habe indes mit ihrer Erklärung vom 9. November 2006 die Erbschaft ausgeschlagen. Insoweit gelte Art. 11 Abs. 1 EGBGB. Danach sei die hier fragliche Erklärung eine wirksame Erbausschlagung, weil nach englischem Ortsrecht - die Beteiligte zu 2) habe ihren ständigen Wohnsitz in Großbritannien - eine Ausschlagung durch formlose Erklärung gegenüber jener Mittelperson, die nach englischem Erbrecht zunächst den Nachlass verwaltet (Personal Representative), wirksam sei. Zwar kenne das englische Recht damit keine Ausschlagungserklärung im eigentlichen Sinne. Der Ablehnungserklärung gegenüber dem Verwalter des Nachlasses komme aber dieselbe Funktion zu. Es handele sich nämlich auch insoweit um eine Regelung dahingehend, dass der Begünstigte mit seiner Erklärung den Erbanfall verhindern wolle. Habe Frau A. die Erbschaft aber wirksam ausgeschlagen, sei der Erbschein unrichtig und mithin einzuziehen.

Diesen Antrag hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 3. Juli 2014 abgelehnt. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) hatte keinen Erfolg.

### *Aus den Gründen*

Die nach den §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Ein Erbschein darf nach § 2361 Abs. 1 BGB nur dann eingezogen werden, wenn sich ergibt, dass er unrichtig ist. Die Beteiligte zu 1) macht geltend, der Erbschein vom 21. September 2011 sei unrichtig, soweit darin die Beteiligte zu 2) als Miterbin ausgewiesen sei, denn diese habe wirksam die Erbschaft ausgeschlagen. Indes liegt eine wirksame Ausschlagung nicht vor und ist der Erbschein deshalb nicht unrichtig.

Die Beteiligte zu 1) ist der Auffassung, für die Erbausschlagung der in Großbritannien wohnenden Beteiligten zu 2) könne hinsichtlich der Einhaltung der Form auf britisches Ortsrecht abgestellt werden, wie sich aus Art. 11 Abs. 1 EGBGB ergebe. In Großbritannien könne die Annahme der Erbschaft aber formlos gegenüber dem Personal Representative erklärt werden, also gegenüber dem Verwalter, dem der Nachlass zunächst anfallt

(vgl. dazu Beschluss des Senats vom 9. Juli 2014 – 3 Wx 15/14 –, juris).

Wird davon ausgegangen, müsste indes jedenfalls eine Erklärung vorliegen, wonach die Beteiligte zu 2) die Annahme der Erbschaft abgelehnt hat. Die Beteiligte zu 2) hat sich ausschließlich in dem einen englischsprachigen Satz in ihrem Schreiben vom 9./15. November 2006 gegenüber dem Amtsgericht Neumünster geäußert. Darin teilt sie jedoch le-

diglich – übersetzt – mit, dass sie die Haftung für Kosten und Ausgaben, die durch die Erblasserin entstanden seien, nicht übernehmen wolle. Indes ergibt sich daraus nicht mit der notwendigen Klarheit, dass die Beteiligte zu 2) die Erbschaft, insbesondere einen Aktivnachlass, wie er im Ergebnis nunmehr offensichtlich besteht, nicht annehmen wolle. Das Risiko eines sprachlich bedingten Missverständnisses durch Nutzung der englischen Sprache geht insoweit zu ihren Lasten

(Spellenberg in MüKo-BGB, 6. Aufl. 2015, Art. 11 EGBGB Rn. 154).

Dieses Auslegungsergebnis wird maßgeblich indiziell auch dadurch unterstützt, dass die Beteiligte zu 2) auf den Hinweis des Amtsgerichts, in dieser Erklärung liege keine wirksame Erbausschlagung, nicht etwa Gegenvorstellung erhoben hat bzw. innerhalb der seinerzeit durchaus noch laufenden 6-Monats-Frist aus § 1945 BGB auch keine neue, nunmehr klare Erbausschlagung hergegeben hat. Des Weiteren ist der Beteiligte zu 2) auch der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1) zugeleitet worden. Dort heißt es ausdrücklich als Erklärung des anwesenden Notars X. und von diesem unterschrieben, der Notar habe mit Frau A. Kontakt aufgenommen, sie nehme die Erbschaft an. Die insoweit gegenteilige Darstellung in der Beschwerdebegründung der Beteiligten zu 1) ist mithin unrichtig. Auch auf diesen ihr übermittelten Erbscheinsantrag hin hat die Beteiligte zu 2) nicht etwa Gegenvorstellung erhoben. Die Beteiligte zu 2) hat schließlich auch gegen den Erbschein selbst, wo sie nunmehr seit Ende September 2011 als Miterbin zu ¼ ausgewiesen ist, keine Einwendungen erhoben oder dessen Unrichtigkeit geltend gemacht. All dies spricht – neben der oben genannten Auslegung des fraglichen Satzes – dagegen, dass die Beteiligte zu 2) tatsächlich mit ihrem Schreiben vom 9./15. November 2006 eine Erbausschlagung erklären wollte. Eine solche liegt mithin auch dann nicht vor, wenn für die Form der Erbausschlagung bzw. der Ablehnung des Erbes britisches Ortsrechts angewandt wird.

Nicht ersichtlich ist, worauf die Beschwerde ihre Behauptung stützen möchte, dem Notar X. sei bekannt gewesen, dass Frau A. die Erbschaft nicht habe annehmen wollen und dies sei auch dem Nachlassgericht bekannt gewesen. Der Notar hat – wie ausgeführt – zu Protokoll der Rechtspflegerin gerade Gegenteiliges erklärt und auch das Nachlassgericht ist vor dem Hintergrund dieser Erklärung des Notars und auch ausweislich seiner eigenen Auslegung des Schreibens der Beteiligten zu 2) gemäß den Angaben in der Begründung seines Beschlusses nicht davon ausgegangen, dass die Beteiligte zu 2) das Erbe hat ausschlagen wollen.

Indes könnte die Beschwerde selbst dann keinen Erfolg haben, wenn man entgegen diesen Ausführungen davon ausgehen wollte, dass die Beteiligte zu 2) mit dem genannten Schreiben vom 9./15. November 2006 die Annahme der Erbschaft habe ablehnen bzw. die Erbschaft habe ausschlagen wollen.

In der Tat bestimmt Art. 11 Abs. 1 EGBGB alternativ, dass ein Rechtsgeschäft dann formgültig ist, wenn es entweder die Formerfordernisse des Rechts erfüllt, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist (das sog. Geschäftsrecht) oder aber die Formerfordernisse des Rechts des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird (das sog. Ortsrecht). Streitig ist allerdings, ob diese Vorschrift überhaupt im Falle der Erbausschlagung angewendet werden kann. In der Literatur wird etwa von Süß vertreten, dass es sich bei § 1945 BGB um ein verfahrensrechtlich begründetes Formerfordernis handele und verfahrensrechtlich begründete Formerfordernisse zwingend der lex fori (Recht des Gerichtes) unterliegen, also (hier britisches) Ortsrecht nach der zweiten Variante von Art. 11 Abs. 1 EGBGB nicht zur Anwendung kommen könne

(in juris PK-BGB, 7. Aufl. 2014, Art. 11 EGBGB Rn. 13, 24).

Nach anderer Auffassung ist Art. 11 Abs. 1 EGBGB im Fall der Erbausschlagung aber durchaus anzuwenden und kann also auch für die Form der Ausschlagungserklärung auf das Ortsrecht abgestellt werden

(OLG Köln RPfeger 2014, 428, 430; Dutta in MüKo zum BGB, 6. Aufl. 2015, Art. 25 EGBGB Rn. 243 und Dörner in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 116).

Die Beschwerde übersieht indes, dass die Frage, wem gegenüber die Ausschlagungserklärung abzugeben ist, keine Frage der Form im Sinne von Art. 11 Abs. 1 EGBGB, sondern eine inhaltliche Frage ist. Insoweit kommt es also nicht auf die Formvorgaben des Ortsrechts nach Art. 11 Abs. 1, 2. Alt. EGBGB an, sondern ist vielmehr das Erbstatut maßgebend

(OLG Köln, aaO; Dörner in Staudinger, aaO, Art. 25 EGBGB Rn. 112, 117; Spellenberg in MüKo-BGB, aaO, Art. 11 EGBGB Rn. 161).

Gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB ist hier jedoch ersichtlich deutsches Erbrecht als Erbstatut maßgeblich, denn die Erblasserin war deutsche Staatsangehörige.

Im vorliegenden Fall muss deshalb eine Ausschlagungserklärung jedenfalls gegenüber dem Nachlassgericht abgegeben werden, § 1945 Abs. 1 Hs. 1 BGB. Aus § 184 GVG folgt aber, dass diese Erklärung in deutscher Sprache dem Nachlassgericht zugehen muss. Insoweit gilt für Erbausschlagungserklärungen als amtsempfangsbedürftige Willenserklärungen nichts anderes als für andere fristgebundene, gegenüber einem Gericht abzugebende Erklärungen

(OLG Köln, aaO; Palandt/Weidlich, BGB, 74. Aufl. 2015, § 1945 Rn. 3).

Eine in deutscher Sprache abgefasste Ausschlagungserklärung ist aber dem Nachlassgericht jedenfalls nicht zugegangen. Auch bei Anwendung von Art. 11 Abs. 1 EGBGB und Heranziehung des britischen Ortsrechts – wie von der Beschwerde verlangt – liegt mithin eine wirksame Ausschlagungserklärung der Beteiligten zu 2) nicht vor....

### **BGB §§ 2136, 2361, 2363**

**Zur Frage, ob die testamentarisch verfügte Beendigung der Befreiung des Vorerben von den in § 2136 BGB bezeichneten Beschränkungen für den Fall des Eingehens einer eheähnlichen Gemeinschaft in den Erbschein einzutragen ist.**

SchiHOLG, 3. Zivilsenat, Beschluss vom 27.11.2014 – 3 Wx 88/14 –, Te.

In einem Ehegattentestament aus dem Jahr 1980 setzten sich die Erblasser gegenseitig zu befreiten Vorerben mit der Bestimmung ein, dass die Befreiung des Längstlebenden mit dem Zeitpunkt der Wiederheirat oder des Eingehens einer eheähnlichen Gemeinschaft enden soll. In dem für die Beschwerdegegnerin nach dem Tod des Ehemannes ausgestellten Erbschein aus dem Jahr 1985 ist nur aufgenommen worden, dass die Befreiung der Vorerbin mit Wiederverheiratung ende. Die beschwerdeführende Nacherbin beantragt Verfahrenskostenhilfe für den Antrag auf Einziehung des Erbscheins wg. Unrichtigkeit. Das Amtsgericht hat die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe abgelehnt. Der Erbschein solle für Klarheit im Rechtsverkehr sorgen. Dann aber könne eine unbestimmte Einschränkung wie das Eingehen der eheähnlichen Gemeinschaft dort nicht aufgenommen werden. Der ausgestellte Erbschein sei deshalb nicht unrichtig, hinreichende Erfolgsaussichten für den Verfahrenskostenhilfeantrag würden mithin fehlen. Die dagegen gerichtete Beschwerde war erfolgreich.

#### *Aus den Gründen*

Die Beschwerde ist als sofortige Beschwerde nach den §§ 76 Abs. 2 FamFG, 127 Abs. 2 ZPO zulässig, insbesondere fristgerecht eingereicht worden.

Die sofortige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts bestehen hinreichende Erfolgsaussichten für den gestellten Antrag auf Einziehung des Erbscheins als Voraussetzung der Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe. (§§ 76 Abs. 1 FamFG, 114 ZPO).

Es spricht Überwiegendes dafür, dass der Erbschein unrichtig und deshalb nach § 2361 Abs. 1 BGB einzuziehen sein dürfte, weil er die Reichweite der Befreiung der Beteiligten zu 2) von den Beschränkungen des Vorerben nicht richtig wiedergeben dürfte.

In dem Ehegattentestament vom 11. Juni 1980 (Ur.Nr. ... des Notars ...), haben der Erblasser und die Beteiligte zu 2) sich gegenseitig zu befreiten Vorerben eingesetzt. Dazu heißt es einschränkend in Ziff. 4 des Testamentes:

„Für den Fall, daß der Längstlebende von uns nach dem Tode des Erstversterbenden wieder heiratet oder mit einem anderen Partner eine eheähnliche Lebensgemeinschaft eingetragt bestimmen wir, daß der Längstlebende mit dem Zeitpunkt der Wiederheirat oder des Eingehens einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft lediglich beschränkter Vorerbe des Erstversterbenden wird; mit diesem Zeitpunkt entfallen alle Befreiungen eines Vorerben“

Es ist bei summarischer Prüfung nicht ersichtlich, dass die Befristung der Befreiung des Vorerben nach § 2136 BGB unwirksam sein könnte, soweit sie anknüpft an das „Eingehen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft“ Grundsätzlich ist anerkannt, dass ein Erblasser die Befreiung des Vorerben unter eine Befristung oder Bedingung stellen kann

(Avenarius in Staudinger, BGB, Neubearb. 2013, § 2136 Rn. 4; Bothe/Hennicke in Damrau, Praxiskommentar Erbrecht, 2. A. 2011, § 2136 Rn. 5; Kummer in Frieser, Fachanwaltskommentar Erbrecht, 4. A. 2013, § 2136 Rn. 5 jeweils mwN).

Zwar wird in der Literatur teilweise angemerkt, es müsse zur Streitvermeidung auf eine klare, justiziable Formulierung geachtet werden

(etwa Mayer, ZEV 2000, 1, 3 und Bothe/Hennicke aaO).

Indes wird auch eine aufschiebend bedingte Befreiung für den Fall der Not des Vorerben

(Kummer in Frieser aaO; Mayer aaO; vgl. dazu auch BayObLG FamRZ 1984, 1272 ff.)

oder für den Fall des Pflichtteilsverlangens eines Abkömmlings

(Kummer aaO; vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 1356 f.)

für möglich gehalten, obwohl in beiden Fällen ersichtlich Auslegungsschwierigkeiten entstehen können.

Hinsichtlich der vorliegenden angeordneten Befristung der Befreiung u.a. auf den Zeitpunkt des „Eingehens einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft“ dürfte eine Auslegung nach den §§ 133, 2084 BGB dahingehend möglich sein, dass – wie in der Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft seit langem anerkannt – das Eingehen einer Verantwortungs- und Entstehungsgemeinschaft zwischen Mann und Frau gemeint ist, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haus- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen

(Palandt/Brudermüller, BGB, 73. A. 2014, vor § 1297 Rn. 10 mwN).

Damit mag die Feststellung des Eintritts der Befristung im Einzelfall nicht einfach sein, ist aber justiziabel und jedenfalls nicht ausgeschlossen.

Dürfte also auch hinsichtlich des Passus „Eingehen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft“ eine wirksame Befristung der verfügten Befreiung des Vorerben nach § 2136 BGB vorliegen, so ist aber zu bedenken, dass in den Erbschein nach § 2363 Abs. 1 S. 2 BGB die etwaige Befreiung gerade aufzunehmen ist. Sinn und Zweck dieser Norm ist ersichtlich, dass aus dem Erbschein der Umfang der Verfügungsmöglichkeit des Vorerben so genau wie möglich ersichtlich sein soll, um diese nämlich den Rechtsverkehr aufzuzeigen. Einerseits soll so dem Vorerben der Nachweis der tatsächlich im konkreten Fall etwa nicht bestehenden Verfügungsbeschränkungen eröffnet werden, andererseits soll aber auch der Nacherbe geschützt werden

(vgl. Gierl in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 2. A. 2014, § 2363 Rn. 10; Herzog in Staudinger, BGB, Neubearb. 2010, § 2363 Rn. 17 f).

