

Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

Aus dem Inhalt

Dr. Clivia von Dewitz und Simon Pschorr
Das rechtliche und tatsächliche Scheitern
der Cannabisprohibition

Aktuell:

- Zum kleinen Schadensersatz bei Mercedes Benz-Dieselfahrzeugen / Kein Unvermeidbarer Verbotsirrtum des Herstellers bei KBA-Pflichtrückruf (OLG, Urteil v. 10.10.2023 – 7 U 100/22)
- Rechtsfolgen einer Versäumung der Planvorlagefrist des § 270d Abs. 1 S. 2 InsO für den weiteren Verlauf des Schutzschirmverfahrens (AG Neumünster, Beschluss v. 10.3.2023 – 92 IN 65/22)
- Kein Rechtsschutzbedürfnis bei Zurücksendung jedweder Gerichtspost durch die rechtsmittelführende Partei (LSG, Urteil v. 7.11.2022 – L 8 U 81/19)
- Erziehungsbeitrag im Pflegegeld als beitragspflichtiges Einkommen iSd freiwilligen Krankenversicherung (LSG, Urteil v. 14.12.2022 – L 5 KR 35/20)

November 2023

I. Aufsätze

Dr. Clivia von Dewitz und Simon Pschorr Das rechtliche und tatsächliche Scheitern der Cannabisprohibition 401

II. Amtliche Veröffentlichung

AV d. MJG vom 4. Oktober 2023 – II 317/1432-1 Änderung der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi) 404

AV d. MJG vom 6. Oktober 2023 – II 312/5607-2-2-3 Änderung der Schleswig-Holsteinischen Zusatzbestimmungen zur Kostenverfügung 404

AV d. MJG vom 30. Oktober 2023 – II 348/1411-1 Änderung der Neufassung der Allgemeinen Verfügung über die Vollziehung von Dokumenten in Rechtssachen 404

III. Personalnachrichten

405

IV. Ausschreibungen

406

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

SchIHOLG 10. 10. 2023 7 U 100/22 Zum kleinen Schadensersatz bei Mercedes-Benz Dieselfahrzeugen: Bei einem KBA-Pflichtrückruf wegen der Abschaltfunktion Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) ist dem Hersteller die Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum verwehrt 407

SchIHOLG 15. 4. 2023 7 U 202/22 Jeder Teilhaber ist berechtigt, die zur Erhaltung einer gemeinsamen Grenzanlage (hier: freiwachsende Feldgehölzhecke) notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen (hier: „Auf den Stock setzen“ alle 10–15 Jahre) 417

AG Neumünster 10. 3. 2023 92 IN 65/22 Rechtsfolgen einer Versäumung der Planvorlagefrist des § 270d Abs. 1 S. 2 InsO für den weiteren Verlauf des Schutzschirmverfahrens 420

Fortsetzung 3. Umschlagseite

Terminankündigung

Neues auf dem Buchmarkt von und mit Annemarie Stoltenberg

Annemarie Stoltenberg ist aus der Reihe der Literaturveranstaltungen im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht nicht mehr hinweg zu denken. Seit vielen Jahren stellt sie uns kurz vor Weihnachten auf ebenso informative wie auch spritzige Art die Neuerscheinungen auf dem Buchmarkt vor. Sie ist Literaturkritikerin mit Leib und Seele: „Ich kann ohne Bücher nicht leben.“ Und wir müssen nicht auf die Frankfurter Buchmesse fahren, um zu erfahren, welche Literatur wirklich lesenswert ist. Wer Annemarie Stoltenberg einmal zugehört hat, wird es jedes Jahr wieder wollen. Und im Zeitalter der Corona-Pandemie ist Lesen noch wichtiger geworden!

Kostenbeitrag: 16,50 Euro (Schüler, Studenten und Auszubildende frei), an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr und - NEU! – auch im Vorverkauf bei der Buchhandlung LIESEGAN, Stadtweg 22, 24837 Schleswig.

Kartenreservierung: telefonisch ab 13. November 2023 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13–15 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden. Vorverkauf allein bei LIESEGAN.

Nach der Veranstaltung wird eingeladen zu Wein und Paragrafenbrezeln.

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

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

https://www.schleswig-holstein.de/DE/justiz/gerichte-und-justizbehoerden/OLG/BesucherService/JustizKultur/JustizKultur_node.html

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Dienstag, den 21. November 2023, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

Annemarie Stoltenberg (Jahrgang 1957) hat schon immer viel gelesen - und als Schülerin in Schleswig-Holstein gern auf Übertragungswagen des NDR gedeutet und gesagt: „Das sind meine zukünftigen Kollegen.“ Ein Traum ging für sie in Erfüllung, als nach dem Studium von Literatur und Sprachwissenschaften 1982 im Rundfunk ihre erste Buchbesprechung gesendet wurde. Im NDR-Hörfunk war und ist sie als Literaturkritikerin, Feature-Autorin, Moderatorin, Reporterin und Redakteurin tätig. Sie veranstaltet Buchabende und Lesungen, veröffentlicht aber auch eigene Bücher, etwa „Elbe, Alster, Jungfernstieg – Hamburger Landgänge“ (2003). Nach 1996 arbeitete sie beim NDR-Fernsehen, zuletzt für das Nachmittagsmagazin „Das! unterwegs.“ Und neben Rezensionen in Tageszeitungen ist ihre Stimme immer wieder im NDR zu hören, wenn sie über Neuerscheinungen auf dem Buchmarkt spricht. Oft auch im „gemischten Doppel“ mit Rainer Moritz vom Literaturhaus Hamburg.

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

21. Februar 2023: Lesung mit Dincer Gücyeter

Das rechtliche und tatsächliche Scheitern der Cannabisprohibition *Plädoyer für eine gesetzgeberische Entscheidung zur Cannabislegalisierung*

Dr. Clivia von Dewitz*, Simon Pschorr*

*I find it quite ironic that the most dangerous thing
about weed is getting caught with it.*

Bill Murray

Abstract

Der Deutsche Bundestag debattiert das Cannabisgesetz, einen vorsichtigen Versuch der rechtlichen Neubewertung der Cannabisprohibition. Im Folgenden soll die Entstehungsgeschichte des Verbots von Cannabis nachgezeichnet werden. In diesem Lichte muss die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsgemäßheit des Cannabisverbots betrachtet werden. Insbesondere gibt es noch immer keine einheitliche Einstellungspraxis der Länder und keine Entscheidung des Gesetzgebers, wann eine nicht geringe Menge vorliegt und somit der Verbrechenstatbestand eröffnet ist. Die Cannabis-Prohibition ist kein effektives Mittel des Gesundheitsschutzes, während eine maßvolle Legalisierung des Umgangs mit Cannabis zum Eigenkonsum Chancen für Konsumenten und Staat bietet. Deshalb plädieren wir für eine Legalisierung und eine klare und bestimmte Entscheidung des Gesetzgebers.

Entstehungsgeschichte der Drogenprohibition

Die Drogenprohibition ist nicht etwa aus dem Bedürfnis nach Gesundheitsschutz¹ erwachsen. Vielmehr dominieren ökonomische Interessen den Gesundheitsschutz. Schon das Kaffeehandelsverbot Friedrichs des Großen ab 1766 und das Kaffeeröstverbot² von 1781 lässt sich auf den Druck der deutschen Bierbrauer zurückführen, die Umsatzverlust bei Einfuhr von Kaffee aus Afrika fürchteten.³ „Ein jeder Bauer und gemeine Mensch gewöhnt sich jetzt zum Kaffee“, beklagte der

preußische König und empfahl seinem Volk, bei der gewohnten Biersuppe⁴ zu bleiben, obwohl er selbst gerne Kaffee trank. Es wird gemunkelt, Friedrich der Große fürchtete, das aufputschende Getränk könnte das Volk zum Aufstand aufwiegeln. Jedenfalls stellte er 400 Soldaten als „Kaffeeshnüffler“ ein, deren Aufgabe es war, Kaffee zu „erschnüffeln“⁵

Zu jener Zeit war der Konsum von Cannabis übrigens erlaubt. Das Verbot der Pflanze wurde im Wesentlichen von der Holz- und Papierindustrie sowie der Pharmaindustrie insbesondere der USA durchgesetzt, die Aspirin anstelle von natürlichem Cannabis auf dem Markt durchsetzen wollte.⁶ Daran lässt sich erkennen, dass die Auswahl verbotener und erlaubter Genussmittel von gesellschaftlichen, schutzgutunabhängigen Anschauungen geprägt ist, wie das BVerfG selbst konzedierte.⁷

Den USA gelang es während der Ersten Internationalen Opiumkonferenz 1911-1912 in Den Haag, die Teilnehmer zur Verabschiedung der Internationalen Opium-Konvention zu überzeugen. Dies wird als die Geburtsstunde der globalen Drogenprohibition verstanden.⁸ 1925 wurde auf der Zweiten Internationalen Opiumkonferenz das Internationale Opiumabkommen verschärft. Cannabis wurde erstmals auf Antrag Südafrikas, Ägyptens und der Türkei verboten, was Deutschland unterstützte, weil es dadurch den Heroin-Export nach Ägypten sichern konnte. Erst 1931 beendete das Pharmaunternehmen Bayer die Heroinproduktion.⁹

* Dr. Clivia von Dewitz ist Richterin am Amtsgericht Bad Segeberg, zur Zeit beurlaubt, um ihre Habilitation zu Therapeutischer Justiz und Restorative Justice zu verfassen.

** Simon Pschorr ist Staatsanwalt und abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz. Er war am 6. November 2023 als Sachverständiger vom Rechtsausschuss des BT zur Anhörung über das Cannabisgesetz geladen.

1 Dazu ausführlich Böllinger, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15–20; Böllinger, Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots, in: NK 2018, S. 281–299.

2 Mit dem Kaffeeröstverbot, mit dem das Kaffeehandelsverbot umgangen wurde, sollte dem Volk endgültig der Kaffee ausgetrieben werden.

3 Böllinger, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15–20; Müller, Kiffen und Kriminalität, 2015, S. 181.

4 Brigitte Kohn, Friedrich der Große verbietet Kaffee-Rösten, BR vom 21. Januar 2019 (<https://www.br.de/radio/bayern2/sendungen/kalenderblatt/friedrich-der-grosse-erlaesst-kaffeeroestverbot-kaffee-100.html>). Übrigens ist der Hopfen der nächste biologische Verwandte des Cannabisstrauchs; vgl. nur Müller, Kiffen und Kriminalität, 2015, S. 46.

5 Vgl. nur <https://www.coffeecircle.com/de/b/kaffee-prohibition-deutschland>.

6 Böllinger, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15–20 (16 f.).

7 BVerfG NJW 1994, 1577-1590 (1585).

8 So Böllinger, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15–20 (17).

9 Vgl. nur Böllinger, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15–20 (19).

1971 verabschiedete der Deutsche Bundestag das Betäubungsmittelgesetz, das eine Verschärfung des Opiumgesetzes bedeutete und bis heute Cannabis adressiert. Legalisierungsiniciativen scheiterten bisher an politischen Mehrheiten. Mit dem Entwurf eines Cannabis-Gesetzes¹⁰ liegt nun erstmals ein (deutlich verbesserungswürdiger)¹¹ Gesetzesentwurf zur Straflosigkeit des Cannabiskonsums vor.

Der Cannabis-Beschluss 1994

Das Betäubungsmittelrecht hinsichtlich Cannabis sah sich nicht nur wiederholter Kritik aus Öffentlichkeit und politischen Gremien, sondern auch verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt, die sich in zwei Wellen umfassender Richtervorlagen¹² niederschlugen. Bisher hielt das Cannabis-Verbot vor dem Bundesverfassungsgericht mit Einschränkung Stand.

Das Gericht erklärte das BtMG einschließlich der Sanktionierung des Cannabis-Besitzes 1994 für verfassungsgemäß.¹³ Es sei grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns festzulegen. Grundsätzlich sei die Strafbarkeit von einem legitimen Ziel getragen, obschon das Gericht anerkannte, dass Cannabis keine körperliche, sondern lediglich eine psychische Abhängigkeit hervorrufen würde, die unmittelbaren gesundheitlichen Schäden bei mäßigem Genuss als eher gering anzusehen seien und Cannabis keine „Schrittmacherfunktion“ zukomme. Es stellte ausdrücklich fest, dass sich „die von Cannabisprodukten ausgehenden Gesundheitsgefahren aus heutiger Sicht als geringer darstellen, als der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes angenommen hat.“ Ein daraus folgendes gemindertem Gewicht des legitimen Ziels schlug sich im Rahmen der Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung jedoch nicht maßgeblich nieder. Die Strafandrohung für unerlaubten Erwerb und Besitz von Cannabisprodukten verstößt nach Ansicht des Gerichts nicht gegen das Übermaßverbot, weil der „Gesetzgeber den Strafverfolgungsorganen ermöglicht hat, im Einzelfall durch das Absehen von Strafe oder Strafverfolgung einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen.“ Die „Strafverfolgungsbehörden, insbesondere Staatsanwaltschaften haben nach dem Übermaßverbot von der Verfolgung der in § 31a BtMG bezeichneten Straftaten abzusehen“ [Hervorhebung durch Autoren]. Weiter heißt es: „Die Länder trifft hier die Pflicht, für eine im wesentlichen einheitliche Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften zu sorgen.“ In der Praxis hat diese Forderung einer Einstellung bei geringen Mengen für eine Erleichterung bei Konsumenten gesorgt und kann als kleiner Erfolg gewertet werden.

Richter Bertold Sommer hatte sein Sondervotum unter anderem damit begründet, dass die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes einer Überprüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Übermaßverbot) schon 1994 nicht mehr standhielten, weil der Gesetzgeber bereits ausreichend Gelegenheit und Anlass hatte, nachzusteuern. Der Verstoß gegen das Übermaßverbot werde nicht dadurch ausgeräumt, dass nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 29

Abs. 5 und 31a BtMG von Strafe oder von Verfolgung abgesehen oder das Verfahren eingestellt werden könne (sogenannte prozessuale Lösung).

„Nach meiner Auffassung kann auf der Grundlage dieses Standes wissenschaftlicher Erkenntnis die Gefahreinschätzung durch den Gesetzgeber, die freilich nur eingeschränkter verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterliegt (vgl. BVerfGE 88, 203 (262)), in Bezug auf Cannabisprodukte nicht länger unverändert zugrunde gelegt werden. Der einer Beobachtungs-, Prüfungs- und Nachbesserungspflicht unterliegende Gesetzgeber (...) muss bereits gegenwärtig Korrekturen – und zwar an den zur verfassungsrechtlichen Prüfung gestellten materiellen Straftatbeständen – vornehmen, um einen Verstoß gegen das Übermaßverbot zu beheben; eine bloße weitere Beobachtung und Prüfung in der Zukunft (Vgl. Beschluß C.I.6.) genügt nicht. (...) Das Anknüpfen der Strafdrohung an ein Verhalten äußerst geringer, nur mittelbarer Gefährlichkeit rückt sie damit in die Nähe eines bloßen Mittels zum Zweck; das aber läßt die Strafdrohung als mit dem verfassungsrechtlich geschützten Wert- und Achtungsanspruch nicht mehr vereinbar erscheinen. (...) Gegen die ‚prozessuale Lösung‘ des Senats spricht – neben dem auch im Beschluß (C.I.5.c)2) aufgezeigten Problem einer länderspezifisch erheblich von einander abweichenden Einstellungspraxis – Art. 103 Abs. 2 GG.“¹⁴

Bedauerlicherweise wurden die Argumente des Sondervotums nicht mehr aufgegriffen. 29 Jahre nach dieser Entscheidung gibt es noch immer keine einheitliche Einstellungspraxis der Länder. Berlin stellt bis 15 Gramm ein, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz bis zehn Gramm und die übrigen Bundesländer bis sechs Gramm.¹⁵ In Mecklenburg-Vorpommern besteht noch nicht einmal eine rechtliche Bestimmung, bis zu welcher Grammzahl ein Verfahren eingestellt werden muss.¹⁶ Vor diesem Hintergrund geht ein Verweis auf die Einschätzungsprärogative ins Leere, entzieht sich der Gesetzgeber ebenjener Einschätzung. Wenn der Gesetzgeber klare Vorgaben einer Verfassungsgerichtsentscheidung 29 Jahre lang nicht umsetzt, ohne dass das Gericht Konsequenzen zieht, steht zu befürchten, dass die Legislative Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts auch in Zukunft ignorieren wird.

Der Verbrechenstatbestand der nicht geringen Menge in der Rechtsprechung

Besonders deutlich wird die legislative Untätigkeit anhand des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, der Besitz, Handeltreiben, Herstellung und Abgabe von Betäubungsmitteln (einschließlich) Cannabis zum Verbrechen erklärt. Bislang hat es der Gesetzgeber versäumt, zu bestimmen, wann eine Menge eines gewissen Betäubungsmittels als nicht gering i. S. d. Tatbestands einzustufen ist. Die Vorlage des Amtsgericht Pasewalk vom 29. Juni 2021 moniert, dass der Gesetzgeber damit seiner Pflicht¹⁷ aus Art. 103 Abs. 2 GG,¹⁸ wesentliche Fragen der Strafbarkeit zu entscheiden,¹⁹ nicht nachgekommen ist und

14 Sondervotum Sommer, BVerfG, BVerfGE 90, 145-226, zitiert nach juris, Rn. 233, 246 und 255.

15 Vgl. nur die Übersicht bei Müller, Kiffen und Kriminalität, 2015, S. 72.

16 AG Pasewalk BeckRS 2021, 24672 Rn. 52.

17 BVerfG NJW 2002, 1779 (1780); AG Villingen-Schwenningen BeckRS 2020, 167, Rn. 30; Gärditz, in: Strafverfassungsrecht, S. 33 f.; Ungern-Sternberg, in: Strafverfassungsrecht, S. 90; Nettesheim, in: Strafverfassungsrecht, S. 109 ff.

18 Näher Pschorr, Der Schutz demokratischer Entscheidungsfindung durch den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) in: Staffler u.a., Strafrecht und Demokratie, S. 131-156 (136 ff.).

19 BVerfG BeckRS 2022, 36007, Rn. 35; BVerfG, NJW 2022, 1160, 1161 Rn. 90; BVerfG, NJW 2010, 3209, 3210 Rn. 72; AG Villingen-Schwenningen, BeckRS 2020, 167, Rn. 30; Tsoumanis, Bestimmtheit und Normativität im Strafrecht, S. 936.

10 BT-Drs. 20/8704 vom 9. Oktober 2023.

11 Vgl. die Stellungnahme der Fachgruppe Strafrecht der NRV: <https://www.neuerichter.de/details/artikel/article/geplante-legalisierung-von-cannabis-muss-optimiert-werden>.

12 LG Frankfurt StrVert 1993, 77; LG Hildesheim DVJJ-Journal 1-2/1992 (Nr. 138), 212; AG Mettmann, 9 Ls 2 Js 1332/91, unveröffentlicht; AG Bernau BeckRS 2022, 49235; AG Bernau StV 2021, 455; AG Münster BeckRS 2020, 48943; AG Pasewalk BeckRS 2021, 24672. Am 11. März 2002 hatte das AG Bernau dem BVerfG einen weiteren Fall vorgelegt, der mit Entscheidung vom 29. Juni 2004 von der 3. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts als unzulässig zurückgewiesen wurde; BVerfG, 2 BvL 8/02, zitiert nach juris.

13 BVerfG NJW 1994, 1577-1590.

der Normadressat²⁰ nicht erkennen kann, wann eine Handlung mit Strafe bedroht ist. „Das StGB und seine Nebengesetze sollen nach dem berühmten Diktum von Franz von Liszt ‚die Magna Charta des Verbrechers sein‘. (...) Der Normadressat kann aufgrund der Schwankungen des THC-Gehalts und der bedenklichen Nähe zwischen dem Bagatellbereich des Besitzes der geringen Menge zum Eigenbedarf und der nicht geringen Menge, die zur Annahme des Verbrechenstatbestandes führt, nicht erkennen, wann er (gemäß § 31a BtMG) straffrei ausgehen soll, wann er im Vergehenstatbestand (des § 29 BtMG) agiert und wann er vom Vorliegen eines Verbrechenstatbestandes (des § 29a BtMG) ausgehen muss.“²¹

Auch die Rechtsprechung tut sich schwer, das Merkmal zu konturieren, fehlt es an einer Wertung hinsichtlich des maßgeblichen Entscheidungskriteriums in Gesetz und Gesetzesgeschichte. Ob der unterschiedlichen Wirkungsweise der vielen verschiedenen Betäubungsmittel, auf die § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG anwendbar ist, ist eine einheitliche Bestimmung eines Grenzwerts unmöglich.²² Nach der Rechtsprechung ist zunächst die äußerst gefährliche, gar tödliche Dosis des Wirkstoffs maßgeblich.²³ Dieser Maßstab führt nicht weiter, legt man ihn an THC-haltige Betäubungsmittel an.²⁴ 1995 hatte das OLG Schleswig dem BGH einen Fall vorgelegt, in dem es einen THC-Gehalt von 185,1 Gramm nicht für gefährlich genug hielt, um unter den Verbrechenstatbestand zu fallen.²⁵ Thomas Herdegen arbeitet heraus, dass erst bei einem Konsum von 750 Kilogramm Cannabis eine unmittelbar tödliche Gefahr für den Menschen ausgeht.²⁶ Eine solche Konsummenge dürfte zu Lebzeiten eines Menschen nicht erreichbar sein.

Mit dem Urteil vom 18. Juli 1984 hat sich der Bundesgerichtshof deshalb darauf zurückgezogen, die nicht geringe Menge als „Vielfaches“ der Konsummenge²⁷ zu definieren; der Senat sah „sich daher zur Zeit nur in der Lage“ die Grenze bei 500 Konsumeinheiten und also einer Wirkstoffmenge von 7,5 Gramm THC zu ziehen.²⁸ Die Grenzziehung bei 500 Konsumeinheiten kann nicht mehr als Akt der Auslegung anhand eines vom Gesetzgeber gesicherten Prüfungsprogramms,²⁹ sondern nur noch als Akt der verfassungswidrigen Rechtsschöpfung eingestuft werden.³⁰

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 14. Juni 2023 die Vorlagen der Amtsgerichte Bernau, Münster und Pasewalk, die die Verfassungsmäßigkeit der Cannabis-Prohibition erneut in Frage gestellt hatten, als unzulässig zurückgewiesen und damit sowohl die Untätigkeit des Gesetzgebers als auch explizit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebilligt.³¹ Fragen der Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Gerichtsbarkeit spielen in der Entscheidung keine Rolle, obschon sie

hier einen Verbrechenstatbestand und somit eine ganz erhebliche Strafdrohung³² betreffen. Die Konsequenz: Der Gesetzgeber überträgt im Entwurf des neuen Cannabisgesetzes die Aufgabe der Neubewertung der nicht geringen Menge explizit auf die Gerichtsbarkeit:³³ „Der konkrete Wert einer nicht geringen Menge wird abhängig vom jeweiligen THC-Gehalt des Cannabis von der Rechtsprechung aufgrund der geänderten Risikobewertung zu entwickeln sein. Im Lichte der legalisierten Mengen wird man an der bisherigen Definition der nicht geringen Menge nicht mehr festhalten können und wird der Grenzwert deutlich höher liegen müssen als in der Vergangenheit.“ Vielmehr wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, die Entscheidung selbst zu treffen oder den Verbrechenstatbestand endgültig zu streichen.

Das Scheitern der Prohibition

Die Cannabis-Prohibition lässt sich angesichts aktueller Erkenntnisse aus den Ländern, die das Betäubungsmittel legalisiert haben (Uruguay 2013, Kanada 2018, und einzelne Bundesstaaten der USA wie Colorado (2014), Alaska und Oregon (2014), Washington State (2012) etc.), nicht mehr auf den Aspekt des Gesundheitsschutzes stützen.³⁴ Die Legalisierung von Cannabis hat keinen empirisch evidenten Effekt auf die Konsumhäufigkeit. In den Niederlanden, wo der Besitz und Verkauf schon 1976 entkriminalisiert wurde, nimmt der Konsum seit 40 Jahren im gleichen Maße zu wie in anderen europäischen Ländern, in denen Cannabis noch illegal ist.³⁵ Elian Pöpau zufolge hat sich zwar eine erhöhte Konsumprävalenz bei der Freigabe von Cannabis in Portugal, aber weder in den Cannabisshops in den Niederlanden noch seit der Einführung von Cannabis SocialClubs in Spanien gezeigt: In der Hauptkonsumentengruppe - Erwachsene im Alter zwischen 18 und 34 Jahren – sei der Konsum angestiegen. Bei Jugendlichen sei eine solche Entwicklung dagegen in keinem der drei Vergleichsstaaten nachzuweisen.

Einen viel größeren Einfluss als die Rechtslage hat, so Pöpau, die gesellschaftliche Einstellung zur freigegebenen Substanz, die bestimmt, wie verbreitet der Konsum in der Gesellschaft ist.³⁶ Auch Lorenz Böllinger hatte schon darauf verwiesen, „dass Angebot und Nachfrage illegaler Drogen von gesetzlichen Regelungen nahezu unberührt bleiben und eher Moden und Trends unterliegen.“³⁷ Die Mär von Cannabis als Einstiegsdroge hat schon das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 8. März 1994 entkräftet.³⁸ Dennoch warnen diejenigen, die gegen eine Legalisierung argumentieren, nach wie vor davor, dass Cannabis ein Einstiegstor zu gefährlicheren Drogen sei. Solange Cannabis nur auf dem Schwarzmarkt erhältlich ist, dürfte tatsächlich die Gefahr bestehen, dass dort auch andere, wirklich gefährliche Drogen angeboten werden. Um dem entgegenzuwirken, hilft nur die

20 BVerfG NJW 1978, 933 (934); BVerfG NJW 1987, 3175; BVerfG NJW 1991, 91 (94).

21 Amtsgericht Pasewalk, BeckRS 2021, 24672 Rn. 199 ff.

22 BGH NJW 1984, 675 (676).

23 St. Rspr., zuletzt BGH BeckRS 2023, 26429 Rn. 7.

24 BGH BeckRS 2023, 26429 Rn. 7; BGH NJW 1985, 1404.

25 OLG Schleswig, 1 Ss 379/94. BGH, 3 StR 245/95.

26 Herdegen, Risiken beim medizinischen Einsatz von Cannabis, in: Ziegler, Cannabis, Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, 2022, S. 216–223 (220).

27 Zur Problematik der genauen Bestimmung der vielfachen Konsummenge bei neuartigen Betäubungsmitteln siehe zuletzt BGH BeckRS 2023, 26429 Rn. 17.

28 BGH NJW 1985, 1404; so zuletzt auch BayObLG BeckRS 2023, 25872 Rn. 17.

29 Kargl, in: NK-StGB, § 1 Rn. 20; Kargl, Strafrecht, Rn. 371; Rogall, in: KK-OwiG, § 3 Rn. 27; ähnlich Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 103 Abs. 2 Rn. 40 (wesentliche tatbestandliche Grenzziehung durch den Gesetzgeber).

30 So auch Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage 2020, § 5 Rn. 78 f.

31 BVerfG NJW 2023, 3072 (3082) Rn. 107.

32 Mit Relevanz für den Prüfungsmaßstab BVerfG NJW 1987, 3175; BVerfG NJW 2010, 3209 (3211) Rn. 75; BVerfG NVwZ-RR, 569 (571) Rn. 75; BVerfG NJW 2022, 1160 (1161) Rn. 94.

33 BT-Drs. 20/8704, S. 130.

34 So weist etwa Peter Cremer-Schaeffer in seinem Beitrag, Vergleich zu anderen Genussmitteln und suchterzeugenden Stoffen (Alkohol, Coffein, Nicotin, Heroin etc.), in: Ziegler, Cannabis, Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis, 2022, S. 208–215 (213), darauf hin, dass Cannabis zwar zu unerwünschten Wirkungen führen könne, diese aber in der Regel mild seien und bei Gewöhnung seltener aufträten. Er fasst zusammen, Cannabis sei im Ergebnis eine – wissenschaftliche betrachtet – eher ungefährliche Droge.

35 Müller, Kiffen und Kriminalität, 2015, S. 113 ff.

36 Pöpau, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 525.

37 Böllinger, Drogenprohibition: Verfassungswidrige Verirrung des Strafrechts, in: HU, 2015, Heft 4, S. 95–106 (100).

38 BVerfG, BVerfGE 90, 145–226; so auch Pöpau, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 271

Legalisierung und die Austrocknung des Schwarzmarktes. Schließlich weist Pöppau darauf hin, dass Cannabiskonsum (anders als Alkoholkonsum)³⁹ keine kriminalitätsfördernde Wirkung innewohne.⁴⁰ Gefahren für die Gesundheit und die öffentliche Sicherheit lassen sich mithin kaum effektiv durch das gesetzliche Verbot von Cannabis verhüten.

Die Vorteile der Legalisierung

Die Vorteile einer Legalisierung überwiegen gegenüber den Gründen für die Prohibition. Nicht nur gewährleistet eine Legalisierung die Qualität der Produkte nachhaltig, da sie staatlich kontrolliert angebaut werden und keine Streckmittel hinzugefügt werden.⁴¹ Neben der Produktkontrolle kann auch der Jugend- und Verbraucherschutz gewährleistet werden, da das Thema Cannabiskonsum infolge der Legalisierung gesellschaftsfähig und deshalb anders öffentlich darüber diskutiert werden kann. Schließlich können die erwarteten Steuereinnahmen aus dem Verkauf von Cannabis für die Aufklärung über den risikoarmen Konsum,⁴² aber auch die negativen Auswirkungen bei Menschen unter 25 Jahren verwendet werden. Die Länder, die Cannabis legalisierten, zeigen, dass die Risikoeinschätzung der Gesellschaft und insbesondere vulnerabler Gruppen maßgeblich durch Aufklärung beeinflusst werden kann.⁴³ Das

39 Zu den im Vergleich zu anderen Suchtmitteln erhöhten Gesundheitsgefahren von Alkohol vgl. *Nutt/King/Phillips*, Drug harms in the UK: a multicriteria decision analysis, *Lancet*, 2010, S. 1558-1565 (1561).

40 *Pöppau*, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 523.

41 *Pöppau*, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 524.

42 *Pöppau*, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 525.

43 *Pöppau*, Das Ende der Cannabisprohibition?, 2023, S. 526.

verdeutlicht, wie wichtig Aufklärung ist und wie wichtig es ist, in Aufklärungsarbeit – sprich Prävention – zu investieren.

Will der Bundesgesetzgeber Gesundheitsschutz effektiv erreichen, ohne die Freiheit der Normunterworfenen überschneidend einzuschränken, muss er den notwendigen ersten Schritt zur Legalisierung von Cannabis mindestens zum Eigenkonsum gehen. Dabei kann und muss er klare Grenzen zwischen legalen Eigenkonsummengen und strafbaren Handelsmengen, besonders nicht geringer Mengen, ziehen. Nicht geringe Mengen sollten, sofern sie den Verbrechenstatbestand eröffnen, sehr hoch angesetzt werden; mindestens bei 300 Gramm THC-Gehalt. Der Verbrechenstatbestand fände dann erst bei handelstauglichen Mengen, nämlich 1,5 kg Haschisch mit einem Durchschnitts-THC-Gehalt von 20 % und 2 kg Cannabis mit einem Durchschnitts-THC-Gehalt von 15 % Anwendung. So würde die Qualifikation auf einen engen Anwendungsbereich handelstypischer Mengen zurückgeführt und damit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt. Letztendliches Ziel des Gesetzgebers sollte jedoch sein, Cannabis vollständig zu legalisieren.⁴⁴

44 So auch schon *Müller*, Kiffen und Kriminalität, 2015; *Böllinger*, Drogenprohibition: Verfassungswidrige Verirrung des Strafrechts, in: HU, 2015, Heft 4, S. 95-106; *Böllinger*, Geschichte der Drogenprohibition, BAG-S Heft 2/2021, S. 15-20; *Böllinger*, Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots, in: NK 2018, S. 281-299; *Scheerer*, Internationales Drogenkontrollrecht: Ursprung, Expansion, Erosion, in: KJ, 2019, S. 315-335; *Nestler*, Bürgerautonomie und Drogenstrafrecht, in: BAG-S Heft 2/2021, S. 21-25 sowie das Manifest des Schildower Kreises (<https://schildower-kreis.de/drogenprohibition-gescheitert-schaedlich-und-teuer/>).

II. Amtliche Veröffentlichungen

Änderung der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi)

AV d. MJG v. 4. Oktober 2023 – II 317/1432-1 – (SchIHA 2023 S. 404)

Die Landesjustizverwaltungen und das Bundesministerium der Justiz haben Änderungen der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi) vom 1. Juni 1998 (Allgemeine Verfügung vom 18. Mai 1998 – II 340 b/1430 - 83 SH – <SchIHA S. 210>, zuletzt geändert durch Allgemeine Verfügung vom 27. September 2021 – II 317/1432 – 1 – <SchIHA S. 422>), vereinbart. Die Änderungen treten für das Land Schleswig-Holstein am 1. Oktober 2023 in Kraft. Die Änderungen sind im Bundesanzeiger veröffentlicht (BAAnz AT 22.9.2023 B1). Im Internet ist die aktuelle Fassung der MiZi einsehbar unter www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de.

Kiel, 4. Oktober 2023

Dr. Otto Carstens, Staatssekretär

Änderung der Schleswig-Holsteinischen Zusatzbestimmungen zur Kostenverfügung

AV d. MJG v. 6. Oktober 2023 – II 312/5607-2-2-3 (SchIHA 2023 S. 404)

Abschnitt I der Schleswig-Holsteinischen Zusatzbestimmungen zur Kostenverfügung (Allgemeine Verfügung v. 27. November 2014 – II 312/5607 – 19a SH – <SchIHA 2015 S. 22>, zuletzt geändert durch Allgemeine Verfügung v. 31. März 2022 – II 312/5607-2-2 – <SchIHA S. 128>) wird wie folgt geändert:

1. Ziffer 1 wird gestrichen.
2. Die bisherige Ziffer 2 wird Ziffer 1 und wie folgt geändert:
 - a) In Buchstabe a wird im vorletzten Satz die Angabe „Ziffer 2 a.)“ durch die Angabe „Ziffer 1 a)“ ersetzt.
 - b) In Buchstabe b werden die Worte „Urschrift der“ gestrichen.
3. Die bisherigen Ziffern 3 bis 7 werden Ziffern 2 bis 6.
4. Die bisherige Ziffer 8 wird Ziffer 7 und wie folgt geändert:

In Buchstabe b Satz 2 werden die Worte „Urschrift der“ gestrichen.

