

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

## Aus dem Inhalt

*Uwe Boysen*

Gemischte Gefühle – Zum geplanten Landesbehindertengleichstellungsgesetz

*Lidija Baumann und Anne Wittern*

Häusliche Gewalt (Partnergewalt) und ihre Auswirkung auf die Entwicklung junger Kinder – ein Praxisbericht

*Dr. Jens Hilgenhövel*

Neuere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Berufungsrecht (Teil III und Schluss)

**Aktuell:**

„Dieselabgasskandal“ Mercedes-Benz (OLG, Urteil v. 19.2.2021 – 1 U 91/20)

EncroChat-Krypto-Handys – Verwertung der Auswertung von französischen Strafverfolgungsbehörden in Strafverfahren (OLG, Beschluss v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21)

Mai 2021

## I. Aufsätze

Uwe Boysen	Gemischte Gefühle – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen in Schleswig-Holstein	161
Lidija Baumann und Anne Wittern	Häusliche Gewalt (Partnergewalt) und ihre Auswirkung auf die Entwicklung junger Kinder – ein Praxisbericht	168
Dr. Jens Hilgenhövel	Neuere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Berufungsrecht (Teil III und Schluss)	171

## II. Amtliche Veröffentlichungen

Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des MJEV und d. MILIG-SH v. 8. Februar 2021 – II 30/3262-10-3/IV 423-19.14.20 –	Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei	184
--	---	-----

## III. Personalnachrichten

186

## IV. Ausschreibungen

187

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

SchiHOLG	19. 2.2021	1 U 91/20	Zur Haftung eines Fahrzeugherstellers bei dem Einbau einer unzulässigen Abschalteneinrichtung in die Motorsteuerung	188
SchiHOLG	10. 9.2019	7 W 19/19	Bei einem „steckengebliebenen“ selbstständigen Beweisverfahren (d.h. festgestellte Mängelbeseitigungskosten werden nur teilweise im nachfolgenden Hauptsacheverfahren geltend gemacht) ist analog § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO ein interessengerechter Kostenausgleich vorzunehmen	193
<i>Familienrecht</i>				
SchiHOLG	11. 8.2020	8 UF 87/19	Zur Verpflichtung des Ausgleichsberechtigten in einem Versorgungsausgleichsverfahren betreffend die externe Teilung von Anrechten aus der betrieblichen Altersversorgung zur Wahl eines Zielversorgungsträgers	194
<i>Strafrecht</i>				
SchiHOLG	29. 4.2021	2 Ws 47/21	Zulässigkeit der Verwertung von Ergebnissen der in Frankreich erfolgten Auswertung der Telekommunikation von EncroChat-Krypto-Handys	197

Ländernotarkasse

## Leipziger Kostenspiegel

Notarkosten Sachverhalt – Rechnung – Erläuterung

3., völlig neu bearbeitete Auflage, 2020, XVI, 1614 S., Buch, Hardcover, 89,80 € inkl. MwSt., ISBN 978-3-504-06765-6 erschienen im Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln

Mit dem „Leipziger Kostenspiegel“, herausgegeben und inhaltlich betreut von der Ländernotarkasse Leipzig, steht dem Notar und seinen Mitarbeitern ein ganz besonderes, umfangreiches Hilfsmittel zur Verfügung, das keine Kostenfrage unbeantwortet lässt. Der ganz spezielle Ansatz, mit dem das Werk einen sicheren, effizienten Umgang mit dem notariellen Kostenrecht gewährleistet, wurde natürlich auch in der dritten Auflage beibehalten: Perfekt strukturiert nach den jeweiligen Tätigkeiten des Notars werden zu allen denkbaren Konstellationen die sich jeweils ergebenden Kostenfolgen abgebildet. Ganz konkret unter detaillierter Darstellung der korrekten Rechenwege führt das Buch dabei in mehr als 1000 Berechnungsbeispielen vom Kosten auslösenden Tatbestand zur richtigen Lösung. Durch diese Orientierung am „Echtfall“ bietet es dem Notar einen schnellen Zugang auch zu nicht alltäglichen Fragestellungen; seine Mitarbeiter finden damit eine sichere, problemorientierte Arbeitsanleitung. Die dritte Auflage wurde deutlich erweitert, z. B. mit Fallbeispielen zu den folgenden Kostenproblemen:

- Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge
- Freiwillige Grundstücksumlegungen
- Beteiligungsverträge
- Vergleiche
- Konsortialverträge
- Mietverträge
- Poolvereinbarungen, insbesondere Mietpool
- Umwandlung einer UG in eine GmbH
- Erschließungsverträge
- Zustimmungsbeschluss nach § 179a AktG
- Gebührenvereinbarungen durch öffentlich-rechtlichen Vertrag
- Rechtswahlen nach der EuGüVO.

Wesentlich ausgebaut wurden auch die Bewertungsbeispiele zum Versorgungsausgleich und zum Unterhalt. Außerdem schon berücksichtigt: Die kostenseitigen Auswirkungen der aktuellen BGH-Entscheidungen zur GmbH-Gesellschafterliste und Auswirkungen neuer Sicherungssysteme der Kautelarpraxis auf das Kostenrecht, insbesondere die Sicherung des Grundstücksverkäufers durch eine bedingte Eintragungsbewilligung. Damit bleibt der „Leipziger Kostenspiegel“ das Praxisbuch, das dem Notar den entscheidenden Zusatznutzen zur einschlägigen Kommentarliteratur bietet. Herausgegeben von der Ländernotarkasse, bearbeitet von deren Kostenabteilung.

## Gemischte Gefühle

– zum Entwurf eines Gesetzes zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen in Schleswig-Holstein –

(Landesbehindertengleichstellungsgesetz – LBGG)

Uwe Boysen, VRiLG Bremen i. R.

### I. Einleitung mit Rückblick

Ein Mensch mit Behinderung war bis vor ca. 20 Jahren für die deutsche Gesellschaft – in Anspielung auf die Aktion desselben Namens – ein „Sorgenkind“.<sup>1</sup> Erste Vorboten einer Veränderung dieses Status gab es mit der Einführung von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG 1994, wonach niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf, eine Vorschrift, die erst nach langem Ringen Eingang in die novellierte Verfassung fand. Ab 1998 nahmen gesetzgeberische Aktivitäten, die sich mit der Situation von Menschen mit Behinderungen beschäftigen, dann aber Fahrt auf. Zunächst wurde 2001 in Abkehr vom Schwerbehindertengesetz von 1974 das SGB IX verabschiedet.<sup>2</sup> Es folgte das seit 1. Mai 2002 in Kraft befindliche Bundesbehindertengleichstellungsgesetz (BGG) mit ersten konkreten Rechten für Menschen mit Behinderungen im Bereich Zugänglichkeit von amtlichen Dokumenten und digitalen Programmoberflächen, gefolgt von Gesetzen der Bundesländer in unterschiedlichen Ausprägungen.<sup>3</sup>

Auch auf EU-Ebene hatte es inzwischen erhebliche Aktivitäten gegeben, um die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen zu ermöglichen bzw. zu stärken. Beispielhaft erließ der Europäische Rat in Umsetzung von Art. 10 AEUV (Vertrag von Amsterdam) bis heute drei Richtlinien. Dies sind: Richtlinie (im Folgenden jeweils: RL) 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft,<sup>4</sup> RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf<sup>5</sup> sowie RL 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gü-

tern und Dienstleistungen.<sup>6</sup>

Nach Art. 5 RL 2000/78/EG sind zum Erwerbsbereich für Menschen mit Behinderungen von den Mitgliedstaaten die erforderlichen angemessenen Vorkehrungen zur Inklusion zu treffen. Art. 7 Abs. 2 RL 2000/78/EG erlaubt den Mitgliedstaaten, darüber hinausgehende, spezifische Maßnahmen zur Eingliederung von Menschen mit Behinderungen in den Erwerbsbereich beizubehalten oder erstmals einzuführen. Zur Umsetzung dieser Richtlinie wurde in Deutschland 2006 – gegen erheblichen Widerstand von Arbeitgebern und der damaligen Opposition – das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) erlassen, das verschiedene Diskriminierungsstatbestände enthält.

Ebenfalls 2006 verabschiedete die UN-Generalversammlung die UN-Behindertenrechtskonvention (im Folgenden: UN-BRK), die 2009 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft trat und einen weiteren Motor für die Bemühungen darstellt, die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen zu verwirklichen.<sup>7</sup> Auch wenn die damalige Bundesregierung zunächst der Auffassung war, im deutschen Recht müssten im Lichte der UN-BRK keine gravierenden Veränderungen vorgenommen werden, so sickerte doch nach und nach die Erkenntnis durch, dass auch hierzulande eine substanzielle Reform der Behindertengleichstellungsgesetze notwendig sei. Es dauerte dann aber immer noch sieben Jahre, bis 2016 eine erste grundlegende Reform des BGG erfolgte, mit der versucht wurde, Grundsätze der UN-BRK in deutsches Recht zu übernehmen.

Da die UN-BRK nicht nur Anforderungen auf Bundesebene formuliert, sondern ebenso die Bundesländer in die Pflicht nimmt, war es unumgänglich, auch die Landesbehindertengleichstellungsgesetze zu novellieren.

Einen neuerlichen Schub erhielt diese Reformdiskussion durch eine weitere Richtlinie der EU, nachdem die Europäische Kommission bereits 2010 die europäische Strategie

1 Heute Aktion Mensch.

2 Zu ihm die einschlägigen Kommentare; siehe auch Welti, NJW 2001, 2210.

3 Für Schleswig-Holstein siehe das Landesbehindertengleichstellungsgesetz vom 16. Dezember 2002 (GVBl. Schl.-H. S. 264) sowie SCHLESWIG-HOLSTEINISCHER LANDTAG Drucksache 15/2073, Gesetzentwurf der Landesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen des Landes Schleswig-Holstein und zur Änderung anderer Rechtsvorschriften.

4 ABI. L 180, S. 22.

5 ABI. L 303, S. 16.

6 ABI. L 373, S. 37.

7 BGBl II 2009, S. 1419; zu den Potenzialen der Konvention: Degener, Behindertenrecht 2009, 34 ff.



zugunsten von Menschen mit Behinderungen 2010–2020 verabschiedet hatte. Dazu hatte sie acht wesentliche Aktionsbereiche festgelegt, unter anderem für Zugänglichkeit von Informationen (vgl. dazu auch Art. 9 UN-BRK).<sup>8</sup> Das veranlasste die EU zur Verabschiedung der RL 2016/2102 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2016 über den barrierefreien Zugang zu Websites und mobilen Anwendungen öffentlicher Stellen (im Folgenden WEB-RL).<sup>9</sup> Dazu sind inzwischen das BGG sowie sämtliche Landesgleichstellungsgesetze angepasst worden, teilweise mit Überschreitung der in der RL für die Umsetzung vorgegebenen Frist bis 23. September 2018, so in Schleswig-Holstein erst mit G. vom 2. April 2019.<sup>10</sup>

## II. Eine grundlegende Reform des LBBG SH

Nachdem mittlerweile alle Bundesländer ab 2018 ihre Behindertengleichstellungsgesetze novelliert und – mehr oder weniger gut – an die Vorgaben der UN-BRK angepasst haben, ist es ausdrücklich zu begrüßen, dass nunmehr auch Schleswig-Holstein mit dem vorliegenden Gesetzentwurf diesen Schritt geht und zahlreiche Regelungen zur Umsetzung der UN-BRK trifft, so u. a. in den §§ 1, 5 und 6, um das Gesetz moderner und anwendungsfreundlicher zu gestalten sowie seine Wirksamkeit zu erhöhen und es an gesellschaftlich veränderte Bedingungen anzupassen. Um – wie von der UN-BRK vorgesehen – eine gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen zu ermöglichen und zu gewährleisten, sind jedoch eine Reihe von Änderungen und Ergänzungen des Gesetzentwurfs erforderlich, die nachfolgend dargestellt werden sollen.<sup>11</sup>

### III. Einzelkritik

#### 1. Ziele

Das Bekenntnis zu einer staatlichen und gesellschaftlichen Verantwortung für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen in § 1 Abs. 1 des Entwurfs<sup>12</sup> ist ausdrücklich zu begrüßen. Das entspricht nicht nur den Vorgaben der UN-BRK, sondern auch Art. 7 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein. Danach setzt sich das Land für die Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen und ihre gleichberechtigte gesellschaftliche Teilhabe ein. Zu Recht wird hier betont, dass es sich dabei auch um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe handelt, auch wenn das LBBG sich nur an staatliche Stellen richtet. Private ebenfalls rechtlich bindend in diese gesellschaftliche Verantwortung einzubeziehen,

<sup>8</sup> <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1484&langId=de>; siehe auch die Evaluation dieser Strategie unter <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=1484&eventsId=1460&furtherEvents=yes>; eine deutsche Zusammenfassung unter [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-4958882\\_de](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-4958882_de). Am 3. März dieses Jahres hat die Kommission ihre Strategie für den Zeitraum 2021–2030, unter dem Titel Union der Gleichheit: Strategie für die Rechte von Menschen mit Behinderungen 2021–2030 vorgestellt, siehe <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1484&langId=de>.

<sup>9</sup> ABl. L 327, S. 1–15; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32016L2102>;

<sup>10</sup> G. v. 2.4.2019 (GVBl. S. 76); dazu SCHLESWIG-HOLSTEINISCHER LANDTAG Drucksache 19/935, Gesetzentwurf der Landesregierung Gesetz zur Änderung des Landesbehindertengleichstellungsgesetzes.

<sup>11</sup> Der vorliegende Text orientiert sich weitgehend an einer Stellungnahme des Deutschen Vereins der Blinden und Sehbehinderten in Studium und Beruf e.V. (DVBS), die dieser im Hinblick auf den Referentenentwurf am 9. November 2020 abgegeben hat, siehe unter HYPERLINK „<https://dvbs-online.de/index.php/aktuelles/stellungnahmen>“ <https://dvbs-online.de/index.php/aktuelles/stellungnahmen>. Der aktuell im Landtag diskutierte Regierungsentwurf ist weitgehend mit dem Referentenentwurf identisch, so dass die zu ihm geäußerte Kritik ganz überwiegend weiterhin Gültigkeit hat.

<sup>12</sup> Paragrafen ohne weitere Gesetzesangabe beziehen sich auf den Gesetzentwurf gem. Drucksache des Schleswig-Holsteinischen Landtages 19/2680 – Stand 12.1.2021.

wird seit Langem von den Verbänden der Menschen mit Behinderungen gefordert und aktuell – jedenfalls teilweise – im Barrierefreiheitsstärkungsgesetz des Bundes, das sich derzeit in der parlamentarischen Diskussion befindet, verwirklicht.<sup>13</sup>

§ 1 Abs. 2 benennt konkrete Ziele, denen das Gesetz verpflichtet ist. Dazu gehören u. a.

- die Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen vollständig abzubauen und zu verhindern,
- gleichwertige Lebensbedingungen und Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen herzustellen,
- ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung in Würde und die Entfaltung ihrer Persönlichkeit zu ermöglichen sowie
- Inklusion und Partizipation zu fördern

(§ 1 Abs. 2 Nrn. 1, 2 4 und 6).

Damit es nicht bei dieser bloßen Zielvorgabe bleibt, ist es erforderlich, den Trägern öffentlicher Verwaltung auch schon hier aufzugeben, auf die Erfüllung dieser Ziele hinzuwirken, wie es später in § 2 Abs. 3 formuliert wird. Das ist stärker als das bloße „Rechnung tragen“ in § 1 Abs. 2 Satz 2.

Weiter fehlt ein klares Bekenntnis dazu, dass ein Ziel auch die Bewusstseinsbildung in der Öffentlichkeit sein muss, wie es sich aus Art. 8 der UN-BRK ergibt und sich auch unter III. 1. des Landesaktionsplans Schleswig-Holstein findet (siehe dazu auch § 1 Abs. 2 des BremBGG).

Die in § 1 Abs. 3 vorgesehene Beteiligung von Menschen mit Behinderungen und ihrer Organisationen bei der Planung und Durchführung von Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele ist unabdingbar. Sie entspricht im Übrigen Art. 4 Abs. 3 der UN-BRK und muss ernst genommen werden, wenn das Gesetz erfolgreich sein soll.

#### 2. Träger öffentlicher Verwaltung als Adressaten des Gesetzes

Hierzu gehören nach § 2 Abs. 1 1. das Land, die Gemeinden, die Kreise und die Ämter, 2. die der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit und die rechtsfähigen Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts und 3. Beliehene, die unter der Aufsicht der in den Nummern 1 und 2 genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts stehen, soweit sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen. Diese Legaldefinition ist neu und lehnt sich an § 2 Abs. 1 LVwG an.

In die Aufzählung der Träger öffentlicher Verwaltung aufzunehmen sind aber auch Gerichte und Staatsanwaltschaften, „soweit sie nicht Aufgaben der Rechtsprechung, der Strafverfolgung oder der Strafvollstreckung wahrnehmen“. Das entspricht anderen Landesgleichstellungsgesetzen, z. B. § 2 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bzw. 2 des Niedersächsischen NBGG und § 9 Abs. 1 Nr. 1 des HessBGG. Das ist offenbar bei Anlehnung des Entwurfs an § 2 LVwG aus dem Blick geraten und muss korrigiert werden.

§ 2 Abs. 2 betrifft den Fall, dass Träger öffentlicher Verwaltung nach § 2 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 Mehrheitsbeteiligungen an juristischen Personen des privaten Rechts halten oder erwerben oder auf andere Weise Kontrolle über diese ausüben. Dann sollen sie allerdings lediglich auf die Berücksichtigung der „Grundzüge dieses Gesetzes“ hinwirken. Eine solche Formulierung („Grundzüge des Gesetzes“) ist zu schwach und lässt Ausreden, warum das nicht möglich sei, Tür und Tor offen. Warum sollen es nur die „Grundzüge des Gesetzes“

<sup>13</sup> Siehe BR-Drucks 240/21 = BT-Drucks 19/28653.

sein und nicht die Ziele des Gesetzes? Welches sind diese „Grundzüge“? Das wird weder im Entwurf noch in der Begründung erläutert. Außerdem müssen nicht nur die Träger öffentlicher Verwaltung, sondern auch die von ihnen in die Gremien der juristischen Personen entsandten Mitglieder auf die Erfüllung der Gesetzesziele hinwirken.

Eine bessere Formulierung könnte hier wie folgt lauten: **„(2) Soweit die in Absatz 1 Nummer 1 und 2 genannten Träger der öffentlichen Verwaltung Mehrheitsbeteiligungen an juristischen Personen des privaten Rechts halten oder erwerben oder auf andere Weise Kontrolle über diese ausüben, haben sie und die von ihnen in die Aufsichtsgremien entsandten Personen darauf hinzuwirken, dass dieses Gesetz auch von diesen juristischen Personen des privaten Rechts beachtet wird.“**

Weiter fehlt eine Klarstellung, wonach auch andere Erbringer öffentlich-rechtlicher Leistungen verpflichtet sind, die Ziele des Gesetzes zu berücksichtigen. Hierzu gehören etwa Leistungserbringer der freien Wohlfahrtspflege, z. B. der Jugendhilfe, mit denen Vereinbarungen nach den Sozialgesetzbüchern über Leistungen für Menschen mit Behinderungen geschlossen werden. Hierzu wäre folgende Formulierung in einem neuen Absatz 3 denkbar: **„(3) Die Träger öffentlicher Verwaltung sollen darauf hinwirken, dass Erbringer öffentlich-rechtlicher Leistungen die Ziele dieses Gesetzes in angemessener Weise berücksichtigen.“**

### 3. Definition der Menschen mit Behinderungen

§ 3 enthält eine Definition von Menschen mit Behinderungen, die derjenigen aus Buchst. e) der Präambel der UN-BRK und deren Art. 1 Satz 2 geschuldet ist. Danach wird Behinderung nicht mehr wie früher als eine defizitorientierte Eigenschaft von Menschen mit Behinderungen wahrgenommen. Vielmehr wird festgestellt, dass sich eine Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen sowie einstellungs- und umweltbedingten Barrieren ergibt. Im Übrigen orientiert sich die Definition auch an derjenigen von § 2 SGB IX.

### 4. Mehrere Behinderungen

§ 4 widmet sich besonders gefährdeten Gruppen von Menschen mit Behinderungen und Menschen, die in einem besonders engen Verhältnis zu ihnen anvertrauten Menschen mit Behinderungen stehen. So wird der Anwendungsbereich des Gesetzes nach Abs. 3 auf Eltern von Kindern mit einer Behinderung und behinderte Eltern von Kindern ohne Behinderung ausgedehnt, was insgesamt zu begrüßen ist.

### 5. Begriff der Barrierefreiheit

Die Vorschrift des § 5 Abs. 1 ist an § 4 des BGG des Bundes (im Folgenden nur: BGG) angepasst. Das ist notwendig und zutreffend. Insbesondere der neu eingefügte Satz 2 ist eine begrüßenswerte Klarstellung, wenn es dort heißt, dass es zur Verwirklichung von Barrierefreiheit auch gehört, die Nutzung behinderungsbedingt notwendiger Hilfsmittel zuzulassen. Darüber hinaus wäre die Übernahme der Formulierung aus § 3 des HessBGG sinnvoll. Dort wird zusätzlich zu den Kriterien Auffindbarkeit, Zugänglichkeit und Nutzbarkeit von Hilfsmitteln auch gefordert, verständlich über sie zu informieren. Was nützt beispielsweise ein elektronisches Orientierungssystem, wenn seine Funktionen nicht oder nicht ausreichend erklärt werden? Wenn man dieser Überlegung folgt, so könnte § 5 Satz 2 des Entwurfs lauten: **„Zur Verwirklichung von Barrierefreiheit gehört es auch, die Nutzung behinderungs-**

**bedingt notwendiger Hilfsmittel zuzulassen und über Auffindbarkeit, Zugänglichkeit und Nutzbarkeit solcher Hilfsmittel verständlich zu informieren.“**

### 6. Benachteiligungsverbot

§ 6 enthält ein Benachteiligungsverbot. Nach seinem Abs. 1 wird den in § 2 Abs. 1 genannten Trägern der öffentlichen Verwaltung untersagt, Menschen mit Behinderungen gegenüber Menschen ohne Behinderungen zu benachteiligen. In Bereichen bestehender Benachteiligungen sind Maßnahmen zum Abbau und zur Beseitigung dieser Benachteiligungen zulässig.

Ergänzend hierzu ist eine Formulierung notwendig, mit der klargestellt wird, dass bei Verstößen gegen das Gebot der Barrierefreiheit eine Benachteiligung widerleglich vermutet wird, wie sie in verschiedenen Behinderungsgleichsetzungsgesetzen enthalten ist (z. B. in § 4 Abs. 2 HessBGG). Nur so wird es für Menschen mit Behinderungen im Streitfall möglich, erfolgreich gegen Diskriminierungen vorzugehen, da sie regelmäßig keinen Zugang zu den Erwägungen der Träger der öffentlichen Verwaltung haben werden. Eine entsprechende Formulierung könnte lauten: **„Bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung zur Herstellung von Barrierefreiheit wird das Vorliegen einer Benachteiligung widerleglich vermutet.“**

Wie in § 5 Satz 2 wird auch hier eine Regelung für Hilfsmittel getroffen. Dazu wird in § 6 Abs. 2 Satz 2 festgestellt, dass „die Mitnahme oder Nutzung von behinderungsbedingt notwendigen Hilfsmitteln“ nicht „ohne zwingenden sachlichen Grund verweigert“ werden darf und damit eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung darstellt. Aber selbst wenn eine Benachteiligung aus zwingenden Gründen nicht zu vermeiden ist, muss für den Ausgleich ihrer Folgen Sorge getragen werden, eingeschränkt nur dadurch, dass die Träger öffentlicher Verwaltung nicht unverhältnismäßig oder unbillig belastet werden dürfen (§ 6 Abs. 2 Satz 3).

Wichtig ist die mit § 6 Abs. 3 erfolgte Einführung des Begriffs der „angemessenen Vorkehrungen“, bei deren Versagung eine Ungleichbehandlung angenommen wird. Der Begriff stammt aus Art. 5 Abs. 3 der UN-BRK und wird in § 6 Abs. 3 Satz 2 definiert. Angemessene Vorkehrungen sind danach Maßnahmen, die im Einzelfall geeignet, und erforderlich sind, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Rechte wahrnehmen können. Auch hier wird allerdings wie schon in § 6 Abs. 2 Satz 3 der Riegel der unverhältnismäßigen oder unbilligen Belastung vorgeschoben, Begriffe, die geradezu dazu einladen, sich ihrer Hilfe unangenehmer Verpflichtungen zu entledigen.

### 7. Gebärdensprache und weitere Sprachvielfalt

§ 7 Abs. 1 betont die Eigenständigkeit der deutschen Gebärdensprache. Als weitere Kommunikationsform für Menschen mit Hörbehinderungen werden nach § 7 Abs. 2 lautsprachbegleitende Gebärden genannt und in Abs. 3 das Recht von hör- und sprachbehinderten Menschen anerkannt, in diesen Formen mit Behörden zu kommunizieren. Auch das stellt ein Teilhaberecht dar, dessen Verankerung im Gesetz Zustimmung verdient (vgl. auch Art. 2 UN-BRK).

### 8. Barrierefreiheit der baulichen Umwelt

Vorab sei bemerkt, dass es aus Sicht einer konsequenten Systematik sinnvoller erscheint, die Vorschrift des § 8 als § 7 vorzuziehen und § 7 als § 8 anzufügen, da es sich sowohl bei Fragen der Übersetzungsmöglichkeit für Menschen mit Hör-

behinderungen wie bei solchen der Erläuterung von Schriftstücken aller Art um eng miteinander zusammenhängende Regelungsbereiche handelt, die mit der Barrierefreiheit der baulichen Umwelt nichts zu tun haben.

Vielfältige Probleme ergeben sich für Menschen mit Behinderungen im Bereich der baulichen Umwelt. Unzugängliche Treppen, fehlende Rampen oder nicht in großer Schrift bzw. in Braille verfügbare Hinweise erschweren Menschen mit Behinderungen massiv das Leben. Begrüßenswert ist daher, dass die Träger öffentlicher Verwaltung in § 8 Abs. 1 Satz 1 verpflichtet werden, für die Barrierefreiheit ihrer Neu- und Erweiterungsbauten zu sorgen (so auch schon der frühere § 11 Abs. 1 des LBGG-SH). Das entspricht überdies den Regelungen in Art. 9 Abs. 1 UN-BRK. Die Möglichkeit, davon nach § 8 Abs. 1 Satz 2 abzuweichen, „wenn mit einer anderen Lösung in gleichem Maße die Anforderungen an die Barrierefreiheit erfüllt werden können“, ist jedoch zumindest problematisch. Um zu vermeiden, dass es dadurch zu „minderwertigen Lösungen“ kommt, erscheint es sinnvoll, hier ausdrücklich noch einmal auf die Definition der Barrierefreiheit in § 5 zu verweisen und die Formulierung „... gem. § 5 ...“ einzufügen, zumal auch die Begründung zum Entwurf darauf verweist, dass es sich bei § 8 um eine Präzisierung von § 5 handelt.

Träger öffentlicher Verwaltung nutzen nicht nur in ihrem Eigentum stehende Liegenschaften und Gebäude. Vielfach kommt es zu Anmietungen von Bauten. Hier sollen sie nach § 8 Abs. 2 die Barrierefreiheit „berücksichtigen“. Jedenfalls bei Neuanmietungen sollte ihnen die weitergehende Pflicht auferlegt werden, nur barrierefreie Gebäude und Veranstaltungsräume anzumieten. Solche Gebäude oder Räume dürften in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen, so dass den Trägern öffentlicher Verwaltung dadurch keine unzumutbaren Lasten auferlegt werden.

§ 8 Abs. 3 widmet sich einem weiteren für Menschen mit Behinderungen entscheidend wichtigen Bereich, dem öffentlichen Verkehr im weitesten Sinne, hat aber nur deklaratorischen Charakter, wenn es dort heißt, dass hier Barrierefreiheit nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsvorschriften des Bundes und des Landes zu gewährleisten ist.

Im Entwurf fehlt eine § 8 Abs. 2 des BGG entsprechende Regelung. Dort heißt es: (2) Der Bund (...) soll anlässlich der Durchführung von investiven Baumaßnahmen nach Absatz 1 Satz 1 bauliche Barrieren in den nicht von diesen Baumaßnahmen unmittelbar betroffenen Gebäudeteilen, soweit sie dem Publikumsverkehr dienen, feststellen und unter Berücksichtigung der baulichen Gegebenheiten abbauen, sofern der Abbau nicht eine unangemessene wirtschaftliche Belastung darstellt.“ Hier muss eine entsprechend angepasste Norm auch in das LBGG aufgenommen werden, damit tatsächlich, wie auch im Vergaberecht<sup>14</sup> vorgesehen, solche Maßnahmen bereits bei der Planung und Durchführung von baulichen Veränderungen bei Neu- und großen Erweiterungsbauten sowie weiteren investiven baulichen Maßnahmen Berücksichtigung finden.

Um konsequent dafür zu sorgen, dass wirklich Fortschritte bei der Schaffung barrierefreier Bauten gemacht werden, ist es zudem notwendig, in § 8 einen Absatz einzufügen, der die Träger öffentlicher Verwaltung verpflichtet, eine Bestandsaufnahme ihrer Gebäude im Hinblick auf Barrierefreiheit zu erstellen. Das entspricht Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der UN-BRK. Dieser stellt klar, dass zur Herstellung von Barrierefreiheit der Umwelt auch die Feststellung und Beseitigung von Zugangshindernissen

<sup>14</sup> Zur Barrierefreiheit im Vergaberecht siehe Carstens, ZRP 2015, 141 ff.

und Barrieren gehört, mithin auch die Pflicht, über solche Barrieren zu berichten. Dazu enthält der Landesaktionsplan Schleswig-Holstein im Handlungsfeld III. 9. ähnliche Aussagen. Dabei soll die hier vorgeschlagene Verpflichtung zur Erarbeitung von verbindlichen und überprüfbaren Maßnahmen- und Zeitplänen zum weiteren Abbau von Barrieren sicherstellen, dass aus den Berichten auch konkrete Konsequenzen gezogen werden, bzw. eine etwaige Untätigkeit der Verwaltung deutlich wird. Hierzu muss den Trägern öffentlicher Verwaltung eine konkrete Frist gesetzt werden, wie im nachfolgenden Vorschlag geschehen. Ein entsprechender diese Verpflichtung enthaltender Absatz könnte lauten: **„Die Träger öffentlicher Verwaltung erstellen über die in ihrem Eigentum stehenden und von ihnen genutzten Gebäude bis zum 1. Juli 2023 Berichte über den Stand der Barrierefreiheit der Bestandsgebäude. Beruhend auf den Berichten nach Satz 1 sollen die Träger öffentlicher Verwaltung verbindliche und überprüfbare Maßnahmen und Zeitpläne zum weiteren Abbau von Barrieren erarbeiten.“**

#### 9. Schriftstücke und sonstige Informationen

Die öffentliche Verwaltung kommuniziert vorrangig schriftlich mit Bürgerinnen und Bürgern. Für Menschen mit Behinderungen stellen sich dabei besondere Probleme. § 9 Abs. 1 Satz 1 verpflichtet die Träger der öffentlichen Verwaltung deshalb, bei der Erstellung von Verwaltungsakten, Allgemeinverfügungen, öffentlich-rechtlichen Verträgen, Vordrucken und amtlichen Informationen die Belange von Menschen mit Behinderungen zu berücksichtigen. § 9 Abs. 1 Satz 2 gibt blinden und sehbehinderten Menschen darüber hinaus einen Anspruch darauf, dass ihnen die genannten Dokumente ohne zusätzliche Kosten auch in einer für sie wahrnehmbaren Form zugänglich gemacht werden, etwa in Brailleschrift oder in einem für sie zugänglichen elektronischen Format, das sie mit Hilfe von Zusatztechnologie, sog. Screenreadern oder Vergrößerungssystemen, lesen können.

Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 sollen die Träger der öffentlichen Verwaltung mit Menschen mit seelischer und geistiger Behinderung in einfacher und verständlicher Sprache kommunizieren, soweit dies in deren Interesse ist und sie auf diese Möglichkeit hinweisen (§ 9 Abs. 2 Satz 3).

Fristen sollen angemessen verlängert werden (§ 9 Abs. 3). Selbstverständlich kann das nicht für Notfristen gelten. Hier muss ggf. eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden.

§ 9 Abs. 4 enthält die Aufforderung an die Träger der öffentlichen Verwaltung, sich vermehrt um den Einsatz von leichter Sprache zu bemühen. Dazu sei erläutert, dass einfache / verständliche Sprache von leichter Sprache zu unterscheiden ist.<sup>15</sup>

#### 10. Recht auf Begleitung

Menschen mit Behinderungen dürfen sich, so § 10 Satz 1, bei Kontakten mit Trägern der öffentlichen Verwaltung durch eine Person ihres Vertrauens begleiten lassen. Dieses Recht ist zu begrüßen, auch wenn das eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein sollte.

#### 11. Zum Abschnitt über barrierefreie Informationstechnik

Schon mit der Novelle zum LBGG vom 2. April 2019 hatte es mit den damaligen §§ 12-12f eine erhebliche Ausweitung

<sup>15</sup> Beispiele für leichte Sprache finden sich mittlerweile auf vielen Webseiten der Bundesregierung oder auch der Webseite der Behindertenbeauftragten des Landes Schleswig-Holstein.

der Rechte von Menschen mit Behinderungen auf diesem Gebiet gegeben. Diese Vorschriften werden nunmehr als §§ 11-17 – mit einigen Änderungen – in die Novellierung des LBBG übernommen.<sup>16</sup>

#### a) Definitionen von Barrierefreiheit und öffentlichen Stellen

In § 11 Abs. 1 wird zunächst digitale Barrierefreiheit unter Verweis auf die WEB-RL definiert, während § 12 eine Definition der öffentlichen Stellen enthält, die für diese Barrierefreiheit zu sorgen haben. Systematisch erscheint es vorzugswürdig, vorweg zu definieren, welche Träger unter den Begriff der öffentlichen Stelle fallen, also § 12 des bisherigen Entwurfs als § 11 in das Gesetz aufzunehmen und sodann die Anforderungen an Barrierefreiheit, wie sie derzeit in § 11 definiert sind, als § 12 einzufügen. Das entspricht auch der Systematik des BGG (vgl. dort §§ 12, 12a). Meine weiteren Anmerkungen beziehen sich jedoch auf die Reihenfolge, wie sie bisher im vorliegenden Entwurf gewählt worden ist.

#### b) Allgemeines zur digitalen Barrierefreiheit

Dass digitale Barrierefreiheit ein Schlüssel für berufliche, aber auch gesellschaftliche Teilhabe für Menschen mit Behinderungen darstellt, dürfte mittlerweile nicht mehr umstritten sein. Die Regierungsparteien in Schleswig-Holstein hatten sich auch in ihrem Koalitionsvertrag für die 19. Wahlperiode (2017–2022) zur Förderung der Barrierefreiheit digitaler Angebote bekannt.<sup>17</sup> In ihrer „Digitalen Agenda“ hat die Landesregierung ihren Handlungsrahmen konkretisiert. Sie will die Möglichkeiten der Digitalisierung nutzen, um Inklusion voran zu bringen.<sup>18</sup> Leider ist die Chance, die frühere Fassung dieses Gesetzesabschnittes sinnvoll zu aktualisieren, nicht genutzt worden. So wird der vorgelegte Gesetzentwurf diesen Anforderungen nicht gerecht.

#### c) Notwendige Ergänzungen von § 11

§ 11 Abs. 1 Satz 1 bestimmt zunächst, dass die öffentlichen Stellen des Landes (zur Definition siehe § 12) ihre Websites und mobilen Anwendungen einschließlich der für ihre Beschäftigten bestimmten Angebote im Intranet barrierefrei im Sinne des Artikel 4 der WEB-RL gestalten. Ohne für die schrittweise Gestaltung der elektronischen Verwaltungsabläufe in § 11 Abs. 1 Satz 2 eine konkrete Frist zu setzen, bleibt die Vorschrift jedoch weitgehend unverbindlich. Zu fordern ist daher eine Ergänzung dahin, dass ein konkretes Datum zur Erfüllung dieser Verpflichtung im Gesetz erscheint. So ist im Bund die Barrierefreiheit spätestens bis zum 23. Juni 2021 zu gewährleisten (§ 12a Abs. 1 Satz 2 BGG). Diese Frist wird in Schleswig-Holstein nicht einzuhalten sein. Bei Verabschiedung des BGG 2018 des Bundes lag der dort genannte Termin

<sup>16</sup> Zum Ausgangsentwurf der §§ 12–12f, wie sie dann später mit G. vom 2.4.2019 ins LBBG eingefügt worden sind, siehe die ausführliche Stellungnahme des DVBS vom 3. August 2018 zum Entwurf des Ministeriums für Soziale, Gesundheit, Jugend, Familie und Senioren vom 14. Juni 2018 sowie die Stellungnahme des DVBS an den Sozialausschuss des Landtags zu LT-Drucks 19/935 vom 21.10.2018, siehe LT-Umdruck 19/1597 und 19/1966.

<sup>17</sup> „Ein Schwerpunkt der Landesregierung wird die Förderung der Barrierefreiheit von digitalen Angeboten sein. Barrierefreiheit ist Grundvoraussetzung dafür, dass möglichst alle Menschen an allen Facetten des Lebens teilnehmen können. Dies gilt gerade für digitale Angebote und Systeme. Sie sollen genutzt werden, um Barrieren abzubauen oder zu verringern, um älteren Menschen und Menschen mit Einschränkungen die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben zu erleichtern. Gerade bei digitalen Angeboten ist es möglich, Hindernisse aus dem Weg zu räumen und somit zu mehr Barrierefreiheit beizutragen“ (S. 108).

<sup>18</sup> „Wir wollen, dass Digitalisierung zu gelebter Inklusion beiträgt“ (Download: [https://www.schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/DigitaleAgenda/Kernthemen/\\_documents/Fachinhalte/II\\_4\\_material/4\\_2\\_Digitale\\_Teilhabe.html](https://www.schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/DigitaleAgenda/Kernthemen/_documents/Fachinhalte/II_4_material/4_2_Digitale_Teilhabe.html)).

noch ca. drei Jahre entfernt. Auch wenn bereits die Regelung in § 12 des LBBG von 2002 die Forderung nach einer barrierefreien IT enthält, ist vorliegend unter ähnlichen Prämissen wie bei derjenigen des BGG eine Fristsetzung auf den 1. Juli 2024 sinnvoll, aber auch ausreichend.

In der Begründung zu § 11 Abs. 1 Satz 5 wird die Beschränkung auf Landesbehörden und die Nichtanwendung der Vorschriften zur Barrierefreiheit bei Landrätinnen und Landräten, Schulämtern und Schulen etc. mit einer Vorbildfunktion des Landes begründet (Entwurf, S. 44). Die Erfahrung lehrt jedoch, dass ohne zwingende Normen für sämtliche öffentlichen Stellen Fortschritte im Hinblick auf die Erreichung von Barrierefreiheit kaum gelingen. Die im Entwurf enthaltene Einschränkung ist nicht gerechtfertigt. Sie sollte insgesamt gestrichen werden. Das gilt insbesondere im Hinblick auf Schulen und Schulämter, wie die Corona-Krise und die damit verbundenen Einschränkungen deutlich gezeigt haben, die Menschen mit Behinderungen bei fehlender Barrierefreiheit doppelt hart treffen. Zwar enthält Art. 1 Abs. 5 der WEB-RL eine teilweise Ausnahme von der Verpflichtung zur Schaffung von Barrierefreiheit für Schulen. Das gilt aber nur eingeschränkt. Inhalte, die sich auf wesentliche Online-Verwaltungsfunktionen beziehen, müssen auch dann den Anforderungen an Barrierefreiheit entsprechen. Eine am Leitbild einer inklusiven Bildung orientierte Schulpolitik muss die Einschränkung für Schulen insgesamt streichen.

