

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

## Aus dem Inhalt

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

Aus der Rechtsprechung der Strafsenate  
und der Senate für Bußgeldsachen des  
Schleswig-Holsteinischen Oberlandes-  
gerichts im Jahre 2018 (Teil 2)

*Friederike Kaehler*

Zur Sinnhaftigkeit des geplanten Vorabent-  
scheidungsverfahrens bei Besetzungsrügen

*Stefan Bachmor*

Wirtschaftlicher Totalschaden nach Verkehrs-  
unfall

**Aktuell:**

Keine Anwendung der Mindestsätze der  
HOAI wegen Europarechtswidrigkeit  
(SchIHOLG, Urteil v. 25.10.2019 – 1 U 74/18)

Keine Vermutung eines Schädigungs-  
vorsatzes des Motorenherstellers bei einem  
Dieselmotor mit „Thermofenster“  
(SchIHOLG, Urteil v. 18.9.2019 – 12 U 123/18)

November 2019

## I. Aufsätze

Prof. Dr. Georg-Friedrich Güntge und Silke Füssinger	Aus der Rechtsprechung der Strafsenate und der Senate für Bußgeldsachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts im Jahre 2018 (2. Teil)	409
Friederike Kaehler	Zur Sinnhaftigkeit des geplanten Vorabentscheidungsverfahrens bei Besetzungsrügen	417
Stefan Bachmor	Wirtschaftlicher Totalschaden nach Verkehrsunfall – ist es noch zeitgemäß, für die Restwertermittlung lediglich auf den regionalen Markt abzustellen oder ist nicht längst eine überregionale Internetrecherche zumutbar?	419

## II. Amtliche Veröffentlichungen

AV d. MJEVG v. 16. Oktober 2019 – 4525 – 1 –	Neufassung der Allgemeinen Verfügung über die Unfallfürsorge für Gefangene	421
AV d. MJEVG v. 16. Oktober 2019 V 230a/4525 – 34 –	Aufhebung der Allgemeinen Verfügung über die Unfallfürsorge für Gefangene	423

## III. Personalmeldungen

## IV. Ausschreibungen

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

AG Lübeck	7. 2. 2017	28 C 2456/16	Schadensersatz bei Kfz-Unfall: Veräußerung des beschädigten Fahrzeugs zu einem nach dem Wert auf dem allgemeinen regionalen Markt ermittelten Preis; Pflicht eines Autohauses zur Inanspruchnahme des Restwertmarktes im Internet	428
AG Norderstedt	27.12.2017	47 C 31/16	Vorlage an den EuGH zur Auslegung der Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter: Erfüllungsort zur Ermöglichung der Nachbesserung oder Ersatzlieferung bei Versandhandelsgeschäften; Kostentragungspflicht	429

Fortsetzung 3. Umschlagseite

### Terminankündigung

– Nachholung einer schon für den 28. März 2019 geplanten Lesung –

### F. C. Delius liest aus seiner Erzählung „Die Zukunft der Schönheit“

Politischer Schriftsteller und einer der letzten rein bundesrepublikanischer Erzähltradition.

Attribute der Literaturkritik, die auf F.C. Delius passen? Sehen Sie selbst! Aber gerne beschreibt er die Zeitgeschichte und emanzipatorische Aufbrüche, teils poetisch, teils ironisch, aber immer geschliffen. So auch in seiner zum Teil autobiografischen Erzählung über die Erfahrungen eines jungen deutschen Schriftstellers, der – aus einem protestantischen Pfarrhaus mit einem gefürchteten Vater stammend – Mitte der 60er Jahre hinein geriet in eine New Yorker Jazz-Kneipe und zum ersten Mal das für ihn befreiende Kratzen, Schlagen und Schaben des „Free Jazz“ hörte. Befreiung schlechthin, von der provinziellen Enge und Tradition, aber auch Aufbäumen gegen die Realität, etwa des Vietnam-Krieges.

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

**Kartenreservierung:** telefonisch ab 9. Dezember 2019 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13–15 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

### Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

**Dienstag, den 17. Dezember 2019, 19.00 Uhr**

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

1943 in Rom als Sohn eines deutschen evangelischen Pfarrers geboren und später in Hessen aufgewachsen, konnte F.C. (eigentlich Friedrich Christian) Delius noch an Tagungen der legendären „Gruppe 47“ teilnehmen. Nach dem Studium der Literaturwissenschaften und Promotion arbeitete er bis 1978 als Lektor im Klaus Wagenbach-Verlag und im Rotbuchverlag. Seither ist er freier Schriftsteller. Aus der Vielzahl seiner zeitkritischen Bücher zu nennen sind etwa „Unsere Siemens-Welt“ (1972), „Die Birnen von Ribbeck“ (1991), „Der Sonntag, an dem ich Weltmeister wurde“ (1994), „Mein Jahr als Mörder“ (2004), „Die linke Hand des Papstes“ (2013)“ oder „Warum Luther die Reformation versammelt hat“ (2017). F. C. Delius ist vielfach ausgezeichnet, u.a. mit dem Joseph-Breitbach-Preis (2007) und mit dem Georg-Büchner-Preis (2011), der wohl bedeutendsten deutschen literarischen Auszeichnung.

### Bereits feststehende weitere Veranstaltungen

- 21. Januar 2020: Lesung mit Saša Stanišić
- 11. Februar 2020: Lesung mit Marion Poschmann
- 11. März 2020: Lesung mit Vea Kaiser
- 2. April 2020: Lesung mit Rainer Moritz
- 14. Mai 2020: Lesung mit Isabel Bogdan

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

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

<https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/Service/Termine/JustizKultur.html>

## Aus der Rechtsprechung der Strafsenate und der Senate für Bußgeldsachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts im Jahre 2018 (Teil 2)\*

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

### II. Entscheidungen zum formellen Strafrecht

#### StPO § 28 Abs. 2 Satz 2

19. Weist die Strafvollstreckungskammer ein Befangenheitsgesuch des Verurteilten, das sich gegen eines ihrer Mitglieder richtet, zurück, kann diese Entscheidung lediglich zusammen mit der Entscheidung des Gerichts im Vollstreckungsverfahren angefochten werden

Die sofortige Beschwerde eines Verurteilten gegen die Zurückweisung seines Befangenheitsgesuchs durch die Strafvollstreckungskammer blieb ohne Erfolg. Der Strafsenat bemerkte hierzu durch Zitierung der Zuschrift der Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht:

„Die sofortige Beschwerde ist gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 StPO, der entsprechende Anwendung findet, unzulässig.

Nach § 28 Abs. 2 Satz 2 StPO kann eine Entscheidung, die einen erkennenden Richter betrifft, nur zusammen mit dem Urteil angefochten werden. Hierdurch soll ein ungehinderter, störungsfreier Verfahrensablauf gesichert werden, dem isolierte Anfechtungsmöglichkeiten gegen einen die Richterablehnung zurückweisenden Beschluss entgegenstünden.

Die Vorschrift ist auch im Vollstreckungsverfahren anwendbar (Senatsbeschluss vom 5. April 2011 – 1 Ws 138 + 144/11, SchlHA 2012, 293; Senatsbeschluss vom 27. Oktober 2003 – 1 Ws 405/03, SchlHA 2004, 234).

Über ihren Wortlaut hinaus entfaltet sie damit auch im Rahmen des Prüfverfahrens nach 57 StGB (§§ 453, 463 StPO) entsprechende Wirkung, da auch im Verfahren über die Strafrestaussetzung der sich aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Anspruch auf angemessene Beschleunigung des mit einer Freiheitsentziehung verbundenen gerichtlichen Verfahrens zu beachten ist. Ferner wird hierdurch eine Zersplitterung der Rechtswege im Vollzugs- und Vollstreckungsverfahren sowie eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs des „erkennenden Richters“ bei der Anfechtbarkeit von sonstigen Zwischenentscheidungen der Strafvollstreckungskammer nach § 305 StPO vermieden

(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. September 2017 – 2 Ws 294/17, zitiert nach juris).

Vor diesem Hintergrund kann der Verurteilte die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer über sein Ablehnungsgesuch lediglich zusammen mit deren Entscheidung über die Aussetzung der Restfreiheitsstrafe überprüfen lassen.“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 12.4.2018 – 1 Ws 113/18 (67/18) –

#### StPO § 44 Satz 1

20. Zum Verschulden eines Betroffenen bei Versäumung der Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde durch Nichterteilung eines konkreten Anfechtungsauftrags

Das Amtsgericht hatte gegen den Betroffenen wegen vorsätzlicher Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit eine Geldbuße von 240 € verhängt und ihm für die Dauer von einem Monat verboten, im Straßenverkehr Kraftfahrzeuge jeder Art zu führen. Mit der verspätet eingelegten Rechtsbeschwerde beantragte der Betroffene zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Den Antrag des Betroffenen auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezüglich der Versäumung der Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde verwarf der Bußgeldsenat als unbegründet, die Rechtsbeschwerde des Betroffenen befand der Senat als unzulässig. Aus den Gründen:

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nach §§ 79 Abs. 3 OWiG, 45 Abs. 1 Satz 1 StPO zulässig, jedoch unbegründet. Das unterschriebene Urteil gelangte am 13. Juni 2018 zu den Akten und wurde auf Verfügung des Vorsitzenden dem Verteidiger sodann zugestellt. Der Antrag vom 18. Juni 2018 ist demnach innerhalb der Wochenfrist gestellt worden. Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist jedoch unbegründet, da der Betroffene nicht ohne Verschulden verhindert war, die Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde einzuhalten.

Die Staatsanwaltschaft führt in ihrer Zuschrift vom 20. Juli 2018 hierzu aus:

„Gemäß § 44 Satz 1 StPO ist demjenigen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, der ohne eigenes Verschulden gehindert war, eine Frist einzuhalten. An einem Verschulden fehlt es, wenn bei Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse des Einzelfalles der Vorwurf schuldhafter Pflichtverletzung ausgeschlossen werden kann

(BGH, Beschluss vom 26. Januar 1972 IV ZB 76/71).

Ein Verschulden ist demnach schon dann anzunehmen, wenn derjenige, dem die Verfahrenshandlung wahrzunehmen obliegen hatte, bei Anwendung der gerade ihm nach Lage des Falls gerechterweise zuzumutenden Sorgfalt den Eintritt oder die Folge des Ereignisses hätte abwenden können

(Graalmann-Scheerer in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 44 Rn. 21 mwN).

Gemessen an diesen Voraussetzungen trifft den Betroffenen an der verspäteten Einlegung der Rechtsbeschwerde ein Verschulden. Nach den glaubhaft gemachten Angaben des Betroffenen ist dieser im Hinblick auf eine Anfechtung des Urteils wie folgt vorgegangen (Bl. 57 d.A.):

„Direkt nach dem Termin, also noch am 23. Mai 2018, habe ich der Rechtsanwältin J. mündlich erklärt, dass ich das Urteil nicht akzeptieren und die Entscheidung anfechten will.“

Mit dieser Formulierung hat der Betroffene keinen konkreten Auftrag zur Anfechtung des Urteils erteilt, sondern lediglich eine bloße Absichtsbekundung in den Raum gestellt, aufgrund derer

\* Fortsetzung von Heft 10/2019

er nicht ohne weiteres darauf vertrauen konnte, dass die unterbevollmächtigte Rechtsanwältin entsprechende Tätigkeiten entfalten würde. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der zweifachen Vertretungssituation. Vielmehr hätte es dem ausweislich des Protokolls „im Hinblick auf Rechtsmittel“ belehrten (Bl. 44 d.A.) Betroffenen obliegen, entweder die unterbevollmächtigte Rechtsanwältin oder was näher gelegen hätte dem ursprünglichen Verteidiger dezidiert mit der Einlegung der Rechtsbeschwerde gegen das Urteil zu beauftragen oder die Beschwerde gegebenenfalls selbst einzulegen. Dass er dies nicht getan hat, ist ihm als grob fahrlässiges Versäumnis zuzurechnen

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Januar 1999, 1 Ws 61/99; Maul, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Auflage, § 44 Rn. 31; Schmitt, in: Meyer-Götscher, StPO, § 44 Rn. 12c).

Dass die Verteidiger aufgrund des Fehlens dieser dezidierten Beauftragung untätig geblieben sind, beruht mithin auf einem eigenen Versäumnis des Betroffenen. Die daraus resultierende Versäumung der Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde ist daher selbst verschuldet.“

Dem tritt der Senat bei. Die Äußerung des Betroffenen gegenüber der Terminsbevollmächtigten lässt zur Überzeugung des Senats auch deshalb keinen unbedingten Auftrag zur Einlegung eines Rechtsmittels erkennen, weil aus der Äußerung nicht erkennbar ist, ob und welchen Rechtsanwalt der Betroffene mit der Einlegung des Rechtsmittels beauftragen möchte. Es ist schließlich nicht fernliegend, dass der Betroffene zur Verteidigung im Rechtsbeschwerdeverfahren einen anderen Rechtsanwalt als in der ersten Instanz beauftragt.

Die nach § 79 Abs. 1 Nr. 2 OWiG statthafte Rechtsbeschwerde des Betroffenen war demnach als unzulässig zu verwerfen, da sie nicht gem. §§ 80 Abs. 3 OWiG, 341 Abs. 1 StPO binnen einer Woche nach Urteilsverkündung, sondern frühestens am 18. Juni 2018 (Bl. 48 d.A.), beim Amtsgericht eingegangen ist.

Beschl. v. 23.8.2018 – 2 SsOWi 127/18 (83/18) –

### StPO § 45 Abs. 2

21. Teilt ein unter Bewährung stehender Verurteilter seinen aktuellen Aufenthaltsort nicht mit, ist die dadurch erforderlich werdende öffentliche Zustellung gerichtlicher Entscheidungen nicht unverschuldet

Der Antrag eines Verurteilten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen Bewährungswiderrufe der Strafvollstreckungskammer hatte keinen Erfolg:

Die Wiedereinsetzungsgesuche des Verurteilten sind mangels ordnungsgemäßer Antragsbegründung (§ 45 Abs. 2 StPO) unzulässig, weil der Verurteilte keinen Sachverhalt vorträgt, der ein der Wiedereinsetzung entgegenstehendes Verschulden ausschließt. Insoweit lassen sich auch den Akten keine Gründe für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von Amts wegen (§ 45 Abs. 2 Satz 3 StPO) entnehmen.

Unterlässt ein unter Bewährungsaufsicht stehender Verurteilter entgegen einer ihm erteilten gerichtlichen Weisung die Mitteilung seines jeweiligen Aufenthaltsorts, so ist die hierdurch veranlasste öffentliche Zustellung gerichtlicher Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren nach allgemeiner Ansicht nicht als unverschuldet anzusehen

(vgl. BGHSt 26, 127, 128; OLG Hamm, MDR 71, 862; Graalmann-Scheerer in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Auflage, § 44 Rdn. 33).

Dies gilt auch im vorliegenden Fall. Der Verurteilte unterlag der gerichtlichen Weisung, etwaige Wohnungswechsel mitzuteilen.

...

Beschl. v. 2.2.2018 – 2 Ws 34, 35, 38 und 39/18 (9 – 12/18) –

### StPO § 111 e Abs. 1 Satz 2

22. Zur Verhältnismäßigkeit eines Vermögensarrestes:

Die Beschwerde des Angeklagten gegen den Beschluss des Landgerichts, durch den in Abänderung und teilweiser Aufhebung des Beschlusses des Amtsgerichts ein Vermögensarrest in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Angeklagten angeordnet worden war, blieb erfolglos. Unter Bezugnahme auf die Zuschrift der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht führte der Senat unter anderem aus:

„Soweit sich der Beschwerdeführer – unter Verweis auf seine Ausführungen hinsichtlich der von ihm beantragten Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens – gegen die durch das Landgericht vorgenommene vorläufige Beweiswürdigung wendet, legt die Kammer in dem angefochtenen Beschluss nachvollzieh-

bar dar, auf welche den Ermittlungsakten zu entnehmenden Umstände sie die von ihr begründete Annahme dringender Gründe i.S.d. § 111 e Abs. 1 Satz 2 StPO stützt.

Die Anordnung des Vermögensarrestes ist – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – auch nicht unverhältnismäßig.

Zuzugeben ist dem Beschwerdevorbringen, dass sowohl hinsichtlich der Anordnung als auch hinsichtlich der Fortdauer des Vermögensarrestes auch nach neuem Recht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist und die bisherige Rechtsprechung hierzu durch die gesetzliche Neuregelung nicht berührt wird

(BT-Drucksache 18/9525 S. 49).

Die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Anordnung steigen dabei mit der Dauer der durch sie bewirkten wirtschaftlichen Einschränkungen des Betroffenen

(Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 17. April 2015 – 2 BvR 1986/14 –, JR 2015, 540; OLG Stuttgart, Beschluss vom 25. Oktober 2017 – 1 Ws 163/17 –, NJW 2017, 3731; OLG Frankfurt, Beschluss vom 14. Juni 2018 – 3 Ws 425/17, juris mwN).

Ein angeordneter Arrest wird deshalb unverhältnismäßig, wenn der rechtskräftige Abschluss des Verfahrens allein durch Umstände aus der Sphäre des Staates erheblich verzögert wird

(OLG Frankfurt, Beschluss vom 14. Juni 2018 – 3 Ws 425/17, juris mwN).

Seit der ursprünglichen Anordnung des Arrestes durch das Amtsgericht ist zwischenzeitlich ein Zeitraum von knapp 1 Jahr und 10 Monaten vergangen. Angesichts des in dem angefochtenen Beschluss zutreffend dargestellten Umfangs des Verfahrens ist von einer erheblichen Verfahrensverzögerung, die zu der Unverhältnismäßigkeit der Arrestanordnung führen würde, vorliegend nicht auszugehen, zumal in dem in Rede stehenden Zeitraum die Ermittlungen abgeschlossen worden sind, die über 200 Taten erfassende Anklageschrift verfasst worden und der ausführlich begründete Eröffnungsbeschluss ergangen ist und offenbar bereits die ersten Hauptverhandlungstermine stattgefunden haben. Die hier vorliegende Fallkonstellation ist daher nicht mit der Konstellation vergleichbar, die der seitens der Verteidigung zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig vom 8. Mai 2014 – 2 Ws 147/14 (50/14) –

(SchiHA 2015, 299)

zu Grunde lag. Gegenstand jener Entscheidung war vielmehr eine zum Entscheidungszeitpunkt bereits mehr als 5 Jahre andauernde Arrestanordnung, die weder mit dem Umfang noch mit der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage zu erklären war und daher zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führte. ...“

Dem tritt der Senat bei ...

Beschl. v. 13.9.2018 – 1 Ws 248/18 (160/18) –

### StPO § 112 Abs. 1 Satz 2

23. Lässt die Natur eines Strafverfahrens die Durchführung der Hauptverhandlung allein an weniger als 4 Tagen im Monat zu, liegt hierin nicht zwangsläufig ein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot in Haftsachen

Die Beschwerde des Angeklagten, mit der er sich gegen die Anordnung der Haftfortdauer wandte, wurde vom Strafsenat als unbegründet verworfen:

Des Weiteren stützt die Verteidigung die Beschwerde darauf, die Fortdauer der Untersuchungshaft sei unverhältnismäßig, weil dem Beschleunigungsgebot in Haftsachen nicht hinreichend Rechnung getragen worden sei. Die mangelnde Beschleunigung glaubt die Verteidigung darin zu erkennen, dass das Landgericht nicht „andere (frühere) und häufigere Termine“ als die nunmehr bestimmten Termine vom 22. und 29. Mai 2018, 8., 26. und 29. Juni 2018 sowie 6. und 10. Juli 2018 (Bl. 431 Bd. II d.A.) angesetzt habe. Eine dem Gericht vorwerfbare Verzögerung ist indes nicht zu erkennen. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, der die Freiheit der Person garantiert, fordert zu konsequenter Beachtung des für Haftsachen geltenden verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebots durch Ergreifung aller möglichen und zumutbaren Maßnahmen, um die notwendigen Ermittlungen mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen und eine gerichtliche Entscheidung über die einem Beschuldigten vorgeworfenen Taten herbeizuführen. An den zügigen Fortgang des Verfahrens sind dabei umso strengere Anforderungen zu stellen, je länger die Untersuchungshaft schon andauert

(BVerfG, Beschluss vom 16. März 2006, 2 BvR 170/06 mwN).

Vor diesem Hintergrund ist im Rahmen der Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch und dem Strafverfolgungsinteresse in erster Linie auf die durch objektive Kriterien bestimmte Ange-

messenheit der Verfahrensdauer abzustellen, die etwa von der Komplexität der Rechtsache, der Vielzahl der beteiligten Personen oder dem Verhalten der Verteidigung abhängig sein kann. Dies bedingt eine auf den Einzelfall bezogene Analyse des Verfahrensablaufs

(BVerfG, ebenda).

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben ist der bisherige Verfahrensablauf nicht zu beanstanden. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die entsprechenden Ausführungen im Senatsbeschluss vom 5. März 2018 (Bl. 383 f. Bd. II d.A.) verwiesen.

Daneben wird auch die nunmehr bestehende Verfahrensplanung diesen Anforderungen gerecht. Zwar kann ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 MRK vorliegen, wenn nur an einem Tag in der Woche beziehungsweise im Monat an weniger als vier Tagen eine Hauptverhandlung stattfindet

(Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil vom 29. Juli 2004, 49746/99; BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2013, 2 BvR 2098/12, BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 2008, 2 BvR 2652/07).

Indes ist nicht bei jedem Abweichen von diesen Vorgaben ein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot gegeben. Vielmehr ist dies nur dann der Fall, wenn es sich um von dem Betroffenen nicht zu vertretene, sachlich nicht gerechtfertigte und vermeidbare erhebliche Verzögerungen handelt

(BVerfG, Beschluss vom 17. Januar 2013, 2 BvR 2098/12).

Solche Verzögerungen ergeben sich vorliegend jedoch nicht, da die von der Verteidigung bemängelte überschaubare Terminierungsdichte auf zwingende und hinreichend dokumentierte Gründe zurückzuführen ist. Diese Gründe lassen auch im Zusammenhang mit dem Umstand, dass die Dauer der seit dem 29. August 2017 vollstreckten Untersuchungshaft (Bl. 62 Bd. I d.A.) sich noch deutlich unter einem Jahr bewegt, was nur in ganz besonderen Ausnahmefällen gerechtfertigt wäre

(BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 2008, 2 BvR 2652/07),

Rechtsfehler bei der hier erfolgten Verfahrensplanung nicht erkennen:

Insbesondere in Verfahren mit mehreren Verfahrensbeteiligten entstehen regelmäßig Schwierigkeiten, Termine für die Hauptverhandlung zu bestimmen, die von sämtlichen Beteiligten wahrgenommen werden können. Diese Schwierigkeiten haben sich auch hier ausgewirkt: Die Bewertung des Vorsitzenden in dem Vermerk vom 26. März 2018 (Bl. 422 Bd. II d.A.), es sei unabdingbar, dass sämtliche drei Sachverständige während der Einlassung des Angeklagten sowie der Vernehmung der Nebenklägerin anwesend sind, ist nachvollziehbar und überzeugend. Ebenso nachvollziehbar und überzeugend ist die Darlegung des Vorsitzenden in dem genannten Vermerk, weshalb es unter Berücksichtigung dieser Notwendigkeit weder möglich war, Termine zur Hauptverhandlung vor dem 22. Mai 2018 noch weitere Termine im Juni 2018 zu bestimmen. Von der Verteidigung gerügte Mängel bei der Darlegung der genauen Verfügbarkeit der Verfahrensbeteiligten sind nicht erkennbar. Es ist dem genannten Vermerk hinreichend zu entnehmen, dass früheren Terminen im Mai und weiteren Terminen im Juni der Umstand entgegenstand, „dass die Sachverständigen keine gemeinsamen Termine frei hatten“. Zweifel an der wahrheitsgetreuen Wiedergabe durch den Vorsitzenden sind fernliegend. Dass daneben weitere Termine im Juni nicht möglich waren, liegt ausweislich des Vermerks zum einen an dem Urlaub eines Kammermitglieds in der 24. Kalenderwoche, was angesichts der kurzen Dauer des Urlaubs, der noch deutlich unter einem Jahr liegenden Dauer der vollstreckten Haft sowie der sonstigen hinreichenden Terminierungsdichte der verfassungsrechtlichen Pflicht zur beschleunigten Durchführung einer Hauptverhandlung in Haftsachen nicht entgegensteht

(BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 2008, 2 BvR 2652/07, Rn. 53).

Zum anderen ist dies auf die Unabkömmlichkeit der Verteidigung in der 25. Kalenderwoche zurückzuführen, welche angesichts der genannten Umstände die Kammer ebenfalls noch nicht zu weiteren Maßnahmen etwa in Gestalt der Bestellung eines anderen Pflichtverteidigers verpflichtet

(BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 2008, 2 BvR 2652/07, Rn. 55).

Die Terminierungsdichte in der darauf folgenden Zeit ist – auch nach Ansicht der Verteidigung – nicht zu beanstanden.

Auch allgemein ist der weitere Vollzug der Untersuchungshaft in Anbetracht von Art und Schwere der Tat und der daraus resultierenden Straferwartung einerseits und der bisherigen Dauer der Untersuchungshaft andererseits verhältnismäßig.

Auch sind mildere Maßnahmen nicht ersichtlich. Angesichts der Straferwartung und der erheblichen Verdunkelungsgefahr erscheint auch eine Außervollzugsetzung nicht umsetzbar.

Beschl. v. 10.4.2018 – 2 Ws 111/18 (38/18) –

## StPO § 140

24. *Bedient sich der Nebenkläger im Verfahren der Dienste eines rechtlichen Beistands, zwingt dies nicht zwangsläufig dazu, dem Angeklagten einen Verteidiger beizuordnen*

Die Beschwerde eines Angeklagten, dessen Antrag auf Beiordnung seines Wahlverteidigers als Pflichtverteidiger abgelehnt worden war, blieb vor dem Senat erfolglos. Der Senat führte aus:

Vorliegend ist der Beschwerdeführer in seiner Verteidigungsfähigkeit auch nicht aufgrund der anwaltlichen Vertretung des Nebenklägers in solchem Maße beschränkt, dass ihm ein Verteidiger beizuordnen wäre.

Zwar ist umstritten, ob es in Konstellationen, in denen der Nebenkläger auf eigene Kosten oder unter Bewilligung von Prozesskostenhilfe einen anwaltlichen Vertreter mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt, der Grundsatz des fairen Verfahrens und das Prinzip der Waffengleichheit grundsätzlich gebieten, auch dem Angeklagten einen Pflichtverteidiger zu bestellen

(MüKo, Thomas/Kämpfer, Strafprozessordnung, § 140 Rn. 25 a mit weiteren Nachweisen zur obergerichtlichen Rechtsprechung; für eine regelmäßige Bestellung Senatsbeschluss vom 23. November 2009 – 1 Ws 517/09, SchlHA 2010, 229 für § 140 Abs. 2 StPO a.F.).

Ein allgemeiner Grundsatz dahingehend, dass einem Angeklagten ein Pflichtverteidiger nur deshalb beizuordnen ist, weil auch der Nebenkläger durch einen Anwalt vertreten wird, ist indes weder aus dem Gesetzestext ableitbar noch aufgrund der weiteren Auslegung der Norm zwingend begründbar. Vielmehr ist in jedem Einzelfall anhand einer umfassenden Würdigung der Gesamtumstände zu prüfen, ob aus Gründen der Waffengleichheit und/oder des fairen Verfahrens die Beiordnung eines Pflichtverteidigers geboten erscheint

(Hanseatisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 19. November 2015 – 1 Ws 160/15, StV 2017, 149; KG Berlin, Beschluss vom 27. August 2015 – 4 Ws 81/15, NSTZ-RR 2016, 53).

Diese Auffassung findet auch in der Begründung des Regierungsentwurfes zur Einführung des § 140 Abs. 1 Nr. 9 StPO im Rahmen des Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs Bestätigung. Dort ist ausdrücklich festgehalten, dass der Auffangtatbestand des § 140 Abs. 2 StPO den Fall erfasse, dass ein vom Verletzten „selbst beauftragter Anwalt auftritt und dadurch im Einzelfall ein die Verteidigung beeinträchtigendes Ungleichgewicht entsteht“

(BT-Drucksache 17/6261, S. 11).

Dies umfasst auch den anwaltlichen Vertreter für dessen Beauftragung dem zur Nebenklage zugelassenen Verletzten Prozesskostenhilfe bewilligt wird.

Vor diesem Hintergrund hat der Vorsitzende der ... kleinen Strafkammer des Landgerichts ... zutreffend festgestellt, dass ein solches Ungleichgewicht – mit Blick auf den konkreten Vorgang – nicht besteht und der Angeklagte in der Lage ist, sich selbst zu verteidigen.

Besch. v. 13.4.2018 – 1 Ws 119/18 (77/18) –

## StPO § 244

25. *Wird die Ablehnung eines Hilfsbeweisanspruchs gerügt, muss das Rechtsbeschwerde- bzw. Revisionsvorbringen die Bedingung mitteilen, unter der der Antrag gestellt wurde*

Auf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen wurde das Urteil des Amtsgerichts aufgehoben. Keinen Erfolg hatte dabei allerdings seine Rüge der unzulässigen Ablehnung von Hilfsbeweisansprüchen. Der Bußgeldsenat führte zu dieser Rüge aus:

Zu dem notwendigen Revisionsvorbringen bei Ablehnung eines Hilfsbeweisanspruches in den Urteilsgründen gehört insbesondere auch die Mitteilung der Bedingung, unter der der Antrag gestellt wurde

(vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juli 2013 – 3 StR 118/13 –, NSTZ-RR 2013, 349).

Daran fehlt es vorliegend bezüglich der Erhebung beider Rügen. Die Bedingungen, unter denen die Beweise erhoben werden sollten, ergeben sich weder aus den mitgeteilten Anträgen selbst noch aus dem weiteren Rechtsbeschwerdevorbringen. Sie sind

insbesondere auch der in den Urteilsgründen enthaltenen Begründung, mit der das Gericht die Hilfsbeweisanträge als bedeutungslos zurückgewiesen hat, nicht zu entnehmen.

Beschl. v. 2.11.2018 – 2 SsOWi 159/18 (113/18) –

### StPO § 244 Abs. 3

26. Die pauschale Ablehnung von mehreren Beweisanträgen stellt sich als rechtsfehlerhaft dar, da das Gericht für jeden einzelnen Beweisantrag festzustellen hat, mit welchem der nach § 244 Abs. 3 bis 5 StPO zulässigen Gründen der Beschluss abgelehnt wurde

Der Angeklagte war auch in zweiter Instanz wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte in Tateinheit mit versuchter Körperverletzung zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt worden. Hingegen hatte die Revision des Angeklagten Erfolg. Der Senat hob das angefochtene Urteil mit den zugrundeliegenden Feststellungen auf und verwies die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts zurück. Zur Begründung führte der Senat aus:

Mit ihrer an den Senat gerichteten Antragschrift beantragt die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht zu Gunsten des Angeklagten die Aufhebung des angefochtenen Urteils. Sie hält die Revision bereits aufgrund der zulässig ausgeführten Verfahrensrüge für begründet. Den Aufhebungsantrag hat die Staatsanwaltschaft wie folgt begründet:

„In der Sache hat die Revision bereits auf die zulässig angebrachte Rüge der rechtsfehlerhaften Behandlung eines Beweisantrages Erfolg. Die Revision macht im Einzelnen geltend, dass nach Setzung einer Frist von 20 Minuten durch das Gericht insgesamt 16 Beweisanträge gestellt worden seien (Bd. II Bl. 322 d. A.), die sodann mit nur einem Gerichtsbeschluss wegen Prozessverschleppung und in 5 Fällen ergänzend mit weiteren Begründungen abgelehnt worden seien (Bd. II Bl. 326 d. A.). Die pauschale Ablehnung von 16 Beweisanträgen stellt sich bereits als rechtsfehlerhaft dar, da das Gericht für jeden einzelnen Beweisantrag festzustellen hat, mit welchem der nach § 244 Abs. 3 bis 5 StPO zulässigen Gründe der Beschluss abgelehnt wurde. Überdies ist die Verschleppungsabsicht nur unzureichend und damit rechtsfehlerhaft begründet worden. Zum einen darf das Gericht den Antrag nur ablehnen, wenn es nach Art eines Indizienbeweises die Verschleppungsabsicht des Ast. aufgrund der äußeren Umstände sicher nachweisen kann

(Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 244 Rn. 68 mwN).

Diesen Anforderungen wird die Begründung in dem Ablehnungsbeschluss nicht gerecht. Zum anderen setzt die Antragsablehnung wegen Prozessverschleppung die Überzeugung des Gerichts voraus, dass die Beweiserhebung nichts zu Gunsten des Ast. ergeben wird

(BGH, NStZ 2011, 230).

Auch hierzu finden sich in dem Ablehnungsbeschluss weitgehend keine Ausführungen. Jedenfalls der Beweisantrag zu Anlage 20, der ergänzend mit unzulässigen Erwägungen der antizipierten Beweiswürdigung abgelehnt worden ist, hätte auch nicht mit anderer Begründung zu Recht abgelehnt werden können, so dass das Urteil auch auf dem Fehler beruht.

Beschl. v. 18.12.2018 – 1 Ss 118/18 (224/18) –

### StPO § 261

27. Der Zweifelsgrundsatz kommt nur dann zur Anwendung, wenn das Tatgericht tatsächlich Bedenken an der Schuld des Betroffenen/Angeklagten hegt.

Die Rechtsbeschwerde des Betroffenen gegen seine Verurteilung wegen fahrlässiger Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit außerhalb geschlossener Ortschaften blieb ohne Erfolg. Dies begründete der Bußgeldsenat u. a. wie folgt:

Abgesehen davon, dass das Amtsgericht seine Überzeugung von der Fahrereigenschaft des Betroffenen nur ergänzend auf das anthropologische Sachverständigenutachten (UA 3, 4) gestützt hat, bedeutet der „Zweifelsgrundsatz“ nicht, dass ein Gericht nach der Überzeugung eines Verfahrensbeteiligten hätte Zweifel haben müssen. Er bedeutet nur, dass bei tatsächlich bestehenden durchgreifenden Bedenken des Gerichts selbst eine Verurteilung nicht erfolgen darf. Im vorliegenden Fall ist gegen die Überzeugungsbildung des Amtsgerichts aus Rechtsgründen nichts zu erinnern.

Beschl. v. 10.12.2018 – 1 SsOWi 230/18 (208/18) –

### StPO § 261

28. Notwendiger Bestandteil eines Urteils ist die Angabe, ob und ggf. wie sich der Betroffene/Angeklagte eingelassen hat

Die Rechtsbeschwerde des wegen eines Verstoßes gegen § 24 a Abs. 2 StVG verurteilten Betroffenen hatte Erfolg. Der Senat führte aus:

Die Sachrüge ist begründet, da das Urteil unter einem durchgreifenden Darstellungsmangel leidet und den Anforderungen des § 261 StPO nicht genügt. Da das Urteil sich zu der Frage und ggf. dem Inhalt einer Einlassung des Betroffenen nicht verhält, ist schon nicht erkennbar, welche Beweise im Urteil gewürdigt worden sind, auf welcher Tatsachengrundlage es also beruhen soll. Grundsätzlich ist im Rahmen der Sachrüge zu prüfen, ob das Urteil auf einer tragfähigen, verstandesmäßigen einsichtigen (objektiven) Tatsachengrundlage beruht

(vgl. Karlsruher Kommentar, 7. Auflage, § 261 StPO, Rn. 84).

Allein die Betrachtung der im Urteil mitgeteilten Beweisaufnahme, nämlich die Verlesung des Untersuchungsberichts, ermöglicht es noch nicht, eine Beweiswürdigung dahingehend nachzuvollziehen, dass sich hieraus der mitgeteilte Sachverhalt, nämlich die Fahrt des Betroffenen am Tattag, die Kenntnis des Betroffenen von seinem THC-Konsum und die im Blut festgestellte Konzentration von THC, ergeben soll.

Beschl. v. 17.12.2018 – 2 SsOWi 222/18 (128/18) –

### StPO § 265 Abs. 2, § 25 Abs. 2 a StVG

29. Will das Amtsgericht in Abweichung vom angegriffenen Bußgeldbescheid die Vergünstigung eines Vollstreckungsaufschubs für ein zu verhängendes Fahrverbot in Fortfall bringen, muss es diesbezüglich einen rechtlichen Hinweis nach § 265 Abs. 2 StPO erteilen

In seinem Urteil verhängte das Amtsgericht gegen den Betroffenen u. a. ein Fahrverbot, ohne einen Vollstreckungsaufschub nach § 25 Abs. 2 a StVG zu gewähren. Die gegen das Urteil gerichtete Rechtsbeschwerde hatte vorläufigen Erfolg. Unter Zitierung der Zuschrift der Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht führte der Bußgeldsenat hierzu aus:

„Mit der Verfahrensrüge beanstandet der Betroffene zu Recht, dass das Amtsgericht keinen Vollstreckungsaufschub für das gegen ihn verhängte Fahrverbot gewährt hat, obwohl der Bußgeldbescheid ein solches umfasste und das Amtsgericht weder ihn noch seinen Verteidiger vor oder in der Hauptverhandlung auf die Möglichkeit der Verhängung einer solchen Maßnahme hingewiesen hat.

Soweit die Rechtsbeschwerde zum diesbezüglich negativen Prozessverhalten vor der Hauptverhandlung allein auf den Schriftsatz des Gerichts vom 13. September 2017 Bezug nimmt, in dem der Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt und die Zeugen wie auch der Betroffene und sein Verteidiger geladen werden, ist dies mit Blick auf § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO (noch) ausreichend. Vor dem Hintergrund des gerichtlichen Verfahrensganges in Bußgeldsachen, der einen Eröffnungsbeschluss des Gerichtes nicht vorsieht, sondern als einzig zwingende Maßnahme des Gerichts vor dem Hauptverhandlungstermin die Ladung der Beteiligten bestimmt, ist mit der Bezugnahme auf diese ausreichend dargetan, dass auch sonst keine vom Regelfall abweichende gerichtliche Verfügung ergangen ist, die den Hinweis des Gerichtes gemäß § 265 StPO beinhaltet.

Soweit daher im Bußgeldbescheid die Vergünstigung des § 25 Abs. 2 a StVG angeordnet worden ist, durfte das Gericht im Einspruchsverfahren nur dann auf diese erkennen, wenn es in entsprechender Anwendung des § 265 Abs. 2 StPO den Betroffenen zuvor auf diese Möglichkeit hingewiesen hat

(Senatsbeschluss vom 25. September 2002 – 1 SsOwi 94/02, SchlHA 2003, 214).

Weder vor noch in der Hauptverhandlung ist indes ein entsprechender rechtlicher Hinweis erteilt worden. Dies ergibt sich zum einen aus dem sonstigen Akteninhalt, der dem Senat aufgrund der zulässig ausgeführten Verfahrensrüge als Erkenntnisquelle zugänglich ist. Zum anderen wäre ein entsprechender Hinweis, der zu den wesentlichen Förmlichkeiten der Hauptverhandlung zählt, in das Protokoll aufzunehmen gewesen. Dies ist ebenfalls nicht erfolgt. Eine Erteilung in der Hauptverhandlung wäre ferner aufgrund der Entbindung des Betroffenen von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen und der Abwesenheit seines Verteidigers unmöglich gewesen. Das Amtsgericht hätte daher die Verhandlung unterbrechen müssen, um dem Betroffenen über seinen Verteidiger Gelegenheit zur Äußerung innerhalb angemessener Frist einzuräumen

(OLG Koblenz, Beschluss vom 27. März 2008 – 2 Ss 18/08 – StRR 2008, 162).

Auch der Umstand, dass das Gericht die verkehrsrechtlichen Vorbelastungen des Betroffenen in die Hauptverhandlung eingeführt hat, aus denen sich zwingend ergibt, dass mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen eine Vergünstigung im Sinne des § 25 Abs. 2 a StVG nicht mehr gewährt werden konnte, entbindet das Gericht nicht von einer entsprechenden Hinweispflicht

(Senatsbeschluss vom 25. September 2002, aaO).

