SH
Schleswig-Holstein
Der echte Norden

Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

Aus dem Inhalt

Dr. Jens Hilgenhövel
Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht (Teil 3)

Hans-Ernst Böttcher
Kriegsdienstverweigerung in der Bundesrepublik Deutschland

Aktuell:

– Dieselabgas-Fälle:
VW Tiguan 2.0 TDI mit Motor EA 288: SCR-Katalysator, unvermeidbarer Verbotsirrtum, Bemessung Differenzschaden (SchlHOLG, Urteil v. 30.1.2024 – 3 U 148/22)
Mercedes Benz GLE 350d: Bemessung Differenzschaden (SchlHOLG, Urteil v. 13.6.2024 – 6 U 77/21)
– Beschwer des Betroffenen bei Erhöhung des Regelbußgeldes statt Fahrverbot (SchlHOLG, Beschluss v. 19.6.2024 – I Orbs 60/24)

August 2024

I. Aufsätze

Dr. Jens Hilgenhövel	Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht (Teil 3)	293
Hans-Ernst Böttcher	Kriegsdienstverweigerung in der Bundesrepublik Deutschland	301

II. Amtliche Veröffentlichungen

AV des MJG vom 18. Juli 2024 – II 333/2010-13 SH	Änderung der Allgemeinen Verfügung über die Übertragung personalrechtlicher Befugnisse im Geschäftsbereich des für Justiz zuständigen Ministeriums des Landes Schleswig-Holstein	310
AV d. MJG v. 31. Juli 2024 – II 302/4300-2-7 –	Änderung der Strafvollstreckungsordnung (StrVollstrO) und Einforderungs- und Beitreibungsanordnung (EBAO)	310
Vfg. d. Vors. d. JPA vom 11. Juli 2024 – 2232 E – 348	Besetzung des Justizprüfungsamtes für die staatliche Pflichtfachprüfung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig	314
Vfg. d. Vors. d. JPA vom 17. Juli 2024 – 2232 E – 350 –	Besetzung des Justizprüfungsamtes für die staatliche Pflichtfachprüfung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig	314
Vfg. d. Vors. d. JPA vom 29. Juli 2024 – 2232 E – 351 –	Besetzung des Justizprüfungsamtes für die staatliche Pflichtfachprüfung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig	315

III. Personalnachrichten

315

IV. Ausschreibungen

315

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

SchlHOLG	30. 1.2024	3 U 148/22	Zur Unzulässigkeit eines Dieselmotors mit SCR-Katalysator / Zu den Voraussetzungen eines schuldausschließenden unvermeidbaren Verbotsirrtums / Zur Berücksichtigung der Motorisierung bei der Bemessung des Differenzschadens 317
SchlHOLG	13. 6.2024	6 U 77/21	Differenzschaden Abgasskandal: Endkundenpreise für schadensmindernde Anrechnung maßgeblich 326

Strafrecht

SchlHOLG	19. 6.2024	I Orbs 60/24	Beschwer des Betroffenen als Rechtsbeschwerdeführer, wenn das Tatgericht vom Fahrverbot als härtere Sanktion abgesehen und stattdessen das Regelbußgeld erhöht hat 330

Terminankündigung

Reinhold Beckmann liest aus
„Aenne und ihre Brüder"

Sportjournalist, Fernsehmoderator, Talkmaster, Musiker – eloquent, sozial engagiert, medienpräsent, auch ein wenig schrill: all dies ist Reinhold Beckmann, wie wir ihn aus „Funk und Fernsehen" kennen. Dass er aber auch subtile Bücher schreiben kann, erfahren wir aus seinem Buch „Aenne und ihre Brüder". Dies ist die Geschichte seiner Mutter und ihrer vier aus dem Zweiten Weltkrieg nicht wiedergekehrten Brüder. Diese Vergangenheit war für Reinhold Beckmann in Erzählungen seiner Mutter stets erfahrbar, so dass er sie heute weitergibt. „Ein Buch gegen das Schweigen über den Krieg" hat er seine berührende Familienbiographie genannt, in unsicher gewordenen Zeiten aktueller denn je.

Kostenbeitrag: 19,80 Euro (Schüler, Studenten und Auszubildende frei), an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr und – NEU! – auch im Vorverkauf bei der Buchhandlung LIESEGANG, Stadtweg 22, 24837 Schleswig.

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:
23. Oktober 2024: Lesung mit Uwe Timm
19. November 2024: Neues auf dem Buchmarkt – von und mit Annemarie Stoltenberg

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Donnerstag, den 22. August 2024, 19.00 Uhr
im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

Jahrgang 1956, stammt Reinhold Beckmann aus Twistringen in Niedersachsen. Nach dem Abitur und Studium von Germanistik und Theaterwissenschaften begann seine Medienkarriere 1980 beim WDR. Dort machte er sich bald einen Namen als Sportjournalist. 1990 bei „Premiere" und ab 1992 bei SAT 1 war er dort jeweils Sportchef, kehrte aber 1998 zur ARD zurück. Neben Sportreportagen hatte er dort bis 2014 seine eigene Talksendung „Beckmann". Ab 2014 trat er auch zunehmend als Musiker mit einer Band auf. Sein Buch „Aenne und ihre Brüder" ist im August 2023 bei Propyläen erschienen. Er wurde mit dem Peter-von-Zahn-Gedächtnispreis (2005), dem Deutschen Fernsehpreis (2007) und dem Annemarie-Renger-Preis (2014) ausgezeichnet, ist aber auch „Brillenträger des Jahres" (2022).

Kartenreservierung: telefonisch ab 12. August 2024 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13.00-15.00 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden. Vorverkauf allein und ab sofort bei LIESEGANG in Schleswig.

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

Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein

Herausgegeben vom Ministerium für Justiz und Gesundheit des Landes Schleswig-Holstein
in Kiel, das den Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts mit der Schriftleitung und der Wahrnehmung der Aufgaben des Herausgebers beauftragt hat.
Früher im Verlag J.J. Augustin, Glückstadt – ISSN 1860-9643

ERSCHEINT SEIT 1750 | AUSGEGEBEN IM AUGUST 2024 | TEIL A NUMMER 8

Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht (Teil 3)

Inhalt

I. Prozesskostenhilfe
II. Zustellung
1. Allgemeines
2. Zustellung eines Klageentwurfs
3. Zustellung eines Mahnbescheids: Individualisierung
4. § 167 ZPO
5. § 170 ZPO
6. § 174 ZPO
7. § 180 ZPO
8. § 182 ZPO
9. § 185 ZPO
10. § 189 ZPO
III. Zulässigkeit
1. Rechtsweg
2. Obligatorische Streitschlichtung
3. Gerichtsstand
4. Parteifähigkeit und ladungsfähige Anschrift
5. Prozessfähigkeit
6. Postulationsfähigkeit
a) Bevollmächtigung
b) Vertretungsbefugnis nach § 79 Abs. 2 Nr. 2 ZPO
c) Ausschluss nach § 79 Abs.3 Satz 1 ZPO
7. Rechtsschutzbedürfnis
8. Prozessführungsbefugnis
9. Prozesskostensicherheit
IV. Streitverkündung, Nebenintervention, Hauptintervention und Streitgenossenschaft
1. Zulässigkeit der Streitverkündung
2. Interventionswirkung
V. Gesetzlicher Richter
1. Richterwechsel und Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung
2. Übertragung auf die Kammer
3. Kompetenzkonflikt
VI. Anträge
1. Allgemeines
a) Individualisierung und Auslegung
b) Umdeutung
c) Bestimmung des Streitgegenstands
d) Anspruchshäufung
e) Haupt- und Hilfsantrag
f) Mehrheit prozessualer Ansprüche
g) Eventualstellung von Anträgen oder Aufrechnungen
h) Bindung an Anträge
i) Bestimmtheit
j) Klageerweiterung nach Schluss der mündlichen Verhandlung
2. Leistungsanträge
a) Allgemeines
b) Antrag auf Leistung Zug-um-Zug
c) Klage wegen Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung
d) Anträge auf Herausgabe und Vornahme einer Handlung
e) Unterlassungsanträge
3. Feststellungsanträge
a) Auslegung
b) Rechtsverhältnis
c) Berechtigtes Interesse
d) Elementenfeststellungsklage
e) Zwischenfeststellungsklage
4. Klageänderung
5. Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht
6. Widerklage
7. Erledigung, Rücknahme, Anerkenntnis und Verzicht
a) Erledigung
b) Rücknahme
c) Anerkenntnis
d) Verzicht auf das Rechtsmittel des Einspruchs
VII. Parteivortrag
1. Allgemeines
2. Begriff der Tatsache
3. Stillschweigendes zu eigen Machen
4. Haupt- und Hilfsvorbringen
5. Sachvortrag des Nebenintervenienten
6. Amtsaufklärung
7. Pflicht zur Substantiierung
8. Geständnis
9. Bestreiten
10. Sekundäre Darlegungslast
11. Bestreiten mit Nichtwissen
12. Schriftsatznachlass
13. Verspäteter Vortrag

14. Rechtskraft und Tatsachenpräklusion
    a) Rechtskraft
    b) Tatsachenpräklusion
15. Tatbestandswirkung und Rechtskraftwirkung
    a) Tatbestandswirkung (Verwaltungsakte)
    b) Rechtskraftwirkung (verwaltungsgerichtliche und sozialgerichtliche Urteile)
16. Bindung des Streitverkündeten

VIII. Rechtliches Gehör
IX. Hinweispflichten
X. Ruhen des Verfahrens
XI. Fristverlängerung
XII. Mündliche Verhandlung
1. Verlegung des Termins
    a) Allgemeines
    b) Kollidierender Verhandlungstermin
    c) Kurzfristiges nicht vorhersehbares Hindernis
    d) Erkrankung der Partei
    e) Erkrankung des Prozessbevollmächtigten
    f) Infektionsrisiko
    g) Mangelnde Terminvorbereitung
    h) Ablehnungsgesuch
    i) Entziehung des Mandats und Anwaltswechsel
    j) Kurzfristige Bevollmächtigung eines Prozessbevollmächtigten
    k) Wunsch der Partei, den Termin persönlich wahrzunehmen
2. Säumnis
3. Öffentlichkeit
4. Schriftliches Verfahren

XIII. Beweisaufnahme
1. Offenkundigkeit
2. Eigene Sachkunde
3. Allgemeines
    a) Beweisaufnahme durch entscheidenden Richter
    b) Beweisantritt
    c) Fallenlassen und Ablehnung von Beweisanträgen
    d) Anfechtung von Beweisbeschlüssen
    e) Ausländisches Recht
4. Absehen von der Beweiserhebung
    a) Beweiserhebungsverbote
    b) Ungeeignetheit
    c) Unerreichbarkeit
    d) Gegenbeweis
    e) Nichtzahlung des Auslagenvorschusses
    f) Widersprüchlicher Vortrag
    g) Beweisvereitelung
    h) Zeugnisverweigerungsrecht
5. Zeugenbeweis
6. Sachverständigenbeweis
7. Urkundenbeweis und Beiziehung von Akten
    a) Allgemeines
    b) Öffentliche Urkunde
    c) Privaturkunden
    d) Beiziehung von (Straf)Akten
    e) 142 ZPO
    f) Datenschutzgrundverordnung
8. Parteivernehmung und Parteianhörung

XIV. Beweiswürdigung
1. Freibeweisverfahren
2. Freie Beweiswürdigung (§ 286 ZPO)
    a) Strafrechtliche Verurteilung
    b) Anscheinsbeweis
    c) Zeugnis wider sich selbst
    d) Mediale Berichterstattung
    e) Sachverständigengutachten
3. Schätzung (§ 287 ZPO)
4. Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO)

XV. Urteil
1. Begründung
2. Erlass
3. Verkündung
4. Zustellung
    a) Ausfertigung
    b) Beglaubigte Abschrift
    c) Zustellung an Prozessbevollmächtigten
    d) Zustellung gegen Empfangsbekenntnis
    e) Heilung
5. Urteil als einheitliche Urkunde
6. Bestimmtheit
7. Fristsetzung nach § 255 ZPO
8. Vorbehaltsurteil
9. Feststellungsurteil
10. Grundurteil
11. Teilurteil
12. Teil-Vorbehaltsurteil
13. Kostenentscheidung
14. Berichtigung nach § 319 ZPO
15. Tatbestandsberichtigung
16. Urteilsergänzung

XVI. Rechtskraft
XVII. Zwischenentscheidungen
1. Aussetzung und Unterbrechung
    a) Unterbrechung
    b) Aussetzung
    c) Aufrechnung und Aussetzung
    d) Aussetzung bei gemeinsamer Vorfrage
    e) Aussetzung und Strafprozess
    f) Aussetzung im Urkundenprozess
2. Befangenheitsgesuch
3. Ablehnung eines Sachverständigen
4. Selbstständiges Beweisverfahren
5. Veröffentlichung von Entscheidungen

XVIII. Anhörungsrüge und Gegenvorstellung
1. Allgemeines
2. Anhörungsrüge
3. Gegenvorstellung

XIX. Zwangsvollstreckung
1. Rechtsschutzbedürfnis
2. Auskunftsanspruch
3. Verhängung von Ordnungsmitteln
    a) Titel
    b) Mehrfache Verhängung von Ordnungsmitteln
    c) Ordnungsmittel als Bestrafung
    d) Aufhebung der einstweiligen Verfügung

XII. Mündliche Verhandlung

1. Verlegung des Termins

a) Allgemeines

Nach § 227 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann ein Termin nur aus erheblichen Gründen aufgehoben oder verlegt sowie eine Verhandlung vertagt werden. Das Gericht hat bei seiner Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen sowohl das Gebot der Beschleunigung des Verfahrens als auch den Anspruch beider Beteiligten auf Gewährung rechtlichen Gehörs zu berücksichtigen. Erhebliche Gründe iSv § 227 Abs. 1 ZPO sind regel-

mäßig solche, die zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs eine Zurückstellung des Beschleunigungs- und Konzentrationsgebots erfordern. Liegen solche Gründe vor, verdichtet sich das Ermessen des Gerichts zu einer Rechtspflicht, den Termin zu verlegen, selbst wenn das Gericht die Sache für entscheidungsreif hält und die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird. [477]

Die Gründe für eine Terminverlegung müssen im Terminverlegungsantrag ungeachtet dessen, dass sie nach § 227 Abs. 2 ZPO erst auf Verlangen des Vorsitzenden glaubhaft zu machen sind, so detailliert vorgetragen werden, dass dem Gericht eine Prüfung ihrer Erheblichkeit möglich ist.[478] Der bloße Hinweis eines Prozessbevollmächtigten, wegen eines kollidierenden anderen Termins nicht erscheinen zu können, reicht für die Darlegung eines erheblichen Grundes im Sinne des § 227 Abs. 1 ZPO nicht aus.[479] Genügt der Terminverlegungsantrag diesen Voraussetzungen nicht, so ist das Gericht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs und zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens grundsätzlich verpflichtet, den Antragsteller auf Lücken im Antrag hinzuweisen und ihm damit die Möglichkeit zu geben, fehlende Angaben nachzuholen beziehungsweise erforderliche Unterlagen einzureichen.[480]

Wird der Verlegungsantrag so kurzfristig vor dem Termin gestellt, dass eine Anordnung der Glaubhaftmachung nicht mehr möglich ist, müssen die geltend gemachten Gründe sogleich substantiiert dargelegt und gleichzeitig glaubhaft gemacht werden.[481] Zudem muss die Erkrankung oder sonstige Verhinderung des Prozessbeteiligten schlüssig aus dem dazu vorgelegten Attest hervorgehen; die Bescheinigung muss so substantiiert sein, dass das Gericht auf ihrer Grundlage in der Lage ist, die Frage der behaupteten Verhandlungsunfähigkeit selbst zu beurteilen.[482] Bei einem erst unmittelbar vor dem Termin gestellten Verlegungsantrag kann das Gericht im Einzelfall davon absehen, den Antragsteller auf Lücken im Antrag hinzuweisen.[483]

Eine Terminverlegung rechtfertigende und zur Wahrung rechtlichen Gehörs unter Umständen gebietende „erhebliche Gründe" im Sinne des § 227 Abs. 1 ZPO sind besonders gewichtige Umstände, die auch und gerade zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs eine Zurückstellung des Beschleunigungs- und Konzentrationsgebots erfordern.[484]

b) Kollidierender Verhandlungstermin

Die Verhinderung des Prozessbevollmächtigten einer Partei aufgrund eines bereits zuvor anberaumten kollidierenden Verhandlungstermins kann einen erheblichen Grund im Sinne des § 227 Abs. 1 ZPO darstellen.[485] Die persönliche Verhinderung des Prozessbevollmächtigten wegen anderweitiger Verpflichtungen, insbesondere wegen beruflich wahrzunehmender Termine, ist regelmäßig ein erheblicher Grund im Sinne des § 227 Abs. 1 ZPO, weil die vertretene Partei erwarten darf, im Termin von demjenigen Anwalt vertreten zu werden, der die Sachbearbeitung des Mandats übernommen hat und ihr Vertrauen genießt.[486] Eine Kollision setzt voraus, dass die Wahrnehmung beider Termine zeitlich nicht möglich ist.[487] In die Entscheidung über die Terminverlegung sind alle Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls einzubeziehen, beispielsweise die Art des kollidierenden Gerichtstermins und des Zeitpunkts seiner Bestimmung, die Besonderheiten der Mandatsbeziehung, die Möglichkeit, den kollidierenden Termin zu verlegen oder einen der Termine durch einen Vertreter wahrnehmen zu lassen.[488] Ausnahmsweise kann auch ein später anberaumter Termin Vorrang vor einem früher bestimmten Termin genießen, etwa wenn ein Verhandlungstermin bereits verlegt worden ist,[489] prozessuale Gründe die Durchführung dieses Termins gebieten, es sich um einen Termin zur Durchführung einer aufwendigen Beweisaufnahme oder ein besonders eilbedürftiges Verfahren handelt.[490] Sofern ein Verhandlungstermin bereits verlegt wurde, kommt dem Beschleunigungsgebot ein erhöhtes Gewicht zu. In diesem Fall ist eine erneute Terminverlegung zwar nicht generell ausgeschlossen, jedoch ist es einer Partei beziehungsweise ihrem Prozessbevollmächtigten grundsätzlich zumutbar, zunächst in dem anderen Verfahren unter Hinweis auf die Terminskollision um eine Terminverlegung zu ersuchen.[491] Obgleich ein Mandant auch bei der Beauftragung einer Sozietät im Regelfall erwarten darf, von dem Anwalt vertreten zu werden, der innerhalb der Sozietät die Sachbearbeitung übernommen hat, ist in diesen Fällen ferner die Möglichkeit der Terminwahrnehmung durch einen Vertreter zu berücksichtigen, sofern hierdurch schutzwürdige Interessen des Mandanten nicht beeinträchtigt werden.[492]

c) Kurzfristiges, nicht vorhersehbares Hindernis

Ein erheblicher Grund für eine Terminverlegung oder -vertagung und damit eine unverschuldete Säumnis können vorliegen, wenn der Prozessbevollmächtigte kurzfristig und nicht vorhersehbar an der Wahrnehmung des Termins gehindert ist und das ihm Mögliche und Zumutbare getan hat, um dem Gericht rechtzeitig seine Verhinderung mitzuteilen.[493] Liegt das kurzfristig und nicht vorhersehbar entstehende Hindernis darin, dass ein anderer Gerichtstermin länger dauert, als von dem Prozessbevollmächtigten geplant, gilt für die Vorhersehbarkeit Folgendes: Ein Prozessbevollmächtigter muss bei seiner Zeitplanung einkalkulieren, dass ein Sitzungstermin eine gewisse, im Voraus nicht sicher absehbare Zeit in Anspruch nehmen wird.[494] Ihm ist zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs bei den Gerichten grundsätzlich zuzumuten, sich während einer – nach den Verhältnissen des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmenden – angemessenen Zeit über den in der Ladung vorgesehenen Verhandlungsbeginn hinaus bei Gericht bereitzuhalten.[495]

d) Erkrankung der Partei

Wenn eine Partei anwaltlich vertreten ist, zwingt die Erkrankung der Partei selbst nicht zu einer Terminverlegung,

477 BGH, Urteil vom 14. September 2023 – IX ZR 219/22, Rn. 14; Beschluss vom 13. Dezember 2023 – XII ZB 550/21, Rn. 14; Beschluss vom 30. Januar 2024 – VIII ZB 47/23, Rn. 22.

478 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 1 BvR 1997/18, Rn. 13.

479 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 1 BvR 1997/18, Rn. 15.

480 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 1 BvR 1997/18, Rn. 13.

481 BGH, Urteil vom 3. Mai 2021 – AnwZ (Brfg) 63/18, Rn. 16.

482 BGH, Urteil vom 3. Mai 2021 – AnwZ (Brfg) 63/18, Rn. 16.

483 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 1 BvR 1997/18, Rn. 13 BGH.

484 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 1 BvR 1997/18, Rn. 12; Urteil vom 14. September 2023 – IX ZR 219/22, Rn. 14.

485 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 1 BvR 1997/18, Rn. 12; BGH Beschluss vom 30. Januar 2024 – VIII ZB 47/23, Rn. 27.

486 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 1 BvR 1997/18, Rn. 12; BGH Beschluss vom 23. Juni 2022 – VII ZB 58/21, Rn. 22; Beschluss vom 30. Januar 2024 – VIII ZB 47/23, Rn. 27.

487 BGH, Beschluss vom 30. Januar 2024 – VIII ZB 47/23, Rn. 27.

488 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 1 BvR 1997/18, Rn. 17; BGH Beschluss vom 23. Juni 2022 – VII ZB 58/21, Rn. 27; Beschluss vom 30. Januar 2024 – VIII ZB 47/23, Rn. 27.

489 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 1 BvR 1997/18, Rn. 12; BGH Beschluss vom 30. Januar 2024 – VIII ZB 47/23, Rn. 27.

490 BGH, Beschluss vom 30. Januar 2024 – VIII ZB 47/23, Rn. 27.

491 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 1 BvR 1997/18, Rn. 12.

492 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 1 BvR 1997/18, Rn. 12.

493 BGH, Beschluss vom 30. Januar 2024 – VIII ZB 47/23, Rn. 23.

494 BGH, Beschluss vom 30. Januar 2024 – VIII ZB 47/23, Rn. 25.

495 BGH, Beschluss vom 30. Januar 2024 – VIII ZB 47/23, Rn. 25.

wenn und weil ihr Prozessbevollmächtigter zur Verfügung steht. Durch ihn kann die Partei ihre Rechte in dem Verfahren normalerweise angemessen und effektiv wahrnehmen. Etwas anderes gilt nur, wenn gewichtige Gründe die persönliche Anwesenheit der Partei erfordern.[496] Solche gewichtigen Gründe ergeben sich nicht schon aus der Bedeutung, welche der Prozess für die Partei hat.[497] Das bloße Anwesenheitsinteresse einer anwaltlich vertretenen Partei ist durch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör nicht geschützt.[498] Entsprechendes gilt auch dann, wenn der sich nach § 78 Abs. 4 ZPO selbst vertretende Rechtsanwalt es bei einer länger andauernden Erkrankung, welche ihm die Anreise zum und eine Teilnahme am Termin unmöglich macht, ablehnt, sich vertreten zu lassen. Auch hier müssen gewichtige Gründe die persönliche Anwesenheit der Partei erfordern, um das Gericht zur Verlegung des Verhandlungstermins zu zwingen.[499] Die Partei hat die gewichtigen Gründe, die ihre persönliche Anwesenheit in der mündlichen Verhandlung erforderlich machen, substantiiert vorzutragen.[500] Überdies ist eine Partei bei einem mit einer Erkrankung begründeten Verlegungsantrag verpflichtet, die Gründe für die Verhinderung so anzugeben und durch Vorlage eines substantiierten ärztlichen Attests zu untermauern, dass das Gericht die Frage der Verhandlungsfähigkeit selbst zu beurteilen vermag.[501] Die pauschale Angabe diverser Diagnosen lässt weder die Art und Schwere der Erkrankung noch das Maß etwaiger Beeinträchtigungen der Verhandlungsfähigkeit erkennen.[502] Erkältungssymptome führen nur in Ausnahmefällen zu einer Verhandlungsunfähigkeit, so dass allein deren Behauptung nicht ausreicht, um eine solche darzulegen.[503]

e) Erkrankung des Prozessbevollmächtigten

Die plötzliche Erkrankung eines Rechtsanwalts kann ein unabwendbarer Zufall sein, der es gebietet, den Termin zu vertagen.[504] Dies gilt aber nur für den Fall, dass der Termin trotz aller sonstigen Maßnahmen, welche der Anwalt auch für den Fall einer etwaigen Verhinderung durch Erkrankung oder aus anderen Gründen treffen muss und getroffen hat, nicht eingehalten werden kann. Der säumige Rechtsanwalt muss alles Zumutbare für die Rechtzeitigkeit seines Erscheinens oder die Vertretung seiner Partei im Termin getan haben.[505] Leidet der Anwalt seit Jahren an einer Krankheit, die jederzeit plötzlich und unvorhersehbar auftreten kann [hier: Migräneattacken], muss er Vorkehrungen für den Fall einer solchen akuten Erkrankung treffen und einen Vertreter zu dem Termin entsenden.[506]

Wegen der von Anwälten, die ihrer Aufgabe aus gesundheitlichen Gründen auf Dauer nicht gewachsen sind, ausgehenden, nicht hinnehmbaren Gefährdung der Interessen der Rechtssuchenden sind an den Verhinderungsgrund und dessen Glaubhaftmachung hohe Anforderungen zu stellen.[507]

f) Infektionsrisiko

Besteht das Risiko einer Infektion mit einem Virus,[508] gebietet selbst eine schwere Vorerkrankung nicht per se eine Terminaufhebung oder -verlegung, sondern stellt (nur) einen angemessen zu berücksichtigenden Abwägungsgesichtspunkt im Rahmen der Anwendung und Auslegung des „erheblichen Grundes" im Sinne des § 227 Abs. 1 Satz 1 ZPO dar, wobei zu berücksichtigen ist, dass einem Gericht, das Maßnahmen ergreift, um einer zu befürchtenden Schädigung entgegenzuwirken, bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten ein erheblicher Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zusteht.[509]

g) Mangelnde Terminvorbereitung

Die mangelnde Terminvorbereitung ist nach § 227 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO kein Verlegungs- und Vertagungsgrund, solange sie nicht ihrerseits entschuldigt ist. Für eine genügende Entschuldigung kommt es zunächst darauf an, zu welchen Punkten die Partei eine zusätzlich erforderliche Vorbereitung geltend macht. Die Partei muss sodann substantiiert darlegen, aus welchen Gründen sie an einer ausreichenden Vorbereitung gehindert war und dass sie alles Zumutbare und Mögliche unternommen hat, um sich und ihren Anwalt im Hinblick auf den Verhandlungstermin ausreichend vorzubereiten.[510]

h) Ablehnungsgesuch

Macht das Gericht deutlich, dass es den Termin nicht verlegen wird, muss die Partei damit rechnen, dass über ihr Befangenheitsgesuch rechtzeitig – gegebenenfalls auch durch die abgelehnten Richter – entschieden und das Gericht verhandeln wird.[511] Die Stellung eines Ablehnungsgesuchs kurz vor dem Termin begründet keine Verhinderung, an dem Termin teilzunehmen.[512] Der Prozessbevollmächtigte darf nicht darauf vertrauen, dass das Gericht wegen eines vor dem Termin gestellten Ablehnungsgesuchs nicht zur Sache verhandeln und entscheiden wird. Er muss vielmehr die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass das Gericht über das Ablehnungsgesuch am Terminstag entscheiden und danach zur Sache verhandeln wird.[513] Das gilt zumindest dann, wenn der Beschluss nicht mit der Beschwerde angefochten werden kann.[514] Wird das Ablehnungsgesuch erst unmittelbar vor dem Termin eingereicht, muss die Partei überdies damit rechnen, dass es dem abgelehnten Richter nach dem gewöhnlichen Geschäftsablauf nicht rechtzeitig bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorgelegt wird; sie muss deshalb vorsorglich zu dem Termin erscheinen und gegebenenfalls ihr Ablehnungsgesuch wie derholen.[515] Aber auch bei einem Erfolg des Ablehnungsgesuchs ist es nicht ausgeschlossen, dass die Verhandlung – dann mit einem Vertreter – stattfindet.[516]

i) Entziehung des Mandats und Anwaltswechsel

Entzieht eine Partei ihrem Prozessbevollmächtigten das Mandat, liegen erhebliche Gründe für eine Terminverlegung

496 BGH, Urteil vom 2. Dezember 2021 – IX ZR 53/21, Rn. 17; Urteil vom 14. September 2023 – IX ZR 219/22, Rn. 15; Beschluss vom 13. Dezember 2023 – XII ZB 550/21, Rn. 15.

497 BGH, Urteil vom 2. Dezember 2021 – IX ZR 53/21, Rn. 17; Urteil vom 14. September 2023 – IX ZR 219/22, Rn. 15; Beschluss vom 13. Dezember 2023 – XII ZB 550/21, Rn. 15.

498 BGH, Urteil vom 2. Dezember 2021 – IX ZR 53/21, Rn. 17; Urteil vom 14. September 2023 – IX ZR 219/22, Rn. 15; Beschluss vom 13. Dezember 2023 – XII ZB 550/21, Rn. 15.

499 BGH, Urteil vom 2. Dezember 2021 – IX ZR 53/21, Rn. 18.

500 BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2023 – XII ZB 550/21, Rn. 15.

501 BGH, Beschluss vom 22. August 2023 – AnwZ (Brfg) 14/23, Rn. 28.

502 BGH, Beschluss vom 22. August 2023 – AnwZ (Brfg) 14/23, Rn. 33.

503 BGH, Beschluss vom 22. August 2023 – AnwZ (Brfg) 14/23, Rn. 29.

504 BGH, Urteil vom 2. Dezember 2021 – IX ZR 53/21, Rn. 11.

505 BGH, Urteil vom 2. Dezember 2021 – IX ZR 53/21, Rn. 11.

506 BGH, Urteil vom 2. Dezember 2021 – IX ZR 53/21, Rn. 12.

507 BGH, Beschluss vom 25. Februar 2022 – AnwZ (Brfg) 16/21, Rn. 13 [COVID Infektion].

508 Corona-Infektion.

509 BGH, Beschluss vom 12. September 2022 – AnwZ (Brfg) 10/22, Rn. 7.

510 BGH, Urteil vom 14. September 2023 – IX ZR 219/22, Rn. 16.

511 BGH, Urteil vom 2. Dezember 2021 – IX ZR 53/21, Rn. 10.

512 BGH, Beschluss vom 12. September 2022 – AnwZ (Brfg) 10/22, Rn. 20; Beschluss vom 8. Februar 2024 – V ZB 53/23, Rn. 7.

513 BGH, Beschluss vom 12. September 2022 – AnwZ (Brfg) 10/22, Rn. 20.

514 BGH, Beschluss vom 12. September 2022 – AnwZ (Brfg) 10/22, Rn. 20.

515 BGH, Beschluss vom 8. Februar 2024 – V ZB 53/23, Rn. 7.

516 BGH, Beschluss vom 12. September 2022 – AnwZ (Brfg) 10/22, Rn. 20.

nicht schon dann vor, wenn sie wegen der Entziehung voraussichtlich im Termin nicht vertreten sein wird. Entscheidend ist vielmehr, ob die Entziehung ihrerseits auf erheblichen Gründen beruht, aufgrund derer es der Partei ohne eigenes Verschulden nicht mehr zugemutet werden konnte, sich durch den von ihr bestellten Bevollmächtigten weiterhin vertreten zu lassen.[517] Ein Anwaltswechsel nach der Erschütterung des Vertrauensverhältnisses ist nur dann ein erheblicher Grund für eine Terminverlegung, wenn die Partei darlegt, dass der Anwalt den Vertrauensverlust verschuldet hat und der Grund zum Anwaltswechsel erst zu diesem Zeitpunkt im Rechtsstreit offenbar wurde.[518] Im Übrigen ist eine Terminverlegung bei Anwaltswechsel nur dann geboten, wenn es der Partei unter Berücksichtigung aller Umstände trotz zumutbarer Bemühungen unmöglich ist, einen neuen Anwalt zu finden, der bereit und in der Lage ist, sie in dem angesetzten Termin zu vertreten.[519]

j) Kurzfristige Bevollmächtigung eines Prozessbevollmächtigten

Die kurzfristige Bevollmächtigung eines Prozessbevollmächtigten, der den bereits längerfristig anberaumten Verhandlungstermin nicht wahrnehmen kann, stellt keinen erheblichen Grund für eine Terminverlegung im Sinne von § 227 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ZPO dar.[520]

k) Wunsch der Partei, den Termin persönlich wahrzunehmen

Wegen des Wunschs, an dem Verhandlungstermin persönlich teilnehmen zu wollen, kommt eine Terminverlegung nur in Betracht, wenn gewichtige Gründe dargetan oder sonst ersichtlich sind, die eine persönliche Anwesenheit der Partei – neben derjenigen eines anwaltlichen Vertreters – erfordern könnten.[521]

2. Säumnis

Eine Partei ist im Sinne der §§ 330 ff ZPO säumig, wenn sie trotz ordnungsgemäßer Bestimmung eines notwendigen Termins zur mündlichen Verhandlung nach Aufruf der Sache am hierzu bestimmten Ort nicht erscheint, bei notwendiger Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht durch einen beim Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten ist oder nicht zur Sache verhandelt. Nicht schuldhaft ist die Säumnis, wenn die Partei oder – bei notwendiger Vertretung – ihr Prozessvertreter an der Wahrnehmung des Verhandlungstermins unverschuldet verhindert war (§ 337 Satz 1, § 233 ZPO, § 276 Abs. 2 BGB), mithin die Sorgfalt einer ordentlichen Prozesspartei gewahrt hat.[522] Die Verschuldensfrage richtet sich nach den gleichen Grundsätzen wie bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.[523]

Erscheint die Partei in der mündlichen Verhandlung nicht, ist dies nicht schon durch eine Arbeitsunfähigkeit ausreichend entschuldigt.[524] Erforderlich ist vielmehr, dass die Partei krankheitsbedingt verhandlungsunfähig ist.[525]

3. Öffentlichkeit

Nach § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG muss gewährleistet sein, dass sich jedermann ohne besondere Schwierigkeit Kenntnis von Ort und Zeit der Sitzung verschaffen kann und dass ihm im Rahmen der tatsächlichen Gegebenheiten der Zutritt eröffnet wird, was bei verschlossenen Eingangstüren – unabhängig vom Vorliegen eines Beschlusses über den Ausschluss der Öffentlichkeit – nicht der Fall ist.[526] Ob eine Partei, die im Anschluss an den ausdrücklichen Hinweis des Gerichts den Verzicht auf die Befolgung von § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG erklärt, dadurch ihr Recht zur Rüge des Verstoßes gegen diese Vorschrift nach § 295 ZPO verliert, ist zwischen den obersten Bundesgerichten umstritten.[527] Ein Verstoß gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG führt nicht in jedem Fall zur Zulassung der Revision. Vielmehr sind der Umfang des Verstoßes und die Reaktion der Parteien zu berücksichtigen.[528]

Eine Geheimhaltungsverpflichtung nach § 174 Abs. 3 Satz 1 GVG kann in den Fällen des § 172 Nr. 2 und 3 GVG nach dem Ermessen des Gerichts auch gegenüber einzelnen, in der nichtöffentlichen Verhandlung anwesenden Personen ausgesprochen werden.[529] Der Entscheidung des Gerichts muss sich entnehmen lassen, dass es sich des ihm im Hinblick auf die Geheimhaltungsanordnung zustehenden Ermessens bewusst war und welche Erwägungen für seine Entscheidung von Bedeutung gewesen sind.[530]

Das Gericht ist nicht verpflichtet, von sich aus ohne weiteres umfangreiche Ermittlungen dazu anzustellen, hinsichtlich welcher im Gerichtssaal anwesenden Person nur noch ein eingeschränktes oder gar kein Bedürfnis für die Geheimhaltungsverpflichtung mehr besteht, weil ihr alle oder einige der aus Sicht des Geheimnisträgers zu schützende Tatsachen bereits bekannt sind. Vielmehr kann das Gericht bei seiner Ermessensausübung auch ein nur möglicherweise bestehendes Geheimhaltungsinteresse berücksichtigen.[531] Darüber hinaus ist bei der Überprüfung, ob sich der Tatrichter bei der Geheimhaltungsanordnung im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens bewegt hat, auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung abzustellen. Entscheidend ist hierbei, ob zu diesem Zeitpunkt aus Sicht des Tatrichters damit zu rechnen war, dass demjenigen Tatsachen durch die Verhandlung oder durch ein das Verfahren betreffendes amtliches Schriftstück zur Kenntnis gelangen, dessen Verpflichtung zur Geheimhaltung in Rede steht.[532]

4. Schriftliches Verfahren

Schweigen der Parteien auf die Anordnung des schriftlichen Verfahrens „im vermuteten Einverständnis der Parteien" bedeutet grundsätzlich keine Zustimmung gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1 ZPO.[533] Die Zustimmung zum schriftlichen Ver-

517 BGH, Urteil vom 3. Mai 2021 – AnwZ (Brfg) 63/18, Rn. 11; Beschluss vom 23. Juni 2022 – VII ZB 58/21, Rn. 18.
518 BGH, Urteil vom 3. Mai 2021 – AnwZ (Brfg) 63/18, Rn. 11; Beschluss vom 23. Juni 2022 – VII ZB 58/21, Rn. 18.
519 BGH, Urteil vom 3. Mai 2021 – AnwZ (Brfg) 63/18, Rn. 11; Beschluss vom 23. Juni 2022 – VII ZB 58/21, Rn. 19.
520 BGH, Beschluss vom 22. August 2023 – AnwZ (Brfg) 14/23, Rn. 35.
521 BGH, Urteil vom 3. Mai 2021 – AnwZ (Brfg) 63/18, Rn. 15; Urteil vom 14. September 2023 – IX ZR 219/22, Rn. 15.
522 BGH, Urteil vom 14. September 2023 – IX ZR 219/22, Rn. 12.
523 BGH, Urteil vom 14. September 2023 – IX ZR 219/22, Rn. 12.
524 BGH, Urteil vom 14. September 2023 – IX ZR 219/22, Rn. 19.
525 BGH, Urteil vom 14. September 2023 – IX ZR 219/22, Rn. 19 [zu verneinen bei Rippenbruch und Einnahme von Schmerzmitteln.].
526 BGH, Beschluss vom 24. November 2020 – XI ZR 355/19. Rn. 11.
527 BGH, Beschluss vom 24. November 2020 – XI ZR 355/19. Rn. 14.
528 BGH, Beschluss vom 24. November 2020 – XI ZR 355/19. Rn. 18.
529 BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2020 – IV ZB 4/20, Leitsatz 2 und Rn. 29; Beschluss vom 23. Juni 2021 – IV ZB 23/20, Rn. 30.
530 BGH, Beschluss vom 16. Februar 2022 – IV ZB 21/21, Rn. 15.
531 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2021 – IV ZB 23/20, Rn. 22.
532 BGH, Beschluss vom 23. Juni 2021 – IV ZB 23/20, Rn. 23.
533 BGH, Urteil vom 20. März 2007 – VI ZR 254/05, Leitsatz 1 und Rn. 8.