Verbände von Menschen mit Behinderungen müssen immer wieder feststellen, dass Planungen für neue oder veränderte Angebote im Internet oder bei mobilen Anwendungen die Voraussetzungen von digitaler Barrierefreiheit viel zu spät berücksichtigen. Deshalb ist § 11 Abs. 2 von eminenter Bedeutung, wenn den öffentlichen Stellen dort aufgegeben wird, insbesondere bei Neuanschaffungen, Erweiterungen und Überarbeitungen die barrierefreie Gestaltung ihrer Webseiten und mobilen Anwendungen bereits bei der Planung, Entwicklung, Ausschreibung und Beschaffung zu berücksichtigen. Das entspricht auch den Anforderungen, die § 121 Abs. 2 GWB an öffentliche Ausschreibungen festlegt. Nur so lassen sich kostspielige Fehlentwicklungen vermeiden.

Die in § 11 Abs. 3 genannten Fristen sind – mit Ausnahme derjenigen für mobile Anwendungen – inzwischen abgelaufen. Bei einem voraussichtlichen Inkrafttreten des Gesetzes Mitte 2021 – wird das auch für die einzig noch verbliebene Frist zur Herstellung von Barrierefreiheit bei mobilen Anwendungen gelten. Im Übrigen reicht es aus – ist aber auch geboten – lediglich festzustellen, dass die Anforderungen an Barrierefreiheit für Websites insgesamt zu erfüllen sind.

Positiv ist grundsätzlich die Aufnahme der Verpflichtung für öffentliche Stellen, ihre Angebote im Internet, die auf Websites Dritter veröffentlicht werden, ebenfalls „soweit möglich“(!) barrierefrei zu gestalten (§ 11 Abs. 5), mit der eine Regelungslücke geschlossen wird.

Leider wird der Ausnahmecharakter der unzumutbaren Belastung nach § 11 Abs. 6 im Entwurfstext, der weitgehend der bisherigen Gesetzesfassung entspricht, nicht deutlich genug. Das gilt auch für die Gesetzesbegründung (vgl. S. 45) und § 1 Abs. 1 der Landesverordnung über den barrierefreien Zugang zu Websites und mobilen Anwendungen öffentlicher Stellen vom 4. September 2019 – gültig ab: 27.9.2019 (im Folgenden: BfWebV SH).<sup>19</sup> Zwar wird in der Gesetzesbegründung auf

<sup>19</sup> Angemerkt sei noch, dass die BfWebV SH nach Erlass der jetzt beabsichtigten Novelle des LBBG zumindest im Hinblick auf die dort in Bezug genommenen – nunmehr neu als §§ 11–17 ins Gesetz aufgenommenen – Vorschriften einer Überarbeitung bedarf.

die einschlägige WEB-RL (dort Art. 5 Abs. 4 und deren Erwägungsgrund 39, Bezug genommen. Dieser wird aber nur unvollständig zitiert. So wird nicht erwähnt, welche Gründe nicht als unzumutbare Belastung angeführt werden können, nämlich mangelnde Priorität, Zeit oder Kenntnis oder die fehlende Beschaffung der erforderlichen Software. Das wird im genannten Erwägungsgrund zu Recht damit begründet, dass die Verpflichtung zur Schaffung digitaler Barrierefreiheit seit langem – konkret für das Land Schleswig-Holstein schon seit Ende 2002 – besteht und dafür notwendige Software und Verfahren am Markt durchaus zur Verfügung stehen. Es ist daher zwingend, den Begriff der unzumutbaren Belastung im Gesetz selbst schärfer zu fassen. Das gilt umso mehr, als der Begriff nunmehr nach § 11 Abs. 6 Satz 4 auch für die schrittweise Verwirklichung von Barrierefreiheit bei den internen elektronischen Verwaltungsabläufen gelten soll. Erfolgt keine derartige Präzisierung, so ist zu besorgen, dass öffentliche Stellen zukünftig – statt die Vorgaben zur Barrierefreiheit umzusetzen – den vermeintlich bequemeren Weg wählen und sich auf eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Barrierefreiheit berufen werden. Um das zu verhindern, könnte eine Formulierung, die den o. g. Vorgaben genügt, beispielsweise in § 11 Abs. 6 Sätze 1 und 2 wie folgt lauten: **„§ 11 (6): Von den Vorgaben zur Barrierefreiheit dürfen öffentliche Stellen nur abweichen, wenn und soweit die barrierefreie Gestaltung ausnahmsweise eine unzumutbare Belastung bewirken würde. Keine berechtigten Gründe sind mangelnde Priorität, Zeit oder Kenntnis oder die fehlende Beschaffung der erforderlichen Software. ...“**<sup>20</sup>

#### d) Öffentliche Stellen

§ 12 Abs. 1 verwendet im Gegensatz zu § 2 Abs. 1 nicht den Begriff der Träger der öffentlichen Verwaltung, sondern denjenigen der „öffentlichen Stellen.“ Das ist Art. 1 Abs. 2 iVm. Art. 3 Nr. 1 der WEB-RL geschuldet, die im vorliegenden Abschnitt in das Landesrecht umgesetzt werden muss. Dabei ist der Begriff der öffentlichen Stellen erheblich weiter als derjenige der Träger der öffentlichen Verwaltung. Erfreulich ist in diesem Zusammenhang, dass nunmehr – entgegen der noch geltenden Fassung – öffentliche Stellen des Landes auch dann zur Barrierefreiheit verpflichtet sind, wenn sie Bundesrecht ausführen.

#### e) Grundsätze der Barrierefreiheit

§ 13 wiederholt den Text von Art. 4 der WEB-RL. Danach müssen Websites, mobile Anwendungen und elektronisch unterstützte Verwaltungsabläufe wahrnehmbar, bedienbar, verständlich und robust gestaltet sein. Damit ist nicht nur Barrierefreiheit gemeint, sondern auch die sog. Usability. Festzuhalten bleibt hier wie in vielen anderen Bereichen der Barrierefreiheit, dass Barrierefreiheit allen Nutzerinnen und Nutzern nützt, wenn sie sich schnell und unkompliziert in den Angeboten der Informationstechnik zurechtfinden können (zu den Definitionen einzelner Begriffe vgl. § 13 Abs. 2).

#### f) Erklärung zur Barrierefreiheit

§ 14 Abs. 1 verlangt von den öffentlichen Stellen, auf ihren Seiten bzw. in ihren mobilen Anwendungen eine detaillierte, umfassende und klare Erklärung zur Barrierefreiheit zur Verfügung zu stellen (zu Einzelheiten ihres Inhalts vgl. § 14 Abs. 2). Abs. 3 enthält die Verpflichtung der öffentlichen Stelle, auf Mitteilungen, Anfragen oder Anforderungen nach Abs. 2 innerhalb einer angemessenen Frist in angemessener Weise

zu reagieren. Diese Regelung ist zu unbestimmt und wird den Vorgaben der WEB-RL zum sog. Feedbackmechanismus des Art. 7 nicht ausreichend gerecht. Vielmehr sollte sie so ergänzt werden, dass öffentliche Stellen im Land verpflichtet werden, auf derartige Mitteilungen etc. grundsätzlich kurzfristig, spätestens innerhalb von zwei Wochen, zu antworten. Insbesondere dann, wenn Nutzerinnen und Nutzer Inhalte und Informationen, die bisher nicht barrierefrei gestaltet wurden, in einem für sie zugänglichen Format anfordern (z.B. eine Audio-Information als Leseabschrift oder ein nicht barrierefreies PDF als Word-Dokument), ist eine kurzfristige Antwort erforderlich. Das ist für öffentliche Stellen grundsätzlich auch ohne weiteres umsetzbar. Wenn die Beseitigung gemeldeter Barrieren länger dauert, ist zumindest kurzfristig eine Zwischenrichtmeldung möglich (siehe dazu auch Erwägungsgrund 46 zur WEB-RL). Zwar wird die Vorschrift des § 14 Abs. 3 mit § 2 Abs. 3 der BfWebV SH dahin präzisiert, dass die öffentliche Stelle auf Mitteilungen, Anfragen oder Anforderungen gemäß § 12c Abs. 3 des Landesbehindertengleichstellungsgesetzes (jetzt § 14 Abs. 3) „sobald wie möglich, spätestens jedoch mit Ablauf eines Monats nach Eingang“ zu antworten hat. Mit guten Gründen lässt sich aber die Auffassung vertreten, dass diese Vorschrift aus der Verordnung anstatt der vagen Formulierungen von § 14 Abs. 3 ins Gesetz selbst übernommen werden muss, um so für mehr Rechtssicherheit zu sorgen.

#### g) Überwachung

Um zu gewährleisten, dass die Anforderungen an Barrierefreiheit auch tatsächlich umgesetzt werden, sieht § 15 eine periodische Überwachung der unter diesen Abschnitt fallenden Anwendungen nach Kriterien von Art. 8 Abs. 2 und 3 der WEB-RL und die Einrichtung einer entsprechenden Überwachungsstelle vor, verbunden mit einer Berichtspflicht an die Bundesfachstelle für Barrierefreiheit. Der Status dieser Landesbehörde sollte allerdings im Gesetz deutlicher herausgearbeitet werden. Bei ihr muss es sich um eine eigenständige und unabhängige Stelle handeln. Zudem ist ihr die weitere Aufgabe zu übertragen, bei festgestellten Barrieren auch zu kontrollieren, ob die Mängel beseitigt wurden, sowie bei Bedarf anlassbezogene Kontrollen durchzuführen. Nur so wird eine wirksame Überwachung möglich.

#### h) Beschwerde- oder Durchsetzungsverfahren

§ 16 etabliert ein Beschwerde- oder Durchsetzungsverfahren für Menschen mit Behinderungen, wenn die dort genannten Verstöße behauptet werden. Die Beschwerdestelle wird bei dem oder der Landesbehindertenbeauftragten angesiedelt und besteht bereits. Ihre Befugnisse müssen aber erheblich über das bislang vorgesehene Maß ausgeweitet werden, um ein effektives Durchsetzungsverfahren zu gewährleisten, wie es in Art. 9 Abs. 1 WEB-RL vorgeschrieben wird. Hierzu ist es notwendig, die Beschwerde- oder wie die RL formuliert die Ombudsstelle mit den notwendigen Auskunfts-, Einsichts- und Zugangsrechten auszustatten und mit der Befugnis zu versehen, ggf. auch die Aufsichtsbehörden zu verständigen.

Eine Regelung, die diesen Vorgaben entspricht, könnte beispielsweise wie folgt lauten:

#### **§ 16 Ombudsstelle für barrierefreie Informationstechnik**

**(1) Bei der oder dem Landesbeauftragten für Menschen mit Behinderungen wird eine Ombudsstelle für barrierefreie Informationstechnik eingerichtet. Sie wirkt darauf hin, dass Websites und mobile Anwendungen öffentlicher Stellen im Land den Vorgaben zur Barriere-**

<sup>20</sup> Eine ähnliche Formulierung wie die hier vorgeschlagene enthält § 13 Abs. 5 des BremBGG vom 18.12.2018, GBl S. 608.



**freiheit entsprechen. Jede Person, die durch mangelnde Barrierefreiheit beeinträchtigt wird, hat das Recht, sich an die Ombudsstelle zu wenden.**

**(2) Die öffentlichen Stellen sind verpflichtet, die Ombudsstelle bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen. Dazu haben sie insbesondere**

**1.) Auskunft zu erteilen sowie Einsicht in alle Unterlagen zu gewähren, die die Ombudsstelle zur Erfüllung ihrer Aufgaben für erforderlich hält und**

**2.) der Ombudsstelle jederzeit Zugang zu den Websites und zu den mobilen Anwendungen zu gewähren.**

**(3) Stellt die Ombudsstelle Verstöße gegen die Vorschriften dieses Gesetzes oder gegen andere Bestimmungen zur Barrierefreiheit der Informationstechnik fest, so ist dies**

**1.) bei der Landesverwaltung gegenüber der zuständigen obersten Landesbehörde,**

**2.) bei den Gemeinden, Landkreisen und den sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie bei Vereinigungen solcher Körperschaften, Anstalten und Stiftungen gegenüber dem vertretungsberechtigten Organ mit der Aufforderung zu beanstanden, innerhalb einer bestimmten Frist Stellung zu nehmen. In den Fällen des Satzes 1 Nr. 2 ist gleichzeitig auch die zuständige Aufsichtsbehörde zu unterrichten. Mit der Beanstandung sollen Vorschläge zur Beseitigung der Mängel und zur Verbesserung der Barrierefreiheit verbunden werden.**

**(4) Die Ombudsstelle kann die nach § 15 eingerichtete Überwachungsstelle als sachverständige Stelle beteiligen und im Einzelfall die Überprüfung einer Website oder mobilen Anwendung einer öffentlichen Stelle verlangen.**

**(5) Die Ombudsstelle erstattet alle drei Jahre, erstmals zum 30. Juni 2021, an die Überwachungsstelle einen Bericht über ihre Inanspruchnahme und die gemeldeten Barrieren. Die Berichte sind gleichzeitig der Landesregierung und dem Landtag vorzulegen. Zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben ist die Ombudsstelle mit dem erforderlichen Personal und den notwendigen Sachmitteln auszustatten.**

i) Verordnungsermächtigung

§ 17 enthält die Ermächtigung an die Landesregierung, zu den dort genannten Punkten eine Verordnung zu erlassen. Ähnliche Verordnungsermächtigungen enthalten auch § 7 und § 9. In all diesen Fällen sollte eine vorherige verpflichtende Anhörung des Landesteilhabebeirats vorgesehen werden, damit die Interessen von Menschen mit Behinderungen auch hier gewahrt werden.

12. Rechtsbehelfe

a) Verbandsklagerecht

§ 18 enthält ein Verbandsklagerecht für Interessenverbände von Menschen mit Behinderungen. Gewährt wird das nur im Rahmen einer Feststellungsklage (§ 18 Abs. 1). Die Vorschrift ist zur Gewährleistung von effektivem Rechtsschutz so zu ergänzen, dass die Verbandsklage nicht nur bei Verletzung der in § 18 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 aufgeführten Vorschriften erhoben werden kann. Nicht einmal die Verletzung von Vorschriften zur digitalen Barrierefreiheit nach dem LBGG ist aufgeführt, so bei einem Verstoß von öffentlichen Stellen

gegen die Verpflichtungen zur Herstellung von Barrierefreiheit nach den §§ 11, 13 und 14 (vgl. dazu auch Erwägungsgrund 54 der WEB-RL). Auch das Behindertengleichstellungsgesetz des Bundes (vgl. § 15 Abs. 1 BGG) und die Behindertengleichstellungsgesetze in anderen Bundesländern (vgl. z.B. § 6 BGG NRW sowie § 20 BremBGG) sehen die Möglichkeit der Verbandsklage vor, wenn die Vorschriften zur Barrierefreiheit der Informationstechnik nicht beachtet werden. In Schleswig-Holstein gibt es außerdem in anderen Gesetzen weitere Vorschriften zur Barrierefreiheit, deren Nichtbeachtung mit der Möglichkeit zur Erhebung einer Verbandsklage sanktioniert werden sollte. Zu nennen ist hier z. B. § 52 Abs. 1 LBO. Darüber hinaus sollte das Verbandsklagerecht eine Verknüpfung zu dem – noch zu schaffenden – Schlichtungsverfahren (s. u.) dergestalt erhalten, dass die Verbandsklage erst nach Durchführung eines solchen kostenfreien Schlichtungsverfahrens zulässig ist. Schließlich enthält der Entwurf keine Regelung über die Kostentragungspflicht für eine Verbandsklage. Bei hohen Streitwerten ist es leicht möglich, dass die Erhebung einer Verbandsklage für einen kleinen Verband nicht möglich oder mit einem zu großen Kostenrisiko behaftet ist. Hier könnte es hilfreich sein, eine Befreiung von den Kosten in Analogie zu den Regeln der Prozesskostenhilfe zu schaffen, wenn die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig ist. Mit dieser Einschränkung und dem vorzuschaltenden Schlichtungsverfahren dürften sich Bedenken, dass es zu einer Klageflut kommen könnte, erledigen.

b) Prozessstandschaft

§ 19 ermöglicht Verbänden gem. § 18, Menschen mit Behinderungen vor den Verwaltungsgerichten zu vertreten, auch wenn die Verbände nicht in eigenen Rechten verletzt sind. Voraussetzung ist das schriftliche Einverständnis der in ihren Rechten verletzten Person (§ 19 Satz 1). Bisher werden hier nur verwaltungsgerichtliche Verfahren genannt. Zu ergänzen sind auch Verfahren vor den Sozialgerichten, die für Menschen mit Behinderungen häufig von herausragender Bedeutung sind.

13. Schlichtungsverfahren

Die jetzt neu in § 20 vorgesehene Einführung eines Schlichtungsverfahrens mit Etablierung einer Schlichtungsstelle, wie im Bund, aber auch in einer ganzen Reihe von Ländern verankert, ist ausdrücklich zu begrüßen. Hier sollte sich das LBGG SH an § 16 des BGG orientieren. Wichtig ist, dass – wie jetzt in § 20 Abs. 3 vorgesehen – auch ein Verband von Menschen mit Behinderungen berechtigt ist, einen Antrag bei der Schlichtungsstelle anzubringen. Warum auch hier wie bei § 18 Verstöße gegen die Vorschriften des 3. Abschnitts des Gesetzes, also zur digitalen Barrierefreiheit, nicht zur Zuständigkeit der Schlichtungsstelle gehören sollen, ist indes unerfindlich. Darüber hinaus sollte die Vorschrift vorsehen, dass mit Einreichung eines Schlichtungsantrags die Verjährungsfristen gehemmt sind, weil ansonsten ggf. doch eine Klage erhoben werden müsste, um dieses Ergebnis zu erreichen. Stattdessen wird in § 20 Abs. 2 Satz 2 lapidar darauf verwiesen, dass die Einlegung oder Erhebung von Rechtsbehelfen unberührt bleibe. Das widerspricht dem Charakter eines Schlichtungsverfahrens, eine kostengünstige und möglichst schnelle Bereinigung von Streitigkeiten ohne Einschaltung der Gerichte zu fördern.

14. Interessenvertretung von Menschen mit Behinderungen – Behindertenbeauftragte und Landesteilhabebeirat

Das Amt des oder der Behindertenbeauftragten hat sich im Bund und in allen Bundesländern etabliert. Die Konstruktionen sind jedoch unterschiedlich. So ist der Beauftragte der

Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen, wie schon der Name sagt, bei der Bundesregierung angesiedelt, während Behindertenbeauftragte in einer ganzen Reihe von Bundesländern – und so auch in Schleswig-Holstein – beim Landesparlament angebundene sind. Diese Lösung ist eindeutig vorzuziehen, besteht ansonsten doch die Gefahr, dass Druck auf die entsprechende Person ausgeübt wird, nicht zu kritisch mit der Politik der jeweils amtierenden Regierung umzugehen. Entsprechend gewährleistet § 22 die Unabhängigkeit der vom Landtag auf sechs Jahre zu wählenden Person (zu den Wahlmodalitäten § 21 Abs. 2 ff.).

§ 24 enthält einen Aufgabenkatalog für den oder die Beauftragte. Nach Abs. 2 kann sich jedermann an sie oder ihn in Menschen mit Behinderungen betreffenden Fragen wenden. Nach Abs. 3 Satz 1 erteilen die Träger der öffentlichen Verwaltung der oder dem Landesbeauftragten zur Situation von Menschen mit Behinderungen Auskunft und unterstützen sie oder ihn bei der Erfüllung der Aufgaben. Ihre / seine Stellung wird dadurch verstärkt, dass auch die Landesregierung zur Beteiligung verpflichtet ist und ein Anhörungsrecht im Landtag besteht (vgl. § 24 Abs. 5 und 6). Die Erfahrungen aus anderen Bundesländern zeigen, dass hier häufig ein sensibler Balanceakt zwischen Verständnis für die Nöte der Menschen mit Behinderungen und die Zwänge der Verwaltung notwendig ist.

§ 25 präzisiert die Aufgaben des Landesbeirats zur Teilhabe von Menschen mit Behinderungen, der die Landesbeauftragte oder den Landesbeauftragten in allen wesentlichen Fragen, die die Belange von Menschen mit Behinderungen berühren, berät und unterstützt (§ 25 Abs. 1, zu seiner Zusammensetzung und weiteren Modalitäten § 25 Abs. 2 ff.).

#### 15. Notwendige Ergänzung des Gesetzes

Wer Barrierefreiheit in allen Lebensbereichen voranbringen will, der kommt nicht umhin, hierfür auch nicht unerhebliche finanzielle Mittel einzusetzen. Deshalb erscheint es geboten, „ein Landeskompetenzzentrum Barrierefreiheit“ zu schaffen, um die Anstrengungen zur Realisierung von Barrierefreiheit sowie die Koordination verschiedener Projekte und Initiativen zu deren Durchsetzung zu verstetigen, wie es auf Bundesebene und in anderen Bundesländern bereits besteht. Seine Aufgabe muss es sein, die öffentlichen Stellen (Landesbehörden, Kreise, Ämter und Kommunen) bei der Herstellung von Barrierefreiheit zu unterstützen und zu beraten. Zugleich sollte das Kompetenzzentrum auch für Wirtschaft, Verbände und Zivilgesellschaft in Schleswig-Holstein als Anlaufstelle zur Erstberatung bei Fragen der Barrierefreiheit offenstehen, das umso mehr, als mit der bevorstehenden Verabschiedung des Barrierefreiheitsstärkungsgesetzes (BFSG) des Bundes auch private Anbieter von bestimmten Produkten und Dienstleistungen zur Barrierefreiheit verpflichtet werden und darüber hinaus jedenfalls bei der Marktüberwachung auch Landesbe-

hörden mit neuen für sie ungewohnten Aufgaben konfrontiert sein werden (vgl. §§ 20 ff. BFSG). Ein solches Kompetenzzentrum ist ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer barrierefreien Gesellschaft, die Vorteile für alle bietet und niemanden ausgrenzt. Die Bundesfachstelle Barrierefreiheit, die es seit dem Jahr 2016 gibt (siehe: [www.bundesfachstelle-barrierefreiheit.de](http://www.bundesfachstelle-barrierefreiheit.de)), ist auf die Umsetzung des Behindertengleichstellungsgesetzes des Bundes (BGG) verpflichtet. Hierzu unterstützt und berät sie die öffentlichen Stellen des Bundes (vgl. § 13 Abs. 2 BGG und § 6 Satz 1 BITV 2.0 des Bundes). Für öffentliche Stellen der Länder und Kommunen fehlen vielfach vergleichbare Angebote. Die neu zu schaffende Vorschrift des LBGG sollte sich daher an den gesetzlichen Regelungen in anderen Bundesländern (vgl. z.B. § 17a BGG LSA in Sachsen-Anhalt) orientieren.

Die Formulierung eines neuen Paragraphen des LBGG, der diesem Anliegen gerecht wird, könnte wie folgt lauten:

#### **§ ... Landeskompetenzzentrum für Barrierefreiheit**

**(1) Die Landesregierung richtet ein Landeskompetenzzentrum für Barrierefreiheit ein, das die öffentlichen Stellen in Schleswig-Holstein bei der Herstellung und Verwirklichung von Barrierefreiheit unterstützt und berät. Auf Anfrage berät es darüber hinaus Wirtschaft, Verbände und Zivilgesellschaft zu Fragen der Barrierefreiheit. Seine Aufgaben sind insbesondere:**

- 1.) Zentrale Anlaufstelle und Erstberatung,**
  - 2.) Bereitstellung, Bündelung und Weiterentwicklung von unterstützenden Informationen zur Herstellung von Barrierefreiheit,**
  - 3.) Unterstützung der Verbände von Menschen mit Behinderungen bei der Durchsetzung von Rechtsansprüchen nach diesem Gesetz,**
  - 4.) Angebot und Durchführung von Schulungsmaßnahmen,**
  - 5.) Aufbau eines Netzwerks und**
  - 6.) Bewusstseinsbildung durch Öffentlichkeitsarbeit.**
- (2) Ein Expertenbeirat, dem mehrheitlich Vertreterinnen und Vertreter der Verbände von Menschen mit Behinderungen angehören, berät das Landeskompetenzzentrum für Barrierefreiheit.**

#### IV. Zusammenfassung

Die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Anpassung des Schleswig-Holsteinischen Landesbehindertengleichstellungsgesetzes an die Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention ist ausdrücklich zu begrüßen. Die Verwirklichung von Barrierefreiheit gehört zu den Grundprinzipien der UN-BRK. Zur Erfüllung dieses Anspruchs ist jedoch – wie gezeigt – eine Reihe von Ergänzungen und Präzisierungen des vorliegenden Gesetzentwurfs erforderlich. Nur so wird das Gesetz seinem in § 1 proklamierten Anspruch gerecht werden.



## Häusliche Gewalt (Partnergewalt) und ihre Auswirkung auf die Entwicklung junger Kinder – ein Praxisbericht

Lidija Baumann\* und Anne Wittern\*\*

*Als Kinderschutz-Zentrum sind wir eine Fach- und Kriseneinrichtung im Problemfeld sexualisierter, körperlicher, psychischer und häuslicher Gewalt gegen Kinder und Jugendliche sowie Vernachlässigung von Kindern und Jugendlichen.*



*Wir verstehen uns als Übersetzer von kindlichen Belastungszeichen an die Eltern und Fachkräfte, mit dem Ziel, dass Eltern und Fachkräfte die gewaltbelastete Situation aus Sicht der Kinder betrachten und verändern können.*

*Das Miterleben von häuslicher Gewalt beeinträchtigt die Entwicklung der jungen Kinder und hinterlässt zum Teil folgenschwere Entwicklungsspuren.*

*Häusliche Gewalt wird in diesem Artikel synonym mit Partnergewalt verwendet, die rein physisch das Kind nicht verletzt.*

Wenn Kinder mit erlebter Gewalt und damit verbundenen Sorgen und Kummer in das Kinderschutz-Zentrum kommen, gehört es zu einer unserer vordringlichsten Aufgaben zu verstehen, wie sicher diese Kinder sich in ihrer Welt fühlen. Welche Erfahrungen haben sie mit den Erwachsenen um sie herum gemacht? Wie verlässlich wurden sie getröstet, wenn sie sich wehgetan haben? Wie hilfreich waren die Erwachsenen darin, Gefühle von Enttäuschung oder Angst bei dem Kind zu erkennen und diese starken Gefühle mit ihm auszuhalten, zu regulieren und zu beruhigen? Hat das Kind seine liebsten Erwachsenen so verinnerlicht, dass es davon ausgeht, sie würden sagen „Du nervst, geh ins Bett! Monster gibt’s nicht! Wie blöd bist du denn!“, wenn es sich nachts davor ängstigt und vom lauten Streiten der Eltern aufwacht oder geht es davon aus, sie würden sagen „Oh Mensch, Du hast Dich so erschrocken, das tut mir leid, wir waren aber auch laut. Komm ich bringe dich zurück ins Bett, du kannst in Ruhe weiterschlafen.“

Wie banal diese beiden Aussagen klingen – an ihnen sehen wir den entwicklungspsychologischen Unterschied zwischen Kindern und Erwachsenen. Ähnliche Sätze im Erwachsenenalter verletzen, im Kindesalter werden sie in die Persönlichkeitsentwicklung eines jungen Kindes eingebaut und prägen sein Selbstbewusstsein und seine Selbstkenntnis.

Das Erleben, dass angstausslösende Gefühle von Erwachsenen negiert werden, oder die Kinder an ihren nicht zu bewältigenden Gefühlen selbst schuld sein sollen, verfestigt im Kind das Lebensgefühl, falsch zu sein.

Sätze wie „ich bin böse“, „ich bin dumm“ oder „weil ich nerve, haut Papa die Mama“, sind häufige Kinderaussagen im Kontext von Beratung und Therapie.

Sandra Dlugosch hat die Auswirkungen von häuslicher Gewalt 2009 auf die Identitätsentwicklung von jungen Erwachsenen untersucht. Ihr Fazit lautet:

„Die Auswirkungen häuslicher Gewalt, die damit verbundenen Beziehungsmuster, Geschlechtsrollenbilder und Attributionen von Gewalt manifestieren sich nicht nur in Verhaltensauffälligkeiten, psychosomatischen Symptomen oder Bindungsstörungen, sondern ziehen sich durch die gesamte Konstruktion der eigenen Identität.“ (Dlugosch, 2010)

Die Definitionsgewalt, wie ein Kind sich selbst betrachtet und fühlt, liegt bei den Eltern. Die psychologische Bindung des Kindes an die primären Bezugspersonen ist biologischer Natur. Ein Säugling hat keine Wahl, es bindet sich an die Eltern, die es primär versorgen. Im besten Fall sind es die Menschen, die alles tun, um ihr Baby vor innerpsychischer und äußerer Überforderung zu schützen. Mit einem angeborenen Verhaltensrepertoire (Kindchenschema, Blickkontakt oder Stimme der Eltern suchen, Lächeln, Schreien, wenn es in Not ist) strengt es sich an, seinen Eltern zu zeigen, was es

braucht, um zu überleben. Bindung ist die Lebensversicherung des Kindes. Die Erfahrung von Trost, Verständnis und Erklärung der eigenen, oft beunruhigenden Gefühle durch die mir liebsten Erwachsenen schafft im Laufe der Kindheit die „innere Sicherheit“, von denen der Großteil der Menschen im Erwachsenenalter getragen wird. Die Zuversicht, dass sich jemand um mich kümmert, wenn ich in Not bin oder ich wahrgenommen werde, wenn ich große Angst habe, ist die Voraussetzung dafür, im Leben Krisen und Herausforderungen meistern zu können. Diese Fähigkeit entwickelt sich vor allem in der frühen Kindheit.

Wenn die familiäre Atmosphäre durch Gewalt und Bedrohung geprägt ist, stehen dem Säugling die Standardmöglichkeiten, um auf Bedrohung zu reagieren, nämlich mit „Kampf oder Flucht“, nicht zur Verfügung. Bedrohung fängt für einen Säugling oder Kleinkind nicht erst bei körperlicher Gewalt an. Entsetzte, angstvolle oder aggressive Blicke und die dazugehörige Atmung der Mutter und des Vaters werden ebenso bedrohlich wahrgenommen. Auf einen lauten Streit der Eltern reagiert daher ein Säugling mit Anpassung und wenn das nicht gelingt, mit „freezing“.

„Da ein Säugling zur Flucht aus dem Chaos nicht in der Lage ist, versucht er oder sie sich anzupassen. Der kleine Körper wird sich vielleicht winden, wird die Muskeln versteifen, die Verdauungsorgane zusammenziehen und den Rücken durchdrücken. Schließlich wird das Kind einfach in eine apathische Resignation verfallen. Das entwickelnde Gehirn organisiert sich dabei stärker um Überlebensfunktionen herum, was auf Kosten der Entwicklung der limbischen und kortikalen Bereiche des Gehirns geht, die für die Regulierung von Impulsen und Emotionen verantwortlich sind.“ (Levine, 2005)

Bereits drei Monate alte Säuglinge entwickeln Strategien, um sich an die Art und Weise ihrer Eltern anzupassen mit dem Ziel, sicher zu bleiben und zu überleben.

Auch hier wieder ein Einblick in die Praxis: Wir sehen Säuglinge, die scheinbar nie schreien, Kleinkinder die sich „weschlafen“ oder ältere Kinder, die ihre jüngeren Geschwister beruhigen, damit sie nicht zum falschen Zeitpunkt schreien. Die meisten Mütter und fast alle Väter erklären in der Beratung, dass die Kinder nicht viel von der Partnergewalt mitbekommen haben. Die meisten Kinder zeigen in der Diagnostik ein anderes Bild als die Wahrnehmung ihrer Eltern.

Sie erleben die Partnergewalt mit und beziehen die Gewalt auf sich, auch wenn sie selbst körperlich nicht betroffen sind. Allerdings zeigen die Praxis und viele Untersuchungen, dass bei Partnergewalt auch oft Kinder körperlichen Misshandlungen ausgesetzt sind.

Kinder bis 10 Jahre sind in ihrem kindlichen Egozentrismus (nach Piaget) gefangen. Ihre kognitive Leistungsfähigkeit lässt es nicht zu, zwischen sich und der Außenwelt zu unterscheiden, da die Ich-Entwicklung sich erst mit der Pubertät festigt. Das „Ich“ entwickelt sich nicht wertfrei, sondern wird stark von der Sozialisation, vor allem durch die engsten Bezugspersonen beeinflusst.

Die Sprache der jungen Kinder ist allerdings oft nicht die verbale Sprache, sondern das Spiel. Im Spiel zeigen Kinder ihre Bedürfnisse, Emotionen und inneren Konflikte.

Auszug aus einem Beratungsverlauf:

Leon fällt bereits mit 10 Monaten in der Krabbelgruppe auf. Er krallt sich vor allem an Kopf oder Haaren der anderen Kinder fest und beißt diese zum Teil blutig, wenn sie in seine Nähe krabbeln. Es kommt zu mehreren Vorfällen

\* Dipl.-Psychologin und Leitung im Kinderschutz-Zentrum Kiel

\*\* Dipl.-Psychologin und Beraterin im Kinderschutz-Zentrum Kiel

und vielen Beschwerden der anderen Eltern, so dass die Mutter eine Beratung der Frühen Hilfen im Kinderschutz-Zentrum aufsucht. Alle Erziehungstipps und Versuche, Leon das Beißen abzugewöhnen, scheitern. Auch die erste Krippeingewöhnung mit 18 Monaten scheitert am selbigen Verhalten des Jungen. Als Leon 4,5 Jahre ist meldet sich die Kindesmutter bei der Therapeutin im Kinderschutz-Zentrum, welche sie aus den Frühen Hilfen kannte. Sie eröffnet, dass sie sich im Frauenhaus befinde, und sucht Hilfe für Leon. Sie berichtet, dass sie bereits seit der Schwangerschaft von Leons Vater misshandelt wurde. Vor allem habe der Vater sie oft an den Haaren durch die Wohnung geschleift. Aus Scham und großer Angst, das Jugendamt könne ihr das Kind wegnehmen, habe sie damals nicht über die Gewalt sprechen können. Leon sei im Kindergarten hoch auffällig. Die Kita könne Leon so nicht weiter betreuen.

In der ersten Spielstunde spielt Leon mit den Gorillas (Spielfiguren). Der Silberrücken reißt der Mutter-Gorilla die Babygorillas weg, beißt sie und wirft sie durchs ganze Spielzimmer. Das Muttertier ist hilflos. Alle von der Therapeutin eingeführten hilfreichen Tierfiguren können die Babygorillas nicht retten. Obwohl Leon nach Aussagen der Kindesmutter vom Vater nicht misshandelt wurde, erlebt er die Gewalt des Vaters als gegen sich gerichtet. Auch im weiteren Therapieverlauf wird deutlich, wie bedroht sich Leon durch seinen Vater fühlt. Durch das therapeutische Angebot des Kindes, Beratung der Mutter und Fachberatung der Kita stabilisiert sich Leons Lebenswelt allmählich. Trotzdem bleibt er für alle ein verhaltensauffälliges Kind mit geringer Frustrationstoleranz. Der Übergang zur Schule gestaltet sich schwierig, Leon muss die erste Klasse wiederholen bei einer normalen kognitiven Leistungsfähigkeit.

Als Leon 8 Jahre alt wird, klagt der Vater ein Besuchsrecht ein. Die Mutter sucht wieder Unterstützung für Leon im Kinderschutz-Zentrum. Leon berichtet dass er seinen Vater sehen will, an ihn erinnern könne er sich nur „ein bisschen“. Er hat ihn vier Jahre nicht gesehen. Im Spiel stellt er eine Familie auf. Zwischen Kindfigur und der männlichen Figur sitzt Superman (Spielfigur), er passt auf die Kindfigur auf „denn die kann niemandem trauen“.

Der 8jährige Leon bringt sein Lebensgefühl zum Ausdruck, auch wenn er sich an den realen Vater kaum noch bewusst erinnern kann.

Das verheerende daran ist, dass das

„Trauma im Nervensystem bleibt und nicht im Ereignis“ (Levine, 2005).

Häusliche Gewalt erzeugt eine familiäre Atmosphäre von Bedrohung. Diese stellt einen permanenten traumatischen Stress für das sich in der Entwicklung befindende Nervensystem junger Kinder dar und hat Folgen für die gesunde Entwicklung basaler Systeme von Beruhigung und Stressverarbeitung.

Es liegen inzwischen eine ganze Reihe von Studien vor, die zeigen, dass auch das Miterleben von Partnerschaftsgewalt in der Kindheit die Fähigkeit zur konstruktiven Konfliktlösung und das Erlernen von Beziehungsfähigkeit negativ beeinflussen und eine Tendenz zur Wiederholung der Gewalt in späteren eigenen Partnerschaften oder in der Elternrolle begünstigen (Kinderler,2006).

Gerade bei häuslicher Gewalt wird von Seiten der Jugendhilfe und der Justiz stark das Ausmaß der Gewalt bewertet. Im Kinderschutz-Zentrum erleben wir tagtäglich Kinder, die leiden an dem, was sie nicht erleben dürfen, nämlich sich

zu Hause sicher und geliebt zu fühlen und als liebenswerter Mensch gesehen zu werden.

Auch wird bei keiner anderen Gewaltform das Leid der Kinder in einem solchen Maß mit dem Leid der betroffenen Mütter (in der Praxis sehr selten: Väter) in der Öffentlichkeit gleichgesetzt.

So sehr man das Leid der gewaltbetroffenen Mütter verstehen kann, dennoch sind sie am Leid der Kinder oft mitbeteiligt. Abhängigkeitsverhältnisse, die sich durch die Geburt eines Kindes verstärken, lassen Mütter in Gewaltbeziehungen oft für den Schutz ihrer Kinder nicht so eintreten, wie es notwendig wäre. So untergraben auch sie das Grundbedürfnis der Kinder nach Entwicklung und Sicherheit.

Nach einer Trennung dämonisieren viele Mütter aus menschlich sehr verständlichen und oft „richtigen“ Gründen den gewalttätigen Partner. Dieses Dämonisieren des Vaters ängstigt Kinder zusätzlich und verhindert eine realistische Auseinandersetzung und Verarbeitung der Ereignisse.

Mütter und Väter fühlen und sehen sich bei häuslicher Gewalt meistens als Opfer; Kinder dagegen fühlen sich häufig mitschuldig. In therapeutischen Prozessen ist es ein langer Weg, bis Kinder verinnerlichen, dass sie nicht an den Ereignissen schuld sind.

Bei dieser Verarbeitung ist es existenziell wichtig für Kinder, dass Eltern sich mit der ausgeübten oder erlittenen Gewalt aus der Perspektive der Kinder auseinandersetzen. Ganz praktisch muss ein Perspektivwechsel bei den Erwachsenen erfolgen: Aus der Haltung des eigenen Erlebens „weil der andere so war, konnte ich nicht anders als..“ zu einer Haltung aus der Sicht des Kindes „mein Kind hat gesehen, wie ich zuge schlagen habe...“ oder „dass ich hilflos war und mich nicht gekümmert habe ...“ und „dabei hat mein Kind gefühlt...“. Diese Bestätigung der Wahrnehmung und der Gefühle des Kindes ermöglicht es Kindern schließlich, traumatische Gewalterfahrungen zu verarbeiten.

Eltern, die die Gewalt leugnen, die Schuld nur beim anderen Elternteil suchen oder die Wahrnehmung und die Gefühle der Kinder negieren und mit ihren eigenen Gefühlen gleichsetzen, retraumatisieren ihre Kinder, auch wenn sie in der Gegenwart keine Gewalt mehr ausüben. Der Teufelskreis der Gewaltwiederholung wird damit etabliert.

