

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

## Aus dem Inhalt

*Dr. Jörg Grotkopp*

Der Wille des Betroffenen –  
Eingriffe in höchstpersönliche Rechtsgüter im Rahmen des Betreuungs- und Unterbringungsrechts (Teil 2)

*Dr. Uwe Danker*

Ex-Generalstaatsanwalt Dr. Adolf Voß und die kriegsgerichtliche Reaktion auf die Meuterei auf M 612 am 5. Mai 1945 (Teil 1)

### **Aktuell:**

- Anträge ehemaliger AfD-Abgeordneter gegen frühere Infektionsschutzmaßnahmen im Landtag (LVerfG, Beschluss v. 24.6.2022 – LVerfG 2/22)
- Kündigung einer Kleingartenparzelle wegen nicht genehmigter Umbauten (OLG, Urteil v. 29.6.2022 – 12 U 137/21)
- Herausgabe von Nutzungen aus rechtsgrundlos an eine Lebensversicherung geleisteten Beitragszahlungen (OLG, Urteil v. 3.5.2021 – 16 U 59/20)
- Keine Haftung der VW AG aus § 826 BGB für den Motortyp EA 288 SCR Euro 6 (OLG, Urteil v. 7.6.2022 – 7 U 196/21)

September 2022

## I. Aufsätze

|                   |  |     |
|-------------------|--|-----|
| Dr. Jörg Grotkopp | Der Wille des Betroffenen – Eingriffe in höchstpersönliche Rechtsgüter im Rahmen des Betreuungs- und Unterbringungsrechts (Teil 2) | 325 |
| Dr. Uwe Danker    | Ex-Generalstaatsanwalt Dr. Adolf Voß und die kriegsgerichtliche Reaktion auf die Meuterei auf M 612 am 5. Mai 1945 (Teil 1)        | 329 |

## II. Amtliche Veröffentlichungen

|   |  |     |
|---|--|-----|
| AV d. MJG v. 23. August 2022<br>– II 334/3831-2-4 – | Änderung der Dienstordnung für Notarinnen und Notare   | 334 |
| Bek. d. MJG vom 9. August 2022<br>II 232/2400-188-9 | Prüfungsausschuss für die Laufbahn der Fachrichtung Justiz – Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt, Laufbahnzweig Abschiebungshaftvollzug | 335 |

## III. Personalmeldungen

335

## IV. Ausschreibungen

336

## V. Entscheidungen

### Verfassungsrecht

|             |            |  |     |
|-------------|------------|--|-----|
| SchIHLVerfG | 24. 6.2022 | Anträge ehemaliger AfD-Abgeordneter gegen frühere Infektionsschutzmaßnahmen im Landtag | 336 |
|-------------|------------|--|-----|

### Zivilrecht und Zivilverfahren

|          |            |             |   |     |
|----------|------------|-------------|---|-----|
| SchIHOLG | 29. 6.2022 | 12 U 137/21 | Kleingartenanlage: Bestandsschutz, Kündigung wegen nicht genehmigter Umbauten, Anspruch auf Räumung einer Parzelle und auf Entfernung aller Baulichkeiten und Anpflanzungen   | 344 |
| SchIHOLG | 3. 5.2021  | 16 U 59/20  | Zur Darlegung- und Beweislast eines Versicherungsnehmers, der vom beklagten Lebensversicherer die Herausgabe von Nutzungen aus rechtsgrundlos geleisteten Beitragszahlungen verlangt, im Hinblick auf Anfall und Höhe tatsächlich gezogener Nutzungen | 351 |

Fortsetzung 3. Umschlagseite

### Terminankündigung

#### Abbas Khider

##### liest aus „Der Erinnerungsfälscher“

Das Leben ein Abenteuer und Roman, die neue Sprache Heimat, aber auch Garant der Distanz. Was ist wahr, was fehlt, was ist verfälscht? – Abbas Khider, ein deutsch-irakischer Schriftsteller, weiß es auch nicht. Nach Opposition und Folter im Irak Saddam-Husseins und mehrjähriger Flucht nach Europa fand er in Deutschland Asyl und wurde zum deutschsprachigen Schriftsteller. Natürlich leugnet er seine Vita nicht. Und auch seine in Berlin lebende Romanfigur Said Al-Wahid, ebenfalls Schriftsteller, wird anlässlich eines Besuchs in Bagdad bei der sterbenden Mutter mit der Erinnerung konfrontiert. Aber Betroffenheitsliteratur wollte Khider nicht schreiben und hat dies auch nicht. Die deutsche Sprache ermöglichte ihm eine nüchterne, lakonisch-ironische Sprachmelodie und damit eine sehr lebensbejahende Sicht. Es lohnt sich, ihm und seinen Geschichten zuzuhören!

**Kostenbeitrag:** 15 Euro (Schüler, Studenten und Auszubildende frei), nur an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr.

##### Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

15. November 2022: Neues auf dem Buchmarkt  
(von und mit Annemarie Stoltenberg)
21. Februar 2023: Lesung mit Christine Bilkau
15. März 2023: Lesung mit Claudia Schumacher

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

##### Dienstag, den 25. Oktober 2022, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig,  
Gottorfstraße 2

1973 in Bagdad als Sohn von Analphabeten geboren, wollte Abbas Khider zunächst Imam werden, studierte aber vor seiner Flucht noch wenige Semester Finanzwissenschaft. Nach dem deutschen Abitur am Studienkolleg in Potsdam fand er über das Studium von Literatur und Geschichte zur Schriftstellerei. Nach dem Debutroman „Der falsche Inder“ (2008) folgten unter anderem „Die Orangen des Präsidenten“ (2011), „Briefe in die Auberginenrepublik“ (2013), „Ohrfeige“ (2016), „Deutsch für alle“ (2019), „Palast der Miserablen“ (2020) und – jetzt – „Der Erinnerungsfälscher“ (2022). Beginnend mit dem Alfred-Döblin-Stipendium (2008) wurde Khider mehrfach ausgezeichnet, so unter anderem mit dem Nelly-Sachs-Preis (2013), der Heinrich-Heine-Gastdozentur (2016), dem Amt des Mainzer Stadtschreibers (2017) und dem Adelbert-von-Chamisso-Preis (2017).

**Kartenreservierung:** telefonisch ab 17. Oktober 2022 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13–15 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

*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/OLG/Service/Termine/JustizKultur.html>

## Der Wille des Betroffenen

### Eingriffe in höchstpersönliche Rechtsgüter im Rahmen des Betreuungs- und Unterbringungsrechts (Teil 2)

Dr. Jörg Grotkopp, Direktor des Amtsgerichts Bad Segeberg



#### IV. Parallelführung im vertraglichen Behandlungsrecht:

##### §§ 630a ff. BGB

Auch im Rahmen des früher als schlichter Dienstvertrag ausgestalteten Behandlungsvertrages<sup>45</sup> ist der Wille des Betroffenen zu beachten.<sup>46</sup> Jeder Behandler ist gesetzlich verpflichtet,<sup>47</sup> die Einwilligung des Patienten einzuholen. Damit erfolgt eine Parallelführung zur strafrechtlichen Bewertung. Dies korrespondiert mit der Verpflichtung des Arztes, den Patienten umfassend über den Eingriff aufzuklären.<sup>48</sup> Diese Erläuterung kann nicht holzschnittartig erfolgen; dazu gehören „insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie“; zudem ist auf „Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können“<sup>49</sup> Korrespondierend mit den Anforderungen an die Aufklärung muss der Patient auch in der Lage sein, diese zu verstehen und sodann „wohlüberlegt“<sup>50</sup> zu entscheiden. Er kann die legitimierende Einwilligung abgeben, wenn er in der Lage ist, die Aufklärung zu verstehen, er mithin die notwendige Einwilligungsfähigkeit besitzt.

Im Falle der Einwilligungsunfähigkeit kann, sofern die entsprechende rechtliche Legitimation vorliegt, eine Vertreterentscheidung erfolgen. Entbehrlich ist die Einwilligung, wenn ein dringender Eilfall vorliegt. Allerdings kann auch dann der Eingriff nicht erfolgen, wenn er dem mutmaßlichen Willen des Patienten nicht entspricht.<sup>51</sup> Denn auf

diesem Wege soll keine Zwangsbehandlung ermöglicht werden.

Weiterhin ist durch den Behandler eine wirksam erklärte Patientenverfügung zu beachten. Allerdings gelten die darin enthaltenen Vorgaben nicht uneingeschränkt. Sie sind nur dann zu beachten, wenn die nach § 630e BGB notwendige, in Bezug auf die anstehende Behandlung konkretisierte Aufklärung erfolgt ist.<sup>52</sup> Die Aufklärung kann schließlich – wie die Einwilligung – dann entbehrlich sein, wenn eine Eilsituation, zudem aber – eher selten –, wenn ein Verzicht vorliegt.<sup>53</sup>

#### V. Die Behandlung gegen den natürlichen Willen des Betroffenen

Eines ist unverbrüchlich und vorab noch einmal klarzustellen: gegen den aktuell geäußerten, freiverantwortlich gebildeten Willen eines Betroffenen darf keine Behandlung durchgeführt werden. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die öffentlich-rechtlichen Landesgesetze<sup>54</sup> als auch auf das Betreuungsrecht (§ 1906a Abs. 1 BGB).

1. Bestehen einer rechtlichen Betreuung oder Vorliegen einer Vorsorgevollmacht (§ 1906a BGB)

Die im Jahre 2013 als Folge verfassungsgerichtlicher Vorgaben erstmalig unmittelbar in § 1906 Abs. 3, 3a BGB kodifizierte Zwangsbehandlung ist seit 2017 von der Unterbringung abgekoppelt und in § 1906a BGB angesiedelt. Ihre Voraussetzungen entsprechen im Wesentlichen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Im Hinblick auf die Behandlung als solche ist die Grundsystematik des entgegenstehenden Willens zu berücksichtigen.

<sup>45</sup> Er ist mit dem Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (sog. Patientenrechtegesetz) vom 20.2.2013 mit Wirkung zum 26.2.2013 in Kraft getreten; BGBl. I 2013 S. 277 ff.

<sup>46</sup> Nicht ohne Grund ist das in der vorangehenden Fußnote genannte Gesetz vielfach als „Charta der Patientenrechte“ bezeichnet worden; vgl. MünchKomm BGB-Wagner, 8. Aufl. 2020, v. § 630a, Rn. 2 m.w.N.

<sup>47</sup> Vgl. § 630d Abs. 1 Satz 1 BGB.

<sup>48</sup> Vgl. § 630d Abs. 2 BGB.

<sup>49</sup> Vgl. § 630d Abs. 1 Satz 2f. BGB.

<sup>50</sup> Vgl. § 630e Abs. 2 Ziff. 2 BGB.

<sup>51</sup> § 630d Abs. 1 Satz 4 BGB; dies wird in wirklichen Eilfällen indes kaum verlässlich feststellbar sein.

<sup>52</sup> Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 23; ferner Grünewald-Götz, 90. Aufl. 2022, § 1901 a, Rn. 13.

<sup>53</sup> Vgl. § 630e Abs. 3 BGB. An diesen sind allerdings strenge Anforderungen zu richten, vgl. MünchKomm BGB-Wagner, 8. Aufl. 2020, v. § 630e, Rn. 63; a.A. z.B. Grandel/Stockmann-Reetz Stichwortkommentar Familienrecht, 3. Aufl. 2021, „Patientenverfügung“ Rn. 14.

<sup>54</sup> Vgl. § 29 Abs. 1 PsychHG S.-H.; ebenso § 16 Abs. 3 PsychKG-HH; § 20 Abs. 3 PsychKG BW.

Die Vorschrift gilt gemäß § 1906a Abs. 5 BGB auch im Rahmen der Vorsorgevollmacht.

#### a. Art der Erkrankung

Der zivilrechtlich tätige Vertretungsberechtigte ist primär dem Wohl des Betroffenen verpflichtet. Aus diesem Grunde kann jegliche Art der Erkrankung Gegenstand einer ärztlichen Zwangsmaßnahme sein.

#### b. Voraussetzungen

Auch wenn der aktuell geäußerte natürliche Wille überwunden werden kann, so bleibt doch stets zu beachten, dass die ärztliche Zwangsmaßnahme dem „nach § 1901a zu beachtenden Willen des Betreuten entspricht“ (§ 1906a Abs. 1 Ziff. 3 BGB). Hier zeigt sich deutlich, dass auch der zivilrechtlich Vertretungsberechtigte keine Vernunfthoheit besitzt. Die Voraussetzung ist indes nicht leicht zu verstehen; liegt doch durch den ablehnenden (natürlichen) Willen des Betroffenen eine aktuelle Meinungsäußerung vor. Letztlich beinhaltet dieses Tatbestandsmerkmal eine Ergänzung der allgemeinen Definition der Zwangsbehandlung. Im Falle der Überwindung des natürlichen Willens soll sichergestellt werden, dass im medizinischen Bereich keinesfalls etwas unternommen wird, was der Betroffene bei klarem Verstand nicht wollte bzw. gewollt hätte. Insofern ist im Hinblick auf die Willensäußerung des Betroffenen zunächst zu klären, ob sie aktuell frei verantwortlich erfolgt. Wenn dies verneint wird, muss untersucht werden, ob der lediglich „natürlich“ geäußerte Wille nicht eventuell dem entspricht, was der Betroffene bei frei verantwortlicher Bildung gewollt hat bzw. gewollt hätte. Dabei ist dann i.S.d. bereits dargestellten Systematik zu prüfen, ob der Betroffene die gerade anstehenden ärztlichen Behandlungen pp. zuvor in einer Patientenverfügung abgelehnt hat oder sie seinen Behandlungswünschen bzw. seinem mutmaßlichen Willen i.S.d. § 1901a Abs. 2 BGB widersprechen.<sup>55</sup>

#### 2. Es besteht keine Handlungsmöglichkeit im Rahmen einer rechtlichen Betreuung oder einer Vorsorgevollmacht; es erfolgt staatliches Handeln auf der Grundlage des Sonderordnungsrechtes der PsychKG.

Die Zwangsbehandlung ist inzwischen<sup>56</sup> in allen Landes-PsychKG geregelt. Die Vorschriften ähneln stark derjenigen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch, § 1906a BGB. Es ergeben sich infolge der systematischen Unterschiede der Rechtsmaterien jedoch Besonderheiten.

#### a. Art der Erkrankung

Im Hinblick auf das Ziel der ärztlichen Zwangsmaßnahme muss strikt unterschieden werden zwischen der sogenannten Anlasserkrankung und der sonstigen (interkurrenten) Erkrankung. Erstere ist stets Voraussetzung der Unterbringung nach dem öffentlichen Recht und kann daher unpro-

blematisch Gegenstand der Zwangsbehandlung sein. Eine Begleiterkrankung kann selbstverständlich mit Zustimmung des Betroffenen behandelt werden; fehlt es daran, ist die Rechtslage problematisch. Denn das öffentliche Recht der Landes-PsychKG dient der spezifischen Gefahrenabwehr im Zusammenhang mit einer im Gesetz näher spezifizierten Erkrankung bzw. Störung. Eine allgemeine Zwangsbehandlungsbefugnis ermöglichen sie nicht, denn insoweit ist die notwendige Gesetzgebungskompetenz nicht gegeben.<sup>57</sup> Sofern nicht über den Notstandsgesichtspunkt eine ausschließliche Sekundärlegitimation möglich ist, bedarf es der Einrichtung einer Betreuung, da hier – das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen unterstellt – der entsprechende Weg über § 1906a BGB eröffnet ist.

*De lege lata* wird in den einzelnen Landesgesetzen gleichwohl entweder die Möglichkeit der Behandlung der interkurrenten Erkrankung ausdrücklich zugelassen<sup>58</sup> oder aber nicht ausdrücklich differenziert.<sup>59</sup> In Nordrhein-Westfalen ist sie ausdrücklich ausgeschlossen.<sup>60</sup> In Schleswig-Holstein ist § 14 Abs. 3 PsychHG<sup>61</sup> von seinem Wortlaut nicht eindeutig.<sup>62</sup> Durch die Regelung in § 29 Abs. 1 PsychHG S.-H., wonach die Zwangsmaßnahme das Ziel haben muss, die fortdauernde oder wiederkehrende Notwendigkeit einer Unterbringung (die ja aus einer spezifischen Störung sowie einer spezifischen Gefahr besteht) zu beseitigen, dürfte durch den ausdrücklichen Bezug zu den Unterbringungs-voraussetzungen allerdings ausreichende Klarheit i.S.d. nordrhein-westfälischen Bestimmung geschaffen sein. Die Zwangsbehandlung interkurrenter Erkrankungen scheidet so bereits aus gesetzessystematischen Gründen aus. Etwas anderes kann nur gelten, wenn gerade diese Erkrankung die zur Unterbringung führende Eigengefährdung begründet. Denn dann ist der unlösbare Zusammenhang zu der die Freiheitsentziehung legitimierenden Gefahrenabwehr gegeben. Weiterhin muss die Gefährdung in jedem Fall sowohl auf der Erkrankung als auch darauf beruhen, dass die freie Willensbeschränkung eingeschränkt ist (sog. Kausalität.<sup>63</sup> Abseits der formalen kompetenzrechtlichen Erwägungen ergibt sich hieraus die inhaltliche Zulässigkeit des Eingriffes. Denn der dem Verbot der Behandlung der interkurrenten Erkrankungen inhaltlich zugrundeliegende Gedanke, die Untersagung eines allein aus objektiven Wohlerwägungen heraus erfolgenden und damit unzulässigen paternalistischen Übergriffes in das höchstpersönliche Rechtsgut der individuellen Gesundheitsorge, ist

57 Vgl. Marschner/Lesting/Stahmann-Marschner, 6. Aufl. 2019, Teil B, Rn. 221 m.w.N.

58 Z.B. § 17 Abs. 1 PsychKG-HH: „Wegen einer anderen als der in § 16 genannten Krankheit ist eine ärztliche Untersuchung und Behandlung bei Lebensgefahr oder bei schwer wiegender Gefahr für die Gesundheit anderer Personen auch ohne Einwilligung der untergebrachten Person oder ihres gesetzlichen Vertreters zulässig.“

59 Vgl. Marschner/Lesting/Stahmann-Marschner, 6. Aufl. 2019, Teil B, Rn. 221 m.w.N.

60 § 18 Abs. 8 PsychKG NRW lautet: „Ist bei sonstigen Erkrankungen die Einwilligung der Betroffenen zur Behandlung nicht zu erlangen, so wird sie im Falle der Einwilligungsunfähigkeit durch die Einwilligung der rechtlichen Vertretungen oder der Bevollmächtigten ersetzt. Insoweit gelten die §§ 1896 bis 1906 des Bürgerlichen Gesetzbuches.“

61 Gesetz zur Hilfe und Unterbringung von Menschen mit Hilfebedarf infolge psychischer Störungen vom 11.12.2020. Das Gesetz verwendet als zugrundeliegendes medizinisches Kriterium der Maßnahmen nicht mehr den Begriff der „Krankheit“, sondern ausschließlich den der Psychischen Störung. Da alle anderen Landesgesetze der Bundesrepublik an der überkommenen Terminologie festhalten, wird in diesem Aufsatz in Bezug auf die Gesamtheit der Kodifikationen der Begriff der Landes-PsychKG verwendet.

62 Worauf Marschner a.a.O. zutreffend hinweist.

63 S. hierzu Marschner/Lesting/Stahmann-Marschner, 6. Aufl. 2019, Teil B, Rn. 142 m.w.N.

55 Für das nachfolgende Verfahren von herausragender Bedeutung sind sodann noch das „ohne unzulässigen Druck“ geführte Aufklärungsgespräch, das mehrfache Postulat der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die Abwägung zwischen der Situation für den Betroffenen mit Eingriff und ohne sowie die alleinige Arztverantwortung für den Eingriff. Letztlich bleibt zu beachten, dass die Zwangsmaßnahme ausschließlich im Rahmen eines stationären Aufenthaltes in einem Krankenhaus durchgeführt werden kann.

56 Nach den grundlegenden, zum Maßregelvollzug ergangenen Entscheidungen des BVerfG zur Zwangsbehandlung (v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, NJW 2011, 2113ff., und v. 12.10.2011 – BvR 633/11, NJW 2011, 3571f.) hatte zuerst der Bundesgesetzgeber mit der Schaffung von § 1906 Abs. 3, 3a BGB auf das Erfordernis einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage reagiert. In den Bundesländern zog sich dieser Prozess z.T. über viele Jahre hin; in Schleswig-Holstein trat die maßgebliche Vorschrift des § 29 PsychHG mit der grundlegenden Novellierung des Gesetzes erst am 24.12.2020 in Kraft.

wegen des aktuell fehlenden freien Willens bei zusätzlicher Korrelation der Behandlungsablehnung mit der Grunderkrankung eben nicht einschlägig. Zu der hiervon zu trennenden, logisch nachfolgenden Frage, wie sich die Sachlage beim Vorliegen einer Patientenverfügung gestaltet s. die nachfolgende, nach der Art der zugrundeliegenden Gefahr differenzierende Betrachtung.

#### b. Art der Gefahr

Wegen einer Eigengefährdung kann eine Zwangsbehandlung des Betroffenen erfolgen, wenn die Gefahr für Leib oder Leben erheblich ist und der Schadenseintritt unmittelbar bevorsteht. Ferner muss die Gefährdung sowohl auf der Erkrankung als auch darauf beruhen, dass die freie Willensbeschränkung eingeschränkt ist. Hinzu tritt ein weiteres. Nach allen aktuellen Gesetzen ist eine wirksame Patientenverfügung zu beachten und ihre Geltung auf die konkrete Situation zu untersuchen.<sup>64</sup> Ergeben sich als Folge der Prüfung sowohl eine Behandlungsmöglichkeit als auch eine -notwendigkeit, so kann die Anlasserkrankung behandelt werden. Scheidet dies aus und ergibt sich in der Folge die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts an Rechtsgütern des Betroffenen, so ist dies infolge seiner Dispositionsbefugnis bezüglich eigener Rechtsgüter jedenfalls aus dem Blickwinkel des öffentlich-rechtlichen Sonderordnungsrechtes hinzunehmen.<sup>65</sup> Allerdings ist, unter engen Voraussetzungen, ggf. eine Handlungsmöglichkeit im Rahmen des Betreuungsrechtes eröffnet.<sup>66</sup>

Gänzlich anders gestaltet sich die Situation für den Fall einer Fremdgefährdung. Hier ist in einem ersten Schritt bereits umstritten, ob eine Zwangsbehandlung der Abwehr der Gefahren dienen kann, die Dritten drohen, zudem wird zuweilen unterschieden zwischen dem Schutz der Allgemeinheit und dem Schutz von Pflegepersonal und Mitpatienten.<sup>67</sup>

Das schleswig-holsteinische PsychHG lässt zwar nicht ausdrücklich, aber bei einer systematischen Betrachtung der §§ 29 Abs. 1, 7 Abs. 1 den Schutz der Allgemeinheit durchaus zu, da die zwangsweise Behandlung dazu dienen darf, „die fortdauernde oder wiederkehrende Notwendigkeit einer Unterbringung nach § 7 zu beseitigen.“ Denn ist eine wiederkehrende Unterbringung ausdrücklich in den Blick mit einbezogen, so muss zur Verhinderung weiterer Unterbringungen die jeweils mögliche Gefahr berücksichtigt, der Kreis der beeinträchtigten Rechtsgutsträger über den der im Rahmen der aktuellen Unterbringung bedrohten Krankenhauspersonals hinaus gezogen werden.

<sup>64</sup> S. hierzu weitergehend Fn. 68.

<sup>65</sup> Damit dürfte zugleich eine dauerhafte Unterbringung auf der Grundlage der Landes-PsychKG ausscheiden. Denn sie sind auf Behandlung und Besserung der Situation sowie damit verbunden der Beseitigung der drohenden Gefahr ausgerichtet.

<sup>66</sup> Insofern kann i.S.d. Entscheidung des BGH v. 8.8.2012 (XII ZB 671/11, FamRZ 2012, 1634f.; LS und Rn. 13) in geeigneten Fällen eine kurzfristige Unterbringung mit dem Ziel der Zwangsbehandlung erfolgen, „in denen nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass sich der Betroffene in der Unterbringung behandeln lassen wird, sein natürlicher Wille also nicht bereits der medizinisch notwendigen Behandlung entgegensteht“, weshalb er bei einer geplanten Zwangsbehandlung einen „manifestierten“ entgegenstehenden Willen fordert. In konsequenter Fortführung dieses Gedankens hat der BGH mit Beschluss v. 23.1.2013 (XII ZB 395/12, FamRZ 2013, S. 618 ff.) erkannt, dass eine Betreuung mit den Aufgabenkreisen der „Gesundheitsvorsorge und Heilbehandlung“ eingerichtet werden kann, wenn der Betroffene krankheitsbedingt diese Angelegenheiten nicht besorgen kann, zugleich aber eine notwendige Behandlung ablehnt.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu Marschner/Lesting/Stahmann-Marschner, 6. Aufl. 2019, Teil B, Rn. 254 m.w.N.

Weitergehend stellt sich das Problem, wie im Rahmen einer ärztlichen Zwangsmaßnahme eine entgegenstehende Patientenverfügung zu bewerten ist. Da inzwischen die meisten Landesgesetze deren Berücksichtigung einfordern<sup>68</sup>, kommt dieser Frage erhebliches Gewicht zu. Ganz klar positioniert sich das PsychKG-BW; es lässt im Falle der Fremdgefährdung den Willen des Betroffenen zurücktreten.<sup>69</sup> Dies entspricht der neueren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtes. Dieses hat im Juni 2020, wenn auch zum Maßregelvollzug klargestellt, dass der Staat auch eine Schutzpflicht gegenüber den Personen hat, mit welchen der Betroffene im Rahmen der gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung in Kontakt tritt. Komme es zu tätlichen Übergriffen, stehe eine Behandlung einer entgegenstehenden Äußerung des Betroffenen auch dann nicht entgegen, wenn diese im Zustand der Einsichtsfähigkeit abgegeben worden sei, weil seine Dispositionsfreiheit nur so weit reiche, wie eigene Rechtspositionen betroffen sind.<sup>70</sup> Allerdings soll der Schutz außerhalb der Einrichtung lebender Dritter nicht die Überwindung des Betroffenenwillens rechtfertigen, weil diesem bereits durch die Freiheitsentziehung ausreichend Rechnung getragen werden könne.<sup>71</sup>

Aus der Entscheidung kann zunächst im Hinblick auf den ausdrücklichen Wortlaut des § 29 Abs. 2 Satz 3 PsychHG S.-H. hergeleitet werden, dass die Zwangsbehandlung auch beim Vorliegen einer entgegenstehenden Patientenverfügung, die aufgrund vorhandener Einsichtsfähigkeit wirksam abgefasst wurde, zum Schutze der Mitpatienten und des Krankenhauspersonals erfolgen kann. Es sollte allerdings auch eine Behandlung zum Schutze gefährdeter Dritter (beispielsweise der Angehörigen) möglich sein. Denn der Hinweis des Bundesverfassungsgerichtes darauf, dass im Falle der Nichtbehandlung der Betroffene ja in der Maßregel verbleiben könne, trägt beim PsychHG

<sup>68</sup> Vgl. § 29 Abs. 2 Satz 3 PsychHG S.-H.; ebenso § 16 Abs. 2 Satz 3 PsychKG-HH; § 20 Abs. 6 Satz 1 PsychKG BW. Die Verfassungsgemäßheit der Regelung ist aufgrund des Beschlusses des Amtsgericht Ludwigsburg vom 4.12.2020 dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt worden. Dieses allerdings hat mit Beschluss vom 30.6.2021 – 2 BvL 20/20 die Vorlage als unzulässig verworfen, da die zu prüfende Vorschrift im Ausgangsverfahren nicht entscheidungserheblich gewesen sei. Die Zwangsbehandlung habe aufgrund der eingerichteten Betreuung auf der Grundlage des § 1906a BGB erfolgen können und müssen (Rn. 26–29).