fahren muss als einseitige, prozessgestaltende Erklärung klar, eindeutig und vorbehaltlos erfolgen, unterliegt aber nicht der Schriftform.[534] Das Abweichen von dem Grundsatz, dass die Verhandlung mündlich ist (§ 128 Abs. 1 ZPO), kann nur durch eine zweifelsfreie Erklärung der Parteien gerechtfertigt werden, die in einem Schweigen dann nicht gesehen werden kann, wenn nicht besondere Umstände hierzu Anlass geben. Die Nichtbeantwortung einer gerichtlichen Anfrage kann nicht als solcher Umstand gewertet werden.[535] Rügt eine Partei den in der Anordnung des schriftlichen Verfahrens ohne Zustimmung der Parteien liegenden Verfahrensfehler nicht, obwohl ihr die fehlende Zustimmung beider Parteien bekannt war und lässt sie sich zur Sache ein, kann der Verfahrensfehler, die fehlende Zustimmung, in der Rechtsmittelinstanz nicht mehr gerügt werden (vgl. § 295 ZOP).[536]

XIII. Beweisaufnahme

1. Offenkundigkeit

Tatsachen sind offenkundig, wenn sie allgemeinkundig oder gerichtskundig sind.[537]

Tatsachen sind allgemeinkundig, wenn sie zumindest am Gerichtsort der Allgemeinheit bekannt oder ohne besondere Fachkunde – auch durch Information aus allgemein zugänglichen, zuverlässigen Quellen – wahrnehmbar sind.[538] Die Tatsache muss nicht jedermann gegenwärtig sein, es genügt vielmehr, dass man sich aus einer allgemein zugänglichen und zuverlässigen Quelle ohne besondere Fachkunde über sie sicher unterrichten kann.[539] Hierunter können Tatsachen fallen, die das Gericht dem Internet entnommen hat.[540] Ob Eintragungen in öffentlichen Registern „per se" offenkundig sind, ist offen.[541] Öffentliche Bekanntmachungen auf der Webseite www.insolvenzbekanntmachungen.de reichen für die Annahme von Offenkundigkeit nicht aus.[542] Die im Internet über das Gemeinsame Registerportal der Länder (www.handelsregister.de) aus dem elektronisch geführten Handelsregister ersichtliche Eintragung der Verschmelzung zweier Rechtsträger ist hingegen eine offenkundige (allgemeinkundige) Tatsache.[543]

Die Ablage eines Schriftstücks in der Generalakte eines Gerichts vermittelt hingegen grundsätzlich nicht die Allgemeinkundigkeit der darin enthaltenen Informationen.[544] Will das Gericht das Ergebnis seiner Information aus allgemein zugänglichen Quellen zur Grundlage seiner Entscheidung machen, muss es dies den Parteien mitteilen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme geben.[545]

Offenkundig sind auch gerichtskundige Tatsachen.[546] Eine Tatsache ist gerichtskundig, wenn sie dem zuständigen Gericht aufgrund seiner jetzigen oder früheren amtlichen Tätigkeit, jedoch nicht erst aus Anlass des aktuellen Antrags, bekannt geworden ist, wenn also der jeweilige Entscheidungsträger aus amtlicher Veranlassung ein zuverlässiges Bild von den tatsächlichen Verhältnissen, Ereignissen oder Zuständen gewonnen hat, die es ihm erlauben, dieses Wissen in späteren Verfahren ohne Beweisführung zu verwerten.[547] Hierunter fallen beispielsweise Tatsachen, die dem Richter kraft seines Amtes, zum Beispiel aus früheren Prozessen bekannt geworden sind.[548] Für die Annahme der Gerichtskundigkeit von Tatsachen reicht es hingegen nicht aus, wenn das Gericht diese niemals gekannt hat, sie aber aus in anderen Akten des Gerichts abgelegten Dokumenten entnehmen kann.[549] Muss sich das Gericht nämlich die erforderliche Tatsachenkenntnis durch erstmalige Einsichtnahme in ihm bisher unbekannte Urkunden verschaffen, welche in anderen, bei diesem Gericht geführten Akten abgelegt sind, beruht dieses Wissen zwangsläufig auf einem urkundlichen Nachweis.[550]

Ein Gericht darf seiner Entscheidung keine Tatsachen zugrunde legen, ohne den Parteien vorher Gelegenheit zu geben, sich zu ihnen zu äußern. Das gilt auch dann, wenn es sich um offenkundige Tatsachen im Sinne des § 291 ZPO handelt.[551] Zu diesen gehören auch solche, die das Gericht dem Internet entnommen hat; will es diese zur Grundlage seines Urteils machen, muss es das Ergebnis seiner Ermittlungen den Parteien zugänglich machen und ihnen durch einen Hinweis die Möglichkeit zur Stellungnahme geben.[552] Ein Hinweis kann nur dann unterbleiben, wenn es sich um Umstände handelt, die den Parteien ohne Weiteres gegenwärtig sind und von deren Entscheidungserheblichkeit sie wissen.[553]

2. Eigene Sachkunde

Der Tatrichter muss den Parteien einen entsprechenden Hinweis erteilen, wenn er bei seiner Entscheidung eigene Sachkunde in Anspruch nehmen will.[554] Die Parteien müssen Gelegenheit erhalten, auf den Hinweis zu reagieren und ihren Tatsachenvortrag zu ergänzen.[555] Wenn es um die Beurteilung einer Fachwissen voraussetzenden Frage geht, darf der Tatrichter auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur dann verzichten, wenn er entsprechende eigene besondere Sachkunde aufzuweisen vermag.[556] Des Weiteren hat er die vorhandene eigene (besondere) Sachkunde, derentwegen er die Einholung eines Sachverständigengutachtens für verzichtbar hält, in der Entscheidung darzulegen.[557] Allein die längere Tätigkeit in einem Bausenat kann nicht ohne weiteres zuverlässige Kenntnisse über das – für die Prüfung einer Aus-

534 BGH, Urteil vom 20. März 2007 – VI ZR 254/05, Rn. 7.
535 BGH, Urteil vom 20. März 2007 – VI ZR 254/05, Rn. 8.
536 BGH, Urteil vom 20. März 2007 – VI ZR 254/05, Rn. 9.
537 BVerfG, Beschluss vom 17. September 2020 – 2 BvR 1605/16, Rn. 15; BGH, Beschluss vom 26. August 2020 – VII ZB 39/19, Rn. 21 f., 22 u. 24; Beschluss vom 24. Mai 2023 – VII ZB 69/21, Rn. 12.
538 BGH, Beschluss vom 26. August 2020 – VII ZB 39/19, Rn. 23; Beschluss vom 24. Mai 2023 – VII ZB 69/21, Rn. 18.
539 BGH, Beschluss vom 24. Mai 2023 – VII ZB 69/21, Rn. 18.
540 BVerfG, Beschluss vom 17. September 2020 – 2 BvR 1605/16, Rn. 15; BGH, Beschluss vom 7. Mai 2020 – IX ZB 84/19, Rn. 15; Beschluss vom 27. Januar 2022 – III ZR 195/20, Rn. 8; Beschluss vom 24. Mai 2023 – VII ZB 69/21, Rn. 16.
541 BGH, Beschluss vom 24. Mai 2023 – VII ZB 69/21, Rn. 16.
542 BGH, Beschluss vom 24. Mai 2023 – VII ZB 69/21, Rn. 16.
543 BGH, Beschluss vom 24. Mai 2023 – VII ZB 69/21, Rn. 17.
544 BGH, Beschluss vom 26. August 2020 – VII ZB 39/19, Rn. 23.
545 BGH, Beschluss vom 7. Mai 2020 – IX ZB 84/19, Rn. 15.
546 BGH, Beschluss vom 26. August 2020 – VII ZB 39/19, Rn. 24; BVerfG, Beschluss vom 17. September 2020 – 2 BvR 1605/16, Rn. 15.
547 BGH, Beschluss vom 26. August 2020 – VII ZB 39/19, Rn. 25.
548 BVerfG, Beschluss vom 17. September 2020 – 2 BvR 1605/16, Rn. 15.
549 BGH, Beschluss vom 26. August 2020 – VII ZB 39/19, Rn. 26.
550 BGH, Beschluss vom 26. August 2020 – VII ZB 39/19, Rn. 27.
551 BVerfG, Beschluss vom 17. September 2020 – 2 BvR 1605/16, Rn. 15; BGH, Beschluss vom 27. Januar 2022 – III ZR 195/20, Rn. 8; Urteil vom 24. März 2022 – VII ZR 266/20, Rn. 21.
552 BGH, Beschluss vom 27. Januar 2022 – III ZR 195/20, Rn. 8.
553 BGH, Beschluss vom 27. Januar 2022 – III ZR 195/20, Rn. 8; Urteil vom 24. März 2022 – VII ZR 266/20, Rn. 21.
554 BGH, Beschluss vom 23. Februar 2021 – VI ZR 44/20, Rn. 20; Beschluss vom 25. Oktober 2023 – VII ZR 17/23, Rn. 20.
555 BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2023 – VII ZR 17/23, Rn. 20.
556 BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2023 – VII ZR 17/23, Rn. 17.
557 BGH, Beschluss vom 26. April 2023 – XII ZR 83/22, Rn. 12; Beschluss vom 25. Oktober 2023 – VII ZR 17/23, Rn. 18.

führungsplanung auf Vollständigkeit – erforderliche bautechnische Fachwissen verschaffen.[558]

3. Allgemeines

a) Beweisaufnahme durch entscheidenden Richter

Der Richter, der das Urteil fällt, hat die Beweise zu erheben.[559] Es genügt aber, wenn er sich im Rahmen der Beweiswürdigung auf eine aktenkundige und der Stellungnahme der Parteien zugängliche Beurteilung der Glaubwürdigkeit durch den vormals zuständigen Richter bezieht.[560]

b) Beweisantritt

Ein Beweisantrag ist, wie alle Prozesshandlungen, auszulegen. Beantragt eine Partei die Einholung eines graphologischen" oder schriftvergleichenden Gutachtens, kann darin ein Antrag auf physikalische oder chemische Untersuchung der zur Unterschriftsleistung verwendeten Tinte zwecks Bestimmung des Alters der Unterschriftsleistung liegen.[561]

Behauptet eine Partei hingegen, die Übermittlung eines Telefaxes verlaufe nicht zeitlich linear, vielmehr hänge die Dauer der Übermittlung einzelner Seiten von der Menge der zu übertragenden Daten ab, die pro Seite unterschiedlich sei, und stellt diese Behauptung unter den Beweis eines Sachverständigengutachtens, so behauptet sie nicht zugleich den rechtzeitigen Eingang eines Schriftsatzes.[562] Der entscheidende Unterschied liegt in § 403 ZPO: Nach dieser Vorschrift wird der Sachverständigenbeweis durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte angetreten. Behauptung und Beweisantritt fallen also zusammen.

Ein hinreichend bestimmter Beweisantrag setzt nicht voraus, dass die Partei das Beweisergebnis im Sinne einer vorweggenommenen Beweiswürdigung wahrscheinlich macht.[563]

c) Fallenlassen und Ablehnung von Beweisanträgen

In der Zustimmung zu einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren liegt kein konkludenter Verzicht auf den angetretenen Zeugenbeweis.[564]

d) Anfechtung von Beweisbeschlüssen

Ein Beweisbeschluss ist als prozessleitende Anordnung grundsätzlich nicht isoliert anfechtbar. Der Beweisbeschluss kann nur mit den gegen die Endentscheidung gegebenen Rechtsmitteln zur Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht gestellt werden, weil mit der Zulassung einer selbständigen Anfechtung durch die Beschwerdeinstanz unzulässigerweise in die Sachentscheidungskompetenz des Prozessgerichts eingegriffen würde.[565] Auf die Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Endentscheidung kann die Partei jedoch nicht verwiesen werden, wenn bereits der Beweisbeschluss für sie einen bleibenden rechtlichen Nachteil zur Folge hätte, der sich im weiteren Verfahren nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr vollständig beheben ließe.[566] Dieser bleibende rechtliche Nachteil ist dahingehend zu konkretisieren, dass die Ausführung des Beweisbeschlusses zu einer irreversiblen Verletzung von Grundrechten einer Partei führen würde.[567] Auch wenn eine isolierte Anfechtbarkeit eines Beweisbeschlusses einfachgesetzlich nicht vorgesehen ist (dazu oben III. 2. a)), kann sie gleichwohl ausnahmsweise geboten sein, wenn dies aus Gründen höherrangigen Rechts angezeigt ist. Käme ein effektiver Grundrechtsschutz zu spät, wenn die Partei auf Rechtsmittel gegen die Endentscheidung verwiesen würde, kann eine isolierte Anfechtbarkeit des Beweisbeschlusses von Verfassungs wegen veranlasst sein.[568] Bejaht worden ist dies etwa für den Fall drohender Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch Preisgabe von Informationen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich bei Durchführung des Beweisbeschlusses.[569] Sonstige Nachteile der Partei tatsächlicher aber auch rechtlicher Art rechtfertigen dagegen keine isolierte Anfechtung des Beweisbeschlusses.[570] Auch der Umstand, dass die von dem Beweisbeschluss betroffene Partei vor dessen Erlass nicht zu Wort gekommen ist, macht den grundsätzlich unanfechtbarer Beweisbeschluss grundsätzlich nicht anfechtbar. Denn der Partei steht trotz einer etwaigen Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör noch die Möglichkeit offen, im laufenden Verfahren Stellung zum Beweisbeschluss zu nehmen und gegebenenfalls auf eine Aufhebung des Beschlusses hinzuwirken.[571]

e) Ausländisches Recht

Kommt bei der Beurteilung eines Sachverhalts die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht, ist das deutsche internationale Privatrecht von Amts wegen zu beachten.[572] Es ist darauf hin zu prüfen, ob deutsches oder ausländisches Sachrecht auf den geltend gemachten Anspruch anzuwenden ist.[573] Falls danach eine ausländische Rechtsordnung berufen ist, muss das Gericht das ausländische Recht nach § 293 ZPO unter Beachtung der vom Bundesgerichtshof hierzu entwickelten – nachstehenden – Grundsätze ermitteln.[574]

Ausländisches Recht hat der Tatrichter entsprechend § 293 ZPO von Amts wegen zu ermitteln.[575] Ob der Inhalt ausländischen Rechts zugestanden werden kann, ist offen.[576] Da ausländische Rechtsnormen Rechtssätze und keine Tatsachen sind, finden insoweit die Grundsätze über die Darlegungs- und Beweislast keine Anwendung.[577] Wie sich der Tatrichter die Kenntnis verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Jedoch darf sich die Ermittlung des fremden Rechts nicht auf die Heranziehung der Rechtsquellen beschränken, sondern muss auch die konkrete Ausgestaltung des Rechts in der ausländischen Rechtspraxis, insbesondere die ausländische Rechtsprechung, berücksichtigen. Der Tatrichter ist gehalten, das Recht als Ganzes zu ermitteln, wie es sich in Lehre und Rechtsprechung entwickelt hat. Er muss dabei die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpfen.[578] Die Ermittlung des in einem anderen Staat geltenden Rechts obliegt dem Tatrichter auch insoweit, als von ihm die Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union abhängt.[579]

558 BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2023 – VII ZR 17/23, Rn. 18.
559 BGH, Beschluss vom 17. September 2020 – V ZR 305/19, Rn. 11 [Vernehmung eines Zeugen in der Berufungsinstanz wegen Zweifeln an der erstinstanzlich bejahten Glaubwürdigkeit.].
560 BGH, Beschluss vom 17. September 2020 – V ZR 305/19, Rn. 11.
561 BGH, Beschluss vom 2. November 2021 – IX ZR 39/20, Rn. 8 u. 13 f.
562 BGH, Beschluss vom 17. November 2022 – V ZB 38/21 u.a., Rn. 15.
563 BGH, Urteil vom 20. September 2023 – VIII ZR 432/21, Rn. 53.
564 BGH, Beschluss vom 27. April 2022 – XII ZR 37/21, Rn. 18.
565 BGH, Beschluss vom 4. Mai 2022 – VII ZB 46/21, Rn. 10.
566 BGH, Beschluss vom 4. Mai 2022 – VII ZB 46/21, Rn. 14.
567 BGH, Beschluss vom 4. Mai 2022 – VII ZB 46/21, Rn. 15.
568 BGH, Beschluss vom 4. Mai 2022 – VII ZB 46/21, Rn. 15.
569 BGH, Beschluss vom 4. Mai 2022 – VII ZB 46/21, Rn. 15.
570 BGH, Beschluss vom 4. Mai 2022 – VII ZB 46/21, Rn. 15.
571 BGH, Beschluss vom 4. Mai 2022 – VII ZB 46/21, Rn. 23.
572 BGH, Urteil vom 21. September 2023 – III ZR 139/22, Rn. 26.
573 BGH, Urteil vom 21. September 2023 – III ZR 139/22, Rn. 26.
574 BGH, Urteil vom 21. September 2023 – III ZR 139/22, Rn. 26.
575 BGH, Urteil vom 25. Januar 2022 – II ZR 215/20, Rn. 15; Beschluss vom 24. August 2022 – XII ZB 268/19, Rn. 24 u. 27.
576 BGH, Urteil vom 21. September 2023 – III ZR 139/22, Rn. 28.
577 BGH, Beschluss vom 24. August 2022 – XII ZB 268/19, Rn. 24.
578 BGH, Urteil vom 25. Januar 2022 – II ZR 215/20, Rn. 15.
579 BGH, Urteil vom 25. Januar 2022 – II ZR 215/20, Rn. 14.

4. Absehen von der Beweiserhebung

a) Beweiserhebungsverbote

Ein umfassendes Beweiserhebungsverbot über die Leistungen des Vermittlers in Ehemaklersachen oder gleich gelagerten Rechtsstreitigkeiten besteht nicht.[580]

b) Ungeeignetheit

Bei der Zurückweisung einer beantragten Zeugenvernehmung wegen Ungeeignetheit des Beweismittels ist äußerste Zurückhaltung geboten. Sie kommt nur dann in Betracht, wenn es völlig ausgeschlossen erscheint, dass diese Vernehmung sachdienliche Erkenntnisse erbringen kann.[581] Darüber hinaus scheidet die Ablehnung eines Beweisantrags als ungeeignet aus, wenn dadurch ein noch nicht erhobener Beweis vorab gewürdigt wird, weil dies eine unzulässige Beweisantizipation darstellt.[582] Eine unzulässige Beweisantizipation liegt vor, wenn der von einer Partei angebotene Beweis nicht erhoben wird, weil das Gericht dem unter Beweis gestellten Vorbringen wegen seiner bereits gewonnenen Überzeugung kein Gewicht mehr beimisst.[583]

Bei einem Antrag auf Zeugenvernehmung berechtigen weder die Unwahrscheinlichkeit der Tatsache noch die Unwahrscheinlichkeit der Wahrnehmung der Tatsache durch den benannten Zeugen den Tatrichter dazu, von der Beweisaufnahme abzusehen.[584] Die fehlende Benennung von Einzeltatsachen macht einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen nicht zur Ausforschung.[585] Vielmehr ist es Sache des Gerichts, im Rahmen der von ihm durchzuführenden Beweisaufnahme, den Zeugen nach Einzeltatsachen zu befragen.[586] Hat der Zeuge nach dem Vortrag der beweisbelasteten Partei „den eigentlichen Vorgang selbst nicht wahrgenommen", ist die Bedeutung des Vortrags der Beklagten als unter Beweis gestellte Indiztatsache zu würdigen.[587] Indiztatsachen sind erhebliche Tatsachen, wenn der Indizienbeweis schlüssig ist, mithin die Gesamtheit aller vorgetragenen Indizien den Richter von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen könnte.[588]

Auch der Zeuge vom Hörensagen ist Zeuge, weil er seine eigene konkrete Wahrnehmung bekunden soll. Zwar haftet dieser Art des Beweises eine besondere Unsicherheit an, die über die allgemeine Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises hinausgeht, so dass an die Beweiswürdigung hohe Anforderungen zu stellen sind. Dies kann es aber nicht rechtfertigen, ein solches Beweismittel als unzulässig anzusehen.[589] Die Aussage eines Zeugen vom Hörensagen ist im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) zu berücksichtigen. Die Nichtberücksichtigung eines – erheblichen – Beweisangebotes auf Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG.[590]

Der Beweisantrag, einen Dritten als Zeugen zu einer nicht seine Person betreffenden inneren Tatsache zu vernehmen, setzt voraus, dass schlüssig dargelegt wird, aufgrund welcher Umstände der Zeuge etwas hierzu aussagen kann.[591]

Es ist nicht Aufgabe eines Zeugen, auch nicht eines sachverständigen Zeugen, auf Grund von Erfahrungssätzen oder besonderen Fachkenntnissen Schlussfolgerungen aus einem feststehenden Sachverhalt zu ziehen oder dem Gericht allgemeine Erfahrungssätze oder besondere Kenntnisse in einem jeweiligen Wissensgebiet zu vermitteln.[592] Fragen, deren Beantwortung sachkundige Wertungen und Tatsachenermittlungen erfordern, sind Fragen an einen Sachverständigen.[593] Werden sie unter Zeugenbeweis gestellt, ist das Beweismittel ungeeignet.[594]

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens kann nur dann als ungeeignet unterbleiben, wenn das Gericht im Rahmen dieser Beurteilung alle von den Parteien vorgetragenen Anknüpfungstatsachen berücksichtigt.[595] Derartige Anknüpfungstatsachen können Lichtbilder oder von Zeugen bekundete Erkenntnisse sein.[596] Ein Gericht verletzt Art. 103 Abs. 1 GG, wenn die Nichtberücksichtigung des Beweisangebots auf einer vorweggenommenen Beweiswürdigung beruht. Eine unzulässige Beweisantizipation liegt vor, wenn der von einer Partei angebotene Beweis nicht erhoben wird, weil das Gericht dem unter Beweis gestellten Vorbringen wegen seiner bereits gewonnenen Überzeugung kein Gewicht mehr beimisst.[597]

c) Unerreichbarkeit

An die Annahme der Unerreichbarkeit eines Zeugen sind strenge Anforderungen zu stellen. Die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Unerreichbarkeit eines Zeugen ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Gericht unter Beachtung seiner Aufklärungspflicht alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen zur Beibringung des Zeugen vergeblich entfaltet hat und keine begründete Aussicht besteht, das Beweismittel in absehbarer Zeit beizubringen.[598] Die fehlende Bereitschaft eines Zeugen, in Deutschland auszusagen, führt für sich allein nicht dazu, dass dieses Beweismittel unerreichbar wäre. Steht fest, dass ein im Ausland lebender Zeuge vor dem Prozessgericht nicht erscheinen wird, so darf er trotz der Möglichkeit der Vernehmung durch den Rechtshilferichter gemäß § 363 ZPO nur dann als unerreichbar angesehen werden, wenn nur seine Vernehmung vor dem erkennenden Gericht zur Wahrheitsfindung beizutragen vermag; ob dies der Fall ist, hat das Tatgericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Die für die Ausübung des Ermessens maßgebenden Erwägungen müssen schlüssig ergeben, weshalb die Vernehmung vor einem ersuchten Richter zur Sachaufklärung ungeeignet und daher ohne jeden Beweiswert ist.[599] Dabei sind die Qualität des angebotenen Beweismittels und die Bedeutung des Beweisthemas zu berücksichtigen.[600] Eine Vernehmung im Wege der Rechtshilfe muss nicht notwendig ohne

580 BGH, Urteil vom 17. Januar 2008 – III ZR 239/06, Rn. 22.

581 BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2020 – VI ZR 577/19, Rn. 11; Beschluss vom 12. Mai 2021 – XII ZR 152/19, Rn. 14; Beschluss vom 2. November 2021 – IX ZR 39/20, Rn. 6.

582 BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2020 – VI ZR 577/19, Rn. 11.

583 BGH, Urteil vom 20. September 2023 – VIII ZR 432/21, Rn. 52.

584 BGH, Beschluss vom 12. Mai 2021 – XII ZR 152/19, Rn. 14 [Verneint für die Vernehmung von Nachbarn zum zeitlichen Umfang von Arbeitsleistungen der Partei].

585 BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2020 – III ZR 44/20, Rn. 15.

586 BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2020 – III ZR 44/20, Rn. 15 [Vortrag: Der Zeuge habe ein Telefonat mitgehört und könne etwas dazu bekunden, dass der Telefonierende als Vertreter aufgetreten sei.]

587 BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2020 – VI ZR 577/19, Rn. 12.

588 BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2020 – VI ZR 577/19, Rn. 13 [Haupttatsache: Spucken und Indiztatsache: Reaktion der Umstehenden].

589 BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2020 – III ZR 44/20, Rn. 19.

590 BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2020 – III ZR 44/20, Rn. 19.

591 BGH, Urteil vom 16. Mai 2019 – III ZR 176/18, Rn. 24.

592 BGH, Urteil vom 20. März 2007 – VI ZR 254/05, Rn. 21.

593 BGH, Urteil vom 20. März 2007 – VI ZR 254/05, Rn. 21.

594 BGH, Urteil vom 20. März 2007 – VI ZR 254/05, Rn. 21.

595 BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021 – VI ZR 1206/20, Rn. 12 u. 14.

596 BGH, Beschluss vom 28. März 2023 – VI ZR 29/21, Rn. 11.

597 BGH, Beschluss vom 11. Mai 2021 – VI ZR 1206/20, Rn. 18.

598 BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2023 – III ZR 21/23, Rn. 14.

599 BGH, Beschluss vom 22. Juli 2021 – I ZR 180/20, Rn. 23; Beschluss vom 21. Dezember 2023 – III ZR 21/23, Rn. 15.

600 BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2023 – III ZR 21/23, Rn. 17.

jeden Beweiswert bleiben, und die Würdigung des Beweisergebnisses darf nicht vorweggenommen werden.[601] Selbst wenn das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass ein persönlicher Eindruck unverzichtbar ist, hätte es zu erwägen, ob es den im Ausland lebenden Zeugen gemäß § 128a Abs. 2 und § 284 Satz 2 ZPO im Wege der Bild- und Tonübertragung vernehmen will.[602] Eine Vernehmung des Zeugen in dieser Weise kommt bei Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (BGBl. 1980 II S. 1290) in Betracht. In Art. 9 Abs. 2 dieses Übereinkommens ist ein Antrag des ersuchenden Gerichtes, nach einer besonderen Form zu verfahren, vorgesehen, dem grundsätzlich entsprochen werden soll. Damit kann auch eine Verhandlung oder Vernehmung im Wege der Videokonferenztechnik gemeint sein.[603]

Äußert der im Ausland lebende Zeuge, generell nicht an einer Sachaufklärung mitwirken zu wollen, führt auch dieser Umstand für sich genommen nicht zur Unerreichbarkeit des Zeugen.[604] Zum einen kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Zeuge einer Aufforderung der ersuchten Behörde, an einer Beweisaufnahme mitzuwirken, nachkommen wird. Zum anderen kann die ersuchte Behörde bei der Erledigung des Rechtshilfeersuchens geeignete Zwangsmaßnahmen in den Fällen und dem Umfang anwenden, wie sie das Recht des ersuchten Staates für die Erledigung eines Ersuchens inländischer Behörden oder eines zum gleichen Zweck gestellten Antrags einer beteiligten Partei vorsieht (Art. 10 HBÜ).[605]

d) Gegenbeweis

Die Überzeugung, eine bestrittene Tatsache sei bereits bewiesen, erlaubt es dem Gericht nicht, von der Erhebung weiterer zulässiger, für das Gegenteil angebotener Beweise abzusehen.[606] Geschieht dies trotzdem, liegt darin eine unzulässige Vorwegnahme einer Beweiswürdigung, die gegen § 286 ZPO, Art. 103 Abs. 1 GG verstößt.[607]

601 BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2023 – III ZR 21/23, Rn. 18.
602 BGH, Beschluss vom 22. Juli 2021 – I ZR 180/20, Rn. 23; Beschluss vom 21. Dezember 2023 – III ZR 21/23, Rn. 15.
603 BGH, Beschluss vom 22. Juli 2021 – I ZR 180/20, Rn. 23; Beschluss vom 21. Dezember 2023 – III ZR 21/23, Rn. 19 [mit näheren Darlegungen zum Vorgehen.].
604 BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2023 – III ZR 21/23, Rn. 20.
605 BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2023 – III ZR 21/23, Rn. 21.
606 BGH, Beschluss vom 17. September 2020 – V ZR 305/19, Rn. 18.
607 BGH, Beschluss vom 17. September 2020 – V ZR 305/19, Rn. 18.

Kriegsdienstverweigerung in der Bundesrepublik Deutschland*

Hans-Ernst Böttcher

Foto: Hans-Mayer-Gesellschaft

Unsere Tagung handelt von Krieg und Frieden und will ganz besonders den Pazifismus in den Blick nehmen. Da liegt es nahe, einmal wieder über das Recht zur Kriegsdienstverweigerung nachzudenken und sich an die Praxis seiner Ausübung zu erinnern; genauer: der Bedeutung sowohl des Rechts als auch der Praxis der Kriegsdienstverweigerung in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland und den Auswirkungen auf deren Gesellschaft nachzugehen und zu überlegen, welche Folgerungen sich daraus allgemein und für gegenwärtige und zukünftige Gesellschaften ziehen lassen und damit auch für Konflikte.

Kommen wir zur Gegenwart:

In Zusammenhang mit dem Überfall Russlands unter Putin auf die Ukraine und dem bis heute andauernden Krieg ist, insbesondere bezogen auf die männliche Bevölkerung, vom Recht auf Kriegsdienstverweigerung (KDV[1]) wenig oder gar nicht die Rede.[2]

Szenenwechsel I.:

In Deutschland scheint das Thema „KDV" tot. Die ganz überwiegende Mehrzahl der Bevölkerung und auch der jungen Männer nehmen wohl an, dass sich mit der Aussetzung der Wehrpflicht das Thema erledigt habe. Oder?

Szenenwechsel II.:

In Israel hatten die „Dissenter" gegenüber der Politik Netanjahus vor den am 7. Oktober 2023 von der Hamas auf israelischem Boden begangenen Verbrechen und dem zugleich begonnenen Krieg zu Hunderten und Tausenden ihre Pflichten als Reservist*innen in Frage gestellt und Einberufungen verweigert[3].

Wir können also feststellen: Die Befunde gehen von „Das Thema ist – aus sehr verschiedenen Gründen – nicht aktuell", „nicht gefragt" über „Kann unerwartet aktuell werden" bis „Kommt jedenfalls im Kriege nicht in Betracht". Auf jeden Falle können wir aber feststellen, dass sich die *alte Frage* wieder stellt: „Geht das?" – wie etwa in der politischen Linken z.B. zum Spanischen Bürgerkrieg, zu Befreiungsbewegungen, zur Revolution generell und in speziellen Lagen.

* Schriftliche, geringfügig ergänzte und aktualisierte Fassung meines unter dem Titel *Glanz und Elend der Kriegsdienstverweigerung in der Bundesrepublik Deutschland* gehaltenen Vortrages auf der interdisziplinären ver.di-Tagung am 11. November 2023 in Lübeck „Krieg – Frieden – Pazifismus". Den damaligen Titel hatte ich in Anlehnung an „Glanz und Elend des Militärs" (frz.: *„Servitude et grandeur militaires"*) von Alfred de Vigny (1797 – 1863) gewählt. Die Dokumentation der Tagung insgesamt, wiederum im Ossietzky Verlag/Dähre, in der dieser Beitrag enthalten sein wird, ist im Erscheinen.
Bei der Tagung bin ich kurzfristig für die polnische Kollegin Grazyna Szewczuk eingesprungen, die an der Reise nach Lübeck verhindert war. Die hieraus sich ergebende Unvollständigkeit oder Vorläufigkeit mancher meiner Feststellungen habe ich auch für diese schriftliche Fassung nur teilweise nachbessern können, wofür ich um Nachsicht bitte.

1 Ich werde im Folgenden diesen in der Bundesrepublik geläufigen Begriff als Abkürzung benutzen.

2 Dabei könnte es sehr virulent werden: nicht nur jeweils im Lande der Kriegsparteien, sondern auch hier, z.B. bei der Frage der Anerkennung von männlichen *wehrpflichtigen* Flüchtlingen.

3 Mit dem Beginn des Verteidigungskrieges sind diese Stimmen weniger zu hören, sind aber nie verstummt und mit jedem Tag Dauer des in den Auswirkungen für die Zivilbevölkerung verheerenden Feldzuges in Gaza einerseits und der Fortdauer der *Gefangenschaft* für die Mehrzahl der am 7. 10. 2023 genommenen Geiseln und der Unsicherheit über ihr Leben andererseits ist mit dem verstärkten Aufflammen der Proteste auch in Richtung KDV zu rechnen. (Niederschrift am 14. 2. 2014, HEBö)

Meine Antwort: Ja, es geht; es muss gehen! Und es bewirkt Gutes.

Einen Beleg für meine These will ich, wie angekündigt, anhand der Geschichte des Rechts und der Praxis der KDV in der „alten" Bundesrepublik Deutschland bringen. Und das, obwohl diese – meines Wissens bisher ungeschriebene – Geschichte[4] nur auf der einen Seite eine Erfolgsgeschichte, ein Schmuckstück für eine plurale demokratische Zivilgesellschaft ist (dazu unter II.), auf der anderen die Geschichte des elenden bürokratischen Strapazierens eines Grundrechts (Art. 4 Abs. 3 GG: „Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden.") und damit in vielen Fällen ein Hohn auf die Gewissensentscheidung des Einzelnen. Mit dieser – dunkleren – Seite werde ich unten beginnen (I.)

Der Klarstellung halber sei zuvor noch kurz gesagt:

– Ich kann und werde – in der Kürze der Zeit und bei der Tiefe der Problematik – nicht auch noch die Geschichte der Kriegsdienstverweigerung und insbesondere der „Bausoldaten" der DDR[5] einbeziehen können.
– Ich werde also über die Geschichte des Rechts und der Realität der Kriegsdienstverweigerung in der „alten Bundesrepublik", der „Bonner Republik" sprechen und ihre gesellschaftliche Bedeutung bewerten; was den zeitlichen Rahmen angeht, genauer gesagt: „bis Guttenberg", bis 2011. Interessanterweise zur Amtszeit des CSU-Verteidigungsministers von und zu Guttenberg wurde bekanntlich die Wehrpflicht *ausgesetzt.*[6]
  Begonnen hatte diese Geschichte mit dem vermeintlichen Widerspruch[7], dass in einer Zeit des „Nie wieder!"[8], in einer Zeit, in der eine neue deutsche Armee für die meisten undenkbar erschien, eine Schutznorm – immerhin im Range eines Grundrechts – für diejenigen eingefügt wurde, denen ihr Gewissen verbot, Kriegsdienst mit der Waffe zu leisten. Eine späte *hommage* an diejenigen, die gegen ihr Gewissen als Wehrpflichtige hatten für Hitler in den Krieg ziehen müssen, bis hin zu den Männern aus dem politischen Widerstand, die in *Bewährungs-* (in Wahrheit: Straf-, wenn nicht Todes-) *Bataillone* gezwungen worden waren. Eine *hommage* auch an die „Zeugen Jehovas" und andere *Totalverweigerer,* die bis 1945 bis ins Konzentrationslager und in den Tod für ihren Glauben einstanden.
– Nicht verschweigen will ich, dass für alles, was ich gleich berichten werde, meine eigene Lebensgeschichte eine Rolle spielt. Ich bin – aus späterer und heutiger Sicht etwas naiv – in der festen Überzeugung aufgewachsen, die Verteidigungsarmee der Bundesrepublik, die Bundeswehr, sei eine notwendige und gute Sache und die Ableistung des Wehrdienstes geradezu selbstverständlich. Das schloss nicht aus, dass ich auch Menschen kannte und Freunde hatte, die den Kriegsdienst verweigerten und Zivildienst leisteten. Aber ich war überzeugt von der Vorstellung des „Staatsbürgers in Uniform" und war der Meinung, die Bundeswehr mit dem Leitbild der „Inneren Führung" grenze sich entschieden von der ehemaligen Wehrmacht ab. Zwei Jahre Bundeswehr von 1964 bis 1966, die ich denn auch noch als Freiwilliger absolvierte und das letzte Vierteljahr über mit dem bescheidenen Offiziersrang eines Leutnants der Reserve abschloss, belehrten mich aber eines besseren: Der Geist der Wehrmacht war höchst lebendig. Und ich merkte mehr und mehr, wenn ich mit meinen Freunden oder anderen diskutierte und für die Bundeswehr und den aktiven Wehrdienst das Wort führte, dass ich gegen mich selbst argumentierte. Das führte dann schließlich dazu, dass ich 1968 den Kriegsdienst verweigerte und schnell anerkannt wurde. Mir war klar geworden: Ich wollte nicht mehr auf Befehl töten müssen oder mich töten lassen. Ein kleines Erlebnis – noch während der Bundeswehrzeit – mag zu meinem Nachdenken und schließlich zu meinem Sinneswandel beigetragen haben: Im November 1964, im zeitlichen Umfeld des Volkstrauertages, „durfte" ich in meiner Garnisonstadt Rendsburg in Uniform mit der Sammelbüchse des Volksbundes Deutsche Kriegsgräberfürsorge um Spenden werben. Eine ältere Frau, die mein Mitsammler und ich ansprachen, meinte: „Ihr sammelt wohl schon für das nächste Mal!?" Später, in meiner juristischen Referendarzeit, lernte ich dann in der Anwaltsstation bei meinem Ausbilder[9] Heinrich Hannover in Bremen viel sowohl über die rechtliche als auch über die politische, dabei vor allem auch über die praktische Seite der KDV hinzu und konnte die Kenntnisse in der rechtlichen und persönlichen Betreuung der Kriegsdienstverweigerer praktisch erproben.

I.

Die Niederungen – oder: Wie man den Kriegsdienstverweigerern das Leben schwer machte

Ein fragwürdiges Ausnahme-Regel-Verhältnis

Die innere Widersprüchlichkeit des Rechts und der Realität der Kriegsdienstverweigerung, für sich genommen und in ihrem Verhältnis zu Wehrpflicht, begannen schon damit (und bestehen heue noch darin!): Einen Nachweis darüber erbringen, dass er es nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann, Kriegs- und zuvor einen hierauf gerichteten Wehrdienst zu leisten, muss derjenige, der den Kriegsdienst verweigern will; nicht muss derjenige, der den Wehr- und Kriegsdienst zu leisten sich vor seinem Gewissen im Stande fühlt, konkreter: sich in der Lage sieht und hierzu bereit ist, auf Befehl zu töten und sich töten zu lassen, hierfür eine wie immer geartete Prüfungsleistung erbringen. Schon vom Juristischen her habe ich Zweifel, ob man diese Verpflichtung des *Verweigerers* ohne Probleme aus dem Wortlaut des Art. 4 III GG als Ausnahmevorschrift herleiten kann, selbst nachdem es dann mit Art. 12a Abs. I GG eine Grundlage für die allgemeine Wehrpflicht der Männer gab. Aber das Problem liegt ohnehin tiefer. Konstruiert man nämlich ohne Weiteres dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis, offenbart sich dahinter das überkommene Denkbild[10], dass „der Staat" von vornherein das Recht habe, (auch) zu diesem Punkt in das Leben „seiner" Bürger hineinregieren zu dürfen. Die Konstruktion des Grundgesetzes zum Verhältnis Bürger/Staat ist aber eine entgegengesetzte: Die Maßnahmen und Rechte des Staates (auch in Gesetzesform) haben sich an den Grundrechten der Individuen messen zu lassen, nicht umgekehrt.