**In Schleswig Holstein gibt es vier Kinderschutz-Zentren, die betroffenen Kindern und ihren Familien Hilfe und Unterstützung anbieten mit dem besonderen Blick auf die Kinder: Kiel ist zuständig für die Kreise Plön und Rendsburg-Eckernförde, außerdem gibt es Kinderschutz-Zentren in Lübeck, an der Westküste und in Ostholstein**

**Alle Kinderschutzzentren sind angewiesen auf Spenden oder Einnahmen aus Bußen. Auch unser Zentrum in Kiel würde sich daher sehr über eine Spende freuen:**

**Kinderschutz-Zentrum Kiel**

**in Trägerschaft des Kinderschutzbundes Ortsverband Kiel  
Spendenadresse: Kieler Volksbank IBAN DE61 2109 0007 0090 2342 00 / BIC GENODEF1KIL.**

**Vielen Dank!**

---

Literatur:

*Sandra Dlugosch: Mittendrin oder nur dabei? 2010*

*Peter A. Levine: Sprache ohne Worte 2005*

*Jörg M. Fegert: Die Frage des Kindeswohls nach Trennung der Eltern in Fällen von häuslicher Gewalt aus kinderpsychiatrischer Sicht in Kavemann / Kreyszig: Handbuch Kinder und häusliche Gewalt 2006*

# Neuere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Berufungsrecht (Teil III und Schluss)

von VRiOLG Dr. Jens Hilgenhövel, Schleswig\*

## Gliederung

- I. Zulässigkeit
  1. Statthaftigkeit
  2. Voraussetzungen des § 511 Abs. 2 ZPO
    - a) Wert des Beschwerdegegenstandes
    - b) Zulassung der Berufung
  3. Vorentscheidungen im ersten Rechtszug (§ 512 ZPO)
  4. Verzicht (§ 515 ZPO) und Rücknahme (§ 516 ZPO)
  5. Berufungsschrift
    - a) Bedingungsfeindlichkeit
    - b) Unterschrift eines Rechtsanwalts
    - c) Weiterer Inhalt der Berufungsschrift (Berufungskläger und Rechtsmittelgegner)
  6. Berufsfrist
    - a) Zustellung des erstinstanzlichen Urteils
    - b) Eingang der Berufung
    - c) Einlegung der Berufung durch Streithelfer
    - d) Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe
  7. Berufungsbegründung
    - a) Berufungsbegründung durch einen Rechtsanwalt
    - b) Berufungsbegründungsfrist
    - c) Inhalt der Berufungsbegründung
      - aa) Berufungsanträge
      - bb) Berufungsbegründung
      - cc) Heilung einer unzureichenden Berufungsbegründung
  8. Beschwer
- II. Anschlussberufung
- III. Verfahrensgrundsätze und Bindung nach Zurückverweisung
  1. Verfahrensgrundsätze
  2. Bindung nach Zurückverweisung
- IV. Einzelrichter
- V. Tatsachenstoff
  1. Einführung
  2. Tatsächliche Feststellungen der ersten Instanz
    - a) Einführung
    - b) Tatbestandliche Feststellungen nach § 314 ZPO
    - c) Feststellung aufgrund einer Beweiswürdigung (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO)
  3. Feststellung durch Berufungsgericht
  4. Präkludierte und neue Angriffs- und Verteidigungsmittel
    - a) Einführung
    - b) Präkludiertes Vorbringen (§ 531 Abs. 1 ZPO)
    - c) Neues Vorbringen (§ 531 Abs. 2 ZPO)
- VI. Klageänderung in der Berufungsinstanz (§ 533 ZPO)
- VII. Entscheidung des Berufungsgerichts
  1. Verwerfung (§ 522 Abs. 1 ZPO)
  2. Beschlusszurückweisung (§ 522 Abs. 2 ZPO)
  3. Zurückverweisung
  4. Zulassung der Revision
  5. Begründung
  6. Rechtsmittelbelehrung



## II. Anschlussberufung

Nach § 524 Abs. 1 Satz 2 ZPO erfolgt die Anschließung durch Einreichung der Berufungsanschlusschrift. Die ausdrückliche Erklärung, es werde Anschlussberufung eingelegt, ist nicht erforderlich.<sup>527</sup>

Umdeutung der unzulässigen Hauptberufung in eine Anschlussberufung: Eine unzulässige Berufung kann und muss in eine zulässige

Anschlussberufung umgedeutet werden.<sup>528</sup> Für die Umdeutung genügt es, wenn diese dem mutmaßlichen Parteiwillen gedeckt ist<sup>529</sup> oder ihrem objektiven Interesse entspricht.<sup>530</sup> In aller Regel wird eine Partei eine unzulässige Hauptberufung als zulässige Anschlussberufung retten wollen.<sup>531</sup> Eine Umdeutung kommt nur dann nicht in Betracht, wenn die Aus-

legung der prozessualen Erklärungen der Partei ergibt, dass sie ausschließlich ein selbstständiges Rechtsmittel einlegen und keinesfalls – etwa als ein Weniger oder hilfsweise – auch die Abhängigkeit von dem Rechtsmittel des Gegners gewollt hat.<sup>532</sup>

Anschlussberufung des in erster Instanz obsiegenden Klägers und Berufungsbeklagten: Der in erster Instanz in vollem Umfang erfolgreiche Berufungsbeklagte muss sich der Berufung der Gegenseite gemäß § 524 ZPO anschließen, wenn er das erstinstanzliche Urteil nicht nur verteidigen, sondern die von ihm im ersten Rechtszug gestellten Anträge erweitern oder auf einen neuen Klagegrund stellen will.<sup>533</sup> Das gilt auch im Fall einer Klageerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO.<sup>534</sup> Lediglich wenn in der Berufungsinstanz gemäß § 264 Nr. 3 ZPO ohne Änderung des Klagegrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer späteren Veränderung ein anderer Gegenstand gefordert und mit dem nunmehr geltend gemachten Antrag nicht mehr verlangt wird als bereits erstinstanzlich zuerkannt, ist die Einlegung einer Anschlussberufung entbehrlich.<sup>535</sup> Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor, wenn der in erster Instanz obsiegende Kläger eine aufgrund nach Rechtshängigkeit eingetretener Veränderungen erfolgte Klageumstellung gemäß § 264 Nr. 3 ZPO mit einer Klageerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO verbindet.<sup>536</sup>

\* Der Aufsatz gibt ganz weitgehend in den Jahren 2017 bis 2020 veröffentlichte Entscheidungen des Bundesgerichtshofs wieder. Ältere Entscheidungen habe ich referiert, wenn Sie aus meiner Sicht das Verständnis der aktuellen Entscheidungen verbessern. Soweit Wertungen geäußert werden, sind dies ausschließlich meine persönlichen Meinungen.

527 BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – I ZR 127/13, Rn. 15; Urteil vom 19. März 2015 – I ZR 4/14, Rn. 27; Urteil vom 7. Juli 2020 – XI ZR 320/18, Rn. 19.

528 BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2014 – VII ZB 15/14, Rn. 15; Beschluss vom 2. Februar 2016 – VI ZB 33/15, Leitsatz und Rn. 6.

529 BGH, Beschluss vom 2. Februar 2016 – VI ZB 33/15, Leitsatz und Rn. 7.

530 BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2014 – VII ZB 15/14, Rn. 15.

531 BGH, Beschluss vom 2. Februar 2016 – VI ZB 33/15, Leitsatz und Rn. 7.

532 BGH, Beschluss vom 2. Februar 2016 – VI ZB 33/15, Leitsatz und Rn. 8.

533 BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – I ZR 127/13, Rn. 12; Urteil vom 19. März 2015 – I ZR 4/14, Rn. 27; Urteil vom 7. Mai 2015 – VII ZR 145/12, Rn. 28.

534 BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 – VII ZR 145/12, Rn. 28.

535 BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 – VII ZR 145/12, Rn. 29.

536 BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 – VII ZR 145/12, Rn. 30.

Haupt- und Hilfsanträge: Erkennt ein Urteil unter Abweisung des Hauptantrags nach dem Hilfsantrag, fällt ersterer in der Rechtsmittelinstanz nicht an, wenn der Beklagte ein Rechtsmittel einlegt.<sup>537</sup> Der Kläger muss den Hauptantrag durch Einlegung eines Rechtsmittels oder eines Anschlussrechtsmittels weiterverfolgen.<sup>538</sup>

Bei erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsanträgen ist zu unterscheiden: Nicht jeder Hilfsantrag, den der in erster Instanz erfolgreiche Berufungsbeklagte in der Berufungsinstanz zusätzlich verfolgt, stellt eine Erweiterung der Klage dar, die eine Anschlussberufung erforderlich macht.<sup>539</sup> Eine qualitative Klageerweiterung ist anzunehmen, wenn der Berufungsbeklagte mit seinem erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag ein anderes Ziel verfolgt als mit seinem Hauptantrag.<sup>540</sup> Anders liegt es, wenn der Berufungsbeklagte seinen Hauptantrag nur beschränkt, indem er zum Beispiel vom Antrag auf Zahlung zu einem Antrag auf Hinterlegung oder auf Schuldbefreiung übergeht<sup>541</sup> oder der in erster Instanz gestellte Unterlassungsantrag die beanstandete Verhaltensweise nicht zutreffend erfasst.<sup>542</sup>

Wird in dem erstinstanzlichen Urteil über eine von der Beklagten erhobene Hilfswiderklage mangels Eintritt der Bedingung nicht entschieden, stellt sich der Übergang von der erstinstanzlichen Hilfswiderklage zur unbedingten Widerklage als Klageänderung im Sinne von § 264 Nr. 2 ZPO dar,<sup>543</sup> für die die Einlegung einer Anschlussberufung erforderlich ist.<sup>544</sup> Wird der Klageantrag in der Berufungsinstanz zurückgenommen oder wird der Berufungsantrag als unzulässig verworfen, verliert die Anschließung der Beklagten – Übergang zur unbedingten Widerklage – gemäß § 524 Abs. 4 ZPO ihre Wirkung.<sup>545</sup> Auf die Frage, ob damit der in erster Instanz gestellte Hilfswiderklageantrag wieder auflebt, kommt es nicht an, weil die Bedingung, unter der er erhoben ist, nicht eingetreten ist.<sup>546</sup>

Die Zulässigkeit der mit der Anschlussberufung einhergehenden Klageänderung ist an § 533 ZPO zu messen.<sup>547</sup>

Frist: Der Berufungsbeklagte kann sich der Berufung nach § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO (nur) bis zum Ablauf der Frist zur Berufungserwidern anschließen. Voraussetzung für den wirksamen Lauf der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist, dass die Frist zur Berufungserwidern wirksam gesetzt wurde, was nur dann der Fall ist, wenn dem Berufungsbeklagten gemäß § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO eine beglaubigte Abschrift der richterlichen Verfügung zugestellt und er über die Rechtsfolgen der Versäumung der Berufungserwidernsfrist gemäß § 521 Abs. 2 Satz 2, § 277 Abs. 2 ZPO belehrt worden ist.<sup>548</sup> Die Belehrungspflicht nach § 277 Abs. 2 ZPO gilt auch, wenn der Berufungsbeklagte bei Zustellung der Fristbestimmung bereits durch einen Rechtsanwalt vertreten ist.<sup>549</sup>

537 BAG, Urteil vom 20. September 2017 – 6 AZR 474/16, Rn. 39 [zur Revision].

538 BAG, Urteil vom 20. September 2017 – 6 AZR 474/16, Rn. 39 [zur Revision].

539 BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – I ZR 127/13, Rn. 12; Urteil vom 19. März 2015 – I ZR 4/14, Rn. 28.

540 BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – I ZR 127/13, Rn. 13.

541 BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – I ZR 127/13, Rn. 13.

542 BGH, Urteil vom 19. März 2015 – I ZR 4/14, Rn. 28.

543 BGH, Urteil vom 7. Juli 2020 – XI ZR 320/18, Rn. 18.

544 BGH, Urteil vom 7. Juli 2020 – XI ZR 320/18, Rn. 18.

545 BGH, Urteil vom 7. Juli 2020 – XI ZR 320/18, Rn. 21.

546 BGH, Urteil vom 7. Juli 2020 – XI ZR 320/18, Rn. 21.

547 BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – I ZR 127/13, Rn. 20; Urteil vom 19. März 2015 – I ZR 4/14, Rn. 24.

548 BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 – I ZR 127/13, Rn. 19; Urteil vom 7. Mai 2015 – VII ZR 145/12, Rn. 41; Urteil vom 3. März 2020 – XI ZR 468/18, Rn. 13.

549 BGH, Urteil vom 3. März 2020 – XI ZR 468/18, Rn. 13.

Die Ausnahmegvorschrift des § 524 Abs. 2 Satz 3 ZPO, die eine Anschließung bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung zulässt, setzt nicht voraus, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse, die der Anschlussberufung zugrunde liegen, seit der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz oder gar seit Ablauf der gesetzlichen Ausschlussfrist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO geändert haben.<sup>550</sup>

Die mit einer zulässigen Anschlussberufung verfolgten Anträge können auch noch nach Ablauf der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO erweitert werden.<sup>551</sup> Wird die Frist für die Anschlussberufung versäumt, so kann dies einer sachlichen Prüfung von Hilfsanträgen nicht entgegenstehen, wenn der Kläger erst aufgrund eines Hinweises des Berufungsgerichts Veranlassung hatte, die Hilfsanträge zu stellen.<sup>552</sup>

Ob in besonderen Fällen Ausnahmen von der Befristung zuzulassen sind, wenn die Anschlussberufung eine Reaktion auf eine nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung oder gar erst nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist eingetreten Veränderung der Umstände ist, ist offen.<sup>553</sup> Gleiches gilt für die Frage, ob bei Versäumung der Anschlussberufungsfrist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in (analoger) Anwendung der §§ 233 ff. ZPO in Betracht kommt.<sup>554</sup>

### III. Verfahrensgrundsätze und Bindung nach Zurückverweisung

#### 1. Verfahrensgrundsätze

Auf das Berufungsverfahren sind nach § 525 Satz 1 ZPO die im ersten Rechtszuge für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit sich aus den §§ 511 bis 541 ZPO nicht Abweichendes ergibt.

Hinweispflicht des Berufungsgerichts: Eine in erster Instanz siegreiche Partei darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass das Berufungsgericht ihr rechtzeitig einen Hinweis erteilt, wenn es der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will.<sup>555</sup> Gleiches gilt, wenn das Berufungsgericht die Klage anders als das erstinstanzliche Gericht nicht als unzulässig, sondern als unbegründet<sup>556</sup> oder statt als unbegründet als unzulässig<sup>557</sup> abweisen will. Das Berufungsgericht ist verpflichtet, der betroffenen Partei Gelegenheit zu geben, auf den Hinweis zu reagieren und ihren Tatsachenvortrag zu ergänzen sowie gegebenenfalls Beweis anzutreten.<sup>558</sup> Erteilt das Gericht entgegen § 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO den Hinweis erst in der mündlichen Verhandlung, muss es der betroffenen Partei genügend Gelegenheit zur Reaktion geben; kann eine sofortige Äußerung nicht erwartet werden, gelten dieselben Grundsätze wie in erster Instanz.<sup>559</sup>

550 BGH, Urteil vom 22. März 2016 – VI ZR 168/14, Rn. 7.

551 BGH, Urteil vom 6. Juli 2005 – XII ZR 293/02, juris Rn. 10; Urteil vom 22. März 2016 – VI ZR 168/14, Rn. 10; Urteil vom 2. April 2019 – XI ZR 4/18, Rn. 11.

552 BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2019 – VIII ZR 377/18, Rn. 23.

553 BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 – VII ZR 145/12, Rn. 33.

554 BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 – VII ZR 145/12, Rn. 37. Obiter dictum verneinend allerdings: BGH, Urteil vom 6. Juli 2005 – XII ZR 293/02, juris Rn. 14.

555 St. Rspr.: BGH, Beschluss vom 4. Juli 2013 – V ZR 151/12, Rn. 8; Urteil vom 10. Oktober 2017 – XI ZR 443/16, Rn. 18; Urteil vom 29. Mai 2018 – VI ZR 370/17, Rn. 15; Beschluss vom 12. September 2019 – V ZR 276/18, Rn. 5; Beschluss vom 10. Oktober 2019 – V ZR 4/19, Rn. 10; Beschluss vom 10. Dezember 2019 – VIII ZR 377/18, Rn. 14.

556 BGH, Beschluss vom 24. September 2019 – VI ZR 517/18, Rn. 9.

557 BGH, Beschluss vom 10. März 2016 – VII ZR 47/13, Rn. 11.

558 BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – XI ZR 443/16, Rn. 18; Urteil vom 29. Mai 2018 – VI ZR 370/17, Rn. 15; Beschluss vom 24. September 2019 – VI ZR 517/18, Rn. 9; Beschluss vom 10. Dezember 2019 – VIII ZR 377/18, Rn. 14.

559 BGH, Beschluss vom 12. September 2019 – V ZR 276/18, Rn. 5.

Ein rechtlicher Hinweis ist nur dann entbehrlich, wenn eine Partei in erster Instanz obsiegt hat, die dem ihr günstigen Urteil zugrunde liegende Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts als zentraler Streitpunkt zur Überprüfung durch das Berufungsgericht gestellt wird und das Berufungsgericht sich sodann der Auffassung des Berufungsklägers anschließt.<sup>560</sup> In diesem Fall muss die in erster Instanz erfolgreiche Partei von vornherein damit rechnen, dass das Berufungsgericht anderer Auffassung ist.<sup>561</sup>

Der Umstand, dass sich das erstinstanzliche Gericht mit der in Rede stehenden Frage befasst hat, reicht für sich genommen aber regelmäßig nicht aus, einen Hinweis (§ 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO) als entbehrlich anzusehen.<sup>562</sup>

## 2. Bindung nach Zurückverweisung

Im Falle der Aufhebung eines Urteils durch das Revisionsgericht hat das Berufungsgericht die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung zugrunde lag, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen (§ 563 Abs. 2 ZPO). Gebunden ist das Berufungsgericht aber nur an diejenige rechtliche Beurteilung, auf welcher die Aufhebung unmittelbar beruht und die sich aus der revisionsgerichtlichen Entscheidung ergibt.<sup>563</sup> Das Berufungsgericht soll den Fehler, der zur Aufhebung seines Urteils geführt hat, nicht wiederholen; es soll im Übrigen aber in seiner Entscheidung frei bleiben und bei der Findung eines gerechten Urteils nicht eingeengt sein.<sup>564</sup> Die Bindungswirkung entfällt bei einer Änderung des maßgeblichen Sachverhalts.<sup>565</sup> Stellt das Berufungsgericht nach der Zurückverweisung andere Tatsachen fest als diejenigen, welche der ersten Revisionsentscheidung zugrunde lagen, kommt eine Bindung nach § 563 Abs. 2 ZPO nicht in Betracht.<sup>566</sup>

## IV. Einzelrichter

Liegen die Voraussetzungen des § 526 Abs. 1 ZPO nicht vor, darf der Einzelrichter eine streitige Entscheidung, wenn keine der Parteien säumig ist, nur erlassen, wenn ihm die Sache durch das Kollegium nach § 527 Abs. 1 ZPO ordnungsgemäß zugewiesen worden ist und beide Parteien einer Entscheidung durch den Einzelrichter zugestimmt haben (§ 527 Abs. 4 ZPO).<sup>567</sup> Die Zustimmung zur Endentscheidung durch den Einzelrichter in der Berufungsinstanz ist eine Prozesshandlung.<sup>568</sup> Sie kann durch eine Partei frei widerrufen werden, solange die andere Partei ihr Einverständnis mit der Einzelrichterentscheidung noch nicht erteilt hat.<sup>569</sup> Sobald jedoch eine Prozesslage besteht, in der übereinstimmende Zustimmungen beider Parteien vorliegen, ist ab diesem Zeitpunkt § 128 Abs. 2 ZPO entsprechend anwendbar, so dass ein Widerruf der einmal erteilten Einverständniserklärung lediglich bei einer wesentlichen Änderung der Prozesslage möglich ist.<sup>570</sup>

## V. Tatsachenstoff

### 1. Einführung

Ist die Berufung zulässig, so gelangt grundsätzlich der gesamte aus den Akten ersichtliche Prozessstoff erster Instanz

ohne weiteres in die Berufungsinstanz.<sup>571</sup> So wird im ersten Rechtszug nicht zurückgewiesenes Vorbringen ohne weiteres Prozessstoff der zweiten Instanz; eines erneuten Vorbringens bedarf es insoweit grundsätzlich nicht.<sup>572</sup> Das gilt erst recht für Vorbringen des Berufungsbeklagten, weil für ihn keine Regelung existiert, die es ihm auferlegt, erstinstanzliches Vorbringen zu wiederholen oder in Bezug zu nehmen.<sup>573</sup> Ist ein Vorbringen einer Partei in erster Instanz unerheblich geblieben, liegt ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör vor, wenn das Berufungsgericht dieses Vorbringen nicht in seine Entscheidung einbezieht, obwohl es dem Berufungsbegehren der anderen Partei mit der Folge stattgeben will, dass das bisher nicht relevante Vorbringen der Partei für die Entscheidung erheblich wird.<sup>574</sup> Legt zum Beispiel der Beklagte gegen ein Urteil, das einer im Wege objektiver Klagehäufung auf zwei Klagegründe gestützten Klage aus einem der Gründe stattgegeben hat, ein zulässiges Rechtsmittel ein, so fällt auch der nicht beschiedene Klagegrund der Rechtsmittelinstanz an.<sup>575</sup> Das gilt auch für die Geltendmachung mehrerer Irreführungsaspekte innerhalb eines einheitlichen Streitgegenstandes.<sup>576</sup> Weist das Gericht des ersten Rechtszugs die Klage als unzulässig ab, gelten die Ausführungen zur Begründetheit allerdings als nicht geschrieben.<sup>577</sup>

### 2. Tatsächliche Feststellungen der ersten Instanz

#### a) Einführung

Das Berufungsgericht hat seiner Verhandlung und Entscheidung des Weiteren die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Die Anwendung dieser Vorschrift hängt nicht davon ab, ob über die Berufung im Beschluss- oder im Urteilsverfahren entschieden wird.<sup>578</sup> § 522 Abs. 2 ZPO schränkt die Geltung von § 529 ZPO nicht ein; eine Zurückweisung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO ist im Gegenteil nur dann zulässig, wenn die Berufung auch unter Berücksichtigung eines nach §§ 529, 531 ZPO zulässigen neuen Vorbringens offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat.<sup>579</sup> Davon zu trennen ist die Frage, ob das Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO stets voraussetzt, dass eine Berufungserwidmung eingegangen oder dem Berufungsbeklagten ergebnislos eine Frist zur Erwidmung gesetzt worden ist; dies ist nicht der Fall.<sup>580</sup>

Es ist genau herauszuarbeiten, welche Tatsachen das Gericht erster Instanz überhaupt festgestellt hat. Denn § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO regelt nur die Bindung an Tatsachen, nicht an rechtliche Würdigungen. Die in § 513 Abs. 1, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO angeordnete Bindung des Berufungsgerichts an die

571 BGH, Beschluss vom 28. April 2020 – VI ZR 347/19, Rn. 8.

572 BGH, Beschluss vom 24. September 2019 – VI ZR 517/18, Rn. 8; Beschluss vom 28. April 2020 – VI ZR 347/19, Rn. 8.

573 BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 9. März 2015 – 1 BvR 2819/14, Rn. 17.

574 BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2016 – I ZR 241/15, Rn. 12; Beschluss vom 10. Oktober 2018 – VII ZR 13/18, Rn. 15.

575 BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2016 – I ZR 241/15, Rn. 12.

576 BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2016 – I ZR 241/15, Rn. 12.

577 BGH, Urteil vom 21. Oktober 2016 – V ZR 230/15, Rn. 30; Beschluss vom 8. Mai 2018 – XI ZR 538/17, Rn. 20: zur Zurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO.

578 BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016 – V ZR 258/15, Rn. 13; Beschluss vom 8. Mai 2018 – XI ZR 538/17, Rn. 24.

579 BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016 – V ZR 258/15, Rn. 13; Beschluss vom 8. Mai 2018 – XI ZR 538/17, Rn. 24.

580 BGH, Urteil vom 21. November 2017 – XI ZR 106/16, Rn. 12; Beschluss vom 8. Mai 2018 – XI ZR 538/17, Rn. 24.

560 BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – XI ZR 443/16, Rn. 18.

561 BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – XI ZR 443/16, Rn. 18.

562 Vgl. BGH, Beschluss vom 29. Oktober 2020 – III ZR 142/19, Rn. 9.

563 BGH, Urteil vom 1. Juni 2017 – IX ZR 204/15, Rn. 7.

564 BGH, Urteil vom 1. Juni 2017 – IX ZR 204/15, Rn. 7.

565 BGH, Urteil vom 1. Juni 2017 – IX ZR 204/15, Rn. 10.

566 BGH, Urteil vom 1. Juni 2017 – IX ZR 204/15, Rn. 11.

567 BGH, Urteil vom 23. September 2020 – XII ZR 86/18, Rn. 13.

568 BGH, Urteil vom 23. September 2020 – XII ZR 86/18, Rn. 13.

569 BGH, Urteil vom 23. September 2020 – XII ZR 86/18, Rn. 13.

570 BGH, Urteil vom 23. September 2020 – XII ZR 86/18, Rn. 13 mit Beispielen für eine wesentliche Änderung in Rn. 14.

erstinstanzlich „festgestellten Tatsachen“ gilt zum Beispiel im Rahmen der Ermittlung des Inhalts von Vereinbarungen nur hinsichtlich der Feststellung des (tatsächlichen) Erklärungstatbestandes der beiderseitigen Erklärungen sowie der weiteren tatsächlichen Umstände, die für das Verständnis der Vereinbarung von Bedeutung sind.<sup>581</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die richterliche Vertragsauslegung, bei der es nicht um eine empirische Tatsachenfeststellung, sondern darum geht, die festgestellten Tatsachen in ihrer rechtlichen Bedeutung zu würdigen und dadurch den Inhalt des Vertrages rechtlich näher zu bestimmen.<sup>582</sup> Diese verstehende Interpretation von Tatsachen wird von normativen Vorgaben geleitet und fällt damit in den Bereich der Anwendung materiellen Rechts, so dass dem Berufungsgericht gemäß § 513 Abs. 1, § 546 ZPO eine unbeschränkte Überprüfung der erstinstanzlichen Vertragsauslegung eröffnet ist.<sup>583</sup> Stellt das Gericht nach Vernehmung des Anlageberaters als Zeugen in den Entscheidungsgründen, um ein anderes Beispiel zu wählen, fest, dieser habe den klagenden Anleger nicht hinreichend darüber aufgeklärt, dass er seine Anlagen diversifizieren müsse und dass die von ihm empfohlene Anlage nicht zur Altersvorsorge geeignet sei, so ist nicht festgestellt, dass die empfohlene Anlage nicht zum Risikoprofil des Anlegers passte. Kommt das Gericht erster Instanz im Beispielfall aufgrund der von ihm festgestellten Tatsachen – Diversifikation und Altersvorsorge – zu der rechtlichen Würdigung, die Beratung sei nicht anlegergerecht und damit nicht pflichtgemäß (§ 280 Abs. 1 BGB) gewesen, so ist nicht etwa die nicht anlegergerechte Beratung festgestellt. Diese ist Ergebnis der rechtlichen Würdigung und kann im Grundsatz nicht festgestellt werden.

Tatsächliche Feststellungen können sich aus tatbestandlichen Feststellungen nach § 314 ZPO oder aus einer Beweiswürdigung (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) ergeben.

#### b) Tatbestandliche Feststellung nach § 314 ZPO

Die tatbestandlichen Feststellungen des Urteils erbringen gemäß § 314 ZPO Beweis für das Vorbringen der Parteien am Schluss der mündlichen Verhandlung.<sup>584</sup> Unter Vorbringen in diesem Sinne fallen auch die Bezeichnung der Beweismittel (vgl. § 282 Abs. 1 ZPO)<sup>585</sup> und die in der mündlichen Verhandlung von den Parteien abgegebenen prozessualen Erklärungen und Anträge.<sup>586</sup> § 314 ZPO erfasst auch tatbestandliche Feststellungen in den Entscheidungsgründen,<sup>587</sup> unter Umständen auch in Hilfserwägungen.<sup>588</sup> Lässt sich dem Urteil nur entnehmen, dass die Beklagte einer Erläuterung des Klägers in der mündlichen Verhandlung nicht widersprochen hat, reicht das nicht aus, den entsprechenden klägerischen Vortrag als tatbestandlich unstreitig festgestellt anzusehen.<sup>589</sup>

Dem Tatbestand kommt keine Beweiskraft zu, wenn und soweit er Widersprüche, Lücken oder Unklarheiten aufweist.<sup>590</sup> Solche Mängel müssen sich allerdings aus dem Urteil selbst ergeben.<sup>591</sup> Das ist anzunehmen, wenn ein Wi-

derspruch zwischen den tatbestandlichen Feststellungen und einem konkret in Bezug genommenen schriftsätzlichen Vorbringen einer Partei besteht.<sup>592</sup> Dass ein Widerspruch zwischen den tatbestandlichen Feststellungen und dem Parteivorbringen besteht, kann aber auch aus der Begründung der Entscheidung folgen, mit der ein Berichtigungsantrag einer Partei zurückgewiesen wird.<sup>593</sup> Lassen sich Widersprüche, Lücken oder Unklarheiten dagegen nur durch Rückgriff auf – gemäß § 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO allgemein in Bezug genommene – vorbereitende Schriftsätze darstellen, bleibt es bei der Tatbestandswirkung des § 314 ZPO und dem Grundsatz, dass der durch den Tatbestand des Urteils erbrachte Beweis nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann.<sup>594</sup>

Der durch die tatbestandlichen Feststellungen geführte Beweis wird gemäß § 314 Satz 2 ZPO nur durch das Sitzungsprotokoll, das seinerseits Beweiswirkung entfaltet (§ 165 Satz 1 ZPO), entkräftet. Das setzt voraus, dass die Feststellungen in der Sitzungsniederschrift ausdrücklich oder doch unzweifelhaft dem Tatbestand widersprechen.<sup>595</sup> Das Sitzungsprotokoll geht dann für die Bestimmung des Parteivorbringens vor.<sup>596</sup> Als Sitzungsprotokoll in diesem Sinne ist nur das Protokoll über die Verhandlung zu verstehen, auf Grund derer das Urteil ergangen ist,<sup>597</sup> durch den widersprechenden Inhalt eines früheren Sitzungsprotokolls wird die Beweiskraft des Tatbestands nicht entkräftet.<sup>598</sup> Etwas anderes gilt wiederum dann, wenn ein im Tatbestand aufgeführtes Vorbringen ausdrücklich einem bestimmten Verhandlungstermin zugeordnet wird und diese Feststellung dem Protokoll über diese Sitzung widerspricht.<sup>599</sup>

Der Tatbestand hat keine negative Beweiskraft für Parteivorbringen, das sich aus den vorbereitenden Schriftsätzen ergibt.<sup>600</sup> Negative Beweiskraft hat der Tatbestand aber hinsichtlich des mündlichen Parteivorbringens<sup>601</sup> und für solche Angriffs- und Verteidigungsmittel, die in der mündlichen Verhandlung ohne vorherige Ankündigung in einem vorbereiteten Schriftsatz vorgebracht werden.<sup>602</sup>

Eine etwaige Unrichtigkeit tatbestandlicher Feststellungen kann nur im Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO behoben werden.<sup>603</sup> Wird die Berichtigung im ersten Rechtszug getroffener Feststellungen nicht beantragt, sind sie für das Berufungsverfahren bindend zu Grunde zu legen.<sup>604</sup>

#### c) Feststellung aufgrund einer Beweiswürdigung (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO)

Berufungsrüge ist nicht erforderlich: Ist die Berufung zulässig, hat das Berufungsgericht ungeachtet einer Berufungsrüge zu kontrollieren, ob konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der

581 BGH, Urteil vom 29. Juni 2016 – VIII ZR 191/15, Rn. 23.

582 BGH, Urteil vom 29. Juni 2016 – VIII ZR 191/15, Rn. 23.

583 BGH, Urteil vom 29. Juni 2016 – VIII ZR 191/15, Rn. 24.

584 BGH, Urteil vom 12. Mai 2015 – VI ZR 102/14, Rn. 47.

585 BGH, Urteil vom 12. Mai 2015 – VI ZR 102/14, Rn. 47; Urteil vom 26. Februar 2019 – VI ZR 272/18, Rn. 10.

586 BGH, Urteil vom 26. Februar 2019 – VI ZR 272/18, Rn. 10.

587 St. Rspr.: BGH, Beschluss vom 26. März 1997 – IV ZR 275/96, juris Rn. 6; Urteil vom 29. März 2017 – VIII ZR 44/16, Rn. 44.

588 BGH, Urteil vom 29. März 2017 – VIII ZR 44/16, Rn. 44.

589 BGH, Beschluss vom 16. Mai 2017 – VI ZR 25/16, Rn. 16.

590 BGH, Urteil vom 12. Mai 2015 – VI ZR 102/14, Rn. 48.

591 BGH, Urteil vom 15. Juli 2011 – V ZR 277/10, Rn. 12; Urteil vom 12. Mai 2015 – VI ZR 102/14, Rn. 47.

592 BGH, Urteil vom 24. Juni 2014 – VI ZR 560/13, Rn. 42; Urteil vom 12. Mai 2015 – VI ZR 102/14, Rn. 48. Anders aber wohl: BGH, Urteil vom 22. Juni 2011 – IV ZR 225/10, Rn. 7.

593 BGH, Urteil vom 24. Juni 2014 – VI ZR 560/13, Rn. 42.

594 BGH, Urteil vom 22. Juni 2011 – IV ZR 225/10, Rn. 7; Urteil vom 15. Juli 2011 – V ZR 277/10, Rn. 12; Urteil vom 12. Mai 2015 – VI ZR 102/14, Rn. 48.

595 BGH, Urteil vom 24. Juli 2018 – VI ZR 294/17, Rn. 11; Urteil vom 26. Februar 2019 – VI ZR 272/18, Rn. 10.

596 BGH, Urteil vom 24. Juli 2018 – VI ZR 294/17, Rn. 11.

597 BGH, Urteil vom 12. Mai 2015 – VI ZR 102/14, Rn. 49; Beschluss vom 29. August 2018 – VII ZR 195/14, Rn. 20.

598 BGH, Urteil vom 12. Mai 2015 – VI ZR 102/14, Rn. 49; Beschluss vom 29. August 2018 – VII ZR 195/14, Rn. 20.

599 BGH, Urteil vom 12. Mai 2015 – VI ZR 102/14, Rn. 49.

600 BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, Rn. 23.

601 Zweifelnd: BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, Rn. 24 m.w.N.

602 BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, Rn. 23.

603 BGH, Urteil vom 29. Oktober 2020 – IX ZR 10/20, Rn. 21.

604 BGH, Urteil vom 29. Oktober 2020 – IX ZR 10/20, Rn. 21.



Richtigkeit oder Vollständigkeit der festgestellten Tatsachen begründen.<sup>605</sup> § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO regelt lediglich eine Voraussetzung der Zulässigkeit der Berufung.<sup>606</sup> Das Berufungsgericht muss also konkrete Anhaltspunkte berücksichtigen, die ihre Grundlage im erstinstanzlichen Vorbringen der Parteien haben, auch wenn das Übergehen dieses Vortrags nicht zum Gegenstand einer Berufungsrüge gemacht worden ist;<sup>607</sup> es darf sich nicht auf eine Überprüfung von Rechtsfehlern beschränken.<sup>608</sup> Bemerkt das Berufungsgericht etwa anlässlich der Prüfung sonstiger Berufungsrügen, dass das Eingangsgericht eine für die Beweiswürdigung bedeutsame Tatsache oder ein erhebliches Beweisangebot übergangen hat, dann bestehen auch ohne dahingehende Rüge konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, die das Berufungsgericht zu einer erneuten Tatsachenfeststellung verpflichten.<sup>609</sup> Zweifeln an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen hat das Berufungsgericht selbst dann nachzugehen, wenn es sie unabhängig vom Parteivortrag auf Grund lediglich bei ihm gerichtskundiger Tatsachen gewonnen hat.<sup>610</sup>

**Konkrete Anhaltspunkte:** Konkrete Anhaltspunkte in diesem Sinne sind alle objektivierbaren rechtlichen oder tatsächlichen Einwände gegen die erstinstanzlichen Feststellungen.<sup>611</sup>

Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen, können sich aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Erstgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind.<sup>612</sup> Verfahrensfehler liegen insbesondere vor, wenn die Beweiswürdigung in dem erstinstanzlichen Urteil den Anforderungen des § 286 Abs. 1 ZPO nicht genügt, wenn die Beweiswürdigung unvollständig oder in sich widersprüchlich ist, wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt.<sup>613</sup> Ein Verstoß gegen Denkgesetze liegt unter anderem dann vor, wenn Umständen Indizwirkungen zuerkannt werden, die sie nicht haben können oder wenn die Ambivalenz von Indiztatsachen nicht erkannt wird.<sup>614</sup> Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung bestehen des Weiteren, wenn die Aussage eines Zeugen aus Sicht des Berufungsgerichts die Entscheidungsgründe nicht deckt.<sup>615</sup> Verfahrensfehlerhaft ist es auch, wenn die Aussagen der vernommenen Zeugen entgegen § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO nicht protokolliert worden sind; in das Protokoll aufzunehmen, dass sich der Zeuge zur Sache geäußert habe, genügt insoweit nicht.<sup>616</sup> Eine Verletzung von § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO kann nicht nach § 295 ZPO geheilt werden.<sup>617</sup> Es kann aber ausreichen, wenn sich der Inhalt aus dem Urteil selbst klar ergibt und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Zeugen bei der Vernehmung weitere Erklärungen abgegeben haben, die erheblich sein könnten.<sup>618</sup> Die Wiedergabe der Aussagen

muss sich dann deutlich von deren Würdigung absetzen und den gesamten Inhalt der Bekundungen erkennen lassen.<sup>619</sup> Eine wörtliche Wiedergabe von Zeugenaussagen ist weder im Protokoll noch im Urteil erforderlich.<sup>620</sup>

Die Überzeugung, eine bestrittene Tatsache sei bereits erwiesen, erlaubt es dem Gericht nicht, von der Erhebung weiterer zulässiger, für das Gegenteil angebotener Beweise abzusehen.<sup>621</sup> Geschieht dies trotzdem, liegt darin eine unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung, die gegen § 286 ZPO und Art. 103 Abs. 1 GG verstößt.<sup>622</sup>

Da sich eine Partei ein für sie günstiges Beweisergebnis regelmäßig (stillschweigend) zu eigen macht, übergeht das erstinstanzliche Gericht erhebliches Vorbringen dieser Partei, wenn es ein solches – entscheidungserhebliches – Beweisergebnis übergeht.<sup>623</sup>

Konkrete Anhaltspunkte können sich ferner aus dem Vortrag der Parteien, vorbehaltlich der Anwendung der Präklusionsvorschriften auch aus Vortrag der Parteien in der Berufungsinstanz ergeben.<sup>624</sup> In Betracht kommen auch gerichtsbekannte Tatsachen oder Umstände, die sich aus dem angefochtenen Urteil selbst ergeben.<sup>625</sup>

Aber auch verfahrensfehlerfrei getroffene Tatsachenfeststellungen sind für das Berufungsgericht nicht bindend, wenn sich Zweifel aus unterschiedlichen Wertungen von erster Instanz und Berufungsinstanz ergeben.<sup>626</sup> Zweifel im Sinne der Regelung in § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO liegen schon dann vor, wenn aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür ergibt, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt.<sup>627</sup> Die Berufungsinstanz ist eine zweite Tatsacheninstanz, deren Aufgabe in der Gewinnung einer „fehlerfreien und überzeugenden“ und damit „richtigen“ Entscheidung des Einzelfalls besteht.<sup>628</sup> Das Berufungsgericht darf Einwendungen gegen die erstinstanzliche Überzeugungsbildung deshalb nicht mit der Begründung als unbeachtlich ansehen, die Partei trage lediglich eine eigene Einschätzung vor, ohne Rechtsfehler des Erstgerichts aufzuzeigen.<sup>629</sup>

### 3. Feststellung durch Berufungsgericht

Hält das Berufungsgericht die Beweisaufnahme der ersten Instanz für unvollständig, etwa weil es eine ergänzende Vernehmung eines Zeugen für erforderlich hält, so entfällt die Bindung an die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung.<sup>630</sup> Das Berufungsgericht muss dann zwingend eine eigene Tatsachenfeststellung vornehmen.<sup>631</sup> Die Bindung an die erstins-

605 BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, Rn. 19 f.; Beschluss vom 4. September 2019 – VII ZR 69/17, Rn. 11.

606 BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, Rn. 20.

607 BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, Rn. 20.

608 BGH, Beschluss vom 4. September 2019 – VII ZR 69/17, Rn. 11.

609 BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, juris Rn. 20; Beschluss vom 28. April 2020 – VI ZR 347/19, Rn. 8.