Bei dem Wegfall der im Bußgeldbescheid noch vorgesehenen Regelung des § 25 Abs. 2 a StVG handelt es sich um eine Verböserung des Bußgeldbescheides. Die hieraus resultierende Sanktionswirkung ist dabei ähnlich weitgehend wie im Falle der Verhängung eines Fahrverbotes, das im Bußgeldbescheid noch nicht vorgesehen war

(Senatsbeschluss vom 25. September 2002, aaO).

Dem Betroffenen kommt es mit Blick auf die mit der Verhängung eines Fahrverbotes verbundenen erheblichen Einschränkungen nicht nur darauf an, sondern auch wann diese eintreten. Vor dem Hintergrund der prozessualen Fürsorgepflicht des Gerichts ist dem Betroffenen entsprechend die Möglichkeit zu eröffnen, sein Verteidigungsverhalten auf die Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkte einzustellen.

Das Urteil beruht auch auf diesem Verfahrensmangel. Dafür genügt, dass eine andere Verteidigung nicht ausgeschlossen werden kann

(Beschluss des 2. Senats vom 16. Juni 2000 – 2 Ss Owi 140/00, SchlHA 2001, 138).

Das ist der Fall. Der Betroffene hätte – wie dieser im Rahmen der Rechtsbeschwerde geltend macht – den Einspruch zurücknehmen können, um sich die festgesetzte Abgabefrist zu erhalten.“

Beschl. v. 19.3.2018 – 1 SsOWi 45/18 (56/18) –

### StPO § 267

30. Die Feststellungen eines Urteils werden nicht dadurch lückenhaft, weil es an der Mitteilung fehlt, wie das Ergebnis einer Geschwindigkeitsmessung in die Hauptverhandlung eingeführt wurde. Ausreichend ist bereits die Mitteilung, dass das Ergebnis der Messung Gegenstand der Hauptverhandlung war

Die Rechtsbeschwerde des Betroffenen, deren Argumentation sich die Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht angeschlossen hatte, blieb erfolglos. Der Bußgeldsenat führte u. a. aus:

Anders liegt es auch nicht deshalb, weil – wie die Staatsanwaltschaft meint – das Urteil an einem durchgreifenden Darstellungsmangel leiden würde. Es trifft zwar zu, dass das Urteil sich nicht ausdrücklich zu der Frage verhält, auf welche Weise das Ergebnis der Geschwindigkeitsmessung einschließlich der mitgeteilten Begleitfakten in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist. Aus den Urteilsgründen folgt allerdings, dass sie eingeführt worden sind, was grundsätzlich auf mehrere Weise geschehen konnte, etwa durch Verlesung von Urkunden, durch zeugenschaftliche Vernehmung der Messpersonen oder im Wege eines Vorhalts. Ein hierbei denkbarer Verfahrensfehler ist von der Rechtsbeschwerde nicht im Rahmen einer insoweit zu erhebenden Verfahrensrüge dargestellt und geltend gemacht worden. Davon unabhängig müssen in den Urteilsgründen Verfahrenstatistiken nur insoweit mitgeteilt werden, wie das erkennende Gericht hieraus weitere Schlussfolgerungen gezogen hat. Dies ist vorliegend aber ersichtlich nicht der Fall. Darüber hinaus gibt es keine generelle Pflicht zur Mitteilung der benutzten Beweismittel

(BGH, Beschluss vom 19. August 1993 – 4 StR 627/92 –, BGHSt 39, 291 ff., bei juris Rn. 16).

Die teilweise anderweitig zu beurteilenden Fallsituationen einer indiziellen Beweiswürdigung oder eines freisprechenden Urteils liegen nicht vor.

Beschl. v. 26.11.2018 – 2 SsOWi 233/18 (131/18) –

### StPO § 268 a Abs. 1

31. Wird die Berufung des zu einer Bewährungsstrafe verurteilten Angeklagten verworfen, muss das Berufungsgericht einen neuen, selbständigen Bewährungsbeschluss erlassen; der Beschluss des ersten Tatgerichts entfällt

Das Amtsgericht hatte den Angeklagten wegen Untreue in einem besonders schweren Fall in zahlreichen Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei

Jahren unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Auf die Berufung des Angeklagten änderte das Landgericht lediglich eine vom Amtsgericht angeordnete Bewährungsaufgabe ab und verwarf die Berufung im Übrigen. Die Revision hatte teilweise Erfolg. Zur Begründung führte der Senat unter Bezugnahme auf die Antragschrift der Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht u. a. aus:

„Die Urteilsformel kann indes insoweit keinen Bestand haben, als das Landgericht darin unter Abänderung des Bewährungsbeschlusses des Amtsgerichts vom 25. Oktober 2016 (Bl. 215 d. A. – vorgeheftet) angeordnet hat, dass der Angeklagte eine „Geldbuße“ in Höhe von 6000 € an eine gemeinnützige Einrichtung zu zahlen hat. Die damit der Sache nach erteilte Bewährungsaufgabe im Sinne von § 56b Abs. 2 Nr. 2 StGB ist nicht im Urteil, sondern gemäß § 268a Abs. 1 StPO in einem gesonderten, mit dem Urteil zu verkündenden Beschluss zu treffen. Wird – wie hier – die Berufung des zu einer zur Bewährung ausgesetzten Strafe verurteilten Angeklagten verworfen, muss das Berufungsgericht einen neuen, selbständigen Bewährungsbeschluss erlassen; der Beschluss des 1. Tatgerichts entfällt

(vgl. hierzu LG Osnabrück, Beschluss vom 7. Januar 1985 – 12 Qs VII 117/84, NStZ 1985, 378; OLG Celle, Beschluss vom 21. Juni 2007 – 32 Ss 86/07, juris; Meyer-Goßner/Schmitt aaO § 268a Rn. 2).

Der bislang nicht (wirksam) gefasste Beschluss kann in entsprechender Anwendung von § 453 StPO nachgeholt werden; zuständig hierfür ist nach Eintritt der Rechtskraft das Gericht des ersten Rechtszugs

(OLG Celle aaO mwN auch zur Gegenansicht).“

Auch dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 10.11.2017 – 1 Ss 97/17 (170/17) –

### StPO § 270

32. Grundsätzlich bindet ein nach Beginn der Hauptverhandlung ergangener Verweisungsbeschluss das Gericht höherer Ordnung

Auf Vorlage der großen Strafkammer des Landgerichts beschloss der Senat die Zuständigkeit derselben, weil das Amtsgericht – Schöffengericht – die Sache gemäß § 270 StPO mit bindender Wirkung an das Landgericht verwiesen habe. Aus den Gründen:

Denn an eine nach Beginn der Hauptverhandlung gem. § 270 StPO ergangene Verweisung ist das Gericht höherer Ordnung grundsätzlich gebunden, selbst wenn der diesbezügliche Beschluss formell oder sachlich fehlerhaft sein sollte.

(BVerfG, Beschl. v. 30.6.1970 – 2 BvR 48/70, BeckRS 2011, 45870; BGH, Urte. v. 13.2.1980 – 3 StR 5/80, NJW 1980, 1586; OLG Köln, Beschl. v. 12.11.2008 – 2 Ws 488/08, NStZ-RR 2009, 117; OLG Bamberg, Beschl. v. 13.6.2005 – Ws 338/05, NStZ-RR 2005, 377; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 31.5.1996 – 3 Ws 436/96, NStZ-RR 1996, 338; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24.8.1989 – 2 AR 21/89, NStZ 1990, 100; Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 60. Aufl., § 270 Rn. 19).

Dem steht – entgegen der Ansicht des Landgerichts – vorliegend auch nicht entgegen, dass sich das Amtsgericht bereits im Zwischenverfahren für unzuständig gehalten und das Verfahren gemäß § 209 Abs. 2 StPO der Kammer vorgelegt hatte und die Strafkammer das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht eröffnet hatte.

Ein Fall, in dem die Bindungswirkung der Verweisung entfiel, liegt hier nicht vor. Die Bindungswirkung entfällt ausnahmsweise bei Vorliegen von objektiver Willkür; weil es mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und den Grundsätzen rechtsstaatlicher Ordnung nicht vereinbar und mit einer Beschleunigung des Verfahrens nicht zu rechtfertigen wäre, wenn die Verweisungsentscheidung dem Angeklagten den gesetzlichen Richter auf diese Weise entzieht

(vgl. BGH Urte. v. 10.8.2017 – 3 StR 549/16, BeckRS 2017, 127395 mwN; OLG Köln, Beschl. v. 12.11.2008 – 2 Ws 488/08, NStZ-RR 2009, 117 mwN; Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 60. Aufl., § 270 Rn. 20).

Solch eine objektive Willkür liegt indes nicht vor.

Eine Entscheidung ist willkürlich, wenn sie unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht

(BGH Urte. v. 10.8.2017 – 3 StR 549/16, BeckRS 2017, 127395; BVerfG, Beschl. v. 19.1.1996 – 1 BvR 662/93, NJW 1996, 1336; BVerfG Beschl. v. 30.6.1970 – 2 BvR 48/70, zitiert nach juris; Greger, in: KK-StPO, 7. Aufl., § 270 Rn. 26 mwN).

Dies ist der Fall, wenn die Verweisung mit den Grundprinzipien der rechtsstaatlichen Ordnung in offensichtlichem Widerspruch steht, d.h. wenn sie widersprüchlich, unverständlich oder offensichtlich unhaltbar ist

(OLG Bamberg, Beschl. v. 13.6.2005 – Ws 338/05, NStZ-RR 2005, 377 mwN).

Die Feststellung ist anhand objektiver Kriterien zu treffen; schuldhaftes Handeln des Richters ist nicht erforderlich. Allein die fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes macht eine Gerichtsentscheidung nicht willkürlich. Dies wäre erst dann der Fall, wenn die Rechtslage in krasser Weise verkannt wird. Davon kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn sich das Gericht mit der Rechtslage eingehend auseinandersetzt und seine Auffassung nicht jedes sachlichen Grundes entbehrt

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.1.1996 – 1 BvR 662/93, NJW 1996, 1336 mwN; Beschl. v. 19.12.2000 – 1 BvR 1684/99, NJW 2001, 1125; BGH Ur. v. 10.8.2017 – 3 StR 549/16, BeckRS 2017, 127395).

In Anwendung dieser Grundsätze ist die vom Schöffengericht beschlossene Verweisung nicht objektiv willkürlich; insbesondere entbehrt sie nicht jedes sachlichen Grundes. Die vom Schöffengericht gemäß § 270 StPO beschlossene Verweisung ist unter dem Gesichtspunkt der veränderten Straferwartung (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 GVG) jedenfalls vertretbar.

Eine Verweisung an ein Gericht höherer Ordnung wegen sich nachträglich herausstellender unzureichender Strafgefahr ist nach Beginn der Hauptverhandlung - abgesehen von dem hier nicht gegebenen Fall einer versehentlichen Eröffnung des Hauptverfahrens

(sog. korrigierende Verweisung, vgl. Peglau, in: BeckOK/StPO, § 270 Rn. 3 mwN) –

erst dann zulässig, wenn das Gericht die Verhandlung so weit geführt hat, dass der Schuldspruch feststeht, und sich die von der Eröffnungsentscheidung abweichende Straferwartung so weit verfestigt hat, dass nicht mehr zu erwarten ist, eine mildere Beurteilung werde noch eine Strafe im Rahmen der Strafgefahr des Gerichts niedriger Ordnung als ausreichend erscheinen lassen

(OLG Köln, Beschl. v. 12.11.2008 – 2 Ws 488/08, NStZ-RR 2009, 117 mwN; BGH, Ur. v. 22.4.1999 – 4 StR 19–99, NJW 1999, 2604; OLG Nürnberg Beschl. v. 18.11.2013 – 2 Ws 610/13, BeckRS 2013, 20109; Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 60. Aufl., § 270 Rn. 10).

Die bloße Vermutung rechtfertigt demgegenüber noch nicht die Annahme der Unzuständigkeit

(vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.5.1986 – 1 Ws 401/85, NStZ 1986, 426; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 31.5.1996 – 3 Ws 436/96, NStZ-RR 1996, 338; Beschl. v. 30.6.1997 – 3 Ws 472/97, NStZ-RR 1997, 311).

Gemessen an diesem Maßstab stellt sich im vorliegenden Fall die Verweisungsentscheidung des Schöffengerichts nicht als willkürlich, offenkundig fehlerhaft, unverständig oder unhaltbar dar. Die Entscheidung ist jedenfalls vertretbar. Eine nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage liegt vor. Zudem werden die Umstände, die eine Straferwartung von über vier Jahren begründen können, vom Amtsgericht weder lediglich vermutet, noch ist eine solche Straferwartung von vornherein offensichtlich ausgeschlossen.

Die Sach- und Rechtslage hat sich im Vergleich zum Zeitpunkt der Eröffnung vor dem Amtsgericht durch das Landgericht verändert. Neben Feststellungen zum groben Eigennutz des Angeklagten im Sinne des § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO a. F. und § 266 a Abs. 4 Nr. 1 StGB hat die Beweisaufnahme insbesondere ergeben, dass der Angeklagte seine Unternehmen als sogenannte Service-Gesellschaften führte, die ausschließlich darauf ausgerichtet waren, Leistungen abzurechnen, die tatsächlich nicht von den die Rechnungen ausstellenden Unternehmen erbracht worden waren.

Dem Verweisungsbeschluss liegt auch das vorläufige Ergebnis der Hauptverhandlung zugrunde. Das Schöffengericht hat seine Entscheidung am dritten Verhandlungstag und auf Grund der Beweisaufnahme durch Einvernahme von drei Zeugen und der Einführung von Urkunden im Wege des Selbstleseverfahrens getroffen. Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall maßgeblich von einer Verweisung unmittelbar nach Eintritt in die Hauptverhandlung auf Grundlage einer bloßen Vermutung. Der Angeklagte hat vorliegend nach der vom verweisenden Gericht in der Hauptverhandlung gewonnenen Überzeugung Steuerhinterziehungen (§ 370 Abs. 1 AO) in acht Fällen sowie Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) in 22 Fällen begangen. In sechs Fällen der Steuerhinterziehung und drei Fällen der Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt soll es sich um besonders schwere Fälle handeln. Anhand der Ausführungen des verweisenden Gerichts lässt sich nachvollziehen, dass dieses nach einer Abwägung auf Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme zu der sicheren Überzeugung gelangt ist, dass der Angeklagte nicht nur schuldig ist, sondern auch der dem Gericht zur Verfügung stehende Strafbann – Freiheitsstrafe bis zu vier Jahren – nicht ausreicht, um die Straftat angemessen zu ahnden.

Eine den Strafbann des Amtsgerichts von vier Jahren überschreitende Gesamtfreiheitsstrafe ist auch nicht offenkundig ausgeschlossen. Zwar ist eine Gesamtfreiheitsstrafe, die mehr als ein Vierfaches der vom Amtsgericht angenommenen Einsatzstrafe von einem Jahr beträgt, unüblich, aber nicht ohne Weiteres rechtsfehlerhaft

(vgl. BGH, Beschl. v. 25.8.2010 – 1 StR 410/10, NJW 2010, 3176 mwN).

Sie bedarf vielmehr einer besonderen Begründung, wobei an die Begründung umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je mehr sich die Strafe dem oberen oder unteren Rand des Zulässigen nähert

(vgl. BGH Beschl. v. 13.11.2008 – 3 StR 485/08 BeckRS 2008, 26961).

Jedenfalls kann sich aus dem Umstand, dass das Schöffengericht – anders als die Strafkammer – die Einzelstrafen im Rahmen des rechtlich Zulässigen nicht „straff“ zu einer Gesamtstrafe zusammenfassen will, nicht der – hier allein maßgebliche – Schluss auf Willkür gezogen werden.

Insoweit kommt es auf die Straferwartung des Amtsgerichts an. Den Darlegungen des Schöffengerichts lassen sich – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der vom BGH aufgestellten Grundsätze zur Strafzumessung bei Steuerhinterziehung – jedenfalls nachvollziehbare Gründe entnehmen, die das Amtsgericht zu der Annahme einer seinen Strafbann überschreitenden Strafe geführt hat. Das Schöffengericht hat seine Entscheidung neben der Schadenshöhe von rund 650 000 Euro hinterzogenen Steuern und rund 485 000 Euro vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträgen insbesondere darauf gestützt, dass der Angeklagte ein umfassendes Scheinsystem zur Gewinngenerierung durch unberechtigten Vorsteuerabzug errichtet hat. Der hieraus gezogene Schluss einer vier Jahre übersteigenden Freiheitsstrafe ist jedenfalls nicht derart fernliegend, dass von Willkür gesprochen werden könnte. Nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen zur Strafzumessung bei Steuerhinterziehung kann im Rahmen der nach § 46 Abs. 1 StGB festzustellenden Schuld des Täters sowohl der Schadenshöhe als auch dem Aufbau besonderer Unternehmensstrukturen bestimmende strafscharfende Wirkung zukommen, wie dies bei sog. Service-Gesellschaften regelmäßig angenommen wird

(BGH, Ur. v. 29.11.2006 – 5 StR 324/06, NStZ-RR 2007, 176; Ur. v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08; NJW 2009, 528, 530 ff. mwN; vgl. auch BGH, Beschl. v. 26.9.2012 – 1 StR 423/12, BeckRS 2012, 21251).

Schließlich wird bei Steuerhinterziehungen insgesamt eine strenge Ahndung als erforderlich angesehen, um die Rechtstreue der Bevölkerung im Bereich der Steuerehrlichkeit zu erhalten

(vgl. BGH, Ur. v. 28.9.1983 – 3 StR 280/83, NJW 1984, 2588 mwN; BGH, Ur. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99, NJW 2000, 3010).

Nicht zuletzt kommt hinzu, dass die Verweisung an die Strafkammer erst auf Antrag der Staatsanwaltschaft erfolgte, die nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ebenfalls von einer zu beantragenden Strafe ausgegangen ist, die vier Jahre übersteigt.

Beschl. v. 17.4.2018 – 1 Ws 102/18 (69/18) –

## StPO § 304

*33. Rechtsfehler einer Haftfortdauerentscheidung können nicht mit der einfachen, sondern nur der sofortigen Beschwerde gemäß §§ 163 Abs. 3 Satz 1, 454 Abs. 3 Satz 1 StPO angegriffen werden*

Der Beschwerdeführer wandte sich mit dem Rechtsmittel nach § 304 StPO gegen angebliche Fehler in der Haftfortdauerentscheidung der Strafvollstreckungskammer. Die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde war bei Anbringung des Rechtsmittels bereits abgelaufen. Die Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO verwarf der Strafsenat als unzulässig:

Die Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO ist bereits unzulässig.

Im Vollstreckungsverfahren gilt hinsichtlich der Anfechtbarkeit gerichtlicher Entscheidungen das Enumerationsprinzip; d. h. Vollstreckungsentscheidungen sind nur in den Fällen einer Anfechtung zugänglich, in denen der Gesetzgeber ein Rechtsmittel ausdrücklich zur Verfügung stellt. § 304 StPO gilt demgemäß nicht für Entscheidungen, die dem Gericht des 1. Rechtszuges im Rahmen der Strafvollstreckung zugewiesen sind

(vgl. Meyer-Goßner/Schmidt, StPO, 61. Aufl., § 304 Rn. 2; OLG Hamm, Beschluss vom 25.4.1989 – 1 Ws 123/89).

Vielmehr ist die Beschwerde nach § 304 Abs. 1 StPO schon dem Wortlaut nach nur bei Entscheidungen anzuwenden, die im 1. Rechtszug oder im Berufungsverfahren ergangen sind. Bei der



Fortdauerentscheidung handelte es sich jedoch um ein Verfahren im Rahmen der Strafvollstreckung. Behauptete Rechtsfehler im Rahmen der Fortdauerentscheidung, wären ausschließlich mit der sofortigen Beschwerde gemäß §§ 463 Abs. 3 Satz 1, 454 Abs. 3 Satz 1 StPO anzugreifen gewesen. Die Vorgehensweise des Beschwerdeführers stellt somit lediglich eine unzulässige Umgehung dieser Verfahrensvorschriften dar.

Beschl. v. 30.10.2018 – 1 Ws 318/18 (187/18) –

### StPO § 305

34. *Die Entscheidung eines Gerichts, zur Vorbereitung einer Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB sowie §§ 63, 67 b StGB in der Hauptverhandlung ein Sachverständigengutachten einzuholen, ist unanfechtbar*

Das Landgericht hatte zur Klärung, ob der Angeklagte zur Tatzeit schuldunfähig war, die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeordnet. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Angeklagten blieb erfolglos:

Die Entscheidung der Strafkammer, zur Vorbereitung einer Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen von §§ 20, 21 StGB sowie §§ 63, 67 b StGB ein Sachverständigengutachten einzuholen, ist als solche unanfechtbar. Der Beschwerdeführer wendet sich mit seiner Beschwerde gegen eine mit der Urteilsfällung in innerem Zusammenhang stehende prozessuale Entscheidung des Gerichts innerhalb des Verfahrens und nicht gegen eine abschließende Entscheidung. In derartigen Fällen ist eine Beschwerde gemäß § 305 Satz 1 StPO ausgeschlossen.

Sinn der Regelung des § 305 Satz 1 StPO ist es, die reibungslose Durchführung einer Hauptverhandlung zu sichern. Die Vorschrift soll diejenigen Verfahrensverzögerungen verhindern, die eintreten würden, wenn Entscheidungen der erkennenden Gerichte sowohl aufgrund einer Beschwerde als auch auf das Rechtsmittel gegen das Urteil hin überprüft werden müssen

(Meyer-Goßner, StPO Kommentar, 60. Aufl., § 305 Rn. 1).

Die Entscheidung der Strafkammer, ein Sachverständigengutachten zu den beschriebenen Fragen einzuholen, geht einem Urteil unter Berücksichtigung dieser Umstände voraus und ist mithin erst zusammen mit diesem anfechtbar.

Beschl. v. 13.4.2018 – 1 Ws 121/18 (75/18) –

### StPO § 329 Abs. 1

35. *Die Vertretungsbefugnis des Verteidigers setzt auch gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO n. F. den Nachweis einer schriftlichen oder elektronischen Vollmacht voraus*

Die Berufung des Angeklagten gegen eine Verurteilung durch das Amtsgericht in erster Instanz verwarf das Landgericht, da der Angeklagte zum Hauptverhandlungstermin trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen sei und die dem Verteidiger vorliegende besondere Vertretungsvollmacht vor seiner Bestellung als Pflichtverteidiger erteilt worden sei, so dass diese Vollmacht mit der Pflichtverteidigerbestellung und der in diesem Zusammenhang erfolgten Niederlegung des Wahlmandats erloschen sei. Die Revision des Angeklagten hatte keinen Erfolg:

Das zulässige Rechtsmittel ist unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Auf die Zuschrift der Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig vom 21. November 2018 wird Bezug genommen.

Zu ergänzen ist insoweit nur, dass auch nach der Neufassung des § 329 StPO der Nachweis der Vertretungsbefugnis des Verteidigers gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO den Nachweis einer schriftlichen oder elektronischen Vollmacht voraussetzt. Dies war hier nicht der Fall. Das Wahlmandat des Verteidigers war durch seine Beordnung erloschen

(OLG Köln, Beschluss vom 12. Juni 2018 – 1 RV 107/18 111-1 RVs 107/18 – OS 2; Abs. 19, bei juris).

Zu Beginn der Hauptverhandlung lag damit eine Vollmacht in der notwendigen Form nicht vor

(vgl. auch Schmitt in Meyer-Goßner/Schmidt, 61. Aufl., § 329, Rn. 14, 15).

Urteil v. 21.12.2018 – 2 Ss 119/18 (130/18) –

### StPO § 329 Abs. 1 Satz 1

36. *Zu den Anforderungen an ein ärztliches Attest, welches Verhandlungsunfähigkeit attestieren soll*

Die kleine Strafkammer des Landgerichts hatte die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts, durch das der Angeklagte wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten auf Bewährung verurteilt worden war, gemäß § 329 StPO verworfen. Die sofortige Beschwerde des Angeklagten gegen den Beschluss der kleinen Strafkammer,

durch den sein Antrag, ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung des Hauptverhandlungstermins zu gewähren, zurückgewiesen worden war und die Revision des Angeklagten gegen das Verwerfungsurteil des Landgerichts hatten keinen Erfolg. Unter Bezugnahme auf die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht führte der Senat insbesondere wie folgt aus:

Beide Rechtsmittel sind unbegründet.

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Stellungnahme vom 20. November 2018 ausgeführt:

„a) Die nach § 46 Abs. 3 StPO statthafte und fristgerecht eingelegte, nicht begründete sofortige Beschwerde des Angeklagten ist zulässig. In der Sache bleibt ihr der Erfolg versagt.

Der Wiedereinsetzungsantrag war bereits unzulässig, weil er keine Angaben über den konkreten Hinderungsgrund enthält. Zwar kann eine Erkrankung einen Entschuldigungsgrund gemäß § 329 Abs. 1 StPO darstellen, wobei zur Glaubhaftmachung der Krankheit in der Regel die Vorlage eines ärztlichen Attests genügt. Voraussetzung ist indes, dass die Erkrankung nach Art und Auswirkung eine Beteiligung des Angeklagten an der Hauptverhandlung unzumutbar macht

(vgl. KG Berlin, Beschluss vom 6. Februar 2007 – 1 AR 152/07 – 2 Ws 99/07 –, StraFo 2007, 244).

Beruft sich ein Angeklagter auf eine Erkrankung, sind deren Art und der Umfang der von ihr ausgehenden körperlichen und geistigen Beeinträchtigungen anzugeben

(vgl. OLG Braunschweig, Beschluss vom 8. Januar 2014 – 1 Ws 380/13 –, NSTZ 2014, 289).

Letzteres ist weder dem beigebrachten Attest noch dem Wiedereinsetzungsantrag im Übrigen zu entnehmen. Allein der Umstand, dass der Arzt dem Angeklagten Verhandlungsunfähigkeit attestierte, genügt nicht, da es sich hierbei um einen Rechtsbegriff handelt

(vgl. KG aaO; OLG Braunschweig aaO).

Darüber hinaus war der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses unbegründet.

b) Mit der statthafte und zulässigen Revision dringt der Angeklagte in der Sache ebenfalls nicht durch. Auf die allgemeine Sachrüge ist – da es sich bei dem Urteil nach § 329 Abs. 1 StPO um ein Prozessurteil handelt – lediglich zu prüfen, ob im Revisionsverfahren Verfahrenshindernisse entstanden sind

(Senatsbeschluss vom 30. November 2006 – 1 Ss 166/06 (104/06) Schl-HAnz 2007, 290).

Verfahrenshindernisse sind weder vorgetragen noch sind sie sonst ersichtlich. Im Übrigen haben die Gründe des angefochtenen Urteils den für das Verwerfungsurteil gemäß § 329 Abs. 1 StPO erforderlichen Inhalt

(vgl. Meyer-Goßner, StPO, § 329 Rn. 33).“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 25.9.2018 – 1 Ss 117/18 (211/18), 1 Ws 344/18 (202/18) –

### StPO § 331 Abs. 1

37. *Ein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot ergibt sich nicht nur bei einer Erhöhung der Gesamtstrafe, sondern in der Regel auch bei einer Erhöhung der Einzelstrafe*

Das Landgericht hatte die Berufung des Angeklagten gegen seine Verurteilung durch das Amtsgericht wegen Erschleichens von Leistungen in fünf Fällen, davon in zwei Fällen in einem geringwertigen Fall, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Monaten verworfen. Die Revision des Angeklagten hatte teilweise Erfolg. Zur Begründung führte der Senat unter anderem aus:

Die gemäß § 333 StPO statthafte Revision ist zulässig und hat einen geringen Teilerfolg. Im Übrigen ist sie offensichtlich unbegründet.

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht hat in ihrer Zuschrift vom 6. Juli 2018 u. a. ausgeführt:

„Allein, soweit (durch) das Landgericht gegen den Angeklagten hinsichtlich der Tat vom 17. Januar 2016 um 13:16 Uhr eine Einzelstrafe von zwei Monaten verhängt wurde, ergibt sich ein den Angeklagten beschwerender Rechtsfehler, da es sich dabei um einen Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot gemäß § 331 Abs. 1 StPO handelt. Denn das Amtsgericht hatte im Hinblick auf diese Tat lediglich eine Einzelstrafe von einem Monat verhängt und ein Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft war nicht eingelegt worden. Revisionsrechtlich beachtlich ist diese Über-

schreitung der zulässigen Höhe der Einzelstrafe, da ein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot sich nicht nur bei einer Erhöhung der Gesamtstrafe, sondern in der Regel auch bei einer Erhöhung der Einzelstrafen ergibt

(BGHSt 1, 252 ff., Meyer-Goßner/Schmitt, § 331, Rn. 18).

Allerdings kann der Senat in entsprechender Anwendung der §§ 354 Abs. 1 und Abs. 1 a StPO im Hinblick auf die Einzelstrafe für die Tat vom 17. Januar 2016 um 13:16 Uhr selbst entscheiden und diese auf das gesetzlich zulässige Höchstmaß von 1 Monat herabsetzen sowie von einer Aufhebung des Gesamtstrafenauspruchs absehen.“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 31.7.2018 – 1 Ss 60/18 (117/18) –

### StPO § 345 Abs. 2

38. *Zuständig für eine Revisionsbegründung zu Protokoll der Geschäftsstelle ist ausschließlich die Geschäftsstelle des Gerichts, dessen Urteil angefochten wird*

Die Revision des Angeklagten gegen das Berufungsurteil der kleinen Strafkammer des Landgerichts verwarf der Senat als unzulässig. Aus den Gründen:

Die Revision ist unzulässig, denn die Revisionsbegründung genügt nicht der Vorschrift des § 345 Abs. 2 StPO. Nach dieser Vorschrift muss die Revisionsbegründung durch eine von einem Verteidiger oder einem Rechtsanwalt unterzeichnete Schrift oder zu Protokoll der Geschäftsstelle angebracht werden. Zuständig für die Erklärung zu Protokoll ist ausschließlich die Geschäftsstelle des Gerichts, dessen Urteil angefochten wird

(BayObLG, RPflegler 1996, 125; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 345 Rn. 19).

Die Erklärung zu Protokoll der Rechtsantragsstelle des Amtsgerichts Hamburg genügt nicht dem Formerfordernis, da nach der Regelung des § 345 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 StPO nur die Geschäftsstelle des Landgerichts Itzehoe, dessen Entscheidung angefochten worden ist, zuständig gewesen wäre. Der Ausnahmefall des § 299 StPO für nicht auf freiem Fuß befindliche Beschuldigte liegt hier nicht vor. Die Beurkundung durch das unzuständige Amtsgericht Hamburg macht die Revisionsbegründung unwirksam

(BayObLG, aaO).

Die unwirksame Erklärung ist auch nicht durch bloßen Eingang beim zuständigen Landgericht Itzehoe zu einer wirksamen Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle dieses Gerichts geworden

(vgl. BayObLG, aaO; OLG Oldenburg, Beschluss vom 31. Januar 2011 – 1 Ss 7/11 juris).

Beschl. v. 16.11.2018 – 1 Ss 90/18 (169/18) –

### StPO § 356 a

39. *Zur Bedeutung des Grundsatzes der Gewährung rechtlichen Gehörs bei der Abfassung von Gerichtsentscheidungen*

Der Senat hatte die Revision des Angeklagten gegen ein Urteil des Landgerichts in der Berufungsinstanz als offensichtlich unbegründet verworfen. Den dann folgenden Antrag des Angeklagten, das Verfahren wegen Verletzung rechtlichen Gehörs in die Lage zurückzusetzen, die vor Erlass des Senatsbeschlusses bestand, hat der Senat mit folgenden Gründen verworfen:

Es ist zweifelhaft, ob der Antrag bereits aus formalen Gründen unzulässig ist, weil der Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der angeblichen Verletzung des rechtlichen Gehörs entgegen § 356 a Satz 3 StPO nicht ausdrücklich glaubhaft gemacht worden ist. Ausweislich der Akte hat die Geschäftsstelle des Senats den Beschluss vom 10. Juli 2018 noch am gleichen Tage zur Post gegeben. Dass dieser den Verteidiger in Hamburg trotzdem erst 13 Tage später erreicht haben soll, klingt ungewöhnlich.

Dies mag jedoch auf sich beruhen, da der Antrag jedenfalls unbegründet ist. Eine entscheidungserhebliche Verletzung des Anspruchs des Angeklagten auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit dem Erlass des Senatsbeschlusses vom 10. Juli 2018 hat es nicht gegeben. Die Spekulation des Angeklagten, der Schriftsatz seines Verteidigers vom 5. Juli 2018 könne dem Senat nicht vorgelegen haben, geht fehl. Dieser Schriftsatz war Bestandteil der dem Senat vorgelegten Akte. Sein Inhalt ist Gegenstand der Beratung gewesen und in die Entscheidung des Senats eingeflossen.

Der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs bedeutet lediglich, dass ein Gericht tatsächliches Vorbringen eines Verfah-

rensbeitragenden zur Kenntnis zu nehmen und zu bewerten hat. Er bedeutet aber nicht, dass ein Gericht sich der Rechtsauffassung eines Verfahrensbeteiligten anzuschließen hätte. Daher bedeutet auch der Umstand, dass sich ein Gericht in seiner Entscheidung nicht ausdrücklich mit allen vorgetragenen Argumenten im Einzelnen auseinandersetzt, nicht, dass es diese nicht zur Kenntnis genommen und nicht bewertet hätte.

Die Verwerfung des Antrages als unbegründet löst nach Nr. 3920 des Kostenverzeichnisses zum GKG eine Gerichtsgebühr von 60 € aus, die der Angeklagte zu tragen hat.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 304 Abs. 4 StPO) und auch einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 356 a, Rn. 9).

Beschl. v. 11.9.2018 – 1 Ss 57/18 (110/18) –

### StPO § 467

40. *Zu den Voraussetzungen von § 467 Abs. 3 Satz 2 StPO*

Mit seiner erfolgreichen sofortigen Beschwerde wandte sich der Angeklagte gegen die Kostenentscheidung des Landgerichts, durch welche ihm die Tragung seiner notwendigen Auslagen auferlegt worden war:

Die nach §§ 464 Abs. 3 Satz 1, 311, 304 StPO statthafte und zulässige sofortige Beschwerde des Verurteilten hat auch in der Sache Erfolg.

Die Kosten des Verfahrens hat zur Überzeugung des Senats nämlich nach § 467 Abs. 1 StPO die Landeskasse zu tragen, da der Angeklagte freigesprochen wurde. Ein Grund, dem Angeklagten die Erstattung seiner notwendigen Auslagen durch die Landeskasse zu versagen, liegt nicht vor. Entgegen der Auffassung des Landgerichts liegt hier kein Fall des § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 StPO vor.

Eine Anwendung von § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StPO scheidet bereits deshalb aus, weil das Landgericht nicht feststellen konnte, dass die vor Erhebung der öffentlichen Klage erfolgten Einlassungen des Angeklagten in seinen Vernehmungen vom 1. Oktober 2012 und 2. Januar 2013 unwahre Erklärungen hinsichtlich der Tatvorwürfe der Bestechung enthielten. Das Landgericht sah es lediglich nicht als erwiesen an, dass der Angeklagte der ehemaligen Mitangeklagten Geld für die Abfragen der Halterdaten gezahlt hatte. Eine positive Feststellung durch das Landgericht, dass Geldzahlungen nicht erfolgten, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen. Der Angeklagte hat sich in der Hauptverhandlung nicht mehr zum Tatvorwurf geäußert. Dies lässt nicht den Schluss zu, dass seine vorherigen Äußerungen unwahr waren und kann ihm daher nicht zum Nachteil gereichen. Weiter hat er, und auch dies ist nicht zu beanstanden, einer Verwertung seiner Vernehmung widersprochen und für sich einen Freispruch beantragt. Es ist zur Überzeugung des Senats auch sachgerecht, dass die Landeskasse in dieser Konstellation die notwendigen Auslagen trägt, da der Angeklagte lediglich von seinen prozessualen Rechten Gebrauch gemacht hat. Zudem bestanden die Zweifel an der Richtigkeit seiner Behauptungen bezüglich der Bestechungen bereits bei Anklageerhebung, da die ehemalige Mitangeklagte diese Vorwürfe stets abgestritten und mitgeteilt hatte, dass der Angeklagte sie oder indirekt ihren Sohn bedroht habe, um sie zur Mitteilung der Halterdaten zu bewegen. Bei dieser Ermittlungslage davon auszugehen, dass eine Bestechung sich sicher nachweisen lassen würde, ist nicht offensichtlich. Schließlich führt die Kammer in der angefochtenen Entscheidung aus, dass der Angeklagte sich im Ermittlungsverfahren ersichtlich unter dem Eindruck stand, sich vom Vorwurf der Nötigung einer Polizeibeamtin, also einer besonders schweren Nötigung nach § 240 Abs. 4 Nr. 2 StGB, entlasten zu wollen und deshalb abgegeben hatte, die ehemalige Mitangeklagte habe Geld für die Auskünfte verlangt.

Eine Anwendung von § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO scheidet ebenfalls aus. Zwar ist es zutreffend, dass eine Verurteilung des Angeklagten wegen der Anstiftung zur Verletzung von Privatgeheimnissen nach § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB nur deshalb nicht erfolgen kann, weil bezüglich sämtlicher angeklagter Taten im Zeitpunkt des letzten Hauptverhandlungstermins am 17. Juli 2018 die absolute Verfolgungsverjährung nach §§ 78c Abs. 3 Satz 2, 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB eingetreten war. Schließlich erfolgten die letzten Taten am 15. Februar 2012 und waren damit mehr als sechs Jahre her. Zudem lag nur von sechs Haltern der nach § 205 Abs. 1 StGB erforderliche Strafantrag vor.

Allerdings ist dabei insgesamt zu berücksichtigen, dass der Eintritt und das Vorliegen dieser Verfahrenshindernisse nicht dem

Angeklagten zuzurechnen ist, sondern in den Verantwortungsbe- reich des Gerichts und der Strafverfolgungsbehörden fällt. Allein das Eintreten oder Vorliegen eines Verfahrenshindernisses kann schließlich nicht Grundlage einer Billigkeitsentscheidung zulasten des Angeklagten sein

(vgl. Karlsruher Kommentar, 7. Auflage, § 467 StPO, Rn. 10b).

Hinzutreten muss vielmehr stets ein vorwerfbar prozessuales Fehlverhalten des Angeklagten

(vgl. Karlsruher Kommentar, aaO).

Bereits bei Anklageerhebung lagen nur bezüglich zweier Tat- handlungen, nämlich der Abfragen an einem unbestimmten Tag vor dem 17. August 2011 und der Abfragen vom 15. Februar 2012 teilweise Strafanträge der betroffenen Fahrzeughalter vor. Ange- klagt wurden jedoch sieben selbständige Taten der Verletzung von Privatgeheimnissen. Zudem trat die absolute Verfolgungsverjäh- rung zum Teil bereits im Zeitraum zwischen Eingang der Anlage- schrift beim Landgericht am 1. Oktober 2014 und Eröffnung des Hauptverfahrens am 5. Oktober 2017 und zum Teil zwischen Er- öffnung des Hauptverfahrens und der letzten Hauptverhandlung ein, ohne dass erkennbar wäre, dass die Verzögerung des Verfah- rens auf ein Verhalten des Angeklagten zurückzuführen wäre.

Allein die Tatsache, dass der Angeklagte sich in seinen Verneh- mungen vom 1. Oktober 2012 und 2. Januar 2013 selbst belastet hat, stellt zur Überzeugung des Senats kein solches Fehlverhal- ten dar, welches geeignet wäre, eine Tragung der notwendigen Auslagen durch den Angeklagten in diesem Fall zu rechtfertigen. Es mag sein, dass aufgrund dieser Äußerungen eine Verurteilung wegen Bestechung in Betracht kam, die Anklage sich daher nicht nur auf die Verletzung von Privatgeheimnissen beschränkte und daher die Verjährungsfristen für die letzteren Delikte aus dem Blick gerieten. Allerdings ist nicht dieses Verhalten ursächlich für den Eintritt der absoluten Verjährung gewesen, sondern die Dau- er von drei Jahren zwischen Eingang der Anklageschrift bei Ge- richt und Eröffnung des Hauptverfahrens.

Die Kostenentscheidung des Beschwerdeverfahrens erfolgt in analoger Anwendung des § 467 Abs. 1 StPO.