Im vorliegenden Fall enthält der unter dem 15. März 1985 ausgestellte Erbschein aber zur Befreiung und ihrer Befristung nur die folgende Aussage:

„Die Vorerbin ist von allen im § 2136 BGB bezeichneten Beschränkungen und Verpflichtungen befreit. Diese Befreiung endet jedoch im Falle der Wiederverheiratung der Vorerbin“

Es fehlt dort mithin der Hinweis auf das weitere lt. Testament vorgesehene Ende der Befreiung für den Fall des „Eingehens einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft“. Das Fehlen dieser weiteren Befristung dürfte den Erbschein unrichtig machen. Zwar weist das Amtsgericht durchaus zu Recht darauf hin, dass die Aufnahme dieser Befristung in einem gewissen Gegensatz zu dem Zweck eines Erbscheins steht, für Klarheit im Rechtsverkehr zu sorgen. Andererseits ist aber auch das in § 2363 Abs. 1 S. 2 BGB zum Ausdruck kommende Ziel zu beachten, dass sich aus dem Erbschein ergeben soll, ob und in wie weit der Vorerbe von den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen befreit ist. Ist eine Befristung der Befreiung auf den Fall des „Eingehens einer eheähnlichen Lebensgemein-

schaft“ aber zulässig und insbesondere durchaus bestimmbar, liegt nahe, dass diese Einschränkung dann auch im Erbschein Ausdruck finden muss.

## FamFG § 333 I 4; BGB § 1906 I; PsychKG S.-H § 7 I

### Die Gesamtdauer einstweiliger Anordnungen über eine vorläufige Unterbringung darf in derselben Angelegenheit drei Monate nicht überschreiten.

LG Lübeck, 7. Zivilkammer, Beschluss v. 4. Februar 2015 – 7T 29/15 –, Fö.

Die Betroffene wendet sich mit ihrer Beschwerde vom 9.1.2015 gegen den Beschluss des Amtsgerichtes O. vom 7.1.2015 über die Genehmigung der vorläufigen Unterbringung der Betroffenen in einer geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses bis längstens zum 17.2.2015.

Die Betroffene steht unter Betreuung. Der Beteiligte zu 3. ist Betreuer der Betroffenen.

Hinsichtlich der Betroffenen liegen seit Oktober 2014 mehrere einstweilige Anordnungen über die Anordnung bzw. Genehmigung der Unterbringung der Betroffenen vor:

Durch Beschluss vom 4.10.2014 hat das Amtsgericht O. (Aktenzeichen ... XIV .../14 L) die einstweilige Unterbringung der Betroffenen in einem geeigneten Krankenhaus bis längstens zum 31.10.2014 angeordnet. Die Entscheidung erging auf der Grundlage von § 7 Abs. 1 PsychKG S.-H. Zur Begründung hat das Amtsgericht ausgeführt, dass bei der Betroffenen eine akute maniforme Psychose mit schizomanischen Größenideen bestehe. Von der Betroffenen seien sowohl fremd- als auch eigengefährdende Handlungen zu befürchten. Passanten sei die Betroffene am 3.10.2014 in K. dadurch aufgefallen, dass sie mehrfach vor fahrende Autos und Mofas gelaufen sei. Sie habe angegeben, dass sie seit dem 26. Lebensjahr verdeckte Ermittlerin in einem Drogendezerat sei. Sie sei Kickboxerin, „Hells-Angels-Bräut“ und wöhne sich in Kiel von rollerfahrenden Rockern verfolgt. Sie sei in der Anhörung kaum zu begrenzen, distanzlos, plump vertraulich und übergriffig gewesen. Die Beschwerde der Betroffenen vom 14.10.2014 wies die Beschwerdekammer des Landgerichts Lübeck (Aktenzeichen 7T xxx/14) durch Beschluss vom 28.10.2014 zurück.

Durch Beschluss vom 31.10.2014 hat das Amtsgericht O. im Wege der einstweiligen Anordnung die vorläufige Unterbringung der Betroffenen in einer geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses bis längstens zum 12.12.2014 angeordnet. Zur Begründung hat das Amtsgericht O. ausgeführt, dass die Verlängerung der vorläufigen Unterbringung der Betroffenen am 31.10.2014 beantragt worden sei und dem Antrag zu entsprechen gewesen sei. Die Betroffene leide weiterhin unter einer schizomanischen Störung. Die vorläufige Unterbringung sei auch weiterhin notwendig, um eine Gefahr für die Betroffene sowie Dritte abzuwenden. Aufgrund der psychischen Erkrankung der Betroffenen bestehe die Gefahr, dass diese in antriebsgesteigertem und psychotisch situationsverkenndem Zustand in Konflikte mit Dritten gerate und sich und Dritte hierdurch erheblich gefährde. Die Betroffene verhalte sich derzeit erheblich sozial auffällig und distanzlos. In der Folge gerate sie in Konflikte mit Dritten. Zuletzt habe sie sich unabgesprochen vom Krankenhausgelände entfernt und sei in der Folge in tätliche Auseinandersetzungen geraten. Sie trage noch die hiervon herrührenden Würge- und Griffmale.

Durch Beschluss vom 12.12.2014 hat das Amtsgericht O. (Aktenzeichen 60 XVII xxx) die vorläufige Unterbringung der Betroffenen in einer geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses bis längstens 8.1.2015 genehmigt. Zur Begründung hat das Amtsgericht ausgeführt, dass die Betroffene an einer Polytoxikomanie bei Verdacht auf kombinierte Persönlichkeitsstörung leide. Es bestehe deshalb die Gefahr, dass die Betroffene sich erheblichen gesundheitlichen Schaden zufüge. Nach Einweisung gemäß PsychKG im Rahmen einer floriden psychotischen Symptomatik werde die Betroffene mit einem atypischen Neuroleptikum, einem Stimmungsstabilisierer sowie Sedativa behandelt. Trotz dieser Medikation sei sie weiterhin im Antriebsgesteigertem, reizoffen und nur geringfügig belastbar. Außerhalb des beschützenden Rahmens einer geschlossenen Einrichtung würde sie umgehend dekomensieren mit der Folge erneuter eigen- und fremdgefährdender Fehlhandlungen. Aufgrund der geringfügigen Belastbarkeit, auch weil die Betroffene während ihres stationären Aufenthalts mehrtätig entwichen sei, habe noch nicht mit der erforderlichen Belastungsreprobation begonnen werden können. Zum Wohle der Betroffenen sei daher eine Entscheidung im Wege der einstweiligen Anordnung gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB erforderlich.

Durch Beschluss vom 7.1.2015 hat das Amtsgericht O. (Aktenzeichen 60 XVII xxxx) die vorläufige Unterbringung der Betroffenen in einer geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses bis längstens 17.2.2015 genehmigt. Zur Begründung hat das Amtsgericht ausgeführt, dass die Betroffene an einer schizomanischen Dekompensation, einer schizoaffektiven Störung sowie an einer Polytoxikomanie leide. Die Betroffene habe am 19.12.2014 erneut einen Ausgang zur Entweichung genutzt, habe sich zunächst in H. aufgehalten und sei dann nach F. gefahren. Sie habe die nötigen Medikamente Ergenyl und Risperdal nicht mehr eingenommen und habe Drogen konsumiert. Die Betroffene sei der Behandlung gegenüber ablehnend, so dass es einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen werde, um die hinreichende Absprachefähigkeit und Stabilität herzustellen. Da die Betroffene während ihres stationären Aufenthalts seit dem 6.10.2014 zweimal Ausgänge zu Entweichungen genutzt habe, sei die Fortsetzung der Heilbehandlung derzeit ohne geschlossene Unterbringung nicht möglich. Zum Wohle der Betroffenen sei eine Entscheidung im Wege der einstweiligen Anordnung gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderlich.

Gegen den Beschluss vom 7.1.2015 wendet sich die Betroffene mit der Beschwerde vom 9.1.2015.

Das Amtsgericht O. hat der Beschwerde durch Beschluss vom 16.1.2015 nicht abgeholfen und die Sache dem Landgericht Lübeck. Der Betreuer hat in seinem Schriftsatz vom 22.1.2015 berichtet, dass die Betroffene zweimal entwichen sei und zwar in der Zeit vom 28. bis 31.10.2014 sowie vom 19.12. bis 22.12.2014.



Entsprechendes hat die Verfahrenspflegerin in ihrem Schriftsatz vom 26.01.2015 berichtet.  
Die Kammer hat den angefochtenen Beschluss über die Genehmigung der vorläufigen Unterbringung der Betroffenen bis längstens zum 17.2.2015 aufgehoben.

#### Aus den Gründen

Die zulässige Beschwerde führt zur Aufhebung des Beschlusses vom 7.1.2015.

Die Beschwerde der Betroffenen ist gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen nach den §§ 59 Abs. 1, 63 Abs. 2 Nr. 1, 64 Abs. 1, Abs. 2 FamFG zulässig.

Die Beschwerde ist auch begründet.

Der Beschluss über die einstweilige Anordnung der Genehmigung der vorläufigen Unterbringung der Betroffenen verstößt gegen § 333 Abs. 1 Satz 4 FamFG, weil die Gesamtdauer der einstweiligen Anordnung in derselben Angelegenheit von drei Monaten überschritten wurde.

Nach § 333 Abs. 1 Satz 1 FamFG darf eine einstweilige Anordnung die Dauer von sechs Wochen nicht überschreiten. Sie darf verlängert werden, auch mehrfach (§ 333 Abs. 1 S. 2, 3 FamFG). Sie darf jedoch nicht die Gesamtdauer von drei Monaten überschreiten (§ 333 Abs. 1 S. 4 FamFG).

Nach dem Wortlaut des § 333 Abs. 1 FamFG muss es sich für die Beurteilung der Gesamtdauer von drei Monaten um „eine“ einstweilige Anordnung handeln, die verlängert wird. Wegen des tiefgreifenden Eingriffs in das Grundrecht der Freiheit einer betroffenen Person gilt die Höchstfrist von drei Monaten aber auch dann, wenn vorläufige Unterbringungen in derselben Angelegenheit angeordnet worden sind.

Ist die Drei-Monats-Frist ausgeschöpft, kann das Gericht die Unterbringung in derselben Angelegenheit nicht mehr durch einstweilige Anordnung anordnen

(vgl. OLG München NJW-RR 2008, 1032; BayObLGZ 1990, 350; Schmidt-Recla in MüKo, 2. Aufl. (2013), § 333 FamFG, Rn. 5; Budde in: Keidel, 18. Aufl. (2014), § 333 FamFG, Rn. 3 ff.).

Ob es sich um dieselbe Angelegenheit handelt, kann nicht nach dem äußeren Rahmen der gerichtlichen Verfahrensführung beurteilt werden

(BayObLGZ 1990, 350).

Es kommt also nicht darauf an, ob sich eine neue gerichtliche Unterbringungsmaßnahme oder die Verlängerung unmittelbar an die vorherige Unterbringung anschließt oder ob die vorherige Unterbringungsmaßnahme durch ein Entweichen der betroffenen Person bereits abgeschlossen ist

(OLG München NJW-RR 2008, 1032)

oder ob das gerichtliche Verfahren abgeschlossen wurde, weil sich die betroffene Person vorübergehend freiwillig mit der Weiterbehandlung im Krankenhaus einverstanden erklärte, wenig später aber erneut gerichtliche Maßnahmen erforderlich werden

(BayObLGZ 1990, 350).

Einer Bewertung als dieselbe Angelegenheit steht auch nicht entgegen, wenn auf eine zunächst nach Landesrecht angeordnete einstweilige Unterbringung eine zivilrechtliche Unterbringungsmaßnahme nachfolgt

(Budde in: Keidel, 18. Aufl. (2014), § 333 FamFG, Rn. 5; Roth in: Prütting/Helms, 3. Aufl. (2014), § 333 FamFG, Rn. 6).

Maßgebend für die Beurteilung als dieselbe Angelegenheit ist vielmehr, ob nach Beendigung der vorangegangenen Maßnahme eine neue Sachlage eingetreten ist

(OLG München NJW-RR 2008, 1032).

Um dieselbe Angelegenheit handelt es sich also, wenn das Krankheitsbild der betroffenen Person im Wesentlichen unverändert geblieben ist

(vgl. Schmidt/Recla in MüKo, 2. Aufl. (2013), § 333 FamFG, Rn. 5; Budde in: Keidel, 18. Aufl. (2014), § 333 FamFG, Rn. 6 ff.; OLG München NJW-RR 2008, 1032; BayObLGZ 1990, 350).

Ist hingegen ein neues Krankheitsbild entstanden, so ist eine neue Sachlage eingetreten und handelt es sich nicht mehr um dieselbe Angelegenheit

(vgl. Schmidt/Recla in MüKo, 2. Aufl. (2013), § 333 FamFG, Rn. 5; Budde in: Keidel, 18. Aufl. (2014), § 333 FamFG, Rn. 6 ff.; OLG München NJW-RR 2008, 1032; BayObLGZ 1990, 350).

Hieran gemessen überschreiten die Beschlüsse vom 4.10.2014, 31.10.2014, 12.12.2014 und 7.1.2015 mit der durchgehend angeordneten Dauer der vorläufigen Unterbringung vom 4.10.2014 bis 17.2.2015 die Höchstfrist des § 333 Abs. 1 S. 4 FamFG von drei Monaten. Dies gilt selbst dann, wenn die acht Tage des Entweichens im Oktober bzw. Dezember 2014 vollständig bei der Berechnung der Drei-Monats-Frist herauszurechnen wären. Bei der Berechnung der Höchstfrist ist der Monat mit 30 Tagen zu rechnen, wenn die Frist durch das Entweichen der Betroffenen unterbrochen war

(vgl. § 16 FamFG in Verbindung mit § 222 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 191 BGB).

Die Betroffene war 23 Tage im Oktober 2014, 30 Tage im November und 26 Tage im Dezember 2014 vorläufig untergebracht. Die Betroffene hätte dann im Januar 2015 nur noch höchstens 11 Tage vorläufig untergebracht werden dürfen.

Den vorläufigen Unterbringungsmaßnahmen lag jeweils dasselbe Krankheitsbild der Betroffenen zugrunde, nämlich eine maniforme Psychose mit schizomanischer Symptomatik. Dies ist (auch) den Beschlüssen des Amtsgerichts vom 4.10.2014, 31.10.2014, 12.12.2014 und 7.1.2015 zu entnehmen. Der Beschluss vom 4.10.2014 benannte als Erkrankung eine akute maniforme Psychose mit schizomanischen Größenideen. Der Beschluss vom 31.10.2014 bestätigte, dass die Betroffene „weiterhin“ unter einer schizomanischen Störung leide und weiterhin der ärztlichen Behandlung bedürfe und die ursprüngliche Prognose der Unterbringungsdauer im Beschluss vom 4.10.2014 sich nicht als zutreffend erwiesen habe. In seinem Beschluss vom 12.12.2014 erklärte das Amtsgericht zwar, dass die Betroffene unter einer Polytoxikomanie bei „Verdacht auf“ kombinierte Persönlichkeitsstörung leide. Dem vom Amtsgericht in Bezug genommenen ärztlichen Attest vom 6.12.2014 lässt sich aber entnehmen, dass sich das Bild einer schizomanischen Symptomatik geboten hat. Der Beschluss vom 12.12.2014 stellte auch fest, dass die Betroffene trotz der bisherigen Medikation noch der ärztlichen Behandlung bedürfe. In seinem Beschluss vom 7.1.2015 stellte das Amtsgericht fest, dass die Betroffene unter einer schizo-manischen Dekompensation einer schizoaffektiven Störung sowie an einer Polytoxikomanie leide. Sie bedürfe der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung. Der Bewertung als dieselbe Angelegenheit stand nicht entgegen, dass die Beschlüsse vom 4.10.2014 und 31.10.2014 auf der Grundlage von § 7 PsychKG S.-H. (Eigen- und Fremdgefährdung), der Beschluss vom 12.12.2014 auf der Grundlage von § 1906 Abs. 1 Nr. 1, 2 BGB (Eigengefährdung und Erforderlichkeit einer Heilbehandlung) und der Beschluss vom 7.1.2015 auf der Grundlage von § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB (Erforderlichkeit einer Heilbehandlung) ergangen sind. Denn allen Beschlüssen lag, wie beschrieben, dasselbe Krankheitsbild zugrunde, welches über den gesamten Zeitraum behandlungsbedürftig war und ist. Der Bewertung als dieselbe Angelegenheit stand auch nicht entgegen, dass die Beschlüsse vom 12.12.2014 und 7.1.2015 gegenüber den Beschlüssen vom 4.10.2014 und 31.10.2014 die Unterbringungsmaßnahme nicht ausdrücklich verlängert haben, sondern insoweit als eigenständige einstweilige Anordnungen ergangen sind. Insoweit wird auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen.