610 BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, juris Rn. 20.

611 BGH, Beschluss vom 21. März 2018 – VII ZR 170/17, Rn. 15.

612 BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, juris Rn. 8; Beschluss vom 24. März 2020 – XI ZB 12/19, Rn. 9.

613 BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, juris Rn. 9.

614 BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, juris Rn. 9.

615 BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschluss vom 1. August 2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 56.

616 BGH, Urteil vom 12. Februar 2019 – VI ZR 141/18, Rn. 17.

617 BGH, Urteil vom 12. Februar 2019 – VI ZR 141/18, Rn. 18.

618 BGH, Urteil vom 12. Februar 2019 – VI ZR 141/18, Rn. 18.

619 BGH, Urteil vom 12. Februar 2019 – VI ZR 141/18, Rn. 18.

620 BGH, Urteil vom 12. Februar 2019 – VI ZR 141/18, Rn. 18.

621 BGH, Beschluss vom 17. September 2020 – V ZR 305/19, Rn. 18.

622 BGH, Beschluss vom 17. September 2020 – V ZR 305/19, Rn. 18.

623 BGH, Beschluss vom 29. August 2018 – VII ZR 195/14, Rn. 13.

624 BGH, Urteil vom 16. August 2016 – X ZR 96/14, Rn. 17; Beschluss vom 21. März 2018 – VII ZR 170/17, Rn. 15.

625 BGH, Urteil vom 16. August 2016 – X ZR 96/14, Rn. 17.

626 BGH, Urteil vom 29. Juni 2016 – VIII ZR 191/15, Rn. 26; Urteil vom 14. Februar 2017 – VI ZR 434/15, Rn. 20.

627 BGH, Urteil vom 14. Februar 2017 – VI ZR 434/15, Rn. 20; Beschluss vom 21. März 2018 – VII ZR 170/17, Rn. 15; Beschluss vom 4. September 2019 – VII ZR 69/17, Rn. 11.

628 BGH, Urteil vom 29. Juni 2016 – VIII ZR 191/15, Rn. 26; Urteil vom 14. Februar 2017 – VI ZR 434/15, Rn. 20; Beschluss vom 21. März 2018 – VII ZR 170/17, Rn. 15; Urteil vom 11. Februar 2020 – VI ZR 415/18, Rn. 8.

629 BGH, Urteil vom 14. Februar 2017 – VI ZR 434/15, Rn. 21.

630 BGH, Beschluss vom 12. November 2020 – IX ZR 179/19, Rn. 2. Die Entscheidung spricht unscharf von einer Bindung an das erstinstanzliche Urteil.

631 BGH, Beschluss vom 12. November 2020 – IX ZR 179/19, Rn. 2.

tanzliche Tatsachenfeststellung entfällt aber nur insoweit, wie Zweifel an ihrer Richtigkeit oder Vollständigkeit bestehen: Hat das erstinstanzliche Gericht also zu mehreren Tatsachenbehauptungen Beweis erhoben und dementsprechend mehrere tatsächliche Feststellungen im Sinne des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO getroffen, entfällt die Bindung nur im Hinblick auf die zweifelhafte Feststellung.

Ist eine erneute Feststellung durch das Berufungsgericht geboten, so setzt sie im Fall des Zeugenbeweises in aller Regel eine erneute Vernehmung voraus. Will das Berufungsgericht die Aussage eines in erster Instanz vernommenen Zeugen anders würdigen beziehungsweise anders verstehen oder werten als die Vorinstanz, muss es den Zeugen nach § 398 Abs. 1 ZPO erneut vernehmen.<sup>632</sup> Eine von der erstinstanzlichen abweichende Würdigung der Zeugenaussage ohne vorherige Wiederholung der Vernehmung ist dem Berufungsgericht regelmäßig verwehrt, gerade auch weil in die Beweiswürdigung Umstände eingeflossen sein können, die sich aus der Vernehmungsniederschrift nicht ergeben.<sup>633</sup> Welchen Sinn die Aussage eines Zeugen hat, kann verlässlich nur der Richter beurteilen, der den Zeugen gehört und daher die Möglichkeit hatte, durch Vorhalte und Rückfragen Unklarheiten und Zweifel zu beheben.<sup>634</sup> Seine Würdigung kann gerade auf solchen Rückfragen und so weiter beruhen, die indes erfahrungsgemäß nicht immer in die Niederschrift aufgenommen worden sind.<sup>635</sup>

Kommt es in der Berufungsinstanz zu einem Wechsel des Einzelrichters, reicht es nicht aus, wenn die zunächst zuständige Einzelrichterin den Zeugen erneut vernommen hat, die das Berufungsurteil fassende hingegen nicht.<sup>636</sup> Etwas anderes kann gelten, wenn sich letztere auf eine aktenkundige und der Stellungnahme der Parteien zugängliche Beurteilung der Glaubwürdigkeit durch die vormalig zuständigen Richterinnen bezieht.<sup>637</sup>

Eines Beweisantrags bedarf die nach den vorstehenden Grundsätzen gebotene wiederholte Vernehmung des Zeugen nicht.<sup>638</sup> Ein gleichwohl gestellter Beweisantrag darf nicht nach § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückgewiesen werden.<sup>639</sup>

Unterbleiben der erneuten Vernehmung: Eine erneute Vernehmung kann allenfalls dann unterbleiben, wenn das Berufungsgericht seine abweichende Würdigung auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit seiner Aussage

betreffen.<sup>640</sup> Diese Voraussetzung ist nicht allein deshalb erfüllt, weil die erstinstanzliche Würdigung der Zeugenaussage dem unstrittigen Parteivortrag widerspricht.<sup>641</sup> Die Entscheidung kann auch nicht unter Ausblendung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung auf unstrittige Umstände gestützt werden, wenn das erstinstanzliche Gericht aufgrund dieser Umstände und der Zeugenaussagen zu einem bestimmten Ergebnis gekommen ist.<sup>642</sup> Hat das erstinstanzliche Gericht zu streitigen Äußerungen und den Umständen, unter denen sie abgegeben worden sind, Zeugen vernommen und ist es aufgrund einer Würdigung der Aussagen zu einem bestimmten Ergebnis gekommen, so kann das Berufungsgericht diese Auslegung nicht ohne weiteres verwerfen und zum gegenteiligen Ergebnis kommen, ohne die Zeugen zuvor selbst vernommen zu haben.<sup>643</sup>

Ist eine an und für sich gebotene erneute Vernehmung des Zeugen nicht möglich, weil er verstorben ist, führt dies nicht etwa dazu, dass das Berufungsgericht an die Beurteilung des erstinstanzlichen Gerichts gebunden wäre.<sup>644</sup> Vielmehr muss es seine Feststellungen auf das Protokoll der erstinstanzlichen Vernehmung des Zeugen stützen und diese in eigener Verantwortung daraufhin überprüfen, ob sie ihm die Überzeugung von der Richtigkeit der Tatsachenbehauptung zu vermitteln vermag; eine sich etwa ergebende Unaufklärbarkeit wirkt sich zulasten der beweibelasteten Partei aus.<sup>645</sup>

Ersetzen der Vernehmung durch Verwertung des Protokolls erster Instanz: Ein in der Berufungsinstanz angetretener Zeugenbeweis kann durch die Verwertung der Niederschrift der erstinstanzlichen Zeugenvernehmung ersetzt werden, wenn der persönliche Eindruck, den der Zeuge bei seiner Vernehmung hinterließ oder bei einer erneuten Vernehmung hinterlassen würde, für die Würdigung seiner Aussage nicht entscheidend ist.<sup>646</sup> Eine Verwertung des Protokolls kommt hingegen nicht in Betracht, wenn das Berufungsgericht die protokollierte Aussage anders versteht als das erstinstanzliche Gericht in seiner Beweiswürdigung.<sup>647</sup> Wenn der Inhalt einer Zeugenaussage dem Protokoll nicht zweifelsfrei entnommen werden kann, weil Angaben widersprüchlich sind oder Interpretationsspielräume bleiben, darf das Berufungsgericht die Aussage nicht ohne erneute Vernehmung anders würdigen als das erstinstanzliche Gericht.<sup>648</sup>

Diese Grundsätze sind auf die Parteivernehmung<sup>649</sup> und die Parteianhörung entsprechend anzuwenden.<sup>650</sup> Jedenfalls

632 BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschluss vom 14. September 2010 – 2 BvR 2638/09, Rn. 14; Beschluss vom 1. August 2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 55; BGH, Urteil vom 12. März 2004 – V ZR 257/03, Rn. 13; Urteil vom 30. September 2014 – VI ZR 443/13, Rn. 23; Beschluss vom 5. Mai 2015 – XI ZR 326/14, Rn. 11; Beschluss vom 11. Juni 2015 – I ZR 217/14, Rn. 9; Beschluss vom 25. Juli 2017 – VI ZR 103/17, Rn. 9; Beschluss vom 2. August 2017 – VII ZR 155/15, Rn. 14; Urteil vom 23. November 2017 – I ZR 51/16, Rn. 29; Beschluss vom 23. Oktober 2018 – VIII ZR 61/18, Rn. 9; Urteil vom 7. November 2018 – IV ZR 189/17, Rn. 8; Beschluss vom 20. November 2018 – II ZR 196/16, Rn. 24.

633 BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschluss vom 1. August 2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 56.

634 BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschluss vom 1. August 2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 56.

635 BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschluss vom 1. August 2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 56.

636 BGH, Beschluss vom 17. September 2020 – V ZR 305/19, Rn. 11.

637 BGH, Beschluss vom 17. September 2020 – V ZR 305/19, Rn. 11.

638 BGH, Beschluss vom 20. November 2018 – II ZR 196/16, Rn. 24.

639 BGH, Beschluss vom 20. November 2018 – II ZR 196/16, Rn. 24: Das erstinstanzliche Gericht hatte seine Überzeugung auf die Aussage eines von dem Gegner angebotenen Zeugen gestützt.

640 BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschluss vom 1. August 2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 57; BGH, Urteil vom 18. Oktober 2006 – IV ZR 130/05, Rn. 23; Beschluss vom 14. Juli 2009 – XI Z 140/09, Rn. 9; Beschluss vom 17. September 2013 – XI ZR 394/12, Rn. 10; Beschluss vom 5. Mai 2015 – XI ZR 326/14, Rn. 12; Beschluss vom 11. Juni 2015 – I ZR 217/14, Rn. 9; Beschluss vom 25. Juli 2017 – VI ZR 103/17, Rn. 9; Beschluss vom 2. August 2017 – VII ZR 155/15, Rn. 14; Beschluss vom 21. März 2018 – IV ZR 248/17, Rn. 10; Beschluss vom 23. Oktober 2018 – VIII ZR 61/18, Rn. 9; Urteil vom 7. November 2018 – IV ZR 189/17, Rn. 8.

641 BGH, Beschluss vom 2. August 2007 – VII ZR 155/15, Rn. 11 und 17.

642 BGH; Urteil vom 7. November 2018 – IV ZR 189/17, Rn. 11.

643 BGH; Urteil vom 7. November 2018 – IV ZR 189/17, Rn. 11.

644 BGH, Urteil vom 16. August 2016 – X ZR 96/14, Rn. 29.

645 BGH, Urteil vom 16. August 2016 – X ZR 96/14, Rn. 29.

646 BGH, Urteil vom 13. Dezember 2005 – VI ZR 68/04, Rn. 28; Urteil vom 23. November 2017 – I ZR 51/16, Rn. 29.

647 BGH, Beschluss vom 20. November 2018 – II ZR 196/16, Rn. 21 u. 28.

648 BGH, Beschluss vom 20. November 2018 – II ZR 196/16, Rn. 28.

649 BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschluss vom 1. August 2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 58; BGH, Beschluss vom 17. September 2013 – XI ZR 394/12, Rn. 10; Beschluss vom 25. Juli 2017 – VI ZR 103/17, Rn. 9; Beschluss vom 28. Juli – II ZR 20/20, Rn. 11.

650 BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschluss vom 1. August 2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 58; Beschluss vom 25. Juli 2017 – VI ZR 103/17, Rn. 9; Beschluss vom 21. März 2018 – IV ZR 248/17, Rn. 11; Beschluss vom 28. Juli – II ZR 20/20, Rn. 11.

soweit die Angaben der Parteien im Rahmen ihrer Anhörung in die Beweiswürdigung des Erstgerichts nach § 286 Abs. 1 ZPO Eingang gefunden haben und dort in ihrer Glaubhaftigkeit bewertet wurden, kann das Berufungsgericht nicht ohne eigene Anhörung von dieser Würdigung abweichen.<sup>651</sup> Denn nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung kann eine Überzeugung des Gerichts auch (allein) auf die Würdigung von Parteierklärungen gestützt werden.<sup>652</sup> Sofern das (Berufungs) Gericht im Rahmen einer Vernehmung/Anhörung einen für die Aufklärung streitiger Tatsachen relevanten Aussageinhalt vermisst, muss es seinerseits nachfragen.<sup>653</sup>

Auch ein Sachverständiger muss in der Berufungsinstanz erneut angehört werden, wenn das Berufungsgericht seine Ausführungen abweichend von der Vorinstanz würdigen will, insbesondere ein anderes Verständnis der Ausführungen des Sachverständigen zugrunde legen und damit andere Schlüsse aus diesen ziehen will als der Erstrichter.<sup>654</sup> Will sich das Berufungsgericht über die sachverständigen Beurteilungen mit Erwägungen hinwegsetzen, die Fachwissen voraussetzen, muss es ein (weiteres) Sachverständigengutachten einholen oder eigene besondere Sachkunde ausweisen.<sup>655</sup>

#### Revisionsgerichtliche Überprüfung:

Die Beurteilung des Berufungsgerichts, konkrete Anhaltspunkte begründeten Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen erster Instanz, weshalb die Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz fortzusetzen sei, ist der revisionsgerichtlichen Nachprüfung entzogen.<sup>656</sup> Das gilt nicht nur, wenn die Tatsachenfeststellung in der Berufungsinstanz zu neuen Erkenntnissen geführt hat, sondern gleichermaßen, wenn die (ergänzende) Beweisaufnahme ergebnislos geblieben ist.<sup>657</sup>

#### *4. Präkludierte und neue Angriffs- und Verteidigungsmittel*

##### a) Einführung

Das Berufungsgericht hat seiner Verhandlung und Entscheidung des Weiteren neue Tatsachen zugrunde zu legen, soweit deren Berücksichtigung zulässig ist (§ 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, hierunter fallen auch neue Tatsachen, sind nur zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszugs erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist (§ 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden (§ 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) oder in erster Instanz nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind, bleiben ausgeschlossen (§ 531 Abs. 1 ZPO).

651 BGH, Beschluss vom 21. März 2018 – IV ZR 248/17, Rn. 11; Beschluss vom 28. Juli – II ZR 20/20, Rn. 11.

652 BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschluss vom 1. August 2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 58; BGH, Beschluss vom 10. November 2010 – IV ZR 122/09, Rn. 10 [einschränkend auf Fälle der Beweisnot]; Urteil vom 28. Januar 2014 – VI ZR 143/13, Rn. 13 [Arzthaftung].

653 BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschluss vom 1. August 2017 – 2 BvR 3068/14, Rn. 68.

654 BGH, Beschluss vom 6. März 2019 – IV ZR 128/18, Rn. 7; Beschluss vom 12. Dezember 2019 – V ZR 69/19, Rn. 5.

655 BGH, Beschluss vom 19. August 2018 – VII ZR 195/14, Rn. 13.

656 BGH, Urteil vom 7. Februar 2019 – VII ZR 274/17, Rn. 17; Urteil vom 18. November 2020 – VIII ZR 123/20, Rn. 18 f.

657 BGH, Urteil vom 7. Februar 2019 – VII ZR 274/17, Rn. 17.

Auch nach der Zurückverweisung eines Rechtsstreits darf das Berufungsgericht (nur) in den Grenzen des § 531 Abs. 2 ZPO neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zulassen.<sup>658</sup>

Eine fehlerhafte Berücksichtigung neuer Tatsachen kann in der Revisionsinstanz nicht gerügt werden.<sup>659</sup>

Begriff des Angriffs- und Verteidigungsmittels: Angriffs- und Verteidigungsmittel ist alles tatsächliche und rechtliche Vorbringen, das der Durchsetzung oder Abwehr des geltend gemachten Anspruchs dient und damit den Inhalt der gerichtlichen Entscheidung bestimmen will<sup>660</sup> (vgl. § 282 Abs. 1 ZPO). Die nähere Aufgliederung der Klageforderung ist kein Angriffs- oder Verteidigungsmittel, sondern gehört zum Angriff selbst.<sup>661</sup> Auch die Anregung, den Rechtsstreit auszusetzen, ist kein Angriffs- oder Verteidigungsmittel.<sup>662</sup>

##### b) Präkludiertes Vorbringen (§ 531 Abs. 1 ZPO)

Nach § 531 Abs. 1 ZPO bleiben Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind, auch für die Berufungsinstanz ausgeschlossen. Diese Vorschrift ist nur anwendbar, soweit Angriffs- und Verteidigungsmittel in erster Instanz nach § 296 Abs. 1, 2 oder 3 ZPO zurückgewiesen worden sind.<sup>663</sup> Hingegen ist § 531 Abs. 1 ZPO auf Vorbringen, welches in erster Instanz nach § 296a ZPO unberücksichtigt bleibt, von vornherein nicht anzuwenden.<sup>664</sup> Das gilt unabhängig davon, ob der Vortrag in der Vorinstanz zu Recht nicht berücksichtigt worden ist.<sup>665</sup> An einer Zurückweisung nach § 296 Abs. 1, 2 oder 3 ZPO fehlt es auch, wenn im ersten Rechtszug ein Sachverständigengutachten wegen Nichtzahlung des Auslagenvorschusses nach § 402, § 379 Satz 2 ZPO nicht eingeholt wird.<sup>666</sup>

Das Berufungsgericht darf die von dem Gericht des ersten Rechtszugs unterlassene Zurückweisung nicht nachholen oder die Zurückweisung auf eine andere als die im ersten Rechtszug angewandte Verspätungsalternative stützen.<sup>667</sup> Wird beispielsweise ein Sachverständigengutachten nicht eingeholt, weil der erforderliche Kostenvorschuss nicht eingezahlt worden ist (§ 402, § 379 Satz 2 ZPO), liegt hierin keine – im Ausgangspunkt mögliche – Zurückweisung nach § 296 Abs. 2 ZPO,<sup>668</sup> damit scheidet eine Anwendung des § 531 Abs. 1 ZPO von vornherein aus.<sup>669</sup>

##### c) Neues Vorbringen (§ 531 Abs. 2 ZPO)

Begriff: Neu sind alle Angriffs- und Verteidigungsmittel, die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz nicht vorgebracht worden sind; dazu gehören auch solche, die die Partei zwar zunächst vorgebracht, dann aber fallen gelassen hat.<sup>670</sup> Die bloße Nichtzahlung eines Auslagenvorschusses kann grundsätzlich nicht als Verzicht auf das Beweismittel angesehen werden.<sup>671</sup>

658 BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZR 178/15, Rn. 19; Urteil vom 27. Februar 2019 – VIII ZR 255/17, Rn. 21.

659 St. Rspr.: BGH, Urteil vom 7. Februar 2019 – VII ZR 274/17, Rn. 17; Urteil vom 27. Februar 2019 – VIII ZR 255/17, Rn. 16.

660 BGH, Urteil vom 12. März 2020 – VII ZR 55/19, Rn. 25.

661 BGH, Urteil vom 21. März 2018 – VIII ZR 84/17, Rn. 29.

662 BGH, Urteil vom 12. März 2020 – VII ZR 55/19, Rn. 25.

663 BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 – VIII ZR 90/17, Rn. 15.

664 BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 – VIII ZR 90/17, Rn. 17; Urteil vom 22. September 2020 – XI ZR 219/19, Rn. 33; Beschluss vom 23. September 2020 – IV ZR 74/20, Rn. 7.

665 BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 – VIII ZR 90/17, Rn. 17.

666 BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 – VIII ZR 69/16, Rn. 14.

667 BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 – VIII ZR 69/16, Rn. 15; Beschluss vom 23. September 2020 – IV ZR 74/20, Rn. 9.

668 BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 – VIII ZR 69/16, Rn. 13.

669 BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 – VIII ZR 69/16, Rn. 13.

670 BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 – VIII ZR 69/16, Rn. 19.

671 BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 – VIII ZR 69/16, Rn. 21.

Um neues Vorbringen handelt es sich insbesondere, wenn ein sehr allgemein gehaltener Vortrag der ersten Instanz konkretisiert und erstmals substantiiert wird, nicht jedoch, wenn ein bereits schlüssiges Vorbringen aus der ersten Instanz durch weitere Tatsachenbehauptungen zusätzlich konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert wird.<sup>672</sup> Wenn ein (streitiger) Vortrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz nicht vorgebracht und daher im erstinstanzlichen Urteil zu Recht gemäß § 296a ZPO unberücksichtigt geblieben ist, handelt es sich um ein von § 531 Abs. 2 ZPO erfasstes neues Angriffs- und Verteidigungsmittel.<sup>673</sup> Ist der Vortrag hingegen von einem von dem erstinstanzlichen Gericht gemäß § 283 ZPO gewährten Schriftsatzrecht umfasst, gehört er zum nach § 296a Satz 2 ZPO zu beachtenden erstinstanzlichen Prozessstoff.<sup>674</sup> Innerhalb der vom Gericht gesetzten Erklärungsfrist eingehende Schriftsätze sind allerdings nicht unbeschränkt, sondern nur insoweit von einem nach § 283 Satz 1 ZPO gewährten Schriftsatzrecht gedeckt, wie sich das dort gehaltene Vorbringen als Erwiderung auf den verspäteten Vortrag des Gegners darstellt.<sup>675</sup> Entscheidend ist lediglich, dass der neue tatsächliche Vortrag auf das verspätete Vorbringen des Gegners reagiert.<sup>676</sup> Das Vorbringen in dem nachgelassenen Schriftsatz ist also Prozessstoff erster Instanz, soweit es auf den verspäteten Vortrag erwidert; soweit es darüber hinaus geht, ist es im Berufungsrechtszug neues Vorbringen.

Neuer Vortrag soll auch aus der persönlichen Anhörung der Partei durch das Berufungsgericht resultieren können.<sup>677</sup> Das ist in dieser Pauschalität allerdings mit der in der Berufungsinstanz fehlenden Postulationsfähigkeit der Partei kaum in Einklang zu bringen. Ob sich der Prozessbevollmächtigte schriftsätzlich, mündlich oder stillschweigend auf die Äußerungen seiner Partei im Rahmen der Anhörung bezogen hatte, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.<sup>678</sup>

Unstreitiges neues Vorbringen hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung immer zugrunde zu legen.<sup>679</sup> Nimmt der Berufungsbeklagte weder auf die Berufungsbegründung noch einen Hinweis des Berufungsgerichts nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO noch auf die Stellungnahme des Berufungsklägers zu dem Hinweis Stellung, darf das tatsächliche Vorbringen in diesen Schriftsätzen nicht als unzulässig erachtet werden.<sup>680</sup>

Beweisantritt: Die erstmalige Benennung eines Zeugen ist – gegebenenfalls im Gegensatz zu dem unter Beweis gestellten Vorbringen an sich – als neues Angriffs- oder Verteidigungsmittel nur unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO berücksichtigungsfähig,<sup>681</sup> und zwar unabhängig davon, ob in erster Instanz schon ein Zeuge mit „NN“ bezeichnet worden ist.<sup>682</sup> Die für die Konkretisierung eines bereits erbrachten Vortrags geltenden Grundsätze finden hier keine Anwendung, weil der Zeugenbeweis gemäß § 373 ZPO erst

dann angetreten ist, wenn ein Zeuge benannt ist.<sup>683</sup> Ist der Zeuge hingegen bereits in erster Instanz benannt und nur wegen Nichtzahlung des Auslagenvorschusses nicht vernommen worden, ist der Beweisantritt kein neues Angriffs- oder Verteidigungsmittel.<sup>684</sup>

Neues Vorbringen und Klageänderung oder -erweiterung: Die Änderung oder Erweiterung einer Klage stellt einen selbstständigen prozessualen Angriff dar, der von den Angriffsmitteln im Sinne der §§ 296, 530, 531 ZPO zu unterscheiden ist und deshalb nicht den in diesen Bestimmungen genannten Voraussetzungen über die Zurückweisung oder Zulassung verspäteter Angriffsmittel unterliegt.<sup>685</sup> Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Klageänderung oder Klageerweiterung richten sich stattdessen nach den §§ 263, 264, 533 ZPO.<sup>686</sup> Dementsprechend können die gleichzeitig zur Begründung dieser erweiterten Anträge vorgetragenen Tatsachen und Beweismittel einschließlich eines Bestreitens, auch wenn es sich dabei um Angriffs- oder Verteidigungsmittel (vgl. § 282 Abs. 1 ZPO) handelt, nicht als verspätet zurückgewiesen werden, weil dies andernfalls in unzulässiger Weise auch die nach dem Gesetz grundsätzlich ausgeschlossene Präklusion des Angriffs selbst zur Folge hätte.<sup>687</sup> Dies gilt auch dann, wenn die Änderung oder Erweiterung der Klage nur den Sinn hat, den Verspätungsfolgen zu entgehen.<sup>688</sup> Das gilt aber nur, wenn die Klageerweiterung als solche zulässig ist,<sup>689</sup> was voraussetzt, dass sie auf Tatsachen gestützt werden kann, die der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts nach §§ 529, 531 ZPO zugrunde zu legen sind.<sup>690</sup>

Neues Vorbringen und Gestaltungsrechte: Auch ein erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung ausgeübtes Gestaltungsrecht ist – auf entsprechenden Parteivortrag – bei der Entscheidung des Berufungsgerichts grundsätzlich zu berücksichtigen.<sup>691</sup> Das gilt auch dann, wenn die Erklärung des Gestaltungsrechts von der Gegenseite bestritten wird.<sup>692</sup> In diesem Fall ist auch Vortrag zu den Voraussetzungen des Gestaltungsrechts nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert.<sup>693</sup>

Neues Vorbringen bei Abweisung als derzeit unbegründet: Wird die Klage in erster Instanz als derzeit unbegründet abgewiesen, ist nachträgliches Vorbringen zur Fälligkeit von § 531 Abs. 2 ZPO erfasstes neues Vorbringen.<sup>694</sup> Der neue Vortrag ist in diesem Fall im Berufungsrechtszug nicht zu berücksichtigen.<sup>695</sup> Die Klageabweisung als derzeit unbegründet bewirkt (lediglich) eine Beschränkung der materiellen Rechtskraft der Entscheidung dahin gehend, dass der Anspruch dem Kläger auf Grund des im Verfahren zugrunde zu legenden Sachverhalts gegen den Beklagten noch nicht zusteht.<sup>696</sup> Sie dient nicht dazu, ihm nachträgliches Vorbringen im Berufungsverfahren, das er unter Verletzung seiner erstinstanzlichen Pro-

672 BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZR 178/15, Rn. 20; Urteil vom 25. Januar 2018 – VII ZR 74/15, Rn. 30.

673 BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 – VIII ZR 90/17, Rn. 19.

674 BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 – VIII ZR 90/17, Rn. 19.

675 BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 – VIII ZR 90/17, Rn. 22.

676 BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 – VIII ZR 90/17, Rn. 22f. mit Ausführungen, unter welchen Voraussetzungen eine Reaktion auf gegnerischen Vortrag anzunehmen ist.

677 BGH, Beschluss vom 27. August 2019 – VI ZR 114/18, Rn. 9.

678 BGH, Beschluss vom 27. August 2019 – VI ZR 114/18, Rn. 9.

679 St. Rspr.: Beschluss vom 23. Juni 2008 – GSZ 1/08, Rn. 10; BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZR 178/15, Rn. 19; Urteil vom 17. Oktober 2018 – VIII ZR 212/17, Rn. 28.

680 BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018 – XI ZR 538/17, Rn. 26.

681 BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZR 178/15, Rn. 19 und 22.

682 BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZR 178/15, Rn. 22.

683 BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZR 178/15, Rn. 22.

684 BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 – VIII ZR 69/16, Rn. 21.

685 BGH, Beschluss vom 20. September 2016 – VIII ZR 247/15, Rn. 18; Urteil vom 16. November 2018 – V ZR 171/17, Rn. 16.

686 BGH, Beschluss vom 20. September 2016 – VIII ZR 247/15, Rn. 18; Urteil vom 16. November 2018 – V ZR 171/17, Rn. 16.

687 BGH, Beschluss vom 20. September 2016 – VIII ZR 247/15, Rn. 18.

688 BGH, Beschluss vom 20. September 2016 – VIII ZR 247/15, Rn. 19.

689 BGH, Urteil vom 16. November 2018 – V ZR 171/17, Rn. 17.

690 BGH, Urteil vom 16. November 2018 – V ZR 171/17, Rn. 18.

691 BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 – VIII ZR 212/17, Rn. 28.

692 BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 – VIII ZR 212/17, Rn. 28.

693 BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 – VIII ZR 212/17, Rn. 31.

694 BGH, Urteil vom 15. Mai 2018 – II ZR 119/16, Rn. 20.

695 BGH, Urteil vom 15. Mai 2018 – II ZR 119/16, Rn. 20.

696 BGH, Urteil vom 15. Mai 2018 – II ZR 119/16, Rn. 20.

zessförderungspflicht bislang nicht vorgetragen hat, zu gestatten.<sup>697</sup>

Präklusion neuen Vorbringens: Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sind, können nach § 530 ZPO in Verbindung mit § 296 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen sein, wenn sie innerhalb des zweiten Rechtszuges verspätet vorgebracht werden. Anknüpfungspunkte für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit sind die Frist zur Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 2 ZPO) sowie die nach § 521 Abs. 2 Satz 1 ZPO möglichen Fristen zur Berufungserwidmung und zur Stellungnahme auf die Berufungserwidmung.<sup>698</sup> Wird ein Angriffsmittel nicht schon im ersten Rechtszug und erst nach Ablauf der Frist zur Berufungsbegründung vorgebracht, bestimmt derselbe Maßstab, ob dies auf einer Nachlässigkeit der Partei im Sinne des § 531 Abs. 1 Nr. 3 ZPO beruht und ob die Verspätung innerhalb des Berufungsverfahrens gemäß § 296 Abs. 1 ZPO genügend entschuldigt ist; dem Berufungskläger schadet jeweils schon ein einfacher fahrlässiger Verstoß gegen die prozessuale Sorgfaltspflicht.<sup>699</sup>

§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO: Gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist. Die Vorschrift findet nur unter der ungeschriebenen Voraussetzung Anwendung, dass die Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Sachvortrag der Partei beeinflusst hat und daher, ohne dass deswegen ein Verfahrensfehler gegeben wäre, (mit-)Jursächlich dafür geworden ist, dass sich Parteivorbringen in das Berufungsverfahren verlagert hat.<sup>700</sup> Hiervon ist aber bereits dann auszugehen, wenn das Gericht des ersten Rechtszuges, hätte es die später vom Berufungsgericht für zutreffend erachtete Rechtsauffassung geteilt, zu einem Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO verpflichtet gewesen wäre<sup>701</sup> oder wenn es die Partei durch seine Prozessleitung oder seine erkennbare rechtliche Beurteilung des Streitverhältnisses davon abgehalten hat, zu bestimmten Gesichtspunkten (weiter) vorzutragen.<sup>702</sup> Die Nachlässigkeit der Partei schließt die Zulassung neuen Vorbringens – anders als im Fall des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO – nicht aus.<sup>703</sup>

#### § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO:

Nachlässigkeit im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO ist stets zu verneinen, wenn das in Frage stehende neue Angriffs- und Verteidigungsmittel erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung entstanden ist.<sup>704</sup> So ist eine erst nach Abschluss der letzten mündlichen Verhandlung des ersten Rechtszuges erstellte Schlussrechnung im Berufungsrechtszug zu berücksichtigen.<sup>705</sup>

Auch ein erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung ausgeübtes Gestaltungsrecht kann nicht

nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO zurückgewiesen werden.<sup>706</sup> Die Präklusionsvorschrift des § 531 Abs. 2 ZPO soll die Parteien lediglich dazu anhalten, zu dem bereits vorliegenden und rechtlich relevanten Tatsachenstoff rechtzeitig vorzutragen. Sie verfolgt nicht den Zweck, auf eine beschleunigte Veränderung der materiellen Rechtslage hinzuwirken.<sup>707</sup> Vortrag zu den Voraussetzungen des Gestaltungsrechts ist ebenfalls nicht nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO präkludiert. Nachlässigkeit im Sinne dieser Vorschrift kommt von vornherein nicht in Betracht, wenn eine Partei (zulässigerweise) erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung von einem Gestaltungsrecht Gebrauch macht und dementsprechend auch erstmals in der Berufungsinstanz Anlass hat, zu den (weiteren) tatbestandlichen Voraussetzungen des betreffenden Gestaltungsrechts vorzutragen.<sup>708</sup> Ein Verstoß gegen die Prozessförderungspflicht liegt hierin nicht.<sup>709</sup>

#### **VI. Klageänderung in der Berufungsinstanz (§ 533 ZPO)**

Änderungen des Klageantrags nach § 264 ZPO sind auch in der Berufungsinstanz nicht als Klageänderung anzusehen, so dass § 533 ZPO auf sie keine Anwendung findet.<sup>710</sup> Hierunter fällt beispielsweise der Übergang von einer Feststellungs- auf eine auf denselben Lebenssachverhalt gestützte Leistungsklage (§ 264 Nr. 2 ZPO),<sup>711</sup> die Erledigungserklärung<sup>712</sup> oder der Übergang von der Abschlags- auf die Schlusszahlungsklage;<sup>713</sup> das gilt auch dann, wenn mit dem Übergang eine Erhöhung des Klageantrags verbunden ist.<sup>714</sup>

Die Sachdienlichkeit beurteilt sich unter Berücksichtigung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen. Dabei ist entscheidend, ob und inwieweit die Zulassung der geänderten Klage den Streit im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt, so dass sich ein weiterer Prozess vermeiden lässt.<sup>715</sup> Eine Klageänderung ist nicht sachdienlich, wenn ein völlig neuer Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung gestellt wird, ohne dass dafür das Ergebnis der Prozessführung verwertet werden kann.<sup>716</sup> Dass aufgrund der Klageänderung neue Parteierklärungen und gegebenenfalls Beweiserhebungen notwendig werden und die Erledigung des Prozesses verzögert wird, steht der Sachdienlichkeit hingegen grundsätzlich nicht entgegen.<sup>717</sup> Die Sachdienlichkeit kann in der Regel auch nicht mit der Begründung verneint werden, dass der Beklagte durch die Zulassung einer Klageänderung oder –erweiterung eine Tatsacheninstanz verlöre, weil § 533 Nr. 1 ZPO zeigt, dass das Gesetz im Interesse der Prozesswirtschaftlichkeit den Verlust einer Tatsacheninstanz in Kauf nimmt.<sup>718</sup>

Abstandnahme vom Urkundenprozess: Gemäß § 596 ZPO kann der Kläger, ohne dass es der Einwilligung des Beklagten bedarf, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozess in der Weise absteigen, dass der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt.<sup>719</sup> Ein

697 BGH, Urteil vom 15. Mai 2018 – II ZR 119/16, Rn. 20.

698 BGH, Beschluss vom 12. November 2020 – IX ZR 214/19, Rn. 10.

699 BGH, Beschluss vom 12. November 2020 – IX ZR 214/19, Rn. 11 mit Ausführungen zur Fahrlässigkeit bei der Notwendigkeit von Ermittlungen.

700 BGH, Beschluss vom 3. März 2015 – VI ZR 490/13, Rn. 10; Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZR 178/15, Rn. 24; Urteil vom 29. Mai 2018 – VI ZR 370/17, Rn. 20.

701 BGH, Beschluss vom 3. März 2015 – VI ZR 490/13, Rn. 10; Urteil vom 29. Mai 2018 – VI ZR 370/17, Rn. 20; Beschluss vom 29. August 2018 – VII ZR 195/14, Rn. 21.

702 BGH, Beschluss vom 23. August 2016 – VIII ZR 178/15, Rn. 24.

703 BGH, Beschluss vom 3. März 2015 – VI ZR 490/13, Rn. 12; Urteil vom 29. Mai 2018 – VI ZR 370/17, Rn. 22.

704 BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 – VIII ZR 212/17, Rn. 34.

705 BGH, Urteil vom 15. Mai 2018 – II ZR 119/16, Rn. 18; Urteil vom 17. Oktober 2018 – VIII ZR 212/17, Rn. 28.

706 BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 – VIII ZR 212/17, Rn. 25 f.

707 BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 – VIII ZR 212/17, Rn. 25.

708 BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 – VIII ZR 212/17, Rn. 33. Kritisch hierzu: Lechner, WM 2019, 765 und Elzer, NJW 2019, 83.

709 BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 – VIII ZR 212/17, Rn. 34.

710 BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 – VII ZR 145/12, Rn. 24; Urteil vom 11. Dezember 2015 – V ZR 26/15, Rn. 32.

711 BGH, Beschluss vom 2. Mai 2017 – VI ZR 85/16, Rn. 14.

712 BGH, Urteil vom 11. Dezember 2015 – V ZR 26/15, Rn. 32.

713 BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 – VII ZR 145/12, Rn. 24.

714 BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 – VII ZR 145/12, Rn. 24. Anders bei der Anschlussberufung: Rn. 28–30.

715 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 14.

716 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 14.

717 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 14.

718 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 14.

719 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 13.