Beschl. v. 30.10.2018 – 2 Ws 306/18 (103/18) –

### StPO § 475

41. *Das Vorhaben, Dienstaufsichtsbeschwerde oder Gegenvor- stellung gegen eine Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 1 StPO einzulegen, begründet kein berechtigtes Interesse aus Akteneinsicht nach § 475 StPO*

Die Beschwerdeführerin beehrte Einsichtnahme in ein Strafverfahren. Das Rechtsmittel gegen die ablehnende Entscheidung des Vorsitzenden der großen Strafkammer hatte keinen Erfolg. Unter Zitierung der Zuschrift der Staatsan- waltschaft beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht führte der Straf- senat hierzu aus:

Die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig hat in ihrer Zuschrift vom 21. No- vember 2018 ausgeführt:

„Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerde- führerin im vorliegenden Strafverfahren als Verletzte in Betracht kommt Sie behauptet solches auch nicht. Die Gewährung von Akteneinsicht richtet sich folglich nach §§ 475, 477, 478 StPO.

Danach ist Akteneinsicht vorliegend zu gewähren, soweit hier- für ein berechtigtes Interesse dargelegt wird und die hiervon Be- troffenen kein schutzwürdiges Interesse an der Versagung haben (§ 475 Abs. 1 StPO) und die Erteilung von Auskünften einen un- verhältnismäßigen Aufwand erfordern oder nach Darlegung der Beschwerdeführerin zur Wahrnehmung des berechtigten Interes- ses nicht ausreichen würde (§ 475 Abs. 2 StPO).

Die Darlegung des berechtigten Interesses erfordert einen schlüssigen Vortrag, aus dem sich Grund und Umfang („soweit“) der benötigten Auskünfte ergeben

(Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 475, Rn. 2 mwN; LG Frankfurt/ Main, Beschluss vom 15. April 2003 – 5/2 AR 2/03, juris).

Bereits diese Voraussetzung liegt mit dem Vorbringen, die in einem anderen Verfahren vorgenommene Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 1 StPO überprüfen zu wollen, nicht vor: Zwar kann sich ein berechtigtes Interesse aus der Wahrnehmung von „Anfechtungsmöglichkeiten“ wie etwa § 172 Abs. 2 StPO erge- ben

(Hilger, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 406e, Rn 6).

An einer solchen Anfechtungsmöglichkeit fehlt es für die Be- schwerdeführerin jedoch ersichtlich. Gegen die Einstellung nach § 154 Abs. 1 StPO gibt es keinen förmlichen Rechtsbehelf, insbe- sondere nicht die Vorschaltbeschwerde nach § 172 Abs. 2 StPO (§ 172 Abs. 2 Satz 3 letzter Nebensatz StPO).

Davon abgesehen geht der Hinweis der Beschwerdeführerin auf § 154 Abs. 4 StPO bereits deshalb fehl, weil diese Vorschrift die Staatsanwaltschaft im Falle des § 154 Abs. 1 StPO nicht bin- det

(Meyer-Goßner/Schmitt, aaO, § 154, Rn. 21a).

Ein berechtigtes Interesse kann nicht darin bestehen, dass die Beschwerdeführerin Dienstaufsichtsbeschwerde oder Gegenvor- stellung gegen die Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 1 StPO erheben könnte, weil diese formlosen Rechtsbehelfe an nahezu keinerlei Voraussetzungen gebunden sind und damit das Erforder- nis der Darlegung des berechtigten Interesses vollständig ausge- höhlt werden würde.

Selbst wenn aber ein berechtigtes Interesse zu bejahen wäre, mangelte es an einer Darlegung, auf welche Informationen sich dieses bezieht, was also nach Auffassung der Beschwerdeführe- rin zu der von ihr beabsichtigten Überprüfung der staatsanwalt- schaftlichen Einstellungsentscheidung erforderlich ist, und war- um ihr nicht mit einer diesbezüglichen Auskunft aus den Akten weitergeholfen ist, die gegenüber Privaten der Regelfall – die Akteneinsicht dagegen der Ausnahmefall – ist

(Meyer-Goßner/Schmitt, aaO, § 475, Rn. 4).“

Dem tritt der Senat bei.

Beschl. v. 28.11.2018 – 2 Ws 357/18 (119/18) –

## Zur Sinnhaftigkeit des geplanten Vorabentscheidungsverfahrens bei Besetzungsrügen

Friederike Kaehler, Richterin am Landgericht Lübeck\*

Am 23. Oktober 2019 hat die Bundesregierung mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfah- rens ein Gesetzesvorhaben auf den Weg gebracht, das neben anderen, teilweise weitreichenden Änderungen der Strafpro- zessordnung die Einführung eines Vorabentscheidungsverfah- rens über Besetzungsrügen vorsieht. Dieser Beitrag stellt die Neuregelung vor und nimmt in den Blick, inwieweit ein prakti- sches Bedürfnis für die geplante Änderung besteht.

\* Die Verfasserin nimmt als Referentin für Strafsachen am Landgericht Lübeck im Rahmen der Praxisbeteiligung regelmäßig Stellung zu laufenden Ge- setzesvorhaben.

### 1. Aktuelle Gesetzeslage und Gesetzesgenese

Mit der durch das Strafverfahrensänderungsgesetz vom 5. Oktober 1978 erfolgten Einführung des Modells der be- schränkten Rügepräklusion<sup>1</sup> hat der Gesetzgeber unter dem Eindruck einer in den Jahren zuvor erfolgten Häufung von Be- setzungsrügen<sup>2</sup> – und damit einhergehend auch der erfolg- reichen Urteilsaufhebungen<sup>3</sup> – eine wesentliche Verringerung der Urteilsaufhebungen bezweckt. Zutreffend hat er in die- sem Zusammenhang erkannt, dass eine fehlerhafte Gerichts- besetzung – anders als die meisten anderen Verfahrensfehler,

1 Arnoldi in Münchner Kommentar zur StPO, 1. A. 2016, § 222a Rn. 2.

die zur Urteilsaufhebung führen können – schon zu Beginn der Hauptverhandlung gegeben und eine Prüfung und Beanstandung dementsprechend auch schon zu diesem frühen Zeitpunkt möglich ist.

Dies als Ausgangspunkt nehmend, hat sich der Gesetzgeber seinerzeit gegen eine vom Bundesrat vorgeschlagene<sup>4</sup> Überprüfung der Ordnungsmäßigkeit der Gerichtsbesetzung durch ein übergeordnetes Gericht vor oder während laufender Hauptverhandlung entschieden. Gegen eine abschließende Vorabprüfung sprachen aus Sicht des Gesetzgebers zum einen die zu erwartenden und im Widerspruch zu den Bemühungen um Beschleunigung und Straffung des Verfahrens stehenden Verzögerungen der erstinstanzlichen Verfahren.<sup>5</sup> Zum anderen hat der Gesetzgeber die Gründe für eine erfolgreiche Rüge beleuchtet und dabei festgestellt, dass der deutlich überwiegende Teil der Verstöße versehentliche Fehler betrifft, bei denen offensichtlich sei, dass sie nicht die Zielrichtung verfolgten, den Angeklagten seinem gesetzlichen Richter zu entziehen.<sup>6</sup> Zur Abhilfe derartiger Verstöße bedürfe es – anders als beispielsweise bei der Klärung kontroverser Rechtsfragen – nicht der Einschaltung eines höheren Gerichts.<sup>7</sup>

So fand mit den §§ 222a und 222b StPO und der Änderung des § 338 Nr. 1 StPO das von der Bundesregierung vorgeschlagene Modell der verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden<sup>8</sup> beschränkten Rügepräklusion Eingang in das Strafverfahrensrecht. Danach ist der Kammer- bzw. Senatsvorsitzende verpflichtet, die Gerichtsbesetzung oder eine Änderung der zuvor mitgeteilten Besetzung bis spätestens zu Beginn der Hauptverhandlung formlos bekannt zu geben und deren Überprüfung zu ermöglichen. Demgegenüber obliegt es den Prozessbeteiligten, die mitgeteilte Gerichtsbesetzung zu prüfen und gegebenenfalls deren Vorschriftswidrigkeit geltend zu machen. Tun sie dies nicht, können sie die Revision hierauf nicht mehr stützen. Bei einem Mitteilungsverstoß bleibt die Besetzungsrüge ebenso wie im Fall der unterlassenen Unterbrechung der Hauptverhandlung zwecks Ermöglichung der Prüfung der Besetzung ohne vorherigen Einwand zulässig, § 338 Nr. 1 Buchst. a und c StPO. Ein Mitteilungsverstoß führt gleichwohl nicht automatisch zur Aufhebung des Urteils. Das Revisionsgericht muss vielmehr die nicht vorschriftsmäßige Besetzung feststellen.

## 2. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens

Der seit dem 23. Oktober 2019 vorliegende Regierungsentwurf<sup>9</sup> sieht nun – neben anderen, teils weitreichenden Änderungen des Strafprozessrechts – die Einführung eines Vorabentscheidungsverfahrens über Besetzungsrügen vor. Angesichts der oben skizzierten rechtshistorischen Entwicklung stellt sich die Frage, wie die Einführung einer vor 40 Jahren mit guten Argumenten verworfenen Regelung des Strafverfahrensrecht heute modernisieren sollte.

Der Besetzungseinwand muss nach dem Entwurf nun binnen einer Woche nach Empfang der jetzt zuzustellenden Besetzungsmittelteilung erhoben werden und soll keine auf-

schiebende Wirkung haben, so dass die Hauptverhandlung bis zu einer Entscheidung des Rechtsmittelgerichts ohne Verzögerung durchgeführt werden kann.<sup>10</sup> Wird die endgültige Besetzungsmittelteilung nicht mindestens eine Woche vor Beginn der Hauptverhandlung zugestellt oder die Besetzung erst zu Beginn der Hauptverhandlung bekannt gegeben, so haben die Beteiligten auch weiterhin die Möglichkeit, gemäß § 222a Abs. 2 StPO die Unterbrechung der Hauptverhandlung zwecks Prüfung der Besetzung zu beantragen. Dies soll jedoch nur noch für den Fall gelten, dass die Hauptverhandlung nicht ohnehin bereits für eine Dauer von mehr als einer Woche anberaumt und damit absehbar ist, dass die einwöchige Prüfungsfrist des § 222b Abs. 1 S. 1 StPO-E nicht ausgeschöpft werden können, weil die Hauptverhandlung zuvor bereits durch Verkündung eines Urteils beendet sein wird. Diese Einschränkung der Unterbrechungsmöglichkeit ist unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensbeschleunigung zu begrüßen, denn bislang war die Hauptverhandlung bei Mitteilung der Besetzung erst zu Beginn der Hauptverhandlung nach Ansicht des Bundesgerichtshofs regelmäßig für eine Woche zu unterbrechen.<sup>11</sup>

Das Gericht, dessen Besetzung angegriffen wird, soll auch weiterhin für die Erstprüfung des Besetzungseinwands zuständig bleiben, die Rüge jedoch im Fall der Nichtabhilfe sofort, spätestens jedoch mit dem Ablauf von drei Tagen, dem Rechtsmittelgericht<sup>12</sup> vorlegen. Die Pflicht zur Vorlage soll entfallen, wenn die Hauptverhandlung vor Ablauf der dreitägigen Vorlagefrist durch Urteilsverkündung beendet ist. In diesem Fall tritt keine Rügepräklusion ein.

Erachtet das Rechtsmittelgericht die Rüge für begründet, so soll die Feststellung der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung das Verfahren beenden, wohingegen die Verwerfung des Besetzungseinwands die Rügepräklusion zur Folge haben soll. Liegt die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts nicht bis zur Verkündung einer Entscheidung durch das Tatgericht vor, soll das Vorabentscheidungsverfahren beendet sein und der Einwand der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung mit der Revision geltend gemacht werden können.

Der Entwurf sieht zudem die Verpflichtung des Oberlandesgerichts zur Divergenzvorlage vor. Allerdings dürfte – wie der historische Gesetzgeber vor 40 Jahren bereits erkannt hat – der Fall, dass die Einheitlichkeit der Rechtsprechung „im Recht der vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts“<sup>13</sup> sicherzustellen ist, kaum einen praktischen Anwendungsbereich haben.

## 3. Besteht ein praktisches Bedürfnis für die geplante Änderung?

Die geplante Einführung eines – angesichts der Möglichkeit der prozessualen Überholung durch die Entscheidung des Tatgerichts noch nicht einmal in jedem Fall zum Abschluss führenden – Vorabentscheidungsverfahrens stellt einen Bruch in der Systematik des Strafprozesses dar. Bekanntermaßen droht nicht nur bei vorschriftswidriger Besetzung, sondern bei jedem zu irgendeinem Zeitpunkt in der Hauptverhandlung oder im Urteil begangenen Verstoß gegen materielles oder Verfahrensrecht die Aufhebung des Urteils durch das Revisionsgericht und die Zurückverweisung mit der Folge einer

2 Siehe hierzu im Einzelnen BT-Drs. 8/976, S. 25.  
3 Insgesamt 50 erfolgreiche Besetzungsrügen zwischen März 1973 und Dezember 1976, BT-Drs. 8/976, S. 86.  
4 BT-Drs. 8/354, S. 7.  
5 BT-Drs. 8/976, S. 27.  
6 BT-Drs. 8/976, S. 25.  
7 BT-Drs. 8/976, S. 27.  
8 BVerfG, Beschluss vom 14. März 1984 – 2 BvR 249/84.  
9 [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Modernisierung\\_Strafverfahren.pdf;jsessionid=7BFA16459936F735F03C295E78C67F7D.1\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Modernisierung_Strafverfahren.pdf;jsessionid=7BFA16459936F735F03C295E78C67F7D.1_cid324?__blob=publicationFile&v=2).

10 RegE, S. 33.  
11 BGH, Urteil vom 10. Juni 1980 – 5 StR 646/79.  
12 Bei erstinstanzlichen Verfahren vor dem Landgericht dem Oberlandesgericht und bei erstinstanzlichen Verfahren vor dem Oberlandesgericht dem Bundesgerichtshof.  
13 RegE, S. 48.

erneuten Hauptverhandlung. Dies ist, soweit es das Verfahrensrecht anbelangt, die Kehrseite des in § 305 StPO niedergelegte Grundsatzes der Unanfechtbarkeit von Entscheidungen des erkennenden Gerichts, die der Urteilsfindung vorausgehen. Er gewährleistet nicht nur die Verfahrensherrschaft des erkennenden Gerichts,<sup>14</sup> sondern dient vor allem der Beschleunigung und Konzentration der Hauptverhandlung und findet nach aktueller Gesetzeslage auch auf den einen Besetzungseinwand verwerfenden Beschluss gemäß § 222b Abs. 2 S. 1 StPO Anwendung. Eine Notwendigkeit für die Abkehr von diesem Grundsatz nur für die Besetzungsrüge – und damit ihre Priorisierung gegenüber anderen Entscheidungen des erkennenden Gerichts, wie beispielsweise der Ablehnung eines Beweisantrags – ist nicht erkennbar.

Dem Angeklagten soll, so die Begründung des Entwurfs, durch die Änderung die Möglichkeit eröffnet werden, seinen grundrechtsgleichen Anspruch auf Gewährleistung des gesetzlichen Richters schon vor Ende der Hauptverhandlung abschließend überprüfen zu lassen.<sup>15</sup> Welchen persönlichen oder prozessualen Mehrwert es für einen Angeklagten jedoch hat, seinen Anspruch auf Gewährleistung des gesetzlichen Richters schon vor Ende der Hauptverhandlung abschließend überprüfen zu lassen, ist nicht ersichtlich. Vielmehr dürfte dem Angeklagten unter Strafzumessungsgesichtspunkten eher an einem möglichst langen Verfahren gelegen sein, um aufgrund dessen schlussendlich in den Genuss eines Strafabschlags zu kommen.

Ferner soll die Änderung die Anzahl der Urteilsaufhebungen wegen vorschriftswidriger Besetzung reduzieren und hierdurch das Strafverfahren von unnötigem Aufwand und erheblichen Verzögerungen entlasten.<sup>16</sup> Der Regierungsentwurf stützt sich – anders als der historische Gesetzgeber – nicht auf statistisch belegtes Zahlenmaterial, sondern spricht lediglich nebulös vom „Damoklesschwert“ einer Aufhebung, unter dem die Hauptverhandlung wegen eines möglicherweise fehlerhaft besetzten Spruchkörpers stehe. Eine Statistik über die Gründe für Urteilsaufhebungen wird beim Bundesgerichtshof nicht geführt. Betrachtet man jedoch die Veröffentlichungen in der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs, so entsteht der Eindruck, dass Urteile wegen nicht vorschriftsmäßiger Besetzung des Gerichts in absoluten Zahlen etwa in gleichem Umfang wie in den 1970er Jahren

aufgehoben werden. Wenn demnach schon kein aktueller Anlass für die Neuregelung erkennbar ist, so hat sie wenigstens das Potential, die ohnehin schon überschaubare Anzahl der Urteilsaufhebungen in diesem Bereich zu verringern.

Die Einführung eines Vorabentscheidungsverfahrens soll schließlich, so der Entwurf weiter, der Vermeidung von Erschwernissen der Wahrheitsfindung durch Zeitverlust dienen, sollte der Einwand durchgreifen und die Hauptverhandlung wiederholt werden müssen.<sup>17</sup> Dieser Aspekt im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der geplanten Neuregelung lässt vermuten, dass dem Gesetzgeber vor allem Umfangsverfahren vorschwebten, die im Fokus der Öffentlichkeit stehen. Man stelle sich vor, die Urteile im sogenannten NSU-Verfahren würden nach über fünf Jahren Hauptverhandlung, 438 Verhandlungstagen und einer Urteilsabsetzungsfrist von 91 Wochen aufgehoben, weil der Bundegerichtshof die vorschriftswidrige Besetzung des Münchner Staatsschutzsenats feststellt! Tatsächlich erfordert – vor allem abseits der großen Ballungsräume und ihrer Kriminalitätsstruktur, die in mehrerer Hinsicht besondere Anforderungen an die Strafjustiz stellt<sup>18</sup> – die überwiegende Anzahl der Hauptverhandlungen vor der Großen Strafkammer eines Landgerichts in der Regel deutlich weniger als zehn Verhandlungstage. So dauerten im Jahr 2018 gut 42 % der bundesweit insgesamt 9291 Hauptverhandlungen nicht länger als zwei Tage.<sup>19</sup> Die Wahrheitsfindung dürfte jedenfalls in diesen Fällen durch den mit der Aufhebung des Urteils und die Wiederholung der Hauptverhandlung einhergehenden Zeitverlust nicht wesentlich erschwert werden.

#### 4. Fazit

Zwar mögen die Ziele des Gesetzgebers, Urteilsaufhebungen wegen nicht vorschriftsmäßiger Gerichtsbesetzung zu reduzieren und der Wahrheitsfindung abträgliche Verzögerungen bei Umfangsverfahren zu vermeiden, mit der geplanten Änderung erreicht werden können. Ein praktisches Bedürfnis für die Einführung eines Vorabentscheidungsverfahrens darf jedoch angesichts der bereits jetzt überschaubaren Anzahl entsprechender Urteilsaufhebungen einerseits und der zahlreichen Ausnahmen zur Rügepräklusion andererseits bezweifelt werden. Der Nutzen eines Vorabentscheidungsverfahrens dürfte jedenfalls in keinem Verhältnis zu dem damit verbundenen Aufwand für die Justiz stehen.

<sup>17</sup> RegE, S. 33.

<sup>18</sup> Z.B. durch deutlich umfangreichere Verfahren und Terminkollisionen bei einer größeren Anzahl an Verteidigern und anderen Beteiligten pro Verfahren.

<sup>19</sup> Stat. Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.3, Rechtspflege, Strafgerichte 2018, S. 73.

<sup>14</sup> *Matt* in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. A. 2014, § 305 Rn. 2.

<sup>15</sup> RegE, S. 33.

<sup>16</sup> RegE, S. 33.

## Wirtschaftlicher Totalschaden nach Verkehrsunfall – ist es noch zeitgemäß, für die Restwertermittlung lediglich auf den regionalen Markt abzustellen oder ist nicht längst eine überregionale Internetrecherche zumutbar? –

Eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH zu diesem Thema und zugleich eine Besprechung des – vom BGH abweichenden – Urteils des AG Lübeck vom 7.2.2017 – 28 C 2456/16 (abgedr. in diesem Heft, S. 428)

Rechtsanwalt Stefan Bachmor, Hamburg

Der BGH hat in einer aktuellen Entscheidung vom 25.6.2019 (VIZR358/19) an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten und bekräftigt, dass ein nach einem Verkehrsunfall Geschädigter, der seinen Fahrzeugschaden durch Beschaffung eines Er-

satzfahrzeugs beheben möchte, bei der Verwertung des Altfahrzeugs dem Wirtschaftlichkeitsgebot im allgemeinen dann Genüge leistet, wenn er die Veräußerung zu einem Preis vornimmt, den ein von ihm eingeschalteter Sachverständiger in einem



Gutachten, das eine korrekte Wertermittlung erkennen lässt, als Wert auf dem allgemeinen regionalen Markt ermittelt hat.

Laut BGH ist der Geschädigte eines Verkehrsunfalls in der Regel nicht verpflichtet, bei der Verwertung des beschädigten Fahrzeugs die Angebote räumlich entfernter Interessenten einzuholen oder einen Sondermarkt für Restwertverkäufer im Internet in Anspruch zu nehmen.

An dieser Rechtsprechung hält er auch in Ansehung der in Literatur und Rechtsprechung geäußerten Kritik grundsätzlich fest. Er betont dabei, dass vorrangiger Grund für die Entscheidung, bei der Ermittlung des Restwerts grundsätzlich maßgeblich auf den regionalen Markt abzustellen, die Überlegung ist, dass es einem Geschädigten möglich sein muss, sein Fahrzeug bei einer ihm vertrauten Vertragswerkstatt oder einem angesehenen Gebrauchtwagenhändler im Zuge des Erwerbs eines Ersatzwagens in Zahlung zu geben. Das für den Kauf eines Ersatzfahrzeugs unter Inzahlunggabe des Unfallwagens notwendige persönliche Vertrauen bringt der Geschädigte, so der BGH, typischerweise nur ortsansässigen Vertragswerkstätten und Gebrauchtwagenhändlern, die er kennt oder über die er gegebenenfalls unschwer Erkundigungen einholen kann, entgegen, nicht aber auch erst über das Internet gefundenen, jedenfalls ohne weitere Nachforschungen häufig nicht ausschließbar unseriösen Händlern und Aufkäufern.

Diese Argumentation, die der BGH schon in früheren Entscheidungen (zuletzt am 27.9.2016 – VI ZR 673/15 = NJW 2017, 953) vertreten hatte, hat das AG Lübeck in seinem Urteil vom 7.2.2017 – 28 C 2456/16 – aufgegriffen und kritisch betrachtet:

In dem dem AG zur Entscheidung vorgelegten Fall stritten die Parteien – geschädigte Klägerin und gegnerischer Kfz-Haftpflichtversicherer – nur noch über die Höhe des Restwerts. Die Klägerin, die der Ansicht war, der Restwert betrage lediglich 750 €, stützte sich dabei auf ein von ihr in Auftrag gegebenes Sachverständigengutachten. Der beklagte Versicherer hat demgegenüber einen Restwert von 1009 € zu Grunde gelegt und sich dabei auf ein über eine Internetplattform eingeholtes Restwertangebot einer auswärtigen überregionalen Firma bezogen.

Das AG Lübeck hat die Klage abgewiesen und diese Entscheidung damit begründet, dass gegen die Ansicht des BGH spreche, dass der Wert eines Gegenstands sich danach zu bemessen habe, was für ihn zu einer konkreten Zeit an einem konkreten Ort erzielt werden könne. Der Ort sei aber im Zuge des technischen Fortschritts nicht mehr nur der Wohnort des Geschädigten oder das sogenannte regionale Umfeld, sondern der Ort, an dem mit Gegenständen der fraglichen Art Handel getrieben wird. Dies sei im Zuge des Internet-Gebrauchtwagenhandels mittlerweile der durch Internetportale vermittelte virtuelle Markt. Das tragende Argument des BGH für die Annahme, bei der Ermittlung des Restwerts sei grundsätzlich entscheidend auf den regionalen Markt abzustellen, nämlich die Überlegung, dass es einem Geschädigten möglich sein müsse, das Fahrzeug einer ihm vertrauten Vertragswerkstatt oder einem angesehenen Gebrauchtwagenhändler bei dem Erwerb eines Ersatzwagens in Zahlung zu

geben, verfange im Rahmen der fiktiven Abrechnung, wo der Geschädigte sein Fahrzeug weiternutzen möchte, nicht, so dass diese Gründe für die Einschränkung des Marktplatzes wegfielen. Auch sei angesichts der durch den internetbasierten Gebrauchtwagenhandel eingetretenen Entwicklung nicht zu verkennen, dass sich der Gebrauchtwagenverkauf und der Gebrauchtwagenankauf deutlich entkoppelt hätten, da auch der mit dem Autohandel nicht vertraute Endkunde durch Nutzung von Internetplattformen ohne größere Spezialkenntnisse und ohne nennenswerten Zeitaufwand in der Lage sei, einen sehr großen potentiellen Käuferkreis anzusprechen. Die höhere Markttransparenz auf beiden Seiten führe dabei zu Angeboten, die eher geeignet seien, den Warenwert abzubilden als die übliche, vom BGH geforderte Abfrage bei drei regionalen Händlern, die der vom Geschädigten eingeschaltete Sachverständige ermittelt habe. Das Bedürfnis des Geschädigten, nur mit angesehenen Händlern des regionalen Umfelds oder gar seiner ihm bekannten Werkstattverträge abzuschließen, sei beim Ankauf eines Gebrauchtfahrzeugs nachvollziehbar, da der Geschädigte zu Recht wissen wolle, wem gegenüber er etwaige Gewährleistungsansprüche geltend machen könne. Dieses Bedürfnis bestehe beim umgekehrten Verkauf eines gebrauchten oder verunfallten Fahrzeugs von privat an Händler nicht, da hier ein Gewährleistungsausschluss die Regel und unschwer zu vereinbaren sei. Beim internetbasierten Gebrauchtwagen- oder Unfallfahrzeugwerb bestehe allenfalls die Gefahr, dass der durch das Restwertportal gefundene Käufer sich an sein bindendes Angebot doch nicht halten wolle. Es hätten sich aber, so das AG Lübeck weiter, bei einer Internetrecherche zu dieser Frage keine Hinweise darauf ergeben, dass die über einen Internethändler ermittelten verbindlichen Ankaufangebote von den Anbietern nicht eingehalten würden.

Da die Entscheidung von der gefestigten BGH-Rechtsprechung abweicht, hat das AG Lübeck die Berufung zugelassen.

#### **Anmerkung:**

Nach einem Unfallereignis soll der Geschädigte so gestellt werden, als wäre der Schaden nicht eingetreten. Er soll weder einen Vermögensverlust erleiden noch einen Gewinn erzielen. Angesichts dessen kommt es auf die Frage an, wie der Wert der geschädigten Sache zu ermitteln ist.

Der BGH nimmt in diesem Zusammenhang seit jeher eine streng subjektbezogene Schadenbetrachtung vor, d.h. er versubjektiviert den wirtschaftlichen Schaden in besonderem Maße. Das führt dazu, dass es auch bei der Restwertermittlung nach BGH nicht darauf ankommen soll, was der Markt hergibt, sondern entscheidend ist, welche Möglichkeiten sich dem Geschädigten im Rahmen des ihm Zumutbaren und unter Berücksichtigung seiner individuellen Lage eröffnen. Er beschränkt den relevanten Markt demzufolge normativ auf das regionale Umfeld des Geschädigten und auf seine individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten.

Innovativer und mutiger ist demgegenüber die Rechtsauffassung des AG Lübeck, vor allem, weil sie der aktuellen Fortentwicklung der Marktmechanismen Rechnung trägt und den Ort, an dem heutzutage Individualpersonen nicht nur im geschäftlichen, sondern auch im rein privaten Umfeld Handel treiben, nicht länger rechtswirklichkeitsfern regional begrenzt. Jedem Geschädigten ist die Ermittlung des Restwerts für sein beschädigtes Fahrzeug heutzutage grundsätzlich durch eine wenig zeitintensive Internetrecherche ohne Probleme möglich. Ein mit der Ermittlung der Schadenhöhe – regelmäßig auf Kosten des Schädigers bzw. dessen Versicherer – be-

auftragter Sachverständiger ist erst recht ohne weiteres in der Lage, internetbasierte Angebote einzuholen.

In seiner jüngsten Entscheidung vom 25.6.2019 hat das Postulat der subjektbezogenen Schadenbetrachtung im übrigen dazu geführt, dass der BGH die geschädigtenfreundlichen Urteile der Vorinstanzen abgeändert bzw. aufgehoben und die Klage abgewiesen hat: Dort nämlich war die Geschädigte ein mit dem An- und Verkauf von gebrauchten Fahrzeugen befasstes Unternehmen. Da aber nach dem Grundsatz der subjektbezogenen Schadenbetrachtung Rücksicht auf die individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten des Geschädigten zu nehmen ist, kann einer Geschädigten, die ein Autohaus betreibt und sich selbst jedenfalls auch mit dem An- und Verkauf von Gebrauchtwagen befasst, die Inanspruchnahme des Restwertmarktes im Internet und die Berücksichtigung dort abgegebener Kaufangebote ohne weiteres zugemutet werden. Für eine auf diesem Gebiet gewerblich tätige Geschädigte stellt

es nämlich keine unzumutbare Mühe dar, die zugehörigen Internetseiten aufzurufen und ihr Angebot einzustellen. Es ist in der Situation der Geschädigten vielmehr wirtschaftlich objektiv unvernünftig, im Rahmen der Schadenabwicklung eine Verwertungsmöglichkeit ungenutzt zu lassen, die im Rahmen des eigenen Gewerbes typischerweise ohne weiteres genutzt wird. Unter diesen Umständen, so der BGH, biete das von der Geschädigten vorgelegte Schadengutachten, das lediglich die Restwertangebote regionaler Anbieter ohne Einbeziehung von (auch über das Internet zu erzielenden) Angeboten räumlich entfernter Interessenten berücksichtigt, folglich keine geeignete Grundlage für die aufgemachte Forderung.

Der weiteren Entwicklung in der Instanzrechtsprechung zur Restwertproblematik darf mit Spannung entgegengesehen werden. Die aufwendig und ausdifferenziert begründete Entscheidung des AG Lübeck wird die längst aufgekommene Diskussion dabei gewiss bereichern.

## II. Amtliche Veröffentlichungen

### **Neufassung der Allgemeinen Verfügung über die Unfallfürsorge für Gefangene**

AV d. MJEVG v. 16. Oktober 2019 – 4525 – 1 –  
(SchiHA 2019 S. 421)

#### **I. Allgemeines**

Zuständig für Arbeitsunfälle im Sinne des Siebten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VII) sind nach § 114 Abs. 1 Nr. 4 und § 128 Abs. 1 Nr. 8 SGB VII die Unfallkassen der Länder. Die Aufgaben der gesetzlichen Unfallversicherung werden im Land Schleswig-Holstein von der Unfallkasse Nord als Ausführungsbehörde wahrgenommen.

#### **II. Arbeitsunfälle im Sinne des SGB VII**

##### **§ 1**

(1) Gefangene, die einer nach § 37 Absatz 3 Landesstrafvollzugsgesetz Schleswig-Holstein (LStVollzG SH) vergüteten Tätigkeit im Sinne des § 35 Absatz 1 LStVollzG SH nachgehen, an einer Qualifizierungsmaßnahme nach § 33 LStVollzG SH, einer arbeitstherapeutischen Maßnahme nach § 32 Absatz 1 LStVollzG SH oder einem Arbeitstraining nach § 32 Absatz 2 LStVollzG SH teilnehmen und nicht in einem freien Beschäftigungsverhältnis nach § 36 LStVollzG SH stehen, sind nach § 2 Absatz 2 Satz 2 SGB VII gegen Arbeitsunfälle versichert.

(2) Untergebrachte, die einer nach § 25 Absatz 3 des Gesetzes über den Vollzug der Sicherungsverwahrung in Schleswig-Holstein (SVVollzG SH) vergüteten Tätigkeit im Sinne des § 21 SVVollzG SH nachgehen, an einer Qualifizierungsmaßnahme nach § 24 SVVollzG SH, einer arbeitstherapeutischen Maßnahme nach § 22 SVVollzG SH oder einem Arbeitstraining nach § 23 SVVollzG SH teilnehmen und nicht in einem freien Beschäftigungsverhältnis nach § 25 Absatz 2 SVVollzG SH stehen, sind nach § 2 Absatz 2 Satz 2 SGB VII gegen Arbeitsunfälle versichert.

(3) Jugendliche Gefangene, die einer nach § 57 Absatz 4 des Gesetzes über den Vollzug der Jugendstrafe in Schleswig-Holstein (JStVollzG) vergüteten Tätigkeit im Sinne des § 37 Absatz 1 JStVollzG nachgehen oder an einer Qualifizierungsmaßnahme oder einer arbeitstherapeutischen Maßnahme nach § 37 Absatz 2 JStVollzG teilnehmen und nicht in einem freien Beschäftigungsverhältnis nach § 37 Absatz 4 JStVollzG stehen, sind nach § 2 Absatz 2 Satz 2 SGB VII gegen Arbeitsunfälle versichert.

(4) Gefangene und Untergebrachte, die nach der Landesverordnung über die Abwendung der Vollstreckung von Ersatz-

freiheitsstrafe durch freie Arbeit vom 12. Februar 1993 (GVObI. Schl.-H. S. 129, zuletzt geändert durch Ges. v. 15.06.2004, GVObI. Schl.-H. S. 153) innerhalb oder außerhalb der Justizvollzugsanstalt beschäftigt sind, sind gemäß § 2 Absatz 2 Satz 2 SGB VII gegen Arbeitsunfälle versichert.

##### **§ 2**

(1) Jeder Arbeitsunfall, den eine Gefangene oder ein Gefangener erleidet, ist unverzüglich zu untersuchen. Die Untersuchung obliegt der Anstaltsleitung. Dieser kann sie einem Bediensteten, der nicht mit der unmittelbaren Beaufsichtigung der oder des Verletzten betraut war, übertragen.

(2) Die Untersuchung soll Hergang und Ursache des Unfalls möglichst genau aufklären. Das Ergebnis ist schriftlich festzuhalten. Die oder der verletzte Gefangene und weitere Personen, die über den Unfall und seine Ursachen Aufschluss geben können, sind zu vernehmen. Die Anstaltsärztin oder der Anstaltsarzt hat den Befund festzustellen.

(3) Die Erklärungen der Personen, die zu dem Unfall vernommen werden, sind schriftlich niederzulegen.

(4) Bei Zweifeln, ob festgestellte gesundheitliche Störungen auf einem Arbeitsunfall beruhen, und bei Arbeitsunfällen mit schweren Verletzungen hat die Anstaltsärztin oder der Anstaltsarzt wegen der Vorstellung der oder des Verletzten bei der Durchgangsärztin oder beim Durchgangsarzt mit der Unfallkasse Nord Kontakt aufzunehmen und das weitere Verfahren abzustimmen.

##### **§ 3**

(1) Jeder Arbeitsunfall einer oder eines Gefangenen, der eine völlige oder teilweise Arbeitsunfähigkeit von mehr als drei Tagen zur Folge hat, ist der Unfallkasse Nord unter Verwendung der vorgeschriebenen Vordrucke binnen drei Tagen anzuzeigen. Jeweils eine weitere Ausfertigung ist in die Gefangenenpersonalakte sowie in die Sachakte der Arbeitsverwaltung zu nehmen. Die in der Unfallanzeige vorgesehene Unterzeichnung durch den Personalrat entfällt, dafür ist an dieser Stelle der voraussichtliche Entlassungszeitpunkt der oder des Verletzten beziehungsweise das Stichwort „Untersuchungshaft“ zu vermerken. Über den Unfall durchgeführte Verhandlungsniederschriften sind der Unfallanzeige beizufügen.

(2) Unfälle mit schwerwiegenden Gesundheitsschäden oder Unfälle mit Todesfolge sind der Unfallkasse Nord sofort

per Telefon, Fax oder E-Mail mitzuteilen. Das gilt auch dann, wenn nur vermutet wird, dass der später eingetretene Tod eine Unfallfolge ist.

#### § 4

Die durch einen Arbeitsunfall verursachten Kosten der Heilbehandlung, die an Dritte zu zahlen sind, wie Kosten:

1. der fachärztlichen Untersuchung und Behandlung,
2. für die Unterbringung in öffentlichen Krankenhäusern,
3. für besondere Medikamente, die in den Justizvollzugsanstalten nicht vorrätig gehalten werden,
4. für Krankentransporte, die nicht mit justizeigenen Fahrzeugen durchgeführt werden, sowie
5. für die Vorstellung bei einer Durchgangsärztin oder bei einem Durchgangsarzt trägt die Unfallkasse Nord. Die für die Rechnung berechtigten Stellen sind zu veranlassen, die Rechnungen unmittelbar an die Unfallkasse Nord zu übersenden. Alle nicht ausscheidbaren Kosten werden von der Justizverwaltung getragen.

#### § 5

(1) Nach § 45 Absatz 1 SGB VII hat die oder der bei einem Arbeitsunfall verletzte Gefangene von dem Tag an, an dem die Ärztin oder der Arzt die Arbeitsunfähigkeit festgestellt hat, für deren Dauer Anspruch auf Verletztengeld in dem in § 47 Absatz 1 und 6 SGB VII festgesetzten Umfang.

(2) Nach dieser Vorschrift ist für die Berechnung des Verletztengeldes § 47 Absatz 1 und 2 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V) anzuwenden. Für die Berechnung des Regellohns (§ 47 SGB V) sind die Bezüge maßgebend, die die oder der Gefangene im letzten abgerechneten Lohnzahlungszeitraum nach § 37 LStVollzG SH erhalten hat. Das Verletztengeld beträgt 80 von Hundert des Regellohns. Es darf das nach § 47 Abs. 1 und 2 SGB V berechnete Nettoarbeitsentgelt nicht übersteigen und wird für jeden Kalendertag der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit gezahlt; ist es für einen ganzen Kalendermonat zu zahlen, ist dieser mit 30 Tagen anzusetzen (§ 47 Absatz 1 SGB VII in Verbindung mit § 47 Absatz 1 und 2 SGB V).

(3) Liegt kein abgerechneter Zeitraum vor, so ist der Berechnung die zu erwartende Vergütung zugrunde zu legen, die erreicht worden wäre, wenn der Arbeitsunfall nicht eingetreten wäre.

#### § 6

(1) Das Verletztengeld wird von der Justizvollzugsanstalt nach Maßgabe des § 47 Absatz 6 SGB VII festgesetzt und ausbezahlt, es sei denn, von der Unfallkasse Nord ergeht binnen vier Wochen nach Vorlage der Unfallanzeige eine ablehnende Mitteilung. Das Verletztengeld ist den Gefangenen aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und im Einvernehmen mit der Unfallkasse Nord aus den zur Verfügung stehenden Mitteln zu gewähren. Es ist wie Arbeitsentgelt zu behandeln.

(2) Von dem an die Gefangenen auszahlenden Verletztengeld ist der Beitragsteil der Gefangenen gemäß § 341 Absatz 2 in Verbindung mit §§ 345 Nummer 5, 346 Absatz 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) einzubehalten, wenn das dem Verletztengeld zugrundeliegende Entgelt den in § 347 Nummer 5 Buchstabe c SGB III genannten Betrag übersteigt; ist dies nicht der Fall, werden die Beiträge von der Unfallkasse Nord allein getragen.

#### § 7

Bei der Entlassung sind Gefangene, die Verletztengeld erhalten, gegen Nachweis zu belehren, dass die Unfallkasse Nord nach der Entlassung für die Gewährung von Verletztengeld zuständig ist. Der Sozialdienst unterstützt die Gefange-

nen im Rahmen der Vorbereitung der Eingliederung bei Antragsstellung.

#### § 8

(1) Über das nach § 5 Absatz 1 zu zahlende Verletztengeld ist ein besonderer Nachweis zu führen.

(2) Zum 1. Februar eines jeden Jahres sind der Aufsichtsbehörde die im vorhergehenden Haushaltsjahr als Verletztengeld ausgezahlten Beträge durch Übersendung des besonderen Nachweises mitzuteilen. Der Nachweis kann in Monatsabschnitten fortlaufend geführt werden; dem Nachweis ist eine Jahreszusammenstellung beizufügen.