#### PsychKG SH §§ 1 II, 7

- 1. Die Unterbringung einer Suchtkranken gegen ihren freien Willen kommt auch bei erheblicher Gefahr für die Gesundheit der Betroffenen nicht in Betracht. Die grundrechtlich geschützte Freiheit beinhaltet auch das Recht, eine auf Heilung zielende Behandlung abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt ist**
- 2. Der Begriff des freien Willens beinhaltet die Einsichtsfähigkeit eines Betroffenen und seine Fähigkeit nach dieser Einsicht zu handeln. Hierzu muss er in der Lage sein, seine Situation in ihren wesentlichen Grundzügen zu verstehen und eine Abwägung im Rahmen seines im Laufe des Lebens entwickelten Wertesystems zu tref-**

## **fen. Das Gericht ist nicht befugt, seine eigene, als für die Betroffene sinnvoll empfundene Entscheidung an die Stelle des freien Willens der Betroffenen zu setzen.**

AG Itzehoe, Beschluss vom 12. August 2015 – 86 XIV 1044 L –, Dr. Do.

Der Kreis S. hat beantragt, die Betroffene in der geschlossenen Abteilung eines Krankenhauses unterzubringen und hierüber durch einstweilige Anordnung zu entscheiden. Im Beisein des Richters erstattete die psychiatrieerfahrene Ärztin F. ein mündliches Gutachten, das sich wie folgt zusammenfassen lässt:

*„Die Betroffene leidet an einer langjährig bekannten Alkoholabhängigkeit. Derzeit besteht der Verdacht auf eine Wernicke-Enzephalopathie. Die Betroffene hat auch eine Hypokaliämie, d.h. die Normwerte ihres Kaliumgehaltes im Blut sind deutlich unterschritten. Gestern wurde sie von ihrem Hausarzt in das Krankenhaus geschickt, weil sie neurologische Ausfallerscheinungen hatte. Seit drei Tagen ist ihr Allgemeinzustand verschlechtert. Sie ist gang- und standunsicher. Der Hausarzt hatte den Verdacht auf einen Schlaganfall. In der Neurologie, die die Betroffene zunächst aufgenommen hatte, wurden neurologische Defizite festgestellt, die auf eine Wernicke-Enzephalopathie hindeuten. Dies ist nicht nur die Gang- und Standunsicherheit, sondern auch eine Sehstörung, die die Betroffene hat. Sie drängte dann aber nach nur kurzer Aufnahme bei den Neurologen wieder nach Hause. Die Neurologie war der Auffassung, die Betroffene müsste gegen ihren Willen im Krankenhaus bleiben. So wurde sie heute Nacht auf die geschlossene Psychiatrie verlegt. Eine vorläufige Unterbringung wurde durch das Gesundheitsamt angeordnet. Die Betroffene ist nicht krankheitseinsichtig. Sie ist zur Person orientiert, örtlich ist sie wechselhaft orientiert, zeitlich ist sie teilweise orientiert, situativ ist sie kaum orientiert, d.h. sie versteht nicht, warum sie im Krankenhaus ist. Gefährlich ist, dass die Betroffene Herzrhythmusstörungen hat, vermutlich infolge der Hypokaliämie. Wir müssen ihr kaliumsubstituierende Infusionen geben. Es ist wegen der Sehstörung und der Gangunsicherheit dringend eine Diagnostik nötig. Zudem vermuten wir eine Mangelernährung. Die Betroffene war zwar schon immer sehr schlank, das soll aber in letzter Zeit noch deutlich schlimmer geworden sein. Wir vermuten, dass die Betroffene in den letzten Tagen zu wenig gegessen hat, aber an ihrem Alkoholkonsum festgehalten hat. Wir haben auch stark erhöhte Leberwerte feststellen können. Wegen der entgleisten Kaliumwerte und der Herzrhythmusstörungen, aber auch wegen der Gangunsicherheit, halten wir es für dringend erforderlich, dass die Betroffene noch im Krankenhaus bleibt. Wir halten sie für akut gesundheits- oder sogar lebensgefährdet.“*

In ihrer persönlichen Anhörung hat die Betroffene angegeben, dass sie über eine lange Zeit große Mengen Alkohol konsumiert habe, dass sie die Menge aber schon seit längerem eingeschränkt habe. Ihre Gangunsicherheit führt die Betroffene auf Kreislaufstörungen zurück, die sie auch schon länger und öfter hatte, insbesondere beim schnellen Aufstehen. Dies komme auch durch ihr starkes Rauchen. Eine größere Gewichtsabnahme hat die Betroffene in Abrede gestellt. Sie sei schon immer sehr dünn gewesen.

Des Weiteren hat die Betroffene in ihrer persönlichen Anhörung angegeben, sie wolle nicht im Krankenhaus bleiben. Ihre Ausfallerscheinungen können auch am Rauchen liegen. Sie sei sich des Risikos bewusst, wenn sie auf Entlassung dränge. Sie wisse von den Herzrhythmusstörungen und dass diese lebensgefährlich sein können. Sie wolle dieses Risiko aber eingehen. Auf Nachfrage des Richters hat die Betroffene angegeben, dass sie nicht wirklich erklären könne, dieses Lebensrisiko eingehen zu wollen. Sie fühle sich aber in der Atmosphäre im Krankenhaus unwohl. Sie lehne das Krankenhaus ohnehin ab. „Alles störe sie“. Zuhause fühle sie sich hingegen wohl.

Die Gutachterin hat daraufhin die Betroffene darüber aufgeklärt, dass bei einem Abbruch der Infusionen und einem sofortigen Gehen die Herzrhythmusstörungen wieder auftreten würden. Der im Moment deutlich verbesserte Kaliumwert würde wieder abfallen.

Die Betroffene hat erklärt, dies sei ihr klar und bewusst. Ihr sei auch klar, welche Konsequenzen ihr Verhalten haben könne. Schließlich hat die Betroffene angegeben, noch freiwillig im Krankenhaus bleiben zu wollen, hat aber deutlich gemacht, dass hier allenfalls eine Perspektive von sehr wenigen Tagen für sie überhaupt in Betracht kommt. Sie hat sich vorbehalten, sich jederzeit auf eigenen Wunsch entlassen zu lassen. Orientierungsstörungen, wie im ärztlichen Gutachten angegeben, waren in der persönlichen Anhörung nicht feststellbar.

Die Anhörung der Betroffenen fand im Beisein des Ehemannes der Betroffenen statt, der befürwortet hat, dass die Betroffene noch im Krankenhaus bleibt.

Das Amtsgericht hat im Ergebnis den Antrag des Kreises S. auf Unterbringung der Betroffenen in der geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses abgelehnt.

### *Aus den Gründen*

Der Antrag des Kreises S. ist zulässig. Ihm konnte jedoch in der Sache nicht entsprochen werden.

Es liegen zwar die Voraussetzungen für eine Unterbringung der Betroffenen nach dem Wortlaut des § 7 des PsychKG vor. Bei der lediglich sich selbst gefährdenden Betroffenen kommt eine Unterbringung gegen ihren freien Willen aber nicht in Betracht.

Nach § 7 PsychKG können psychisch kranke Menschen gegen oder ohne ihren Willen in einem geeigneten Krankenhaus untergebracht werden, wenn und solange sie infolge ihrer Krankheit ihr Leben, ihre Gesundheit oder Rechtsgüter anderer erheblich gefährden und die Gefahr nicht anders abgewendet werden kann.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Betroffene ist psychisch krank. Unter den Begriff der psychischen Krankheit in § 1 PsychKG, der sich in § 7 PsychKG wiederfindet, ist nach des-

sen Legaldefinition im § 1 Abs. 2 PsychKG auch eine Abhängigkeit von Rauschmitteln zu subsumieren. Eine Suchterkrankung, nämlich eine Alkoholerkrankung, liegt bei der Betroffenen nach den Erkenntnissen des Gerichts in jedem Fall vor. Wegen der körperlichen Erkrankungen der Betroffenen besteht auch eine Gesundheits- oder sogar Lebensgefahr, wenn die Betroffene entlassen wird. Infolge der entgleisten Kaliumwerte und der neurologischen Ausfallerscheinungen besteht die Gefahr, dass die Betroffene infolge von Herzrhythmusstörungen stirbt oder sich infolge von Ausfallerscheinungen erheblich verletzt.

Ob eine Kausalität zwischen der Suchterkrankung der Betroffenen und der Gefahr im Fall einer Entlassung hergestellt werden kann, ist fraglich. Zwar sprechen durchaus Anhaltspunkte dafür, dass bei der Entscheidung der Betroffenen, einen längeren Krankenhausaufenthalt abzulehnen, auch Aspekte ihrer Suchterkrankung eine Rolle gespielt haben könnten. Dies kann das Gericht jedoch nicht mit der notwendigen Sicherheit feststellen.

Das Gericht kann die Kausalität aber auch dahinstehen lassen, da eine Unterbringung wegen Selbstgefährdung gegen den freien Willen der Betroffenen ohnehin nicht in Betracht kommt. Denn die grundrechtlich geschützte Freiheit schließt gerade auch die Freiheit zur Krankheit ein und damit das Recht, eine auf Heilung zielende Behandlung abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt ist

(zuletzt BVerfG, Kammerbeschluss vom 14. Juli 2015 – 2 BvR 1549/14, 2 BvR 1550/14 bei juris, grundlegend BVerfGE 128, 282; 304 mwN);

dies beinhaltet auch die Entscheidung über den Verbleib im Krankenhaus.

Die Betroffene hat hier nach der Überzeugung des Gerichts ihren freien Willen gebildet. Die Betroffene hat sich in vollem Bewusstsein darüber, welches Risiko sie mit einer Entlassung eingeht, dafür entschieden, nicht im Krankenhaus bleiben zu wollen. Damit hat sie von ihrer Entscheidungsfreiheit über die ihrer Disposition unterliegenden Rechtsgüter – über ihre Gesundheit und ihr Leben – Gebrauch gemacht. Es steht dem Gericht nicht zu, die zur freien Willensbildung fähige Betroffene vor sich selbst zu schützen.

Dass die Betroffene in der Lage ist, einen freien Willen zu bilden, steht für das Gericht außer Zweifel: Der Begriff des freien Willens beinhaltet die Einsichtsfähigkeit der Betroffenen und deren Fähigkeit nach dieser Einsicht zu handeln. Freie Willensbildung ist ausgeschlossen, wenn ein Betroffener nicht im Stande ist, seinen Willen unbeeinflusst von der vorliegenden psychischen Erkrankung zu bilden und danach zu handeln. Hierzu muss ein Betroffener in der Lage sein, seine Situation in ihren wesentlichen Grundzügen zu verstehen und eine Abwägung im Rahmen seines im Laufe des Lebens entwickelten Wertesystems zu treffen. Dazu muss der Betroffene die Folgen der Behandlung und Nichtbehandlung überschauen und evtl. auch erst später eintretende Folgen antizipieren können. Ein Betroffener muss also krankheitseinsichtig sein, d.h. er muss sich der Krankheit bewusst sein und muss deren Folgen im Groben abschätzen können. Und er muss auch eine Abwägung zwischen den Nachteilen des Krankenhausaufenthaltes, eventuellen Nebenwirkungen der Behandlung und dem Risiko der Nichtbehandlung der Erkrankung vornehmen können. Dabei dürfen weder infolge der psychischen Erkrankung die kognitive Voraussetzungen der Erkenntnis und der Intentionsbildung beeinträchtigt sein, noch die motivationalen Voraussetzungen der Willensbildung verändert sein, indem durch die Erkrankung der Zugang zu Wertvorstellungen verstellt wird oder Wertgefüge oder affektive Grundlagen von Entscheidungsprozessen verformt werden.

Bei der Betroffenen hat aus Sicht des Gerichts eine freie Willensbildung stattgefunden. Dabei mag es bei der Beurteilung der eigenen gesundheitlichen Situation eine gewisse Bagatellisierungstendenz bei der Betroffenen gegeben haben. Gleichwohl ist das Gericht davon überzeugt, dass die Betroffene den Ernst der Situation erkannt hat und die Gefahren hinnehmen möchte, um nicht länger im Krankenhaus

zu bleiben. Warum sich die Betroffene so entscheidet, hat für das Gericht außer Betracht zu bleiben. Denn das Gericht ist nicht befugt, seine eigene, als für die Betroffene sinnvoll empfundene Entscheidung an die Stelle des freien Willens der Betroffenen zu setzen. Es gibt jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ablehnung des Krankenhausaufenthalts einer die freie Willensbildung ausschließenden Erkrankung, etwa einer Angststörung oder eines unbeherrschbaren Suchtdrucks,

entspricht. Auch eine Beeinträchtigung der motivationalen Voraussetzungen der freien Willensbildung durch die Erkrankung der Betroffenen war für das Gericht nicht erkennbar. Der Betroffenen ist deshalb die Freiheit zur Krankheit zuzugestehen. Denn diese Freiheit endet nicht einmal dort, wo es um lebensbedrohliche Zustände geht (die hier zwar möglich erscheinen, akut aber nicht vorliegen). Der Antrag musste also im Ergebnis zurückgewiesen werden.

## Familienrecht

### BGB § 1361

- 1. Hat der selbständig tätige Unterhaltsberechtigte die vollständigen Einnahme- und Überschussrechnungen mit Kontennachweisen sowie die vollständigen Steuerbescheide für den Unterhaltszeitraum vorgelegt, genügt er damit grundsätzlich seiner Darlegungslast.**
- 2. Es ist dann grundsätzlich Sache des Unterhaltsschuldners, die in den Einnahme- und Überschussrechnungen aufgeführten Einzelpositionen substantiiert zu bestreiten. Nur wenn ein solches substantiiertes Bestreiten vorliegt, ist der Unterhaltsberechtigte gehalten, weiteren substantiierten Vortrag und gegebenenfalls Beweisanztritt zu erbringen.**

SchlHOLG, 2. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 6. Januar 2015, 10 UF 75/14 (rkr.) – Sp.

Die Ast.in begehrt Trennungsunterhalt für die Zeit vom 1. August 2008 bis zur Rechtskraft der Scheidung. Die Beteiligten heirateten am 13. Mai 2000. Aus der Verbindung sind keine Kinder hervorgegangen. Die Beteiligten leben seit Juli 2008 getrennt. Mit Urteil des Amtsgerichts – Familiengericht – Schwarzenbek vom 27. April 2010 wurden die Eheleute geschieden. Das Urteil ist seit dem 16. September 2010 rechtskräftig.

Mit natürlichem Schreiben vom 29. August 2008 forderte die Ast.in den Ag. zur Auskunft über seine Einkünfte auf.