<sup>69</sup> Sein § 20 Abs. 6 lautet: „Eine wirksame Patientenverfügung der zu handelnden Person (§§ 1901a und 1901b BGB) ist zu beachten. Schließt sie eine Behandlung nach Absatz 3 [dort ist geregelt die Zwangsbehandlung] aus, geht die Patientenverfügung vor, nicht jedoch in Fällen gegenwärtiger erheblicher Fremdgefährdung.“

<sup>70</sup> B. v. 8.6.2021 – 2 BvR 1866/17 und 2 BvR 1314/18, NStZ-RR 2021, S. 356 ff., LS u. Gründe I. 2. c. cc.; Rn. 77: „Die staatliche Pflicht zum Schutz der Grundrechte anderer Personen, die mit dem Betroffenen in der Einrichtung der Maßregelvollzugs in Kontakt treten und daher dessen krankheitsbedingten Übergriffen ausgesetzt sein können, bleibt dabei unberührt. Sie tritt hinter der Ablehnung einer Behandlung des Betr. auch dann nicht zurück, wenn dessen Erklärung im Zustand der Einsichtsfähigkeit und unter Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes abgegeben wurde. Die autonome Willensentscheidung des Patienten kann nur so weit reichen, wie seine eigenen Rechte betroffen sind. Über Rechte anderer Personen kann er nicht disponieren. Diesbezüglich verbleibt es, auch soweit eine wirksame Ablehnung einer konkreten Behandlung vorliegt, bei der unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit durchzuführenden Abwägungsentscheidung.“

<sup>71</sup> B. v. 8.6.2021 – 2 BvR 1866/17 und 2 BvR 1314/18, NStZ-RR 2021, S. 356 ff., Gründe I. 2. a. aa.; Rn. 60: „Der Schutz der Allgemeinheit vor Straftaten der untergebrachten Person, die diese im Fall ihrer Entlassung aus dem Maßregelvollzug krankheitsbedingt begehen könnte, stellt keinen geeigneten Rechtfertigungsgrund dar. Dieser Schutz kann auch dadurch gewährleistet werden, dass die Person unbehandelt im Maßregelvollzug verbleibt. Er rechtfertigt daher keinen Behandlungszwang gegenüber einem Untergebrachten, denn dessen Weigerung, sich behandeln zu lassen, ist nicht der Sicherheit der Allgemeinheit vor schweren Straftaten, sondern seiner Entlassungsperspektive abträglich [...]“

nicht. Hier ist der Unterbringungszweck gänzlich anders. Es geht nicht um eine aus anderen Gründen, vornehmlich der zur Sicherung der Gesellschaft, angeordnete dauerhafte Freiheitsentziehung, sondern um die Beseitigung einer aktuell bestehenden Gefährdungslage gerade im Wege der Behandlung des Betroffenen. Könnte sie wegen des entgegenstehenden Willens des Betroffenen nicht erfolgen, so bekäme die – wäre sie denn langfristig überhaupt möglich – Freiheitsentziehung einen ausschließlich präventiven Charakter.<sup>72</sup> Gerade die in der Folge entstehende bloße Verwahrung ist nicht (mehr) der Zweck der modernen Unterbringungsgesetze, in deren Fokus die Entlassung des Betroffenen nach erfolgreicher Behandlung und damit die Beseitigung der ursprünglich vorliegenden Gefahr steht. Die von einigen für diese Situation angesprochene Möglichkeit bzw. Notwendigkeit der Entlassung des Betroffenen mag vor dem Hintergrund der zu diesem Fragenkomplex vertretenen Ansicht<sup>73</sup> zwar stimmig sein. Sie erscheint inhaltlich wegen der vorhersehbaren krankheitsinduzierten Fremdschädigung mit anschließender forensischer Konsequenz nicht nur für die Gefährdeten,<sup>74</sup> sondern insbeson-

dere für den Betroffenen<sup>75</sup> nicht tragbar. Sie widerspräche zugleich dem Grundgedanken des hier rechtssystematisch vorliegenden, unter dem ganz ausgeprägten Regime der Verhältnismäßigkeit stehenden Sonderordnungsrechtes.

## VI. Die Neuregelungen durch die Betreuungsrechtreform

Die Veränderungen, welche das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechtes<sup>76</sup> zum 1.1.2023 bringen wird, sind vielschichtig. Naturgemäß haben sie wenig unmittelbare Auswirkungen auf diejenigen Aspekte, die vorstehend zu den LandesPsychKG angeführt sind. Soweit diese Gesetze vorschreiben, dass eine Patientenverfügung zu berücksichtigen ist, ergeben sich kaum Änderungen, da die entsprechenden Vorschriften der §§ 1827 f BGB n.F. den bisher geltenden im Wesentlichen entsprechen.

Ein absolutes Novum wird im Rahmen der Reform mit dem Ehegattenvertretungsrecht, das in einer ersten wichtigen Einschränkung allein die Gesundheitsvorsorge umfasst, in § 1358 BGB eingeführt. Auch dieses besteht indes nicht uneingeschränkt. Dem grundlegenden Geist der Reform, nämlich der fortgreifenden Stärkung jeder – möglicherweise auch objektiv unvernünftigen – Willensausprägung des Betroffenen, der Berücksichtigung seiner ausschließlichen subjektiven Sichtweise ist es geschuldet, dass

- der Ehegatte bei seinen Entscheidungen keineswegs „frei“ entscheiden kann. Er ist – wie ein rechtlicher Betreuer – an die Maßgaben der § 1821 Abs. 2–4 BGB n.F., welche die Wünsche des Betroffenen und die Feststellung derselben definieren, gebunden.
- Der Ehegatte hat auch im medizinischen Bereich – selbstverständlich – den Betroffenenwillen i.S.d. §§ 1827 f. BGB n.F.<sup>77</sup> vollständig zu berücksichtigen. Ist ein solcher nicht feststellbar, so besteht die nachrangige Bindung an den i.S.d. § 1827 BGB n.F.<sup>78</sup> festzustellenden mutmaßlichen Willens des Betroffenen.
- Darüber hinausgehend sind die grundlegenden Aussagen zu schwerwiegenden gesundheitlichen Eingriffen (§ 1829 Abs. 1 – 4 BGB n.F.)<sup>79</sup> zu beachten.
- Der Ehegatte kann aufgrund des gesetzlichen Vertretungsrechtes keine (vorläufige) Unterbringung des Betroffenen (i.S.d. § 1831 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F.)<sup>80</sup> veranlassen.
- Der Ehegatte hat auch bei der Zustimmung zu freiheitsbeschränkenden (sog. unterbringungsähnlichen) Maßnahmen i.S.d. § 1831 Abs. 4 BGB n.F.<sup>81</sup> – Eilfälle ausgenommen – die Genehmigung des Betreuungsgerichtes einzuholen.<sup>82</sup>

72 Diskussionswürdig wäre noch die Konstellation, dass der eine bestimmte Behandlung frei verantwortliche ablehnende Betroffene zugleich erklärt, dass er in einer solchen Situation einer Behandlung sogar die langfristige Freiheitsentziehung vorzieht. Da jeder Mensch über das Rechtsgut der Freiheit disponieren kann, wäre – die Wirksamkeit einer entsprechenden Erklärung und ihr Zutreffen auf die konkrete Sachlage nach eingehender Prüfung bejahend – dann tatsächlich eine dauerhafte Unterbringung ohne Behandlung denkbar. Unklar wäre allerdings die Rechtsgrundlage. Kein Bürger der Bundesrepublik Deutschland kann freiverantwortlich durchsetzen, in einer staatliche Zwecke durchsetzenden Einrichtung, beispielsweise einer Justizvollzugsanstalt, einer forensischen Psychiatrie, einer zum Vollzug der LandesPsychKG berufenen geschlossenen Abteilung einer Psychiatrie nur aufgrund seines Wunsches dauerhaft seinen Aufenthalt zu nehmen. Hierzu bedarf es einer wirksamen Anordnung der Judikative bzw. in Eilfällen der Exekutive. Außerhalb einer Betreuung bzw. ohne ausreichende Vorsorgevollmacht wäre damit allein eine öffentlich-rechtliche Freiheitsentziehung auf der Basis der PsychKG denkbar. Der eine Beseitigung der Ausgangsgefahr bezweckende Behandlungsauftrag dieser Gesetze dürfte dem aber entgegenstehen. Sie würden ansonsten zur bloßen Verwahrungsgrundlage verkommen. Zwar wäre genau dies der Zweck der vorgenannten Betroffenenbekundung, doch könnte sich diese von der Reichweite seiner Dispositionsbefugnis sowie der gesetzgeberischen Kompetenz hierauf nicht erstrecken.

73 Marschner/Lesting/Stahmann-Marschner, 6. Aufl. 2019, Teil B, Rn. 254. Gänzlich anders und noch weitergehend ist der Ansatz von Zinkler/v. Peter RuP 2019, S. 203ff., wonach der Aufenthalt in einem Krankenhaus stets die Bereitschaft voraussetzt, psychosoziale Unterstützung in Anspruch zu nehmen. Sofern dies nicht der Fall ist, soll allein nach dem allgemeinen Polizeirecht bzw. dem Strafrecht vorgegangen werden. Diese Ansicht ist in sich konsistent und im Rahmen einer grundlegenden Reform sehr wohl bedenkenswert. Ihr sind allerdings zwei ganz gewichtige Argumente entgegenzusetzen. Zum einen ist sie unter Beachtung des Souveränitätsvorbehaltes *de lege lata* nicht umzusetzen. *De lege ferenda* besteht der gravierende Mangel, dass die strafrechtliche Reichweite verschwiegen wird. Wenn man die Unterbringung in einer Psychiatrie nach § 63 StGB an die Zustimmung zur Behandlung knüpft und im Fall der Verweigerung eine Gleichbehandlung mit dem „gewöhnlichen“ Straftäter fordert, wird das dem deutschen Strafrecht als Fundament zugrundeliegende Schuldprinzip im Sanktionsrecht aufgegeben. Leider verpassen Zinkler/v. Peter die Möglichkeit, die Fragen einer Verantwortlichkeit für das Begehen einer strafrechtlich relevanten, fremdschädigenden Handlung zu definieren und daraus ein abgestuftes Sanktionssystem abzuleiten. Die – aus der angesprochenen Grundüberlegung durchaus anerkennenswerte – Gleichbehandlung identischer tatsächlicher Handlungen führt so – unter Ausblendung der zurechenbaren Verantwortlichkeit – im Ergebnis zu identischer Bewertung ungleicher Sachverhalte und damit einem Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Postulat der Gleichbehandlung aus Art. 3 GG.

74 Eine Verhinderung der Fremdgefährdung im Wege des über eine längere Zeit angeordneten Polizeigewahrsams ist als Ausweg nicht denkbar. Denn die meisten Polizeigesetze der Länder sehen Höchstgrenzen der richterlichen Anordnung eines Gewahrsams vor. Diese differieren in einem bemerkenswerten und vor dem Hintergrund des doch stets rechtlich bei abstrakter Betrachtungsweise unter Anlegung rechtlicher Kriterien nicht zu quantifizierenden Ausmaß von maximal 4 Tagen (§ 20 Abs. 1 Ziff. 3 BbgPolG; § 22 Abs. 7 Satz 3 PolG Sachsen; § 40 Abs. 1 Ziff. 3 Satz 2 SOG LSA); maximal 7 Tagen (§ 17 Abs. 2

Satz 2 POG Rheinland-Pfalz); maximal 8 Tagen (§ 16 Abs. 1 Ziff. 3 Satz 2 SPOLG); maximal 10 Tagen (§ 22 Ziff. 3 Satz 2 PAG Thür.); maximal 14 Tagen (§ 33 Abs. 3 Satz 4 I.Hs PolG B.-V.); abgestuft maximal 7, 10, 14 Tagen bzw. 14 Tagen mit Verlängerungsmöglichkeit um weitere 14 Tage § 38 Abs. 2 Ziff. 1 – 4 PolG NRW); maximal einem Monat mit Verlängerungsmöglichkeit um einem weiteren Monat (§ 20 Abs. 2 PAG - Bayern); 2 - 10 Tagen (§ 13c Abs. 1 Ziff. 3 SOG HH; § 35 Abs. 1 Satz 3 Hess SOG), 6 - 14 Tagen (§ 21 Satz 2 NPOG), sowie letztlich keiner Höchstgrenze (§ 204 LVwG Schleswig-Holstein, § 56 SOG M-V; § 16, 18 BremPolG; §§ 31, 33 ASOG Bln). Abgesehen davon ist auch für nur wenige Tage eine Gewahrsamszelle der Polizei aus Gründen des menschenwürdigen Vollzuges für einen erkrankten Menschen kein geeigneter Ort der Freiheitsentziehung. Eine vorläufige Unterbringung nach § 126a StPO scheitert schließlich daran, dass (noch) keine rechtswidrige Tat vorliegt.

75 Denn ihm droht eine in der Dauer unabsehbare Unterbringung in der Forensik nach § 63 StGB.

76 BGBl. I 2021, S. 882 ff.

77 Sie entsprechen im Wesentlichen §§ 1901a, 1901b BGB.

78 Er entspricht im Wesentlichen § 1901a Abs. BGB.

79 Er entspricht im Wesentlichen § 1904 Abs. 1- 4 BGB.

80 Er entspricht im Wesentlichen § 1906 Abs. 2 Satz 2 BGB.

81 Er entspricht im Wesentlichen § 1906 Abs. 4 BGB.

82 Gem. § 1831 Abs. 6 BGB n.F.

Was die zur jetzigen Gesetzeslage getätigten Ausführungen zum Betroffenenwillen und seiner Berücksichtigung nach § 1901a BGB sowie § 1901b BGB angeht, so bringen die weitgehend wortgleichen §§ 1827 f. BGB n.F. keine grundlegenden Neuerungen.<sup>83</sup> Die Wertung kann fortgeführt werden für die Unterbringung und die ärztliche Zwangsmaßnahme,<sup>84</sup> ergänzt um die klarstellende Bestimmung, dass die jeweils relevante Vorsorgevollmacht schriftlich erteilt sein und die entsprechenden Maßnahmen ausdrücklich umfassen muss.<sup>85</sup>

Insgesamt besehen ergibt sich so durch die „große Reform“ des Betreuungsrechtes keine grundsätzliche Abänderung der bislang geltenden Systematik. Indes besteht die wesentliche Novellierung bei den hier untersuchten Fragen nicht so sehr im niedergeschriebenen Text, sondern mehr in der zu-

83 Dies gilt auch für die Neufassung des § 1904 BGB in § 1829 BGB n.F.

84 §§ 1831, 1832 BGB n.F.

85 §§ 1831 Abs. 5, 1832 Abs. 5 BGB n.F.

grundlegenden Haltung der handelnden Akteure einschließlich der Gerichte.<sup>86</sup> Denn mit dem 1.1.2023 verschwindet der Gesichtspunkt des Wohls des Betroffenen aus dem Betreuungsrecht. Auch geht es nicht mehr primär um Vertretung, sondern um Unterstützung. Die rechtlichen Betreuer müssen sich bewusst sein, dass es nicht mehr auf ihre Sicht, die sich nur allzu oft aus – woraus auch immer abgeleitet – heteronomen Motiven speist, ankommt, sondern allein auf die Betrachtungsweise der Betroffenen. Letztgenannte aber ist einer externen Bewertung im Sinne einer objektiv oder – was es keineswegs besser macht – vielfach nur subjektiv-gefühlten objektiv „Vernünftigkeit“ verschlossen. Eben diese innere Haltung muss und wird bei gleichbleibender Formulierung des Gesetzes Grundlegendes bewirken: im Sinne des aktuellen, des frei verantwortlichen, des natürlichen, des seinerzeit erklärten oder des mutmaßlichen Willens des Betroffenen.

86 S. hierzu Grotkopp, BDB Jahrbuch 2022, S. 172 ff.

## Ex-Generalstaatsanwalt Dr. Adolf Voß und die kriegsgerichtliche Reaktion auf die Meuterei auf M 612 am 5. Mai 1945 (Teil 1)

von Dr. Uwe Danker, Seniorprofessor und Direktor der Forschungsstelle für regionale Zeitgeschichte und Public History der Europa-Universität Flensburg

### I. Der Fehler in den Stasiakten

In unserer Studie „Geteilte Verstrickung: Elitenkontinuitäten in Schleswig-Holstein“ erwähnen wir exemplarisch auch die Berufsbiografie des Juristen Adolf Voß, ab 1934 Staatsanwalt, 1942 Ernennung zum Oberstaatsanwalt, 1948 bis 1954 als Oberstaatsanwalt Leiter der Flensburger Staatsanwaltschaft, Schleswig-Holsteins Generalstaatsanwalt 1954 bis 1960.<sup>1</sup> Die skizzenhafte Kürze der Darstellung ist eine Folge der Anlage der Studie, die insgesamt 482 Berufsbiografien verarbeitet und kategorisiert. Mit unserer einschlägigen Methode haben wir vordefinierte serielle, gleichwohl systematische und dokumentierte Recherchen in allen einschlägigen Archiven durchgeführt. Belastbarkeit und Reichweite werden methodisch abgesichert benannt.<sup>2</sup>

Ein – allerdings zentraler – Satz in unserer berufsbiografischen Skizze von Adolf Voß löste nachdrücklichen Widerspruch in dessen familiärem Umfeld aus. Er lautet: „In der Kriegsendphase wirkte Voß als Beisitzer des Kriegsgerichts in Sønderborg / Dänemark an Todesurteilen gegen insgesamt 14 Matrosen mit.“<sup>3</sup> Die archivalischen Belege für diese Aussage werden in der Studie benannt. Es handelt sich um die Akten BStU MfS HA IX/11 PA 5521 und BStU MfS HA



IX/11 AK 5056/79, die in den Jahren 1967 (oder später) und 1979 von der einschlägigen und in aller Regel zuverlässig und mit Belegstrukturen arbeitenden Hauptabteilung IX der DDR-Staatssicherheit angelegt wurden, die wiederum im DDR-Innenministerium zusammengezogene und analysierte Aktenkopien der DDR-Archivverwaltung sowie Medien aus Ost und West für die einschlägigen „Braunbuchkampagnen“ gegen die BRD auswertete. Auch mehrere zeitgenössische Zeitungsberichte der 1960er und 1970er Jahre in beiden deutschen Staaten transportierten diese Aussage.

Aufgrund des Widerspruchs aus dem familiären Umfeld haben wir im Bundesarchiv Freiburg / Militärarchiv die Verfahrensakten der beiden genannten Marinegerichtsverfahren gesucht, Teile auffinden können und studiert. Dabei sind uns tatsächlich erhebliche Zweifel an der Belastbarkeit der genutzten Stasi-Akten gewachsen. Nach intensiver Recherche in weiteren Archiven, insbesondere nach der Auswertung einschlägiger Nachkriegsermittlungen und -prozesse wegen nationalsozialistischer Gewaltverbrechen, müssen wir festhalten, dass die von uns formulierte Aussage so nicht zutrifft: Adolf Voß hat definitiv nicht als Beisitzer in einem der beiden Verfahren mitgewirkt.

Daraus resultiert die Frage, wieso Adolf Voß mehrfach in Stasi-Unterlagen und in Medien offenbar unzutreffender Weise als Angehöriger von Kriegsgerichten oder als „Marinemörder“<sup>4</sup> auftauchte. Wir gehen inzwischen davon aus, dass in diesem konkreten Fall der Stasihauptabteilung IX ein Fehler unterlaufen ist. Er hängt möglicherweise damit zusammen,

1 Danker, Uwe: *Geteilte Verstrickung: Elitenkontinuitäten in Schleswig-Holstein*, Husum 2021, Band 1, S. 244f. Die Skizze wird auch hier im Anhang dokumentiert. Quellenbasis in Studie laut Fußnote 486: Voß, Dr. Adolf Robert, geb. am 25.10.1899, U.-Gruppe: Leit.-Staatsanwälte Landgerichte, Beruf: Generalstaatsanwalt am OLG, GO: exponiert nationalsozialistisch, Typ: Verfolgungsakteur\_in Variante B, Pol. Orient. WR: Unklar/keine Infos/zu jung, Bruch 1945: Behinderung im Fortkommen, Quellendichte: Gut. Personennachweise: LASH Abt. 786/Nr. 302; LASH Abt. 460/Nr. 4094; LASH Abt. 460/Nr. 3692; BStU MfS HA IX/11 AK 5056/79; LASH Abt. 786/Nr. 2603; BArch R 9361-VIII Kartei/24450507; BStU MfS HA IX/11 PA 5521; Klee, Ernst: *Das Personenlexikon zum Dritten Reich. Wer war was vor und nach 1945?* Frankfurt a. M. 2003, S. 646.

2 Vgl. Danker: *Verstrickung*, S. 26-78.

3 Ebenda, S. 245.

4 *Junge Welt* 26.5.1967.

dass Flensburgs Oberstaatsanwalt Voß (in der Nachkriegszeit) auf Anfrage der Eltern den Tod eines der betroffenen Marineangehörigen bestätigte. – Auch dazu weiter unten mehr.

Allerdings traten sowohl bezogen auf die Berufsbiografie von Voß in den 1930ern als auch bezogen auf den konkreten Fall Ungereimtheiten auf, denen wir nachgingen – mit spannenden Ergebnissen.

Die Recherchen zu Präzisierung oder Widerruf unserer Aussage ließen diesen ungeplant umfänglichen Text entstehen. Denn es stellte sich heraus, dass ein historischer Krimi zu lösen war, der in Praktiken der Absicherung von NS-Eliten führt. Nebenbei wird erkennbar, was historische Quellenarbeit zu leisten vermag.

## II. Adolf Voß, ein „Verfolgungsakteur, Variante B“

Im Vornherein stand fest, dass unsere Recherchen keinen Einfluss auf die „Typisierung“ von Adolf Voß haben würden. Voß wäre auch ohne formelle Mitwirkung an Todesurteilen der Marinejustiz nach unseren, in der Studie eingehend vorgestellten Definitionen als „Verfolgungsakteur, Variante B“ einzuordnen, denn er war unter anderem von 1934 bis 1937 als Staatsanwalt in Altona am dortigen Sondergericht tätig und „hat dabei besondere Eignung für die Bearbeitung politischer Sachen gezeigt“, wie der Generalstaatsanwalt ihm 1936 bescheinigte.<sup>5</sup> Seine Klagevertretungen sind überwiegend überliefert,<sup>6</sup> sie weisen keine besondere Härte, aber Freiwilligkeit für diesen spezifischen Karriereverlauf und Eifer im nationalsozialistischen Sinne aus: „Rückhaltloses Eintreten für den nationalsozialistischen Staat unterliegt bei ihm keinem Zweifel.“<sup>7</sup> Bereits 1933 hatte Roland Freisler Voß einen positiven Vermerk für die Personalakte verfasst,<sup>8</sup> 1939 wurde Voß dann im Reichsjustizministerium tätig, dessen Staatssekretär zu dieser Zeit immer noch Freisler war.

In der einschlägigen Studie von Hannsjoachim Koch zum Volksgerichtshof taucht Adolf Voß in der Auflistung der „Anklagevertreter am VGH“ auf, mit Lebensdaten und NSDAP-Mitgliedsnummer korrekt präsentiert.<sup>9</sup> Der von Koch benannte Sammelbeleg für die Liste verweist summarisch auf viele Quellen des ehemaligen Berlin Document Centers, heute Bundesarchiv Berlin, so dass eine personenbezogene Nachrecherche der seriösen Studie nur mit großem Aufwand zu leisten ist. Es ist davon auszugehen, dass Voß zeitweise vom Volksgerichtshof als Ankläger geführt wurde; ob er reale Anklagevertretungen verantwortete, sei dahingestellt.

1959 geriet Schleswig-Holsteins Generalstaatsanwalt Adolf Voß im Kontext der Affäre Heyde/Sawade ganz persönlich in Bedrängnis: Er hatte schon als Oberstaatsanwalt in Flensburg 1952 direkt mit „Dr. Sawade“ zu tun gehabt. Viele Indizien sprechen dafür, dass er bald einiges über die Doppelidentität der Person wusste. Unbestreitbar war es 1960, dass Voß,

der im selben Haus wie Landessozialgerichtspräsident Ernst Buresch in Schleswig lebte, seinen Hausnachbarn besuchte, als dieser, der trotz seiner umfassenden Kenntnisse über die Biografie des Massenmörders Werner Heyde alias Fritz Sawade diesen tausendfach als Gutachter des Gerichts beschäftigte, bereits ins staatsanwaltschaftliche Visier geraten war.<sup>10</sup> Darüber habe man nun in ganz Schleswig diskutiert, erklärte Sozialrichter Meinicke-Pusch vor dem Untersuchungsausschuss des Schleswig-Holsteinischen Landtags: „Und jeder sagte sich: Wo gibt's denn das, dass der Generalstaatsanwalt mit dem von ihm selbst Angeklagten in der Nacht zusammen bechert?“<sup>11</sup> Ende 1960 war Voß nicht mehr zu halten; er schied aus gesundheitlichen Gründen aus dem Amt aus, zur öffentlich ausgedrückten Entlastung des Landesjustizministers.<sup>12</sup> Der Rechtshistoriker Helmut Kramer: „Auf Voss ruht der Verdacht, den des Mordes an mehr als 70 000 Menschen beschuldigten Heyde begünstigt zu haben, der jahrelang unter dem falschen Namen Dr. Sawade in Schleswig-Holstein gelebt hatte. Täterbegünstigung stellt eine Form der (nachträglichen) Tatbeteiligung dar. Die Vorstellung eines ‚Täters oder Tatbeteiligten als eigener Staatsanwalt‘ mutet phantastisch an. Hier ist sie vielleicht Wirklichkeit geworden.“<sup>13</sup>

## III. 5. Mai 1945: Meuterei, Bordgericht und Hinrichtungen auf M 612

In den allerletzten Stunden des Zweiten Weltkriegs auf europäischem Boden spielte sich auf dem, erst 14 Tage zuvor in Dienst gestellten, Minensuchboot M 612 zunächst Dramatisches, dann Furchtbares ab.<sup>14</sup> Während am 4. Mai bereits die allgemein erwartete Teilkapitulation gegenüber den Westalliierten für den Nordraum unterzeichnet war, die am Tag darauf um 8.00 Uhr in Kraft treten sollte, verfolgte Kommandant Oberleutnant zur See Kropp das Ziel, dennoch in Fredericia gen Kurland auszulaufen, um Evakuierungen über die Ostsee fortzusetzen. Ein Teil der Mannschaft, circa 20 von insgesamt 90 Angehörigen, setzte, wie man am Abend vorher beschlossen hatte, um 8.30 des 5. Mai 1945, also nach Geltungsbeginn der Teilkapitulation, den Kapitän und andere Offiziere mit Waffengewalt fest, um das Einlaufen nach Flensburg und die Übergabe des Schiffes an die Kriegssieger zu erzwingen. Schließlich aber einigte man sich mit Kropp darauf, in Sønderborg einzulaufen und das Kriegsende abzuwarten; er übernahm darauf wieder das Kommando. Vorbeifahrende Schnellboote nahmen Besonderheiten wahr, erfuhren von der zeitweisen Meuterei und sorgten mit militärischen Drohgebärden dafür, dass das Schiff vor Sønderborg auf Reede gesetzt wurde und ein anderer Schiffskommandant zur Feststellung der Lage an Bord ging. Dieser und Kommandant Kropp setzten in den Hafen über, wo Stunden später der Chef der Marineschiffe, Hugo Pahl, als Standortältester juristisch zulässig die Rolle des Gerichtsherrn wahrnahm und sein ständiges Kriegsgericht als Standgericht an Bord des M 612 entsandte, das gegen 18.00 Uhr bereits mit einem 20-köpfigen Exekutionskommando an Bord ging und bis circa 21.00 Uhr als Bordgericht tagte.