(3) Die Aufsichtsbehörde veranlasst die Erstattung dieser Beiträge durch die Unfallkasse Nord.

### III. Sonstige Unfälle

#### § 9

(1) Bei einem Unfall, den eine Gefangene oder ein Gefangener während der Freiheitsentziehung im Bereich der Justizverwaltung außerhalb der Arbeit erleidet, kann eine Billigkeitsentschädigung gewährt werden, wenn der Unfall in den besonderen Verhältnissen der Freiheitsentziehung begründet ist. Dies gilt nicht, wenn ein Schadensersatzanspruch gegen das Land oder ein realisierbarer Schadensersatzanspruch gegen Dritte besteht. Die Gewährung einer Billigkeitsentschädigung ist auch ausgeschlossen, wenn die oder der Verletzte den Unfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt oder mitverursacht hat. Ausnahmen sind nur zulässig, wenn die Gesamtumstände dies rechtfertigen.

(2) Die Entschädigung darf die Leistungen nicht übersteigen, die die oder der Verletzte oder ihre oder seine Hinterbliebenen erhalten würde, wenn es sich um einen Arbeitsunfall im Sinne des SGB VII gehandelt hätte.

(3) Die Billigkeitsentschädigung wird nur widerruflich und jeweils für die Dauer von höchstens drei Jahren bewilligt, wenn und solange der Unfall die Arbeitsunfähigkeit bzw. den Verlust oder die Minderung der Erwerbsfähigkeit der oder des Gefangenen zur Folge hat.

(4) Über die Gewährung einer Billigkeitsentschädigung entscheidet die Aufsichtsbehörde.

#### § 10

Jeder Unfall, den Gefangene außerhalb der Arbeit erleiden, ist unverzüglich wie ein Arbeitsunfall (vgl. § 2) zu untersuchen.

#### § 11

Die Untersuchung hat sich insbesondere darauf zu erstrecken,

1. ob die oder der Verletzte den Unfall – z.B. durch Verstoß gegen Vollzugsvorschriften – schuldhaft herbeigeführt oder durch eigenes Verschulden mitverursacht hat,
2. ob Anhaltspunkte für Fremdverschulden vorliegen,
3. ob die oder der Verletzte zur Zeit des Unfalls bereits völlig oder teilweise erwerbsunfähig war und gegebenenfalls in welchem Grade,
4. ob die oder der Verletzte infolge des Unfalls völlig oder teilweise erwerbsunfähig geworden ist, gegebenenfalls in welchem Grade und voraussichtlich für welche Zeit,
5. in welcher Höhe der oder dem Verletzten zur Zeit des Unfalls Arbeitsentgelt (§ 37 Absatz 1 Nr. 1 LStVollzG SH) oder Ausbildungsbeihilfe (§ 37 Absatz 1 Nr. 2 LStVollzG SH) ohne den Unfall gutgeschrieben worden wäre,
6. ob die oder der Verletzte gegen Krankheit versichert ist.

#### § 12

Bei einem Unfall mit Todesfolge ist außerdem festzustellen, ob Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass



die oder der Verunglückte zum Unterhalt seiner oder ihrer Angehörigen nicht beigetragen hätte, wenn er oder sie auf freiem Fuß geblieben wäre. Die Feststellungen haben sich auch darauf zu erstrecken, ob der Ehegatte der oder des Verunglückten sich vor dessen Inhaftierung ohne gesetzlichen Grund seit mindestens einem Jahre von der häuslichen Gemeinschaft ferngehalten hat und ohne Beihilfe der oder des Verunglückten seinen Lebensunterhalt gefunden hat.

#### § 13

(1) Ist es zweifelhaft, ob es sich um einen Arbeitsunfall oder um einen sonstigen Unfall handelt, ist die Entscheidung der Unfallkasse Nord einzuholen. § 2 gilt entsprechend.

(2) Stellt die Unfallkasse Nord fest, dass es sich nicht um einen Arbeitsunfall handelt, berichtet die Anstaltsleitung unter Übersendung der Vorgänge der Aufsichtsbehörde. Zugleich macht sie einen Vorschlag, in welcher Höhe und für welche Zeit sie eine Billigkeitsentschädigung für angebracht hält.

#### § 14

Die Anstaltsleitung berichtet – unabhängig von § 13 – über das Ergebnis der Untersuchung der Aufsichtsbehörde unter Beifügung der Unfallvorgänge und der Gefangenenpersonalakte, wenn

1. der Unfall den Tod der oder des Verunglückten zur Folge hatte,
2. Umstände erkennbar geworden sind, die einen Schadensersatzanspruch der oder des Verunglückten – gegebenenfalls auch gegen Dritte – begründen könnten,
3. die Verletzung voraussichtlich eine Arbeitsunfähigkeit der oder des Verunglückten von mehr als vier Wochen während der Haft oder den Verlust oder – auch nur vorübergehend – eine Minderung der Erwerbsfähigkeit zur Folge haben wird,
4. ein Transportunfall vorliegt oder
5. ein Bericht aus besonderen Gründen angezeigt erscheint.

#### § 15

(1) Eine der oder dem Verletzten bewilligte Billigkeitsentschädigung ist aus den zur Verfügung stehenden Mitteln zu zahlen.

(2) Die Zahlung einer Billigkeitsentschädigung an Entlassene oder Hinterbliebene wird von der Aufsichtsbehörde veranlasst.

#### § 16

Soweit aus dem Unfall Schadensersatzansprüche gegen das Land geltend gemacht werden, ist die Allgemeine Verfügung 30. Juli 2018 – II 32/1200 – 75 SH – 28 – (SchlHA S. 334) anzuwenden.

### IV. Schlussbestimmungen

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. November 2019 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Allgemeine Verfügung vom 20. Mai 1980 (SchlHA S.125) außer Kraft.

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 31. Dezember 2023 außer Kraft.

Kiel, 16. Oktober 2019  
Wilfried Hoops, Staatssekretär  
Ministerium für Justiz, Europa,  
Verbraucherschutz und  
Gleichstellung des Landes  
Schleswig-Holstein

### **Aufhebung der Allgemeinen Verfügung über die Unfallfürsorge für Gefangene**

AV d. MJEVG v. 16. Oktober 2019 – V 230a/4525 – 34 –  
(SchlHA 2019 S.423)

#### I

Die Allgemeine Verfügung über die Unfallfürsorge für Gefangene vom 20. Mai 1980 – V 230a/4525 – 34 – wird aufgehoben.

#### II

Diese Allgemeine Verfügung tritt mit Ablauf des 31. Oktober 2019 in Kraft.

Kiel, 16. Oktober 2019  
Wilfried Hoops, Staatssekretär  
Ministerium für Justiz, Europa,  
Verbraucherschutz und Gleichstellung  
des Landes Schleswig-Holstein

## III. Personalmeldungen

### Oberlandesgericht

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht: Richter am Oberlandesgericht *Dr. Sven Diercks*.

Zur Justizamtfrau: Justizoberinspektorin *Imke Honerla*.

Zum Justizamtmann: Justizoberinspektor *Volker Hagge Ellhöft*; Justizoberinspektor *Christian Burgenlehner*.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Melanie Meggers*.

Zur Justizamtsinspektorin mit Amtszulage: Justizamtsinspektorin *Evelin Fröhlich*.

Zur Justizamtsinspektorin: Justizhauptsekretärin *Antje Soboll-Lund*.

Zur Justizhauptsekretärin: Justizobersekretärin *Sabrina Hansen*; Justizobersekretärin *Vanessa Köhler*.

Versetzt: Justizinspektorin *Elisabeth Hoog* vom Amtsgericht Pinneberg.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtsinspektor mit Amtszulage *Peter Marxen*.

Eintritt in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht *Dirck Ortmann*.

### Gerichte

Ernannt: Zur Vorsitzenden Richterin am Landgericht: Richterin am Landgericht *Ute Schulze Hillert*, Landgericht Lübeck.

Zur Richterin am Landgericht: Richterin *Luise Steinhausen*, Landgericht Kiel; Richterin *Katharina Greve*, Landgericht Kiel.

Zur Richterin am Amtsgericht: Richterin *Harriet Witt*, Amtsgericht Kiel.

Zum Richter am Amtsgericht: Richter *Ulrich Jasper*, Amtsgericht Oldenburg i.H.

Zur Justizoberamtsrätin: Justizamtsrätin *Marion Mieth*, Amtsgericht Lübeck; Justizamtsrätin *Heike Daniel*, Amtsgericht Flensburg; Justizamtsrätin *Iris Eggert*, Amtsgericht Ahrensburg.

Zum Justizoberamtsrat: Justizamtsrat *Thies Hollm*, Amtsgericht Elmshorn; Justizamtsrat *Rainer Szelat*, Amtsgericht Meldorf; Justizamtsrat *Marc Bruhn*, Amtsgericht Schleswig; Justizamtsrat *Torsten Biß*, Amtsgericht Ratzeburg; Justizamtsrat *Christian Dose*, Amtsgericht Kiel.

Zur Justizamtsrätin: Justizamtfrau *Katharina Endemann*, Amtsgericht Pinneberg; Justizamtfrau *Gaby Gehrmann*, Amts-

gericht Rendsburg; Justizamtfrau *Stefanie Mann*, Amtsgericht Pinneberg; Justizamtfrau *Melanie Schumann*, Amtsgericht Neumünster; Justizamtfrau *Heike Schneider*, Amtsgericht Lübeck; Justizamtfrau *Kirsten Barge*, Amtsgericht Ahrensburg; Justizamtfrau *Britta Reifferscheidt*, Amtsgericht Eckernförde; Justizamtfrau *Britta Göttisch*, Amtsgericht Oldenburg i. H.

Zum Justizamtsrat: Justizamtsmann *Joachim Lüth*, Landgericht Kiel.

Zur Justizamtfrau: Justizoberinspektorin *Martina Trautsch*, Landgericht Itzehoe; Justizoberinspektorin *Svenja Untiedt*, Amtsgericht Bad Segeberg; Justizoberinspektorin *Stephanie Spitzer*, Amtsgericht Plön; Justizoberinspektorin *Bianca Wenderoth*, Amtsgericht Schleswig; Justizoberinspektorin *Judith Wielgosch*, Amtsgericht Schleswig.

Zum Justizamtsmann: Justizoberinspektor *Jannes Rykena*, Amtsgericht Neumünster; Justizoberinspektor *Tim Peters*, Landgericht Kiel; Justizoberinspektor *Finn Hellmund*, Amtsgericht Flensburg.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Sina Freiberg*, Amtsgericht Kiel, zurzeit abgeordnet an das Arbeitsgericht Lübeck; Justizinspektorin *Annika Möding*, Amtsgericht Eutin; Justizinspektorin *Maria Wegerhoff*, Amtsgericht Pinneberg, zurzeit abgeordnet an das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht; Justizinspektorin *Amelie Brauer*, Amtsgericht Oldenburg i. H.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Sven Petritzki*, Landgericht Flensburg.

Zur Justizinspektorin: Justizamtsinspektorin *Sandra Reimers*, Amtsgericht Kiel; Rechtspflegeranwärterin *Marlit Nörenberg*, Amtsgericht Meldorf; Rechtspflegeranwärterin *Klara Ballata*, Amtsgericht Norderstedt; Rechtspflegeranwärterin *Claudia Kögel*, Amtsgericht Norderstedt; Rechtspflegeranwärterin *Rebekka Sennholz*, Amtsgericht Reinbek; Rechtspflegeranwärterin *Julia Kaack*, Amtsgericht Ahrensburg; Rechtspflegeranwärterin *Phelina Grunzky*, Amtsgericht Itzehoe; Rechtspflegeranwärterin *Alev Koc*, Amtsgericht Pinneberg; Rechtspflegeranwärterin *Alina Koepke*, Amtsgericht Norderstedt; Rechtspflegeranwärterin *Birthe Lilienthal*, Amtsgericht Schwarzenbek; Rechtspflegeranwärterin *Christina Mau*, Amtsgericht Schleswig; Rechtspflegeranwärterin *Milena Fahle*, Amtsgericht Itzehoe; Rechtspflegeranwärterin *Anna Philipsen*, Amtsgericht Flensburg; Rechtspflegeranwärterin *Lena Cramer*, Amtsgericht Flensburg.

Zum Justizinspektor: Rechtspflegeranwärter *Jan-Christian Meyer*, Amtsgericht Kiel.

Zur Sozialoberinspektorin: Sozialinspektorin *Katrin Brandenburger*, Landgericht Kiel; Sozialinspektorin *Tanja Esselmann*, Landgericht Kiel.

Zum Sozialoberinspektor: Sozialinspektor *Eckart Goldenstern*, Landgericht Lübeck.

Zur Obergerichtsvollzieherin mit Amtszulage: Obergerichtsvollzieherin *Heike Hansen*, Amtsgericht Niebüll; Obergerichtsvollzieherin *Dörte Lehmeck*, Amtsgericht Oldenburg i. H.

Zum Obergerichtsvollzieher mit Amtszulage: Obergerichtsvollzieher *Jörg Langlotz*, Amtsgericht Meldorf; Obergerichtsvollzieher *Andreas Schomann*, Amtsgericht Ahrensburg.

Zur Obergerichtsvollzieherin: Gerichtsvollzieherin *Yvonne Neumann*, Amtsgericht Eutin; Gerichtsvollzieherin *Wiebke Pochert*, Amtsgericht Flensburg; Gerichtsvollzieherin *Sandra Hahn*, Amtsgericht Schwarzenbek.

Zum Obergerichtsvollzieher: Gerichtsvollzieher *Mike Burmeister*, Amtsgericht Meldorf; Gerichtsvollzieher *Jan Waschnick*, Amtsgericht Schleswig.

Zur Justizamtsinspektorin mit Amtszulage: Justizamtsinspektorin *Petra Peschutter*, Landgericht Itzehoe; Justiz-

amtsinspektorin *Elke Dall*, Landgericht Flensburg; Justizamtsinspektorin *Inge Heesmann*, Amtsgericht Elmshorn; Justizamtsinspektorin *Karen Steiger*, Amtsgericht Elmshorn; Justizamtsinspektorin *Maren Dau-Schmidt*, Amtsgericht Schleswig; Justizamtsinspektorin *Heike Geike*, Amtsgericht Oldenburg/H.; Justizamtsinspektorin *Gertrud Vahrenkamp*, Amtsgericht Flensburg.

Zum Justizamtsinspektor mit Amtszulage: Justizamtsinspektor *Ralf Scheunemann*, Amtsgericht Lübeck.

Zur Justizamtsinspektorin: Justizhauptsekretärin *Sabine Borchers*, Amtsgericht Meldorf; Justizhauptsekretärin *Maren Hoppe*, Landgericht Flensburg; Justizhauptsekretärin *Dörte Hanßen*, Amtsgericht Itzehoe; Justizhauptsekretärin *Kirsten Hansen-Carstens*, Amtsgericht Schleswig; Justizhauptsekretärin *Nicole Katlus*, Amtsgericht Lübeck; Justizhauptsekretärin *Daniela Erb*, Landgericht Itzehoe; Justizhauptsekretärin *Elke Carstensen*, Amtsgericht Niebüll; Justizhauptsekretärin *Patricia Jaede*, Amtsgericht Lübeck; Justizhauptsekretärin *Inka Sönnichsen*, Amtsgericht Meldorf; Justizhauptsekretärin *Imke Jäger*, Amtsgericht Meldorf; Justizhauptsekretärin *Regina van de Schell*, Amtsgericht Elmshorn; Justizhauptsekretärin *Sabine Siegert-Mohr*, Amtsgericht Elmshorn; Justizhauptsekretärin *Janina Scheidler*, Amtsgericht Ratzeburg; Justizhauptsekretärin *Karen Gunnesson*, Amtsgericht Flensburg; Justizhauptsekretärin *Sonja Tessendorf*, Amtsgericht Flensburg.

Zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Hans-Heinrich Evers*, Amtsgericht Husum; Justizhauptsekretär *Jörg Schütt*, Amtsgericht Oldenburg/H.; Justizhauptsekretär *Stefan Marten*, Amtsgericht Flensburg; Justizhauptsekretär *Dirk Honig*, Amtsgericht Flensburg; Justizhauptsekretär *Roger Rieger*, Amtsgericht Lübeck; Justizhauptsekretär *Heinz Hansen*, Amtsgericht Ahrensburg.

Zur Justizhauptsekretärin: Justizobersekretärin *Marina Rose*, Amtsgericht Neumünster; Justizobersekretärin *Ramona Negd*, Amtsgericht Husum; Justizobersekretärin *Gesa Cardell*, Amtsgericht Husum; Justizobersekretärin *Sarah Friedel*, Amtsgericht Itzehoe; Justizobersekretärin *Birte Thiesen*, Amtsgericht Schleswig; Justizobersekretärin *Bente Husmann*, Amtsgericht Neumünster; Justizobersekretärin *Vanessa Reinke*, Amtsgericht Lübeck; Justizobersekretärin *Mareike Nüßgen*, Amtsgericht Lübeck; Justizobersekretärin *Diana Kamescic*, Landgericht Lübeck; Justizobersekretärin *Imke Schröder*, Amtsgericht Pinneberg; Justizobersekretärin *Annika Stjern*, Amtsgericht Kiel; Justizobersekretärin *Marion Maurer*, Amtsgericht Rendsburg; Justizobersekretärin *Maren Sarah Runkler*, Amtsgericht Norderstedt; Justizobersekretärin *Janina Hudtwalker*, Amtsgericht Lübeck; Justizobersekretärin *Sabrina Wittmann*, Amtsgericht Elmshorn; Justizobersekretärin *Jeannette Gaisbauer*, Amtsgericht Itzehoe; Justizobersekretärin *Janine Petersen*, Amtsgericht Ahrensburg; Justizobersekretärin *Carolin Röpcke*, Amtsgericht Ratzeburg; Justizobersekretärin *Olga Kert*, Amtsgericht Itzehoe; Justizobersekretärin *Monique von Lanken*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Kirstin Heller*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Maike Wiemken*, Amtsgericht Flensburg.

Zum Justizhauptsekretär: Justizobersekretär *Sven Buchholz*, Amtsgericht Bad Segeberg; Justizobersekretär *Jörg Meier*, Amtsgericht Itzehoe; Justizobersekretär *Thorsten Kühn*, Amtsgericht Husum; Justizobersekretär *Axel Neumann*, Amtsgericht Lübeck; Justizobersekretär *Sven Müller*, Landgericht Lübeck; Justizobersekretär *Fabian Köpsel*, Amtsgericht Elmshorn.

Bestellung zum Leitenden Wachtmeister: Erster Justizhauptwachtmeister *Gunther Komm*, Amtsgericht Pinneberg.

Versetzt: Richter am Landgericht *Dr. Nils Werner* zum Landgericht Kiel; Justizamtfrau *Anett Bertram*, vom Amts-

gericht Tettang an das Amtsgericht Flensburg; Justizoberinspektor *Mark Wegner*, vom Arbeitsgericht Flensburg an das Amtsgericht Flensburg; Justizinspektorin *Julia Dimpker-Schmidt*, vom Amtsgericht Bad Segeberg an das Amtsgericht Lübeck; Justizinspektorin *Fabiola Bley*, vom Amtsgericht Bad Segeberg an das Amtsgericht Ratzeburg; Justizinspektorin *Sarah Roth*, vom Amtsgericht Pinneberg an das Amtsgericht Ahrensburg.

Versetzung in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Landgericht *Roland Martin*, Landgericht Lübeck; Justizamtsinspektor *Roger Bock*, Amtsgericht Eckernförde; Justizamtsinspektorin *Ellen Holler*, Amtsgericht Itzehoe.

Eintritt in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Landgericht *Michael Scheck*, Landgericht Kiel; Vorsitzende Richterin am Landgericht *Brigitte Kreuder-Sonnen*, Landgericht Lübeck; Justizoberamtsrat *Jörg Niebuhr*, Amtsgericht Neumünster.

### **Sozialgerichtsbarkeit**

Ernannt: Zur Justizamtfrau: Justizoberinspektorin *Annette Lewan*, Sozialgericht Itzehoe.

Zur Justizinspektorin: Rechtspflegeranwärterin *Maybritt Funck*, Sozialgericht Schleswig.

Zur Justizamtsinspektorin mit Amtszulage: Justizamtsinspektorin *Gudrun Kloth*, Sozialgericht Lübeck.

Zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Robert Sleva*, Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht.

### **Schl. Holst. Oberverwaltungsgericht**

Eintritt in den Ruhestand: Richter am Oberverwaltungsgericht *Reinhard Wilke*, Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht.

### **Staatsanwaltschaften**

Ernannt: Zur Staatsanwältin – als Gruppenleiterin –: Staatsanwältin *Dr. Carolin Urban*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zur Staatsanwältin: Richterin *Meylin Pietzsch*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zum Oberamtsanwalt: Amtsanwalt *Boris Moretti*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Zur Oberamtsanwältin: Amtsanwältin *Tanja Wonneberger*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zur Sozialamtfrau: Sozialoberinspektorin *Dagmar Wulf-Schnabel*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zum Justizamtsrat: Justizamtsrat *Mike Schwarz*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck; Justizamtsrat *Mario Faulhaber*, Generalstaatsanwalt; Justizamtsrat *Christian Freund*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Zur Justizamtfrau: Justizoberinspektorin *Birte Peters*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Justizoberinspektorin *Sabine Holländer*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Justizoberinspektorin *Christina Thoms*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Lisa Lehmann*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Justizinspektorin *Jasmin Holst*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Zur Justizinspektorin: Rechtspflegeranwärterin *Isabel Appel*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.

Zur Justizamtsinspektorin: Justizhauptsekretärin *Berit Steimle*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg; Justizhauptsekretärin *Ivonne Hennings*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg; Justizhauptsekretärin *Britta Kreuzfeldt*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Sven Fehmel*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Justizhauptsekretär *Olaf Tybussek*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Justizhauptsekretär *Oliver Riesner*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe; Justizhauptsekretär *Lars Köhler*, Generalstaatsanwalt.

Zur Justizhauptsekretärin: Justizobersekretärin *Britta Schwohn*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe; Justizobersekretärin *Sonja Rohwer*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe; Justizobersekretärin *Julia Blüher*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck; Justizobersekretärin *Ramona Meigut*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck; Justizobersekretärin *Jessica Beger*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Justizobersekretärin *Nadine Fietze*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zum Justizhauptsekretär: Justizobersekretär *Gerald Nack*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.

Versetzt: Justizoberinspektorin *Linda Ostermann* von der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck an das Amtsgericht Lübeck; Justizhauptsekretärin *Nadine Fietze* von der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel an das Amtsgericht Schleswig.

Eintritt in den Ruhestand: Oberamtsanwältin *Sabine Guninski*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

### **Notare**

Notaramt erloschen: *Helmut Schormann*, Ammersbek; *Harald Portofée*, Nortorf.

### **Die Zweite Staatsprüfung für Juristen**

bestanden im August/September 2019: *Sarah Amschler*, Hamburg; *Canan Coban*, Hamburg; *Goarik Babajan*, Erfurt; *Anna Prehn*, Hamburg; *Dorothee Clausonet*, Elmshorn; *Mayra Weber*, Hamburg; *Agneta Wiebrauk*, Hamburg; *Lorenz Bock*, Hamburg; *Miriam Blank*, Hamburg; *Christine Hansen*, Reinbek; *Lisa Bitzker*, Hamburg; *Laura Hartmann*, Brunsbüttel; *Dr. Nico Frehse*, Hamburg; *Lethicia Miske*, Sereetz; *Stephane Milleg*, Buxtehude; *Antonia Haase*, Hamburg; *Nora Hardeweg*, Hamburg; *Vanessa Lampe*, Hamburg; *Hanne Schöppner*, Hamburg; *Urs Lucke*, Berlin; *Johann Pieter Jauernig*, Hamburg; *Louisa Kurt*, Hamburg; *Anna Jamka*, Hamburg; *Josefine Meyer*, Lübeck; *Finn Baumhaus*, Lübeck; *Kristof Gengel*, Kiel; *Katharina Vogel*, Hamburg; *Jens Wieszorkowski*, Hamburg; *Maxine Lau*, Ahrensburg; *Astrid Viets*, Kiel; *Patrick Holtermann*, Wedel; *Lisa Schlüter*, Hamburg; *Michael Widok*, Hamburg; *Anna Reichert*, Norderstedt; *Caroline Aligner*, Hamburg; *Serkan Sezer*, Glinde; *Julia Beermann*, Kleinmachnow.

### **Im September 2019 haben folgende Rechtspflegeranwärterinnen und Rechtspflegeranwärter die Rechtspflegerprüfung vor dem Prüfungsamt in Hildesheim bestanden:**

*Isabel Appel*, 24879 Neuberend; *Klara Ballata*, 22846 Norderstedt; *Lena Cramer*, 24939 Flensburg; *Milena Fahle*, 59556 Lippstadt; *Maybritt Funck*, 24848 Kropp; *Phelina Grunzsky*, 23556 Lübeck; *Julia Kaack*, 23879 Mölln; *Alev Koc*, 44787 Bochum; *Alina Koepke*, 23569 Lübeck; *Claudia Kögel*, 24220 Flintbek; *Birthe Lilienthal*, 23881 Koberg; *Christina Mau*, 24768 Rendsburg; *Jan-Christian Meyer*, 24819 Todenbüttel; *Joana Nielsen*, 24955 Harrislee; *Marlit Nörenberg*, 24783 Osterörfeld; *Anna Philipsen*, 24975 Husby; *Rebekka Sennholz*, 19217 Rieps.

Die Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger haben der Veröffentlichung zugestimmt.

# IV. Ausschreibung

Bek. d. MJEVG vom 5. November 2019 – II 332 / 5112-E-1-45  
(SchIHA 2019 S. 426)

## Allgemeine Hinweise

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein. Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Sie bittet deshalb geeignete Frauen, sich zu bewerben und weist darauf hin, dass Frauen bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt werden.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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

Bewerbungen für die nachfolgend genannte(n) Planstelle(n) werden erbeten binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung, soweit nicht anders angegeben. Gleichzeitig wird um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift gebeten.

## 1. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 mit Amtszulage für eine Direktorin oder einen Direktor des Arbeitsgerichts bei dem Arbeitsgericht Flensburg.

Die Stelle ist mit einer Richterin oder einem Richter zu besetzen, die oder der sich in der Rechtsprechung an einem Arbeitsgericht in besonderer Weise bewährt hat und über Erfahrungen in der Gerichtsverwaltung verfügt.

Gesucht wird eine engagierte und verantwortungsbewusste Persönlichkeit, die den durchgeführten und anstehenden Strukturveränderungen in der Justiz aufgeschlossen gegenübersteht und in der Lage ist, diese aktiv gestaltend voranzutreiben. Unverzichtbar sind ein ausgeprägtes Organisationsvermögen sowie die besondere Befähigung zur Personalführung; gefordert ist ein kooperativer Führungsstil, der insbesondere die für neue Techniken und Organisationsformen notwendige Akzeptanz aller in der Justiz Tätigen schafft und sie zur verantwortlichen Mitgestaltung im Interesse des Ansehens der Justiz in der Öffentlichkeit motiviert.

## 2. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 mit Amtszulage für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt – als Gruppenleiterin oder Gruppenleiter bei einer Staatsanwaltschaft bei einem Landgericht – bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

## 3. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, die mit dem Ziel der Versetzung nach Schleswig-Holstein abgeordnet sind.

## 4. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an Richterinnen und Richter auf Probe im staatsanwaltschaftlichen Dienst.

## 5. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Richterin oder einen Richter am Oberlandesgericht bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht,
- 3 Stellen der BesGr. R 2 für Vorsitzende Richterinnen oder Vorsitzende Richter am Landgericht bei dem Landgericht Lübeck,
- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht – als weitere aufsichtführende Richterin oder weiterer aufsichtführender Richter – bei dem Amtsgericht Itzehoe,
- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht – als weitere aufsichtführende Richterin oder weiterer aufsichtführender Richter – bei dem Amtsgericht Elmshorn,
- 2 Stellen der BesGr. R 2 für Vorsitzende Richterinnen oder Vorsitzende Richter am Landgericht bei dem Landgericht Kiel,
- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Landgericht bei dem Landgericht Itzehoe.

## 6. 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 Flensburg,
- 2 Stellen der BesGr. R 1 für Richterinnen oder Richter am Landgericht bei dem Landgericht Itzehoe,
- 2 Stellen der BesGr. R 1 für Richterinnen oder Richter am Landgericht bei dem Landgericht Lübeck,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Elmshorn,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Neumünster,
- 2 Stellen der BesGr. R 1 für Richterinnen oder Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Kiel,
- 3 Stellen der BesGr. R 1 für Richterinnen oder Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Lübeck,
- 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.

## 7. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Kiel.

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Den Richterinnen und Richtern auf Probe stehen gleich die Richterinnen und Richter kraft Auftrags in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

## 8. 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 Lübeck.

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Den Richterinnen und Richtern auf Probe stehen gleich die mit dem Ziel der Versetzung nach Schleswig-Holstein abgeordneten Richterinnen und Richter in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

---

Bek. d. Generalstaatsanwalts vom 10. Oktober 2019  
– 201-E-25/2019 –  
(SchIHA 2019 S. 427)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Funktionsstelle in der Justizverwaltung bei der Staatsanwaltschaft Lübeck für eine Beamtin oder einen Beamten des Justizwachtmeisterdienstes zur Qualifizierung für ein Amt der Besoldungsgruppe A 7 der Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt gemäß § 15 JWLA VO vom 29. März 2012 in der Fassung vom 18. Dezember 2018 – GVOBl. SH 2019 S. 10.

Das ausgeschriebene Aufgabengebiet umfasst:

- Aufbau, Installation, Betreuung und Weiterentwicklung von Windows Clients und Servern
- Datensicherung und -wiederherstellung
- Administration des Active Directory und der Zugriffsrechte
- Sicherstellung der Bereitschaft der zentralen Anlagen, des Datennetzes und der gesamten Peripherie
- Anwenderbetreuung und -anleitung
- Erarbeitung und Durchführung von Funktionstests
- Analyse und Beseitigung von Störungen
- Beschaffung, Installation und Konfiguration von Hard- und Software
- Technische Betreuung von Fachverfahren (MESTA, MESTA-Text, ERV, Elektronische Akte)
- Technische Betreuung der Diktatsoftware und der Hilfsprogramme
- Betreuung der Haustechnik mit IT-Bezug
- Pflege des Intranets (Internet Sharepoint)
- Unterstützung Registerabruf/Onlineauskünfte; Beseitigung techn. Probleme
- Einrichtung von DME und VPN auf Notebooks und Handys
- Vor Ort- Unterstützung der zentralen IT-Stelle (ZIT)
- Unterstützung beim Aufbau der IT-Vollausstattung an auswärtigen Standorten

## Das Anforderungsprofil

### Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle sind:

- Laufbahnbefähigung der Laufbahngruppe 1, 1. Einstiegsamt, Fachrichtung Justiz
- überdurchschnittliche Leistungen für einen Zeitraum von mindestens zehn Dienstjahren ab der Ernennung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit in der bisherigen Tätigkeit innerhalb des Justizwachtmeisterdienstes
- zuletzt Leistungen, die die Anforderungen deutlich über treffen
- Nachweisbare, mindestens 5-jährige Berufserfahrung in der IT-Betriebsbetreuung von Client-Server-Technologien und Anwenderbetreuung im First Level Support
- Sicherer Umgang mit Windows Server/Client Betriebssystemen und Office Produkten
- Fachkenntnisse und Erfahrungen im Betrieb und in der Verwaltung vom Active Directory
- Fachliche und technische Kenntnisse in den eingesetzten Fachverfahren einschließlich Spracherkennung und digitalem Diktieren
- Kenntnisse und Erfahrungen zu Aspekten der Informationssicherheit und des Datenschutzes

### Erwartet werden:

- Belastbarkeit, hohe Eigeninitiative und Verantwortungsbereitschaft
- Analytisches Denkvermögen und strukturierte, eigenständige Arbeitsweise
- Teamfähigkeit und Flexibilität
- Informations- und Kommunikationsfähigkeit
- Kooperationsfähigkeit
- fortlaufende Lern- und Veränderungsbereitschaft

Diese Ausschreibung richtet sich nur an Beschäftigte des Landes Schleswig-Holstein.

Das Land Schleswig-Holstein setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein und prüft, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. Deshalb können sich Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte auf diese Stellenausschreibung bewerben, auch wenn sie nicht im Landesdienst beschäftigt sind und werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung zu erreichen. Sie bittet deshalb geeignete Frauen, sich zu bewerben und weist daraufhin, dass Frauen bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt werden.

Teilzeitbeschäftigung ist grundsätzlich möglich.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchIHA 1970 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchIHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen sind bis zum **15. Dezember 2019** auf dem Dienstwege einzureichen und mir mit einer Anlassbeurteilung und einer Stellungnahme des Dienstvorgesetzten vorzulegen.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift.

### **Justizinterne Ausschreibung**

Bek. d. Generalstaatsanwalts vom 23. Oktober 2019  
– 201 E – 1639/2016  
(SchIHA 2019 S. 427)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der BesGr. A 12 für eine Justizamtsrätin oder einen Justizamtsrat (m/w/d) (als Geschäftsleiterin oder als Geschäftsleiter bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.

Zu den Aufgaben der Geschäftsleitung gehören die Leitung und Koordinierung folgender Aufgabenbereiche: Personalangelegenheiten, Haushaltsangelegenheiten, Initiierung und Durchführung von Projekten zur Reorganisation von Geschäftsabläufen, Hausverwaltung und Bauangelegenheiten.

Die Bewerberin oder der Bewerber muss den anstehenden Strukturveränderungen in der Justiz aufgeschlossen gegenüberstehen und in der Lage sein, diese aktiv gestaltend voranzutreiben. Unverzichtbar sind ein ausgeprägtes Organisationsvermögen sowie die besondere Befähigung zur Personalführung; gefordert ist ein kooperativer Führungsstil, der die für neue Techniken und Organisationsformen notwendige Akzeptanz der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter schafft und sie zur verantwortlichen Mitgestaltung motiviert.

Wünschenswert sind Kenntnisse und Erfahrungen auf den Gebieten der Personalverwaltung, des Haushaltsrechts und der Haushaltsabwicklung sowie EDV-Kenntnisse. Die Wahrnehmung der Aufgaben der Geschäftsleiterin bzw. des Geschäftsleiters erfordert eine abgestimmte und vertrauensvolle Zusammenarbeit in der Führungsebene der Staatsanwaltschaft.

Vor Ernennung und endgültiger Bestellung zur Geschäftsleiterin bzw. zum Geschäftsleiter ist gemäß der AV über die

Bestellung und Aufgaben der Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften in Schleswig-Holstein – AV d. MJKE v. 14. April 2015 (SchlHA 2015 S. 175) – eine Bestellung zur kommissarischen Geschäftsleiterin bzw. zum kommissarischen Geschäftsleiter für zwölf bis höchstens vierundzwanzig Monate zur Erprobung vorgesehen. Die Erprobungszeit kann abgekürzt werden, soll aber eine Mindestzeit von sechs Monaten nicht unterschreiten.

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchHA S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchlHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum **30. November 2019**.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

#### BGB § 249 II 1

**Der Geschädigte, der von der Ersetzungsbefugnis des § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB Gebrauch macht und den Schaden nicht im Wege der Reparatur, sondern durch Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs beheben will, hat bei der Verwertung des beschädigten Fahrzeugs nicht nur den regionalen Markt zu beachten, sondern im Zuge des Internet-Gebrauchtwagenhandels auch entsprechende Internetportale für eine Verwertung zu nutzen (Abweichung von der ständigen Rechtsprechung des BGH, zuletzt Urteil vom 27.9.2016 – VI ZR 673/15; Urteil vom 25.6.2019 – VI ZR 358/18).**

AG Lübeck, Urteil v. 7. Februar 2017 – 28 C 2456/16 –, RA Ba.

*Die Parteien streiten um restliche Ansprüche nach einem Verkehrsunfall vom 28.4.2016, der sich in Lübeck-Travemünde ereignet hatte und bei dem ein bei der beklagten Versicherung haftpflichtversichertes Fahrzeug den Pkw ... der Kl.in mit dem amtlichen Kennzeichen ... beschädigt hatte. Aufgrund des von der Kl.in in Auftrag gegebenen Sachverständigengutachtens des Ingenieurbüros ... vom 9.5.2016 (Anlage K 1, Bl. 5–18) ist unstrittig, dass der Wiederbeschaffungswert dieses Fahrzeuges bei 3000 EURO liegt. Unstrittig ist weiter, dass angesichts der prognostizierten Bruttoreparaturkosten ein wirtschaftlicher Totalschaden vorliegt. Die Parteien streiten allerdings über die Höhe des Restwertes. Die Beklagte hat, ausgehend von einem von ihr zugrunde gelegten Restwert von 1009 EURO, an die Klägerin 1991 EURO ausgezahlt. Die Klägerin ist der Ansicht, der Restwert betrage lediglich 750 EURO. Sie stützt sich hierbei auf das genannte Gutachten. Sie verlangt mithin 2250 EURO, auf die die bereits gezahlten 1991 EURO anzurechnen seien. Die Beklagte ist demgegenüber der Ansicht, dass der Restwert, wie von ihr zugrunde gelegt, 1009 EURO betrage und beruft sich hierbei auf ein über*

*die Internetplattform cartv.eu eingeholtes Restwertangebot der Firma ....*

#### Aus den Gründen

Die Klage ist unbegründet.

Bei einem wirtschaftlichen Totalschaden kann der Geschädigte vom Schädiger – oder hier eben von der Versicherung – den Betrag verlangen, der für die Wiederbeschaffung eines gleichwertigen Gegenstandes erforderlich ist, dies abzüglich des Wertes, den die geschädigte Sache noch hat. Durch diese Entschädigung soll der Geschädigte so gestellt werden, als wenn der Schaden nicht eingetreten wäre. Er soll weder einen Vermögensverlust erleiden, noch einen Vermögensgewinn erzielen, BGHZ 154, 395, 398. Angesichts dessen, dass das Eigentum an der geschädigten Sache nicht im Austausch gegen die Schadensersatzverpflichtung an den Schädiger fällt, sondern der Geschädigte selbst das Eigentum an der geschädigten Sache behält, kann er sich aussuchen, ob er dieses, sein Eigentum, weiter nutzt oder veräußert oder auch gar nichts damit macht. Er ist damit also Herr des Substitutionsgeschehens. Angesichts dessen kommt es auf die Frage an, wie der Wert der geschädigten Sache zu ermitteln ist. Der Bundesgerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass für die Ermittlung des Wertes der regionale Markt der Bezugspunkt ist und nicht der Markt für verunfallte Fahrzeuge, so zuletzt im Urteil vom 27.09.2016 (VI ZR 673/15).

Gegen diese Ansicht spricht schon, dass der Wert eines Gegenstandes sich danach bemisst, was für ihn zu einer konkreten Zeit an einem konkreten Ort erzielt werden kann. Der Ort ist aber im Zuge des technischen Fortschritts nicht mehr nur der Wohnort des Kfz-Halters oder das sogenannte nicht näher bestimmte regionale Umfeld, sondern der Ort, an dem mit Gegenständen der fraglichen Art Handel getrieben wird.

Das ist im Zuge des Internet-Gebrauchtwagenhandels mittlerweile der durch Internetportale vermittelte virtuelle Marktplatz. Der vorrangige Grund für die Annahme, bei der Ermittlung des Restwertes sei grundsätzlich entscheidend auf den regionalen Markt abzustellen, war für den Bundesgerichtshof ausweislich des letzten Urteils die Überlegung, dass es einem Geschädigten möglich sein muss, das Fahrzeug einer ihm vertrauten Vertragswerkstatt oder einem angesehenen Gebrauchtwagenhändler bei dem Erwerb eines Ersatzwagens in Zahlung zu geben. Vorliegend beabsichtigt die Klägerin solches gar nicht, so dass diese Gründe für die Einschränkung des Marktplatzes wegfallen. Auch ist angesichts der durch den internetbasierten Gebrauchtwagenhandel eingetretenen Entwicklung nicht zu verkennen, dass sich der Gebrauchtwagenverkauf und der Gebrauchtwagenankauf deutlich entkoppelt haben, da auch der mit dem Autohandel nicht vertraute Endkunde, hier die Geschädigte, durch Nutzung von Internetplattformen ohne größere Spezialkenntnisse, ohne nennenswerten Zeitaufwand, der über das Abtelefonieren von Werkstätten und Händlern in der Umgebung hinausginge, in der Lage ist, einen sehr großen potentiellen Käuferkreis anzusprechen. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass hierdurch nicht nur der Kreis der Nachfrager von Gebrauchtwagen und Unfallwagen größer ist, sondern auch der Kreis der Anbieter. Die höhere Markttransparenz auf beiden Seiten führt aber zu Angeboten, die eher geeignet sind, den wahren Wert abzubilden als die übliche, den Vorgaben des Bundesgerichtshofs folgende Abfrage bei drei regionalen Händlern, die der vom Geschädigten eingeschaltete Sachverständige kennt.