Die Beteiligten sind Eigentümer der Gesamtimmobilie R. in E., die in zwei Wohnungseigentumsanteile aufgeteilt ist. In dem der Ast.in gehörenden Wohnungseigentumsanteil baute diese in der Ehezeit eine Krankengymnastische Praxis auf. In der Zeit von Mitte 2006 bis Anfang 2009 arbeitete die Ast.in nicht vollständig in ihrer Krankengymnastikpraxis, sondern verbrachte ihre Zeit zum Teil in Indien, während die Praxis von den Mitarbeitern der Ast.in weitergeführt wurde.

In den Jahren 2004 und 2005 erzielte die Ast.in mit der Krankengymnastikpraxis Gewinne von jährlich zwischen 20 000,00 € und 30 000,00 €, 2006 noch knapp 20 000 €. 2007 bis 2010 lagen die Gewinne zwischen 1176 und 8501 €.

Der Ag. zog im Juli 2008 aus der Wohnung aus und zog nach H. Er arbeitet bei der Firma A. und erzielte Bruttoeinkünfte von rd. 85 000 €/jährlich.

Die Ast.in hat behauptet, sie habe Mitte des Jahres 2006 mit Einverständnis des Ag. ein Studium der Vedischen Medizin in Indien aufgenommen, das bis Januar 2012 habe dauern sollen. Die Studiendauer sei dem Ag. von Anfang an bekannt gewesen. Anfang 2009 habe sie sich entschieden, die Krankengymnastik-Praxis zu behalten und habe eine Praxisstruktur ausgearbeitet mit dem Ziel eines Neubeginns Ende 2009/Anfang 2010.

Der Ag. hat behauptet, die Ast.in habe ihn 2005/2006 mit ihrer Absicht, nach Indien zu gehen, konfrontiert. Das „Studium“ an der Seelen-Universität in Indien habe ein Jahr dauern sollen. Die Ast.in habe sich berufliche Vorteile von diesem Studium versprochen. Tatsächlich habe dieses „Studium“ mit der beruflichen Fortbildung der Ast.in gar nichts zu tun. Vielmehr sei die Ast.in einem „Guru“ aufgefressen. Als sie nach 1-jährigem Aufenthalt in Indien im Juli 2007 nach Deutschland zurückgekehrt sei, habe sie ihm erzählt, dass sie zukünftig weiter einen wesentlichen Teil ihrer Zeit in Indien zu verbringen gedenke.

Das Amtsgericht hat der Ast. Trennungsunterhalt nicht im beantragten Umfang zugesprochen und teilweise fiktives Einkommen berücksichtigt. Dagegen wenden sich beide Beteiligten mit ihren Beschwerden.

### Aus den Gründen

Die nach den §§ 117, 58 ff. FamFG statthaften und im Übrigen zulässigen Beschwerden der Beteiligten haben jeweils in geringem Umfang Erfolg.

**1.** Entgegen der Annahme des Familiengerichts ist auf das Verfahren nicht die ZPO in der bis zum 31.8.2009 geltenden Fassung anzuwenden, sondern das FamFG.

Denn die Einreichung eines Antrages auf Prozesskostenhilfe – hier am 31. Juli 2009 – genügt nicht für die Einleitung des Verfahrens im Sinne des Art. 111 Abs. 1 S. 1 FGG-RG

(vgl. BGH FamRZ 2012, 793).

Maßgebend ist für diesen Fall dann die Zustellung des Antrages, die am 25. Juni 2010, mithin weit nach Inkrafttreten des FamFG, erfolgt ist.

Allerdings ergeben sich daraus keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der jeweiligen Rechtsmittel, da zu Gunsten der

Beteiligten jeweils der Meistbegünstigungsgrundsatz anzuwenden ist

(BGH aaO).

Der Senat ist aber gehalten, das Beschwerdeverfahren nach dem richtigen Verfahrensrecht – hier dem FamFG – fortzuführen.

**2.** Für den Zeitraum August 2009 bis einschließlich Dezember 2009 ergibt sich ein über die Entscheidung des Familiengerichts hinausgehender Trennungsunterhaltsanspruch der Ast.in in Höhe von 425,00 €. Auf diesen Betrag sind der Ast.in die beantragten Zinsen ab Rechtshängigkeit zuzusprechen. Für den Monat Juli 2009 und für den Zeitraum Januar 2010 bis zum 15. September 2010 schuldet der Ag. niedrigere Trennungsunterhaltsbeträge als das Familiengericht errechnet hat.

Die Ast.in kann gemäß § 1361 Abs. 1 S. 1 BGB den nach den Lebensverhältnissen und den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Beteiligten angemessenen Unterhalt verlangen. Ein Getrenntleben der Beteiligten im Unterhaltszeitraum ab August 2008 ist im Sinne des § 1567 BGB unstrittig gegeben.

Die Lebensverhältnisse der Beteiligten werden durch die Einkommen der Eheleute bestimmt

(BGH FamRZ 2012, 1201).

Die Bedarfsbemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen ist als Teilhabe an einer dynamischen Entwicklung zu verstehen, die Änderungen sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht erfahren kann. Der Trennungsunterhalt wird daher grundsätzlich nach dem jeweiligen Stand der wirtschaftlichen Verhältnisse bemessen, an deren Entwicklung bis zur Scheidung die Beteiligten gemeinschaftlich teilhaben. Die sich aus der Fortschreibung der maßgebenden Verhältnisse ergebenden Folgen wirken sich in der Trennungszeit aus, denn bei Weiterführung der Ehe hätte der andere Beteiligte wirtschaftliche Änderungen ebenfalls mittragen müssen. Maßgeblich für die Bedarfsbemessung und die Berechnung des Trennungsunterhalts sind die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten in dem Zeitraum, für den Trennungsunterhalt verlangt wird

(vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 23. Oktober 2014 – 14 UF 109/12 –, juris).

Für die im Rahmen der Bedarfsbemessung maßgebenden wirtschaftlichen Verhältnisse hat die Ast.in die Darlegungs- und Beweislast. Dies gilt auch für ihre Bedürftigkeit.

Soweit der Ag. in diesem Zusammenhang der Auffassung ist, dass der Ast.in schon deshalb kein Anspruch auf Trennungsunterhalt zustehe, da sie ihre Bedürftigkeit nicht hinreichend dargetan habe, folgt der Senat dieser Argumentation nicht.

Die Ast.in hat ihre Darlegungspflicht mit der Vorlage sämtlicher Einnahme- und Überschussrechnungen nebst Kontennachweisen für den Unterhaltszeitraum sowie der Vorlage sämtlicher im Unterhaltszeitraum ergangener Steuerbescheide grundsätzlich zunächst einmal erfüllt.

Der Umfang des von der Ast.in im Rahmen ihrer Darlegungslast zu fordernden Vortrages bestimmt sich im Rahmen des Unterhaltsrechts grundsätzlich nach der ihr ohnehin obliegenden Auskunftspflicht

(vgl. Wendl/Dose, Unterhaltsrecht, 8. Auflage 2011, § 6 Rn. 742 f.).

Die Ag.in ist als Selbstständige im Rahmen ihrer Auskunftspflicht zunächst nur verpflichtet, ihre vollständigen Einnahme- und Überschussrechnungen mit Kontennachweisen sowie die vollständigen Steuerbescheide für den relevanten Zeitraum vorzulegen



(vgl. Wendl/Kemper, Unterhaltsrecht, 8. Auflage 2011, § 1 Rn. 428, 429; OLG Saarbrücken, Urteil vom 29.3.2006 – 9 UF 5/05 –, juris, Rn. 123).

Nur wenn der andere Beteiligte es ausdrücklich verlangt, sind weiter Unterlagen wie z. B. die Steuererklärungen vorzulegen (vgl. Wendl/Dose, Unterhaltsrecht, 8. Auflage 2011, § 1 Rn. 1181).

Es ist dann weiter Sache des Ag., die dort enthaltenen Angaben substantiiert zu bestreiten

(vgl. Wendl/Kemper, Unterhaltsrecht, 8. Auflage 2011 § 1 Rn. 430; Wendl/Dose, Unterhaltsrecht, 8. Auflage 2011 § 6 Rn. 742 ff; OLG Saarbrücken aaO Rn. 123; AG Köln, Urteil vom 3.4.2007 – 318 F 55/05 –, juris, Rn. 49).

Nur wenn ein solches substantiiertes Bestreiten vorliegt, ist die Ast.in gehalten, insoweit weiteren substantiierten Vortrag zu erbringen.

Im vorliegenden Fall fehlt es schon an einem substantiierten Bestreiten des Ast. Der Ast. beschränkt sich in seinem Schriftsatz vom 31. Juli 2014 unter 3. lediglich darauf, die Positionen Personalkosten, Raumkosten, Fahrzeugkosten, Reisekosten, Unternehmer, Abschreibung, Pferdekosten in allen Jahren zu bestreiten. Dieses pauschale Bestreiten ist aufgrund der fehlenden Substantiierung von vornherein unbeachtlich. Soweit der Ag. substantiiert die Raumkosten und die Nebenkosten bestritten hat, hat die Anhörung der Ast.in im Termin zur Überzeugung des Senats ergeben, dass keine Anhaltspunkte für den fehlerhaften Ansatz von Aufwendungen gegeben sind. So hat die Ast.in im Termin glaubhaft und substantiiert die entstandenen Raumkosten dargelegt. Weiterhin hat sie auch nachvollziehbar und substantiiert dargetan, dass sie lediglich Stromkosten in Abzug gebracht hat.

Rechtlich fehlt es der Ag. in seiner Auffassung, dass einfaches Bestreiten nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen ausreichend sei. Diese Rechtsauffassung ist in dieser Pauschalität nicht korrekt. Denn die Erklärungslast ist in Bestehen und Umfang davon abhängig, wie die darlegungspflichtige Partei vorgetragen hat. Einfaches Bestreiten genügt lediglich, wenn zwar alle zur Begründung des behaupteten Rechts erforderliche Tatsachen vorgetragen, aber nicht näher konkretisiert wurden. In diesem Fall kann der Gegner sich auf einfaches Bestreiten beschränken

(BGH NJW 1995, 3311).

Erfüllt hingegen die darlegungspflichtige Partei ihre Substantiierungslast, muss sich grundsätzlich auch der Gegner substantiiert äußern

(Zöller/Greger, ZPO, 30. Auflage 2014, § 138 Rn. 8a).

Wird trotz entsprechender Substantiierung weiter lediglich einfach bestritten, ist dieses Bestreiten rechtlich unbeachtlich (vgl. BGH NJW RR 1989, 900 Rn. 28 ff.).

Auch die persönliche Anhörung des Ag. durch den Senat führte zu keiner weiteren Substantiierung des Bestreitens. Vielmehr war es so, dass nach intensiver Nachfrage durch den Senat der Ag. einen erheblichen Teil der Angaben der Ast.in bestätigte.

**3.** Im Rahmen der Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse geht der Senat im unterhaltsrechtlich relevanten Zeitraum fast durchgehend von den Einkommensverhältnissen des Ag. aus, die in der familiengerichtlichen Entscheidung ausführlich dargestellt wurden. Diese Einkommensverhältnisse des Ag. sind im Beschwerdeverfahren nicht substantiiert angegriffen worden.

Eine Korrektur hat nur insoweit zu erfolgen, als die Einkünfte aus der im Jahre 2009 erworbenen Eigentumswohnung des Ag. im D. in R. nicht zu berücksichtigen sind. Der Ag. hat substantiiert vorgetragen, dass er diese Eigentumswohnung erst am 25. Mai 2009 – mithin nach Trennung – erworben hat. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Ast.in hat es in diesem Zusammenhang nicht vermocht, die Prägung der ehelichen Lebensverhältnisse durch die Mieteinkünfte aus dieser Eigentumswohnung ausreichend darzutun. Denn grundsätzlich sind Einkünfte aus Vermögen, das nach Trennung der Beteiligten erworben wurde, und dessen Erwerb nicht in sonstiger Weise in der Ehe angelegt war, bei der Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht zu berücksichtigen

(Wendl/Gerhardt, Unterhaltsrecht, 8. Auflage 2011, § 4 Rn. 600).

Die Ast.in hat nicht dargetan, dass schon während des Zusammenlebens der Beteiligten die Einkünfte in der Ehe angelegt oder vorhersehbar gewesen wären.

Zutreffend rügt der Ag. weiter, dass die Steuererstattung aus dem Steuerbescheid für das Jahr 2009 vom 23. November 2010 nicht vollumfänglich berücksichtigt werden kann. Denn soweit die Steuererstattung auf Ausgabenpositionen beruht, die unterhaltsrechtlich nicht berücksichtigt werden können, kann auch eine daraus resultierende Steuererstattung kein unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen darstellen

(vgl. Wendl/Gerhardt, Unterhaltsrecht, 8. Auflage 2011, § 1 Rn. 459, 1018; Leitlinien OLG Schleswig Punkt 1.7).

Verluste aus Vermietung und Verpachtung sind hier im Rahmen der Unterhaltsberechnung nicht anzuerkennen, da es sich insoweit um eine einseitige Vermögensbildung des Ag. handelt

(vgl. Wendl/Gerhardt, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 459).

Somit ist der Senat gehalten, soweit die Steuererstattung aus diesen Verlusten aus Vermietung und Verpachtung resultiert, eine fiktive Steuerberechnung durchzuführen. Nach der Berechnung des Senats reduziert sich dann die Steuererstattung, die im Jahre 2010 in Ansatz zu bringen ist, von 7700,34 € auf 2029,68 €, mithin 169,14 € monatlich.

**4.** Auf Seiten der Ast.in hält der Senat grundsätzlich daran fest, dass diese vor Ablauf des Trennungsjahres keine Verpflichtung zur Aufnahme oder Ausweitung einer entsprechenden Erwerbstätigkeit trifft

(vgl. Palandt/Brudermüller, BGB, 74. Aufl. 2015, § 1361 Rn. 13; Leitlinien OLG Schleswig Punkt 17.2).

Ausweislich der persönlichen Anhörung der Ast.in im Termin hat diese im Jahre 2006 ein „Studium“ für indische Heilkunst in Indien aufgenommen. Nach den glaubhaften und nachvollziehbaren Angaben der Ast.in ist der Senat davon überzeugt, dass sie jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Trennung dieses Studium auch vollschichtig absolviert hat. Für den Zeitraum danach hat die Ast.in dem Senat glaubhaft und nachvollziehbar dargelegt, dass sie dieses Studium derart absolviert hat, dass sie sich wenige Wochen vor Ort in Indien aufgehalten und dann im Übrigen insoweit ein „Fernstudium“ absolviert hat. Soweit der Ag. dies in Abrede stellt, ist dieses Bestreiten zum einen unsubstantiiert und damit prozessual irrelevant und zum andern rechtlich unerheblich. Insoweit ist der Senat der Auffassung, dass der Ag. sich an seinem eigenen Vortrag im Scheidungsverfahren

(AG Schwarzenbek, Az.: 23 F 252/09; Schriftsatz vom 3. April 2009)

festhalten lassen muss, demzufolge die Ast.in auch nach der Trennung längere Zeit in Indien gewesen sei, vgl. §§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG i.V.m. § 85 Abs. 1 S. 2 ZPO.

Weiterhin hat die persönliche Anhörung des Ag. im Termin zur Überzeugung des Senats ergeben, dass er jedenfalls nach eigener Wahrnehmung bis zum Anfang des Jahres 2008 bestätigen kann, dass die Ast.in dieses „Studium“ absolviert hat.