II

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 15. Oktober 2023 in Kraft.

Kiel, 6. Oktober 2023

Dr. Otto Carstens

Staatssekretär

Änderung der Neufassung der Allgemeinen Verfügung über die Vollziehung von Dokumenten in Rechtssachen

AV d. MJG v. 30. Oktober 2023 – II 348/1411-1 – (SchIHA 2023 S. 404)

Die Neufassung der Allgemeinen Verfügung über die Vollziehung von Dokumenten in Rechtssachen (AV vom 14. Oktober 2020 – II 343/1411-1 – <SchIHA S. 425>) wird wie folgt geändert:

1. In Abschnitt I wird in § 3 folgender Absatz 7 angefügt:

„(7) Soweit aufgrund dieser Verfügung in Dokumenten ein Ort anzugeben ist, ist der Sitz des Gerichts bzw. der Staatsanwaltschaft anzugeben.“

2. In Abschnitt II wird § 6 Absatz 1 wie folgt neu gefasst:

„Elektronische Dokumente sind grundsätzlich gemäß § 169 Abs. 5 der Zivilprozessordnung – ZPO – ohne Beglaubigungsvermerk elektronisch zu versenden. Abweichend von dem Grundsatz ist die Versendung elektronischer Dokumente mit Beglaubigungsvermerk dann zulässig, wenn die Erstellung der zu versendenden Dokumente aus dem Fachverfahren dadurch erleichtert

wird. Dies gilt insbesondere bei gleichzeitiger Versendung von elektronischen Dokumenten und Papierdokumenten (Mischversand).“

II

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. November 2023 in Kraft.

Kiel, 30. Oktober 2023
Otto Carstens
Staatssekretär
Ministerium für Justiz und Gesundheit
des Landes Schleswig-Holstein

III. Personalmeldungen

Oberlandesgericht

Ernannt: Zum Justizoberamtsrat: Justizamtsrat *Jan Grimme*.

Zur Justizamtsrätin: Justizamtfrau *Anneke Hinz*.

Zum Justizamtsrat: Justizamtmann *Volker Hagge-Ellhöft*.

Zur Justizamtfrau: *Justizoberinspektorin Maria Wegerhoff*.

Zum Justizinspektor: Rechtspflegeranwärter *Steffen Moshage*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht.

Zur Justizhauptsekretärin: Justizobersekretärin *Lena Hakimi*.

Versetzt: Justizoberinspektorin *Candy Garbas* vom Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht an die Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg,

Gerichte

Ernannt: Zur Justizamtsrätin: Justizamtfrau *Ulrike Melenthin*, Amtsgericht Norderstedt; Justizamtfrau *Sabine Pries*, Amtsgericht Neumünster; Justizamtfrau *Jana Jühdes*, Amtsgericht Lübeck.

Zur Justizamtfrau: Justizoberinspektorin *Ina Thedens*, Amtsgericht Meldorf; Justizoberinspektorin *Alena Demmer*, Amtsgericht Meldorf; Justizoberinspektorin *Kathleen Kwasigroch*, Amtsgericht Elmshorn; Justizoberinspektorin *Melanie Katzenberger*, Landgericht Itzehoe.

Zum Justizamtmann: Justizoberinspektor *Niels Kamke*, Amtsgericht Lübeck.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Janina Broer*, Amtsgericht Norderstedt.

Zur Justizinspektorin: Rechtspflegeranwärterin *Henrike Brüdt*, Amtsgericht Pinneberg; Rechtspflegeranwärterin *Alexandra Maaß*, Amtsgericht Kiel; Rechtspflegeranwärterin *Laura Belitz*, Amtsgericht Kiel; Rechtspflegeranwärterin *Lucienne Dames*, Amtsgericht Itzehoe; Rechtspflegeranwärterin *Hanna Gutbier*, Amtsgericht Husum; Rechtspflegeranwärterin *Anna Selke*, Amtsgericht Flensburg.

Zum Justizinspektor: Rechtspflegeranwärter *Patrick Rusch*, Amtsgericht Flensburg.

Zur Obergerichtsvollzieherin: Gerichtsvollzieherin *Kathrin Ost*, Amtsgericht Flensburg; Gerichtsvollzieherin *Jessica Schult*, Amtsgericht Kiel.

Zur Justizamtsinspektorin mit Amtszulage: Justizamtsinspektorin *Sylvia Strehse-Simon*, Landgericht Lübeck.

Zur Justizamtsinspektorin: Justizhauptsekretärin *Ines Derjoug*, Amtsgericht Kiel.

Zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Wolfgang Gätje*, Amtsgericht Kiel.

Zur Justizhauptsekretärin: Justizobersekretärin *Luisa Marie Petersen*, Landgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Laura*

Lautz, Amtsgericht Niebüll; Justizobersekretärin *Caroline Sperling-Petersen*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Maxi Bünning*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Martha Koj*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Maïke Strasdat*, Amtsgericht Itzehoe; Justizobersekretärin *Kimberly Lawniczak*, Landgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Lea Schalkalwies*, Amtsgericht Meldorf; Justizobersekretärin *Luisa-Marie Petersen*, Landgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Franziska Kluge*, Amtsgericht Pinneberg; Justizobersekretärin *Julia Rieck*, Amtsgericht Eutin.

Zum Justizhauptsekretär: Justizobersekretär *Thorsten Ingwersen*, Amtsgericht Niebüll.

Versetzt: Justizoberinspektor *Björn Steinberg* vom Amtsgericht Husum an das Amtsgericht Lübeck; Justizoberinspektorin *Melanie Meggers* vom Amtsgericht Kiel an das Landgericht Kiel; Justizoberinspektorin *Jasmin Weis* vom Amtsgericht Rendsburg an das Amtsgericht Schleswig; Sozialoberinspektorin *Katrin Brandenburger* vom Landgericht Kiel an das Ministerium für Justiz und Gesundheit mit Wirkung zum 01.10.2023; Obergerichtsvollzieher *Stefan Schmitz* vom Amtsgericht Rendsburg an das Amtsgericht Husum.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtsrat *Arno Möller*, Amtsgericht Lübeck; Sozialamtmann *Hans-Christoph Heine*, Landgericht Lübeck mit Ablauf des 30.09.2023.

Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: Zur Justizinspektorin: Rechtspflegeranwärterin *Jessica Kramer* bei dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht; Rechtspflegeranwärterin *Stefanie Siebert* bei dem Sozialgericht Schleswig.

Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zur/Zum Justizoberinspektor/in unter gleichzeitiger Verleihung der Eigenschaft einer/eines Beamten/in auf Lebenszeit: Justizinspektorin *Susan Reinecker*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg; Justizinspektorin *Luisa Ohlrogge*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe; Justizinspektor *Henrik Hannes Schultz*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe; Justizinspektor *Alexander Rothe*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Zur Justizinspektorin: Rechtspflegeranwärterin *Janika Christa Hansen*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Rechtspflegeranwärterin *Nina Thöming*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Rechtspflegeranwärterin *Nele Kurtzusch*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.

Versetzt: Entlassung auf eigenen Antrag: Justizobersekretärin *Nina Jasinski*, Staatsanwaltschaft bei dem Landge-

richt Kiel; Justizinspektorin *Sofia Lu Köpke* von der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel an das Amtsgericht Kiel.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtsinspektorin *Anka Jezorke*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Vollzugsanstalten

Ernannt: Zur Oberregierungsrätin: Regierungsrätin *Burcu Oya Bizer*, JA Schleswig.

Zum Justizoberamtsrat: Justizamtsrat *Stefan Jasper*, AHE Glückstadt.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Tim Aurich*, JVA Neumünster.

Notare:

Ernannt: Zum Notar: *Dr. Uwe-Christian Klipsch*, Geesthacht.

Zweite Staatsprüfung für Juristen

bestanden in den Monaten August/September 2023: August: *Laura Hinze*, Hamburg; *Lydia Kaehler-Braasch*, Bad Bramstedt; *Katharina Koch*, Lübeck; *Kara-Yusuf Yesilyurt*, Hamburg; *Jesper Balschun*, Bad Oldesloe. September: *Gesche Behnke*, Lübeck; *Freifrau Jana von Bibra*, Hardeggen; *Lena Heiliger*, Tinnum/Sylt; *Erik Jeß*, Bad Schwartau; *Florian Plambeck*, Kiel; *Lasse Steenzen*, Lübeck; *Caroline Greb*, Hamburg; *Swantje Potthast*, Hamburg; *Melike Sahin*, Wrist; *Johanna Wunderlich*, Kiel; *Monika Jacobi*, Osann-Monzel; *Pia Koch*, Hamburg; *Svenja Laurich*, Hamburg; *Paula Zschoche*, Lübeck; *Kristina Kramer*, Hamburg; *Yasemin Ekici*, Kiel; *Katharina Remer*, Kiel; *Gesa Entrup*, Hamburg; *Daria Ivanova*, Hamburg; *Jacqueline Lietzow*, Boostedt; *Carina Maier*, Hamburg; *Alexander-Georg Rackow*, Seedorf; *Lisa Schuster*, Hamburg; *Georg-Friedrich Hensel*, Stralsund.

IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJG v. 1. November 2023 (II 332/5112–E-191)
(SchIHA 2023 S. 406)

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.

Die Ausschreibung richtet sich nur an Personen, die in der schleswig-holsteinischen Justiz tätig sind, soweit nicht anders angegeben.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Allgemeine Verfügung über Stellenausschreibungen und Bewerbungen im Bereich der Gerichte und Staatsanwaltschaften vom 25. März 2020 (SchIHA 2020, S. 142) verwiesen.

Bewerbungen werden erbeten binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung, soweit nicht anders angegeben. Gleichzeitig wird um Mitteilung der aktuellen Privatschrift gebeten.

1. Bekanntmachung:

Abweichend von den oben genannten allgemeinen Hinweisen richtet sich diese Bekanntmachung auch an Personen, die außerhalb der schleswig-holsteinischen Justiz tätig sind.

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der Besoldungsgruppe R 4 für eine Präsidentin oder einen Präsidenten des Verwaltungsgerichts bei dem Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht in Schleswig.

Die Stelle ist mit einer Richterin oder einem Richter zu besetzen, die oder der sich in der Rechtsprechung in besonderer Weise bewährt und darüber hinaus Erfahrungen in einer Leitungsfunktion erworben hat.

Gesucht wird eine engagierte und verantwortungsbewusste Persönlichkeit, die den durchgeführten und noch anstehenden Strukturveränderungen in der Justiz aufgeschlossen

gegenübersteht und in der Lage ist, diese aktiv gestaltend voranzutreiben. Unverzichtbar sind ein ausgeprägtes Organisationsvermögen sowie die besondere Befähigung zur Personalführung; gefordert ist ein kooperativer Führungsstil, der die für neue Techniken und Organisationsformen notwendige Akzeptanz aller in der Justiz Tätigen schafft und sie zur verantwortlichen Mitgestaltung im Interesse des Ansehens der Justiz in der Öffentlichkeit motiviert.

Bewerbungen werden bis zum 30. November 2023 erbeten.

2. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

2 Stellen der Besoldungsgruppe R 2 für Oberstaatsanwältinnen oder Oberstaatsanwälte - als Dezernentinnen oder Dezernenten bei einer Staatsanwaltschaft bei einem Oberlandesgericht - bei der Generalstaatsanwaltschaft Schleswig-Holstein in Schleswig;

1 Stelle der Besoldungsgruppe R 2 mit Amtszulage für eine Direktorin oder einen Direktor des Amtsgerichts bei dem Amtsgericht Rendsburg.

3. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

2 Stellen der Besoldungsgruppe R 1 für je eine Richterin oder je einen Richter am Landgericht bei dem Landgericht Flensburg;

2 Stellen der Besoldungsgruppe R 1 für je eine Richterin oder je einen Richter am Landgericht bei dem Landgericht Kiel;

2 Stellen der Besoldungsgruppe R 1 für je eine Richterin oder je einen Richter am Landgericht bei dem Landgericht Itzehoe;

2 Stellen der Besoldungsgruppe R 1 für je eine Richterin oder je einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Pinneberg;

1 Stelle der Besoldungsgruppe R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Flensburg;

1 Stelle der Besoldungsgruppe R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Niebüll;

1 Stelle der Besoldungsgruppe R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Itzehoe.

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

4. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

3 Stellen der Besoldungsgruppe R 1 für je eine Richterin oder je einen Richter am Verwaltungsgericht bei dem Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht in Schleswig.

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

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB §§ 31, 823 II, 826; EG-FGV §§ 6 I, 27 I; Art. 5 VO (EG) 715/2007/EG; Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007; ZPO § 287; GG Art. 80 I

1. Nach den Urteilen des BGH vom 26.6.2023 ist das unionsrechtlich geschützte Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV geschützt. Die unionsrechtlichen Verordnungen sind von den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG gedeckt.
2. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist nicht die Einhaltung des Grenzwerts auf dem Prüfstand, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. Auf das vom KBA angenommene Unterscheidungskriterium der Grenzwertkausalität kommt es nicht an.
3. Für die Frage der Zulässigkeit eines Thermofensters kommt es nicht auf die Einhaltung gesetzlicher Prüfstandswerte an, sondern darauf, ob die Abschalteneinrichtung auch unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktioniert. Normale Betriebsbedingungen herrschen im Gebiet der Europäischen Union jedenfalls in einem Temperaturbereich von 0 °C bis +30 °C.
4. Im Hinblick auf den Verbau eines Thermofensters unterlagen deutsche Fahrzeughersteller – jedenfalls bis zum Erlass der EuGH-Entscheidung vom 17.12.2020 (Az. C-693/18) – einem unvermeidbaren Verbotsirrtum und handelten deshalb nicht fahrlässig.
5. Bei der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) handelt es sich um eine unzulässige Abschalteneinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007. Solche Einrichtungen, die nur kurzfristig und nicht während der gesamten Fahrt unter normalen Betriebsbedingungen arbeiten, wären nach Art. 5 Abs. 2 lit. b VO (EG) 715/2007 nur zum Anlassen des Motors zulässig.
6. Das für die Haftung des Herstellers nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV erforderliche Verschulden (mindestens Fahrlässigkeit) wird vermutet.
7. Jedenfalls bei einem vorliegenden KBA-Pflichtrückruf wegen der Abschaltfunktion „Geregeltes Kühlmittelthermostat“ (KSR) ist dem Hersteller die Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum in Form der hypothetischen Genehmigung durch die zuständige Zulassungsbehörde verwehrt.

8. **Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (= gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen. Der Restwert des Fahrzeugs kann vom Gericht anhand bekannter Bewertungsportale (Schwacke/DAT) und ggf. auch durch entsprechende Recherchen auf Gebrauchtwagenbörsen (z.B. mobile.de, Autoscout24.de) geschätzt werden. Durch die Vorteilsausgleichung (Nutzungsvorteil + Restwert) kann der angenommene Differenzschaden auch vollständig ausgeglichen sein.**

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Urteil vom 10. Oktober 2023 – 7 U 100/22 –, Rö.

Der Kl. nimmt die Bekl. wegen Schadensersatz aus dem sog. Diesel-Abgasskandal in Anspruch.

Der Kl. erwarb am 20.7.2017 von privat zum Preis von 18.500 € einen gebrauchten PKW Mercedes-Benz E 200 CDI, EU 5 mit AGR (EZ 14.7.2011; Typengenehmigung vom 18.2.2011), der zum Kaufzeitpunkt einen Kilometerstand von 78.701 km aufwies. In dem Fahrzeug ist ein Motor vom Typ OM 651 verbaut. Das Fahrzeug des Kl. ist, gemeinsam mit den Fahrzeugtypen GLK 200 CDI und GLK 220 CDI 4MATIC, von einem nicht rechtskräftigen amtlichen Rückruf des Kraftfahrtbundesamts (KBA) vom 21.6.2019 in der Fassung des KBA-Ergänzungsbescheides vom 5.6.2020 (Anl. BB4 in teilgeschwätzter Form) betroffen. Bemängelt wurde, dass der Motor als unzulässige Abschalteneinrichtung ein „Geregeltes Kühlmittelthermostat“ aufweise, dessen Regelung konkret während des Motorwarmlaufs gerügt wurde. Unstreitig ist das Gros der EU 5 – Modelle der PKW-Sparte der Bekl., in denen das geregelte Kühlmittelthermostat zum Einsatz gelangt (> 80 %) nicht von einem KBA-Rückruf betroffen. Die Funktion des geregelten Kühlmittelthermostats ist darüber hinaus in keinem Fahrzeug der Bekl. mit der Abgasnorm EU 6 sowie in keinem Fahrzeug mit dem Motortyp EA 642 beanstandet worden. Das aufgrund der Beanstandung von der Bekl. erstellte Software-Update, das inzwischen auch auf dem Fahrzeug des Kl. aufgespielt wurde, ist am 3.7.2020 vom KBA freigegeben worden. Die Bekl. informierte den Kl. mit Schreiben von August 2020 (Anl. K3) über die Rückrufaktion (Aktionscode: 54 975 07).

Mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 7.10.2020 verlangte der Kl. von der Bekl. Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückübereignung des PKWs. Der Kl. hat im November 2020 Klage erhoben, die der Bekl. am 11.12.2020 zugestellt worden ist.

Der Kl. hat behauptet, in seinem Fahrzeug seien unzulässige Abschalteneinrichtungen verbaut, durch die die behördliche Fahrzeugprüfung gezielt umgangen werde. Die Abgasrückführung funktioniere nur bei Temperaturen zwischen 17 °C und 30 °C. Auf dem Prüfstand herrsche immer dieselbe Temperatur von ca. 20°, sodass die Software des Fahrzeugs erkennen könne, ob sich das Fahrzeug auf der Straße, wo unterschied-

liche Witterungsverhältnisse bestehen würden, befinde oder auf dem Prüfstand. Sobald die Temperatur unter den Wert sinke, der in den Prüfbedingungen vorgeschrieben sei, werde die Abgasrückführung heruntergefahren und die NOx-Werte würden steigen. Dadurch würden die Grenzwerte nicht weiter eingehalten. Nur im Temperaturbereich zwischen 17 °C und 30 °C funktionieren die Abgasrückführung unbegrenzt. Für die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung gebe es keinen zum Motorschutz notwendigen Zweck. Außerdem sei auf dem Prüfstand die Lenkwinkelerkennung aktiv, die feststelle, ob das Fahrzeug bewegt werde oder sich auf dem Rollenprüfstand befinde. Auch dadurch könne die Software erkennen, ob eine Messung auf dem Prüfstand erfolge oder nicht. Das Thermofenster führe dazu, dass die Abgasreinigung in Deutschland praktisch nie funktioniere. Es liege außerdem eine Manipulation des On-Board-Diagnosesystems (OBD-System) vor. Diese sei für die Überwachung von Emissionen des Fahrzeugs beim Betrieb wichtig. Im Rahmen des Typengenehmigungsantrags seien „offensichtlich falsche Angaben“ gemacht worden. Die Bekl. habe ihn auch über weitere Tatsachen getäuscht, insbesondere darüber, dass die gesetzlichen Emissionsgrenzwerte und sonstige gesetzliche Vorgaben eingehalten würden. Das vorsätzliche Handeln der Mitarbeiter, Organe und Erfüllungsgehilfen der Bekl. sei der Bekl. zuzurechnen. Das Software-Update sei keine taugliche Nachbesserung, sondern auch noch mit zahlreichen Nachteilen verbunden, wie etwa einem Leistungsverlust und einem gestiegenen Kraftstoffverbrauch des Fahrzeugs.

Nach einseitiger Teil-Erledigungserklärung in Höhe von 886,60 € im Hinblick auf die seit Klagerhebung gefahrene Fahrstrecke hat der Kl. beantragt:

1. Die Bekl. wird verurteilt, an ihn € 15574,64 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 7.10.2020 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkw Mercedes-Benz E 200 CDI EU 5, FIN:xxx.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Bekl. mit der Rücknahme des im Klagantrag zu 1. genannten Pkw im Annahmeverzug befindet.

3. Die Bekl. wird verurteilt, ihn von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 1100,51 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 7.10.2020 freizustellen.

Die Bekl. hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie ist den Behauptungen und Rechtsmeinungen des Kl. umfassend entgegengetreten. Der KBA-Rückrufbescheid sei nicht bestandskräftig. Das KBA habe lediglich eine nachträgliche Nebenbestimmung angeordnet, von der das Fahrzeug des Kl. betroffen sei. Die Ansprüche seien außerdem verjährt. Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil vom 5.5.2022 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht u.a. ausgeführt, aus dem KBA-Rückrufbescheid lasse sich kein vorsätzliches oder gar sittenwidriges Verhalten der Bekl. ableiten.

Hiergegen wendet sich der Kl. mit der Berufung.

Er hat zunächst mit der Berufungsbegründung vom 1.7.2022 beantragt, das angefochtene Urteil zu ändern und die Bekl. zu verurteilen, an ihn 12937,93 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 7.10.2020 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkws Mercedes-Benz E 200 CDI EU 5, FIN: xxx sowie festzustellen, dass sich die Bekl. mit der Rücknahme des im Klagantrag zu 1. genannten Pkw im Annahmeverzug befindet.

Mit Vertrag vom 8.3.2023 hat der Kl. das streitgegenständliche Fahrzeug bei einem KM-Stand von 165000 km zum Preis von 5500 € an einen privaten Käufer aus Berlin weiterveräußert.

Nachdem der Senat den Kl. mit Verfügung vom 14.7.2023 auf die geänderte BGH-Rechtsprechung vom 26.6.2023 (Vla ZR 335/21; Vla ZR 533/21 und VI ZR 1031/22) hingewiesen und die Möglichkeit zur Antragsanpassung gegeben hat, beantragt der Kl. nunmehr, das angefochtene Urteil aufzuheben und

1. die Bekl. zu verurteilen, an ihn 6285,64 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 7.10.2020 zu bezahlen,

hilfsweise

die Bekl. zu verurteilen, an die Klagepartei einen vom Gericht gem. § 287 ZPO zu schätzenden Betrag, mindestens aber 5 % des Kaufpreises des PKW Mercedes-Benz E 200 CDI EU 5, FIN: xxxxx nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zahlen,

2. die Bekl. zu verurteilen, ihn von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 1100,51 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 7.10.2020 freizustellen.

Im Übrigen erklärt der Kl. den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt.

Die Bekl. widerspricht der einseitigen Erledigungserklärung und beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Vorbringens im Berufungsrechtszug wird auf die zweitinstanzlich gewechselten Schriftsätze, die gerichtlichen Hinweise vom 5.7.2022, 8.8.2022, 14.7.2023 und 1.9.2023 sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2023 Bezug genommen. Mit Verfügung vom 1.9.2023 hat der Senat den Kl. drauf hingewiesen, dass im Hinblick auf den geschätzten Restwert des Fahrzeugs zum Verkaufszeitpunkt (März 2023) i.H.v. mindestens 9350 € kein Schaden erkennbar sei.

Aus den Gründen

Die Berufung des Kl. ist unbegründet. Das zuständige Landgericht hat im Ergebnis zutreffend die Klage abgewiesen. Schadenersatzansprüche des Kl. ergeben sich weder aus §§ 826, 31 BGB noch aus §§ 823 Abs.2 BGB i.V. mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV. Nach der geänderten Rechtsprechung des BGH

(Urteile vom 26.6.2023 VI a ZR 335/21, Vla ZR 533/21 und Vla ZR 1031/22)

kann der Geschädigte zwar nunmehr auch bei einer fahrlässigen Schutzgesetzverletzung kleinen Schadenersatz (Differenzschaden) in einer Bandbreite von 5 bis 15 % des gezahlten Kaufpreises erhalten, jedoch liegen die Voraussetzungen für einen solchen Schadenersatzanspruch in diesem Fall nicht vor.

Soweit der Kl. seine Sachanträge mit Blick auf die am 26. Juni 2023 verkündeten Urteile des Bundesgerichtshofes in den Rechtssachen Vla ZR 335/21, Vla ZR 533/21 und Vla ZR 1031/26 bereits mit Schriftsatz vom 31.7.2023 sowie nachfolgend im Termin der mündlichen Verhandlung angepasst hat und nunmehr nicht mehr den großen Schadenersatz, sondern Ersatz des Differenzschadens (= „kleiner“ Schadenersatz) verlangt, handelt es sich um eine nach §§ 525, 264 Nr. 2, Nr. 3 ZPO zulässige Antragsänderung. Denn damit hat er seinem Klagebegehren lediglich eine andere Methode der Schadensberechnung zugrunde gelegt, die im Kern ebenfalls

an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrages anknüpft

(vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, Rdn. 45).

Dies ist kein Fall einer Klageänderung i.S.v. §§ 533, 263 ZPO. Die Zulässigkeit einer Modifizierung des Klageantrags gemäß § 264 Nr. 2 oder 3 ZPO auch in der Berufungsinstanz entspricht dem Zweck der Ausnahmvorschrift, der die prozess-ökonomische und endgültige Erledigung des Rechtsstreits zwischen den Parteien fördern will. Auch der Sinn und Zweck des § 533 ZPO erfordert nicht dessen Anwendung auf § 264 ZPO im Berufungsverfahren

(vgl. BGHZ 158, 295, 307; BGH, Urteil vom 22. April 2010 – IX ZR 160/09 –, juris; OLG Naumburg, Urteil vom 4.8.2023, 7 U 77/22, Rn. 25, juris).

Der Kl. hat außerdem unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Feststellung der Erledigung, wie er nun anstelle der zunächst angekündigten Anträge beantragt hat. Zum einen liegt in der bloßen Rechtsprechungsänderung kein erledigendes Ereignis i.S.v. § 91a ZPO

(OLG Frankfurt/M, Beschluss vom 10.7.2023, 3 U 40/23; Zöller/Althammer, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 91a, Rn. 5).

Zum anderen steht und stand dem Kl. kein Anspruch auf „großen“ Schadenersatz durch Rückabwicklung des ungewollten Vertrages zu. Auch der nun mit dem geänderten Klagantrag zu Ziffer 1 geltend gemachte Anspruch auf „kleinen“ Schadenersatz ist unbegründet, weil der Kl. im konkreten Fall infolge des vollständigen Ausgleichs des Differenzschadens im Wege der Vorteilsausgleichung keinen Schaden nachgewiesen hat.

Im Einzelnen:

1. Dem Kl. steht kein Schadenersatzanspruch aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. §§ 826 Abs. 1, 31 BGB zu. Sittenwidrig i.S.v. § 826 BGB 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. Dafür genügt es im Allgemeinen 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 zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht

(BGH, Urteil vom 25.5.2020, VI ZR 252/19, Rn. 15 m.w.N.).

Zwar kann in dem Inverkehrbringen eines Fahrzeugs, das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen ist, grundsätzlich eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung liegen. Hierzu ist zunächst jedoch darzulegen, dass das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen ist. Dafür sind konkrete, greifbare Anhaltspunkte anzuführen, auf die der Kl. seinen dahingehenden Verdacht stützt

(BGH, Beschluss vom 28.1.2020, VIII ZR 57/19, juris Rn. 10, NJW 2020, 1740).

Allein der in dem Verbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung zu sehende Gesetzesverstoß ist für sich genommen noch nicht geeignet, ein Verhalten als besonders verwerflich erscheinen zu lassen

(vgl. BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rn. 15, BGH, Beschluss vom 9.3.2021, VI ZR 889/20, juris Rn. 26).

Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Ab-

sichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Dabei ist das Kriterium der Prüfstandbezogenheit grundsätzlich geeignet, um zwischen nur unzulässigen Abschaltvorrichtungen und solchen, deren Implementierung die Kriterien einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung erfüllen können, zu unterscheiden

(BGH, Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 179/21, juris Rn. 11; Beschluss vom 29.9.2021, VII ZR 126/21, juris Rn. 12, 18 m.w.N.).

Gleiches gilt für den Fall des Vorliegens eines Verschleierns der für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Abschaltvorrichtung maßgeblichen Umstände gegenüber dem KBA im Typgenehmigungsverfahren

(vgl. BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rn. 24, NJW 2021, 921; OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 38–40).

2. Diese Voraussetzungen sind durch die Ausführungen des Kl. nicht hinreichend dargelegt.

a) Thermofenster

(vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 30.11.2021, 7 U 36/21, juris Rn. 53 ff.)

Die „Thermofenster-Problematik“ ist mittlerweile von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt

(vgl. BGH, Beschluss vom 29.9.2021, VII ZR 223/20; BGH, Beschluss vom 29.9.2021, VII ZR 126/21; BGH, Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 50/21).

Hinsichtlich der von der Außentemperatur abhängigen Steuerung der Abgasrückführung („Thermofenster“) setzt die Annahme objektiver Sittenwidrigkeit jedenfalls voraus, dass die handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen

(BGH, Urteil vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 19).

Für ein solches Vorstellungsbild liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte vor. Es fehlt auch am subjektiven Schädigungsvorsatz i.S.v. § 826 BGB.

Die Bekl. hat die temperaturabhängige Funktionsweise des AGR-Systems damit begründet, dass bei niedrigeren Temperaturen wegen des Temperaturgefälles die Versottung des AGR-Systems und damit die Beschädigung des Motors drohten. Die Rechtsfrage, ob eine temperaturabhängige Reduzierung der Abgasrückführung eine unzulässige, durch die Vermeidung längerfristiger Motorschäden nicht gerechtfertigte, Abschaltvorrichtung darstellt, war bis zum Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17.12.2020 (C-693/18) umstritten. Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage ist nicht dargetan, dass sich den für die Bekl. tätigen Personen insoweit eine Schädigung des Kl. hätte aufdrängen müssen

(BGH, Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 50/21, Rn. 19).

Deshalb kann auch nicht angenommen werden, dass die Bekl. beim Einbau des „Thermofensters“ die Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bewusst missachtet hat

(OLG Schleswig, Urteil vom 30.11.2021, 7 U 36/21, juris Rn. 58; OLG Köln, Urteil vom 18.02.2021, 18 U 19/20, juris Rn. 34).

Es ist auch nicht dargelegt, dass bereits im Typgenehmigungsverfahren gegenüber dem KBA falsche oder bewusst unzureichende Angaben gemacht worden sind. Gegen die Sittenwidrigkeit spricht bereits der Umstand, dass selbst das zuständige KBA entsprechende Angaben der Bekl. nicht als unzureichend beanstandet hat

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.3.2021, 16a U 451/19).

Selbst wenn die Bekl. im Genehmigungsverfahren – erforderliche – Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, wäre die Genehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu

erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtungen im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen

(BGH, Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 50/21, Rn. 16 m.H.a. OLG München, Beschluss vom 1.3.2021, 8 U 4122/20; OLG Schleswig, Urteil vom 30.11.2021, 7 U 36/21, juris Rn 57; a.A. wohl 1. Zivilsenat OLG Schleswig, Urteil vom 28.8.2020, 1 U 137/19, juris Rn. 62 ff.).

Der Gesetzgeber hat erst im Mai 2016, mithin nach Erteilung der Emissionstypgenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug, durch die Verordnung (EU) Nr. 2016/646 die Anforderungen an entsprechende Herstellerangaben im Typgenehmigungsverfahren verschärft. Nunmehr sind Angaben über „Standard-Emissionsstrategien“ (BES) sowie „zusätzliche Emissionsstrategien“ (AES) erforderlich.

b) Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR)

Auch im Hinblick auf die KSR vermag der Vortrag des Kl. die Annahme einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung i.S.v. §§ 826, 31 BGB nicht zu begründen. Selbst wenn man insoweit den Verbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung annehmen wollte (s.u.), begründet die Verwendung einer KSR – wie das Thermofenster – noch kein vorsätzliches sittenwidriges Verhalten. Vielmehr müssten auch hier weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für den Motorenhersteller handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen

(BGH, Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 179/19, juris Rn. 22).

Auch hierzu muss der Kl. greifbare Anhaltspunkte dargun. Daraus fehlt es vorliegend

(vgl. OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 50–51 zu dem Fahrzeug GLK 220 CDI, EZ 30.72014, OM 651, Euro 5).

Beim geregelten Kühlmittelthermostat handelt es sich gerade nicht – wie bei dem manipulierten VW Motor EA 189 – um eine Softwarelogik, die den Prüfstandsmodus erkennt und deshalb die Intensität der Abgasreinigung davon abhängig macht, ob sich das Fahrzeug gerade auf dem Prüfstand oder im Straßenbetrieb befindet. Vielmehr ist der geregelte Kühlmittelthermostat sowohl im realen Straßenbetrieb als auch auf dem Prüfstand aktiviert und dient gerade der Reduktion von Emissionen beim Kaltstart. In Parallelverfahren vor dem OLG Stuttgart

(Urteil vom 11.12.2020, 3 U 101/18)

und vor dem LG Stuttgart

(Urteil vom 19.10.2020, 6 O 139/18)

haben zwei verschiedene Sachverständige den geregelten Kühlmittelthermostaten technisch untersucht und deshalb nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung qualifiziert. Die Beanstandung des KBA bezog sich im Übrigen auch nur darauf, dass die KSR sicher im Prüfzyklus zur Anwendung komme, dies außerhalb der Randbedingungen des Prüfzyklus bei normalen Betriebsbedingungen dagegen „oft“ nicht der Fall sei. Dass die KSR sich aufgrund der konkreten Bedatung im Straßenbetrieb „oft“ nicht oder auch nicht besonders lang auswirken mag, genügt für die Annahme einer Prüfstandbezogenheit nicht

(vgl. BGH, Beschluss vom 29.9.2021 – VII ZR 126/21 –, juris Rn. 17; OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 52, juris).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Verwendung einer Timer-Funktion im Zusammenhang mit der KSR. Nach dem Vortrag der Bekl. geht nämlich die applizierte Betriebsdauer über die Zeitdauer des Prüfzyklus hinaus

(vgl. OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 53–54).