4 s. „Glanz und Elend" in meinem ursprünglichen Titel

5 Die DDR hatte, nach anfänglichem Zögern, für die - zumeist christlich motivierten – Kriegsdienstverweigerer die Möglichkeit eröffnet, den Wehrdienst in sog. Baueinheiten zu leisten.

6 Nur darum handelte und handelt es sich. Die Wehrpflicht *besteht* nach wie vor. Und – was für unser Thema wichtig ist: Selbstverständlich besteht das Recht auf KDV fort. Und um es gleich hier schon einmal klar zu sagen: Es besteht auch für Soldaten im Einsatz; das heißt heute: für Soldaten und *Soldatinnen.*

7 Warum *vermeintlich?* Hinter den Kulissen wurde schon über einen zukünftigen „deutschen Wehrbeitrag" nachgedacht, wenn nicht verhandelt.

8 gemeint: Hitler-Faschismus und Militarismus

9 und später bis zu seinem Tod 2023 langjährigen guten Freund

10 Zu einer Lehre von der – vorurteilslosen, unvoreingenommenen, offenen – Erhebung wissenschaftlicher Tatsachen sind m.E. von unschätzbarem Wert: Ludwik Fleck, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv. Ursprünglich Basel (Benno Schwabe & Co.) 1935; jetzt Frankfurt am Main (Suhrkamp) 1980, und weitere in dem Sammelband von Ludwik Fleck, Denkstile und Tatsachen, Berlin (Suhrkamp) 2011, enthaltene Arbeiten

Das Elend des Verfahrens

Elend war auch das *Verfahren*, ehe man als Kriegsdienstverweigerer anerkannt wurde, jedenfalls bis 1983/1985[11]: Entschieden wurde nach mündlicher Verhandlung. Wer den Kriegsdienst verweigern wollte, musste mit dem Antrag hierfür eine schriftliche Begründung einreichen, die den *Prüfungsausschuss* überzeugen musste. Dieser war beim Kreiswehrersatzamt eingerichtet und bestand aus einem vom Bundesministerium der Verteidigung bestellten Beamten als Vorsitzendem und zwei aus dem Kommunalparlament delegierten Beisitzern[12]. Gelang es nicht, das Gremium von der Ernsthaftigkeit der Gewissensentscheidung zu überzeugen[13], gab es gegen den ablehnenden Bescheid die Möglichkeit des *Widerspruchs*, über den eine *Prüfungskommission* entschied, die in gleicher Weise zusammengesetzt war. Misslang die Anerkennung auch hier, gab es den Klageweg zum Verwaltungsgericht. Gegen negative Entscheidungen des Verwaltungsgerichts war nicht das Rechtsmittel der Berufung zum Oberverwaltungsgericht gegeben, sondern es gab lediglich die Revision zum Bundesverwaltungsgericht, die nur in seltenen und grundsätzlichen Fällen überhaupt zulässig war, insbesondere nachdem die Pflöcke in rechtlicher Hinsicht einmal eingeschlagen waren.

Der Ehrlichkeit und Vollständigkeit halber sei gesagt: Der Rechtsweg zu den *Gerichten* ist nach wie vor in dieser Weise eingeschränkt im Verhältnis zu der allgemeinen Normierung im Verwaltungsprozessrecht. D.h. die Zwischeninstanz der Oberverwaltungsgerichte ist vollständig ausgeklammert.

Die Wende mit der Gesetzesänderung von 1983 und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1985

Entscheidend verändert ist seit langem das eigentliche *Anerkennungsverfahren.* Ab 1983 genügt in aller Regel allein schon eine ähnliche wie die oben schon beschriebene persönliche Darlegung der Gründe, die einen Wehrpflichtigen zur Verweigerung des Kriegsdienstes bewegen, weil dieser gegen sein Gewissen wäre. Daraufhin ergeht, ohne mündliche Verhandlung, in aller Regel der Anerkennungsbescheid. Die mündliche Verhandlung findet als Ausnahme statt, wenn nämlich nach der eigenen Darstellung des Antragstellers Zweifel verbleiben. Das Datum 1985 wähle ich (neben 1983 als dem Jahr des Inkrafttretens der Neuerung) zusätzlich, weil nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24. 4. 1985[14] das KDV-Gesetz, wie eben insgesamt beschrieben, für die Folgejahre endgültig gefasst wurde. Ein – nur noch einstufiges – Widerspruchsverfahren ist die Ausnahme, gewissermaßen das Pendant zur Anerkennung auf den bloßen plausibel und überzeugend begründeten Antrag hin als Regel.[15] Und der nach wie vor relativ eingeschränkte Rechtsweg zu den Gerichten hat nun, bei dem ohnehin wesentlich erleichterten Zugang zur Anerkennung, nicht mehr die damalige negative Bedeutung. In der Verfassungsgerichtsentscheidung, die im Wortlaut nachzulesen sich lohnt, ist[16] die gesamte Vorgeschichte zu Art. 4 III GG seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und insbesondere seit seiner praktischen Virulenz mit der Wiedereinführung einer Armee und der Wehrpflicht dargestellt. Hierzu gehört auch die Geschichte des Versuchs eines Abbaus der abschreckenden Schranken für die KDV zu Zeiten der sozialliberalen Regierung (sog. „Postkartenlösung" = kurze Mitteilung an das Kreiswehrersatzamt genügt); das Gesetz hierzu war jedoch nur von kurzer Dauer der Wirksamkeit, weil auf Antrag der Opposition das BVerfG dieses für verfassungswidrig erklärte.[17] Es verblieb jedoch auch nach der Entscheidung von 1985 dabei, dass der zivile Ersatzdienst der Kriegsdienstverweigerer länger dauerte als der Wehrdienst - hier hatte sich das BVerfG durch falsche Zahlen in die Irre führen lassen: Es war der Darstellung der Bundeswehr aufgesessen, die Wehrpflichtigen würden *tatsächlich* in aller Regel in den Jahren nach dem eigentlichen Wehrdienst noch in einem ins Gewicht fallenden Umfang *Wehrübungen* leisten.[18]

Ein hinter der Definition des Gewissens stehendes Menschenbild (?)

Ich hatte oben schon die Schwierigkeit der Überprüfung der Glaubhaftigkeit einer Gewissensentscheidung und damit im Kern: der von einem Menschen in seinem *Inneren* getroffenen Entscheidung an Hand *äußerer* Kriterien angesprochen. Zu diesem Dilemma kam noch hinzu: Unausgesprochen gingen die Ausschüsse und Kommissionen und, ihnen folgend, die Gerichte von einer Vorstellung von *Gewissen* und einer darauf beruhenden Entscheidung gegen den Kriegsdienst aus, wie man sie sich – ich übertreibe – vielleicht bei einem Theologiestudenten im 5. Semester vorstellen kann: Das Gewissen als ein christlich verstandenes *forum internum* (übersetzt aus dem Lateinischen etwa: *ein inneres Gericht, eine innere Instanz, ein innerer Kompass)*, das mir die Grenzen zwischen Gut und Böse klar und verbindlich aufzeigt.

Entsprechend war denn auch die Vorstellung vom Typus oder auch: äußeren Habitus eines solchen, von seinem Gewissen gequälten Menschen: Am besten im schwarzen Anzug mit gleichfarbener Krawatte.[19] Wer erheblich weniger „seriös" auftrat, hatte von vornherein schon schlechtere Karten.[20] In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen: Menschen mit bestimmten Berufen hatten es von vornherein schwer. Mir ist aus Heinrich Hannovers Erfahrungsschatz der Fall eines *Schlachters* in Erinnerung, bei dem die Kommission von vornherein Tendenz hatte, ihm nicht abzunehmen, dass er zum *Töten* lebender Wesen nicht imstande sei.

Nota bene: Die Absurdität, den von mir zur Veranschaulichung bemühten Theologiestudenten im 5. Semester als Maßstab im Hinterkopf zu haben, zeigt sich überdies auch darin, dass angehende Geistliche beider christlicher Konfessionen ohnehin schon nach dem Gesetz keinen Wehrdienst zu leisten brauch(t)en.

Berlin als Ausweg

Festzuhalten ist an dieser Stelle noch: Auch für die Nicht-Theologen gab es einen Ausweg aus der allgemeinen Wehrpflicht: den Umzug nach Berlin. Im Westteil der rechtlich nach wie vor durch die vier Alliierten gemeinsam beherrschten Stadt[21] gab es keine Wehrpflicht. Nur am Rande: Der Vier-

11 1985 brachte, nach der vorherigen Gesetzesänderung 1983, eine bis auf Weiteres vollständige Klärung spätestens nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 24. 4. 1985 (Entscheidungen des BVerfG Bd. 69, S. 1 ff; übliche Zitierweise: BVerfGE 69, 1); zu allem näher sogleich unten

12 ähnlich den Schöffen und anderen ehrenamtlichen Beisitzern in gerichtlichen Verfahren

13 juristisch: gelang die *Glaubhaftmachung* nicht

14 s. schon oben Fn 12: Urteil des BVerfG v. 24. 4. 1985 – 2 BvF 2, 3 und 4/83 und 2/84 -

15 Hiermit eile ich schon voraus. Der Sache nach gehört das in Teil II.

16 wie häufig bei wichtigen Entscheidungen des Gerichts

17 BVerfGE 48, 127; Urteil v. 13. 4. 1978 – 2 BvF 1, 2, 4, 5/77

18 s. BVerfGE 78, 364, Beschluss v. 21. 6. 1988 – 2 BvL 6/86 – , unter Hinweis auf BVerfGE 69, 1

19 So trug es, etwa bis „'68" der beschriebene Theologiestudent, jedenfalls bei wichtigen Anlässen.

20 um nicht schon hier das naheliegende Wort von einem Klassendenken zu gebrauchen (und, was die gerichtliche Ebene angeht, der Klassenjustiz)

21 auch wenn es dem äußeren Anschein nach ganz anders aussah, hier: betreffend den Westteil; zu Ostberlin s. sogleich oben im Text

Mächte-Status hielt die DDR nicht davon ab, zum einen den Ostteil der Stadt als ihre Hauptstadt zu betrachten und (hier von Interesse) vor allem: die dortige Wehrpflicht auch für Berlin-Ost gelten zu lassen und starke Kräfte der NVA gerade dort vorzuhalten – aber das ist, wie schon angemerkt, eine andere Geschichte, so wie die der Bausoldaten der NVA…

Es wird auch einige Kriegsdienstverweigerer gegeben haben, die einen Ausweg nur in einer Auswanderung in ein Land gesehen haben, das die Wehrpflicht nicht kennt. Auch dies zu untersuchen wäre interessant – eine der vielen weiteren, nie beschriebenen Facetten unserer Geschichte der KDV…

In die Irre führende schlechte Beratung

Zum *Elend*, zu den *Mühen der Ebene* (Brecht) der KDV gehörte leider auch, dass z.T. durch (rechtlich und politisch) schlecht informierte Berater die Kriegsdienstverweigerer schon bei der Abfassung ihres Antrages und dann vor allem im Ausschuss und in der Kommission von vornherein auf der Verliererstraße waren. Egal, wie man (auch z.B. im Sinne der in den vorangehenden Passagen geübten Kritik) zu *diesem* Verfahren mit diesen rechtlichen *Voraussetzungen* stand: Anerkannt werden konnte man nur, wenn man berücksichtigte: In einem *Rechtsstaat* kann einem ein staatliches Gremium oder ein Gericht aus einer bestimmten Vorschrift nur etwas zusprechen, wenn die *Tatbestandsvoraussetzungen* dieser Norm erfüllt sind. Es führte also für den einzelnen Antragsteller nichts daran vorbei, zur Überzeugung der Gremien und ggf. des Gerichts glaubhaft zu machen, dass der Kriegs- (und Wehr-) Dienst gegen das Gewissen verstoßen würde und daher mit diesem nicht vereinbar und deshalb dem Antragsteller nicht zumutbar sei. Wer daran vorbei argumentierte, war von vornherein zum Scheitern verurteilt. Entsprechend gehörte es auch zur ernsthaften Verfolgung des Weges zur Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer dazu, bei Ablehnung durch Ausschuss und Kommission den Rechtsweg zum Verwaltungsgericht und, wenn es sein musste, zum Bundesverwaltungsgericht und – mit der Verfassungsbeschwerde – zum Bundesverfassungsgericht zu nehmen. Schlechte Berater rieten leider in manchen, an sich aussichtsreichen Fällen davon ab.

So sehr ich nun hier also die schlechten Berater auf allen in Betracht kommenden Ebenen kritisiere: Nicht nur sie gehörten zum *Elend* der KDV; auch der Umstand, dass der Erfolg in einem derart starken Maße auch von der Auswahl der richtigen (nämlich auch und vor allem: rechtskundigen) Berater[22] abhing, gehört dazu. Und dahinter steckte ja, jenseits der individuellen oder darüber hinaus gehenden Schwächen einzelner Berater oder der dahinterstehenden politischen, weltanschaulichen oder sonstigen Organisationen das Problem, dass andere – häufig ebenso plausible und seriöse – Interpretationen des Begriffs *Gewissen* (samt dahinter stehender persönlicher Wertvorstellungen und Weltbildern) nicht für tragfähig letzten Endes im Sinne einer Anerkennung gehalten wurden.

Auch die Verwaltungsgerichte verdienen Kritik

Zur Misere der KDV gehörte auch, dass *die Verwaltungsgerichte mitspielten*. Zwar wäre es illusorisch anzunehmen, dass sie sich den Verfahren hätten verweigern können. Das wäre ein Verstoß gerade gegen ihre Aufgabe gewesen. Aber sie hätten in ihrer Gesamtheit

– etwa in dem eingangs in diesem Teil I. angedeuteten Sinne die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast zu Gunsten der Antragsteller als geringer und zu Lasten des Staates entsprechend als schärfer ansehen können, wenn nicht müssen.
– Konkreter: Sie hätten in jedem Einzelfall nicht, wie es jedoch die ganz vorherrschende Praxis war, im Kriegsdienstverweigerer erst einmal den „Drückeberger" sehen dürfen, der sich einer evidenten Pflicht entziehen wolle, sondern: jemand, der nicht mehr und nicht weniger begehrt als die Wahrnehmung eines Grundrechts.[23]
  So aber muss ich den Verwaltungsgerichten in der historischen Rückschau vorwerfen, dass sich dort vielfach die entwürdigenden Frage- und Antwortspiele aus den Verwaltungsinstanzen wiederholten[24] und dass die Ergebnisse vielfach nur aus einer „Kultur des Misstrauens" zu verstehen waren.
  Natürlich war es, wie immer bei der Justiz, von Gericht zu Gericht und gelegentlich auch noch innerhalb ein und desselben Gerichts von Kammer zu Kammer unterschiedlich. Auch mag dabei die Generationenfrage eine Rolle gespielt haben, die zu Änderungen auf der „Landkarte" führen konnte. Als Extreme einer unterschiedlichen Anerkennungskultur seien aus den späten 70er und frühen 80er Jahren auf der einen Seite das Verwaltungsgericht Minden mit extrem niedriger Anerkennungsquote und auf der anderen Seite das Verwaltungsgericht Bremen mit einer relativ hohen Quote genannt.

Nur am Rande: Indem die Verwaltungsgerichte – von Gericht zu Gericht und dort manchmal auch von Kammer zu Kammer verschieden oder sogar: je nach Besetzung/Berichterstatter*in, also mehr oder weniger, aber in ihrer Gesamtheit doch „die Verwaltungsgerichtsbarkeit" – in der beschriebenen und kritisierten Weise am nicht nur prozessual und inhaltlich fragwürdigen, sondern auch in vielen Fällen unangemessen langwierigen Umgang mit dem Recht der KDV mitwirkten, trugen sie zu ihrer notorischen, von ihnen selbst beklagten Überlastung, zu langen Verfahrensdauern und damit zu der Misere für jeden einzelnen Kriegsdienstverweigerer selbst bei…

Anerkennung oder nicht? – Häufig ein Lotteriespiel

Die Verwaltungsgerichte bauten, wie oben schon geschildert, auf der Arbeit der Prüfungsausschüsse und -kommissionen auf. Bei diesen nun spielten die Laienbeisitzer eine ambivalente Rolle: An sich war es hier, wie grundsätzlich bei Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen, nur zu begrüßen, dass Repräsentanten des *Volkes* mitwirkten. Stellt man aber das gesellschaftliche Klima der 50er Jahre des 20. Jahrhunderts gewiss bis in die 70er, wenn nicht länger, in Rechnung, so war die Wahrscheinlichkeit, *KDV-geneigte* Beisitzer anzutreffen, eher gering. M.a.W.: Man konnte „Glück haben", aber man konnte andererseits und mit höherer Wahrscheinlichkeit auf Beisitzer stoßen, die wenig geneigt waren, „im Zweifel für den Antragsteller" zu stimmen. Die so beschriebene *Lotterie* war noch dadurch verstärkt, dass es vom Zufall der Auslosung dieses oder jenes Beisitzers von dieser oder jener Partei für eine bestimmte Sitzung abhing, welche *Anerkennungsgeneigtheit* von vornherein zu erwarten war. Ich habe das in Bremen auf Anwaltsseite erlebt.

22 die überdies nicht die rechtliche und die politische Ebene vermengten (was nicht ausschloss, an passender Stelle der *juristischen* Argumentation auf die *Zusammenhänge* hinzuweisen)

23 Es liegt nicht fern, eine Parallele zur Praxis der Verwaltungsgerichte gerade auch heute in ihrer Rechtsprechung zum Einwanderungs-, Aufenthalts- und Asylrecht zu ziehen.

24 vgl. karikierend das Lied des (Rechtsanwalts und) politischen Dichters und Sängers Franz Joseph Degenhardt „Befragung eines Kriegsdienstverweigerers"

Weiter: Hinzu kam ja die Stimme des Vorsitzenden. Und dieser – das war ein gravierender „Webfehler" des Verfahrens – war ein Beamter des Kreiswehrersatzamtes, kam also aus dem Hause des Bundesministeriums der Verteidigung. Auch wenn Ausnahmen die Regel bestätigten: Hier war in aller Regel schon einmal die erste Stimme gegen die Anerkennung wahrscheinlich. Ganz abgesehen davon, dass der Vorsitzende schon zuvor, im Verfahren und insbesondere bei der Anhörung des Antragstellers, „die Weichen stellen" und mehr oder weniger auf Widerstand gegen die Anerkennung gerichtete Informationen an die Beisitzer geben oder sie in sonstiger Weise negativ beeinflussen konnte.

Totalverweigerer

Dramatisch war die Situation für diejenigen, die nicht nur den Kriegs- und Wehrdienst im engeren Sinne verweigerten, sondern jeglichen staatlich organisierten Zwangsdienst in diesem Zusammenhang ablehnten. Das war klassisch so für die *Zeugen Jehovas*, die aus diesem Grunde auch den staatlich organisierten zivilen Ersatzdienst ablehnten. Ihnen bauten schließlich das Bundesverfassungsgericht und der Gesetzgeber eine goldene Brücke, indem sie ihnen selbst die Ableistung eines vergleichbaren Dienstes zu organisieren überließen.

Dies sahen jedoch andere *Totalverweigerer* eher als Kunstgriff an, wandten sich nach wie vor gegen ein – wie sie es sahen – den Krieg als Mittel der Politik akzeptierendes rechtliches und politisches System und lehnten jegliche Eingliederung in einen zivilen Dienst, wer auch immer ihn organisierte, ab. Sie nahmen hierfür strafrechtliche Verurteilungen und damit Haftstrafen in Kauf. Die Rechtsprechung der Strafgerichte schloss nicht aus, dass dies mehrfach erfolgte. Das wiederum warf – wie schon zuvor bei den Zeugen Jehovas und für diese in ihrem Sinne geklärt – die Frage auf, ob dies mit dem Doppelbestrafungsverbot (Art. 103 III GG[25]) vereinbar sei. Also: Wenn der schon einmal verurteilte Kriegsdienstverweigerer nach Verbüßung der Strafe seinen „Irrweg" (bei einer Neu-Einberufung) fortsetzte, war das dann dieselbe oder eine andere Tat? Das BVerfG legte sich hier nicht endgültig fest, so dass es bei der permanenten Androhung einer erneuten Strafverfolgung verblieb.[26]

Im Bundeswehr-Arrest – oder: Die Bedeutung des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens

In den letzten Absätzen habe ich von der Haft der *Totalverweigerer* **nach** erfolgter Verurteilung gesprochen. Das war aber, so gravierend es in jedem Einzelfall war, im „Alltagsbetrieb" der KDV und damit etwa eines Anwalts in KDV-Sachen oder eines anderen seriösen Beraters und Beistands[27] eher ein seltener auftauchendes Problem. Der Alltag war eher geprägt durch zur Bundeswehr eingezogene Kriegsdienstverweigerer, die zu spät vor der Einberufung oder erst nach dieser den Antrag gestellt hatten. Hierzu muss man wissen, dass – weil es sich im weitesten Sinne um eine so „staatsnahe" Angelegenheit wie die Frage „Kriegsdienst/Wehrdienst: ja oder nein im Einzelfall" handelte – anders als sonst in aller Regel[28] ein gegen den Einberufungsbescheid eingelegter Widerspruch und/oder ein Rechtsbehelf in der KDV-Angelegenheit keine aufschiebende Wirkung hatten. Also ging ein „widerspenstiger" Kriegsdienstverweigerer in der Kaserne in den Arrest. Ob und vor allem wann er herauskam, hing davon ab, dass ein Antrag im Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht Erfolg hatte und hierfür war wieder (außer der positiven Entscheidung des Gerichts in der Sache, versteht sich) von entscheidender Bedeutung, ob das Gericht der Eilbedürftigkeit entsprechend schnell einen Termin zur mündlichen Verhandlung ansetzte oder auch ohne eine solche schnell entschied. Jede/r wird sich vorstellen können, was das für die jungen, in aller Regel um die 20 Jahre alten Kriegsdienstverweigerer bedeutete.

Es gab glücklicherweise auch menschliche, vernünftige Vorgesetzte bei der Bundeswehr, die (sicher nicht ohne Rücksprache bei deren Rechtsberatern) sich sagten: Ich nehme die Inkaufnahme des Arrestes als Härtetest auf die Überzeugung des Soldaten wider Willen und erspare ihm die weitere Qual; ich erspare mir und den übrigen Soldaten der Einheit, insbesondere dem Wach- und Arrestpersonal, damit zugleich den Ärger und die dadurch in der Truppe entstehende Unruhe und wirke auf die Konsequenz hin, dass der Kriegsdienstverweigerer jedenfalls aus dem Arrest entlassen wird und erst einmal „nur" allgemeinen und vor allem: waffenlosen Dienst tut; besser noch: Es findet sich ein Weg, einen „Urlaub" oder eine sonstige generelle Freistellung sogar außerhalb der Kaserne zu erreichen.

Das war die Ausnahme. Die Regel ereignete sich zu Tausenden, für jede betroffene Person: eine Katastrophe.

Gegenmacht

Es gab natürlich auch, mit den Jahren wachsend, eine *Gegenmacht* von Seiten der Kriegsdienstverweigerer. Ich spreche von den Organisationen, bei denen sich die Kriegsdienstverweigerer Rat holen konnten und aus denen Beistände sie begleiteten. Das waren vor allem die *politischen Vereinigungen in Sachen KDV* und die *Kirchen*.

Die Kriegsdienstverweigerer-Verbände

Heutige (wieder) vereinigte politische Organisation der Kriegsdienstverweigerer (war schon damals und) ist die Deutsche Friedensgesellschaft/Vereinigte Kriegsdienstgegner (DFG/VK). Ihre Geschichte der Vereinigungen und Trennungen zu beschreiben, würde einen eigenen Vortrag erfordern. Hier ist nur wichtig: Beide Organisationen und dann der vereinigte Verband waren in der gesamten Zeit der – so will ich es hier einmal nennen – *gelebten* Kriegsdienstverweigerung nach Art. 4 III GG unentbehrlich und hatten eine große Bedeutung in der Beratung, Begleitung und politischen Orchestrierung.

Die daneben bestehende Internationale der Kriegsdienstverweiger (IDK) hat sich in ihrer Mehrheit 1968 bzw. 1974 zunächst der DFG und sodann auch den VK angeschlossen; sie tritt aber in Resten auch noch heute eigenständig auf oder versucht jedenfalls, einen solchen Eindruck zu vermitteln.

Kirchliche und übergreifende Organisationen, Anwälte: das gesamte gesellschaftliche Umfeld zur KDV

Kommen wir zunächst zu den Kirchen! Soweit ich es überblicke, waren die Aktivitäten der evangelischen Kirche(n) größer, jedenfalls wahrnehmbarer, als diejenigen der katholischen Kirche. Aber hier kann ich mich auch täuschen – ich hatte ja eingangs auch auf meinen lebensgeschichtlich bedingten *subjektiven* Faktor hingewiesen.

Auf evangelischer Seite ist die Evangelische Arbeitsgemeinschaft für Kriegsdienstverweigerung und Frieden zu nennen (s. www.eak-online.de). Ihr Geschäftsführer war lange Günter Knebel, der heute segensreich für die Opfer der NS-Militärjustiz tätig ist.

---

25 Dieser lautet: „Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrfach bestraft werden."

26 Zur Problematik Günter Werner, Doppelbestrafung für Totalverweigerer, in: Kritische Justiz (KJ) 1988, S. 104 ff

27 insbesondere aus den Kirchen, dazu noch sogleich

28 zu der freilich auch auf anderen Gebieten Ausnahmen existieren

Als übergreifende, im besten Sinne des Wortes (auch zwischen religiös und politisch motivierten/inspirierten Organisationen und Institutionen und ebenso den entsprechend motivierten einzelnen Kriegsdienstverweigerern) integrative Organisation halte ich für besonders erwähnenswert und verdienstvoll die *Zentralstelle für Recht und Schutz der Kriegsdienstverweigerer*. Der Name klingt nach viel. Die *Wirkung* war auch durchaus so. Von Größe und Vielzahl kann aber allenfalls insofern die Rede sein, als eine Menge evangelischer Institutionen dabei als Träger beteiligt waren.[29] *De facto* war der *Apparat* sehr bescheiden. Für mich stellte es sich so dar: Eigentlich war *die Zentralstelle* Pastor Finckh in Bremen, der lange ihr Vorsitzender war und sie neben seiner „ganz normalen" Tätigkeit als Gemeindepastor betrieb, mit wenigen hauptamtlichen Mitarbeitern, von denen ich hier den Geschäftsführer Peter Tobiassen nenne. Finckhs spätere Nachfolgerin als Vorsitzende war Barbara Kramer (Rechtsanwältin in Braunschweig), die über lange Jahre die Organisation und einzelne Kriegsdienstverweigerer, darunter viele *Totalverweigerer,* beraten und begleitet hat.

Pastor Finckh betrieb in Bremen daneben praktischerweise auch einen Verein[30], der für anerkannte Kriegsdienstverweigerer, Zivildienstleistende also, die ihren Dienst nicht bei einem der großen Träger leisteten (Kirchen und diesen nahestehende oder von ihnen betriebene Organisationen, DRK, AWO etc.), als Träger für die Anstellung zur Verfügung stand[31].

Die *Zentralstelle* hatte freilich auch einen nicht unwichtigen Überbau, eine zusammen mit und „über" dem/der Vorsitzenden *gesellschaftlich und politisch agierende Ebene: Präsident* und damit politische Gallionsfigur war der großartige Bundesverfassungsrichter (!) Helmut Simon, der auch mehrfach Präsident des Deutschen Evangelischen Kirchentages[32] war. Simons Nachfolger*innen waren Renate Schmidt und Margot Käßmann.

Wie man lesen kann[33], hat sich die *Zentralstelle* – in der Sache, wie ich meine, bedauerlicherweise – 2011 mit Wirkung zum 31. 12. 2014 aufgelöst.

An dieser Stelle könnte man mit Recht fragen: „Sind wir – sehen wir von der zuletzt beschriebenen Auflösung der Zentralstelle ab – nicht schon wieder bei den *positiven Seiten* (des Rechts, der Geschichte und der Realität) der Kriegsdienstverweigerung in der Bundesrepublik Deutschland? Ja, gewiss! Aber trotzdem habe ich diesen Punkt noch mit in meinem ersten Teil gebracht. Denn: Gehört es nicht auch mit zur traurigen, zur bedenklichen Seite der Kriegsdienstverweigerung, wenn zur Gewährleistung ihrer Ausübung, immerhin eines Grundrechts, erst Organisationen geschaffen werden mussten, die zunächst und lange Zeit geradezu aus der Opposition zum staatlichen und gesellschaftlichen *Mainstream* verteidigen und kämpfen mussten? Dagegen mag man wieder einwenden, Organisationen von Betroffenen und die Durchsetzung von Rechten gegen „den Staat" seien doch in der gelebten Demokratie eine Selbstverständlichkeit, geradezu konstituierend für eine lebendige Zivilgesellschaft. Das ist richtig. Aber trotzdem: Die Rollen waren ungleich verteilt, alles andere als verfassungsgerecht.

Zum ganzen Komplex der Selbstorganisation der Kriegsdienstverweigerer und der sie unterstützenden Vereinigungen gehörten natürlich auch die *Anwälte*, die vielfach einen Bezug sei es zu den explizit politischen Organisationen der Kriegsdienstverweigerer, sei es zu den Kirchen hatten[34], häufig zu beiden.

Der lange Kampf gegen Schlechterstellung und versteckte Diskriminierung – oder: Beispiele für die mühsam erkämpfte Gleichstellung mit den Wehrdienstleistenden

Es hat lange gedauert, dass auch für die Zivildienstleistenden eine *Förderung der Spitzensportler* eingerichtet wurde, als es schon längst eine solche für Wehrpflichtige[35] gab. Die Sportler unter den Zivildienstleistenden haben es sich in Selbstorganisation regelrecht erkämpft, wie mir aus persönlichem Kontakt bekannt ist.

Ähnlich die Musiker: Die hochbegabten *Musiker* und angehenden Studenten der Musikhochschulen wurden als Wehrpflichtige schnell den Musikkorps der Bundeswehr zugeteilt und waren auch gern gesehen – wie ich mir auch hier habe sagen lassen – zur kulturellen Verschönerung von Casino-Abenden der Offiziere oder anderen internen oder öffentlichen Veranstaltungen mit PR-Charakter. Derartiges gab es lange für Zivildienstleistende nicht. Schließlich toppten diese aber ihre uniformierten Altersgenossen: Es gab ein Orchester der Zivildienstleistenden.[36]

II.

Die Kriegsdienstverweigerung und ihre Bedeutung für eine aufgeklärte und plurale Zivilgesellschaft

Wenn ich hier von der *Zivilgesellschaft* spreche, dann meine ich den Begriff nicht nur in dem heute gängigen Sinne einer Summe der Entfaltung der freien, nicht unbedingt organisierten Citoyens und Citoyennes auf Gebieten, die weder mit (insbesondere staatlicher) Macht noch mit Wirtschaft, Erwerb und Eigentum zu tun haben. Vielmehr (oder: indem ich diesen Aspekt hervorhebe): Ich betone dabei auch noch den Bestandteil *„zivil"* der in dem Wort steckt. War nämlich eindeutig die NS-Herrschaft, so war doch auch – was selbst vielen politisch und historisch Aufgeklärten weniger bewusst ist – schon (oder auch, wenn man so will: noch…) zuvor die Weimarer Republik in jeder Hinsicht *militärisch* konnotiert und wirkte dies in der Nachkriegszeit und der frühen Bundesrepublik nach[37], so hat schon die mit Grundrechtsrang eingeräumte Möglichkeit und hat dann aber vor allem die Realität = die massenhafte Ausübung der KDV – einen großen Beitrag zur *Zivilisierung* – im vielfachen Sinne des Wortes – der Bundesrepublik und ihrer Gesellschaft geleistet.

Pluralität

Wie bekannt und oben schon angedeutet[38], ist es vor allem in der Wissenschaft, aber nicht nur in dieser, für eine neue Erkenntnis wichtig, dass der Blick sich öffnet, dass er wei-

29 Natürlich mag dann aber doch die Vielzahl der vom Glauben her inspirierten Personen, die *in der Fläche* für den Gedanken der Kriegsdienstverweigerung einstanden, mit dazu beigetragen haben, dass für den Gedanken der Kriegsdienstverweigerung geworben wurde und dass die einzelnen Kriegsdienstverweigerer an Ort und Stelle wenn nicht sogar Berater, so doch auf jeden Fall *Wegweiser* zur Zentralstelle fanden.

30 den Sozialen Friedensdienst, SFD

31 Aus eigenem Erleben: Die Zivildienstleistenden der Kinderläden meiner beiden älteren Söhne in Bremen waren vom SFD angestellt.

32 Wo die KDV immer auch Thema war

33 Wikipedia sei Dank, Zugriff vom 10. 2. 2024

34 Heinrich Hannover, Rudolf Monnerjahn, Waldemar Klischies und Wilhelm Schwarmann in Bremen seien *pars pro toto* genannt; von Barbara Kramer war schon die Rede.

35 Wenn diese sich nicht ohnehin – wie heute ohnehin die Regel - entschlossen, den lukrativeren Weg als geförderter Zeit- oder Berufssoldat zu gehen

36 Zur Datierung kann ich bei beiden Gruppen leider nichts näheres sagen. Meine Informationen sind verlässlich, gehen aber nicht in die Details.

37 Ich erlaube mir hier den Hinweis auf die Wiederkehr des militärischen Denkens, wenn nicht des Bellizismus, in Politik und Gesellschaft, nach/seit dem Überfall Russlands auf die Ukraine im Februar 2022

38 s.o. S. 3 und insb. Fn 11

ter wird, dass sich andere Perspektiven bieten. Ein neuer, ein anderer Denkstil, eine andere Grundhaltung tritt (zusätzlich) auf, wird wahrnehmbar, wird wahrgenommen und gewinnt womöglich sogar (neben anderen) an Überzeugungs- und Durchsetzungskraft. Das gilt nicht nur für die *großen* neuen Erkenntnisse, wie etwa das Abgehen vom ptolemäischen und die Hinwendung zum kopernikanischen Weltbild, sondern, wie insbesondere Ludwik Fleck gezeigt hat, auch für die Ermöglichung neuer Erkenntnisse und daraus sich ergebend: hieraus resultierende Fortschritte in der Folge – im vermeintlich Kleinen.[39]

In diesem Sinne und mit diesem Erfolg ist die KDV ein wichtiger Baustein zur späteren Pluralität der Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland.

Und um zum Heute zu kommen: Es liegt auf der Hand, dass es nicht ohne Bedeutung für die jetzige[40] und die zukünftige Bundesrepublik Deutschland und ihre Gesellschaft ist, ob/dass und in welchem Umfang die KDV vorhanden und ein wahrnehmbarer gesellschaftlicher Faktor ist.

Verfassung, Gesetze, politische Wirklichkeit, Gesellschaft: nicht mehr (nur) vom militärischen Denken (als Regel, Maßstab) geprägt

Ich will die vorstehenden Gedanken konkretisieren.

Ehe ich das tue, will ich aber – zur Meidung eines häufig auftretenden Irrtums – erläutern: Viele, insbesondere die Juristen, meinen schnell, schon mit dem Vorhandensein einer neuen *Norm*, insbesondere in einer (zumal neuen) *Verfassung*, sei auch die *gesellschaftliche Wirklichkeit* verändert. Daran ist *richtig:* Solche Normen *können dazu beitragen* (und das ist denn ja auch ihr Sinn), die gesellschaftliche Wirklichkeit in die dort als Regel vorgegebene oder auch nur ermöglichte Richtung zu verändern. Das Gewollte oder Ermöglichte ist damit aber noch nicht zur Wirklichkeit geworden.

Zur KDV lässt sich nun aber sagen: Dadurch dass sie, nach zögerlichem Anfang, schließlich zu Hunderttausenden und schließlich in Millionenhöhe ausgeübt wurde, wurde sie zum gesellschaftlichen Faktor, wenn nicht sogar zum Maßstab. Um das zu begründen, muss ich in die Einzelheiten – und das heißt zunächst: in die Zahlen[41] – gehen.

Hunderttausende und schließlich Millionen Kriegsdienstverweigerer als gesellschaftliche Realität, als Wähler, als *Meinungsbildner,* als Multiplikatoren

Bis 1991 einschließlich waren es ca. 500.000 Personen, die einen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer gestellt haben, danach allein von 2002 bis 2012 knapp 1,2 Millionen.[42] Man bedenke dazu: das Anerkennungsverfahren jedes Einzelnen sorgt für Gespräche hierzu in den Familien, unter Freunden, in den Schulen und Betrieben, im Sportverein, in der gewerkschaftlichen Gruppe, in der Kirche, in kleineren Orten: überall.

Des Weiteren zieht es Kreise beim einzelnen Zivildienstträger und bei diesen in ihrer Gesamtheit, wirkt sich hier wie auch beim letzten Endes finanzierenden Staatshaushalt politisch aus.

Wir haben also in der Summe eine millionenfache Auswirkung, was die Kriegsdienstverweigerer selbst, aber auch was die hiermit direkt oder indirekt in Berührung Kommenden angeht: im Denken, im Wahlverhalten, in der politischen Schwerpunktsetzung, im gesellschaftlichen und individuellen Alltagsleben.

Und zwar eine Auswirkung im Sinne des Zivilen, im Sinne der Friedfertigkeit, des Sozialen, kurz: im Sinne eines Gegengewichts zum Militärischen, zum Denken in den Kategorien des Kampfes, der Auseinandersetzung, der Macht und ihrer Durchsetzung um jeden Preis. Ich werde das weiter unten noch einmal aufgreifen. Zuvor will ich aber noch einen Blick über die deutschen Grenzen werfen. Das wird die Bedeutung der Theorie (= [verfassungs-] rechtlichen Normierung) und Praxis der KDV noch unterstreichen.

KDV in der Bundesrepublik Deutschland: Eine rechtliche Selbstverständlichkeit und gesellschaftliche Realität, die in anderen (demokratischen) Ländern lange undenkbar war

Ich hatte oben schon angemerkt, dass viele meiner Anmerkungen und Beobachtungen zur KDV auf die eigene Lebensgeschichte gegründet sind. So auch zum Blick über die Grenzen, insbesondere nach Frankreich. Außer Frankreich will ich in meinen Blick vergleichend auch kurz die Schweiz einbeziehen, dies habe ich aber nur „aus den Büchern".

Mit der Schweiz fange ich an: Von ihrem[43] Demokratieverständnis her war bis 1992 eine Kriegsdienstverweigerung für junge Männer von Gesetzes wegen nicht vorgesehen. Seit 1992 ist die Verfassung geändert und es gibt jetzt für anerkannte Kriegsdienstverweigerer einen Zivildienst, der eineinhalbmal so lange dauert wie der Wehrdienst. Bezogen auf den Zeitraum in der Bundesrepublik Deutschland, für den ich oben das Bild gezeichnet habe, ist also anzumerken: Schlechte Zeiten für Kriegsdienstverweigerer.