Soweit der Ag. dies für den Zeitraum danach in Abrede stellt, ist dieses Bestreiten aufgrund des substantiierten und glaubhaften Vortrages der Ast.in für den Senat widerlegt. Im Übrigen ist es auch rechtlich irrelevant, da die Ast.in jedenfalls bis zum Ablauf des Trennungsjahres im Sommer 2009 keine Verpflichtung zur Aufnahme bzw. Ausweitung einer Erwerbstätigkeit trifft. Soweit der Ag. diesen Grundsatz im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung bringen will, vermag der Senat die besonderen Umstände des Einzelfalls, die eine Abweichung von diesem Grundsatz gebieten, nicht zu erkennen. Insbesondere sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Ag. als eher großzügig zu beurteilen, so dass eine besondere wirtschaftliche Notwendigkeit, dass die Ast.in schon vorher eine Erwerbstätigkeit im vollen Umfang aufnimmt, nicht gegeben ist.

Nach Ablauf des Trennungsjahres ist der Senat allerdings der Auffassung, dass die Ast.in eine vollschichtige Erwerbsobliegenheit trifft. Insbesondere geht der Senat nicht davon aus, dass die Ast.in berechtigt gewesen ist, ihr „Studium“ in In-

dien weiter fortzusetzen und somit ihre Arbeitskraft nur eingeschränkt für ihre selbstständige Tätigkeit zur Verfügung zu stellen.

Denn dies hätte zur Voraussetzung gehabt, dass noch während intakter Ehe beide Ehegatten sich über eine mehrjährige Zusatzausbildung einig gewesen wären. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Ast.in hat eine insoweit fortwirkende Vereinbarung der Ehegatten weder dartin noch beweisen können. Auch die Voraussetzungen eines Ausbildungsunterhaltsanspruchs (vgl. § 1575 BGB) sind nicht ersichtlich, da die in Indien durchgeführte Zusatzausbildung der Ast.in in Deutschland nicht anerkannt wird und im Übrigen auch in den Vergütungsordnungen zu keiner höheren Vergütung im Rahmen ihrer selbstständigen Tätigkeit führt.

Soweit das Familiengericht die Ast.in ab August 2009 zur Aufgabe ihrer selbstständigen Tätigkeit und zur Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung verpflichtet hält, teilt der Senat diese rechtliche Bewertung nicht.

Insbesondere besteht eine Verpflichtung zur Aufgabe einer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig erst nach einer Übergangsfrist von zwei bis drei Jahren, wenn und soweit sich eine selbstständige Tätigkeit als nicht hinreichend ertragsreich erweist

(vgl. u.a. für Kindesmindestunterhalt OLG Düsseldorf, FamFR 2013, 1383).

Bloße Gründungs- und Übergangsschwierigkeiten verpflichten noch nicht zu einem Berufswechsel

(Niepmann Schwamb, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 12. Auflage, Rn. 723).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze besteht jedenfalls in dem hier relevanten Zeitraum keine Verpflichtung der Ast.in zur Aufgabe ihrer selbstständigen Tätigkeit. Dagegen spricht im Übrigen auch, dass nach eigenem Vortrag der Ast.in sich ihre selbstständige Tätigkeit deutlich positiv entwickelt hat.

Allerdings rechnet der Senat der Ast.in für den Zeitraum ab Juli 2009 einen durchschnittlichen Monatsverdienst aus selbstständiger Tätigkeit in Höhe von 1169,22 € und für das Jahr 2010 in Höhe von 1629,96 € zu. In diesem Zusammenhang geht der Senat davon aus, dass jedenfalls ab Ablauf des Trennungsjahres und unter Berücksichtigung einer angemessenen Anlaufphase die Ast.in für die zweite Hälfte des Jahres 2009 in der Lage gewesen wäre, Einkünfte in Höhe eines Durchschnittswertes zwischen dem im Jahr 2006 erzielten und den Einkünften des Jahres 2009 zu erzielen. Im Jahre 2010 geht der Senat davon aus, dass die Ast.in bei entsprechenden Erwerbsebenen in der Lage gewesen wäre, Einkünfte in Höhe der im Jahre 2006 erzielten Gewinne zu erzielen.

5. Soweit sich die Ast.in zum Teil höherer Unterhaltsforderungen berührt, ist zu berücksichtigen, dass die Ast.in ihre Unterhaltsforderung in der Antragschrift bereits beziffert hat und erst nach Abschluss des Unterhaltszeitraums im Jahre 2010 und in der Beschwerdeinstanz zum Teil höhere Beträge gefordert wurden.

Dies ist unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 1613 BGB nicht möglich. Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass wenn und soweit der Unterhaltsberechtigte seinen Unterhaltsanspruch bereits beziffert hat, er rückwirkend keinen höheren Unterhalt verlangen kann

(BGH FamRZ 2013, 109).

Denn soweit der Unterhaltsberechtigte seinen Unterhaltsanspruch nach Auskunftserteilung beziffert hat, ohne sich zugleich vorzubehalten, den Anspruch ggf. im Hinblick auf noch nicht erteilte Auskünfte zu erhöhen, braucht der Unterhaltspflichtige nur noch mit einer Inanspruchnahme in der bezifferten Höhe zu rechnen

(BGH aaO, Rn. 42).

Ein insoweit notwendiger Erweiterungsvorbehalt findet sich in der Antragschrift nicht. Die bloße Erwähnung des Umstandes, dass die bisher erteilten Auskünfte nicht vollständig sind, genügt nicht

(vgl. Finke, FamRZ 2013, 114).

Somit ist der Trennungunterhaltsanspruch der Ast.in auf die bereits in der Antragschrift bezifferten Beträge nach oben hin begrenzt.

Da auf Seiten des Ag. sowohl Einkünfte aus Erwerbstätigkeit sowie Einkünfte aus Nichterwerbstätigkeit vorliegen, sind im Rahmen der Unterhaltsberechnung bei der Berechnung des Erwerbstätigenbonus zunächst die Verbindlichkeiten, die eindeutig der Erwerbstätigkeit zugerechnet werden können, von den Erwerbseinkünften abzuziehen. Unter Berücksichtigung des Prinzips der Bonusbegrenzung ist für den Fall, dass das verfügbare Gesamteinkommen geringer ist als das Erwerbseinkommen der Erwerbstätigenbonus aus dem verfügbaren Gesamteinkommen zu ermitteln

(vgl. Wendl/Gutdeutsch, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. 2011, § 4 Rn. 827, 830, 833).

6. Der Hilfsantrag der Ast.in hat in der Sache keinen Erfolg. Der Ast.in fehlt für die durch Zahlungen nach dem SGB II auf die Arbeitsgemeinschaft Herzogtum Lauenburg übergebenen Unterhaltsansprüche die Aktivlegitimation. Es ist ein Anspruchsübergang auf die Arbeitsgemeinschaft Herzogtum Lauenburg in Höhe der tatsächlich geleisteten Zahlungen nach dem SGB II eingetreten. Dies gilt auch für den Fall, wenn - wie hier nur eine vorläufige Bewilligung von Leistungen erfolgt ist. Denn nach ganz herrschender Meinung ist im Rahmen des SGB II die Rechtmäßigkeit der Leistungsgewährung nicht Voraussetzung für einen Anspruchsübergang

(vgl. u. a. Grothe/Seifert in jurisPK-SGB II 3. Auflage 2012, § 33 Rn. 33 ff.).

Der Senat schließt sich insoweit der auch vom Sozialgericht Lübeck in den anhängigen Rückforderungsverfahren vertretenen Rechtsauffassung an.

Auch eine Antragsumstellung auf Zahlung an die Arbeitsgemeinschaft Herzogtum Lauenburg nach den §§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG i. V. m. § 265 Abs. 2 ZPO kommt nicht in Betracht.

Rechtshängig ist der Unterhaltsanspruch der Ast.in erst durch Zustellung des Antrages am 25. Juni 2010 geworden. Die Leistungen nach dem SGB II erfolgten durchgehend vor der Rechtshängigkeit des Antrages. Deshalb ist eine Antragsumstellung nach den §§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG i. V. m. § 265 Abs. 2 ZPO nicht möglich, da diese Norm nur den Anspruchsübergang nach Rechtshängigkeit erfasst

(vgl. Soyka, FuR 2012, 657).

Für den Monat Juli 2009 ist entgegen der Annahme des Familiengerichts ein Anspruchsübergang in Höhe von 347,03 € aufgrund der Leistungen nach dem SGB II an die Ast.in zu berücksichtigen. Denn ausweislich des Bewilligungsbescheides vom 8. August 2009 hat die Ast.in ab dem 2. Juli 2009 Leistungen nach dem SGB II bis einschließlich November 2009 erhalten.

Unter Berücksichtigung der ausgeführten Grundsätze ergibt sich für den Zeitraum 1. August 2008 bis einschließlich 15. September 2010 nachfolgende Unterhaltsberechnung... (wird ausgeführt)

## **BGB §§ 428, 430, 1612 b I; EStG § 64 I**

- 1. Beim echten Wechselmodell steht den Kindeseltern das Kindergeld intern hälftig zu und es kann ein Ausgleich über den familiengerichtlichen Ausgleichsanspruch erfolgen.**
- 2. Die isolierte Geltendmachung des Kindergeldausgleichs beim echten Wechselmodell ist zulässig.**

SchlHOLG, 3. Familiensenat, Beschluss vom 21. Januar 2015 – 12 UF 69/14 –, Mö.

Anmerkung: Die zugelassene Rechtsbeschwerde ist beim BGH unter dem Az.: XII ZB 45/15 anhängig

Die Beteiligten sind getrennt lebende Eheleute; aus ihrer Ehe sind die drei Kinder M., geb. am 20. Dezember 2000, N., geb. am 8. Juni 2003, sowie R., geb. am 16. März 2005, hervorgegangen. Die Kinder leben wöchentlich wechselnd in den Haushalten der Beteiligten, die sich gleichgewichtig die Erziehungs- und Versorgungsaufgaben teilen und sich einig sind, dass ein paritätisches Wechselmodell vorliegt. Keiner der Beteiligten zahlt Kindesunterhalt an den jeweils anderen.

Die Ag.in, die im öffentlichen Dienst beschäftigt ist, bezieht für alle drei Kinder das Kindergeld i.H.v. monatlich 184 €, 184 € und 190 €, zusammen 558 €. Der Ast., der die Ag.in entsprechend mit Schreiben vom 11. April 2013 aufgefordert hat, begehrt die Weiterleitung des hälftigen Kindergeldes durch die Ag.in an sich.

Der Ast. hat erstinstanzlich beantragt, die Ag.in zu verpflichten, rückständiges Kindergeld in Höhe von 1116,00 € nebst Zinsen sowie ab August 2013 jeweils das hälftige Kindergeld für die Kinder an ihn zu zahlen.

Die Ag.in hat gemeint, dass keine Verpflichtung ihrerseits zur Weiterleitung des hälftigen Kindergeldes bestehe, weil die Unterhaltsfrage zwischen den Beteiligten noch nicht geklärt sei und das Kindergeld Teil dieses Unterhaltsanspruchs sei.

Darüber hinaus hat sie hilfsweise die Aufrechnung mit Zahlungen in Höhe von insgesamt 4431,92 € im Zeitraum April 2013 bis Januar 2014 erklärt, welche sie für die Kinder aufgewandt habe; insoweit stehe ihr ein Erstattungsanspruch gegenüber dem Ast. zu.

Das Familiengericht hat den Anträgen des Ast. in vollem Umfang stattgegeben. Der Anspruch folge aus §§ 430, 428 BGB, weil die Beteiligten als Gesamtgläubiger der Kindergeldansprüche anzusehen seien; im Verhältnis untereinander seien beide aufgrund hälftiger Kinderbetreuung und mangels anderweitiger Regelung je zur Hälfte berechtigt. Die Aufrechnung greife nicht durch, weil sich dem Vortrag der Ag.in – unabhängig von der fraglichen substantiierten Darlegung der Gegenforderungen – nicht entnehmen lasse, dass sie Leistungen erbracht habe, die über die von ihr ohnehin zu tragenden Leistungen hinausgegangen seien; außerdem sei sie hinsichtlich der Aufrechnungsforderungen – Anspruchsinhaber seien die Kinder, eine Verfahrensstandschaft nach § 1629 Abs. 3 BGB bestehe wegen des echten Wechselmodells nicht – nicht aktiv legitimiert.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Ag.in mit ihrer Beschwerde. Sie macht im Wesentlichen geltend:

Die Kosten für die Anschaffung von Kleidungsgegenständen und Schulbedarf sowie die Finanzierung der Hobbys der Kinder seien fast überwiegend von ihr bestritten worden, ohne dass eine Kostenerstattung stattgefunden habe. Diese Aufwendungen seien vom Kindergeld zu bestreiten.

Hilfsweise rechne sie weiterhin mit ihrer Erstattungsforderung gegenüber dem Ast. – im Zeitraum April 2013 bis Januar 2014 allein 4431,92 € – auf. Die weiter anfallenden Lebenshaltungskosten der Kinder trage sie aufgrund des Wechselmodells im gleichen Umfang wie der Ast.

Der Senat hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass eine Entscheidung über die Beschwerde, die keine Aussicht auf Erfolg haben dürfte, im schriftlichen Verfahren beabsichtigt sei, falls sie sich nicht einigen sollten, und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Eine Einigung der Beteiligten ist nicht zustande gekommen.

#### *Aus den Gründen:*

Die zulässige Beschwerde der Ag.in hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Familiengericht hat mit Recht den Anträgen des Ast. auf hälftigen Ausgleich der von der Ag.in empfangenen und von ihr künftig zu beziehenden Kindergeldbeträge stattgegeben.

a) Anspruchsgrundlage sind – anders als vom Familiengericht angenommen – allerdings nicht die §§ 428, 430 BGB, weil im Außenverhältnis zur Kindergeldstelle keine Gesamtgläubigerschaft des Ast. und der Ag.in besteht. Gemäß § 428 BGB setzt eine Gesamtgläubigerschaft voraus, dass mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtigt sind, dass jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist; der Schuldner kann dann nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten. Das Kindergeld wird gemäß § 64 Abs. 1 EStG nur einem Berechtigten gezahlt. Abs. 2 dieser Vorschrift regelt, wer es bei Vorhandensein mehrerer Berechtigter erhält; danach bestimmen diese es untereinander, anderenfalls trifft auf Antrag das Familiengericht die Entscheidung. Es kann folglich bei Bestehen mehrerer Berechtigungen nicht jeder Berechtigte Leistung von der Kindergeldstelle verlangen, sondern nur derjenige, der – im Wege der Einigung oder durch das Gericht – bestimmt worden ist.

b) Der Anspruch eines Elternteils auf Ausgleich des dem anderen Elternteil gezahlten Kindergeldes ist aber ein Unterfall des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs, auch wenn hier nicht gezahlter Unterhalt, sondern eine vorweg genommene staatliche Sozialleistung ausgeglichen werden soll

(vgl. Scholz in Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., § 2 Rn. 769, 780 ff.; Bausch/Gutdeutsch/Seiler, FamRZ 2014, 258, 260).

aa) Auch wenn die bedarfsmindernde Anrechnung des Kindergeldes auf den Unterhalt nach § 1612 b Abs. 1 BGB seit 2008 einen besonderen Ausgleich des Kindergeldes regelmäßig entbehrllich macht

(vgl. Scholz aaO Rn. 769),

gilt dies nicht für die vorliegende Fallkonstellation des echten Wechselmodells, bei dem sich beide Elternteile die Kinderbetreuung hälftig teilen, aber nur einer von ihnen das – volle – Kindergeld bezieht.

bb) Ein echtes Wechselmodell liegt nach der Rechtsprechung des BGH (zuletzt Beschluss vom 5. November 2014 – XII ZB 599/13), der der Senat folgt, (nur) vor, wenn die Eltern sich in der Betreuung eines Kindes abwechseln, so dass jeder von ihnen etwa die Hälfte der Versorgungs- und Erziehungsauf-

gaben wahrnimmt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend – unstreitig wöchentlicher Betreuungswechsel und gleichgewichtige Erziehung – gegeben.

cc) Zwar ist die Behandlung des Kindergeldes beim Wechselmodell im einzelnen umstritten; insbesondere besteht keine Einigkeit, ob bei minderjährigen Kindern gemäß § 1612 b Abs. 1 Nr. 2 BGB – es betreut nicht nur ein Elternteil, wie in § 1612 b Abs. 1 Nr. 1 BGB dem Wortlaut nach vorausgesetzt – das volle Kindergeld oder entsprechend § 1612 b Abs. 1 Nr. 1 BGB nur das hälftige Kindergeld zur Deckung des Barbedarfs des Kindes zu verwenden ist. Der Senat neigt der zweitgenannten Auffassung zu, weil keine Drittbetreuung stattfindet, sondern beide Elternteile hälftig betreuen

(so z.B. auch Finke, FamFR 2013, 488; Bausch/Gutdeutsch/Seiler, FamRZ 2012, 258, 259; a.A. z.B. Klinkhammer in Wendl/Dose, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., § 2 Rn. 450).