Die KSR könne – so die Bekl. – häufig im realen Straßenbetrieb einen verhältnismäßig längeren Warmlauf gewährleisten und so für einen besseren Ausgleich von Stickoxiden und Rußpartikeln sorgen.

Es ist auch nicht dargelegt, dass die Bekl. bezüglich der KSR Mitteilungspflichten an das zuständige KBA bewusst verletzt hat. Die Typgenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug datiert vom 18.2.2011. Damals gab es lediglich grobmaschige Erklärungsspflichten des Herstellers im Typgenehmigungsverfahren entlang der gesetzlichen Mustervorgaben. Eine Offenlegung oder gar nähere Beschreibung von Emissionsstrategien oder Abschaltvorrichtungen (sog. AES/BES-Dokumentation) war gesetzlich nicht vorgesehen

(vgl. amtliche Auskunft des KBA vom 18.3.2021, Anlage BB 6).

Die Bekl. hat – nach eigenem Vortrag – die in der Praxis des KBA erwarteten und in den gesetzlichen Mustervorgaben vorgesehenen Angaben gemacht, sodass es für ein bewusstes Verheimlichen keine Anhaltspunkte gibt. Eine Offenlegung bzw. Beschreibung von Emissionsstrategien wurde erst mit EU-Verordnung 2016/646 ab dem 16.5.2016 eingeführt, mithin erst deutlich nach der Erteilung der streitgegenständlichen Typgenehmigung. Im Übrigen gilt auch hier, dass die Behörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen wäre, etwaige aus ihrer Sicht fehlende Angaben zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung zu prüfen

(OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 58)

c) On-Board-Diagnosesystem (OBD)

Bei dem vom Kl. beanstandeten OBD handelt es sich nicht um eine Abschaltvorrichtung. Der Kl. verkennt, dass Aufgabe des OBD allein ist, Fehler des Emissionssystems zu melden. Verdeckte, unzulässige, bewusst eingebaute bzw. programmierte Abschaltvorrichtungen aufzudecken ist hingegen nicht Aufgabe des OBD

(OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 66; OLG Hamm, Urteil vom 28.1.2021, I-18 U 21/20, juris Rn. 162 ff.; vgl. auch BGH, Urteil vom 8.12.2021, VIII ZR 190/19, juris Rn. 91).

Das „OBD-System“ ist ein System für die Emissionsüberwachung, das in der Lage ist, mithilfe rechnergespeicherter Fehlercodes den Bereich von Fehlfunktionen anzuzeigen (Art. 3 Nr. 9 VO 715/2007/EG). Alle Neufahrzeuge mit Dieselmotor müssen seit Januar 2003 mit einem solchen System ausgestattet sein (Art. 4 Nr. 1 VO 692/2008/EG). In Art. 4 Nr. 2 VO 692/2008/EG wird verlangt, dass es so ausgelegt, gebaut und im Fahrzeug installiert ist, dass es in der Lage ist, während der gesamten Lebensdauer des Fahrzeugs bestimmte Arten von Verschlechterungen oder Fehlfunktionen zu erkennen. Die UN/ECE-Regelung Nr. 83 sieht in der zum 23. Juni 2011 in Kraft getretenen Fassung (ABl. 2012 L 42/1, S. 174) im Anhang XI vor, dass das OBD-System die Fehlfunktionen eines emissionsrelevanten Bauteils oder Systems anzeigen muss, wenn diese Fehlfunktion dazu führt, dass die Abgasemissionen bestimmte Schwellenwerte (NOx 540 mg/km für Euro 5-Fahrzeuge und 240 mg/km bei Euro 6-Fahrzeugen gem. Anhang XI Ziff. 2.31 zur VO 692/2008/EG) übersteigen. Das OBD-System soll insoweit jedoch nur Systemfehler melden, z.B. bei einem Ausfall emissionsrelevanter Bauteile oder Systeme, es ist jedoch nicht Aufgabe des OBD-Systems, konstante Messungen der Schadstoffemissionen vorzunehmen und bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte Signale zu setzen bzw. zu speichern

(OLG Schleswig, Hinweisbeschluss vom 10.12.2021, 7 U 166/21).

Insoweit kann deshalb offenbleiben, ob das OBD-System hier tatsächlich falsch programmiert ist. Selbst wenn dies – was der Senat für äußerst unwahrscheinlich hält – der Fall sein sollte, würde es sich um einen „schlichten“ Mangel des Fahrzeugs handeln, den ggf. der Verkäufer zu beseitigen hätte. Indes liegt weder eine unzulässige Abschaltvorrichtung vor, noch sind die Voraussetzungen eines deliktischen Anspruchs

gegen die Bekl. gegeben

(OLG Schleswig, Hinweisbeschluss v. 28.10.2021, 7 U 120/21).

Im Übrigen lässt die von der Klagepartei behauptete Manipulation des OBD nicht auf eine Täuschung des KBA schließen, denn der Kl. hat keine ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass dieses in seinem Fahrzeug aufgrund eines gezielten Eingriffs der Bekl. im Normalbetrieb nicht ordnungsgemäß funktioniert

(vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 3.2.2022, 7 U 90/21).

Er schließt dies lediglich daraus, dass die im Prüfstand einzuhaltenden Grenzwerte im Realbetrieb nicht eingehalten werden. Dass der Grenzwert auf dem Prüfstand eingehalten wird, stellt er hingegen nicht in Abrede

(vgl. insoweit auch OLG Köln, Urteil vom 30.6.2021, I-22 U 98/19, juris Rn. 60),

so dass es sich lediglich um eine Vermutung handelt, die offensichtlich ins Blaue hinein argumentiert

(vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 23.6.2021, 6 U 142/20, juris Rn. 114–117).

d) Rückruf vom 21.6.2019 / Ergänzungsbescheid vom 5.6.2020 wegen des verbauten „geregelten Kühlmittelthermostats“

Auch aus dem unstrittigen Vorliegen des o.g. Rückrufs vom 5.6.2020 lässt sich hier nicht auf ein verwerfliches Handeln der Bekl. schließen. Der BGH hat in Bezug auf den demselben Rückruf unterliegenden Fahrzeugtyp der Bekl. Mercedes Benz GLK 220 CDI 4MATIC mit dem Motor OM 651 (Euro 5) ausdrücklich entschieden, dass der Rückruf allein nicht ausreicht, um den Vorwurf der vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung im Sinne des § 826 BGB zu begründen

(vgl. BGH Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 99/21, BeckRS 2021, 38651 Rn. 25 bei Beck-online).

Für den BGH ist insoweit nämlich entscheidend, ob eine „Manipulationssoftware“ vorliegt, die „ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert“

(BGH, Hinweisbeschluss vom 29.9.2021, VII ZR 126/21, Beck RS 2021, 33038, Rn. 18).

Es müsse mithin eine sog. „manipulative Prüfstanderkennung“ vorliegen. Im Übrigen komme – so der BGH – eine Sittenwidrigkeit im Sinne von § 826 BGB erst dann in Betracht, wenn die für die Bekl. handelnden Personen das Bewusstsein gehabt hätten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen

(sog. Unrechtsbewusstsein; vgl. BGH Hinweisbeschluss vom 10.11.2021, VII ZR 415/21, Rn. 27; BGH Hinweisbeschluss vom 12.01.2022, VII ZR 424/21, Beck RS 2022, 7010, Rn. 33).

Eine – unterstellte – fahrlässige Verkennung der Rechtslage würde für die Annahme von Sittenwidrigkeit nicht ausreichen

(BGH, Urteile vom 16.9.2021, VII ZR 190/20 und VII ZR 286/20, Beck RS 2021, 30607 und 30338; BGH, Hinweisbeschluss vom 13.10.2021, VII ZR 179/21, Beck RS 2021, 38634, Rn. 18ff.)

Dass die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung trotz erfolgten Rückrufs unabhängig vom Prüfstandmodus funktioniert, ist vom OLG Koblenz für den Fahrzeugtyp Mercedes Benz GLK 220 CDI 4MATIC mit dem Motor OM 651 (Euro 5), der demselben Rückruf unterliegt wie das streitgegenständliche Fahrzeug, unter Hinweis auf gerichtskundige Schreiben des KBA, die ursprünglich in einem Gerichtsverfahren vor dem LG Stuttgart eingereicht wurden, festgestellt worden

(vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 28.12.2020, 12 U 406/20, BeckRS 2020, 40786, Rn. 38).

Dem Senat ist aus Parallelverfahren ein Schreiben des KBA an das Landgericht Koblenz vom 19.04.2021 für den streitgegenständlichen Motortyp bekannt, in dem dies gleichfalls bestätigt wurde. Diese Heranziehung im Rahmen der Tatsa-

chenfeststellung durch das OLG Koblenz hat die ausdrückliche Billigung des Bundesgerichtshofs gefunden

(vgl. BGH, Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 99/21, BeckRS 2021, 38651 Rn. 25).

Im vorgenannten Schreiben ist zur künstlichen Abkühlung des Kühlmittelkreislaufs ausgeführt:

„Eine Prüfstanderkennung wurde durch das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) nicht festgestellt. Die Funktion des geregelten Kühlmittelthermostats wird auch im Straßenbetrieb bei Vorliegen der Eintrittsbedingungen aktiviert. Die Funktion ist nicht notwendig um die Grenzwerte in der Typ-I-Prüfung einzuhalten.“

Die Bekl. hat mit Schriftsatz vom 29.7.2022 die technischen Hintergründe der im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten KSR und des KBA-Rückrufs vom 5.6.2020 – entsprechend der Auflage des Senats aus der Verfügung vom 5.7.2022 – nachvollziehbar erläutert. Anhaltspunkte für ein sittenwidriges Handeln der Bekl. mit einer strategischen Manipulationsentscheidung sind hiernach nicht ersichtlich. Ein solches könnte nur dann in Betracht gezogen werden, wenn das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer Umschaltlogik versehen wäre, die auf die Prüfstandsituation begrenzt die abgasreduzierende Technik in Form der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung in Kraft setzen würde

(vgl. OLG Koblenz Urteil vom 28.12.2020, 12 U 406/20, a.a.O., Rn. 36).

Dies ist hier aber nicht der Fall.

Im Unterschied zu einer sog. Umschaltlogik (wie sie im VW-Motor EA 189 verbaut war) beschreibt der Begriff „geregeltes Kühlmittelthermostat“ nur die Festlegung des Öffnungspunkts des Thermostats durch dessen elektrische Beheizung, so dass sich der Thermostat öffnet, bevor die Kühlmitteltemperatur den konstruktionsbedingten Öffnungspunkt erreicht. Das bewirkt, dass der große Kühlkreislauf früher angesteuert wird und das Kühlmittel länger für die Erwärmung braucht. Die Regelung des Kühlmittelthermostats in den verschiedenen Motortypen wird von der Bekl. genutzt, um das Emissions-, Leistungs- und Verbrauchsverhalten des Motors zu optimieren. In der Motorenentwicklung war nämlich festgestellt worden, dass bei einer solchen verzögerten Erwärmung ein besseres Verhältnis zwischen Stickoxid- und Partikel-Emissionen („Trade-Off“) erreicht werden kann. Die Zylinderfüllung erhält in solchen Fällen mehr Sauerstoff, was wiederum zu einer Verbesserung der Rußpartikel-Oxidation führt. Die KSR senkt zu diesem Zweck den Sollwert für das Kühlmittel im betreffenden Bereich des Warmlaufs von 100 °C auf 70 °C ab, um früher mit der Kühlung zu beginnen und den vorteilhaften Temperaturbereich des Motors länger zu erhalten. Bis zum Erreichen von ca. 70 °C Kühlmitteltemperatur hat der Sollwert von 70 °C keine Auswirkungen.

Im Übrigen ist der Nutzen des geregelten Kühlmittelthermostats – so die Bekl. – auf bestimmte Betriebsbedingungen begrenzt, weshalb die Steuerungsparameter der KSR an bestimmten Rahmenbedingungen ausgerichtet sind:

- ein Dauerbetrieb der Funktion bei „betriebswarmem Motor“ ist technisch nicht sinnvoll möglich;
- die Regelung findet nur innerhalb eines gewissen Bereichs von Außentemperaturen Anwendung;
- ab einer bestimmten Höhe der Motoröltemperatur wird die Regelung nicht mehr eingesetzt;
- bei niedrigem Umgebungsdruck kommt die Regelung nicht zur Anwendung;
- hohe Drehzahlen und Lasten führen dazu, dass die Funktion nicht aktiviert wird.

Der dauerhafte KSR-Einsatz birgt zudem bestimmte Risiken, die sich aus den physikalisch-technischen Grenzen der

Abgasrückführung ergeben. Je weiter das geregelte Kühlmittelthermostat über seine Aktivierungsbedingungen hinaus betrieben wird, umso mehr steigen diese Risiken (Risiko der Ölverdünnung als Folge der Regeneration des Diesel-Partikel-Filters; das Risiko reduzierter Schmierfähigkeit bei Verlust der Ölqualität; das Risiko von Ablagerungen).

Aus den technischen Ausführungen der Bekl. ergibt sich, dass es für das geregelte Kühlmittelthermostat von vorneherein nur einen beschränkten Anwendungsbereich gibt und dass zudem die aufgezeigten Risiken bei dessen konkreter Ausgestaltung zu berücksichtigen sind. Daraus resultieren bestimmte Steuerungsparameter, die so miteinander verknüpft sind, dass die KSR entweder von vornherein nicht aktiviert oder deaktiviert wird, sobald eine der Bedingungen nicht (mehr) gegeben ist. Zu Recht weist die Bekl. darauf hin, dass es sich bei den konkreten Bedatungen der Steuerungsparameter im streitgegenständlichen Motor um ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, die eine noch weitergehende Offenlegung der Daten nicht rechtfertigt. Im Übrigen hat die Bekl. mit Schriftsatz vom 29.7.2022 die Aktivierungsbedingungen der KSR offengelegt, die unstreitig nicht mit den Prüfstandbedingungen identisch sind: Außentemperaturen (das geregelte Kühlmittelthermostat wird bei niedrigen Außentemperaturen < 15 °C und bei hohen Temperaturen > von 35 °C nicht aktiviert); Ansauglufttemperatur (> 15 °C bzw. > 50 °C); Umgebungsdruck (< 792 hPa, dies entspricht einer Höhe von ca. 2000 Metern); partikelintensive Last- und Drehzahlkombinationen (Deaktivierung > 3000 1/min); Motoröltemperatur (Deaktivierung der KSR, wenn die Temperatur des sich langsam erheizenden Motoröls der Schmelztemperatur des Wachses im Kühlmittelthermostat annähert); Timer (die maximale Betriebsdauer der KSR ist in zeitlicher Hinsicht beschränkt, wobei die Betriebsdauer auch länger oder kürzer sein kann als die Dauer der gesetzlichen Prüfung).

Die Steuerung des Kühlmittelthermostats erfolgt nach allem unabhängig davon, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im Straßenbetrieb befindet. Die KSR kann deshalb auch eine tatsächliche Emissionsverbesserung im Straßenbetrieb bewirken. Im Übrigen sind hier – anders als in Fällen der VW-Umschaltlogik bei dem Motor EA 189 – auch nur bestimmte Teile der entsprechenden Fahrzeugpopulation (hier Dieselmotoren OM 651, Euro 5), in denen die Regelung des Kühlmittelthermostats erfolgt, wegen der vom KBA beanstandeten Grenzwertkausalität von einem Rückruf betroffen (hier ca. 20 %). Diese Einordnung bestätigt auch das KBA

(vgl. amtliche Auskunft des KBA vom 18.2.2021 betreffend einen E 220 CDI mit Motor OM 651, Euro 5).

Die KSR stellt im Übrigen auch bei den vom Rückruf betroffenen Fahrzeugen – wie hier – keine Funktion dar, ohne die die Einhaltung der Grenzwerte nicht möglich wäre. Dies belegt das inzwischen zur Verfügung stehende und vom KBA auch freigegebene Software-Update, das auf dem streitgegenständlichen Fahrzeug bereits aufgespielt ist. Nach dem Update halten die Fahrzeuge auch ohne die vom KBA in Einzelfällen beanstandete Funktion die Grenzwerte ein. Eine Stilllegung des Fahrzeugs ist deshalb nicht zu befürchten. Das Software-Update hat – so die Bekl. nach umfangreichen Untersuchungen und Erprobungen – auch keinen relevanten Einfluss auf die zertifizierten Werte zum Kraftstoffverbrauch und zu CO₂-Emissionen und auch nicht auf die Motorleistung, das Drehmoment, die Geräuschemissionen und die Dauerhaltbarkeit des Fahrzeugs. Schließlich hat das KBA das Software-Update mit Bescheid vom 3.7.2020 genehmigt.

Der Kl. hat mangels Darlegung einer „strategischen Manipulationsentscheidung“ der Bekl. die nach § 826 BGB er-

forderliche Sittenwidrigkeit nicht belegt. Es ist nicht dargelegt, dass die Bekl. – trotz der vereinzelt erfolgten KBA-Rückrufe bei Motoren OM 651 Euro 5 – eine bewusste und strategische Entscheidung zur Verwendung einer manipulativen Prüfstanderkennung getroffen hat, um gesetzliche Grenzwerte einhalten zu können und das KBA systematisch zu täuschen. Selbst wenn tatsächlich eine größere Stückzahl von Fahrzeugen mit unzulässigen Funktionen ausgestattet war, würde dies allein noch keine besondere Verwerflichkeit begründen. Zum einen sind große Stückzahlen einer industriellen Massenproduktion immanent, zum anderen ist ein massenhaftes, systematisches Vorgehen vom Kl. nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Gegen eine strategische Manipulationsabsicht der Bekl. spricht insbesondere der Umstand, dass viele Modelle des Typs OM 651, Euro 5 (> 80 %) trotz des Einsatzes eines geregelten Kühlmittel-Thermostats nicht von einem Rückruf des KBA betroffen sind. Wenn es bei der Bekl. strategische Überlegungen in Hinblick auf den entwickelten Motor gegeben hätte, mit einer Umschaltlogik in der Prüfstandsituation zu täuschen, dann müsste eine solche strategische Entscheidung auch auf alle anderen Ausführungen des streitgegenständlichen Motors zutreffen, was jedoch unstreitig nicht der Fall ist.

Zudem fehlt es auch an der Darlegung eines entsprechenden Schädigungsvorsatzes der Bekl. i.S.v. § 826 BGB. Dazu wäre eine konkrete Darlegung erforderlich gewesen, warum Organe der Bekl., deren Wissen sie sich analog § 31 BGB zurechnen lassen müsste, die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung und einen Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften dadurch zumindest billigend in Kauf genommen haben sollen. Soweit der Kl. aus dem massenhaften In-Verkehr-Bringen des beanstandeten Fahrzeugtyps auf vorsätzliches Handeln schließt, ist dieser Rückschluss unzulässig. Solche Folgen sind nämlich einer industriellen Massenproduktion immanent und lassen keine Schlüsse auf die innere Tatseite der Verantwortlichen zu, weil sich jeder Konstruktionsfehler bei der Produktion eines Massenguts zwangsläufig auch massenhaft auswirkt.

2. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB ist nicht gegeben. Die Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage sind nicht erfüllt, weil bereits eine vorsätzliche Täuschung des Kl. durch die Bekl. nicht festgestellt werden kann (s.o.).

Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 831 BGB besteht nicht. Es fehlt aus den dargelegten Gründen an der erforderlichen Verwirklichung des objektiven Tatbestands einer unerlaubten Handlung i.S.d. §§ 826, 823 Abs. 2 BGB, 263 Abs. 1 StGB durch einen Verrichtungsgehilfen der Bekl.

(vgl. OLG Hamm, Urteil vom 1. September 2023, 30 U 78/21, juris Rn. 68).

3. Ein Anspruch auf „großen“ Schadensersatz durch Rückabwicklung des Vertrags ergibt sich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1, EG-FGV bzw. Art. 5 VO 715/2007/EG. Zwar hat der EuGH mit der Entscheidung vom 21.3.2023 (Az. C-100/21) festgestellt, dass Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG sowie die §§ 6 Abs. 1 und 27 Abs. 1 EG-FGV neben den allgemeinen Rechtsgütern auch die Einzelinteressen des individuellen Käufers gegenüber dem Hersteller eines PKW schützen, wenn dieses Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne dieser Vorschrift ausgestattet ist. Daraus folgt jedoch kein Anspruch auf Gewährung von „großem“ Schadensersatz. Denn die v.g. EU-Normen schützen zwar das Vertrauen des Käufers auf die Übereinstimmung des Fahrzeugs mit allen maßgebenden Rechtsakten beim Fahrzeugkauf. Der Schutz erstreckt sich aber nicht auf das Interesse des Käufers, nicht an dem Vertrag

festgehalten zu werden

(BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 19 ff).

Der Vertragsabschluss stellt keinen Schaden dar, der gerade durch die Verletzung dieses Schutzgesetzes verursacht worden ist. Denn in Bezug auf die Folgen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung für den Käufer hat der EuGH die den Käufer treffende Unsicherheit hinsichtlich der Möglichkeit, das Fahrzeug anzumelden, zu verkaufen oder in Betrieb zu nehmen, in den Blick genommen und ausgeführt, die Unzulässigkeit der Abschalteneinrichtung könne letztendlich zu einem Schaden beim Käufer führen

(EuGH, a.a.O., Rn. 84),

der durch die nationalen Gerichte festzustellen sei. Zugleich hat der EuGH nur den Ersatz des dem Käufer tatsächlich entstandenen (Differenz-)Schadens verlangt

(EuGH, a.a.O., Rn. 96).

Dies trägt auch dem unterschiedlichen Unwertgehalt einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung einerseits und einer schuldhaften Schutzgesetzverletzung andererseits Rechnung

(siehe insgesamt dazu BGH, Urteil vom 26.6.2019, juris Rn. 22 ff.; OLG Frankfurt /M, Hinweisbeschluss vom 10.7.2023, 3 U 40/23).

4. „Kleiner“ Schadensersatz aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V. Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007, § 6 Abs. 1, § 27 I EG-FGV als Schutzgesetz

a) Drittschutz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB

Nach den Urteilen des BGH vom 26.6.2023 (VIa ZR 335/21; VIa ZR 533/21 und VI ZR 1031/22), die im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 21.3.2023 (C-100/21) ergangen sind, ist das unionsrechtlich geschützte Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart geschützt.

Entgegen der Auffassung der Bekl. fehlt es insoweit auch nicht an den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG für den Erlass der v.g. Verordnungen. Gesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist nicht nur ein Gesetz im formellen Sinne, sondern gemäß § 2 EGBGB jede Rechtsnorm. Ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz kann mithin jede Norm des objektiven Rechts sein, sofern darin ein bestimmtes Gebot oder Verbot ausgesprochen wird

(vgl. BGH, Urteil vom 26.3.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 32).

Die Bekl. vermag auch nicht mit Erfolg geltend zu machen, die Bundesministerien für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung sowie des Innern seien nicht ermächtigt gewesen, die Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.9.2007 mit der Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge (EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung – EG-FGV) in deutsches Recht umzusetzen, wenn diese Richtlinie – wie vom Europäischen Gerichtshof und nachfolgend auch vom Bundesgerichtshof angenommen – auch Normen mit drittschützender Wirkung beinhaltet. Dass eine – hinreichende – grundsätzliche Ermächtigung zur Umsetzung dieser Rahmenrichtlinie betreffend die Genehmigung von Kraftfahrzeugen bestanden hat, stellt auch die Bekl. nicht in Frage. Weshalb von dieser Ermächtigung aber Normen mit drittschützender Wirkung ausgenommen sein sollen, zeigt sie selbst nicht auf. Die drittschützende Wirkung rührt aus den europäischen Vorschriften – der Richtlinie – her. Zu deren Umsetzung sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet. Nur die Wahl der Form und Mittel

ist ihnen nach dieser Vorschrift überlassen. Dass der Gesetzgeber und Ermächtigende entgegen dieser seiner Verpflichtung nicht eine vollständige Umsetzung der Richtlinie gewollt haben könnte, da sie nicht nur die verkehrsrechtliche Genehmigung von Fahrzeugtypen, sondern darüber hinaus auch den Erwerber von Kraftfahrzeugen schützende Normen enthielt, ist nicht anzunehmen. Ermächtigte er zur Umsetzung einer solchen Richtlinie die vorbezeichneten Bundesministerien, ist daher davon auszugehen, dass diese Ermächtigung auch solche Normen betraf, die drittschützende Wirkung haben

(vgl. OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 77).

b) Unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung - Grenzwertkausalität unerheblich

Die Bekl. hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und damit gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen. Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausweist

(BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 34).

Entgegen der Auffassung der Bekl. steht der Annahme einer Abschalteneinrichtung nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 nicht entgegen, dass eine Funktion auch im Straßenbetrieb unter denselben Bedingungen dem Grunde nach wie auf dem Prüfstand arbeitet

(OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 82).

Gemäß Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 rüstet der Hersteller das Fahrzeug so aus, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Die Verwendung von Abschalteneinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 unzulässig. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist – insoweit auch abweichend von der Beurteilung durch das KBA – nicht die Einhaltung des Grenzwerts auf dem Prüfstand, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. Nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist eine Abschalteneinrichtung im Sinne dieser Verordnung und ihrer Durchführungsmaßnahmen nämlich ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige 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. Deshalb bedarf es insoweit nur eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und zwar jeweils unter Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des NEFZ auch bei veränderter Funktion eingehalten wurden, ist mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 hingegen nicht von Bedeutung

(BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 51).

c) Thermofenster – keine Fahrlässigkeit

aa) Ein Thermofenster, welches nach dem Vortrag der

Klagepartei bei Unterschreiten eines schon im Bereich von Durchschnittstemperaturen liegenden Schwellenwerts die Abgasrückführungsrate jedenfalls reduziert, stellt nach der Entscheidung des EuGH vom 21.3.2023 (Az. C-100/21, Rn. 58 ff.) eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar, ohne dass die Ausnahme aus Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) VO (EG) Nr. 715/2007 greift. Danach liegt nur dann keine unzulässige Abschaltvorrichtung vor, wenn diese Einrichtung gem. Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) VO (EG) Nr. 715/2007 notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

Zwar wären hier die Voraussetzungen des Motorschutzes und des sicheren Betriebs erfüllt. Ohne den Einbau eines Thermofensters kommt es nämlich – nach dem unbestrittenen Vortrag der Bekl. – bei einer Abgasrückführung bei niedrigen Außentemperaturen zur Kondensation von Abgasbestandteilen in den Bauteilen und damit zur Versottung, was zu einer dauerhaften Schädigung führen kann. Zum Schutz vor Beschädigung muss zwar nach der Ausnahmenvorschrift, wie die Konjunktion „und“ anzeigt, die Nichtgewährleistung des sicheren Betriebs des Fahrzeugs kommen. Zu dieser weiteren Voraussetzung hat die Bekl. vorgetragen, dass die Versottung auch zu Sicherheitsrisiken beim Fahrzeugbetrieb führt, wie z.B. einem plötzlichen Ausfall des Motors im Straßenverkehr. Dem EuGH nach läuft aber dennoch eine Abschaltvorrichtung wie die in der Regel durch die Hersteller verbauten Thermofenster, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre, offensichtlich dem mit der Verordnung verfolgten Ziel zuwider, von dem diese Bestimmung nur unter ganz besonderen Umständen eine Abweichung zulässt, und führt zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der NO_x-Emissionen von Fahrzeugen. Normale Betriebsbedingungen in diesem Sinne herrschen im Gebiet der Europäischen Union jedenfalls in einem Temperaturbereich von 0°C bis +30°C. Vorliegend wird die verstärkte Abgasreinigung (über KSR) nach den Darlegungen der Bekl. bereits außerhalb eines Temperaturbereichs von + 35 °C und < 15 °C reduziert (durch Nichtaktivierung der KSR). Unter diesen Voraussetzungen greift die Ausnahme aus Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) VO (EG) Nr. 715/2007 nicht ein, so dass das Thermofenster zumindest im vorliegenden Fall als unzulässige Abschaltvorrichtung gem. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist

(vgl. OLG Frankfurt/M, Beschluss vom 10.7.2023, S. 15).

bb) Gleichwohl kann der Bekl. hinsichtlich des Thermofensters kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden, da sie zur Überzeugung des Senats einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlag

(vgl. den Hinweis des Senats vom 14.7.2023).

Die Bekl. hielt das Thermofenster für rechtlich zulässig im Sinne des Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/07, da sie dessen Verwendung aus Bauteil- und Motorschutzgründen als technisch notwendig ansah.

Ein Verbotsirrtum stellt sich auch dann als unvermeidbar dar, wenn der Fahrzeughersteller zu seiner Entlastung darzulegen und erforderlichenfalls nachzuweisen vermag, dass seine Rechtsauffassung zu Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Aufsichtsbehörde bestätigt worden wäre (hypothetische Genehmigung). Danach genügt es, wenn die Fehlvorstellung des Schädigers durch die Auskunft der zustän-

digen Erlaubnisbehörde bekräftigt worden wäre, und zwar selbst dann, wenn gar kein Rat eingeholt wurde

(BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 65; Oberlandesgericht Naumburg, Urteil vom 4.8.2023, 7 U 77/22, juris Rn. 75–77).

Denn steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers bei der zuständigen obersten deutschen Behörde dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums aus

(BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 65).

Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass das KBA das von der Bekl. im Fahrzeug der Kl. implementierte Thermofenster auch dann nicht als unzulässig beurteilt hätte, wenn die Bekl. das KBA als gemäß § 2 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 3 Nr. 29 und Art. 4 Abs. 4 und Abs. 2 der RL 2007/46/EG diejenige Behörde, die in der Bundesrepublik Deutschland für die Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben zu sorgen hat, vor Erteilung der hier einschlägigen Typgenehmigung bzw. zum Kaufzeitpunkt um entsprechende Auskunft gebeten und dabei gegenüber dem KBA die Reichweite des Thermofensters konkret dargelegt hätte

(vgl. OLG Hamm, Urteil vom 2.8.2023, 30 U 23/21, juris Rn. 94).

Dem KBA ist nämlich die Verwendung von Thermofenstern seit Jahren bekannt, ohne dass es dies – unabhängig von seiner konkreten Funktionsweise – zum Anlass von Nachfragen, geschweige denn einer Beanstandung genommen hätte. Selbst über Jahre nach dem Bekanntwerden des sog. Dieselskandals und dem Auftreten öffentlicher Diskussionen über das Thermofenster wie auch seiner Zulässigkeit überhaupt oder der Reichweite seiner Zulässigkeit hat es insoweit jedenfalls dann keine Beanstandungen erhoben, wenn es – wie im vorliegenden Fall – nicht exakt auf die Prüfbedingungen des NEFZ zugeschnitten war. Vielmehr hat es erst aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 14.7.2022 –C-128/20 – zeitlich nachfolgend begonnen, Thermofenster hinsichtlich ihrer Reichweite einer kritischeren Überprüfung zu unterziehen und gegebenenfalls zu beanstanden. Die nationale Zulassungs- (Typgenehmigungs-) Behörde hat also – im Übrigen ebenso wie weitere europäische nationale Zulassungsbehörden, wie dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist – die maßgeblichen gesetzlichen Regelungen nicht anders verstanden als die Bekl., so dass ein Verschulden der Bekl. insoweit nicht gegeben ist

(vgl. OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, Rn. 99 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 28.7.2022, 13 U 329/21; OLG Hamm, Beschluss vom 21.6.2022, 28 U 114/21).

Dem entspricht, dass dem Bericht der vom Bundesverkehrsminister eingesetzten VW-Untersuchungskommission von April 2016 zu entnehmen ist, dass Thermofenster von allen Autoherstellern verwendet und dies mit dem Erfordernis des Motorschutzes begründet wurde. Nach Einschätzung der Untersuchungskommission handelte es sich bei der Verwendung eines Thermofensters um keine eindeutigen Gesetzesverstöße, sofern dem Motor ohne die Verwendung des Thermofensters Schaden drohe, „sei dieser auch noch so klein“

(vgl. BMVI, Bericht der Untersuchungskommission VW, Stand April 2016, S. 123)

Die Ausnahmenvorschrift des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 eröffnete damit unabhängig davon, dass sie nicht voraussetzt, dass keine andere technische Lösung möglich sein darf

(vgl. OLG Hamm, Urteil vom 6. Juli 2020 – 17 U 168/19, Rdn. 76 m.w.N.),

weite Auslegungsspielräume. In den Schlussfolgerungen und Empfehlungen des Bundestagsausschusses ist hierzu dementsprechend festgehalten worden, dass die in Art. 5 Abs. 2

S. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 aufgeführten Ausnahmen vom Verbot einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht eindeutig definiert seien (Seite 536 ff BT-Drs. 18/12900). Die Interpretation der Bekl. und anderer Automobilhersteller zur Zulässigkeit von Thermofenstern unter dem Aspekt des Motorschutzes wurde danach von offizieller Stelle zumindest zu jener Zeit für vertretbar gehalten

(vgl. BGH, Beschluss vom 15.9.2021, VII ZR 2/21; BGH, Beschluss vom 25.11.2021, III ZR 202/20, BeckRS 202/20, Rn. 15).

Bis zur Entscheidung des EuGH vom 17.12.2020 (Az. C-693/18) war mithin auch für die Bekl. nicht vorhersehbar, dass der Verbau eines Thermofensters möglicherweise gegen das Unionsrecht verstoßen und damit rechtswidrig sein könnte

(vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 4.8.2023, 7 U 77/22, juris Rn. 84).