Das Bedürfnis des Geschädigten, nur mit angesehenen Händlern des regionalen Umfeldes oder gar seiner ihm bekannten Werkstatt Verträge abzuschließen, ist beim Ankauf eines Gebrauchtfahrzeuges nachvollziehbar, da der Geschädigte zu Recht wissen will, wem gegenüber er etwaige Gewährleistungsansprüche geltend machen kann. Dieses Bedürfnis besteht beim umgekehrten Verkauf eines gebrauchten oder verunfallten Fahrzeuges von privat an Händler nicht, da hier ein Gewährleistungsausschluss die Regel und unschwer zu vereinbaren ist. Beim internetbasierten Gebrauchtwagen- oder Unfallwagenkauf besteht allenfalls die Gefahr, dass der durch das Restwertportal gefundene Käufer sich an sein bindendes Angebot doch nicht halten will. Es haben sich bei einer Internetrecherche zu dieser Frage aber keine Hinweise darauf ergeben, dass beispielsweise die über cartv.eu ermittelten verbindlichen Ankaufangebote von den Anbietern nicht eingehalten werden.

Der Geschädigten wäre die Ermittlung eines Restwertes für ihr Fahrzeug durch Internetrecherche ohne Probleme möglich gewesen. Sie hat sich zur Ermittlung des Schadens ohnehin auf Kosten der Beklagten eines Sachverständigen bedient. Dieser hätte ohne weitere Mühewaltung auch internetbasierte Angebote einholen können. Die Frage, dass er dies aufgrund der gefestigten Rechtsprechung im Verhältnis zur Klägerin nicht hätte tun müssen, ist eine andere Frage, die mit der Frage des Wertes der verunfallten Sache und des Rechercheaufwandes nichts zu tun hat.

Schließlich hat auch der Bundesgerichtshof selbst kürzlich anerkannt, dass wenn ein Geschädigter durch eigene Internetrecherche einen höheren Verkaufserlös ermittelt, als es dem vom Sachverständigen ermittelten regionalen Wert entspricht, er den Mehrerlös nicht einfach behalten darf, da der Aufwand für die Internetrecherche gering ist, mithin nicht überobligatorisch, Urteil vom 7.12.2004, VI ZR 119/04.

Da das Gericht von der gefestigten BGH-Rechtsprechung abweicht, ist die Berufung zugelassen worden.

**EGRL 44/99 Art 3 Abs 3 UAbs 1, EGRL 44/99 Art 3 Abs 3 UAbs 3, EGRL 44/99 Art 3 Abs 4, EGRL 44/99 Art 3 Abs 5 Spiegelstrich 2, § 269 Abs 1 BGB, § 269 Abs 2 BGB, § 439 BGB, Art 267 AEUV**

**I. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:**

- 1. Ist Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 RL 1999/44/EG dahingehend auszulegen, dass ein Verbraucher einem Unternehmer ein im Fernabsatz gekauftes Verbrauchsgut zur Ermöglichung der Nachbesserung oder Ersatzlieferung stets nur am Belegenheitsort des Verbrauchsguts anbieten muss?**
- 2. Falls nein:  
Ist Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 RL 1999/44/EG dahingehend auszulegen, dass ein Verbraucher einem Unternehmer ein im Fernabsatz gekauftes Verbrauchsgut zur Ermöglichung der Nachbesserung oder Ersatzlieferung stets am Geschäftssitz des Unternehmers anbieten muss?**
- 3. Falls nein:  
Welche Kriterien lassen sich Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 RL 1999/44/EG entnehmen, wie der Ort festgestellt wird, an dem der Verbraucher dem Unternehmer ein im Fernabsatz gekauftes Verbrauchsgut zur Ermöglichung der Nachbesserung oder Ersatzlieferung anbieten muss?**
- 4. Falls der Ort, an dem der Verbraucher dem Unternehmer ein im Fernabsatz gekauftes Verbrauchsgut zur Untersuchung und Ermöglichung der Nacherfüllung anbieten muss – stets oder im konkreten Fall – am Sitz des Unternehmers liegt:  
Ist es mit Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 4 RL 1999/44/EG vereinbar, dass ein Verbraucher für die Kosten des Hin- und/oder des Rücktransports in Vorleistung treten muss oder ergibt sich aus der Pflicht zur „unentgeltlichen Nachbesserung“, dass der Verkäufer verpflichtet ist, einen Vorschuss zu leisten?**
- 5. Falls der Ort, an dem der Verbraucher dem Unternehmer ein im Fernabsatz gekauftes Verbrauchsgut zur Untersuchung und Ermöglichung der Nacherfüllung anbieten muss – stets oder im konkreten Fall – am Sitz des Unternehmers liegt und eine Vorleistungspflicht des Verbrauchers mit Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 4 RL 1999/44/EG vereinbar ist:  
Ist Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 5 Spiegelstrich 2 RL 1999/44/EG dahingehend auszulegen, dass ein Verbraucher nicht zur Vertragsauflösung berechtigt ist, der dem Unternehmer lediglich den Mangel angezeigt hat, ohne anzubieten, das Verbrauchsgut zum Ort des Unternehmers zu transportieren?**
- 6. Falls der Ort, an dem der Verbraucher dem Unternehmer ein im Fernabsatz gekauftes Verbrauchsgut zur Untersuchung und Ermöglichung der Nacherfüllung anbieten muss – stets oder im konkreten Fall – am Sitz des Unternehmers liegt, aber eine Vorleistungspflicht des Verbrauchers mit Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 4 RL 1999/44/EG nicht vereinbar ist:  
Ist Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 5 Spiegelstrich 2 RL 1999/44/EG dahingehend auszulegen, dass ein Verbraucher nicht zur Vertragsauflösung berechtigt ist, der dem Unternehmer lediglich den**

## **Mangel angezeigt hat, ohne anzubieten, das Verbrauchsgut zum Ort des Unternehmers zu transportieren?**

### **II. Das Verfahren wird ausgesetzt.**

AG Norderstedt, EuGH-Vorlage v. 27. Dezember 2017, AZ: 47 C 31/16  
Nachgehend EuGH 1. Kammer, Urteil v. 23. Mai 2019, AZ: C-52/18 (Tenor s. im Anschluss an die Entscheidung des AG Norderstedt)  
Das Ausgangsverfahren vor dem AG Norderstedt wurde durch übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien beendet.

#### **Gründe**

1. Die Beantwortung der gestellten Fragen ist für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens entscheidungserheblich.

#### **A. Gegenstand und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens**

2. Der Kl. begehrt die Rückzahlung des Kaufpreises für ein Zelt Zug-um-Zug gegen Rückgewähr der Kaufsache nach erklärtem Rücktritt.

##### **I. Streitgegenstand und Sachverhalt**

3. Der Kl. hat von der Bekl. am 8.7.2015 per Telefon ein 5x6 Meter großes Zelt („Partytent“) gekauft. Das Zelt wurde an den Wohnsitz des Kl. geliefert. Der Kl. machte vorprozessual Mängel an dem Zelt geltend. Die Bekl. wies sämtliche Mängelrügen als unbegründet zurück.

4. Der Kl. hat die Nacherfüllung lediglich an seinem Wohnort gefordert, ohne die streitgegenständliche Ware an die Bekl. zu übersenden oder dies auch nur anzubieten. Über den Erfüllungsort der Nacherfüllung wurde zwischen den Parteien nicht gesprochen. Aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag ergibt sich hierüber nichts.

5. Der Kl. hat die Nacherfüllung lediglich an seinem Wohnort gefordert, ohne die streitgegenständliche Ware an die Bekl. zu übersenden oder dies auch nur anzubieten. Die Bekl. beruft sich nunmehr darauf, dass Erfüllungsort für die Nacherfüllung an ihrem Geschäftssitz sei. Würde dies zutreffen, hätte die Klägerin der Bekl. keine Gelegenheit zur Nacherfüllung bzw. keine Frist i.S.d. Art 3 Abs. 5 Spiegelstrich 2 RL 1999/44/EG gegeben, sodass der Kl. eine Vertragsauflösung nicht verlangen könnte. Die Klage wäre abweisungsreif. Würde sich der Erfüllungsort der Nacherfüllung im konkreten Fall allerdings am Wohnort des Käufers befinden, läge eine Fristsetzung vor.

6. Der Erfüllungsort für die Nacherfüllung kann nicht autonom nach deutschem Recht bestimmt werden. Die Regelungen des BGB über den Nacherfüllungsanspruch dienen vielmehr der Umsetzung von Art. 3 Abs. 2 bis 4 RL 1999/44/EG, ABl. EG 1999, Nr. L 171, S. 12 ff.). Danach muss die Nacherfüllung erstens unentgeltlich erfolgen, d.h., der Verkäufer muss die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten tragen (Art. 3 Abs. 4 RL 1999/44/EG), und zweitens muss sie ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen (Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 3 RL 1999/44/EG).

#### **II. Nationaler Rechtsrahmen**

7. Nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(Urteil vom 13.4.2011 – VIII ZR 220/10, NJW 2011, 2278)

bestimmt sich der Erfüllungsort für die aus Art 3 RL 1999/44/EG folgenden und in § 439 BGB umgesetzten Rechte der Verbraucher nach § 269 BGB. Danach kommt es auf sämtliche Umstände des Einzelfalls an, soweit diese nach § 269 Abs. 1 BGB entscheidend sind. Maßgeblich sind in erster Linie die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen. Fehlen – wie im hiesigen Ausgangsverfahren – vertragliche Abreden über den Erfüllungsort, ist auf die jeweiligen Umstände, insbesondere auf die Natur des Schuldverhältnisses abzustellen. Lassen sich auch hieraus keine abschließenden Erkenntnisse

gewinnen, ist der Erfüllungsort letztlich an dem Ort anzusiedeln, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz bzw. seine gewerbliche Niederlassung (§ 269 Abs. 2 BGB) hatte.

8. Dazu, wie der Erfüllungsort bei Versandhandelsgeschäften zu bestimmen ist, hat sich der Bundesgerichtshof nicht explizit geäußert. Jedenfalls habe der Verkäufer dem Käufer Transportkosten, die beim Käufer anfallen, nach § 439 Abs. 2 BGB zu erstatten und unter Umständen Vorschuss zu leisten (Bundesgerichtshof, Urteil vom 13.4.2011 – VIII ZR 220/10, NJW 2011, S. 2278 ff.).

9. Eine Vereinbarung über den Erfüllungsort ist im konkreten Fall nicht erkennbar. Besondere Umstände des Einzelfalls, – außer der grundsätzlichen Situation des Versandhandels – sind nicht erkennbar. Nach den Kriterien des Bundesgerichtshofs wäre damit wohl davon auszugehen, dass Erfüllungsort für die Nacherfüllung am Geschäftssitz der Bekl. anzunehmen ist. Der Kl. hätte daher das Zelt an den Geschäftssitz der Bekl. transportieren müssen und hätte ggf. lediglich die Transportkosten erstattet bekommen, wobei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs offen geblieben ist, ob er hierfür einen Vorschuss erhalten hätte.

10. Der nationale Rechtsrahmen bestimmt sich nach folgenden Normen:

#### **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 439 Nacherfüllung**

(1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

(2) Der Verkäufer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

(3) Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.

(4) Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.

([https://www.gesetze-im-internetde/bgb/\\_439.html](https://www.gesetze-im-internetde/bgb/_439.html))

#### **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 269 Leistungsort**

(1) Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Ort zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

(2) Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetrieb des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Ort hatte, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

(3) Aus dem Umstand allein, dass der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, dass der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll.

([http://www.gesetze-im-internetde/bgb/\\_269.html](http://www.gesetze-im-internetde/bgb/_269.html))

#### **B. Vorlagefragen und Entscheidungserheblichkeit**

11. Die Vorlagefragen ergeben sich aus dem Tenor.



## I. Unionsrechtlicher Rechtsrahmen

12. Nach Artikel 3 Abs. 3 Unterabsatz 3 RL 1999/44/EG muss die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind. Gleichzeitig kann ein Verbraucher eine Vertragsauflösung nur nach fruchtlosem Ablauf der zur Nacherfüllung gesetzten Frist verlangen, Art. 3 Abs. 5 Spiegelstrich 2 RL 1999/44/EG.

## II. Zweifel an Auslegung/Gültigkeit des Unionsrechts

13. Das erkennende Gericht hat Zweifel daran, ob in einem Fall wie dem vorliegenden nach den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Kriterien, die Anforderungen der Richtlinie erfüllt werden. Zum einen erscheint die Organisation des Transports je nach Kaufgegenstand eben doch als erhebliche Unannehmlichkeit und die Abgrenzung ist im Einzelfall schwierig und praktisch nicht rechtssicher zu treffen.

14. Zum anderen – und entscheidend – droht bei variablem Erfüllungsort einem Verbraucher stets die Gefahr, dass er entweder – unnötig – den Transport selbst organisiert oder seine Rechte nach RL 1999/44/EG verliert oder in einem Prozess nicht durchsetzen kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie hier – die Verkäuferin vorprozessual zu keinem Zeitpunkt erkennen lässt, dass sie sich im Prozess darauf berufen würde, ihr sei keine Gelegenheit zur Nacherfüllung gewährt worden. Die Bekl. hat daher auch nicht darauf hingewiesen, dass ein Transport an ihren Geschäftssitz erforderlich sei und hat auch nicht angeboten, für den Transport einen Vorschuss zu leisten. Das Verhalten der Bekl. ist prozessual unzuverlässig zulässig, es erscheint aber zweifelhaft, ob dieses zulässige Verhalten nicht dazu führt, dass dem Kl. die Geltendmachung seines Rechts erheblich erschwert wird. Diese erhebliche Unannehmlichkeit hat der Bundesgerichtshof in dem insoweit maßgeblichen Urteil

(Urt. v. 13.4.2011 – VIII ZR 220/10, NJW 2011, 2278 Rn. 44, beck-online)

nicht erörtert.

## III. Entscheidungsvorschläge des vorlegenden Gerichts

15. Das vorlegende Gericht geht davon aus, dass einem möglichst umfassenden Verbraucherschutz am besten gedient wäre, wenn der unionsrechtliche Ort der Nacherfüllung für sämtliche Verbraucherverträge einheitlich am Belegenheitsort der Kaufsache wäre. In diesem Fall könnte der Verkäufer selbst die effizienteste Art der Untersuchung organisieren. Er könnte den Kaufgegenstand am Belegenheitsort untersuchen oder sich die Sache – auf seine Kosten und nach seinen Anweisungen – übersenden lassen.

16. Nach Art. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL muss die Nacherfüllung unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen; denn sonst könnte der Verbraucher von der Geltendmachung seines Nacherfüllungsanspruchs abgehalten werden. Dies schließt es aus, den Verbraucher mit den Transportkosten zu belasten, und erfordert zumindest dann, wenn die Organisation des Transports schwierig und zeitaufwendig ist, den Verkäufer auch zur Durchführung des Transports zu verpflichten. Dies spricht entscheidend dafür, als Erfüllungsort generell den Belegenheitsort der mangelhaften Sache anzusehen

(zum Ganzen: BeckOK(Bamberger/Roth/Hau/Poseck) BGB/Faust, 43. Edition Stand 15.6.2017, § 439 BGB, Rn. 13a, beck-online).

17. Eine Trennung zwischen Leistungspflicht und Kostentragungspflicht ist nicht sachgerecht: Typischerweise liegt es auch im Interesse des Verkäufers, nicht nur für den Transport zu bezahlen, sondern ihn selbst zu organisieren, da er das als Warenfachmann im Zweifel billiger kann und die Gefahr besteht, dass der auf Rechnung des Verkäufers handelnde Käufer

sich nicht sonderlich um Kostenminimierung bemüht.

18. Die Lösung, den Erfüllungsort jeweils nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen, ist abzulehnen, weil sie zumindest für den Käufer unzumutbare Rechtsunsicherheit schafft: Geht er fälschlich davon aus, dass der Erfüllungsort am Belegenheitsort der Sache ist, erwirbt er keine Sekundärrechte, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung an diesem Ort verweigert oder eine hierfür gesetzte Frist verstreichen lässt; erklärt der Käufer dennoch den Rücktritt oder die Minderung oder verlangt Schadensersatz statt der Leistung, hat dies keine Wirkung. Transportiert der Käufer die Sache dagegen selbst zum Verkäufer und stellt sich dann heraus, dass an sich der Verkäufer diesen Transport hätte durchführen müssen, so muss der Käufer gegebenenfalls die hierfür entstandenen Kosten selbst tragen.

## IV. Entscheidungserheblichkeit für das Ausgangsverfahren

19. Die Antworten auf obige Fragen im Hinblick auf die Auslegung der RL 1999/44/EG sind für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits relevant. In diesem Rechtsstreit ist entscheidungserheblich, wo der Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht anzunehmen ist. §§ 269, 439 Abs. 2 BGB sind in diesem Fall in Übereinstimmung mit der RL 1999/44/EG auszulegen. Zur Auslegung der RL 1999/44/EG ist nach Art. 267 Abs. 1 Buchst. b AEUV der EuGH berufen. Da der Bundesgerichtshof eine Vorlage an den EuGH unterlassen hat und sich deshalb der EuGH noch nicht zum Erfüllungsort der Nacherfüllung geäußert hat, ist es veranlasst, die entsprechenden Fragen gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

## Tenor der Entscheidung des EuGH 1. Kammer, Urteil v. 23. Mai 2019, AZ: C-52/18:

1. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter ist dahin auszulegen, dass die Mitgliedstaaten für die Bestimmung des Ortes zuständig bleiben, an dem der Verbraucher gemäß dieser Vorschrift dem Verkäufer ein im Fernabsatz erworbenes Verbrauchsgut für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands bereitzustellen hat. Dieser Ort muss für eine unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands binnen einer angemessenen Frist ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher geeignet sein, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind. Insoweit ist das nationale Gericht verpflichtet, eine mit der Richtlinie 1999/44 vereinbare Auslegung vorzunehmen und gegebenenfalls auch eine gefestigte Rechtsprechung zu ändern, wenn diese auf einer Auslegung des nationalen Rechts beruht, die mit den Zielen dieser Richtlinie unvereinbar ist.

2. Art. 3 Abs. 2 bis 4 der Richtlinie 1999/44 ist dahin auszulegen, dass das Recht des Verbrauchers auf eine „unentgeltliche“ Herstellung des vertragsgemäßen Zustands eines im Fernabsatz erworbenen Verbrauchsgutes nicht die Verpflichtung des Verkäufers umfasst, wenn das Verbrauchsgut zum Zweck der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands an den Geschäftssitz des Verkäufers transportiert wird, einen Vorschuss auf die damit verbundenen Kosten zu leisten, sofern für den Verbraucher die Tatsache, dass er für diese Kosten in Vorleistung treten muss, keine Belastung darstellt, die ihn von der Geltendmachung seiner Rechte abhalten könnte; dies zu prüfen ist Sache des nationalen Gerichts.

3. Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 5 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 1999/44 ist dahin auszulegen, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens der

Verbraucher, der dem Verkäufer die Vertragswidrigkeit des im Fernabsatz erworbenen Verbrauchsgutes mitgeteilt hat, dessen Transport an den Geschäftssitz des Verkäufers für ihn eine erhebliche Unannehmlichkeit darstellen könnte, und der dem Verkäufer dieses Verbrauchsgut an seinem Wohnsitz zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands bereitgestellt hat, mangels Abhilfe binnen einer angemessenen Frist die Vertragsauflösung verlangen kann, wenn der Verkäufer keinerlei angemessene Maßnahme ergriffen hat, um den vertragsgemäßen Zustand des Verbrauchsgutes herzustellen, wozu auch gehört, dem Verbraucher den Ort mitzuteilen, an dem er ihm dieses Verbrauchsgut zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands bereitstellen muss. Insoweit ist es Sache des nationalen Gerichts, anhand einer mit der Richtlinie 1999/44 vereinbarten Auslegung sicherzustellen, dass der Verbraucher sein Recht auf Vertragsauflösung ausüben kann.

## **BGB §§ 166 I, 241 II, 254, 280 I, 634 Nr. 4, 636; ZPO §§ 156, 287**

- 1. Ein Tiefbauunternehmer, der mit der Erstellung einer Baugrube beauftragt ist, muss den Auftraggeber im Rahmen seiner Nebenpflicht zum Werkvertrag darauf hinweisen, dass eine durch die bauseits vorgegebene Nullpunktangabe bedingte Aushubtiefe im Widerspruch zur Bauzeichnung steht und deshalb voraussichtlich zu flach sein wird (hier ca. 80 cm).**
- 2. Die Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB begründet keine Einrede, sondern einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Einwand.**
- 3. Der Auftraggeber muss sich eine entsprechende Kenntnis seines regelmäßig auf der Baustelle befindlichen, fachkundigen Ehepartners (ehemals Bauingenieurstudent ohne Abschluss) zurechnen lassen.**
- 4. Wegen Verletzung der Schadensminderungspflicht können nur die notwendigen Kosten ersetzt werden, die bis zum hypothetischen Baustopp (Offensichtlichkeit der zu flachen Baugrube) angefallen wären. Diese Kosten können gem. § 287 ZPO geschätzt werden.**

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Urteil v. 10. August 2017 – 7 U 120/15 –, Rö.

*Anmerkung:* Das Urteil ist rechtskräftig. Der BGH hat mit Beschluss vom 5.12.2018 (VII ZR 194/17) die Nichtzulassungsbeschwerde der Kl.in zurückgewiesen.

*Die Kl.in nimmt den Bekl., der unter anderem Erdbauarbeiten durchführt, auf Schadensersatz – zweitinstanzlich in Höhe von noch rund 43058 € – in Anspruch.*

*Die Kl.in beabsichtigte in den Jahren 2013/2014, den – mittlerweile fertiggestellten – Neubau eines Cafés im Stadtpark H.*

*Der Bekl. erhielt aufgrund eines Angebots vom 21.11.2013 den Auftrag, Erdarbeiten für den geplanten Neubau auszuführen. Nach einem Ortstermin am 21.11.2013 sollte zunächst die Baugrube ausgehoben werden. Im Anschluss daran sollte ein aus Betonfertigteilen zusammengesetzter Keller (sog. „Thermo-Rohbau-Keller“) von der J. GmbH eingebaut werden. Dem Bekl. war die Bauzeichnung bekannt.*

*Der Aushub der Baugrube erfolgte zwischen dem 29.11. und dem 4.12.2013 durch den Zeugen P., einen Mitarbeiter des Bekl.. Dabei erfolgte vor Ort und vor Beginn der Arbeiten eine genaue Einweisung durch den Zeugen R. (Ehemann der Kl.in) sowie durch den Zeugen B., der sich als Bauleiter der Kl.in gerierte. Durch diese wurde auch der sogenannte Nullpunkt vorgegeben.*

*Der Bekl. forderte für seine Arbeiten unter dem 4.12.2013 einen ersten Abschlag von 903743 €, der von der Kl.in gezahlt wurde. Im Februar 2014 wurde der Keller geliefert und eingebaut, der rund 80 cm über die Geländeoberfläche hinausragte und damit offensichtlich nicht mit den Bauplänen übereinstimmte. Die Kl.in forderte den Bekl. anschließend zur Fer-*

*tigstellung der beauftragten Erdarbeiten auf. In der Zeit vom 18.3.–19.3.2014 führte der Bekl. die Arbeiten auftragsgemäß aus, und lieferte statt geplanter ca. 250 qbm tatsächlich 293 qbm Füllsand, der anschließend verdichtet bzw. aufgeschüttet wurde. Die Kl.in bezahlte den Restbetrag aus der Schlussrechnung des Bekl. vom 25.3.2014 (14.371,99 ./ bereits gezahlter 903734 = 5334,65 €). Außerdem ließ sie die Arbeiten mit den Mauerarbeiten am Erdgeschoss fortsetzen. Weil der Rohbau nicht den genehmigten Bauplänen entsprach, forderte die Stadt H. von der Kl.in mit Schreiben vom 29.4.2014 die Umsetzung der abgestimmten Planung bis zum 30.6.2014 und damit den Rückbau des herausragenden Kellers.*

*Mit Anwaltsschreiben vom 16.5.2014 ließ die Kl.in den Bekl. auffordern, bis zum 29.5.2014 mitzuteilen, ob er „an einer einvernehmlichen Vertiefung der Kellergrube gegen Übernahme der Kosten auf Ihre Rechnung bei gleichzeitiger Vertiefung interessiert“ sei. Zudem ließ sie „hiermit hinsichtlich des Rückbaus des Kellers um 80 cm Tiefe“ den Bekl. „ausdrücklich in Verzug“ setzen und kündigte „nach Ablauf der Frist die kostenmäßig gegen Sie gewandte Ersatzvornahme durch einen Drittunternehmer“ an.*

*Der Bekl. lehnte dies mit Anwaltsschreiben vom 20.5.2014 unter Hinweis darauf ab, er habe die Baugrube nach den ausdrücklichen Vorgaben der Mitarbeiter der Kl.in ordnungsgemäß errichtet.*

*Mit weiterem Schreiben vom 6.6.2014 ließ die Kl.in dem Bekl. eine Frist zur ordnungsgemäßen Herstellung der Baugrube auf den 13.6.2014 setzen, die ergebnislos verstrich.*

*In der Folgezeit musste der errichtete Rohbau einschließlich Keller und Bodenplatte wieder abgerissen, die Grube tiefer gesetzt und wieder eine neue Bodenplatte erstellt werden. Das Café wurde nunmehr planmäßig errichtet und wird seit Juni 2015 im Stadtpark H. betrieben.*

*Die Kl.in hat die Auffassung vertreten, der Bekl. sei ihr wegen mangelhaften Aushubes der Baugrube zum Schadensersatz verpflichtet. Sie hat erstinstanzlich als Schaden den Pauschalpreis für den Thermo-Keller inkl. MwSt. mit 58072 € zzgl. der Kosten der Abbrucharbeiten mit 10174,50 €, insgesamt 68246,50 € geltend gemacht.*

*Der Bekl. hat behauptet, entsprechend der ihm erteilten Vorgaben die Kellergrube ordnungsgemäß ausgehoben zu haben.*

*Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme (Zeugenvernehmung) abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, Schadensersatzansprüche stünden der Kl.in allein schon deshalb nicht zu, weil es an einer ordnungsgemäßen Fristsetzung zur Mängelbeseitigung gefehlt habe.*

*Dagegen wendet sich die Kl.in mit der Berufung. Sie rügt Rechtsfehler des angefochtenen Urteils, zudem Verfahrensfehler des Landgerichts.*

*Die Kl.in ist der Auffassung, die Erdarbeiten des Bekl. seien gar nicht abgenommen worden. Zudem sei eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung angesichts der Verweigerungshaltung des Bekl. entbehrlich gewesen. Jedenfalls aber sei sie mit den Anwaltsschreiben vom 16.5. bzw. 6.6.2014 ordnungsgemäß erfolgt.*

*Sie bestreitet erstmals im zweiten Rechtszug, dass dem Bekl. bzw. seinem Mitarbeiter der Nullpunkt seitens des Zeugen R. oder des Zeugen B. vorgegeben worden sei.*

*Jedenfalls hätte der Bekl. erkennen können und müssen, da ihm – insoweit unstrittig – die Skizze bekannt gewesen sei, dass bei einer Tiefe des Aushubs von rund 2,20 m der Keller notwendig über die Geländeoberfläche herausragen würde. Darauf hätte er die Kl.in bzw. deren Ehemann hinweisen müssen.*

*Zweitinstanzlich macht die Kl.in als Schaden nur noch einen Betrag von 43057,83 € geltend. Die Reduzierung beruht auf dem unstrittigen Umstand, dass die Kl.in durch die Fa. ABC*

die alten Kellerwand-Betonelemente demontieren und nach Befreiung von Beton- und Mörtelresten wieder einbauen ließ, mithin keinen neuen Fertiggeller mehr errichtete.

Der Bekl. verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags. Er behauptet, das Baugelände habe ein zum Weg ansteigendes Gefälle von mindestens 70 cm gehabt.

Der Senat hat im Termin am 10. Mai 2016 ergänzend den Bekl. persönlich angehört.

Nach Aufhebung des am 2.6.2016 verkündeten, die Berufung der Kl.in zurückweisenden Senatsurteils durch den Bundesgerichtshof (BGH VII ZR 181/16) mit Beschluss vom 18. Januar 2017 hat der Senat Termin bestimmt und ergänzend die Parteien persönlich angehört. Außerdem hat er gemäß prozessleitender Verfügung vom 29.6.2017 Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen R., P., Schu., S.-G. und F.

Mit Urteil vom 10.8.2017 hat der Senat das angefochtene Urteil teilweise geändert und den Bekl. verurteilt, an die Kl.in 12.100 € nebst Zinsen zu zahlen. Die dagegen von der Kl.in eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde blieb ohne Erfolg (BGH, Beschluss vom 5.12.2018, Az: VII ZR 194/17).

### Aus den Gründen

Die Berufung der Kl.in hat nur im zuerkannten Umfang Erfolg. Im Übrigen erweist sie sich als unbegründet.

1. Der Kl.in stehen keine Schadensersatzansprüche aus §§ 634 Nr. 4, 636 BGB zu. Diese scheitern – entgegen der Auffassung des Landgerichts – jedoch nicht an einer fehlenden Fristsetzung zur Mängelbeseitigung sondern daran, dass die Aushubtiefe der Baugrube nach den dem Bekl. bzw. dessen Mitarbeiter, dem Zeugen Pries, gemachten Vorgaben nicht mangelhaft war. Insoweit wird auf die Ausführungen des Senats aus dem Urteil vom 2.6.2016 Bezug genommen, die durch die Revisionsentscheidung des BGH vom 18.1.2017 nicht beanstandet worden sind.

Nach dem schon erstinstanzlich unstrittigen Vorbringen der Kl.in war sowohl bei der Vor-Ort-Besichtigung am 21.11.2013 (im Beisein des Bekl.) als auch nochmals bei Beginn der Baggerarbeiten am 29.11.2013 (gegenüber dem Zeugen P.) durch die Zeugen B. und R. der sogenannte Nullpunkt angewiesen und mitgeteilt worden. Diese Feststellungen hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 18. Januar 2017 (dort Rn. 17) ausdrücklich gebilligt. Im Übrigen hat der Zeuge P. diesen Umstand bei seiner Vernehmung am 25.7.2017 nochmals ausdrücklich bestätigt.

Soweit die Kl.in nunmehr – im Gegensatz zu ihrem erstinstanzlichen Vortrag, wonach vor Beginn der Baggerarbeiten durch die Zeugen B. und R. nochmals der Nullpunkt angezeigt worden ist (Schriftsatz vom 13.10.2014) – bestreitet, dass ein Nullpunkt vorher angezeigt worden sei und sich die Aussagen der Zeugen R. und B. insoweit zu Eigen macht, verhält sie sich widersprüchlich und kann damit nicht mehr gehört werden. Das nunmehrige erstmalige Bestreiten ihres in erster Instanz unstrittigen Vortrages stellt ein neues Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel dar, das der Zurückweisung gemäß §§ 529, 531 Abs. 2 ZPO unterliegt.

Demzufolge lässt sich nicht feststellen, dass die ausgehobene Baugrube im Sinne von § 633 Abs. 1 BGB mangelhaft gewesen ist, denn ein Mangel folgt nicht bereits aus dem Umstand, dass der Fertiggeller rund 80 cm aus der Baugrube herausragte. Vielmehr hätte die Kl.in darlegen und beweisen müssen, dass trotz des aus ihrer Sphäre vorgegebenen Nullpunkts die Baugrube zu flach ausgehoben worden ist. Das ist ihr aber nicht gelungen.

2. Der Bekl. ist der Kl.in jedoch wegen Verletzung einer Hinweis- und Aufklärungspflicht als Nebenpflicht zum Werk-

vertrag gemäß §§ 631 ff., 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB dem Grunde nach zum Schadensersatz verpflichtet.

a) Der Bekl. hätte die Kl.in bzw. deren vor Ort tätigen Mitarbeiter vor Beginn der Tiefbauarbeiten darauf hinweisen müssen, dass nach den tatsächlichen Vorgaben für die Tiefe der Baugrube (angezeigter Nullpunkt) anschließend der Keller deutlich (rund 80 cm) über die Geländeoberfläche hinausragen würde. Damit hätte der Bekl. die Kl.in bzw. ihren für sie vor Ort handelnden Ehemann und/oder den Zeugen B. auf den Widerspruch zwischen der ihm bekannten Planzeichnung Anlage K9 und der durch Angabe des Nullpunktes bedingten Aushubtiefe (zweitinstanzlich unstrittig 2 m bis 2,20 m) hinweisen müssen. Nach der Bauzeichnung sollte die Kelleroberkante nämlich ebenerdig abschließen.

Die Behauptung des Bekl., der Baugrund habe ein deutliches Gefälle (mindestens 70 cm) zum nördlich gelegenen Weg hin aufgewiesen mit der Folge, dass (nur) durch Aufschüttungen eine allseits ebene Fläche hätte entstehen können, hat in der Beweisaufnahme keine Bestätigung gefunden. Bis auf den Zeugen P., den Baggerfahrer des Bekl., haben sämtliche Zeugen den Baugrund als plan oder mit lediglich einem leichten Gefälle versehen beschrieben. Die Zeugin S.-G., die über den Stadtpark H., wo sich der Baugrund befindet, die Revierleitung hat, hat beispielsweise angegeben, es gebe dort „lediglich ein leichtes Gefälle zum Weg hin, schätzungsweise circa 10 cm“. Der Zeuge F., seinerzeit zuständiger Bauamtsleiter beim Amt H., hat angegeben, dass es nach seiner Erinnerung „fast überhaupt kein Gefälle“, wenn überhaupt ein leichtes Gefälle zur westlich gelegenen O.-Straße hin“ gegeben habe. Das Gelände sei nämlich früher einmal die Liegewiese eines Freiluftbades gewesen. Auch aus den weiter zur Akte gereichten Lichtbildern ergibt sich, dass das Gelände weitgehend eben war, zumal auch der ursprünglich eingebaute Keller offensichtlich an allen vier Seiten weitgehend in gleicher Höhe die Geländeoberfläche überragte.

In Kenntnis dessen hätte der Bekl. als Fachmann darauf hinweisen müssen, dass die Kelleroberkante nach den erteilten Vorgaben nicht (weitgehend) plan mit dem Gelände abschließen, mithin im Widerspruch zur Bauzeichnung stehen würde. Unstrittig ist ein solcher Hinweis nicht erfolgt.

b) Verletzung der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB

Der Senat hat die Kl.in im Termin am 25.7.2017 ausdrücklich auf eine Verletzung ihrer Schadensminderungspflicht hingewiesen. Der aus der Hinweispflichtverletzung des Bekl. erwachsene Schadensersatzanspruch der Kl.in umfasst deshalb nur einen Teil der von ihr geltend gemachten Kosten.

Einen nicht unerheblichen Teil der von ihr als Schaden geltend gemachten Kosten hat die Kl.in nämlich selbst verursacht, weil sie den Keller fertigstellen ließ und anschließend sogar noch damit begonnen hatte, das Gelände aufzuschütten und das Erdgeschoss des Cafés aufzumauern. Es war nämlich offensichtlich, dass das Bauwerk in der vorhandenen Form gegen die Baugenehmigung verstieß. Hierbei muss sich die Kl.in auch die Sachkunde ihres Ehemannes und ihres Bauleiters B. zurechnen lassen

(vgl. BGH VII ZR 457/98, Urteil vom 18.1.2001).

Die Kl.in wusste, dass die Baugenehmigung aus Gründen des Denkmalschutzes und der Barrierefreiheit nur ein ebenerdiges Bauwerk vorsah.

Bereits die Anfang Dezember 2013 ausgehobene Baugrube sah augenscheinlich schon sehr flach aus (vgl. Lichtbild). Schon dieser Umstand hätte der Kl.in bzw. ihrem baukundigen Ehemann, der immerhin früher einmal ein Bauingenieurstudium aufgenommen hatte, auffallen können. Doch selbst wenn die schon augenscheinlich recht flache Baugrube – ge-

rade auch nach Einbringen der Sohlplatte – immer noch keinen Anlass zur Prüfung der Baugrunttiefe gegeben hätte, wäre die Kl.in doch spätestens am Tag des Kellereinbaus und schon nach dem Einbringen des ersten Beton-Kellerelements gehalten gewesen, den Weiterbau abzubrechen. Denn spätestens ab diesem Zeitpunkt war für jedermann offensichtlich, dass die Baugrube zu flach und damit die genehmigte Planung nicht eingehalten werden konnte. Wie sich aus dem Lichtbild ergibt, wurde der Fertiggeller in Einzelteilen in die Baugrube eingebracht, die dort anschließend verbunden wurden. Der baurechtswidrige Zustand der Maßnahme war schon nach Einbringen des ersten Kellerwandelements augenfällig. Vor Ort befand sich seinerzeit – wie ganz überwiegend wenn auf der Baustelle was los war – für die Kl.in der Zeuge R., dem als gelernter Handwerker mit begonnenem – wenn auch nicht abgeschlossenen – Bauingenieurstudium eine gewisse Sachkunde nicht abgesprochen werden kann. Statt angesichts der klaren bauplanungsrechtlichen Vorgaben darauf zu setzen, den nach oben herausragenden Keller durch nachträgliche Aufschüttungen und das Erstellen einer Rampe dem Gelände anzugleichen, hätte der Zeuge sofort den weiteren Kellereinbau stoppen müssen.

3. Deshalb können nur die notwendigen Kosten, die ab jenem Zeitpunkt (Kellereinbau) angefallen wären, ersetzt werden. Dabei handelt es sich um die Kosten für Abbruch und Entsorgung der bereits eingebrachten Fundament-/Sohlplatte, die Kosten für die Vertiefung der Baugrube sowie diejenigen Kosten für den Einbau einer neuen Fundament-/Sohlplatte. Diese Kosten schätzt der Senat gem. § 287 ZPO auf netto 12 100 €.

Die Kl.in ist als Bauherrin und Betreiberin des Cafés (im Stadtpark) als Gewerbetreibende zum Vorsteuerabzug berechtigt. Deshalb besteht keine Ersatzpflicht für Mehrwertsteuer

(BGH NJW 2014,2874).

Sie macht deshalb zu Recht auch nur Nettobeträge geltend.

Die Kosten für die Vertiefung der Baugrube erweisen sich als sogenannte Sowieso-Kosten, die auch dann angefallen wären, wenn der Bekl. nach einem entsprechenden Hinweis sogleich die Baugrube tiefer ausgehoben hätte.

Die Kosten für eine neue Fundamentplatte belaufen sich gemäß Rechnung der Fa. J. vom 14.8.2014 auf 7600 € (netto). Hinzu kommen die Kosten für Abbruch und Entsorgung der ursprünglich eingebauten Fundamentplatte (Größe ca. 12,67 x 7,83 m; C25/30 WU Stahlfaserbeton), die der Senat auf 4500 € (netto) schätzt (§ 287 ZPO). Der Senat hat sich telefonisch bei dem Bausachverständigen Architekten H. aus F. sachkundig gemacht und den genannten Betrag ermittelt (vgl. Vermerk vom 1.8.2017). Indiziell hat der Senat ferner die Rechnung K. vom 4.8.2014 als Schätzgrundlage herangezogen und dabei berücksichtigt, dass die dort aufgeführten Abbruch- und Entsorgungsarbeiten das gesamte bis dahin errichtete Bauwerk betrafen. Deshalb war dieser Rechnungsbetrag (netto 12 885,50 €) geschätzt um ca.  $\frac{2}{3}$  zu kürzen, weil es hier nur um die Entsorgungskosten für die Fundamentplatte geht.