Abstehen vom Urkundenprozess ist auch noch im Berufungsverfahren in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Klageänderung zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält, und zwar mit der Wirkung, dass der Rechtsstreit im zweiten Rechtszug nunmehr im ordentlichen Verfahren anhängig ist.<sup>720</sup> Der Rechtsstreit wird in der Berufungsinstanz weitergeführt; das noch in erster Instanz anhängige Nachverfahren wird gegenstandslos.<sup>721</sup> Aus diesem Grund ist für eine Zurückverweisung kein Raum.<sup>722</sup> Die für die Sachdienlichkeit erforderliche Prozessökonomie kann nicht mit der Überlegung verneint werden, im Nachverfahren sei erstinstanzlich bereits Beweis erhoben worden, so dass es bei einer Abstandnahme zu einer doppelten Beweisaufnahme komme.<sup>723</sup> Denn die in erster Instanz erhobenen Beweise können nach § 411a ZPO oder § 415 Abs. 1 ZPO (protokollierte Zeugenaussagen) verwertet werden.<sup>724</sup> Rechnet der Beklagte im Nachverfahren auf und liegt der Gegenforderung ein völlig neuer Streitstoff zugrunde, ist dieser Umstand bei der Beurteilung der Sachdienlichkeit nicht zu berücksichtigen.<sup>725</sup> Denn die Entscheidung über die Zulassung der Abstandnahme ist noch Teil des Urkundenprozesses; im Urkundenprozess ist aber eine Aufrechnung des Beklagten mit streitigen, nicht mit liquiden Beweismitteln unter Beweis gestellten Gegenforderungen ausgeschlossen.<sup>726</sup> Erst nach Zulassung des Abstehens ist nach § 533 ZPO über die Sachdienlichkeit der Hilfsaufrechnung zu befinden;<sup>727</sup> eine „gemeinsame“ Zulassungsentscheidung verbietet sich.<sup>728</sup>

**Erlidigungserklärung:** Bei dem Übergang vom ursprünglichen Sachantrag zur Erlidigungserklärung handelt es sich um eine privilegierte Klageänderung nach § 264 Nr. 2 ZPO.<sup>729</sup>

Die (übereinstimmende) Erlidigung der Hauptsache kann noch in der Rechtsmittelinstanz erklärt werden. Da durch die übereinstimmenden Erlidigungserklärungen der Parteien der Rechtsstreit insgesamt erledigt ist, ist über alle bisher entstandenen Kosten gemäß § 91a ZPO nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands zu entscheiden.<sup>730</sup> Der Kläger kann den Rechtsstreit grundsätzlich auch dann in der Berufungsinstanz (teilweise) für erledigt erklären, wenn ihm dies schon in der ersten Instanz möglich war.<sup>731</sup>

Eine Partei darf ihr Rechtsmittel – zu unterscheiden von der Erlidigung der Hauptsache – jedenfalls dann einseitig für erledigt erklären, wenn hierfür ein besonderes Bedürfnis besteht, weil nur auf diese Weise eine angemessene Kostenentscheidung zu erzielen ist<sup>732</sup> und zudem das erledigende Ereignis als solches außer Streit steht.<sup>733</sup> Das Gericht stellt die Erlidigung des Rechtsmittels fest, wenn dieses zunächst zulässig und

begründet war und nachträglich unzulässig oder unbegründet geworden ist.<sup>734</sup>

**Klageerweiterung in erster Instanz nach Schluss der mündlichen Verhandlung:** Die Erhebung einer neuen Klageforderung oder einer Klageerweiterung durch einen nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz ist unzulässig, weil Sachanträge spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung gestellt werden müssen.<sup>735</sup> Daran ändert auch ein Schriftsatznachlass nichts, da dieser nur im Rahmen des § 296a Satz 2 ZPO für Angriffs- und Verteidigungsmittel beachtlich ist.<sup>736</sup> Wiederholt der Berufungskläger die Klageerweiterung im Rahmen seiner Berufungsanträge, handelt es sich um eine zweitinstanzliche Klageerweiterung.<sup>737</sup>

## VII. Entscheidung des Berufungsgerichts

### 1. Verwerfung

Im Falle einer umfassenden Anfechtung des gesamten Urteils muss die Berufungsbegründung geeignet sein, das gesamte Urteil in Frage zu stellen. Die Berufung ist deshalb unzulässig, soweit die Berufungsbegründung das Urteil bezüglich eines quantitativ abgrenzbaren Teils des Streitgegenstandes nicht angreift.<sup>738</sup> Nur für den nicht begründeten Teil ist die Berufung dann unzulässig, im Übrigen ist sie zulässig.<sup>739</sup>

Die Verwerfung einer Berufung als unzulässig kann auch auf einzelne Streitgenossen begrenzt werden.<sup>740</sup>

Beabsichtigt das Berufungsgericht, die Berufung als unzulässig zu verwerfen, ist der Berufungskläger anzuhören.<sup>741</sup> Äußert er sich innerhalb der ihm gesetzten Frist zur Stellungnahme nicht und legt er erst nach der Bekanntgabe der Entscheidung über die Verwerfung der Berufung dar, dass er rechtzeitig die Verlängerung der Begründungsfrist beantragt hat, lässt das die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung regelmäßig unberührt.<sup>742</sup>

### 2. Beschlusszurückweisung

Das Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO setzt nicht voraus, dass eine Berufungserwidierung eingegangen oder dem Berufungsbeklagten ergebnislos eine Frist zur Erwidierung gesetzt worden ist.<sup>743</sup> Eine zweitinstanzliche Klageerweiterung hindert das Berufungsgericht nicht, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zu erlassen.<sup>744</sup>

Welche Tatsachen das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat, ist in § 529 Abs. 1 ZPO bestimmt. Die Anwendung dieser Vorschrift hängt nicht davon ab, ob über die Berufung im Beschluss- oder im Urteilsverfahren entschieden wird.<sup>745</sup> Eine Zurückweisung der Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO ist nur zulässig, wenn die Berufung auch unter Berücksichtigung nach den §§ 529, 531 ZPO zulässigen neuen Vorbringens offensicht-

720 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 13.

721 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 17 u. 18.

722 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 18.

723 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 17.

724 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 19.

725 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 22.

726 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 22.

727 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 23.

728 BGH, Urteil vom 2. April 2020 – IX ZR 135/19, Rn. 22.

729 BGH, Urteil vom 11. Dezember 2015 – V ZR 26/15, Rn. 32.

730 BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2017 – I ZR 258/14, Rn. 20 [zu den Folgen der übereinstimmenden Erlidigungserklärung im Verfahren über eine Nichtzulassungsbeschwerde. Zur Zulässigkeit der Erlidigungserklärung: Rn. 15 f.]

731 BGH, Urteil vom 11. Dezember 2015 – V ZR 26/15, Rn. 31.

732 BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2018 – I ZB 24/17, Rn. 10 [Rechtsbeschwerde im Zwangsvollstreckungsverfahren]; Beschluss vom 2. Mai 2019 – IX ZR 347/18, Rn. 3.

733 BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2018 – I ZB 24/17, Rn. 10 [Rechtsbeschwerde im Zwangsvollstreckungsverfahren].

734 BGH, Beschluss vom 2. Mai 2019 – IX ZR 347/18, Rn. 3.

735 BGH, Beschluss vom 7. November 2017 – XI ZR 529/17, Rn. 6.

736 BGH, Beschluss vom 7. November 2017 – XI ZR 529/17, Rn. 6.

737 BGH, Beschluss vom 7. November 2017 – XI ZR 529/17, Rn. 8.

738 BGH, Beschluss vom 24. November 2020 – VI ZB 57/20, Rn. 11.

739 BGH, Beschluss vom 24. November 2020 – VI ZB 57/20, Rn. 11.

740 BGH, Beschluss vom 1. Juni 2017 – III ZB 77/16, Rn. 12.

741 BGH, Beschluss vom 26. Februar 2020 – XII ZB 402/19, Rn. 11.

742 BGH, Beschluss vom 26. Februar 2020 – XII ZB 402/19, Rn. 13.

743 BGH, Urteil vom 21. November 2017 – XI ZR 106/16, Rn. 12.

744 BGH, Urteil vom 3. November 2016 – III ZR 84/15, Rn. 14; Beschluss vom 7. November 2017 – XI ZR 529/17, Rn. 8.

745 BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016 – V ZR 258/15, Rn. 13.

lich keine Aussicht auf Erfolg hat.<sup>746</sup> Bei einer Entscheidung über die Berufung durch Beschluss sind die bis zum Ablauf der nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO zu bestimmenden Frist vorgebrachten Tatsachen nach Maßgabe der §§ 529, 531 ZPO zu berücksichtigen.<sup>747</sup> Liegt zu diesem Zeitpunkt noch keine Stellungnahme des Berufungsbeklagten vor, ist das tatsächliche Vorbringen zu berücksichtigen und rechtlich zu würdigen,<sup>748</sup> weil es zum Zeitpunkt der Entscheidung unstrittig ist. Wird die Berufung ausschließlich auf neues Vorbringen (§ 529 Abs. 1 Nr. 2, § 531 Abs. 2 ZPO) gestützt, muss die Begründung allerdings den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO genügen, um zulässig zu sein.<sup>749</sup> Es ist also genau zwischen § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO und § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu unterscheiden.

Ob das Berufungsgericht neuen Tatsachenvortrag, der nach Fristablauf, aber vor Erlass des Zurückweisungsbeschlusses gehalten wird, nach Maßgabe der §§ 529, 531 ZPO berücksichtigen muss, ist offen.<sup>750</sup> Rechtsausführungen sind in diesem Zeitraum jedenfalls zur Kenntnis zu nehmen und zu berücksichtigen.<sup>751</sup>

Wird die den erstinstanzlichen Streitgegenstand betreffende Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückgewiesen, verliert eine im Berufungsverfahren erfolgte Klageerweiterung entsprechend § 524 Abs. 4 ZPO ihre Wirkung.<sup>752</sup> Gleiches gilt für eine im Berufungsrechtszug erhobene Widerklage.<sup>753</sup> Ob dies auch für einen in der Berufungsinstanz erstmals gestellten Hilfsantrag gilt, ist offen.<sup>754</sup> Wenn die Klageerweiterung allerdings auf einen Hinweis des Berufungsgerichts erfolgt, ist es ihm ausnahmsweise verwehrt, die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und die Klageerweiterung für wirkungslos zu erachten.<sup>755</sup>

Das Berufungsgericht ist (erst) ab Erlass des Beschlusses an ihn gebunden.<sup>756</sup> Erlassen ist ein Beschluss in dem Zeitpunkt, in dem das Gericht sich seiner in einer der Verkündung vergleichbaren Weise äußert,<sup>757</sup> frühestens mit der Versendung der Beschlussausfertigungen an die Parteivertreter.<sup>758</sup> Wirksam wird der Zurückweisungsbeschluss gemäß § 329 Abs. 2 ZPO, wenn er den Parteien bekannt gemacht worden ist.<sup>759</sup>

Eine Ergänzung der Entscheidung nach §§ 716, 321 ZPO ist auch möglich, wenn das Berufungsgericht nach § 522 Abs. 2 ZPO entschieden hat.<sup>760</sup> Sie erfasst auch den Fall, dass ein Antrag nach § 712 ZPO übergangen wurde.<sup>761</sup>

### 3. Zurückverweisung

§ 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO: Nach dieser Vorschrift darf das Berufungsgericht die Sache, soweit ihre weitere Verhandlung erforderlich ist, unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszugs nur zurückverweisen, soweit das Verfahren im ersten Rechtszug an einem wesentlichen Mangel leidet, auf Grund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist und eine Partei die Zurückverweisung beantragt. Danach kommt eine Zurückverweisung nur in Betracht, wenn das erstinstanzliche Verfahren an einem so wesentlichen Mangel leidet, dass es keine Grundlage für eine die Instanz beendende Entscheidung sein kann.<sup>762</sup>

Ein wesentlicher Verfahrensmangel kann in der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bestehen; wird ein erhebliches Beweisangebot nicht berücksichtigt, verstößt dies gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn die Nichtberücksichtigung im Prozessrecht keine Stütze findet.<sup>763</sup> Ob ein Verfahrensmangel – wie die Verletzung rechtlichen Gehörs – vorliegt, ist allein aufgrund des materiell-rechtlichen Standpunkts des Erstgerichts zu beurteilen, auch wenn das Berufungsgericht ihn als verfehlt erachtet.<sup>764</sup> Daher liegt kein wesentlicher Verfahrensmangel vor, wenn das erstinstanzliche Gericht die sachrechtliche Relevanz eines Parteivorbringens verkennt und ihm aus diesem Grund keine Bedeutung beimisst.<sup>765</sup>

Entscheidet ein Gericht des ersten Rechtszuges über ein gegen den gerichtlichen Sachverständigen gerichtetes Ablehnungsgesuch einer Partei entgegen § 406 Abs. 4 ZPO erst in den Gründen seines Endurteils und nicht vorab durch gesonderten Beschluss, so ist das Berufungsgericht befugt, im Rahmen des Berufungsverfahrens inzidenter auch über die Berechtigung des Ablehnungsgesuchs zu befinden.<sup>766</sup> Eine Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Zurückverweisung an das Gericht des ersten Rechtszugs kommt nur unter den Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO in Betracht.<sup>767</sup> Gleiches gilt für den Fall der verfahrensfehlerhaften Bescheidung der Befangenheitsablehnung eines Richters durch das Gericht des ersten Rechtszugs.<sup>768</sup>

Eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme ist nicht schon dann im Sinne von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO notwendig, wenn sie im weiteren Verlauf des Verfahrens nur möglich ist, das heißt wenn sie zwar unter bestimmten Voraussetzungen erforderlich wird, der Eintritt dieser Voraussetzungen aber nicht sicher ist.<sup>769</sup> Eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme muss vielmehr sicher zu erwarten sein.<sup>770</sup> Daher genügt es nicht, dass den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vortrag zu geben ist und danach möglicherweise eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme erfor-

746 BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016 – V ZR 258/15, Rn. 13.

747 BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016 – V ZR 258/15, Rn. 14; Beschluss vom 8. Mai 2018 – XI ZR 538/17, Rn. 24.

748 BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018 – XI ZR 538/17, Rn. 26.

749 BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2014 – V ZB 225/12, Rn. 8.

750 BGH, Urteil vom 16. September 2016 – V ZR 3/16, Rn. 13.

751 BGH, Urteil vom 16. September 2016 – V ZR 3/16, Rn. 13.

752 BGH, Beschluss vom 6. November 2014 – IX ZR 204/13, Leitsatz und Rn. 2; Urteil vom 3. November 2016 – III ZR 84/15, Rn. 14; Beschluss vom 11. Mai 2017 – IX ZB 49/16, Rn. 12; Beschluss vom 7. November 2017 – XI ZR 529/17, Rn. 8; Beschluss vom 9. Juli 2019 – VII ZR 86/17, Rn. 6 [zum Wert des Beschwerdegegenstandes in der Revisionsinstanz].

753 BGH, Urteil vom 24. Oktober 2013 – III ZR 403/12, Rn. 27 u. 33; Beschluss vom 6. November 2014 – IX ZR 204/13, Rn. 2; Urteil vom 3. November 2016 – III ZR 84/15, Rn. 14; Beschluss vom 11. Mai 2017 – IX ZB 49/16, Rn. 12.

754 BGH, Beschluss vom 2. Mai 2017 – VI ZR 85/16, Rn. 8.

755 BGH, Beschluss vom 10. März 2016 – VII ZR 47/13, Rn. 11; Beschluss vom 2. Mai 2017 – VI ZR 85/16, Rn. 11; Beschluss vom 4. Juni 2019 – XI ZR 331/17, Rn. 16.

756 BGH, Urteil vom 16. September 2016 – V ZR 3/16, Rn. 12.

757 BGH, Urteil vom 16. September 2016 – V ZR 3/16, Rn. 12.

758 BGH, Urteil vom 16. September 2016 – V ZR 3/16, Rn. 12.

759 BGH, Beschluss vom 8. November 2017 – VII ZB 81/16, Rn. 12.

760 BGH, Beschluss vom 23. Januar 2018 – VI ZR 453/17, Rn. 4.

761 BGH, Beschluss vom 23. Januar 2018 – VI ZR 453/17, Rn. 4.

762 BGH, Urteil vom 15. Februar 2017 – VIII ZR 284/15, Rn. 14; Urteil vom 26. April 2018 – I ZR 269/16, Rn. 7.

763 BGH, Urteil vom 22. Januar 2016 – V ZR 196/14, Rn. 12; Urteil vom 15. Februar 2017 – VIII ZR 284/15, Rn. 16; Urteil vom 26. April 2018 – I ZR 269/16, Rn. 9.

764 BGH, Urteil vom 22. Januar 2016 – V ZR 196/14, Rn. 12; Urteil vom 15. Februar 2017 – VIII ZR 284/15, Rn. 18; Urteil vom 26. April 2018 – I ZR 269/16, Rn. 10.

765 BGH, Urteil vom 15. Februar 2017 – VIII ZR 284/15, Rn. 18 u. 19; Urteil vom 26. April 2018 – I ZR 269/16, Rn. 10.

766 BGH, Urteil vom 14. Mai 2019 – VI ZR 393/18, Rn. 16.

767 BGH, Urteil vom 14. Mai 2019 – VI ZR 393/18, Rn. 16.

768 BGH, Beschluss vom 17. März 2008 – II ZR 313/06; Urteil vom 14. Mai 2019 – VI ZR 393/18, Rn. 16.

769 BGH, Urteil vom 22. Januar 2016 – V ZR 196/14, Rn. 19; Urteil vom 12. April 2018 – III ZR 105/17, Rn. 18.

770 BGH, Urteil vom 22. Januar 2016 – V ZR 196/14, Rn. 19; Urteil vom 12. April 2018 – III ZR 105/17, Rn. 18.

derlich wird.<sup>771</sup> Das gilt auch für eine Auslandsberührung; auch in diesem Fall muss die Beweisaufnahme sicher zu erwarten sein.<sup>772</sup>

Die Vernehmung eines ortsansässigen Zeugen zu einem begrenzten Beweisthema ist ebenso wie die Einnahme eines Augenscheins oder die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens weder ein umfangreiche noch eine aufwändige Beweisaufnahme.<sup>773</sup> Dies gilt auch dann, wenn sich aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Notwendigkeit einer dann umfangreichen oder aufwändigen weiteren Beweisaufnahme ergeben kann, weil diese ja noch nicht sicher feststeht und damit noch nicht notwendig ist.<sup>774</sup>

Im Rahmen der Ermessensabwägung ist zu berücksichtigen, dass die zeitaufwändige Zurückverweisung von der zweiten in die erste Instanz auf unverzichtbare Ausnahmefälle beschränkt werden soll.<sup>775</sup> Ist die Sache bereits zuvor zurückverwiesen worden, hat dieser Umstand in die Ermessensabwägung einzufließen.<sup>776</sup> Die Ausführungen des Berufungsgerichts müssen erkennen lassen, dass es das ihm in § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO eingeräumte Ermessen, eine eigene Sachentscheidung zu treffen oder ausnahmsweise den Rechtsstreit an das Erstgericht zurückzuverweisen, pflichtgemäß ausgeübt hat.<sup>777</sup>

§ 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO: Weist das Erstgericht die Klage aus einem bestimmten sachlichen Grund ab und erachtet das Berufungsgericht diese Entscheidung für unzutreffend und eine weitere materiell-rechtliche Prüfung auch des Anspruchsgrundes für erforderlich, darf es die Sache insoweit nicht in den ersten Rechtszug zurückverweisen. Vielmehr muss es über den Grund des Anspruchs insgesamt selbst entscheiden.<sup>778</sup>

Stufenklage: Weist das Gericht erster Instanz einen Stufenantrag insgesamt ab und gibt das Berufungsgericht demgegenüber dem Auskunftsanspruch in der ersten Stufe statt, kommt eine Zurückverweisung in analoger Anwendung von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO in Betracht.<sup>779</sup>

§ 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO: Eine auf § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO gestützte Aufhebung und Zurückverweisung ist nicht geeignet, eine Aufhebung und Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 ZPO zu rechtfertigen, weil sich die Bindungswirkung der beiden Entscheidungen unterscheidet.<sup>780</sup>

Teilweise Zurückverweisung: Erachtet das Berufungsgericht einen Teil der Ansprüche für entscheidungsreif und verneint es hinsichtlich eines anderen Teils die Entscheidungsreife und verweist die Sache in diesem Umfang an das erstinstanzliche Gericht zurück, so kommt ein solches Urteil in seinen Wirkungen einem Teilurteil gleich und darf nur unter Beachtung der Voraussetzungen des § 301 ZPO erlassen werden.<sup>781</sup>

Bindung: Nach Aufhebung der ursprünglichen Entscheidung und Zurückverweisung ist nicht nur das erstinstanzliche Gericht, sondern im erneuten Berufungsverfahren auch das Berufungsgericht an die der aufhebenden Entscheidung zugrundeliegende Rechtsauffassung grundsätzlich gebunden.<sup>782</sup> Das Berufungsgericht muss den in der Entscheidung gezogenen Schluss auf die ausgesprochene Rechtsfolge dem weiteren Verfahren zugrunde legen.<sup>783</sup> Wie weit die Bindungswirkung reicht, muss gegebenenfalls durch Auslegung der Gründe der aufhebenden Entscheidung geklärt werden.<sup>784</sup>

#### 4. Zulassung der Revision

Zurückweisungsbeschluss: In einem Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO kann das Berufungsgericht die Revision nicht zulassen, statthaftes Rechtsmittel gegen einen Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist allein die Nichtzulassungsbeschwerde.<sup>785</sup> Lässt das Berufungsgericht gleichwohl in einem Zurückweisungsbeschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO die Revision zu, ist das Revisionsgericht daran nicht gebunden; die Revision bleibt unstatthaft.<sup>786</sup> Die Zulassung eines unstatthaften Rechtsmittels führt nicht dazu, dass ein gesetzlich nicht vorgesehener Instanzenzug eröffnet wird.<sup>787</sup>

Zuständigkeit: Die Regelung des § 545 Abs. 2 ZPO schließt die Prüfung der Zuständigkeit des Gerichts des ersten Rechtszugs durch das Revisionsgericht schlechthin aus.<sup>788</sup> Das gilt auch, wenn das Berufungsgericht die Revision zur Klärung der Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts zugelassen hat oder sich die Zuständigkeit aus einer Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne des § 38 ZPO ergeben soll.<sup>789</sup>

Prozessvoraussetzungen: Das Berufungsgericht kann die Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts nicht einschränken, soweit Prozessvoraussetzungen von Amts wegen zu prüfen sind.<sup>790</sup>

Teilzulassung: Die Zulassung der Revision kann auf einen tatsächlich oder rechtlich selbstständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teil- oder Zwischenurteils sein oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte.<sup>791</sup> Die Beschränkung der Revision auf einzelne Rechtsfragen oder Anspruchselemente ist hingegen unzulässig.<sup>792</sup> Voraussetzungen für eine wirksame Beschränkung der Revisionszulassung ist eine Selbstständigkeit des von der Zulassungsbeschränkung erfassten Teils des Streitstoffs in dem Sinne, dass dieser in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Streitstoff beurteilt werden und auch im Falle einer Zurückverweisung

771 BGH, Urteil vom 22. Januar 2016 – V ZR 196/14, Rn. 19; Urteil vom 12. April 2018 – III ZR 105/17, Rn. 18.

772 BGH, Urteil vom 12. April 2018 – III ZR 105/17, Rn. 29.

773 BGH, Urteil vom 22. Januar 2016 – V ZR 196/14, Rn. 17.

774 BGH, Urteil vom 22. Januar 2016 – V ZR 196/14, Rn. 17 und 20.

775 BGH, Urteil vom 12. April 2018 – III ZR 105/17, Rn. 16.

776 BGH, Urteil vom 12. April 2018 – III ZR 105/17, Rn. 17.

777 BGH, Urteil vom 12. April 2018 – III ZR 105/17, Rn. 21.

778 BGH, Urteil vom 15. November 2018 – III ZR 69/17, Rn. 12.

779 BGH, Beschluss vom 17. Januar 2018 – XII ZB 20/17, Rn. 25.

780 BGH, Urteil vom 15. November 2018 – III ZR 69/17, Rn. 18 u. 19.

781 BGH, Urteil vom 12. April 2016 – XI ZR 305/14, Rn. 28.

782 BGH, Beschluss vom 11. Dezember 2019 – XII ZB 276/19, Rn. 10 [zu einer Beschwerde in einem Betreuungsverfahren].

783 BGH, Beschluss vom 11. Dezember 2019 – XII ZB 276/19, Rn. 10 [zu einer Beschwerde in einem Betreuungsverfahren].

784 BGH, Beschluss vom 11. Dezember 2019 – XII ZB 276/19, Rn. 10 [zu einer Beschwerde in einem Betreuungsverfahren].

785 BGH, Beschluss vom 19. März 2019 – XI ZR 50/18, Rn. 10.

786 BGH, Beschluss vom 19. März 2019 – XI ZR 50/18, Rn. 15.

787 St. Rspr.: BGH, Beschluss vom 19. März 2019 – XI ZR 50/18, Rn. 10.

788 BGH, Beschluss vom 22. Februar 2018 – IX ZR 170/17, Rn. 4.

789 BGH, Beschluss vom 22. Februar 2018 – IX ZR 170/17, Rn. 4.

790 BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – XI ZR 456/16, Rn. 10. Das Berufungsgericht hatte die Revision hinsichtlich der Zulässigkeit ausdrücklich ausgeschlossen und sie nur zur Begründetheit zugelassen.

791 BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2017 – VII ZR 46/17, Rn. 3; Beschluss vom 10. April 2018 – VIII ZR 247/17, Rn. 20; Urteil vom 12. Februar 2019 – VI ZR 141/18, Rn. 12.

792 BGH, Beschluss vom 10. April 2018 – VIII ZR 247/17, Rn. 20; Urteil vom 27. Juni 2019 – III ZR 93/18, Rn. 7; Urteil vom 29. Oktober 2020 – IX ZR 10/20, Rn. 12.



kein Widerspruch zu dem nicht anfechtbaren Teil des Streitstoffs auftreten kann.<sup>793</sup> Allerdings muss es sich hierbei weder um einen eigenen Streitgegenstand handeln, noch muss der betroffene Teil des Streitstoffs auf der Ebene der Berufungsinstanz teilurteilsfähig sein; auch eine Beschränkung der Revisionszulassung auf einen abtrennbaren Teil eines prozessualen Anspruchs ist möglich.<sup>794</sup> Die Beschränkung kann sich auch auf einzelne von mehreren (behaupteten) Pflichtverletzungen beziehen.<sup>795</sup>

Ein Widerspruch zu dem nicht anfechtbaren Teil kann auch daraus resultieren, dass die zugelassene Revision nicht eingelegt wird und es aufgrund einer Nichtzulassungsbeschwerde der anderen Partei zu einer Zurückverweisung kommt.<sup>796</sup> Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen – auch infolge einer abweichenden Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht – liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilelementen besteht, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO binden.<sup>797</sup>

Für die Zulassung der Revision reicht eine Tatsachenfrage grundsätzlicher Bedeutung nicht aus; das gilt auch in Fällen, in denen Berufungsgerichte aufgrund (weitestgehend) identischer Tatsachenfeststellungen zu einer im Ergebnis abweichenden Beurteilung kommen.<sup>798</sup>

Die Teilzulassung ist auch dann wirksam, wenn sie sich nur aus den Gründen des Berufungsurteils ergibt.<sup>799</sup> Das ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn sich die als zulassungsrelevant angesehene Frage nur für einen eindeutig abgrenzbaren selbstständigen Teil des Streitstoffs stellt.<sup>800</sup>

**Beispiele für Teilzulassung:** Eine Beschränkung der Zulassung der Revision auf einzelne Prozessparteien ist zulässig, sofern der Grund der Revisionszulassung eine bestimmte Rechtsfrage ist, die das Berufungsgericht zum Nachteil nur einer Prozesspartei entschieden hat.<sup>801</sup> Die Revision kann auf die Frage der Zulässigkeit der Klage beschränkt werden, über die gemäß § 280 ZPO vorab durch Zwischenurteil entschieden werden kann.<sup>802</sup> Die Revisionszulassung kann auf die Anspruchshöhe beschränkt werden, weil es sich insoweit um einen rechtlich selbstständigen und abgrenzbaren Teil des Streitstoffs handelt, auf den der Revisionskläger seine Revision begrenzen könnte.<sup>803</sup> Das gilt auch, wenn das Berufungs-

gericht über einen nach Grund und Höhe streitigen Anspruch entschieden hat.<sup>804</sup>

## 5. Begründung

Urteile, die der Nichtzulassungsbeschwerde oder der Revision unterliegen, müssen den Anforderungen des § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO genügen. Es muss aus dem Urteil einschließlich der im Urteil enthaltenen Bezugnahmen zu ersehen sein, von welchem Sach- und Streitstand das Gericht ausgegangen ist, welches Rechtsmittelbegehren die Parteien verfolgt haben und welche tatsächlichen Feststellungen der Entscheidung zugrunde liegen; fehlen solche Darstellungen ist das Urteil aufzuheben.<sup>805</sup> Dem Urteil muss insbesondere das zweitinstanzliche Vorbringen der Parteien zu entnehmen sein.<sup>806</sup> Die Berufungsanträge müssen ihm zumindest sinngemäß zu entnehmen sein;<sup>807</sup> die Formulierung, die Kläger verfolgten mit ihrer Berufung „ihre erstinstanzlichen Anträge weiter“ genügt als sinngemäße Wiedergabe.<sup>808</sup> Ausnahmsweise kann insoweit auch eine Gesamtbetrachtung von Rubrum, Urteilsformel und Entscheidungsgründen ausreichen.<sup>809</sup> Vorstehendes gilt auch, wenn die Gründe in das Sitzungsprotokoll aufgenommen werden; § 540 Abs. 1 Satz 2 ZPO senkt die inhaltlichen Voraussetzungen, denen das Urteil genügen muss, nicht ab.<sup>810</sup> Für einen die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückweisenden Beschluss gilt Gleiches.<sup>811</sup>

Auch Beschlüsse, die der Rechtsbeschwerde unterliegen, müssen den maßgeblichen Sachverhalt, über den entschieden wird, wiedergeben und den Streitgegenstand und die Anträge in beiden Instanzen erkennen lassen; andernfalls sind sie nicht mit den nach dem Gesetz (§ 576 Abs. 3, § 547 Nr. 6 ZPO) erforderlichen Gründen versehen und bereits deshalb aufzuheben.<sup>812</sup> Das gilt auch dann, wenn das Berufungsgericht die Berufung verwirft,<sup>813</sup> etwa weil die Berufungssumme nicht erreicht ist<sup>814</sup> oder die Berufungsbegründung den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO nicht genügt.<sup>815</sup>

## 6. Rechtsmittelbelehrung

Legt eine anwaltlich nicht vertretene Partei Berufung ein und verwirft das Berufungsgericht die Berufung deshalb als unzulässig, ist die Entscheidung mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.<sup>816</sup>

793 BGH, Beschluss vom 10. April 2018 – VIII ZR 247/17, Rn. 21; Urteil vom 31. Oktober 2018 – I ZR 73/17, Rn. 14; Beschluss vom 25. Juni 2019 – I ZR 91/18, Rn. 12; Beschluss vom 12. August 2020 – III ZR 160/19, Rn. 17.

794 BGH, Beschluss vom 10. April 2018 – VIII ZR 247/17, Rn. 21; Urteil vom 31. Oktober 2018 – I ZR 73/17, Rn. 14; Beschluss vom 25. Juni 2019 – I ZR 91/18, Rn. 12.

795 BGH, Beschluss vom 12. August 2020 – III ZR 160/19, Rn. 17.

796 BGH, Urteil vom 31. Oktober 2018 – I ZR 73/17, Rn. 17; Beschluss vom 9. Oktober 2019 – IV ZR 324/16, Rn. 8.

797 BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2019 – IV ZR 324/16, Rn. 8.

798 BVerwG, Beschluss vom 24. April 2017 – 1 B 70/17, Leitsätze.

799 BGH, Beschluss vom 10. April 2018 – VIII ZR 247/17, Rn. 10; Urteil vom 12. Februar 2019 – VI ZR 141/18, Rn. 13; Beschluss vom 25. Juni 2019 – I ZR 91/18, Rn. 3; Beschluss vom 12. August 2020 – III ZR 160/19, Rn. 17.

800 BGH, Urteil vom 12. Februar 2019 – VI ZR 141/18, Rn. 13; Urteil vom 16. Mai 2019 – III ZR 176/18, Rn. 7 [Anlegergerechtigkeit der Beratung]; Beschluss vom 25. Juni 2019 – I ZR 91/18, Rn. 12; Beschluss vom 13. Mai 2020 – VIII ZR 222/18, Rn. 9; Beschluss vom 12. August 2020 – III ZR 160/19, Rn. 17.

801 BGH, Beschluss vom 10. April 2018 – VIII ZR 247/17, Rn. 29; Urteil vom 16. Mai 2019 – III ZR 176/18, Rn. 6.

802 BGH, Beschluss vom 10. April 2018 – VIII ZR 247/17, Rn. 23. Soweit von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzungen in Rede stehen, kann die Revisionszulassung aber nicht auf die Begründetheit beschränkt werden: BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 – XI ZR 456/16, Rn. 10.

803 BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016 – V ZR 258/15, Rn. 23; Beschluss vom 13. Dezember 2017 – VII ZR 46/17, Rn. 4, Beschluss vom 9. Oktober 2019 – IV ZR 324/16, Rn. 6.

804 BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016 – V ZR 258/15, Rn. 23; Beschluss vom 9. Oktober 2019 – IV ZR 324/16, Rn. 6.

805 BGH, Urteil vom 21. Februar 2017 – VI ZR 22/16, Rn. 6; Urteil vom 19. Juli 2017 – VIII ZR 3/17, Rn. 8; Urteil vom 18. Oktober 2017 – VIII ZR 242/16, Rn. 4; Urteil vom 26. März 2019 – VI ZR 171/18, Leitsatz und Rn. 5; Urteil vom 19. Juni 2019 – IV ZR 224/18, Rn. 12; Beschluss vom 17. März 2020 – XI ZR 226/19, Rn. 6.

806 BGH, Urteil vom 19. Juli 2017 – VIII ZR 3/17, Rn. 12; Urteil vom 19. Juni 2019 – IV ZR 224/18, Rn. 12; Beschluss vom 17. März 2020 – XI ZR 226/19, Rn. 6.

807 BGH, Urteil vom 19. Juli 2017 – VIII ZR 3/17, Rn. 8; Urteil vom 18. Oktober 2017 – VIII ZR 242/16, Rn. 4; Urteil vom 19. Juni 2019 – IV ZR 224/18, Rn. 12; Beschluss vom 17. März 2020 – XI ZR 226/19, Rn. 6.

808 BGH, Urteil vom 21. November 2017 – XI ZR 106/16, Rn. 10.

809 BGH, Urteil vom 8. März 2019 – V ZR 330/17, Rn. 8.

810 BGH, Urteil vom 19. Juli 2017 – VIII ZR 3/17, Rn. 8; Urteil vom 18. Oktober 2017 – VIII ZR 242/16, Rn. 4; Urteil vom 26. März 2019 – VI ZR 171/18, Rn. 5.

811 BGH, Urteil vom 21. September 2016 – VIII ZR 188/15, Rn. 6; Urteil vom 12. Juli 2018 – II ZR 229/16, Rn. 6.

812 BGH, Beschluss vom 12. Februar 2019 – VI ZB 35/17, Rn. 4; Beschluss vom 30. April 2019 – VI ZB 48/18, Rn. 4.

813 BGH, Beschluss vom 12. Februar 2019 – VI ZB 35/17, Rn. 5; Beschluss vom 30. April 2019 – VI ZB 48/18, Rn. 4; Beschluss vom 20. August 2019 – VIII ZB 29/19, Rn. 9.

814 BGH, Beschluss vom 12. Februar 2019 – VI ZB 35/17, Rn. 5; Beschluss vom 30. April 2019 – VI ZB 48/18, Rn. 4.

815 BGH, Beschluss vom 20. August 2019 – VIII ZB 29/19, Rn. 9.

816 BGH, Beschluss vom 28. Januar 2016 – V ZB 131/15, Leitsatz und Rn. 7.

## II. Amtliche Veröffentlichungen

### **Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei -**

Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Justiz, Europa und Verbraucherschutz und des Ministeriums für Inneres, ländliche Räume, Integration und Gleichstellung vom 8. Februar 2021

– II 30/3262-10-3 / IV 423-19.14.20 –  
(SchIHA 2021 S. 184)

I

#### **1. Grundsätzliches**

Um die bestehenden gesetzlichen Vorgaben im Sinne einer effektiven Strafverfolgung umzusetzen, ist eine intensive und gute Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei unerlässlich. Nur ein sinnvoll ausgestaltetes Zusammenwirken beider Strafverfolgungsbehörden kann sicherstellen, dass die verfügbaren Arbeitskapazitäten effektiv eingesetzt werden und überflüssiger Arbeitsaufwand vermieden wird.

Dieses Ziel soll durch die folgenden Regelungen erreicht werden.

#### **2. Informationsaustausch**

Die Teilhabe am polizeilichen Informationsfluss in strafrechtlichen Angelegenheiten und die sofortige Unterrichtung über Verfahren von größerer Bedeutung sollen die Staatsanwaltschaften in die Lage versetzen, ihrer Verantwortung für die gesetzesgemäße Durchführung des Ermittlungsverfahrens gerecht zu werden. Eine rationelle Gestaltung polizeilicher Ermittlungstätigkeit setzt eine Teilhabe am staatsanwaltschaftlichen Informationsfluss und die Kenntnis der Maßstäbe voraus, die den staatsanwaltschaftlichen Entscheidungen zugrunde liegen.

2.1 Staatsanwaltschaften und Polizei sorgen deshalb auf örtlicher Ebene für eine wechselseitige Einbindung in den jeweiligen Informationsfluss durch

2.1.1 Aufnahme in den Verteiler in folgenden Fällen:

- allgemeine Informationen wie Pressemitteilungen und Tagesberichte, soweit sie strafrechtliche Angelegenheiten betreffen,
- sonstige Informationen über strafrechtliche Vorkommnisse wie „WE-Meldungen/schwere Straftat“ in allen Fällen, „WE-Meldungen/öffentliche Sicherheit“;

2.1.2 sonstige Maßnahmen (z.B. Austausch von Protokollen über Dienstbesprechungen in hierfür geeigneten Fällen).

2.2 In Verfahren mit größerer Bedeutung unterrichtet die Polizei umgehend die zuständige Staatsanwaltschaft in geeigneter Weise (telefonisch, per Fernschreiben, E-Mail oder Telefax). Hierzu gehören vor allem Verfahren, die

- wegen der Art oder des Umfangs der Beschuldigung,
- wegen des Aufsehens, das sie in der Öffentlichkeit erregt haben oder erregen können oder

aus sonstigen, z.B. politischen Gründen oder wegen der Persönlichkeit oder Stellung einer oder eines Beteiligten, bedeutsam sind.

2.3 Davon unberührt bleibt die notwendige Abstimmung und Zusammenarbeit im Rahmen konkreter Ermittlungsverfahren auf Dezernenten- bzw. Sachbearbeiter-ebene.

#### **3. Zusammenarbeit im Ermittlungsverfahren**

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bedingt eine Begrenzung des Mitteleinsatzes; die Beschränktheit der Mittel gebietet deren ökonomischen Einsatz bei der Ermittlungstätigkeit. Deshalb erfordern vor allem Verfahren mit Sofortmaßnahmen, Verfahren mit größerem Ermittlungsaufwand und rechtlich schwierigere Verfahren eine gute Zusammenarbeit zwischen der Dezernentin oder dem Dezernenten der Staatsanwaltschaft und der Sachbearbeiterin oder dem Sachbearbeiter der Polizei.

Einstellungsentscheidungen sind möglichst frühzeitig herbeizuführen, um unnötige Ermittlungsarbeit zu vermeiden. Die Ermittlungen sind deshalb zunächst nicht weiter auszuweiten, als nötig ist, um eine schnelle Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Klage oder die Einstellung des Verfahrens zu ermöglichen.

Die folgenden Hinweise sollen die angemessene und ökonomische Gestaltung der Ermittlungsarbeit sicherstellen.

3.1 Ermittlungsaufträge an die Polizei werden von der Staatsanwaltschaft so konkret wie möglich und nach den Umständen erforderlich erteilt. Die Staatsanwaltschaft fügt allen Erstermittlungsaufträgen einen Rücklaufzettel bei. Dieser Rücklaufzettel wird von der Polizei nach Eintragung der Tagebuchnummer, des Namens der polizeilichen Sachbearbeiterin oder des polizeilichen Sachbearbeiters und ihrer oder seiner Telefonnummer umgehend an die Staatsanwaltschaft zurückgesandt. In den Ermittlungsaufträgen der Staatsanwaltschaft muss die Telefonnummer (Durchwahlnummer) der Dezernentin oder des Dezernenten der Staatsanwaltschaft angegeben sein.

3.2 Staatsanwaltschaft und Polizei sind zwar gesetzlich verpflichtet, nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln. Danach erfolgt auch die zur Einstellung führende Ermittlungsarbeit in Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung. Diese Rechtslage zwingt aber nicht zur vollständigen Ermittlung von Sachverhalten. Vielmehr kann auch ohne Beweiserhebung (Zeugenvernehmung usw.) die Beweiseignung oder der Beweiswert von Beweismitteln verneint werden. Häufig wird deshalb schon in einem frühen Stadium der Ermittlungen die Wertung möglich sein, dass auch weitere Ermittlungen nicht den für eine Anklageerhebung erforderlichen Verdachtsgrad ergeben werden. In diesen Fällen hat, ggf. nach Absprache, die Polizei die Ermittlungsvorgänge der Staatsanwaltschaft zur Herbeiführung der mutmaßlichen Einstellungsentscheidung nach § 170 Absatz 2 StPO vorzulegen. Der erforderliche Ermittlungsaufwand wird dabei grundsätzlich durch die Schwere des Tatvorwurfs auf der Grundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips bestimmt.

3.3 Bei Verfahren mit größerem Ermittlungsaufwand oder Verfahren mit unklarer Rechtslage unterrichtet die Polizei die Staatsanwaltschaft frühzeitig durch mündliche bzw. fernmündliche Absprache mit der bereits mit der Sache befassten Dezernentin oder dem Dezernenten; in sonstigen Fällen durch Vorlage eines Zwischenberichts mit Sachverhaltsdarstellung und Skizzierung der vorgesehenen Ermittlungshandlungen oder Übersendung der Akten zur Entscheidung über das weitere Vorgehen.