Den Zeitpunkt für die förmliche Zulassung der KDV de jure in Frankreich kann ich nicht ermitteln. Er muss in den Zeiten ab der ersten Präsidentschaft Mitterands[44] liegen. Heute (seit 2019) gibt es in Frankreich, das keine Wehrpflicht mehr hat, theoretisch einen allgemeinen nationalen Dienst (Service National Universel) von einem Monat Dauer – eine separate gesetzliche Regelung für Kriegsdienstverweigerer (oder, wie man in Frankreich meint, die Notwendigkeit einer solchen) besteht folglich nicht. Wiederum für unseren oben für die Bundesrepublik im Wesentlichen ins Auge gefassten Zeitraum kann ich aber aus eigener Anschauung (einschließlich der damaligen gesetzlichen Grundlagen) sagen: Im Recht des öffentlichen Dienstes war für Männer die Ableistung des Wehrdienstes eine eindeutige Voraussetzung für den Eintritt in diesen. Es gab dort zwar heimliche Königswege: Ich kenne viele Franzosen, insbesondere Lehrer, die ihren („militärischen") Wehrdienst in der Weise geleistet haben, dass sie in befreundeten afrikanischen Staaten und hierbei vorzugsweise in ehemals französischen Départements (Algerien) oder anderen Herrschaftsgebieten/Kolonien eine ihren Studien, Be-

---

39 wie Fn 39

40 Seit 1989/90 bekanntlich veränderte, vergrößerte

41 Sie folgen sogleich unten

42 genau: 1956–1991: 482.464 Anträge; 2002–2012: 1.179.691, darunter Anträge von 31.985 Soldatinnen und Soldaten (Zahlen von Wikipedia, letzter Zugriff vom 11. 2. 2024, zum Zeitraum 2002 – 2012 auch aus der Bundestagsdrucksache 17/12672 v. 6. 3. 2013); Zahlen vom Statistischen Bundesamt oder anderen amtlichen Quellen ließen sich für mich leider nicht ermitteln; daher auch keine Zahlen für die Zeit zwischen 1992 und 2001.) **Ich weise ausdrücklich noch einmal darauf hin, dass es sich bei den hier zuletzt mitgeteilten Zahlen um solche der *Anträge*** und nicht der Anerkennungen handelt.
Bei der Zahl der Anträge von Soldat*innen von 2002 bis 2012 dürften nunmehr auch die Auslandseinsätze der Bundeswehr ein Rolle gespielt haben.
Wg. der hier abschließenden Jahresangabe 2012 s.o. S. 2 und insb. Fn 7: Aussetzung der Wehrpflicht zu Zeiten des Bundesverteidigungsministers von und zu Guttenberg 2011.

43 sehr spezifisch schweizerischen radikalen und direkten

44 1981–1988

fähigungen und Erfahrungen entsprechende Tätigkeit im Unterricht oder in der internationalen Zusammenarbeit (früher: „Entwicklungshilfe") ausgeübt haben (frz.: sog. coopération). Andererseits (um es zu wiederholen): Der Wehrpflicht genügt zu haben, war Voraussetzung für den Eintritt in den öffentlichen Dienst, insbesondere als Richter. Noch deutlicher: In Frankreich gab es unter den Richtern[45] jedenfalls bis in die 80er *keinen* Richter, der Kriegsdienstverweigerer war.

Zusammengefasst: In Deutschland herrschten, jedenfalls für überzeugte Kriegsdienstgegner, im Verhältnis zu diesen beiden demokratischen Nachbarländern, geradezu paradiesische Zustände, ungeachtet all dessen, was ich oben[46] zur Kritik an der Lage hier geschrieben habe. Die für das gesellschaftliche Klima in der Bundesrepublik dann[47] beschriebenen Positiva mag sich jede/r in umgekehrte Richtung für die beiden Länder fortschreiben. Dies auszuführen, würde hier zu weit führen.

Am Beispiel der Justiz in Deutschland

Ich will bei den *deutschen Verhältnissen* noch einmal auf die mir vertrauteste „Welt" zurückkommen, die Lebenswelt der Justiz, von der ich eben für die Schweiz und Frankreich berichtet hatte, dass es explizit oder implizit in ihr lange Zeit jeweils keine anerkannten Kriegsdienstverweigerer gab.

In der Bundesrepublik gab es Kriegsdienstverweigerer. Und das wirkte sich – ohne dass auch dies jemals auch nur ansatzweise sozialwissenschaftlicher erforscht worden wäre – natürlich auf die Wirklichkeit der Justiz aus, beginnend mit den Umgangsformen, den Vorstellungen vom Beruf, aber gewiss auch im Kern, in der Rechtsprechung. Auch auf dem letztgenannten Kerngebiet richterlicher Tätigkeit ist es doch, wie wir aus der Rechtssoziologie und der Rechtspsychologie längst wissen, für jede wertende Entscheidung bei der Gesetzesinterpretation von Bedeutung, welche Grundhaltung der/die Entscheidende hat, ob er/sie, wie unser Freund und Kollege, der Bundesverfassungsrichter Jürgen Kühling (1934–2019), einmal ebenso schlicht wie zutreffend gesagt hat, mehr für die Freiheit oder mehr für die Ordnung ist. Und so wird es auch für die Entwicklung der Rechtsprechung und letzten Endes auch rechtspolitisch für die Entwicklung schließlich hin zu einer mehr oder weniger freien Wahl des Wehr- oder des zivilen Friedens- („Ersatz-") Dienstes eine Rolle gespielt haben, das es eben auch und selbst *unter den Verwaltungsrichtern*, *die über das Recht der Kriegsdienstverweigerungen zu entscheiden hatten,* Kriegsdienstverweigerer gegeben hat, die – wie ihre Kollegen, die Wehrdienst geleistet hatten oder einen solchen zu leisten bereit waren! – unparteiisch und unbefangen den Einzelfall entschieden haben und heute gelegentlich noch entscheiden.

Ein Wermutstropfen auch hier[48]:

Ich kann mich aus eigener Richtertätigkeit[49] erinnern, dass noch in den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts das Präsidium meines Gerichts[50] mit vermeintlicher Selbstverständlichkeit meinte, die wehrstrafrechtlichen Fälle[51] auf einen Kollegen übertragen zu sollen, der nicht nur Grundwehrdienst geleistet hatte, sondern seine Begeisterung für den Wehrdienst auch darüber hinaus in der Weise auslebte, dass er freiwillig Wehrübungen leistete und seinen Offiziersrang allmählich erhöhte. Nach dieser Logik hätten als Familienrichter nur Geschiedene[52] tätig sein dürfen …

Friedlichkeit/Friedensstaatlichkeit als bestimmende Elemente im Grundgesetz – Das Recht auf Kriegsdienstverweigerung (Art. 4 III GG) als passender und tragender Teil der Gesamtkonstruktion

Art. 4 III GG, der – um biblisch zu sprechen – den Friedfertigen ihr Recht zuspricht, steht damit im Grundgesetz nicht isoliert, im Gegenteil.

Das gesamte Grundgesetz ist durchzogen von Regelungen zur Friedlichkeit und zur Friedensstaatlichkeit. In deren Gesamtkonstruktion hat Art. 4 III GG seinen Platz. Und ich brauche nicht groß zu begründen, dass dies alles Teil der historischen Logik spätestens nach 1933 bis 1945 ist.

Schon die Präambel sagt in ihrem ersten Absatz:

„Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, in einem vereinten Europa *dem Frieden der Welt zu dienen*, hat sich das deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben."

Im ersten Absatz von Art. 8 (Versammlungsfreiheit) heißt es: „Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis *friedlich und ohne Waffen zu versammeln*."

Art. 24 beginnt in Abs. 2:

„Der Bund kann sich *zur Wahrung des Friedens* einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen; …"

In Art. 26 Abs. 1 heißt es:

„Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, *das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören,* insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, sind verfassungswidrig. Sie sind unter Strafe zu stellen."

Ich beschreibe dies Ensemble und die einzelnen neben Art. 4 III GG aufgeführten Artikel des GG nicht, um mich im Einzelnen mit jedem von ihnen zu befassen[53]; vielmehr um die Gesamtkonstruktion als die eine von Friedlichkeit und Friedensstaatlichkeit nach innen und außen geprägten Verfassungsordnung zu zeigen, in der das Recht auf KDV seinen Platz hatte, der dann durch die Wirklichkeit, die Praxis des Rechts auf KDV, bei aller Kritik, vollends zur Wirkung gebracht wurde.

Die Wirkung bestand darin, dass das schon beschriebene neue, einer pluralen und offenen Zivilgesellschaft entsprechende, in jeder Hinsicht dem Primat des Militärischen entgegenstehende Denken und in weitem Umfang auch Handeln sich entfalten konnte.

Als kleine, aber wichtige Beispiele seien hier nochmals aufgeführt: Schließlich hat es dann eben auch das Orchester der Zivildienstleisten und die Sportförderung für Zivildienst leistende Spitzenathleten gegeben.[54]

---

45 um ganz genau zu sein: jedenfalls unter den „tauglich" gemusterten

46 zu I.

47 zu II.

48 Es zeigt sich wieder: Positiva und Negativa lassen sich nicht so streng trennen, wie es nach meiner groben Gliederung in I. und II. scheint.

49 in diesem Fall: am Amtsgericht Bremen

50 ein von den Richter*innen gewähltes Kollegialorgan, das über die Geschäftsverteilung im Gericht entscheidet, also: Wer ist zuständig für welche Fälle (aus welchem Sachgebiet)?

51 zu denen Straftaten wie Entfernung von der Truppe und Fahnenflucht gehörten, aber kurioserweise (als Annex) auch entsprechende Straftaten bezogen auf den Zivildienst bis hin zur Zivildienstflucht

52 oder sie gerade *nicht?*

53 von denen einzelne inzwischen große Streitfragen ausgelöst haben

54 Wenn ich allerdings heute die Sportberichterstattung anschaue: Wir hören immer nur von Athletinnen und Athleten, die (ich möchte hinzufügen: pro forma) der Bundeswehr, der Bundespolizei, den Polizeien der Länder, dem Zoll etc. angehören…

III.

Was folgt aus allem und wie sieht es heute aus?

1.

Beginnen wir mit dem zweiten Teil der als Überschrift für das Resümee, die *Conclusio*, gestellte Doppelfrage:

Es ist festzustellen: Das Recht auf Kriegsdienstverweigerung besteht nach wie vor. Es hat nur – jedenfalls statistisch – an Bedeutung verloren.[55] Das ist auf den ersten Blick plausibel, da ja die Wehrpflicht suspendiert ist und daher für die meisten potentiell Betroffenen von ihr keine akuten Warnfunktionen ausgehen. Interessant sind die Anträge *aus der Truppe,* was sicher direkt in Beziehung zu setzen ist zu den Auslandseinsätzen der Bundeswehr.

Völlig unklar ist, wie sich die drastisch veränderten realen Zahlen für die männliche Bevölkerung insgesamt in den geschilderten gesellschaftlichen Zuständen niederschlagen werden. Die politischen Erfahrungen seit dem Beginn des russischen Angriffs auf die Ukraine und des Krieges dort („Zeitenwende", 100 – Milliarden – Sondervermögen für die Bundeswehr u.v.m.)[56] sprechen dafür, dass das Pendel wieder umschwingt in Richtung des militärisch grundierten Denkens. Das wird durch viele Anzeichen im Kleinen, Persönlichen bestätigt, jedenfalls bei politischen Akteuren. So ist der SPD-Bundesvorsitzende, Sohn eines Berufssoldaten und Kriegsdienstverweigerer Lars Klingbeil[57] zu einer Politik der Stärkung der Bundeswehr zurückgekehrt, die ihn wieder in die Nähe des Vaters führt. Der Kieler Oberbürgermeister Ulf Kämpfer (ebenfalls SPD[58]), auch er – in diesem Fall: bis dato – anerkannter Kriegsdienstverweigerer, ist da noch konsequenter: Er hat seinen Antrag auf Anerkennung gegenüber dem Bundesamt öffentlich zurückgenommen und demonstrativ an einer einwöchigen PR-„Wehrübung" der Marine teilgenommen, deren Teilnehmer blitzartig den Status eines Offiziers der Reserve erlangen.[59]

Mit diesen Einzelbeispielen soll es zum zweiten Teil der Frage sein Bewenden haben. Die Zeit jedenfalls seit dem Beginn des russisch-ukrainischen Krieges (von der Verschärfung des Nahostkonflikts[60] ganz zu schweigen) ist eher eine solche, in der das Militärische wieder Oberwasser hat. Umso mehr ist es geboten, dass Kriegsdienstverweigerer*innen aus Gewissensgründen sich frühzeitig und zahlreich anerkennen lassen, dass ihre Organisationen und die Kirchen und andere potentiell *friedensgeneigte* Unterstützer sich erkennbar öffentlich artikulieren.

2.

Ich gehe damit zum ersten Teil der oben gestellten Doppelfrage über.

Es war die *List der Geschichte,* dass sich über die – anfangs verteufelte, verächtlich gemachte – KDV eine millionenfache „kritische Masse" für den Weg ohne Waffen, des Friedens, des – wie auch immer definierten – Pazifismus entschieden hat und dass dies mehr und mehr gesellschaftlich anerkannt wurde.

Dabei habe ich noch gar nicht die immensen positiven Folgen der Kriegsdienstverweigerung und insbesondere des hiermit verbundenen Zivildienstes im Bereich des Sozialen mit abgehandelt. Für die Gesellschaft wie für Millionen von Individuen waren das Vorhandensein und die je einzeln ausgeübten sozialen Tätigkeiten ein großer Segen.

Das führte am Ende zu dem[61] Kuriosum, dass die Sozialverbände im Vorfeld der dann erfolgten faktischen Abschaffung der Wehrpflicht vor den verheerenden Auswirkungen warnten, m.a.W.: Die eher *friedensgeneigten* kirchlichen und weltlichen Verbände sprachen sich für die Erhaltung der Wehrpflicht aus, um sich das Potential der Kriegsdienstverweigerer als *Zivildienst*pflichtige zu erhalten…

Ich nenne hier auch noch einmal ausdrücklich am Beispiel der Justiz die oben näher beschriebene Bedeutung für die Pluralität und wiederum die Bedeutung der Pluralität für alle und in allen drei Staatsgewalten. Dies ist hoffentlich auch dadurch deutlich geworden, dass ich – als Gegenbild – auf die Defizite auf diesem Gebiet etwa in der Schweiz und in Frankreich hingewiesen habe.

3.

Am Ende bleibt für mich festzuhalten:

Freiwillige Dienste sind staatlichen Zwangsdiensten vorzuziehen, weil sie – im Gegensatz zu diesen – *demokratieadäquat(er)* sind. Sie bauen nicht auf einem Recht und der Macht *des Staates* auf, über Leben, Freiheit und Tod seiner *Untertanen* zu verfügen, sondern gründen darauf, dass die freien *Bürger*innen (Citoyen*nesses)* es für angebracht, wenn nicht – aus je eigener Entscheidung verpflichtend – ansehen, zum Gemeinwohl nach ihren Fähigkeiten und Kräften für eine gewisse Zeit auch außerhalb ihrer sonstigen (Berufs-) Tätigkeiten und ohne die sonst üblichen und angemessenen Entgelte beizutragen. Ein hierauf beruhendes System im Sozial-, Bildungs- und Kulturbereich ist gewissermaßen eine permanente positive Abstimmung für das gesellschaftliche, politische und Verfassungssystem, ein auf Überzeugung gründender stabilisierender Faktor der sozialen und rechtstaatlichen Demokratie. [62]

Ganz praktisch gehört dazu, dass die Einzelnen durch praktisches Tun dafür sorgen, dass die Zahlen der formellen Kriegsdienstverweigerung wieder steigen und dass die Selbstorganisationen und sonstigen Unterstützungs- und Beratungsstrukturen gestärkt und, wo nötig, wieder aufgebaut werden.

---

55 Zahlen aus der Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 17/12632 vom 6. 3. 2013 = Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage von Abgeordneten der ‚Linken'; wie schon oben Fn 43

56 Man mag den Beginn auch früher ansetzen, etwa mit dem 11. November 2001

57 freilich mit Wahlkreis (Rotenburg I/Heidekreis) in der Gegend um Munster in Niedersachsen, mit großen militärischen Übungsgebieten und hierzu passender Rüstungsindustrie (etwa in Unterlüß)

58 Was die Partei angeht, ist es eher zufällig, dass ich zwei Beispiele aus der SPD gewählt habe; sie ließen sich bei den Grünen mit hoher Wahrscheinlichkeit mindestens ebenso zahlreich finden.

59 Derartige Wehrübungen gab es schon immer. Sie haben auch schon immer die Kritik antimilitaristischer Kreise erregt; der Autor erinnert sich an Diskussionen und Verlautbarungen der Richter*innen in der Gewerkschaft ötv (heute: ver.di)

60 hierzu rechnen nicht nur die Ereignisse seit dem 7. Oktober 2023 in Israel und in Gaza, sondern etwa auch die vom Iran ausgehenden Gefahren und die Ausdehnung des Konflikts im Jemen durch die Huthi-Rebellen auf das Rote Meer in Form von bewaffneten Angriffen auf Schiffe der zivilen Seefahrt.

61 ökonomisch hinterlegten (!)

62 Näher zu allem Hans-Ernst Böttcher, Weg von staatlichen Zwangsdiensten – Hin zu freiwilligen gesellschaftlichen Diensten, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1998, S. 399 ff; im Werben für ein System freiwilliger sozialer Dienste haben sich u.a. Hans Koschnick und der Jurist und Politikwissenschaftler Tillman Evers große Verdienste erworben. Heute ist das Wirklichkeit: Freiwilliges Soziales Jahr und Bundesfreiwilligendienst. Die Diskussionen um eine *Wiederbelebung* der Pflichtdienste und/oder eine allgemeine Dienstpflicht flammen aber immer wieder auf.
Die Initiative/Organisation, mit der sich u.a. Tilman Evers für den Freiwilligkeitsgedanken eingesetzt hat und die freiwillige Dienste bis heute fördert: Forum Ziviler Friedensdienst, www.forumzfd.de/de
Eine weitere wichtige Freiwilligenorganisation: Aktion Sühnezeichen Friedensdienste, https://asf-ev.de

Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen, wie Art. 4 III GG sie garantiert und schützt, ist und bleibt nicht nur *ein*es der *(mit)* tragenden (oder: Antriebs-) Elemente eines solchen Systems der Freiwilligen Sozialen Dienste. Sie hat Bedeutung weit darüber hinaus. Sie hat ihren Sinn und ihren Platz nicht etwa mit der Suspendierung der Wehrpflicht verloren und würde diesen auch nicht mit deren vollständiger Abschaffung verlieren. Als verbrieftes Recht mit Grundrechtsrang trägt Art. 4 III und tragen vor allem diejenigen, die sichtbar das Recht auf Kriegsdienstverweigerung ausüben[63], auch und gerade in Zeiten bellizistischer Anwandlungen dazu bei, dass der Grundgedanke der Friedlichkeit und der Friedensstaatlichkeit des Grundgesetzes nicht aus dem Blick gerät und dass die so ganz andere Alternative: „Frieden schaffen ohne Waffen!", die – etwa zu Zeiten Willy Brandts und seiner Politik – im Lande und international schon einmal eine ganz andere Konjunktur hatte, wieder verstärkt auf die politische Tagesordnung kommt; dass angesichts von Weltkriegsgefahr und Klimakatastrophe sich die Einzelnen, die Staaten und die internationale Weltgemeinschaft auf die Gedanken bei Schaffung der Vereinten Nationen besinnen und eine Weltfriedensordnung schaffen und praktizieren.

Hinweise zum Weiterlesen und zur praktischen KDV:

Literatur

- Einige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) habe ich oben im Text genannt, insbesondere zum Überblick die Entscheidung von 1985: BVerfGE 69, 1.
- Das beste juristische Praxishandbuch zur KDV war: Roland Fritz, Peter Baumüller, Bernd Brunn, Kommentar zum Kriegsdienstverweigerungsgesetz, letzte mir bekannte Auflage Neuwied (Luchterhand) 1985; nicht nur historisch, sondern auch zur Problemlage nach wie vor lesenswert.
- Zum Thema „Freiwillige Dienste statt staatlicher Zwangsdienste" z.B. Hans-Ernst Böttcher, Weg von staatlichen Zwangsdiensten – Hin zu freiwilligen gesellschaftlichen Diensten, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1998, S. 399 ff. Die ZRP ist eine monatliche erscheinende Beilage zur meistverbreiteten und größten juristischen Zeitschrift, der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW). Alle gedruckten Jahrgänge finden sich in jeder größeren juristischen oder allgemeinen Bibliothek, insb. Universitäts-, Staats-, Parlaments- und Gerichtsbibliotheken. Ebenso die Bände der im ersten Spiegelstrich erwähnten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, diese übrigens ohnehin alle auch frei im Netz.

An wen kann man/frau sich heute in Sachen KDV wenden?

- Deutsche Friedensgesellschaft/Vereinigte Kriegsdienstgegner*innen (DFG/VK): https://dfg-vk.de; dort auch eine Übersicht über die Landesverbände
- Für anwaltliche Beratung wird der Republikanische Anwältinnen- und Anwälteverein (RAV) weiterhelfen: www.rav.de
- Kirchen u.a. Glaubensgemeinschaften s. jeweils dort; zwei kirchennahe oder mit ihnen kooperierende Organisationen für freiwillige soziale Dienste s. auch schon oben Fn 63.

63 oder auch „nur", ohne dies zwingend mit einem Antrags- und Anerkennungsverfahren als Kriegsdienstverweigerer*in verbunden zu haben, einen freiwilligen sozialen Dienst leisten

II. Amtliche Veröffentlichungen

Änderung der Allgemeinen Verfügung über die Übertragung personalrechtlicher Befugnisse im Geschäftsbereich des für Justiz zuständigen Ministeriums des Landes Schleswig-Holstein

AV d. MJG v. 18. Juli 2024 – II 333/2010-13 SH
(SchlHA 2024 S. 310)

I

Die Allgemeine Verfügung über die Übertragung personalrechtlicher Befugnisse im Geschäftsbereich des für Justiz zuständigen Ministeriums des Landes Schleswig-Holstein vom 22. Juli 2005 – II 161/2010 – 39 SH – (Amtsbl. Schl.-H. S. 662, SchlHA S. 266), zuletzt geändert durch Allgemeine Verfügung vom 11. Januar 2011 – II 211/2010 – 39 SH – (SchlHA S. 60), wird wie folgt geändert:

In Abschnitt I wird nach Nummer 5 folgende Nummer 6 angefügt:

„6. Die Besetzung von Fachvorgesetztenstellen der Bewährungshilfe nach § 18 Absatz 6 des Gesetzes zur ambulanten Resozialisierung und zum Opferschutz in Schleswig-Holstein (ResOG SH) erfolgt unter Beteiligung und im Einvernehmen mit dem für Justiz zuständigen Ministerium."

II

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. August 2024 in Kraft.

Kiel, 18. Juli 2024

gez. Otto Carstens
Staatssekretär

Änderung der Strafvollstreckungsordnung (StVollstrO) und Einforderungs- und Beitreibungsanordnung (EBAO)

AV d. MJG v. 31. Juli 2024 – II 302/4300-2-7 –
(SchlHA 2024 S. 310)

I

Die Landesjustizverwaltungen haben nachstehende Änderungen der Strafvollstreckungsordnung und der Einforderungs- und Beitreibungsanordnung (Bekanntmachung vom 23. Juni 2011 – II 303/4300 – 172 SH <SchlHA 2011 S. 228>, zuletzt geändert durch AV vom 4. August 2017 – II 306/43000 – 172 SH <SchlHA 2017 S. 341>) vereinbart:

1. Die Strafvollstreckungsordnung wird wie folgt geändert:

a) Das Inhaltsverzeichnis wird wie folgt geändert:
   aa) Die Angabe zu § 8 erhält folgende Fassung:
   „§ 8 Mitteilungen bei Vollstreckung von Gesamtstrafen, Maßnahmen, Nebenstrafen und Nebenfolgen".
   bb) In der Überschrift Unterabschnitt 1 werden vor dem Wort „Nebenfolgen" die Wörter „Einziehung des Wertes von Taterträgen und andere" vorangestellt.
   cc) Die Angabe zu § 58 erhält folgende Fassung:
   „§ 58 Fahndung bei Einziehungsentscheidungen".
   dd) In der Überschrift Unterabschnitt 2 wird das Wort „Verfall" und der Punkt gestrichen und werden nach dem Wort „Einziehung" die Wörter „eines Gegenstandes" eingefügt.
   ee) Die Angabe zu § 60 erhält folgende Fassung:
   „§ 60 Rechtserwerb bei Einziehung".
   ff) Die Angabe zu § 62 erhält folgende Fassung:

„§ 62 Eidesstattliche Versicherung, nachträgliche Anordnung der Einziehung von Wertersatz".

gg) Die Angabe zu § 64 erhält folgende Fassung:
„§ 64 Veräußerung eingezogener Gegenstände".

hh) Die Angabe zu § 75 erhält folgende Fassung:
„§ 75 Betäubungsmittel und neue psychoaktive Stoffe".

ii) Die Angabe zu § 80 erhält folgende Fassung:
„§ 80 Messgeräte und sonstige Messgeräte, Teilgeräte, Zusatzeinrichtungen zu Messgeräten, Fertigpackungen und andere Verkaufseinheiten".

jj) Die Angabe zu § 81 erhält folgende Fassung:
„§ 81 Verkörperungen eines Inhalts".

kk) Die Angabe zu § 85 erhält folgende Fassung:
„§ 85 (weggefallen)".

ll) Die Angabe zu § 86 erhält folgende Fassung:
„§ 86 Brenn- und Reinigungsgeräte".

b) § 7 Abs. 4 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 erhält folgende Fassung:
„Die Zuständigkeit zur Vollstreckung einer nachträglich gebildeten Gesamtstrafe einschließlich der Maßnahmen, Nebenstrafen und Nebenfolgen richtet sich nach dem Gericht, das sie angeordnet hat (§§ 460, 462, 462a Abs. 3 StPO, §§ 53 und 55 StGB)."

bb) Nach Satz 1 werden folgende Sätze 2 und 3 angefügt:
„Maßnahmen, Nebenstrafen und Nebenfolgen aus früheren Entscheidungen werden in nachträglichen Gesamtstrafen entweder aufrechterhalten oder bei Hinzutreten neuer Maßnahmen, Nebenstrafen und Nebenfolgen einheitlich angeordnet, sofern sie nicht erledigt oder durch die neue Entscheidung gegenstandslos geworden sind. Für die Vollstreckung einer nicht in die nachträglich gebildete Gesamtstrafe einbezogenen Strafe einschließlich der mit ihr zu vollstreckenden Maßnahmen, Nebenstrafen oder Nebenfolgen, verbleibt es bei der Zuständigkeit der Vollstreckungsbehörde gemäß Absatz 1 und 2."

c) § 8 wird wie folgt geändert:

aa) Die Überschrift erhält folgende Fassung:
„§ 8
Mitteilungen bei Vollstreckung von Gesamtstrafen, Maßnahmen, Nebenstrafen und Nebenfolgen".

bb) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 angefügt:
„(3) Absatz 1 gilt für aufrecht erhaltene oder einheitlich angeordnete Maßnahmen, Nebenstrafen und Nebenfolgen entsprechend."

d) § 13 wird wie folgt geändert:

aa) Nach Absatz 2 wird folgender neuer Absatz 3 eingefügt:
„(3) Wird eine Einziehungsentscheidung gegen einen Einziehungsbeteiligten oder zulasten eines Nebenbetroffenen getroffen, bedarf es für deren Vollstreckung der Rechtskraft der Entscheidung gegenüber diesen (§ 430 Abs. 1 und 4 Satz 1, § 432 Abs. 1 Satz 1, § 438 Abs. 3 StPO)."

bb) Die bisherigen Absätze 3 bis 5 werden die Absätze 4 bis 6.

e) In § 21 Abs. 1 wird die Angabe „459h" durch die Angabe „459o" ersetzt.

f) In § 29 Abs. 3 werden nach den Wörtern „die verurteilte Person" ein Komma und die Wörter „soweit ihr nicht bereits mit Vollstreckungshaftbefehl übergeben," eingefügt.

g) Dem § 34 wird folgender Absatz 4 angefügt:
„(4) Ist der verurteilten Person der Beschluss über den Widerruf der Aussetzung der Strafe, des Strafrestes, der Unterbringung, des Straferlasses oder über die nach § 67c Abs. 2 StGB angeordnete Vollstreckung der Unterbringung öffentlich zugestellt, so sind dem Ausschreibungsersuchen ein Empfangsbekenntnis und zur Aushändigung an die verurteilte Person beizufügen

1. je eine beglaubigte Abschrift der genannten Beschlüsse und
2. eine Belehrung über die Möglichkeit, die nachträgliche Anhörung (§ 33a StPO) oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen und gleichzeitig sofortige Beschwerde einzulegen (§§ 44, 45, 453 Abs. 2 Satz 3 StPO).

Das von der verurteilten Person unterzeichnete Empfangsbekenntnis ist zum Vollstreckungsheft zu geben."

h) § 46a wird wie folgt geändert:

aa) In Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „– notfalls fernschriftlich oder fernmündlich –" durch die Wörter „– notfalls fernschriftlich, fernmündlich oder elektronisch –" ersetzt.

bb) In Absatz 2 Satz 1 werden die Wörter „– notfalls fernschriftlich oder fernmündlich –" durch die Wörter „– notfalls fernschriftlich, fernmündlich oder elektronisch –" ersetzt.

i) In der Überschrift Unterabschnitt 1 werden vor dem Wort „Nebenfolgen" die Wörter „Einziehung des Wertes von Taterträgen und andere" vorangestellt.

j) § 57 wird wie folgt geändert:

aa) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1 und nach Satz 1 werden folgende Sätze 2 und 3 angefügt:
„Werden Vermögenswerte zum Zwecke der Einziehung eines Wertersatzes gesichert, finden bei der Verwertung die §§ 65 bis 67a und 69 ff. keine Anwendung. Für die Verwertung gepfändeter virtueller Währungen gilt § 77a Abs. 2 entsprechend."

bb) Nach Absatz 1 werden folgende Absätze 2 bis 4 angefügt:
„(2) Die Zustellung von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen an im Inland zum Geschäftsbetrieb befugte Kreditinstitute richtet sich nach den § 459g Abs. 3 i. V. m. § 111k Abs. 2 Satz 2 StPO.
(3) Erfolgt die Vollstreckung der Nebenfolge, die zu einer Geldzahlung verpflichtet, aufgrund eines individualgutschützenden Delikts, so überträgt die ursprünglich zuständige Vollstreckungsbehörde die Verwertungserlöse, die bis zum Eintritt der Rechtskraft der nachträglichen Gesamtstrafenentscheidung vollstreckt wurden, an die nach § 7 Abs. 4 zuständige Vollstreckungsbehörde, sofern die Vollstreckung nicht erledigt ist. Sofern sich die nach Satz 1 zuständige Vollstreckungsbehörde in einem anderen Bundesland befindet, steht dies einer Übertragung der Verwertungserlöse nicht entgegen. In allen anderen Fällen verbleiben die Verwertungserlöse bei der bisher für die Vollstreckung zuständigen Vollstreckungsbehörde.
(4) Das Recht zur Verwertung von in Vollziehung eines Vermögensarrestes nach § 111f Abs. 1 bis 3 StPO gesicherten Vermögenswerten geht auf die nach § 7 Abs. 4 zuständige Vollstreckungsbehörde über Satz 1 gilt für vollzogene Beschlagnahmen gemäß § 111c Abs. 1 bis 4 StPO entsprechend. Satz 1 und 2 gelten entsprechend bei der Vollstreckung der Nebenfolgen gemäß § 459g Abs. 1 und 2, Abs. 3 i. V. m. §§ 111f, 111k StPO".

k) § 58 erhält folgende Fassung:
„§ 58
Fahndung bei Einziehungsentscheidungen
(1) Zur Vollstreckung einer Einziehungsentscheidung

(§ 459g StPO) kann die Vollstreckungsbehörde die Ermittlungspersonen mit der Umsetzung beauftragen und eine Ausschreibung zur Fahndung veranlassen (§ 459g Abs. 3 i. V. m. § 131 Abs. 1 StPO).

(2) Bei der Pfändung von Wertgegenständen muss die Ausschreibung nach Absatz 1 enthalten:

1. die genaue Bezeichnung der verurteilten Person oder des Einziehungsbeteiligten;
2. die Angabe der zu vollstreckenden Entscheidung;
3. den Geldwert der zu vollstreckenden Entscheidung;
4. das Ersuchen um Pfändung von Wertgegenständen;
5. die Angabe zu der weiteren Verfahrensweise im Fall der Pfändung von Wertgegenständen.

Der Auftrag zur Pfändung von Wertgegenständen ist der von der Maßnahme betroffenen Person bei Ergreifung der Maßnahme bekanntzugeben.

(3) Ist der von der Einziehung Betroffene in den kriminalpolizeilichen Fahndungshilfsmitteln im Sinne des Absatzes 1 ausgeschrieben und fällt der Fahndungsgrund weg, so veranlasst die Vollstreckungsbehörde unverzüglich die Löschung."

l) Dem § 59a Abs. 5 wird folgender Satz 5 angefügt:
„Sind gegen den Täter mehrere Fahrverbote rechtskräftig verhängt worden, so sind diese nacheinander zu vollstrecken, wobei die Verbotsfrist des späteren Fahrverbots erst mit Ablauf des vorangegangenen Fahrverbots beginnt."

m) In der Überschrift Unterabschnitt 2 wird das Wort „Verfall" und der Punkt gestrichen und werden nach dem Wort „Einziehung" die Wörter „eines Gegenstandes" eingefügt.

n) § 60 wird wie folgt geändert:
aa) In der Überschrift werden die Wörter „Verfall und" gestrichen.
bb) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1 und wie folgt geändert:
aaa) In Satz 1 werden die Wörter „Mit der Rechtskraft der Entscheidung" durch die Wörter „In den Fällen des § 75 Abs. 1 StGB" ersetzt und die Wörter „den verfallenen oder eingezogenen Sachen" durch die Wörter „der eingezogenen Sache oder das eingezogene Recht" ersetzt.
bbb) In Satz 3 werden die Wörter „den Verfall oder" gestrichen.
ccc) Die Sätze 4 und 5 werden aufgehoben.
cc) Nach Absatz 1 werden folgende Absätze 2 bis 4 angefügt:
„(2) Bis zum Übergang des Eigentums an der Sache oder des Rechts wirkt die Anordnung der Einziehung oder die Anordnung des Vorbehalts der Einziehung als Veräußerungsverbot im Sinne des § 136 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).
(3) Dem Übergang des Eigentums an der eingezogenen Sache oder des Rechts steht in den Fällen des § 111d Abs. 1 Satz 2 StPO die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Einziehungsbetroffenen abweichend von § 91 InsO nicht entgegen (§ 75 Abs. 4 StGB).
(4) Rechte Dritter bleiben bestehen (§ 75 Abs. 2 Satz 1 StGB), sofern nicht das Gericht das Erlöschen angeordnet hat (§ 75 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB)."

o) § 61 wird wie folgt geändert:
aa) Absatz 1 wird wie folgt geändert:
aaa) In Satz 1 wird das Wort „Verfall" und das Komma gestrichen.
bbb) Satz 2 erhält folgende Fassung:
„Haben die verurteilte Person oder die Einziehungsbeteiligten (§ 424 Abs. 1, § 432 Abs. 1 StPO), die nach der Entscheidung zur Herausgabe verpflichtet sind, die Sache nicht herausgegeben, so beauftragt die Vollstreckungsbehörde die Vollziehungsbeamtin oder den Vollziehungsbeamten mit der Wegnahme (§ 459g Abs. 1 StPO, § 1 Abs. 1 Nr. 2a, § 6 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 und 2 JBeitrG)."
ccc) Nach Satz 2 wird folgender Satz 3 angefügt:
„Sofern die Wegnahme im Rahmen einer Durchsuchung stattfindet, kann die Vollstreckungsbehörde die Ermittlungspersonen beauftragen (§ 459g Abs. 3, §§ 102 bis 110, 111k Abs. 1 StPO)."
bb) Absatz 2 wird wie folgt geändert:
aaa) Satz 1 erhält folgende Fassung:
„Der Auftrag wird schriftlich oder elektronisch erteilt; er muss die verurteilte Person, die Einziehungsbeteiligten und die wegzunehmende Sache möglichst genau bezeichnen."
bbb) In Satz 3 werden die Wörter „die Vollziehungsbeamtin oder den Vollziehungsbeamten" durch die Wörter „ihre Ermittlungspersonen oder die Vollziehungsbeamten" ersetzt.
cc) Absatz 3 wird wie folgt geändert:
aaa) In Satz 1 werden die Wörter „Verfalls- oder" gestrichen und die Angabe „(§ 74e Abs. 2 StGB)" durch die Angabe „(§ 75 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB)" ersetzt.
bbb) In Satz 2 werden die Wörter „Verfalls- oder" gestrichen und nach den Wörtern „der Klage" die Wörter „auf Herausgabe gemäß § 985 BGB" eingefügt.
dd) Absatz 4 wird wie folgt geändert:
aaa) In Satz 1 werden nach dem Wort „Person" das Komma und die Wörter „der Verfalls-" gestrichen sowie nach dem Wort „oder" das Wort „des" eingefügt.
bbb) Satz 2 erhält folgende Fassung:
„Verweigern diese die Herausgabe, kann die Vollstreckungsbehörde den eingezogenen Gegenstand aufgrund eines Durchsuchungsbeschlusses nach § 103 StPO von den Ermittlungspersonen beschlagnahmen lassen (§ 459g Abs. 3 StPO in Verbindung mit §§ 103, 111c Abs. 1, § 111k Abs. 1 StPO)."
ee) In Absatz 5 Satz 1 werden die Wörter „verfallen oder" gestrichen und die Angabe „(§ 73e Abs. 1, § 74e Abs. 1 StGB)" durch die Angabe „(§ 75 Abs. 1 StGB)" ersetzt.
ff) Nach Absatz 5 wird folgender Absatz 6 angefügt:
„(6) § 58 bleibt daneben anwendbar."

p) § 62 wird wie folgt geändert:
aa) Die Überschrift § 62 erhält folgende Fassung:
„§ 62
Eidesstattliche Versicherung, nachträgliche Anordnung der Einziehung von Wertersatz".
bb) In Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „Verfalls- oder" gestrichen und die Angabe „(vergleiche § 459g Abs. 1 StPO)" durch die Angabe „(§ 459g Abs. 1 Satz 2 StPO, § 1 Abs. 1 Nr. 2a, § 6 Abs. 1 Nr. 1 JBeitrG, § 883 Abs. 2 ZPO)" ersetzt.
cc) Absatz 2 wird wie folgt geändert:
aaa) In Satz 1 werden die Wörter „des Verfalls oder" sowie „der Verfall oder" gestrichen und die Angabe „§§ 73a" durch die Angabe „§§ 73c" ersetzt.
bbb) Nach Satz 1 wird folgender Satz 2 angefügt:

„Die Staatsanwaltschaft hat auf ihr Recht zur Anhörung nach § 462 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 StPO zu achten."