Das Urteil lautete in elf Fällen auf Todesstrafe und in vier weiteren auf mehrjährige Zuchthausstrafen. Es war drakonisch, auch kriegsrechtlich waren Todesstrafen nicht zwin-

5 Voß, Adolf, LASH Abt. 786/Nr. 302, pag. 4f. (P-Akte, Zeugnis des GenSta Sauer am 8.5.1936).

6 Vgl. Anklage gegen Schwartz und andere; 20220204-123328; 20220204-125832; 20220204-131233; 20220204-134655. Vgl. Voß, Adolf, LASH Abt. 786/Nr. 302, pag. 23f. (P-Akte, Eigenäußerung Voß zu Tätigkeit am Sondergericht).

7 Voß, Adolf, LASH Abt. 786/Nr. 302, pag. 4f. (P-Akte, Zeugnis des GenSta Sauer am 8.5.1936).

8 Vgl. ebenda, pag. 16 (P-Akte, Vermerk Freisler vom 14.7.1933).

9 Koch, Hannsjoachim: Volksgerichtshof. Politische Justiz im 3. Reich. München 1988, S. 526; vgl. auch Kramer, Helmut: „Gerichtstag halten über uns selbst.“ Das Verfahren Fritz Bauers zur Beteiligung der Justiz am Anstaltsmord, in: Loewy, Hanno/Winter, Bettina (Hrsg.): NS-„Euthanasie“ vor Gericht. Fritz Bauer und die Grenzen juristischer Bewältigung, Frankfurt 1996, S. 81-131, S. 90f.

10 Vgl. Godau-Schüttke, Klaus-Detlev: Die Heyde/Sawade-Affäre. Wie Juristen und Mediziner den NS-Euthanasieprofessor Heyde nach 1945 deckten und straflos blieben, Baden-Baden 1998, S. 243-260.

11 Zit. nach ebenda, S. 257.

12 Vgl. o.V.: Voss. Litt und Schied, in: Der Spiegel, 3/1961 (10.1.1961).

13 Kramer: Gerichtstag, S. 91.

14 Ablauf nach den Feststellungen des Bordgerichts (BA Freiburg, Pers 15 / 174105) und den späteren Ermittlungen ab 1949 in Hamburg und Karlsruhe. (LAK 309 1983 90\_33 bis LAK 309 1983 90\_35).

gend, auch hätte man die Aussetzung der Vollstreckung auf die Zeit nach dem Kriegsende in das Urteil integrieren können.<sup>15</sup> Zudem hätte bereits das Bordgericht die vollzogene oder, sollte es darüber noch nicht informiert sein, die unmittelbar bevorstehende (Teil-)Kapitulation, die schließlich den Rahmen des Handelns der Meuterer bestimmt hatte, berücksichtigen können. Insbesondere hätte dies Gerichtsherr Pahl, der das Urteil zu bestätigen hatte – wie weiter unten ausgeführt wird – machen müssen. Um Zustände wie im November 1918 in der Marine zu verhindern, so erklärte er später, habe er sich aber für volle Härte entschieden, so wie alle Berater es ihm auch nahegelegt hätten. Um 23.00 Uhr ging die Bestätigung des Urteils an Bord des M 612 ein, es wurde ab 23.30 Uhr vollzogen. Die elf Leichen wurden beschwert und über Bord gekippt. Sie würden später an Land gespült werden; heute wird ihrer in Sønderborg mit einer Gedenktafel gedacht.<sup>16</sup>

Der Fall der Meuterei auf M 612 lieferte die Vorlage für die komplexe Bearbeitung durch Siegfried Lenz als Drehbuch und Erzählung „Ein Kriegsende“ (1984). Eine umfassende historiografische Bearbeitung liegt bisher nicht vor,<sup>17</sup> auch die kriegsrechtlichen Aspekte sind nur begrenzt ausgeleuchtet.<sup>18</sup>

Eine 29-teilige Serie in der FDJ-Zeitung „Junge Welt“ zwischen Oktober 1966 und Mai 1967 rückte das über die Kapitulation hinaus praktizierte Wüten der Marinejustiz in den Fokus.<sup>19</sup> Den Ausgangspunkt bildeten die Meuterei auf M 612 und der – in Teilen dieselben Akteure erfassende – Fall der „Buéa“, auf der noch am 10. Mai 1945 drei „Fahnenflüchtige“ hingerichtet wurden. Mit intensiver Recherche entstand eine sehr berührende, teilweise heroisierende und politisierende Darstellung. Die „Frankfurter Rundschau“ und „Der Stern“ griffen das Thema 1967 mit ergänzenden Recherchen auf; die SED-Tageszeitung „Neues Deutschland“ und die westdeutsche Zeitschrift des VVN „Die Tat“ noch einmal 1971.<sup>20</sup> Zwischenzeitlich hatte der DDR-Fernsehfunk DFF 1970 eine fünfteilige Verfilmung „Rottenknechte“ gesendet, ein Dokumentarfilm in der Regie von Frank Beyer.

Die mediale Präsenz des Themas, die nicht zuletzt auch das bundesdeutsche Verteidigungsministerium alarmierte,<sup>21</sup> löste auch aus, dass noch lebende Akteure wie Ex-Schiffskommandant Kropp und Ex-Gerichtsherr Pahl untereinander intensiv korrespondierten. Kropp wandte sich zudem mit mehreren Schreiben an den (wieder) amtierenden Admiral der Bundesmarine, Bernhard Rogge.<sup>22</sup>

#### IV. Stasi-Auswertungen

Wie oben eingeführt, enthalten zwei Akten des Beauftragten für die Stasiunterlagen einschlägige Mitteilungen zu Adolf Voß. So heißt es 1967 oder später apodiktisch: „Voß wirkte

15 Vgl. Gribbohm, Günter: 5. Mai 1945: Meuterei auf M 612 – Zeitschichtliches in rechtlicher Sicht, in: Militärgeschichte 10 (2000), S. 9-15, hier S. 12.

16 Vgl. Adriansen, Inge/Karwelat, Jürgen: Eine Gedenktafel für Meuterer? Zur Hinrichtung von elf Marinesoldaten in Sønderborg nach Kriegsende am 5. Mai 1945, in: Grenzfriedenshefte 2/1997, S. 99-123.

17 Vgl. ebenda; Paul, Gerhard: Die Erschießungen in der Geltinger Bucht, in: Dersb.: Landunter. Schleswig-Holstein und das Hakenkreuz, Münster 2001, S. 324-343.

18 Vgl. Gribbohm: Meuterei, passim; Messerschmidt, Wolfgang: Die Wehrmachtsjustiz 1933 – 1945, Paderborn 2005, S. 438f.

19 Junge Welt, 29.10.1966 bis 26.5.1967, 29 Teile.

20 Frankfurter Rundschau 13.11.1967; Stern 19.11.1967; Neues Deutschland 21.1.1971; Die Tat 23.1.1971. Siehe auch Neue Züricher Nachrichten 31.7.1965; taz 6.5.1994. Nordschleswiger 5.5.2020.

21 Vgl. BA Freiburg, BW 2/7098 Rottenknechte; BW 2 / 7105 Rottenknechte; BW 2 / 7107 Rottenknechte; BW 2/7099 Rottenknechte.

22 Vgl. BA Freiburg, BW 2/7098, passim.

1945 als Beisitzer d. Kriegsgerichts an 11 Todesurteilen gegen Rote Matrosen mit.“<sup>23</sup> Heute nicht mehr einfach verifizierbar Bezug nehmend auf das Landeshauptarchiv Sachsen,<sup>24</sup> wird Voß, zu diesem Zeitpunkt tatsächlich noch Oberleutnant zur See, für 1942 als Beisitzer im Feldkriegsgericht des Gerichtsherrn und Marinebefehlshaber Dänemark in Kopenhagen vorgestellt.<sup>25</sup>

PA  
D 2 (H11) Ag 106274897

Voss

|   |            |               |          |
|---|------------|---------------|----------|
| (Name)  | (Vornamen) | (geb.)        | (Paraph) |
| Dienststelle: Feldkr.-ger.d.Ger.-Herrn u. Marinebefehlshabers Dänemark i.Kopenhagen |            |               |          |
| Dienststellung: Beisitzer   |            |               |          |
| Dienstgrad: Oberlt. z. S.   |            |               |          |
| NSDAP   |            | u. a. NS-Org. |          |
| SA  |            |               |          |
| SS  |            |               |          |
| SD  |            |               |          |
| Funktionen in Politik, Staat, Wirtschaft  |            |               |          |
| Archiv, Bestand, Signatur: LHASA Rep. C 144 ZH Coswig Nr. 1180 (27.4.42)            |            |               |          |
| Besondere Hinweise:<br>U. 15 J. z.  |            |               |          |

Auszug Voß, Adolf, MfS HA IX\_11 PA 5521, pag. bstu 0017

Abgesehen von diesem Quellenverweis und einigen Teilkopien aus der NS-Personalakte von Adolf Voß rekurrirten die beiden unabhängig voneinander geschaffenen Stasiakten auf Medienberichte aus West- und Ostdeutschland.

Die westdeutsche Zeitung „Die Tat“, Organ der „Vereinigung der Verfolgten des Naziregimes“ (VVN), Ausgabe vom 23. Januar 1971, findet sich zudem auch in der Aktenüberlieferung eines Vorermittlungsverfahren der Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen in Ludwigsburg. In der Ausgabe heißt es apodiktisch: „Und dies sind die Namen der Offiziere, die das Minensuchboot M 612 durch ein anderes Kommando entern und die gefangenen Matrosen erschießen ließen: ... Adolf Voss, Korvettenkapitän. Nach 1945 Generalstaatsanwalt von Schleswig-Holstein.“<sup>26</sup>



Eingehend befasste sich zum Abschluss ihrer 29-teiligen Serie „Rottenknechte“ die FdJ-Zeitung „Junge Welt“ am 26. Mai 1967 mit der Rolle von Adolf Voß. Während im Serienschlussteil die Aussage erscheint, er habe als Beisitzer am Standgerichtsverfahren auf M 612 mit elf Todesurteilen mitgewirkt, wird in einem Extra-Beitrag die „Sensation“ mitgeteilt: „Matrosenmörder war Generalstaatsanwalt. Junge Welt enthüllt jüngste Vergangenheit des Dr. Adolf Voß.“ In diesem Beitrag wird zudem behauptet, Voß habe „als Oberstaatsanwalt in Flensburg die Aufnahme eines Verfahrens gegen die Mörder der Roten Matrosen und damit gegen sich selbst“ verhindert.<sup>27</sup>



Ausschnitt Junge Welt 26.5.1967

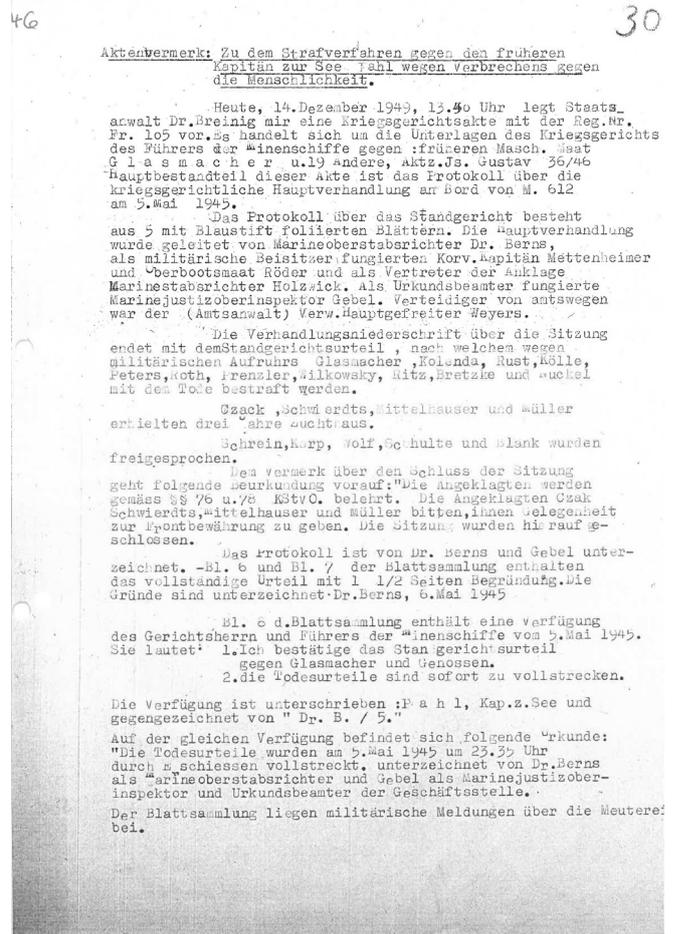
Es bleibt bei genauem Aktenstudium unklar, wie und warum Voß derart in das Visier von Staatssicherheit und von SED-nahen Medien geriet. Jedenfalls hat die Redaktion der „Jungen Welt“ für ihre große Serie „Rottenknechte“ extrem aufwändig recherchiert und zahlreiche Betroffene auch gesprochen, um die gewünschte, gleichwohl durchaus beeindruckende narrative Konstruktion zu leisten. Erkennbar wird darin eine journalistische Kooperation zwischen Ost und West. – Möglicherweise basiert, wie oben bereits angedeutet, die behauptete Rolle von Voß darauf, dass er in einem weiteren Fall jedenfalls für den Adressaten, den Vater des am 11. Mai 1945 hingerichteten Johann Süß, als Absender der kaltherzig formulierten Todesnachricht vom 19. Januar 1953 erscheinen musste, in der es hieß: „Wie ich aus den hier zur Bewahrung gelangten Akten eines ehemaligen Gerichtes der Kriegsmarine entnommen habe, wurde der Masch. Gefr. (eite) Johann Süß ... s.(einer) Z(eit). in Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils erschossen; der Verurteilte war der Untergrabung der Manneszucht und tätigen Bedrohung Vorgesetzter schuldig befunden und dementsprechend verurteilt worden.“<sup>28</sup>

### V. Eine erklärungsbedürftige Akteneinsicht

Heute befindet sich die Verfahrensakte des Bordgerichts des M 612 im Bundesarchiv Freiburg.<sup>29</sup> Sie wird in ihrer Überlieferungsgeschichte seit 1949 immer wieder als Restakte bezeichnet und ist auch anhand ihrer ursprünglichen Paginierung als unvollständig erkennbar. So fehlt insbesondere auch das handschriftliche Verfahrensprotokoll; möglicherweise sind später auch weitere Dokumente entfernt worden. Mehrere inzwischen in die Akte eingeführte Vorgänge gingen zunächst davon aus, dass die Akte vernichtet worden sei. Wesentliche

Teile aber sind erhalten: Das Urteil und dessen Begründung finden sich ebenso wie die Bestätigung durch den Gerichtsherrn und die Exekutionsnotiz.

Und es findet sich in der Akte ein am 14. Dezember 1949 in Flensburg angefertigter Aktenvermerk, der mehr als erklärungsbedürftig erscheint und ohne einen Kontext schlicht unverständlich ist.<sup>30</sup> Ohne erkennbaren dienstlichen Anlass haben Staatsanwalt Dr. Breinig sowie Oberstaatsanwalt und Behördenleiter Adolf Voß die Akte eingehend studiert, formell und inhaltlich zusammengefasst und all dieses in einem eigentümlichen Vermerk niedergelegt, schließlich von einem Verwaltungsoberinspektor gegengezeichnet lassen. Besonderen Augenmerk richteten die Staatsanwälte auf ehemals unterzeichnende Akteure und die penible Kennzeichnung der Aktenstücke. Der Akteninhalt wird korrekt und sehr kurz zusammengefasst. Und schließlich findet sich folgender, obskur klingender Satz: „Die Niederlegung dieses Vermerks erfolgt, um spätere mögliche Angriffe, die unterzeichneten Staatsanwälte könnten den Inhalt der aufgefundenen Akten verändert oder vermindert haben, zu beugen.“



Aktenvermerk Voß / Breinig e. a. 14.12.1949 BA Freiburg, Pers 15 / 174105, pag. 30

27 Junge Welt 26.5.1967.

28 BA Freiburg, Pers 15 / 94550, pag. 23. Angeschrieben hatte der Vater den Oberstaatsanwalt, in dessen Namen die Antwort auch herausging. Ob Behördenchef Voß den Vorgang tatsächlich zur Kenntnis bekam oder nahm, ist unklar. Seine Paraphie findet sich nicht auf dem einzig erhaltenen handschriftlichen Entwurf der Antwort.

29 Vgl. BA Freiburg, Pers 15 / 174105.

30 Vgl. ebenda, pag. 30.

Ich, der Mitunterzeichnete Oberstaatsanwalt Dr. Voß habe diese Blattsammlung nur in Gegenwart des Mitunterzeichneten Staatsanwalt Dr. Breinig eingesehen. Bei Niederschrift dieses Vermerks wurde der Verw. Oberinspektor Otto aus dem Landgerichtsgefängnis hinzugezogen und ihm diese Blattsammlung zur amtlichen Verwahrung übergeben, weil inzwischen die Dienstzeit beendet ist und die Urkundsbeamten die Dienststelle verlassen haben.

Der Mitunterzeichnete Staatsanwalt Dr. Breinig versichert durch seine Unterschrift, dass die Blattsammlung so vollständig ist, wie er sie von dem Verwalter des Archivs, dem Justizangestellten Fingel erhalten hat.

Auf Antrag von Staatsanwalt Dr. Breinig wird unter Hinzuziehung von Oberinsp. Otto die Zahl der Blätter gezählt.

- 1 Umschlag  
1 Mandaktenverzeichnis  
mit Büroklammer zusammengehalten: 16 Schriftstücke  
( 23 Blatt)  
2 Blatt- je einmal Durchschlag der Urteilsgründe.  
1 Verfügung der Marinegerichte-Auffangstelle  
Flensburg Mürwik  
1 Schreiben einer englischen Dienststelle.

Die Wiederlegung dieses Vermerks erfolgt, um spätere mögliche Angriffe, die unterzeichneten Staatsanwälte könnten den Inhalt der aufgefundenen Akten verändert oder verändert haben, zu begehen.

Der Mitunterzeichnete Staatsanwalt Dr. Breinig erklärt dazu weiter: die Akten sind mir nicht von dem Justizangestellten Fingel übergeben worden, sondern ich habe sie auf meinem Schreibtisch nach Rückkehr von Sitzungsdienst vorgefunden - etwa 13.30 Uhr -

Die unterzeichneten Staatsanwälte haben sich gemeinschaftlich in die Akten begeben, um sofort diesen Aktenvermerk zu diktieren, in der Absicht, es sich auch der herbeigerufenen Oberinspektor Otto ein, den um 14.15 Uhr die Blattsammlung übergeben wurde.

selbst gelesen, genehmigt und von allen unterschrieben.

Flensburg, den 14.12.1949  
14.15 Uhr

*Dr. Voß*

*Dr. Breinig*  
*A. Wozjak*  
*Ady*

Von f. O. J. Otto  
Mitt. vorgefunden 3. zwischen  
Kopieung abgegeben am 15.11.  
1949 12 40  
f. v. Helm  
S.R.

Aktenvermerk Voß / Breinig e. a. 14.12.1949 BA Freiburg,  
Pers 15 / 174105, pag. 30

Dieser anlasslose Vermerk wirft mehr Fragen auf, als er beantwortet. Akteneinsicht und Verfassen des zweiseitigen Vermerks sollen zwischen 13.40 und 14.15 stattgefunden haben; schon das kaum vorstellbar bei dem Umfang der Verarbeitung. Der Mitunterzeichner, Verwaltungsoberspektor Otto, war laut Aktenvermerk erst am Ende hinzugezogen worden. Und Staatsanwalt Breinig hält schriftlich fest, dass er die Akte eben nicht direkt aus der Registratur erhalten, sondern diese eine ungewisse Zeit lang ungesichert auf seinem Schreibtisch gelegen habe, bevor er sie vorfand und dann mit Voß sichtete. Penibilität oder Absicherung?<sup>31</sup> – Lassen sich diese Auffälligkeiten und Ungereimtheiten durch einen Kontext aufklären?

Breinig war selbst ein ehemaliger Marinekriegsgerichtsrat und unter anderem Vertreter der Anklage im Verfahren gegen Oberleutnant zur See Oskar Pusch gewesen, das mit dessen Hinrichtung endete, nach Kriegsende auf Basis einer Strafanzeige gegen alle damaligen Gerichtsangehörigen mehrjährige Ermittlungen auslöste und am Landgericht Kiel 1949 sowie 1950 in Verfahren gegen den ehemaligen Marinerichter Hagemann wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit führte – mit skandalösen Freisprüchen – und heute als ein Symbol der menschenverachtenden Marinekriegsgerichtsbarkeit im

31 Vgl. die Notiz von Breinig auf der Anfrage des Oberstaatsanwalts aus Karlsruhe vom 23.11.1949, die Breinig ebenfalls am 14.12.1949 vornimmt. BA Freiburg, Pers 15 / 174105, pag. 28.

Zweiten Weltkrieg gilt.<sup>32</sup> – Breinig war also Fachmann und war am Jahresende potenziell durch das Kieler Revisionsverfahren gefährdet...

Die Situation von Voß am Jahresende 1949 wird im Folgenden genauer beleuchtet.

Zugespitzt formuliert leiteten uns in der sich anschließenden vertieften Recherche folgende Fragen:

- Wie erklärt sich die dienstlich unbegründete Akteneinsicht am 14. Dezember 1949?
- Hat Adolf Voß möglicherweise doch am 5. Mai 1945 am Bordverfahren auf M 612 mitgewirkt, folglich 1949 etwas zu befürchten?

## VI. Referenzfall Kommodore Petersen und die Buéa im Mai 1945

Als Referenzfall zum Standgerichtsverfahren des M 612 haben Viele, darunter fraglos auch Oberstaatsanwalt Adolf Voß, in den Jahren 1948 und 1949 das Verfahren gegen Ex-Kommodore Petersen und andere in Hamburg beobachtet. Das erste Urteil erschien bereits 1948 in Hamburg in einer kommentierten Broschüre und wurde Anfang 1949 auch im „Zentral-Justizblatt“ (Nr. 2/49) publiziert.<sup>33</sup>

Zum Gegenstand: Am 6. Mai 1945, am Tag nach Inkrafttreten der Teilkapitulation im Nordraum, hatten vier Marinesoldaten ihre Einheit im dänischen Svendborg verlassen, um sich nach Hause zu begeben. Von Dänen aufgehalten und zurück nach Svendborg verbracht, hatte die Kriegsmarine sie wegen Fahnenflucht an Bord der Buéa inhaftiert und am 8. Mai 1945 – um 23.00 Uhr trat die am 7. Mai unterzeichnete bedingungslose Kapitulation in Kraft – vor ein Kriegsgericht gestellt und zum Tode verurteilt, schließlich am 10. Mai 1945, also nach Kriegsende, hingerichtet.<sup>34</sup>

Erstinstanzlich wurde 1948 gegen die Angehörigen dieses Kriegsgerichts und den Gerichtsherrn Ex-Kommodore Rudolf Petersen, in dessen Namen es gehandelt und der die Vollstreckung angeordnet hatte, verhandelt. Das Schwurgericht Hamburg verurteilte zwei Angeklagte wegen „Verbrechens gegen die Menschlichkeit“ nach Kontrollratsgesetz Nr. 10, Artikel II 1c und 2, zu je zwei Jahren Haft, die restlichen Angeklagten wurden freigesprochen.

Das Urteil vom 4. Juni 1948 differenziert ausdrücklich zwischen einer Bewertung des Kriegsgerichtsurteils und der „Anordnung der Vollstreckung dieses Urteils“<sup>35</sup> Das Gericht vertrat die Auffassung, dass am Tag der Kriegsgerichtsverhandlung, dem 8. Mai 1945, trotz der seit 5. Mai wirksamen Teilkapitulation und der unterzeichneten, am späten Abend in Kraft tretenden Gesamtkapitulation „die Gerichtshoheit ... noch in vollem Umfange bestanden hat“, zudem das Kriegsgerichtsverfahren „ordnungsgemäß entsprechend den damals geltenden Strafverfahrensbestimmungen durchgeführt worden“ sei, weshalb das „gefällte Urteil als gültiger Richterspruch anzusehen“<sup>36</sup> – und dafür niemand zur Rechenschaft

32 Vgl. Walle, Heinrich: Die Tragödie des Oberleutnants zur See Oskar Kusch, Stuttgart 1995, passim; Bade, Claudia: „Als Hüter wahrer Disziplin ...“ Netzwerke ehemaliger Wehrmachtjuristen und ihre Geschichtspolitik, in: Wette, Wolfram/Perels, Joachim: „Mit reinem Gewissen“: Wehrmacht Richter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, Berlin 2011, S. 124-139, insbesondere S. 130ff.

33 Vgl. Pardo, Herbert/Schiffner, Siegfried: Der Fall Petersen vor dem Schwurgericht in Hamburg. Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Hamburg 1948; LAK 309 1983 90\_33 Teil 1, pag. 1 (Westerburg an Oberstaatsanwalt 1.3.1949).

34 Vgl. Zum Fall und auch zum Folgenden Paul: Erschießungen.

35 Pardo/Schiffner: Fall Petersen, S. 20.

36 Ebenda, S. 21f.

zu ziehen wäre. Anders aber sei die Urteilsbestätigung zu bewerten: Gerichtsherr Petersen durfte, so das Schwurgericht, nicht allein „zur Aufrechterhaltung der Disziplin den Tod von drei Soldaten anordnen, die den Tod nicht verdient hatten“, denn ihre Tat habe „unter den damaligen Umständen nicht mehr die härteste Sühne“ gerechtfertigt.<sup>37</sup> Petersen habe sich damals einen ganzen Tag lang beraten mit den Offizieren seines Stabes und den Gerichtsangehörigen: Er selbst sei nicht zu verurteilen, sondern hätte „lediglich aus menschlicher Unzulänglichkeit gefehlt“, als er auf Basis der Ratschläge die Vollstreckungen anordnete.<sup>38</sup> Anders sei das bei den Angeklagten Ex-Stabsrichter Holzwig und Kapitänleutnant Sander zu bewerten, die als Angehörige des Kriegsgerichts in den Beratungen nach der Urteilsfindung auf die Vollstreckung gedrängt hatten und – anders als im Verfahren selbst – durch das in der deutschen Rechtstradition bedeutungsvolle „Richterprivileg“ nicht geschützt wären, weil sie nunmehr als Offiziere beratend auch humanitäre Aspekte und die Gesamtlage im Mai 1945 hätten berücksichtigen müssen.<sup>39</sup> – Eine markante Argumentation, die informelle Rollen und Beratungen mit hoher Verantwortung erkannte.