Vor diesem Hintergrund geht der Senat im Hinblick auf das Thermofenster davon aus, dass die Bekl. einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlag und deshalb nicht fahrlässig handelte. Hätte sich die Bekl. an das KBA als zuständige Genehmigungsbehörde gewandt, hätte sie von dort die Auskunft erhalten, dass das im Fahrzeug verbaute Thermofenster nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizieren sei

(vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 1.8.2022, 7 U 176/21 – insoweit hat der BGH mit Beschluss vom 15.5.2023, VIa ZR 1317/22, die Nichtzulassungsbeschwerde der Klagepartei zurückgewiesen; BGH, Beschluss vom 15.5.2023, ZR 1023/22; ebenso: OLG Naumburg, Urteil vom 4.8.2023 – 7 U 77/22 –, Rn. 85, juris; OLG München, Beschluss vom 5.5.2023 – 27 U 1464/23, Rn. 15; OLG München, Hinweisbeschluss vom 18.4.2023 – 3 U 3704/22, BeckRS 2023, 8581; OLG Frankfurt, Urteil vom 22.9.2022 – 4 U 230/20, Rn. 39; OLG Frankfurt, Urteil vom 10.11.2022 – 16 U 53/21, Rn. 89; OLG München, Beschluss vom 12.10.2022 – 27 U 5002/22; OLG Bamberg Hinweisbeschluss v. 12.6.2023 – 1 U 35/23 e, BeckRS 2023, 13603; OLG Bamberg, Beschluss vom 28.7.2022 – 3 U 64/22 –, juris; OLG Bamberg, Beschluss vom 5.9.2022 – 8 U 68/22 –, juris; OLG Hamm, Beschluss vom 4.8.2022 – 21 U 106/21 –, juris, Rn. 12; OLG Hamm, Urteil vom 24.6.2022 – I-30 U 90/21 –, juris; OLG Schleswig, Beschluss vom 17.4.2023 – 12 U 42/22 –, juris; OLG Schleswig, Beschluss vom 18.07.2022 – 7 U 198/21, BeckRS 2022, 18482; OLG Dresden, Urteil vom 22.12.2022 – 4 U 1415/22, juris Rn. 38; Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 20.4.2023 – 1 U 1472/22 –, juris).

Die gegenteilige Auffassung des OLG Karlsruhe

(Urteil vom 15.9.2023, 8 U 383/21, juris Rn. 55 ff.),

der Hersteller habe einen Verbotsirrtum insoweit nicht ausreichend dargelegt, überzeugt nicht (dort ging es um einen Audi A5 3.0 TDI mit dem Dieselmotor EA 896 Gen. 2, Euro 5 mit einem sehr engen Thermofenster, bei dem die sog. „Abrampung“ bereits bei Temperaturen < 17 °C und > 30 °C begann)

An der Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ändert auch der Umstand nichts, dass das KBA mit Blick auf die eigene gegenteilige Auffassung zur Zulässigkeit von Thermofenstern nunmehr angekündigt hat, Thermofenster im Hinblick auf die Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 14. Juli 2022 (Az. C-134/20) bzw. auf die Entscheidung des VG Schleswig vom 20.2.2023 (Az. 3 A 113/18) erneut zu untersuchen. Abgesehen davon, dass das Ergebnis einer solchen Untersuchung offen ist, ist eine solche, erst im Nachhinein durch die neuere Rechtsprechung des EuGH angestoßene Untersuchung ersichtlich ohne jede Relevanz dafür, wie die hypothetische Antwort im Zuge des Typgenehmigungsverfahrens bzw. zum Kaufzeitpunkt ausgefallen wäre

(OLG Naumburg, Urteil vom 4.8.2023 – 7 U 77/22 –, juris Rn. 87 m.w.N.).

d) KSR – Fahrlässigkeit

aa) Wie beim Thermofenster handelt es sich auch bei der im streitbefangenen Fahrzeug verbaute KSR um eine unzulässige Abschaltvorrichtung.

Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass mittels der KSR während des Warmlaufs des Motors der Sollwert des Kühlmittels von ca. 100 °C auf 70 °C abgesenkt wird. Nach Darstellung der Bekl. wird hierdurch ein verhältnismäßig längerer Warmlauf gewährleistet und so ein besserer Ausgleich von

Stickoxiden und Partikeln und damit eine stärkere Reduktion von Emissionen in der Kaltstartphase bewirkt. Dies führt dazu, dass sich die Aufwärmung des Motoröls und zugleich des Gesamtsystems verzögert, in der Folge bleibt eine höhere Abgasrückführungsrate möglich. Jedenfalls unter den Prüfstandbedingungen des nur rund 20 Minuten dauernden NEFZ dürften dadurch die Stickoxidwerte sicher unterhalb des gesetzlichen Grenzwertes bleiben, dies wiederum um den Preis einer vorübergehend stärkeren Versottung der innermotorischen Bauteile. Die Funktion wird mittels eines sog. Timers deaktiviert, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Bedingungen des Fahrbetriebes verringert wird. Sie wird mithin nach Ablauf der applizierten Betriebsdauer im laufenden Betrieb endgültig abgeschaltet, wodurch sich die NOx-Emissionen wieder erhöhen. Die maximal applizierte Betriebsdauer mag – zugunsten der Bekl. hier unterstellt – länger sein als die gesetzliche Prüfung. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die KSR nach Ablauf eines gewissen Zeitraums deaktiviert wird und folglich nicht durchgängig unter normalen Betriebsbedingungen funktioniert. Vielmehr ist ihre Funktion nach der eigenen Darstellung der Bekl. von vornherein nur auf einen kurzen Zeitraum begrenzt. Da eine solche Abschaltvorrichtung nur ausnahmsweise zulässig ist, dürfte auch davon auszugehen sein, dass eine solche grundsätzlich im EG-Typgenehmigungsverfahren – auch ohne konkrete Fragen im formalisierten Antragsverfahren – offen zu legen ist, da nur dann die Typgenehmigungsbehörde in die Lage versetzt wird, ihre ausnahmsweise Zulässigkeit zu prüfen

(vgl. OLG Frankfurt/M, Hinweisbeschluss vom 10.7.2023, 3 U 40/23, S. 17).

Solche Technologien, die die Emissionen schon im Vorhinein, d.h. bei ihrer Entstehung verringern, sind sog. Emissionskontrollsysteme im Sinne des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007

(vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18 –, juris Rn. 69 ff., NJW 2021, 1216).

Aus alledem folgt, dass es sich bei der KSR um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt

(so auch OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 88; OLG Frankfurt/M, Hinweisbeschluss vom 10.7.2023, 3 U 40/23, S. 17 ff.).

Nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 müssen die Bauteile, die das Emissionsverhalten des Fahrzeuges voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sein, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Einrichtungen, die nur kurzfristig und nicht während der gesamten Fahrt unter normalen Betriebsbedingungen arbeiten, sind nach Art. 5 Abs. 2 lit. b VO (EG) 715/2007 hingegen grundsätzlich nur dann zulässig, wenn sie (nur) zum Anlassen des Motors erforderlich sind. Aus der Zusammenschau dieser beiden Regelungen wie aber auch dem Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007, nämlich dem grundsätzlichen Verbot von Abschaltvorrichtungen

(EuGH, Urteil vom 21.3.2023 – C-100/21 –, juris Rn. 66, NJW 2023, 1111),

folgt, dass jedenfalls eine solche Abschaltvorrichtung unabhängig davon, ob sie zum Schutz des Motors erforderlich ist, unzulässig ist, die – wie die KSR – bewusst so programmiert ist, dass sie grundsätzlich nicht während der gesamten Fahrt unter normalen Betriebsbedingungen funktioniert, sondern nur während eines kurzen, die Zeit des Anlassens des Motors aber deutlich übersteigenden Zeitraums

(vgl. auch EuGH, Urteil vom 14.7.2022 – C-128/20 –, juris Rn. 63, NJW 2022, 2605).

Zur Klärung der vorstehenden Frage bedarf es nicht einer Vorlage derselben an den EuGH, der diese Frage bereits ent-

schieden hat

(vgl. OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 90).

Eine Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 148 Abs. 1 ZPO im Hinblick auf das beim Verwaltungsgericht Schleswig unter dem Aktenzeichen 3 A 51/21 rechtshängige Verfahren ist entgegen der Ansicht der Bekl. nicht veranlasst. Denn eine die Aussetzung rechtfertigende Vorgreiflichkeit der zu erwartenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidung für den vorliegenden Rechtsstreit besteht nicht. Vorgreiflichkeit ist insbesondere gegeben, wenn in einem anderen Rechtsstreit eine Entscheidung ergeht, die für das auszusetzende Verfahren materielle Rechtskraft entfaltet oder Gestaltungs- bzw. Interventionswirkung erzeugt. Allein der Umstand, dass in dem anderen Verfahren über eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, von deren Beantwortung die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ganz oder teilweise abhängt, rechtfertigt dagegen eine Aussetzung nach § 148 Abs. 1 ZPO nicht

(BGH, Beschluss vom 24.7.2023 – VIa ZB 10/21 –, juris Rn. 11 m.w.N.).

Ein rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil entfaltet nach § 121 VwGO zwar Bindungswirkung in Folgeverfahren auch bei fehlender Identität der Streitgegenstände. Vorliegend fehlt es indessen aber bereits an der von § 121 VwGO vorausgesetzten Identität der Beteiligten. Zudem erstreckt sich die Rechtskraftwirkung des zu erwartenden verwaltungsgerichtlichen Urteils in sachlicher Hinsicht nicht auf die Frage der Rechtmäßigkeit der vom KBA beanstandeten Funktionsweise der KSR. Denn in dem Verfahren kann allenfalls eine rechtskräftige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Rückrufbescheides ergehen. Dabei wäre die Zulässigkeit der vom KBA beanstandeten Funktionsweise aber nur eine Vorfrage. Eine Vorgreiflichkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung ergibt sich auch nicht aus den Grundsätzen der Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts. Denn der Rückrufbescheid des KBA vermag keine Tatbestandswirkung hinsichtlich der im vorliegenden Rechtsstreit zu beurteilenden Ansprüche des Kl. auf Schadensersatz aus den §§ 823 ff. BGB zu entfalten

(BGH, a.a.O., Rn. 14 ff. m.w.N.; OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 93)

bb) Das für die Haftung der Bekl. nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV erforderliche Verschulden (mindestens Fahrlässigkeit) wird vermutet. In Bezug auf die im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute KSR ist zur Überzeugung des Senats – im Unterschied zum Thermofenster – ein unvermeidbarer Verbotsirrtum weder dargelegt noch nachgewiesen.

Der Fahrzeughersteller, der – wie hier die Bekl. – objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, muss wegen der dadurch bedingten Verschuldensvermutung Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgegeben und dadurch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen. Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch dessen Unvermeidbarkeit konkret darlegen und beweisen. Der Vortrag der Bekl. in Bezug auf die KSR vermag die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums mangels hinreichender Anhaltspunkte nicht zu begründen

(vgl. OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 102–110).

Das KBA mag der Bekl. zwar keine (manipulative) Prüfstandserkennung vorgeworfen haben. Nach der eigenen Darstellung der Bekl. beanstandete es im Rahmen der Rückrufaktion jedoch ausdrücklich die in Rede stehenden Funktion „Geregeltetes Kühlmittelthermostat“ mit den konkret applizierten Schaltkriterien. Dieses komme sicher im Prüfzyklus, außerhalb seiner Randbedingungen im normalen Fahrbetrieb indes oft nicht zur Anwendung. Eine solche Funktionsweise ist gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 unzulässig und auch nach Einschätzung des KBA ersichtlich nicht ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 zulässig, andernfalls es keinen verpflichtenden Rückruf ausgesprochen hätte. Damit steht fest, dass das KBA die KSR in dem vorliegenden Fahrzeugtyp in ihrer konkreten Ausgestaltung gerade nicht als zulässig erachtet hat, eine hypothetische Anfrage der Bekl. mithin negativ verlaufen wäre.

Ob das KBA dabei – wie die Bekl. meint – eine fehlerhafte Rechtsauffassung vertritt, steht der Annahme eines Verschuldens der Bekl. nicht entgegen. Denn da sie sich zu ihrer Entlastung allein auf eine hypothetische Auskunft des KBA beruft, ist ausschließlich maßgeblich, welche Auskunft das KBA tatsächlich erteilt hätte, nicht aber, ob diese zutreffend gewesen wäre. Aus diesem Grunde kommt auch dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreit, den die Bekl. mit dem KBA über die Rechtmäßigkeit des Rückrufs führt, vorliegend keine Bedeutung zu.

Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand der Bekl., dass auf den Zeitpunkt der Erteilung der Typgenehmigung abzustellen und deshalb anzunehmen sei, dass seinerzeit das KBA noch keine Beanstandung der KSR vorgenommen hätte. Die Bekl. hat nicht dargelegt, dass und weshalb das KBA seinerzeit eine andere Rechtsauffassung vertreten haben sollte, wenn ihr die KSR mit deren genauen Funktionsweise damals offengelegt worden wäre. Die Implementierung der KSR hätte der Hersteller im Übrigen schon im EG-Typgenehmigungsverfahren – auch ohne konkrete Fragen im formalisierten Antragsverfahren – offen legen müssen, da nur dann die Typgenehmigungsbehörde in die Lage versetzt worden wäre, ihre ausnahmsweise Zulässigkeit zu prüfen

(vgl. OLG Frankfurt/M, Hinweisbeschluss vom 10.7.2023, 3 U 40/23, S. 17).

Eine Entlastung der Bekl. mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von derartigen Funktionen ein allgemeiner Industriestandard zugrunde liege, kommt nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab ebenfalls nicht in Betracht

(vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 70).

Aus den bereits darlegten Gründen ist auch der Ausgang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens für den hier vorliegenden Rechtsstreit nicht vorgreiflich und eine Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 148 Abs. 1 ZPO bis zum Abschluss des vor dem Verwaltungsgericht geführten Rechtsstreits deshalb nicht veranlasst

(vgl. OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 110)

e) Kein Schaden nachgewiesen

Mit Verfügung vom 1.9.2023 hat der Senat bereits darauf hingewiesen, dass der Kl. hier zur Überzeugung des Senats keinen Schaden nachgewiesen hat. Zuvor war dem Kl. bereits mit Verfügung vom 14.7.2023 aufgegeben worden, die Laufleistung und den Restwert des Fahrzeugs darzulegen bzw. nachzuweisen.

Für die Ermittlung der gemäß § 287 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzenden Höhe des Differenzschadens gilt, dass der Schaden aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität und der Verhältnismäßigkeit nicht geringer als fünf und nicht höher als 15 Prozent

des gezahlten Kaufpreises sein kann

(BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 72 ff.).

Bei der Schätzung des Schadens innerhalb dieses Rahmens sind bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Umfang der in Betracht kommenden Betriebsbeschränkungen und deren Eintrittswahrscheinlichkeit sind mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus ist das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten. Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Senat bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten. Eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung ist geboten, wobei insofern die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß gelten. Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Im Ergebnis kann die Vorteilsausgleichung auch der Gewährung eines Differenzschadensersatzes entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist

(vgl. OLG München, Beschluss vom 27.7.2023, 35 U 5534/22, juris Rn. 67–69, juris).

So liegt der Fall hier.

Der Senat geht davon aus, dass der Differenzschaden 5 % des gezahlten Bruttokaufpreises beträgt. Bei der Schätzung ist insbesondere berücksichtigt worden, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts behördlicher Beschränkungen äußerst gering war und ist. Dies ergibt sich aus dem bisherigen Verhalten des KBA, das den Motor der Bekl. mehrfach und intensiv überprüft und von betriebseinschränkenden Maßnahmen abgesehen hat. Außerdem hat hier die Bekl. ein - vom KBA genehmigtes und ausdrücklich freigegebenes - Software-Update entwickelt, das unstreitig inzwischen aufgespielt worden ist. Auch dadurch ist die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert worden.

Danach ergeben sich für den vorliegenden Fall folgende Beträge:

Auszugehen ist von einem Kaufpreis von 18500 € und einem sich daraus ergebenden möglichen Differenzschaden von 925 € (= 5 % des Kaufpreises).

Bezogen auf den Bruttokaufpreis (18500 €) errechnet sich hieraus nach der Formel (Multiplikation des Bruttokaufpreises mit den gefahrenen Kilometern [hier 86.299 km], dividiert durch die im Kaufzeitpunkt zu erwartende Gesamtleistung [250000 ./ 78701 = 171299 km]) ein Nutzungsvorteil von 9320,14 €. Da es sich um ein Fahrzeug mit einem kleinen Dieselmotor (< 2200 ccm) handelt (hier Hubraum 2143 ccm) schätzt der Senat die Gesamtleistung auf 250.000 km

(siehe insoweit auch: BGH, Urteile vom 27.7.2021, VI ZR 480/19, juris Rn. 25 ff.; vom 27.4.2021, VI ZR 812/20, juris Rn. 16; vom 29.9.2021, VIII ZR 111/20, juris Rn. 56 ff.; OLG München, Beschluss vom 27.7.2023, 35 U 5534/22, juris Rn. 72).

Von dem verbleibenden Differenzbetrag (9179,86 €) ist der Restwert des Fahrzeugs abzuziehen, der deutlich höher zu schätzen ist, als der vom Kl. erzielte Verkaufserlös (5500 €). Eine Recherche bei Schwacke hat einen Verkaufspreis von 11000 € und einen Mindestpreis von 9350 € (Händler-Einkaufspreis) ergeben (die Bewertung ist den Parteien mit Verfügung vom 1.9.2023 übersandt worden), so dass davon auszugehen ist, dass die Klagepartei keinen Schaden erlitten hat. Die Bekl. hat sich die entsprechenden Ausführungen des Senats zu eigen gemacht. Der Restwert des Fahrzeugs kann - mangels Angaben der Parteien - gem. § 287 ZPO anhand von sich auf dem Online-Gebrauchtwagenmarkt ergebenden konkreten Anhaltspunkten ermittelt werden. Vergleichbare erstmals im Jahr 2011 zugelassene Fahrzeuge des Typs Mercedes Benz E 200 CDI mit vergleichbarer Laufleistung werden auch auf Gebrauchtwagenbörsen wie mobile.de und Autoscout24.de zu den o.a. Preisen (> 9.200 €) angeboten.

Auf den vom Kl. beim Weiterverkauf am 8.3.2023 tatsächlich erlösten Kaufpreis (ausweislich des Kaufvertrages sollen es 5500 € gewesen sein) kommt es nicht an. In dem vorgelegten Kaufvertrag sind weder die Laufleistung noch der konkrete Zustand des Fahrzeugs aufgeführt worden.

4. Mangels eines Hauptanspruchs bleiben auch der Feststellungsanspruch (Klageantrag zu 2.) sowie die geltend gemachten Nebenansprüche auf Zinszahlung und Freistellung von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten ohne rechtliche Grundlage.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Die Revision an den Bundesgerichtshof ist nicht zuzulassen, da der Rechtsache weder grundsätzliche Bedeutung beizumessen ist (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Klärungsbedürftige Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit einer Inanspruchnahme der Bekl. als Fahrzeugherstellerin aus §§ 826, 31 BGB oder im Hinblick auf eine Haftung aus einer Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ergeben, hat der Bundesgerichtshof in den Urteilen vom 26.6.2023 zu den Rechtssachen VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 1031/21 zwischenzeitlich grundlegend entschieden.

BGB §§ 249 I, 744 II, 823 II i.V.m. §§ 1004, 921, 922 S. 2

- 1. Bei einer auf der Grundstücksgrenze stehenden, freiwachsenden Feldgehölzhecke handelt es sich um eine gemeinsame Grenzanlage i.S.d. § 921 BGB.**
- 2. Gem. §§ 922 S. 2, 744 Abs. 2 BGB ist jeder Teilhaber einer gemeinsamen Grenzanlage berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstands notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen.**
- 3. Eine freiwachsende Feldgehölzhecke, bestehend aus landschaftstypischen Laubgehölzen (Flieder, Weißdorn, Schlehe, Hainbuche), ist aus ökologischen Gründen zur Erfüllung der Gehölzfunktion in der Regel alle 10 bis 15 Jahre „auf-den-Stock“ zu setzen. Es wäre unfachmännisch, die Gehölzhecke ständig nur auf eine Höhe von 1,5 bis 2 m zu kappen oder lediglich in ihrer seitlichen Ausdehnung einzukürzen („schlägeln“).**

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Urteil vom 15. April 2023 – 7 U 202/22 –, R0

Die Parteien streiten – mit wechselseitigen Berufungen – um Schadensersatzansprüche nach dem Rückschnitt einer

Anpflanzung, die sich auf der Grenze zwischen dem Hausgrundstück der Kl. und einer gemeindlichen Grünfläche befindet.

Die Kl. sind Eigentümer der Immobilie W. Nr. 1 im Bereich der beklagten Gemeinde. Es handelt sich um ein Eckgrundstück. Entlang des Grundstücks verläuft u.a. auf einer Länge von etwa 60 Metern die Straße „G.“, die von einem im Eigentum der Gemeinde stehenden Grünstreifen gesäumt ist. Auf der Grenze zwischen dem Grundstück der Kl. und dem Grünstreifen befindet sich eine aus verschiedenen Pflanzen bestehende Anpflanzung (nachfolgend: „Hecke“).

Über die Pflege bzw. den Rückschnitt der Hecke bestand zwischen den Parteien schon länger Streit. Am 8.12.2016 veranlasste die Bekl. auf dem ihr gehörenden Grundstücksteil einen radikalen Rückschnitt (sog. „auf den Stock setzen“), was aus Sicht der Kl. zu einer Beeinträchtigung der Hecke in ihrer Funktion als natürliche Barriere und Blickschutz führte.

Die Hecke ist inzwischen – bis auf vier Lücken von insgesamt 15 Meter Länge – nachgewachsen.

Die Kl. haben die Auffassung vertreten, ihnen stehe Schadensersatz zu wegen der ersatzweise erforderlichen Errichtung eines Metallzauns in Höhe von 3709,11 € sowie für die – noch nicht erfolgte – Installation eines Sichtschutzes in Höhe von 2560,46 € netto.

Die Bekl. hat behauptet, die Maßnahme sei im Hinblick auf die bestehende Verkehrssicherungspflicht erforderlich gewesen.

Das Landgericht hat ein schriftliches Sachverständigengutachten des Landschaftsarchitekten Dipl.-Ing B. eingeholt und den Sachverständigen sein Gutachten im Termin zur mündlichen Verhandlung am 23.6.2022 erläutern und ergänzen lassen; auf Gutachten und Protokoll wird Bezug genommen.

Es hat die Bekl. sodann mit dem angefochtenen Urteil vom 8.9.2022 verurteilt, an die Kl. Schadensersatz in Höhe von 2000 € sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 255,85 € zu zahlen, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.4.2018. Zur Begründung führt es im Wesentlichen aus:

Den Kl. stehe ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1004, 922 S. 3, 249 S. 1 BGB zu. Bei der Hecke handele es sich – unstreitig – um eine Grenzanlage i.S.d. § 921 BGB; sie diene mit ihrer Grenzscheidungsfunktion dem Interesse beider Seiten und bestehe mit zumindest konkludenter ursprünglicher Zustimmung beider Parteien. Es liege auch ein fortbestehendes Interesse der Kl. am Erhalt der Heckenanlage i.S.d. § 922 S. 3 BGB vor. Dies beinhalte den Wunsch nach einer Beibehaltung der bisherigen Grenzanlage in ihrer bisherigen Gestaltung. Auch ein rein ästhetisches Interesse werde geschützt.

Die Bekl. habe die Pflichtverletzung auch zu vertreten. Die Bekl. treffe gemäß § 31 BGB ein Organverschulden, weil die Entscheidung zum radikalen Rückschnitt durch den Bürgermeister bewusst und vorsätzlich getroffen worden sei. Rechtlich erhebliche Rechtfertigungsgründe seien nicht ausreichend dargetan. Der Verweis auf Verkehrssicherungspflichten genüge nicht, weil diese zu vage geblieben seien.

Der Ersatzanspruch sei gerichtet auf Wiederherstellung durch Neuanpflanzung. Der Anspruch sei durch den Aspekt der Zumutbarkeit begrenzt. Die Kosten für einen Drahtzaun und künstlichen Sichtschutz seien danach nicht ersatzfähig. Der Aufwand für Ersatzpflanzungen werde auf 2000 € geschätzt. Der Sachverständige habe insoweit zwar nur 900 € netto angegeben, dies stehe einer höheren Schätzung jedoch nicht entgegen. Der Sachverständige gehe nämlich von einer Anwuchszeit von 3 bis 5 Jahren aus. Dies sei zu lang, so dass größere und kräftigere Pflanzen zu verwenden seien, die eine

intensivere Anwuchsbegleitung erforderten. Hieraus lasse sich der höhere Betrag rechtfertigen.

Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten seien demgemäß aus einer begründeten Forderung von 2000 € ersatzfähig.

Hinsichtlich des – als Unterlassungsantrag auszuliegenden – Feststellungsantrages fehle es an der gemäß § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB erforderlichen Wiederholungsgefahr. Nach dem in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Eindruck von der Beklagtenseite sei eine erneute Abkürzung des Klärungsprozesses durch das Schaffen von Fakten nicht zu erwarten und damit die Vermutung der Wiederholungsgefahr widerlegt. Davon abgesehen wäre es auch unzulässig, der Bekl. generalisiert den Rückschnitt zu verbieten.

Die Kl. verfolgen mit ihrer Berufung ihr ursprüngliches Klagebegehren – Verurteilung zur Zahlung von 6269,57 € in voller Höhe zzgl. weiterer vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten – fort. Die Schätzung durch das Landgericht sei fehlerhaft. Das Landgericht habe sich zu sehr auf die beschönigende und die Bekl. begünstigende Beurteilung des Sachverständigen bezogen und bei der Schätzung lediglich eine Erhöhung vorgenommen, ohne diese im Einzelnen zu begründen. Es hätte eine Berechnung nach der „Methode Koch“ erfolgen müssen. Der Sachverständige halte 45 Stück Landschaftsgehölze – drei pro laufenden Meter – mit einer Höhe von 60 bis 100 cm für erforderlich. Dies sei unzureichend, tatsächlich seien mehr und höhere Pflanzen zu verwenden, nämlich 130 Pflanzen mit einer Höhe von 150 bis 200 cm.

Die Bekl. verfolgt mit ihrer Berufung ihren ursprünglichen Klageabweisungsantrag weiter. Das Landgericht habe fehlerhaft eine Pflichtverletzung der Bekl. durch den Rückschnitt der Hecke angenommen und einen Schadensersatzanspruch der Kl. bejaht. Die Grenzanlage sei nicht beschädigt worden. Vielmehr sei die Hecke, soweit sie auf dem Grund der Bekl. wachse, in üblicher Weise und fachgerecht „auf den Stock gesetzt“ worden. Diese Maßnahme diene der dichteren Entwicklung und letztlich dem Erhalt der Gehölze. Eine optische Veränderung sei nicht als Beschädigung zu werden, da sie nur vorübergehend bestanden habe. Inzwischen sei der vorübergehend reduzierte Sichtschutz wieder gegeben. Ein vollständiger Sichtschutz habe ohnehin nicht bestanden.

Eine etwaige Pflichtverletzung hätte die Bekl. auch nicht zu vertreten. Die Bekl. habe im Interesse der Allgemeinheit sowie im beiderseitigen Parteiinteresse gehandelt. Die Verkehrssicherheit sei beeinträchtigt gewesen, indem Autos zerkratzt worden seien. Es habe auch bereits Anwohnerbeschwerden gegeben. Von der ihnen eingeräumten Möglichkeit, einen Rückschnitt selbst durchzuführen, hätten die Kl. keinen Gebrauch gemacht. Die Bekl. sei zum Handeln verpflichtet gewesen.

Auch die Bemessung der Schadenshöhe durch das Landgericht sei fehlerhaft und nicht nachvollziehbar. Nachdem der Sachverständige den erforderlichen Aufwand mit 900 € beziffert habe, habe das Landgericht bei seiner Schadensschätzung auf 2000 € weder die erforderliche eigene Sachkunde noch die tatsächlichen Grundlagen seiner Schätzung mitgeteilt. Vielmehr vermittele das Urteil den Eindruck einer willkürlichen Bestimmung der Schadenshöhe.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung der Kl. ist nicht begründet. Die ebenfalls zulässige Berufung der Bekl. ist hingegen begründet. Die Kl. haben keinerlei Anspruch auf Schadensersatz gegen die Bekl. aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1004, 922 S. 3, 249 Abs. 1 BGB.

Unstreitig handelt es sich bei der streitgegenständlichen Anpflanzung um eine gemeinsame Grenzanlage i.S.d. § 921

BGB, zu deren Benutzung die Parteien als jeweils anteilige Eigentümer gemeinschaftlich berechtigt sind. Daraus ergibt sich gemäß § 922 S. 1 BGB, dass jede Partei die Anlage zu dem Zweck, der sich aus ihrer Beschaffenheit ergibt, insoweit benutzen kann, als nicht die Mitbenutzung der anderen Partei beeinträchtigt wird. Gemäß § 922 S. 3 BGB darf die Anlage, solange einer der Nachbarn an ihrem Fortbestand ein Interesse hat, nicht ohne dessen Zustimmung beseitigt oder geändert werden. Im Übrigen bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen den Nachbarn gemäß § 922 S. 4 BGB nach den Vorschriften über die Gemeinschaft (§§ 741 bis 758 BGB).

Es kann vorliegend dahinstehen, ob der im Dezember 2016 erfolgte Rückschnitt eine zweckentsprechende, die Kl. nicht beeinträchtigende Nutzung i.S.d. § 922 S. 1 BGB darstellt oder aber eine zustimmungsbedürftige Änderung i.S.d. § 922 S. 3 BGB. Denn unabhängig davon ist die Haftung ausgeschlossen, wenn es sich bei dem Rückschnitt um eine Maßnahme der notwendigen Verwaltung gemäß § 744 Abs. 2 BGB handelte. So liegt es hier.

Nach §§ 922 S. 2, 744 Abs. 2 BGB ist jeder Teilhaber berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstands notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen. Unter Zugrundelegung der Darlegungen der Parteien und der Ausführungen des Sachverständigen war es Ende 2016 im Sinne einer fachgerechten Pflege sowohl aus ökologischen Gründen als auch aus Gründen der Verkehrssicherungspflicht geboten, die Hecke „auf den Stock“ zu setzen. Trotz der Bemühungen der Bekl., sich im Vorfeld insoweit mit den Klägern zu einigen, haben sich die Kl. dagegen bis zuletzt beharrlich gewehrt.

Die Pflanzen führten jedenfalls im Herbst 2016 unstreitig zu einer Beeinträchtigung des Verkehrs in der Straße „G.“, weil sich entgegenkommende Fahrzeuge nicht ausweichen konnten, ohne Gefahr zu laufen, von Ästen oder Zweigen der Hecke zerkratzt zu werden. Insoweit war es bereits zu mindestens einer Beschwerde eines Anwohners gekommen. ... In der mündlichen Verhandlung vom 1.11.2023 hat der Kl. zu 2) noch einmal bestätigt, dass es zu Verkehrsbehinderungen gekommen sei. U.a. hat er ausgeführt, dass wegen des Bewuchses bereits im Jahr zuvor der Fahrer des Müllwagens nicht mehr bereit gewesen sei, rückwärts in die Straße „G.“ zu fahren. Vor diesem Hintergrund war die Bekl. schon aus Gründen der gebotenen Verkehrssicherung verpflichtet, einen fachgerechten Rückschnitt der Hecke vorzunehmen, um Gefahren für den Straßenverkehr zu vermeiden.

Es war aber auch aus ökologischen Gründen gerechtfertigt, die Hecke „auf den Stock“ zu setzen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen B., der die Hecke am 26.5.2020 selbst besichtigt hat, handelt es sich bei der „Hecke“ eigentlich um eine „freiwachsende Feldgehölzreihe“ aus landschaftstypischen Laubgehölzen (Flieder, Weißdorn, Schlehe, Hainbuche). Sie sei straßenseitig auf eine Höhe von 10 bis 20 cm zurückgeschnitten worden, was fachlich als „auf den Stock gesetzt“ bezeichnet werde. An vier Stellen seien zwar noch Lücken vorhanden, deren Gesamtlänge sich auf ca. 14,5 m erstrecke. Mit Ausnahme der Lücken sei die Anpflanzung insgesamt jedoch arttypisch und üblich entwickelt. Die zurückgeschnittenen Laubgehölze hätten sich bis zur Ortsbesichtigung am 26.5.2020 regeneriert und erreichten Wuchshöhen von 2 bis 2,5 m. Die übliche Gehölzfunktion sei erfüllt, die Gehölze wiesen eine gute Vitalität und Entfaltung auf. Es bestünden nur geringe mechanische Schäden und Fäulen. Durch die vier Lücken sei die Abschirmungsfunktion allenfalls leicht eingeschränkt und nur beschränkt auf den hinteren Grundstücksteil. Eine Zerstörung liege nicht vor und es müssten auch keine Gehölze entfernt werden. Unmittelbar nach dem Rückschnitt

sei die Gehölzfunktion zwar zweifelsfrei vermindert gewesen. Laubgehölze tolerierten Rückschnitte jedoch und benötigten sie sogar regelmäßig, um sich dicht zu entwickeln. Der erfolgte Rückschnitt, wie er sich aus den eingereichten Lichtbildern ergebe, werde als üblich und fachgerecht bewertet. Der bodennahe Rückschnitt – also ein „Auf-den-Stock-setzen“ – sei im Rahmen der üblichen Pflegemaßnahmen meistens alle 10 bis 15 Jahre notwendig und fachgerecht. Es wäre unfachmännisch, die Gehölze beispielsweise auf einer Höhe von 1,5 bis 2 m zu kappen oder ständig nur in ihrer seitlichen Ausdehnung einzukürzen („schlägeln“). Auch der einseitige straßenseitige Rückschnitt sei als fachgerecht zu bewerten, weil hierdurch die Gehölzfunktion für den verbliebenen Heckenbereich auf dem Grundstück der Kl. erhalten bliebe. In Zukunft sei nicht mit einem Verlust oder einer Verminderung der Gehölzfunktion zu rechnen, sondern die Dichte und Entwicklung der Anpflanzung werde zunehmen.