Diese Frage kann hier aber letztlich dahinstehen, weil Gegenstand des Verfahrens der isolierte Kindergeldausgleich und nicht die Berechnung des Gesamtunterhalts ist.

Bei dem Kindergeld handelt es sich um eine zweckgebundene staatliche Leistung für das Kind an die Eltern

(BT-Drucks. 16/1830 S. 29);

es kürzt den Bedarf des Kindes wie sonstiges Einkommen. Bei minderjährigen Kindern deckt es wegen der Gleichwertigkeit von Bar- und Betreuungsleistung gemäß § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB zur Hälfte den Barbedarf des Kindes und zur anderen Hälfte den Betreuungsbedarf (§ 1612 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB). Das dem betreuenden Elternteil verbleibende Kindergeld ist deshalb z.B. in der Ehegattenunterhaltsberechnung nicht als dessen Einkommen anzusetzen, sondern ihm anrechnungsfrei zur Unterstützung seiner Betreuungsleistung zu belassen

(vgl. nur Seiler in Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, 9. Aufl., 6. Kapitel Rn. 285 mwN).

Da der Ast. die gemeinsamen Kinder hälftig betreut und auch Baraufwendungen durch die Unterhaltung der Kinder jedenfalls im Hinblick auf Wohn- und Verpflegungskosten hat, steht ihm die Hälfte des Kindergeldes, das entgegen § 1612 b BGB nur der Ag.in zugeflossen ist, intern zu und muss ein Ausgleich über den familienrechtlichen Ausgleichsanspruch erfolgen

(vgl. Scholz aaO Rn. 770).

Der Senat folgt nicht der Auffassung, es sei derjenige Kindergeldanteil durch den kindergeldberechtigten Elternteil an den einkommensstärkeren Elternteil zu überweisen, der prozentual dessen Unterhaltspflicht entspricht

(so Schürmann in Sünderhau, Vom starren Residenzmodell zum individuellen Wechselmodell, Schriftenreihe des ISUV, Band 7, 2013, S. 53, 60).

Für die jeweils hälftige, nicht an Einkommen gebundene Anrechnung spricht nämlich der Sinn fingierter Gleichwertigkeit von Barunterhalt und Betreuung bei §§ 1606 Abs. 3 Satz 2, 1612 b Abs. 1 Nr. 1 BGB; unterschieden durch pauschale Halb-anrechnung wird nur zwischen den beiden Unterhaltsteilen Bar- und Betreuungsunterhalt, ohne dass das Einkommen Einflus auf die Anrechnung hat

(so auch Wohlgemuth aaO).

c) Der Antrag des Ast. bleibt auch nicht deshalb ohne Erfolg, weil er den Kindergeldausgleich isoliert geltend macht. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens ist umstritten:

aa) Nach einer Auffassung

(OLG Dresden, FamRZ 2014, 1055 im Rahmen einer Beschwerdeentscheidung zu einer familiengerichtlichen Entscheidung über die Bestimmung des Kindergeldbezugsberechtigten nach § 64 EStG)

ist die Frage, wer das Kindergeld ausgezahlt erhält, zwar im Rahmen eines der Aufwendungen beider Elternteile insgesamt berücksichtigenden Ausgleichs, der primär nach unterhaltsrechtlichen Maßstäben vorzunehmen sei, als Rechnungsposten in den Gesamtausgleich einzubeziehen; für eine Verpflichtung des kindergeldbezugsberechtigten Elternteils zur Auszahlung anteiligen Kindergeldes an den anderen Elternteil bestehe aber keine gesetzliche Grundlage.

bb) Die Gegenmeinung hält es für möglich, den Kindergeldausgleich auch isoliert, also ohne gleichzeitige Abrechnung des Gesamtunterhalts, geltend zu machen



(so Wohlgemuth, FamRZ 2014, 84, 85; im Ergebnis auch OLG Düsseldorf, FamRZ 2014, 567, sowie auch Schürmann aaO; für eine getrennte Abrechnung durch Weiterleitung des hälftigen Kindergeldes durch den Bezieher an den anderen Elternteil – ohne Abzug des Kindergeldes bei der Bedarfsermittlung – der 20. Deutsche Familiengerichtstag – Arbeitskreis 15).

cc) Der Senat folgt der zweitgenannten Auffassung. Die Bedenken der ersten Meinung hinsichtlich der nicht gegebenen Anspruchsgrundlage teilt der Senat nicht, weil der Ausgleich – wie auch der unterhaltsrechtliche Gesamtausgleich – über den familienrechtlichen Ausgleichsanspruch erfolgen kann. Zwar hält auch der Senat grundsätzlich einen Gesamtausgleich einschließlich des Kindergeldes für praktisch und sinnvoll; wenn aber – wie hier – ein Gesamtausgleich und damit eine unterhaltsrechtliche Abrechnung des Kindergeldes von beiden Elternteilen (jedenfalls bislang) nicht geltend gemacht wird, muss eine isolierte Durchsetzung möglich sein; anderenfalls würde das Verfahren unnötig erweitert. Ob dies auch gilt, wenn bereits ein Gesamtausgleich anhängig ist, braucht hier nicht entschieden zu werden.

Dem steht auch nicht der Gedanke des § 1612 b BGB, wonach das Kindergeld primär unterhaltsrechtlich abgerechnet wird, entgegen. Im Normalfall, dass ein Elternteil seine Unterhaltspflicht durch Betreuung erfüllt und der andere barunterhaltspflichtig ist, stellt sich die Frage des Ausgleichs nicht, solange der betreuende Elternteil das Kindergeld bezieht, weil es hälftig auf die Barunterhaltspflicht des anderen Elternteils angerechnet wird. Es gibt aber in dieser Konstellation Ausnahmefälle, z.B. nach einem Obhutswechsel des Kindes, in denen ein Ausgleich des Kindergeldes zu erfolgen hat. Dies ist auch zulässig, weil das Kindergeld nicht Teil des Kindesunterhalts ist und daher auch keinen bloß unselbständigen Rechnungsposten in der möglichen Gesamtabrechnung darstellt.

Die isolierte Geltendmachung führt auch nicht zu einem unbilligen Ergebnis. Sollte der andere Elternteil im Anschluss an den isolierten Kindergeldausgleich noch einen Gesamtausgleich geltend machen, könnte und müsste die Entscheidung zum Kindergeldausgleich in der dortigen Abrechnung berücksichtigt werden und das Kindergeld bei beiden Elternteilen als erhaltene Leistung in die Abrechnung eingestellt werden.

d) Gemäß §§ 113 Abs. 1 FamFG, 258 ZPO ist eine Verpflichtung zum Ausgleich auch für die Zukunft möglich.

e) Die Berechnungen des Familiengerichts zur Höhe der Kindergeldausgleichsverpflichtung sind nicht angegriffen und lassen Fehler jedenfalls zu Lasten der beschwerdeführenden Ag.in nicht erkennen. Das Kindergeld beträgt für die beiden ersten Kinder monatlich 184 € und für das dritte Kind 190 €, woraus sich monatlich Ausgleichsbeträge von zweimal 92 € und einmal 95 € ergeben. Für die Vergangenheit, d.h. den Zeitraum Mai bis Juli 2013, sind, obwohl es sich eigentlich um fünf Monate handelt, lediglich viermal 279 € = 1116 € geltend gemacht und auch zuerkannt.

f) Die Hilfsaufrechnung der Ag.in mit behaupteten monatlichen Mehraufwendungen greift nicht durch, weil trotz entsprechenden Hinweises nicht dargetan ist, in welchem Verhältnis die Kindeseltern zum Barunterhalt der Kinder beizutragen haben; es ist nämlich zu den Einkünften der Ag.in nicht vorgetragen. Schon aus diesem Grund kann von etwaigen Mehraufwendungen im Verhältnis zum Ast., der nach den vorgelegten Einkommensunterlagen wohl nur knapp über dem notwendigen Selbstbehalt liegen dürfte, nicht auf eine Berechtigung geschlossen werden, das volle Kindergeld nach eigenem Belieben einzusetzen.

2. Der Senat hat nach entsprechendem Hinweis an die Beteiligten ohne erneute mündliche Verhandlung, von der hinsichtlich der entscheidungsrelevanten rechtlichen Fragen keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten waren, entschieden (§§ 117 Abs. 3, 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG).

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG, die Wertfestsetzung auf § 51 FamGKG.

4. Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde zu, weil die Frage der Zulässigkeit des isolierten Kinderausgleichs im echten Wechselmodell zum einen grundsätzliche Bedeutung hat und zum anderen streitig und höchstrichterlich noch nicht geklärt ist (§ 70 Abs. 2 Nr. 1 und 2 FamFG).

## BGB §§ 1629 III, 1713 I 2

**Leben die verheirateten gemeinsam sorgeberechtigten Eltern voneinander getrennt, kann das Kind seinen Unterhaltsanspruch auch im eigenen Namen, vertreten durch den Beistand, geltend machen. Die §§ 1712 ff. BGB werden nicht durch § 1629 Abs. 3 BGB verdrängt (entgegen OLG Oldenburg JAmt 2014, 266; OLG Celle NJW – RR 2012, 1409).**

SchlHOLG, 2. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 11. Juli 2014 – 10 UF 87/14 (rkr.) –, Sp.,

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen. Der Beschluss ist rechtskräftig.

Der Ast. zu 1.) und die Ast.in zu 2.), die vom Jugendamt des Kreises H. als Beistand im Unterhaltsverfahren vertreten werden, begehren von der Ag.in die Zahlung von Kindesunterhalt.

Der Ast. zu 1.), geboren 2006, und die Ast.in zu 2.), geboren am 2008, sind die minderjährigen Kinder der Ag.in und ihres Vaters Herrn M. Die Kindeseltern sind miteinander verheiratet. Sie leben voneinander getrennt. Die Ehe ist noch nicht geschieden. Die Kinder leben in der Obhut von Herrn M. und werden von ihm betreut.

Mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2013 wurde die Ag.in vom Beistand der Ast. erfolglos aufgefordert, rückwirkend ab dem 1. Oktober 2013 Unterhalt in Höhe von 272,00 € bzw. 275,00 € zu zahlen sowie den Unterhaltsanspruch der Ast. in einer öffentlichen Urkunde anzuerkennen. Durch Antrag vom 14. Februar 2014 haben die Ast., vertreten durch den Fachbereich Jugend, Familien, Schulen und Soziales des Kreises H. als Beistand, den Unterhaltsanspruch der Ast. gerichtlich geltend gemacht.

Das Familiengericht hat den Antrag durch Beschluss vom 24. April 2014 zurückgewiesen. Es hat in seiner Begründung darauf verwiesen, dass es an einer ordnungsgemäßen Vertretung der Ast. fehle. Insbesondere sei keine wirksame Vertretung durch einen Beistand möglich. Einen Unterhaltsanspruch müsse der Kindesvater gemäß § 1629 Abs. 3 BGB im eigenen Namen gerichtlich geltend machen. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Ast. war erfolgreich.

### Aus den Gründen

Die nach den §§ 58 ff. FamFG statthafte und im Übrigen zulässige Beschwerde der Ast. hat in der Sache Erfolg.

1. Der Antrag der Ast. ist zulässig. Insbesondere sind die Ast. durch den Kreis H. als Beistand ordnungsgemäß vertreten.

In Literatur und Rechtsprechung ist umstritten, ob in der verfahrensgegenständlichen Konstellation, bei der die Kindeseltern die gemeinsame elterliche Sorge inne haben und voneinander getrennt leben, Kindesunterhaltsansprüche durch die Kinder, vertreten durch einen Beistand, geltend gemacht werden können.

Dies wird zum Teil unter Hinweis auf § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB verneint

(OLG Oldenburg, Beschluss vom 2.4.2014 – 11 UF 34/14 –, juris; OLG Celle NJW-RR 2012, 1409; AG Regensburg JAmt 2003, 366; Staudinger/Rauscher, BGB-Neubearbeitung 2014, § 1713 Rn. 6c).

Nach § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB könne der Kindesunterhalt von dem Elternteil, in dessen Obhut die Kinder leben, nur im eigenen Namen geltend gemacht werden. Insbesondere werde die Regelung des § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB auch nicht durch die Vorschriften der Beistandschaft verdrängt

(OLG Celle, aaO, Rn. 13).

Durch die Zulassung einer Beistandschaft würde auch der Zweck des § 1629 Abs. 3 BGB, das Kind aus dem Unterhaltsverfahren herauszuhalten, unterlaufen

(OLG Oldenburg, aaO, Rn. 13)

Eine andere Auffassung verweist darauf, dass die Beistandsvorschriften die Regelung des § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB verdrängen

(OLG Stuttgart, JAmt 2007, 40; Mix, JAmt 2013, 122; Palandt/Götz, BGB, 73. Aufl. 2014, § 1713 Rn. 3).

2. Der Senat schließt sich der letzteren Auffassung an. Die Vorschrift des § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB steht der Geltendmachung von Kindesunterhalt der Kinder im eigenen Namen, gesetzlich vertreten durch das Jugendamt als Beistand, nicht entgegen.

Der Gesetzgeber hat bei der Neufassung des § 1713 BGB eine Ausweitung der Möglichkeiten der Beistandschaft beabsichtigt

(vgl. Mix, aaO).

Bei dem Widerspruch zwischen § 1629 Abs. 3 BGB und § 1713 Abs. 1 S. 2 BGB dürfte es sich lediglich um ein redaktionelles

Versehen des Gesetzgebers handeln, welchem durch eine dem Sinn und Zweck der Norm entsprechende erweiternde Auslegung entgegengewirkt werden kann.

Nach § 1713 Abs. 1 Satz 2 BGB kann für den Fall, dass die elterliche Sorge für das Kind den Eltern gemeinsam zusteht, der Antrag von dem Elternteil gestellt werden, in dessen Obhut sich das Kind befindet.

Daraus und aus dem Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber gerade für den Fall der gemeinsamen elterlichen Sorge, welche nach Trennung verheirateter Eltern der Regelfall ist, die Möglichkeit der Beistandschaft eröffnen wollte. In den Gesetzesmaterialien heißt es:

„Im Ergebnis sollten Kinder, deren Eltern nach einer Trennung die gemeinsame elterliche Sorge beibehalten, in Unterhaltsangelegenheiten nicht schlechter gestellt sein als Kinder, bei denen ein Elternteil insoweit die elterliche Sorge allein ausübt. Auch bei beibehaltener gemeinsamer Sorge kann eine Beistandschaft des Jugendamtes sinnvoll oder sogar notwendig sein. Die Neuregelung erspart es dem betreuenden Elternteil, in diesem Fall einen Antrag auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge für den Aufgabenkreis Unterhalt allein zu dem Zweck zu beantragen, eine Beistandschaft des Jugendamtes für das Kind zu erreichen.“

(BT-Drucks. 14/8131, S. 10).