Nach einem Revisionsantrag der Staatsanwaltschaft hob der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone in Köln das Urteil wegen seiner Milde und der Würdigung des Kriegsgerichtsverfahrens als nicht rechtens auf.<sup>40</sup> Das zweitinstanzliche Urteil<sup>41</sup> des Schwurgerichts vom 4. August 1949 brachte wie erwartet eine Verschärfung: Nun wurden fünf der Angeklagten wegen „Verbrechens gegen die Menschlichkeit nach Art. II 1c des Kontrollratsgesetzes 10“ verurteilt. Die Strafen variierten zwischen ein und fünf Jahren Haft. In ihrem Handeln habe im Mai 1945 ein „Missverhältnis zwischen Schuld und Strafe“ bestanden, die „Verhängung von Todesurteilen als Abschreckungsstrafe“ sei nicht zu rechtfertigen, der „Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft“ erwiesen, auch hätten sie als Akteure der Wehrmachtjustiz über hinreichende Handlungsspielräume für mehr Milde und Angemessenheit verfügt.<sup>42</sup> Und, der Urteilsbegründung einen Absatz wert, nach § 83 Absatz 2 der Kriegsstrafverfahrensordnung,

37 Ebenda, S. 25f.

38 Ebenda, S. 28.

39 Vgl. ebenda, S. 28-31.

40 Dokumentiert in: Rüter, Adelheid L./Rüter, C. F. (Bearb.): Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1966, Band V, Amsterdam 1970, S. 257–265.

41 Dokumentiert in: ebenda, S. 190-256.

42 Ebenda, S. 234, 237. Gesamtwürdigung vgl. ebenda, S. 231–255.

wäre es zwingend gewesen, bei Todesurteilen vor der Bestätigung durch den Gerichtsherrn ein schriftliches Rechtsgutachten eines „richterlichen Militärjustizbeamten oder, in Ermangelung eines solchen, eines zum Richteramt befähigten Beamten oder Offiziers“ einzuholen, der nicht Teil des Gerichts war.<sup>43</sup> Auch wenn § 1 der KSVO Ausnahmen kannte, bildete dies die Norm. – Zumindest mündlich also wäre in solchen Situationen ein Offizier zu befragen, der die Befähigung zum Richteramt aufweist und selbst nicht am kriegsgerichtlichen Verfahren beteiligt war.

Der weitere Verlauf ist in unserem Kontext nicht mehr relevant, weil er das Agieren von Adolf Voß nicht mehr tangierte: Die Revision der Verurteilten führte zum Bundesgerichtshof, der am 10. Mai 1952 das Urteil aufhob mit der für lange Jahre höchstes Recht setzenden Begründung, das Kriegsgericht habe im Mai 1945 formal im Rahmen ehemaligen Rechts korrekt gehandelt, mithin sei das damalige Urteil juristisch nicht zu beanstanden.<sup>44</sup> Schließlich endete alles vor dem Landgericht Hamburg am 27. Februar 1953 mit Freisprüchen.<sup>45</sup>

Interessierte Beobachter des Hamburger Referenzverfahrens mussten im Herbst 1949 jedenfalls annehmen, dass bei vergleichbaren Ermittlungen

- möglicherweise juristisch zwischen formellen Rollen an einem Kriegsgericht und der verfahrensrechtlich vorgesehenen Beratung des Gerichtsherrn unterschieden würde und die letztgenannte Tätigkeit jedenfalls nicht durch das Richterprivileg geschützt war und
- Todesurteile in der Kriegsschlussphase schnell den Kriterien von Verbrechen gegen die Menschlichkeit genügen konnten, vor allem nicht überwiegend mit der Aufrechterhaltung der Disziplin – als Gegenstück zum November 1918, dem Marinetrauma von Revolte und Revolution – begründet werden durften.

Kurzum: Ehemalige Akteure in drakonischen Kriegsgerichtsverfahren an der Wende von Krieg zur Kapitulation und – so paradox es bis zum ersten Hamburger Urteil scheinen mochte – insbesondere auch (informelle) juristische Berater der Gerichtsherrn durften sich 1949 sehr ernsthaft von potenziellen strafrechtlichen Konsequenzen bedroht fühlen.

(Teil 2 folgt)

43 Rüter/Rüter (Bearb.): Justiz, Band V, S. 227.

44 Dokumentiert in: Rüter, Adelheid L./Rüter, C. F. (Bearb.): Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1966, Band X, Amsterdam 1973, S. 504–511.

45 Dokumentiert in: ebenda, S. 446-503.

## II. Amtliche Veröffentlichungen

### **Änderung der Dienstordnung für Notarinnen und Notare**

AV d. MJG v. 23. August 2022 – II 334/3831-2-4 – (SchiHA 2022 S. 334)

#### I

Die Dienstordnung für Notarinnen und Notare (Allgemeine Verfügung vom 30. Dezember 2021 – II 334/3831-2-2 – <SchiHA 2022 S. 10>) wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht erhält die Angabe zu § 14 folgende Fassung:  
„§ 14 Verbinden, Beifügen und Siegeln“
2. In § 6 Absatz 2 Satz 2 werden die Worte „oder des Herstellers“ durch ein Komma und die Worte „des Herstellers, der Vertreiberin oder des Vertreibers“ ersetzt.
3. § 7 Absatz 2 Nummer 3 wird wie folgt geändert:
  - a) Im ersten Halbsatz werden die Worte „oder Handzei-

chen“ durch ein Komma und die Worte „Handzeichen oder qualifizierten elektronischen Signaturen“ ersetzt.

- b) Im zweiten Halbsatz werden nach dem Wort „darunter“ die Worte „oder qualifizierte elektronische Signaturen des Entwurfs“ eingefügt.
4. In § 11 Absatz 1 werden die Worte „oder des Herstellers“ durch ein Komma und die Worte „des Herstellers, der Vertreiberin oder des Vertreibers“ ersetzt.
5. In § 12 Absatz 2 erhält folgende Fassung:  
„Der Gebrauch von Stempeln ist unter Verwendung von schwarzer oder dunkelblauer Stempelfarbe zulässig, die den Prüfanforderungen in Anlehnung an ISO 12757-2 oder ISO 14145-2 entspricht.“
6. In § 13 Satz 2 werden die Worte „oder des Herstellers“ durch ein Komma und die Worte „des Herstellers, der Vertreiberin oder des Vertreibers des Scangeräts“ ersetzt.

7. § 14 wird wie folgt geändert:
- In der Überschrift werden die Worte „Heften und Siegeln von Urkunden“ durch die Worte „Verbinden, Befügen und Siegeln“ ersetzt.
  - Absatz 1 erhält folgende Fassung:  
„Beim Verbinden mehrerer Blätter zu einer Urkunde (§ 44 BeurkG) soll eine Schnur in Landesfarben verwendet werden.“
8. § 18 Absatz 3 wird wie folgt geändert:
- In Nummer 5 werden nach der Angabe „(§§ 10a, 11 BNotO)“ die Worte „einschließlich der Beachtung der örtlichen Beschränkung der Urkundstätigkeiten mittels Videokommunikation“ eingefügt.
  - In Nummer 18 werden nach der Angabe „(§ 15 Absatz 1 Satz 1 BNotO)“ die Worte „einschließlich der Amtspflicht zur Vornahme von Urkundstätigkeiten mittels Videokommunikation“ eingefügt.
9. In der Anlage zu § 7 (Muster 1) werden in Nummer 1 Buchstabe a die Worte „oder Handzeichen“ durch ein Komma und die Worte „Handzeichen oder qualifizierten elektronischen Signaturen“ ersetzt.

## II

Diese Allgemeine Verfügung tritt mit Wirkung vom 1. August 2022 in Kraft.

Kiel, 23. August 2022

gez. Dr. Otto Carstens, Staatssekretär

## III. Personalnachrichten

### Oberlandesgericht

Ernannt: Zur Richterin am Oberlandesgericht: Richterin am Amtsgericht *Dr. Franziska Kehrer*.

Versetzung in den Ruhestand: Richter am Oberlandesgericht *Wolf Haack*.

Eintritt in den Ruhestand: Richter am Oberlandesgericht *Matthias Schiemann*; Erster Justizhauptwachmeister *Wolfgang Clausen*.

### Gerichte

Ernannt: Zur Präsidentin des Amtsgerichts: Direktorin des Amtsgerichts *Tamara Blasel*, Amtsgericht Kiel.

Zum Direktor des Amtsgerichts: Richter am Landgericht *Martin Wunderlich*, Amtsgericht Flensburg.

Zum Richter am Landgericht: Richter *Morten Alpes*, Landgericht Kiel.

Zur Richterin am Amtsgericht: Richterin *Anne-Christin Kluck*, Amtsgericht Ratzeburg.

Zur Justizobersekretärin: Justizobersekretärin *Angelika Hill*, Amtsgericht Lübeck; Justizobersekretärin *Nives Luksa*, Amtsgericht Pinneberg; Justizobersekretärin *Florian Dak Müller*, Amtsgericht Husum; Justizobersekretärin *Inga Birte Steeger*, Amtsgericht Plön; Justizangestellte *Susannah Stima*, Amtsgericht Pinneberg.

Versetzt: Vorsitzende Richterin am Landgericht *Dr. May Marianne Bauer* vom Landgericht Flensburg zum Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht (Richterin am Oberlandesgericht); Vorsitzende Richterin am Landgericht *Simone Spranger* vom Landgericht Lübeck zum Amtsgericht Reinbek (Richterin am Amtsgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors –).

Versetzung in den Ruhestand: Richter am Amtsgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors – *Timm*

### Prüfungsausschuss für die Laufbahn der Fachrichtung Justiz – Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt, Laufbahnzweig Abschiebungshaftvollzug

Bek. d. MJG vom 9. August 2022 -232-2400-188-9  
(SchIHA 2022, S. 335)

Für den für die Jahre 2021–2024 gebildeten Prüfungsausschuss für die Laufbahn der Fachrichtung Justiz – Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt, Laufbahnzweig Abschiebungshaftvollzug werden gem. § 22 LAPVO AHV-LG1/2 vom 6.8.2019

Herr Stefan Jasper, Landesamt für Zuwanderung und Flüchtlinge, Abschiebungshafteinrichtung Glückstadt, und Herr Stefan Ruppert, Landesamt für Zuwanderung und Flüchtlinge, Abschiebungshafteinrichtung Glückstadt, als weitere Mitglieder bestellt. Die Bestellungen von Frau Simone Stoek und von Frau Janina Opitz werden aufgehoben.

Kiel, 9. August 2022

gez. Dr. Otto Carstens, Staatssekretär

*Alpes*, Amtsgericht Reinbek; Justizoberamtsrätin *Naency Borghardt*, Landgericht Kiel; Justizamtsrat *Sönke Petersen*, Landgericht Kiel; Obergerichtsvollzieher *Freddy Zahn*, Amtsgericht Niebüll; Erster Justizhauptwachmeister *Holger Ulrich*, Amtsgericht Meldorf.

Eintritt in den Ruhestand: Präsident des Amtsgerichts *Torsten Block*, Amtsgericht Kiel.

### Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Richter am Sozialgericht – als weiterer aufsichtführender Richter – : Richter am Sozialgericht *Morten Adams*, Sozialgericht Lübeck.

Zur Richterin am Sozialgericht: Richterin *Nicole Alexandre*, Sozialgericht Itzehoe.

### Verwaltungsgerichtsbarkeit

Ernannt: Zur Vorsitzenden Richterin am Verwaltungsgericht: Richterin am Verwaltungsgericht *Martina Petersen*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht.

### Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zur Staatsanwältin: Richterin *Alisha Harding*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg; Richterin *Kathrin Petersen*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel, Richterin *Natalia Behringer*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

### Notare:

Notaramt erloschen: *Martia Kwapil*, Halstenbek; *Ole Siemen*, Viöl.

## IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJG vom 1. September 2022 – II 332/5112-E-1-77  
(SchlHA 2022 S. 336)

### Allgemeine Hinweise

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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

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

### 1. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

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

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

### 2. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

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

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

### 3. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

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

1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Sozialgericht bei dem Sozialgericht Schleswig.

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

## V. Entscheidungen

### Verfassungsrecht

LV Art. 17, Art. 20, Art. 51 Abs. 2 Nr. 1

LVerfGG § 3 Nr. 1, §§ 35 ff.

- Als kontradiktorisches Verfahren dient das Organstreitverfahren maßgeblich der gegenseitigen Abgrenzung der Kompetenzen von Verfassungsorganen oder ihren Teilen in einem Verfassungsrechtsverhältnis, nicht der davon losgelösten Kontrolle der objektiven Verfassungsmäßigkeit von Maßnahmen eines Verfassungsorgans beziehungsweise Organteils. Mit dem Ausscheiden aus dem Landtag entfällt daher für einen Abgeordneten das Rechtsschutzbedürfnis seines Antrags.**
- Die vom Schleswig-Holsteinischen Landtagspräsidenten in Ausübung seines Hausrechts getroffenen Zugangsregelungen zum Plenarsaal – Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes sowie zur Durchführung eines vor Ort angebotenen PCR-Tests – stellten im Januar 2022 aufgrund der mit der epidemiologischen Lage in Schleswig-Holstein verbundenen Infektionsgefahr mit der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID 2019) nach seinerzeitigem Erkenntnisstand eine zulässige Einschränkung des Rechts der Abgeordneten auf Teilnahme an Plenarsitzungen und Abstimmungen dar.**

SchlHLVerfG, Beschluss vom 24. Juni 2022 – LVerfG 2/22

*Die Anträge werden verworfen.*

*Das Verfahren ist gerichtskostenfrei. Auslagen werden nicht erstattet.*

### Gründe:

A.

Mit dem Organstreitverfahren wenden sich die Ast. gegen in Allgemeinverfügungen, die der damalige Präsident des Schleswig-Holsteinischen Landtags im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Ausbreitung des Corona-Virus SARS-CoV-2 in den Liegenschaften des Schleswig-Holsteinischen Landtags erlassen hat, enthaltene Regelungen für den Zugang zum Plenarsaal sowie Beschlussfassungen des Schleswig-Holsteinischen Landtags unter Geltung dieser Regelungen. Die Ast. sind drei Abgeordnete des 19. Schleswig-Holsteinischen Landtags (Ast. zu 2) sowie deren Zusammenschluss (Ast.in zu 1). Neben dem Schleswig-Holsteinischen Landtag (Ag. zu 1) sind weitere Antragsgegnerinnen die Landesregierung (Ag.in zu 2) sowie die Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Landtags (Ag.in zu 3).

I.

1. Die Landesverfassung trifft in Auszügen folgende Regelungen:

Art. 17 – Stellung der Abgeordneten

(1) Die Abgeordneten vertreten das ganze Volk. Bei der Ausübung ihres Amtes sind sie nur ihrem Gewissen unterworfen und an Aufträge und Weisungen nicht gebunden.

(2) Die Abgeordneten haben das Recht, im Landtag sowie in den ständigen Ausschüssen und in den Sonderausschüssen des Landtages Fragen und Anträge zu stellen. Sie können bei Wahlen und Beschlüssen ihre Stimme abgeben; Stimmrecht in den Ausschüssen des Landtages haben nur die Ausschussmitglieder.

(3) Die Abgeordneten haben Anspruch auf eine angemessene, ihre Unabhängigkeit sichernde Entschädigung. Dieser Anspruch ist weder übertragbar, noch kann auf ihn verzichtet werden. Das Nähere regelt ein Gesetz.

Art. 20 – Landtagspräsidentin oder Landtagspräsident, Ältestenrat, Geschäftsordnung

[...]

(3) Die Präsidentin oder der Präsident führt die Geschäfte des Landtages. Dazu gehören die Ausübung der Ordnungsgewalt im Landtag und des Hausrechts in den Räumen des Landtages, die Verwaltung der gesamten wirtschaftlichen Angelegenheiten des Landtages nach Maßgabe des Landeshaushaltungsgesetzes und die Vertretung des Landes in allen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten des Landtages sowie die Feststellung des Entwurfs des Haushaltsplans des Landtages. Ihr oder ihm stehen die Einstellung und Entlassung der Angestellten, Arbeiterinnen und Arbeiter sowie die Ernennung, Entlassung und Versetzung in den Ruhestand der Beamtinnen und Beamten des Landtages nach den geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu. Die Präsidentin oder der Präsident ist oberste Dienstbehörde der Beamtinnen und Beamten, Angestellten, Arbeiterinnen und Arbeiter des Landtages.

[...]

Art. 51 – Landesverfassungsgericht

[...]

(2) Das Landesverfassungsgericht entscheidet:

1. über die Auslegung der Verfassung aus Anlass von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten des Landtages oder der Landesregierung oder anderer Beteiligter, die durch die Landesverfassung oder die Geschäftsordnung des Landtages mit eigenen Rechten ausgestattet sind;

[...]

2. Das Landesverfassungsgerichtsgesetz trifft in Auszügen die folgenden Regelungen:

§ 21 – Verwerfung von Anträgen

Unzulässige oder offensichtlich unbegründete Anträge können durch einstimmigen Beschluss des Landesverfassungsgerichts verworfen werden. Der Beschluss bedarf keiner weiteren Begründung, wenn die Ast.in oder der Ast. vorher auf die Bedenken gegen die Zulässigkeit oder Begründetheit ihres oder seines Antrags hingewiesen worden ist.

§ 35 – Ast.in oder Ast. und Ag.in oder Ag.

Ast.in oder Ast. und Ag.in oder Ag. können nur der Landtag, die Landesregierung und andere Beteiligte, die durch die Landesverfassung oder die Geschäftsordnung des Landtages mit eigenen Rechten ausgestattet sind, sein.

§ 36 – Zulässigkeit des Antrags

(1) Der Antrag ist nur zulässig, wenn die Ast.in oder der Ast. geltend macht, dass sie oder er oder das Organ, dem sie oder er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung der Ag.in oder des Ag. in ihren oder seinen ihr oder ihm durch die Landesverfassung übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist.

(2) Im Antrag ist die Bestimmung der Landesverfassung zu bezeichnen, gegen die durch die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung der Ag.in oder des Ag. verstoßen wird.

(3) Der Antrag muss binnen sechs Monaten, nachdem die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung der Ast.in oder dem Ast. bekannt geworden ist, gestellt werden.

§ 38 – Entscheidung

Das Landesverfassungsgericht stellt in seiner Entscheidung fest, ob die beanstandete Maßnahme oder Unterlassung der Ag.in oder des Ag. gegen eine Bestimmung der Landesverfassung verstößt. Die Bestimmung ist zu bezeichnen.

Das Landesverfassungsgericht kann in der Entscheidungsformel zugleich eine für die Auslegung der Bestimmung der Landesverfassung erhebliche Rechtsfrage entscheiden, von der die Feststellung gemäß Satz 1 abhängt.

II.

1. Die Ast. zu 2 waren Abgeordnete des 19. Schleswig-Holsteinischen Landtags (Wahlperiode 6. Juni 2017 bis 7. Juni 2022), die gemeinsam den Status eines Zusammenschlusses von Abgeordneten (Gruppe) im Sinne von § 10 Abs. 1, Var. 2 des Gesetzes über die Rechtsstellung und Finanzierung der Fraktionen im Schleswig-Holsteinischen Landtag (FraktionsG) vom 18. Dezember 1994

(GVObI 1995, S. 4, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. Mai 1999, GVObI S. 134),

der Ast.in zu 1, hatten.

Im 20. Schleswig-Holsteinischen Landtag, der sich am 7. Juni 2022 konstituiert hat, sind die Ast. zu 2 nicht mehr vertreten. Auch im Übrigen sind keine Vertreter der Partei Alternative für Deutschland (AfD) in den 20. Landtag gewählt worden (vgl. Feststellung des Landeswahlausschusses zum Wahlergebnis vom 20. Mai 2022, <https://www.landtagwahl-sh.de/>).

2. Am 24. November 2021 erließ der Landtagspräsident eine Allgemeinverfügung und Dienstanweisung über Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Ausbreitung des Corona-Virus SARS-CoV-2 in den Liegenschaften des Schleswig-Holsteinischen Landtages mit Geltung vom 24. November 2021 bis 31. Januar 2022 (folgend: Allgemeinverfügung vom 24. November 2021).

Danach war der Zutritt zum Landeshaus zu dienstlichen Veranstaltungen oder dienstlichen Zwecken, insbesondere zum Zweck der Arbeitsaufnahme, zur Teilnahme an Plenarsitzungen, Ausschuss- und Fraktionssitzungen, dienstlichen Besprechungen und zur Nutzung der Landeshauskantine auf geimpfte, genesene und getestete Personen im Sinne von § 2 Nummer 2, 4 und 6 der Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung – SchAusnahmV) vom 8. Mai 2021 (BAnz AT 8. Mai 2021 V1) beschränkt (sogenannte 3G-Regel).

Zudem war ab dem Betreten des Gebäudes eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen, die den Anforderungen des § 2a Corona-Bekämpfungsverordnung in der jeweils aktuellen Fassung entsprach. In Sitzungssälen und Besprechungsräumen durfte nach dieser Regelung die Mund-Nasen-Bedeckung am Platz abgelegt werden, wenn ein Mindestabstand von 1,5 Metern eingehalten oder die Übertragung von Viren durch ähnlich geeignete physische Barrieren (z. B. Plexiglaswände) verringert wurde.

3. Am 7. Januar 2022 (Freitag) erließ der Landtagspräsident eine Allgemeinverfügung (folgend: Allgemeinverfügung vom 7. Januar 2022), mit der die vorangegangene Allgemeinverfügung geändert wurde.

Mit deren Nummer 2 wurde in die Allgemeinverfügung vom 24. November 2021 folgende Neuregelung bezüglich des Zutritts zum Plenarsaal eingefügt:

Nach Nummer 2 wird folgende Nummer 2a eingefügt:

„2a. Zutritt zum Plenarsaal

Der Zutritt zu Veranstaltungen im Plenarsaal ist auf Personen beschränkt, die im Sinne von § 2 Nummer 2 oder 4 SchAusnahmV geimpft oder genesen und zusätzlich durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) getestet sind, wobei die zugrunde liegende Testung maximal 24 Stunden zurückliegen darf (2G+-Regel). Alternativ besteht für Abgeordnete die Möglichkeit, Zutritt

zum Plenarsaal ohne Impfung mit entsprechender Testung zu erhalten, wenn innerhalb des Plenarsaals eine Maske ohne Ausatemventil der Standards FFP2, FFP3, N95, KN95, P2, DS2 oder KF94 getragen wird. Für Personen, die diese Anforderungen nicht erfüllen, wird eine aktive Teilnahmemöglichkeit an Plenarsitzungen und vergleichbaren Sitzungen in einem anderen Sitzungssaal des Landeshauses mittels Übertragungstechnik einschließlich Redemöglichkeit geschaffen.“

Die zuvor geltende Ausnahmeregelung, nach der die Mund-Nasen-Bedeckung am Platz abgelegt werden darf, wenn ein Mindestabstand von 1,5 Metern eingehalten oder die Übertragung von Viren durch ähnlich geeignete physische Barrieren (z. B. Plexiglaswände) verringert wird, entfiel.

Mit der Bekanntgabe der Allgemeinverfügung gegenüber den Abgeordneten und Fraktionsgeschäftsführungen wurde darauf hingewiesen, dass am Sitzungstag von 6:00 Uhr bis 8:30 Uhr ein entsprechendes PCR-Testangebot in den Räumlichkeiten des Ag. zu 1 bestehe.

4. Am 10. Januar 2022 (Montag) fand eine außerordentliche Sitzung des Ag. zu 1 statt. Dazu wurde nicht, wie sonst üblich, in den Plenarsaal des Schleswig-Holsteinischen Landtags, sondern „in das Landeshaus“ eingeladen. Den Abgeordneten wurde die Möglichkeit eröffnet, an der Sitzung im Plenarsaal teilzunehmen oder sich während der Sitzung im Schleswig-Holstein-Saal sowie im Konferenzsaal, in die die Vorgänge im Plenarsaal übertragen wurden und aus denen die Wortbeiträge von Abgeordneten in den Plenarsaal übertragen werden konnten, aufzuhalten (vgl. Eröffnung der Landtagssitzung durch den Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Landtags, PIPr 19/138, S. 3).

Die Ast. zu 2a und b befanden sich während der Sitzung im Konferenzsaal, in dem weiterhin die 3G-Regel galt. Der Ast. zu 2c war für die Sitzung entschuldigt.

Der Ast. zu 2a beantragte zu Beginn der Sitzung, die Plenarsitzung ungeteilt im Plenarsaal stattfinden zu lassen, hilfsweise die Sitzung zu beenden. Die Anträge wurden gegen die Stimmen der Ast. zu 2a und b sowie einer weiteren Abgeordneten abgelehnt

(PIPr 19/138, S. 4).

Im weiteren Verlauf der Sitzung wurde über diverse Anträge abgestimmt. Der Antrag zur Landtags-Drucksache 19/3536 (neu)

(Feststellung der Anwendbarkeit des § 28a Abs. 1 bis 6 des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen <Infektionsschutzgesetz – IfSG> vom 20. Juli 2000 <BGBl I S. 1045>, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. Dezember 2021 <BGBl I 5162>, für das Land Schleswig-Holstein gemäß § 28a Abs. 8 Satz 1 IfSG)

wurde gegen die Stimmen der Ast. zu 2a und b angenommen. Der Antrag zur Landtags-Drucksache 19/3537 (Eine Impfpflicht, ob allgemein oder einrichtungsbezogen, ist in der Infektionsbekämpfung der falsche Weg!) wurde gegen die Stimmen der Ast. zu 2a und b abgelehnt. Der Antrag zur Landtags-Drucksache 19/3539 (Feststellung der Unzumutbarkeit von Versammlungen zur Aufstellung von Bewerberinnen und Bewerbern zur Landtagswahl) wurde gegen die Stimmen der Ast. zu 2a und b mit Zweidrittelmehrheit angenommen. Der Antrag zur Landtags-Drucksache 19/3540 (Die Omikronvariante entschlossen ausbremsen!), gegen den die Ast. zu 2a und b gestimmt hatten, wurde abgelehnt. Der Antrag zur Landtags-Drucksache 19/3542 (neu) (Der Omikronvariante angemessen begegnen) wurde gegen die Stimmen der Ast. zu 2a und b angenommen.

Am Ende der Sitzung gab der Landtagspräsident bekannt, dass die 56. Tagung des Ag. zu 1 am 26. Januar 2022 um 10 Uhr beginne. Ein Widerspruch nach § 45 Abs. 2 LT-GO wurde nicht erhoben.

5. Am 21. Januar 2022 erließ der Landtagspräsident eine neue Allgemeinverfügung über Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Ausbreitung des Corona-Virus SARS-CoV-2 in den Liegenschaften des Schleswig-Holsteinischen Landtages (folgend: Allgemeinverfügung vom 21. Januar 2022). Nach deren Nummer 2 war der Zutritt zum Landeshaus beschränkt auf Personen, die Inhaber eines Impfnachweises nach § 2 Nr. 3 SchAusnahmV, eines Genesenennachweises nach § 2 Nr. 5 SchAusnahmV oder eines Testnachweises nach § 2 Nr. 7 SchAusnahmV sind (sogenannte 3G-Regel) und diesen bei Einlasskontrollen oder im Rahmen einer vorherigen Abfrage vorweisen können. Soweit ein Testausweis nach § 2 Nr. 7 SchAusnahmV erforderlich sei, reiche es danach aus, wenn die zugrunde liegende Testung mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt sei und maximal 48 Stunden zurückliege.