Diese Kontaktaufnahme dient vor allem dazu, im In-

teresse der Verfahrensbeschleunigung sowie der Verminderung polizeilichen Ermittlungsaufwandes schon in einem sehr frühen Ermittlungsstadium eine Begrenzung des Verfahrensstoffes nach §§ 154, 154a StPO herbeizuführen. Im Falle des § 154 StPO und nach Nummer 101 Abs. 1 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) soll die Staatsanwaltschaft in weitem Umfang und in einem möglichst frühen Verfahrensstadium von den Möglichkeiten einer Einstellung nach § 154 Abs. 1 StPO Gebrauch machen. Sie hat zu diesem Zweck vom Beginn der Ermittlungen an zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Beschränkung des Prozessstoffes vorliegen. Der Polizei sind allgemein oder im Einzelfall die Weisungen zu erteilen, die erforderlich sind, um die Rechtzeitigkeit der Prüfung zu gewährleisten. Deshalb ist es rechtlich ohne weiteres möglich, dass die Polizei in geeigneten Fällen ohne Durchführung einer Vollermittlung die Akten in einem frühen Ermittlungsstadium, das bereits eine Entscheidung nach § 154 StPO ermöglicht, der Staatsanwaltschaft vorlegt.

Die Staatsanwaltschaft hat ihre Entscheidung über die Begrenzung des Verfahrensstoffes so frühzeitig wie möglich zu treffen, damit sachlich nicht gebotene polizeiliche Ermittlungen vermieden werden.

- 3.4 In den Fällen der §§ 153 Abs. 1, 153 a Abs. 1 StPO ist nur die Staatsanwaltschaft und nicht die Polizei zur Entscheidung befugt. Dieser Staatsanwaltsvorbehalt für die Einstellungsentscheidung bedeutet aber keineswegs einen „Vollermittlungsauftrag“ für die Polizei. Sie braucht die gesetzlich vorgeschriebene Sachverhaltsaufklärung vielmehr nur so weit voranzutreiben, dass die Staatsanwaltschaft eine verfahrensbeendende Entscheidung treffen kann. Es ist deshalb anerkannt, dass die Polizei ihre aus eigener Initiative begonnenen Ermittlungen (nach der erforderlichen Beweissicherung) abbrechen kann, wenn sie der Meinung ist, dass der Staatsanwaltschaft ausreichende Informationen für eine Entscheidung zur Verfügung stehen und sie voraussichtlich eine Einstellung nach §§ 153 Abs. 1, 153 a Abs. 1 StPO in Betracht ziehen wird.

Zeichnet sich bei Officialdelikten schon in einem frühen Ermittlungsstadium die Wahrscheinlichkeit einer Einstellung wegen Geringfügigkeit oder gegen Auflagen und Weisungen ab, so legt die Polizei die Akten ohne weitere Ermittlungen der Staatsanwaltschaft vor. Dies gilt auch, wenn bei Verfahren wegen Privatklagedelikten die Polizei davon ausgeht, dass kein öffentliches Interesse an einer Strafverfolgung besteht und in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft trotz fehlenden Strafantrages die Strafverfolgung wegen des besonderen öffentlichen Interesses einleiten kann (u. a. § 248 a StGB).

Die Staatsanwaltschaft hat ihre Entscheidung, ob von Opportunitätsregelungen oder einer Privatklageverweisung Gebrauch gemacht werden kann, zur Vermeidung unnötiger polizeilicher Ermittlungsarbeit so frühzeitig wie möglich zu treffen.

- 3.5 Sobald sich abzeichnet, dass ein von der Polizei eingeleitetes Verfahren nicht spätestens innerhalb von sechs Monaten abgabereif bearbeitet werden kann, hat die Polizei die Staatsanwaltschaft zu informieren (zu Verfahren mit größerer Bedeutung vgl. Nummer 2.2).

#### 4. Behandlung von „einfachen Sachen“

- 4.1 Durch die polizeiliche Vernehmung zur Sache wird der Beschuldigten oder dem Beschuldigten rechtliches Gehör gewährt (§ 163 a Abs. 1 Satz 1 StPO).

- 4.2 An die Stelle der Vernehmung nach vorausgegangener Vorladung kann die schriftliche Äußerung der Beschuldigten oder des Beschuldigten treten, soweit es sich um einfache Sachen (§ 163 a Abs. 1 Satz 2 StPO) handelt.

- 4.2.1 „Einfache Sachen“ sind in der Regel einfach gelagerte Fälle der Bagatellkriminalität und leichte Fälle der Massenkriminalität. Die für eine im Rahmen eines abgestuften Verfahrens für die vereinfachte oder standardisierte Sachbearbeitung grundsätzlich infrage kommenden Straf- und Bußgeldtatbestände können von dem Landeskriminalamt im Einvernehmen mit dem Generalstaatsanwalt in einen Erlass aufgenommen werden.

- 4.2.2 Eine vereinfachte oder standardisierte Sachbearbeitung kommt nicht in Betracht:

- bei jugendlichen und heranwachsenden Beschuldigten,
- bei vorläufig festgenommenen Beschuldigten, es sei denn es liegt ein Fall des § 127 Absatz 1 StPO vor,
- bei Beschuldigten, bei denen erkennbar ist, dass sie keine sachgerechte Äußerung abgeben können,
- bei Beschuldigten, die eine persönliche Vernehmung wünschen bzw. bei denen eine persönliche Vernehmung erforderlich ist,
- bei serienmäßig begangenen Taten,
- bei gemeinschaftlich begangenen Taten,
- bei öffentlichkeitswirksamen Taten,
- bei Taten mit besonderen Tatfolgen (Schadenshöhe, schwere Verletzungen),
- bei Taten mit umfangreichem Ermittlungsaufwand (z. B. Asservate/Spurenlage).

- 4.2.3 Das Verfahren der schriftlichen Äußerung durch die Beschuldigte oder den Beschuldigten beginnt durch Übergabe oder Zustellung des Vordrucks PolSH 3.025.2 unter Hinweis darauf, welche Tat ihr oder ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen.

Es ist eine Frist von zwei Wochen einzuräumen. Erklärt die Beschuldigte oder der Beschuldigte, keine Angaben machen zu wollen, oder gibt sie oder er in der gesetzten Frist keine Antwort, gilt die Beschuldigte oder der Beschuldigte als vernommen. Ist die Beschuldigte oder der Beschuldigte in ihrer oder seiner Äußerung geständig, sind weitere Ermittlungen, einschl. der Vernehmung von Zeugen, grundsätzlich entbehrlich.

Ist die Beschuldigte oder der Beschuldigte nicht geständig und der Untersuchungsgegenstand durch die Äußerung nicht hinreichend aufgeklärt oder die Äußerung substantiell unzureichend, erfordert der Aufklärungsgrundsatz, die Beschuldigte oder den Beschuldigten zur Vernehmung vorzuladen.

- 4.2.4 Den konkreten Ablauf sowie die weiteren Einzelheiten einer standardisierten Sachbearbeitung kann das Landeskriminalamt im Einvernehmen mit dem Generalstaatsanwalt regeln.

- 4.3 Behandlung einfacher Ladendiebstähle

- 4.3.1 In einfachen Fällen des Ladendiebstahls genügt es, dass dem oder der Beschuldigten bereits bei

der Anzeigenaufnahme durch die Polizei vor Ort das rechtliche Gehör mündlich gewährt wird. Die Polizei muss das Ergebnis in Vermerkform oder auf einem Formular festhalten und kann den Vorgang anschließend ohne weitere Ermittlungen der Staatsanwaltschaft vorlegen.

4.3.2 Geht eine schriftliche Strafanzeige wegen eines einfachen Falles des Ladendiebstahls bei der Polizei ein und hat der oder die Beschuldigte die Tat – nach dem Anzeigeninhalt – gegenüber einem oder einer Verantwortlichen des geschädigten Geschäfts zugegeben, kann die Polizei nach Feststellung der Personalien ohne vorherige Anhörung oder Vernehmung des oder der Beschuldigten den Vorgang der Staatsanwaltschaft vorlegen.

4.3.3 Das Verfahren nach den Nummern 4.3.1 und 4.3.2 gilt nicht bei jugendlichen und heranwachsenden Beschuldigten.

4.4 Behandlung einfacher Fälle der Beförderungerschleichung („Schwarzfahren“ gem. § 265 a StGB). In einfachen Fällen der Beförderungerschleichung kann die Polizei bei fehlendem Strafantrag entsprechend den Nummern 4.3.1 und 4.3.2 verfahren.

4.5 Bei Fällen des § 31a BtmG – Besitz – kann die Polizei entsprechend der Ziffer 4.3.1 verfahren.

4.6 Auch Zeugen können um schriftliche Äußerung gebeten werden. Ist die Zeugenaussage für die Beweislage von wesentlicher Bedeutung, soll die Polizei den Zeugen zur Vernehmung vorladen, sofern er nicht binnen zwei Wochen geantwortet hat. Hierauf soll der Zeuge bereits in dem Anschreiben aufmerksam gemacht werden.

## 5. Allgemeine Kontaktpflege

Regelmäßige Zusammenkünfte auf allen staatsanwalt-schaftlichen und polizeilichen Entscheidungsebenen sollen sicherstellen, dass regional und überregional auftretende Schwierigkeiten bei der Strafverfolgung sowie Probleme einer ökonomischen Gestaltung der Ermittlungen insbesondere bei Massendelikten rasch und einvernehmlich gelöst werden. Zu diesem Zweck werden unabhängig von bereits praktizierten Kontakten regelmäßige Dienstbesprechungen zur Erörterung aktueller, die gegenseitige Zusammenarbeit betreffender Fragen durchgeführt.

### 5.1 Generalstaatsanwaltschaft/Polizei

Die Generalstaatsanwältin oder der Generalstaats-anwalt führt mindestens einmal im Jahr eine Bespre- chung mit leitenden Beamtinnen und Beamten der Staatsanwaltschaft und der Polizei unter Beteiligung der Landespolizeidirektorin oder des Landespolizei- direktors und der Direktorin oder des Direktors des Landeskriminalamtes durch.

### 5.2 Landeskriminalamt/Staatsanwaltschaften

Das Landeskriminalamt veranstaltet anlassbezogen, mindestens einmal jährlich, Besprechungen mit Ver- treterinnen und Vertretern der Staatsanwaltschaften des Landes zu Schwerpunktthemen vor allem aus dem Bereich der Organisierten Kriminalität, der Rauschgift-, Wirtschafts- und Umweltkriminalität.

### 5.3 Polizeidirektionen/Staatsanwaltschaften

Die leitenden Beamtinnen und Beamten der Staats- anwaltschaft und der Polizeidirektionen ihres Bezirks treffen mindestens einmal im Jahr zu Besprechungen zusammen.

5.4 Die nachgeordneten Dienststellen der Polizeidirektionen laden in geeigneten Fällen zu ihren Dienstbespre- chungen auch Vertreterinnen und Vertreter der Staats- anwaltschaft ein.

5.5 Zu Fortbildungsveranstaltungen der Staatsanwalt- schaft und der Polizei werden gegenseitige Einla- dungen ausgesprochen. Durch Übersendung der Fortbildungsprogramme wird eine frühzeitige Interes- sensbekundung gewährleistet. Darüber hinaus sollen gemeinsame Fortbildungsveranstaltungen von Staats- anwaltschaft und Polizei stattfinden.

5.6 Polizeibeamtinnen und Polizeibeamte in der Aus- bildung für den höheren Dienst hospitieren bei der Staatsanwaltschaft. Staatsanwältinnen und Staats- anwälte und Amtsanwältinnen und Amtsanwälte er- halten in den ersten Dienstjahren die Möglichkeit zur Hospitation auf Polizeidienststellen.

II

Diese Verwaltungsvorschrift tritt am 1. März 2021 in Kraft und ist befristet bis zum 28. Februar 2026.

Wilfried Hoops  
Staatssekretär, II St

Torsten Geerds  
Staatssekretär, IV St IP

## III. Personalnachrichten

### MJEV

Ernannt: Zur Justizoberamtsrätin: Justizamtsrätin *Melanie Jochimsen*, Ministerium für Justiz, Europa und Verbraucherschutz; Justizamtsrätin *Katharina Kreuzig*, Ministerium für Justiz, Europa und Verbraucherschutz.

Zum Justizamtsrat: Justizamtmann *Daniel Brück*, Ministe- rium für Justiz, Europa und Verbraucherschutz.

Versetzung in den Ruhestand: Ministerialrätin *Sabine Prieß*, Ministerium für Justiz, Europa und Verbraucherschutz.

### Gerichte

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Landgericht: Rich- ter am Landgericht *Markus Richter*, Landgericht Kiel.

Zur Richterin am Landgericht: Richterin *Julia Kriese*, Land- gericht Lübeck; Richterin *Merle Lassen*, Landgericht Lübeck; Richterin *Dr. Nele Rades-Walther*, Landgericht Lübeck.

Zum Richter am Amtsgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors –: Richter am Amtsgericht *Martin Krauel*, Amtsgericht Schleswig.

Zum Richter am Amtsgericht: Richter *Florin Jonischkies*, Amtsgericht Neumünster.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Jana Book*, Amtsgericht Kiel; Justizinspektorin *Imke Peters*, Amtsge- richt Kiel; Justizinspektorin *Linda-Marie Boye*, Amtsgericht Norderstedt; Justizinspektorin *Annika Lenz*, Amtsgericht Norderstedt; Justizinspektorin *Amrei Ludwig*, Amtsgericht Lübeck; Justizinspektorin *Nina Dankert*, Amtsgericht Neu- münster; Justizinspektorin *Sophie Küster*, Amtsgericht Neu- münster; Justizinspektorin *Anneke Kamp*, Amtsgericht Itze- hoe; Justizinspektorin *Lieza Rebuschat*, Amtsgericht Itzehoe; Justizinspektorin *Carolin Steinfatt*, Amtsgericht Pinneberg; Justizinspektorin *Julia Otto*, Amtsgericht Bad Segeberg; Jus- tizinspektorin *Sabrina Magdzack*, Amtsgericht Flensburg.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Joscha Niklas Friebus*, Amtsgericht Niebüll; Justizinspektor *Pascal Treichel*, Amtsgericht Pinneberg; Justizinspektor *Daniel Neubauer*, Amtsgericht Itzehoe; Justizinspektor *Marvin von Lilienhoff-Zwowitzki*, Amtsgericht Schwarzenbek.

Zur Justizinspektorin: Rechtspflegeranwärterin *Lena Biebow*, Amtsgericht Lübeck; Rechtspflegeranwärterin *Jasmin Sarah Zakl*, Amtsgericht Eckernförde.

Versetzung in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Landgericht *Ulf Müller*, Landgericht Kiel; Richter am Amtsgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors – *Wilfried Sempf*, Amtsgericht Schwarzenbek; Richterin am Amtsgericht *Anke Eggers-Zich*, Amtsgericht Flensburg; Justizamtsinspektorin *Maren Ulrich-Eckhoff*, Amtsgericht Reinbek.

Eintritt in den Ruhestand: Richter am Amtsgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors – *Jörg Smoydzin*, Amtsgericht Schleswig.

#### **Finanzgerichtsbarkeit**

Versetzung in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Finanzgericht *Klaas Wüstenberg*, Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht; Richter am Finanzgericht *Joachim Sorge*, Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht.

#### **Verwaltungsgerichtsbarkeit**

Ernannt: Zum Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts: Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht *Dr. Malte Sievers*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht.

Zur Richterin am Verwaltungsgericht: Richterin *Beke Pawlowski*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht.

Zum Richter am Verwaltungsgericht: Richter *Dr. Nikolas Kopf*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht.

Versetzung in den Ruhestand: Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts *Maren Petersen*; Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht.

#### **Staatsanwaltschaften**

Ernannt: Zum Oberstaatsanwalt – als Abteilungsleiter –: Staatsanwalt – als Gruppenleiter – *Dr. Martin Soyka*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Sönke Georg Ahlgrimm*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zum Leitenden Justizwachtmeister: Erster Justizhauptwachtmeister *Marco Kopp*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

#### **Vollzugsanstalten**

Ernannt: Zur Justizoberamtsrätin: Justizamtsrätin *Britta Vogelsang*, JVA Flensburg,

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Britta Meier*, JVA Neumünster.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Jan Markert*, JVA Neumünster.

Zum Regierungshauptsekretär: Regierungsobersekretär *Michael Fehl*, JVA Neumünster.

Eintritt in den Ruhestand: Justizamtsinspektor *Wilhelm Möllhoff*, JVA Neumünster; Justizamtsinspektor *Norbert Schig*, JVA Lübeck.

#### **Notare**

Ernannt: Zur Notarin: *Beate Thompson*, Neustadt i. H.

Zum Notar: *Christian Klaus Plambeck*, Plön; *Holger Latzin*, Oststeinbek.

Notaramt erloschen: *Raphael Gotschol*, Trappenkamp; *Werner Georg Tischler*, Büdelsdorf.

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

bestanden im Monat März 2021: *Till Vornam*, Lübeck; *Sohail Chatta*, Kiel; *Jan-Christian Sacht*, Kiel; *Muhammad-Imtyaz Nawaz*, Hamburg; *Christian Pieper*, Hamburg; *Lisa Schrader*, Kiel; *Niklas Weber*, Kiel; *Sascha Plietzsch*, Altenholz; *Nadine Rauschenberg*, Kiel; *Lea Schulz-Ritter*, Haseldorf; *Carolin Karnath*, Kiel; *Moritz Mewes*, Pinneberg; *Dr. Jasmin Lassen*, Kiel; *Lisa Eilts*, Flensburg; *Kim Paschke*, Kiel; *Sebastian Reich*, Kiel; *Anne Weber*, Hamburg; *May-Britt Stauske*, Kiel; *Anna Ladewig*, Bredenbek; *Sarah Maroska*, Kiel; *Anna Kim*, Hamburg; *Annika Krüger*, Kronshagen; *Moritz Zimmermann*, Kiel; *Halit Somar*, Kiel; *Michael Pfeiffer*, Hamburg; *Lisa Jakob*, Kiel; *Dr. Aron Sell*, Kiel; *Marie-Christin Lehmann*, Kiel; *Anna Angioni*, Kiel; *Anna-Lena Blendermann*, Kiel; *Benjamin Rixen*, Brodersdorf; *Alina Schmidt*, Kiel; *Joane Segin*, Kiel; *Ellen Hakelberg-Pekol*, Hamburg; *Nadine Daiß*, Hamburg; *Wiebke Sykulla*, Kiel; *Anna Merz*, Kiel; *Patrick Büchner*, Hamburg; *Johann Stöhr*, Kiel; *Max Brocks*, Kiel; *Lukas Reiche*, Hamburg; *Catharina Uekermann*, Kiel; *Matthias Sye*, Kiel; *Tobias-Michael Fuchs*, Hamburg; *Lisa Schaeffer*, Laboe; *Marie-Louise Michel*, Kiel; *Darman Shahid*, Flensburg; *Tobias Butting*, Kiel; *Hendrik Jacobs*, Kiel.

## **IV. Ausschreibungen**

Bek. d. MJEV vom 4. Mai 2021 – II 332/5112-E-1-62  
(SchlHA 2021 S. 187)

#### 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

über Stellenausschreibungen und Bewerbungen im Bereich der Gerichte und Staatsanwaltschaften vom 25. März 2020 (SchlHA 2020, S. 142) 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

3 Stellen der BesGr. R 2 für je eine Richterin oder je einen Richter am Oberlandesgericht bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht;

1 Stelle der BesGr. R 1 mit Amtszulage für eine Richterin

oder einen Richter am Amtsgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors – bei dem Amtsgericht Niebüll;

- 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 Kiel.

## 2. 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 Lübeck.

Die Ausschreibung richtet sich nur an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe im staatsanwaltlichen Dienst.

## 3. Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 2 Stellen der BesGr. R 2 für je eine Richterin oder je einen Richter am Finanzgericht bei dem Schleswig-Holsteinischen Finanzgericht in Kiel.

Die Ausschreibung richtet sich an Richterinnen und Richter kraft Auftrags in der Schleswig-Holsteinischen Finanzgerichtsbarkeit.

## 4. Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

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

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Planrichterinnen und Planrichter in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

## 5. 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 Ratzeburg;

- 2 Stellen der BesGr. R 1 für je eine Richterin oder je einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Lübeck;

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

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

-----  
Bek. der Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen  
Landessozialgerichts vom 12. April 2021 – 5112 E – 236 –  
(SchlHA 2021 S. 188)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle – fliegend – der BesGr. A 8 SHBesG für eine Justizhauptsekretärin oder einen Justizhauptsekretär bei den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen ein. Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte 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.

Hinsichtlich der Einzelheiten verweise ich auf die AV d. MJEVG vom 25. März 2020 – II 334/5112-2-2 –. Insbesondere bitte ich zu erklären, ob Einverständnis mit der Einsichtnahme in die Personalakte durch die zuständige Personalvertretung, die Gleichstellungsbeauftragte sowie gegebenenfalls zu beteiligende Stellen im Widerspruchsverfahren und Verwaltungsverfahren besteht, sowie um Angabe der aktuellen Privatanschrift.

Bewerbungen werden **bis zum 31. Mai 2021** erbeten an:

Präsidentin  
des Schleswig-Holsteinischen  
Landessozialgerichts  
Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig

# V. Entscheidungen

## Zivilrecht und Zivilverfahren

**BGB § 826; VO 715/2007/EG Art. 3 Nr. 10, Art. 5 II**

1. Ein Kl., der behauptet, die Parameter für die Abgasrückführungsrate in seinem Fahrzeug seien auf die Bedingungen des NEFZ abgestellt, was zum Motorschutz technisch nicht erforderlich sei, und sich auf Rückrufe durch das Kraftfahrt-Bundesamt für sein Fahrzeug und Fahrzeuge mit vergleichbaren Motoren beruft, trägt hinreichend substantiiert zu einer unzulässigen Abschalteneinrichtung vor.
2. Damit trägt er auch substantiiert zu dem Bewusstsein einer sittenwidrigen Handlung bei den Verantwortlichen bei dem Hersteller vor, weil eine solche Motorsteuerung statt des Versuches, einen Ausgleich zwischen der Einhaltung der Grenzwerte für Schadstoffemissionen und dem Motorschutz zu finden, erklärungsbedürftig wäre.
3. Ein Hersteller, der bewusst die Steuerung eines Motors so programmiert, dass Parameter für die Abgasrück-

**führungsrate auf die Bedingungen des NEFZ abgestellt sind, ohne dass das zum Motorschutz erforderlich ist, und das bei der Beantragung der Typengenehmigung verschweigt, kann sittenwidrig handeln.**

SchlHOLG, 1. Zivilsenat, Urteil v. 19. Februar 2021, 1 U 91/20, Ja.

*1. Der Kl. verlangt Schadensersatz wegen einer in sein Fahrzeug eingebauten unzulässigen Abschalteneinrichtung.*

*Der Kl. kaufte von der GmbH am 27.7.2015 einen gebrauchten Mercedes-Benz GLK 220 CDI zu einem Preis von 39900,00 € (Anlage K 1, AB). Das Fahrzeug ist mit einem Motor OM 651 ausgestattet. Es ist in die Schadstoffklasse EU 5 eingestuft.*

*In dem Motor wird der Stickoxidausstoß über eine Abgasrückführung minimiert. Dabei werden Abgase in den Verbrennungsraum zurückgeführt, was zu einer Abkühlung des Verbrennungsprozesses und dadurch zu einer verringerten Bildung von Stickoxiden führt. Andererseits steigt dadurch die Bildung von Rußpartikeln und es kann zu Ablagerungen im*

Motor kommen. Die Abgasrückführung wird über ein sogenanntes Thermofenster reguliert, d. h. abhängig u. a. von den Außentemperaturen verändert sich die Rate der Abgasrückführung.

Das Fahrzeug des Kl. war von einem Rückruf betroffen. Der Bescheid des Kraftfahr-Bundesamts ist nicht bestandskräftig. Der Kl. hat behauptet, er habe ein umweltfreundliches und sparsames Fahrzeug kaufen wollen. Er hätte das Fahrzeug in Kenntnis der Verschlechterung der Stickoxidwerte im realen Straßenbetrieb gegenüber dem Prüfstandbetrieb nicht gekauft.

Die Motorsteuerung optimiere den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand. Die Abgasrückführungsrate werde unterhalb von 10° C bzw. 17° C reduziert. Die Abgasrückführung funktioniere außerhalb des Labors nicht. Ein begrenztes Temperaturfenster, in dem die Abgasreinigung gegenüber vergleichbaren Zuständen intensiviert werde, sei durch technische Erfordernisse nicht plausibel erklärbar. Das Thermofenster sei auf die Prüfbedingungen des NEFZ zugeschnitten. Auf einem Prüfstand herrsche eine Temperatur von 25° C bis 30° C. Die Bekl. habe die Funktion des Thermofensters bei dem Antrag auf Typengenehmigung ggf. nicht hinreichend dokumentiert.

Der Vorstand der Bekl. habe Kenntnis von dem Einbau einer unzulässigen Abschalteinrichtung gehabt. Die Entwicklung des Motors und der Motorsteuerung sei bei der Entwicklung eines Fahrzeugs wesentlich.

Der Kl. hat die Zahlung von 37538,32 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs, die Feststellung des Annahmeverzuges und die Erstattung von Rechtsanwaltskosten begehrt. Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt.

Die Bekl. hat behauptet, die Reduzierung der Abgasrückführung erfolge bei kalten Temperaturen, um einer Versottung und Verlackung von Motorbauteilen vorzubeugen. Bei warmen Temperaturen sinke die Luftdichte und der Sauerstoffgehalt, wodurch es bei unveränderter Abgasrückführung zu einer erhöhten Partikelbildung komme. Zudem drohe die Gefahr der Überhitzung des Motors. Die Abgasrückführung werde nie ganz ausgeschaltet.

Dem Kraftfahrt-Bundesamt sei bekannt, dass eine temperaturabhängige Steuerung vorliege. Es handele sich um Industriestandard.

Die Annahme der Kenntnis des Vorstands von Einzelheiten der Motorsteuerung sei angesichts der Vielzahl der Parameter nicht realistisch.

Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der näheren Einzelheiten gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage abgewiesen. Es hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dem Kl. stehe kein Anspruch aus § 826 BGB zu. Er habe die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nicht schlüssig dargelegt.

Der Kl. habe das Vorliegen einer Abschalteinrichtung nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Er habe zwar vorgetragen, dass eine Optimierung des Stickstoffausstoßes nur innerhalb des Thermofensters erfolge, aber eine Beweisaufnahme stelle eine Ausforschung dar. Das Fahrzeug solle untersucht werden, um Tatsachen zum Vorliegen einer Abschalteinrichtung erst vortragen zu können. Die Behauptung des Kl. erfolge ins Blaue hinein. Er habe sie nur den Medien entnommen. Es gebe keinen Anhaltspunkt für eine Abhängigkeit des Thermofensters vom NEFZ.

Der Kl. habe eine sittenwidrige Schädigung nicht hinreichend dargelegt. Das Thermofenster funktioniere im NEFZ grundsätzlich wie im normalen Betrieb, so dass das Bewusstsein einer unzulässigen Abschalteinrichtung nicht unterstellt werden könne. Das Kraftfahrt-Bundesamt und das Verkehrsministerium beanstandeten das Thermofenster grundsätzlich

nicht. Die Beurteilung hänge von der konkreten Funktion ab. Auch bei der Unterstellung der von dem Kl. behaupteten Werte wäre es noch ausreichend groß dimensioniert. Es könne nicht auf einen Vorsatz geschlossen werden. Das Thermofenster sei nicht evident unzulässig. Es komme eine vertretbare, wenn auch unrichtige, Auslegung der Vorschriften in Betracht. Die Bekl. treffe keine sekundäre Darlegungslast. Es sei ihr nicht zumutbar, auf die bloße Behauptung einer unzulässigen Abschalteinrichtung in dem Fahrzeug etwa vorhandene Abschalteinrichtungen und deren Notwendigkeit darzulegen. Sonst werde der Beibringungsgrundsatz ausgehöhlt. Der Kl. könne die erforderlichen Tatsachen von sich aus ermitteln, etwa durch die Einholung eines Gutachtens. Bei der Annahme einer sekundären Darlegungslast bezüglich des Vorsatzes werde die Darlegungslast aufgehoben.

Gegen dieses Urteil richtet sich die frist- und formgerecht eingelegte und begründete Berufung des Kl. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, der Einsatz eines Thermofensters sei sittenwidrig, wenn es exakt auf den NEFZ abgestellt sei. Darin lägen ein planmäßiges Vorgehen und eine Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts. Es läge ein Anscheinsbeweis dafür vor, dass die Abgasrückführung außerhalb des Temperaturrahmens auf dem Prüfstand nicht funktioniere, ohne dass es dafür eine Notwendigkeit gebe.

Es gebe Rückrufe von Fahrzeugen, die mit dem Motor OM 651 ausgestattet seien, wegen Abschalteinrichtungen.

Die Bekl. treffe eine sekundäre Darlegungslast. Sie habe die Anmeldung der Abschalteinrichtung beim Kraftfahrt-Bundesamt darlegen müssen. Es liege eine Täuschung vor, die Rücknahme der Typengenehmigung sei möglich.

Die Bekl. habe bzgl. des Thermofensters nur pauschal vorgetragen, nicht konkret zum Motorschutz. Jedenfalls aber sei ein Sachverständigengutachten einzuholen. Das Landgericht habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Die Bekl. verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Sie führt aus, die Berufung sei unzulässig, weil die Begründung keine Auseinandersetzung mit dem Urteil des Landgerichts enthalte und keine entscheidungserheblichen Fehler nachvollziehbar aufzeige.

In dem Fahrzeug sei keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut. Wegen der Tatbestandswirkung der EG-Typengenehmigung sei die Prüfung den Zivilgerichten entzogen. Das gelte selbst dann, wenn sie im Genehmigungsverfahren unzureichende Angaben gemacht habe. Dass das Kraftfahrt-Bundesamt die Genehmigung erteilt habe, ohne detaillierte Angaben zur Temperatursteuerung zu machen, zeige, dass es eine Präzisierung nicht für erforderlich gehalten habe. Sie habe aber nicht getäuscht oder etwas verheimlicht, sondern im Antrag (Anlage BB 2, AB) darauf hingewiesen, dass die Abgasrückführungsrate u. a. durch die Lufttemperatur gesteuert werde. Bei der Freigabe des Updates habe das Kraftfahrt-Bundesamt Zugang zu der Alt-Software und der Neu-Software. Sie habe darauf vertrauen dürfen, dass das nicht beanstandete Emissionskontrollsystem den gesetzlichen Vorgaben entspreche.

Zur Vermeidung von Ablagerungen im Motorraum und dadurch drohenden Schäden und Ausfällen werde die Abgasrückführungsrate u. a. durch die Temperatur der Ladeluft gesteuert. Sie liege bei 20° C bis 30° C bis maximal 30 %, z. T. unter 20 %. Die maximale Rate von 50 % komme nur selten zum Einsatz. Die Abgasrückführungsrate könne z. B. bei 25° C, niedriger Drehzahl und niedriger Last 40 % betragen, bei 25° C, mittlerer Drehzahl und niedriger Last 30 %. Bei 5° C, niedriger Drehzahl und niedriger Last könne sie 32 % betragen, bei 5° C, mittlerer Drehzahl und niedriger Last 30 %. Es sei eine Vielzahl von Faktoren abzuwägen. I. d. R. liege die

Abgasrückführungsrate bei 10° C bis 25° C nicht niedriger als bei 20° C bis 30° C. Eine Abschaltung der Abgasrückführung finde nicht statt. Ab einer Lufttemperatur von 35° C werde die Abgasrückführungsrate verringert, um eine erhöhte Partikelbildung und einen erhöhten Eintritt von Kraftstoff in das Motoröl zu vermeiden.

Die technische Ausgestaltung der Motorsteuerung werde auf Mitarbeiterebene getroffen. Der Vorstand habe von den Einzelheiten angesichts der Vielzahl von Parametern keine Kenntnis. Mitarbeitern würden nach der hinreichenden fachlichen Qualifikation, Erfahrung und zu erwartender Zuverlässigkeit Aufgaben zugeteilt. Sie seien verpflichtet, wesentliche Fragestellungen mit ihren Vorgesetzten abzusprechen. Diese seien verpflichtet, sich laufend über die Tätigkeit untergeordneter Mitarbeiter zu informieren und bei Anhaltspunkten für Rechtsverstöße einzugreifen.

II. Die zulässige Berufung des Kl. hat in der Sache vorerst Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

1. Die Berufung ist zulässig. Insbesondere hat der Kl. sie in zulässiger Weise begründet. ...

2. Dem Kl. kann ein Anspruch aus § 826 BGB wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung zustehen.

a) Der Kl. kann einen Schaden erlitten haben, indem er zur Eingehung einer nicht gewollten Verbindlichkeit veranlasst wurde. Das Fahrzeug kann für seine Zwecke nicht voll brauchbar sein, weil die Stilllegung möglich wäre.

aa) Auch bei der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung liegt nach normativer Wertung ein Schaden vor, wenn die eingegangene Verbindlichkeit für den Käufer ungewollt ist, weil die gekaufte Sache für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Die Vorschrift des § 826 BGB schützt insoweit nicht allein das Vermögensinteresse des Geschädigten, sondern auch die Willensfreiheit

(BGH, Urteil vom 25.5.2020, VI ZR 252/19, Rn. 45 ff. bei juris).

bb) Das Fahrzeug kann mit einer unerlaubten Abschalteneinrichtung ausgerüstet sein, die zum Rückruf durch das Kraftfahrt-Bundesamt führen kann.

(1) Eine Abschalteneinrichtung ist nach Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG ein Konstruktionsmerkmal, das bestimmte Parameter ermittelt, 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 sind, verringert wird. Nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG ist die Verwendung von Abschalteneinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig, wenn nicht bestimmte Ausnahmen vorliegen.

Nach dieser Definition handelt es sich bei dem Thermofenster um eine Abschalteneinrichtung

(OLG Stuttgart, Urteil vom 30.7.2019, 10 U 134/19, Rn. 67 ff. bei juris; LG Stuttgart, Urteil vom 25.7.2019, 30 O 34/19, Rn. 31 bei juris; LG Stuttgart, Urteil vom 17.1.2019, 23 O 178/18, Rn. 40 bei juris).

Denn es wird die Lufttemperatur ermittelt. Je nach Lufttemperatur wird die Rate der Abgasrückführung verändert. Die Abgasrückführung ist Teil des Emissionskontrollsystems, weil sie Einfluss auf den Ausstoß von Stickoxiden hat. Die Veränderung der Rate geschieht bei Bedingungen, die bei normalem Fahrbetrieb zu erwarten sind, denn in Europa sind Lufttemperaturen in einer großen Bandbreite zu erwarten.

Unerheblich ist, ob das System auch außerhalb des Prüfstandes arbeitet, wenn ähnliche Verhältnisse wie dort vorliegen. Denn eine Abschalteneinrichtung ist auch gegeben, wenn die Verbesserung der Leistung des Emissionskontrollsystems

punktuell auch unter normalen Nutzungsbedingungen erfolgt (EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris).

(2) Zu klären ist, ob die Abschalteneinrichtung unzulässig ist oder eine Ausnahme nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO 715/2007/EG eingreift. Nach lit. a dieser Vorschrift ist eine Abschalteneinrichtung, die notwendig ist, um den Motor vor Beschädigungen oder Unfall zu schützen, zulässig. Ob das Thermofenster im Sinne der Ausnahmeregelung notwendig ist, um den Motor vor Schäden durch Versottung zu schützen, ist fraglich. Denn der Schutz vor Beschädigung und Unfall ist mit dem Schutz vor einer kontinuierlichen Verschmutzung des Motors nicht gleichzusetzen

(EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris).

Unzulässig wäre jedenfalls ein Thermofenster, das genau auf die Bedingungen des NEFZ zugeschnitten wäre, z. B. auf die dort herrschende Temperatur von 20° C bis 30° C, ohne dass eine solche Funktion mit dem Schutz des Motors erklärt werden könnte. Der entsprechenden Behauptung des Kl. muss durch die Einholung des von ihm angebotene Sachverständigenutachten nachgegangen werden.

Die Behauptung ist hinreichend substantiiert, um eine Beweisaufnahme zu veranlassen. Ein Sachvortrag ist hinreichend substantiiert, wenn er in Verbindung mit einem Rechtssatz zu der von der Partei begehrten Rechtsfolge führt. Einzelheiten, die für die Rechtsfolge nicht von Bedeutung sind, müssen nicht mitgeteilt werden, v. a. wenn die Partei keinen Einblick in den Sachverhalt haben kann. Es ist dann Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und ggf. einem Sachverständigen die Streitfragen zu unterbreiten. Eine Partei darf auch Aufklärung über Tatsachen verlangen, über die sie kein zuverlässiges Wissen erlangen kann, die sie aber nach Lage der Dinge für möglich hält. Eine Behauptung ist erst unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte aufs Geratewohl oder ins Blaue hinein aufgestellt wird. Die Annahme einer solchen willkürlichen Behauptung ist zurückhaltend zu treffen. Kann die Partei mangels eigener Sachkunde keine Kenntnis von der genauen Wirkweise haben, kann ein greifbarer Anhaltspunkt bereits dann gegeben sein, wenn andere Modelle mit dem gleichen Motortyp einem Rückruf unterliegen

(BGH, Beschluss vom 28.1.2020, VIII ZR 57/19, Rn. 4, 7 ff. bei juris).

Der Kl. macht geltend, dass Fahrzeuge mit dem gleichen Motortyp und sogar sein Fahrzeug selbst von Rückrufen betroffen sind, und untermauert damit seine Behauptung, es sei eine unzulässige Abschalteneinrichtung eingebaut. Dass die Bekl. ihrerseits behauptet, der Rückruf habe die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführungsrate nicht betroffen, macht die Behauptung des Kl. nicht unbeachtlich. Von ihm kann nicht erwartet werden, dass er die technischen Einzelheiten der von ihm angenommenen Abschalteneinrichtung darlegt. Insbesondere ist es verfehlt, die fehlende Substanz des Vortrags des Kl. daraus abzuleiten, dass er im Termin vom 23.6.2020 die ihm vom Gericht gestellten technischen Fragen nicht beantworten konnte.

Der Vortrag des Kl. hat nicht nach § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig zu gelten, weil die Bekl. einer sekundären Darlegungslast der Bekl. bzgl. der technischen Einzelheiten des Thermofensters nicht nachgekommen wäre. Der Gegner der darlegungsbelasteten Partei kann sich nicht auf einfaches Bestreiten beschränken, wenn der darlegungsbelasteten Partei der Beweis nicht möglich oder nicht zumutbar ist und sie außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen hat, während die Gegenpartei diese Kenntnis hat und ihr nähere Angaben zumutbar sind



(BGH NJW 1983, 687, 688; BGH, NJW 1987, 2008, 2009; BGH NJW 1999, 579, 580; BGHZ 163, 209, 214).

Von der Gegenpartei wird dann im Rahmen des Zumutbaren ein substantiiertes Bestreiten der behaupteten Tatsachen unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt

(BGH NJW 2008, 982, 984, Rn. 16).

Selbst wenn man danach eine erhöhte Darlegungslast hinsichtlich der Funktion des in dem Fahrzeug des Kl. implementierten Thermofensters annehmen will, weil der Kl. keinen Einblick in sie haben kann, ist die Bekl. der erhöhten Darlegungslast jedenfalls nachgekommen. Sie hat in der Berufungserwiderung die Wirkweise der Abgasrückführung beschrieben und dargelegt, von welchen Faktoren die Steuerung der Abgasrückführungsrate abhängig ist und welche Raten unter welchen Verhältnissen angenommen werden kann.

(3) Sollte sich herausstellen, dass eine unzulässige Abschalteneinrichtung vorliegt, so könnte das Kraftfahrt-Bundesamt nach § 25 Abs. 3 EG-FGV die Typengenehmigung widerrufen. Die zuständige Verwaltungsbehörde könnte nach § 5 Abs. 1 FZV dem Halter oder Eigentümer eine Frist zur Beseitigung setzen und danach die Betriebserlaubnis entziehen. Ob das ernsthaft droht oder stattdessen eine Nebenbestimmung erlassen wird, ist zwar ungewiss. Ein Schaden in Form einer ungewollten Verbindlichkeit liegt jedoch – wie in den Fällen des Motors EA 189, in denen die Typengenehmigungen nicht widerrufen worden sind – bereits dann vor, wenn der Bestand der Typengenehmigung infrage steht.

b) Das Verhalten der Bekl. kann als sittenwidrig zu beurteilen sein.

aa) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Es genügt regelmäßig nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann

(BGH, NJW 2017, 250, 251 f., Rn. 16).