Der Gesetzgeber hat gerade die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen bei gemeinsamer elterlicher Sorge nach Trennung im Blick gehabt. Dass dies nicht zu einer entsprechenden Anpassung des § 1629 Abs. 3 BGB geführt hat, ist lediglich als redaktionelles Versehen einzustufen.

Für den Senat ergeben sich keine Gründe, gerade Kinder verheirateter Eltern, die in Trennung leben, im Rahmen der Beistandschaft zu benachteiligen

(vgl. Enders in Bamberger/Roth, BGB, § 1713 Rn. 3.1).

Denn die Kinder von nicht miteinander verheirateten Eltern, die Inhaber der gemeinsamen elterlichen Sorge sind, wären durch § 1629 Abs. 3 Satz 1 BGB an der Beantragung einer Beistandschaft nicht gehindert.

Insbesondere vermag das Argument nicht zu überzeugen, dass die Kinder aus dem Streit der Eltern herausgehalten werden sollen

(so aber OLG Oldenburg, aaO, Rn. 13; OLG Celle, aaO, Rn. 12).

Denn es handelt sich bei den geltend gemachten Unterhaltsansprüchen weiter um Ansprüche der Kinder, welche lediglich in Form der gesetzlichen Verfahrensstandschaft geltend gemacht werden. Im Übrigen wirkt nach der Erfahrung des Senats die gesetzliche Vertretung durch das Jugendamt als Beistand eher befriedend, da sich die Eltern und damit die Konfliktparteien im Rahmen einer streitigen Trennungssituation gerade nicht vor Gericht gegenüber stehen.

Insoweit ist der Senat der Auffassung, dass gerade durch die Beistandschaft eine Konfliktstellung des Kindes vermieden wird

(vgl. Mix, aaO).

Im Übrigen spricht für die Möglichkeit der Beistandschaft die finanzielle Belastung des Elternteils, der die Unterhaltsansprüche andernfalls im eigenen Namen geltend machen müsste

(Mix, aaO).

Trotz der Möglichkeit der Inanspruchnahme von Verfahrenskostenhilfe kommen gerade aufgrund des ab 1. Januar 2014 deutlich verschärften VKH-Rechts ggfs. Rückgriffsansprüche der Staatskasse in Betracht, welche jedenfalls zu einem Teil durch die Beistandschaft vermieden werden können.

3. In der Sache erfolgt die Verpflichtung der Ag.in zur Zahlung auf Unterhalt aufgrund ihres erstinstanzlich abgegebenen Anerkenntnisses. Dieses Anerkenntnis ist wirksam in erster Instanz abgegeben worden und wirkt in der Beschwerdeinstanz fort

(vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 307 Rn. 3a).

4. Der Senat entscheidet gemäß §§ 112 Nr. 1, 117 Abs. 3, 68 Abs. 3 S. 2 FamFG nach Hinweis ohne mündliche Verhandlung. Von der erneuten Vornahme einer mündlichen Verhandlung sind keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten,

da verfahrensgegenständlich lediglich eine einzelne Rechtsfrage ist.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 243 FamFG. Die Voraussetzungen eines sofortigen Anerkenntnisses nach § 243 Nr. 4 FamFG liegen nicht vor. Insbesondere hat die Ag.in Anlass zu dem Verfahren gegeben. Sie ist außergerichtlich mehrfach zur Zahlung bzw. Schaffung von Titeln aufgefordert worden. Sie ist dieser Aufforderung nicht nachgekommen, so dass es der Billigkeit entspricht, dass die Ag.in insgesamt die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

6. Im Hinblick auf die divergierende obergerichtliche Rechtsprechung lässt der Senat gemäß § 70 Abs. 1, Abs. 2 FamFG die Rechtsbeschwerde zu.

## ZPO § 117 II 2

### Kein Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines Antrags auf Einsicht in Verfahrenskostenhilfeunterlagen des Gegners.

SchlHOLG, 4. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 15. Dezember 2014 – 13 WF 189/14 –, Ha.

Die 15-jährige Ast.in lebt seit Ende Januar 2014 bei ihrer Mutter, nachdem sie zuvor einige Zeit bei dem Ag., ihrem Vater, gelebt hatte. Die Ast.in nimmt den Ag. auf Auskunft über dessen Vermögensverhältnisse in den Jahren 2013 und 2014 (Steuererstattungen, Kapitaleinkünfte, weitere Einkünfte) in Anspruch. Einen zunächst gestellten Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe hat sie mit Schriftsatz vom 22. Oktober 2014 zurückgenommen. Der Ag. hat mit Schriftsatz vom 7. November 2014 beantragt, ihm die von der Ast.in eingereichten Verfahrenskostenhilfeunterlagen zugänglich zu machen. Das Amtsgericht hat diesen Antrag mit Beschluss vom 24. November 2014 zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Ag. mit seiner Beschwerde/Gegenvorstellung vom 27. November 2014, mit der er seinen Antrag auf Einsicht weiter verfolgt. Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen (Vermerk vom 9. Dezember 2014) und die Sache dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen

Die Beschwerde des Ag. ist als unzulässig zu verwerfen. Sie ist nicht statthaft. Dem Ag. steht gegen die Entscheidung des Amtsgerichts, ihm die Erklärung der Ast.in über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nebst der zugehörigen Belege nicht nach § 117 Abs. 2 S. 2 ZPO i.V.m. § 76 Abs. 1 FamFG zugänglich zu machen, ein Rechtsbehelf – insbesondere die Beschwerde nach den §§ 76 Abs. 2 FamFG, 127 Abs. 2, 567 ff. ZPO – nicht zu. Ein Beschwerderecht des Ag. kommt weder in entsprechender Anwendung von § 127 Abs. 2, 3 ZPO i.V.m. § 76 Abs. 2 FamFG noch aus § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO in Betracht.

Nach § 117 Abs. 2 S. 2 Halbsatz 2 ZPO darf das Gericht die von dem Ast. im Verfahren auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe eingereichte Erklärung nebst Belegen dem Gegner u.a. dann zugänglich machen, wenn der Gegner nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts einen Anspruch auf Auskunft über Einkünfte und Vermögen des Ast. hat. Der Gesetzgeber hat diese Befugnis dem Gericht jedoch allein im Interesse der Richtigkeitsgewähr der Feststellung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Ast. im Verfahren auf Bewilligung von Verfahrens- bzw. Prozesskostenhilfe eingeräumt, nicht aber einen (verfahrensrechtlichen) Anspruch des Ag. begründen wollen

(vgl. OLG Bremen, FamRZ 2012, 649 f.; OLG Oldenburg, FamRZ 2013, 805 f.; OLG Nürnberg, Beschluss vom 10. Oktober 2014, Az. 9 WF 1163/14, iuris; MüKo-ZPO/Motzer, 4. Aufl. 2013, § 117, Rn. 25; Zöller-Geimer, ZPO, Kommentar, 30. Aufl. 2014, § 117, Rn. 20; vgl. auch Viefhues, FuR 2013, 488, 493: „kein Anspruch des Verfahrensgegners“).

So heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 117 Abs. 2 S. 2 ZPO

(vgl. BT-Drucksache 16/6308, S. 325 zu Nummer 6):

„Durch die Ergänzung in Absatz 2 Satz 2 wird dem Gericht im Interesse der Richtigkeitsgewähr der Feststellung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Ast. grundsätzlich die Befugnis gegeben, die Erklärung des Ast. dem Gegner zur Stellungnahme zuzuleiten. Voraussetzung ist, dass zwischen den Parteien ein materiell-rechtlicher Auskunftsanspruch über Einkünfte und Vermögen besteht... Wenn der Gegner auf die Kenntnis der Angaben, die Gegenstand der Erklärung des Ast. sind, ohnehin einen zivilrechtlichen Anspruch hat, erscheint es verfahrenswirtschaftlich, den Gegner sogleich in das Verfahren einzubeziehen, um et-

*waige Unrichtigkeiten in der Erklärung so früh wie möglich korrigieren zu können...*"

Dem Ag. steht vielmehr in dem nicht kontradiktorischen Verfahren auf Bewilligung von Verfahrens- bzw. Prozesskostenhilfe ein Beschwerderecht nicht zu. Die Verfahrens- bzw. Prozesskostenhilfe ist eine Leistung der staatlichen Daseinsfürsorge. Der Gegner wird zwar in diesem zwischen Gericht und Ast. geführten Nebenverfahren zu den sachlichen Voraussetzungen der Bewilligung nach § 118 Abs. 1 ZPO angehört. Er wird aber durch die Bewilligung der Prozesskosten-/Verfahrenskostenhilfe rechtlich nicht beschwert, was zur Unzulässigkeit aller Rechtsmittel des Gegners führt

(vgl. BGH NJW 2002, 3554).

Ein – ggf. ein Beschwerderecht i.S.d. § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO begründendes – Recht auf Einsicht in die vom Ast. beigebrachten Unterlagen des Prüfungsverfahrens zur Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe steht dem Ag. auch nicht aus § 13 FamFG/§ 299 ZPO zu. Die nach § 117 Abs. 2 ZPO vom Ast. beizubringenden Unterlagen unterliegen nicht dem Akteneinsichtsrecht des § 13 FamFG/§ 299 Abs. 1 ZPO, wie bereits der spezielleren Vorschrift des § 117 Abs. 2 S. 2 ZPO entnommen

werden kann

(vgl. Keidel-Sternal, FamFG, Kommentar, 17. Aufl. 2011, § 13, Rn. 9; Zöller-Greger, aaO, § 299, Rn. 4 mwN; Zöller-Geimer, aaO, § 117, Rn. 20; Miko-ZPO/Prütting, aaO, § 299, Rn. 5; Musielak-Huber, ZPO, Kommentar, 11. Aufl. 2014, § 299, Rn. 2).

Der Verneinung einer Beschwerdebefugnis des Ag. gegenüber einer abschlägigen Entscheidung des Gerichts nach § 117 Abs. 2 S. 2 ZPO steht nicht entgegen, dass mehrere Oberlandesgerichte

(vgl. OLG Brandenburg, FamRZ 2011, 125; OLG Koblenz, FamRZ 2011, 389; OLG Naumburg, NZFam 2014, 1057; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29. August 2014, Az. 2 WF 167/14)

Ast. gegen die in der Offenlegung der Antragsunterlagen liegende Nebenentscheidung im Verfahrenskostenhilfefverfahren in entsprechender Anwendung von § 127 Abs. 2 ZPO die Beschwerde eröffnet haben. Insoweit liegen nämlich die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung von § 127 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 76 Abs. 2 FamFG vor, weil durch die Einsichtnahme des Ag. in die Verfahrenskostenhilfeunterlagen das Verfassungsrecht genießende Recht des Ast. auf informationelle Selbstbestimmung verletzt werden kann und hiergegen ein effektiver Rechtsschutz zu gewährleisten ist...

## Rezension

# Handbuch des Fachanwalts Bank und Kapitalmarktrecht

Assies/Beule/Heise/Strube (Hrsg.)

4. Auflage 2015, Buch. XLIV, 1817 Seiten, gebunden, 199,- € ISBN 978-3-452-28269-9

Erschienen im Carl Heymanns Verlag – eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln

Auch die vierte Auflage des erfolgreichen Werks berücksichtigt sämtliche Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen im Bank- und Kapitalmarktrecht nebst umfangreicher Rechtsprechung. Dem Thema „Anlageberatung und Prospekte im Grauen Kapitalmarkt“ ist zu Recht ein Extra-Kapitel (Kapitel 8, Seiten 1643 - 1731) gewidmet worden. Die Vermögensschäden, die allein aufgrund mangelhafter Finanzberatung in Deutschland entstehen, wurden im Jahr 2008 auf jährlich 20 bis 30 Milliarden Euro geschätzt. Produkte des Grauen Kapitalmarkts, insbesondere geschlossene Fonds, sind heute nicht mehr nur Produkte für „Besserverdienende“, sondern – insbesondere vor dem Hintergrund der andauernden Niedrigzinsphase- inzwischen auch für die breite Masse geworden. Auslöser für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Kapitalanlageprodukten des Grauen Kapitalmarkts ist in der Regel die unzureichende Information des Anlegers. Dies gilt sowohl für die anleger- als auch die anlagegerechte Beratung. Häufig steht nämlich sowohl bei Bankberatern als auch bei bankungebundenen Beratern der provisionsträchtige Abschluss von Anlageverträgen im Vordergrund ihrer Tätigkeit. Sämtliche Rechtsfragen im Zusammenhang mit der ordnungsgemäßen Aufklärung in Form von Anlageprospekten sowie der Aufklärung über Provisionen und Rückvergütungen (Kick-Backs) werden in dem Kapitel ausführlich erörtert. Außerdem werden in Kapitel 9 des Handbuchs Fragen der Prozessführung im Bank- und Kapitalmarktrecht – angefangen von der Verjährung über die Beweislast bis hin zu Gebührenvereinbarungen – ausführlich beleuchtet. Aber auch erste Praxiserfahrungen mit dem

neuem Verbraucherkreditrecht und dem neuem Zahlungsverkehrsrecht sind in die Neuauflage eingeflossen. Ferner ist dem zunehmend an Bedeutung gewinnenden Thema „Compliance“ ein eigenes Überblickskapitel gewidmet. (Kapitel 1, Teil B, Compliance in Kreditinstituten, Seiten 51 bis 72).

Das Fachanwalts Handbuch ist durch die Arbeitsgemeinschaft Bank- und Kapitalmarktrecht im Deutschen Anwaltsverein parallel zur Entwicklung des Konzepts für den Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht konzipiert worden. Die Themen in dem Handbuch decken die Vorgaben der Fachanwaltsordnung vollständig ab und gehen an einigen Stellen sogar darüber hinaus. Die insbesondere im Bank- und Kapitalmarktrecht zügig fortschreitende Rechtsentwicklung auf nationaler und europäischer Ebene hat die vierte Auflage notwendig gemacht.

Die Autoren des Handbuchs sind auch in der vierten Auflage alles erfahrene Rechtsanwälte. Dem Autorenteam gehören insbesondere auch Rechtsanwälte an, die mit ihrem Knowhow über spezielle Kenntnisse von internen Abläufen in einer Bank oder Sparkasse verfügen und deshalb selbst komplexe Fragen einer verständlichen, nachvollziehbaren und praktikablen Lösung zuführen können. Durch die Kooperation zwischen dem im Bankrecht ausgewiesenen Seminarveranstalter und Verlag „Finanz Colloquium Heidelberg“, der als Redaktion tätig wurde, und dem Carl Heymanns Verlag wird mit diesem Werk allen Praktikern aus Kreditinstituten, Rechtsanwälten und allen am Bank- und Kapitalmarktrecht Interessierten auch mit der vierten Auflage ein vorzügliches Hilfsmittel für die Vertiefung dieses Rechtsgebiets an die Hand gegeben. Das Handbuch gehört in die Bibliothek aller Fachanwälte für Bank- und Kapitalmarktrecht sowie aller am Bankrecht interessierten Juristen.

Friedhelm Röttger, Richter am Oberlandesgericht in Schleswig August 2015

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 35, 24103 Kiel, im Eigenverlag.

Verantwortlich i.S.d. § 7 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Richter am Oberlandesgericht Friedhelm Röttger, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.

Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen als Justizministerialblatt in zwei Ausgaben, Teil A (Fachzeitschrift mit Bekanntmachungsteil) und Teil B (Bekanntmachungen der Gerichte). Teil A erscheint monatlich einmal zum 20. und Teil B monatlich einmal zum 30. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 51,- €. Teil B steht online zum kostenlosen Download auf der Website [www.justizministerialblatt.schleswig-holstein.de](http://www.justizministerialblatt.schleswig-holstein.de) oder als Printausgabe zum Jahrespreis von 28,- € zur Verfügung. Einzelhefte von Teil B kosten 5,80 € plus Porto. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 12,00 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur bei Druckerei Verlag J.J. Augustin GmbH, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax 4709, E-Mail: [augustinverlag@t-online.de](mailto:augustinverlag@t-online.de), bestellen.