Bezüglich des Zutritts zum Plenarsaal wurde in Nummer 3 der Allgemeinverfügung vom 21. Januar 2022 folgende Regelung getroffen:

Der Zutritt zu Plenarsitzungen oder vergleichbaren Veranstaltungen im Plenarsaal ist auf Personen beschränkt, die im Sinne von § 2 Nummer 2 oder 4 SchAusnahmV geimpft oder genesen und zusätzlich im Sinne von § 2 Nummer 6 SchAusnahmV getestet sind (2G+-Regel). Nummer 2 Satz 2 bis 7 gilt mit der Maßgabe entsprechend, dass die Testung maximal 24 Stunden zurückliegt. Alternativ besteht für Abgeordnete die Möglichkeit, Zutritt zum Plenarsaal ohne Impfung mit entsprechender Testung zu erhalten, wenn innerhalb des Plenarsaals eine Maske ohne Ausatemventil der Standards FFP2, FFP3, N95, KN95, P2, DS2 oder KF94 getragen wird. Für Personen, die diese Anforderungen nicht erfüllen, wird eine aktive Teilnahmemöglichkeit an Plenarsitzungen und vergleichbaren Sitzungen in einem anderen Sitzungssaal des Landeshauses mittels Übertragungstechnik einschließlich Redemöglichkeit geschaffen.

6. Am 7. März 2022 erließ der Landtagspräsident eine neue Allgemeinverfügung und Dienstanweisung über Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Ausbreitung des Corona-Virus SARS-CoV-2 in den Liegenschaften des Schleswig-Holsteinischen Landtages (folgend: Allgemeinverfügung vom 7. März 2022).

Nach dieser war der Zutritt zum Landeshaus beschränkt auf Personen, die Inhaber eines Impfnachweises nach § 2 Nr. 3 SchAusnahmV, eines Genesenennachweises nach § 2 Nr. 5 SchAusnahmV oder eines Testnachweises nach § 2 Nr. 7 SchAusnahmV sind (sogenannte 3G-Regel) und diesen bei Einlasskontrollen oder im Rahmen einer vorherigen Abfrage vorweisen können. Soweit ein Testausweis nach § 2 Nr. 7 SchAusnahmV erforderlich ist, reicht es danach aus, wenn die zugrunde liegende Testung mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weiterer Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist und maximal 48 Stunden zurückliegt. Für das Betreten des Plenarsaales galten keine Sonderregelungen mehr.

Die Wirkung der Allgemeinverfügung und Dienstanweisung für die Liegenschaften des Schleswig-Holsteinischen Landtages im Zusammenhang mit dem Coronavirus ist mit dem Ablauf des 2. April 2022 ausgelaufen.

### III.

Die Ast. haben am 14. Januar 2022 Anträge im Organstreitverfahren gegen den Ag. zu 1 und die Ag. in zu 2 vor dem Landesverfassungsgericht gestellt sowie um einstweiligen Rechtsschutz ersucht. Mit Beschluss vom 21. Januar 2022 (LVerfG 1/22) sind die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt worden.

Im vorliegenden Hauptsacheverfahren haben die Ast. zunächst beantragt, festzustellen, dass die Allgemeinverfügung vom 7. Januar 2022 gegen Art. 17 Abs. 1 und 2 LV verstößt und sie, die Ast., in ihren Rechten verletzt sowie die Beschlussfassungen des Ag. zu 1 in der Plenarsitzung vom 10. Januar 2022 für unwirksam zu erklären und aufzuheben, hilfsweise festzustellen, dass diese unwirksam sind. Nach Antragserweiterung auf die Ag.in zu 3 beantragen sie nunmehr schriftsätzlich,

1. festzustellen, dass die Allgemeinverfügung vom 7. Januar 2022 gegen Art. 17 Abs. 1 und 2 LV verstieß und die Ast. insoweit in ihren Rechten verletzte,

1a. hilfsweise festzustellen, dass Ziffer 2a Satz 1 und 2 der Allgemeinverfügung vom 7. Januar 2022 („Zutritt zum Plenarsaal“) gegen Art. 17 Abs. 1 und 2 LV verstieß und die Ast. insoweit in ihren Rechten verletzt, als diese aufgrund der 2G+-Regelung gemäß Satz 1 bzw. der PCR-Testpflicht samt FFP2-Maskenpflicht gemäß Satz 2 gehindert waren, an der Plenarsitzung vom 10. Januar 2022 im Plenarsaal und damit diskriminierungsfrei teilzunehmen und dort ihre uneingeschränkten Abgeordnetenrechte wahrzunehmen;

2. festzustellen, dass die Beschlussfassungen des Ag. zu 1 in der Plenarsitzung vom 10. Januar 2022, konkret

- a) die Ablehnung der Anträge Landtags-Drucksachen 19/3537 und 19/3540,
  - b) die Annahme der Anträge Landtags-Drucksachen 19/3536 (neu) und 19/3542 (neu), sowie
  - c) die Annahme der Antrags Landtags-Drucksache 19/3539 mit der erforderlichen Zweidrittelmehrheit
- gegen Art. 17 Abs. 1 und 2 LV verstoßen und die Ast. in ihren Rechten verletzen,
- sowie gegenüber dem Ag. zu 1 und der Ag.in zu 3,

3. festzustellen, dass die Allgemeinverfügung vom 24. Januar 2022 gegen Art. 17 Abs. 1 und 2 LV verstößt und die Ast. insoweit in ihren Rechten verletzt,

3a. hilfsweise festzustellen, dass Ziffer 3 Satz 1 und 2 der Allgemeinverfügung vom 24. Januar 2022 („Zutritt zum Plenarsaal“) gegen Art. 17 Abs. 1 und 2 LV verstieß und die Ast. insoweit in ihren Rechten verletzte, als diese aufgrund der 2G+-Regelung gemäß Satz 1 bzw. der PCR-Testpflicht samt FFP2-Maskenpflicht gemäß Satz 2 gehindert waren, an der Plenarsitzung vom 26. und 27. Januar 2022 im Plenarsaal und damit diskriminierungsfrei teilzunehmen und dort ihre uneingeschränkten Abgeordnetenrechte wahrzunehmen.

Sie machen geltend, durch die Anwendung der Regelungen der Allgemeinverfügung vom 7. Januar 2022 in ihren Rechten aus Art. 17 Abs. 1 und 2 LV verletzt worden zu sein. Das betreffe sowohl die Freiheit des Mandats als auch die gleichberechtigte Teilhabe der Ast.in zu 1 sowie der Ast. zu 2 an den Beratungen und Beschlussfassungen des Ag. zu 1.

Die Ast. seien nach Art. 51 Abs. 2 Nr. 1 LV, § 3 Nr. 1 LVerfGG parteifähig und antragsbefugt. Für die Ast.in zu 1 folge dies daraus, dass ihr als Gruppe unstreitig Rechte zustünden und sie von der Geschäftsordnung des Landtags anerkannt werde, so z. B. in § 31 Abs. 2 LTGO. Ergänzend werde auf die weiteren gesetzlichen Regelungen, so z. B. § 10 FraktionsG, hingewiesen.

Die in den Allgemeinverfügungen getroffenen Zugangsregelungen für den Plenarsaal seien rechtswidrig und verletzen die Ast. in ihren Rechten. Diese seien insbesondere unverhältnismäßig. Mit Abstandsgebot, Hygienekonzept, Trennwänden und der im Plenarsaal besonders leistungsfähigen Be- und Entlüftungsanlage hätte ein Zusammentreten des Ag. zu 1 in einem Saal ermöglicht werden können. Auch hätte als milderer Mittel ein Zusammentreten des Ag. zu 1 in einer größeren Halle erfolgen können. Zudem habe die Regelung

die Abgeordneten auch rechtswidrigerweise zur Offenlegung ihres Impfstatus gezwungen.

Die vom Landesverfassungsgericht im Beschluss vom 21. Januar 2022 (LVerfG 1/22) vorgenommene kursorische Rechtsgüterabwägung berücksichtige nicht, dass es faktisch nicht allen Abgeordneten möglich gewesen sei, an den Sitzungen im Plenarsaal teilzunehmen. Die Ast. zu 2a und 2b hätten am Sitzungstag in dem sehr engen und auch unüblichen Zeitfenster von 6 Uhr bis 8.30 Uhr aufgrund anderweitiger Verpflichtungen und Termine keine Möglichkeit gehabt, einen PCR-Test durchzuführen; dies sei ihnen auch am Vortag nicht möglich gewesen, unter anderem aufgrund der Kurzfristigkeit des Inkrafttretens der Regelungen, an denen sie nicht beteiligt gewesen seien. Unrichtig sei grundsätzlich der Ansatz, den Sachverhalt nur aus dem Blickwinkel der Ag. zu 1 und 3 zu würdigen. Vielmehr müssten die Rechte der frei gewählten Abgeordneten berücksichtigt werden, konkret mit der Frage, ob es auch ein milderer Mittel gebe, das gewollte Ziel – Infektionsschutz – zu erreichen, um Eingriffe in die durch Art. 17 LV geschützte Stellung der Abgeordneten nur in dem geringstmöglichen Umfang und Maß vorzunehmen. Insofern verlangten die Zugangsregelungen auch nunmehr nur noch einen Antigentest. Zudem seien die Testzeiträume deutlich erweitert worden.

Der Ag. zu 1 habe die Rechte der Ast. verletzt, indem er unter Anwendung der Allgemeinverfügungen Beschlüsse gefasst habe. Es sei keine gleichberechtigte Teilnahme und Teilhabe an der parlamentarischen Willensbildung gegeben. Diejenigen Abgeordneten, die an der Sitzung im Plenarsaal teilgenommen hätten, hätten unmittelbaren Zugang zum Sitzungspräsidium gehabt, um Anliegen/Anfragen adressieren zu können. Sie hätten auch die Reaktionen des Großteils der anderen Abgeordneten im Plenarsaal aus erster Hand „live“ miterleben können. Ihre Zwischenrufe und Interventionen seien vom Stenografischen Dienst vermerkt worden. Außerdem hätten sie sich mit den weiteren Abgeordneten ihrer Fraktionen vor Ort im Plenarsaal unmittelbar austauschen können. Dies sei bei den Abgeordneten, die im Konferenzsaal der Sitzung beigewohnt hätten, nicht möglich gewesen. Diese seien damit signifikant schlechter gestellt gewesen als die Abgeordneten im Plenarsaal. Bei der Sitzung am 10. Januar 2022 habe es sich de facto um eine Hybrid-Sitzung gehandelt. Die dafür in Art. 22a LV aufgestellten Voraussetzungen hätten jedoch nicht vorgelegen.

#### IV.

Der Ag. zu 1 macht geltend, die Anträge seien bereits unzulässig und im Übrigen auch unbegründet.

Die Ast.in zu 1 sei bereits nicht parteifähig. Weder die Landesverfassung noch die Geschäftsordnung des Landtags statuten eine Gruppe von Abgeordneten mit eigenen Rechten aus. Im Übrigen fehle es der Ast.in zu 1 an einer Antragsbefugnis.

Die Ast. zu 2 seien ebenfalls nicht antragsbefugt. Sie machten nicht geltend, durch Maßnahmen des Ag. zu 1 in ihren Rechten durch die Landesverfassung übertragenen Rechten und Pflichten unmittelbar gefährdet zu sein. Vielmehr richteten sie sich gegen die Allgemeinverfügungen und damit Maßnahmen der Ag.in zu 3.

Eine Verletzung der organschaftlichen Rechte der Ast. zu 2 durch die Beschlussfassung selbst sei nicht ersichtlich. Allenfalls könne eine Verletzung in Umständen liegen, die zum Zeitpunkt der Beschlussfassung vorgelegen haben, keinesfalls jedoch in der Beschlussfassung selbst. Auch die Beschlüsse betrafen inhaltlich bereits nicht organschaftliche Rechte der Ast., sondern stellten allenfalls einer Beschränkung ihrer

Grundrechte als natürliche Personen dar. Das sei zum einen nicht Gegenstand eines Organstreitverfahrens, zum anderen sachlich gerechtfertigt.

Zudem sei den Antragstellern zu 2 eine Teilnahme an allen Sitzungen des Ag. zu 1 ohne Einschränkung möglich gewesen. Dass für eine Teilnahme gewisse Mitwirkungspflichten bestünden, ändere dies nicht. Denn solche bestünden auch im Übrigen. Soweit die Abgeordneten zur Teilnahme an der Sitzung PCR-getestet sein sowie im Fall eines bestehenden Impf- oder Genesenenstatus eine medizinische Maske sowie im Übrigen eine FFP2-Maske tragen mussten, sei dies den Abgeordneten aus Gründen des Infektionsschutzes grundsätzlich zumutbar und stelle keine unverhältnismäßigen Eingriffe in die Rechte der Ast. aus Art. 17 Abs. 1 und 2 LV dar. Das freie Mandat der Abgeordneten werde nicht grenzenlos gewährleistet. Entgegenstehende Rechte seien hier der Gesundheitsschutz der Abgeordneten, der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Ag.in zu 3 und der Öffentlichkeit sowie die Arbeitsfähigkeit der Ag.in zu 3. Tests und Masken seien für etwaigen Bedarf vor Ort für Abgeordnete vorgehalten worden. Dem Landtagspräsidenten stünde insoweit ein Einschätzungsspielraum zu. Er habe sich auf entsprechende wissenschaftliche Erkenntnisse zur Wirksamkeit von Schutzmasken beziehen dürfen. Im Übrigen seien in der Situation zu Jahresbeginn 2022 etwaige Beschränkungen gerechtfertigt gewesen. Am 7. Januar 2022 habe noch eine andere Infektionslage sowie Informationslage betreffend die Omikron-Variante vorgelegen.

Die Pflicht zum Tragen einer FFP2-Maske verletze keine organschaftlichen Rechte. Denn dadurch würden die Ast. weder an der Teilnahme an der Sitzung noch an der Ausübung ihrer organschaftlichen Rechte während dieser gehindert.

Es bestehe auch kein Zwang zur Offenlegung des Impfstatus. Es habe unabhängig vom Impfstatus die Empfehlung bestanden, eine FFP2-Maske zu tragen, der auch zahlreiche Abgeordnete nachgekommen seien, so dass aus dem Tragen einer FFP2-Maske nicht auf den Impfstatus geschlossen werden könne. Im Übrigen würde dies allenfalls die Grundrechte der Ast. als natürliche Personen betreffen, nicht jedoch ihre organschaftlichen Rechte als Landtagsabgeordnete.

Eine Testung am Morgen des Sitzungstages sei möglich und zumutbar gewesen. Die Ast. seien bereits am 5. Januar 2022 auf die Testmöglichkeit hingewiesen, mithin zwei Tage vor der Sitzung des Ältestenrates am 7. Januar 2022.

Bei der Sitzung am 10. Januar 2022 habe es sich nicht um eine Hybridsitzung im Sinne des Art. 22a Abs. 5 LV gehandelt. Vielmehr seien alle Abgeordneten zum gemeinsamen Sitzungsort im Landeshaus zusammengekommen.

Die Ag.in zu 3 schließt sich den Ausführungen des Ag. zu 1 an.

Das Landesverfassungsgericht hat der Ag.in zu 2 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

## B.

Die Anträge bedürfen der Auslegung, § 13 Abs. 2 LVerfGG i. V. m. § 88 VwGO.

1. Gegen den Ag. zu 1 richten sich alle Anträge.

Soweit die Anträge zu 1 und 3 sich jeweils allgemein gegen die gesamten Allgemeinverfügungen richten, ergibt sich aus dem weiteren Vortrag der Ast., dass diese sich der Sache nach allein gegen konkrete Regelungen betreffend den Zugang zum Plenarsaal wenden. Der Antrag zu 1 ist daher dahingehend konkretisierend auszulegen, dass er sich gegen die durch Ziffer 2 der Allgemeinverfügung vom 7. Januar 2022 in die Allgemeinverfügung vom 24. November 2021 eingefügte

Regelung in Ziffer 2a, Satz 1 und 2 betreffend den Zutritt zum Plenarsaal richtet. Der Antrag zu 3 richtet sich gegen Ziffer 3 Satz 1 und 2 der Allgemeinverfügung, die zudem auf den 21. Januar 2022 datiert.

2. Die Landesregierung ist auch im Hauptsacheverfahren Ag.in (zu 2). Eine Beschränkung dahingehend, dass sich die Hauptsacheanträge nur gegen den Ag. zu 1 (und nach der Erweiterung die Ag.in zu 3) richten, ist der Antragschrift vom 14. Januar 2022 nicht zu entnehmen. Auch mit Schriftsatz vom 18. Februar 2022 erfolgte insofern weder eine Klarstellung noch eine teilweise Antragsrücknahme. Anderes ergibt sich nicht daraus, dass sich die Anträge nicht gegen Maßnahmen der Ag.in zu 2 wenden; dies ist eine Frage der Zulässigkeit der Anträge.

Ausweislich des Schriftsatzes vom 18. Februar 2022 richten sich die neuen Anträge zu 3 und 3a (von den Antragstellern bezeichnet als 6 und 6a) allein gegen den Ag. zu 1 und die Ag.in zu 3. Gegen die Ag.in zu 2 richten sich die Anträge zu 1 (in der zuvor vorgenommenen Auslegung) sowie 1a und 2.

3. Gegen die Ag.in zu 3 richten sich alle Anträge. Denn mit Schriftsatz vom 18. Februar 2022 haben die Ast. zunächst eine subjektive Antragserweiterung bezüglich der bereits mit der Antragschrift vom 14. Januar 2022 gestellten Anträge zu 1, 1a und 2 vorgenommen sowie anschließend auch eine objektive Klageerweiterung (bezogen nur auf die Ag. zu 1 und 3) mit den Anträgen zu 3 und 3a. Hinsichtlich der inhaltlichen Auslegung der Anträge zu 1 und 3 gilt das unter B.1 Ausgeführte entsprechend.

## C.

Das Landesverfassungsgericht kann die Anträge nach § 21 LVerfGG verwerfen, da diese unzulässig sind. Den Antragstellern fehlt unabhängig von der Zulässigkeit und Begründetheit im Übrigen aufgrund ihres Ausscheidens aus dem Schleswig-Holsteinischen Landtag bereits das auch im Organstreitverfahren erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.

Das Organstreitverfahren ist nach Art. 51 Abs. 2 Nr. 1 LV, § 3 Nr. 1, §§ 35 ff. LVerfGG ein kontradiktorisches Verfahren. Es dient maßgeblich der gegenseitigen Abgrenzung der Kompetenzen von Verfassungsorganen oder ihren Teilen in einem Verfassungsrechtsverhältnis, nicht der davon losgelösten Kontrolle der objektiven Verfassungsmäßigkeit von Maßnahmen eines Verfassungsorgans beziehungsweise Organteils und setzt einen zwischen den Beteiligten bestehenden Streit über bestimmte Rechte und Pflichten aus dem zwischen ihnen bestehenden verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis voraus

(Beschluss vom 8. Juni 2018 - LVerfG 5/17 -, LVerfGE 29, 231 = SchIHA 2018, 254 ff. = NordÖR 2018, 372 ff. = NVwZ-RR 2018, 673 f., juris Rn. 21).

Die Ast. zu 2 sind nach dem Ergebnis der Landtagswahl vom 8. Mai 2022 nicht mehr Mitglieder des Schleswig-Holsteinischen Landtags. Die Ast.in zu 1 als Zusammenschluss der Abgeordneten (Gruppe) der Alternative für Deutschland (AfD) im Schleswig-Holsteinischen Landtag gibt es nicht mehr; es sind keine Abgeordneten der AfD mehr im Schleswig-Holsteinischen Landtag vertreten. Sie sind damit weder Verfassungsorgan noch ein Teil eines solchen. Damit fehlt es an einem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis der Beteiligten. Dieser oder ein ähnlicher Streit kann sich daher zwischen ihnen nicht wiederholen. Ein sonstiges schutzwürdiges Interesse an den aufgeworfenen Fragen des Zugangs zum Plenarsaal des Landtags ist nicht ersichtlich

(vgl. zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses bei Verlust der Abgeordneteneigenschaft BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 1992 – 2 BvE 14/90 –, BVerfGE 87, 207 ff, juris Rn. 5).

## D.

Auch im Übrigen sind die Anträge unzulässig beziehungsweise offensichtlich unbegründet und deshalb gemäß § 21

LVerfGG zu verwerfen. Die Anträge und Hilfsanträge der Ast. in zu 1 (hierzu I), die Anträge und Hilfsanträge der Ast. zu 2 gegen den Ag. zu 1 und die Ag.in zu 2 (hierzu II) sowie der Antrag zu 2 der Ast. zu 2 gegen die Ag.in zu 3 (hierzu III) waren jeweils vor Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Die Anträge zu 1 und 3 der Ast. zu 2 waren, soweit sie sich gegen die Ag.in zu 3 richten, zwar bis zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses durch Ausscheiden der Ast. aus dem Landtag zulässig, aber offensichtlich unbegründet (hierzu IV). Das Gleiche gilt für die Hilfsanträge zu 1a und 3a der Ast. zu 2, soweit sie sich gegen die Ag.in zu 3 richten (hierzu V).

#### I.

Die Anträge und Hilfsanträge der Ast.in zu 1 sind auch unabhängig von der Frage des Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.

1. Der Rechtsweg zum Landesverfassungsgericht ist zwar eröffnet. Das Verfahren ist eine Organstreitigkeit nach Art. 51 Abs. 2 Nr. 1 LV, § 3 Nr. 1 und §§ 35 ff. LVerfGG.

2. Die Ast.in zu 1 ist aber unabhängig davon, ob sie überhaupt antragsberechtigt ist, jedenfalls nicht antragsbefugt. Nach Art. 51 Abs. 2 Nr. 1 LV, § 3 Nr. 1, §§ 35 ff. LVerfGG entscheidet das Landesverfassungsgericht über die Auslegung der Verfassung aus Anlass von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten des Landtags oder der Landesregierung oder anderer Beteiligter, die durch die Landesverfassung oder die Geschäftsordnung des Landtags mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Dazu muss der Ast. oder die Ast.in geltend machen, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Ag. oder der Ag.in in ihren oder seinen ihr oder ihm durch die Landesverfassung übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein, § 36 Abs. 1 LVerfGG. Eine entsprechende Rechtsverletzung müsste nach dem Vortrag des Antragstellers oder der Ast.in zumindest möglich erscheinen

(vgl. zu den Anforderungen an die Antragsbefugnis Urteil vom 29. August 2019 - LVerfG 1/19 -, LVerfGE 30, 334 ff. = SchIHA 2019, 347 ff. = NordÖR 2019, 467 ff., juris Rn. 34 m. w. N.).

Eine Verletzung von Rechten und Pflichten der Ast.in zu 1 als Zusammenschluss fraktionsloser Abgeordneter (Gruppe) ist vorliegend weder vorgetragen noch im Übrigen ersichtlich. Vielmehr bezieht sich die Ast.in zu 1 allein auf eine mögliche Verletzung der Ast. zu 2 als einzelne Abgeordnete

(vgl. Beschluss vom 21. Januar 2022 - LVerfG 1/22 -, juris Rn. 32).

#### II.

Die Anträge und Hilfsanträge der Ast. zu 2 gegen den Ag. zu 1 und die Ag.in zu 2 sind ebenfalls bereits unabhängig von der Frage des Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.

1. Die Ast. zu 2 sind als Landtagsabgeordnete nach Art. 51 Abs. 2 Nr. 1 LV, § 35 LVerfGG als andere Beteiligte, die durch die Landesverfassung mit eigenen Rechten ausgestattet sind (Art. 17 LV), im Organstreitverfahren antragsberechtigt gewesen

(vgl. Urteil vom 29. August 2019 - LVerfG 1/19 -, LVerfGE 30, 334 ff. = SchIHA 2019, 347 ff. = NordÖR 2019, 467 ff., juris Rn. 31 m. w. N.).

2. Sie sind jedoch nicht antragsbefugt.

Die Ast. zu 2 machen nicht geltend, durch eine Maßnahme oder Unterlassung der Ag. zu 1 und 2 in ihren ihnen durch die Landesverfassung übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet zu sein, § 36 Abs. 1 LVerfGG. Eine entsprechende Rechtsverletzung erscheint nach dem Vortrag der Ast. nicht möglich

(vgl. zu den Anforderungen an die Antragsbefugnis Urteil vom 29. August 2019, a. a. O., juris Rn. 34 m. w. N.).

Die mit den Anträgen zu 1 und 3 sowie Hilfsanträgen zu 1a und 3a angegriffenen Allgemeinverfügungen sind keine Maß-

nahmen der Ag. zu 1 und 2 (hierzu a und c). Die mit dem Antrag zu 2 angegriffenen Beschlussfassungen sind zwar Maßnahmen des Ag. zu 1. Eine Rechtsverletzung erscheint jedoch nicht möglich (hierzu b).

a) Mit den Anträgen zu 1 und 1a greifen die Ast. zu 2 die Allgemeinverfügung vom 7. Januar 2022 an. Dabei handelt es sich nicht um eine Maßnahme der Ag. zu 1 oder 2, sondern eine solche des Ag. zu 3.

b) Der Antrag zu 2 richtet sich gegen Maßnahmen, nämlich Beschlussfassungen des Ag. zu 1. Der Ag.in zu 2 sind diese nicht zuzurechnen.

Hinsichtlich des Ag. zu 1 erscheint eine Rechtsverletzung der Ast. zu 2 nicht möglich. Der Vortrag der Ast. beschränkt sich darauf, dass sie geltend machen, in ihren ihnen durch Art. 17 LV gewährten Rechten verletzt zu sein. Auch im Rahmen der Ausführungen zur Begründetheit bezieht sich der gesamte Vortrag der Ast. allein auf die Frage einer möglichen Rechtsverletzung durch die Allgemeinverfügung. Inwiefern die Beschlussfassung durch den Landtag die Abgeordnetenrechte der Ast. verletzen könnte, führen diese nicht aus; es ist auch im Übrigen nicht ersichtlich. Die Ast. zu 2a und b konnten mit abstimmen; ihr Abstimmungsverhalten entsprach betreffend den Antrag zur Landtags-Drucksache 19/3540 auch dem Abstimmungsergebnis. Der Ast. zu 2c war ohnehin entschuldigt und an den Vorgängen im Landtag am 10. Januar 2022 nicht beteiligt.

Auch aus dem Schriftsatz der Ast. vom 18. Februar 2022 ergibt sich nichts Weiteres. Die Ast. verweisen insofern lediglich erneut darauf, die Beschlussfassungen in einer Hybridsitzung, ohne dass die Voraussetzungen gemäß Art. 22a Abs. 4 bzw. Abs. 5 LV positiv festgestellt wurden, verletzten sie in ihren Rechten auf gleichberechtigte Teilnahme und Teilhabe an der parlamentarischen Willensbildung.

c) Für die nur gegen den Ag. zu 1 gerichteten Anträge zu 3 und 3a gilt dasselbe wie für die Anträge zu 1 und 1a. Bei der angegriffenen Allgemeinverfügung, hier vom 21. Januar 2022, handelt es sich nicht um eine Maßnahme des Ag. zu 1, sondern eine solche des Landtagspräsidenten.

#### III.

Der Antrag zu 2 der Ast. zu 2 gegen die Ag.in zu 3 ist ebenfalls bereits unabhängig von der Frage des Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Auch insofern ist zwar der Rechtsweg zum Landesverfassungsgericht für das Organstreitverfahren eröffnet und die Ast. zu 2 waren als Abgeordnete antragsberechtigt. Es handelt sich bei den Beschlüssen jedoch nicht um eine Maßnahme der Ag.in zu 3, sondern des Ag. zu 1.

#### IV.

Die Anträge zu 1 und 3 der Ast. zu 2 waren, soweit sie sich gegen die Ag.in zu 3 richten, zwar bis zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses durch Ausscheiden der Ast. aus dem Landtag zulässig (hierzu 1). Sie sind jedoch offensichtlich unbegründet (hierzu 2).

1. Die entsprechend dem Begehren der Ast. ausgelegten Anträge zu 1 und 3 waren bis zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses durch Ausscheiden der Ast. aus dem Landtag zulässig.

a) Die Ast. zu 2 waren insofern antragsbefugt.