Die verletzte Verhaltenspflicht muss drittschützend und der Geschädigte in den Schutzbereich einbezogen sein

(Wagner in: MK BGB, 8. Auflage, § 826, Rn. 23).

Es reicht nicht, wenn der Schädiger gegen öffentlich-rechtliche Normen verstößt, die der Umwelt, nicht aber den wirtschaftlichen Interessen des Geschädigten dienen

(OLG Koblenz, Beschluss vom 21.10.2013, 5 U 507/13, Rn. 44 bei juris).

bb) Unter diesen Gesichtspunkten kann ein Autohersteller, der aufgrund einer strategischen Unternehmensentscheidung und unter Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts bewusst ein Fahrzeug mit einem Motor in Verkehr bringt, der mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehen ist, als sittenwidrig angesehen werden

(BGH, Urteil vom 25.5.2020, VI ZR 252/19, Rn. 16 ff. bei juris; BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, Rn. 17 bei juris).

Er würde seinen Kunden bewusst einen Schaden zufügen, um seine Gewinne zu optimieren. Denn der Einbau einer unzulässigen Abschalteneinrichtung zeigt, dass der Hersteller mit anderen Mitteln Umweltvorschriften nicht einhalten kann oder die Kosten dafür nicht aufwenden will und dennoch Marktanteile behalten oder gewinnen will. Dabei ist Gewinnstreben an sich noch nicht anstößig. Anstößig ist aber die Täuschung zahlreicher Kunden über die ungestörte Nutzbarkeit des Produkts, um Marktanteile zu erhalten

(OLG Koblenz, NJW 2019, 237, 239, Rn. 37; OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.7.2019, 17 U 160/18, Rn. 88 ff. bei juris).

Für die Annahme eines sittenwidrigen Verhaltens reicht es noch nicht aus, wenn das Thermofenster als unzulässige Abschalteneinrichtung anzusehen sein sollte. Solange die Motorsteuerung auf dem Prüfstand im Grundsatz ebenso arbeitet wie im Straßenverkehr, kann noch keine bewusste Entwicklung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung angenommen werden

(BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, Rn. 18 bei juris; OLG Schleswig, Urteil vom 18.9.2019, 12 U 123/18, Rn. 46 ff. bei juris; OLG Dresden, Urteil vom 9.7.2019, 9 U 567/19, Rn. 24 ff. bei juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 20.7.2019, 10 U 134/19, Rn. 81 ff. bei juris; OLG Koblenz, Urteil vom 21.10.2019, 12 U 246/19, Rn. 42 ff. bei juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 7.11.2019, 6 U 119/18, Rn. 34 f. bei juris; OLG Köln, Urteil vom 28.11.2019, 15 U 93/19, Rn. 26 ff. bei juris; OLG München, Beschluss vom 20.1.2020, 21 U 5072/19, Rn. 30 ff. bei juris).

Das gilt für eine Motorsteuerung, die in dem Bestreben programmiert worden ist, für bestimmte Betriebszustände schädliche Ablagerungen im Motor, mit denen tatsächlich zu rechnen ist, zu vermeiden. Es kommt dabei nicht darauf an, ob eine solche Motorsteuerung nach heutiger Auffassung zulässig wäre. Es kommt vielmehr auf die Zeit der Entwicklung der Motorsteuerung an, die jedenfalls vor der Erstzulassung des Fahrzeugs des Kl. im Jahr 2014 gelegen haben muss, also vor dem Bekanntwerden des Abgasskandals. Seinerzeit ging man davon aus, dass ein Thermofenster zum Motorschutz zulässig sei. Es wurde bei der Typenzulassung vom Kraftfahrt-Bundesamt nicht beanstandet. Noch nach Bekanntwerden des Abgasskandals gingen das Kraftfahrt-Bundesamt und das Bundesverkehrsministerium von der Zulässigkeit aus.

Zu berücksichtigen ist aber, dass das Thermofenster – abhängig von dem Temperaturbereich, in dem die Rate der Abgasrückführung gesenkt wird – durchaus zu einem System der Prüfstanderkennung und des Betriebs des Fahrzeugs in zwei verschiedenen Modi führen kann. Das ist der Fall, wenn das Temperaturfenster so eingestellt ist, dass die Abgasrückführung bei den Temperaturen, die im Prüfstand herrschen, voll wirksam ist und so die Grenzwerte sicher erreicht werden, im Straßenverkehr aber die Abgasrückführungsrate reduziert wird, weil dort die auf dem Prüfstand herrschenden Temperaturen häufig unterschritten werden. Das Ziel einer solchen Strategie kann es sein, Ablagerungen im Motor sicher zu vermeiden, die bei einer Abgasrückführungsrate, wie sie für die Einhaltung des Grenzwerts für Stickoxidemissionen notwendig wären, zu erwarten wären, ohne die von der Bekl. beschriebene schwierige Balance zwischen dem Motorschutz und der Optimierung der Emissionen einhalten zu müssen.

Sollte sich herausstellen, dass das Thermofenster in dem Fahrzeug des Kl. auf eine solche Weise programmiert worden ist, kann das darauf hindeuten, dass die Verantwortlichen bei der Bekl. damit gerechnet haben, dass es als unzulässig eingestuft werden und die Zulassung des Fahrzeugs dadurch in Gefahr sein könnte. Indizien für ein solches Bewusstsein können sich daraus ergeben, dass die Abschalteneinrichtung unter den Bedingungen des Prüfstandes anders arbeitet als im normalen Straßenverkehr und in welchem Umfang die Funktionsweise dem Kraftfahrt-Bundesamt im Typengenehmigungsverfahren offengelegt worden ist

(BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, Rn. 19 ff., 22).

Eine Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Bei der Beantragung der Typengenehmigung sind Einzelheiten der Steuerung der Abgasrückführungsrate nicht mitgeteilt worden. Es ist nur mitgeteilt worden, dass sie zu. a. von der Lufttemperatur abhängig sei (Anlage BB 2, AB). Dass das Kraftfahrt-Bundesamt nicht nach den genauen Temperaturen, die zur Absenkung der Abgas-

rückführungsrate führen, gefragt hat, heißt nicht, dass diese ihm gleichgültig waren. Es kann nur der Schluss gezogen werden, dass es von einer industriüblichen Motorsteuerung zur Vermeidung von Ablagerungen ausging, nicht dass es ein Abstellen auf die Bedingungen des Prüfstandes gebilligt hätte.

Sollte sich herausstellen, dass die Motorsteuerung auf die Bedingungen des Prüfstandes zugeschnitten ist, müsste die Bekl. im Rahmen der sekundären Darlegungslast dazu vortragen, welches Bewusstsein die Personen hatten, die an der Entwicklung der Motorsteuerung und an der Beantragung der Typengenehmigung beteiligt waren. Diese müssen sich notwendigerweise mit der Frage beschäftigt haben, ob die Ausgestaltung der Motorsteuerung zulässig ist. In diese Vorgänge hat der Kl. keinen Einblick. Die Bekl. kennt jedoch die Einzelheiten und es ist ihr zumutbar, dazu weiter vorzutragen.

Trägt die Bekl. weiter vor, so muss der Kl. Beweis dafür anbieten, dass die genaue Wirkungsweise des Thermofensters bewusst verheimlicht wurde bzw. die Beteiligten das Bewusstsein hatten, dass sie unzulässig sei.

c) Dass der Handelnde sich der Sittenwidrigkeit bewusst ist, ist nicht notwendig. Er muss jedoch die Umstände kennen, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt. Ist Schädigerin eine Gesellschaft, so muss dieses Wissen bei den Organen im Sinne § 31 BGB vorhanden sein. Eine Wissenszurechnung und Zusammenrechnung wie im rechtsgeschäftlichen Verkehr findet nicht statt, weil es anders als für die Arglist um ein moralisches Unwerturteil geht

(BGH, NJW 2017, 250, 252 f., Rn. 23).

aa) Organ einer Gesellschaft ist nach § 31 BGB nicht nur der Vorstand, sondern auch der verfassungsmäßig berufene Vertreter. Dieser Begriff ist weit zu verstehen. Es genügt, dass einer Person durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame wesensmäßige Funktionen der Gesellschaft zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind und sie die Gesellschaft insoweit repräsentiert, ohne dass die Tätigkeit in der Satzung vorgesehen oder die Person rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht haben muss

(BGH, Urteil vom 30.10.1967, VII ZR 82/65, Rn. 10 f. bei juris).

Der infrage kommende Personenkreis deckt sich in etwa mit dem der leitenden Angestellten im Sinne des Arbeitsrechts

(Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Auflage, § 31, Rn. 6).

bb) Der Kl. behauptet, der Vorstand habe Kenntnis von den unerlaubten Abschaltvorrichtungen gehabt. Das ergebe sich daraus, dass die Entwicklung des Motors und der Motorsteuerung bei der Entwicklung eines Fahrzeugs wesentlich sei und es Berichtspflichten gebe.

Für seine Behauptung könnte der Kl. theoretisch Beweis antreten, weil die Vorstandsmitglieder zurzeit der Entwicklung des Motors ermittelbar wären. Allerdings wäre nicht zu ermitteln, wer noch an der Entwicklung des Motors beteiligt war und so als Zeuge in Betracht käme. Man kann sich nicht vorstellen, dass eine Entscheidung, eine unzulässige Abschaltvorrichtung einzubauen, angesichts ihrer Tragweite von nur einem oder wenigen Mitarbeitern getroffen wird. Bei der Entwicklung eines Motors wird es entscheidend darauf ankommen, auf welche Weise er die gesetzlichen Vorgaben einhält. Gerade die Einhaltung der Vorschriften für den Schadstoffausstoß steht seit einigen Jahren im Fokus. Die technische Lösung bei der Entwicklung muss also hinterfragt worden sein. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass dabei auch Mitarbeiter Kenntnis erlangt haben, die als Repräsentanten der Bekl. i.S.d. § 31 BGB anzusehen wären, etwa Abteilungsleiter.

Dem Kl. kann weiterer Vortrag dazu nicht abverlangt werden. Denn er hat keinen Einblick in die Verhältnisse bei der Bekl.. Er kann so letztlich nur das vortragen, was plausibel ist.

Die Bekl. muss nach den Regeln der sekundären Darlegungslast darlegen, wer an der Entwicklung des Motors und speziell der Motorsteuerung beteiligt war und wie die Entscheidungswege in ihrem Unternehmen waren. Ihr sind nähere Angaben dazu zumutbar. Sie ist nicht gezwungen, Betriebsgeheimnisse zu offenbaren. Sie muss nur die Beteiligten an der Motorentwicklung benennen, damit der Kl. sie als Zeugen benennen kann. Da die Entwicklung bei der Bekl. dokumentiert sein muss, kann sie zu der von ihr verlangten Darlegung auf diese Dokumentation zurückgreifen.

d) Die Bekl. kann vorsätzlich gehandelt haben. Für den Vorsatz reicht es aus, wenn der Schädiger Art und Richtung des Schadens und die Schadensfolgen zumindest vorausgesehen und billigend in Kauf genommen hat, wobei bei einer Gesellschaft wiederum ihre Organe diesen Vorsatz gehabt haben müssen

(BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 24 f.).

Es kommt wiederum darauf an, ob Vorstandsmitglieder oder verfassungsmäßig berufene Vertreter der Bekl. Kenntnis von dem Inverkehrbringen der Motoren mit der gegebenenfalls unzulässigen Abschaltvorrichtung gehabt haben. Sollte das der Fall gewesen sein, läge Vorsatz vor. Denn dann wäre absehbar gewesen, dass das Vermögen der Käufer bedroht war, weil eine Stilllegung der Fahrzeuge drohte.

3. Eine mögliche Haftung der Bekl. aus § 831 Abs. 1 BGB würde den Nachweis ersparen, dass Organe der Bekl. Kenntnis von der die Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Bekl. begründenden Umstände hatten.

Verrichtungsgehilfe im Sinne von § 831 BGB ist, wem von einem anderen, in dessen Einflussbereich er sich befindet und zu dem er in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis steht, eine Tätigkeit übertragen worden ist, wobei er von den Weisungen des Geschäftsherrn abhängig ist, so dass dieser die Tätigkeit jederzeit beschränken oder entziehen und nach Zeit und Umfang bestimmen kann

(NJW 2013, 1002, 1003, Rn. 15).

Das trifft auf alle Mitarbeiter zu, die an der Entwicklung des streitgegenständlichen Motors beteiligt waren.

Die Mitarbeiter müssten bei der Entwicklung des Motors eine deliktische Handlung begangen haben, wobei alleine eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung nach § 826 BGB in Betracht kommt. Es stellen sich dieselben Fragen wie unter 2. erörtert.

Die Benennung bestimmter Mitarbeiter, die dem Kl. auch nicht möglich wäre, ist entbehrlich. Denn die Überlegungen, die ggf. zu einer Sittenwidrigkeit des Verhaltens führen, drängen sich auf. Sie müssen jedem, der mit der Entwicklung, des Motors befasst war, bewusst gewesen sein. Es wäre Sache der Bekl., sich zu entlasten, indem sie darlegt und beweist, dass sie die Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt und überwacht hat. Dabei muss sie die Mitarbeiter benennen. Der allgemeine Hinweis auf die Auswahl und Überwachung der Mitarbeiter in der Berufungserwiderung reicht nicht aus.

4. Sollten die Haftungsvoraussetzungen bestehen, stünde dem Kl. Schadensersatz zu. Er könnte den Ersatz des negativen Interesses verlangen.

Der Kl. wäre nach § 249 BGB so zu stellen, wie er stünde, wenn er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte. Er könnte jedenfalls den Ersatz des Kaufpreises abzüglich des Werts der Nutzung verlangen. Im Wege der Vorteilsausgleichung müsste er das Fahrzeug an die Bekl. übereignen.

5. Auf den Antrag des Kl. wird nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Verfahren vor dem Landgericht leidet an einem wesentlichen Mangel. Ein wesentlicher Mangel liegt vor, wenn

das Gericht den Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör verletzt

(Zöller/Heßler, ZPO, 33. Auflage, § 538, Rn. 20).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird unter anderem dann verletzt, wenn die Anforderungen an die Substantiierung eines Vortrags überspannt werden.

Der Kl. hat bereits erstinstanzlich behauptet, das Thermofenster sei auf die Bedingungen des Prüfstandes zugeschnitten, was dem Kraftfahrt-Bundesamt nicht bekannt gewesen sei. Darauf ist das Landgericht nicht eingegangen. Es hat so den Vortrag des Kl. zu einer Abschaltvorrichtung und zu einer Sittenwidrigkeit des Vorgehens der Bekl. zu Unrecht als unsubstantiiert angesehen. Denn weiterer Vortrag war dem Kl. nicht möglich. Als Außenstehender konnte er zu der Wirkungsweise des von der Bekl. implementierten Thermofensters nichts weiter vortragen.

Aufgrund des Vortrags des Kl. und des Bestreitens der Bekl. ist eine umfangreiche und schwierige Beweisaufnahme notwendig. Es wird die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens zu den technischen Fragen notwendig werden. Gegebenenfalls werden auch Zeugen zu vernehmen sein, die an der Entwicklung der Motorsteuerung beteiligt waren. Die Beurteilung der technischen Frage wird schwierig sein. Die Vernehmung der Zeugen wird voraussichtlich umfangreich sein, da es sich um zahlreiche Personen handeln dürfte.

Bei der Entscheidung, ob das Urteil aufgehoben oder zurückverwiesen wird, ist das Interesse der Parteien an einer schnellen Entscheidung gegen das Interesse, keine Instanz zu verlieren, abzuwägen

(a.a.O., Rn. 6).

Hier überwiegt das Interesse, keine Instanz zu verlieren, da noch die gesamte Beweisaufnahme aussteht. Den Parteien würde dadurch die fehlende Berufungsinstanz die Möglichkeit genommen, Unzulänglichkeiten der Beweisaufnahme oder der Beweiswürdigung zu rügen.

6. Der Bekl. war kein Schriftsatznachlass zur Stellungnahme zu den rechtlichen Hinweisen im Termin zu gewähren. ...

Die Zulassung der Revision ist nicht angezeigt, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind geklärt.

## **ZPO §§ 91 a II, analog § 269 III 2, 494 a II 1**

**1. Grundsätzlich ergeht im selbstständigen Beweisverfahren keine Teilkostenentscheidung, weil auch über die nicht von der Hauptsacheklage abgedeckten Teile entsprechend § 96 ZPO mitentschieden werden kann. Nur ausnahmsweise kann in komplexen Verfahren die einheitliche Kostenentscheidung zwischen Hauptsacheverfahren und selbstständigem Beweisverfahren unterscheiden.**

**2. Betreibt der Ast. ein selbstständiges Beweisverfahren nicht weiter, so können ihm in entsprechender Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO auf Antrag des Gegners die Kosten des Verfahrens auferlegt werden.**

SchlIHOHG, 7. Zivilsenat, Beschluss v. 10. September 2019 – 7 W 19/19 –, Rö.

*Die Kl.in hatte zunächst gegen die beiden Bekl. (Bekl. zu 1. = Baufirma; Bekl. zu 2. = bauleitender Architekt) ein selbstständiges Beweisverfahren vor dem zuständigen Landgericht eingeleitet. Der Gutachter in dem v.g. Verfahren ermittelte geschätzte Mangelbeseitigungskosten in Höhe von insgesamt 280586,03 €. In dem nachfolgenden Hauptsacheprozess hat*

*die Kl.in den Bekl. zu 2. und Beschwerdeführer lediglich mit einem Wert in Höhe von insgesamt 52501 € klagweise in Anspruch genommen. Davon war sie in der Hauptsache in Höhe von 8000 € unterlegen. Nach übereinstimmender Erledigung der Hauptsache sowie des selbstständigen Beweisverfahrens hat das Landgericht gem. § 91 a ZPO mit Beschluss vom 21.5.2019 folgende Kostenverteilung vorgenommen:*

*„Die Kosten des Hauptsacheverfahrens und der außergerichtlichen Gebühren der Kl.in tragen diese zu 15 %, die Bekl. als Gesamtschuldner zu 61 % und der Bekl. zu 2. zu weiteren 24 %. Die Kl.in trägt die außergerichtlichen Gebühren der Bekl. zu 1.) in Höhe von 20 % und des Bekl. zu 2. in Höhe von 15 %. Im Übrigen findet keine Erstattung der außergerichtlichen Gebühren statt.*

*Die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens tragen die Bekl. als Gesamtschuldner zu 7 %, der Bekl. zu 2.) darüber hinaus zu weiteren 52 % und im Übrigen die Kl.in. Die Kl.in trägt die außergerichtlichen Gebühren des Bekl. zu 2. zu 41 % und der Bekl. zu 1. zu 93 %. Im Übrigen findet keine Erstattung der außergerichtlichen Gebühren statt.“*

*Gegen diesen Beschluss, zugestellt am 29.5.2019, hat der Bekl. zu 2. mit Schriftsatz vom 12.6.2019 sofortige Beschwerde eingelegt, „soweit ihm die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens zu weiteren 52 % auferlegt worden sind.“*

*Die sofortige Beschwerde ist am 13.6.2019 per Post beim Gericht eingegangen. Der Prozessbevollmächtigte des Beschwerdeführers hat glaubhaft gemacht, dass die Beschwerdeschrift bereits per Fax am 12.6.2019 (16.45 Uhr) beim Gericht eingereicht worden ist.*

*Der Bekl. zu 2. ist der Ansicht, dass ihm zu Unrecht die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens zu weiteren 52 % auferlegt worden seien. Die Kl.in habe zu einem erheblichen Teil die im selbstständigen Beweisverfahren festgestellten Mangelbeseitigungskosten im Klageverfahren nicht geltend gemacht, weil ihr insoweit materiell-rechtlich gegen den Bekl. zu 2. überhaupt kein Anspruch zugestanden habe. Wenn die Hauptsacheklage hinter dem Verfahrensgegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens zurückbleibe, müssten dem Kl. (= Ast. im selbstständigen Beweisverfahren) die durch den überschießenden Teil des selbstständigen Beweisverfahrens entstandenen Kosten auferlegt werden.*

*Der Senat hat die Kl.in mit Verfügung vom 20.8.2019 um Darlegung gebeten, weshalb sie den Bekl. zu 2. als bauleitenden Architekten nicht in vollem Umfang mit den im selbstständigen Beweisverfahren geschätzten Mangelbeseitigungskosten von 280586,03 € in Anspruch genommen hat. Darauf hat die Kl.in mit anwaltlichem Schreiben vom 3.9.2019 lediglich mitgeteilt, dass sie „zu dem Hinweis des Senats keine Stellungnahme abgebe und das Gericht über die Beschwerde entscheiden möge.“*

*Mit Beschluss vom 10.9.2019 hat der Senat der sofortigen Beschwerde des Bekl. zu 2. stattgegeben und den angefochtenen Kostenbeschluss des Landgerichts teilweise (hinsichtlich der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens) geändert und wie folgt neu gefasst:*

*„Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten der Kl.in aus dem selbstständigen Beweisverfahren (Landgericht Lübeck, 17 OH 4/05) tragen die Kl.in 84 %, die Bekl. als Gesamtschuldner 7 % und die Bekl. zu 2. darüber hinaus weitere 9 %. Die Kl.in trägt die außergerichtlichen Kosten der Bekl. zu 1. für das selbstständige Beweisverfahren zu 93 %. Die Kl.in trägt ferner die außergerichtlichen Kosten des Bekl. zu 2. für das selbstständige Beweisverfahren zu 84 %. Im Übrigen findet keine Erstattung der außergerichtlichen Kosten im selbstständigen Beweisverfahren statt. Es wird klargestellt, dass es im Übrigen*

(hinsichtlich der Kosten des Hauptsacheverfahrens) bei der Kostenentscheidung des Landgerichts aus dem Beschluss vom 21.5.2019 verbleibt.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren beträgt bis zu 4000 €."

### Aus den Gründen

Die sofortige Beschwerde des Bkl. zu 2. ist gem. §§ 91 a Abs. 2, 567, 569 ZPO zulässig. Die Beschwerdefrist von 2 Wochen ist eingehalten. Der Beschwerdeführer hat mit Schriftsatz vom 7.8.2019 glaubhaft gemacht, dass die Beschwerdeschrift bereits am 12.6.2019 (16.45 Uhr) per Fax beim Landgericht eingereicht worden ist. Der Prozessbevollmächtigte des Beschwerdeführers hat eine Kopie des entsprechenden Faxsenberichts eingereicht und seinen Vortrag eidesstattlich versichert.

Die sofortige Beschwerde ist auch begründet. Grundsätzlich ergeht im selbstständigen Beweisverfahren zwar keine Teilkostenentscheidung, weil auch über die nicht von der Hauptsacheklage abgedeckten Teile entsprechend § 96 ZPO mitentschieden werden kann

(OLG Schleswig, BauR 2018, 1466 ff.; BGH, BauR 2004, 1485 ff.).

Der Beschwerdeführer wendet sich hier jedoch nicht gegen die Kostenverteilung im Hauptsacheverfahren, denn er hat sein Rechtsmittel ausdrücklich nur auf die Kostenentscheidung für das selbstständige Beweisverfahren beschränkt (... „soweit ihm das Landgericht die Kosten zu weiteren 52 % auferlegt hat“).

Betreibt der Ast. ein selbstständiges Beweisverfahren nicht weiter, so können ihm in entsprechender Anwendung von § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO auf Antrag des Gegners die Kosten des Verfahrens auferlegt werden

(OLG Koblenz, Beschluss vom 18.8.2004, 5 W 521/04, MDR 2005, 291).

So liegt der Fall hier. Es besteht eine Ausnahmekonstellation,

weil es ein Hauptsacheverfahren hinsichtlich des überschießenden Teils der im selbstständigen Beweisverfahren festgestellten Mangelbeseitigungskosten nicht gibt, in dem regulär über die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens entschieden werden könnte. In solchen Fällen besteht gleichwohl ein Regelungsbedürfnis, damit der (im Ergebnis ohne Erfolg in Anspruch genommene) Antragsgegner die ihm entstandenen Kosten liquidieren kann. Diese Regelungslücke wird mit einer Analogie zu § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO geschlossen, um einen interessengerechten Kostenausgleich vornehmen zu können

(vgl. OLG Koblenz, a.a.O. mit Hinweis auf OLG München vom 2.3.2001, 28 W 979/01, MDR 2001, 768).

Eine entsprechende Kostentragung der Ast.in/Kl.in lässt sich nämlich nicht über § 494 a Abs. 2 S. 1 ZPO erreichen

(BGH, Beschluss vom 24.6.2004, VII ZB 11/03, BauR 2004, 1485–1487).

Ausgehend von den im selbstständigen Beweisverfahren durch den Sachverständigen geschätzten Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 280586,03 € hat die Kl.in den Bkl. zu 2. lediglich mit einem Wert in Höhe von insgesamt 52501 € klagweise in Anspruch genommen. Davon war sie in der Hauptsache in Höhe von 8000 € unterlegen.

Der überschießende Teil des selbstständigen Beweisverfahrens, das in der Hauptsache nicht weiter betrieben worden ist, errechnet sich auf 228085,83 € (= 280586,03 € ./. 52501 €). Insoweit sind die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens prozentual analog § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO der Kl.in aufzuerlegen. Dies rechtfertigt die im Tenor genannte Kostenquote (= Unterliegen der Kl.in: 228085,83 + 8000 = 236085,83 € = 84 %)

Die Wertfestsetzung folgt aus § 3 ZPO (Kosteninteresse wegen übereinstimmender Erledigungserklärung) i.V.m. KV 1810 der Anlage 1 GKG (Festgebühr für die Gerichtskosten) und § 2 ff. RVG, VV 3500 der Anlage 1 zum RVG (hinsichtlich der Rechtsanwaltskosten für das Beschwerdeverfahren).

## Familienrecht

### FamFG § 114 IV Nr. 7 2. Alt.; VersAusglG § 14, 15, 17

- 1. Im einem Versorgungsausgleichsverfahren betreffend die externe Teilung von Anrechten aus der betrieblichen Altersversorgung kann dem Ausgleichsberechtigten abverlangt werden, das ihm ohne Nachteile und besonderen Aufwand Mögliche zu unternehmen, um ein Ungleichgewicht im eigenen Versorgungsergebnis im Vergleich zum Versorgungsergebnis des Ausgleichspflichtigen zu vermeiden.**
- 2. Dazu gehört es jedenfalls, auf einen konkreten Hinweis des Gerichts einzugehen, mit dem ein Zielversorgungsträger aufgezeigt wird, bei dessen Wahl voraussichtlich ein angemessenes Versorgungsergebnis sichergestellt wäre. Unterlässt der Ausgleichsberechtigte die Wahl des benannten Zielversorgungsträgers und legt auch nicht substantiiert dar, wieso diese ihm unzumutbar sein soll, muss das Familiengericht keine Anpassung des Ausgleichswerts vornehmen, der im Rahmen der externen Teilung an die Versorgungsausgleichskasse zu leisten ist.**
- 3. Jedenfalls in der aktuellen Niedrigzinsphase ist die Deutsche Rentenversicherung als ein Zielversorgungsträger anzusehen, der einen derartigen angemessenen Ausgleich sicherstellt.**

SchlHOLG, 1. Familiensenat, Beschluss v. 11. August 2020 – 8 UF 87/19 –, Me.

I. Die Beschwerde der I wendet sich gegen die vom Familiengericht beim Versorgungsausgleich gewählte Ausgleichsform.

1. Das Familiengericht hat die am 14. August 2010 geschlossene Ehe des Ast. mit der Ag.in auf den am 13. März 2018 zugestellten Scheidungsantrag durch den insoweit nicht angefochtenen Beschluss vom 25. Januar 2019 rechtskräftig geschieden (Ehezeit vom 1. August 2010 bis 28. Februar 2018; § 3 Abs. 1 VersAusglG). Zugleich hat das Familiengericht den Versorgungsausgleich durchgeführt und dabei unter anderem im Wege der internen Teilung zulasten des Anrechts des Ast. bei der I ein Anrecht in Höhe des Ausgleichswerts von 12672 Euro übertragen. Die Ag.in habe der von der I verlangten externen Teilung nicht zugestimmt. Auf den Beschluss wird für die weiteren Einzelheiten Bezug genommen.

2. Gegen diesen ihr am 13. Februar 2019 zugestellten Beschluss wendet sich die I mit ihrer Beschwerde vom 12. März 2019, eingegangen am 15. März 2019. Das Familiengericht habe rechtsirrig angenommen, für die externe Teilung sei eine Zustimmung der Ag.in erforderlich. Dies sei nicht der Fall. Der Ausgleichswert erreiche die Wertgrenze für die externe Teilung von Betriebsrenten nicht.

Die I beantragt, den Beschluss des Familiengerichts dahingehend abzuändern, dass das Anrecht der ausgleichspflichtigen Person bei der I antragsgemäß extern ausgeglichen wird.

Mit Beschluss vom 6. Juni 2019 hat der Senat der I in Bezug auf die versäumte Beschwerdefrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

3. Mit Schreiben vom 4. Juni 2019 sind alle Beteiligten darauf hingewiesen worden, dass Bedenken bestünden, vor einer Klärung der Verfassungsmäßigkeit der externen Teilung von Anrechten aus betrieblicher Altersvorsorge über die Beschwerde zu entscheiden. Dieses Schreiben enthielt einen Hinweis auf die Möglichkeit der Ag.in, einen Zielversorgungsträger zu wählen, insbesondere die Deutsche Rentenversicherung. Stellungnahmen zu diesen Hinweisen sind von keiner Seite eingegangen.

4. Mit Verfügung vom 18. Juni 2020 hat der Senat darauf hingewiesen, dass das Bundesverfassungsgericht nunmehr über die Frage der Verfassungsmäßigkeit der externen Teilung von Betriebsrenten entschieden habe. Zugleich ist die Versorgungsausgleichskasse vom Verfahren in Kenntnis gesetzt und an diesem unter Zustellung der wesentlichen Unterlagen beteiligt worden.

5. Am 10. Juli 2020 ist ein weiterer Hinweis an die Ag.in erfolgt, dass es aus Sicht des Senats am günstigsten sei, wenn diese die gesetzliche Rentenversicherung als Zielversorgung wählen würde. Hierfür sei eine entsprechende Erklärung erforderlich, zu deren Einreichung binnen zwei Wochen Gelegenheit bestehe. Dieser Hinweis ist der Ag.in am 14. Juli 2020 zugestellt worden. Eine Stellungnahme zu dem Hinweis ist nicht eingegangen.

II. Die Beschwerde ist nach den §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 1 FamFG zulässig. In Bezug auf die versäumte Beschwerdefrist ist der I Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt worden. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

1. Die externe Teilung des Anrechts des Ast. bei der I ist nach §§ 14 Abs. 2 Nr. 2, 17 VersAusglG durchzuführen, da diese eine externe Teilung verlangt, ein Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes aus einer Direktzusage auszugleichen ist und der Ausgleichswert als Kapitalwert in Höhe von 12672 Euro am Ende der Ehezeit die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung nach den §§ 159 und 160 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch nicht erreicht (78000 Euro; § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Sozialversicherungs-RechengrößenVO 2018).

2. Auch unter Berücksichtigung der vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 26. Mai 2020

(FamRZ 2020, 1078)

aufgestellten Grundsätze zur verfassungsgemäßen Durchführung der externen Teilung von Anrechten in der betrieblichen Altersversorgung bedarf es im vorliegenden Fall keiner Korrektur des Betrages, der durch die I als Ausgleichswert an die Versorgungsausgleichskasse zu leisten ist.

a) In seiner Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Regelung des § 17 VersAusglG für verfassungsgemäß gehalten. Diese müsse jedoch verfassungskonform angewendet werden. Die Familiengerichte müssten den Ausgleichswert bei der externen Teilung so bestimmen, dass die ausgleichsberechtigte Person keine unangemessene Verringerung ihrer Versorgungsleistungen zu erwarten hat. Das Gesetz lasse den Gerichten den dafür erforderlichen Entscheidungsspielraum

(BVerfG aaO Rn. 42).

Die gegenläufigen Interessen der Beteiligten seien dabei angemessen in Ausgleich zu bringen. Die Nachteile der externen Teilung dürften nicht um jeden Preis auf die ausgleichsberechtigte Person verlagert werden

(BVerfG aaO Rn. 73).

Faktoren, die bereits im Zeitpunkt der externen Teilung erkennbar zu einer Verringerung der für die ausgleichsberechtigte Person erwartbaren Leistung im Vergleich zur internen Teilung führten, seien auf das unter Berücksichtigung der

gegenläufigen Positionen angemessene Maß zu begrenzen

(BVerfG aaO Rn. 76).

Zu berücksichtigen sei unter anderem auch, dass die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpfe, für die Betroffenen in gewissem Maße verfügbar seien. So könnten die Ehepartner z. B. durch Vereinbarungen (§§ 6–8 VersAusglG) beeinflussen, wie sich die Durchführung der externen Teilung im Rahmen des Versorgungsausgleichs auf ihre Altersversorgung auswirke, und damit in gewissem Rahmen auch den in § 17 VersAusglG geregelten Rechtsfolgen der externen Teilung begegnen

(BVerfG aaO Rn. 99).

b) Der Senat ist unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gehalten, in den von der I grundsätzlich bedenkenfrei errechneten Ausgleichswert einzugreifen, um zu einer verfassungsgemäßen Ausgestaltung der externen Teilung zu gelangen. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung des Umstands, dass nach den vorliegenden Berechnungen bei der Durchführung des Ausgleichs mit der Versorgungsausgleichskasse als Zielversorgungsträger voraussichtlich eine Abweichung von mehr als 10 Prozent zwischen der für die Ag.in aus dem Kapitalbetrag von der Versorgungsausgleichskasse zu erwartenden Altersrente und der Rente entstehen wird, die der Ast. aus dem ihm verbleibenden Ehezeitanteil der Versorgung zu erwarten hat.

Die Ag.in hat es nämlich unterlassen, trotz des durch den Senat erfolgten konkreten Hinweises auf einen anderen zumutbaren und den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Ausgleich – nämlich durch die Wahl der Deutschen Rentenversicherung als Zielversorgungsträger – zu reagieren. Insbesondere hat sie weder eine Erklärung gem. § 15 Abs. 1 VersAusglG abgegeben, noch konkrete Bedenken gegen diese Gestaltung der externen Teilung mitgeteilt.

c) Zwar wird vertreten

(Schwamb in: Anmerkung zu BVerfG NZFam 2020, 564, 577),

dass keine „Wahlpflicht“ des Ausgleichsberechtigten bestehe, eine bestimmte Zielversorgung zu wählen, selbst wenn dadurch die vom Verfassungsgericht für bedenklich gehaltene Benachteiligung des Ausgleichsberechtigten vermieden werden könne. Diese Ansicht überzeugt aber nicht. Das Grundprinzip, dass jedermann gehalten ist, zunächst durch die ihm möglichen eigenen Maßnahmen einen Nachteil oder Schaden abzuwenden, bevor ihm anderweitige Kompensationsansprüche zustehen, durchzieht in verschiedenen Gestaltungen die gesamte deutsche Rechtsordnung:

aa) Dieser Gedanke findet seine grundlegende Ausprägung im Zivilrecht in § 254 Abs. 1 BGB, wonach in dem Fall, in dem bei der Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon abhängt, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

bb) Im Bereich des Verfassungsrechts wird insbesondere das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG seit dem grundlegenden Nassauskiesungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts

(BVerfGE 58, 300)

ebenfalls so verstanden, dass der von einem staatlichen Eigentumseingriff Betroffene, der in der gegen ihn gerichteten Maßnahme eine mangels hinreichender gesetzlicher Grundlage rechtswidrige Enteignung erblickt, sich vorrangig bei den zuständigen Gerichten um die Aufhebung des Eingriffsaktes bemühen muss. Ein tatenloses „Dulden und Liquidieren“ unter Hinnahme des Eingriffs ist nicht möglich. Auch der Bun-

desgerichtshof

(BGH NJW 1984, 1169)

geht davon aus, dass der Betroffene, der es schuldhaft unterlässt, einen staatlichen Eingriff in seine Eigentumsrechte mit den zulässigen Rechtsmitteln abzuwehren, in entsprechender Anwendung des § 254 BGB regelmäßig eine Entschädigung für solche Nachteile nicht verlangen kann, die er durch den Gebrauch der Rechtsmittel hätte vermeiden können.

cc) Im Staatshaftungsrecht drückt sich dieses Prinzip in § 839 Abs. 3 BGB aus: Wer es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden, kann keine Ersatzansprüche geltend machen.

dd) Schließlich liegt derselbe Gedanke dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in Gestalt des Verbotes des „venire contra factum proprium“ zu Grunde. Ein eigenes Verhalten kann, auch wenn es für sich nicht zu missbilligen ist, eine spätere Rechtsausübung unzulässig machen, wenn sich das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt

(zum Ganzen umfassend und mwN MüKoBGB/Schubert BGB 8. Aufl. 2019 § 242 Rn. 314 ff.).

Eine ähnliche Überlegung steht hinter der Rechtsfigur „volenti non fit iniuria“: Wer die Folgen einer Handlung kennt, und diese dennoch bewusst hinnimmt oder sogar in sie einwilligt, kann sich später nicht darauf berufen, dass diese rechtswidrig war.

4. Auch einem Ausgleichsberechtigten im Versorgungsausgleichsverfahren kann daher abverlangt werden, das ihm ohne Nachteile und besonderen Aufwand Mögliche zu unternehmen, um ein Ungleichgewicht im eigenen Versorgungsergebnis im Vergleich zum Versorgungsergebnis des Ausgleichspflichtigen zu vermeiden. Unterlässt er dies, kann er sich nicht darauf berufen, dass etwaige Nachteile auf andere Weise zu kompensieren sind. Insbesondere die vom Bundesverfassungsgericht als mögliche Abhilfe diskutierte Erhöhung des Ausgleichswertes für die externe Teilung durch das Familiengericht ist dann nicht geboten.

5. Zu den dem Ausgleichsberechtigten zumutbaren Maßnahmen gehört es jedenfalls, auf einen konkreten Hinweis auf eine anderweitige Ausgleichsmöglichkeit i.S.d. § 15 VersAusglG hin, die die ihm drohenden Nachteile abwenden würde, entweder diese Möglichkeit zu ergreifen oder sich jedenfalls unter Angabe konkreter Einwände dazu zu erklären, warum diese ungeeignet oder unzumutbar sein soll. Geschieht dies nicht, so kann der Beteiligte nicht auf der anderen Seite verlangen, durch Maßnahmen des Gerichts zulasten des Ausgleichspflichtigen oder dessen Versorgungsträgern so gestellt zu werden, dass ihm gleichwohl keine Nachteile entstehen.

6. So liegt es hier. Durch den Hinweis des Senats wurde der Ag.in eine konkret vorhandene (a), ohne erheblichen Aufwand erreichbare (b) und angemessene (c) Möglichkeit aufgezeigt, das Versorgungsergebnis zu verbessern, die ihr auch nicht offensichtlich unzumutbar ist (d).

a) Die Wahl der Deutschen Rentenversicherung als Zielversorgungsträger für die externe Teilung eines Anrechts auf betriebliche Altersvorsorge ist gesetzlich vorgesehen. Außerhalb der betrieblichen Altersvorsorge handelt es sich dabei sogar um den Regelfall, § 15 Abs. 5 Satz 1 VersAusglG.

b) Die Ausübung des Wahlrechts stellt für den Wahlberechtigten keinen erheblichen Aufwand dar. Für das Wahlrecht ist keine Form vorgeschrieben, es kann nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich im Termin oder sogar telefonisch ausgeübt werden

(Johannsen/Henrich Familienrecht 6. Aufl. § 15 VersAusglG Rn. 7).

c) Die in der Deutschen Rentenversicherung erreichbare Versorgung ist angemessen. Die grundsätzliche Angemessenheit eines Anrechts in der Deutschen Rentenversicherung ergibt sich bereits aus §§ 15 Abs. 2, 4 VersAusglG. Seit Mitte 2017 der zur Berechnung des Kapitalwerts maßgebliche Rechnungszins (BilMoG-7) unter 3 Prozent gesunken ist, kann zudem aus dem mit einem so niedrigen Zinssatz berechneten Ausgleichswert in der gesetzlichen Rentenversicherung für die ausgleichsberechtigte Person in der Regel sogar ein höheres Versorgungsvolumen erworben werden, als in der ausgleichenden Quellversorgung zu erwerben gewesen wäre

(Hauß FamRB 2020, 261, 262).