q) § 63 wird wie folgt geändert:
   aa) Absatz 1 erhält folgende Fassung:
   „(1) Eingezogene Gegenstände werden verwertet, sofern nichts anderes bestimmt ist (§§ 65 bis 67a, 69 ff.). Die Verwertung darf, abgesehen von im Vollstreckungsverfahren zulässigen Fällen der Notveräußerung, nicht vor dem fruchtlosen Ablauf der Sechsmonatsfrist nach § 459j Abs. 1 StPO erfolgen. Sind die Gegenstände wertlos, unverwertbar, nur mit einem voraussichtlich den Erlös übersteigenden Kostenaufwand veräußerbar, gemeingefährlich oder in gesetzwidrigem Zustand, so werden sie in der Regel vernichtet."
   bb) Nach Absatz 1 wird folgender neuer Absatz 2 eingefügt:
   „(2) In Fällen, in denen die Frist nach § 459j Abs. 1 StPO fruchtlos verstrichen ist, sind die Gegenstände zu verwerten oder anderweitig zu verwenden. Der Verwertungserlös tritt an die Stelle des eingezogenen und verwerteten Gegenstandes und kann unter den Voraussetzungen des § 459j Abs. 5 StPO an den Anspruchsinhaber ausgekehrt werden."
   cc) Die bisherigen Absätze 2 bis 7 werden die Absätze 3 bis 8.
   dd) In Absatz 8 wird die Angabe „§ 74b Abs. 2 StGB" durch die Angabe „§ 74f Abs. 1 StGB" ersetzt.

r) § 64 wird wie folgt geändert:
   aa) In der Überschrift werden die Wörter „verfallener oder" gestrichen.
   bb) In Absatz 1 Satz 4 werden die Wörter „verfallener oder" gestrichen.
   cc) Dem Absatz 5 wird folgender Satz 2 angefügt:
   „Bei einem freihändigen Verkauf über eine Internetplattform gilt die Einwilligung als generell erteilt."
   dd) In Absatz 6 werden nach der Angabe „(§ 152 GVG)" die Wörter „oder andere Polizeibedienstete" eingefügt.

s) § 66 Abs. 1 wird wie folgt geändert:
   aa) In Satz 1 werden die Wörter „Verfallene oder" gestrichen und das Wort „eingezogene" durch das Wort „Eingezogene" ersetzt.
   bb) In Satz 2 wird am Ende der Punkt durch ein Semikolon ersetzt und der Halbsatz „sofern ein Verzeichnis nicht geführt wird, erfolgt diese Beschreibung in einem Einzelverwendungsvorschlag." angefügt.
   cc) In Satz 3 werden die Wörter „von Zeit zu Zeit" durch das Wort „regelmäßig" ersetzt und nach dem Wort „Verwendungsvorschlag" die Wörter „oder die Einzelverwendungsvorschläge" eingefügt.
   dd) In Satz 4 werden die Wörter „verfallene oder" gestrichen.

t) In § 67 Abs. 1 Satz 1 werden die Wörter „Verfallene oder" gestrichen und das Wort „eingezogene" durch das Wort „Eingezogene" ersetzt.

u) Dem § 67a wird folgender Absatz 4 angefügt:
   „(4) Nach Absatz 1 kann auch in den Fällen des § 63 Abs. 1 Satz 3 verfahren werden, soweit es sich um wertlose oder unverwertbare Gegenstände handelt, die nach den §§ 73 oder 73a StGB aufgrund eines Eigentums- oder Vermögensdelikts eingezogen worden sind."

v) § 68 Abs. 1 Satz 1 erhält folgende Fassung:
   „Liegen Gründe für die Annahme vor, dass die Wiederaufnahme des Verfahrens angeordnet oder das Nachverfahren (§ 433 StPO) oder die Wiedereinsetzung nach § 459j Abs. 4 StPO beantragt werden wird, so sieht die Vollstreckungsbehörde von den in § 63 bezeichneten Maßnahmen einstweilen ab."

w) § 68a Satz 1 erhält folgende Fassung:
   „Beansprucht der Andere im Sinne des § 74b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB eine Entschädigung und ist eine gerichtliche Entscheidung nach § 430 Abs. 3 StPO nicht ergangen, so entscheidet die oberste Justizbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle."

x) In § 70 Abs. 2 Satz 2 werden die Wörter „für verfallen erklärt oder" gestrichen.

y) § 75 wird wie folgt geändert:
   aa) In der Überschrift werden nach dem Wort „Betäubungsmittel" die Wörter „und neue psychoaktive Stoffe" angefügt.
   bb) Satz 2 erhält folgende Fassung:
   „Abweichend von § 67 Abs. 2 können Betäubungsmittel und Stoffe im Sinne des § 2 Nr. 1 des Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetzes (NpSG) der ersuchenden Behörde zur dauernden Nutzung (§ 67 Abs. 1 Satz 1) überlassen werden; sollen die Betäubungsmittel oder die genannten Stoffe nicht zurückverlangt werden, ist die ersuchende Behörde schriftlich zu verpflichten, diese ordnungsgemäß zu vernichten, sobald sie dort nicht mehr für Forschungs-, Lehr-, Schulungs- oder Ausbildungszwecke benötigt werden."

z) Dem § 77a wird folgender Absatz 3 angefügt:
   „(3) Auf Ersuchen können virtuelle Währungen entsprechend § 66 Abs. 1 zur dauerhaften Nutzung an Ermittlungsbehörden zugewiesen werden, wenn kein Entschädigungsverfahren (§ 459h StPO) durchzuführen ist, weil der Einziehungsanordnung kein Eigentums- oder Vermögensdelikt zugrunde liegt."

   za) § 80 wird wie folgt geändert:
      aa) Die Überschrift erhält folgende Fassung:
      „§ 80
      Messgeräte und sonstige Messgeräte, Teilgeräte, Zusatzeinrichtungen zu Messgeräten, Fertigpackungen und andere Verkaufseinheiten".
      bb) Absatz 1 wird wie folgt geändert:
         aaa) Satz 1 erhält folgende Fassung:
         „Entsprechen Messgeräte und sonstige Messgeräte, Teilgeräte, Zusatzeinrichtungen zu Messgeräten, Fertigpackungen und andere Verkaufseinheiten gemäß § 1 Mess- und Eichgesetz (MessEG) nicht den gesetzlichen Vorschriften, erscheinen sie aber verwertbar, so werden sie nach Möglichkeit in vorschriftsmäßigen Zustand gebracht, soweit vorgeschrieben, kompatibilitätsbewertet oder geeicht und nach den allgemeinen Vorschriften verwertet."
         bbb) In Satz 2 werden vor dem Wort „Eichgesetzes" die Wörter „Mess- und" eingefügt.
      cc) Absatz 2 wird wie folgt geändert:
         aaa) Die Sätze 2 und 3 werden durch die folgenden Sätze 2 und 3 ersetzt:
         „Kennzeichnungen bei Inverkehrbringen, Hersteller- oder Eichzeichen, deren Missbrauch zu besorgen ist, sind vorher zu entfernen und zu zerstören. Verwertbarer Inhalt in Fertigpackungen ist vor seiner Unbrauchbarmachung zu entnehmen und nach den für ihn geltenden Vorschriften zu verwerten".

bbb) In Satz 4 wird nach dem Wort „Fertigpackungen“ das Komma sowie die Wörter „Flaschen als Maßbehältnisse oder sonstige formbeständige Behältnisse“ gestrichen.

dd) Absatz 3 erhält folgende Fassung:
„(3) Hat die Vollstreckungsbehörde Zweifel, ob oder inwieweit ein Gegenstand vorschriftsmäßig ist, so führt sie eine Stellungnahme der nach § 40 MessEG zuständigen Behörde herbei.“

zb) § 81 wird wie folgt geändert:

aa) Die Überschrift erhält folgende Fassung:
„§ 81
Verkörperungen eines Inhalts“.

bb) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aaa) In Satz 1 wird das Wort „Schriften“ durch die Angabe „Inhalten (§ 11 Abs. 3 StGB)“ ersetzt.

bbb) In Satz 2 werden die Wörter „der Schrift“ durch die Angabe „des Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB)“ ersetzt.

ccc) In Satz 4 werden die Wörter „Stücke der Schrift“ durch die Angabe „Inhalte (§ 11 Abs. 3 StGB)“ ersetzt.

cc) Absatz 2 erhält folgende Fassung:
„(2) Handelt es sich um einen Gewalt darstellenden, pornographischen oder einen sonst jugendgefährdenden Inhalt (§ 11 Abs. 3 StGB) im Sinne des Jugendschutzgesetzes, so ist die auf Einziehung lautende gerichtliche Entscheidung auszugsweise im Bundeskriminalblatt bekannt zu machen, wenn der Inhalt (§ 11 Abs. 3 StGB) genau genug bezeichnet werden kann. Ist der Inhalt (§ 11 Abs. 3 StGB) nur in geringer Anzahl oder nur in einem örtlich begrenzten Gebiet verbreitet worden, so genügt die Bekanntmachung im Landeskriminalblatt. Wird in der gerichtlichen Entscheidung der Gewalt darstellende, pornographische oder sonst jugendgefährdende Charakter des Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB) verneint und die oder der Angeklagte freigesprochen oder wird die Einziehung abgelehnt, so ist nach Nummer 226 Abs. 3 Satz 1 und 2 RiStBV zu verfahren.“

dd) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aaa) In Satz 1 wird das Wort „Schriften“ durch das Wort „Inhalten“ ersetzt.

bbb) In Satz 2 wird das Wort „Schriften“ durch die Angabe „Verkörperungen (§ 11 Abs. 3 StGB)“ ersetzt.

ccc) In Satz 3 wird das Wort „Schriften“ durch das Wort „Inhalte (§ 11 Abs. 3 StGB)“ ersetzt.

ee) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aaa) In Satz 1 wird das Wort „Schriften“ durch die Angabe „Inhalte (§ 11 Abs. 3 StGB)“ ersetzt.

bbb) In Satz 2 wird das Wort „Schriften“ durch die Angabe „Inhalte (§ 11 Abs. 3 StGB)“ ersetzt.

ff) Absatz 5 wird aufgehoben.

zc) § 85 wird aufgehoben.

zd) § 86 wird wie folgt geändert:

aa) Die Überschrift erhält folgende Fassung:
„§ 86
Brenn- und Reinigungsgeräte“.

bb) Satz 1 erhält folgende Fassung:
„Die Abgabe von zur gewerblichen Gewinnung oder Reinigung von Alkohol geeigneten Brenn- oder Reinigungsgeräten oder sonstigen zur gewerblichen Gewinnung oder Reinigung von Alkohol bestimmten Geräten ist schriftlich oder elektronisch unter Angabe des Empfängers dem Hauptzollamt anzuzeigen (§ 32 Abs. 1 Satz 1 des Alkoholsteuergesetzes).“

cc) Satz 2 wird aufgehoben.

2. Die Einforderungs- und Beitreibungsanordnung wird wie folgt geändert:

a) In § 1 Abs. 1 werden im Satzteil nach Nummer 3 die Wörter „der Justizbeitreibungsordnung (JBeitrO)“ durch die Wörter „dem Justizbeitreibungsgesetz (JBeitrG)“ ersetzt.

b) § 5 Abs. 4 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 und 2 werden jeweils nach dem Wort „Kasse“ die Wörter „oder Zahlstelle“ eingefügt.

bb) Nach Satz 2 wird folgender neuer Satz 3 eingefügt:
„Alternativ oder zuzüglich zu dem Überweisungsträger kann auf der Zahlungsaufforderung oder dem Strafbefehl ein dem jeweils geltenden Zahlungsverkehrsstandard entsprechender, elektronisch lesbarer Code oder ein anderer, in der Landesjustizverwaltung gebräuchlicher Zahlungsverkehrshinweis angebracht werden; in jedem Fall muss eine eindeutige Zuordnung der Zahlung durch die zuständige Kasse oder Zahlstelle sichergestellt sein.“

cc) Der bisherige Satz 3 wird Satz 4.

c) In § 7 Abs. 1 wird die Angabe „(§ 5 Abs. 2 JBeitrO)“ durch die Angabe „(§ 5 Abs. 2 JBeitrG)“ ersetzt.

d) In § 8 Abs. 3 wird die Angabe „§§ 6 ff. JBeitrO“ durch die Angabe „§§ 6 ff. JBeitrG“ ersetzt.

e) In § 8 Abs. 5 wird die Angabe „(§ 6 Abs. 2 JBeitrO)“ durch die Angabe „(§ 6 Abs. 2 JBeitrG)“ ersetzt.

f) § 18 Abs. 1 Satz 1 erhält folgende Fassung:
„Geldzahlungen, die Zahlungspflichtigen nach § 56b Abs. 2 Nr. 2, § 57 Abs. 3 Satz 1 StGB, § 153a StPO, § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, §§ 23, 29, 45 und 88 Abs. 6 JGG oder anlässlich eines Gnadenerweises auferlegt sind, werden nicht mit Zahlungsaufforderung (§ 5 Abs. 1) eingefordert.“

II

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 15. August 2024 in Kraft.

Kiel, 31. Juli 2024
Otto Carstens
(Staatssekretär)

Besetzung des Justizprüfungsamtes für die staatliche Pflichtfachprüfung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig

Vfg. d. Vors. d. JPA vom 11. Juli 2024 – 2232 E – 348
(SchlHA 2024 S. 314)

Zu weiteren Mitgliedern für den bis zum 31.12.2026 laufenden Prüfungsabschnitt sind berufen worden: Ri’inOLG *Dr. Geelke Otten.*

Besetzung des Justizprüfungsamtes für die staatliche Pflichtfachprüfung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig

Vfg. d. Vors. d. JPA vom 17. Juli 2024 2232 E – 350 –
(SchlHA 2024 S. 314)

Zu weiteren Mitgliedern für den bis zum 31.12.2026 laufenden Prüfungsabschnitt sind berufen worden: RiLG *Timo Fuchs,* Ri *Dr. Svend-Bjarne Beil*, Ri *Dr. Timm Wüstenberg*.“

Besetzung des Justizprüfungsamtes für die staatliche Pflichtfachprüfung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig

Vfg. d. Vors. d. JPA vom 29. Juli 2024 - 2232 E – 351-
(SchlHA 2024 S. 315)

Zum weiteren Mitglied für den bis zum 31.12.2026 laufenden Prüfungsabschnitt ist berufen worden: RiArbG *Dr. Christian Moraw*.

III. Personalnachrichten

Oberlandesgericht

Ernannt: Zum Justizobersekretär: Erster Justizhauptwachtmeister *Matthias Alexander*.

Zum Ersten Justizhauptwachtmeister der Besoldungsgruppe A7 mit Amtszulage: Erster Justizhauptwachtmeister *André Neuwald*.

Versetzt: Justizobersekretärin *Lena Catharina Bremer* vom Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht an das Amtsgericht Rendsburg.

Gerichte

Versetzt: Justizobersekretär *Jarek Hoffmann* vom Amtsgericht Meldorf an das Amtsgericht Schleswig; Justizobersekretärin *Jana Höhle* vom Amtsgericht Lübeck an das Amtsgericht Kiel; Justizobersekretärin *Lena Jarmer* vom Amtsgericht Rendsburg an das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht; Justizobersekretärin *Bentje Frahm* vom Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht an das Amtsgericht Husum; Justizamtsinspektorin *Melanie Grewe* vom Amtsgericht Pinneberg an das Landgericht Kiel; Justizhauptsekretär *Lars Krayenhaide* vom Landgericht Kiel an das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtsinspektorin *Kirsten Hansen-Carstens*, Amtsgericht Schleswig; Justizamtsinspektorin *Andrea Hamann,* Amtsgericht Neumünster; Justizamtsrätin *Claudia Kasimir,* Amtsgericht Ahrensburg; Erster Justizhauptwachtmeister *Reinhard Ewald Speiser,* Amtsgericht Neumünster; Erste Justizhauptwachtmeisterin *Jessica Roselius,* Amtsgericht Schleswig.

Eintritt in den Ruhestand: Erster Justizhauptwachtmeister *Wolfgang Stanislaus Starystach,* Amtsgericht Niebüll.

Staatsanwaltschaften

Versetzt: Erster Justizhauptwachtmeister *Andrè Neuwald* von der Generalstaatsanwaltschaft zum Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht.

Notare:

Ernannt: Zum Notar: *Wolf Dietrich Witte,* Mölln; *Dr. Stefan Erich Pickert*, Itzehoe.

Notaramt erloschen: *Karin Brinkmann,* Reinbek; *Eberhard Schreiber*, Itzehoe; *Michael Schlüter,* Schleswig; *Stefan Bernd Wolter,* Pinneberg.

IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJG vom 1. August 2024 (II 332/5112-E-1-100)
(SchlHA 2024 S. 315)

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.

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

Bewerbungen werden erbeten binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung. Gleichzeitig wird um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift gebeten.

Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der Besoldungsgruppe R 5 für eine Präsidentin oder einen Präsidenten des Landgerichts bei dem Landgericht Lübeck.

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 bereits 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.

Justizinterne Stellenausschreibung

Bek. d. Präs. d. SchlHOLG v. 18. Juli 2024 (5112 Ee - 92)
(SchlHA 2024 S. 315)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

einer Stelle der Besoldungsgruppe A7 für eine

Justizobersekretärin
bzw. einen Justizobersekretär (m/w/d) bei dem Landgericht Itzehoe.

Die Ausschreibung richtet sich an Beamtinnen und Beamte der Laufbahngruppe 1, 1. Einstiegsamt, Fachrichtung Justiz, die eine festgelegte Funktionsstelle in der Justizverwaltung innehaben. Die Beamtin oder der Beamte muss sich für einen Zeitraum von mindestens drei Dienstjahren ab der Ernennung zur Beamtin oder zum Beamten auf Lebenszeit in ihrer oder seiner bisherigen Tätigkeit innerhalb des Justizwachtmeisterdienstes durch überdurchschnittliche Leistungen bewährt haben.

Die ausgeschriebene Funktionsstelle umfasst die Mitarbeit in der IT-Stelle des Landgerichts Itzehoe mit folgenden Aufgaben:

- Serverdienste
  – Einrichten, Ändern, Freigeben und Löschen von Verzeichnissen und Dateien
  – Pflege der Diktiergeräte und Digta-Nutzerdatenbank
  – Berechtigungs- und Identitätsmanagement für die Nutzung landesweiter Dienste
  – Beseitigung von Störungen (1st-Level)
- Systempflege von
  a) Druckservern
  – Einrichten und pflegen der logischen Drucker
  – Erteilung von Freigaben, Drucke im Störfall umleiten
  – Umleitungen aufheben
  – Drucker-Treiberinstallation und Konfiguration.
  b) Dateimanagement, Benutzer- und Computerkonten (AD)
  – Anlegung von neuen Verzeichnissen innerhalb festgelegter Strukturen
  – Dateipflege mit Blick auf Aufbewahrungsfristen, Archiviervorgaben und Datenschutz
  – Vergabe von Zugriffsberechtigungen durch Gruppenmitgliedschaften
  – Anlegung und Pflege von Benutzergruppen
  – Löschen von Benutzerdaten nach Beauftragung.
- Datenschutz und Datensicherheit
  – Mitwirkung bei Planung und Einführung von Sicherheitsmaßnahmen
  – Mitwirkung bei der Prüfung von Sicherheitsmaßnahmen
  – Datenlöschung bzw. Datenträgervernichtung gem. DIN-66399
  – Überwachung der Nutzung privater IT-Geräte für den dienstlichen Gebrauch gem. Abschnitt II Ziffer 14 IT-Betrieb-DV
  – Sicherung tragbarer IT-Geräte gem. Abschnitt II Ziffer 15 IT-Betrieb-DV
- Administration und Konfiguration der gerichtlichen IT-(Fach-) Anwendungen einschließlich der Nutzerberechtigung
- Durchführung und Planung von Schulungsmaßnahmen
- Aufbau, Installation und Betreuung von Windows Clients
- Proaktive Anwenderbetreuung, -beratung und -anleitung
- Analyse, Beseitigung und Meldung von Störungen
- Inventarisierung von Software und Hardware
- Clearingstelle
- Beschaffung von IT-Bedarf
- Teilnahme an der dienststellenübergreifenden Vertretung der IT-Stellen außerhalb der Funktionszeiten
- Weitere IT-Angelegenheiten gem. besonderer Weisung

Für die Beförderung zur Justizobersekretärin/zum Justizobersekretär muss die Beamtin oder der Beamte sich in einem zusammenhängenden Zeitraum von mindestens zwei Jahren durch selbständige Tätigkeiten auf der ausgeschriebenen herausgehobenen Funktionsstelle bewähren und innerhalb der vorgenannten Bewährungszeit an theoretischen Fortbildungsveranstaltungen für die in der jeweiligen Funktion erforderlichen Fähigkeiten, insbesondere in den Bereichen Führungskräftefortbildung, IT-Fortbildung und Fortbildungen im Sicherheitsmanagement, von insgesamt mindestens 150 Stunden Dauer teilnehmen (§ 15 JWLAVO).

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Wir streben in allen Beschäftigtengruppen eine chancengleiche Beteiligung von Frauen an. Daher werden Frauen im Falle einer Unterrepräsentation bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung des MJEVG vom 25.03.2020 (II 334/5112-2-1).

Ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen und eine Einverständniserklärung zur Einsichtnahme in Ihre Personalakte, reichen Sie bitte bis zum **15. August 2024** auf dem Dienstweg ein, gerne in elektronischer Form an das entsprechende Verwaltungspostfach.

Die Bewerbungen sind mit einer Stellungnahme und einer aktuellen dienstlichen Beurteilung des Dienstvorgesetzten vorzulegen.

Bei Bewerbungen in Papierform bitten wir um Übersendung von Kopien, da die Bewerbungsunterlagen nicht zurückgesandt werden.

Gleichzeitig wird um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift und um Mitteilung gebeten, ob Einverständnis mit der Einsichtnahme in die Personalakte durch die zuständige Personalvertretung, die Gleichstellungsbeauftragte sowie gegebenenfalls zu beteiligende Stellen im Widerspruchsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren besteht.

Auf die Vorlage von Lichtbildern/Bewerbungsfotos verzichten wir ausdrücklich und bitten, hiervon abzusehen.

Für beamten- oder tarifrechtliche Fragen sowie Fragen zum Verfahren steht Ihnen die Geschäftsleiterin
des Landgerichts Itzehoe, Frau Birte Neuhoff (Birte.Neuhoff@LGItzehoe.landsh.de) (Tel. 04821/66-1010) oder die Sachbearbeiterin beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht Frau Inga Nielsen (Inga.Nielsen@olg.landsh.de) (Tel. 04621/86-1329), gern zur Verfügung.

Justizinterne Stellenausschreibung

Bek. d. Präs. d. Schl.-Holst. Oberverwaltungsgerichts
v. 18. Juli 2024 – 201-E-2-329
(SchlHA 2024 S. 316)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von:

1 Stelle der BesGr. A 12 für eine Justizamtsrätin bzw. einen Justizamtsrat bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgericht.

Der Einsatz ist vorgesehen in der Gerichtsverwaltung und im Bereich der Kostenfestsetzung in verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Wünschenswert sind Verwaltungserfahrung und -kenntnisse, insbesondere in den Bereichen Personalverwaltung, Fortbildung, Modernisierungsprojekte und elektronische Datenverarbeitung.

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Allgemeine Verfügung über Stellenausschreibungen und Bewerbungen im Bereich der Gerichte und Staatsanwaltschaften vom 25. März 2020 (SchlHA 2020, S. 142) verwiesen. Insbesondere bitte ich zu erklären, ob Einverständnis mit der Einsichtnahme in die Personalakte durch die zuständige Personalvertretungen besteht. Gleichzeitig wird um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift gebeten.

Bewerbungen auf dem Dienstweg werden erbeten bis zum **10. August 2024.**

Ihre personenbezogenen Daten werden zur Durchführung des Bewerbungsverfahrens auf der Grundlage des § 85 Absatz 1 des Landesbeamtengesetzes und § 15 Absatz 1 des Landesdatenschutzgesetzes verarbeitet. Weitere Informationen können Sie unseren Datenschutzbestimmungen entnehmen.

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

§ 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6, 27 EG-FGV

1. **Es handelt sich um eine unzulässige Abschalteinrichtung, wenn bei einem Dieselmotor mit SCR-Katalysator auf dem Prüfstand die AGR-Rate auch nach Erreichen der Betriebstemperatur des SCR-Katalysators hochgehalten wird, während sie im normalen Fahrbetrieb mit zunehmender Wirkung des SCR-Katalylsators sukzessive heruntergesetzt wird.**
2. **Ein schuldausschließender unvermeidbarer Verbotsirrtum liegt nicht schon dann vor, wenn bei Offenlegung aller Umstände der Abgasreinigungsstrategie die zuständige Behörde eine Typgenehmigung erteilt hätte. Notwendig ist auch in diesem Fall zunächst, dass die verantwortlichen Organe des die Genehmigung beantragenden Herstellers einem Irrtum hinsichtlich der Zulässigkeit der verwendeten Reinigungsstrategie unterlagen. Die Darlegungslast trägt insoweit der Hersteller (Anschluss an BGH v. 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, bei juris Tz. 13f; BGH v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 59ff).**
3. **Bei der Bemessung des Differenzschadens ist auch zu berücksichtigen, ob das Fahrzeug mit der unzulässigen Abschalteinrichtung besonders hoch motorisiert ist oder über einen eher schwachen Motor verfügt. Je höher die Motorleistung ist, um so eher ist anzunehmen, dass diese bei Erwerbsinteressenten im Vordergrund steht und nicht das Emissionsverhalten des Fahrzeugs. Bei sehr leistungsstarken Fahrzeugen ist der Schaden somit als an der unteren Grenze des vom BGH gezogenen Rahmens liegend zu schätzen.**

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Urteil v. 30. Januar 2024 – 3 U 148/22 –, Dr. Wi.

Der Kl. verlangt nach Weiterveräußerung eines von ihm gekauften, von der Bekl. hergestellten Wagens mit Dieselmotor Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen Kaufpreis abzüglich gezogener Nutzungsvorteile und Veräußerungserlös. Auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen und ergänzt:

Von der Bekl. hergestellte und verbaute Motoren des Typs XXXX8 mit SCR-Katalysator verfügten jedenfalls bis Oktober 2015 über eine den Prüfzyklus erkennende Fahrkurvenerkennung und eine an die Erkennung knüpfende Umschaltstrategie hinsichtlich der Emissionsbehandlung. Ab Motorstart war die AGR-Rate hoch, AdBlue wurde in den SCR-Katalysator schon bei 130° C eindosiert und auch nach Erreichen der Betriebstemperatur des SCR-Katalysators blieb die AGR-Rate hoch. Außerhalb des Prüfstands im realen Straßenbetrieb begann die Zuführung von AdBlue bei 150° C und wurde die AGR-Rate nach Erreichen der Betriebstemperatur des SCR-Katalysators abgesenkt. Die Verwendung der Fahrkurvenerkennung für eine unterschiedliche Steuerung des MSG räumte die Bekl. gegenüber dem KBA im Oktober 2015 ein. Sie informierte das KBA auch, entsprechend einer internen Applikationsanweisung die Fahrkurvenerkennung bei Fahrzeugen mit Produktionsstart bzw. Modellpflege ab KW 22/2016 zu entfernen, bei früher gestarteten bzw modellgepflegten Fahrzeugen entweder auszubedaten oder zu entfernen. Dies sowie die Verwendung eines Thermofensters beanstandete das KBA nicht. Der Kl. kaufte am 27.02.2017 für 28.750,00 € als Gebrauchtwagen einen am 22.04.2015 typgenehmigten, von der Bekl.in den Verkehr gebrachten und erstmals im Oktober 2015 zugelassenen T. mit einem Motor der Baureihe XXXX8 bei einer Laufleistung von 8800 km. Der Wagen fällt unter die Euro6 und hat einen SCR-Katalysator sowie ein Thermofenster. Er verfügt über umfangreiche Sonderausstattung wie Panoramadach, Xenon-Licht, Allradantrieb, Chrompaket, Fahrerassistenzpaket, LED-Tagfahrlicht, Leichtmetallräder, Spurhalteassistent, Standheizung, Verkehrszeichenerkennung u.a.m. (zum Umfang im Detail wird auf die Anlage K1 Bezug genommen, Listenneupreis der Zusatzausstattungen 7646,00 €). Er verfügt über eine Fahrkurven- bzw. Zykluserkennung. Ein Rückruf des KBA ist für diesen Wagen nicht erfolgt.

Der Kl. schloss am 30.03.2022 einen Vertrag über einen Neuwagenkauf mit Inzahlunggabevereinbarung wegen des T. für 11.800,00 €. Am 28.10.2022 betrug die Fahrleistung 82479 km, am 18.10.2023 dann 98296 km.

Der Kl. hat verschiedene Abschalteinrichtungen gerügt und wegen dieser einen Ersatzanspruch geltend gemacht, nämlich Thermofenster, die Beeinflussung der Funktion von AGR und SCR durch die Fahrkurvenerkennung, Manipulation des OBD und eine unterschiedliche Getriebeschaltpunktsteuerung aufgrund eines Warmlaufschaltprogramms, das unter normalen Betriebsbedingungen nie zum Einsatz komme.

Im Hinblick auf die Fahrkurvenerkennung habe die Bekl. zwar dem KBA zugesagt, die Umschaltfunktion aus den Fahrzeugen mit XXXX8 zu entfernen, es allerdings darüber getäuscht, dass die Umschaltung hinsichtlich des SCR-Katalysators in veränderter Form beibehalten worden sei bis zumindest April 2018. Auf dem Prüfstand bleibe nach wie vor die AGR-Rate auch nach Beginn der SCR hoch. Sie werde nicht wie auf der Straße heruntergeregelt. Dadurch sei das Ausgangsemissionsniveau vor SCR auf dem Prüfstand niedriger als im Realbetrieb. Weil aber trotzdem auch auf dem Prüfstand noch Emissionen gemessen werden könnten, stehe fest, dass der SCR-Kat diese nicht vollständig neutralisieren könne. Dann aber sei im Realbetrieb der Emissionsausstoß letztlich höher als im Prüfstandsbetrieb.

Die Bekl. habe zielgerichtet sicherzustellen versucht, die Grenzwerte auf dem Prüfstand einzuhalten oder zumindest zu schönen und dazu die Abgasreinigung manipuliert.

Die Bekl. hat vorgetragen, sie habe das KBA Ende 2015 über die (ursprünglich verwendete) Fahrkurvenerkennung informiert. Das KBA habe danach den Motor XXXX8 umfangreich untersucht und keine Abschalteinrichtung gefunden. Die Fahrkurvenerkennung habe keine grenzwertrelevanten Veränderungen ausgelöst. Im November 2015 habe die Bekl. vorgesehen, künftig die Fahrkurve bei neu in Produktion gehenden Modellen nicht mehr zu verwenden. Bereits in Produktion befindliche Modelltypen hätten weiterhin mit Fahrkurvenerkennung produziert werden können. Die an die Fahrkurvenerkennung geknüpften Funktionen seien weder unzulässige Abschalteinrichtung noch begründeten sie einen Sittenwidrigkeitsvorwurf.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Einen Anspruch aus §§ 826, 31 BGB hat es verneint, weil ein objektiv sittenwidriges Handeln der Bekl. nicht allein daraus abgeleitet werden könne, dass in einem Fahrzeug die Abgasemissionen beeinflussende und möglicherweise unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorhanden seien. Soweit die Fahrkurvenerkennung in Abweichung vom Normalbetrieb mit einer die Emissionen auf dem Prüfstand reduzierenden Funktion verbunden sei, begründe das noch keine Sittenwidrigkeit. Vielmehr sei für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als sittenwidrig in einer Gesamtschau dessen Gesamtcharakter bis zum Eintritt des Schadens beim konkret Geschädigten zu ermitteln. Das Verhalten sei hier nicht sittenwidrig, weil die Bekl. dieses noch vor Eintritt des Schadens nach außen erkennbar geändert habe. Sie hätte bereits 2015 gegenüber dem KBA die Fahrkurvenerkennung offengelegt, ihr Verhalten also nach außen erkennbar verändert, bevor der Kl. sein Fahrzeug 2017 erworben habe.

Es sei auch schon unklar, ob das Auto des Kl. mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 S. 1 der VO(EG) Nr. 715/2007 ausgestattet sei. Die Bekl. gehe davon aus, dass die Fahrkurvenerkennung keine unzulässige Abschalteinrichtung sei, weil das Fahrzeug auch ohne diese die maßgeblichen NOx-Grenzwerte einhalte. Dies werde dadurch gestützt, dass das KBA den Motortyp XXXX8 über längere Zeit umfangreich geprüft habe, auch knapp außerhalb der gesetzlichen Testbedingungen und im realen Fahrbetrieb mit dem Ergebnis, dass sich die Messwerte der verschiedenen Versuchsreihen nicht wesentlich unterschieden und die Ergebnisse auch der weiteren Versuchsreihen regelmäßig unterhalb der Grenzwerte gelegen hätten. Es sei zu dem Schluss gekommen und habe bestätigt, dass der Motor XXXX8 nicht mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet sei. Im Übrigen seien für Fahrzeuge mit dem Motor XXXX8 und den Parametern wie beim klägerischen Fahrzeug, anders als bei dem Motortyp XXXX9, durch das KBA weder ein Rückruf der Fahrzeuge verpflichtend verlangt noch sonst Nebenbestimmungen erlassen worden. Es sei davon auszugehen, dass das KBA seine Prüfungen so auf sämtliche Baureihen des Motortyps XXXX8 erstreckt habe, dass belastbare Aussagen für sämtliche Fahrzeugtypen mit Motoren dieses Typs getroffen werden könnten. Unerheblich sei, ob die Bekl. dem Kraftfahrtbundesamt sämtliche Funktionsweisen der Abgassteuerung offengelegt habe. Dieses wäre nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gehalten gewesen, sich durch Nachfrage in die Lage zu versetzen, die Abschalteinrichtungen im Fahrzeug auf Zulässigkeit zu prüfen.

Eine unzulässige Abschalteinrichtung läge bei einer Manipulation des OBD-Systems nicht vor, da das System auf die Abgasentwicklung keinen Einfluss nehme.

Ein Anspruch aus § 831 BGB scheitere am fehlenden Vorsatz der Bekl..

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 5 Abs. 1 der Verordnung (EG) 715/2007 scheide aus, weil die Regelungen jedenfalls nicht das hier betroffene Interesse des individuellen Kunden schützten, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verpflichtung veranlasst zu werden, und auch nicht dessen wirtschaftliches Selbstbestimmungsrecht. Die durch den EuGH zu beantwortende Frage, ob ein Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung i.S.d. VO(EG) Nr. 715/2007 und ein so ausgestattetes Fahrzeug nicht kaufvertragsgemäß im Sinn der Richtlinie 1999/44/EG sei, beeinflusse nicht die Beurteilung der Frage, ob damit dem Käufer (auch) ein gegen den Hersteller gerichteter Anspruch auf (Rück-)Abwicklung eines mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrags zustehen solle.

Dagegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Kl. Hauptansatzpunkt des Kl. sei nicht das Thermofenster, sondern das an die Zykluserkennung knüpfende abweichende Abgasverhalten gewesen. Es gehe dabei nicht um nennenswerte Veränderungen, sondern um eine gezielte Schönung der Werte. Auf Grenzwertkausalität komme es nicht an, zumal diese auch beim XXXX9 nicht unbedingt gegeben gewesen sei, was aber nichts an der Einschätzung als unzulässige Abschalteinrichtung geändert habe. Aus von der DUH veröffentlichten Unterlagen des Zulieferers Z vom 02.10.2015 ergäben sich 44 Funktionen, die teilweise von den Fahrzeugherstellern beauftragt worden seien, die Veränderungen der Steuerung im Prüfstandsbetrieb gegenüber dem Normalbetrieb bewirkten. Z habe darauf hingewiesen, dass diese ein besonderes Potential für nicht behördenkonforme Applikation böten. Designelemente seien auf Wunsch der Bekl. appliziert worden. Es habe eine Funktion zur Modellierung der NOx-Rohemissionen für die Steuerung der AdBlue-Dosierung für den Fall gegeben, dass kein NOx-Sensor vor dem SCR-Katatylasator verbaut sei mit der Gefahr, dass bei falscher Modellierung die Harnstoffdosierung übermäßig reduziert werde. Weiter habe es die Funktion Abgasheizen gegeben zum Aufheizen des SCR-Katalysators bei Kaltstart. Obwohl Bosch schon 2009 vor unabgestimmter Verwendung einer solchen Software gewarnt habe, habe die Bekl. die Funktion ohne Abstimmung mit dem KBA genutzt. Grenzwertkausalität sei seinerzeit nicht als Rechtfertigung in Erwägung gezogen worden. Die Bekl. habe nicht gewusst, wie stark sie einwirke. Die Fahrkurve habe so im Vergleich zum Realbetrieb ein verbessertes Abgasverhalten bewirkt. Schon 2006 sei nach Lösungen zur Einsparung von AdBlue gesucht worden und durch die Software sichergestellt worden, dass die Realbetriebssteuerung nicht im NEFZ wirksam werde. Die Harnstoffdosierung erfolge zwischen zwei Zeit-Weg-Diagramm-Kurven im NEFZ anders als außerhalb dieser. Das System habe nach der Z-Präsentation aus dem Jahr 2009 so ausgelegt werden können, dass die SCR-Funktion im Abgasmesszyklus den gesetzlichen Anforderungen entspreche und in allen normalen Fahrbetriebszuständen deutlich weniger Harnstoff eingespritzt werde, was die Nachtankintervalle verlängere und die Geruchsbelästigung reduziere.

Die Bekl. habe gegenüber dem KBA Umschaltsteuerungen erst verneint, später eingeräumt. Dann habe sie sich entschlossen, die Fahrkurve zu entfernen. Der Kl. beruft sich auf die Applikationsanweisung Diesel für den XXXX8 SCR vom 18.11.2015. Auf diese wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen. Der Kl. behauptet, sie enthalte keine volle Funktionsbeschreibung der Zykluserkennung. Das KBA wisse bis heute nicht, dass durch die Fahrkurve nach Erreichen der für

die Funktionsfähigkeit des SCR erforderlichen Temperatur die hohe AGR-Rate auf dem Prüfstand anders als im Straßenbetrieb beibehalten werde mit der Folge niedrigerer NOx-Emissionen auf dem Prüfstand. Die AGR-Rate bleibe bis heute auf dem Prüfstand hoch. Die Bekl. habe das KBA also zweimal getäuscht, zunächst im Zulassungsverfahren und dann bei der Aufklärung, weil sie das Beibehalten der hohen AGR-Rate im NEFZ verschwiegen habe. Das sei nicht nur durch die Fahrkurvenerkennung gesteuert worden, sondern auch durch physikalische Randbedingungen, wie es die Bekl. genannt habe, nämlich Luftdruck, Temperatur, Ruhezeit nach dem Precon, Geschwindigkeits- und Beschleunigungsparameter.

Die Bekl. habe mit Verwendung einer Abschalteinrichtung objektiv sittenwidrig gehandelt, der Vorstand oder zumindest entscheidungsbefugte verfassungsmäßige Vertreter Kenntnis gehabt und die Ziele der Abschalteinrichtung, die Kunden zu täuschen und zu Vermögensdispositionen zu veranlassen, gebilligt. Die Bekl. habe dann mit der Applikationsanweisung die Ausbedatung der unzulässigen Abschalteinrichtungen angeordnet auch für den XXXX8 und habe diese heimlich vorgenommen, weshalb XXXX8-Fahrzeuge ab Mitte 2016 verhältnismäßig positive Testergebnisse erzielt hätten. Das KBA habe seinerzeit nicht selbständig ermittelt, ob Abschalteinrichtungen vorhanden seien, sondern seinen Prüfungen nur die Angaben der Hersteller im Beschreibungsbogen zur Typengenehmigung zugrunde gelegt.