Sie machen geltend, dass sie durch eine Maßnahme oder Unterlassung der Ag.in in ihren ihnen durch die Landesverfassung übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet seien, § 36 Abs. 1 LVerfGG. Eine entsprechende Rechtsverletzung erscheint nach dem Vortrag der Ast. zumindest möglich

(vgl. zu den Anforderungen an die Antragsbefugnis Urteil vom 29. August 2019, a. a. O., juris Rn. 34 m. w. N.).

Die Ast. wenden sich gegen die Allgemeinverfügungen vom 7. Januar 2022 (Anträge zu 1 und 1a) sowie vom 21. Januar 2022 (Anträge zu 3 und 3a). Diese sind Maßnahmen der Ag.in zu 3.

Soweit die Anträge konkretisierend dahingehend auszulegen waren (siehe oben B), dass sich der Antrag zu 1 gegen die durch Ziffer 2 der Allgemeinverfügung vom 7. Januar 2022 in die Allgemeinverfügung vom 24. November 2021 eingefügte Regelung in Ziffer 2a, Satz 1 und 2 betreffend den Zutritt zum Plenarsaal und der Antrag zu 3 sich gegen Ziffer 3 Satz 1 und 2 der Allgemeinverfügung vom 21. Januar 2022 richtet, erscheint eine Rechtsverletzung auch möglich. Ohne eine entsprechende Auslegung wäre er im Übrigen auch unzulässig gewesen.

b) Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis bestand bis zum Ausscheiden der Ast. aus dem Landtag. Es war nicht dadurch entfallen, dass sich die Allgemeinverfügungen erledigt hatten. Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht grundsätzlich, wenn die Rechtsordnung ein materielles Recht gewährt. Es ist nur ausnahmsweise dann zu verneinen, wenn besondere Umstände das objektive oder subjektive Interesse an der Durchführung des Rechtsstreits entfallen lassen. Insofern kann offen bleiben, ob bei einem Wegfall von bzw. bereits im Zeitpunkt der Antragstellung fehlenden (weiteren) rechtlichen Auswirkungen der im Organstreitverfahren angegriffenen Maßnahmen ein Rechtsschutzbedürfnis nur besteht, wenn eine Wiederholungsgefahr besteht oder eine solche grundsätzlich zu vermuten ist sowie ob und unter welchen Umständen trotz fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses der Ast. das Verfahren aufgrund eines öffentlichen Interesses, insbesondere in Form eines objektiven Klarstellungsinteresses, (weiter-)geführt werden kann

(vgl. dazu Urteile vom 24. September 2020 – LVerfG 3/19 –, LVerfGE 31, 485 ff. = SchlHA 2020, 378 ff. = NordÖR 2020, 553 ff. = NVwZ-RR 2021, 1 ff. = ZKF 2021, 65 ff., juris Rn. 33 und vom 17. Mai 2017 – LVerfG 1/17 –, LVerfGE 28, 469 ff. = SchlHA 2017, 213 ff. = NordÖR 2017, 378 ff. = NVwZ-RR 2017, 593 ff., juris Rn. 33 sowie Beschlüsse vom 27. Januar 2016 – LVerfG 2/15 –, LVerfGE 27, 453 ff. = SchlHA 2016, 58 ff. = NordÖR 2016, 248 ff. = BtPrax 2016, 118 ff., juris Rn. 33; vom 21. September 2017 – LVerfG 4/17 –, SchlHA 2017, 417 f. = NordÖR 2017, 540 f., juris Rn. 5 und vom 8. Juni 2018 – LVerfG 5/17 –, LVerfGE 29, 231 = SchlHA 2018, 254 ff. = NordÖR 2018, 372 ff. = NVwZ-RR 2018, 673 f., juris Rn. 21 19 ff. sowie – LVerfG 6/17 –, SchlHA 2018, 254 ff. = NordÖR 2018, 372 ff., juris Rn. 19 ff. jeweils m. w. N.).

Denn vorliegend bestand eine Wiederholungsgefahr, bis sich die kontradiktorische Beziehung der Beteiligten durch das Ausscheiden der Ast. aus dem Landtag aufgelöst hat.

2. Die Anträge sind jedoch offensichtlich unbegründet. Die Zugangsregelungen zum Plenarsaal verletzen die Ast. zu 2 nicht in ihren Abgeordnetenrechten. Zwar wird durch die in den Allgemeinverfügungen getroffenen Zugangsregelungen für den Plenarsaal in die Abgeordnetenrechte der Ast. zu 2 eingegriffen (hierzu a). Dieser Eingriff ist jedoch gerechtfertigt (hierzu b). Es ist – über das von den Parteien Vorgetragene hinaus – kein Gesichtspunkt erkennbar, der den gestellten Anträgen zum Erfolg verhelfen könnte (hierzu c).

a) Durch die in den Allgemeinverfügungen vom 7. und 21. Januar 2022 getroffenen Zugangsregelungen für den Plenarsaal wird in die Abgeordnetenrechte der Ast. zu 2 eingegriffen. Diese können an Plenarsitzungen nur unter weiteren erhöhten Voraussetzungen teilnehmen. Dies betrifft auch nicht nur die Grundrechte der Ast. zu 2 als natürliche Personen, sondern gerade auch ihre Abgeordnetenrechte. Denn aus der durch Art. 17 Abs. 1 Satz 2 LV geschützten Stellung der Abgeordneten folgt auch das Recht, im Sitzungsraum an den Sitzungen des Landtags teilzunehmen. Einschränkungen diesbezüglich betreffen die Abgeordneten gerade in ihren Abgeordnetenrechten und nicht lediglich als natürliche Personen.

b) Dieser Eingriff ist jedoch gerechtfertigt.

Das Recht auf Freiheit und Gleichheit des Abgeordnetenmandates und damit auch das Recht auf Teilnahme an Abstimmungen sind nicht schrankenlos gewährleistet, sondern können durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang begrenzt werden

(vgl. für das Bundesverfassungsrecht BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2012 – 2 BvE 8/11 –, juris Rn. 114).

Die Regelungen in den Allgemeinverfügungen betreffend den Zutritt zum Plenarsaal dienen dem Schutz von Rechtsgütern von Verfassungsrang.

Sie dienen einerseits unmittelbar dem mit dem Infektionsschutz verfolgten Gesundheits- und Lebensschutz, zu dem der Staat aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 GG verpflichtet ist

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. April 2020 – 1 BvR 755/20 –, juris Rn. 11 m. w. N.).

Andererseits soll aber mit den besonderen Regelungen für den Plenarsaal gerade sichergestellt werden, dass eine Infektion von Landtagsabgeordneten weitestmöglich vermieden wird. Denn diese hätte nicht nur Folgen für Leib und Leben der betroffenen Abgeordneten sowie ggf. das öffentliche Gesundheitssystem. Vielmehr könnte eine Infektion einer Vielzahl von Abgeordneten dazu führen, dass der Schleswig-Holsteinische Landtag nicht mehr beschlussfähig wäre und damit seine verfassungsmäßige Aufgabe nicht mehr wahrnehmen könnte. Davon wären wiederum auch die Rechte der Abgeordneten des Landtags und damit potentiell auch der Ast. zu 2 betroffen, weil dann allein eine Handlung durch den nach Art. 22a LV vorgesehenen Notausschuss in Betracht käme, in dem nicht alle Abgeordneten vertreten wären

(vgl. zur Funktionsfähigkeit des Landtags als Rechtsgut von Verfassungsrang Urteil vom 15. März 2022 – LVerfG 4/21 –, Rn. 92 m. w. N., sowie allgemein zum Notausschuss nach Art. 22a LV Urteil vom 15. März 2022 – LVerfG 4/21 –).

Der Landtagspräsident war im Rahmen seines Hausrechts, Art. 20 Abs. 3 Satz 2 LV, für den Erlass der Allgemeinverfügung zuständig.

Die mit den Allgemeinverfügungen getroffenen Regelungen dienen der Abwehr der mit der epidemiologischen Lage in Schleswig-Holstein verbundenen Infektionsgefahr mit der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID 2019).

Die Regelungen der jeweiligen Corona-Bekämpfungsverordnungen zu Allgemeinen Anforderungen für Einrichtungen mit Publikumsverkehr, bei Veranstaltungen und Versammlungen (§ 3) und Veranstaltungen (§ 5) galten nach deren § 5a Abs. 1 Nr. 1 nicht für die Tätigkeit des Landtags als Gremium der gesetzgebenden Gewalt

(vgl. Landesverordnung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 vom 14. Dezember 2021 <GVOBI S. 1553> sowie dazu Landesverordnung zur Änderung der Corona-Bekämpfungsverordnung vom 23. Dezember 2021 <GVOBI 2022 S. 6>; Landesverordnung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 vom 11. Januar 2022 <GVOBI S. 34> sowie dazu Landesverordnungen zur Änderung der Corona-Bekämpfungsverordnung vom 14. Januar 2022 <GVOBI S. 76> und vom 2. Februar 2022 <GVOBI S. 146>; Landesverordnung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 vom 8. Februar 2022 <GVOBI S. 165> sowie dazu Landesverordnung zur Änderung der Corona-Bekämpfungsverordnung vom 18. Februar 2022 <GVOBI 216>; Landesverordnung zur Bekämpfung des Coronavirus SARS-CoV-2 vom 1. März 2022 <GVOBI S. 223>).

Die im Rahmen des Hausrechts der Ag.in zu 3 geregelte Testpflicht, konkret einer Testung durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik), stellte ein geeignetes Mittel zur Eindämmung der Weiterverbreitung von SARS-CoV-2 im Plenarsaal des Schleswig-Holsteinischen Landtags dar. Sie trug zur Eindämmung der Corona-Pandemie bei, indem durch die vorherige Testung der Personen, die den

Plenarsaal betreten, darunter auch der Abgeordneten, mindestens ein Teil infizierter und damit in der Regel auch infektiöser Personen aufgedeckt und durch die an den positiven Test geknüpfte Verweigerung des Zutritts zum Plenarsaal einer Weiterverbreitung des Virus innerhalb des Parlaments entgegengewirkt wurde.

Die Testpflicht war auch erforderlich. Mildere, gleich effektive Mittel, sind nicht ersichtlich. Durch eine Testung durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis ist die Wahrscheinlichkeit falsch-negativer Tests geringer als bei Antigen-tests

(vgl. Robert-Koch-Institut <RKI>, Infektionskrankheiten A-Z – Coronavirus SARS-CoV2 – Diagnostik <Stand 17. März 2022>, verfügbar unter <www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ\_Liste\_Diagnostik.html>).

Auch die Angemessenheit der Pflicht einer Testung durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis ist vor dem Hintergrund der im Januar 2022 bestehenden Infektionslage und der mit der Testpflicht geschützten Rechtsgüter zu bejahen. Insofern war Erkenntnisstand im Januar 2022, dass Infektionen mit der Omikronvariante bezogen auf die Fallzahlen zwar seltener schwere Krankheitsverläufe verursachten, die Verbreitung der Omikron-Variante jedoch gleichzeitig zu einer hohen Infektionszahl führte, die drohte, den Vorteil der milderen Verläufe quantitativ aufzuwiegen.

Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass an den Sitzungstagen im Landeshaus selbst eine entsprechende Testmöglichkeit zur Verfügung stand. Es war den Antragstellern zu 2 auch zuzumuten, diese zu nutzen.

Soweit die Ast. geltend machen, eine Nutzung sei ihnen nicht möglich gewesen, bleibt ihr Vortrag bereits unsubstantiiert und erscheint verfahrensangepasst, zumal die Ast. nicht im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Sitzung entsprechendes geltend gemacht haben. Im Übrigen dürften die Ast. wohl gehalten gewesen sein, anderweitige Termine, die gegenüber der Tätigkeit für den Landtag nachrangig sind, zu verlegen oder sich im Vorfeld der Sitzung mit der Ag.in zu 3 in Kontakt zu setzen, um diesbezüglich eine Lösung anzustreben. Denn den Antragstellern war entgegen ihrem Vortrag nicht erst am 7. Januar 2022 (Freitag) die Testpflicht für die Sitzung am 10. Januar 2022 (Montag) bekannt, sondern sie waren bereits am 5. Januar 2022 über die beabsichtigte Regelung informiert worden. Soweit die Testmöglichkeit zeitlich sehr früh angesetzt war (6 Uhr bis 8.30 Uhr), war dies angemessen, um eine Testmöglichkeit noch am eigentlichen Sitzungstag vorzuhalten, da bei Tests mittels Nukleinsäureamplifikationstechnik die reine Testzeit etwa vier bis fünf Stunden beträgt

(vgl. RKI, Infektionskrankheiten A-Z – Coronavirus SARS-CoV2 – Diagnostik <Stand 17. März 2022>, a. a. O. verfügbar unter <www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ\_Liste\_Diagnostik.html>).

Der Umstand, dass die Ag.in zu 3 mit Allgemeinverfügung vom 7. März 2022 dann für die Testpflicht Antigentests als hinreichend erachtet hat, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Antigentests haben wie ausgeführt eine höhere Fehlerquote als Tests mit Nukleinsäurenachweis. Sie sind daher nicht gleich geeignet. Gleichwohl blieb es der Ag.in zu 3 unbenommen, im Rahmen ihrer diesbezüglichen Einschätzungsprärogative ein niedrigeres Schutzniveau für ausreichend zu erachten. Die Ag.in zu 3 hat diesbezüglich auch nicht willkürlich gehandelt, sondern die abweichende Regelung mit der gegenüber dem Januar 2022 anderen Infektions- sowie Informationslage begründet.

Soweit die Allgemeinverfügungen für Personen, die nicht geimpft oder genesen waren, innerhalb des Plenarsaals das Tragen einer Maske ohne Ausatemventil der Standards FFP2, FFP3, N95, KN95, P2, DS2 oder KF94 vorsahen (folgend: FFP2-Maskenpflicht), während es nachweislich geimpften oder genesenen Personen freigestellt war, entweder auch

solche Masken oder lediglich medizinische Masken zu tragen, fehlt es bereits an einer Darlegung der Ast. zu 2, ob sie überhaupt von der FFP2-Maskenpflicht betroffen waren.

Im Übrigen war es ihnen, soweit sie diesen Status nicht offenlegen wollten, auch zuzumuten, im Plenarsaal eine entsprechende Maske zu tragen. Die FFP2-Maskenpflicht war nach dem Erkenntnisstand im Januar 2022 eine geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme zum Infektionsschutz. Die Ungleichbehandlung gegenüber Abgeordneten, die ihren Status als geimpft oder genesen offenlegen, war sachlich gerechtfertigt.

Die FFP2-Maskenpflicht für nicht nachweisbar Geimpfte/ Genesene war geeignet, erforderlich und angemessen. Auch bei negativem Testergebnis geht von diesen Personen ein höheres Infektionsrisiko als von nachweisbar geimpften bzw. genesenen Personen aus. Zum einen ist die Wahrscheinlichkeit höher, dass sie sich selbst infiziert haben, zum anderen hält deren Virusausscheidung länger an

(vgl. RKI, Infektionsschutz – Impfen – Wirksamkeit <Stand 18. März 2022>, verfügbar unter <www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ\_Liste\_Wirksamkeit.html>).

Diesem höheren Infektionsrisiko kann durch eine Maske ohne Ausatemventil der Standards FFP2, FFP3, N95, KN95, P2, DS2 oder KF94 sicherer als durch bloße medizinische Masken, die insbesondere nur einen geringen Schutz vor Aerosolen bieten, begegnet werden

(vgl. Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte <BfArM>, Empfehlungen des BfArM – Hinweise des BfArM zur Verwendung von Mund-Nasen-Bedeckungen, medizinischen Gesichtsmasken sowie partikelfiltrierenden Halbmasken <FFP-Masken>, verfügbar unter <www.bfarm.de/SharedDocs/Risikoinformationen/Medizinprodukte/DE/schutzmasken.html>).

Soweit die Pflicht, Masken eines entsprechenden Standards zu tragen, nur nicht nachweislich geimpfte bzw. genesene Personen traf, stellte dies keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz und keine Diskriminierung dar. Art. 3 Abs. 1 GG verwehrt nicht jede Differenzierung; Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Diese waren durch das unterschiedliche Infektionsrisiko gegeben.

c) Die Unbegründetheit ist auch offensichtlich. Es ist – über das von den Parteien Vorgetragene hinaus – kein Gesichtspunkt erkennbar, der den gestellten Anträgen zum Erfolg verhelfen könnte. Die Beurteilung, dass die Anträge offensichtlich unbegründet sind, setzt nicht voraus, dass ihre Unbegründetheit auf der Hand liegt. Diese kann auch das Ergebnis vorgängiger gründlicher Prüfung sein. Das Erfordernis der Einstimmigkeit ist insoweit hinlänglicher Schutz der Interessen der Ast.

(vgl. BVerfG Beschluss vom 18. September 1990 – 2 BvE 2/90 –, BVerfGE 82, 316 ff, juris Rn. 8 m. w. N.).

V.

Für die Hilfsanträge zu 1a und 3a der Ast. zu 2, soweit sie sich gegen die Ag.in zu 3 richten, gilt sinngemäß das Vorstehende (siehe oben IV). Sie waren zwar bis zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses durch Ausscheiden der Ast. aus dem Landtag zulässig, jedoch offensichtlich unbegründet.

G.

Das Verfahren ist gerichtskostenfrei (§ 33 Abs. 1 LVVerfGG). Auslagen können auf Antrag erstattet werden (§ 33 Abs. 4 LVVerfGG). Ein entsprechender Antrag wurde nicht gestellt. Über die Vollstreckung ist nicht zu entscheiden (§ 34 LVVerfGG).

Der Beschluss ist einstimmig ergangen.

BGB §§ 546 I i.V.m. 581 II, 26 II; BKleingG §§ 3 II, 9 I Nr. 1, 18 I

1. Vorstandsmitglieder eines Vereins bleiben im Regelfall nach der Satzung auch nach Ablauf ihrer Amtszeit solange im Amt, bis ein neuer Vorstand durch eine Mitgliederversammlung ordnungsgemäß gewählt ist und das Amt angenommen hat.
2. Nach der Lehre von der fehlerhaften Organstellung bleibt auch eine eventuell satzungswidrige Bestellung eines Vorstandsmitglieds eines Vereins wirksam vom Beginn der tatsächlichen Amtsausübung bis zur Geltendmachung des Mangels, zu der ein Widerruf der Bestellung oder eine Amtsniederlegung durch das Vorstandsmitglied erforderlich ist. Bis zur Beendigung des fehlerhaften Organverhältnisses ist das Vorstandsmitglied als wirksam bestellt anzusehen. Die von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen wirken für und gegen den Verein.
3. Die rechtliche Wirksamkeit von Vereinsmaßnahmen muss innerhalb angemessener, jedenfalls aber beschränkter Zeit einer Klärung zugeführt werden (vgl. BGH NJW 1973, 235; KG OLGZ 1971, 480). Die Treupflicht des Mitglieds gebietet ihm, eine beabsichtigte Klage gegen Vereinsmaßnahmen mit zumutbarer Beschleunigung zu erheben. Unterlässt das Mitglied dies, kann der Verein annehmen, dass das Mitglied die Vereinsmaßnahme akzeptieren und nicht mehr dagegen vorgehen wolle. Einer gleichwohl später erhobenen Klage steht dann der Einwand der Verwirkung des Klagerichts entgegen (vgl. Saarl. OLG, Urteil v. 2.4.2008 – 1 U 450/07).
4. Die ohne Genehmigung erfolgte Erhöhung des Daches einer Kleingartenlaube von 2,50 m auf 5 m widerspricht den kleingärtnerischen Zwecken und rechtfertigt damit nach Abmahnung eine Kündigung gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG wegen einer „nicht unerheblichen Pflichtverletzung“. Die Höhe der Laube ist zwar im Gesetz nicht geregelt; Höhenbegrenzungen ergeben sich aber bereits aus der (kleingärtnerischen) Funktion der Laube im Zusammenhang mit den baurechtlichen Zulässigkeitsbestimmungen. Lauben dürfen keine Höhe haben, die sie nach landesrechtlichen Vorschriften dazu geeignet macht, zum dauernden Wohnen genutzt zu werden (BVerwG DÖV 1984, 855; OLG Hamm BeckRS 2008, 5436).
5. Der Pächter kann sich demgegenüber auch nicht auf Bestandsschutz seiner bereits im Hinblick auf die Grundfläche zu großen Laube berufen. Ein Bestandsschutz – sei es gem. § 18 BKleingG oder gem. § 242 BGB aus Treu und Glauben – deckt keinen Umbau des Daches von 2,50 m auf 5 m Höhe. Entscheidend zur Wahrung des Bestandsschutzes bei Umbauarbeiten ist, dass die Identität der vorhandenen Laube erhalten bleibt. Kennzeichen dieser Identität sind u.a. Standort, Bauvolumen, Zweckrichtung und ein adäquates Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Gebäude und den Instandhaltungsmaßnahmen dergestalt, dass das ursprüngliche Gebäude als die Hauptsache erscheint (vgl. Mainczyk/Nessler, Bundeskleingartengesetz, 12. Aufl., § 18 BKleingG Rn. 4).
6. Einen Anspruch auf eine Laube in der gewünschten Höhe kann ein Pächter ggfs. aus dem sog. vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz haben (OLG Hamm, Urteil v. 13.11.2007 – 7 U 22/07). Diesbezüglich

kann sich ein Pächter darauf berufen, dass er Gleichbehandlung mit anderen Pächtern beanspruchen kann, die ebenfalls „höhere Häuser“ haben. Der Grundsatz hindert den Verpächter aber nicht daran, seine Grundsätze zur Gestattung übergroßer Lauben zu einem bestimmten Zeitpunkt zu ändern und von da an alle Laubenbesitzer dahingehend gleichzubehandeln, dass neue Umbauanträge mit Überschreitung des Flächenmaßes/Verfehlung der kleingärtnerischen Nutzung nicht mehr geduldet werden.

7. § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG verlangt keine Abwägung, wenn die sachlichen Voraussetzungen der Vorschriften („Verstoß gegen Verbot baulicher Anlagen ohne Genehmigung“, „Fortsetzung einer nicht unerheblichen Pflichtverletzung trotz Abmahnung“) vorliegen. Dies hat seinen Grund darin, dass es sich nicht – wie bei § 543 BGB, § 594e BGB, § 8 Nr. 2 BKleingG – um eine fristlose Kündigung handelt. Dementsprechend benötigt die von einem Verpächter ausgesprochene ordentliche Kündigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG weder eine nachhaltige Störung der Kleingärtnergemeinschaft noch die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Vertragsverhältnisse für den Verpächter (so auch Mainczyk/Nessler, a.a.O., § 9 Rdnr. 6).
8. Die Kündigung ist gem. § 9 Abs. 2 BKleingG nur für den 30. November eines Jahres zulässig und hat im Fall des hier gegebenen § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG spätestens am dritten Werktag im August des entsprechenden Jahres zu erfolgen.
9. Die Rückgabe der Pachtparzelle gem. §§ 581 Abs. 2, 546 Abs. 1 BGB i.V.m. § 4 Abs. 1 BKleingG umfasst nach der Rechtsprechung grundsätzlich – wenn nicht der Pachtvertrag etwas anderes regelt – neben der Übergabe des unmittelbaren Besitzes an dem Grundstück auch die Entfernung von Baulichkeiten, Anlagen, Einrichtungen und Anpflanzungen, die der Pächter eingebracht oder von seinem Vorpächter übernommen hat, soweit diese nicht vereinbarungsgemäß vom Verpächter oder vom nachfolgenden Pächter übernommen werden (vgl. BGH, Urteil v. 1.4.2013 – III ZR 249/12; NJW 1981, 2569; NJW-RR 1994, 847 mwN). Darauf, ob die Baulichkeiten, Anlagen, Einrichtungen und Anpflanzungen der kleingärtnerischen Nutzung dienen oder nicht, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (vgl. BGH, Urteil v. 1.4.2013 – III ZR 249/12).

SchlHOLG, 12. Zivilsenat, Urteil v. 29. Juni 2022 – 12 U 137/21 –, rk., Ve.

*Die Parteien sind durch Unterpachtvertrag vom 1.5.2002 (Bl. 22f. d.A.) über eine Kleingartenparzelle miteinander verbunden. Der klägerische Kleingartenverein beantragt Räumung und Herausgabe der Parzelle unter Beseitigung aller darauf befindlichen Baulichkeiten, baulichen Anlagen, Anpflanzungen und beweglichen Gegenstände sowie Herausgabe der Schlüssel für die Sanitäranlage.*

*In dem Unterpachtvertrag ist u.a. geregelt:*

*§ 2 (Pachtdauer und Kündigung):*

*„Der Pachtvertrag beginnt mit Wirkung vom 1.5.2002 und wird auf unbestimmte Zeit, jedoch längstens für die Dauer des Generalpachtvertrages, geschlossen.*

*Die Kündigung des Vertrags seitens des Verpächters richtet sich nach den kleingartenrechtlichen Bestimmungen, z. Z. nach den Vorschriften des z. Z. geltenden Bundeskleingartengesetzes vom 1.4.1983. Im Übrigen gelten für die Auflösung des Vertrags die Bestimmungen des BGB.“*

§ 4 (Nutzung des Grundstücks):

„Der Pächter ist verpflichtet, das Pachtgrundstück ordnungsgemäß zu bewirtschaften und in gutem Kulturzustand zu erhalten sowie den nachhaltigen Ertrag des Grundstücks zu steigern.

Das Pachtgrundstück darf nur kleingärtnerisch, d.h. nicht gewerblich oder zu Wohnzwecken benutzt werden ...“

§ 6 (Verbot baulicher Anlagen):

„Die Errichtung von baulichen Anlagen jeder Art, insbesondere von Lauben und Kleintierställen, sowie der Ausbau und Umbau solcher Anlagen ist ohne Zustimmung des Verpächters – Generalpächters – nicht gestattet und kann nur nach den baurechtlichen Bestimmungen und den allgemeinen Richtlinien der aufgestellten Pläne der Anlage erfolgen.

Im Fall eines Verstoßes gegen diese Vorschriften ist der Verpächter – Generalpächter – berechtigt, die Beseitigung der Anlage oder Wiederherstellung des früheren Zustands innerhalb eines Monats zu verlangen. Kommt der Pächter dieser Verpflichtung nicht fristgemäß nach, so ist der Verpächter – Generalpächter – berechtigt, die baulichen Anlagen auf Kosten des Pächters beseitigen zu lassen oder ihm entsprechend den kleingartenrechtlichen Bestimmungen zu kündigen.“

§ 8 (Räumung des Geländes nach Beendigung der Pachtzeit):

„Das Pachtgrundstück wird in dem Zustand zurückgegeben, der sich aus einer fortlaufenden ordnungsgemäßen Bewirtschaftung ergibt. Insbesondere sind alle nicht dem Pächter gehörenden Einrichtungen in gutem Zustand zurückzugeben. ...“

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Der Kl. habe keinen Anspruch auf Herausgabe und Räumung der Gartenparzelle aus § 8 des Unterpachtvertrags. Der Kl. habe das Pachtverhältnis mit dem Bekl. nicht wirksam gekündigt. Ein Kündigungsrecht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 BKleingG liege nicht vor.

Soweit der Kl. sich auf die Ausführung der Laube mit über 24 m<sup>2</sup> entgegen § 3 Abs. 2 Satz 1 BKleingG berufe, verfange dies nicht. Die Laube genieße insofern Bestandsschutz gem. § 18 Abs. 1 BKleingG. Es wäre dem Kl. im Übrigen auch nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf den Zustand der Laube bei Eintritt in das Pachtverhältnis als Kündigungsgrund zu berufen, nachdem dem Bekl. im Jahr 2002 vom damaligen Vorstandsvorsitzenden schriftlich bestätigt worden sei, dass der Verkauf allen Anforderungen dem Verein gegenüber gerecht werde.