Der Senat vermag sich den Ausführungen des Sachverständigen in eigener kritischer Würdigung anzuschließen. Der Sachverständige ist studierter Landschaftsarchitekt und von der Industrie- und Handelskammer öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für die Gebiete Garten- und Landschaftsbau, Wertermittlung von Freianlagen, Gärten, Grünanlagen und Gehölze sowie Baumpflege, Verkehrssicherheit von Bäumen und Baumwertermittlung. Für die Beantwortung der Beweisfragen ist der Sachverständige damit fachlich gut qualifiziert. Seine Ausführungen sind nachvollziehbar und widerspruchsfrei. Die Einholung eines neuen Gutachtens (§ 412 Abs. 1 ZPO) war danach nicht veranlasst.

Die Augenscheinseinnahme der eingereichten aktuellen Lichtbilder von der Hecke ergab, dass die Gehölzfunktion der Hecke inzwischen wieder vollständig hergestellt ist.

Unerheblich ist, ob der Kl. zu 2) selbst vor Dezember 2016 einen gewissen Rückschnitt vorgenommen hat. Denn seine Maßnahmen beschränkten sich auf ein „Schlägeln“ o.ä., was nach den Ausführungen des Sachverständigen gerade nicht ausreichend und fachgerecht war. Unerheblich ist auch, ob tatsächlich im Dezember 2016 noch Verkehrsbehinderungen durch die Hecke bestanden. Unabhängig davon, dass ein fachgerechter Rückschnitt geboten war, dessen Erforderlichkeit nicht mit der Durchführung nicht fachgerechter Maßnahmen entfällt, kommt es nicht nur darauf an, ob zum Zeitpunkt des Rückschnitts Verkehrsbehinderungen bestanden, sondern auch darauf, ob Behinderungen im Laufe der folgenden Vegetationszeit bis zum Herbst des Folgejahres zu erwarten waren. Denn der fachgerechte Rückschnitt wäre nur bis Ende Februar eines Jahres zulässig gewesen. Schon deshalb musste die Bekl. den Rückschnitt rechtzeitig und unabhängig vom Vorliegen aktueller Verkehrsbehinderungen veranlassen, um ihrer Verkehrssicherungspflicht ordnungsgemäß nachzukommen. Danach bedurfte es keiner weiteren Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen zum Zustand der Hecke im November 2016; diesbezügliche Beweisanträge sind unerheblich.

Es ist unstreitig, dass ein „Auf den Stock setzen“ in den vergangenen (mindestens) 15 Jahren vor Dezember 2016 nicht erfolgt war; vielmehr war die Hecke bereits bei Erwerb des Grundstücks durch die Kl. über 10 Jahre vor dem streitgegenständlichen Rückschnitt hochgewachsen. ... Die Maßnahme erfolgte deshalb auch zu einem fachlich korrekten Zeitpunkt.

Nachdem ein Schadensersatzanspruch der Kl. schon dem Grunde nach nicht besteht, kommt es auf die Höhe eines etwaigen Schadens nicht mehr an. Ausführungen zur (fehlenden) Ersatzfähigkeit der Kosten für einen Zaun und einen Sichtschutz erübrigen sich deshalb. Der Umstand, dass zeit-

weise Lücken in der Hecke verblieben sind, ist nicht auf eine Pflichtverletzung der Bekl. zurückzuführen, sondern allenfalls auf eine – der Bekl. nicht zurechenbare – Folge der fachgerechten Pflegemaßnahme. Dieser Zustand ist durch die Kl. im Rahmen der nach § 922 BGB zulässigen Maßnahmen der „notwendigen Verwaltung“ hinzunehmen. Ganzjähriger Blickschutz war ohnehin schon aufgrund der Gehölzart (Laubgehölze, Flieder, Weißdorn, Schlehe und Hainbuche) zu keinem Zeitpunkt gegeben.

InsO § 270d I und IV

- 1. Eine Verlängerung der Frist für die Vorlage eines Insolvenzplans im Schutzschirmverfahren des § 270d InsO kommt über den in § 270d Abs. 1 S. 2 festgelegten Dreimonatszeitraum nicht in Betracht.**
- 2. Wird innerhalb der Planvorlagefrist kein Insolvenzplan eingereicht, endet das Schutzschirmverfahren nicht ohne entsprechende Aufhebung durch das Insolvenzgericht.**
- 3. Die in § 270d Abs. 4 S. 2 InsO vorgesehene Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat nicht unmittelbar nach Ablauf der Planvorlagefrist zu ergehen, wenn die Eröffnungsvoraussetzungen noch nicht zweifelsfrei feststehen oder ein Zuwarten mit der Verfahrenseröffnung aus besonderen Gründen geboten erscheint.**
- 4. Das Gericht hat, wenn die Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht bereits unmittelbar nach Ablauf der Planvorlagefrist ergeht, über den weiteren Fortgang des Insolvenzeröffnungsverfahrens zu entscheiden; hierbei kommt die Aufhebung einzelner Bestandteile des sog. Schutzschirms, insbesondere der zuvor gemäß § 270d Abs. 3 i. V. m. § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 InsO angeordneten Untersagung bzw. einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung, in Betracht.**

AG Neumünster, Beschluss vom 10. März 2023 – 92 IN 65/22 –, Vo.

Auf entsprechenden Eigenantrag der Schuldnerin hin hat das Insolvenzgericht mit Beschluss vom 09.12.2022 das Schutzschirmverfahren im Sinne des § 270d InsO angeordnet. Es hat die vorläufige Eigenverwaltung gemäß § 270b Abs. 1 S. 1 InsO angeordnet und einen vorläufigen Sachwalter bestellt. Maßnahmen der Zwangsvollstreckung einschließlich der Vollziehung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung gegen die Schuldnerin wurden auf ihren Antrag hin gemäß §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 270d Abs. 3 InsO untersagt, soweit nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind; bereits begonnene Maßnahmen wurden einstweilen eingestellt. Der Schuldnerin wurde gemäß § 270d Abs. 1 S. 1 und 2 InsO Gelegenheit gegeben, bis zum 09.03.2023 einen Insolvenzplan bei Gericht einzureichen. Die Schuldnerin hat um Verlängerung dieser Frist gebeten.

Aus den Gründen

Auch wenn die Gründe für die beantragte Verlängerung der Planvorlagefrist verständlich und nachvollziehbar waren, kam eine Verlängerung der Frist aus rechtlichen Gründen nicht in Betracht. Die Dreimonatsfrist des § 270d Abs. 1 S. 2 InsO ist als eine starre Höchstfrist anzusehen, die nicht, insbesondere nicht nach § 4 InsO i. V. m. § 224 ZPO, verlängert werden kann

(vgl. AG Hamburg NZI 2013, 903, 904; Fiebig im Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 9. Aufl., § 270d InsO Rn. 24; vgl. zu § 270b InsO a. F.: Kern im Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., § 270b InsO a. F. Rn. 82; Zipperer in Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 15. Aufl.,

§ 270b InsO a. F. Rn. 52; Ringstmeier in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzrecht, 4. Aufl., § 270b InsO a. F. Rn. 20).

Da es sich um eine gesetzliche Frist handelt, müsste die Möglichkeit einer Fristverlängerung wegen § 4 InsO i. V. m. § 224 Abs. 2 ZPO in § 270d InsO selbst gesetzlich bestimmt sein. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung zu § 270b InsO a. F.

(vgl. AG Ludwigshafen ZInsO 2014, 853 – zit. nach juris, Rn. 21)

endet das Schutzschirmverfahren nach überwiegender Auffassung

(vgl. Brünkmans in Kayser/Thole [Heidelberger Kommentar], 11. Aufl., § 270d InsO Rn. 45; Kern a.a.O., Rn. 147–149; Riggert in Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, 45. EL, § 270b InsO a. F. Rn. 16),

der sich das Gericht anschließt, nicht per se mit dem Ablauf der Vorlagefrist für den Insolvenzplan. Eine derartige Rechtsfolge ist der gesetzlichen Regelung in § 270d InsO nicht zu entnehmen; aus der Gesetzesbegründung ergibt sich auch nicht, dass sie gesetzgeberisch gewollt war

(vgl. BT-Ds. 17/5712, S. 40, 41).

Der Gesetzesbegründung ist vielmehr zu entnehmen, dass das Gericht nach Ablauf der Planvorlagefrist über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach allgemeinen Vorschriften zu entscheiden hat

(vgl. BT-Ds. 17/5712, S. 41),

so wie es auch § 270d Abs. 4 S. 2 InsO vorsieht. Eine Beendigung des Schutzschirmverfahrens allein infolge Zeitablaufs wäre auch systemfremd, denn außerhalb des vorläufigen Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahrens gemäß § 21 InsO angeordnete Sicherungsmaßnahmen erlöschen bei Abweisung, Rücknahme oder Erledigung des Insolvenzantrags auch nicht automatisch, sondern sind gesondert aufzuheben

(vgl. BGH, NZI 2008, 100; Schröder im Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 9. Aufl., § 21 InsO Rn. 103).

Gesetzlich wiederum nicht geregelt ist die Frage, zu wann eine Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erfolgen hat. Regelmäßig kommt eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens erst in Betracht, wenn die Eröffnungsvoraussetzungen zweifelsfrei feststehen. Da bislang das vom Gericht in Auftrag gegebene Sachverständigengutachten zur Frage des Bestehens eines Eröffnungsgrundes und zur Verfahrenskostendeckung nicht vorliegt, stehen die Eröffnungsvoraussetzungen noch nicht zweifelsfrei fest, wenngleich ihr Vorliegen überwiegend wahrscheinlich ist. Abgesehen davon schließt sich das Gericht jedenfalls für den vorliegenden Fall der – wenn auch umstrittenen – Auffassung an, wonach eine sofortige Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht erforderlich ist, sondern ein Zuwarten mit der Verfahrenseröffnung insbesondere solange möglich ist, bis der Insolvenzgeldzeitraum ausgeschöpft ist, weil dies bereits in Kürze – Ende März 2023 – der Fall sein wird

(vgl. AG Hamburg, ZInsO 2008, 52 und ZInsO 2004, 630; Riggert a.a.O., Rn. 44; ders. in Braun, Insolvenzordnung, 9. Aufl., § 270d InsO Rn. 20; Kern a. a. O., Rn. 142; Denkhäus in Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 9. Aufl., § 27 InsO Rn. 9; Oberle im Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 10. Aufl., § 270d InsO Rn. 26; Brünkmans a.a.O.; Desch, BB 2011, 841, 843).

Schließlich hat der Rechtsausschuss im Gesetzgebungsverfahren deutlich gemacht, dass das Insolvenzeröffnungsverfahren auch dazu dienen soll, Sanierungen vorzubereiten, und zu diesem Zweck die Eröffnung des Insolvenzverfahrens entsprechend hinausgeschoben werden kann (BT-Ds. 12/7302 S. 158).

In wirtschaftlicher Hinsicht kann deshalb im Rahmen des richterlichen Ermessens berücksichtigt werden, dass eine vorzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu einer Verkürzung

des Insolvenzgeldzeitraums und somit zu einer nicht optimalen Gläubigerbefriedigung führen kann

(vgl. Riggert a.a.O.; Desch a.a.O.).

Unterbleibt somit zunächst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, hatte das Gericht nach Ablauf der Planvorlagefrist über den weiteren Fortgang des Insolvenzeröffnungsverfahrens zu entscheiden

(vgl. Kern a.a.O., Rn. 147).

Dementsprechend hat das Gericht nunmehr einen Bestandteil des Schutzschirmverfahrens in Form der Untersagung bzw. einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß Ziff. 2 des Beschlusses vom 9.12.2022 aufgehoben. Hierbei hat das Gericht berücksichtigt, dass die Anordnung dieser Maßnahmen gemäß § 270d Abs. 3 InsO zwingend auf Antrag der Schuldnerin im Rahmen des Schutzschirmverfahrens anzuordnen war und dem Gericht insoweit kein Ermessen zustand. Die Fortdauer dieser Maßnahme auch nach Ablauf der Planvorlagefrist erscheint derzeit nicht verhältnismäßig. Sie wäre zwar grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften über das vorläufige Eigenverwaltungsverfahren gemäß § 270c Abs. 3 S. 1 InsO i. V. m. § 21 Abs. 1 und 2 S. 1 Nr. 3 InsO denkbar. Dass sie jedoch auch gegenwärtig erforderlich ist, ist derzeit nicht ersichtlich.

Es bestand hingegen kein Grund, weitere getroffene Anordnungen aufzuheben, so dass diese zunächst fortbestehen

(vgl. Brünkmans a.a.O.).

Rechtsgrundlage dieser Anordnungen waren die §§ 270b und 270c InsO, die unabhängig vom Schutzschirmverfahren des § 270d InsO zur Anwendung kamen, zumal es sich bei dem Schutzschirmverfahren nur um eine Unterform der Eigenverwaltung handelt

(vgl. Fiebig a.a.O., Rn. 1).

Insbesondere bedeutete der Ablauf der Planvorlagefrist nicht, dass anstelle des vorläufigen Sachwalters ein vorläufiger Insolvenzverwalter einzusetzen war

(vgl. Kern a.a.O., Rn. 148; Brünkmans a.a.O.).

Die Nichteinreichung eines Insolvenzplans innerhalb der Dreimonatsfrist stellt keinen Grund für eine Aufhebung des vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens gemäß § 270e InsO dar. Insbesondere erweist sich die Erreichung des Eigenverwaltungsziels nicht als aussichtslos im Sinne des § 270e Abs. 1 Nr. 3 InsO. Der Inhalt des einzureichenden Insolvenzplans steht vielmehr deshalb noch nicht fest, weil das Bieterverfahren noch nicht im Sinne einer optimalen Gläubigerbefriedigung als abgeschlossen zu bezeichnen ist, solange Entscheidungen in der Kreis- und Landespolitik nicht gefasst worden sind.

Die Bestellung des vorläufigen Sachwalters musste auch nicht zugunsten der Bestellung eines anderen vorläufigen Sachwalters aufgehoben werden. Zwar entfaltete zum Zeitpunkt der Anordnung des Schutzschirmverfahrens das Vorschlagsrecht der Schuldnerin im Hinblick auf die Person des vorläufigen Sachwalters eine gewisse Bindungswirkung gemäß § 270d Abs. 2 S. 3 InsO, die nunmehr entfallen ist. Allerdings gibt es keinen Grund für einen personellen Wechsel im Amt des vorläufigen Sachwalters. Insoweit gelten die Ausführungen im Beschluss vom 9.12.2022 zur Qualifikation der Person des vorläufigen Sachwalters unverändert fort.

§§ 7 Abs.1, 11 S.2 StVG; §§ 252, 253 Abs.1, 254 Abs. 2 BGB; § 287 ZPO

1. Auch bei unfallbedingten psychischen Störungen (hier „rezidivierende depressive Störung nach ICD-10, F33.1) muss sich der Geschädigte grundsätzlich eine Kürzung

des Verdienstaufschadens wegen unterlassener ärztlicher Behandlung gefallen lassen,

- 2. Macht der Geschädigte einen Erwerbsschaden geltend, ist er verpflichtet, seine verbliebene Arbeitskraft in den Grenzen des Zumutbaren so nutzbringend wie möglich zur Abwendung oder Minderung des Erwerbsschadens einzusetzen. Unterlässt er es, einer ihm zumutbaren Erwerbstätigkeit nachzugehen, sind die erzielbaren (fiktiven) Einkünfte auf den Schaden anzurechnen (keine quotenmäßige Anspruchskürzung; vgl. BGH, Urteil vom 21.9.2021, VI ZR 91/19, juris).**
- 3. Der Erwerbsschadenminderungspflicht kann eine weitere Obliegenheit des Verletzten vorgeschaltet sein, wenn die unfallbedingt reduzierte Arbeitskraft durch zumutbare Maßnahmen wiederhergestellt oder jedenfalls verbessert werden kann. Bei nicht ganz geringfügigen Verletzungen muss er einen Arzt aufsuchen und dessen Anordnungen befolgen. Der Vorwurf einer Obliegenheitsverletzung setzt jedoch voraus, dass dem Geschädigten die Therapie oder sonstige ärztliche Behandlung zumutbar gewesen wäre. Um die medizinische Behandlung einer unfallbedingten psychischen Erkrankung durch eine stationäre oder medikamentöse Therapie als zumutbar erachten zu können, wird regelmäßig die sichere Aussicht einer wesentlichen Besserung zu fordern sein.**
- 4. Für die Frage, ob und inwieweit sich das Mitverschulden bei der Ermittlung des Schadensumfangs auswirkt hat (Haftungsausfüllung), gilt generell das reduzierte Beweismaß des § 287 ZPO.**
- 5. Zur Besserung seiner rezidivierenden depressiven Störung wäre eine initiale 4 bis 8-wöchige stationäre Behandlung in einer psychiatrischen Klinik mit anschließender ambulanter psychotherapeutischer und medikamentöser Therapie indiziert und zumutbar gewesen. Eine solche Therapie gilt in Fachkreisen als einfach und gefahrlos und hat sehr große Aussicht auf eine wesentliche gesundheitliche Besserung sowie (zumindest teilweise) Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit.**
- 6. Unter Berücksichtigung der beruflichen Qualifikation (u. a. Hauptschulabschluss mit der Note „4“, Ausbildung zum Bürokaufmann mit Schwerpunkt IT), der konkreten Situation auf dem örtlichen Arbeitsmarkt zum Stichtag und der verbliebenen gesundheitlichen Einschränkungen hätte der Geschädigte mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Erwerbschance im öffentlichen Dienst mit der Besoldungsstufe E 5 nach TVöD/TVL SH gehabt.**
- 7. Bei der Kürzung des fiktiven Verdienstaufschadens wegen schuldhafter Verletzung einer Erwerbsobliegenheit bleiben die Einkünfte aus einer tatsächlich gezahlten Erwerbsunfähigkeitsrente unberücksichtigt, da diese – gleichfalls fiktiv – bei „regulärer“ Arbeit nicht gezahlt worden wäre..**

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Urteil v. 31. Januar 2023 – 7 U 134/16 –, R8

Anmerkung der Redaktion:

Die Sache ist rechtskräftig. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Kl. wurde zurückgewiesen (BGH, VI ZR 49/23).

Der Senat hatte bereits mit Urteil vom 21.2.2019 (7 U 134/16; SchlHA 2020, 433-437; ZfSch 2020, 79-81) über die Sache entschieden. Er hatte es dort gem. § 287 ZPO als überwiegend wahrscheinlich angesehen, dass der Kl. – trotz Chronifizierung seiner depressiven Störungen und trotz seiner Vorerkrankungen – bei entsprechender Behandlung spätestens ab Oktober 2014 zu 50 %, sodann ab Oktober 2015 (und fortdauernd) zu 75 % wieder arbeitsfähig gewesen wäre. Entsprechend sollte der Verdienstaufschadensquoten ab Oktober 2014 um 50 % und ab Oktober 2015 um 75 % gekürzt werden.

Auf die Revision des Kl. hat der BGH mit Urteil vom 21.9.2021, VI ZR 91/19

(juris; VersR 2021, 1583-1586), das Senatsurteil vom 21.2.2019 insoweit aufgehoben, als hinsichtlich des Verdienstaufschadens auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen und die Berufung des Kl. zurückgewiesen worden war. Unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB sei für die Zumutbarkeit einer stationären psychiatrischen oder mit belastenden Nebenwirkungen behafteten medikamentösen Behandlung zur Verbesserung der unfallbedingt beeinträchtigten Arbeitskraft regelmäßig auch die sichere Aussicht einer wesentlichen Besserung zu fordern. Bei einem Verstoß des Geschädigten gegen die ihm obliegende Schadensminderungspflicht seien nur die konkret erzielbaren (fiktiven) Einkünfte auf den Schaden anzurechnen, eine quotenmäßige Anspruchskürzung komme grundsätzlich nicht in Betracht.

Der Kl. hat die Bekl. als Haftpflichtversicherer auf weiteren immateriellen Schadenersatz, materiellen Schadenersatz und Feststellung der Ersatzpflicht für einen behaupteten Verdienstaufschaden bis zur Vollendung des 67. Lebensjahres in Anspruch genommen; nunmehr streiten die Parteien allein noch um den Verdienstaufschaden einschließlich des Feststellungsbegehrens.

Dem zugrunde liegt ein Verkehrsunfall vom 8.8.2004, bei dem der Kl. als Motorradfahrer durch einen bei der Bekl. versicherten Pkw erheblich verletzt wurde; er erlitt eine mehrfache Oberschenkelfraktur (Femurschaftfraktur rechts), zudem diverse Prellungen und Quetschungen am gesamten rechten Bein.

Die volle Haftung der Bekl. dem Grunde nach ist unstrittig; sie hat mit Schreiben vom 15.3.2010 ihre Eintrittspflicht für alle unfallbedingten materiellen und immateriellen Ansprüche des Kl. anerkannt.

Nach dem Unfall wurde der Kl. operiert, die stationäre Behandlung dauerte bis zum 26.8.2004. Im Februar 2009 wurde der zur Stabilisierung im Oberschenkel eingesetzte Marknagel entfernt.

Nach der Krankenhausentlassung war der Kl. längere Zeit auf einen Rollstuhl und auf die Pflege durch seine als Beamtin tätige Ehefrau angewiesen. Der Kl. selbst war vor dem Unfall zunächst seit März 2003 in Teilzeit beschäftigt (Besoldung nach BAT IX mit netto rund € 677,00). Aufgrund einer befristeten Arbeitszeitanhebung war er seit dem 19.11.2003 vollzeit angestellt. Seit dem 4.3.2004 bezog er im Wege des Tätigkeitsaufstiegs Einkünfte nach BAT Vergütungsgruppe VII.

Der Kl. leidet seit seiner Geburt an einer genetisch bedingten Muskeldystrophie, dadurch bedingt auch an einer Adipositas, zudem ist er Diabetiker. Der schon dadurch gegebene GdB betrug 60 %. Der Kl. hat einen Hauptschulabschluss und nach Abbruch des Besuchs einer Wirtschaftsfachschule eine Lehre als Bürokaufmann absolviert. Vor seinem Übergang in den Landesdienst war er von 1998 bis 2002 im IT-Bereich tätig.

Nach der Krankenhausentlassung des Kl. kam es im Herbst 2004 zu gesundheitlichen Komplikationen (Blasenentzündung/Antibiotikaunverträglichkeit) sowie zu depressiven Störungen; nach seinen Angaben unternahm er auch einen Suizidversuch. Im Juni 2005 nahm der Kläger seine Arbeit (allerdings an einem anderen Platz) wieder auf, wobei er sodann in Vollzeit nach BAT VI b beschäftigt war und einen Nettoverdienst von rund € 1270,00 erzielte. Der entsprechende Änderungsvertrag datiert vom 8.5.2006.

In der Folgezeit entwickelten sich beim Kl. aus streitiger Ursache psychosomatische Beschwerden, die zu seiner Arbeitsunfähigkeit ab Anfang 2007 führten. Mit Bescheid vom 09.12.2008 wurde dem Kl. auf seinen Antrag vom 10.10.2007 hin rückwirkend zum 01.10.2007 eine bis 31.12.2009 befristete Rente wegen voller Erwerbsminderung bewilligt.

Diese Bewilligung wurde mit Bescheid vom 6.10.2009 bis zum 31.12.2012 verlängert. Mit Bescheid der DRV Bund 2012 wurde dem Kl. auf seinen Antrag vom 13.6.2012 hin eine unbefristete Rente wegen voller Erwerbsminderung bis zur Ein-

reichung der Regelaltersgrenze am 23.11.2036 bewilligt. Mit Urkunde vom November 2012 wurde der Kl. mit Ablauf des 31.12.2012 aus dem Landesdienst entlassen.

Der Kl. hat behauptet, seine durch die depressiven Störungen bedingte Erwerbsunfähigkeit sei Unfallfolge. Im Zeitraum Februar 2007 bis einschließlich Oktober 2016 sei ihm ein Verdienstaufschaden in Höhe von insgesamt € 130446,51 entstanden. Zudem leide er unfallbedingt unter andauernden Bewegungseinschränkungen des rechten Beines. Er hat die Auffassung vertreten, über das vorgerichtlich seitens der Bekl. gezahlte Schmerzensgeld in Höhe von € 30000,00 hinaus stehe ihm ein weiterer Schmerzensgeldanspruch in Höhe von € 20.000,00 zu.

Die Bekl. hat sowohl die unfallbedingten Bewegungseinschränkungen als auch einen Zusammenhang zwischen Unfall, depressiven Störungen und der Jahre später erfolgten Verrentung des Kl. bestritten. Sie hat behauptet, bei dem Kl. läge vielmehr eine sogenannte Rentenneurose vor, zudem seien maßgeblich für die – im Übrigen bestrittene – volle Erwerbsunfähigkeit des Kl. seine diversen, unfallunabhängigen gesundheitlichen Vorbelastungen, nicht hingegen irgendwelche depressiven Störungen, die im Übrigen auch auf die Vorerkrankungen zurückzuführen seien. Diese depressiven Störungen seien nach den vorliegenden Sachverständigengutachten im Übrigen behandlungsbedürftig und behandelbar. Weiterhin hat die Bekl. behauptet, aufgrund der Muskeldystrophie wäre der Kl. ohnehin nicht bis zum regulären Renteneintrittsalter erwerbsfähig. Zudem habe der Kl. seine Schadensminderungspflicht verletzt.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 9.12.2016 der Klage weitgehend stattgegeben, die Bekl. zur Zahlung eines (weiteren) Schmerzensgeldes von € 10000,00 verurteilt, dem Kl. für den Zeitraum bis Oktober 2016 einen Verdienstaufschaden in Höhe von € 113613,93 nebst gestaffelter Zinsen zugesprochen und festgestellt, dass die Bekl. verpflichtet ist, ihm den vollen monatlichen Verdienstaufschaden bis zum 23.11.2036 zu zahlen, zurzeit in Höhe von € 1447,75. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, der Unfall sei nach den eingeholten schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dr. A. sowie der mündlichen Erläuterung Auslöser der depressiven Störungen des Kl., die letztlich zu dessen Verrentung wegen voller Erwerbsminderung sowie dem Verlust des Arbeitsplatzes geführt hätten. Eine Begehrensneurose liege nicht vor. Dass auch andere Faktoren für die depressiven Störungen mitbestimmend seien, sei unerheblich. Nach dem orthopädischen Gutachten des Sachverständigen Dr. B lägen allerdings darüber hinausgehende fortdauernde Einschränkungen der Physis des Kl. durch den Unfall nicht vor.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen im Übrigen wird auf das angefochtene Urteil nebst darin enthaltener Verweisungen Bezug genommen.

Gegen die landgerichtliche Entscheidung wenden sich die Parteien mit ihren jeweiligen Berufungen.

Der Kl. ist der Auffassung, ihm stehe jedenfalls ein weiteres Schmerzensgeld von € 10000,00 zu. Des Weiteren sei nicht nachvollziehbar, weshalb vom Landgericht Abstriche bei dem bezifferten Verdienstaufschaden gemacht worden seien.

Unter geringfügiger Klageerhöhung hinsichtlich des Verdienstaufschadens (€ 308,84) hat der Kl. zweitinstanzlich ursprünglich beantragt,

- 1. unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Bekl. zu verurteilen, an ihn über das im Urteil vom 9.12.2016 ausgeurteilte Schmerzensgeld hinaus ein weiteres angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das*

- ausdrückliche Ermessen des Gerichts gestellt wird, zu zahlen,
- unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Bekl. zu verurteilen, an ihn über die im Urteil des Landgerichts Kiel ausgerichteten € 113613,93 hinaus weitere € 17.141,42 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf € 15367,80 seit dem 1.10.2009, auf weitere € 4375,65 seit Rechtshängigkeit der Klage, auf weitere € 47303,62 seit Rechtshängigkeit des Schriftsatzes vom 11.5.2012, auf weitere € 18633,75 seit Rechtshängigkeit des Schriftsatzes vom 20.5.2016 und auf restliche € 44.765,68 seit Rechtshängigkeit des Schriftsatzes vom 18.10.2016 zu zahlen,
 - unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Bekl. zu verurteilen, an den Kl. vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von € 2759,13 zu zahlen,

sowie

die Berufung der Bekl. zurückzuweisen.

Die Bekl. hat beantragt,

das Urteil des Landgerichts Kiel vom 9.12.2016 im Hinblick auf

- den Tenor zu Ziffer 2. (€ 113613,93) und
- den Tenor zu 3. (Verdienstausfallschaden von monatlich € 1447,75 bis 23.11.2036)

aufzuheben und die Klage insoweit abzuweisen,

sowie

die Berufung des Kl. zurückzuweisen.

Die Bekl. beanstandet eine mangelhafte erstinstanzliche Beweiserhebung sowohl hinsichtlich der behaupteten Begehrensneurose als auch hinsichtlich der physischen und psychischen Folgen der Muskeldystrophie. Zudem sei unbeachtet geblieben, dass sowohl nach den Feststellungen des erstinstanzlich tätigen psychiatrischen Sachverständigen Dr. S., aber auch nach denjenigen des vorgerichtlich tätigen Psychiaters Dr. H. die depressiven Störungen des Kl. behandlungsbedürftig und auch behandelbar gewesen seien. Dadurch, dass der Kl. diese nicht (adäquat) habe behandeln lassen, habe er seine Schadensminderungspflicht verletzt. Die vorzeitige Verrentung des Kl. wegen voller Erwerbsunfähigkeit sei nicht unfallbedingt, sondern unfallunabhängig erfolgt.

Der Senat hat ergänzend den Kl. persönlich angehört, zudem Beweis erhoben durch Einholung schriftlicher Sachverständigen Gutachten.

Wegen des Inhalts der Anhörung sowie der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 19.9.2017, das schriftliche Gutachten des Facharztes für Neurologie Dr. med. T. vom 23.04.2018, das schriftliche Gutachten des Facharztes für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. K. vom 3.9.2018, die ergänzende Stellungnahme von Dr. K. vom 13.12.2018 sowie die mündlichen Erläuterungen seiner schriftlichen Ausführungen gemäß der Sitzungsniederschrift vom 22.1.2019 Bezug genommen.

Mit Urteil vom 22.1.2019 hat der Senat die Berufung des Kl. zurückgewiesen und auf die Berufung der Bekl. das angefochtene Urteil hinsichtlich des Verdienstausfallschadens und des Feststellungsausspruchs wegen eines Verstoßes des Kl. gegen seine Schadensminderungspflicht teilweise geändert. Wegen der Einzelheiten wird auf das Senatsurteil vom 22.01.2019 Bezug genommen.

Auf die Revision des Kl. – beschränkt auf den Verdienstausfallschaden/das Feststellungsbegehren – hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 21.9.2021 (VI ZR 91/19) das

Senatsurteil „insoweit aufgehoben, als hinsichtlich des Verdienstausfallschadens auf die Berufung der Bekl. die Klage abgewiesen und die Berufung des Kl. zurückgewiesen worden ist.“

Die Parteien verfolgen ihre ursprünglichen Berufungsanträge weiter, der Kl. indes ohne den Antrag zu Ziffer 1.

Der Senat hat, entsprechend der Vorgabe durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, weiter Beweis erhoben durch Einholung eines weiteren Gutachtens des Sachverständigen Dr. K., das dieser schriftlich ergänzt und mündlich erläutert hat, sowie durch Einholung eines Arbeitsmarktgutachtens des Sachverständigen H., das dieser ebenfalls schriftlich ergänzt und mündlich erläutert hat.

Mit Urteil vom 31.1.2023 hat der Senat schließlich auf die wechselseitigen Berufungen der Parteien das angefochtene Urteil des Landgerichts K. teilweise geändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

- Die Bekl. wird verurteilt, an den Kl. ein weiteres Schmerzensgeld in Höhe von € 10000,00 zu zahlen.
- Die Bekl. wird verurteilt, an den Kl. € 116966,27 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p. a. auf € 15367,80 seit dem 7.10.2009, auf € 67047,07 seit dem 5.6.2012 sowie auf € 116966,27 seit dem 27.10.2016 sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 1.196,43 zu zahlen.
- Es wird festgestellt, dass die Bekl. verpflichtet ist, dem Kl. ab November 2016 bis zum 23. November 2036 seinen Verdienstausfallschaden unter Abzug fiktiver Einkünfte in Höhe von 75 % der Einkünfte nach der Entgeltgruppe E5 TVöD/TV-L SH (Steuerklasse IV) zu ersetzen.
- Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen

Die Berufung des Kl. hat hinsichtlich des bezifferten Zahlungsantrages geringfügigen Erfolg, diejenige der Bekl. hat teilweisen Erfolg hinsichtlich des Feststellungsausspruchs; im Übrigen erweisen sich die Rechtsmittel als unbegründet.

1. Schmerzensgeld

Das Landgericht hatte dem Kl. ein weiteres Schmerzensgeld – über vorgerichtlich gezahlte € 30000,00 hinaus – von € 10000,00 zugesprochen. Der Senat hat mit Urteil vom 21.02.2019 ausgeführt, dass und warum damit die berechtigten Schmerzensgeldansprüche des Kl. aufgrund des streitgegenständlichen Verkehrsunfalles (§§ 7 Abs.1, 11 S.2 StVG i.V.m. § 253 Abs.1 BGB) erfüllt sind.

Insoweit ist das Senatsurteil vom 21.2.2019 rechtskräftig. Der Tenor Ziff.1 dieses Urteils hat daher lediglich noch klarstellenden Charakter.

2. Verdienstausfallschaden

Hinsichtlich des bezifferten Verdienstausfallschadens für den Zeitraum Juni 2006 bis einschließlich Oktober 2016 (§§ 252 BGB, 287 ZPO) ist grundsätzlich von den Berechnungen des Kl. in der Berufungsbegründung nach Maßgabe der geringfügigen Korrekturen im Schriftsatz vom 21.1.2019 auszugehen. Das darin aufgearbeitete Zahlenwerk – endend mit einem Betrag von € 130755,35 – ist nicht nur weitgehend durch entsprechende Nachweise belegt, vielmehr und insbesondere ist es auch seitens der Bekl. substantiiert nie bestritten worden. Nicht entscheidungsrelevant ist, dass dem Kl. – zu seinen Lasten – ein geringfügiger Additionsfehler unterlaufen ist. Tatsächlich ergibt sich nämlich ein dargelegter Verdienstausfallschaden in Höhe von € 131568,81.