Für die weitergehenden, der Kl.in durch Abbruch und Neuaufbau entstandenen Kosten hat der Bekl. nicht einzustehen, denn es geht allein zu Lasten der Kl.in, wenn sie trotz eines offensichtlich bauordnungswidrigen Zustandes des Bauwerks weitere Arbeiten hat vornehmen lassen, die absehbar wieder beseitigt werden mussten.

Die Ausführungen der Kl.in aus dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 7.8.2017 rechtfertigen nicht die Wiedereröffnung der Verhandlung nach § 156 ZPO. Eine Pflicht des Senats zur Wiedereröffnung von Amts wegen (§ 156 Abs. 2 ZPO) besteht nicht, weil die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen. Es

liegt auch keine Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht vor. Den Mitverschuldenseinwand hat der Bekl. bereits mit Schriftsatz vom 7.4.2017 erhoben, indem er vorgetragen hat, dass „nach Einbringung des Kellers für alle Beteiligten offensichtlich war, dass eine Ebenerdigkeit mit der Geländefläche zum Wanderweg nicht gegeben war“ und gleichwohl die Kl.in als Bauherrin weiterbauen ließ und sogar mit den Maurerarbeiten auf der Kelleroberfläche begonnen hatte.

§ 254 BGB begründet keine Einrede, sondern einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Einwand

(BGH NJW 1991, 167).

Unstreitig war der Zeuge R. als Ehemann und Auftraggeber der Kl.in bei der Anlieferung der Kellerelemente zugegen. Eine entsprechende Kenntnis muss sich die Kl.in zurechnen lassen (§ 166 I BGB). Der ausdrückliche Hinweis des Senats im Termin am 25.7.2017 war deshalb auch nicht überraschend und im Übrigen auch Gegenstand des ausführlich begründeten gerichtlichen Vergleichsvorschlags.

## **BGB§ 631, 634; HOAI§ 7 I, III, IV**

- 1. Eine signifikante Einschränkung der Lebensführung, die zu einer Nutzungsentzündung führt, kann auch dann gegeben sein, wenn zwar weiterhin ausreichender Wohnraum zur Verfügung steht, der nach dem Vertrag nutzbare Wohnraum aber um ein Drittel größer sein sollte und die Anordnung der nicht nutzbaren Räume aufgrund der bevorstehenden Geburt eines Kindes von Bedeutung ist.**
- 2. Die Mindestsätze der HOAI sind wegen Verstoßes gegen europäisches Gemeinschaftsrecht auch in Altfällen nicht mehr anwendbar.**

SchlHOLG, 1. Zivilsenat, Urteil vom 25. Oktober 2019 – 1 U 74/18 –, Br.

*Die Parteien streiten in zweiter Instanz noch um Entschädigung für Nutzungsausfall und vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten aufgrund eines Planungsfehlers der Bekl.*

*Nachdem bereits im Jahr 1997 für das im Jahr 2010 erworbene Gebäude der Kl. eine Baugenehmigung zur Errichtung von Wohnraum im Dachgeschoss erteilt worden war, beauftragten diese die Beklagten im Jahr 2010 mit der Planung eines entsprechenden Umbaus. Im Zusammenhang mit der Beantragung einer Baugenehmigung erstellten die Bekl. Pläne, in denen die beabsichtigten Umbauten farblich gekennzeichnet eingezeichnet wurden. Für die im Giebel befindlichen Fenster waren hier keine Maße eingezeichnet. Die Fenster waren auch als nicht zu ändern gekennzeichnet. Eine Baugenehmigung wurde im vereinfachten Verfahren erteilt. Die Bekl. rechneten gegenüber den Kl. pauschal 1487,50 € ab.*

*Die Kl. bauten die Immobilie in der Folgezeit ohne weitere Beteiligung der Bekl. um. Auch die Baugenehmigung war nicht an die Bekl. übersandt worden. Beim Umbau wurde unter anderem ein Dachflächenfenster eingebaut, das die Maße für einen Notausstieg als zweitem Rettungsweg nicht aufweist. Anlässlich einer Kontrollfahrt stellte der Kreis S im August 2012 fest, dass im Dachgeschoss ein solcher zweiter Rettungsweg nicht vorhanden war. Die Kl. nahmen sodann mit den Bekl. Kontakt auf, übersandten Ihnen die erteilte Baugenehmigung und versuchten auf Empfehlung der Bekl. einen Abweichungsantrag bei der Baubehörde zu stellen. Diese teilte im Oktober 2012 mit, dass sie beabsichtige, den Antrag abzulehnen und kündigte den Erlass einer Nutzungsuntersagung für das Dachgeschoss zu Aufenthaltszwecken an. Die Kl. nahmen daraufhin ihren Abweichungsantrag zurück und erklärten zur Vermeidung einer Nutzungsuntersagung mit Schreiben vom 31.10.2012, auf die Nutzung des Dachgeschosses zu Aufenthaltszwecken zu verzichten.*

Die Parteien stritten vorprozessual über den günstigsten Weg, einen zweiten Rettungsweg herzustellen. Nachdem eine Einigung nicht erzielt werden konnte und die Bekl. bereits mitgeteilt hatten, dass bei Nichtannahme ihres Vergleichsangebotes eine gerichtliche Klärung erfolgen müsse, leiteten die Kl. ein selbstständiges Beweisverfahren ein. Der Sachverständige kam in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass die im Dachgeschoss vorhandenen Fenster nicht die Mindestanforderungen an Rettungswege erfüllten und somit ein erforderlicher zweiter Rettungsweg fehle. Nach seiner Ansicht hätten die Bekl. dies im Rahmen der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens berücksichtigen müssen. Für die Herstellung eines zweiten Rettungsweges kam er zu Kosten von 3700 € brutto, wovon 1700 € auf Sowiekosten entfielen, sofern der Ausstieg in der Dachfläche hergestellt werde. Für den Fall einer Herstellung eines ausreichend großen Fensters im Giebel bezifferte er die Kosten mit 3630 € brutto, wobei hier Sowiekosten in Höhe von 2600 € anfielen. Die Kl. forderten die Bekl. sodann im Mai 2014 zur Zahlung von 2493,95 € und Nutzungsausfall in Höhe von 3360 € für insgesamt 600 Tage auf. Die Kl. beauftragten nach Klageerhebung die Herstellung eines zweiten Rettungsweges in Form eines Dachflächenfensters und wandten hierfür 3689 € auf. Sie nahmen die Nutzung des Dachgeschosses zu Aufenthaltszwecken am 20.11.2015 auf.

Die Bekl. erklärten mit Schriftsatz vom 16.3.2018 hilfsweise die Aufrechnung mit Resthonoraransprüchen in Höhe von 973,89 €, da nach ihrer Auffassung das bisher in Rechnung gestellte Honorar die Mindestsätze der HOAI unterschreiten würde.

Das Landgericht hat in der Hauptsache der Klage in Höhe von 1430,66 € stattgegeben. Den Kl. habe ursprünglich ein Anspruch in Höhe von 1989 € zugestanden. Die seitens der Bekl. erbrachte Planungsleistung sei mangelhaft gewesen. Auch wenn den Kl. zunächst eine Baugenehmigung erteilt wurde, sei sie offensichtlich nicht dauerhaft genehmigungsfähig gewesen. Den unstreitigen Kosten des Umbaus eines Dachflächenfensters stünden Sowiekosten von 1700 € entgegen. Die Kl. seien nicht auf die kostengünstigere Herstellung des zweiten Rettungsweges durch ein entsprechend großes Giebelfenster zu verweisen, da sie nachvollziehbar geschildert hätten, dass bei ordnungsgemäßer Beratung von vorneherein die Variante eines vergrößerten Dachflächenfensters gewählt hätten.

Die Kl. hätten jedoch keinen Anspruch auf Nutzungsausfall, da nicht das gesamte Haus nicht nutzbar gewesen sei. Die Immobilie sei auch ohne das Dachgeschoss hinreichend nutzbar gewesen. Das Dachgeschoss hätte zudem als Ankleideraum und zum Lagern von Kleidung genutzt werden können. Auch sei die Nutzung des Badezimmers nicht von der Nutzungsuntersagung zu Aufenthaltszwecken umfasst gewesen. Die Kl. hätten insgesamt nicht dargelegt, dass der ihnen zur Verfügung stehende Wohnraum eine deutlich geringere Qualität aufgewiesen habe, als dies bei Mitnutzung des Dachgeschosses der Fall gewesen wäre, oder ihren Bedarf nicht gedeckt habe. Der Hinweis, die Räume im Erdgeschoss seien kleiner und die Kl. hätten Nachwuchs erwartet, habe nicht ausgereicht. Im Hinblick auf die Nutzungsmöglichkeit des Dachgeschosses sei nur ausschlaggebend, dass diese gegeben sei, nicht, dass die Kl. diese Bereiche tatsächlich nicht genutzt hätten.

Die Hilfsaufrechnung sei erfolgreich, den Bekl. stehe weiteres Honorar in Höhe von 558,34 € zu. Das Mindesthonorar habe 2045,82 € betragen, es sei hierbei von einer Bausumme von 130 000 € auszugehen, die die Bekl. durch Schätzung hätten ermitteln können, da eine Kostenberechnung nicht vor-

gelegen habe. Die Geltendmachung des weiteren Honorars sei auch nicht treuwidrig, es sei nicht erkennbar, dass die Kl. schutzwürdig seien, insbesondere nicht, dass sie sich auf die abschließende Rechnung aus dem Jahr 2011 eingerichtet hätten. Die vorgetragenen finanziellen Schwierigkeiten änderten hieran nichts, sie gingen zu Lasten der Kl.

Die Kl. haben gegen das Urteil Berufung eingelegt, mit der sie über die erfolgte Verurteilung hinaus die geltend gemachte Nutzungsausfallentschädigung weiterverfolgen und sich weiter gegen den Honoraranspruch der Bekl. wenden.

### Aus den Gründen

Die Berufung hat bis auf einen Teil der Zinsforderung Erfolg.

1. Gegenstand der Berufung sind lediglich die Verpflichtung der Bekl., für den Nutzungsausfall des Dachgeschosses Ersatz zu leisten, sowie die Hilfsaufrechnung der Bekl. mit weiteren Honoraransprüchen. Die Haftung der Bekl. dem Grunde nach steht aufgrund des beschränkten Berufungsangriffes ebenso fest wie der Umstand, dass die Kl. keinen Schadensersatz wegen eines zu klein erworbenen Dachflächenfensters verlangen können.

Die Kl. haben einen Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung aus §§ 634 Nr. 4, 280 BGB.

a) Tatsächlich waren, wie auch das Landgericht festgestellt hat, die im Dachgeschoss belegenen Räume Bad, Ankleidezimmer, Schlafzimmer und Kinderzimmer für die Kl. aufgrund der mangelhaften Planungsleistung der Bekl. nicht nutzbar. Hierzu bedurfte es keiner Verfügung der Bauordnungsbehörde, die Kl. haben sich vielmehr schadensmindernd verhalten, indem sie die Nutzung dieser Räume freiwillig unterlassen und dies gegenüber der Baubehörde angezeigt haben, da ansonsten eine kostenpflichtige Nutzungsuntersagung ausgesprochen worden wäre. Die angedrohte Nutzungsuntersagung stand zu diesem Zeitpunkt nicht lediglich abstrakt im Raume, sondern war von der Bauordnungsbehörde konkret angekündigt und berücksichtigte bereits den von den Kl. gestellten Abweichungsantrag. Diese fehlende Nutzbarkeit umfasste auch alle im Dachgeschoss vorhandenen Räume. Zwar ist zutreffend, dass die Androhung der Behörde, die Nutzung zu Aufenthaltszwecken zu untersagen, nicht die übliche Nutzung des Bades und des Ankleidezimmers ausgeschlossen hätte. Denn nach dem Bauordnungsrecht sind Aufenthaltsräume nur solche Räume, die nicht nur zum vorübergehenden Aufenthalt genutzt werden. Hierzu gehören nicht Bäder, Abstellräume und solche Räume, die nur für den Aufenthalt zu kürzeren Tätigkeiten genutzt werden, wie Waschraum oder Bügelzimmer

(Möller/Bebensee, Bauordnungsrecht in Schleswig-Holstein, § 2 LBO, Rn. 96; Becker/Kalscheuer/Möller, Landesbauordnung Schleswig-Holstein, S. 10).

Allerdings von den Kl. nicht erwartet werden, diese Unterscheidung zu erkennen. Es ist vielmehr ohne weiteres nachvollziehbar, dass die Kl. aufgrund der Androhung der Nutzungsuntersagung davon ausgingen, dass ihnen jegliche Nutzung des Obergeschosses untersagt werden sollte. Es kann von juristischen Laien in einer derartigen Situation nicht verlangt werden, zwischen Aufenthaltsräumen und solchen, die es nicht sind, zu unterscheiden und ihre Nutzung zu Aufenthaltszwecken in diesem Sinne zu differenzieren.

b) Aufgrund des konkreten Umfangs des Nutzungsausfalls besteht ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung. Dass ein solcher Anspruch auch bei Entzug von Wohnraum in Betracht kommt, hat das Landgericht zutreffend und ausführlich dargestellt. Nach Auffassung des Senates sind hierbei lediglich die Anforderungen, unter denen eine den Anspruch

auslösende Gebrauchsbeeinträchtigung angenommen werden kann, überspannt worden.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist zwar, wenn die Nutzung eines Gegenstandes vorenthalten wird, nur dann ein Schaden gegeben, wenn sich dies signifikant auf die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung auswirkt. Insoweit ist ein strenger Maßstab anzulegen

(vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2013, III ZR 98/12, BGHZ 196, 101, Rn. 10 nach juris).

Der Nutzungsausfall muss zu einer fühlbaren Gebrauchsbeeinträchtigung geführt haben

(BGH, Urteil vom 20. Februar 2014, VII ZR 172/13, Rn. 17 mwN, nach juris).

Eine Entschädigung kann nicht versagt werden, wenn lediglich Wohnraum zur Verfügung stand, der mit dem eigentlich erworbenen Wohnraum nicht vergleichbar ist, sondern eine deutlich geringere Qualität aufweist. Der konkreten Ausgestaltung der Wohnung misst die Verkehrsanschauung nämlich eine derartige Bedeutung zu, dass es nicht gerechtfertigt wäre, eine Nutzungsentschädigung bereits deshalb zu versagen, weil dem Geschädigten während der Zeit des Entzuges ein anderer Wohnraum zur Verfügung steht, wenn dieser nicht in etwa gleichwertig ist. Der Geschädigte ist vielmehr bereits dann in seiner Lebensführung spürbar beeinträchtigt, wenn er z. B. eine deutlich kleinere Wohnung zur Verfügung hat

(vgl. BGH, aaO, Rn. 18, nach juris).

Maßstab für die Beeinträchtigung ist nicht, ob es den Kl. allgemein zumutbar war, in einer Wohnung in der Größe und Ausstattung wie sie mit dem Erdgeschoss noch vorhanden war, zu wohnen. Die Bewertung hat sich vielmehr am Vertrag und damit nach der auch im Rahmen der Planung der Bekl. eigentlich vorgegebenen Nutzung zu orientieren, die nicht im Nachhinein durch das Gericht zu korrigieren ist

(vgl. BGH, aaO).

Gemessen an diesen Maßstäben war die Beeinträchtigung der Kl. eine signifikante Einschränkung ihrer Lebensführung. Sie konnten das als Hauptbad vorgesehene und deutlich größere Badezimmer nicht nutzen, ebenso das Schlafzimmer und hatten einen deutlich kleineren Wohnraum zur Verfügung, der somit in der eigentlich vorgesehenen Art nicht genutzt werden konnte. Insbesondere war die aus der Planung der Bekl. sichtbare Kombination aus Schlaf- und Kinderzimmer nebst großem Bad, die aufgrund der anstehenden Geburt des ersten Kindes der Kl. von besonderer Bedeutung war, nicht in dieser Form umsetzbar. Schließlich handelte es sich bei der nicht nutzbaren Fläche um ein Drittel der gesamten geplanten Wohnfläche.

c) Der Anspruch auf Entschädigung für den Nutzungsausfall besteht für den gesamten geltend gemachten Zeitraum. Zwar erscheint die Spanne von über drei Jahren Nichtnutzung sehr lang. Die Bekl. haben hierbei aber nicht gegen ihre Verpflichtung zur Schadensminderung verstoßen. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Kl. zunächst außergerichtlich mit den Bekl. über eine Lösung verhandelten und sodann ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet und dessen Ergebnis abgewartet haben. Es kann den Kl. nicht zum Nachteil gereichen, dass sie den für die Sicherung der Beweise vorgesehenen gerichtlichen Weg beschritten haben und solange die zu begutachtende Situation nicht verändert haben. Die Dauer des Verfahrens von zwei Jahren ist ihnen nicht anzulasten. Den sichersten gerichtlichen Weg einzuschlagen, war zudem angezeigt, da die Bekl. bereits vorgerichtlich angekündigt hatten, es auf eine gerichtliche Auseinandersetzung ankommen lassen zu wollen.

d) Die Höhe des angesetzten Schadens ist angemessen. Die Kl. haben den Nutzwert ihres Hauses mit 153 m<sup>2</sup> im Anschluss an die Ausführungen des Sachverständigen mit 26,60 €

pro Tag, mithin monatlich 795 € bemessen

(S. 21–23 des Gutachtens des Sachverständigen R vom 20.04.2014, Bl. 139ff. BA 65 H 5/13).

Dies erscheint auch bei der Lage von H angemessen. Der festgestellte Unterschied im Nutzwert zu 627,00 € monatlich bei einer Wohnung, die nur noch aus Wohnraum, Diele, Gästezimmer, WC-Raum und Küche besteht, ist nachvollziehbar und überzeugend.

Somit steht den Kl. über den ausgeurteilten Betrag eine Entschädigung von weiteren 6238,40 € zu.

2. Die Hilfsaufrechnung der Bekl. in Höhe von 558,34 € ist nicht erfolgreich. Den Bekl. stehen keine weiteren Honoraransprüche gegen die Kl. zu.

a) Es kann unentschieden bleiben, ob die Kl. auf die Einhaltung der Pauschalpreisvereinbarung mit den Bekl. vertrauen durften, sodass eine Nachforderung der Bekl. gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Denn diese Nachforderung resultiert aus einer behaupteten Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI und der daraus folgenden Verpflichtung zur Vereinbarung im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze gem. § 7 Abs. 1, 3 und 4 HOAI einschließlich der Mindestsatzfiktion gem. § 7 Abs. 5 HOAI. Der Europäische Gerichtshof

(EuGH, Urteil vom 4. Juli 2019, C-377/17)

hat festgestellt, dass die Beibehaltung verbindlicher Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren gegen die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie) verstößt. Hieraus resultiert die Verpflichtung für sämtliche staatlichen Stellen des verurteilten Mitgliedsstaates, mithin auch die Gerichte, den Verstoß zu beenden und die für unionsrechtswidrig erkannte Norm nicht mehr anzuwenden

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.09.2019, 23 U 155/18, IBRRS 2019, 2957 mwN; OLG Celle, Urteil vom 23. Juli 2019, 14 U 182/19, Rn. 20, nach juris).

Die somit für die nationalen Gerichte bindende Auslegung wirkt sich auch auf bestehende Vertragsverhältnisse aus, wenn dort in Abweichung zu einem vereinbarten Honorar ein Mindestsatz der HOAI durchgesetzt werden soll. Das führt dazu, dass Honorarvereinbarungen nicht deshalb unwirksam sind und der Mindestsatzfiktion des § 7 Abs. 5 HOAI unterfallen, weil das Mindesthonorar unterschritten wurde, wenn ansonsten eine wirksame Honorarvereinbarung vorliegt

(vgl. OLG Celle, aaO, Rn. 22).

b) Soweit das OLG Hamm

(Urteil vom 23.7.2019, 21 U 24/18, IBR 2019, 503)

und das Kammergericht

(Beschluss vom 19.8.2019, 21 U 20/19, IBR 2019, 564)

abweichend entschieden haben, folgt der Senat dieser Auffassung nicht. Denn die betroffene Richtlinie dient im Unterschied zu privatrechtsgestaltenden Richtlinien nicht der Harmonisierung von bestimmten Rechtsgebieten des Privatrechts in den Mitgliedsstaaten, sondern dient zudem der Beseitigung von Hindernissen für die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern

(Schwenker in jurisPR-PrivBauR 10/2019, Anm. 1 mwN).

Die effektive Durchsetzung dieses Zweckes kann jedoch nur durch eine Nichtanwendung der europarechtswidrigen Norm auch bei bestehenden Verträgen erreicht werden, nicht erst durch eine entsprechende Normänderung durch den Gesetz- und Verordnungsgeber.

c) Da ansonsten keine Zweifel an der Wirksamkeit des vereinbarten Pauschalhonorars vorgetragen oder ersichtlich sind, sind die Bekl. hieran gebunden.

3. Abzuweisen war die Klage lediglich im Hinblick auf einen Teil des Zinsanspruches. [wird ausgeführt]  
[...]

IV. Im Hinblick auf die unterschiedliche Beurteilung der Oberlandesgerichte, die Mindestsätze der HOAI nicht mehr anwenden zu können, ist zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung i. S. d. § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die Revision zuzulassen.

**BGB §§ 823 II, 826; StGB § 263; EG-FVG §§ 6, 27; VO Art. 5 II; 715/2007 EG**

- 1. Ein „Thermofenster“ bei einem Dieselmotor, das die Abgasrückführung abhängig von der Außentemperatur regelt und nicht zwischen Prüfstand und realem Betrieb unterscheidet, muss keine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 S. 2a VO 715/2007 EG sein.**
- 2. Aus dem Vorhandensein eines solchen „Thermofensters“ allein kann nicht auf einen deliktischen Schädigungsvorsatz des Herstellers geschlossen werden, da es nicht offensichtlich auf eine „Überlistung“ der Prüfungssituation ausgelegt ist, und sich eine Gesetzeswidrigkeit deshalb nicht aufdrängt.**

SchlHOLG, 12. Zivilsenat, Urteil v. 18. September 2019 – 12 U 123/18 –, Dr. Gä.

Die Parteien streiten um Schadenersatz wegen des Kaufs eines Pkw Mercedes Benz, Typ 220 CDI mit einem Dieselmotor, welchen der Kl. mit Kaufvertrag vom 21.2.2012 von der Daimler AG Niederlassung Hamburg zum Kaufpreis von 38890 € als Gebrauchtwagen mit einem Kilometerstand von 14 153 km erwarb. In dem Fahrzeug ist ein Motor vom Typ OM 651 verbaut. Es weist die Abgasnorm „Euro 5“ auf. Die Bekl. ist die Herstellerin des Fahrzeugs.

Die Parteien streiten darüber, ob in dem Motor des Typs OM 651 eine Motorsteuersoftware verbaut ist, welche so programmiert ist, dass sie erkennt, ob sich das Fahrzeug in einer Prüfungssituation befindet oder im regulären Betrieb.

Das Landgericht hat insofern im unstreitigen Tatbestand ausgeführt, dass im Prüfungssituationsmodus der Motor so eingestellt sei, dass auf dem Prüfstand geringere Stickoxidwerte erzielt würden als im üblichen Straßenverkehr. Nur im Prüfstandsmodus würden die Werte eingehalten, die zur Einstufung des Fahrzeugs in die „Euro 6“ Norm benötigt würden. Außerhalb dieses Modus würden die NOx-Werte um ein Vielfaches überschritten. Ein Tatbestandsberichtigungsantrag der Beklagtenseite vom 22.11.2018, dies als streitigen Klägervortrag zu behandeln, wurde vom Landgericht durch Beschluss vom 14.12.2018 zurückgewiesen.

Die Bekl. hat erstinstanzlich behauptet, im streitgegenständlichen Fahrzeug sei keine Programmierung, insbesondere keine „Manipulationssoftware“ verwendet worden, die – manipulativ – so gestaltet worden wäre, dass auf der Straße unter „normalen Betriebsbedingungen“ ein anderes Emissionsverhalten des Emissionskontrollsystems erzielt werde als auf dem Prüfstand. Richtig sei, dass bei gleichen Betriebsbedingungen sich das System auf dem Prüfstand vielmehr genauso wie auf der Straße verhalte (und umgekehrt). Das streitgegenständliche Fahrzeug erfülle die Grenzwerte der einschlägigen Euro-Norm.

Bezüglich des weiteren Sachverhalts wird auf das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage, soweit sie nicht zurückgenommen wurde, stattgegeben. Es hat die Bekl. verurteilt, an den Kl. 26487,11 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs zu zahlen sowie den Annahmeverzug der Bekl. festgestellt, die Bekl. zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten beziehungsweise zur Freistellung von weiteren Rechtsanwaltskosten verurteilt und zudem festgestellt, dass die Bekl. verpflichtet ist, dem Kl. allen weiteren Schaden zu ersetzen.

Das Landgericht führt aus, dem Kl. stehe gegen die Bekl. ein Anspruch aus § 826 BGB i. V. m. § 831 BGB zu. Mitarbeiter der Bekl. hätten dem Kl. gemäß § 826 BGB in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt, indem der streitgegenständliche Motor so konstruiert worden sei, dass er nur in der Prüfungssituation NOx-Mengen ausgestoßen habe, die den Grenzwerten der Euro-5-Abgasnorm genügt hätten und ansonsten der NOx-Ausstoß um ein Vielfaches höher gelegen hätte.

Das Gericht habe den Vortrag der Klägerseite insofern als unstreitig zugrunde legen können. Die Bekl. habe bei verständiger Würdigung ihres Vorbringens diese Behauptung überhaupt nicht bestritten. Da die Bekl. erklärt habe, dass das System bei gleichen Betriebsbedingungen auf dem Prüfstand sich genauso wie auf der Straße verhalte und umgekehrt, stelle sie nur dar, dass unter gleichen Voraussetzungen die gleichen Ergebnisse erzielt würden. Das bedeute, dass die gleichen Ergebnisse dann erzielt würden, wenn beim alltäglichen Gebrauch auf der Straße dieselben Voraussetzungen geschaffen würden, wie sie auf dem Prüfstand herrschten. Der klägerische Vortrag gehe aber dahin, dass unter alltäglichen Bedingungen auf der Straße ein erhöhter NOx-Ausstoß zu verzeichnen sei. Die Bekl. habe nicht ausreichend bestritten, dass das klägerische Fahrzeug einen solchen höheren Ausstoß an NOx aufweise. Aus dem Vortrag der Beklagtenseite sei zu erkennen, dass die Bekl. sich hier lediglich auf die Werte beziehe, die unter Prüfstandsbedingungen gemessen würden. Ihrem Vortrag könne nicht entnommen werden, dass sie tatsächlich behaupte, dass unter den Bedingungen im alltäglichen Gebrauch auf der Straße die Werte eingehalten würden, die nach den gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden müssten. Die Bekl. habe damit die klägerische Behauptung nicht ausdrücklich bestritten und aus ihrem übrigen Vortrag gehe auch nicht die Absicht hervor, die klägerische Behauptung zu bestreiten. Damit sei der klägerische Vortrag als unstreitig zu behandeln.

Das Verhalten der Bekl. sei auch sittenwidrig. Die Mitarbeiter der Bekl. seien deren Verrichtungsgehilfen im Sinne von § 831 BGB und hätten vorsätzlich gehandelt. Für sie sei bei lebensnaher Betrachtung klar gewesen, dass der vernünftige Durchschnittskäufer, wenn er ein für den Betrieb im Straßenverkehr vorgesehenes Fahrzeug erwerbe, davon ausgehe, dass das betroffene Fahrzeug weitgehend die zu erwartenden Abgaswerte einhalten würde. Den Mitarbeitern der Bekl. sei erkennbar gewesen, dass es sich bei der vorgenommenen Konstruktion um einen Umstand gehandelt habe, der für die Kaufentscheidung von ausschlaggebender Bedeutung gewesen sei. Kein vernünftiger Durchschnittskäufer würde sich, wenn er darüber aufgeklärt würde, dass in dem ihm angebotenen Fahrzeug eine Motorsteuerungssoftware eingesetzt würde, die dafür Sorge, dass die NOx-Werte andere seien, als zu erwarten wären, auf das Risiko eines Kaufs des Fahrzeugs einlassen, wenn er über die daraus resultierenden Folgen nicht aufgeklärt würde.

Die Gesamtumstände ließen deren Verhalten insgesamt als sittenwidrig erscheinen. Es komme auch nicht entscheidend darauf an, ob man den Schwerpunkt des Handelns der Mitarbeiter der Bekl. in einem Tun oder in einem Unterlassen sehe und daher eine Aufklärungspflicht für erforderlich halte.

Eine solche würde sich hier nämlich aus dem vorangegangenen gefährdenden Tun (Ingerenz) in Form der Entwicklung der Motorsteuerungssoftware ergeben. Der Bekl. sei es nicht gelungen, sich gemäß § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB für das Verhalten ihrer Mitarbeiter zu exkulpieren. Hierzu fehle jeder Vortrag.

Der Schaden des Käufers bestehe bereits darin, dass er den Kauf getätigt habe und er mit den Pflichten aus einem

von ihm ungewollten Vertragsschluss belastet werde, von dem er sich durch Schadensersatz befreien können müsse. Es sei davon auszugehen, dass der Kl. den Kaufvertrag über das Fahrzeug in Kenntnis der realen Abgasproduktion nicht geschlossen hätte. Es seien keine nachvollziehbaren Gründe dafür ersichtlich, weshalb der Kl. sich in Kenntnis der Umstände anders entschieden hätte als der vernünftige Durchschnittskäufer. Dessen Interesse könne nur dahin gehen, ein Fahrzeug zu erhalten, über dessen Abgasverhalten er eine eindeutige Kenntnis habe.

Der Kl. müsse sich nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung die von ihm gezogenen Nutzungen gegen den Schadensersatzanspruch anrechnen lassen, weshalb vom Gesamtkaufpreis von 38890 € – 12402,89 € – als Nutzung gegenzurechnen seien.

Bezüglich der weiteren Feststellungen des Landgerichts wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen.

Die Bekl. trägt in ihrer Berufungsbegründung vom 8.2.2019 vor, bei dem Urteil des Landgerichts handele es sich um eine Überraschungsentscheidung, durch die der Anspruch der Bekl. auf ein rechtsstaatliches Verfahren verletzt worden sei. Es liege eine „Ausreißerentscheidung“ vor.

Die Verurteilung stütze sich ausschließlich auf die (unzutreffende) Annahme, es sei unstrittig, dass Mitarbeiter der Bekl. dem Kl. vorsätzlich Schaden zugefügt hätten, indem sie den Fahrzeugmotor so konstruiert hätten, dass er nur in Prüfungssituationen den Stickoxidgrenzwerten genügt habe.

Bei dem Urteil handele es sich um eine fast vollständige Kopie des Urteils des Landgerichts Hanau vom 7.6.2018 zum Aktenzeichen 9 O 76/18. Dieses Urteil sei nicht nur als Vorlage hinsichtlich rechtlicher Überlegungen genommen worden, sondern seitenweise unverändert kopiert worden. Durch das pauschale Übernehmen zum Teil anderer Sachverhaltsumstände und schwerwiegendster Unwertvorwürfe sei die Bekl. in ihren Rechten verletzt worden und das Landgericht zu fehlerhaften und unvollständigen Tatsachenfeststellungen gekommen.

Obwohl das landgerichtliche Urteil über viele Seiten ein vorsätzliches, sittenwidriges Verhalten der Bekl. feststelle, finde sich insoweit in dem ganzen Urteil nicht ein einziger Satz zu den Handlungen der Bekl. oder des Kl., der nicht aus dem Hanauer Urteil kopiert worden sei. Zudem weiche das Urteil auch inhaltlich in seiner zentralen Prämisse von der Rechtsauffassung fast aller anderen erst- und zweitinstanzlichen Gerichte in Verfahren gegen die Bekl. ab. In Verkennung technisch-physikalischer Naturgesetze begründe es Ansprüche mit der (zwingenden) Abweichung zwischen Messergebnissen auf dem Prüfstand und im Straßenverkehr. Es werde unzutreffend als unstrittig unterstellt, dass Mitarbeiter der Bekl. dem Kl. vorsätzlich Schaden zugefügt haben sollen, indem sie den Fahrzeugmotor so konstruierten, dass er nur in Prüfungssituationen den Stickoxidgrenzwerten genügt habe. Die Begründung, warum dies unstrittig sein solle, sei nicht tragfähig. Die Annahme, dass diese Kernfrage von der Bekl. nicht bestritten worden sei, sei evident falsch.

Zu Unrecht werde davon ausgegangen, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug eine Software verbaut sei, die lediglich für die Zwecke des Typengenehmigungsverfahrens eine schadstoffarme Emission vortäusche, indem sie (wie offenbar in den VW-/Audi-/Porsche-Fällen) aufgrund einer Prüfstands-erkennung die Abgasreinigung intensiviere. Im vorliegenden Fall sei, anders als beim Motor EA 189 von Volkswagen, kein Rückruf durch das KBA erfolgt. Insofern bestehe die Tatbestandswirkung der Typengenehmigung und sei auch nicht durch eine Maßnahme des KBA durchbrochen worden. Das streitgegenständliche Fahrzeug sei rechtskonform.

Es fehle an einem sittenwidrigen Verhalten der Bekl. Der Kl. trage nicht ansatzweise einlassungsfähig vor, welches konkrete Verhalten er welchem verfassungsmäßig berufenen Organ vorwerfe, sondern beschränke sich auf pauschale Vorwürfe. Insofern würde auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu einer unzulässigen Ausforschung führen. Der Kl. sei seiner Darlegungslast im hiesigen Verfahren nicht hinreichend nachgekommen.

Die Bekl. treffe auch keine sekundäre Darlegungslast. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setze die Annahme einer sekundären Darlegungslast voraus, dass der beweisbelasteten Partei eine Darlegung nicht möglich beziehungsweise nicht zumutbar sei, während der anderen Partei nähere Angaben zumutbar seien. Könnten die in Rede stehenden Tatsachen von der beweisbelasteten Partei selbst ermittelt werden, scheide die Annahme einer erweiterten Obliegenheit zum Bestreiten aus. Dem Kl. sei eine nähere Darlegung seines Vorwurfs jedoch möglich und zumutbar, so dass die Voraussetzungen für die Annahme einer sekundären Darlegungslast der Bekl. nicht vorlägen. Alleine eine größere Sachnähe einer Partei rechtfertige insofern keine Modifikation der Behauptungs- und Beweislast. Es verbiete sich mithin, aus dem Umstand, dass die Bekl. Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs sei, auf eine erweiterte Behauptungslast der Bekl. zu schließen.

Der Kl. habe nicht ansatzweise dazu vorgetragen, welches Verhalten und welches daran anknüpfende Wissen und Wollen er welchem verfassungsmäßig berufenen Vertreter vorwerfe. Der darzulegende Vorsatz umfasse stets ein Wissens- und Wollenselement, welches jeweils gesondert von der darlegungsbelasteten Partei darzulegen sei. Unzulässig und unzureichend sei dabei der Schluss, dass die Vorhersehbarkeit bestimmter Umstände zu einer tatsächlichen Kenntnis dieser Umstände bei der betreffenden Person führe und dass aus der Kenntnis eines Umstandes ohne weiteres die billige Inkaufnahme dieses Umstandes durch die betreffende Person folge. Auch sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine mosaikartige Zusammensetzung von Vorsetzelementen unterschiedlicher Personen möglich.

Im Schriftsatz vom 11.9.2019 trägt die Bekl. ergänzend vor, das sogenannte „Thermofenster“ sei gerade keine unzulässige Abschaltvorrichtung. Das Verbot der Abschaltvorrichtungen sei entwickelt worden, um Fälle der gezielten Umgehung der behördlichen (Fahrzeug-)Prüfung zu verbieten, nicht um Emissionskontrollsysteme zu optimieren. Es seien deshalb technisch veranlasste Veränderungen der Emissionskontrollsysteme von solchen gezielten Umgehungen abzugrenzen. Im Falle des „Thermofensters“ liege ein Handeln unter vertretbarer Auslegung des Gesetzes vor, das nicht als besonders verwerfliches Verhalten und damit auch nicht als sittenwidrig angesehen werden könne. Zudem entfaltet die Entscheidungen des KBA als der zuständigen Fachbehörde eine Tatbestandswirkung, an welche die Zivilgerichte gebunden seien. Diese habe im vorliegenden Fall die EG-Typengenehmigung erteilt und auch keine Maßnahme nach § 25 EG-FGV ergriffen (Aufhebung der Typengenehmigung oder Ergänzung um nachträgliche Nebenbestimmungen).

Der Kl. verteidigt in der Berufungserwiderung vom 18.3.2019, das erstinstanzliche Urteil. Bei dem Urteil des Landgerichts Itzehoe handele es sich nicht um eine „Ausreißerentscheidung“.

Die Bekl. erkenne, dass sie den Vortrag des Kl. bei verständiger Würdigung ihres Vorbringens gerade nicht insoweit dezidiert in Abrede gestellt habe, als sie lediglich auf ein Emissionsverhalten bei gleichen Betriebsbedingungen abstelle und sich auf Emissionswerte beziehe, welche unter



Prüfstandsbedingungen gemessen würden. Die Bekl. verkenne zudem, dass sie bezüglich des klägerischen Vortrags darzulegen gehabt hätte, ob der Motor und die Motorsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs im „normalen Straßenbetrieb“ die Grenzwerte einhielten. Es komme nicht darauf an, ob Fahrzeuge im Prüfstand die zulässigen Grenzwerte einhielten.

Die Verwendung einer illegalen Abschaltvorrichtung, um im realen Straßenbetrieb die vorgeschriebenen Grenzwerte einzuhalten, ohne die Käufer dieser Fahrzeuge von diesem Umstand in Kenntnis zu setzen, sei sittenwidrig und erfülle im Weiteren auch den Tatbestand der Täuschung. In dem streitgegenständlichen Fahrzeug sei eine Steuerungssoftware verbaut, die das Abgasrückführungssystem im realen Straßenbetrieb am Beginn der Warmlaufphase und/oder bei einstelligen positiven Außentemperaturen reduziere oder ganz abschalte. Dadurch werde bei diesen Temperaturen der Grad der Abgasrückführung reduziert bzw. ganz abgeschaltet mit der Folge, dass die Stickoxidemissionen erheblich ansteigen.

Die Straßenmessungen bei für Oktober bis März typisch niedrigen Außentemperaturen in Deutschland hätten laut der DUH bei getesteten Fahrzeugen der Bekl. Abgaswerte ergeben, die höher seien als von Euro 1 Diesel Pkw aus dem Jahr 1993. Dies ergebe sich aus der Pressemitteilung der DUH vom 23.11.2017. Zudem werde auch durch den Bericht des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur bestätigt, dass alle Hersteller Abschaltvorrichtungen gemäß der Definition in Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nutzten. Das sogenannte „Thermofenster“ sei nicht aus Gründen des Motor- oder Bauteilschutzes erforderlich und zudem kein Motorbauteil, sondern ein Bauteil des Abgassystems, sodass eine sogenannte externe Abgasrückführung vorliege. Eine solche dauerhafte Abschaltvorrichtung sei rechtswidrig, da diese nicht notwendig im Sinne des Ordnungsgebers sei. Dies habe auch das Landgericht Stuttgart in seinen Urteilen vom 17.1.2019 zum Aktenzeichen 23 O 172/18 bzw. 23 O 178/18 entschieden.

Auch im streitgegenständlichen Fahrzeug erfolge die Reduktion der Stickoxidemissionen unter anderem durch die Abgasrückführung, indem ein Teil des Abgases zurück in das Ansaugsystem des Motors geführt werde und erneut teilweise an der Verbrennung teilnehme. Diese Rückführung sei jedoch nur begrenzt einsetzbar. Finde sie bei zu niedrigen Temperaturen statt, komme es zur Kondensation der Abgasbestandteile und damit zur Versottung. Um dieses zu vermeiden, werde das Abgasrückführungssystem bei positiven einstelligen Temperaturen deutlich reduziert, bis es schließlich ab einer Minustemperatur in vermutlich zweistelligem Bereich ganz abschalte. Bei dieser Funktion handele es sich um eine grundsätzlich illegale Abschaltvorrichtung in Form eines sogenannten Thermofensters.