Der Bestandsschutz sei auch entgegen der Ansicht des Kl. nicht durch die vom Bekl. begonnenen Umbauarbeiten am Dach entfallen. Denn es sei nicht ersichtlich, dass diese über eine Instandhaltung hinausgingen. Den Vorwurf einer unzulässigen Erweiterung um ein weiteres Geschoss habe der Kl. nach den entgegenstehenden Ausführungen des Bekl. nicht näher dargelegt und bewiesen. Auch ein Verstoß gegen landesrechtliche Vorschriften sei nicht ersichtlich. Soweit der Kl. auf die auf 5 m erhöhte Firsthöhe abstelle, stelle dies jedenfalls keinen eindeutigen Verstoß gegen das Bundeskleingartengesetz dar. Es existiere keine gesetzliche Regelung zur zulässigen Höhe von Gartenlauben. Auch die Beschaffenheit der Laube nach § 3 Abs. 2 Satz 2 BKleingG spreche nicht gegen eine kleingärtnerische Nutzung. Die Laube dürfe nicht eine Größe und eine Ausgestaltung haben, die zu einer regelmäßigen Wohnnutzung, etwa an Wochenenden, einluden. Dies könne aber allein durch das im Rahmen einer notwendigen Dachsanierung errichtete Spitzdach auch nicht ohne Weiteres angenommen werden.

Schließlich rechtfertige das Verhalten des Bekl. bei der vorzunehmenden Gesamtabwägung aller Umstände auch keine Kündigung des Pachtverhältnisses. Bei Beurteilung eines eventuellen Fehlverhaltens sei auch die Pachtdauer zu berücksichtigen. Der Bekl. sei bereits seit 2002 Pächter und habe mit den Arbeiten unstreitig notwendige Erhaltungsmaßnahmen an der Laube vorgenommen und hierzu unwidersprochen Erkundigungen u.a. bei einem früheren Vorstandsmitglied eingeholt. Dass der aktuelle Vorstand des Kl. sich seit 2019/2020 vermehrt um die Belange der Erhaltung des Charakters der Anlage als Kleingarten sorge, könne jedenfalls nicht rechtfertigen, an dem Bekl. als Bestandspächter anlässlich der Sanierungsarbeiten gewissermaßen ein Exempel zu statuieren.

Hiergegen hat der Kl. Berufung eingelegt, die er wie folgt begründet:

Bei seiner Begründung des Urteils verkenne das Landgericht bereits, dass die Kündigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG keine Gesamtabwägung aller Umstände erfordere. Eine Kündigung sei gerechtfertigt, wenn der Pächter eine der dort aufgeführten Pflichtverletzungen begehe und trotz Abmahnung in Textform nicht abstelle bzw. weitere Pflichtverletzungen begehe.

Ein solcher, die Kündigung rechtfertigender Verstoß des Bekl. sei entgegen der Annahme des Landgerichts gegeben.

Unstreitig habe die Laube des Bekl. eine Grundfläche von 47 m<sup>2</sup>, wobei nach § 3 Abs. 2 BKleingG in einem Kleingarten eine Laube inklusive einem überdachten Freisitz keine größere Grundfläche als 24 m<sup>2</sup> haben dürfe. Die Begründung des Landgerichts, wonach die Größe der Laube nach § 18 Abs. 1 BKleingG Bestandsschutz genieße, trage nicht. Vorliegend fehle jede Feststellung des Landgerichts dazu, dass die Laube – wenn sie denn bereits vor dem 1.4.1983 errichtet gewesen sein sollte – auch rechtmäßig gewesen sei. Der Bekl. habe dazu in der ersten Instanz keinerlei Sachvortrag gehalten.

Zwar sei dem Gericht darin zu folgen, dass der Bekl. dem Kl. nach § 242 BGB grundsätzlich entgegenhalten könne, die übergroße Laube seit der Übernahme der Kleingartenparzelle durch den Bekl. bis zum Jahr 2019 nicht beanstandet zu haben. Doch habe sich der Kl., ohne dabei zu seinem bisherigen Verhalten widersprüchlich zu handeln, auch erst zu dem Zeitpunkt auf die Übergröße der Laube berufen und deren Rückbau gefordert, als der Bekl. unstreitig das Gebälk des Daches ausgetauscht, das bisherige Dach in ein Satteldach geändert und dabei die Höhe der Laube auf ca. 5 m erhöht habe.

Welche Anforderungen sich aus Treu und Glauben ergäben, lasse sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entscheiden. Mit der Aussage des früheren Vorsitzenden des Kl. auf dem zwischen dem Bekl. und dem Vorpächter geschlossenen Kaufvertrag über die streitgegenständliche Laube, dass dieser mit dem Verkauf einverstanden sei und der Vertrag allen Anforderungen dem Verein gegenüber genüge, sei allenfalls das Vertrauen des Bekl. in den Zustand der Laube zum Zeitpunkt des Kaufs geschützt worden, nicht jedoch in nachträgliche Veränderungen der Laube, soweit sie nicht zur Herstellung des in § 3 Abs. 2 BKleingG vorgesehenen Zustands dienten. Dass sich der Bekl. bei irgendwelchen Personen über die Modalitäten des Umbaus erkundigt haben wolle, stehe dem Wegfall des Vertrauensschutzes nicht entgegen, da er es unterlassen habe, die nach dem Pachtvertrag erforderliche Genehmigung des Kl. für den Umbau einzuholen.

Entgegen der Begründung des Landgerichts könnten der Austausch des Gebälks des Daches, die Änderung der bisherigen Dachform in ein Satteldach und die damit verbundene Erhöhung der Laube auf ca. 5 m nicht „bestandsgeschützt“ sein. Bestandsschutz meine lediglich Schutz der Bestandsnutzung

in dem Sinne, dass das Gebäude weiter so unterhalten und genutzt werden dürfe, wie es seinerzeit errichtet worden sei. Es dürften daher nur solche Instandhaltungsmaßnahmen durchgeführt werden, die das Gebäude vor seinem vorzeitigen Verfall oder vor dem Eintritt der Unbenutzbarkeit vor dem Ablauf der Lebensdauer in seiner Substanz schützten. Schon durch die Änderung der Dachform in ein Satteldach mit einer Erhöhung der Laube auf ca. 5 m sei über die bisherige Bestandsnutzung hinausgegangen worden.

Aus den gleichen Gründen wie oben komme man auch bei der Anwendung der Grundsätze des Verbots widersprüchlichen Verhaltens aus § 242 BGB entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht zu dem Ergebnis, dass der Kl. bezüglich des Austauschs des Gebälks des Daches, der Änderung der bisherigen Dachform in ein Satteldach und der damit verbundenen Erhöhung der Laube auf ca. 5 m keine Ansprüche auf Rückbau gegen den Bekl. habe.

Die Laube des Bekl. widerspreche auch einer kleingärtnerischen Nutzung, so dass der Bekl. trotz der Abmahnungen und Rückbauaufforderungen des Kl. vom 11.5.2019 und 13.7.2019 eine nicht kleingärtnerische Nutzung im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG fortgesetzt habe. Zum einen übersteige die Grundfläche der Laube von 47 m<sup>2</sup> die nach § 3 Abs. 2 BKleingG erlaubte Größe von 24 m<sup>2</sup>. Zum anderen solle durch die Begrenzung der Größe und der Ausstattung von Lauben in § 3 Abs. 2 BKleingG die Entwicklung von Kleingartenanlagen hin zu Wochenendhaus-, Ferienhaus- oder Gartenhausgebieten verhindert werden. Die kleingärtnerische Nutzung einer Laube bestehe vor allem in der Aufbewahrung von Geräten für die Gartenbearbeitung und von Gartenerzeugnissen sowie in kurzfristigen Aufenthalten des Kleingärtners und seiner Familie aus Anlass von Arbeiten oder der Freizeiterholung im Garten. Zusätzlich gälten nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 3 Abs. 2 BKleingG die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der §§ 29 bis 36 BauGB. Lauben dürften deshalb keine Höhe haben, die sie nach landesrechtlichen Vorschriften dazu geeignet machten, zum dauernden Wohnen genutzt zu werden. Gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 Landesbauordnung für das Land Schleswig-Holstein müssten Aufenthaltsräume eine lichte Raumhöhe von mindestens 2,40 m haben; hier dürfte der Innenraum der Laube eine Höhe von ca. 5 m haben. Lauben dürften auch nur eingeschossig sein, weil ein zweites Geschoss für die Erfüllung der oben genannten Zwecke einer Gartenlaube nicht erforderlich sei. Das Verständnis des Bekl. und des Landgerichts, dass mangels zweiter Etage kein Verstoß gegen diese Vorgabe gegeben sei, verkenne den Willen des Gesetzgebers. Denn mit einer zweiten Etage zwingend verbunden sei die daraus resultierende größere äußere Höhe der Laube, die dann dem hier streitgegenständlichen Fall entspreche. Allein die Tatsache, dass sich in der Laube für die zweite Etage kein Boden befinde, ändere an der äußeren Wirkung der Laube in einem Kleingarten nichts.

Damit habe der Bekl. die Parzelle spätestens am 30.11.2020 an den Kl. zurückgeben müssen, wobei auch die Entfernung der als Scheinbestandteile des Grundstücks zu wertenden Baulichkeiten, Anlagen, Einrichtungen und Anpflanzungen, die der Bekl. eingebracht oder von seinem Vorpächter übernommen habe, geschuldet sei. Gleiches gelte für die ihm vom Kl. überlassenen Schlüssel für die Sanitäranlage.

Soweit der Bekl. die ordnungsgemäße Vertretung des Kl. im Verfahren bestreite, gehe die dazu geäußerte Rechtsauffassung fehl. Gemäß § 7 Ziffer 3 der Satzung des Kl. blieben dessen Vorstandsmitglieder auch nach Ablauf ihrer Amtszeit solange im Amt, bis ein neuer Vorstand durch eine Mitgliederversammlung ordnungsgemäß gewählt sei und das Amt angenommen habe. Eine zeitliche Begrenzung für die so verlän-

gerte Amtszeit enthalte die Satzung nicht. Folglich seien die aktuellen Vorstandsmitglieder des Kl. noch immer im Amt und verträten den Verein gem. § 26 BGB gerichtlich und außergerichtlich.

Etwas anderes folge auch nicht daraus, dass die Mitgliederversammlung am 30.3.2019 unter dem Tagesordnungspunkt 9.1 vor dem Hintergrund, dass sich in der Versammlung kein Bewerber gefunden habe, den Vorstand mit einstimmigem Beschluss dazu ermächtigt habe, dass dieser einen stellvertretenden Vorsitzenden bestelle, wenn sich ein passender Bewerber dazu bereit erkläre. Denn nach der Lehre von der fehlerhaften Organstellung bleibe auch eine eventuell satzungswidrige Bestellung eines Vorstandsmitglieds eines Vereins wirksam vom Beginn der tatsächlichen Amtsausübung bis zur Geltendmachung des Mangels. Zudem müsse eine beabsichtigte Klage gegen Vereinsmaßnahmen aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit mit zumutbarer Beschleunigung erhoben werden. Unterlasse das Mitglied dies, könne der Verein annehmen, dass das Mitglied die Vereinsmaßnahme akzeptieren und nicht mehr klageweise dagegen vorgehen wolle. Einer gleichwohl erhobenen Klage gegenüber könne sich dann der Verein auf Verwirkung berufen.

Der Bekl. verteidigt das angegriffene Urteil.

Die besagte Laube entspreche im Flächenmaß der Laube, wie sie nicht nur schon lange vor Inkrafttreten des Bundeskleingartengesetzes, sondern seit jeher, von Anfang an bestanden habe. Ernsthaft bzw. substantiiert könne und werde dies auch vom Kl. nicht angegriffen. Hier kämen zugunsten des Bekl. unstrittige Umstände zum Tragen, wie das viele Jahrzehntelange und beanstandungsfreie Existieren und auch Nutzen dieser Laube, wie auch aller anderen Lauben auf dem besagten Gelände mit einer Flächen- und Höhenüberschreitung.

Abgesehen davon habe der Kl. die Rechtmäßigkeit durch Erklärung auf der Anlage B1 noch im Jahr 2002 ausdrücklich bestätigt. Dies sei, wie ausgeführt, auch ohne jeden Vorbehalt, etwa einen Vorbehalt der nochmaligen oder späteren Überprüfung, oder einen Vorbehalt der späteren Veränderung, sei es auch nur durch notwendige Instandhaltungs- und/oder Instandsetzungsmaßnahmen erfolgt. Hieran sei der Kl. auch heute noch gebunden, allein schon nach Treu und Glauben. Dies gelte auch angesichts der durchgeführten Erhaltungsmaßnahmen. Ebenso wenig sei der Bestandsschutz durch die Dacherhöhung tangiert worden. Die anderslautende Rechtsauffassung des Kl. sei nicht begründbar und nicht richtig. Warum ausgerechnet durch die Dacherhöhung der Bestandsschutz in der Grundfläche mit der Folge eines Verlustes tangiert sein solle, erschließe sich nicht und sei schon gar nicht gesetzlich geregelt.

Gebunden sei der Kl. auch durch die bisherige Vereinspraxis. Eine Änderung der Praxis seit 2019 habe es nicht gegeben. Die von der Vorstandsvorsitzenden in der Verhandlung vor dem Landgericht für die Existenz des Vereins und die Belastung der Mitglieder bedrohlich wirkenden Äußerungen über angeblich von „übergeordneter Seite“ konkret bevorstehende Maßnahmen wie Gemeinnützigkeitsentzug oder gar Beseitigungsaufforderungen blieben bis heute trotz sofortigen Bestreitens ohne jede Substanz und Nachvollziehbarkeit. Gleiches gelte für die auch immer wieder bemühte Worthülse der „baurechtlichen Zulässigkeitsbestimmungen“.

Die Laube verstoße auch in der Höhe nicht gegen Recht und Gesetz. Angesichts der Tatsache, dass – anders als für die Grundfläche – keine einzige die Höhe betreffende oder beschränkende Vorschrift existiere, sei eher von einem Willen des Gesetzgebers auszugehen, der insoweit keine Schranken, sondern ein Ermessen habe setzen wollen, es sei denn, der

Charakter der Kleingartenanlage sei tangiert. Diesbezüglich komme es, wie das Landgericht zutreffend festgestellt habe, auf die gesamten Umstände und vor allem den Charakter und die Ausmaße der Baulichkeiten in der gesamten Anlage an. Diesbezügliche Beweisanträge seien gestellt. Der Bekl. rege nochmals dringend an, sich durch eine Ortsbesichtigung ein eigenes Bild zu verschaffen.

Bislang noch nicht einmal berücksichtigt sei der diesseitige Einwand gegen die Aktivlegitimation. Das Vertretungsorgan des Kl. sei schon lange nicht mehr zum tatsächlichen und rechtlichen Handeln und damit zur Vertretung berechtigt. Diesbezügliche Regeln und Formalien seien vorliegend jahrelang nicht beachtet würden, obwohl trotz pandemiebedingter Einschränkungen das Abhalten einer Versammlung und einer Wahl sehr wohl möglich gewesen wäre und hätte durchgeführt werden müssen. Die Neuwahl des Vorstandes am 12.3.2022 sei ungültig, da der Bekl. zu dieser Versammlung weder eingeladen noch zugelassen worden sei.

Zudem sei Herr A. als stellvertretender Vorsitzender nur kommissarisch eingesetzt worden und das schon vor sehr langer Zeit, spätestens 2019. Selbst wenn das damit zusammenhängende Verfahren noch ordnungsgemäß gewesen sein sollte, gälte dies jedenfalls nicht mehr für die Zeit bis heute. Die kommissarische Einsetzung und Tätigkeit sei der Ausnahme- und Notfall. Bei Niederlegung des Amtes eines gewählten Mitglieds habe unverzüglich eine außerordentliche Mitgliederversammlung zur Wahl dieses Vorstandspostens stattzufinden. Diese auch satzungsmäßig festgelegte Regel habe der Kl. bis heute missachtet.

## Aus den Gründen

Die zulässige Berufung ist begründet.

Die ordentliche Kündigung des Kl. ist berechtigt, so dass das Unterpachtverhältnis zwischen den Parteien zum 30.11.2020 beendet wurde. Ebenso steht dem Kl. der gestellte Räumungs- und Beseitigungsantrag zu.

### 1. Zulässigkeit der Klage

a) Soweit der Bekl. zunächst allgemein bestritten hat, dass der Kl. (noch) ordnungsgemäß durch den aktuellen Vorstand gem. § 26 Abs. 2 BGB vertreten sei, obwohl jahrelang keine Mitgliederversammlung und keine Wahl stattgefunden habe, bestehen keine Zweifel an der Zulässigkeit der Klage.

Gem. § 7 Ziffer 3 der Satzung des Kl. bleiben dessen Vorstandsmitglieder auch nach Ablauf ihrer Amtszeit solange im Amt, bis ein neuer Vorstand durch eine Mitgliederversammlung ordnungsgemäß gewählt ist und das Amt angenommen hat. Auf die insoweit auch nach Ansicht des Kl. wegen fehlender Einladung des Bekl. und Verweigerung des Zutritts nicht ordnungsgemäß durchgeführte Mitgliederversammlung am 12.3.2022 mit einer möglichen Neuwahl des Vorstands ist hierbei nicht abzustellen. Letztlich bleibt diese Mitgliederversammlung schlicht unbeachtlich. Da die Satzung keine zeitliche Begrenzung für eine verlängerte Amtszeit enthält, bleiben die aktuellen Vorstandsmitglieder des Kl. weiterhin im Amt und vertreten den klägerischen Verein gerichtlich und außergerichtlich. Damit sind alle bisherigen Prozesshandlungen des Kl. ordnungsgemäß erfolgt.

b) Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Mitgliederversammlung am 30.3.2019 unter dem Tagesordnungspunkt 9.1 vor dem Hintergrund, dass sich in der Versammlung kein Bewerber für den Posten des stellvertretenden Vorsitzenden gefunden hatte, den Vorstand mit einstimmigem Beschluss dazu ermächtigt hatte, dass dieser einen stellvertretenden Vorsitzenden bestellt, wenn sich später ein passender Bewerber dazu bereit erklärt.

Denn nach der Lehre von der fehlerhaften Organstellung bleibt auch eine eventuell satzungswidrige Bestellung eines Vorstandsmitglieds eines Vereins – hier des stellvertretenden Vorstandsvorsitzenden A. – wirksam vom Beginn der tatsächlichen Amtsausübung bis zur Geltendmachung des Mangels, zu der ein Widerruf der Bestellung oder eine Amtsniederlegung durch das Vorstandsmitglied erforderlich ist. Bis zur Beendigung des fehlerhaften Organverhältnisses ist das Vorstandsmitglied als wirksam bestellt anzusehen. Die von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen wirken für und gegen den Verein

(vgl. OLG Brandenburg, Beschluss v. 20.4.2022 – 7 W 44/22 – unter Hinweis auf MüKo/Leuschner, BGB, § 27 Rn. 97 und BeckOGK/Segna, BGB, § 27 Rn. 33ff.).

Selbst wenn der Schriftsatz des Bekl. vom 20.6.2022 als Angriff gegen die Bestellung des Herrn A. zu verstehen sein sollte, könnte er heute nicht mehr erfolgreich dagegen vorgehen, denn die rechtliche Wirksamkeit von Vereinsmaßnahmen muss innerhalb angemessener, jedenfalls aber beschränkter Zeit einer Klärung zugeführt werden

(vgl. BGH NJW 1973, 235; KG OLGZ 1971, 480).

Die Treuepflicht des Mitglieds gebietet ihm, eine beabsichtigte Klage gegen Vereinsmaßnahmen mit zumutbarer Beschleunigung zu erheben. Unterlässt das Mitglied dies, kann der Verein annehmen, dass das Mitglied die Vereinsmaßnahme akzeptieren und nicht mehr dagegen vorgehen wolle. Einer gleichwohl später erhobenen Klage steht dann der Einwand der Verwirkung des Klagerechts entgegen

(vgl. Saarl. OLG, Urteil v. 2.4.2008 – 1 U 450/07).

Die hier verstrichenen mehr als zwei Jahre stellen jedenfalls einen zu langen Zeitraum dar. Das Saarländische Oberlandesgericht spricht insoweit davon, dass dem Mitglied im Allgemeinen eine Frist von einem Monat zur Verfügung steht

(vgl. Saarl. OLG, a.a.O.).

Damit war Herr A. als Vorstandsmitglied und stellvertretender Vorstandsvorsitzender – gem. § 7 Abs. 2 der Satzung zusammen mit einem weiteren Vorstandsmitglied – berechtigt, den Prozessbevollmächtigten des Kl. mit der Prozessführung zu beauftragen, und war ebenso berechtigt, den Kl. vor Gericht zu vertreten, so dass dieser auch im entscheidenden Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat prozessfähig im Sinne von § 51 ZPO war.

### 2. Begründetheit der Klage

a) Der Kl. hat das zwischen den Parteien bestehende Unterpachtverhältnis durch Schreiben vom 5.6.2020 – anders als das Landgericht meint – wirksam gekündigt. Die Voraussetzungen der §§ 6 des Unterpachtvertrags, 9 BKleingG liegen vor.

aa) Es fehlt zunächst schon an der gem. § 6 des Unterpachtvertrags erforderlichen Zustimmung des Vorstands zu den geplanten Umbaumaßnahmen.

Dass der Bekl. vor dem Umbau seiner Laube, insbesondere der Erhöhung des Daches von ca. 2,50 m auf ca. 5 m, die Zustimmung des Kl., d.h. von dessen Vorstand, eingeholt hätte, behauptet er nicht.

Dieser Verstoß allein genügt – ungeachtet des Wortlauts des § 6 – allerdings noch nicht für eine wirksame Kündigung, da die eigenständige Kündigungsregelung des § 6 des Unterpachtvertrags gem. § 13 BKleingG im Licht der kleingartenrechtlichen Bestimmungen auszulegen ist, was für den hier zu entscheidenden Fall bedeutet, dass zusätzlich zu § 6 die Voraussetzungen für eine Kündigung nach dem Bundeskleingartengesetz gegeben sein müssen.

bb) Der Bekl. hat hier aber auch gegen § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG verstoßen, indem er in nicht unerheblicher Art und

Weise Pflichten, die die Nutzung des Kleingartens betreffen, verletzt hat.

Der Kl. hat sich in den beiden Abmahnungen vom 11.5.2019 und 13.7.2019 darauf berufen, dass der Bekl. die Parzelle nicht kleingärtnerisch bewirtschaftete und hat ihn unter Fristsetzung aufgefordert, die „übergroße Laube“ zurückzubauen. Im Einzelnen moniert er Umbauarbeiten, im Rahmen derer der Bekl. – auf einer ohnehin schon nach § 3 Abs. 2 BKleingG zu großen Laube von ca. 47 qm – das Spitzdach von zuvor ca. 2,50 m auf ca. 5 m erhöht hat. Darin liegt in zweifacher Hinsicht ein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG.

(1) Ein Dach in dieser Höhe widerspricht den kleingärtnerischen Zwecken und rechtfertigt damit nach Abmahnung eine Kündigung gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG wegen einer „nicht unerheblichen Pflichtverletzung“.

(a) Welche Laubengröße, insbesondere Laubenhöhe, im Rahmen des Unterpachtverhältnisses zulässig ist, lässt sich nur indirekt aus dem Vertrag in Verbindung mit den Vorschriften des Bundeskleingartengesetzes ableiten.

Gem. § 4 Abs. 2 des Unterpachtvertrags darf das Pachtgrundstück „nur kleingärtnerisch, d.h. nicht gewerblich oder zu Wohnzwecken benutzt werden.“ Gem. § 6 Abs. 1 des Unterpachtvertrags kann die Errichtung von baulichen Anlagen, deren Aus- oder Umbau nicht ohne Zustimmung des Verpächters erfolgen und diese Zustimmung richtet sich „nach den baurechtlichen Bestimmungen und den allgemeinen Richtlinien der aufgestellten Pläne der Anlage“.

Eine nähere Definition von „kleingärtnerisch“ gerade in Bezug auf zulässige Bauten ergibt sich aus § 3 Abs. 2 BKleingG, wonach im Kleingarten (nur) eine Laube in einfacher Ausführung mit höchstens 24 qm Grundfläche einschließlich überdachtem Freisitz zulässig ist; die §§ 29 bis 36 des BauGB bleiben unberührt. Die Laube darf nach ihrer Beschaffenheit, insbesondere nach ihrer Ausstattung und Einrichtung, nicht zum dauernden Wohnen geeignet sein.

In der Kommentierung wird die zulässige Größe und Ausstattung einer Gartenlaube in § 3 Abs. 2 BKleingG wie folgt beschrieben

(vgl. Mainczyk/Nessler, a.a.O., § 3 Rdnr. 6–7, 11):

„Dem § 3 Abs. 2 liegt der Gedanke zugrunde, dass Lauben als der kleingärtnerischen Nutzung dienende (und ihr untergeordnete) Nebenanlagen in Kleingärten üblich sind, dem Kleingärtner einen vorübergehenden Aufenthalt – auch gelegentliche behelfsmäßige Übernachtungen – ermöglichen und darüber hinaus dem Aufbewahren von Gerätschaften und Gartenbauerzeugnissen dienen sollen (BVerwG DÖV 1984, 855).

Eine Begrenzung der Laubengröße ist erforderlich, um eine Entwicklung von Kleingartenanlagen hin zu Wochenend-, Ferienhaus- oder Gartenhausgebieten zu verhindern. Im Bericht des federführenden Bundestagsausschusses zum Entwurf eines BKleingG (BT-Drs. 9/2232 S. 14) heißt es hierzu: ...

Die Höhe der Laube ist im Gesetz nicht geregelt. Höhenbegrenzungen ergeben sich aber bereits aus der (kleingärtnerischen) Funktion der Laube im Zusammenhang mit den baurechtlichen Zulässigkeitsbestimmungen. Lauben dürfen keine Höhe haben, die sie nach landesrechtlichen Vorschriften dazu geeignet macht, zum dauernden Wohnen genutzt zu werden (BVerwG DÖV 1984, 855; OLG Hamm BeckRS 2008, 5436). Die Bauordnungen der Länder unterscheiden sich in der Regelung der Mindesthöhe von Aufenthaltsräumen. Das BVerwG hat es jedenfalls als im Einklang mit § 3 Abs. 2 stehend angesehen, dass die Genehmigungsbehörde nur Lauben mit einer Traufhöhe

von nicht mehr als 2,25 m und einer Dachhöhe von nicht mehr als 3,50 m zulässt (BVerwG DÖV 1984, 855). Lauben dürfen nur eingeschossig sein (so auch: Otte, § 3 Rdnr. 9; Stang, § 3 Rdnr. 14), weil ein zweites Geschoss für die Erfüllung der oben genannten Zwecke einer Gartenlaube nicht erforderlich ist.“

Dem schließt sich der Senat an, so dass ein Dach von ca. 5 m Höhe der kleingärtnerischen Funktion nicht (mehr) gerecht wird.