Manipulationen der Bekl. zeigten sich auch daran, dass ein Passat 2.0l XXXX8 unter RDE-Bedingungen einen Wert erreicht habe, der den NEFZ-Wert deutlich unterschreite. Demgegenüber habe ein baugleicher Audi A6 deutlich höhere NOx-Werte gehabt, fast das 8-fache des Passats. Weiter zeige ein Vergleich mit dem XXXX9-Motor, dass das KBA bei einem Golf mit XXXX9 eine unzulässige Abschalteinrichtung angenommen habe, während es das bei einem Golf mit XXXX8, bei dem das Verhältnis von NEFZ-kalt zu NEFZ-Straße wesentlich schlechter gewesen sei als beim XXXX9, nicht getan habe. Auch bei weiteren Abweichungen von Tests gegenüber dem NEFZ habe der XXXX8 deutlich schlechter abgeschnitten als der XXXX9.

Der Kl. hat im Berufungsverfahren zunächst weiterhin Kaufpreisrückzahlung abzüglich Nutzungsentschädigung verlangt. Nunmehr verlangt er noch einen Differenzschaden in Höhe von 8.114,12 € nebst Zinsen sowie außergerichtliche Rechtsanwaltskosten. Im Übrigen erklärt der Kl. den Rechtsstreit für erledigt. Die Bekl. beantragt die Zurückweisung der Berufung. Die Bekl. erwidert, das KBA habe für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp bestätigt, dass keine unzulässige Abschalteinrichtung zum Einsatz komme. Das Fahrzeug hätte auch ohne Fahrkurvenerkennung die gesetzlichen Grenzwerte eingehalten. Grenzwertrelevanz sei zwingende Voraussetzung einer unzulässigen Abschalteinrichtung. Die im streitgegenständlichen Fahrzeug hinterlegte Fahrkurvenerkennung bewirke, dass auch nach Erreichen der Betriebstemperatur des SCR-Katalysators von 200° C die Umschaltung von der NOx-Low-Betriebsart (AGR-Rate hoch) auf die NOx-High-Betriebsart im NEFZ unterbunden werde. Die frühere Eindosierung von AdBlue habe keine Auswirkungen auf die NOx-Emissionen während des NEFZ. Die Fahrkurvenerkennung sei dem KBA bereits am 02.10.2015 mitgeteilt worden. Dann seien umfangreiche Gespräche zur Erörterung der Erkennung und ihrer Auswirkungen erfolgt. AdBlue werde auf dem Prüfstand nicht anders als auf der Straße dosiert. Es gebe keine Heizmaßnahme für den Kataylsator. Das OBD-System sei nicht manipuliert. Eine Fahrkurvenerkennung sei selbst bei Annahme einer unzulässigen Abschalteinrichtung nicht sittenwidrig. Die Verwendung des Thermofensters sei weder unzulässig noch sittenwidrig. Der XXXX8 verfüge anders als der XXXX9 nicht über eine gekühlte Hochdruck-AGR, sondern über eine ungekühlte Hochdruck-AGR und eine gekühlte Niederdruck-AGR. Diese andere Technik erlaube das weite von -24° bis +70° C reichende Thermofenster. Sie habe darüber das KBA im Januar 2016 im Rahmen eines Technikworkshops informiert. Dieses habe keine Beanstandungen erhoben. Die Bekl. treffe jedenfalls kein Verschulden, weil bei ihr ein unvermeidlicher Verbotsirrtum aufgrund hypothetischer Genehmigung vorgelegen und sie ihr Verhalten geändert habe. Das KBA hätte die an die Fahrkurvenerkennung knüpfende Funktion seit 2007 für zulässig angesehen, was sich daran zeige, dass das KBA nach Information Ende 2015 mit dem von der Bekl. vorgestellten Vorgehen einverstanden gewesen sei und keine weiteren Maßnahmen verlangt hätte, weil es die Grenzwertkausalität als unverzichtbaren Bestandteil des Verbots von Abschalteinrichtungen schon seit 2007 ansehe, wie es auch mit Schreiben vom 10.05.2022 auf Anfrage der Anwaltskanzlei P mitgeteilt habe. Auf diese Einschätzung habe die Bekl. vertrauen dürfen. Bereits vor dem Kauf durch den Kl. sei die Diesel-Thematik öffentlich bekannt geworden, habe die Bekl. das KBA informiert, in Neufahrzeugen die Beseitigung der Fahrkurvenerkennung veranlasst und Software-updates für zuvor zugelassene Fahrzeuge in Abstimmung mit dem KBA entwickelt. Bei Fahrzeugen mit SCR-Katalysator habe die Fahrkurve entfernt werden sollen, wenn sowieso auf die Emissionen bezogene Änderungen am MSG oder am OBD geplant gewesen seien. Im Juli 2016 habe die Bekl. dann entschieden, bei allen XXXX8-Fahrzeugen die Fahrkurve anlässlich von Software-Änderungen ab KW 04/2018 zu entfernen. Halter seien dazu angeschrieben worden.

Der Kl. habe keinen Schaden. Eine pauschalierte Schadensschätzung sei nicht zulässig. Der Wagen habe keinen softwarebedingten Minderwert. Es drohe keine Betriebsbeschränkung seitens des KBA. Der Wagen des Kl. habe einen Restwert von 15.421,00 €. Für die Nutzungsvorteilsanrechnung sei von einer Gesamtlaufleistung von nicht mehr als 250.000 km auszugehen.

Nach Erörterung in der Verhandlung hat der Senat der Bekl. Gelegenheit gegeben, dazu vorzutragen, ob zum Erwerbszeitpunkt ihre Vorstandsmitglieder oder Ressortverantwortlichen einem Irrtum über die Zulässigkeit der Verwendung einer Fahrkurve mit Auswirkungen auf die Emissionen des Fahrzeugs insbesondere zur Grenzwertkausalität unterlagen. Die Bekl. hat mit Schriftsatz vom 10.01.2024 Stellung genommen. Wegen dessen Inhalts wird Bezug genommen.

Den nicht nachgelassenen Schriftsatz des Kl. vom 10.01.2024 hat der Senat zur Kenntnis genommen.

Aus den Gründen

Die Klage ist mit dem zuletzt gestellten Antrag teilweise begründet.

1. Der Kl. hat nach der Rechtsprechung des BGH (grundlegend BGH v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2263f, Rn. 29ff) einen Anspruch auf Erstattung der Differenz, die sich aus dem gezahlten Kaufpreis und dem geringeren Wert des mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Wagens aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, 27 EG-FGV ergibt und die 10% des Kaufpreises beträgt. Denn die Bestimmungen der § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, die das Interesse des Fahrzeugkäufers gegenüber dem Fahrzeughersteller wahren, nicht durch den Kaufvertragsabschluss eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden,

weil das Fahrzeug entgegen der Übereinstimmungsbescheinigung eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufweist. Gegen diese Bestimmungen hat die Bekl. rechtswidrig und schuldhaft verstoßen.

a) Die von der Bekl. erteilte Übereinstimmungsbescheinigung war falsch, weil das vom Kl. im Vertrauen auf deren Richtigkeit gekaufte Auto mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet und in den Verkehr gebracht worden war. Unstreitig verwendete die Bekl. eine Fahrkurvenerkennung beim XXXX8 SCR jedenfalls bei den bis Herbst 2015 hergestellten und in Verkehr gebrachten Fahrzeugen. Die Erkennung selbst ist zwar noch keine Abschalteinrichtung, die Bekl. knüpfte an diese aber ein anderes Verhalten der Abgasreinigung im NEFZ gegenüber dem Normalbetrieb unter üblichen Bedingungen. Nach ihrem eigenen Vortrag bewirkt die hinterlegte Fahrkurvenerkennung, dass auch nach Erreichen der Betriebstemperatur von 200° C des SCR-Katalysators die sonst erfolgende Umschaltung von der NOx-Low-Betriebsart (AGR-Rate hoch) auf die NOx-High-Betriebsart im NEFZ unterbunden wird. Weiter wird mit der Eindosierung von AdBlue nicht erst ab 150° C, sondern schon ab 130° C begonnen. Auch wenn letzteres ohne Auswirkungen auf die NOx-Emissionen während des NEFZ bleiben soll, wie die Bekl. geltend macht, so ist doch die Emissionsbehandlung auf dem Prüfstand eine andere als außerhalb der Prüfstandssituation bei üblichen Betriebsbedingungen.

Es handelt sich um eine Abschalteinrichtung, weil auf dem Prüfstand im NEFZ die AGR-Rate auch nach Erreichen der Betriebstemperatur des SCR-Katalysators hochbleibt, während sie im normalen Fahrbetrieb, mithin unter normalen Betriebsbedingungen mit zunehmender Wirkung des SCR-Katalysators abgesenkt, mithin sukzessiv abgeschaltet, wird. Der hier betroffene Wagen wurde im Oktober 2015 erstzugelassen, noch bevor die Bekl. bei Neufahrzeugen die Fahrkurvenerkennung deaktivierte. Das erfolgte nämlich nach ihrer Applikationsanweisung für Fahrzeuge mit XXXX8 und SCR erst ab KW 22/2016 und auch dann nur für Fahrzeuge mit Produktionsstart (SoP) bzw. Modellpflege ab diesem Zeitpunkt. Dass der Wagen in der Zeit nach Erstzulassung und vor Erwerb durch den Kl. ein update erhalten hätte, das die Fahrkurvenerkennung deaktivierte, ist nicht vorgetragen. Danach war der Wagen bei Erwerb durch den Kl. noch mit einer Abschalteinrichtung ausgestattet, weil das Abgasreinigungssystem auf dem Prüfstand anders arbeitete als auf der Straße.

Unzulässig war diese Regelung der Abgasreinigung, weil die emissionsmindernde Wirkung deswegen im Normalbetrieb - wenn auch nicht notwendigerweise grenzwertrelevant - nach dem insoweit als unstreitig anzusehenden Vortrag des Kl. geringer war als auf dem Prüfstand.

Das ergibt sich allerdings nicht schon aus der Überlegung des Kl., weil die Rohemissionen bei niedrigerer AGR-Rate im Normalbetrieb höher seien, müssten die Emissionswerte auch im Endergebnis nach SCR höher sein, weil die SCR nicht alles beseitigen könne. Die Argumentation ist nicht stichhaltig, weil nicht vorgetragen ist, in welchem Maße die SCR zu einer Reduktion der NOx-Emissionen führt. Denkbar ist eine nur relative Veränderung - dann wäre die Auffassung des Kl. wohl richtig - aber auch eine Reinigung bis zu einer bestimmten Untergrenze im Rahmen einer chemisch so genannten Gleichgewichtsreaktion. Dann könnte auch bei höheren Ausgangsemissionen in jedem Fall durch mehr oder weniger NH3-Verbrauch ein bestimmter Sockelbetrag bei den Emissionswerten erreicht werden. Der Kl. hat für seinen Vortrag auch keinen geeigneten Beweis angeboten. Für die Reduktion der emissionsmindernden Wirkung der an die Fahrkurvenerkennung knüpfenden Funktion trägt er aber als anspruchsbegründende Tatsache die Beweislast. Soweit der BGH (v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, bei juris Tz. 54) ausführt, der Bekl. als Anspruchsgegnerin obliege die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschalteinrichtung zulässig sei, weil nach dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 5 Abs. 2 VO(EG) Nr. 715/2007 die Verwendung einer Abschalteinrichtung grundsätzlich unzulässig und nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO(EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig sei, steht das dem nicht entgegen. Denn der BGH hatte die emissionsverändernde Wirkung zuvor bereits bei der Subsumtion des Merkmals Abschalteinrichtung geprüft, die aber zur Darlegungslast des Kl. gehört. An dieser Stelle ging es ihm allein um die Frage der Ausnahmen vom Verbot. Das zeigt sich in dem anschließenden Satz, dass der Fahrzeughersteller seiner Darlegungs- und Beweislast nicht genügt, wenn er pauschal vorbringt, in dem Fahrzeug sei keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut. Denn damit lasse er offen, ob die behauptete Abschalteinrichtung vorhanden sei, und beschränke sich auf eine ohne weiteres nicht überprüfbare rechtliche Würdigung in Bezug auf Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

Dass es zu einer Emissionsveränderung kommt, ergibt sich auch nicht sicher aus den Überlegungen des Kl. dazu, warum auf dem Prüfstand mit der Eindosierung von AdBlue bereits bei einer niedrigeren Temperatur begonnen wird als im Normalbetrieb. Denn die Bekl. hat nachvollziehbar vorgetragen, dass bei noch nicht ausreichender Temperatur des SCR-Katalysators das zugeführte AdBlue noch nicht bzw. nur in geringerem Maße mit den Abgasen reagiert. Das hat dann aber zur Folge, dass es im Speicher des Katalysators für die spätere Verwendung als Vorrat eingelagert wird. Je geringer der Vorrat ist, um so mehr Reagens kann eingespeichert werden. Wenn der Katalysator seine Betriebstemperatur noch nicht erreicht hat und noch kein oder nur wenig AdBlue verbraucht wird, wird die zugeführte Menge bevorratet. Je früher die Zuführung startet, um so größer wird der Vorrat. Erst mit zunehmender Temperatur des Katalysators steigen Reaktionsfreudigkeit, damit der Verbrauch von AdBlue, und Reinigungswirkung. Das hat die Bekl. im Schriftsatz vom 20.10.2022 ausgeführt, ohne dass der Kl. dem noch substantiiert entgegengetreten wäre. Danach ist scheinbar zunächst plausibel, dass die Emissionsreinigungsleistung über die gesamte Strecke im NEFZ trotz der früher startenden Zuführung unverändert gegenüber einer Zuführung unter Normalbedingungen sein kann.

Dennoch hat die Bekl. eine emissionsverringernde Wirkung der fahrkurvenerkennungsabhängigen Steuerung nicht in erheblicher Weise und substantiiert in Abrede gestellt, was gemäß § 138 Abs. 1 ZPO notwendig gewesen wäre.

Ohne Relevanz ist in diesem Zusammenhang ihr Vortrag zu der von ihr behaupteten fehlenden Grenzwertkausalität, wie der BGH inzwischen klargestellt hat (BGH v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, bei juris Tz. 51). Es kommt nicht darauf an, ob die Verwendung der Abschalteinrichtung dafür ausschlaggebend ist, dass die Grenzwerte auf dem Prüfstand eingehalten werden oder nicht.

Maßgeblich ist, dass die Bekl. nicht ansatzweise plausibel vorgetragen hat, welche Veranlassung sie hatte, den Aufwand einer veränderten Steuerung der Abgasreinigung nur für die Prüfstandssituation zu betreiben, wenn dies nicht auch Auswirkungen auf das Emissionsverhalten zumindest im Sinne einer Schönung der Ergebnisse, wie der Kl. es nennt, hatte.

Stattdessen trägt sie im Zusammenhang mit der Schilderung der Wirkungen der Fahrkurvenerkennung beim XXXX8

SCR vor, dass die Herabsetzung der Dosierfreigabetemperatur (im NEFZ) nach sachverständiger Einschätzung zu keinen messbaren Auswirkungen auf die NOx-Emissionen führe, weil sich hierdurch die eingespritzte Menge an AdBlue während des NEFZ nicht verändere, sondern vielmehr über die gesamte NEFZ-Strecke nivelliert werde. Dieser Vortrag, eine sachverständige Einschätzung ergebe, dass es zu keiner Änderung komme, enthält aber nicht die Behauptung, dass es zu keiner Änderung komme. Denn auch Sachverständige können irren. Die Wortwahl ist angesichts der Sorgfalt der Verteidigungsstrategie der Bekl. nicht nur als ungenaue Ausdrucksweise zu verstehen, sondern stellt sich für den Senat als exakt kalkuliert dar. Zum anderen erscheint es keineswegs unwahrscheinlich, dass es wegen der Vorratshaltung im Katalysator und der für die Reinigung im Reaktionsprozess notwendigen Betriebstemperaturen, die im NEFZ erst spät oder gar nicht in vollem Umfang erreicht werden, für die Reinigungsleistung nicht auf die zugeführte Menge an AdBlue ankommt, weil der Verbrauch auch aus dem Vorrat im Katalysator füllstandsabhängig zumindest teilweise bestritten werden kann. Dieser Vortrag der Bekl. besagt damit in der Sache nichts dazu, ob und wie sich die Veränderung der Emissionsreinigungssteuerung auf die Emissionen insgesamt und unter Einbeziehung der Wirkung der auf dem Prüfstand hochgehaltenen AGR auswirkt.

Die für die Bekl. tätige Kanzlei F hatte die Bekl. seinerzeit so verstanden, dass im NEFZ das Erreichen der optimalen Betriebstemperatur des SCR-Katalysators nicht sichergestellt sei, wie sich aus deren E-mail vom 02.10.2015 ergibt, in der es heißt, weil auf dem Prüfstand die Umschaltschwelle von 200° C des SCR-Katalysators nicht sicher erreicht werde, Testergebnisse aber reproduzierbar sein müssten, werde im Rollenprüfstandsmodus die SCR nicht temperatur-, sondern zeitgesteuert im ersten Drittel des außerstädtischen Verkehrs ausgelöst. Die tatsächliche Wirksamkeit des SCR-Systems unterscheide sich nicht, sei im normalen Fahrbetrieb nicht verringert. Auch bei Temperatursteuerung des SCR-Systems auf dem Prüfstand würden die Emissionsgrenzwerte unverändert eingehalten. Auch das ergibt zusammen nur die Aussage, dass die SCR-Wirkung nicht abweiche und Grenzwerte jedenfalls eingehalten würden. Welche Auswirkungen sich aber aus der Kombination mit dem Hochhalten der AGR-Rate ergeben, wird ebenso wenig geklärt wie die Frage, welche Wirkungen es für die NOx-Emissionen ungeachtet einer Grenzwerteinhaltung hat.

Dazu passen die Stellungnahmen des KBA bspw. im Schreiben vom 10.05.2022 an die Rechtsanwälte P aber auch in der Auskunft vom 25.01.2021 an das OLG München im Verfahren 30 U 2403/20 für einen Wagen T. mit XXXX8 4Motion 2.0 TDI SCR 110 kW. Dort hat es mitgeteilt, die Motorsteuerung weise zwar die bekannte Erkennung des Fahrprofils des NEFZ auf, die daraus resultierenden Umschaltungen wirkten aber nicht als unzulässige Abschalteinrichtung. Die NOx-mindernde Wirkung des AGR-Systems werde zurückgefahren, aber durch die Abgasnachbehandlung mittels SCR kompensiert. Die Emissionen blieben bei Betrachtung des gesamten Emissionskontrollsystems unterhalb der Grenzwerte. Das erfolge nicht nur im Testzyklus, sondern auch auf der Straße. Auch bei Deaktivierung der Fahrkurvenfunktion würden die Grenzwerte in den Prüfverfahren nicht überschritten. Weiter hat das KBA mit Schreiben vom März 2021 an das OLG Celle im dortigen Verfahren 7 U 180/019 (Anlage B3) für einen Wagen T. mit XXXX8 4Motion 2.0 TDI SCR 176 kW mitgeteilt, dass zwar das genaue Modell nicht untersucht worden sei, aber technisch vergleichbare Fahrzeuge. Die verwendete Umschaltlogik in der Motorsteuerung sei keine unzulässige Abschalteinrichtung, weil auch bei Deaktivierung der Funktion die Grenzwerte in den Prüfverfahren zur Untersuchung der Auspuffemissionen nicht überschritten würden. Ferner hat das KBA erneut mit Schreiben vom 25.05.2022 dem LG Linz mitgeteilt, dass ein T. 2.0l Diesel 110 kW, Euro6 nach seinem Kenntnisstand keine unzulässige Abschalteinrichtung aufweise. Das Fahrzeug sei zyklusfern geprüft worden und es sei durchweg zuverlässiges Einhalten der gesetzlichen Grenzwerte dokumentiert worden. Alle genannten Äußerungen stellen auf die Grenzwerteinhaltung ab, erklären sich aber nicht dazu, ob es - was allein maßgeblich ist - überhaupt zu einem Anstieg der Emissionswerte bei Entfernung der Fahrkurvenerkennung kommt oder nicht.

Auch der Vortrag, dass das KBA den Motor XXXX8 umfangreich untersucht und keine Abschalteinrichtung gefunden habe, heißt nicht, dass es eine solche nicht gibt. Der Vortrag, die an die Fahrkurvenerkennung geknüpften Funktionen seien keine unzulässige Abschalteinrichtung enthält rechtliche Wertungen, nicht aber Tatsachen, aufgrund derer sich diese Bewertung ergeben kann. Das genügt nicht

(BGH v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259ff, bei juris Tz. 54).

Insgesamt hat die Bekl. danach nicht substantiiert in Abrede gestellt, dass die Wirkung des Emissionskontrollsystems wegen der fahrkurvenabhängigen Steuerung der Abgasreinigung (SCR und AGR) unter normalen Betriebsbedingungen eine geringere ist als ohne diese.

Die danach als unstreitig gegeben anzusehende die Emissionen beeinflussende Abschalteinrichtung war unzulässig und auch beim Erwerb durch den Kl. noch vorhanden. Denn es ist von keiner Partei vorgetragen, dass sie bis dahin entfernt oder ausbedatet worden ist. In der Verhandlung vor dem Senat haben die Parteivertreter auch bestätigt, dass der Wagen insoweit kein update erhalten hat.

Mithin war die von der Bekl. als Herstellerin von Motor und Fahrzeug erteilte Übereinstimmungsbescheinigung falsch. Dass der Kl. davon gewusst hätte, ist nicht vorgetragen oder anzunehmen, so dass er sich auf den Erfahrungssatz stützen kann, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte, wenn er über die fehlerhafte Übereinstimmungsbescheinigung informiert worden wäre und die sich daraus ergebende Gefahr von Betriebsbeschränkungen oder anderer behördlicher Maßnahmen hätte erkennen können

(BGH v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259ff, bei juris Tz. 55; BGH v. 06.07.2021 - VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 21).

b) Die Verwendung der fahrkurvengesteuerten Beeinflussung der Wirkung der SCR- und AGR-Systeme und damit die Erteilung der fehlerhaften Übereinstimmungsbescheinigung waren rechtswidrig und schuldhaft. Die Bekl. handelte zumindest fahrlässig. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 Abs. 2 BGB. Das Verschulden des Fahrzeugherstellers wird innerhalb des § 823 Abs. 2 BGB im Fall des hier gegebenen objektiven Verstoßes gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV vermutet. Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgegeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, im Fall der Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 2 BGB Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs des Fahrzeugs durch den Kl. ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen. Beruft sich der Fahrzeughersteller darauf, ausreichend sorgfältig gehandelt oder einem unvermeidbaren, weil trotz ausreichender Sorgfalt zustande gekommenen, Verbotsirrtum unterlegen zu sein,

muss er sowohl seinen Irrtum über die rechtlichen Anforderungen als solchen als auch dessen Unvermeidbarkeit darlegen und erforderlichenfalls beweisen. Die Darlegung eines Irrtums verlangt den substantiierten Vortrag, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten

(BGH v. 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, bei juris Tz. 13f; BGH v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 59ff; BGH v. 06.11.2018 - II ZR 11/17, BGHZ 220, 162, Rn. 17ff).

Erst wenn feststeht, dass die verantwortlichen Repräsentanten der Bekl. tatsächlich irrten, kommt nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab eine Entlastung mit Rücksicht auf die Umstände in Betracht, dass der Verwendung der Abschalteinrichtung ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder das KBA auch nach umfangreichen Untersuchungen zu dem Ergebnis gelangte, unzulässige Abschalteinrichtungen nicht festgestellt zu haben

(BGH v. 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, bei juris Tz. 14 a.E.).

Danach kann sich die Bekl. nicht mit Erfolg auf einen schuldausschließenden unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen bzw. darauf, dass ein Irrtum nicht unter Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verursacht war. Es kann offenbleiben, ob ein Irrtum fahrlässig verursacht oder unvermeidbar gewesen wäre, insbesondere spielt es keine Rolle, ob das KBA seinerzeit irrig annahm, Abschalteinrichtungen seien nur dann unzulässig, wenn sie sich auf die Einhaltung der Grenzwerte auf dem Prüfstand auswirkten. Maßgeblich ist in erster Linie, ob ein Irrtum bei der Bekl. überhaupt vorlag. Diese hat aber noch nicht einmal vorgetragen, überhaupt geirrt zu haben. Trotz Erörterung in der mündlichen Verhandlung und dem gewährten Schriftsatznachlass hat sie mit keinem Wort dazu Stellung genommen, ob und ggf. welche fehlerhaften Vorstellungen sich verantwortliche Repräsentanten, für die sie nach § 31 BGB einzustehen hat, über die Frage der Zulässigkeit der Abschalteinrichtung gemacht haben. Sie hat lediglich umfangreich und wiederholend vorgetragen, dass das KBA auf Grenzwertkausalität abgestellt hätte, die Fahrkurvenerkennung nur die AGR-Rate, nicht aber die Wirkung des SCR beeinflusse, keine Gefahr eines Rückrufes durch das KBA drohe, Unterlagen zur ihrer ISO-Zertifizierung nicht vorgelegt werden müssten, das Abgasnachbehandlungssystem von dem des XXXX9 abweiche, der SCR-Katalysator auf dem Prüfstand nicht früher als auf der Straße zugeschaltet werde, der Betrag der Vorteilsanrechnung höher sei als der gezahlte Kaufpreis. All das hat nichts mit der Frage eines eventuellen Irrtums zu tun.

c) Der dem Kl. zu ersetzende Schaden beträgt 10% des von ihm seinerzeit gezahlten Kaufpreises auch nach dem Verkauf des Wagens. Zu §§ 826, 31 BGB entspricht es ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass der Weiterverkauf des Fahrzeugs den Vertragsabschlussschaden nicht ohne Weiteres entfallen lässt, sondern im Wege der Vorteilsausgleichung lediglich der erzielte marktgerechte Verkaufserlös anstelle des herauszugebenden und zu übereignenden Fahrzeugs wie etwa erzielte Nutzungsvorteile mit dem dem Käufer zustehenden Schadensersatz zu verrechnen ist. Für den Differenzschaden auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gilt nichts anderes. Dem auf §§ 826, 31 BGB gestützten großen Schadensersatz einerseits und einem Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV andererseits liegen lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde, die beide im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags knüpfen

(BGH v. 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, bei juris Tz. 17, BGH v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 45).

Die Höhe des Schadens darf und hat hier der Senat nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO wegen des Vertrauens des Kl. als Käufer auf die Richtigkeit einer Übereinstimmungsbescheinigung aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität auf einen Betrag zu schätzen, der sich zwischen 5% und 15% des Kaufpreises bewegt

(BGH v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259ff, bei juris Tz. 73ff).

Er war hier mit 10% zu bemessen. Denn das Risiko nachträglicher behördlicher Anordnungen oder Betriebseinschränkungen für das Fahrzeug war während der gesamten Nutzungszeit, insbesondere aber zum Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kl. denkbar gering. Das KBA hatte schon praktisch zeitgleich mit dem Erwerb durch den Kl. von der Fahrkurvenerkennung erfahren und von Beginn an keinen konkreten Anlass für ein Einschreiten gesehen, sondern hat sich über Jahre hinweg auf langwierige Untersuchungen für einzelne Fahrzeuge mit dem Motorentyp XXXX8 beschränkt. Zudem hatte sich schon beim XXXX9 gezeigt, dass die Bekl. als Herstellerin zu Nachrüstungsmaßnahmen verpflichtet worden war, während die Fahrzeughalter nichts anderes zu tun hatten, als daran mitzuwirken. Dass es in anderen Fällen der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen anders sein würde, bestand zu keinem Zeitpunkt ein Grund anzunehmen. Weiter hat der Senat berücksichtigt, dass es sich nicht um ein außergewöhnlich hochmotorisiertes und zu Leistungsausnutzung mit entsprechendem Verbrauchs- und damit Emissionsanstieg reizendes Fahrzeug handelt. Bei solchen spräche eine Vermutung dafür, dass diese nicht im Hinblick auf besonders geringe Emissionen erworben werden, sondern vor allem im Hinblick auf die Leistung und das damit ermöglichte „sportliche" Fahren. Das würde dazu führen, dass der Schaden für die Erwerber aufgrund der im Realbetrieb schlechteren Emissionswerte eher als gering anzusehen ist, weil auch bei einer Weiterveräußerung die Leistung und nicht das Emissionsverhalten bei Erwerbsinteressenten im Vordergrund stehen werden. Auf der anderen Seite handelt es sich auch nicht um ein typisches „Sparmodell" mit kleinem Motor, wenig Leistung, das annehmbar zurückhaltend bewegt, auch aus Umweltaspekten erworben wird und bei dem sich das nachteilig abweichende Emissionsverhalten anteilig stärker auf die Preisbildung auswirken würde, weshalb dann auch ein höherer Prozentsatz geschätzt werden könnte. Schließlich zwingt auch der Grad des Verschuldens auf Seiten der Bekl. nicht zu einer stärkeren Sanktionierung, weil der Senat Vorsatz nicht feststellen konnte, sondern letztlich zu deren Gunsten noch von bloßer Fahrlässigkeit auszugehen hatte, auch wenn manches für eine bewusste Fahrlässigkeit sprechen mag.

Die Bekl. kann sich nicht erfolgreich darauf berufen, wegen notwendiger Vorteilsanrechnung sei dem Kl. kein Schaden mehr verblieben. Denn 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

(BGH v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259ff, bei juris Tz. 80).

Bei Erwerb des Wagens durch den Kl. am 27.02.2017 hatte dieser eine Laufleistung von 8.800 km und bei Abgabe am 18.10.2023 von 98.296 km. In 2424 Tagen hat der Kl. danach 89.496 km zurückgelegt, was einer mittleren Jahresfahrleistung von 13.476 km entspricht. Bei solch für Dieselfahrzeuge

relativ niedrigen Laufleistungen schätzt der Senat die erwartbare Gesamtlaufleistung auf nicht mehr als 250.000 km, weil die Wagen dann schon rund 20 Jahre alt werden müssen, um diese zu erreichen. Regelmäßig ist dann aber schon vorher ein Zustand und Restwertniveau erreicht, das den weiteren Betrieb eines Fahrzeugs unwirtschaftlich erscheinen lässt. Dann betrug die erwartbare Restlaufleistung beim Kl. 241.200 km, so dass sich die Nutzungsentschädigung auf 28.750 € x 89496/241200 = 10.667,54 € errechnet.

Als Restwert legt der Senat weder den geringen sich aus der Inzahlungsgabevereinbarung ergebenden Betrag noch den von der Bekl. genannten offensichtlich - weil auf Händlerverkauf statt -einkauf abstellend - überhöhten, zugrunde. Diesen erzielt ein privater Verkäufer regelmäßig nicht. Der Senat schätzt den Restwert vielmehr aufgrund einer zeitnah zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingeholten DAT-Abfrage auf 13.600,00 €:

...

Nutzungsentschädigung und Restwert übersteigen den gezahlten Kaufpreis noch nicht, so dass der Differenzschaden zuzusprechen war. Insbesondere war er auch nicht anteilig zu kürzen. An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn unter Berücksichtigung der erheblichen Zusatzausstattung des Wagens tatsächlich entsprechend der Hinweise von DAT eine Werterhöhung von 30% angenommen wird. Denn dann betrüge der Restwert nicht 13.600,00 €, sondern 17.680,00 €, würde zusammen mit den gezogenen Nutzungsvorteilen noch immer nicht den Kaufpreis in voller Höhe erreichen, es verbliebe eine ungedeckte Differenz von mehr als 400,00 €. Zudem hält es der Senat nicht für wahrscheinlich, dass die Zusatzausstattung so umfangreich war, dass sie tatsächlich zu einer Erhöhung bis zur Obergrenze um 30% führt.

2. Gesetzliche Zinsen darauf kann der Kl. ab Rechtshängigkeit des Anspruchs auf Differenzschaden nach §§ 291, 288 Abs. 1 BGB verlangen, nicht schon ab Zustellung der Klage, weil er ursprünglich nicht nur den Minderwert, sondern Kaufpreisrückzahlung gegen Fahrzeugherausgabe verlangt hat. Das war ein anderes Leistungsbegehren, so dass die Klageerhebung noch keinen Verzug der Bekl. mit der jetzt zuletzt im Berufungsverfahren verlangen Leistung begründen konnte. Der geänderte Antrag ist der Bekl. am 23.11.2023 (Bl. 392) zugestellt worden.

3. Die als Antrag auf Feststellung der Erledigung des Rechtsstreits im Übrigen auszulegende einseitig gebliebene Erledigungserklärung, ist nicht begründet. Eine solche Feststellung käme nur in Betracht, wenn der zuvor vom Kl. geltend gemachte Klagantrag begründet gewesen wäre. Das war nicht der Fall. Der Kl. hatte keinen über den bloßen Differenzschaden hinausgehenden weiteren Schadensersatzanspruch auf Befreiung von der durch den Kaufvertrag über den Wagen eingegangenen Verbindlichkeit und mithin nicht auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Fahrzeugrückgabe unter Anrechnung gezogener Nutzungsvorteile. Denn §§ 823 Abs. 2 BGB, §§ 6, 27 EG-FGV geben keinen Anspruch auf großen Schadensersatz

(BGH v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259ff, bei juris Tz. 18f),

weshalb auch nicht nach Weiterverkauf einfach die Differenz zwischen Erlös und Kaufpreis abzüglich Nutzungsvorteil verlangt werden kann. Für einen insoweit nach der Rechtsprechung des BGH in Betracht kommenden Anspruch aus §§ 826, 31 BGB fehlt es jedenfalls am Nachweis eines sittenwidrigen Verhaltens auf Seiten der Bekl..

Wie der BGH und ihm folgend das Landgericht zutreffend erkannt haben, genügt es für einen Sittenwidrigkeitsverstoß beim Verbau nicht prüfstandsbezogener unzulässiger Abschalteinrichtungen nicht, damit ausgerüstete Fahrzeuge in den Verkehr zu bringen, sondern es müssen besondere Umstände hinzutreten, die das Gesamtverhalten zum Zeitpunkt des maßgeblichen Vertragsabschlusses als besonders verwerflich erscheinen lassen. Insoweit ist zu unterscheiden:

a) Hinsichtlich des vom Kl. behaupteten Thermofensters fehlt es schon am substantiierten Vortrag einer unzulässigen Abschalteinrichtung, weil die Bekl. im Einzelnen dargelegt hat, dass und warum sie bei Motoren des Typs XXXX8 anders als beim XXXX9 eine weit bedatete, zwischen -24° und +70° C in vollem Umfang aktive, Abgasrückführung verwendet, nämlich aufgrund fortschrittlicherer Motorentechnik die Kombination aus ungekühlter Hochdruck-AGR und gekühlter Niederdruck-AGR, während beim XXXX9 nur eine gekühlte Hochdruck-AGR mit ihren Versottungsrisiken zum Einsatz gekommen sei. Dem ist der Kl. nicht mehr mit Substanz entgegengetreten. Eine AGR, die in einem so weiten Temperaturbereich in vollem Umfang aktiv ist und nur außerhalb dieses Bereichs die zur Abgasreinigung notwendige AGR-Rate herabsetzt, widerspricht nicht Art. 5 Abs. 1 VO(EG) 715/2007, wonach das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen der VO(EG) 715/2007 entsprechen muss. Denn in Mitteleuropa sind Temperaturen außerhalb des Fensters -24° bis +70° C keine normalen Betriebsbedingungen mehr.

b) Hinsichtlich der Verwendung der Fahrkurvenerkennung mit Auswirkungen auf die Steuerung der AGR und des Beginns der Zuführung von AdBlue zum SCR-Katalysator liegt zwar wie ausgeführt eine unzulässige und wegen der Fahrkurvenerkennung auch prüfstandsbezogene Abschalteinrichtung vor. Dennoch kann letztlich trotz deren Verbleib im vom Kl. gekauften Auto zum Erwerbszeitpunkt im Jahr 2017 der Bekl. kein sittenwidriges Schädigungsverhalten im Verhältnis zum Kl. vorgeworfen werden. Das hat das Landgericht im Einzelnen und im Wesentlichen zutreffend begründet. Die Bekl. hatte die Verwendung der Steuerung im Herbst 2015 zuvor gegenüber dem KBA offengelegt, ohne dass dieses daraufhin deren Verwendung beanstandet oder deren Beseitigung bei den früher hergestellten und in den Markt gebrachten Fahrzeugen verlangt hätte. Welche Motive das KBA hatte, die Fahrkurvenverwendung hinzunehmen, ist zwar offen und es sind durchaus Möglichkeiten denkbar, die keine die Bekl. entlastende Wirkung haben könnten. Dazu ist aber nichts substantiiert vorgetragen. Daher geht der Senat davon aus, dass das KBA seiner Auskunft vom 10.05.2022 entsprechend tatsächlich der von der Bekl. geltend gemachten These vom Erfordernis einer Grenzwertkausalität trotz des dies nicht naheliegenden Wortlautes von Art. 3 Nr. 10 und Art. 5 VO (EG) 715/2007 seinerzeit gefolgt ist und annahm, die verwendete Abschalteinrichtung sei nicht unzulässig, weil die Grenzwerte auch ohne deren Verwendung eingehalten würden. Wenn das aber so war, konnte die Bekl. in der Zeit zwischen Offenlegung der Fahrkurvenerkennung und jedenfalls den Entscheidungen des EuGH v. 14.07.2022 (C-128/20, NJW 2022, 2605ff) und wohl auch noch des BGH v. 26.06.2023 (VIa ZR 335/23, NJW 2023, 2259, bei juris Tz. 51) und somit zum Zeitpunkt des Erwerbs des Wagens seitens des Kl. annehmen, die Verwendung sei noch rechtskonform, weder deren Entfernung noch eine Aufklärung eventueller Käufer bzw. der Öffentlichkeit über die Verwendung geboten. Ein Sittenwidrigkeitsvorwurf kann ihr nicht gemacht werden.

Es ist auch nicht ausschlaggebend, ob die Bekl. von sich das KBA umfassend über alle Details der Steuerung des Emissionskontrollsystems aufgrund der Fahrkurvenerkennung informiert hat oder nicht. Insbesondere kommt es für die Frage eines Sittenwidrigkeitsverstoßes nicht darauf an, ob

sie von sich aus auf das Hochhalten der AGR während des gesamten NEFZ-Zyklus hingewiesen hat. Dazu behauptet der Kl., entgegen der Zusage der Bekl. sei auch nach Ende 2015 auf dem Prüfstand die AGR-Rate noch nach Einsetzen der SCR-Reinigung hoch geblieben und nicht wie im Betrieb auf der Straße abgesenkt worden. Er behauptet insoweit eine Täuschung des KBA seitens der Bekl.. Aus den Applikationsrichtlinien ergebe sich nicht, dass die AGR-Rate auf dem Prüfstand insgesamt hochgehalten wurde. Die Formulierung, AGR high/low werde streckengesteuert ausgelöst, indiziere, dass auch auf dem Prüfstand es zu einem Zustand AGR low komme. Dass die Bekl. behaupte, sich mit dem KBA abgestimmt zu haben, ergebe nicht, dass sie über diesen Umstand aufgeklärt habe. Die Hochhaltung der AGR-Rate werde nirgendwo von der Bekl. beschrieben. Dieser Vortrag als richtig unterstellt könnte zwar die Vermutung begründen, die Bekl. habe nicht alle Details der Umschaltsteuerung offengelegt. Das bedeutet aber nicht, dass sie auch weiterhin tatsächlich auf dem Prüfstand durchgehend die AGR-Rate hoch hält. Allerdings ist die Anwendungsbeschreibung der Applikationsanweisung für den XXXX8 SCR alles andere als verständnisfördernd, wenn es dort heißt: „SCR: Bedatung, Aktivierung und Nutzung der Erkennung des Precon und NEFZ, um die Umschaltung der Rohemissionsbedatung (AGR-High/Low) streckengesteuert auszulösen (bis Erreichung SCR-Arbeitstemperatur und OBD-Schwellwerte". Insoweit bleibt unerklärt ob nun auf die SCR-Arbeitstemperatur oder auf die zurückgelegte Strecke abgestellt werden soll. Es lässt sich nicht erkennen, dass und unter welcher Bedingung auf dem Prüfstand auf AGR-Low umgestellt wird. Diese Unklarheit musste sich aber auch den Fachleuten im KBA aufdrängen und hätte ggf. Anlass zu Rückfragen geben müssen. Möglicherweise hat es solche auch tatsächlich gegeben. Die für die Abkehr von sittenwidrigem Verhalten notwendige Verhaltensänderung verlangt nicht, dass „alle Sünden gebeichtet" werden. Es geht hier nicht um Entschuldigung oder Buße, sondern um Abstellen fortwährenden sittenwidrigen Verhaltens. Wie auch das Landgericht zutreffend erkannt hat, genügt es dazu, dass Fehlverhalten als solches überhaupt eingeräumt und der zuständigen Behörde die Möglichkeit eröffnet wird, durch eigene Ermittlungen aufzuklären, in welchem Umfang unzulässige Steuerungselemente verwendet werden, und dafür zu sorgen, dass diese entfernt werden.