Der Hersteller habe jedoch nach Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007 EG von ihm gefertigte Neufahrzeuge dergestalt auszurüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussten, so konstruiert, gefertigt und montiert seien, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen den Vorgaben der Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspreche. Die Verordnung sehe infolge dessen die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringerten, als strikt unzulässig an, sofern nicht die ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände griffen. Als „Abschaltvorrichtung“ sei gemäß Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007 EG jedes Konstruktionsteil definiert, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittle, um die

Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten seien, verringert würden. Soweit Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007 EG in bestimmten Fällen die Verwendung von Abschaltvorrichtungen gestatte, dürften die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sein. Dies ergebe sich aus dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 8.1.2019 zum Aktenzeichen VIII ZR 225/17.

Die Bekl. habe darzulegen, ob der Motor und die Motorsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs im „normalen Straßenbetrieb“ die Grenzwerte einhielten. Sie habe ferner darzulegen, warum die Abschaltvorrichtung ausnahmsweise aus Gründen des Motor- oder Bauteilschutzes zulässig sein solle. Das Verwenden einer illegalen Abschaltvorrichtung stelle sich als sittenwidrige Täuschung dar, welche einen Schaden im Sinne des § 826 BGB verursache.

Ein Gutachten wäre nicht auf Kosten der Klägerpartei einzuholen, da diese ihrer Darlegungs- und Beweislast bereits vollumfänglich genügt habe und diese nach den Grundsätzen der negativen Darlegungslast nun bei der Bekl. liege. Sollte diese ihrer negativen Darlegungslast nicht genügen, wäre der Klage stattzugeben. In vergleichbaren Parallelfällen seien Beweisbeschlüsse ergangen. Insofern komme der ausgestellten EG-Typengenehmigung eine Legalisierungswirkung nicht zu. Es müsse davon ausgegangen werden, dass sich den damaligen Prüfern die technische Konstruktion nicht in allen Einzelheiten erschlossen habe.

Der Bekl. obliege eine sekundäre Darlegungslast. Dem Kl. könne lediglich abverlangt werden, im Rahmen seiner Möglichkeiten alles Zumutbare vorzutragen. Der Kl. habe jedoch keinerlei Einblick in interne Organisationsabläufe der Bekl.. Im Rahmen seiner Möglichkeiten habe der Kl. zudem bereits überobligatorisch die ihm zur Verfügung stehenden öffentlichen Quellen ausgewertet und die entsprechenden Tatsachenbehauptungen schriftsätzlich vorgetragen. Es könne ihm nicht angelastet werden, dass er seine Behauptung nicht noch konkreter fassen und unter Beweis stellen könne.

Mit Schriftsatz vom 10.9.2019 hat der Kl. ergänzend vorgetragen, der Bundesgerichtshof habe zwischenzeitlich klargestellt, dass Fahrzeuge so auszurüsten seien, dass sie unter normalen Betriebsbedingungen die Vorgaben der Verordnung bezüglich der Emissionswerte einhielten. Das von der Bekl. verwendete „Thermofenster“, welches die Funktionsweise der Abgasreinigung in Abhängigkeit von der Umgebungstemperatur verändere, stelle eine Abschaltvorrichtung dar, die auch nicht ausnahmsweise gemäß Art. 5 Abs.2 S. 2 VO 715/2007/EG zulässig sei. Die Versottungsgefahr bei Dieselmotoren korreliere nicht mit den Außentemperaturen, weshalb eine Veränderung der Abgasrückführung abhängig von den Außentemperaturen sich als nicht für den Motorschutz notwendig, sondern als mittelbare Prüfstandserkennung darstelle.

Die Bekl. habe als Herstellerin im Typengenehmigungsverfahren zudem entgegen Art. 3 Nr. 9 VO (EG) 692/2008 ihre Pflicht verletzt, konkrete Angaben zur Arbeitsweise der Abgasrückführung zu tätigen und diese nur als „kennfeldgesteuert“ angegeben. Die Bekl. habe sich keine Gedanken darüber gemacht, wie die genannten EG-Verordnungen auszulegen seien.

### **Aus den Gründen**

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Auf die Berufung der Bekl. hin war das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen, da es erhebliche Ver-

fahrensfehler, Fehler in der Tatsachenfeststellung und Rechtsfehler aufweist.

1. Die landgerichtliche Entscheidung bejaht im Ergebnis – ohne dies so ausdrücklich zu benennen – aufgrund eines erhöhten NO<sub>x</sub>-Ausstoßes im tatsächlichen Betrieb auf der Straße das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung – wie in den Fällen des VW-Motors EA 189 – und zwar mit der Begründung, dass der klägerische Sachvortrag hierzu nicht als bestritten angesehen werden könne. Dies ist bereits deshalb fehlerhaft, weil das Landgericht im Falle eines nach seiner Ansicht nach nicht ausreichenden Bestreitens einen entsprechenden Hinweis an die Beklagtenseite hätte erteilen müssen. Ein solcher Hinweis ist unerlässlich, wenn Sachsvortrag unvollständig oder unklar ist.

(Vgl. Zöller-Greger, ZPO, 32. Auflage, § 139, Rn. 3)

Im Zweifelsfall muss das Gericht zudem aufklären, ob nicht bestritten wird.

(Vgl. Zöller-Greger, ZPO, 32. Auflage, § 139, Rn. 10)

Mangels eines solchen Hinweises bzw. der unterlassenen Aufklärung stellt sich das Urteil als unzulässige Überraschungsentscheidung dar, die rechtliches Gehör verletzt.

Es kommt hinzu, dass auch die Auffassung des Landgerichts, der Vortrag der Klägerseite sei als unstreitig anzusehen, nicht zutrifft. Denn nach § 138 Abs. 3 ZPO sind nur solche nicht ausdrücklichen bestrittenen Tatsachen als zugestanden anzusehen, bei denen sich die Absicht, sie bestreiten zu wollen, nicht aus den übrigen Erklärungen der Partei ergibt. Hier ergibt sich jedoch aus den Erklärungen der Beklagtenseite klar, dass gerade nicht unstreitig ist, dass der Motor die Prüfungssituation erkennt und entsprechend mit erhöhter Abgasrückführung reagiert. Denn es wird vorgetragen, dass sich das Emissionsverhalten bei gleichen Bedingungen auf der Straße wie auf dem Prüfstand verhält. Daraus ergibt sich bei verständiger Würdigung, dass das Vorliegen einer (unzulässigen) Abschalteneinrichtung, die zwischen Prüfstand und Straßenbetrieb unterscheidet, bestritten werden soll. Damit hätte über diese Frage, wenn sie entscheidungserheblich gewesen wäre, durch ein Sachverständigengutachten Beweis erhoben werden müssen.

Die landgerichtlichen Tatsachenfeststellungen tragen somit die Annahme einer unzulässigen Abschalteneinrichtung nicht, da Streitiges als unstreitig behandelt wird. Zudem sind sie widersprüchlich, weil im Gegensatz zum Tatbestand in den Entscheidungsgründen nur noch darauf abgestellt wird, dass durch den Motor unter den Bedingungen im alltäglichen Gebrauch auf der Straße ein erhöhter NO<sub>x</sub>-Ausstoß zu verzeichnen sei. Dies ist jedoch nicht gleichbedeutend mit dem Vorliegen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung, da es unterschiedliche Ursachen haben kann.

2. Da somit die landgerichtlichen Feststellungen die Annahme einer unzulässigen Abschalteneinrichtung nicht tragen, war erneut zu prüfen, ob für den streitgegenständlichen Motor mit dem „Thermofenster“ tatsächlich eine unzulässige Abschalteneinrichtung bejaht werden kann. In der Rechtsprechung ist dies streitig. Anders als bei dem VW-Motor EA 189, für den der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 8.1.2019 (Az.: VIII ZR 225/17) das Vorliegen einer solchen unzulässigen Abschalteneinrichtung bejaht hat, fehlt hierzu bisher Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

Mit der Frage des „Thermofensters“ beschäftigt sich etwa eine Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf vom 31.7.2019

(Az. 7 O 166/18, juris).

Nach der Auffassung des Landgerichts Düsseldorf stellt dieses eine unzulässige Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der VO 715/2007 EG dar. Auch das Abgas-

rückführungssystem sei bei verständiger und sachgerechter Auslegung, orientiert an den Zielen der VO 715/2007 EG, als Bestandteil des Emissionskontrollsystems anzusehen. Unstreitig werde die Funktion des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Außentemperaturen verändert, sodass ein installiertes Thermofenster eine Abschalteneinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007 EG darstelle

(vgl. LG Düsseldorf, Urteil vom 31.7.2019, Az. 7 O 166/18, juris, Rn. 33, auch unter Bezug auf ein Urteil des LG Stuttgart vom 17.1.2019, Az. 23 O 172/18, BeckRS 2019, 271 ff.).

Das Landgericht Düsseldorf führt weiter aus, dem stehe nicht entgegen, dass das Kraftfahrtbundesamt dieses Thermofenster mit der Freigabe des Softwareupdates nicht als unzulässige Abschalteneinrichtung eingestuft habe, da dies eine Rechtsfrage darstelle, die von den Gerichten zu prüfen und zu beantworten sei. Eine Abschalteneinrichtung könne nach Auffassung des Gerichts aber nur dann als zulässig in Betracht kommen, wenn keine andere technische Lösung denkbar sei, sei sie auch noch so teuer. Darüber hinaus sei für die Anwendung der Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der VO 715/2007 EG bereits dann kein Raum, wenn ein Bauteil so konstruiert sei, dass zum Schutz des Motors bei den in hiesigen Breitengraden an mehr als sechs Monaten regelmäßig vorherrschenden Temperaturen und somit regelmäßig bei solchen Betriebsbedingungen, die bei normalem, bestimmungsgemäßigem Gebrauch eines Personenkraftwagens typischerweise vorlägen, eine Abschalteneinrichtung eingreifen müsse. Denn eine solche Ausweitung des Anwendungsbereichs einer Ausnahmegvorschrift würde zu einer Umkehr, zumindest aber zum Gleichlauf des Regel-Ausnahme-Verhältnisses führen und somit den Zielen der Verordnung, eine Verbesserung der Luftqualität herbeizuführen und zur Einhaltung der Luftverschmutzungswerte eine Minderung der Stickstoffemissionen bei Dieselfahrzeugen herbeizuführen, widersprechen und diametral entgegenstehen

(LG Düsseldorf, aaO, juris, Rn. 34).

Das Oberlandesgericht Karlsruhe weist in einem Hinweisbeschluss vom 22.8.2019

(Az. 17 U 257/18, juris)

darauf hin, dass sich aus dem Vorliegen eines Thermofensters Rückschlüsse auf den Tatbestand des § 826 BGB ergeben können, weil eine unzulässige Abschalteneinrichtung vorliegen könne.

Eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 30.7.2019 zum Az. 10 U 134/19 befasst sich ebenfalls mit dem Vorliegen einer Abschalteneinrichtung beim sogenannten Thermofenster bei einem Motor OM 651. Es erörtert, dass Art. 5 Abs. 2 Satz 2a VO 715/2007 EG vorsehe, dass die Verwendung einer Abschalteneinrichtung zulässig sei, „wenn die Einrichtung notwendig sei, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.“ Es hält die Argumentation des Landgerichts Stuttgart im Urteil vom 9.5.2019 zum Az. 23 O 220/18, nach dem eine Abschalteneinrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2a VO 715/2007 EG ausnahmsweise zum Zwecke des Motorschutzes zulässig sei, wenn andere technische Lösungen – nach der jeweils besten verfügbaren Technik unabhängig davon, ob diese wirtschaftlich erheblich teurer seien – vorhanden seien, wobei dem Hersteller hierfür eine sekundäre Darlegungslast obliegen solle, jedoch nicht für überzeugend. Die Auslegung, dass Abschalteneinrichtungen zum Motorschutz nur dann „notwendig“ sein könnten, wenn keine andere konstruktive Lösung möglich sei, auch wenn diese erheblich teurer sein sollte, sei möglich, aber letztlich nicht überzeugend

(OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2019, Az. 10 U 134/19, juris, Rn. 71 f.).

Vor diesem Hintergrund spricht sich das Oberlandesgericht Stuttgart gegen das Vorliegen einer unzulässigen Abschalt-einrichtung beim sogenannten „Thermofenster“ aus. Es führt aus, dass zwar eine Abschalt-einrichtung vorliege, die allerdings nicht unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007 EG sei. Eine Beweiserhebung hierzu erfolgte durch das Oberlandesgericht nicht, weil der erforderliche Schädigungsvorsatz jedenfalls verneint wurde. In ähnlicher Weise geht auch das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht in einem Hinweisbeschluss vom 23.8.2019 zum Az. 3 U 13/19 davon aus, dass allenfalls grobe Fahrlässigkeit angenommen werden könne, wenn sich später herausstelle, dass das „Thermofenster“ unzulässig sei und es deshalb jedenfalls an dem für eine deliktische Haftung erforderlichen Schädigungsvorsatz fehle. Auf einen solchen könne nicht allein vom Vorliegen eines Thermofensters zurückgeschlossen werden. Auch das Oberlandesgericht München hat in einem Beschluss vom 29.8.2019 (Az. 8 U 1449/19, juris) ausgeführt, dass der Streit um die Zulässigkeit eine „Thermofensters“ ein Expertenstreit sei und zweifelt an einem feststellbaren Vorsatz zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Fahrzeugs

(OLG München, aaO, Rn. 164).

Im Hinblick auf die streitige Frage, ob eine unzulässige Abschalt-einrichtung vorliegt, hat das Landgericht Frankenthal nunmehr den EuGH angerufen

(LG Frankenthal, Entscheidung vom 2.9.2019, Az. 2 O 13/19, juris).

3. Die Frage, ob eine unzulässige Abschalt-einrichtung vorliegt, kann jedoch letztlich dahinstehen, da zur Überzeugung des Senats jedenfalls der für eine deliktische Haftung erforderliche zurechenbare Schädigungsvorsatz, gleich bei welcher der möglicherweise verantwortlichen Personen, nicht festgestellt werden kann.

Insofern führt das Oberlandesgericht Stuttgart in seiner Entscheidung vom 30. Juli 2019 zum Az. 10 U 134/19 überzeugend aus, dass dieser bei der Verwendung eines Thermofensters erfordere, dass Anhaltspunkte dafür erkennbar wären, dass der Einbau der Einrichtung mit der in Rede stehenden Funktionsweise in den streitgegenständlichen Motor in dem Bewusstsein geschehen sei, hiermit möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen worden sei. Bei Abschalt-einrichtungen, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeiteten wie auf dem Prüfstand und bei denen Gesichtspunkte des Motor- respektive des Bauteilschutzes als Rechtfertigung ernsthaft angeführt werden könnten, könne es bei Fehlen von konkreten Anhaltspunkten nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass die Handelnden bzw. Verantwortlichen in dem Bewusstsein gehandelt hätten, möglicherweise eine unzulässige Abschalt-einrichtung zu verwenden. Denn der Einschätzung im Hinblick auf das Thermofenster könne auch eine möglicherweise falsche, aber dennoch vertretbare Gesetzesauslegung zugrunde liegen, dass es sich um eine zulässige Abschalt-einrichtung handele

(OLG Stuttgart, aaO, Rn. 81 ff.).

Dieser Sichtweise schließt sich auch das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht in seinem Hinweisbeschluss vom 23.8.2019 zum Az. 3 U 13/19 an. Auch das Oberlandesgericht Köln vertritt in einem Beschluss vom 4.7.2019 zum Az. 3 U 148/18 die Auffassung, dass in einem solchen Fall der erforderliche Schädigungsvorsatz nicht festzustellen sei.

Dies ist für den Senat überzeugend, denn anders als in den VW-Fällen verhält es sich hier so, dass nicht grundsätzlich auf dem Prüfstand und auf der Straße unterschiedliche Abgasrückführungsmodi aktiviert wurden, sondern die Abgasrück-

führung temperaturabhängig stärker oder weniger stark aktiviert wird. Bei einer Abschalt-einrichtung, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand und bei der Gesichtspunkte des Motor- bzw. Bauteilschutzes als Rechtfertigung ernsthaft angeführt werden können, kann nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass die Handelnden bzw. Verantwortlichen bei der Bekl. in dem Bewusstsein gehandelt haben, möglicherweise eine unzulässige Abschalt-einrichtung zu verwenden

(so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 30.7.2019, Az. 10 U 134/19, juris, Rn. 82).

Denn anders als die „Schummelsoftware“ des Motors EA 189 unterscheidet das Thermofenster nicht zwischen Prüfstand und realem Betrieb, sondern richtet sich nach der Umgebungstemperatur und ist damit nicht offensichtlich auf eine „Überlastung“ der Prüfungssituation ausgelegt.

Soweit der Kl. in seinem Schriftsatz vom 10.09.2019 neu vorgetragen hat, dass die Abschalt-einrichtung nicht dem Motorenschutz dienen könne, weil die Versottungsgefahr nicht mit der Außentemperatur korreliere, so ändert dies daran nichts.

Zum einen ist dieser neue – vom Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung vom 18.9.2019 bestrittene – Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 BGB verspätet, weil er bereits im ersten Rechtszug hätte geltend gemacht werden können und die Verspätung auch nicht entschuldigt wurde. Selbst wenn man den Vortrag jedoch zulassen wollte, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Denn auch wenn das Versottungsrisiko bei allen Außentemperaturen gleich sein sollte, so führt die Reduzierung der Abgasrückführung bei niedrigeren Temperaturen im Ergebnis dazu, dass die Abgasrückführung in der Summe reduziert wird und damit das Versottungsrisiko insgesamt sinkt. Anders als beim Motor EA 189 verhält es sich auch nicht so, dass eine Abgasrückführung nur auf dem Prüfstand erfolgt, sondern auf der Straße ebenfalls stattfindet, allerdings abhängig von der Außentemperatur.

Aber selbst wenn die Behauptung des Kl. zuträfe, dass das Versottungsrisiko in seinem Fall gesenkt werden würde und man vermuten wollte, dass dieser Parameter gewählt wurde, weil Prüfstandsmessungen üblicherweise bei höheren Temperaturen erfolgen, lässt dies den Rückschluss auf einen Schädigungsvorsatz nicht zu.

Zwar genügt für einen Schädigungsvorsatz nach § 826 BGB bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen, wobei jener nicht den konkreten Kausalverlauf und den genauen Umfang des Schadens, sondern nur Art und Richtung des Schadens umfassen muss

(vgl. BGH, Urteil vom 13.9.2004, II ZR 276/02, Rn. 38, juris).

Zum Vorsatz ist es jedoch erforderlich, dass der Schädiger spätestens im Zeitpunkt des Schadenseintritts Art und Richtung des Schadens und die Schadensfolgen vorausgesehen und die Schädigung im Sinne eines direkten Vorsatzes gewollt oder im Sinne eines bedingten Vorsatzes jedenfalls, mag er sie auch nicht wünschen, doch zur Erreichung seines Ziels billigend in Kauf genommen hat

(vgl. Palandt-Sprau, BGB, 78. Aufl., § 826, Rn. 11).

Der Schädiger muss für die Annahme bedingten Vorsatzes die Schädigung gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Er muss dafür die relevanten Umstände jedenfalls für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben. Dazu genügt es nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen. In einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt. Vertraut der Täter darauf, der als möglich vorausgesehene (oder vorauszusehende) Erfolg werde nicht

eintreten, und nimmt er aus diesem Grund die Gefahr in Kauf, liegt allenfalls bewusste Fahrlässigkeit vor; dagegen nimmt der bedingt vorsätzlich handelnde Täter die Gefahr deshalb in Kauf, weil er, wenn er sein Ziel nicht anders erreichen kann, es auch durch das unerwünschte Mittel erreichen will

(vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2012, Az. VI ZR 268/11, NJW-RR 2013, 550).

Ein solcher Vorsatz wäre vom Kl. vorzutragen und zu beweisen gewesen. Dies ist nicht geschehen und anders als in den Fällen einer Umschaltlogik, wo sich aufdrängt, dass eine solche gesetzeswidrig ist, kann dies für ein „Thermofenster“ nicht ohne weiteres vermutet und damit aus der bloßen Existenz eines solchen auf einen Schädigungsvorsatz geschlossen werden.

4. Dahinstehen kann somit, ob dem Kl. überhaupt ein ersatzfähiger Schaden entstanden wäre. Dagegen würde allerdings sprechen, dass, anders als im Fall des Motors EA189, für den hier streitgegenständlichen Motor später nicht die Typengenehmigung entzogen wurde. Zudem liegt eine ähnliche Software auch bestimmten Softwareupdates zugrunde

(so im o.g. Fall des LG Düsseldorf, Az. 7 O 166/18),

welche vom Kraftfahrtbundesamt genehmigt wurden. Dies indiziert, dass die Voraussetzungen für die Erteilung der Typengenehmigung seinerzeit vorlagen und noch vorliegen und damit vom Kl. kein nachteiliger Vertrag geschlossen wurde. Insofern spricht viel dafür, dass die Zivilgerichte an die entsprechende Einschätzung des Kraftfahrtbundesamtes gebunden sind.

5. Es ist deshalb im Ergebnis davon auszugehen, dass Schadensersatzansprüche des Kl. weder aus § 826 BGB noch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB oder aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bestehen. Denn diese Haftungsvorschriften setzen Vorsatz zumindest im Hinblick auf die Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung voraus, ohne die das Schutzgesetz nicht verletzt ist (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV) bzw. noch weitergehend Vorsatz bezüglich des kausalen Eintritts eines Schadens (§ 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB), der hier nicht festgestellt werden kann.

Da Schadensersatzansprüche des Kl. schon dem Grunde nach ausscheiden, hat auch sein zulässiger Feststellungsantrag auf teilweise Erledigung keinen Erfolg, da die Klage insofern von Anfang an unbegründet war. Unbegründet sind ebenso die weiteren Anträge auf Feststellung und Freistellung von Rechtsanwaltskosten.

...

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

### **ZPO §§ 91 I, 103 ff.; § 839 BGB; GG Art. 34**

**Die Frage, ob der erstattungsberechtigten Partei hinsichtlich der Reisekosten ein Amtshaftungsanspruch gegen einen Dritten zusteht, ist nicht vorrangig zur Kostenfestsetzung nach §§ 103 ff ZPO zu klären. Zur Vermeidung eines ungerechtfertigten Vorteils auf Seiten der erstattungsberechtigten Partei ist der Ausspruch über die Kostenfestsetzung aber von Amts wegen mit der Einschränkung einer Zahlung nur Zug um Zug gegen die Abtretung der Ersatzansprüche zu verbinden.**

SchlHOLG, 9. Zivilsenat, Beschluss vom 22. Oktober 2018 – 9W 142/18 –, Rei.

Die *Bekl.* wendet sich mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen die Berücksichtigung der Reisekosten des Kl. zum Gütertermin vom 26.3.2018.

Die Parteien führten vor dem Landgericht S einen Rechtsstreit. Mit Schriftsätzen vom 16.1.2018 und 12.1.2018 stimmten der Kl. und die *Bekl.* der Durchführung eines Mediationsverfahrens zu. Mit Beschluss vom 17.1.2018 wurden das Ruhen des Streitverfahrens für die Dauer des Güteverfahrens angeordnet und die Parteien an den Güterichter verwiesen. Nach mehreren Verlegungen bestimmte der Güterichter mit Verfügung vom 21.2.2018 den Gütertermin auf den 26.3.2018 um 10 Uhr. Die Terminladung wurde mit Verfügung vom 22.2.2018 an die Parteien und ihre Prozessbevollmächtigten versandt. Mit einem am 22.3.2018 um 19.13 Uhr beim Landgericht vorab per Fax eingegangenen Schriftsatz desselben Tages teilte der Prozessbevollmächtigte der *Bekl.* mit, dass diese an der Durchführung des Mediationsverfahrens nicht mehr interessiert sei. Der Originalschriftsatz ging am 26.3.2018 beim Landgericht ein. Der Gütertermin wurde nicht aufgehoben. Zum Termin reisten der Kl. und seine Ehefrau aus P sowie der Prozessbevollmächtigte an. Im Zeitpunkt des Termins lag dem Güterichter zwar die Akte, aber weder das Faxschreiben noch der Originalschriftsatz vor. Erst durch eine telefonische Nachfrage beim Prozessbevollmächtigten der *Bekl.* erfuhr der Güterichter von dem Faxschreiben. Der Schriftsatz vom 22.3.2018 lag dem Güterichter erst am 27.3.2018 vor und wurde dem Prozessbevollmächtigten des Kl. mit Schreiben der Geschäftsstelle vom 4.4.2018 übersandt.

In dem fortgesetzten Rechtsstreit wurde am 18.7.2018 ein Urteil verkündet. Danach haben von den Kosten des Rechtsstreits bei einem festgesetzten Streitwert von 6348 € der Kl. 10 % und die *Bekl.* 90 % zu tragen. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig; die *Bekl.* hat Berufung eingelegt.

Mit dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 28.8.2018, dem Prozessbevollmächtigten der *Bekl.* am 31.8.2018 zugestellt, hat die Rechtspflegerin die von der *Bekl.* an den Kl. zu erstattenden Kosten auf 1034,24 € nebst Zinsen festgesetzt; dieser Betrag umfasst die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten beider Prozessbevollmächtigten. Zudem hat die Rechtspflegerin die von der *Bekl.* an den Kl. zu erstattenden Reisekosten für den Gütertermin vom 26.3.2018 in Höhe von 362 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Abtretung eines möglichen Anspruchs aus Amtspflichtverletzung gegen den Justizfiskus festgesetzt. Hiergegen richtet sich die am 4.9.2018 eingegangene sofortige Beschwerde der *Bekl.*, der das Landgericht nicht abgeholfen hat.

### **Aus den Gründen**

Die sofortige Beschwerde der *Bekl.* ist nur beschränkt eingelegt. Sie richtet sich ausweislich ihrer Begründung gegen die Festsetzung zu erstattender anteiliger Reisekosten des Kl.; die *Bekl.* begehrt „insoweit“ die Aufhebung des Beschlusses. Diese Beschränkung ist zulässig, weil das Landgericht die Reisekosten nicht in eine Kostenausgleichsberechnung nach § 106 ZPO eingestellt, sondern gesondert festgesetzt hat.

III. Die Beschwerde ist gemäß § 104 Abs. 3 Satz 1, § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig. In der Sache hat sie nur zu einem geringen Teil Erfolg.

1. Mit Recht hat das Landgericht das Kostenfestsetzungsverfahren durchgeführt, obwohl hinsichtlich der dem Kl. entstandenen Reisekosten zum Gütertermin am 26.3.2018 ein Amtshaftungsanspruch gegen das Land in Betracht kommt.

a) In der Rechtsprechung ist umstritten, ob die erstattungsberechtigte Partei die Festsetzung von Reisekosten gegen den Prozessgegner nach §§ 104 ff ZPO verlangen kann, wenn sie die Reisekosten möglicherweise im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs von dritter Seite ersetzt bekommen könnte, etwa wegen nicht rechtzeitiger Abladung. Nach einer – älteren – Ansicht könne in diesem Fall eine Festsetzung erst

erfolgen, wenn geklärt sei, dass ein Amtshaftungsanspruch nicht bestehe. Die Klärung der Amtshaftungsfrage sei vorgreiflich. Ein vorher eingereichtes Festsetzungsgesuch sei als zur Zeit unzulässig zurückzuweisen. Anderenfalls würde dem Kostenschuldner ein nicht vertretbares Risiko aufgebürdet. Durch Verschulden der obsiegenden Partei verursachte Kosten seien nicht notwendig im Sinne des § 91 Abs. 1 ZPO und deshalb nicht erstattungsfähig

(OLG Koblenz VersR 1985, 273 [Ls.]; OLG Koblenz RPflegler 1996, 446 f).

Nach einer anderen Ansicht sei eine Festsetzung dieser Kosten gegen die erstattungspflichtige Partei mit der Einschränkung zulässig, dass die erstattungsberechtigte Partei Zahlung nur Zug um Zug gegen Abtretung ihres etwaigen Anspruchs aus Amtspflichtverletzung verlangen kann

(LG Berlin MDR 1988, 237 f; LG Potsdam ZfSch 2017, 466 mit Anmerkung Hansens; OLG Dresden ZfSch 2018, 403, 404, mit Anmerkung Hansens).

b) Die zuletzt genannte Auffassung trifft zu. Die Frage, ob der erstattungsberechtigten Partei hinsichtlich der Reisekosten ein Amtshaftungsanspruch gegen einen Dritten zusteht, ist nicht vorrangig zu klären. Zur Vermeidung eines ungerechtfertigten Vorteils auf Seiten der erstattungsberechtigten Partei ist der Anspruch über die Kostenfestsetzung aber von Amts wegen mit der Einschränkung einer Zahlung nur Zug um Zug gegen die Abtretung der Ersatzansprüche zu verbinden.

aa) Prozessualer Kostenerstattungsanspruch und Amtshaftungsanspruch stehen grundsätzlich nebeneinander. Die Ansprüche richten sich gegen verschiedene Verpflichtete und haben einen unterschiedlichen Gegenstand. Anknüpfungspunkt der prozessualen Kostentragungspflicht des Gegners ist die Veranlassung der Kosten und das formale Unterliegen im Prozessrechtsverhältnis

(BGH, Urteil vom 4.11.1987 – IVb ZR 83/86, NJW 1988, 2032, 2033 f; Beschluss vom 6.2.2014 – IX ZB 57/12, ZIP 2014, 480 Rn. 14).

Auf ein Verschulden des Prozessgegners kommt es ebenso wenig an wie darauf, ob mit der Entstehung der Kosten auf Seiten des Erstattungsberechtigten dauerhaft eine Vermögenseinbuße verbunden ist oder ob dieser Einbuße ein materiell-rechtlicher Ersatzanspruch gegen Dritte ausgleichend gegenübersteht. Es geht nicht um den Ersatz eines materiellen Schadens. Aber selbst im Schadensersatzrecht schließt das Bestehen eines Ersatzanspruchs gegen Dritte die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gegen den Schädiger nicht aus

(§ 255 BGB; BGH, Urteil vom 15.4.2010 – IX ZR 223/07, NJW 2010, 1961 Rn. 28).

Hingegen ist der Amtshaftungsanspruch ein materiell-rechtlicher Schadensersatzanspruch, der sich nicht gegen den Prozessgegner, sondern gegen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft richtet. Soweit § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB bei fahrlässiger Amtspflichtverletzung auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit des Geschädigten verweist, ergibt sich aus dem Bestehen eines prozessualen Kostenerstattungsanspruchs gegen den unterlegenen Prozessgegner zudem eine Nachrangigkeit des Amtshaftungsverfahrens

(Hansens ZfSch 2017, 466, 468; OLG Dresden ZfSch 2018, 403, 404).

bb) Ob in einem Prozess veranlasste Kosten notwendig im Sinne des § 91 Abs. 1 ZPO waren, hängt nicht davon ab, ob diese Kosten möglicherweise durch einen Dritten aus materiell-rechtlichen Gründen zu ersetzen sind

(LG Potsdam ZfSch 2017, 466; OLG Dresden ZfSch 2018, 403, 404).

Maßstab für die Notwendigkeit von Kosten zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung (§ 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO) ist, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende Partei die Kosten auslösende Maßnahme im damaligen Zeitpunkt als sachdienlich ansehen durfte

(BGH, Beschluss vom 7.2.2018 – XII ZB 112/17, NJW 2018, 1403 Rn. 24).

Gleiches gilt für die Notwendigkeit von Reisekosten im Sinne des § 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Kommt es auf die Sicht der Partei in der konkreten prozessualen Situation an und ist aus diesem Blickwinkel die Sachdienlichkeit der die Kosten auslösenden Maßnahme durch einen objektiven Betrachter zu bejahen

(BGH, Beschluss vom 10.4.2018 – VI ZB 70/16 Rn. 10),

ändert sich hieran nichts dadurch, dass die konkrete prozessuale Situation durch einen Dritten möglicherweise amtspflichtwidrig (mit-) verursacht wurde.

cc) Auch das dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch zugrunde liegende verschuldensunabhängige Veranlasserprinzip rechtfertigt es, dem Prozessgegner das Risiko einer erfolgreichen Durchsetzung des Amtshaftungsanspruchs zuzuweisen.

2. Die Reisekosten des Kl. sind notwendige Kosten des Rechtsstreits, die dem Grunde nach erstattungsfähig sind. Der Ausspruch des Landgerichts war allerdings insoweit abzuändern, als sich der Betrag der festgesetzten Kosten nur auf 325,80 € beläuft.

a) Die Reise des Kl. zum Gütetermin am 26.3.2018 war notwendig im Sinne des § 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

Maßgeblich ist die „verobjektivierte“ ex ante-Sicht des Kl. als Prozesspartei. Wie ausgeführt, ist auf die Sicht der Partei in der konkreten prozessualen Situation und auf die Beurteilung der Sachdienlichkeit aus diesem Blickwinkel durch einen objektiven Betrachter abzustellen

(BGH, Beschluss vom 10.4.2018, aaO Rn. 10).

Die Entscheidungen des I. und III. Zivilsenats vom 23.11.2006, 25.2.2016 und 5.10.2017 stehen dem nicht entgegen

(BGH, Beschluss vom 10.4.2018, aaO Rn. 12 f).

Die Reise des Kl. war im Zeitpunkt ihres Antritts aus der Sicht einer verständigen und wirtschaftlich vernünftig denkenden Partei zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig. Der Gütetermin war nicht aufgehoben. Das Erscheinen des Kl. zu diesem Termin war im Hinblick auf die verwandtschaftlichen Beziehung der Parteien und des persönlichen Bezugs des Streitgegenstandes (Darlehen des Erblassers, anteilige Beerdigungskosten) erforderlich und zweckentsprechend. Weder der Kl. noch sein Prozessbevollmächtigter kannten das Schreiben des Beklagtenvertreters vom 22.3.2018. Ihnen war auch nicht anderweitig bekannt geworden, dass die Bekl. die Durchführung einer Mediation nunmehr ablehnte. Hierfür bestanden zuvor auch keine Anhaltspunkte, die den Kl. oder dessen Prozessbevollmächtigten zu einer telefonischen Anfrage beim Beklagtenvertreter hätten veranlassen können. Die Bekl. hatte ihre Zustimmung erteilt und im Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 12.1.2018 ausdrücklich auf ihre Motivlage – Vermeidung einer Widerklage auf Betreuungs- und Pflegeaufwendungen – hingewiesen. Noch mit Schreiben vom 20.2.2018 beantragte der Beklagtenvertreter die Verlegung des auf den 2.3.2018 anberaumten Gütetermins wegen Verhinderung der Bekl. Eine Anfrage des Kl. beim Güterichter unmittelbar vor Antritt der Reise wäre erfolglos gewesen, da diesem ausweislich der Aktenlage bis zum Termin gleichfalls weder das Schreiben vom 22.3.2018 vorlag noch die Absage durch die Bekl. anderweitig bekannt geworden war. Hingegen hätten die Bekl. und deren Prozessbevollmächtigter es in der Hand gehabt, die Gegenseite von der kurzfristigen Absage telefonisch oder per Fax zu informieren.

b) Der Erstattungsanspruch des Kl. beträgt insoweit nur 325,80 €.

Für die Reise des Kl. zum Mediationstermin sind 362 € anzusetzen. Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen,

dass der Kl. für die mit der Reise verbundene Zeitversäumnis nur einen Betrag in Höhe der Entschädigung für Verdienstausfall entsprechend § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und 6, §§ 20, 22 Satz 1 VVEG verlangen kann, weshalb maximal 21 € brutto je Stunde und eine Arbeitszeit von 8 Stunden anzusetzen sind. Die Kosten für die Hin- und Rückfahrt mit dem eigenen Fahrzeug betragen bei einer Strecke von jeweils 388 km und einem Satz von 0,25 € je Kilometer (§ 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VVEG) insgesamt 194 €.

Hiervon kann der Kl. gemäß der ausgeteilten Kostenquote 90% und damit 325,80 € von der Bekl. erstattet verlangen. Dieser Betrag ist gemäß § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu verzinsen.

#### **VVG §§ 95, 215; ZPO §§ 36 I Nr. 6, 281**

#### **Bei Wechsel des Versicherungsnehmers gem. § 95 VVG wegen Veräußerung der versicherten Sache kann der neue Versicherungsnehmer an seinem Wohnsitz klagen (§ 215 Abs. 1 S. 1 VVG). Es kommt nicht mehr auf den Wohnsitz des bisherigen Versicherungsnehmers an.**

AG Bad Segeberg, Beschluss v. 22. November 2018 – 17 C 309/18 (2) –, Fö. rk., bestätigt vom SchlHOLG mit Beschluss v. 6. Dezember 2018 – 2 AR 20/18

*Der Ast. begehrt die Bewilligung von Prozesskostenhilfe. Mit der beabsichtigten Klage verlangt er Versicherungsleistungen von der Ag.in als Kasko-Versicherin eines Kraftfahrzeugs.*

*Der Ast. erwarb mit Kaufvertrag vom 24.8.2017 einen PKW Saab von Frau ..., die in 23812 Wahlstedt wohnt. Dieses Fahrzeug war für den Zeitraum 1.1.2017 bis 1.1.2018 bei der Ag.in kfz-teilkaskoversichert. Zwischen dem 3. und 5.9.2017 wurde das Fahrzeug beschädigt.*

*Der Ast. verlangt von der Ag.in Versicherungsleistungen; die Ag.in lehnt Leistungen ab.*

*Mit Antrag vom 26.7.2018 beantragt der Ast. die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Klage auf Zahlung von 1639,34 Euro zuzüglich Nebenforderungen.*

*Die Ag.in beantragt sinngemäß die Zurückweisung des Antrags.*

*Der Ast. hat seine Antragschrift beim Amtsgericht Lübeck, dem für seinen Wohnsitz zuständigen Amtsgericht, eingereicht. Mit Verfügung vom 30.7.2018 hat das Amtsgericht Lübeck die Parteien darauf hingewiesen, dass es örtlich nicht zuständig sei. Örtlich zuständig sei entweder gemäß § 17 ZPO das Amtsgericht Potsdam – als Gericht am Sitz der beklagten Versicherung – oder gemäß § 215 VVG das Amtsgericht Bad Segeberg als Wohnsitzgericht der Versicherungsnehmerin ... Das Amtsgericht Lübeck hat den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme binnen 2 Wochen gegeben. Mit Schriftsatz vom 3.8.2018 hat der Ast. die Verweisung zum Amtsgericht Bad Segeberg beantragt. Mit Beschluss vom 29.8.2018 hat sich das Amtsgericht Lübeck für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Amtsgericht Bad Segeberg verwiesen.*

*Mit Verfügung vom 7.9.2018 hat das Amtsgericht Bad Segeberg mit näherer Begründung, ..., das Verfahren formlos an das Amtsgericht Lübeck abgegeben und um Berücksichtigung der geltend gemachten Bedenken gebeten .... Mit Schriftsatz vom 28.9.2018 hat der Ast. beantragt, das Verfahren an das Amtsgericht Lübeck zurückzuverweisen.*

*Mit Verfügung vom 1.10.2018 hat das Amtsgericht Lübeck die Akte dem Amtsgericht Bad Segeberg rückübersandt und letztlich wegen der Bindungswirkung des Beschlusses keine Möglichkeit gesehen, seine Entscheidung abzuändern. Mit Schriftsatz vom 9.10.2018 hat die Ag.in mitgeteilt, dass mit einer Abgabe des Verfahrens an das Amtsgericht Lübeck Einverständnis bestünde.*

*Mit Beschluss vom 15.10.2018 hat das Amtsgericht Bad Segeberg darauf hingewiesen, dass es sich ebenfalls für unzuständig erklärt und es das Verfahren sodann dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht zur Bestimmung der Zuständigkeit vorlegen wolle. ...*

#### **Aus den Gründen**

Das Gericht erklärt sich für örtlich unzuständig und legt das Verfahren dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht zur Bestimmung des zuständigen Gerichts für das Prozesskostenhilfprüfungsverfahren vor.

1. Die Voraussetzungen für eine Vorlage entsprechend § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO liegen vor.

Nach dieser Vorschrift wird das zuständige Gericht durch das im Rechtszug zunächst höhere Gericht bestimmt, wenn verschiedene Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben. Voraussetzung einer Vorlage nach § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO ist zunächst, dass ein Rechtsstreit rechthängig ist. So liegt es hier. Allerdings ist bisher im eigentlichen Sinne kein Rechtsstreit rechthängig, sondern lediglich ein Prozesskostenhilfprüfungsverfahren anhängig. Jedoch ist § 36 ZPO – genauso wie § 281 ZPO – in einem Prozesskostenhilfprüfungsverfahren entsprechend anwendbar

(vgl. BGH NJW-RR 1994, 706).