Soweit das Landgericht für die Jahre 2007/2008 Abstriche für Urlaubs- und Weihnachtsgeld gemacht hat, hält der Senat

dies nicht für zutreffend, ist doch allgemein bekannt, dass Tarifangestellte des Landes Schleswig-Holstein – im Gegensatz zu Richtern und Beamten – derartige Zuwendungen erhielten und erhalten; ebenso wenig hält der Senat es für zutreffend, wenn das Landgericht für den Zeitraum Januar 2009 bis September 2011 die Krankenversicherungsbeiträge des Kl. unberücksichtigt lässt. Denn es ist unstreitig, dass er auch in diesem Zeitraum zu denselben Konditionen wie davor und danach krankenversichert war. Mangels substantiierten Bestreitens der Bekl. zur Höhe sind die insoweit geltend gemachten Beträge also ebenfalls zu berücksichtigen.

Allerdings muss sich der Kl. jedenfalls ab Oktober 2014 eine Anspruchskürzung wegen fehlender ärztlicher Behandlung seiner depressiven Störungen gefallen lassen, denn insoweit liegt ein Mitverschulden des Kl. vor, nämlich ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Wie bereits ausgeführt, steht aufgrund der vorgerichtlich und auch innerhalb des Verfahrens eingeholten psychiatrischen Sachverständigengutachten fest (§ 286 ZPO), dass der Unfall vom 8.8.2004 Auslöser der depressiven Störungen des Kl. – auch wenn diese erst Jahre später zu Tage getreten sind – war. Genau lautet die Diagnose: „Rezidivierende depressive Störung nach ICD 10, Ziffer F33.1.“ Dass daneben auch andere Faktoren zur Entstehung der depressiven Störung beigetragen haben, ist für die Frage der Kausalität erst einmal ohne Belang, denn es steht fest, dass es ohne den Unfall nicht zu den depressiven Störungen, die letztlich zur Erwerbsunfähigkeit des Kl. geführt haben, gekommen wäre. Diese nahm ihren Ausgang bereits im Herbst 2004

(vergleiche Seite 24 des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. K. vom 03.09.2018).

Trotz ambulanter psychotherapeutischer Behandlung bei Frau Dr. H. in den Jahren 2007 bis 2012 sowie eines stationären psychosomatischen Rehabilitationsaufenthaltes in S. im Jahre 2008 kam es zunächst zur befristeten (ab 1.10.2007) und sodann zur dauerhaften Verrentung des Kl. wegen Erwerbsunfähigkeit (seit 1.1.2013). Dass dies nicht Folge der depressiven Störung, sondern vielmehr einer sogenannten Begehrensneurose geschuldet war, hat die Bekl. zwar behauptet, den Beweis hat sie aber nicht führen können.

Eine den Zurechnungszusammenhang für Folgeschäden, die wesentlich durch eine Begehrenshaltung des Geschädigten geprägt sind, ausschließende Begehrensneurose liegt nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.7.2012 (VI ZR 127/11) vor, wenn der Geschädigte den Unfall in dem neurotischen Streben nach Versorgung und Sicherheit lediglich zum Anlass nimmt, den Schwierigkeiten des Erwerbslebens auszuweichen

(a.a.O. Juris, Rn. 10).

Damit wird kein vorwerfbares Verhalten des Geschädigten sanktioniert, sondern es wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Haftung des Schädigers nicht gerechtfertigt ist, wenn bei der Entstehung der Schadensfolgen die Existenz des Schadensersatzanspruches als solche eine entscheidende Rolle gespielt hat. Denn es widerspricht dem Normzweck, wenn der Schädiger für Schadensfolgen aufkommen muss, die zwar kausal auf dem Unfallgeschehen beruhen, bei denen aber ein neurotisches Streben nach Versorgung und Sicherheit prägend im Vordergrund steht. In solchen Fällen realisiert sich das allgemeine Lebensrisiko und nicht mehr das vom Schädiger zu tragende Risiko der Folgen einer Körperverletzung

(BGH a.a.O. Juris, Rn. 13).

Dabei muss die Begehrenshaltung nicht allein maßgeblich sein, vielmehr ist es ausreichend, dass die Beschwerden ent-

scheidend durch eine neurotische Begehrenshaltung geprägt sind. Schon der erstinstanzlich tätige Sachverständige Dr. S. hat – wenn auch eher am Rande – im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens das Vorliegen einer Begehrensneurose verneint. Auch der Sachverständige K. hat beim Kl. das Vorliegen einer Begehrensneurose nicht feststellen können. Dabei war dem Sachverständigen vom Senat die Definition des Bundesgerichtshofs für die Begehrensneurose vorgegeben worden, er hat sich insbesondere in seinem schriftlichen Gutachten auftragsgemäß mit dieser Frage auseinandergesetzt und das Vorliegen einer Begehrensneurose nachvollziehbar verneint.

Eine Zurechnung kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt der überholenden Kausalität (Reserveursache) verneint werden. Die Bekl. hat nicht beweisen können, dass der Kl. allein schon aufgrund der angeborenen Muskeldystrophie weit vor Erreichen der regulären Altersgrenze von 67 Jahren erwerbsunfähig aus dem Arbeitsleben ausgeschieden wäre, wobei diese Behauptung schon den bis einschließlich Oktober 2016 bezifferten Verdienstausfallschaden betreffen kann, jedenfalls aber für das Feststellungsbegehren des Kl. von erheblicher Bedeutung wäre. Der Sachverständige Dr. T. hat in seinem Gutachten vom 23.4.2018 festgestellt, dass bei dem Kläger zwar eine angeborene Muskeldystrophie eines nicht näher zu klassifizierenden Typs vorliegt, diese aber nach dem klinischen Bild und dem bisherigen Verlauf als eine „mild verlaufende Muskeldystrophie“ einzustufen ist. Prognostisch – so der Sachverständige Dr. T. – sei eher mit einem „günstigen Verlauf“ zu rechnen. Auf dieser Grundlage hält es der Sachverständige nicht für wahrscheinlich, dass der Kläger unfallunabhängig, allein aufgrund der Muskeldystrophie weit vor Erreichen der regulären Altersgrenze erwerbsunfähig geworden wäre. Dies hat die Bekl. ohne Beanstandungen hingenommen.

Allerdings muss der Kl. eine Anspruchskürzung aufgrund seines nicht unerheblichen Mitverschuldens im Sinne des Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht, die jedem Geschädigten obliegt (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB), hinnehmen. Dies ganz unabhängig davon, dass der Kläger nach seinen eigenen Angaben jedenfalls seit seinem Ausscheiden aus dem Landesdienst zum 31.12.2012 keinerlei Bemühungen unternommen hat, seine verbliebene Arbeitskraft – und sei es im Rahmen eines Minijobs – schadensmindernd einzusetzen. Denn der Kl. hat jedenfalls ab diesem Zeitpunkt auch keinerlei Versuche unternommen, die maßgeblichen depressiven Störungen adäquat behandeln zu lassen.

Eine Obliegenheitsverletzung nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB setzt voraus, dass der Geschädigte es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Macht er – wie hier – einen Erwerbsschaden geltend, ist der Verletzte grundsätzlich verpflichtet, seine verbliebene Arbeitskraft in den Grenzen des Zumutbaren so nutzbringend wie möglich zur Abwendung oder Minderung des Erwerbsschadens einzusetzen

(BGH, Urteil vom 26.9.2006, VI ZR 124/05, NJW 2007/64, Rn. 9; Scholten in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 254 BGB, Rn. 61).

Unterlässt er es, einer ihm zumutbaren Erwerbstätigkeit nachzugehen, sind die erzielbaren (fiktiven) Einkünfte den Schaden anzurechnen (keine quotenmäßige Anspruchskürzung).

Der Erwerbsschadensminderungspflicht kann eine weitere Obliegenheit des Verletzten vorgeschaltet sein, wenn die unfallbedingt reduzierte Arbeitskraft durch zumutbare Maßnahmen wiederhergestellt oder jedenfalls verbessert werden kann

(BGH, Urteil vom 04.11.1986, VI ZR 12/86, VersR 1987, 408, 409, juris Rn. 14).

Der körperlich Verletzte darf nicht anders handeln als ein verständiger Mensch, der die Vermögensnachteile selbst zu tragen hat, es bei gleicher Gesundheitsstörung tun würde

(BGH, Urteil vom 10.2.2015, VI ZR 8/14, juris Rn. 15, NZV 2015, 281).

Er muss daher bei nicht ganz geringfügigen Verletzungen einen Arzt aufsuchen

(BGH, Urteil vom 04.10.1963, VI ZR 109/62, VersR 1964, 94)

und dessen Anordnungen befolgen. Der Vorwurf einer Obliegenheitsverletzung setzt jedoch voraus, dass dem Geschädigten die Therapie oder sonstige ärztliche Behandlung zumutbar gewesen wäre

(BGH, Urteil vom 10.02.2015, VI ZR 8/14, NJW 2015, 2246 Rn. 15 m.w.N.).

Um die medizinische Behandlung einer unfallbedingten psychischen Erkrankung durch eine stationäre oder medikamentöse Therapie als zumutbar erachten zu können, wird regelmäßig die sichere Aussicht einer wesentlichen Besserung zu fordern sein

(BGH, Urteil vom 21.9.2021, VI ZR 91/19 Rn. 12).

Für die Frage, ob und inwieweit sich das Mitverschulden bei der Ermittlung des Schadensumfangs ausgewirkt hat (Hafungsausfüllung), gilt generell das reduzierte Beweismaß des § 287 ZPO

(Scholten in: Freyermann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., § 254 BGB, Rn. 69),

d. h., zur Überzeugungsbildung kann eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen

(vgl. BGH, Urteil vom 12.02.2008, VI ZR 221/06, juris Rn. 9 m.w.N.).

Nach dem Gutachten des psychiatrischen Sachverständigen Dr. K. vom 21.06.2022 sowie dessen Ergänzung und Erläuterung ist der Senat davon überzeugt, dass der Kl. Anfang 2013 jedenfalls therapiefähig war und schuldhaft zumutbare Therapien zur Besserung seiner psychischen Erkrankung (rezidivierende depressive Störung nach ICD-10, F33.1) unterlassen hat.

Zur Chronifizierung der depressiven Störung beim Kl. sollen – so der Gutachter – zusätzliche unfallunabhängige Faktoren beigetragen haben (berufliche Rückstufung, Interaktionsprobleme mit seiner Ehefrau, neurotische Fehlverarbeitung). Im Laufe der Jahre habe sich beim Kl. ein Verarbeitungsmuster manifestiert, das am ehesten im Sinne einer „posttraumatischen Verbitterungsstörung“ (kein eigenes Krankheitsbild) beschrieben werden könne. Anfang 2013 sei der Kl. therapiefähig gewesen, im Vordergrund habe seine fehlende Therapiemotivation gestanden. Die indizierten Therapieverfahren (initiale 4 bis 8-wöchige stationäre Behandlung in einer psychiatrischen Klinik mit anschließender ambulanter psychotherapeutischer und medikamentöser Therapie) könnten als „einfach und gefahrlos“ betrachtet werden. Nach Durchführung einer adäquaten antidepressiven Therapie hätte beim Kl. eine „sehr sehr große Aussicht“ auf eine wesentliche Besserung der depressiven Symptomatik bestanden. Seine Arbeitskraft hätte nach Durchführung einer adäquaten antidepressiven Therapie voraussichtlich nach einem Jahr zu 50 % der vollen Wochenarbeitszeit (40 Stunden/Woche) und nach einem weiteren Jahr Therapie sehr wahrscheinlich zu 70–80 % der vollen Wochenarbeitszeit wiederhergestellt werden können. Dabei werde eine sitzende Tätigkeit ohne drückende psychische Faktoren unterstellt.

Nach Auffassung des Senats ist eine schuldhafte Obliegenheitsverletzung nicht dadurch entfallen, dass der Kl. mit seinen Reaktionen lediglich den Anweisungen seines behandelnden Arztes gefolgt sein will. Zwar haben der Amtsarzt Dr. P. in seiner Stellungnahme vom 4.6.2008 eine „vorübergehende Erwerbsminderung i.S.v. SGB VI“ und die behandelnde Psychotherapeutin Dr. H. am 6.9.2012 wegen „nicht absehbarer

Besserung“ eine weitere Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, dem Kl. musste jedoch nach seinem stationären Aufenthalt in den S.-Kliniken (Arztbrief Prof. Dr. K. vom 4.3.2008) und nach den weiteren Befundberichten (u.a. Gutachten Prof. Dr. H. vom 27.8.2009; Gutachten Dr. W. S. vom 20.4.2011 und 31.10.2013) klar gewesen sein, dass eine Verbesserung seines Leistungsniveaus bei Fortsetzung einer adäquaten medizinischen Behandlung durchaus möglich gewesen wäre. Schließlich hat sich der Kl. unstreitig nach seinem Umzug nach N. und Beendigung der ambulanten Psychotherapie bei Frau Dr. H. in K. Anfang 2013 zunächst auch nach weiteren alternativen Therapiemöglichkeiten vor Ort erkundigt. Der mit einer ambulanten Psychotherapie verbundene Aufwand habe jedoch für ihn „nur Stress bedeutet“ und der damit verbundene logistische Aufwand sei aus seiner Sicht nicht verhältnismäßig gewesen (vgl. Anamnese Dr. K. S. 20 des Gutachtens vom 21.6.2022). Gerade auch dem Gutachten des auch dem Senat aus verschiedenen Verfahren bekannten Sachverständigen Prof. Dr. H. vom 27.8.2009 lässt sich entnehmen, dass die depressive Symptomatik des Kl. behandlungsbedürftig, aber auch behandelbar ist. Dort ist aufgeführt, dass „bei Ausschöpfung der antidepressiven, psychotherapeutischen und psychopharmakotherapeutischen sowie traumaspezifischen Maßnahmen bei prinzipiell motivierten, gut introspektionsfähigen Patienten trotz der Chronifizierungstendenz der depressiven Spektrumserkrankung eine Heilung beziehungsweise eine Linderung denkbar“ ist. Diese Ausführungen des Sachverständigen H. konnte und musste auch der Kl. verstehen.

Nach seinen eigenen Angaben vor dem Senat befand sich der Kl. zum Zeitpunkt, als das Gutachten des Sachverständigen Dr. H. vorlag, schon nicht mehr in adäquater Behandlung, vielmehr erfolgte diese überwiegend durch seinen Hausarzt beziehungsweise die Hausärztin. Anfang 2008 sei er nach N. umgezogen, dort sei es ihm aber nicht gelungen, Termine beim Psychotherapeuten zu bekommen. Der Kl. befand sich zwar offiziell bis 2012 weiterhin bei der Psychotherapeutin Dr. H. in K. in ambulanter Behandlung, Umfang und Intensität dieser Behandlung sind jedoch weder dargelegt noch bewiesen.

Jedenfalls seit Januar 2013 erfolgte aber keinerlei psychiatrische/psychotherapeutische Behandlung des Kl. mehr. Dies, obgleich ein verständiger Mensch in seiner Situation versucht hätte, die – mittlerweile chronifizierte – rezidivierende depressive Störung nach dem Stand der ärztlichen Wissenschaft behandeln zu lassen. Der Sachverständige Dr. K. hat den Kl., den er auf Bitten des Senats am 13.4.2022 nochmals eingehend ambulant untersucht hat, im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens wie folgt beschrieben: „Der Kl. verfügt über eine hohe Intelligenz sowie eine gute Konzentrations- und Durchhaltefähigkeit. Er ist sehr zielstrebig und nach meiner Auffassung durchaus in der Lage, den Unterschied zwischen einer ambulanten Therapie und einer stationären Therapie zu erkennen“. Dabei war die fehlende Therapiemotivation des Kl. aber ihrerseits kein Symptom seiner depressiven Erkrankung, zumindest nicht ausschließlich (Gutachten Dr. K. vom 21.6.2022).

Auch auf den Vorhalt möglicher Wechselwirkungen bzw. Nebenwirkungen der Medikamente zur Behandlung der Muskeldystrophie und der Psychopharmaka ist der Sachverständige Dr. K. dabei geblieben, dass es weder eine absolute noch eine relative Kontraindikation einer medikamentösen antidepressiven Therapie im Hinblick auf die Muskeldystrophie gebe. Generell – so der Sachverständige bei der mündlichen Erläuterung – hätten 70 bis 80 % aller Patienten keine oder nur minimale Nebenwirkungen; notfalls ließe sich im Zuge der stationären Therapie auch auf eine andere Medikamentengruppe umschwenken. Die Wirksamkeit der kombinierten

Pharmakotherapie – die unter ärztlicher Kontrolle einschließlich entsprechender Laborkontrolle durchgeführt worden wäre – grenze – so der Sachverständige – an 100 % (97 %).

Der von dem Sachverständigen vorgeschlagene Behandlungsweg kann damit aus Sicht des Senats als erprobt und sicher bezeichnet werden, der Kl. hätte diesen, um sich nicht dem Vorwurf eines Mitverschuldens auszusetzen, einschlagen können und müssen.

Die nicht erfolgte psychiatrische und psychotherapeutische Behandlung des Kl. ab dem Jahre 2013 stellt damit einen wesentlichen unfallunabhängigen Faktor für die andauernde Chronifizierung der Depressionen dar. Nichts anders ergibt sich bereits aus den erstinstanzlichen Ausführungen des Sachverständigen Dr. S..

Der Senat ist damit im Sinne von § 286 ZPO davon überzeugt, dass der Kl. – trotz der Chronifizierung seiner depressiven Störungen und trotz seiner Vorerkrankungen – bei entsprechender Behandlung spätestens ab Oktober 2014 zu 50 %, sodann ab Oktober 2015 (und fortdauernd wieder) zu 75 % arbeitsfähig gewesen wäre. Denn der Sachverständige Dr. K. hat überzeugend ausgeführt: „Wenn es um die Wiederherstellung bzw. Verbesserung der Leistungsfähigkeit geht, die ich hier mit 50 bis 75 % (nach zwei Jahren) angenommen habe, dann würde ich sagen, dass es sich dabei um eine absolut realistische Einschätzung handelt.“ Auch auf weitere Nachfragen ist der Sachverständige dabei geblieben, „dass bei entsprechender Therapie mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Arbeitsfähigkeit des Kl. bis zu sechs Stunden täglich (sitzende Tätigkeit ohne drückende psychische Faktoren) wiederhergestellt werden kann.“ Dabei werde eine einfache Tätigkeit ohne hohe psychische und körperliche Anforderungen zugrunde gelegt.

Die Beurteilung der medizinischen Fragen erfolgt auf Grundlage der Ausführungen des im zweiten Rechtszug tätigen Sachverständigen Dr. K.. Der Sachverständige verfügt über eine langjährige berufliche Erfahrung als Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie. Seit 2010 ist er als praktizierender Arzt und seit 2016 sogar als Oberarzt am Universitätsklinikum in H. tätig. Er hat bereits eine Vielzahl fachärztlicher Gutachten gefertigt. Seine Ausführungen sind deshalb eine nachvollziehbare und zuverlässige Grundlage für die Überzeugungsbildung des Senats.

Folglich ist der Verdienstaufschaden des Kl. ab Oktober 2014 zu kürzen; indes nicht prozentual, sondern nur insoweit, als der Kl. Einkünfte im Rahmen einer zumutbaren Erwerbstätigkeit hätte erzielen können. Dass der Kl. nach erfolgter und erfolgreicher Therapie einen leidensgerechten (Teilzeit-) Arbeitsplatz ab Oktober 2014 in N. bzw. einem Umkreis von 50 Kilometern hätte finden und eine entsprechende Tätigkeit hätte aufnehmen können, steht aufgrund des schriftlichen Gutachtens – nebst Ergänzung und Erläuterung – des Sachverständigen Michael H. zur Überzeugung des Senats fest.

Der Sachverständige, der als Betriebswirt und langjähriger Mitarbeiter der Bundesanstalt für Arbeit tätig war und seit 1993 als Sachverständiger Arbeitsmarktgutachten erstattet, besitzt die nötige Expertise zur Beantwortung der hier maßgeblichen Fragen.

In seinem Gutachten vom 13.9.2022 hat der Sachverständige – wobei er vor der Schwierigkeit einer retrospektivischen Analyse des Arbeitsmarktes im Jahre 2014 stand – herausgearbeitet, dass es in N. und Umgebung entsprechende Arbeitsplätze für den Kl. insbesondere im öffentlichen Dienst gegeben hätte. Dabei hat der Sachverständige auch berücksichtigt, dass der Kl. schon mehrere Jahre keiner Arbeit nachgegangen war, schwerbehindert ist und insbesondere seine EDV-Kenntnisse nicht (mehr) auf dem neuesten Stand waren. Diese Ein-

schätzung hat der Sachverständige auch nachvollziehbar und überzeugend im Rahmen der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens vertreten.

Unter Berücksichtigung der beruflichen Qualifikation (u. a. Hauptschulabschluss mit der Note „4“; Ausbildung zum Bürokaufmann mit Schwerpunkt IT von 1987 bis 1990) und der gesundheitlichen Einschränkungen des Kl. geht der Sachverständige davon aus, dass der Kl. in die relativ niedrige Besoldungsstufe E 5 nach TVöD/TVL SH einzustufen ist. Dazu hat der Sachverständige ausgeführt, dass der Kl. damals auf dem Arbeitsmarkt in N. und Umgebung sowohl im Öffentlichen Dienst, aber auch in der freien Wirtschaft (z. B. bei karitativen Einrichtungen, Pflegediensten, in der freien Wohlfahrtspflege oder bei politischen Gremien) mit oder ohne vorgeschaltete Weiterbildungsmaßnahmen gute Aussichten auf einen entsprechenden Arbeitsplatz gehabt hätte. Es habe gerade 2014 eine Trendwende auf dem Arbeitsmarkt gegeben, seither sei die Anzahl offener Stellen rasant gestiegen. Die Stadt N. verfügte damals über doppelt so viele Arbeitsplätze wie die Stadt Einwohner gehabt habe. Der Schwerbehindertenstatus hätte sich zudem bei der Arbeitssuche noch eher als Vorteil erwiesen, zumal – nach entsprechenden Studien – in diesem Bereich damals die Erwerbslosenquote nur 2,8 % betrug (im Vergleich zur durchschnittlichen Arbeitslosenquote von 4,3 %).

In N. und Umgebung hätte der Kl. damals – so der Sachverständige H. – gerade auch wegen seiner Schwerbehinderteneigenschaft bevorzugte Chancen auf dem Arbeitsmarkt, insbesondere im öffentlichen Dienst gehabt. Dies gelte auch für Bewerber mit „minderer beruflicher Qualität“, denn schon damals hätten auch öffentlich-rechtliche Arbeitgeber Mitarbeiter genommen, die nicht einmal mehr die sog. „K.O.-Kriterien“ erfüllt hätten und alle Schlupflöcher bei der Einstellung genutzt.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Kl. eine dreijährige Ausbildung durchlaufen und einige Zeit als Angestellter im öffentlichen Dienst absolviert hat, wäre er – je nach Bewertung der Position – in die Entgeltgruppen E5 bis E8 eingruppiert worden. Bei Eingruppierung in die Stufe E5 unter Anrechnung einer Praxiszeit von 4 Jahren ergibt sich zum 01.10.2014 eine Bezugsgröße von mtl. brutto 2311,49 €. Mit der ergänzenden Stellungnahme vom 13.12.2022 hat der Sachverständige H. den anzurechnenden Nettoverdienst ab 1.10.2014 bis 31.10.2016 wie folgt berechnet:

Zeitraum	Monat brutto in Euro	reduziert wegen Leistungs Minderg.	Netto in Euro/Mto. Steuerkl. IV	Bemerkungen
10/14 - 02/15	2.311,49	1.155,75	1.009,75	50%
03/15 - 09/15	2.366,97	1.183,48	1.023,21	Tariferhöhg. 50 %
10/15 - 03/16	2.366,97	1.775,23	1.410,48	75 %
03/16 - 10/16	2.423,78	1.817,84	1.444,34	75 %

Den überzeugenden Erwägungen des Sachverständigen schließt sich der Senat an.

Konkret errechnet sich der Verdienstaufschaden des Kl. – anhand seiner unbestrittenen Darlegungen – so, dass ab Oktober 2014 von seinen entgangenen Nettoeinkünften unter Hinzurechnung des jeweils von ihm zusätzlich zu zahlenden Krankenkassenbeitrages die fiktiven Einkünfte aus einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst mit einer Teilzeittätigkeit von 50 % (10/2014 bis 09/2015) bzw. 75 % (ab 10/2015) in Abzug gebracht werden. Dies unter Einstufung in die Steuerklasse IV,

da jedenfalls im Rahmen der Einkommensteuererklärung bzw. des Lohnsteuerjahresausgleichs ein Ausgleich im Hinblick auf eine etwaige ursprüngliche Versteuerung der Einkünfte der Eheleute nach den Steuerklassen III/V stattgefunden hätte. Unberücksichtigt bleiben dabei die Einkünfte des Kl. aus der tatsächlich gezahlten Erwerbsunfähigkeitsrente, da diese – gleichfalls fiktiv – bei „regulärer“ Arbeit nicht gezahlt worden wäre.

Dies ergibt folgendes Zahlenbild:

Der Verdienstaufschaden bis einschließlich September 2014 beläuft sich auf insgesamt € 93804,92 (auf Basis eines unstreitigen Nettolohns ohne den Unfall per 30.9.2014 i.H.v. mtl. 1469,79 €). Von Oktober 2014 bis September 2015 beträgt der (ungekürzte) Verdienstaufschaden € 17855,64. Im darauffolgenden Zeitraum bis einschließlich Oktober 2016 beträgt der volle Verdienstaufschaden € 19908,25 (insgesamt von 1.10.2014 bis 31.10.2016: 37 763,89 €).

Davon sind in Abzug zu bringen für den Zeitraum 10/2014 bis 9/2015 (fiktive) Einkünfte i.H.v. 12 211,22 € (5: 1009,75 € + 7: 1023,21 €); für den Zeitraum 10/2015 bis 10/2016 (fiktive) Einkünfte i.H.v. 18 573,26 € (6: 1410,48 € + 7: 1044,34 €).

Hinzuzurechnen sind bei dieser Art der Schadenabrechnung die in den vorgenannten Zeiträumen gezahlten Erwerbsunfähigkeitsrenten mit einem Betrag von insgesamt 16 181,94 €. In der Summe ergibt sich daraus der im Tenor Ziff. 2. ausgerichtete Betrag von 116 966,27 €.

3. Feststellungsbegehren

Das Feststellungsbegehren des Kl. ist zulässig; wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, ist es aber nur teilweise begründet.

Zwar hat die Bekl. mit Schreiben vom 15.3.2010 ihre Eintrittspflicht für alle unfallbedingten materiellen und immateriellen Ansprüche mit der Wirkung eines am 15.3.2010 ergangenen rechtskräftigen Feststellungsurteils anerkannt; gleichwohl fehlt es dem Kl. für sein Feststellungsbegehren nicht an dem notwendigen Feststellungsinteresse.

Denn nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(BGH VI ZR 195/98, Urteil vom 28.9.1999)

steht ein allgemeiner Feststellungsausspruch hinsichtlich einer umfassenden Schadensersatzverpflichtung – hier in Form des Anerkenntnisses der Beklagten – einem rechtlichen Interesse an der Feststellung im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO nicht entgegen, „wenn dem konkreten vom Feststellungsantrag betroffenen Recht des Kl. eine Gefahr der Unsicherheit droht und der erstrebte Feststellungsausspruch geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen und unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte zu führen“

(BGB a.a.O. Juris, Rn. 17 m. w. N.).

So ist es hier. Speziell die Frage eines Verdienstaufschadens des Kl. – auch und gerade in der Zukunft – ist zwischen den Parteien umstritten. Die Höhe von Erwerbseinkünften ist bekanntermaßen über die Jahre hinweg Änderungen unterworfen, sodass es sinnvoll ist, prozesswirtschaftlich diesen Streitpunkt der Parteien im Wege eines ergänzenden konkreten Feststellungsausspruches zu klären. Dabei kann nämlich davon ausgegangen werden, dass die Bekl. als Versicherer auch ohne Zahlungstitel aufgrund eines rechtskräftigen, konkreten Feststellungsausspruches Leistungen erbringen wird. Da – wie oben ausgeführt – nicht davon auszugehen ist, dass der Kl. aufgrund der angeborenen Muskeldystrophie vorzeitig aus dem Erwerbsleben ausgeschieden wäre, steht ihm ein Verdienstaufschaden bis zum regulären Renteneintritt im November 2036 zu. Dies allerdings mit der Einschränkung,

dass ihm fiktive (unterlassene) Einkünfte in der festgestellten Höhe anzurechnen sind.

§§ 7 Abs. 1, 17 StVG i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG; BGB §§ 823 I und II, 249 ff.; ZPO § 286; GG Art. 103

1. Grundsätzlich trägt der Schädiger die Beweislast dafür, dass der vermeintlich Geschädigte in die Beschädigung seines Fahrzeuges eingewilligt hat. Die ungewöhnliche Häufung von Beweisanzeichen für eine Manipulation kann für die Überzeugungsbildung des Tatrichters genügen.

Ausschlaggebend ist dabei eine Gesamtwürdigung, bei der aus einer Indizienkette auf die planmäßige Vorbereitung und Herbeiführung des vermeintlichen Unfalls geschlossen werden kann.

2. Maßgeblicher objektiver Umstand für ein manipuliertes Ereignis ist die fehlende Kompatibilität, wenn sich das Schadensbild am Klägerfahrzeug nicht mit dem behaupteten und von dem vermeintlichen Unfallverursacher bekundeten „Unfallhergang“ (hier rückwärtigen Ausparkvorgang) technisch in Einklang bringen lässt.

3. Wenn der vermeintliche Unfallverursacher als Zeuge zum Unfallhergang bereits vom Gericht ausführlich gehört worden ist und danach ein überzeugendes Sachverständigengutachten eingeholt wurde, dass – im Widerspruch zur Zeugenaussage – keine entsprechende technische Kompatibilität des Schadenshergangs festgestellt hat, ist in der Regel eine erneute Zeugenvernehmung nicht mehr erforderlich.

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Beschluss v. 20. Februar 2023 – 7 U 170/22 –, Rö

Der Kl. beansprucht von der Bekl. Schadensersatz in Höhe von 8844,63 € aufgrund einer Kollision, die sich am 21.10.2020 auf einem Privatparkplatz des Grundstücks D.-straße 66 in W. ereignet haben soll. Der Kl. hat vorgetragen, dass die Zeugin S. mit ihrem bei der Bekl. versicherten Pkw Renault Megane beim Ausparken gegen sein Fahrzeug (Mercedes-Benz E-Klasse) gekommen und an der linken Fahrerseite seines Fahrzeuges entlang geschrammt sei. Der Schaden setze sich zusammen aus den geschätzten Reparaturkosten in Höhe von 7672,99 € netto, Gutachterkosten in Höhe von 1146,64 € brutto sowie einer Kostenpauschale von 25 €.

Die Bekl. hat behauptet, dass es sich um einen manipulierten Unfall gehandelt habe. Die Angaben der Zeugin S. zum Unfallhergang seien nicht plausibel. Außerdem seien die Schäden an den unfallbeteiligten Fahrzeugen nicht kompatibel und würden insbesondere auch nicht zu dem in der Schadensanzeige vom 13.11.2020 geschilderten Unfallhergang passen. Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens sowie durch Vernehmung der Zeugin S..

Mit dem angefochtenen Urteil vom 15.9.2022 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Dem Kl. sei der Beweis eines Verkehrsunfalles im Rechtssinne nicht gelungen. Der Sachverständige H. (DEKRA) habe die Schäden an den unfallbeteiligten Fahrzeugen sowie die Kollisionsstellung anhand der vorhandenen Lichtbilder ermittelt und ausgewertet. Er sei zu dem Ergebnis gelangt, dass das Schadensbild hier praktisch unvereinbar sei mit dem von der Zeugin S. geschilderten Unfallhergang. Zweifel an der Objektivität und der fachlichen Kompetenz des Sachverständigen seien nicht ersichtlich. Eine Fortsetzung der Beweisaufnahme durch erneute Vernehmung der Zeugin S. und ihres Ehemannes M.S. sei nicht angezeigt. Beide Zeugen seien – trotz Festsetzung eines Ordnungsgel-

des - zum neuen Termin am 18.8.2022 nicht erschienen. Hinsichtlich des Zeugen M.S. sei noch nicht einmal vorgetragen, dass er das streitgegenständliche Unfallgeschehen überhaupt gesehen hat.

Dagegen richtet sich die Berufung des Kl.. Er hält die Feststellungen des Sachverständigen H. für unzureichend. Es sei grundsätzlich möglich, dass die Beschädigungen an beiden Fahrzeugen durch ein wie auch immer gelagertes Fahrverhalten der Zeugin S. entstanden sein könnten. Zum Beweis beruft sich der Kl. auf die Einholung eines Obergutachtens. Ferner beantragt der Kl., die Zeugen S. und M.S. zum Unfallhergang zu hören. Die Zeugin S. habe sich zum Unfallzeitpunkt in Eile und in einem hektischen Zustand befunden, weil sie schnellstmöglich mit ihrem Fahrzeug zu dem Pferdeanhänger habe fahren wollen, um den Kl., bei dem es sich um einen Kaufinteressenten gehandelt habe, nicht unnötig warten zu lassen. Hierdurch sei es vermutlich auch zu erklären, weshalb sie nach der ersten Wahrnehmung der Kollision nicht sofort ihr Fahrzeug angehalten habe. Der Zeuge M.S. habe die Kollision akustisch wahrgenommen und sei daraufhin sofort zum Unfallort geeilt. Die Nichtanhörung der Eheleute S. stelle einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör im Sinne von Art. 103 GG dar.