Zudem hat der Kl. keine konkreten Umstände vorgetragen, die den Schluss nahelegen, dass tatsächlich weiterhin entgegen der Erklärung der Bekl. und Zusagen gegenüber dem KBA die AGR-Rate auf dem Prüfstand hochgehalten worden ist. Sein Vortrag erscheint insoweit letztlich spekulativ und als solcher „ins Blaue hinein".

Soweit der Kl. behauptet, die Bekl. habe auch noch nach dem für die Entfernung maßgeblichen Zeitpunkt in KW 22/2016 SCR-Fahrzeuge mit späterer Typgenehmigung mit Fahrkurvenerkennung in Produktion gebracht, führt auch das nicht zu einem (fortbestehenden) Sittenwidrigkeitsvorwurf. Dazu trägt er vor, entgegen ihrer Zusage habe die Bekl. auch für ein Fahrzeug mit XXXX8, das eine Typgenehmigung vom 05.08.2016 (KW 31/2016) habe, noch eine Fahrkurvenerkennung hinterlegt und das in einem Rechtsstreit vor dem LG Meiningen eingeräumt, gleichermaßen in einem Verfahren vor dem LG Mannheim für einen Wagen (Skoda Superb) mit Typgenehmigung vom 11.05.2017 (KW 19/2917) und schließlich auch für einen Wagen (Skoda Octavia) mit Erstzulassung am 07.08.2018 und Typgenehmigung vom 02.03.2018 in einem Verfahren vor dem LG Chemnitz, bei dem diese dann im März 2021 entfernt worden sei. Die Bekl. stellt das nicht in Abrede, hat aber auch nur vorgetragen, dass die Fahrzeuge nach SOP 22/2016 „grundsätzlich keine Fahrkurvenerkennung" mehr gehabt hätten. Damit sind Ausnahmen nicht ausgeschlossen. Die Bekl. erklärt weiter, dass das in der Zulassungsbescheinigung Teil 1 ausgewiesene Datum der Gesamttypengenehmigung könnte auch nach dem SOP eines Fahrzeugs liegen. Dazu komme es, wenn genehmigungsrelevante Änderungen an einzelnen Systemen vorgenommen würden. Die Emissionstypgenehmigung sei nur ein Teil der notwendigen Genehmigungen. Bei den vom Kl. angeführten Einzelfällen, seien nachträglich andere Systemgenehmigungen als die für das Emissionskontrollsystem erteilt worden, was die Änderung der Gesamttypengenehmigung nach sich gezogen hätte. Die Emissionstypgenehmigung datiere noch aus der Zeit vor KW 22/2016. Insoweit hätten die Fahrzeuge auch noch später eine Fahrkurvenerkennung enthalten können. Diesem Vortrag ist der Kl. nicht mehr entgegengetreten. Mit bloßen „Restanten" kann aber keine fortwährende auf grundlegender strategischer Entscheidung beruhende Sittenwidrigkeit begründet werden.

c) Hinsichtlich der behaupteten OBD-Manipulation hat das Landgericht zutreffend einen Ersatzanspruch verneint, weil es sich beim OBD nicht um eine Steuerungseinrichtung, sondern nur um ein Erkennungssystem handelt.

d) Soweit der Kl. sich im ersten Rechtszug auf die Verwendung eines Getriebewarmlaufschaltprogramms als Abschalteinrichtung berufen hat, ist er darauf im Berufungsverfahren nicht mehr zurückgekommen, obwohl sich das Landgericht mit diesem in der angefochtenen Entscheidung gar nicht auseinandergesetzt hat. Die Bekl. hat nicht bestritten, dass im Warmlaufprogramm in kleinen Gängen unnatürlich spät hochgeschaltet wird, wodurch die Abgasnachbehandlung früher begonnen werden kann. Der Senat hat bislang angenommen, dass es sich bei einem Warmlaufprogramm nicht um eine Abschalteinrichtung handelt, weil dadurch nicht unmittelbar das Emissionskontrollsystem beeinflusst wird

(vgl. Senat v.28.03.2023 - 3 U 25/22, n.v.; Senat v. 12.12.2023 - 3 U 52/22 n.v.).

Es kann offenbleiben, ob daran festzuhalten ist, obwohl Art. 3 Nr. 10 VO(EG) 715/2007 lediglich darauf abstellt, dass es sich um ein Konstruktionsteil handeln muss, und die Kopplung an die Erkennung, ob ein Lenkwinkel von 15° überschritten wird, dazu führt, dass das Warmlaufschaltprogramm praktisch nur auf dem Prüfstand abläuft.

Denn es steht auch hier kein sittenwidriges Verhalten der Bekl. fest. Die Richtlinie 70/220/EWG des Rates der EG sieht im Anhang III gemäß Ziffer 1.3.3. für Fahrzeuge mit automatischem Getriebe – anders als für solche mit Schaltgetriebe – für die Verwendung des Getriebes im Fahrzyklus auf dem Rollenprüfstand keine vorgegebenen Schaltpunkte vor und räumt dem Hersteller so einen Freiraum für die Bedatung von Automatikschaltgetrieben ein. Da es sich um ein System handelt, das an unterschiedlich dynamische Fahrweisen, die wiederum je nach Fahrzeugführertypus variieren können, angepasst werden kann, ist zunächst über die Schaltpunkte eine durchschnittliche oder übliche Fahrweise zu definieren. Wenn aber vom Verordnungsgeber nicht zuvor festgelegt worden ist, wo die Schaltpunkte (üblicherweise) liegen sollen, hat der Hersteller ein Ermessen. Im Typgenehmigungsverfahren waren auch keine Angaben zur Schaltpunktsteuerung notwendig. Anhaltspunkte für ein täuschungsähnliches Verhalten gegenüber dem KBA gibt es insoweit nicht. Es danach kann nicht festgestellt werden, dass die für die Bekl. handelnden Personen bei der Programmierung der Getriebeschaltpunktsteuerung in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige

Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 VO(EG) Nr. 715/2007 zu verwenden. Die Definition einer solchen, wie sie in Art. 3 Nr. 10 VO(EG) Nr. 715/2007 erfolgt, ist nicht eindeutig. Eine Sichtweise wonach die unterschiedlich programmierte Getriebeschaltpunktsteuerung keine unzulässige Abschalteinrichtung sei, da das Getriebe kein Teil des Emissionskontrollsystems sei, ist nicht offenbar falsch, sondern vertretbar, eben weil durch den eingelegten Getriebegang nicht die Arbeitsweise des Emissionskontrollsystems als solches auf dem Prüfstand verändert wird.

e) Die Ausführungen des Kl. zu verschiedenen (unzulässigen) Funktionen für NSK- wie SCR-Katalysatoren, die Gegenstand von Präsentationen und Gesprächen des Zulieferers Z aus den Jahren 2006, 2009 und 2015 waren, führen nicht weiter. Es bleibt schon offen, ob überhaupt ein Bezug zu dem Fahrzeug des Kl. besteht. Es ist nicht erkennbar, dass die Unterlagen und die laut Berufung von Z bereitgestellten Manipulationen gerade auch den hier eingebauten Motor betreffen und auf welchen Absatzmarkt sich die dort genannten Funktionen beziehen sollen. Die Unterlagen enthalten eine Auflistung von Funktionen in Produkten des Zulieferers Z. Ob überhaupt ein mit solchen Funktionen konkret bestücktes Motorsteuerungsgerät des Zulieferers Z im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut ist, ist weder konkret dargelegt noch erkennbar.

f) Auch mit der Behauptung des Kl., auf dem Prüfstand werde AdBlue in größerer Menge zugeführt als im Realbetrieb, weshalb sich die Reinigungsleistung der SCR entsprechend unterscheide, lässt sich kein sittenwidriges Verhalten der Bekl. begründen. Es kann daher offenbleiben, ob dieser Vortrag überhaupt ausreichend Substanz hat. Allerdings ist durch Presseberichterstattung allgemein- und auch senatsbekannt, dass einerseits eine Reihe von Automobilherstellern aufgrund einer Absprache lange zu kleine AdBlue-Tanks verbauten, um Platz für gesondert angebotene Zusatzausstattungen zu sparen, und andererseits den Kunden aus Komfortgesichtspunkten ein Nachtanken von AdBlue zwischen regulären Inspektionsintervallen ersparen wollten, was für die Verwendung einer solchen Funktion sprechen würde. Auch könnte der vom Kl. herangezogene Test von Axxx mit einem T., bei dem auf einer 785 km langen Strecke hochgerechnet auf 1.000 km nur 0,88 l AdBlue verbraucht worden seien, obwohl die Bekl. selbst angebe, dass der AdBlue-Verbrauch bei 1,5 bis 2,8 l/1.000 km liege, ein Indiz für eine solche Funktion sein. Darauf kommt es hier aber nicht an. Denn der Kl. trägt selbst vor, dass bei vollem AdBlue-Tank ausreichend eindosiert werde, die Eindosierung mit Abnahme des Füllstands im Realbetrieb reduziert werde. Dann aber handelt es sich allenfalls um eine zwar möglicherweise unzulässige Abschalteinrichtung, die aber nicht prüfstands-, sondern füllstandsbezogen ist, so dass weitere Umstände hinzutreten müssten, um eine Sittenwidrigkeit annehmen zu können. Und das Bemühen eines Herstellers, dem Kunden einen gewissen Komfort zu ermöglichen und Nachfüllen von AdBlue zu ersparen, ist nicht verwerflich.

Soweit der Kl. mit der Berufung unter Bezugnahme auf Z-Unterlagen vorträgt, dass 2006 nach Wegen gesucht worden sei, die Harnstoffdosierung in Abhängigkeit von einem Zeit-Weg-Diagramm im NEFZ anders als außerhalb dessen auszulegen, und dass das System ab 2009 dies ermöglicht habe, würde das zwar prüfstandsbezogen sein. Es fehlt aber konkreter Vortrag, dass ein Motorsteuergerät des Zulieferers Z im und die beschriebene Funktion beim Wagen des Kl. auch tatsächlich verwendet worden ist. Im übrigen stellt der Kl. nicht klar, ob mit dem behaupteten Zeit-Weg-Diagramm die oben behandelte und ja Ende 2015 jedenfalls in ihren Grundzügen offengelegte Fahrkurvenerkennung gemeint ist oder noch eine weitere gesonderte Prüfstandserkennung.

g) Aus dem Vortrag des Kl. zu gemessenen Abgaswerten bei verschiedenen Fahrzeugen im Realbetrieb bzw. bei RDE-Fahrten und Differenzen zwischen Modellen mit in den Rahmendaten teils identischen, teils gravierend unterschiedlichen Motoren lässt sich nichts konkret für eine Abschalteinrichtung und deren sittenwidrigen Einsatz herleiten. Es ist hinreichend diskutiert worden und bekannt, dass die Prüfstandwerte des NEFZ nicht mit anderen Zyklen oder gar Realverkehrsergebnissen gleichgesetzt werden können, weil die Anforderungen an die Fahrzeuge bei den verschiedenen Fahrzuständen zu unterschiedlich sind und die Motoren XXXX9 und XXXX8 verschiedene Abgasreinigungstechniken verwenden.

h) Schließlich hilft dem Kl. auch nicht der Vortrag zu einer Aufheizstrategie. Insoweit wird von ihm noch nicht einmal nachvollziehbar dargelegt, ob er damit eine schnellere Erwärmung aufgrund des auch behaupteten Getriebewarmlaufprogramms meint, eine gesonderte am SCR-Katalysator verbaute Heizung oder ein bestimmtes anderweit ausgelöstes Verbrennungsverhalten, das zu höheren Abgastemperaturen und damit Erwärmung des SCR-Katalysators führt. Woher er zu der Annahme gelangt, der SCR-Katalysator werde zugeschaltet, ist ebensowenig plausibel wie die Schlussfolgerung, es sei ausgeschlossen, dass der Katalysator im NEFZ-Zyklus nicht wirksam werde. Die im Katalysator ablaufenden Reaktionsprozesse sind abhängig von Temperatur und Reagens, das wie oben ausgeführt durch Zuführung entweder den Vorrat im Katalysator erhöht oder sogleich verbraucht wird. Auch wenn die Betriebstemperatur noch nicht erreicht ist, ist die Zuführung zur Vorratsauffüllung möglich. Insoweit trägt die Bekl. plausibel vor, dass die Einspritzung zu einem Zeitpunkt beginne, in dem der Kat den Harnstoff noch gar nicht verarbeiten könne, weil die notwendige Reaktionstemperatur nicht erreicht sei.

i) Soweit der Kl. schließlich behauptet, die Bekl. habe gegen Art. 3 Nr. 9 S. 2 VO(EG) 692/2008 verstoßen, wonach die NOx-Nachbehandlungseinrichtung nach Kaltstart bei -7° C innerhalb von 400 Sekunden eine für ordnungsgemäßes Arbeiten ausreichend hohe Temperatur erreicht haben müsse, die Bekl. aber selbst einräume, dass diese selbst im NEFZ nach 800 Sekunden noch nicht sichergestellt sei, die in den Verkehr gebrachten Fahrzeuge nicht den gesetzlichen Anforderungen genügten, lässt sich daraus nichts für die Verwendung einer prüfstandsbezogenen Abschalteinrichtung herleiten. Unabhängig davon hat die Bekl. darauf hingewiesen, dass die Emissionsreduktion bis zum Erreichen einer ausreichenden Betriebstemperatur durch die bis dahin hohe AGR-Rate gewährleistet werde. Im übrigen weist sie darauf hin, es sei nicht notwendig, dass ein SCR-Katalysator schon nach 400 Sekunden seine optimale Betriebstemperatur erreiche, sondern es genüge, dass er überhaupt zu arbeiten beginne, wenn auch mit einem geringen Wirkungsgrad. Das sei aber hier der Fall, weil schon ab 120° C die Reinigung erstmals einsetze und diese Temperatur in weniger als 400 Sekunden erreicht werde. Dem ist der Kl. nicht mehr entgegengetreten, sondern hat nur seinen früheren Vortrag wiederholt.

j) Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheidet aus, weil es beim Kauf eines Gebrauchtfahrzeugs jedenfalls an der für eine Bereicherungsabsicht der Bekl. notwendigen Stoffgleichheit zwischen Schaden des Kl. und Vorteil der Bekl. fehlt

(BGH v. 30.07.2020 - VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798ff, bei juris Tz. 19ff).

k) Mangels Hauptanspruchs konnte auch hinsichtlich der mit diesem im Zusammenhang stehenden Nebenforderun-

gen (Zinsen, vorgerichtliche Kosten) und des Antrags auf Feststellung von Annahmeverzug Erledigung eintreten bzw. diese, soweit sie noch weiter verfolgt werden, zuerkannt werden. Insbesondere vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten kann der Kl. nicht verlangen, weil er seinerzeit ein anderes Rechtsschutzziel verfolgt hat und für ihn bzw. die ihn vertretenden Rechtsanwälte klar war, dass die Bekl. außergerichtlich Kundenverlangen nicht nachgeben würde.

…

§§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, 27 EG-FGV und Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007

1. **Bei der Betrachtung des Differenzschadens aufgrund einer unzulässigen Abschalteinrichtung eines Diesel-Fahrzeugs ist für den aktuellen Fahrzeugwert auf den am Markt erzielbaren Preis bei Verkauf an einen Käufer zur Eigennutzung und nicht auf einen Händlereinkaufspreis abzustellen.**
2. **Die Angebote von Gebrauchtfahrzeugen auf Fahrzeugverkaufsplattformen im Internet sind als Grundlage für eine Schätzung des aktuellen Werts eines Fahrzeugs geeignet.**
3. **Bei der Berechnung des Nutzungsvorteils eines Fahrzeugkäufers ist bei der Betrachtung des Differenzschadens auf den tatsächlich gezahlten Kaufpreis als Bezugsgröße abzustellen.**

SchlHOLG, 6. Zivilsenat, Urteil v. 13. Juni 2024 – 6 U 77/21 –, St.

Der Kl. macht gegen die Bekl. Ansprüche wegen des Kaufs eines Diesel-Fahrzeugs geltend, welches von der Bekl. hergestellt wurde.

Der Kl. kaufte am 17. Februar 2017 ein am 14. Februar 2017 bestelltes, gebrauchtes Fahrzeug Mercedes Benz GLE 350 d 4Matic, FIN [..] (im Folgenden: „Fahrzeug") zu einem Kaufpreis in Höhe von 56.000 € von der S. GmbH & Co. KG. Das Fahrzeug war am 15. September 2015 erstmals zugelassen worden. Die Laufleistung des Fahrzeugs betrug im Zeitpunkt des Kaufs ausweislich des Kaufvertrags 30.096 km. Im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz hatte es eine Laufleistung von 90.846 km. In der Verhandlung vom 23. Mai 2024 vor dem Senat lag eine Laufleistung von 129.915 km vor.

Das Fahrzeug ist mit einem von der Bekl. entwickelten Dieselmotor der Baureihe OM 642 Euro 6 ausgestattet. Bei diesem Motorentyp wird durch die sogenannte Abgasrückführung (AGR) ein Teil der Abgase wieder der Verbrennung im Motor zugeführt, was zu einer Verringerung der Stickoxidemissionen führt. Das Fahrzeug verfügt über einen SCR-Katalysator. Für dessen Betrieb ist die Zumischung von Harnstoff („AdBlue") erforderlich. Der Motor verfügt nicht über eine sogenannte Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung.

Das Kraftfahrtbundesamt (KBA) ordnete am 23. Mai 2018 für einzelne von der Bekl. hergestellte Fahrzeuge einen Rückruf an. Von einem weiteren ergänzenden Rückruf des KBA vom 3. August 2018 im Zusammenhang mit dem SCR-System ist auch das Fahrzeug des Kl. umfasst. Dieser ließ am 18. November 2019 ein Software-Update aufspielen. Das KBA gab mit Schreiben vom 19. Juni 2019 das Software-Update für das Fahrzeug des Kl. frei und bestätigte in dem Schreiben, dass nach Aufspielen des Software-Updates keine unzulässige Abschalteinrichtung mehr festgestellt werden konnte.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2020 verlangten die jetzigen Prozessbevollmächtigten des Kl. von der Bekl. unter Fristsetzung von zwei Wochen, ihn so zu stellen, als habe er den Kauf nie getätigt.

Der Kl. hat im Wesentlichen behauptet, das Fahrzeug verfüge über eine gemäß Art. 5 Abs. 2 lit a) VO (EG) 715/2007 unzulässige Abschaltvorrichtung. Bei seinem Fahrzeug sei die Motorsteuerung so programmiert, dass die Abgasrückführung abhängig von den Außentemperaturen reduziert werde. Dies führe dazu, dass eine optimale Stickoxidverminderung unterhalb eines einprogrammierten „Thermofensters", nicht mehr stattfinde. Die Abgasrückführung werde bei einer Außenlufttemperatur von 7° Celsius um bis zu 48 % reduziert und finde bei Unterschreiten „einer bestimmten Temperatur" nicht mehr statt. Die Temperatur in der Prüfkammer des NEFZ sei auf 20 bis 30° Celsius normiert. Es sei auffällig, dass das von der Bekl. installierte Thermofenster die Abgasreinigung ab Temperaturen knapp unter dem Temperaturrahmen des NEFZ deutlich verringere.

Aufgrund einer weiteren Software-Kalibrierung, die die Bekl. bei der Motorsteuerung seines Fahrzeugs vorgenommen habe, werde erkannt, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befinde. Die Schadstoffreduzierung könne so für die Dauer der Prüfung maximal wirksam sein, während dies außerhalb des Prüfzyklus' nicht der Fall sei. Während des Durchfahrens des NEFZ werde eine erhöhte Menge an benötigtem Harnstoff im SCR-System beigemischt, während dies im realen Fahrbetrieb nicht der Fall sei. Die konkrete Softwareprogrammierung beinhalte, dass die Regeneration von SCR-Katalysatoren, die für die Effizienz der Abgasreinigung erforderlich sei, beinahe ausschließlich in den ersten rund 20 Minuten des Fahrzeugbetriebes erfolge, also der Zeit, die für das Durchlaufen des Prüfstands benötigt werde. Hierfür verwende die Bekl. die Funktionen Bit 13, Bit 14 und Bit 15, die auf die Menge des Stickoxidausstoßes, der gefahrenen Zeit bzw. der gefahrenen Entfernung Bezug nähmen. Die Funktion „Slipguard" erkenne anhand von Geschwindigkeit und Beschleunigung, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befinde und nehme entsprechend Einfluss auf die Dosierung von Harnstoff.

Der Vorstand der Bekl. oder jedenfalls Teile des Vorstands hätten Kenntnis von der manipulierenden Motorsteuerungssoftware, die zu gesetzwidrigen EG-Bescheinigungen geführt hätten, gehabt.

Der Kl. ist der Auffassung gewesen, er habe einen Anspruch auf Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, da der Motor so konstruiert worden sei, dass die gesetzlich vorgeschriebenen Abgaswerte nur auf dem Prüfstand eingehalten würden.

Früheren Vortrag zu einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung hat der Kl. im Verlauf des Rechtsstreits vor dem Landgericht nicht weiter aufrechterhalten, nachdem die Bekl. vorgetragen hatte, dass eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung bei seinem Fahrzeug nicht vorhanden sei.

Der Kl. hat erstinstanzlich im Wesentlichen beantragt, an ihn 49.530,53 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs Mercedes-Benz GLE 350 d 4Matic mit der FIN […] zu zahlen. Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Bekl. hat den Eintritt der Verjährung gerügt.

Die Bekl. hat im Wesentlichen behauptet, das Fahrzeug sei mangelfrei, technisch sicher und fahrbereit und entspreche insbesondere den geltenden Abgasgrenzwerten nach den Vorgaben der beim Fahrzeug des Kl. einschlägigen Euro-Norm. Der Kl. stütze seine Ansprüche auf Sachverhalte, die sein Fahrzeug nicht beträfen. Der klägerische Vortrag lasse nicht erkennen, welche konkrete Vorrichtung in seinem Fahrzeug vorhanden und unzulässig sein solle. Vielmehr seien Teile des Vortrags der Klagepartei von Sachverhalten betref-

fend Motoren der Volkswagen AG übernommen worden. Die Rechtsprechung sei jedoch nicht auf den hier verbauten Motorentyp eines anderen Fahrzeugherstellers übertragbar, nachdem im streitgegenständlichen Fahrzeug keine Software enthalten sei, die das Abgasverhalten abhängig davon anpasse, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befinde oder nicht.

Die Ausführungen des Kl. zur temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung träfen nicht zu. Dieses System sei selbst bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv. Zudem läge schon begrifflich keine Abschalteinrichtung vor, wenn eine Gestaltung vorliege, die nicht nahezu ausschließlich dazu diene, während des Prüfstandtests Emissionen zu reduzieren, sondern die Einrichtungen im Fahrbetrieb auf der Straße unter denselben Bedingungen genauso funktionierten, wie auf dem Prüfstand, und dabei zu einer Verbesserung der Emissionsverringerung führten.

Auch die Ausgestaltung des SCR-Systems unterscheide nicht zwischen dem Fahrbetrieb auf der Straße und auf dem Prüfstand, sondern arbeite in beiden Fahrsituationen in gleicher Weise. Auch das KBA beanstande nicht das Vorliegen von zwei unterschiedlichen Berechnungsmodellen für die AdBlue-Dosierung. Die Reinigungsleistung des SCR-Katalysators könne aufgrund der physikalischen und chemischen Bedingungen nicht über alle Betriebszustände konstant sein. Die Dosierung von AdBlue beruhe teilweise auf Berechnungsmodellen. Bei längeren Fahrten könnten sich die damit einhergehenden Ungenauigkeiten kumulieren. Um trotz wechselnder Bedingungen und möglicher Abweichungen der Modelle sicher zu vermeiden, dass das bei der Reaktion benötigte Umweltgift Ammoniak aus dem System austrete – sogenannter Ammoniak-Schlupf –, müsse das System das Dosierverhalten an die jeweiligen Umstände anpassen. Hierfür würden zwei Berechnungsmodelle genutzt.

Die Bekl. hat den Rückrufbescheid des KBA vom 23. Mai 2018 und den Ergänzungsbescheid vom 3. August 2018 in einer jeweils in weiten Teilen unkenntlich gemachten Kopie eingereicht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Ein Anspruch nach §§ 826, 31 BGB scheitere daran, dass eine Schädigungsabsicht nicht zu erkennen sei, selbst wenn ein sogenanntes Thermofenster vorhanden sei, da dieses nicht prüfstandsbezogen sei. Bezüglich des SCR-Katalysators habe der Kl. keine Steuerung der Dosierung dargelegt, welche von vornherein von Arglist geprägt wäre. Zudem funktioniere der SCR-Katalysator im Straßenbetrieb in gleicher Weise wie auf dem Prüfstand. Für einen Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6, 27 EG-FGV fehle es bereits an einem Verstoß gegen die Normen, da das Fahrzeug dem genehmigten Typ entspreche. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und der Begründung wird auf das angefochtene Urteil nach § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO verwiesen.

Mit der Berufung rügt der Kl. unter anderem, das Landgericht habe die Substantiierungsanforderungen überspannt. Es liege unstreitig ein Thermofenster vor und das Update sei erforderlich gewesen, weil eine unzulässige Abschalteinrichtung im Zusammenhang mit dem SCR-Katalysator festgestellt worden war. Diese Vorrichtungen seien vorsätzlich entwickelt worden. Die Bekl. müsse darlegen und beweisen, dass ein Ausnahmetatbestand vorliege. Die Regelungen des SCR-Katalysators unterschieden danach, ob das Fahrzeug sich auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befinde. Das Landgericht hätte ggf. eine Beweisaufnahme durchführen müssen. Der Kl. habe auch zur Kenntnis des Vorstands von den unzulässigen Abschalteinrichtungen hinreichend vorgetragen und bietet weitere Zeugen dafür an.

Der Kl. verlangt nunmehr aus noch Differenzschaden nebst Zinsen sowie Freistellung von vorgerichtlichen Kosten.

Der aktuelle Marktwert des Fahrzeugs belaufe sich nach einem DAT-Gutachten auf maximal 24.800 €. Der aktuelle Kilometerstand betrage 128.693 km. Es sei ein Nutzungsvorteil in Höhe von 17.288,69 € anzurechnen, so dass sich in der Summe mit dem Marktwert ein Wert von 42.088,69 € ergebe, welcher den reduzierten Wert des Fahrzeugs bei Kauf nicht übersteige.

Auch nach dem Update sei eine unzulässige Abschalteinrichtung vorhanden, nämlich das Thermofenster. Zudem könne das Update zu Folgeschäden führen. Der AdBlue-Verbrauch sei gestiegen. Ein Update lasse den Schaden nicht entfallen, da sonst Hersteller eine illegale Software ausliefern könnten, wenn sie nur fürchten müssten, eine legale Version nachzurüsten. Die AdBlue-Dosierungstrategien seien bewusst entwickelt worden, so dass eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung vorliege.

Die Bekl. verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Dem Kl. obliege die volle Beweislast für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung. Eine Abschalteinrichtung liege nicht vor. Für eine Sittenwidrigkeit sei entscheidend, ob eine Manipulationssoftware „ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert". Das KBA habe bisher in Fahrzeugen der Bekl. keine manipulative Prüfstandserkennung beanstandet. Das Thermofenster und die AdBlue-Dosierungsstrategien stellten keine unzulässigen Abschalteinrichtungen dar. Der übrige Vortrag des Kl. zu weiteren Abschalteinrichtungen sei unsubstantiiert. Strafbefehle gegen einzelne Mitarbeiter der Bekl. könnten die Berufung nicht begründen.

Eine Erwerbskausalität etwaiger Abschalteinrichtungen sei nicht gegeben. Die Risiken seien seit der Ad-Hoc-Mitteilung der Volkswagen AG aus 2015 bekannt gewesen. Der Kaufvertrag sei für den Kl. keinesfalls wirtschaftliche nachteilig gewesen. Allenfalls käme der sogenannte Differenzschaden in Betracht. Das Software-Update habe einen etwaigen Schaden aber vollständig beseitigt. In dem Fahrzeug seien nach dem Software-Update keine unzulässigen Abschalteinrichtungen vorhanden. Zudem sei der Schaden durch die gezogenen Nutzungen und den Restwert aufgezehrt. Der Restwert betrage mindestens 40.000 €, wie Recherchen auf Fahrzeugbörsen im Internet belegten (Anlage BB4). Das ergebe eine Summe von 65.142,05 €, die den gezahlten Kaufpreis übersteige.

Im Schriftsatz vom 10. Mai 2024 hat die Bekl. nochmals ausführlich zu AGR und SCR-Katalysator vorgetragen und darauf hingewiesen, dass eine DAT Abfrage einen Händlereinkaufspreis von 28.537,17 € netto und einen Händlerverkaufspreis von 31.797,46 € netto ergeben habe. Bei Annahme einer Gesamtlaufleistung von 250.000 km verbleibe daher kein Schaden.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 23. Mai 2024 hat der Senat darauf hingewiesen, dass angesichts der jährlich im Durchschnitt vom Kl. zurückgelegten Kilometer von einer Gesamtlaufzeit von 250.000 km auszugehen sei. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass nicht von einem Händlereinkaufspreis, sondern von dem allgemeinen Marktpreis bei der Betrachtung eines Differenzschadens auszugehen sein dürfte. In dem Zusammenhang wurde eine Recherche auf der Internetseite www.autouncle.de zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht, wonach bei dem streitgegenständlichen Fahrzeugtyp in der Ausstattung AMG-Line von einem Mittelwert der Angebote von ca. 37.937,58 € auszugehen ist. Bezüglich der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 23. Mai 2024 verwiesen.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung des Kl. hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen, auch der hilfsweise zum Differenzschaden gestellte Antrag vermag der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen.

Der Kl. hat gegen die Bekl. weder einen Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs an die Bekl. (hierzu unter 1.) noch einen Anspruch auf Erstattung eines sogenannten Differenzschadens (hierzu unter 2.). Auch der Feststellungsanspruch des Kl. ist nicht gegeben (hierzu unter 3.). Mangels Anspruchs in der Hauptsache steht dem Kl. kein Anspruch auf Freihaltung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten oder auf Feststellung eines Annahmeverzuges zu (hierzu unter 4.).

1. Das Landgericht hat mit zutreffender Begründung ausgeführt, dass ein Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises unter Anrechnung der Nutzungsvorteile Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs an die Bekl. unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gegeben ist.

Ein solcher Anspruch lässt sich mit § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§6, 27 EG-FGV und Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 nicht begründen, da diese Vorschriften nicht das Interesse des Käufers schützen, nicht am Vertrag festgehalten zu werden

(vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, Rn. 19).

Ein solcher Anspruch folgt auch nicht aus §§ 826, 31 BGB. Der Kl. hat bereits nicht substantiiert darlegen können, dass der Vorstand oder andere Verantwortliche der Bekl. durch den Einbau der unstreitigen Mechanismen eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung des Kl. im Sinne von § 826 BGB begangen haben. Zum einen ist ein Vorsatz nicht erkennbar und zum anderen ist ein eingetretener Schaden im Sinne einer ungewollten Verbindlichkeit nicht ersichtlich. Der Versuch allein dürfte für einen Schadensersatzanspruch nicht reichen.

a. Es mangelt an einem nachvollziehbar dargestellten Vorsatz, selbst in der Form des dolus eventualis. Der Vortrag des Kl. reicht in der Gesamtschau nicht aus, um anzunehmen, dass die Verantwortlichen es billigend in Kauf genommen haben, einen konkreten Schaden beim Kl. – der auch tatsächlich eingetreten wäre – zu verursachen.

Ohne weiteren konkreten Sachvortrag des Kl. von einem Vorsatz bei Vorstand oder Entscheidungsträgern der Bekl. hinsichtlich einer Schädigung des Kl. allein anhand des Vorliegens einer temperaturgesteuerten Abgasrückführung und der Steuerung des SCR-Katalysators auszugehen, ist nicht lebensnah. Zudem stellt nach ständiger Rechtsprechung des BGH

(vgl. u.a. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021, VI ZR 433/19)

allein die Konzeption einer Steuerung der Abgasrückführung anhand der Umgebungstemperatur noch kein sittenwidriges Verhalten dar, wenn nicht die Abgasrückführung und daran anknüpfend der NOx-Ausstoß allein auf den Prüfstand ausgerichtet sind. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen der Kl. als Anspruchsteller

(vgl. Urteil des BGH vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, Rn. 35).

aa. Der Kl. hat das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung in Bezug auf die unstreitig temperaturgesteuerte Abgasrückführung nicht substantiiert dargelegt. Da die Abgasrückführung unstreitig zum Zwecke der Steuerung der Temperatur des Verbrennungsvorgangs mit Auswirkungen auf den NOx-Ausstoß erfolgt, liegt es auf der Hand, dass auch der Parameter der dem Verbrennungsvorgang zugeführten Umgebungstemperatur bei der Steuerung berücksichtigt wird. Es muss also gesteuert werden, wie viel Umgebungsluft und wie viel Abgase zur Zielerreichung der Einhaltung von Grenzwerten dem Verbrennungsvorgang zugeführt werden müssen. Allein die Tatsache, dass die Abgasrückführung zur Grenzwerterreichung temperaturgesteuert erfolgt, ist daher – und darauf hat der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen – für die Frage des Vorhandenseins einer unzulässigen Abschalteinrichtung ohne Belang. Eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 kann schließlich erst dann vorliegen, wenn die Wirksamkeit des gesamten Emissionskontrollsystems durch die Wirkungsweise eines bestimmten Konstruktionsteils im normalen Fahrzeugbetrieb gegenüber dem Prüfstandslauf verringert wird. Der Kl. hätte dementsprechend zur Substantiierung seiner Behauptung einer unzulässigen Abschalteinrichtung vortragen müssen, welche Auswirkungen eine Reduktion der Abgasrückführungsrate in bestimmten Temperaturbereichen der Umgebungsluft auf das Emissionsverhalten seines Fahrzeugs hat. Soweit die Bekl. vorträgt, dass die Abgasrückführung zur Zielerreichung der Grenzwerteinhaltung unter 10 Grad Celsius stufenweise reduziert werde, hätte der Kl. darlegen können und müssen, welche Auswirkungen dies konkret auf die Einhaltung bestimmter Abgasgrenzwerte hat.

bb. Auch hinsichtlich der Bedatung des SCR-Katalysators hat der Kl. nicht dargelegt, inwieweit die Bekl. eine solche Steuerung vorgenommen hat, die dazu führt, dass die Emissionsregulierung im normalen Betrieb gegenüber dem Prüfstandslauf weniger wirksam ist. Es ist zudem unstreitig, dass der SCR-Katalysator mittels Software-Updates grundsätzlich so programmiert werden kann, dass er im Echtbetrieb uneingeschränkt so wie auf dem Prüfstand arbeitet. Dies zeigt auch der Rückruf durch das KBA und der Kl. hat nicht vorgetragen, dass das Software-Update die behauptete unzulässige Steuerung des SCR-Katalysators nicht beseitigen konnte. Selbst wenn also ein Hersteller, z.B. zur Reduzierung des AdBlue-Verbrauchs im normalen Fahrbetrieb, die Wirksamkeit des SCR-Katalysators anhand von diversen Parametern so gestaltet hätte, dass dieser im normalen Fahrbetrieb weniger wirksam als auf dem Prüfstand ist, ließe sich dies unstreitig mittels Software-Updates beheben und eine Stilllegung würde nicht drohen. Es ist daher fernliegend anzunehmen, dass ein Hersteller mit der Stilllegung von Fahrzeugen rechnen musste, wenn die Zulassungsbehörden die Steuerung des SCR-Katalysators im Echtbetrieb beanstanden sollten. Es kann daher kein Erfahrungssatz dahingehend gebildet werden, dass ein Käufer ein entsprechendes Fahrzeug nicht gekauft hätte, nur weil nachträglich die Steuerung des SCR-Katalysators angepasst werden müsste. Auch der eventuell aufgrund eines Software-Updates eingetretene AdBlue-Mehrverbrauch stellt keinen Nachteil für den Käufer dar, da dieser direkt ab dem Kauf aufgetreten wäre, wenn die Steuerung schon ab dem Kauf nach den Vorgaben des vom KBA freigegebenen Software-Updates erfolgt wäre. Insoweit war die beanstandete, ursprüngliche Bedatung bis zum Software-Update für den Kl. vorteilhaft.

b. Selbst wenn man unterstellt, dass die Bekl. bewusst die Steuerung der Abgasrückführung und des SCR-Katalysators so ausgestaltet hat, dass die Grenzwerte nur im Prüfstandslauf eingehalten werden, bedeutet es nicht, dass sie aus damaliger Sicht davon ausgehen musste, dass diese Vorgehensweise einen konkreten Schaden beim Kl. verursachen würde. Für die Annahme eines Vorsatzes wäre aber erforderlich, dass die Bekl. einen Schadenseintritt für möglich hielt. Hierzu hat der Kl. keine Tatsachen vorgetragen, die auf einen solchen Vorsatz bei der Bekl. schließen lassen. Im vorliegenden Fall konnte der Kl. sein Fahrzeug über viele Jahre uneingeschränkt

nutzen und es ist nicht absehbar, dass sich hieran etwas ändern wird. Da es bisher – soweit dem Senat ersichtlich – in keinem Fall einer unzulässigen Abschalteinrichtung in einem Fahrzeug der Bekl. zu einer Stilllegung eines Fahrzeugs gekommen wäre, ist es für den Senat fernliegend aus ex-ante Sicht davon auszugehen, dass die Bekl. bei Beantragung der Typgenehmigung damit rechnen musste, dass später Fahrzeuge von einer endgültigen Stilllegung bedroht sein könnten. Eine solche Sichtweise wird auch durch die Erwägungsgründe zu der VO (EG) 715/2007 gestützt. Aus Erwägungsgrund 12 ergibt sich, dass neben den Vorgaben der Verordnung weitere Anstrengungen notwendig sind, um sicherzustellen, dass die Grenzwerte sich auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen. Der Erwägungsgrund lautet:
„(12) Es sollten weitere Anstrengungen unternommen werden, um striktere Emissionsgrenzwerte einzuführen, einschließlich der Senkung von Kohlendioxidemissionen, und um sicherzustellen, dass sich die Grenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen."