Insofern genügt es, dass lediglich dieses Prozesskostenhilfprüfungsverfahren anhängig ist, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Ag.in in das Verfahren bereits einbezogen worden ist. Voraussetzung ist weiterhin, dass sich zwei Gerichte rechtskräftig für unzuständig erklärt haben. Derartige rechtskräftige Unzuständigkeitserklärungen liegen vor. Das Amtsgericht Lübeck hat sich durch Beschluss vom 29.8.2018 für unzuständig erklärt und diesen Beschluss auch den Parteien zugeleitet. Weiterhin hat sich auch das Amtsgericht Bad Segeberg für unzuständig erklärt, nämlich durch diesen Beschluss, und hat das Gericht auch die Zuleitung an die Parteien verfügt.

Für die Bestimmung ist das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht zuständig, weshalb das Gericht diesem das Verfahren zur Entscheidung vorgelegt hat. Denn das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht ist das nächsthöhere gemeinsame Gericht für die Amtsgerichte Lübeck und Bad Segeberg, deren Sitze in verschiedenen Landgerichtsbezirken im Bezirk des Oberlandesgerichts Schleswig liegen

(vgl. zu der Voraussetzung „nächsthöheres gemeinsames Gericht“: Heinrich in: Musielak, 15. Aufl. (2018), § 36 ZPO, Rn. 8).

2. Das Amtsgericht Bad Segeberg hält sich nicht für örtlich zuständig. Weder ist nach den §§ 12–35 ZPO, § 215 VVG eine örtliche Zuständigkeit des Gerichts gegeben noch ergibt sich eine örtliche Zuständigkeit des Gerichts aus einer Bindungswirkung des Beschlusses des Amtsgerichts Lübeck vom 29.8.2018.

a) Das Amtsgericht Bad Segeberg ist nicht nach §§ 12–35 ZPO, § 215 Abs. 1 VVG zuständig.

Eine Zuständigkeit ergibt sich nicht aus § 215 Abs. 1 VVG (analog). Nach dieser Regelung ist für Klagen aus dem Versicherungsvertrag oder der Versicherungsvermittlung auch das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Versicherungsnehmer zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz, in Ermangelung eines solchen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für Klagen gegen den Versicherungsnehmer ist dieses Gericht ausschließlich zuständig.

Sinn und Zweck des § 215 Abs. 1 S. 1 VVG ist, dem Versicherungsnehmer eine wohnortnahe Klagemöglichkeit zu garantieren

(Klimke in: Prölss/Martin, 30. Aufl. (2018), § 215 VVG, Rn. 1).

Diese Regelung rechtfertigt sich aus der regelmäßig gegebenen fachlichen und organisatorischen Überlegenheit des Versicherers, der diese sich vor allem deshalb entgegenhalten lassen muss, weil er im Rahmen der Sonderverbindung zum Versicherungsnehmer typischerweise von seiner Überlegenheit profitiert

(Klimke in: Prölss/Martin, 30. Aufl. (2018), § 215 VVG, Rn. 1).

Ein Rechtsstreit am Wohnort des Versicherungsnehmers ist für den Versicherer mit weit weniger Aufwand und Risiken verbunden als eine wohnortferne Klage oder Inanspruchnahme für den Versicherungsnehmer

(Klimke in: Prölss/Martin, 30. Aufl. (2018), § 215 VVG, Rn. 1).

Auch wenn es § 215 Abs. 1 S. 1 VVG nicht ausdrücklich formuliert, wird aus dem Sinn und Zweck dieser Regelung deutlich, dass der Gerichtsstand nur dann greift, wenn die Klage von dem Versicherungsnehmer erhoben wird

(so auch: Looschelders in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 2. Aufl. (2017), § 215 VVG, Rn. 21).

Klagt eine andere Person als der Versicherungsnehmer auf Versicherungsleistungen, würde § 215 Abs. 1 S. 1 VVG nicht den von ihm bezweckten Schutz (geringer Aufwand und geringe Risiken für Rechtsstreit am Wohnort) gewähren, wenn diese andere Person an das für den Wohnort des Versicherungsnehmers zuständige Gericht verwiesen wäre. Im Übrigen besteht für den nicht klagenden Versicherungsnehmer kein Schutzbedürfnis durch § 215 Abs. 1 S. 1 VVG, sondern allenfalls für die klagende dritte Person.

Auf dieser Grundlage kann das Amtsgericht Bad Segeberg, in dessen Bezirk die Veräußerin des Kraftfahrzeugs ihren Wohnsitz hat, nicht das zuständige Gericht in dem Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren sein. Selbst wenn die Veräußerin noch Versicherungsnehmerin wäre, wäre sie jedenfalls nicht die klagende Person. Weder für die Veräußerin noch für den Ast. besteht ein Schutzbedürfnis, welches dem Sinn und Zweck des § 215 Abs. 1 S. 1 VVG entspricht, eine Zuständigkeit des Amtsgerichts Bad Segeberg anzunehmen.

Vielmehr ergibt sich aus einer (zumindest analogen) Anwendung von § 215 Abs. 1 S. 1 VVG, dass das Amtsgericht Lübeck zuständig ist. Scheidet der Vertragspartner des Versicherers aus (z.B. als Erbe, nach § 95 Abs. 1 VVG oder im Zuge einer rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme) und wird dieser kraft Gesetzes ausgewechselt, gilt die Regelung des § 215 Abs. 1 S. 1 VVG auch zugunsten des neuen Versicherungsnehmers

(Klimke in: Prölss/Martin, 30. Aufl. (2018), § 215 VVG, Rn. 13; Staudinger in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 3. Edition (Stand: 30.06.2016), § 215 VVG, Rn. 47; Rixecker in: Langheid/Rixecker, 5. Aufl. (2016), § 215 VVG, Rn. 3; Looschelders in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 2. Aufl. (2017), § 215 VVG, Rn. 19–21).

Für Klagen des neuen Versicherungsnehmers ist daher auf dessen Wohnort abzustellen

(Klimke in: Prölss/Martin, 30. Aufl. (2018), § 215 VVG, Rn. 13; Looschelders in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 2. Aufl. (2017), § 215 VVG, Rn. 21).

§ 215 Abs. 1 S. 1 VVG knüpft daran an, wer zum Zeitpunkt der Klageerhebung Versicherungsnehmer ist

(Klimke in: Prölss/Martin, 30. Aufl. (2018), § 215 VVG, Rn. 13; Looschelders in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 2. Aufl. (2017), § 215 VVG, Rn. 21).

So liegt es hier. Denn der Ast. ist gemäß § 95 Abs. 1 VVG in die Position des Versicherungsnehmers an Stelle der Veräußerin eingetreten. Nach dieser Regelung, auf die sich der Ast. auch gegenüber der Ag.in beruft, tritt der Erwerber einer Sache kraft Gesetzes an die Stelle des Veräußerers in die aus dem Versicherungsverhältnis nach der Veräußerung sich ergebenden (genauer: entstehenden) Rechte und Pflichten eines Versicherungsnehmers ein. Daraus folgt: Die nach der Veräußerung sich ergebenden Rechte und Pflichten eines Versicherungsnehmers entstehen in der Person des Erwerbers,

insbesondere die ab der Veräußerung entstehende Prämienzahlungspflicht und der Anspruch auf die Versicherungsleistung für einen nach der Veräußerung eintretenden Versicherungsfall. Diese Voraussetzungen liegen vor.

Der Ast. erwarb von der Veräußerin als Versicherungsnehmerin das bei der Ag.in versicherte Kraftfahrzeug. Rechtsfolge ist, dass der Ast. in die Rechte und Pflichten der Veräußerin gegenüber der Ag.in eingetreten ist und wie ein Versicherungsnehmer zu behandeln ist. In dieser Stellung dient es dem Schutzzweck des § 215 Abs. 1 S.1 ZPO allein, wenn eine Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk der Ast. seinen Wohnsitz hat (also des Amtsgerichts Lübeck), bejaht wird.

Eine Zuständigkeit des Amtsgerichts Bad Segeberg nach den §§ 12-35 ZPO ist ebenso wenig gegeben.

b) Eine Zuständigkeit des Amtsgerichts Bad Segeberg ergibt sich auch nicht daraus, dass es an den Verweisungsbeschluss des Amtsgerichts Lübeck vom 29.8.2018 gebunden wäre.

Grundsätzlich ist ein Gericht, an das ein Verfahren verwiesen worden ist, zwar an den Verweisungsbeschluss gemäß § 281 Abs. 2 S. 4 ZPO gebunden. Die Bindungswirkung nach § 281 Abs. 2 S. 4 ZPO entfällt ausnahmsweise aber unter anderem dann, wenn ein Gericht die eigene Zuständigkeit ohne oder mit einer nicht nachvollziehbaren Begründung verneint und sich mit sich aufdrängenden Gegenargumenten nicht auseinandersetzt

(OLG Hamm NZI 2017, 517).

Das Gericht meint, dass ein solcher Ausnahmefall gegeben ist.

Das Amtsgericht Lübeck hat in seinem Beschluss vom 29.8.2018 (und seiner Hinweisverfügung vom 30.7.2018) die eigene Unzuständigkeit nicht begründet und für eine Zuständigkeit des Amtsgerichts Bad Segeberg lediglich ausgeführt, dass es gemäß § 215 VVG als Wohnsitzgericht der Versicherungsnehmerin örtlich zuständig sei. Indes hätte Anlass bestanden, sich in der Begründung weitergehend mit der Zuständigkeitsfrage auseinanderzusetzen. So fehlt nach Auffassung des Gerichts eine Erörterung mit den Anhaltspunkten zu § 215 Abs. 1 S. 1 VVG,

- dass die „Versicherungsnehmerin“, also die Veräußerin, nicht die klagende Person ist,
- dass der Versicherungsgegenstand, also das Kraftfahrzeug von der „Versicherungsnehmerin“ veräußert worden ist und
- dass der Ast. in dem Entwurf seiner Klageschrift auf seine Anspruchsberechtigung gegenüber der Ag.in gem. § 95 VVG aufmerksam gemacht hat.

## **GG Art. 2 II 2, 104 I, II; PsychKG SH § 16**

**Während einer Fixierungsmaßnahme im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung muss die Eins-zu-Eins-Betreuung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal in der Weise geregelt sein, dass ein ständiger und unmittelbarer Sichtkontakt zwischen dem Personal der Klinik und dem Fixierten sichergestellt und das Personal für den Fixierten stets erreichbar ist.**

AG Bad Segeberg, Beschluss v. 22. Oktober 2018 – 3 XIV 7811 L –, Fö

Eine Fixierung ist nicht anzuordnen, weil sich das Psychiatrische Krankenhaus Rickling nicht an die Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Durchführung einer Fixierung hält.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (NJW 2018, 2619) muss während einer Fixierungsmaßnahme im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung eine Eins-zu-Eins-Betreuung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal gewährleistet sein.

Das Gericht versteht die Entscheidung des BVerfG zur Eins-zu-eins-Betreuung so, dass ein ständiger und unmittelbarer Sichtkontakt zwischen dem Personal der Klinik und dem Fixierten sichergestellt sein muss und dass das Personal für den Fixierten stets erreichbar sein muss.

So liegt es hier aber nicht.

Ausweislich eines Telefonates mit der Station ..., Schwester ..., findet ein Sichtkontakt zu dem Betroffenen nur alle 10 bis 15 Minuten statt. Eine Änderung dieser Praxis haben weder die Schwester noch der behandelnde Oberarzt zugesagt.

## Familienrecht

### FamFG § 9 I Nr. 3

**Jugendliche sind in Kindschaftssachen, die ihre Person betreffen, verfahrensfähig, soweit sie ein ihnen nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht geltend machen. Ein solches Recht ist das Recht auf Ausübung der elterlichen Sorge nach §§ 1626 Abs. 1, 1631 Abs. 1 BGB. Jugendliche können in einer solchen Kindschaftssache einen eigenen Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe stellen.**

SchlHOLG, 1. Familiensenat, Beschl. v. 8. November 2018 – 8 WF 170/18 –, Me.

### Aus den Gründen

I. Die Beschwerde der 17-jährigen Jugendlichen V. richtet sich gegen die Zurückweisung ihres Antrags auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe in einer ihre Person betreffenden Kindschaftssache.

1. Die Jugendliche V. hat sich am 7. Juni 2018 an die Rechtsantragsstelle des Familiengerichts gewendet und zu Protokoll gegeben, dass sich ihre allein sorgeberechtigte Mutter nicht um sie kümmere, nicht für ihre Schule oder Ausbildung unterschreibe und ihr auch kein Geld gebe. Seit zwei Jahren wohne sie nicht mehr bei ihrer Mutter und seit drei Wochen habe sie gar keinen Kontakt mehr zu ihr. Das Familiengericht hat die Niederschrift der Mutter V.s und dem Jugendamt zugeleitet und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Mit Schriftsatz vom 1. August 2018 hat Rechtsanwältin W. mitgeteilt, dass sie V. vertrete. Sie hat zur Begründung des Anliegens von V. ergänzend ausgeführt, dass deren Mutter den Lebensunterhalt V.s nicht sicherstelle, nicht den Arbeitsvertrag unterschreibe, nicht für den Krankenversicherungsschutz Sorge und sich auch sonst nicht um V. kümmere. Weiter hat Rechtsanwältin W. einen Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für V. gestellt.

2. Durch Beschluss vom 13. August 2018 hat das Familiengericht der Jugendlichen V. eine Verfahrensbeiständige bestellt. Mit dem angefochtenen Beschluss vom 14. August 2018 hat das Familiengericht den Antrag V.s auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe zurückgewiesen. Zur Begründung hat das Familiengericht ausgeführt, V. sei nicht verfahrensfähig, da sie in dem Verfahren nicht ein ihr nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht geltend mache. Die Einbeziehung eines Kindes in das Verfahren wegen gerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls solle nicht dazu führen, dass dadurch Nachteile für das Kind entstehen. Bei einer extensiven Auslegung der Ausnahmenvorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG hätte der Jugendliche die volle Beteiligtenstellung einschließlich eines Anwesenheitsrechts im Termin und eines Rechts auf Übermittlung sämtlicher Schriftstücke an ihn selbst. So würden die Konflikte der Eltern mit ihm als „Epizentrum“ auch im Gericht ausgetragen. Das laufe dem Schutzgedanken des Kindschaftsverfahrens diametral zuwider.

3. Mit Beschluss vom 3. September 2018 hat das Familiengericht der Mutter V.s Verfahrenskostenhilfe bewilligt und dieser eine Rechtsanwältin beigeordnet. V. hat am 10. September 2018 dem Familiengericht telefonisch mitgeteilt, dass sie mit der Bestellung der Verfahrensbeiständigen nicht einverstanden sei. Diese vertrete nur die Rechte ihrer Mutter und

sei befangen, sodass sie anfrage, ob ihr nicht zusätzlich eine Rechtsanwältin zur Seite gestellt werden könne. Das Familiengericht hat Rechtsanwältin W. unmittelbar vor dem Termin zur mündlichen Erörterung vom 12. September 2018 darauf hingewiesen, dass sie an diesem Termin nicht teilnehmen könne und dass nicht beabsichtigt sei, der Beschwerde V.s gegen die Zurückweisung ihres Antrags auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe abzuwehren. In diesem Termin hat die Verfahrensbeiständige vorgeschlagen, dass die persönliche Anhörung V.s durch das Familiengericht in ihrer Abwesenheit stattfinden könne, wenn dies V. entlaste. Das Familiengericht hat daraufhin V. in Abwesenheit aller übrigen Beteiligten persönlich angehört. Im Termin zur mündlichen Erörterung vom 12. September 2018 hat das Familiengericht mit der Mutter und deren Verfahrensbevollmächtigten, der Verfahrensbeiständigen und dem Vertreter des Jugendamtes erörtert, wie einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls begegnet werden kann. V. und Rechtsanwältin W. haben an diesem Termin nicht teilgenommen. Durch den Beschluss vom 12. September 2018 hat das Familiengericht der Mutter die elterliche Sorge entzogen und das Jugendamt zum Vormund bestellt. Diesen Beschluss hat das Familiengericht auch V. persönlich zugestellt. Er ist zwischenzeitlich rechtskräftig.

4. Rechtsanwältin W. hatte vor dieser Endentscheidung für V. am 10. September 2018 Beschwerde gegen den Beschluss des Familiengerichts vom 14. August 2018 Beschwerde eingelegt. Die Begründung des Familiengerichts, dass es bei der Ausübung des staatlichen Wächteramtes in Sorgerechtsachen nicht um ein konkretes subjektives Recht des Jugendlichen gehe, werde dem konkreten Sachverhalt nicht gerecht. So habe auch das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg entschieden (FamRZ 2018, 105). V. habe sich durch das Verhalten ihrer Mutter gravierend in ihrer Lebensführung beeinträchtigt gefühlt. Da diese ihr nicht die Krankenkassenkarte ausgehändigt habe, seien die Rechte V.s nach § 1631 BGB berührt. Bis heute habe die Mutter ihre Zustimmung zum Abschluss des Arbeitsvertrages verweigert. Durch mehrfache persönliche Gespräche sei für sie als Verfahrensbevollmächtigte ein beträchtlicher Arbeitsaufwand entstanden, so dass eine Rücknahme der Beschwerde nach der Entziehung der elterlichen Sorge nicht in Betracht komme.

II. Die nach § 76 Abs. 2 FamFG iVm den §§ 567 Abs. 1 Nr. 1, 569 Abs. 1, 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO zulässige Beschwerde hat Erfolg.

1. Auf die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe finden nach § 76 Abs. 1 FamFG grundsätzlich die Vorschriften der ZPO über die Prozesskostenhilfe entsprechende Anwendung. Nach § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO erhält ein Beteiligter, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Verfahrensführung nicht aufbringen kann, auf Antrag Verfahrenskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Diese Voraussetzungen liegen vor, insbesondere hat die verfahrensfähige Jugendliche V. einen zulässigen Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe gestellt.

2. Verfahrensfähig sind nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG die



nach bürgerlichem Recht beschränkt Geschäftsfähigen, soweit sie das 14. Lebensjahr vollendet haben und sie in einem Verfahren, das ihre Person betrifft, ein ihnen nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht geltend machen. So liegt es hier.

a) V. hat das 14. Lebensjahr vollendet. Sie ist nach § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig. Das Verfahren betrifft ihre Person. Sie macht in diesem Verfahren ein ihr nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht geltend.

b) Die Personensorge umfasst nach § 1631 Abs. 1 BGB die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Diese Bestimmung stellt eine nicht abschließende Konkretisierung des Inhalts der Personensorge, als einem der beiden Teilbereiche der elterlichen Sorge, dar

(vgl. Preisner, in: Soergel BGB Stand Herbst 2016 § 1631 Rn. 3).

Die Eltern haben nach § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst nach § 1626 Abs. 1 Satz 2 BGB die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge). Durch § 1626 Abs. 1 BGB wird zwischen dem Kind und seinem sorgeberechtigten Elternteil ein gesetzliches Schuldverhältnis familienrechtlicher Natur mit elterlichen Pflichten gegenüber dem Kind begründet

(vgl. Preisner, aaO § 1626 Rn. 77; Huber, in: Münchener Kommentar BGB 7. Aufl. § 1626 Rn. 7).

c) V. hat mit ihren Anträgen und Erklärungen vom 7. Juni 2018 diese ihr nach bürgerlichem Recht zustehenden Rechte geltend gemacht. Damit ist sie auch für dieses Verfahren verfahrensfähig und kann einen zulässigen Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe stellen sowie eine Rechtsanwältin mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragen

(vgl. zur Verfahrensfähigkeit von minderjährigen Kindern und deren Möglichkeit zur eigenständigen Beauftragung eines Rechtsanwalts ebenso: OLG Hamburg FamRZ 2018, 843 mit krit. Anm. von Rake; OLG Hamburg FamRZ 2018, 105 juris Rn. 3, jeweils bei Verletzung eines Rechtes nach § 1631 Abs. 2 BGB; OLG Bremen FamRZ 2017, 1701 juris Rn. 4 für ein Verfahren betreffend die Auswahl eines Vormunds; OLG Braunschweig InfAuslR 2016, 367 juris Rn. 17 für alle Kindschaftssachen nach § 151 FamFG; OLG Dresden FamRZ 2014, 1042 juris Rn. für einen Fall der Verfahrensfähigkeit nach § 167 Abs. 3 FamFG; OLG Stuttgart FamRZ 2014, 1482 juris Rn. 9 für ein Verfahren wegen Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern; Hüßtege, in: Thomas/Putzo ZPO 39. Aufl. § 9 FamFG Rn. 6 unter Hinweis auf OLG Hamm FamRZ 2012, 811 juris Rn. 9 für eine weite Auslegung des § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG unter Einbeziehung auch von Abstammungssachen; Borth/Grandel, in: Musielak/Borth FamFG 6. Aufl. § 9 Rn. 3 für den Bezug auf Kindschaftssachen, die die Person des Kindes betreffen; ebenso Burschel, in: BeckOK FamFG 28. Edition § 9 Rn. 7; vgl. auch BTDrucks. 16/9733, Seite 288: „Die Vorschrift erlaubt ihm [gemeint: ein Kind, dass das 14. Lebensjahr vollendet hat] die eigenständige Geltendmachung materieller Rechte im kindschaftsrechtlichen Verfahren, das seine Person betrifft, ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters.“).

d) Die für ein engeres Verständnis des § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG vorgebrachten Gründe

(kritisch insbesondere Köhler ZKJ 2018, 50; Heiter FamRZ 2009, 85; Rake aaO; für Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB: Zimmermann, in: Keidel FamFG 19. Aufl. § 9 Rn. 12)

sind nicht überzeugend. Es lässt sich insbesondere nicht allgemein sagen, dass die Annahme der Verfahrensfähigkeit eines betroffenen Jugendlichen in Kindschaftssachen wegen gerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls zu einer größeren Beeinträchtigung des Jugendlichen führt als die Verneinung der Verfahrensfähigkeit. Im Gegenteil kann das Verfahren für einen Jugendlichen erheblich belastender sein, wenn er auf dessen Verlauf nicht selbständig einwirken kann. Das zeigt das vorliegende Verfahren anschaulich.

e) Die Jugendliche V. hat die Verfahrensbeiständin abgelehnt, so dass die persönliche Anhörung V.s durch das Familiengericht nicht in deren Anwesenheit stattfand. V. musste bei der persönlichen Anhörung durch das Familiengericht ihren Standpunkt allein und ohne die von ihr gewünschte Unterstützung durch die gewählte Rechtsanwältin geltend machen. Der für die Endentscheidung wesentliche Termin zur mündlichen Erörterung vom 12. September 2018 wurde in Abwesenheit V.s und auch in Abwesenheit ihrer Rechtsanwältin durchgeführt, die ungeachtet der gegen den angefochtenen Beschluss bereits eingelegten Beschwerde keine Möglichkeit zur Teilnahme hatte. Der Mutter V.s hat das Familiengericht dagegen Verfahrenskostenhilfe bewilligt und eine Rechtsanwältin beigeordnet, so dass ein verfahrensrechtliches Ungleichgewicht von V. und ihrer Mutter noch erheblich verstärkt wurde. Im „Epizentrum“ des Verfahrens stand V. ungeachtet all dieser belastenden Umstände dennoch.

f) Das Familiengericht kann und muss das Verfahren für einen betroffenen verfahrensfähigen Jugendlichen möglichst schonend gestalten. Sind etwa in dem Verfahren mehrere Beteiligte persönlich anzuhören, hat die Anhörung eines Beteiligten nach § 33 Abs. 1 Satz 2 FamFG in Abwesenheit der anderen Beteiligten stattzufinden, falls dies zum Schutz des anzuhörenden Beteiligten oder aus anderen Gründen erforderlich ist. Es muss demnach in einem Termin zur mündlichen Erörterung nicht zu einer direkten Konfrontation eines Jugendlichen mit seinen Eltern kommen, wenn das zum Schutz des Jugendlichen erforderlich ist. Den betroffenen Jugendlichen vom Termin zur mündlichen Erörterung jedoch generell ausschließen zu wollen entspricht in dieser Allgemeinheit auch nicht § 157 Abs. 1 FamFG. Danach soll das Gericht in Verfahren nach den §§ 1666 und 1666a BGB mit den Eltern und in geeigneten Fällen auch mit dem Kind erörtern, wie einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls begegnet werden kann. Der betroffene Jugendliche kann sich bei Bejahung seiner Verfahrensfähigkeit schließlich an einen Rechtsanwalt seines Vertrauens wenden und sich diesen bei Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe und Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen beordnen lassen. Der Rechtsanwalt des Jugendlichen kann diesen dann im Termin zur mündlichen Erörterung vertreten, wenn der Jugendliche an einem solchen Termin nicht persönlich teilnehmen will. Die Entscheidung, gegen die das Kind das Beschwerderecht ausüben kann, ist dem Kind zwar selbst bekannt zu machen, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig ist (§ 164 Satz 1 FamFG). Eine Begründung soll dem Kind jedoch nach § 164 Satz 2 FamFG nicht mitgeteilt werden, wenn Nachteile für dessen Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit zu befürchten sind.

g) Die Belastung von Jugendlichen durch Kindschaftssachen ist bei Verfahren wegen gerichtlichen Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls auch nicht schlechthin und im Allgemeinen größer als etwa bei Verfahren nach § 1671 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB

(die in BTDrucks. 16/9733 Seite 288 ausdrücklich als Beispielfälle zu § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG genannt sind)

oder nach § 1684 Abs. 1 BGB. Auch das spricht dafür, die Verfahrensfähigkeit von Jugendlichen nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG nicht zu eng zu verstehen.

h) Ein zu enges Verständnis des § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG ist schließlich kaum mit § 60 FamFG in Einklang zu bringen. Danach kann ein Kind, für das die elterliche Sorge besteht und das bei Erlass der Entscheidung das 14. Lebensjahr vollendet hat, in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters das Beschwerderecht ausüben. Die Person des Kindes betreffende Angelegenheiten sind in erster Linie solche, auf die sich die Personensorge bezieht

(vgl. Fischer, in: Münchener Kommentar FamFG 3. Aufl. § 60 Rn. 18),

also insbesondere auch Verfahren wegen gerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls, die zur Entziehung der Personensorge geführt haben

(vgl. Meyer-Holz, in: Keidel aaO § 60 Rn. 10).

Der Jugendliche kann allein aufgrund seines Beschwerde-rechts nach § 60 FamFG selbständig einen Dritten mit seiner Vertretung beauftragen hat damit auch die Möglichkeit, selbst einen zulässigen Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe und Beordnung eines Rechtsanwalts zu stellen

(vgl. Fischer aaO Rn. 8 ff.).

Bei einem zu engen Verständnis des § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG und einer Verneinung der Verfahrensfähigkeit eines Jugendlichen in seine Person betreffenden Angelegenheiten nach §§ 1631, 1626 BGB müsste der Jugendliche das Verfahren des ersten Rechtszuges in wesentlichen Teilen hinnehmen und den Erlass der Endentscheidung abwarten, bis er durch den Erlass der Endentscheidung seine Verfahrensfähigkeit erlangen würde

(vgl. Fischer aaO Rn. 5: „Es ist wenig nachvollziehbar, wenn der jugendliche Minderjährige seine .... Verfahrensfähigkeit erst mit Erlass der Endentscheidung erlangt.“).

Das wäre einem betroffenen Jugendlichen nicht verständlich zu machen und könnte für den Jugendlichen zu erheblichen Nachteilen führen, da der Beschwerderechtszug für ihn in manchen Fällen „zu spät“ kommen könnte.

3. Die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 FamFG für die Beordnung der Rechtsanwältin V.s liegen vor. Wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage erscheint die Vertretung der Jugendlichen durch eine Rechtsanwältin erforderlich. Das ergibt sich aus der besonderen Bedeutung des Verfahrens für V. und aus dem Umstand, dass auch ihre Mutter sich durch eine Rechtsanwältin hat vertreten lassen.

III. Die Voraussetzung des § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1,2 FamFG für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor. Für die Jugendliche V. ist der Beschluss nach § 76 Abs. 2 FamFG iVm § 127 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht anfechtbar, da ihr ratenfrei Verfahrenskostenhilfe bewilligt ist. Die Staatskasse darf nach § 76 Abs. 2 FamFG iVm § 127 Abs. 3 ZPO nur kontrollieren, ob bei der Verfahrenskostenhilfebewilligung zu Unrecht Zahlungsanordnungen unterblieben sind

(vgl. Zöllner/Geimer ZPO 32. Aufl. § 127 Rn. 16).

Insoweit hat die Rechtssache aber keine grundsätzliche Bedeutung. Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert insoweit auch nicht eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

## FamFG §§ 35 II, 5; 220 III

- 1. Vor jeder erneuten Festsetzung eines Zwangsgeldes gemäß § 35 Abs. 1 FamFG bedarf es eines nochmaligen Hinweises nach § 35 Abs. 2 FamFG.**
- 2. Der allgemeine Verweis auf die Möglichkeit einer wiederholten Festsetzung von Zwangsmitteln vor der erstmaligen Verhängung von Zwangsgeld genügt nicht.**

SchlOLG, 2. Familiensenat, Beschluss vom 17. April 2019 – 10 WF 87/19, Sp. Der Beschluss ist bestandskräftig.

*Das Familiengericht hat gegen die Beschwerdeführerin wegen der Verletzung ihrer Mitwirkungspflichten (Unterlas-*

*sen der Einreichung des Vordruckes V 10) nach einem Hinweis gem. § 35 Abs. 2 FamFG im November 2018 ein Zwangsgeld festgesetzt. Nachdem die Beschwerdeführerin ihrer Verpflichtung weiterhin nicht nachkam, hat es im April 2019 erneut ein Zwangsgeld festgesetzt, diesmal ohne einen erneuten Hinweis gem. § 35 FamFG.*

### Aus den Gründen

Die nach den §§ 35 Abs. 5 FamFG, 567 ff. ZPO statthafte und im Übrigen zulässige sofortige Beschwerde der Ag.in führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

Das Familiengericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Ag.in ihrer Mitwirkungspflicht gemäß § 220 Abs. 3 FamFG nicht nachgekommen ist, weil sie den Vordruck V 10 trotz gerichtlicher Aufforderung nicht eingereicht hat. Deshalb hat das Familiengericht nach einem Hinweis gemäß § 35 Abs. 2 FamFG mit Beschluss vom 2. November 2018 bereits mit Beschluss vom 23. November 2018 gegen die Ag.in ein Zwangsgeld in Höhe von 300 € festgesetzt.

Der Zwangsgeldbeschluss vom 4. April 2019 ist allerdings aufzuheben, da das Familiengericht vor der wiederholten Festsetzung des Zwangsgeldes mit dem angefochtenen Beschluss die Ag.in nicht erneut gemäß § 35 Abs. 2 FamFG auf die Folgen der Zuwiderhandlung hingewiesen hat.

Grundsätzlich ist es zulässig, dass ein Zwangsgeld wiederholt verhängt wird, bis der Anordnung Folge geleistet wird

(Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 35 Rn. 48).

Allerdings muss jeder erneuten Festsetzung eines Zwangsgeldes ein nochmaliger Hinweis vorausgehen, dass bei andauernder Weigerung des Verpflichteten erneut mit der Festsetzung von Zwangsgeld oder -haft rechnen ist

(Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2018, § 35 Rn. 16; OLG Karlsruhe FamRZ 2016, 1103).

Daran fehlt es hier. Ausweislich der Verfahrensakte hat das Familiengericht durch Beschluss vom 2. November 2018 die Ag.in auf die Möglichkeit der Verhängung von Zwangsgeld bzw. Zwangshaft hingewiesen. In diesem Beschluss erfolgte auch der Hinweis, dass Zwangsgeld und Zwangshaft wiederholt verhängt werden können.

Ein erneuter Hinweis gemäß § 35 Abs. 2 FamFG vor der Verhängung des weiteren Zwangsgeldes im Beschluss vom 4. April 2019 erfolgte ausweislich der Verfahrensakte nicht. Der allgemeine Hinweis in dem Beschluss vom 2. November 2018 auf die Möglichkeit einer wiederholten Festsetzung genügt nicht

(vgl. Rüntz in: Bahrenfuss, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 18; Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 35 Rn. 16).

Denn die Zielrichtung von Zwangsmitteln nach § 35 FamFG, die Befolgung gerichtlicher Anordnungen zu erzwingen, gebietet es, vor jeder erneuten Festsetzung des Zwangsmittels auf die Folgen der Zuwiderhandlung erneut hinzuweisen. Erst wenn dieser Hinweis sein Ziel nicht erreicht, dürfen die Zwangsmittel festgesetzt werden. Daraus folgt, dass dieser Hinweis vor jeder einzelnen Festsetzung von Zwangsmitteln wiederholt werden muss, um festzustellen, ob der Zweck sich nicht durch einen Hinweis auf die Folgen der Zuwiderhandlung erreichen lässt

(vgl. BayOblG FamRZ 1977, 204, 205).

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Europa, Verbraucherschutz und Gleichstellung des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamm 35, 24103 Kiel, im Eigenverlag.

Verantwortlich i.S.d. § 7 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Richterin am Oberlandesgericht Susanne Veit, 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 50,- € 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 608685, 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. -2150, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: [redaktion-schlha@olg.landsh.de](mailto:redaktion-schlha@olg.landsh.de).

– Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder. –

Druck: Verlag J.J. Augustin GmbH, Glückstadt – ISSN 1860-9643.

SchIHOLG	10. 8.2017	7 U 120/15	Der Bauherr muss sich die Kenntnis seines fachkundigen, vor Ort tätigen Ehepartners im Wege der Schadensminderung zurechnen lassen (hier Kenntnis von einer zu flachen Baugrube)	432
SchIHOLG	25.10.2019	1 U 74/18	Keine Anwendung der Mindestsätze der HOAI wegen Europarechtswidrigkeit	434
SchIHOLG	18. 9.2019	12 U 123/18	Bei einem Dieselmotor mit „Thermofenster“ kann ein deliktischer Schädigungsvorsatz des Motorenherstellers nicht vermutet werden	437
SchIHOLG	22. 10.2018	9 W 142/18	Festsetzung von Reisekosten gegen den Prozessgegner, die möglicherweise im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs von Dritten zu ersetzen sind	442
AG Bad Segeberg	22. 11.2018	17 C 309/18 (2)	Gerichtsstand bei Wechsel des Versicherungsnehmers gem. § 95 VVG wegen Veräußerung der versicherten Sache (§ 215 Abs. 1 Satz 1 VVG)	444
AG Bad Segeberg	22. 10.2018	3 XIV 7811 L	Eins-zu-Eins-Betreuung während einer Fixierungsmaßnahme im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Unterbringung	445
<i>Familienrecht</i>				
SchIHOLG	8. 11.2018	8 WF 170/18	Zur Verfahrensfähigkeit von Jugendlichen in Kindschaftssachen	446
SchIHOLG	17. 4.2019	10 WF 87/19	Die wiederholte Verhängung von Zwangsgeld nach § 35 FamFG setzt vor der Verhängung einen erneuten Hinweis gemäß § 35 Abs. 2 FamFG voraus. Der allgemeine Verweis auf die Möglichkeit einer wiederholten Festsetzung von Zwangsmitteln vor der erstmaligen Verhängung von Zwangsgeld genügt nicht	448

#### Buchanzeige

Dr. Andreas Schmidt (Hrsg.)

### Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht

InsO – InsVV – SchVG – Haftungsrecht – Steuerrecht – Strafrecht

7. Auflage 2019, 3056 Seiten, gebunden, 194,- €; ISBN 978-3-452-28972-8

erschienen im Carl Heymanns Verlag, Wolters Kluwer, Neuwied

Der Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht überzeugt durch seine praxisgerechte Gestaltung. Neben einer präzisen und verlässlichen Kommentierung der InsO werden alle insolvenzrechtlichen Nebengebiete (insbesondere: InsVV, Insolvenzstrafrecht und – neu – das Insolvenzsteuerrecht) bearbeitet.

Neu in der 7. Auflage:

- Reform des Konzerninsolvenzrechts (Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen)
- Reform des Insolvenzanfechtungsrechts 2017 (Gesetz zur Verbesserung der Rechtsicherheit bei Anfechtungen nach der InsO und nach dem AnfechtungsG)
- Stand der Evaluation des ESUG 2018
- Insolvenzsteuerrecht
- Neugestaltung der Kommentierung zur gesellschaftsrechtlichen Haftung (u.a. § 64 GmbHG, Kapitalaufbringung und -erhaltung, Patronatserklärung, D&O Versicherung) Neugestaltung der Kommentierung zu § 19 SchVG
- Ausblick: RLE Entwurf der EU-Richtlinie zur vorinsolvenzlichen Restrukturierung

Der Kommentar zum gesamten Insolvenzrecht – von Praktikern für Praktiker:

- aktuelle Kommentierung der InsO sowie der insolvenzrechtlichen Nebengesetze aus einem Guss und in einem Werk
- praxisorientierte Kommentierung mit Praxistipps, Hinweisen, Übersichten, Formulierungsvorschlägen, Checklisten
- das lokal vernetzte Autorenteam steht für Qualität, Aktualität und Praxisnähe

Der Herausgeber:

Dr. Andreas Schmidt, Insolvenzrichter, AG Hamburg

Buchanzeige

Mainczyk/Nessler

## Bundeskleingartengesetz

Praktiker Kommentar mit ergänzenden Vorschriften

neu: erschienen 3.9.2019

12. Auflage 2019. Buch. 536 S. Hardcover, 49,99 €; ISBN 978-3-8073-2682-5

erschienen im Rehm-Verlag, München

Das Werk ist Teil der Reihe: > RehmBau

„Der Mainczyk“ unterrichtet auch weiterhin – im Sinne des Begründers – als Praktiker-Kommentar zuverlässig und verständlich über das geltende Kleingarten-Recht und die mit dem BKleinG in der Praxis eng verknüpften anderen rechtlichen Vorschriften. Mit der 12. Auflage hat Patrick R. Nessler, ein Experte in Kleingartenangelegenheiten aus der rechtsanwaltlichen Sicht, den Kommentar alleine übernommen.

### Die Neuerungen

Die Neuauflage ist vollständig überarbeitet worden, insbesondere unter kritischer Bewertung von gerichtlichen Entscheidungen, z.B. zum Verhältnis Erholungs- zur gärtnerischen Nutzung.

Sie berücksichtigt alle Neuerungen seit der letzten Auflage, so z.B. zu:

- Unterpachtverhältnissen
- Verwaltungszuschlägen
- Bewertung von Lauben

Im Anhang finden sich die wichtigsten ergänzenden Vorschriften. Ein ausführliches Stichwortverzeichnis dient zur schnellen Auffindung der gewünschten Erläuterungen.

### Ihr Vorteil

Die zentralen Fragen des Kleingartenrechts werden vertieft und leicht verständlich verläutert.

Autoren

Lorenz Meinczyk, Ministerialrat a.D., vormals Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, Rechtsanwalt; Patrick R. Nessler, Rechtsanwalt

Buchanzeige

Mainczyk/Nessler/Bauer

## Bundeskleingartengesetz

Textsammlung mit Einführung

neu: erschienen 13.8.2019

8., erweiterte Auflage, Stand: April 2019. Buch. Softcover, 17,99 €; ISBN 978-3-8073-2683-2

erschienen im Rehm-Verlag, München

Das Werk ist Teil der Reihe: > RehmBau

Die Textausgabe enthält die aktuellen Vorschriften rund um die Schaffung und den Betrieb von Kleingartenanlagen. Die handliche Sammlung bietet dazu neben dem Text des Bundeskleingartengesetzes u.a. Auszüge

- aus den Bauordnungen der Länder,
- aus den Kommunalabgabengesetzen der Länder,
- aus dem BGB,
- aus den Bewertungsgesetzen der DDR und des Bundes,
- sowie aus dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz.

Die verständliche Einführung gibt einen Überblick über die rechtlichen Grundlagen von Kleingärten. Zusätzlich wurden nun auch Ausführungen zur Bewertung von Kleingärten aufgenommen.

Mit der Textsammlung hat der am Kleingartenrecht Interessierte eine zuverlässige Hilfe und Kurzinformation zur Hand.