Beiträge sind an die Redaktion der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden; Tel. 04621/86-1279 bzw. -1302, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: [redaktion-schlha@olg.landsh.de](mailto:redaktion-schlha@olg.landsh.de).

SchlHA 9/2015

– Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder. –

Druck: Verlag J.J. Augustin GmbH, Glückstadt – ISSN 1860-9643.

375



### **Geschäftsleiter in der Sozialgerichtsbarkeit!**

von Jan Kallenbach



Jan Kallenbach, Jahrgang 1973, Rechtspfleger seit 10/2009, Geschäftsleiter SG Schleswig seit 11/2013

Das erste Mal habe ich von der Sozialgerichtsbarkeit im August 2013 gehört. Keine zwei Monate später wurde ich zum Geschäftsleiter des Sozialgerichts Schleswig ernannt. Habe ich den Schritt bereut? An keinem einzigen Tag! Wusste ich was auf mich zukommt? Fast!

Es gibt vier Sozialgerichte (Kiel, Lübeck, Itzehoe und Schleswig) welche alle dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht in Schleswig unterstehen. Wir als Sozialgericht Schleswig sitzen zusammen mit dem OVG/VG in einem Gebäude.

Unsere Zuständigkeiten ergeben sich aus dem Sozialgerichtsgesetz. Wir sind als besonderes Verwaltungsgericht u.a. für Angelegenheiten der Sozialversicherung, der Arbeitsförderung einschließlich der übrigen Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit, für Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitsuchende, für Angelegenheiten der Sozialhilfe und des Asylbewerberleistungsgesetzes sowie für Angelegenheiten des sozialen Entschädigungsrechts und des Schwerbehindertenrechts zuständig.

Als Schutzmechanismus für die Klägerinnen und Kläger (wenn sie zu den Personen des §183 SGG gehören) ist ein Großteil unserer Verfahren gerichtskostenfrei. Es fallen lediglich sogenannte Pauschgebühren an, die unabhängig vom Ausgang des Verfahrens von den Beklagten getragen werden. Die Abrechnung der Anwälte erfolgt über Rahmengebühren.

Die Bearbeitung der Verfahren erfolgt in den dafür gebildeten Kammern. Bei mündlichen Verhandlungen kommen zwei ehrenamtliche Richter/innen dazu.

Was bedeuten diese kleinen Unterschiede im Vergleich zur ordentlichen Gerichtsbarkeit nun für mich als Geschäftsleiter in meinem Arbeitsalltag? Aus der Gerichtsorganisation und den Besonderheiten des Sozialgerichtsverfahrens ergeben sich keine wirklichen Unterschiede. Den deutlichsten Einfluss auf meine Arbeit hat die Größe des Gerichts. Das Sozialgericht Schleswig ist das kleinste der schleswig-holsteinischen Sozialgerichte. Insgesamt sind wir 26 Be-

schäftigte. Davon zehn Richter und Richterinnen und zwei Rechtspfleger.

Die Verwaltung besteht aus dem Direktor, einer halben (rechnerischen) Geschäftsstelle und mir. Meine Tätigkeit hier ist direkt und unmittelbar. Durch den täglichen Kontakt mit allen Beschäftigten bekomme ich ein schnelles und direktes Feedback. So lassen sich Schwierigkeiten bereits frühzeitig erkennen. Vorhaben können im Gespräch erläutert werden. Für mich ist dieses ein sehr angenehmer Aspekt der Gerichtsgröße, da ich mir so ein eigenes Bild machen kann.

Für einen Großteil der anfallenden Arbeiten bin ich auch als Sachbearbeiter zuständig. Sowohl bei den tariflichen Fragestellungen als auch beim Jahresgeschäftsbericht, bei den Bestellungen im GMSH-Shop, bei den Geschäftsprüfungen, bei PALO, beim Haushalt oder auch bei den SAP Buchungen. Alles wird von mir direkt bearbeitet. So muss ich mich zwar mit den entsprechenden Vorschriften und Vorgaben auseinandersetzen, bekomme aber dafür einen intensiven Einblick und bin nicht auf Berichte anderer angewiesen. Darüber hinaus gibt es noch ein „normales“ Dezernat als Kostenbeamter, welches es zu bearbeiten gilt.

Welche Themen beschäftigen uns zurzeit? Vor allem die E-Akte wirft ihren Schatten voraus. Die entsprechenden Koordinierungsmaßnahmen laufen, so dass im nächsten Jahr mit dem EGVP begonnen werden kann. Wir sind gespannt wie sich unsere Arbeit verändern wird. Da ein Großteil der Beklagten (z.B. die BA) bereits mit der elektronischen Akte arbeitet, werden wir einige unserer Arbeitsprozesse sicherlich anpassen müssen.

Das Sozialgericht Schleswig war und ist für mich der ideale Einstieg, um die ganze Aufgabenpalette eines Geschäftsleiters kennenzulernen. So direkt und intensiv in allen Facetten ist es ein forderndes, aber Dank aller Kolleginnen und Kollegen auch ein sehr angenehmes Arbeiten. Langeweile kommt hier nie auf.

## Familienrecht

SchiHOLG	6.	1.2015	10 UF 75/14	Anforderungen an die Darlegung der Bedürftigkeit eines selbständig tätigen Unterhaltsberechtigten	369
SchiHOLG	21.	1.2015	12 UF 69/14	Zur Frage des hälftigen Ausgleichs von Kindergeldbeträgen beim echten Wechselmodell	371
SchiHOLG	11.	7.2014	10 UF 87/14	Geltendmachung von Kindesunterhalt durch das Kind im eigenen Namen	373
SchiHOLG	15.	12.2014	13 WF 189/14	Einsichtsantrag betreffend Verfahrenskostenhilfeunterlagen des Gegners	374
Rezension					
Friedhelm Röttger				Assies/Beule/Heise/Strube, Handbuch des Fachanwalts Bank und Kapitalmarktrecht	375
<b>SCHLHA</b> GLICHT					
Jan Kallenbach				Geschäftsleiter in der Sozialgerichtsbarkeit!	376

### Buchanzeige

Fischer (Hrsg.)

## Maklerrecht

anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung

3., völlig neu bearbeitete Auflage 2015, Betriebs-Berater Schriftenreihe Wirtschaftsrecht, XIV, 228 Seiten, Kt. 69,- € ISBN 978-3-8005-1611-7

Erschienen bei: R&W Fachmedien Recht und Wirtschaft Deutscher Fachverlag GmbH, Mainzer Landstraße 251, 60326 Frankfurt am Main

Die erheblich erweiterte Neuauflage dieses Werkes, das weitgehend auf der Rechtsprechung des Maklerrechtssenats des Bundesgerichtshofs basiert, kommentiert ausführlich die jüngsten Gesetzesnovellen im Maklerrecht. Das seit 13. Juni 2014 in Umsetzung der EU-Verbraucherrechterichtlinie geltende neue Widerrufsrecht wird ebenso behandelt wie das seit 1. Juni 2015 gültige Bestellerprinzip im Wohnungsvermittlungsrecht mit all seinen Neuerungen.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einschließlich der Instanzgerichte sowie das aktuelle Schrifttum werden sorgfältig ausgewertet und in die Erläuterungen der übrigen Kapitel einbezogen. Die für die Praxis besonders wichtigen Abschnitte zum Abschluss des Maklervertrages und zu den Anforderungen an den vom Makler zu vermittelnden Hauptvertrag wurden grundlegend überarbeitet und wesentlich erweitert.

Zielgruppen: Mit dem Maklerrecht befasste Juristen, Makler und deren Kunden; Immobilienwirtschaft, juristische Fakultäten und (Fach-)Hochschulen

Autor: Dr. Detlef Fischer ist Richter am Bundesgerichtshof (IX. Zivilsenat) in Karlsruhe und Experte für Maklerrecht. Bis 2002 war er Mitglied des hierfür zuständigen 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe. Er referiert und schreibt regelmäßig über dieses Thema bei Seminarveranstaltungen, in Fachzeitschriften und als Dozent beim Deutschen Anwaltsinstitut e.V. in Bochum.

### Buchanzeige

Arnold/Meyer-Stolte/Rellermeyer/Hintzen/Georg

## RPfIG – Kommentar zum Rechtspflegergesetz

begründet und in 1.-3. Auflage betreut von Dr. Egon Arnold (†) und Klaus Meyer-Stolte

fortgeführt von Dipl.-Rpfl. Klaus Meyer-Stolte (bis 7. Auflage), Dipl.-Rpfl. Klaus Rellermeyer, Prof. Dipl.-Rpfl. Udo Hintzen und Dipl.-Rpfl. Manfred Georg

8., völlig neu bearbeitete Auflage, Mai 2015, LIV und 861 Seiten, 124,- € [D], ISBN 978-3-7694-1130-0

Erschienen im Gieseking Verlag, Postfach 130120, 33544 Bielefeld

Der eingeführte Großkommentar zum RPfIG wurde für seine 8. Auflage völlig neu bearbeitet und hinsichtlich der Gesetzgebung auf den Stand von Ende 2014 gebracht. Rechtsprechung und Literatur sind bis Herbst 2014, teilweise auch darüber hinaus eingearbeitet.

Die Vorschriften zur allgemeinen Stellung, zum Studium und zur Unabhängigkeit des Rechtspflegers hat Manfred Georg, der die Nachfolge des verstorbenen Karl-Otto Herrmann angetreten hat, von Grund auf neu kommentiert.

Der Kommentar will über die besondere Aktualität hinaus in seiner 8. Auflage wie in allen früheren

- die Anwendung des RPfIG praxisgerecht und kritisch begleiten,
- im Inhalt erschöpfend und präzise,
- in der Darstellung klar und übersichtlich sein!

Der Arnold/Meyer-Stolte bleibt für Rechtspfleger und Richter, für die Justiz insgesamt, aber auch für die Studierenden an den (Fach-)Hochschulen für Rechtspflege nach wie vor unentbehrlich!

# „Wir sind noch einmal davongekommen“

## Rückblick 70 Jahre nach dem Ende des 2. Weltkriegs

Sonnabend, 24. Oktober 2015, von 10.00 – 20.00 Uhr

Gewerkschaftshaus, Holstenplatz 1, Lübeck, Raum 3/4

Veranstalter: ver.di Nord in Kooperation mit DGB Nord  
Unterstützer: Personengruppe der Freien und Selbständigen und  
Arbeitskreis Antifaschismus / Antirassismus in ver.di Nord  
Deutscher Schriftstellerverband (VS) Schleswig-Holstein, Kiel  
V. i. S. d. P.: Heidi Beutin

Als ob die Ökonomie ‚das Leben‘ wäre,  
als ob sie so viel besagen würde – trotz  
der Macht, die sie hat, trotz der unab-  
sehbaren Folgen, wenn man sie nicht  
beherrscht.

*Christa Wolf, 1966*

Man muß einmal untersuchen: Welches  
sind die Kriterien für ‚Menschlichkeit‘ in  
unserer Zeit? Was ist es denn, was den  
Menschen zum Menschen macht? Was  
ist also der Grundstein für die bessere  
Gesellschaft?

*Christa Wolf, 1957*

### Begründung:

Das Zitat in der Überschrift gibt den Titel eines zeitgenössischen Theaterstücks von Thornton Wilder wieder (Drama, 1942; deutsch 1944).

Mit der Kapitulation der deutschen Wehrmacht (8. Mai 1945) war der Sieg der Anti-Hitler-Koalition entschieden.

Nach dem Kriegsende fanden in Europa wichtige Grenzverschiebungen statt (u. a. für Polen und Deutschland), zugleich die Besetzung des Reichsgebiets und Österreichs und die Einteilung dieser Länder in je vier Besatzungszonen.

In Deutschland gab es außerdem Veränderungen der früheren Bundesstaaten oder Länder: z. B. Auflösung des Landes Preußen und die Bildung neuer Länder. Der Norden war teils in die britische Zone eingegliedert, teils amerikanisch (nur Bremen). Aus dem Bestand Preußens wurde Schleswig-Holstein zu einer selbständigen Einheit; das Land Bremen wurde neu zusammengesetzt; Niedersachsen ebenfalls. Selbständiges politisches Handeln war zunächst auf den unteren Ebenen wieder möglich (in Kommune / Kreis / Land / allenfalls in der Zone). Eine effektvolle ‚Entnazifizierung‘ sollte verwirklicht werden, dazu die Demilitarisierung und Dekartellisierung (Potsdamer Abkommen). Reorganisiert oder neu aufgebaut werden mußten Parteien, nicht zuletzt auch die Gewerkschaften. Zu den gravierenden innenpolitischen Fragen zählten: die Versorgung der aus den Konzentrationslagern und Haftanstalten befreiten Opfer; der Remigrantinnen und Remigranten; der zahlreichen ‚Fremd‘arbeiterinnen und ‚Fremd‘arbeiter; der Heimkehrer aus der Kriegsgefangenschaft; der nach Millionen zählenden Vertriebenen aus den östlichen Provinzen Deutschlands.

Die Tagung, zu der wir hiermit einladen, wird wie unsere früheren in der politischen und kulturgeschichtlichen Reihe wiederum kulturelle und künstlerische Themen ins Zentrum rücken:

### rechtsgeschichtliche:

den Wiederaufbau des Rechtsstaats in Deutschland, zunächst in den Besatzungszonen der Alliierten, nachdem im Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher die Entfesselung des Angriffskriegs durch das NS-Regime im Mittelpunkt gestanden hatte, folgten die Bemühungen um das Verbot eines künftigen Angriffskrieges;

### kulturgeschichtliche:

Es soll versucht werden, vom Wiederaufbau der Kultur in Deutschland und in den wichtigsten an dies angrenzenden Ländern anhand hervorragender Beispiele zu berichten:

an den wechselnden Stationen der Rezeption des Werks eines der prominentesten Schriftsteller im Deutschland der Weimarzeit;

an der polnischen lyrischen Dichtung in den ersten Nachkriegsjahren;

am französischen Existentialismus.

## Tagungsprogramm

- 10.00 Eröffnung und Begrüßung  
10.15 Uwe Polkaehn, Vorsitzender des DGB Nord  
*Einführung*  
10.45 Hans-Ernst Böttcher  
*Die Justiz nach 1945 – zwischen Demokratisierung und ‚Renazifizierung‘*  
11.45 Ruprecht Großmann  
*Zum Verbot des Angriffskrieges*  
12.45 Mittagessen  
13.45 Ian King  
*Aufgang, Niedergang, Wiederaufstieg:  
Kurt Tucholsky und sein Nachruhm*  
14.45 Grázyna Krupinska  
*Themen und Formen der polnischen Lyrik in den  
ersten Nachkriegsjahren*  
15.45 Kaffeepause  
16.15 Wolfgang Beutin  
*Eine Philosophie der Davongekommenen – der  
französische Existentialismus*  
17.15 Abschluss-Diskussion  
18.00 Abendessen  
19.00 Günter Ernst,  
Vorsitzender des VS Schleswig-Holstein  
*Lesung: Lyrik*  
20.00 Abschluß  
Vorträge:  
*im Umfang von ca. 45 Minuten, plus jeweils Zeit  
für Nachfragen und Anmerkungen, insgesamt 60  
Minuten*  
Abschluß-Diskussion:  
*nach dem Ende der Vorträge, vor dem Abendessen*  
Kulturprogramm (Lesung)  
*nach dem Abendessen, 60 Minuten*

### Anmeldung:

bitte bis zum 30. September 2015  
bei Dagmar Keiser, im ver.di-Büro Lübeck:  
Telefon: 0451/8100-707, E-Mail: dagmar.keiser@verdi.de