Der Kl. beantragt, das angefochtene Urteil zu ändern und die Bekl. zu verurteilen, an die finanzierende Bank fiktive Reparaturkosten in Höhe von netto 7672,99 € und an ihn Gutachterkosten in Höhe von brutto 1146,64 € sowie eine Unfallkostenpauschale in Höhe von 25 € nebst Zinsen und an seine Rechtsschutzversicherung vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 787,76 € zu zahlen. Die Bekl. verteidigt das angefochtene Urteil.

Aus den Gründen

Die Berufung gegen das angefochtene Urteil des Landgerichts ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist. Dem Kl. steht gegen die Bekl. kein Anspruch auf Schadenersatz gem. §§ 7 Abs. 1, 17 StVG i.V.m. § 115 Abs. 1 Nr. 1 VVG bzw. §§ 823 Abs. 1 und Abs. 2, 249 ff. BGB zu.

Der Senat hat die Parteien bereits mit Beschluss vom 18.1.2023 auf Folgendes hingewiesen:

Die Gesamtschau aller Umstände lässt auch zur Überzeugung des Senats nur den Schluss zu, dass es sich bei dem Vorfall vom 21.10.2020 auf dem Privatparkplatz in W. um ein manipuliertes Geschehen handelt. Grundsätzlich trägt der Schädiger nach dem Maßstab des § 286 ZPO die Darlegungs- und Beweislast, dass der vermeintlich Geschädigte in die Beschädigung seines Fahrzeuges eingewilligt hat. Eine Überzeugungsbildung setzt jedoch nicht immer eine mathematisch lückenlose Gewissheit voraus, sondern es genügt ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der verbleibenden Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen

(BGH, Urteil vom 1.10.2019, VI ZR 164/18, NJW 2020, 1072–1074).

Die ungewöhnliche Häufung von Beweisanzeichen für eine Manipulation kann der unmittelbaren Überzeugungsbildung des Tatrichters dienen. Beweisanzeichen können sich z.B. ergeben aus dem Unfallhergang, der Art der Schäden, der Art der beteiligten Fahrzeuge, dem Anlass der Fahrt, fehlender

Kompatibilität, den persönlichen Beziehungen oder wirtschaftlichen Verhältnissen

(OLG Schleswig, Beschluss vom 4.1.2021, 7 U 150/20, Juris, Rn. 16 m.w.N.).

Ausschlaggebend ist dabei eine Gesamtwürdigung, bei der aus einer Indizienkette auf die planmäßige Vorbereitung und Herbeiführung des vermeintlichen Unfalls geschlossen werden kann. Selbst wenn es für jede einzelne verdächtige Feststellung bei separater Betrachtung eine unverfängliche Erklärung geben mag, kann deren durch Zufall nicht mehr lebensnah erklärbare Häufung die Schlussfolgerung auf ein gemeinsames betrügerisches Vorgehen zu Lasten des gegnerischen Haftpflichtversicherers begründen

(LG Dortmund, Urteil vom 2.3.2020, 21 O 348/17, Juris, Rn. 46 m.w.N.).

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze ist der Senat – wie das Landgericht – davon überzeugt, dass hier gewichtige Indizien für die Annahme eines manipulierten Unfallgeschehens vorliegen, die den Einwand der fehlenden Rechtswidrigkeit des Tuns beweisen. Die Gesamtschau aller Umstände lässt bei lebensnaher Betrachtung keine vernünftigen Zweifel daran, dass es sich hier um ein manipuliertes Geschehen handelt.

Maßgeblich ist dabei der Umstand, dass nach dem Gutachten des Sachverständigen H. vom 14.12.2021 mit den mündlichen Ergänzungen gemäß Protokoll vom 9.6.2022 keine kompatiblen Beschädigungen an den unfallbeteiligten Fahrzeugen vorliegen. Der Sachverständige hat bereits in seinem schriftlichen Gutachten vom 14.12.2021 ausgeführt, dass sich das Schadensbild am Klägerfahrzeug nicht mit dem von der Zeugin S. beschriebenen rückwärtigen Ausparkvorgang in Einklang bringen lässt. Gerade bei einem – wie von der Zeugin S. geschildert – nicht dosierten und somit übermäßigen Lenkeinschlag nach links hätte es unmittelbar zu einer schrägen Ausrichtung zwischen den Fahrzeugen kommen müssen, denen sich die Spurenlage über die gesamte Radhauskante bis hinter die Vorderachse am Renault der Zeugin nicht mehr zuordnen ließ. Im Termin am 9.6.2022 hat der Sachverständige ergänzend darauf hingewiesen, dass die Unfallschilderung der Zeugin S. nur dann mit dem festgestellten Streifschaden vereinbar gewesen wäre, wenn sie mit einem Seitenabstand von maximal 10 - 12 cm neben dem klägerischen Fahrzeug geparkt hätte. Dann wäre jedoch ein Ein- und Aussteigen mit Öffnen der Türen nicht mehr möglich gewesen. Neben dem engen Parkabstand mit einem engen Anstoßwinkel von 5° hätte außerdem ein Zurücksetzen mit mehrmaligen starken Lenk- und Gegenlenkbewegungen stattfinden müssen, um das Schadensbild zu erklären.

Die Bekundungen der Zeugin S. sowie die Erklärungen gemäß ihrer Schadensanzeige vom 13.11.2020 sind mit den Feststellungen des Sachverständigen H. nicht vereinbar. Von mehrmaligen „starken Lenk- und Gegenlenkbewegungen“ hat die Zeugin nichts berichtet. Sie hat lediglich erklärt, dass sie trotz Verspüren eines Widerstandes und Hören eines „Knartschens“ weiter zurückgesetzt habe. Es könne sein – so die Zeugin –, dass ihr das Lenkrad durch die Hände gerutscht sei. Den Parkabstand zwischen ihrem Fahrzeug und dem klägerischen Fahrzeug würde sie „auf eine Stuhlbreite schätzen“. Ein Stuhl ist jedoch immer breiter als lediglich 10–12 cm. Der von dem Sachverständigenbüro Sch. mit Gutachten vom 3.11.2020 festgestellte Schaden an der nahezu kompletten linken Seite des Pkw Mercedes (leichte Deformationen und flächige Kratzer am linken Kotflügel im Bereich hinter dem Radausschnitt mit flächig ausgeprägter Kontaktpur nach hinten verlaufend über die linke Tür bis hin zur linken Seitenwand mit scharfkantigem Eindruck im hinteren Bereich der Tür und Dellen in unterschiedlicher Intensität auf der linken Seitenwand;

Kratzer auf beiden linksseitigen Leichtmetallfelgen über den Speichen; Fehlstellung der Achsgeometrie an der Vorderachse) ist nach alledem mit dem behaupteten Unfallhergang nicht vereinbar.

Die Ausführungen des Sachverständigen H. sind plausibel und gut nachvollziehbar sowie durch entsprechende Fotos und Vermessungen belegt. Der Sachverständige H. ist dem Senat als langjährig erfahrener und besonders fachkundiger Kfz-Gutachter bekannt. Die Voraussetzung für die Einholung eines entsprechenden Obergutachtens liegen nach § 412 ZPO nicht vor. Die Bekundungen der Zeugin S. zum Unfallhergang widersprechen den Feststellungen und Schlussfolgerungen des gerichtlichen Sachverständigen. Das Schadensbild am klägerischen Fahrzeug ist mit dem von der Zeugin S. geschilderten Unfallhergang nicht vereinbar. Dies gilt auch vor dem Hintergrund des ergänzenden Vortrags, dass die Zeugin S. zum Unfallzeitpunkt sich „in Eile und einem hektischen Zustand befunden“ habe. Die Zeugin S. hat insbesondere den Abstand zwischen den parkenden Fahrzeugen (Stuhlbreite) anders geschildert und auch keine mehrfachen starken Lenk- und Gegenlenkbewegungen berichtet. Die Angaben der Zeugin sind deshalb – vor dem Hintergrund der nachvollziehbaren Feststellungen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen – weder plausibel noch glaubhaft.

Schließlich sprechen auch weitere Umstände für eine Manipulation. Bei dem Klägerfahrzeug handelt es sich um ein Fahrzeug der Oberklasse (Mercedes-Benz E 250 CGI BlueEfficiency, 150 kW, Diamantweiß-metallic) und bei dem Beklagtenfahrzeug (Renault Megane, 86000 km) um ein bei der RCI Banque S.A. (= 100 %ige Tochter des Automobilherstellers Renault) fremdfinanziertes bzw. geleastes Fahrzeug. Solche Fahrzeuge sind in der Regel vollkaskoversichert. Das Schadensbild – überwiegend Streifschäden – ist ebenfalls ein typisches Indiz für eine Unfallmanipulation. Eine derartige Konstellation ist nämlich bei manipulierten Unfällen häufig anzutreffen, weil bei hochwertigen Fahrzeugen hohe Reparaturkosten anfallen, während auf Schädigerseite nur sehr geringe finanzielle Einbußen drohen. Außerdem können solche Streifschäden meist wesentlich kostengünstiger in Privat-/Niedrigpreiswerkstätten oder in Eigenregie repariert werden, als dies im Gutachten unter Annahme einer Reparatur in einer Fachwerkstatt kalkuliert wird (hier: Stundenlöhne einer Daimler-Benz Vertragswerkstatt zwischen 129 € und 146 €/h). So können letztlich bei fiktiver Abrechnung auf Gutachtenbasis hohe Gewinne „erwirtschaftet“ werden.

Schließlich ist auch die Unfallkonstellation auf Parkplätzen bei gestellten Unfällen häufig anzutreffen. Bei einer solchen Konstellation sind Personenschäden nicht zu erwarten. Außerdem können aufgrund der geringen Geschwindigkeiten Schäden dosiert beigebracht werden, sodass sich das Risiko für die Beteiligten deutlich minimiert

(OLG Schleswig, Beschluss vom 23.10.2018, 7 U 18/18, Juris, Rn. 9).

Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist nach alledem gemäß § 286 ZPO nicht zu beanstanden. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung berechtigt das Gericht, die im Prozess gewonnenen Erkenntnisse nach seiner individuellen Einschätzung zu bewerten, wobei der Richter lediglich an die Denk- und Naturgesetze sowie sonstigen Erfahrungsgesetze gebunden ist

(Zöller-Greger, ZPO, 34. Aufl., § 286, Rn. 13).

In Folge der Neuregelung in § 529 ZPO steht die Wiederholung der Beweisaufnahme außerdem nicht mehr im reinen Ermessen des Gerichts. Sie ist im Sinne eines gebundenen Ermessens vielmehr nur dann zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der

erstinstanzlichen Feststellungen begründen und eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzlichen Feststellungen keinen Bestand mehr haben werden, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt. Solche konkreten Anhaltspunkte werden mit der Berufung jedoch nicht vorgebracht. Vielmehr setzt die Berufung ihre eigene Beweiswürdigung lediglich anstelle derjenigen des Gerichts.

Eine nochmalige Vernehmung der Zeugin S. nach Vorlage des technischen Gutachtens des Sachverständigen H. war nicht erforderlich. Die Zeugin war bereits am 12.8.2021 ausführlich zum Hergang der Kollision gehört worden. Eine erneute Anhörung der Zeugin mit ggf. an das Sachverständigengutachten angepassten Vortrag zum Unfallhergang wäre unglaublich und unplausibel. Im Übrigen hat die Zeugin am 12.08.2021 selbst ausgeführt, dass sie sich an Details der Kollision nicht mehr erinnern könne. Erfahrungsgemäß wird die Erinnerung mit zunehmendem Zeitablauf nicht besser.

Hinsichtlich des Zeugen M.S. ist nicht substantiiert vorgebracht, zu welchen beweisrelevanten Tatsachen der Zeuge gehört werden soll. Seine Ehefrau, die Zeugin S., hat im Termin am 12.8.2021 lediglich angegeben, dass sich ihr Ehemann zwar auf dem Hof befunden habe, sie könne aber nicht sagen, ob er auch den Kollisionshergang mit angesehen habe. Er sei lediglich nach der Kollision angekommen und habe gefragt, ob alles gut sei. Wenn der Zeuge – wie mit der Berufung vorgebracht – die Kollision nur akustisch wahrgenommen haben will, erschließt sich nicht, welche erhellenden Angaben der Zeuge zum tatsächlichen Unfallhergang machen soll. Eine Gehörsverletzung durch unterlassene Zeugenvernehmung liegt nicht vor.

Die ergänzenden Ausführungen des Kl. aus dem Schriftsatz vom 9.2.2023 rechtfertigen keine andere Entscheidung. Wenn der Kl. sein Fahrzeug tatsächlich mit nur geringem Abstand von 10–12 cm neben das Auto der Zeugin S. abgestellt hätte, hätte er auf der Fahrerseite bereits beim Aussteigen massive Schwierigkeiten haben müssen. Alternativ trägt der Kl. nunmehr vor, dass es auch „denkbar sei“, dass das Fahrzeug der Zeugin S. erst am Unfallort abgestellt worden sei, nachdem er sein Fahrzeug dort abgestellt hatte. Eine ausdrückliche Behauptung stellt der Kl. insoweit jedoch gerade nicht auf, obwohl er es doch eigentlich selbst wissen müsste. Außerdem gibt es für eine solche Spekulation überhaupt keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil – die Zeugin S. hat bei Ihrer Anhörung am 12.8.2021 ausdrücklich bekundet, dass der Kl. sie am 21.10.2020 auf ihrem Grundstück in W. – wo sie auch wohne – besucht habe. Mit keinem Wort hat die Zeugin erwähnt, dass sie oder ihr Fahrzeug erst später hinzugekommen sei.

Die Zeugin S. ist selbst Kfz-Mechatronikerin von Beruf. Insoweit ist davon auszugehen, dass sie im Umgang mit Fahrzeugen nicht gänzlich unerfahren ist. Im Rahmen ihrer ausführlichen Anhörung vom 12.8.2021 hat sie erklärt, dass sie „sehr zügig und trotz Widerstandes rückwärts gefahren sei. Die Zeugin hat weder von einem mangelnden Sicherheitsabstand zwischen den parkenden Fahrzeugen noch von mehrfachen starken Lenk- und Gegenlenkbewegungen beim Rückwärtsfahren berichtet. Das Schadensbild am Fahrzeug des Kl. passt entsprechend den v.g. Feststellungen des Sachverständigen H. nicht zu einem normalen Ausparkvorgang und kann jedenfalls „nicht so“ – wie vom Kl. und der Zeugin S. vorgebracht – entstanden sein. Dies geht zu Lasten des darlegungs- und beweispflichtigen Kl..

Eine erneute Vernehmung der Zeugin S. ist im Hinblick auf ihre schriftliche Unfallschilderung vom 13.11.2020 gegenüber der Bekl. und ihrer ausführlichen gerichtlichen Anhörung vom 12.8.2021 nicht erforderlich. Der behauptete Unfallhergang

wäre nur mit einer an das Sachverständigen Gutachten entsprechend angepassten Aussage der Zeugin ggf. plausibel erklärbar. Solche Bekundungen wären aber wenig überzeugend und wegen Widerspruchs zur vorherigen Aussage auch

unglaublich. Bei dem Zeugen M.S. handelt es sich um kein taugliches Beweismittel zum Unfallhergang, weil er das Geschehen nur akustisch wahrgenommen haben kann.

Nach alledem ist die Berufung offensichtlich unbegründet.

Sozialgerichtsbarkeit

Art. 19 Abs. 4 GG

Schickt die rechtsmittelführende Partei jedwede Gerichtspost ungeöffnet an das Gericht zurück, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis, da offenkundig kein Interesse mehr an einer gerichtlichen Entscheidung des Rechtsstreits besteht.

SchlHLSG, 8. Senat, Urteil v. 7. November 2022 – L 8 U 81/19 –, S.

Die Kl.in wendet sich mit ihrer Berufung weiterhin gegen die teilweise Versagung bzw. Entziehung von Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung, soweit das Sozialgericht in der angefochtenen Entscheidung den Bescheid der Bekl. nicht aufgehoben hat.

Die 1955 geborene Kl.in arbeitete zunächst als selbständige Physiotherapeutin. Am 13. Juni 2001 spendete sie im B-Haus in S Blut. Bei dieser Blutentnahme kam es zu Komplikationen, weshalb ihr anschließend ein Druckverband angelegt und eine Eisgel-Salbe mitgegeben wurde. Im Laufe dieses Tages schwoll der Arm deutlich an, so dass der Druckverband nach 3 Stunden erneuert werden musste.

In der Folgezeit wurden zu den Folgen des Unfalls zahlreiche Gutachten eingeholt und die Staatskanzlei B1 erkundigte sich im Januar 2002 nach dem Stand des Verfahrens. Nach Einholung weiterer Gutachten gewährte die Bekl. mit Bescheid vom 14. August 2002 beginnend ab dem 13. September 2001 eine vorläufige Entschädigung nach einer MdE von 30 von Hundert (vH). Der Rentenberechnung wurde vorläufig ein Jahresarbeitsverdienst (JAV) in Höhe von 16.492,23 EUR (Mindest-JAV) zugrunde gelegt. Mit Bescheid ebenfalls vom 14. August 2002 bewilligte die Bekl. der Kl.in für den Zeitraum 13. September 2001 bis 31. Dezember 2001 entsprechende Mehrleistungen und mit weiterem Bescheid vom 14. August 2002 Mehrleistungen für den Zeitraum 1. Januar 2002 bis 30. September 2002. Mit Bescheid vom 4. Dezember 2002 bewilligte die Bekl. der Kl.in Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben in Form einer berufsbegleitenden Fortbildung zur Heilpraktikerin/psychischen Beraterin. Mit Bescheid vom 20. August 2003 setzte die Bekl. den mit Bescheid vom 14. August 2002 vorläufig festgesetzten Mindest-JAV endgültig fest. Mit Bescheid vom 11. November 2003 setzte die Bekl. eine Rente nach einer MdE von 25 vH ab 1. Dezember 2003 auf unbestimmte Zeit unter Anerkennung folgender Gesundheitsstörungen fest:

- Persistierendes komplexes regionales Schmerzsyndrom (CRPS) mit Dysästhesien am linken Arm,
- Bewegungseinschränkungen des Ellengelenkes sowie der Feinmotorik der linken oberen Extremität, insbesondere im Bereich der Finger,
- Thermodysästhesie des linken Armes,
- Muskelminderung am linken Ober- und Unterarm,
- Minderung der Handflächenbeschwiellung links.

In einem sich hieran anschließenden Widerspruchs- (Widerspruchsbescheid vom 18. Dezember 2003) und vor dem Sozialgericht Augsburg geführten Klageverfahren (S 3 U 22/04) schlossen die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung am 23. Mai 2006 einen Vergleich, nach dem die Bekl. der Kl.in ab 1. Juni 2005 eine Verletztenrente nach einer MdE von 35 vH gewährt (bei maßgeblichem JAV in Höhe von 17.938,68 EUR). Im Rahmen einer turnusmäßigen Überprüfung holte die Be-

klagte ein Gutachten bei Dr. W ein, der mit schriftlichen Ausführungen vom 25. Februar 2009 berichtete. Eine relevante Befundänderung im Vergleich zum Gutachten vom 13. Juli 2005 ergebe sich nicht. Mit von der Bekl. in Auftrag gegebenem Gutachten auf neurologisch-psychiatrischem Fachgebiet vom 2. August 2010 kam Dr. S1 zu dem Ergebnis, es bestünden keine neurologischen Ausfallerscheinungen. Es sei aber festzustellen, dass die Kl.in Verdeutlichungstendenzen zeige. Die MdE sei mit höchstens 20 vH zu bewerten. Zudem holte die Bekl. ein Gutachten auf chirurgischem Fachgebiet von Dr. K ein. Dieser kam zu dem Ergebnis, eine wesentliche Veränderung in den Funktionseinschränkungen sei im Vergleich zu den Vorbefunden nicht eingetreten (Gutachten vom 26. April 2012). Schließlich wurde der Facharzt für Neurologie und Psychiatrie Dr. F mit einem Gutachten beauftragt, an dessen Begutachtung die Kl.in nicht teilnehmen wollte. Nach Klärung der Mitwirkungsobliegenheiten teilte Dr. F am 20. Juni 2013 in Beantwortung der von der Bekl. gestellten Fragen mit, dass die Kl.in die Begutachtung unter Einbeziehung körperlicher Befunde insbesondere dadurch vereitelt habe, dass sie eine Untersuchung abseits des betroffenen Armes, also auch des gesunden Armes, abgelehnt habe. Auch habe die Kl.in eine weitere Sachaufklärung zur etwaigen seelischen Mitverursachung ihres Störungsbildes abgelehnt. Mit Durchführung der duldungspflichtigen Untersuchungen hätte eine genauere Aussage zu den geklagten Beschwerden und damit zur MdE getroffen werden können.

Mit Schreiben vom 25. Juni 2013 hörte die Bekl. die Kl.in zu einer beabsichtigten Minderung der bewilligten Verletztenrente wegen fehlender Mitwirkung an und gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Kl.in teilte hierzu mit, dass sie bereit sei, ihren Mitwirkungspflichten nachzukommen; sie fordere aber die Bewertung durch einen anderen Gutachter.

Mit Bescheid vom 25. Juli 2013 entzog die Bekl. die aufgrund des Bescheids vom 11. November 2003 in Gestalt des vor dem Sozialgericht Augsburg geschlossenen Vergleiches gezahlte Verletztenrente nach einer MdE von 35 vH gemäß § 66 Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) sowie die Mehrleistungen zur Verletztenrente teilweise. Ab 1. August 2013 bestehe Anspruch auf Verletztenrente und Mehrleistungen zur Verletztenrente nach einer MdE von 20 vH.

Hiergegen erhob die Kl.in am 1. August 2013 Widerspruch mit Hinweis darauf, dass ihr eine fehlende Mitwirkung nicht angelastet werden könne.

Am 18. August 2014 teilte die Bekl. der Kl.in mit, sie beabsichtige, die bisher nach einer MdE von 35 vH gewährte Verletztenrente ab dem 1. August 2013 auf 20 vH herabzusetzen. Ausweislich der eingeholten Gutachten sei eine wesentliche Verbesserung im Unfallfolgenzustand eingetreten.

Mit Bescheid vom 23. September 2014 setzte die Bekl. die gewährte Verletztenrente mit Wirkung zum 1. August 2013 auf 20 vH fest. Da eine Funktionszunahme des linken Armes zu verzeichnen sei, sei eine wesentliche Änderung in den Verhältnissen eingetreten.

Den hiergegen von der Kl.in am 29. September 2014 eingelegten Widerspruch und denjenigen gegen den Bescheid vom 25. Juli 2013 (teilweise Entziehung der Verletztenrente und der Mehrleistungen zur Verletztenrente) wies die Bekl. mit Bescheid vom 28. November 2014 zurück.

Am 29. Dezember 2014 hat die Kl.in Klage vor dem Sozialgericht Itzehoe erhoben. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, eine wesentliche Besserung in den Unfallfolgen sei nicht eingetreten. Das Gutachten von Dr. G vom 10. Juli 2014 leide an einem Mangel. Dieser habe die Kl.in an einem Tag für zwei Auftraggeber untersucht und sodann die Untersuchungsmethoden und -ergebnisse durcheinandergebracht. Die ihr – der Kl.in – möglichen Bewegungsausmaße des Armes und der Schulter stellten sich schlechter dar, als der Gutachter festgestellt habe.

Das Sozialgericht hat von Amts wegen auf neurologisch-psychiatrischem Fachgebiet die Fachärzte für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie Dr. B2 (Gutachten vom 14. September 2016) und Dr. H (Gutachten vom 24. Mai 2018) sowie auf orthopädisch-chirurgischem Fachgebiet die Fachärztin für Orthopädie, Chirurgie und Unfallchirurgie Dr. S2 gehört.

Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 26. Juni 2019 den Bescheid der Bekl. vom 25. Juli 2013 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. November 2014 aufgehoben und den Bescheid der Bekl. vom 23. September 2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. November 2014 dahingehend abgeändert, dass eine Festsetzung der Verletztenrente nach einer MdE von 25 vH ab dem 1. Oktober 2014 erfolgt und die Klage im Übrigen abgewiesen.

Gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 25. November 2019 zugestellte Urteil hat die Kl.in am 19. Dezember 2019 Berufung eingelegt, mit der sie die Aufhebung der angefochtenen Bescheide und die Weitergewährung der Verletztenrente nach einer MdE von 35 vH begehrt.

Die Bekl. verteidigt das angefochtene Urteil.

Der Senat hat von Amts wegen den Facharzt für Orthopädie und (Unfall-)Chirurgie Dr. K1 gehört, der sein Gutachten am 11. März 2022 nach Aktenlage – die Kl.in hat sich für eine gutachtliche Untersuchung im Berufungsverfahren nicht zur Verfügung gestellt – erstattet hat. Weiter hörte der Senat von Amts wegen den Facharzt für Neurologie und Psychiatrie Dr. H1, der sich mit schriftlichen Ausführungen vom 11. Juli 2022 der Einschätzung des Sachverständigen Dr. K1 ausdrücklich anschloss. Gegenüber 2003/2006 sei bei den Unfallfolgen eine wesentliche Besserung eingetreten; dies spätestens seit den Begutachtungen durch Dres. K2 und G (Sommer 2014). Denn auch zu dieser Zeit hätten die Röntgenaufnahmen der Hände keine Kalksalzminderungen gezeigt. Es habe entsprechend der Einschätzung von Dr. K2 eine endgradige Bewegungseinschränkung des linken Handgelenks und der Finger links bestanden. Die unfallbedingte MdE rechtfertigte wegen der Schmerzen letztlich keine MdE von 20 vH, da die klaren Voraussetzungen für das Vorliegen eines komplex-regionalen Schmerzsyndroms I oder II nicht vorgelegen hätten. Vielmehr sei die Gesamt-MdE mit 10 vH zu bewerten.

Den mit Postzustellungsurkunde zugestellten Beweisbeschluss vom 3. Mai 2018 hat die Kl.in mit dem ungeöffneten Umschlag des Gerichts mit der handschriftlichen Aufschrift „Zurückgewiesen“ an das Gericht zurückgeschickt.

Nach Niederlegung des Mandats durch die Prozessbevollmächtigten der Kl.in hat diese mit Schriftsatz vom 15. Mai 2022 mitgeteilt, dass sie Schreiben des Gerichts nur noch unter folgenden Voraussetzungen annehme:

- „a) Sie erbringen Ihre amtliche Legitimation. Sie weisen darin in notariell beglaubigter Form nach, wofür, wie, wodurch und von wem Sie Rechte zur Vornahme hoheitlicher Handlungen übertragen bekommen haben. Gleichzeitig weisen Sie nach, auf welchen Staat Sie vereidigt worden sind.
- b) Sie erbringen eine notarielle Beglaubigung der Gründungsurkunde des Staates, auf den Sie ihre Vereidigung begründen.

- c) Sie erbringen eine notarielle Beglaubigung der Gründungsurkunde des Bundeslandes, sowie des Regierungspräsidiums der Stadt auf den Sie ihre Vereidigung begründen. Ihnen wird hiermit Gelegenheit gegeben, dieses innerhalb einer angemessenen Frist von 21 Tagen unter Eid und unter unbeschränkter Haftung zu erbringen.“

Seitdem hat die Kl.in die Annahme bzw. Kenntnisnahme an sie gerichteter Schreiben des Gerichts abgelehnt, indem sie die verschlossenen Umschläge des Gerichts entweder beschriftet oder mit einem Aufkleber versehen an das Gericht zurückgeschickt hat. Dabei handelte es sich um den geänderten Beweisbeschluss vom 11. Juli 2022, das Schreiben des Gerichts vom 19. Juli 2022, mit dem das Gericht das Sachverständigen Gutachten von Dr. H1 zu übermitteln versuchte sowie die Ladung zum Termin.

Aus den Gründen

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Kl.in ist unzulässig geworden.

1. Gegenstand des Verfahrens sind neben dem angefochtenen Urteil des Sozialgerichts die Bescheide der Bekl. vom 25. Juli 2013 und 23. September 2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. November 2014.

2. Mit der Berufung verfolgt die Kl.in in zulässiger Weise ihre Anfechtungsklage gem. § 54 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Ihr wörtlich gestellter Antrag, der auf eine Aufhebung der Bescheide und die Festsetzung der Verletztenrente nach einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 35 v.H. gerichtet ist, legt eine kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage im Sinne des § 54 Abs. 1 und 4 SGG nahe. Nach ihrem Vorbringen ist die Klage auf eine Fortsetzung der Rentenzahlung gerichtet. Hierfür ist es bei verständiger Würdigung des Vorbringens notwendig, aber auch ausreichend, dass der Bescheid vom 23. September 2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. November 2014 aufgehoben wird. Gleiches gilt für die Entziehungsentscheidung vom 25. Juli 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. November 2014. In beiden Fällen würde der ursprüngliche Rechtszustand wiederhergestellt werden. Statthaft ist insoweit die Anfechtungsklage, mit der sie sich gegen die Absenkung ihrer Verletztenrente und damit gegen die Veränderung ihres Rechtsanspruchs wendet. Auch die teilweise Entziehung nach § 66 SGB I wäre insofern aufgehoben.

3. Die Berufung ist unzulässig geworden. Das Rechtsschutzbedürfnis der Kl.in für das Berufungsverfahren ist entfallen. Durch ihr Verhalten hat die Kl.in mehrfach, wahrnehmbar und deutlich dokumentiert, dass sie kein Interesse am Ausgang des von ihr eingelegten Rechtsmittels mehr hat. Es bedarf zumindest für denjenigen, der die Klage oder das Rechtsmittel anhängig gemacht hat, einer Bereitschaft, die Handlungen des Gerichts zur Kenntnis zu nehmen. Dies ist im Fall der Kl.in nicht mehr gegeben.

a) Das Rechtsschutzbedürfnis für ein Verfahren korrespondiert mit dem aus Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG) resultierenden Anspruch auf eine gerichtliche Kontrolle staatlichen Handelns in den Fällen, in denen jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist oder sein könnte. Dieser Garantieanspruch richtet sich neben den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Verfahrensrechten auch an die Rechtsprechung

(BVerfG, Beschluss vom 20. Februar 1998 – 1 BvR 661/94 –, juris, Rn. 73; gegen gerichtliche Vereitelung gesetzlicher Rechtsbehelfe BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 2005 – 2 BvR 656/99 –, juris, Rn. 89 ff; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 30. Juni 2005 – 1 BvR 2615/04 –, juris, Rn. 17 ff.; Sachs/Sachs, 9. Aufl. 2021, GG Art. 19).

Durch die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG formuliert

das Grundgesetz ein Grundrecht, das es dem Grundrechtsträger ermöglicht, staatliche Akte zur Überprüfung zu stellen, soweit dieser in seinen Rechten verletzt sein kann und für die Durchsetzung ein gerichtliches Verfahren benötigt. Diese regelmäßig in einem Über- und Unterordnungsverhältnis ergehenden Akte der öffentlichen Hand bzw. Behörden gestalten subjektive Rechtspositionen. Sie räumen sie bei Gewährung ein und entziehen diese ganz oder teilweise bei einer Aufhebungs- oder Entziehungsentscheidung. Diese Rechtsgestaltung ist kein freies und damit unkontrolliertes Recht der öffentlichen Hand. Sie vollzieht Gesetze durch konkretisierende rechtsgestaltende Verwaltungs- oder einfache Realakte. Die Folge der Rechtsweggarantie ist die mögliche Kontrolle der Handlungen und Entscheidungen der öffentlichen Gewalt durch die Gerichte.

Dieses Recht korreliert mit einem Mindestmaß der Bereitschaft zur Mitwirkung seitens der jeweiligen Aktivpartei, damit nicht eine funktionslose Anrufung eines Gerichtes erfolgt, dessen Entscheidung und Verfahrensförderung ohne Wahrnehmung durch diejenigen bleibt, die das Rechtsmittel angestrengt haben. Ist das Interesse an dem Rechtsmittel erloschen, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis. Dieser Rechtsgedanke ist in der Prozessordnung teilweise in § 102 Abs. 2 SGG sowie § 156 Abs. 2 SGG eingeflossen. Diese Regelung ist eine gesetzliche Regelung über die Ausgestaltung des Rechtsschutzbedürfnisses für die Fälle, in denen ein Rechtsmittel durch die aktive Partei betrieben werden sollte und es einer prozessualen Mitwirkungshandlung bedarf

(BSG, Urteil vom 4. April 2017 – B 4 AS 2/16 R – juris, Rn. 28; Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29. Juli 2015 – L 12 AS 1287/13 –, Rn. 22, juris).

b) Das gerichtliche Verfahren ist geprägt von einer Vielzahl von aktiven Handlungen der Verfahrensbeteiligten. Die Klage ist aktiv einzulegen, § 90 SGG. Sie ist nicht automatisch nach erfolglosem Widerspruch bei dem Gericht anhängig, sondern bedarf einer Handlung mit einem voluntativen Element. § 92 Abs. 1 SGG erfordert Mindestangaben bei der Klageerhebung. Kl., Behörde und Gegenstand des Klagebegehrens sind zu bezeichnen. Neben den zwingenden Mindestangaben soll die Klage begründet werden, zumindest sollen die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel nach § 92 Abs. 1 S. 3 SGG angegeben werden. Zwar gilt im sozialgerichtlichen Verfahren der Amtsermittlungsgrundsatz gem. § 103 SGG. Dennoch muss das Gericht nicht ungefragt nach Tatsachen forschen, wenn es keine vorgetragenen Anhaltspunkte für einen Dissens zwischen den Beteiligten gibt

(BSG, Urteil vom 3. Juni 2004 – B 11 AL 71/03 R – juris; Schmidt in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Auflage, § 103 Rn. 7a).

Den Beteiligten werden Klage und Schriftsätze mit der Aufforderung zur Stellungnahme übermittelt (§ 104 SGG). Zulässig ist eine Nichtäußerung nach § 104 S. 4 SGG.