Der Verordnungsgeber ging also offenbar selbst davon aus, dass allein die abstrakten Grenzwerte und die Einhaltung derselben während des NEFZ nur bedingt geeignet sein würden, um sicherzustellen, dass die Fahrzeuge wirksam die Grenzwerte im Echtbetrieb einhalten, um damit das in Erwägungsgrund Nr. 6 genannte Ziel der Verordnung, insbesondere die Stickstoffoxid-Emissionen erheblich zu mindern, zu erreichen. Hierauf deutet auch Erwägungsgrund 15 hin:

„(15) Die Kommission sollte prüfen, ob der Neue Europäische Fahrzyklus, der den Emissionsmessungen zugrunde liegt, angepasst werden muss. Die Anpassung oder Ersetzung des Prüfzyklus kann erforderlich sein, um Änderungen der Fahrzeugeigenschaften und des Fahrerverhaltens Rechnung zu tragen. Überprüfungen können erforderlich sein, um zu gewährleisten, dass die bei der Typgenehmigungsprüfung gemessenen Emissionen denen im praktischen Fahrbetrieb entsprechen. Der Einsatz transportabler Emissionsmesseinrichtungen und die Einführung des „not-to-exceed"-Regulierungskonzepts (der Hersteller muss gewährleisten, dass sein Fahrzeug in allen Betriebszuständen die Grenzwerte nicht überschreitet) sollten ebenfalls erwogen werden."

Der Verordnungsgeber selbst ging also offenbar davon aus, dass die Vorgabe der Prüfstandsmessung ungeeignet ist, um die Emissionen der Fahrzeuge auf der Straße im Echtbetrieb zu reduzieren. Offenbar war auch dem Verordnungsgeber bekannt, dass der Hersteller die Technik seines Fahrzeugs so anpassen kann, dass das Fahrzeug auf dem Prüfstand in jedem Fall die Grenzwerte einhält und im Realbetrieb eher Langlebigkeit, Kraftstoff- und AdBlue-Verbrauch und Performance der Fahrzeuge im Fokus stehen. Es ist zudem unrealistisch und physikalisch fernliegend, dass ein Fahrzeug bei Schrittgeschwindigkeit im Vergleich zu 200 km/h bei erheblich divergierendem Kraftstoffverbrauch bezüglich sämtlicher Abgasparameter (z.B. bei Euro 5: CO, Kohlenwasserstoffe, Feinstaub, NOx) die gleichen Ausstoßwerte aufweist. Will der Verordnungsgeber erreichen, dass sich ein Fahrzeug bezüglich der Abgaswerte auf dem Prüfstand wie im Realbetrieb immer gleich verhält, muss er andere Grenzwerte wählen, insbesondere mit „not-to-exceed" Grenzwerten arbeiten. Nur so kann sichergestellt werden, dass sich über die gesamte Bandbreite der Nutzungsmöglichkeiten, Jahreszeiten und Belastungen tatsächlich die Emissionen verringern.

Es ist daher lebensnah, dass die Bekl. aus diesen Gründen bei Beantragung der Typgenehmigung nicht davon ausgehen musste, dass das klägerische Fahrzeug von einer endgültigen Stilllegung bedroht sein könnte, selbst, wenn die vom Kl. behaupteten Abschalteinrichtungen bei Inverkehrbringen vorgelegen haben sollten. Die Bekl. musste demnach auch nicht damit rechnen, dass der Erwerb eines solchen Fahrzeugs nach der allgemeinen Verkehrsanschauung unvernünftig sein würde

(vgl. zum Schadensbegriff: BGH, Urteil vom 25. Mai 2020, VI ZR 252/19, Rn. 53 ff.).

2. Der Kl. hat keinen Anspruch auf Zahlung eines sogenannten Differenzschadens gegen die Bekl. in Höhe von 8.400 € aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§6, 27 EG-FGV und Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007. Zum einen hat die Bekl. die behaupteten Abschalteinrichtungen durch das beim Fahrzeug aufgespielte Software-Update unstreitig vollständig beseitigt (hierzu unter a.) und zum anderen liegt in finanzieller Hinsicht kein ausgleichsbedürftiger Schaden beim Kl. vor (hierzu unter b.).

a. Die Bekl. hat ausdrücklich vorgetragen, dass das vom KBA freigegebene Software-Update, welches beim klägerischen Fahrzeug installiert wurde, sämtliche vom KBA beanstandeten und von dort für unzulässig gehaltenen Abschalteinrichtungen beseitigt habe. Die Abgasrückführung werde erst bei Temperaturen oberhalb von 40 Grad reduziert. Dem ist der Kl. nicht substantiiert entgegengetreten. Mag der Kl. auch jetzt noch der Auffassung sein, sein Fahrzeug enthalte unzulässige Abschalteinrichtungen, ist es aufgrund der eindeutigen Stellungnahme des KBA fernliegend, dass aufgrund derselben ernsthaft und im Sinne eines erheblichen Mangels des Fahrzeugs eine Stilllegung desselben droht. Die Sachlage mag erst dann anders zu beurteilen sein, wenn eine endgültige Stilllegung des klägerischen Fahrzeugs aufgrund einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 vorliegt und dem Kl. damit ein entsprechender Schaden entstanden ist.

b. Es liegt zudem schon kein ersatzfähiger Schaden beim Kl. vor. Die Summe aus dem heutigen Wert des Fahrzeugs und dem Wert der seit Erwerb vom Kl. gezogenen Nutzungen beträgt zur Überzeugung des Senats mindestens 57.670 € und übersteigt folglich den ursprünglich vom Kl. gezahlten Kaufpreis in Höhe von 56.000 €. Damit liegt kein ersatzfähiger Differenzschaden vor

(vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, Rn. 80).

Der Kl. hat mit dem Fahrzeug 99.819 km in etwa sieben Jahren und drei Monaten seit Erwerb zurückgelegt, wobei der Senat leicht abweichend von den Feststellungen im angefochtenen Urteil von einer Laufleistung zum Kaufzeitpunkt von 30.096 km ausgeht, die im Kaufvertrag notiert worden sind. Der Kl. fährt also im Jahr etwa 13.750 km. Aufgrund der relativ geringen jährlichen Laufleistung, wobei der Senat von einer typischen Nutzung eines Dieselfahrzeugs von etwa 15.000 bis 25.000 km jährlich ausgeht, schätzt der Senat die Gesamtlaufleistung des Fahrzeugs auf insgesamt 250.000 km ein, was einem Nutzungszeitraum von mehr als 18 Jahren entspricht. Dies dürfte nach Auffassung des Senats einer Gesamtnutzungsdauer entsprechen, innerhalb derer ein Fahrzeug wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden kann.

Daraus errechnet sich demnach ein Nutzungsvorteil in Höhe von 56.000 € / 219.904 km Restlaufleistung bei Kauf x 99.819 gefahrene Kilometer, also 25.420 €. Der tatsächlich gezahlte Kaufpreis ist bei der Berechnung eines Nutzungsvorteils anzusetzen, da das Fahrzeug und auch vergleichbare Fahrzeuge damals nur zu diesem Preis und nicht etwa zu einem aufgrund einer unzulässigen Abschalteinrichtung geminderten Preis erworben werden konnten.

Den aktuellen Wert des Fahrzeugs schätzt der Senat auf mindestens 32.250 €. Bei der Berechnung des „Restwertes"

eines Fahrzeugs für die Betrachtung eines Differenzschadens im Sinne der Rechtsprechung des BGH ist nach Auffassung des Senats der aktuell auf dem Gebrauchtwagenmarkt realistisch erzielbare Brutto-Verkaufspreis maßgeblich

(so auch OLG Celle, Beschluss vom 16. Oktober 2023 – 7 U 346/22, OLG Dresden, Urteil vom 17. November 2023 - 3 U 983/23).

Schließlich soll mittels der Kontrollüberlegung betrachtet werden, ob ein im Kaufzeitpunkt eventuell errechneter Differenzschaden aufgrund einer unzulässigen Abschalteinrichtung sich unter Berücksichtigung des tatsächlichen Wertes des Fahrzeugs und der gezogenen Nutzungsvorteile überhaupt realisiert hat. Daher kann es nicht um die Frage gehen, ob ein Kunde dann einen Verlust erleiden könnte, wenn er sein Fahrzeug an einen Händler verkaufen würde. Ein Händler wird schließlich in der Regel das Fahrzeug nicht zur eigenen Nutzung, sondern zum Weiterverkauf erwerben und kann daher unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten nur einen Kaufpreis zahlen, der erheblich unter den erzielbaren Verkaufspreisen am allgemeinen Gebrauchtwarenmarkt liegt. Eine sog. Händlermarge und der damit verbundene mögliche Verlust gegenüber dem gezahlten Kaufpreis beruht aber im Fall des Nichtverkaufs nicht auf einer unzulässigen Abschalteinrichtung und kann daher nicht über die Geltendmachung eines Differenzschadens ausgeglichen werden.

Der aktuell am Gebrauchtwagenmarkt erzielbare Verkaufspreis ist nach § 287 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände zu schätzen. Als Schätzgrundlage sind dabei die Angaben der Parteien, aber auch Verkaufsportale im Internet geeignet, da es sich um öffentlich zugängliche Quellen handelt. Die von den Parteien angegeben aktuellen Werte des klägerischen Fahrzeugs in Höhe von zwischen 24.800 € und 40.000 € haben den Senat veranlasst, auf der öffentlich zugänglichen Internetplattform www.autouncle.de, auf welcher Angebote verschiedener anderer Handelsplattformen, wie etwa mobile.de und kleinanzeigen.de gelistet sind, zu prüfen, wie hoch der Verkaufspreis des klägerischen Fahrzeugs heute sein dürfte. Das Ergebnis der Recherche vom 21. Mai 2024 ist zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gemacht worden. Unter Nichtberücksichtigung des höchsten und niedrigsten Angebots als eventuelle Ausreißer ergaben sich Werte in Höhe von 32.300 € bis 42.900 € und aus diesen Angeboten ein Mittelwert von 37.973,58 €. Selbst wenn man hierauf einen Abschlag wegen Verhandlungsgeschicks in Höhe von 15 % gewähren wollte, ergibt sich ein Wert in Höhe von abgerundet 32.250 €, welcher sogar unter dem niedrigsten gelisteten Angebot liegt. Addiert man dazu den anzurechnenden Nutzungsvorteil in Höhe von 25.420 € verbleibt zur Überzeugung des Senats kein auszugleichender Differenzschaden, da der Restwert und die Nutzungsvorteile in der Summe den gezahlten Kaufpreis übersteigen.

3. Der Feststellungsanspruch des Kl. ist unbegründet, da die Bekl. durch das Software-Update die behaupteten Abschalteinrichtungen beseitigt hat und nicht ersichtlich ist, welcher Schaden dem Kl. künftig drohen könnte, den er nicht schon heute beziffern könnte.

4. Mangels Anspruchs in der Hauptsache steht dem Kl. gegen die Bekl. weder ein Anspruch auf Freihaltung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten noch auf Feststellung eines Annahmeverzuges zu.

…

Strafrecht

OWiG § 79 III; StVO §§ 296, 337; BKatV § 4 IV

1. **Verhängt der Bußgeldrichter ein erhöhtes Bußgeld und sieht dabei von der Verhängung eines Fahrverbotes ab, verstößt dies zwar nach allgemeiner Rechtsauffassung nicht gegen das Verschlechterungsverbot.**
   Ist dieser Rechtsfolgenausspruch aber rechtsfehlerhaft, liegt hierin eine Beschwer des Betroffenen, weil die Erhöhung der Geldbuße innerhalb dieser Sanktionsform eine wirtschaftliche Belastung darstellt, so dass das Urteil zu seinem Nachteil auf diesem Rechtsfehler beruhen kann.
2. **Das Rechtsbeschwerdegericht muss die tatrichterliche Entscheidung uneingeschränkt dahingehend prüfen können, ob die Erhöhung des Bußgeldes „angemessen" im Sinne von § 4 Abs. 4 BKatV ist.**
3. **Der Bußgeldrichter darf sich im Rahmen der angemessenen Erhöhung des Bußgeldes nicht auf floskelhafte Formulierungen wie „erfolgte unter Berücksichtigung der Gesamtumstände" beschränken, sondern hat hierzu tatsächliche Feststellungen zu treffen, die einer Prüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht zugänglich sind.**

SchlHOLG, I. Senat für Bußgeldsachen, Beschluss v. 19. Juni 2024 – I Orbs 60/24 –, Pr.

Das Amtsgericht hat mit dem angefochtenen Urteil gegen den Betroffenen wegen fahrlässigen Überschreitens der zulässigen Höchstgeschwindigkeit außerhalb geschlossener Ortschaften um 32 km/h eine Geldbuße von 600 € festgesetzt. Es hat im Rechtsfolgenausspruch von der Verhängung des Regelfahrverbotes abgesehen und stattdessen die Geldbuße verdreifacht.

Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Betroffenen, welche er mit der allgemeinen Sachrüge begründet. Es mangele „dem Urteil an ausreichenden tatsächlichen Feststellungen hinsichtlich der entscheidungserheblichen Fragen". Weder habe das Amtsgericht seine wirtschaftlichen Verhältnisse ermittelt, noch lägen Härtegründe für ein Absehen vom Fahrverbot vor. Er habe dieses auch nicht beantragt.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat beantragt, die Rechtsbeschwerde als unbegründet zu verwerfen.

Aus den Gründen

Die Fortbildung des Rechts gebietet die Übertragung der Entscheidung auf den Senat (hierzu unter 1.). Das angefochtene Urteil weist durchgreifende Rechtsmängel aufgrund eines Darstellungsmangels im Schuldspruch und aufgrund unzureichender Feststellungen zum Rechtsfolgenausspruch auf (hierzu unter 2.). Auf diesen Rechtsmängeln beruht das Urteil zum Nachteil des Betroffenen auch, weshalb sein Rechtsmittel jedenfalls vorläufigen Erfolg hat (hierzu unter 3.).

1. Die Sache ist gemäß § 80a Abs. 1, Abs. 3 OWiG auf den Senat in der Besetzung mit drei Richtern zu übertragen, denn es ist geboten, die Frage, ob, wenn das Tatgericht rechtsfehlerhaft von der Verhängung eines Fahrverbotes absieht und stattdessen auf eine erhöhte Geldbuße erkennt, ein Urteil in einem Bußgeldverfahren auf diesem Rechtsfehler zum Nachteil des Betroffenen beruht, zur Fortbildung des Rechts zu prüfen.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat dies in ihrer an den Senat gerichteten Zuschrift verneint und hierzu ausgeführt:

„Diese Rechtsfehler beschweren den Betroffenen jedoch nicht. Es fehlt an einer Benachteiligung des Betroffenen durch die vom Amtsgericht letztlich vorgenommene Fest-

setzung der Geldbuße, da diese im Vergleich zum Fahrverbot das mildere Ahndungsmittel ist (BGH, Beschluss vom 11. November 1970 - 4 StR 66/70; OLG Hamm, Beschluss vom 2. Juli 2007 - 3 Ss-OWi 360/07). Abstrakt ergibt sich dies bereits daraus, dass „eine Geldbuße verhängt werden kann, wenn schlechthin eine Ordnungswidrigkeit im Straßenverkehr begangen worden ist, dass ein Fahrverbot jedoch erst ausgesprochen werden darf, wenn bestimmte zusätzliche Qualifikationsmerkmale vorliegen, die den Unrechtsgehalt der Tat vergrößern, nämlich wenn ein Kraftfahrzeugführer grob oder beharrlich seine Pflichten verletzt hat und sich trotz der Buße nicht auf diese Pflichten besinnen wird" (BGH, aaO) und ist auch daran zu erkennen, dass die Rechtsbeschwerde bei einer Geldbuße bis zu einem Betrag von 250 Euro der Zulassung bedarf, bei einem Fahrverbot aber immer statthaft ist. Aber auch konkret ist eine Beschwer nicht zu erkennen. Fraglich ist insoweit, ob eine Gesamtschau der verhängten Ahndungsmaßnahmen eine Veränderung zum Nachteil des Betroffenen erkennen lässt. Entscheidend ist dabei, ob und inwieweit die angemessene Erhöhung der Geldbuße beim Wegfall des Fahrverbots für den Betroffenen weniger drückend ist als eine Geldbuße bei gleichzeitigem Fahrverbot ist

(BGH, aaO, OLG Hamm, aaO).

Auch insoweit ist ein Nachteil des Betroffenen nicht zu erkennen:

Den Urteilsgründen ist zu entnehmen, dass der Betroffene als Versicherungsvertreter tätig und hierfür auf sein Auto angewiesen ist. Es ist bereits auszuschließen, dass der im Falle eines einmonatigen Fahrverbotes drohende Verdienstausfall unter 400 Euro liegt. Denn so betrug im Jahr 2023 bereits der monatliche Regelbetrag nach dem SGB II (Bürgergeld) für Paare (wovon zugunsten des Betroffenen auszugehen ist) je Partner der Bedarfsgemeinschaft 451 Euro (Regelbedarfsstufe 2). Dass das monatliche Einkommen des Betroffenen aus der selbständigen Tätigkeit unterhalb dieses Betrages liegt, ist fernliegend, sodass bereits aus diesem Grund von einer Verschlechterung keine Rede sein kann. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass der Betroffene den Urteilsgründen zufolge sein Kfz auch für Fahrten zur Versorgung seiner pflegebedürftigen Tochter benötigt. Die Verhängung eines Fahrverbotes würde auch in diesem Zusammenhang zur Notwendigkeit weiterer finanzieller Aufwendungen etwa durch die Inanspruchnahme von Taxifahrten oder die Beschäftigung eines Fahrers führen. Jedenfalls in der Gesamtschau ist daher letztlich auszuschließen, dass der Betroffene durch die erhöhte Geldbuße schwerer beeinträchtigt wird als durch das Fahrverbot."

Dies sieht der Senat – wie nachfolgend unter Ziffer 3. b) noch ausgeführt wird – anders.

2. Hinsichtlich des festgestellten Sachverhalts leidet das Urteil an einem Darstellungsmangel (hierzu unter a)). Im Rechtsfolgenausspruch weist es aufgrund unzureichender Feststellungen einen Erörterungsmangel hinsichtlich des Absehens vom Fahrverbot bei gleichzeitiger Erhöhung der Geldbuße auf (hierzu unter b)).

a) Die tatsächlichen Feststellungen tragen zunächst den Schuldspruch einer fahrlässigen Geschwindigkeitsüberschreitung nicht. Das Amtsgericht hat unter Ziffer III u.a. ausgeführt: „Der Sachverhalt unter II. beruht auf der Inaugenscheinnahme des Beweisvideos (vorgeheftet) und den Lichtbildern (Bl. 77 d.A.) [...]."

Ein Rückgriff auf die Lichtbilder und den Videofilm ist dem Senat jedoch verwehrt. Für die Lichtbilder hätte es hierzu einer wirksamen Verweisung nach § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO, § 46 OWiG im Urteil bedurft, an der es vorliegend fehlt. Auch die Videoaufzeichnung ist nicht Bestandteil der Urteilsgründe geworden. Eine Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium wäre auch nicht möglich, da § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO voraussetzt, dass es sich um Abbildungen handelt, auf die wegen ihrer Einzelheiten verwiesen werden kann und die selbst Aktenbestandteil geworden sind. Dies ist bei auf elektronischen Medien gespeicherten Bilddateien aber nicht der Fall

(BGH, Urteil vom 2. November 2011 – 2 StR 332/11 –, juris).

Danach hätte es vorliegend einer aus sich heraus verständlichen Beschreibung und Würdigung des sich aus dem Videofilm und den Lichtbildern ergebenden Geschehens bedurft, die eine umfassende Beurteilung ihres Aussagegehalts durch den Senat ermöglicht hätten. Hieran mangelt es vollständig.

b) Mit der Generalstaatsanwaltschaft ist der Senat weiterhin der Auffassung, dass das Urteil des Amtsgerichts auch im Rechtsfolgenausspruch einer sachlich-rechtlichen Überprüfung nicht standhält, soweit von der Anordnung eines Fahrverbotes abgesehen worden ist.

Liegt der Regelfall der Anordnung eines Fahrverbots vor, wovon das Amtsgericht im Ausgangspunkt zutreffend ausgegangen ist, muss das Tatgericht prüfen, ob sich aus der Würdigung von Tat und Persönlichkeit des Täters besondere Umstände ergeben, aufgrund derer es ausnahmsweise der Warn- und Denkzettelfunktion eines Fahrverbotes nicht bedarf. Beabsichtigt es, aufgrund entsprechender Erwägungen im Einzelfall von der Verhängung eines Fahrverbotes abzusehen, so erfordert dies in den Urteilsgründen eine eingehende, auf Tatsachen gestützte Begründung, die es dem Beschwerdegericht ermöglicht, die Voraussetzungen für die Annahme einer unbilligen Härte rechtlich nachzuprüfen

(OLG Hamm, Beschluss vom 3. März 2022 – 5 RBs 48/22 m.w.N.).

Auch hieran fehlt es vollständig. Dem Urteil lässt sich nicht einmal entnehmen, dass der Betroffene selbst mit seinem Einspruch ein Absehen vom Fahrverbot hätte erreichen wollen und diesbezüglich nachprüfbare Angaben gemacht hätte. Die Rechtsbeschwerdebegründung spricht für das Gegenteil.

3. Auf beiden Rechtsfehlern beruht das Urteil zum Nachteil des Betroffenen auch.

a) Soweit das Amtsgericht Beweisvideos und Lichtbilder in Augenschein genommen hat, trägt der dem Senat zugängliche Inhalt des Urteils mangels wesentlicher Feststellungen die Verurteilung nicht. Der Senat kann das Urteil deshalb nicht auf seine sachlich-rechtliche Richtigkeit überprüfen, was dessen Aufhebung zwingend zur Folge hat

(BGH, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 StR 319/21 –, juris).

Entsprechend war das Urteil mit den zugrundeliegenden Feststellungen im Schuldspruch aufzuheben, weil dieser fehlerhaft sein kann und deshalb den Betroffenen beschwert.

b) Auch im Rechtsfolgenausspruch ist der Betroffene nach Auffassung des Senates beschwert.

Zwar führt die Generalstaatsanwaltschaft zutreffend aus, dass unter dem Aspekt des Verschlechterungsverbots eine (erhöhte) Geldbuße gegenüber einem Fahrverbot die mildere Sanktion ist und deshalb auch auf ein Rechtsmittel allein zugunsten eines Betroffenen bzw. bei Anwendung von § 301 StPO verhängt werden darf

(vgl. u.a. OLG Hamm, Beschluss vom 2. Juli 2007 – 3 Ss OWi 360/07 –, juris).

Dieser Rechtsgedanke beruht allerdings auf einer abstrakten Differenzierung zwischen Geldbuße und Fahrverbot als unterschiedliche Sanktionen. Dies ist zu unterscheiden von der Frage, ob die rechtsfehlerhafte Anwendung dieser Sanktionsmöglichkeiten den Betroffenen dann konkret beschwert, wenn von der härteren Sanktion gegen Erhöhung der milde-

ren Sanktion abgesehen wird. Würde die Beschwer unter dem Gesichtspunkt verneint, dass „nur" auf eine mildere Sanktion erkannt wurde und ließe man dabei außer Betracht, dass diese nachteilig erhöht wurde, wäre es dem Rechtsbeschwerdegericht stets verwehrt, den Rechtsfolgenausspruch in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren zu überprüfen, wenn das Tatgericht von der härteren Sanktion des Fahrverbotes abgesehen hat. Damit wäre dem Rechtsbeschwerdegericht auch nicht mehr möglich nachzuprüfen, ob das Tatgericht die Wechselwirkung zwischen Geldbuße und Fahrverbot erkannt und dessen Bedeutung im Rechtsfolgenausspruch beachtet hat. Das sieht auch die Generalstaatsanwaltschaft offensichtlich nicht so, denn sie nimmt wirtschaftliche Erwägungen dahingehend vor, ob der Betroffene durch die Erhöhung der Geldbuße in der Gesamtschau beschwert ist und verneint dies im Ergebnis. Die diesbezüglichen Erwägungen sind jedoch hypothetisch und finden in den Urteilsgründen keine Stütze. Genau hieran zeigt sich aber, dass es dem Urteil umfassend an Feststellungen mangelt, die den Rechtsfolgenausspruch tragen könnten. Der Senat als Rechtsbeschwerdegericht kann nämlich eigene Erwägungen nicht anstelle des Tatrichters setzen. Dies folgt schon aus § 79 Abs. 6 OWiG, wonach eine eigene Entscheidung zwingend voraussetzt, dass die Feststellungen des Tatgerichts hierfür ausreichen.

Die Beschwer des Betroffenen liegt nach Auffassung des Senats schon darin, dass die Geldbuße signifikant erhöht, nämlich verdreifacht, worden ist. Denn hierin liegt eine wirtschaftliche Beschwer innerhalb der verhängten Sanktion, die den Betroffenen zu Unrecht benachteiligen kann. § 4 Abs. 4 BKatV regelt nämlich, dass bei einem Absehen vom Fahrverbot die Geldbuße **angemessen** (Hervorhebung durch den Senat) erhöht werden soll. Hierin kommt die Wechselwirkung beider Sanktionen zum Ausdruck, deren Beachtung für das Rechtsbeschwerdegericht überprüfbar sein muss. Gleiches gilt für die innerhalb des Ermessensspielraums des Tatrichters maßgeblich zu berücksichtigenden Umstände, so u.a. die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Betroffenen soweit sie entscheidungsrelevant sind. Auch wenn die Zumessungserwägungen des Tatrichters nur einer eingeschränkten Prüfung des Rechtsbeschwerdegerichts unterliegen, hat das Rechtsbeschwerdegericht zu prüfen, ob die tatrichterlichen Erwägungen ausreichend sind oder aber lückenhaft und in sich widersprüchlich. So liegt es hier. Mangels Feststellungen zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Betroffenen kann der Senat nicht überprüfen, ob die Erhöhung der Geldbuße um das Dreifache angemessen im Sinne von § 4 Abs. 4 BKatV ist und der Wechselwirkung zwischen Geldbuße und Fahrverbot hinreichend Rechnung getragen wurde. Die Feststellung des Amtsgerichts „Die Verdreifachung der Regelgeldbuße erfolgte unter Berücksichtigung der Gesamtumstände." stellt eine inhaltslose Floskel dar, weil das Urteil sich zu diesen „Gesamtumständen" nicht verhält. Auch im Rechtsfolgenausspruch war das Urteil daher mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufzuheben.

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat ergänzend auf Folgendes hin:

Durchgreifenden Bedenken dürfte der Schuldspruch auch im Hinblick auf die Annahme von Fahrlässigkeit begegnen. Zunächst genügen die tatsächlichen Feststellungen zu der Beschilderung nicht, soweit das Amtsgericht lediglich ausgeführt hat, die zulässige Geschwindigkeit sei „in diesem Bereich" beschränkt. Auch verhält sich das Urteil nicht dazu, ob der Betroffene die Beschilderung wahrgenommen oder aber (nur) übersehen hat. Angesichts von fünf einschlägigen Vorerkenntnissen im FAER, davon allein drei im Jahr 2022, und der erheblichen Geschwindigkeitsüberschreitung um 32 km/h (ein Drittel der zulässigen Höchstgeschwindigkeit) hatte das Amtsgericht allerdings erhebliche Veranlassung, eine vorsätzliche Tatbegehung durch den Betroffenen zu prüfen. Insoweit lässt das Urteil unter Ziffer II besorgen, dass sich der Tatrichter dieser Möglichkeit gar nicht bewusst war, weil Erwägungen hierzu vollständig fehlen.

Kann ein Fahrverbot aufgrund des insoweit geltenden Verschlechterungsverbots zwar nicht mehr angeordnet werden, so ist es dem Amtsgericht allerdings noch möglich, hinsichtlich der Schuldform neue Feststellungen zu treffen und die sich hierzu aufdrängenden Erwägungen anzustellen. Das Verschlechterungsverbot gilt für die Verurteilung wegen einer nachteiligen Schuldform nicht

(KG, Beschluss vom 30. Januar 2023 – 3 ORbs 5/23 – 122 Ss 138/22 –, bei BeckRS),

so dass ggf. die Regelbuße nach § 3 Abs. 4a BKatV zwingend zu verdoppeln wäre.

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz und Gesundheit des Landes Schleswig-Holstein,
Lorentzendamm 35, 24103 Kiel, im Eigenverlag.
Verantwortlich i.S.d. § 7 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:
Richterin am Oberlandesgericht Susanne Veit, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.
Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen" erscheinen als Justizministerialblatt in zwei Ausgaben, Teil A (Fachzeitschrift mit Bekanntmachungsteil) und Teil B (Bekanntmachungen der Gerichte). Teil A erscheint monatlich einmal zum 20. und Teil B monatlich einmal zum 30. 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 bezogen werden: Verlag J.J.Augustin GmbH, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax -/608685, E-Mail: augustinverlag@t-online.de.
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.

„Die Grundrechte müssen das Grundgesetz regieren“

75 Jahre Grundgesetz – Demokratie braucht zivilgesellschaftliches Engagement

Tagung in Lübeck
Sonnabend, 26. Oktober 2024
von 10.00 – 20.00 Uhr

ver.di Landesbezirk Nord

Programm

10:00 Heidi Beutin & Michael Rüther
Begrüßung

10:15 Frank Hornschu
Deutscher Gewerkschaftsbund – DGB Kiel Region – Geschäftsführer und Vorsitzender
Ein historisch-politischer Blick auf das GG aus gewerkschaflicher Perspektive

10:45 Dr. Gerd Hankel
Völkerrechtler und Sprachwissenschaftler am Hamburger Insitut für Sozialforschung
Die Philosophie dees Grundgestzes - zeitgeschichtliche und Völkerrechtliche Grundlagen und Bezüge des GG

12:15 Mittagspause

13:10 Grußwort Türgem

13:15 Dr. Johann Dvořák
Professor am Institut für Politikwissenschaft der Universität Wien
Historische Erfahrungen und die Gestaltung von Verfassungen nach 1945: Das Bonner Grundgesetz und die Österreichische Bundesverfassung

14:15 Dr. Theresa Tschenker
Rechtsanwältin mit Schwerpunkt Arbeits-/ Straf- und Sozialrecht
Zum politischen Streik - Rechtsgeschichte und Entwicklungsperspektiven des Verbots

15:15 Kaffeepause

16:00 Gerhard Schäfer
Sozialwissenschaftler und Historiker, aktiv im Bremer Friedensforum, GEW und BdWi
Die Friedensfinalität des Grundgesetzes

17:00 Abschlussdiskussion

18:00 Abendessen

19:00 Marx' Sisters & Brothers
Lesung & Gesang

20:00 Schlusswort

Vorträge:
im Umfang von ca. 45 Minuten, plus jeweils Zeit für Nachfragen und Anmerkungen, insgesamt 60 Minuten

„Die Grundrechte müssen das Grundgesetz regieren“*

*Carlos Schmid, Abgeordeneter der SPD
Rede im Parlamentarischem Rat, 8. September 1948

„Krieg ist kein Mittel der Poltik“, so lautete der Vorschlag von Carlo Schmidt für den Artikel im Grundgesetz, der sicherstellen sollte, dass Deutschland fortan eine friedliche Rolle in der Weltgemeinschaft zukomme. Mit Ablauf des 23. Mai 1949 trat das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in Kraft. Dies war getragen von den Schlussfolgerungen aus zwei Weltkriegen und Faschismus und seiner Überwindung. Zu diesem Neuaufbruch gehörten insbesondere gleiche und unteilbare kulturelle, politische und soziale Menschenrechte, konsequente Abrüstung, die kooperative Gestaltung der internationalen Beziehungen und die Demokratisierung der Wirtschaft. Zugleich fielen die Erarbeitung und Verabschiedung bereits in die neue historische Etappe des „Kalten Krieges“, der spätestens mit den Abwürfen der Atombomben auf Hiroshima und Nagasaki begonnen hatte.
Mit dieser – wie immer interdisziplinären – Konferenz wollen wir sowohl die damalige Zeit, den Geist und die Absichten der Mitglieder des Parlamentarischen Rates, die Haltungen der Nachbarländer und Verbündeten, den politischen, sozialen und kulturellen Wandel der zurückliegenden 75 Jahre (vor und nach 1989/90) nachzeichnen als auch die Herausforderungen der Gegenwart erörtern.
Das Zusammenkommen möge unter anderem den Fragen nachgehen: Was war anfänglich und über die Jahrzehnte hinweg prägend und Zeitgeist bestimmend für Gestalt und Umsetzung des Grundgesetzes? Haben die vorgenommenen Veränderungen und Ergänzungen die Lebensbedingungen verbessert? Wie beziehen wir uns heute gesellschaftspolitisch auf das grundgesetzlichen Fundament unseres Zusammenlebens? Wie wichtig war und ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?

Wir verstehen diese Konferenz als solidarischen, spezifisch gewerkschaftlichen Beitrag zu dem vielfältigen aktuellen humanistischen gewaltfreien kulturellen Engagement zur Stärkung der Menschenrechte und der Demokratie in diesem Land, kontinental und global.

Mit unseren Referent:innen wagen wir Ein- und Ausblicke aus Deutschland, aus der Sicht geographischer Nachbarn, aus der völkerrechtlicher Perpektive und - selbstverständlich - immer mit Blick auf die gesellschafts- und gewerkschaftspolitischen Aspekte und die individuellen und kollektiven sozialen und kulturellen Auswirkungen.

Tagung im Gewerkschaftshaus, Holstentorplatz 1-5, Raum 3/4
Für das leibliche Wohl wird gesorgt sein.

Anmeldung: bitte bis zum 16. Oktober 2024 bei Dagmar Keiser, im ver.di-Büro Lübeck: ver.di Landesbezirk Nord
Hüxstraße 1, 23552 Lübeck; Telefon: 0451-8100-707
E-Mail: dagmar.keiser@verdi.de

Veranstalter: Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft Nord
ver.di GewerkschaftsPolitische Bildung

in Kooperation mit: Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB Kiel Region

Unterstützer: ver.di Nord
– Personengruppe der Selbstständigen
- Arbeitskreis Antifaschismus / Antirassismus
– Verband Deutscher Schriftstellerinnen und Schriftsteller (VS)
– Schleswig-Holstein, Kiel
TÜRGEM

V. i. S. d. P.: Heidi Beutin

FORUM JUSTIZGESCHICHTE

26. Jahrestagung
Deutsche Justiz im (Post)Kolonialismus
27. bis 29. September 2024,
Deutsche Richterakademie, Wustrau/Ruppiner See

Seit den 1990er Jahren wächst in der Geschichtswissenschaft das Interesse am deutschen Kolonialismus, wie eine zunehmende Zahl an Veröffentlichungen zeigt. Für die Rechts- und insbesondere die Justizgeschichte lässt sich das noch nicht sagen: Den Entwicklungen in den Geisteswissenschaften, der Erinnerungskultur und der öffentlichen Debatte etwa um Straßennamen folgen die hiesigen Jurist:innen – zumindest jenseits des Völkerrechts – nur zögerlich.

Dass es einmal Bezirksgerichte in Daressalam oder Lomé und Obergerichte in Kiautschou oder Samoa gab, wo deutsche Juristen handels-, familien- oder strafrechtliche Fälle entschieden, scheint in der Rechtsgeschichte weitgehend vergessen; öffentlich erinnert wurde immerhin der Justizmord an Rudolf Duala Manga Bell durch das Bezirksgericht Duala 1914. Aber auch Gerichte in der Metropole bis hin zum Reichsgericht hatten mit Rechtsstreitigkeiten zu den „Schutzgebieten" zu tun, sogar noch nach dem Ende der direkten Kolonialherrschaft.

Die 26. Jahrestagung des Forum Justizgeschichte widmet sich der Rolle von Recht und Justiz im deutschen Kolonialismus. Auch mögliche Fortwirkungen (kolonial)rassistischen Rechts und Rechtswissens kommen zur Sprache. Mit Blick auf die deutschen Kolonialverbrechen soll es schließlich um Fragen von Entschädigung und Restitution gehen.

Freitag, 27.9.2024

15.45 Uhr	Begrüßung durch Richterakademie und Vorstand
16.00 Uhr	Inhaltliche Kurzeinführung der Tagungsleitung
16.15 Uhr	Überblick zu Justiz und Recht im deutschen Kolonialismus (N.N.)
17.15 Uhr	Kaffeepause
17.30 Uhr	Alexandra Kemmerer, (Post)Koloniale Rechtswissenschaft zwischen Amnesie und Urteilskraft
18.30 Uhr	Abendessen
19.30 Uhr	Sabrina Müller: Richard Schmid – eine kritische Annäherung danach Ausklang/Nachbereitung im Märkischen Keller oder am Seeufer

Samstag, 28.9.2024

09.00 Uhr	Merle Iffert, Koloniales Strafrecht
10.00 Uhr	Gwinyai Machona, Beleihung vor Gericht: Der Rechtsstreit „Gesellschaft Nordwestkamerun v. Fiskus des Schutzgebietes von Kamerun"(1899–1923)
10.45 Uhr	Kaffeepause
11.00 Uhr	Jakob Zollmann, Vom „Schutz" im „Schutzgebietsgesetz" – über kolonial(rechtlich)e Fiktionen
12.00 Uhr	Mittagessen
13.30 Uhr	Judith Vöcker, Spuren und Kontinuitäten kolonialrassistischen Rechts im Nationalsozialismus am Beispiel Polens (1939-1944)
14.30 Uhr	Kaffeepause
14.45 Uhr	Matthias Goldmann, Reparationen für koloniales Unrecht und die Ambivalenz des Kolonialrechts
15.45 Uhr	Verleihung des Richard Schmid-Preises 2024 an Katharina Stengel für „Die Überlebenden vor Gericht. Auschwitz-Häftlinge als Zeugen in NS-Prozessen (1950–1976)"
16.45 Uhr	Mitgliederversammlung
18.30 Uhr	Abendessen
19.30 Uhr	Informelle Fortsetzung im Märkischen Keller oder am Seeufer

Sonntag, 29.9.2024

09.00 Uhr	Ohiniko M. Toffa, Die koloniale Willkür: Das „Sammeln" zwischen Kolonialethik und Kolonialrecht
10.00 Uhr	Kaffeepause
10.15 Uhr	Podiumsgespräch zu Restitutionsfragen (Moderation: Sophie Petry)
11.15 Uhr	Abschluss: fish bowl – Tagungsfazit und Ausblick
12.15 Uhr	Mittagessen
13.00 Uhr	Abreise

Der **Teilnahmebeitrag** beträgt **195 Euro für Nichtmitglieder, 175 Euro für Mitglieder** und **90 Euro für Studierende, Referendare und Erwerblose.** Darin inbegriffen sind die beiden Übernachtungen samt Vollpension.

Dank der freundlichen Spende eines Mitglieds besteht die Möglichkeit Stipendien an Studierende und Referendare zu vergeben. Senden Sie hierfür bitte bis zum **31. August 2024** eine Bewerbung mit Motivation für den Besuch der Tagung und Lebenslauf an info@forum-justizgeschichte.de

Anmeldungen richten Sie bitte bis zum **15. September 2024** an info@forum-justizgeschichte.de.