Der Ansicht

(Schwamb aaO),

im Hinblick auf die gesetzliche Rentenversicherung als möglichem Zielversorgungsträger könne nicht sicher beurteilt werden, ob diese in Zukunft eine Versorgung sicherstelle, die derjenigen gleichwertig sei, die dem Ausgleichsberechtigten zustehe, kann deshalb nicht gefolgt werden.

Soweit es um allgemeinere Unwägbarkeiten in Bezug auf die Entwicklung von Versorgungsanrechten bezogen auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung geht, bestehen solche letztlich bei allen Versorgungsanrechten. Auch ein privat rechtlich organisierter Anbieter von Altersversorgungen könnte, selbst wenn er bindend und lebenslang hohe Zinssätze zugesagt hat, insolvent werden. Für private Lebensversicherer besteht zwar Insolvenzschutz über die Protektor Lebensversicherungs-AG (vgl. <https://www.protektor-ag.de/de/wir-ueber-uns>) nach §§ 125ff. VAG. Ob dieser Schutz jedoch bei einer krisenhaften Entwicklung der Finanzbranche die Insolvenz eines großen Versicherungsunternehmens auffangen kann, ist zu bezweifeln

(Hauß FPR 2009, 214 Fußnote 19).

Selbst ein vertraglich garantiertes Anrecht in der betrieblichen Altersversorgung erfährt im Falle einer Insolvenz des Arbeitgebers grundsätzlich Einschränkungen in der Leistungshöhe gemäß § 7 Abs. 3 BetrAVG

(vgl. für Einzelheiten Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Steinmeyer 20. Aufl. 2020 § 7 BetrAVG Rn. 45).

d) Es bestehen zudem auch keinerlei offensichtliche Anhaltspunkte dafür, dass ein Ausgleich des Anrechts in die gesetzliche Rentenversicherung die Ag.in unzumutbar benachteiligen würde. Dies wäre zum einen der Fall, wenn nach bindender Bewilligung einer Vollrente wegen Alters eine Beitragszahlung zur Wiederauffüllung oder Begründung von Rentenanwartschaften nicht mehr zulässig ist, wenn der Monat abgelaufen ist, in dem die Regelaltersgrenze erreicht wurde (§ 187 Abs. 4 SGB VI), oder zum anderen, wenn dem Ausgleichsberechtigten mangels Erreichens der Wartezeit von 60 Monaten gem. § 50 Abs. 1 SGB VI ein Anrecht aus der gesetzlichen Rentenversicherung nicht zustehen würde und nicht damit zu rechnen ist, dass die Wartezeit noch erfüllt werden kann. Hierfür ist im konkreten Fall nichts ersichtlich. Die Ag.in unterhält bereits ein Konto bei der Deutschen Rentenversicherung Bund. Die Auskunft vom 16. November 2018 ergibt, dass die Mindestwartezeit überschritten wurde. Das Erreichen der Regelaltersgrenze liegt für die Ag.in noch etwa 18 Jahre entfernt.

7. Die Handhabung, von dem ggf. nicht anwaltlich vertretenen Ausgleichsberechtigten eine Erklärung zur Abwendung von Nachteilen bei der externen Teilung von Anrechten zu fordern, steht nicht im Widerspruch zur Verfahrensordnung oder den Grundgedanken des Versorgungsausgleichsgesetzes. Vielmehr bestimmt § 114 Abs. 4 Nr. 7 2. Alt. FamFG ausdrücklich, dass für Erklärungen zum Wahlrecht nach § 15 Abs. 1

und 3 VersAusglG der ansonsten für Folgesachen bestehende Anwaltszwang nicht gilt. Auch § 15 VersAusglG statuiert keine besonderen Formvorgaben für die Wahlerklärung

(Johannsen/Henrich Familienrecht aaO).

Dies zeigt, dass der Gesetzgeber auch dem anwaltlich nicht vertretenen Beteiligten zutraut und gleichzeitig zumutet, derartige Erklärungen abzugeben. Es handelt sich hierbei um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, dem – wie unter anderem § 114 Abs. 1 FamFG und § 6 Abs. 1 VersAusglG zeigen – die grundsätzliche Möglichkeit eines Anwalts- und Formzwangs im Bereich des Versorgungsausgleichs bewusst war.

8. Der Senat kann mangels der vom Gesetz zwingend vorgeschriebenen Erklärung über die Wahl eines alternativen Zielversorgungsträgers (§ 15 VersAusglG) den vorgesehenen Zielversorgungsträger nicht von Amts wegen auswechseln, selbst wenn dies zu einem verbesserten Versorgungsergebnis führen würde. Vielmehr ist der Ausgleich ohne Korrekturen der Ausgleichswerte mit dem gesetzlich vorgesehenen Auffangversorgungsträger, der Versorgungsausgleichskasse, durchzuführen.

9. Dies führt zu folgendem Ergebnis: Das Anrecht des Ast. ist nach § 14 Abs. 1 VersAusglG im Wege der externen Teilung durch Begründung eines Anrechts von 12672 Euro bei der Versorgungsausgleichskasse auszugleichen. Hierfür ist von der I an die Versorgungsausgleichskasse ein Beitrag von 12672 Euro zu bezahlen. Zur Wahrung des Halbteilungsgrundsatzes ist die Verzinsung des Kapitalbetrages für die Zeit vom Ende der Ehezeit bis zur Rechtskraft der Entscheidung über den Versorgungsausgleich anzuordnen. Anzusetzen ist grundsätzlich der Rechnungszins der auszugleichenden Versorgung (vgl. BGH FamRZ 2011, 1785; BGH FamRZ 2013, 773).

Der Rechnungszins der auszugleichenden Versorgung beträgt nach der Auskunft der I vom 28. November 2018 2,72 Prozent p. a.

...

11. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FamFG. Die Frage, ob dem Ausgleichsberechtigten die fehlende Wahl eines Zielversorgungsträgers mit günstigeren Bedingungen entgegengehalten werden kann, hat grundsätzliche Bedeutung.

## Strafrecht

**§§ 59, 77h, 91 b, 92b, 92 d IRG; 100a, 100b, 100e StPO, Art. 1, 30, 31 Richtlinie 2014/41/EU, Art. 7 Rahmenbeschluss 2006/960/JI**

- 1. § 100e Abs. 6 StPO ist auch bei grenzüberschreitenden Ermittlungen geeignete Maßstabsnorm des deutschen Strafverfahrensrechts für die Verwertung aus dem Ausland erlangter Daten. Insoweit dürfen auch Zufallsfunde aus im Ausland geführten Ermittlungen verwendet werden, wenn im Zeitpunkt ihrer Verwendung die die sich aus § 100b oder § 100c StPO folgenden Anforderungen erfüllt sind.**
- 2. An die von französischen Strafverfolgungsbehörden erfolgte Auswertung der Telekommunikation mit Krypto-Telefonen der Plattform EncroChat kann am ehesten der Maßstab für eine Onlinedurchsuchung gemäß § 100b StPO angelegt werden.**
- 3. Soweit im europäischen Rechtsverkehr die gemäß Art. 31 Richtlinie 2014/41/EU vorgesehene Unterrichtung des anderen Mitgliedsstaates von der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs unterblieben ist, kann dies auf europäischer Ebene durch deren Verwendung geheilt werden.**
- 4. Gleichwohl kann aus deutscher Sicht ein Verfahrensfehler darin bestehen, dass es nicht zur Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle gemäß §§ 92 b, 92 d IRG anhand der besonders aus §§ 59 Abs. 3, 91 b IRG folgenden Kriterien gekommen ist. Allerdings folgt hieraus bei vorzunehmender Abwägung zwischen den Strafverfolgungsbelangen und dem Interesse des Betroffenen nicht zwingend ein Verwertungsverbot.**

SchlHOLG, II. Strafsenat, Beschluss vom 29. April 2021 – 2 Ws 47/21 –, Dr. Pr.

*I. Der Angeklagte befindet sich aufgrund des Haftbefehls des Amtsgerichts R. vom 1. November 2020 seit dem 5. November 2020 in ununterbrochener Untersuchungshaft in der Justizvollzugsanstalt N. Ihm wird mit der am 11. Januar 2021 durch die Staatsanwaltschaft K. erhobenen Anklage vorgeworfen, in fünf Fällen mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge Handel getrieben zu haben (Tatzeitraum: 2. April bis 23. Mai 2020).*

*Der dringende Tatverdacht ist mit der Auswertung der Kommunikationsdaten des EncroChat-Mobiltelefons mit der*

*Kennung „yyyyyencrochat.com“ begründet worden, welche zur Identifizierung des Angeklagten geführt habe. Bei dem genutzten Endgerät handelt es sich um ein sogenanntes Krypto-Handy, welches aufgrund einer besonderen Verschlüsselungssoftware als abhörsicher galt, einen hohen Anschaffungspreis hatte und dessen Nutzungsgebühren sich auf bis mehrere tausend Euro jährlich beliefen. Der Erwerb war ausschließlich von anonym agierenden „Resellern“ – nicht aber im Direkterwerb – möglich. Zudem waren weder Verantwortliche noch ein Firmensitz des Anbieters EncroChat bekannt, weshalb Strafverfolgungsbehörden länderübergreifend davon ausgingen und gehen, dass diese Telefone überwiegend von Beteiligten krimineller Handlungen – so auch zur kommunikationssicherer Abwicklung von Drogengeschäften – verwendet wurden.*

*Die deutschen Strafverfolgungsbehörden – so schließlich auch die Staatsanwaltschaft K. – gelangten in den Besitz der zur Ermittlung des Angeklagten als Tatverdächtigem führenden Daten, nachdem es der Staatsanwaltschaft Lille in Frankreich im Rahmen einer gemeinsamen Ermittlungsgruppe mit den Niederlanden, die gegen die EncroChat-Betreiber u.a. wegen des Verdachts der Bildung einer kriminellen Vereinigung zur Begehung von Straftaten oder Verbrechen ermittelte, unter Beteiligung von Eurojust und Europol im Frühjahr 2020 gelungen war, mittels einer Datenabfanganlage auf den Server einzudringen und die Kommunikation zu entschlüsseln. Hierdurch wurde auf über 32.000 Nutzer-Accounts unter deren Nutzernamen – so auch des Angeklagten – in 121 Ländern zugegriffen. Die technische Vorgehensweise des Zugriffs auf den Server unterliegt in Frankreich der militärischen Geheimhaltung. Den Ermittlungsmaßnahmen – auch soweit sie sich auf das deutsche Hoheitsgebiet erstreckten – lagen ermittlungsrichterliche Anordnungen französischer Strafverfolgungsbehörden zugrunde.*

*Zu einer Unterrichtung der Bundesrepublik Deutschland als „unterrichteter Mitgliedstaat“ durch die Republik Frankreich als „überwachender Mitgliedsstaat“ im Sinne von Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen darüber, dass sich die Zielperson der Überwachung auf deutsches Hoheitsgebiet befindet oder befunden hat, kam es nicht, so dass auch eine*

Mitteilung der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie, dass die Überwachung durchzuführen oder zu beenden sei, unterblieb.

Die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main – Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität – beauftragte am 23. März 2020 in dem Ermittlungsverfahren gegen „Unbekannt“ unter dem Aktenzeichen xxx wegen des Verdachts des Verbrechens nach § 30a BtMG – auch hinsichtlich etwaiger getrennt zu führender Folgeverfahren – die ihrer Behörde angehörenden Dezernentinnen und Dezernenten der Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (ZIT), sowie in Rechtshilfesachen gemäß § 145 GVG zusätzlich mit der Wahrnehmung von Amtsverrichtungen der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main.

In der Folgezeit wurden die EncroChat-Daten dem Bundeskriminalamt in Deutschland in der Zeit von 3. April bis zum 28. Juni 2020 übermittelt und dort aufbereitet. Aus dem Unbekannt-Verfahren der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main wurden sodann getrennte Ermittlungsverfahren gegen die ermittelten Nutzer eingeleitet und den örtlich zuständigen Staatsanwaltschaften über die jeweiligen Landeskriminalämter zugeleitet.

In dieser Zeit erließ die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main sodann am 2. Juni 2020 auf Grundlage der Art. 5ff. der erwähnten Richtlinie eine Europäische Ermittlungsanordnung (EEA), welche nach Art. 1 der Richtlinie auch auf die Erlangung von Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaats befinden, erlassen werden kann. Unter SECTION C, in welcher die erbetenen Maßnahmen mitgeteilt werden, heißt es: „Das Bundeskriminalamt wurde über Europol informiert, dass in Deutschland eine Vielzahl schwerster Straftaten (insbesondere Einfuhr und Handelstreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen) unter Nutzung von Mobiltelefonen mit der Verschlüsselungssoftware „EncroChat“ begangen werden. In diesem Zusammenhang ersuchen wir die französischen Justizbehörden, die unbeschränkte Verwendung der betreffenden Daten bezüglich der über Encrochat ausgetauschten Kommunikation in Strafverfahren gegen die Täter zu genehmigen.“

Vorangegangen war eine Mitteilung Frankreichs über die gewonnenen Erkenntnisse nach Art. 7 des Rahmenbeschlusses 2006/960/JI des Rates vom 18. Dezember 2006 über die Vereinfachung des Austausches von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, wonach Strafverfolgungsbehörden den Strafverfolgungsbehörden anderer Mitgliedstaaten Informationen und Erkenntnissen unaufgefordert zur Verfügung stellen, wenn konkrete Gründe für die Annahme bestehen, dass diese dazu beitragen könnten, Straftaten nach Artikel 2 Absatz 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten aufzudecken, zu verhüten oder aufzuklären.

Die Europäische Ermittlungsanordnung ist am 13. Juni 2020 durch die zuständige Ermittlungsrichterin in Lille anerkannt und sodann die Fortsetzung der – zuvor ohne Ersuchen erfolgten – Übermittlung der nunmehr ersuchten Daten über Europol angeordnet worden. Die französischen Behörden haben einer Verwendung der Daten „im Rahmen eines jeden Ermittlungsverfahrens in im Hinblick auf jedwedes Gerichts-, Strafverfolgungs- oder Untersuchungsverfahren“ zugestimmt.

Nachdem die Verteidiger des Angeklagten gegen die Haftfortdauerentscheidung des Amtsgerichts K. vom 9. Dezember 2020 Beschwerde eingelegt hatten, hat die – nach Anklage-

erhebung selbst für die Entscheidung über die Haftfortdauer zuständig gewordene – große Strafkammer mit der angefochtenen Entscheidung den Haftbefehl des Amtsgerichts R. vom 1./5. November 2020 aufrechterhalten und Haftfortdauer angeordnet.

Die Kammer hat sowohl den dringenden Tatverdacht als auch einen Haftgrund im Sinne von § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO angenommen. Dabei ist sie davon ausgegangen, dass dem dringenden Tatverdacht ein von der Verteidigung umfassend begründetes Beweisverwertungsverbot nicht entgegenstehe.

Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit erneut erhobener Beschwerde, weil er der Auffassung ist, die in Frankreich gewonnenen und nach Deutschland übermittelten Erkenntnisse seien in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren nicht verwertbar.

## Aus den Gründen

II. Die gemäß § 304 Abs. 1 StPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Angeklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

Die angefochtene Haftfortdauerentscheidung hält einer rechtlichen Überprüfung stand, denn zu Recht hat die Kammer die Voraussetzungen für die Fortdauer der Untersuchungshaft nach § 112 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StPO bejaht (hierzu unter 1.) und ein dieser Beurteilung entgegenstehendes Beweiserhebungs- bzw. Verwertungsverbot verneint (hierzu unter 2.)

1. Soweit sie aufgrund der Ermittlungsergebnisse und der in der Anklageschrift aufgeführten Beweismittel angenommen hat, der Angeklagte sei Nutzer des EncroChat-Mobiltelefons mit der Kennung „yyyyyy.encrochat.com“ und aus den ausgewerteten Daten ergäben sich dringende Gründe für den Anklagevorwurf des unerlaubten Handelstreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a BtMG, begegnet dies keinen Bedenken. Gleiches gilt für die hieraus folgende Annahme der Kammer, es sei bei dem vorbestraften und unter Bewährung stehenden Angeklagten, der über Auslandskontakte verfüge, aufgrund der erheblichen Straf-erwartung von einer Fluchtgefahr auszugehen und die Anordnung der Untersuchungshaft deshalb auch verhältnismäßig.

Diesbezüglich sieht der Senat angesichts der objektiven und umfassend dokumentierten Beweislage sowie der Schwere der Tatvorwürfe zu weiteren Ausführungen keine Veranlassung.

2. Ebenso ist die Kammer mit zutreffenden rechtlichen Erwägungen davon ausgegangen, dass der Annahme des dringenden Tatverdachts nicht entgegen gehalten werden kann, die vorhandenen Erkenntnisse unterlägen einem Beweisverwertungsverbot.

Die Beweiserhebung der französischen Strafverfolgungsbehörden in dem dort geführten (nationalen) Ermittlungsverfahren unterliegt aufgrund des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union nur einer eingeschränkten Überprüfung (hierzu unter a)). Die einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle unterliegende Beweiserhebung der deutschen Strafverfolgungsbehörden erfolgte überwiegend in Übereinstimmung mit den diesbezüglichen Rechtsvorschriften sowie europarechtlichen Richtlinien und Beschlüssen (hierzu unter b)). Schließlich konnten die so zunächst in einer Unbekannt-Sache gewonnenen Erkenntnisse in den hieraus eingeleiteten individuellen Strafverfahren auch unter Berücksichtigung der sodann geltenden nationalen Vorschriften der Strafprozessordnung gleichermaßen erhoben und verwertet werden (hierzu unter c)).

a) Ein Beweisverwertungsverbot folgt zunächst nicht aus einem etwaigen Beweiserhebungsverbot der französischen



Strafverfolgungsbehörden. Insoweit ist schon überhaupt nicht ersichtlich, dass der technisch mögliche Zugriff auf den EncroChat-Server in dem gegen dessen Betreiber gerichteten Verfahren in rechtlicher Hinsicht französischem Strafverfahrensrecht widerspricht. Vielmehr steht nach Aktenlage fest, dass die dortigen Maßnahmen in grundsätzlich rechtsstaatlicher Weise – insbesondere unter wiederholter, dem Fortgang der Ermittlungen Rechnung tragender Beteiligung einer Ermittlungsrichterin – angeordnet und überprüft worden sind.

Zudem beruht die justizielle Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union nach Art. 82 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen. Mangels gegenteiliger – und seitens des Angeklagten so auch konkret nicht vorgebrachter – Anhaltspunkte ist aufgrund dieses den innereuropäischen Rechtshilfeverkehr prägenden Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung von der Rechtsstaatlichkeit der französischen Ermittlungsmaßnahmen auszugehen. Anderes folgt auch nicht etwa daraus, dass es sich vorliegend um überaus umfassende und grundrechtsintensive Maßnahmen gehandelt hat. Dem Verfahren lag nämlich ein gleichermaßen komplexer und schwerwiegender Tatvorwurf zugrunde, denn das Angebot abhörsicherer – zum Begehen von Straftaten nicht nur geeigneter, sondern annehmbar auch bestimmter – Krypto-Telefone stellt einen ungewöhnlich schweren Angriff auf die Rechtsordnung dar. Auch unter Anwendung des deutschen Strafverfahrensrechts wären daher strafprozessuale Maßnahmen mit hoher Eingriffsqualität durchaus denkbar gewesen (hierzu noch unter c)).

b) In einem Europa der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sind bei der justiziellen Zusammenarbeit zweifelsohne auch Regeln einzuhalten, die sich aus den bereits erwähnten Unionsakten ergeben, namentlich der erwähnten Richtlinie 2014/41/EU, dem erwähnten Rahmenbeschluss 2006/960/JI, aber auch den Kerngewährleistungen des Rechtsstaatsprinzips und des – auch europäischen – Grundrechtskatalogs. Auch insoweit sieht aber der Senat die zu beachtenden Anforderungen als im Ergebnis gewahrt an:

Fehl geht zunächst der Einwand, der Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung am 2. Juni 2020 sei rechtswidrig verzögert worden, um den bereits zuvor eingeleiteten Datentransfer unkontrolliert und ungehemmt weiter laufen lassen zu können. Denn nicht nur erlaubt Art. 1 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/41/EU ausdrücklich auch den – nachgängigen – Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung in Bezug auf die Erlangung von Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaates befinden. Vielmehr erklärt sich die Zeitverschiebung nach Übermittlung der ersten Daten auch unschwer damit, dass diese Daten ohne weitere Ermittlungshandlungen allein noch keine präzisen Ermittlungsansätze liefern konnten. Umgekehrt spricht es vielmehr für eine gewisse Vorsicht der deutschen Behörden, den zunächst im Sinne des Art. 7 des Rahmenbeschlusses ohne Ersuchen – mithin „spontan“ – verlaufenden Datenzulauf zunächst noch weiter zu sichten. Anhaltspunkte für systemwidrige und gar absichtliche Verzögerungen liegen damit fern.

Insoweit war gerade vor dem Aspekt des Schutzes der Privatsphäre auch zu beobachten, auf welche Inhalte die Daten über die Kommunikation mittels der Krypto-Telefone sich wirklich bezogen. Wichtig und richtig war es daher festzustellen, dass – wie das Landeskriminalamt in seinem Bericht vom 21. Oktober 2020 mitgeteilt – hat „es in den Chats nur um Deliktisches“ gegangen sei – insbesondere um Drogengeschäfte – und „private Dinge so gut wie nicht besprochen“ worden

seien. Wäre es anders gewesen, hätte ggf. der Datentransfer beendet werden müssen.

Weiter fern liegt auch die Annahme eines dahin gerichteten „Befugnis-Shopping“, der Ermittlungsweg über französische Behörden sei bewusst gewählt worden, um die möglicherweise rigideren Vorschriften des deutschen Strafverfahrensrechts umgehen zu können. Zwar trifft es zu, dass im Falle etwa einer nach Art. 30 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41/EU möglichen Überwachung des Telekommunikationsverkehrs mit technischer Hilfe eines anderen Mitgliedsstaates gemäß Art. 6 Abs. 1 lit b die strengen Voraussetzungen der §§ 100a f. StPO zu beachten gewesen wären. Jedoch liegt ein solcher Fall nicht vor, weil sich die französischen Ermittlungen zunächst gegen die mutmaßlich in Frankreich ansässigen Betreiber der Plattform EncroChat richteten, die Ermittlungen also dort aus tatsächlichen und nicht nur aus taktischen Gründen ihren Ursprung hatten. Ein kollusives Zusammenwirken deutscher und französischer Behörden ist damit nicht zu erkennen.

Somit verbleibt allein, dass entgegen Art. 31 Abs. 1 lit b) der Richtlinie 2014/41/EU Frankreich als überwachender Mitgliedstaat die zuständigen Behörden in Deutschland nicht förmlich von der Überwachung unterrichtet hatte, nachdem die französischen Behörden Kenntnis vom Aufenthalt von Zielpersonen in Deutschland erhalten hatten. Dies betrifft zwar nicht den Beginn der Ermittlungen, da – wie erwähnt – Zielpersonen zunächst die Betreiber von EncroChat selbst waren. Je mehr aber die Nutzer in den Fokus rückten, hätte sich eine Unterrichtung angeboten, um eine Überprüfung nach den §§ 91 b Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 59 Abs. 3 IRG mit § 100a ff. StPO zu ermöglichen

(ebenso OLG Bremen, Beschluss vom 18. Dezember 2020 – 1 Ws 166/20 –, bei juris Rn. 24 ff.; OLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 – 1 Ws 2/21 –, bei juris Rn. 100 ff.).

Allerdings sieht das europäische Recht für einen derartigen Fall schon kein Verwertungsverbot vor. Insbesondere aber haben die deutschen Behörden die Daten verwendet, was – aus der Perspektive des europäischen Rechts – einer Heilung des europarechtlichen Verfahrensverstößes gleichkommt.

Umgekehrt hat auch Frankreich der Umwidmung des Verwendungszwecks der übermittelten Daten für das hier konkrete Verfahren auf Antrag der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt zugestimmt, so dass auch kein Verstoß gegen eine von den französischen Behörden gesetzte Zweckbestimmung oder die Vorschrift des § 92b IRG des deutschen Rechtshilferechts in Betracht kommt.

c) Die so unter Einhaltung der europa- und rechtshilferechtlichen Bestimmungen gewonnenen Ermittlungsergebnisse sind in dem hieraus gegen den Angeklagten in Deutschland eingeleiteten Verfahren auch konkret verwertbar.

aa) Die Verwertbarkeit mittels Rechtshilfe eines ausländischen Staates gewonnener Beweise richtet sich nach der Rechtsordnung des um diese Rechtshilfe ersuchenden Staates

(BGH, Beschluss vom 21. November 2012 – 1 StR 310/12 –, Rn. 21 ff. m.w.N., juris).

Dieser für die Rechtshilfe entwickelte Grundsatz gilt nach Auffassung des Senats auch für Erkenntnisse, die schon vor einem förmlichen Rechtshilfeersuchen in dem ersuchten Staat vorhanden waren, wenn sie – wie vorliegend unter b) festgestellt – aufgrund europarechtlicher Vereinbarungen unter Einhaltung der dortigen Bestimmungen im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union spontan übermittelt wurden. Mithin sind auch für die Verwertung der vor der am 13. Juni 2020 genehmigten Europäischen Ermittlungsanordnung gewonnenen und den deutschen Polizeibehörden übermittelten Daten die Beweiserhebungs- und Verwertungsvorschriften der Strafprozessordnung

maßgeblich. Diese sind insoweit dahin auszulegen, dass sie auch grenzüberschreitende Sachverhalte erfassen

(so auch Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 -1 Ws 2/21 - Rn.59, juris).

Der aus der Verwertung der Daten zulasten des Angeklagten sich ergebende Grundrechtseingriff in Artikel 10 und 2 GG verletzt ihn auch bei Anlegung dieses Maßstabs nicht in diesen Rechten; denn entgegen der Auffassung der Verteidigung findet er eine hinreichende grundrechtseinschränkende Rechtsgrundlage in § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO. Danach dürfen gemäß §§ 100b und 100c StPO erlangte und verwertbare personenbezogene Daten in anderen Strafverfahren ohne Einwilligung der insoweit überwachten Personen „nur zur Aufklärung einer Straftat, aufgrund derer Maßnahmen nach §§ 100b und 100c StPO angeordnet werden könnten“, verwendet werden. Soweit der Wortlaut der Vorschrift an eine Datengewinnung schon auf Grundlage der §§ 100b und 100c StPO anknüpft, bedeutet dies allerdings nicht, dass eine Gewinnung bereits auf der Grundlage entsprechender Anordnungen erfolgt sein muss oder im Sinne eines hypothetischen Ersatzeingriffs hätten erfolgen können.

Mit dem Hanseatischen Oberlandesgericht

(OLG Hamburg a.a.O., Rn. 63)

ist der Senat vielmehr der Auffassung, dass auch Zufallsfunde verwendet werden dürfen, wenn sie – was insbesondere die Deliktsschwere des Tatverdachts anbelangt – die Anordnung entsprechender Maßnahmen erlauben „können“. Hierfür streitet nicht nur – wie gezeigt – der Normwortlaut, sondern auch der in § 108 Abs. 1 Satz 2 StPO zum Ausdruck kommende Grundgedanke der Berücksichtigungsfähigkeit von Zufallsfunden und die Notwendigkeit eines grundrechtskonformen Ausgleichs zwischen einer effektiven Strafrechtspflege einerseits und dem Schutz des Einzelnen vor rechtsstaatlich nicht mehr tolerierbaren Grundrechtseingriffen andererseits.

Sinn und Zweck des § 100e Abs. 6 StPO ist es nämlich nicht, eine Verwertung solcher über den grenzübergreifenden Datenaustausch gewonnenen Zufallsfunde generell zu verhindern, wohl aber, sie im Sinne einer Abwehr einer uferlosen Weiterverwertung zu beschränken. Eine andere Betrachtungsweise liefe einer effektiven Strafrechtspflege zuwider, die nur dann gewährleistet ist, wenn Straftaten grundsätzlich auch grenzüberschreitend verfolgt werden können. Ein rechtsstaatswidriger Missbrauch wird durch die Regelungen des IRG, die europarechtlichen Vorschriften und Abkommen und das förmlich ausgestaltete Rechtshilfeverfahren verhindert, deren auf eine gemeinsame Strafverfolgung und wechselseitige Unterstützung der Beitrittsstaaten ausgerichteten Regelungen auch die Beachtung der Individualrechte gewährleisten. Diese zwischenstaatlichen Vereinbarungen liefen aber ins Leere, würde ein Staat allein auf Zufallsfunde innerhalb seiner eigenen Strafverfahren beschränkt werden.

Ebenso berührt es die Anwendung von § 100e Abs. 6 StPO nicht, dass nach derzeitiger Sachlage nicht genau feststeht, mit welchen technischen Maßnahmen die französischen Behörden genau gearbeitet haben, ob also Telekommunikationsüberwachungen nach § 100a StPO, eine Online-Durchsuchung nach § 100b StPO, eine Kombination beider Maßnahmen oder eine Maßnahme eigener Art vorgenommen worden ist. Denn der Grundrechtsschutz wird dadurch am besten ge-

wahrt, wenn die Regelungen für den potentiell intensivsten Eingriff angewandt werden, dies ist die in § 100e Abs. 6 StPO gerade auch erwähnte Online-Überwachung.

bb) Die Voraussetzungen des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO sind auch erfüllt.

Zunächst liegt der Verwendung der Daten der Verdacht eines unerlaubtes Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in fünf Fällen gemäß §§ 29a Abs. 1 Nr. 2, 53 BtMG zugrunde. Es handelt sich dabei um Katalogtaten nach § 100b Abs. 2 Nr. 4 lit b) StPO.

Auch von einer hinreichend konkreten Verdachtslage ist auszugehen. Zwar bestimmen sich die Anforderungen insoweit insbesondere nach § 100b Abs. 1 Nr. 1 StPO, welcher Vorschrift zufolge nur „bestimmte Tatsachen“ den Verdacht der Täterschaft oder Teilnahme an einer in Abs. 2 angeführten Katalogtat begründen können. Damit notwendig, aber auch ausreichend ist ein „qualifizierter Tatverdacht“, der bereits ein gewisses Maß an Konkretisierung erreicht haben muss und nicht nur unerheblich sein darf

(Gercke in Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, § 100b m.w.N.).

Vage Anhaltspunkte oder gar bloße Vermutungen reichen nicht

(BVerfG NJW 2007, 2752 f.; BGH StV 2017, 434; Kinzig StV 2004, 563).

Diese Anforderungen sind spätestens durch die aus dem Datenbestand ausgelesenen Textnachrichten gewahrt. Dass diese erst durch die Durchsuchungsmaßnahmen gewonnen wurden, ändert hieran nichts. Denn im Rahmen einer Anwendung des § 100e Abs. 6 StPO geht es allein um die Verwendung anderweitig gewonnener Erkenntnisse, so dass es auf eine hinreichende Konkretisierung zu diesem – und nicht zu einem früheren – Zeitpunkt ankommt.

Weiter wurde die Subsidiaritätsklausel der § 100b Abs. 1 Nr. 3 StPO beachtet. Die Erforschung des Sachverhaltes war erkennbar nur durch die gewählte Art der Durchsuchung möglich.

Schließlich wäre eine Maßnahme gemäß § 100b Abs. 1 StPO auch nicht unverhältnismäßig gewesen. Hierbei ist nicht auf die Gesamtmaßnahme, also die Überwachung sämtlicher EncroChat-Mobiltelefone, abzustellen. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob unter Berücksichtigung der gegebenen Verdachtslage eine Einzelmaßnahme gegen den jeweiligen Nutzer möglich gewesen wäre.

cc) Soweit über die Erfüllung der Voraussetzungen des § 100e Abs. 6 StPO hinaus noch Verwertungsverbote zu diskutieren wären, liegen diese – wie bereits gezeigt worden ist – schon der Sache nach weit überwiegend nicht vor. Einzig in der unterlassenen Unterrichtung nach Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41/EU könnte ein auch für das nationale Recht bedeutsamer Verfahrensverstoß liegen. Insoweit maßgeblich ist aber eine Abwägung zwischen dem Interesse eines Betroffenen an der Einhaltung von Verfahrensvorschriften und dem Interesse der Allgemeinheit an der wirksamen Strafverfolgung der dem Angeklagten vorgeworfenen Delikte

(vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2016 - 2 StR 25/15 -, bei juris).

Angesichts des Vorwurfs gravierender Betäubungsmitteldelikte scheidet aber auch nach Auffassung des Senats die Annahme eines Verwertungsverbots aus.

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Europa und Verbraucherschutz des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 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).

Münch

## Ehebezogene Rechtsgeschäfte

Handbuch der Vertragsgestaltung

5. Auflage 2020, 1400 S., Buch, Hardcover, 139,00 € inkl. MwSt., ISBN 978-3-452-29190-5

erschienen im Carl Heymanns Verlag, Wolters Kluwer, Köln

Ehebezogene Rechtsgeschäfte umfassen alle Bereiche vertraglicher Beziehungen zwischen Ehegatten. Neben den klassischen Vereinbarungen zum Güterstand, Unterhalt und Versorgungsausgleich sowie den Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen gewinnen die Ansprüche aus Gesamtschuldverhältnissen, Bruchteilsgemeinschaften und Ehegattengesellschaften immer mehr an Bedeutung.

NEU in der 5. Auflage u.a.:

- Ehe für alle
- Neue Gesamtmuster Patchworkhe und „Globale Vagabunden“
- Neuer Standard IDW S 13 zur Unternehmensbewertung im Familien- und Erbrecht
- Gleitender Vermögenserwerb und Anrechnung von Vausempfängen im Zugewinn
- Zahlreiche neue BGH-Urteile zur Inhaltskontrolle, insbesondere für die Unternehmerehe und ihre Auswirkungen auf Eheverträge
- Privilegierung bei der Zuwendung des Familienwohnheims und Gestaltungsmöglichkeiten
- BGH-Rechtsprechung zu Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung und ihre Umsetzung in der Formulierung;
- Trennungsunterhalt, Auswirkung der Tilgung auf den Wohnvorteil
- Neue Quotenrechtsprechung und Erwerbsanreiz im Unterhaltsrecht
- Weichenstellende Entscheidungen im Versorgungsausgleich: zur externen Teilung, zur Tenorierung, zum Wertverzehr, zu Fondsanteilen und zur Berücksichtigung von Wertentwicklungen zwischen Ehezeitende und Rechtskraft der versorgungsausgleichsrechtlichen Entscheidung
- Wechselmodell und Auswirkung auf Scheidungsvereinbarungen.
- Inkrafttreten der EUGüVO und Änderungen der EGBGB

Kundennutzen:

- stellt für Anwälte, Notare und Steuerberater die vielfältigen familienrechtlichen Vertragsgestaltungsmöglichkeiten mit ihren Auswirkungen dar
- Erläuterungen der Berührungspunkte zu den angrenzenden Bereichen des Erb- und des Steuerrechts;
- als auch alle für die vorsorgende Beratung der Eheleute relevanten Aspekte.

Autor:

Dr. Christof Münch, Notar in Kitzingen, Beirat des Deutschen Notarinstituts für Familienrecht, Stellv. Vorsitzender des Ausschusses für Familienrecht bei der Bundesnotarkammer.

Glotzbach

## Immobilienvollstreckung aus Sicht der kommunalen Vollstreckungsbehörden

Handbuch für Praxis und Ausbildung

8. Auflage 2021, 376 Seiten, Buch, Softcover, 49,90 Euro inkl. MwSt., ISBN 978-3-7922-0267-8

erschienen im Reckinger Verlag, Siegburg

Soll eine Gemeinde ihre Forderungen bei Gericht lediglich anmelden oder ist sie besser beraten, einem bereits angeordneten Verfahren beizutreten? Ab welchem Stadium sollte sie selbst einen entsprechenden Antrag auf Immobilienvollstreckung stellen? Diese und andere wichtige Fragen beantworten die Autoren kompetent und ausführlich. Das Handbuch konzentriert sich auf die Besonderheiten der Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen aufgrund öffentlich-rechtlicher Geldleistungen. Es bietet allen Behörden, die nach den Regeln des Verwaltungsvollstreckungsrechts vollstrecken, insbesondere den kommunalen Vollstreckungsbehörden, den gesetzlichen Krankenkassen sowie den Vollstreckungsabteilungen der Finanzämter, einen schnellen und umfassenden Überblick über die verschiedenen Vollstreckungsmöglichkeiten, taktische Hinweise und Verhaltensregeln sowie zahlreiche Tipps für die Praxis. Mit der 8. Auflage wurde das Werk in allen Kapiteln auf den neuesten Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung gebracht. Außerdem wurden die folgenden Themenbereiche erweitert und mit Formulierungshilfen versehen: – Besonderheiten bei Wohnungseigentum und Erbbaurecht, – Freihändiger Verkauf und Treuhandauftrag sowie – Ablösung durch andere Gläubiger. Ebenso wurden die im Anhang befindlichen Mustertexte für Grundschuldbestellung, Anträge an Vollstreckungs- und Grundbuchgericht aktualisiert. Die übersichtlichen und, wo notwendig, detaillierten Erläuterungen sowie konkrete Tipps machen das Handbuch zu einem essentiellen Werkzeug, um Probleme in der Praxis zu lösen und Kosten zu sparen.

Buchanzeige

Medert/Axer/Voß

## Versicherungssteuergesetz

Kommentar

Buch, Softcover, 2. Auflage 2020, XI, 496, S., 164,- €, ISBN 978-3-96329-206-4

erschienen bei VVW GmbH, Karlsruhe

Die vorliegende, insgesamt überarbeitete 2. Auflage dieses Kommentars erfasst die im Bereich der Versicherungsteuer seit der 1. Auflage 2015 eingetretene Rechtsentwicklung durch die Rechtsprechung des Finanzgerichts Köln, des Bundesfinanzhofs und des Europäischen Gerichtshofs. Zugleich werden die zur Versicherungsteuer veröffentlichte Auffassung des Bundesfinanzministeriums, des Bundeszentralamts für Steuern sowie die Stimmen dazu in der Literatur gewürdigt und kritisch hinterfragt. Für jeden mit Versicherungsteuer befassten Versicherungsnehmer, Versicherer, Versicherungsmakler, Berater, Richter und Finanzbeamten ist diese 2. Auflage ein unverzichtbares Informations- und Arbeitsmittel.

Buchanzeige

## BGB Familienrecht

Band 4 – §§ 1297–1921 BGB

Herausgegeben von Prof. Dr. Dagmar Kaiser, RA Klaus Schnitzler, FAFamR, RiBGH Roger Schilling und Prof. Dr. Anne Saners, M.jur.

Gesamtherausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, RA Dr. Thomas Heidel, Prof. Dr. Gerhard Ring und in Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

4. Auflage 2021, 3240 S., geb., 198,- €, (Vorzugspreis für DAV-Mitglieder 168,- €), ISBN 978-3-8487-4990-4

erschienen bei Nomos, Baden-Baden

Der Familienrechtsband enthält die Kommentierung der Vorschriften des Vierten Buches des BGB, der §§ 1297–1921. Gemäß den Anforderungen in der Praxis liegt der Schwerpunkt der Kommentierung auf dem Unterhaltsrecht, dem Güterrecht sowie dem Sorge- und Umgangsrecht. Dabei vernetzt der Großkommentar zum Familienrecht konsequent die Schnittstellen zum Erbrecht, Steuerrecht, Sozialhilferecht und Prozessrecht. Außerdem werden das Versorgungsausgleichsgesetz, das Lebenspartnerschaftsgesetz und das Gewaltschutzgesetz umfassend erläutert. Auf aktuellstem Stand der Rechtsprechung verbindet der Kommentar praxisorientierte Informationen mit wissenschaftlichem Anspruch.

Das ausländische Familienrecht wird in 14 Länderberichten dargestellt. Diese bieten einen Überblick über die landesspezifische Rechtsmaterie mit weiterführenden Verweisen und ersparen jedem, der mit dem Familienrecht eines anderen Landes konfrontiert wird, zeitaufwändige Recherchen.