Dies gilt jeweils auch für die Berufungsinstanz. Auch hier bedarf es der Anrufung durch einen Verfahrensbeteiligten. Die Möglichkeiten der Verfahrensgestaltung bestehen auch für den Rechtsmittelführer. Auch ohne Zustimmung des Gerichts oder des Berufungsgegners kann bis zur mündlichen Verhandlung jederzeit nach § 156 Abs. 1 SGG die Berufung zurückgenommen werden. Diese Dispositionsmaxime betrifft auch den Gegenstand des Berufungsverfahrens. Bei mehreren verschiedenen Streitgegenständen kann der Berufungsführer selbst darüber entscheiden, welche er zum Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens macht.

c) Das Rechtsschutzinteresse beinhaltet grundsätzlich keine besondere Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels. Es ergibt sich regelmäßig ohne weiteres aus der formellen Beschwer des Rechtsmittelführers, der mit seinem

im Antrag des erstinstanzlichen Verfahrens zum Ausdruck gekommenen Begehren in der vorangegangenen Instanz unterlegen ist. Mit dem Erfordernis der Beschwer als Ausformung des Rechtsschutzbedürfnisses ist in aller Regel gewährleistet, dass das Rechtsmittel nur eingelegt wird, wenn hierfür ein sachliches Bedürfnis des Rechtsmittelklägers für ein Tätigwerden des Gerichts besteht. Vorliegend bestand dies zunächst. Die Kl.in war vor dem Sozialgericht mit ihrem Begehren der vollständigen Aufhebung der angefochtenen Verwaltungsakte teilweise und überwiegend nicht erfolgreich.

d) Das Interesse an einer Entscheidung des Berufungsgerichts ist nach Würdigung des Verhaltens der Berufungsführerin durch den Senat inzwischen offenkundig entfallen. Ein Mindestmaß eines Interesses am Fort- und Ausgang des Verfahrens bzw. Rechtsmittels ist bei der Berufungsführerin nicht mehr gegeben. Die auch gegenüber dem Gericht dokumentierte Weigerung, Schriftstücke entgegen zu nehmen, zeigt ein offenkundiges Desinteresse an dem Ausgang des Verfahrens und der rechtlichen Würdigung des Sach- und Streitstandes durch den Senat, wie es in einer Sachentscheidung zum Ausdruck kommen würde. Der vom Gericht mittels Postzustellungsurkunde übermittelte Beweisbeschluss, ein Beweisbeschluss mit einfacher Post sowie die zugestellte Ladung zum Termin wurden von der Berufungsführerin ungeöffnet zurückgeschickt. Kommentiert war dies anfangs damit, dass das Gericht nicht befugt sei, Zustellungen vorzunehmen. Nachdem die Kl.in zunächst handschriftlich den Umschlag beschrieben hatte, wechselte sie zu einem Aufkleber, der mit der Aufschrift „Zurück an Absender“, „Verdacht auf Strohmanngeschäft/Nichtiges Scheingeschäft“, „fehlender Vollmacht, Vertrag“ sowie „Zurückweisung und Ablehnung unversicherter Namensvarianten wegen fehlender Lizenz“ versehen war. Nach Niederlegung des Mandats durch die Prozessbevollmächtigten entsprach dies dem fortgesetzten und nicht unterbrochenen Verhalten der Kl.in.

Dieses Verhalten gleicht der verweigerten Angabe einer ladungsfähigen Anschrift. Ein zulässiges Rechtsschutzbegehren setzt im Regelfall mindestens voraus, dass im Verfahren auch die Anschrift des Rechtsuchenden (Klägers, Antragstellers, Berufungsführer usw.) genannt wird. Erfolgt dies nicht, ist das Rechtsmittel nach der ganz überwiegenden Auffassung der Rechtsprechung und Literatur auch zu den Parallelvorschriften anderer Prozessordnungen unzulässig

(in diesem Sinne: BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. Februar 1996 – 1 BvR 2211/94 –, juris; BGH, Urteil vom 31. Oktober 2000 – VI ZR 198/99 –, BGHZ 145, 358-366; BVerwG, Urteil vom 13. April 1999 – 1 C 24/97 – juris; BSG, Beschluss vom 18. November 2003 – B 1 KR 1/02 S – juris jeweils mit weiteren Nachweisen).

Kommt der Rechtssuchende dieser Verpflichtung nicht nach und verhindert er dadurch bewusst eine Kontaktaufnahme durch das Gericht, fehlt es bereits an einem formal-ordnungsgemäßen prozessualen Begehren.

Dass auf das verfahrensrechtliche Mittel einer öffentlichen Zustellung wegen unbekanntem Aufenthalts des Betroffenen

(vgl. § 202 SGG iVm. § 185 Nr. 1 der Zivilprozessordnung [ZPO])

zurückgegriffen werden kann, steht dem nicht entgegen. Diese Zustellungsart kommt nach ihren strengen Voraussetzungen wegen der Gefahr der möglichen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nur in atypischen Ausnahmefällen in Betracht; als Regelzustellung bei planmäßigem, nicht gerechtfertigtem Schweigen eines Betroffenen über seinen Aufenthalt ist sie nicht vorgesehen

(vgl. BSG, Beschluss vom 18. November 2003, aaO).

Vorliegend ist die Kl.in nicht unbekanntem Aufenthalts, so dass diese Form der Zustellung ohnehin ausscheidet.

Diese Grundsätze überträgt der erkennende Senat auf Fälle wie den Vorliegenden. Die Berufungsführerin hat erkennbar und mehrfach deutlich gemacht, dass sie weder an dem Fortgang des Verfahrens interessiert ist, noch ein Interesse an dem Ausgang des Verfahrens hat. Damit zeigt sie, dass sie den grundgesetzlichen Schutz des Art. 19 Abs. 4 GG verlässt und nicht mehr in Anspruch nehmen will. Sie bringt damit zum Ausdruck, dass sie das Rechtsmittel nicht weiterverfolgt, ohne es formell zurück zu nehmen. Nach Würdigung des Senats geht es ihr nicht mehr darum, einen gegenüber dem Prozessgegner durchsetzbare Rechtsposition verschaffenden Rechtsschutz zu erhalten

(vgl. auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 31. März 2009 – L 13 R 392/07 – juris, Rn 19).

SGB II § 11a III 2; SGB V § 240; SGB V § 240 II 1; SGB VIII § 39; SzBeitrVfGrS § 3

Der im Pflegegeld enthaltene Erziehungsbeitrag ist als beitragspflichtiges Einkommen in voller Höhe bei der Beitragsbemessung zur freiwilligen Krankenversicherung zu berücksichtigen.

SchlHLSG, 5. Senat, Urteil v. 14. Dezember 2022 – L 5 KR 35/20 –, Ge., n. rk.,
Revision beim Bundessozialgericht anhängig unter dem AZ: B 12 KR 2/23 R

Die Beteiligten streiten darüber, ob das Erziehungsgeld, das die Kl.in für drei Pflegekinder bezieht, bei der Berechnung der Beiträge zur freiwilligen Kranken- und Pflegeversicherung zu berücksichtigen ist.

Die 1969 geborene Kl.in ist bei der Bekl. seit dem 14. April 2009 freiwillig kranken- und pflegeversichert. Seit dem 14. April 2009 betreut sie die Pflegekinder D (geboren 2004) und F (geboren 2008) und seit dem 1. Juni 2014 zudem das Pflegekind M (geboren 2013). Die Kl.in erhielt neben den Leistungen für materielle Aufwendungen der Pflegekinder für ihre Tätigkeit als Pflegemutter Leistungen der Jugendhilfe nach den §§ 39, 27 und 33 Sozialgesetzbuch Achten Buch (SGB VIII) im Zeitraum Januar bis März 2016 in Höhe von 1892,00 EUR monatlich. Die Bekl. zog dieses Erziehungsgeld bei der Beitragsberechnung zur freiwilligen Kranken- und Pflegeversicherung heran. Für den Zeitraum Januar bis März 2016 ergab sich unter Einbeziehung des erhaltenen Erziehungsgeldes ein monatlicher Gesamtbetrag für die Kranken- und Pflegeversicherung in Höhe von 335,83 EUR.

Mit Schreiben vom 14. August 2016 beantragte die Kl.in die Überprüfung der Beitragshöhe rückwirkend ab März 2016. Zur Begründung verwies sie auf die Entscheidung des Landessozialgerichts (LSG) Berlin-Brandenburg vom 11. März 2016 (L 1 KR 140/14), woraus sich ergebe, dass der Erziehungsbeitrag von den Krankenversicherungen nicht als Einkommen bestimmt werden dürfe.

Mit Bescheid vom 22. September 2016 stufte die Bekl. den Beitrag der Kl.in im Zeitraum vom 1. September 2016 bis zum 31. März 2017 in Höhe des gesetzlichen Mindestbeitrags in Höhe von 171,89 EUR, bzw. ab dem 1. Januar 2017 in Höhe von 178,00 EUR ein.

Nach erneuter Überprüfung ging die Bekl. wiederum davon aus, dass das Erziehungsgeld für die Ermittlung der Beitragshöhe zu berücksichtigen sei und teilte der Kl.in mit Bescheid vom 29. März 2017 mit, dass noch kein Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) über die Verbeitragung der Einnahmen in Form des Erziehungsgeldes vorliege und daher ab dem 1. April 2017 die Beiträge wiederum auf der Grundlage von nunmehr 1.896,00 EUR Erziehungsgeld berechnet würden. Der Beitrag betrage 340,33 EUR. Ab dem 1. September 2017 erhob die Bekl. aufgrund eines höheren Erziehungsgeldes in Höhe von

monatlich 2.046,00 EUR Beiträge in Höhe von 344,14 EUR.

Die Kl.in legte am 6. April 2017 Widerspruch ein, den sie dahingehend begründete, dass eine Entscheidung des BSG nicht abgewartet werden müsse. Immerhin handele es sich bei dem LSG Berlin-Brandenburg ebenfalls um ein Obergericht. Auch sei ihr Antrag, rückwirkend die zu viel gezahlten Beiträge erstattet zu erhalten, nicht beantwortet worden. Das Erziehungsgeld diene nicht der Finanzierung des allgemeinen Lebensbedarfs oder einer Verbesserung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Pflegepersonen, sondern der Finanzierung der Erziehungskosten. Die Höhe der Leistungen nach § 39 SGB VIII richte sich daher auch nach den Kosten der Erziehung und nicht etwa nach den Kosten des Lebensbedarfs der Pflegepersonen.

Den Widerspruch wies die Bekl. mit Widerspruchsbescheid vom 14. Dezember 2017 als unbegründet zurück und führte zur Begründung aus, dass anders als die pauschalierten Leistungen für den Unterhalt des jeweiligen Pflegekinds das nach dem SGB VIII gewährte Erziehungsgeld als beitragspflichtige Einnahme der Pflegeperson zu berücksichtigen sei. Daher sei die Beitragsfestsetzung bis zum 31. August 2016 und ab dem 1. April 2017 korrekt erfolgt. Im Zeitraum vom 1. September 2016 bis zum 31. März 2017 sei es hingegen fehlerhaft zu einer zu geringen Beitragsfestsetzung gekommen, woraus sich jedoch aufgrund des Vertrauensschutzes keine Forderung gegenüber der Kl.in ergebe.

Dagegen hat die Kl.in am 12. Januar 2018 Klage vor dem Sozialgericht Schleswig erhoben. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 3. Juli 2013 – B 12 KR 27/12 R) Sozialleistungen beitragsfrei seien, die nicht in erster Linie auf die Befriedigung des allgemeinen Lebensunterhaltes ausgerichtet seien, sondern denen eine besondere Zweckbestimmung innewohne und bei denen die Gefahr bestünde, dass die Erfüllung des mit ihnen verfolgten Zwecks nicht mehr gewährleistet wäre, wenn dem Betroffenen die Leistung nicht ungekürzt zur Verfügung stünde.

Das Sozialgericht Schleswig hat die Klage ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Urteil vom 22. August 2019 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klage bezogen auf den Zeitraum vom 1. September 2016 bis zum 31. März 2017 unzulässig sei, da für diesen Zeitraum das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehle. Hinsichtlich des Zeitraums vom 1. März bis zum 31. August 2016 und ab dem 1. April 2017 sei die Klage zulässig, jedoch unbegründet. Für die Beitragsbemessung seien gemäß § 3 Abs. 1 der Beitragsverfahrensgrundsätze Selbstzahler alle Einnahmen und Geldmittel, die für den Lebensunterhalt verbraucht würden oder verbraucht werden könnten, ohne Rücksicht auf ihre steuerliche Behandlung für die Beitragsbemessung heranzuziehen. Zur Beitragsbemessung seien Leistungen dann nicht heranzuziehen, wenn sie nicht zumindest auch dem allgemeinen Lebensbedarf zu dienen bestimmt seien. Der Erziehungsbeitrag werde der Pflegeperson als Anerkennung und Abgeltung der von ihr erbrachten Erziehungsleistung ausgezahlt. Er beeinflusse damit deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Anders als die Pauschalleistungen für den Unterhalt des Kindes, die keine beitragsrelevante Leistung darstellten, da sie für die materiellen Aufwendungen des Pflegekinds gezahlt würden, stellten die Beiträge, die zur Anerkennung bzw. Abgeltung der Erziehungskosten der Pflegeperson geleistet würden, beitragspflichtige Leistungen dar. Hierbei solle der ideell geleistete Erziehungsaufwand der Pflegeeltern entschädigt werden. Die Pflegeeltern hätten die freie Verfügungsmöglichkeit über das Erziehungsgeld. Die dem entgegenstehende Entscheidung des LSG Berlin-Brandenburg vom

11. März 2016 (L1 KR 41/14) überzeuge demgegenüber nicht. Es liege aber auch bereits keine Vergleichbarkeit des vorliegenden Sachverhalts mit dem vom LSG Berlin-Brandenburg entschiedenen Fall vor, da im vorliegenden Fall von der Kl.in drei Pflegekinder betreut würden, während es im dem Urteil des LSG Berlin-Brandenburg zugrundeliegenden Sachverhalt nur um die Betreuung eines Pflegekindes gegangen sei. Auch das LSG Berlin-Brandenburg sei davon ausgegangen, dass die als eigentlicher Zweck der Leistung angenommene Anreizfunktion für die Pflegeeltern zumindest dann vorherrschend sei, wenn nicht mehr als zwei Pflegekinder betreut würden. Gegen dieses ihrem Prozessbevollmächtigten am 27. Januar 2020 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung der Kl.in, die am 12. Februar 2020 beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht eingegangen ist.

Zur Begründung macht sie geltend, anders als das Sozialgericht dies annehme, habe das LSG Berlin-Brandenburg die dortige Rechtsprechung nicht auf Fälle beschränkt, in denen maximal zwei Pflegekinder betreut würden. Vielmehr habe es als weitere Überlegung zur Stützung seiner Entscheidung darauf verwiesen, dass das Erziehungsgeld auch im Rahmen der Sozialgesetzbücher Zweites Buch (SGB II) und Zwölftes Buch (SGB XII) von der Berücksichtigung als Einnahmen zum Lebensunterhalt ausgeschlossen sei. Dies gelte jedenfalls dann, wenn – wie in der dortigen Entscheidung – nicht mehr als zwei Personen betreut würden. Das Sozialgericht habe sich nicht mit der weiteren Würdigung des LSG Berlin-Brandenburg auseinandergesetzt, dass es dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck widersprechen würde, wenn der Anreiz gerade für freiwillig Versicherte dadurch gemindert werde, dass eine Berücksichtigung als Einnahme bei der Beitragsbemessung erfolge und zudem der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung dafür spreche, von einer Anrechnung auch im Rahmen der beitragspflichtigen Einnahmen abzusehen. Bei der gesetzgeberischen Wertung sei auch zu berücksichtigen, dass für die Betreuung im Rahmen des Pflegeverhältnisses für stärker beeinträchtigte Kinder ein erhöhter Erziehungsbeitrag gewährt werde, da diese Kinder einen größeren Aufwand an Erziehung, Beaufsichtigung, Zuwendung, Pflege und Fachwissen benötigten. Die mit dieser Zahlung verfolgte Anreizfunktion würde ins Leere laufen, wenn diese für die Verbeitragung herangezogen würde.

Die Bekl. hält das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend und verweist zur Begründung auf den erstinstanzlichen Vortrag.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Kl.in ist zulässig, insbesondere ist sie fristgerecht innerhalb der Berufungsfrist des § 151 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) eingelegt worden.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet, denn das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Beitragsberechnung der Beklagten im angefochtenen Bescheid vom 29. März 2017 ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Berücksichtigung der im der Kl.in gewährten Erziehungsgeld enthaltenen Erziehungsbeiträge ist rechtmäßig.

Rechtsgrundlage für die Beitragsfestsetzung gegenüber der Kl.in sind § 252 Abs. 1 Satz 1 und § 250 Abs. 2 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) hinsichtlich der Beiträge zur Krankenversicherung sowie § 60 Abs. 1 Satz 1 und § 59 Abs. 4 Satz 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI) hinsichtlich der Beiträge zur sozialen Pflegeversicherung. Danach sind diese Beiträge von demjenigen zu zahlen, der sie zu tragen hat. Dies sind die freiwilligen Mitglieder bzw. die Mitglieder der sozialen Pflegeversicherung, die in der gesetzlichen Kranken-

versicherung freiwillig versichert sind, denn sie tragen diese Beiträge allein.

Die Beiträge der Krankenversicherung werden nach § 223 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 SGB V nach den beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder bis zur Beitragsbemessungsgrenze bemessen. Die Beiträge zur sozialen Pflegeversicherung werden nach § 54 Abs. 2 Satz 1 SGB XI nach einem Vomhundertsatz (Beitragssatz) von den beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder bis zur Beitragsbemessungsgrenze (§ 55 SGB XI) erhoben.

Bei freiwilligen Mitgliedern der Krankenversicherung wird die Beitragsbemessung nach § 240 Abs. 1 Satz 1 SGB V einheitlich durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen (GKV-Spitzenverband) geregelt. Der Spitzenverband hat mit Wirkung ab dem 1. Januar 2009 einheitliche Grundsätze erlassen (Beitragsverfahrensgrundsätze Selbstzahler), die eine wirksame und hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage für die Beitragsbemessung darstellen

(vgl. BSG, Urteil vom 19. Dezember 2012 – B 12 KR 20/11 R – juris).

Gemäß § 57 Abs. 4 Satz 1 SGB XI gelten diese Grundsätze auch für die Bemessung der Beiträge zur Pflegeversicherung. Gemäß § 240 Abs. 2 Satz 1 SGB V sind bei der Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit mindestens die Einnahmen des freiwilligen Mitglieds zu berücksichtigen, die bei einem vergleichbaren versicherungspflichtig Beschäftigten der Beitragsbemessung zugrunde zu legen sind. Gemäß § 240 Abs. 2 Satz 4 SGB V ist das an eine Pflegeperson weitergereichte Pflegegeld bis zur Höhe des Pflegegeldes nach § 37 Abs. 1 SGB XI nicht zu berücksichtigen.

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit setzt sich grundsätzlich aus den Einnahmen und Geldmitteln zusammen, die das Mitglied zum Lebensunterhalt verbraucht oder verbrauchen könnte

(vgl. BSG, Urteil vom 22. März 2006 – B 12 KR 8/05 R – juris Rn. 19).

Hierbei muss es sich um Einnahmen und Geldmittel handeln, die dem Mitglied bei wirtschaftlicher Betrachtung zur Bestreitung seines Lebensunterhalts zur Verfügung stehen

(BSG, Urteil vom 23. September 1999 – B 12 KR 12/98 R – juris Rn. 16 f. m.w.N.).

Nach § 3 Abs. 1 der Beitragsverfahrensgrundsätze Selbstzahler sind alle Einnahmen und Geldmittel, die für den Lebensunterhalt verbraucht werden oder verbraucht werden können, ohne Rücksicht auf ihre steuerliche Behandlung für die Beitragsbemessung heranzuziehen. Eine die beitragspflichtigen Einnahmen mindernde Berücksichtigung von Zwecksetzungen einzelner Einnahmen findet nicht statt. Danach kommt es für die Beitragspflicht nicht darauf an, ob die in Frage stehende Leistung mit Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen vergleichbar ist und auch nicht darauf, ob mit ihr weitere Zwecke verfolgt werden. Voraussetzung für die Beitragspflicht ist aber, dass die Mittel für die Bestreitung des Lebensunterhaltes zur Verfügung stehen. Dafür reicht nicht aus, dass eine Geldleistung tatsächlich auch zur Finanzierung des Lebensunterhaltes verwendet werden kann. Das ist nämlich bei allen Geldleistungen der Fall. Zu unterscheiden ist zwischen Leistungen, die zumindest auch dem allgemeinen Lebensbedarf zu dienen bestimmt sind und solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Letztere sind für die Beitragsbemessung nicht heranzuziehen. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundlagen handelt es sich bei den im Pflegegeld der Kl.in enthaltenen Erziehungsbeiträgen um anrechenbares Einkommen.

Nach dem vom GKV-Spitzenverband herausgegebenen „Katalog von Einnahmen und deren beitragsrechtliche Bewertung nach § 240 SGB V“ (Seite 15) sind Beiträge zur Anerkennung bzw. Abgeltung der Erziehungskosten der Pflegeperson

nach § 39 SGB VIII als beitragspflichtig mit „ja“ gekennzeichnet. Gemäß § 39 Abs. 1 SGB VIII umfasst der notwendige Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen außerhalb des Elternhauses die Kosten für den Sachaufwand sowie für die Pflege und Erziehung. Der Pauschalbetrag für laufende Leistungen zum Lebensunterhalt nach § 39 Abs. 5 i.V.m Abs. 1 SGB VIII setzt sich gemäß § 1 Abs. 1 der Landesverordnung über die Leistungen zum Lebensunterhalt in der Jugendhilfe des Landes Schleswig-Holstein vom 18. November 2010 (Lebensunterhalt-Verordnung – LUVO) zusammen aus 1. einem nach Altersstufen gestaffelten Betrag für die Kosten des Sachaufwandes und 2. einem einheitlichen Betrag für die Kosten für Pflege und Erziehung. Die unter 1. genannten Leistungen, die für die materiellen Aufwendungen der Pflegekinder gezahlt werden, hat die Bekl. zu Recht nicht in die Beitragsberechnung eingestellt. Die unter 2. genannten Erziehungsbeiträge dienen hingegen nicht dem Ausgleich des anfallenden Sachaufwandes zur Erziehung des Pflegekindes, sondern sollen den Pflegeeltern die von ihnen geleistete Erziehung entgelten. Auch wenn die Erziehungsbeiträge keinen Lohn im üblichen Sinne darstellen, können die Pflegeeltern doch frei hierüber verfügen. Maßgeblich ist insoweit allein die freie Verfügungsmöglichkeit

(ebenso bereits Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht, Urteil vom 15. Dezember 2011 – L 5 KR 101/10 – juris Rn. 33).

Sie stehen somit bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch der Kl.in zum Bestreiten des Lebensunterhaltes zur Verfügung. Ob sie das Geld, jedenfalls zum Teil, für Sachaufwendungen verbraucht, ist ohne Belang, denn der Pflegeperson steht es frei, selbst darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie von diesem Betrag zusätzliche der Erziehung dienende Gegenstände anschaffen oder Dienstleistungen in Anspruch nehmen oder aber ausschließlich ihre eigenen Fähigkeiten und Kenntnisse bei der Pflege und Erziehung einsetzen will. Sie hat insoweit einen umfassenden Gestaltungsspielraum, weil die Kosten des Sachaufwandes für den Unterhaltsbedarf der Pflegeperson bereits durch das Pflegegeld im engeren Sinne abgegolten werden

(Schleswig-Holsteinisches LSG, a.a.O., juris Rn. 34).

Die Zweckbestimmung als Kosten für Pflege und Erziehung steht der Berücksichtigung als beitragspflichtige Einnahme nicht entgegen. Damit das Pflegegeld auch als finanzieller Anreiz dazu dienen kann, Pflegeeltern zu finden, die die Erziehungsaufgaben übernehmen, müssen die Pflegeeltern in der Lage sein, das Geld auch für ihren eigenen Lebensunterhalt zu verwenden

(ebenso Hessisches LSG, Urteil vom 22. August 2013 – L 1 KR 390/12 – juris Rn. 37).

Bei der Einbeziehung des Erziehungsbeitrages in die Bemessungsgrundlage der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge wird der finanzielle Anreiz der Zuwendung auch nicht durch eine anrechnungsbedingte Anspruchsminderung aufgehoben. Denn oberhalb des Beitrags aus dem rechnerischen Mindesteinkommen nach § 240 Abs. 4 Satz 1 SGB V werden Einnahmen zum Lebensunterhalt nur anteilig entsprechend dem aktuellen Beitragssatz zur Kranken- und Pflegeversicherung herangezogen, so dass aus dem verbleibenden Betrag noch ein ausreichender Anreiz zur Honorierung des immateriellen Erziehungsaufwandes der Pflegeeltern verbleibt

(ebenso Sozialgericht Dresden, Urteil vom 6. April 2006 – S 18 KR 1304/04 – juris Rn. 33).

Die demgegenüber vom LSG Berlin-Brandenburg

(Urteile vom 11. März 2016 – L 1 KR 140/14 – und vom 24. August 2022 – L 1 KR 448/19 – juris)

vertretene Auffassung überzeugt den Senat nicht. Das LSG

Berlin-Brandenburg stellt für seine Auffassung maßgeblich darauf ab, dass der Erziehungsbeitrag von den Jugendämtern nicht an die Pflegeeltern, sondern an die personensorgeberechtigte Person oder das Kind selbst geleistet werde. Es handele sich schon deshalb nicht um Einnahmen „des Mitglieds“ i.S.d. §§ 223 Abs. 2 Satz 1, 240 Abs. 2 Satz 1 SGB V bzw. § 54 Abs. 2 SGB XI. Vielmehr sei eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung zwischen Pflegeperson und Sorgeberechtigtem über eine Abtretung oder Bevollmächtigung zur Geltendmachung im eigenen Namen Voraussetzung für die direkte Auszahlung der Gelder an die Pflegeperson

(LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24. August 2022 a.a.O., juris Rn. 41).

Dieser Umstand rechtfertigt jedoch aus Sicht des Senats nicht den Schluss, der an die Pflegeeltern gezahlte Erziehungsbeitrag sei ebenso wie das Pflegegeld im engeren Sinne lediglich ein durchlaufender Posten in deren Haushaltskasse, weil damit sämtliche Ausgaben, die der Erziehung des Pflegekindes dienen, finanziert werden müssten. Die rechtliche Zuordnung des Erziehungsbeitrages zum Personensorgeberechtigten bzw. Pflegekind als Anspruchsinhaber bringt lediglich zum Ausdruck, dass auch diese Geldleistung ebenso wie die Gewährung des Pflegegeldes letztlich den notwendigen Unterhalt des Pflegekindes abdecken soll und sich somit an dessen Pflege- und Erziehungsbedarf auszurichten hat

(vgl. Schleswig-Holsteinisches LSG, a.a.O., Rn. 34, juris).

Auch im Hinblick auf die Regelung in § 11a Abs. 3 Satz 2, Nr. 1 SGB II, wonach abweichend von § 11a Abs. 3 Satz 1 SGB II der Erziehungsbeitrag für das erste und zweite Pflegekind nicht, für das dritte Pflegekind zu 75 v.H. und für das vierte und jedes weitere Pflegekind in voller Höhe als Einkommen angerechnet wird, ergibt sich nichts anderes. Die Beurteilung der Hilfebedürftigkeit bei der Bewilligung von Sozialleistungen folgt anderen Grundsätzen als die Beitragsbemessung der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung

(vgl. Schleswig-Holsteinisches LSG, a.a.O., juris Rn. 36; Hessisches LSG, a.a.O., juris Rn. 40).

Zweck der Regelung in § 11a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB II ist, dass die Anreizfunktion des § 39 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII auch bei Personen greift, die im SGB-II-Leistungsbezug stehen. Erst bei der Aufnahme von mehr als zwei Kindern in Vollzeitpflege wird nach der Wertung des SGB II unterstellt, dass es sich wegen der Professionalität der Pflegeleistungen um eine gewerbliche Einkommenserzielung handelt, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Pflegepersonen maßgeblich beeinflusst und die Hilfebedürftigkeit verringert. Eine Übertragbarkeit dieser gesetzgeberischen Wertung aus dem Grundsicherungsrecht auf die Beitragsfestsetzung für die freiwillige Krankenversicherung ist schon deshalb nicht geboten, da es durch die Berücksichtigung des Erziehungsbeitrags als Einkommen lediglich zu einer teilweisen Minderung (entsprechend dem jeweiligen Beitragssatz) des frei zur Verfügung stehenden Betrages durch die Beitragserhebung kommt. Bei einer Anrechnung der Erziehungsbeiträge als Einkommen im Rahmen der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II käme es hingegen zu einer fast vollständigen Anrechnung (abgesehen von den Absetzbeträgen nach § 11b SGB II) und somit zu einem gänzlichen Wegfall der Anreizfunktion.

Eine Nichtanrechnung des Erziehungsbeitrags zumindest für die ersten zwei Pflegekinder ist entgegen der Auffassung des LSG Berlin-Brandenburg

(Urteil vom 11. März 2016, a.a.O., juris Rn. 21)

unter Rückgriff auf die Regelungen im SGB II auch nicht im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtsordnung geboten, da es hinsichtlich der Berücksichtigung des Pflegegeldes ohne-

hin keine einheitlichen Regelungen in der Rechtsordnung gibt. So wird der Erziehungsbeitrag steuerrechtlich als steuerfreie Beihilfe im Sinne des § 3 Nr. 11 Einkommenssteuergesetz (EStG) behandelt und eine Besteuerung erst ab dem siebten Pflegekind vorgenommen

(vgl. Erlass des Bundesministeriums der Finanzen vom 31. August 2021, IV C 3 – S 2342/20/10001 :003, recherchiert unter: www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Einkommensteuer/2021-08-31-einkommensteuerrechtliche-behandlung-der-geldleistungen-fuer-kinder-in-vollzeitpflege-und-anderen-betreuungsverhaeltnissen.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

Im Wohngeldrecht wird hingegen gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 24 und 25 WoGG für das relevante Jahreseinkommen die Hälfte der Pauschale für den notwendigen Unterhalt als Einkommen des Kindes und die Hälfte der Pauschale für die Kosten der Erziehung als Einkommen der Pflegeperson berücksichtigt.

Soweit das LSG Berlin-Brandenburg gerade aus dieser nicht einheitlichen Behandlung des Erziehungsbeitrags in der Rechtsordnung ableiten will, dass die Generalklausel des § 3 Beitragsverfahrensgrundsätze Selbstzahler für eine Berücksichtigung der Erziehungsbeiträge als Einkommen als Rechtsgrundlage nicht ausreiche, da die Regelung zu unbestimmt sei und eine eindeutige Auslegung der hier zu klärenden Frage nicht erfolgen könne und es insofern entweder einer speziellen Regelung in § 240 SGB V selbst oder aber jedenfalls einer ausdrücklichen speziellen und genügend bestimmten Regelung in den Beitragsverfahrensgrundsätzen Selbstzahler be-

dürfe

(LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24. August 2022, a.a.O., Rn. 42 ff., juris),

folgt der Senat dieser Auffassung ebenfalls nicht. Der Gesetzgeber hat dem durch § 240 Abs. 1 SGB V zur näheren Bestimmung der Beitragsbemessung ermächtigten GKV-Spitzenverband mit der Vorgabe der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einen großen Spielraum zur weiteren Ausgestaltung eröffnet. Diesen hat der GKV-Spitzenverband einerseits mit der Vorgabe in § 3, wonach neben dem Arbeitsentgelt, dem Arbeitseinkommen, dem Zahlbetrag der Rente der gesetzlichen Rentenversicherung, dem Zahlbetrag der Versorgungsbezüge auch alle Einnahmen und Geldmittel, die für den Lebensunterhalt verbraucht werden oder verbraucht werden können, ohne Rücksicht auf ihre steuerliche Behandlung als beitragspflichtige Einnahmen zu behandeln sind, ausgefüllt. Weiterhin hat er über den „Katalog von Einnahmen und deren beitragsrechtliche Bewertung nach § 240 SGB V“ eine konkrete Vorgabe für die hier streitigen Erziehungsbeiträge nach § 39 SGB VIII getätigt. Damit ist nach Auffassung des Senats die weite gesetzgeberische Generalklausel bestimmbar gemacht worden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG und orientiert sich am Ausgang des Verfahrens.

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung nach § 160 Abs. 2 Nr. 2 SSG zugelassen.

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz und Gesundheit 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. Teil A und Teil B stehen online zum kostenlosen Download auf der Website www.justizministerialblatt.schleswig-holstein.de zur Verfügung. Eine Printversion von Teil A und/oder Teil B kann über die Druckerei Verlag J.J. Augustin GmbH, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax -/608685, E-Mail: augustinverlag@t-online.de, bezogen werden.

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.

– Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder. –

Druck: Verlag J.J. Augustin GmbH, Glückstadt – ISSN 1860-9643.

SchIHOLG	31.01.2023	7 U 134/16	Zur Kürzung des Verdienstausfallschadens bei unfallbedingt psychisch Geschädigten (hier depressive Störungen) wegen unterlassener zumutbarer ärztlicher Behandlung	421
SchIHOLG	20. 2.2023	7 U 170/22	„Nicht so“ Unfall: Fehlende Kompatibilität als maßgeblicher objektiver Umstand für ein manipuliertes Unfallereignis	427
<i>Sozialgerichtsbarkeit</i>				
SchIHLSG	07.11.2022	L 8 U 81/19	Kein Rechtsschutzbedürfnis bei Zurücksendung jedweder Gerichtspost durch die rechtsmittelführende Partei	430
SchIHLSG	14. 12. 2022	L 5 KR 35/20	Erziehungsbeitrag im Pflegegeld als beitragspflichtiges Einkommen iSd freiwilligen Krankenversicherung	433