Soweit der Bekl. meint, dass er ja keine Zwischendecke eingezogen habe, so dass er das Spitzdach nicht als weiteres Geschoss nutzen könne, ändert dies an der Bewertung nichts. Denn auch in dem Fall gilt, dass das hohe Dach für die Erfüllung der oben genannten Zwecke einer Gartenlaube nicht erforderlich ist. Hinzu kommt, dass mangels Zwischendecke durch das hohe Dach zwar kein zweites Geschoss (zum Wohnen) errichtet werden sollte, dass aber unabhängig davon der Raum darunter durch das lichte Dach erheblich an Wohnqualität gewinnt. Auch der äußere Eindruck von einer Laube mit einem solch hohen Dach dürfte eher dem eines Einfamilienhauses gleichen, wie der Kl. auch als Eindruck eines Dritten von der Laube des Bekl. wiedergegeben hat.

Nach alledem verstößt der Umbau in Form des hohen Daches gegen die gem. § 4 Abs. 2 des Unterpachtvertrags und gem. § 3 Abs. 2 BKleingG erforderliche kleingärtnerische Nutzung des Grundstücks und berechtigt damit grundsätzlich zur Kündigung, wenn der Pächter sich weigert, einer Aufforderung des Verpächters auf Rückbau nachzukommen

(LG Hannover ZMR 1987, 23; ebenso Mainczyk/Nessler, Bundeskleingartengesetz, 12. Auflage, § 9 Rn. 13).

(b) Der Bekl. kann sich demgegenüber auch nicht auf Bestandsschutz seiner Laube berufen. Ein Bestandsschutz – sei es gem. § 18 BKleingG oder gem. § 242 BGB aus Treu und Glauben – ist jedenfalls entfallen, weil er einen Umbau des Daches auf ca. 5 m Höhe nicht decken würde.

(aa) Unstreitig ging die hier streitgegenständliche Laube bereits vor dem Umbau durch den Bekl. über die Vorgaben des § 3 Abs. 2 BKleingG hinaus, da sie nicht innerhalb der dortigen Grundflächenbeschränkung von 24 qm lag, sondern ca. 47 qm umfasste. Die Parteien streiten diesbezüglich darum, ob die Laube des Bekl. gem. § 18 BKleingG Bestandsschutz genießt, weil sie bereits in den 20er Jahren und damit weit vor Inkrafttreten des Bundeskleingartengesetzes gebaut wurde. Der Kl. bestreitet dabei insbesondere die Rechtmäßigkeit der Errichtung nach den damaligen Bauvorschriften.

Letztlich kann dieser Streit dahinstehen, weil der Bekl. bis zum Beginn seiner Umbauarbeiten an der Laube jedenfalls einen Bestandsschutz gem. § 242 BGB nach Treu und Glauben genoss, so dass sich der Kl. nicht auf eine etwaige Unrechtmäßigkeit des Baus berufen durfte

(vgl. Mainczyk/Nessler, a.a.O., Rn. 1).

Denn der Kl. selbst hat im Jahr 2002 den Kaufvertrag zwischen dem Voreigentümer der Laube und dem Bekl. ausdrücklich genehmigt, indem er auf dem Kaufvertragsformular den Zusatz hinzugefügt hat:

„Mit dem Verkauf einverstanden und allen Anforderungen dem Verein gegenüber gerecht. Der Vorstand des KGV X., B., X., den 1.5.2002 Stempel“

Hierauf durfte sich der Bekl. verlassen und auch der Kl. hat sich seitdem – bis zum Umbau der Laube – dem Bekl. gegenüber nie darauf berufen, dass seine Laube nach den Vorschriften des Bundeskleingartengesetzes eine zu große Grundfläche aufweist.

(bb) Mit dem Beginn des Umbaus aber – insbesondere der erheblichen Erhöhung des Spitzdaches – hat der Bekl. allerdings jeglichen Bestandsschutz für seine Laube verloren.

Für den Bestandsschutz im Sinne des § 18 BKleingG gilt, dass dieser sich nur auf die vorhandene bauliche Anlage für die Dauer des Bestands in ihrer – so bisher rechtmäßig gewesen – Nutzung erstreckt. Er deckt zwar auch die Befugnis, das Bauwerk instand zu halten und Reparaturen durchzuführen. Hier gilt aber die Einschränkung, dass nur solche Reparaturen vom Bestandsschutz gedeckt sind, die das Gebäude vor dem vorzeitigen Verfall oder vor dem Eintritt der Unbenutzbarkeit vor dem Ablauf der Lebensdauer in seiner Substanz schützen

(vgl. Mainczyk/Nessler, a.a.O., Rn. 1).

Entscheidend ist, dass die Identität der vorhandenen Laube erhalten bleibt. Kennzeichen dieser Identität sind u.a. Standort, Bauvolumen, Zweckrichtung und ein adäquates Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Gebäude und den Instandhaltungsmaßnahmen dergestalt, dass das ursprüngliche Gebäude als die Hauptsache erscheint

(vgl. Mainczyk/Nessler, a.a.O., Rn. 4).

Diese für den Bestandsschutz iSd § 18 BKleingG dargelegte Ausgestaltung gilt nach Ansicht des Senats auch für den hier vorliegenden Bestandsschutz aus Treu und Glauben, da keinerlei Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass es hier anders zu beurteilen sein sollte. Soweit der Bekl. diesbezüglich meint, dass die zitierte Genehmigungsklausel auf dem Kaufvertrag uneingeschränkt auch für spätere Änderungen des Gebäudes gelte, ist diese Ansicht zu weitgehend. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der damalige Vorstandsvorsitzende dem Bekl. für alle Zeiten einen „Freibrief“ für einen uneingeschränkten Umbau/eine uneingeschränkte Vergrößerung der erworbenen Laube geben wollte.

Subsumiert man danach die vom Bekl. vorgenommenen Umbauarbeiten unter die für den § 18 BKleingG geltenden Kriterien, ist die Frage, ob der Bestandsschutz seiner Laube damit noch vereinbar ist, zu verneinen. Die geplanten und teilweise bereits durchgeführten Arbeiten haben keinen reinen Instandhaltungscharakter, wie er Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des Bestandsschutzes ist:

Auch wenn unbeachtlich zu bleiben hat, dass die Laube mit 47 qm fast doppelt so groß ist wie zulässig, hat der Bekl. den Charakter der Laube jedenfalls dadurch grundlegend verändert, dass die Höhe des Gebäudes von ca. 2,50 m durch Aufsetzen eines höheren Spitzdaches auf ca. 5 m erheblich vergrößert wurde. Durch diese Maßnahme entsteht ein völlig anderes Bild der Laube nach außen und auch das Bauvolumen vergrößert sich nicht nur geringfügig; eine Identität mit dem ursprünglichen Gebäude sieht der Senat nicht mehr als gegeben an.

(c) Der Bestandsschutz seiner Laube berechtigt den Bekl. danach nicht, im Rahmen von Umbauarbeiten das Spitzdach von ca. 2,50 m auf ca. 5 m zu erhöhen. Es bleibt dabei, dass eine Firsthöhe von ca. 5 m der „kleingärtnerischen Bewirtschaftung“ gem. § 4 Abs. 2 des Unterpachtvertrags und § 3 Abs. 2 BKleingG widerspricht mit der Folge, dass die Erhöhung eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG darstellt.

(2) Darüber hinaus führt die Tatsache, dass der Bekl. – wie ausgeführt – für seine Laube wegen der nicht identitätswahrenden Umbauarbeiten den Bestandsschutz verloren hat, auch unabhängig von der konkreten Höhe des Spitzdaches dazu, dass der Kl. einen Rückbau auf die zulässige Größe verlangen kann

(vgl. Mainczyk/Nessler, a.a.O., § 18 Rn. 4 unter Hinweis auf OLG Hamm, Urteil v. 13.11.2007 – 7 U 22/07 – zit. nach juris Rdnr. 21)

und bei Weigerung des Bekl. zu einem eigenständigen Verstoß im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG.

(3) Nach alledem durfte der Kl. nach erfolgloser Abmahnung das Unterpachtverhältnis mit dem Bekl. gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG wegen einer „nicht unerheblichen Pflichtverletzung“ kündigen, und zwar zum einen wegen der per se unzulässigen Erhöhung des Daches auf ca. 5 m, zum anderen wegen Wegfalls des Bestandsschutzes nach Treu und Glauben nach Veränderung der Identität der Laube.

cc) Auch das Erfordernis der Abmahnung ist gegeben.

Unstreitig hat der Kl. den Bekl. bereits während der Umbauarbeiten mit Schreiben seines Vorstands vom 11.5.2019 und vom 13.7.2019 in der gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG vorgeschriebenen Textform gem. § 126b BGB zur Unterlassung und zum Rückbau aufgefordert.

dd) Ebenso liegt ein wirksames Kündigungsschreiben vor.

Nachdem die erste Kündigung des Kl. durch seinen Prozessbevollmächtigten vom 17.1.2020 wegen fehlender Vorlage einer Vollmacht zurückgewiesen worden war, kündigte der Kl. sodann erneut mit anwaltlichem Schreiben vom 5.6.2020 – formal ordnungsgemäß – unter Beifügung der Vollmacht und unter Wahrung der Schriftform gem. § 7 des Unterpachtvertrags.

ee) Der Wirksamkeit der Kündigung steht keine Duldungspflicht des Kl. aufgrund des sog. vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes entgegen

(vgl. zu diesem Begriff: OLG Hamm, Urteil v. 13.11.2007 – 7 U 22/07).

Diesbezüglich beruft sich der Bekl. darauf, dass die von ihm geplanten und teilweise durchgeführten Umbauarbeiten, insbesondere die erhebliche Erhöhung des Daches, nicht unzulässig sein könnten, weil er Gleichbehandlung mit anderen Pächtern beanspruchen könne, die ebenfalls „höhere Häuser“ hätten. Dem folgt der Senat in seinem Fall nicht.

Der Bekl. hat zwar behauptet, dass auch in „jüngerer Zeit“ noch Lauben mit einer ähnlichen Höhe wie die seine gebaut worden seien. Dies hat allerdings der Kl. bestritten, ohne dass der Bekl. dafür hinreichenden Beweis angeboten hätte. Allein die Vorlage von Fotos genügt dem nicht, da auf diesen kein Alter der Lauben zu erkennen ist. Ein konkretes Zeugenangebot fehlt. Unabhängig davon hat der Kl. dazu erklärt, dass sämtliche vom Bekl. benannten Lauben bereits vor vielen Jahren in der gezeigten Form gebaut worden seien. Anderes hat der Bekl. sodann auch nicht mehr behauptet.

Soweit er sich darauf beruft, dass die Bauten jedenfalls teilweise „noch in der Zeit des aktuellen Vorstands“ errichtet worden seien, hilft ihm auch dies nicht. Die nach den Fotos unstreitige Tatsache, dass offensichtlich in der Vergangenheit unstreitig auch höhere Lauben genehmigt wurden, rechtfertigt es für spätere Umbauarbeiten nicht, dass auch sie nach Änderung der Genehmigungspraxis durch den Kl. unter Berufung auf den vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz genehmigt werden müssten. Der vereinsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet den Kl. vielmehr nur, einen Pächter im Hinblick auf eine übergroße Laube zu gleichen Zeiten genau so zu behandeln wie andere Pächter mit übergroßen Lauben. Diesen gegenüber aber hatte der Bekl. bis zu seinem Umbau keinerlei Nachteile; der Kl. hat seinen Bestandsschutz insofern geachtet, als er ebenso wie die anderen Pächter eine übergroße Laube unterhalten durfte, solange sie unverändert blieb.

Der sog. vereinsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz hindert den Kl. aber nicht daran, seine Grundsätze zur Gestattung übergroßer Lauben zu einem bestimmten Zeitpunkt zu ändern und von da an – wiederum alle – Laubenbesitzer dahingehend gleichzubehandeln, dass neue Umbauanträge mit

Überschreitung des Flächenmaßes/Verfehlung der kleingärtnerischen Nutzung nicht mehr geduldet werden bzw. hinsichtlich der Lauben, bei denen der Bestandsschutz entfällt, die Besitzer aufzufordern, die Lauben auf das aktuell rechtliche Maß zurückzuführen.

Vorliegend hat der Kl. eine entsprechende Änderung der Genehmigungspraxis vorgetragen, die inhaltlich auch nicht zu beanstanden ist. In der mündlichen Anhörung der Vorstandsvorsitzenden vor dem Landgericht am 23.9.2021 hat sich diese darauf berufen, dass die Landpachtverträge – der Kl. ist diesbezüglich Hauptpächter – gefährdet seien, wenn die Vorschriften des Bundeskleingartengesetzes nicht eingehalten würden. In den Generalpachtverträgen sei eine Kündigung für den Fall vorgesehen. Die Gartenlauben seien in der Vergangenheit immer größer geworden. Es drohe, dass das Gelände in ein Freizeitgelände umgewandelt werden müsse. Dann entfalle der günstige Pachtzins von 25 Cent pro qm. Zu rechnen sei dann mit einem Preis von bis zu 9 € pro qm. Aus einem Aushang des Kl. ergibt sich zudem, dass der Kl. auch einen Verlust der Gemeinnützigkeit befürchtet. Diesen Befürchtungen des Kl. ist der Bekl. nicht substantiiert entgegengetreten. Allein sein Bestreiten, dass tatsächlich solche Nachteile „wegen der Höhe des Daches der Laube“ nicht zu befürchten wären, genügt angesichts der geschilderten klaren rechtlichen Vorgaben nicht.

Soweit der Bekl. außerdem bestreitet, dass der Kl. vor dem Hintergrund seit 2019 versuche, für eine bessere Einhaltung der Vorschriften zu sorgen, zeigen das Eingreifen hinsichtlich seiner Laube und die von ihm selbst eingereichten Aushänge gerade, dass es dem Kl. durchaus ein Anliegen ist, wenn auch zunächst vorsichtig und mit dem Versuch, eine gemeinsame Lösung zu finden, die kleingärtnerische Nutzung der Grundstücke im Sinne des Bundeskleingartengesetzes wieder in den Vordergrund zu stellen. Dies hat die Vorstandsvorsitzende des Kl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat noch dahingehend ergänzt, dass heute – anders als im Jahr 2002 bei dem Bekl. – auch im Falle eines Pächterwechsels bei übergroßer Laube ein Rückbau verlangt werde. Sollten aktuell noch höhere/größere Lauben errichtet worden sein, sei dies ohne Genehmigung des Vorstands geschehen. Anhaltspunkte dafür, dass der Kl. – wie der Bekl. meint – an ihm ein Exempel statuieren wolle, sind danach nicht ersichtlich.

f) Die Kündigung ist auch nicht deswegen unwirksam, weil der Kl. nach dem Beginn des Umbaus so lange mit einer ersten Abmahnung gewartet hätte, dass der Bekl. darauf hätte vertrauen dürfen, dass der Kl. den Umbau nicht mehr rechtlich angreifen werde.

Zwar hat der Bekl. vorgetragen, dass er seine Laube nicht erst im Jahr 2019, sondern bereits im Jahr 2016 begonnen habe zu sanieren. Er hat aber eingeräumt, dass er mit der Erneuerung des Daches erst im Frühjahr 2019 begonnen habe. Der Kl. hat vorgetragen, dass er Ende April die Bauarbeiten bemerkt habe; eine frühere Kenntnisnahme hat der Bekl. nicht unter Beweis gestellt.

Bei dieser Sachlage stellen sich die Abmahnungen und sonstige Bemühungen des Kl. zum Abbruch des Umbaus nicht als unzulässige Rechtsausübung dar. Abgesehen davon, dass ein Umbaustopp zum ersten Mal bereits mit Schreiben vom 11.05.2019 und nach einem „aufklärenden, ausführlichen Gespräch zum Rückbau und zur Unterlassung weiterer Baumaßnahmen“ sowie einem „langen Gespräch mit dem Schiedsmann wegen der nicht genehmigten Maßnahme“ erneut mit Abmahnschreiben vom 13.7.2019 verlangt wurde, wurde dem Kl. auch noch eine gem. § 174 BGB angegriffene Kündigung vom 17.1.2020 und schließlich die wirksame Kündigung mit anwaltlichem Schreiben vom 5.6.2020 zugestellt, so

dass ein Vertrauenstatbestand im Hinblick auf eine Duldung nicht angenommen werden kann.

gg) Soweit der Bekl. meint, der Kl. habe angesichts des langen, ansonsten unbeanstandeten Pachtverhältnisses keine Kündigung aussprechen dürfen, sondern sich gemäß der Alternative in § 6 Abs. 2 des Unterpachtvertrags auf Unterlassung und Beseitigung der beanstandeten Bauarbeiten, insbesondere des hohen Daches beschränken müssen, ist auch dem nicht zu folgen.

Weder der Wortlaut des § 6 Abs. 2 des Unterpachtvertrags noch der Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG verlangen eine Abwägung, wenn die sachlichen Voraussetzungen der Vorschriften („Verstoß gegen Verbot baulicher Anlagen ohne Genehmigung“, „Fortsetzung einer nicht unerheblichen Pflichtverletzung trotz Abmahnung“) vorliegen. Dies hat seinen Grund darin, dass es sich nicht – wie bei § 543 BGB, § 594e BGB, § 8 Nr. 2 BKleingG – um eine fristlose Kündigung handelt. Vielmehr stellen die genannten Vorschriften eine ordentliche fristgemäße Kündigung dar, bei der eine Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten auch in regulären Miet- oder Pachtverhältnissen nicht erfolgt; geregelt ist in dem Fall als Voraussetzung lediglich die Einhaltung einer Kündigungsfrist, vgl. z.B. § 542 BGB, § 584 BGB, § 594a BGB.

Dementsprechend benötigt die hier vom Kl. ausgesprochene ordentliche Kündigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG weder eine nachhaltige Störung der Kleingärtnergemeinschaft noch die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Vertragsverhältnisse für den Verpächter

(so auch Mainczyk/Nessler, a.a.O., § 9 Rdnr. 6).

hh) Da es sich um eine ordentliche Kündigung handelt, war eine Frist zu bemessen, die sich gem. § 6 Abs. 2 des Unterpachtvertrags nach § 9 Abs. 2 BKleingG richtet, wonach die Kündigung nur für den 30. November eines Jahres zulässig ist und im Fall des hier gegebenen § 9 Abs. 1 Nr. 1 BKleingG spätestens am dritten Werktag im August des entsprechenden Jahres zu erfolgen hat. Diese Frist ist mit der wirksamen Kündigung vom 5.6.2020 zum 30.11.2020 eingehalten.

b) Der Kl. verlangt vom Bekl. des Weiteren zu Recht nicht nur den Rückbau der durch den Umbau veranlassten Veränderungen, sondern eine vollständige Räumung des Grundstücks einschließlich Laube, Freisitz, Anpflanzungen, gepflasterten Gartenwegen und sonstigen beweglichen Gegenständen. Auch aus § 8 Abs. 1 des Unterpachtvertrags folgt kein anderes Ergebnis.

aa) Die Rückgabe der Pachtparzelle gem. §§ 581 Abs. 2, 546 Abs. 1 BGB iVm § 4 Abs. 1 BKleingG umfasst nach der Rechtsprechung grundsätzlich neben der Übergabe des unmittelbaren Besitzes an dem Grundstück auch die Entfernung von Baulichkeiten, Anlagen, Einrichtungen und Anpflanzungen, die der Pächter eingebracht oder von seinem Vorpächter übernommen hat, soweit diese nicht vereinbarungsgemäß vom Verpächter oder vom nachfolgenden Pächter übernommen werden

(vgl. BGH, Urteil v. 1.4.2013 – III ZR 249/12; NJW 1981, 2569; NJW-RR 1994, 847 mwN).

Darauf, ob die Baulichkeiten, Anlagen, Einrichtungen und Anpflanzungen der kleingärtnerischen Nutzung dienen oder nicht, kommt es in diesem Zusammenhang in der Regel nicht an

(vgl. BGH, Urteil v. 1.4.2013 – III ZR 249/12).

bb) Etwas anderes folgt vorliegend auch nicht aus § 8 Abs. 1 des Unterpachtvertrags.

Zwar sieht die Vorschrift vor, dass der Pächter nach Beendigung der Pachtzeit das Pachtgrundstück in dem Zustand zurückzugeben hat, der sich aus einer „fortlaufenden ordnungs-

gemäßen Bewirtschaftung“ ergibt. Von einer Verpflichtung, stets alle baulichen Anlagen, Anpflanzungen etc. zu entfernen, ist nicht die Rede.

Es fehlt nach Ansicht des Senats vorliegend aber an dem Kriterium der „fortlaufenden, ordnungsgemäßen Bewirtschaftung“, denn mit dem vom Bkl. vorgenommenen Umbauarbeiten ist der Bestandsschutz – wie oben dargestellt – nicht nur teilweise – nämlich hinsichtlich der Umbauarbeiten –, sondern wegen der weggefallenen Identität vollständig entfallen mit der Folge, dass der Rückbau der gesamten Laube einschließlich aller sonst nicht „kleingärtnerischen“ Anlagen, nicht nur des zu hohen Daches verlangt werden könnte, wenn nicht der Vertrag ohnehin gekündigt worden wäre. Damit lag dann aber im Zeitpunkt der Kündigung keine ordnungsgemäße Bewirtschaftung der Parzelle (mehr) vor, so dass der Kl. zu Recht auch nach Kündigung die vollständige Beseitigung aller baulichen Anlagen und Anpflanzungen verlangt.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man den hier gegebenen besonderen Bestandsschutz der von dem Bkl. erworbenen Laube nach Treu und Glauben, der ja auf der Bestätigung der Ordnungsmäßigkeit durch den Kl. im Rahmen des vom Bkl. abgeschlossenen Kaufvertrags beruht, ohnehin nur auf den konkreten Pächter bezieht, so dass auch aus diesem Grund bei Räumung der Bestandsschutz entfallen und die vollständige Beseitigung aller Baulichkeiten und Anpflanzungen geschuldet sein dürfte.

...

3. Nach alledem ist die Berufung begründet.

## BGB §§ 812 I, 260

- 1. Der Versicherungsnehmer, der vom beklagten Lebensversicherer die Herausgabe von Nutzungen aus rechtsgrundlos geleisteten Beitragszahlungen verlangt, ist für Anfall und Höhe tatsächlich gezogener Nutzungen darlegungs- und beweibelastet. Die Ertragslage des Versicherers, auf die sich der Versicherungsnehmer zur Darlegung des Nutzungsherausgabeanspruchs bezieht, muss die Verwendung der rechtsgrundlos erbrachten Beitragszahlungen abbilden (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2018, IV ZR 255/17, juris Rn. 20 m.w.N.; Urteil vom 10. Februar 2004, X ZR 117/02, juris Rn. 14; Urteil vom 29. April 2020, IV ZR 5/19, juris Rn. 16).**
- 2. Der Versicherer genügt seiner sekundären Darlegungslast, wenn er die für die Abrechnung erforderlichen Grunddaten angibt. Das sind die zugrunde gelegten Beitragszahlungen, die Risikokosten, die Abschluss- und Verwaltungskosten, die Überschussbeteiligung und (bei einer fondsgebundenen Versicherung) der Fondsgewinn (vgl. BGH, Urteile vom 11. November 2015, IV ZR 513/14, juris Rn. 35ff. und vom 21. März 2018, IV ZR 353/16, juris Rn. 13ff.).**
- 3. Einer ins Einzelne gehenden Auskunft des Versicherers über die allmonatliche Verwendung und Verbuchung von Beitragszahlungen bedarf es nicht. Der Versicherungsnehmer kann die angegebenen Daten aus allgemeinen Quellen einer Plausibilitätsprüfung unterziehen und ihre Berechtigung abschätzen.**

SchlHOLG, 16. Zivilsenat, Urteil v. 3. Mai 2021 – 16 U 59/20 –, Dr. Di.

*Die Kl.in verlangt weitere Zahlung aus einem nach Widerspruch abgewickelten Lebensversicherungsvertrag.*

*Die Parteien schlossen nach dem sog. Policenmodell einen zum August 2001 einsetzenden fondsgebundenen Lebensversicherungsvertrag, auf den die Kl.in einen sich jährlich um 5% erhöhenden monatlichen Beitrag von 100 DM (= 51,13 €)*

*zahlen sollte. Im Juli 2018 – zu dieser Zeit hatte sie 15 856,44 € gezahlt – erklärte sie den Widerspruch. Diesen akzeptierte die Bkl.; sie errechnete auf der Grundlage von angegebenen Abschluss- und Verwaltungskosten von 3297,63 €, Risikokosten von 178,04 € (richtig 178,05 € = 217,33 € ./. 39,28 € Nicht-raucher-Risikobonus) sowie einer Überschussbeteiligung von 217,28 € und also einer „Gesamtinvestition“ von 12 598,04 € (15 856,44 € – 3297,63 € – 178,05 + 217,28 €) mit Rücksicht auf ein angegebenes „Deckungskapital“ per August 2008 von 20 548,27 € Nutzungen (i.e. rechnerischer Fondsgewinn) von 7 950,23 € (20 548,27 – 12 598,05 €) und zahlte danach an die Kl.in 23 628,63 € (15 856,44 € Beiträge abzgl. 178,04 € Risikokosten zzgl. 7 950,23 € Nutzungen) aus.*

*Mit ihrer im September 2019 erhobenen Klage hat die Kl.in die Zahlung von 26 181,02 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von 3 694,93 € verlangt. Sie hat geltend gemacht, dieser Betrag ergebe sich als die Nutzungen der Bkl. aus ihren Beitragszahlungen bei Einzahlungen in den Fonds von maximal 40 %, Verwaltungs- und Abschlusskosten von nicht mehr als 1 % und einem (auf 0,00 % abzurundenden und daher zu vernachlässigenden) Versicherungsschutz nach Maßgabe der jährlichen Eigenkapitalrenditen der Bkl.*

*Die Bkl. hat sich dem entgegengestellt. Sie habe das Gehörige gezahlt, insbesondere als Nutzungen den Fondsgewinn von 7 950,23 €. Die Berechnungen der Kl.in entsprächen nicht den Vorgaben des BGH und seien unsubstantiiert.*

*Das Landgericht hat die Bkl. verurteilt, die Kl.in von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 12 428,84 € freizustellen und die Klage im Übrigen abgewiesen. In der Hauptsache könne die Kl.in eine über den ausgezahlten Abrechnungsbetrag hinausgehende Zahlung nicht verlangen. Der Berechnung des Rückzahlungsanspruchs seien die unstreitigen Beiträge von 15 856,44 € zugrunde zu legen. Dem Vortrag der Bkl. zur Höhe der Risikokosten von 178,04 € sei die Kl.in nicht substantiiert entgegengetreten. Was die gezogenen Nutzungen angehe, die die Kl.in unter Bezug auf die Ertragslage der Bkl. darzulegen und zu beweisen habe, könne sie nach der Rechtsprechung des BGH nicht auf die Eigenkapitalrendite abstellen, wonach ihre Berechnung unschlüssig sei, was auch und gerade im Hinblick auf die – in Ansehung der Vermittlung durch einen Finanzdienstleister unplausibel angenommenen – Abschluss- und Verwaltungskosten von lediglich 1 % gelte.*

*Hiergegen richtet sich die Berufung der Kl.in, die zuerst stufenweise auf „Auskünfte“ und hernach auf die Auszahlung aller Prämien zuzüglich Nutzungen angetragen hat und zuletzt auf Zahlung anträgt.*

*Sie macht geltend, ihr stehe ein Auskunftsanspruch aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nach § 242 BGB und entsprechend auch aus § 260 BGB zu. Sie sei entschuldbarerweise über den Umfang ihres Rechts im Ungewissen, und die Bkl. könne die erforderliche Auskunft unschwer geben. Die für die Berechnung der Nutzungen erforderlichen Informationen darüber, welche Beträge wie verwendet und welche Nutzungen daraus gezogen wurden, seien nicht öffentlich verfügbar. Auch der BGH habe bislang keine Methode zur Bezifferung des Anspruchs gebilligt, sondern nur sämtliche bisherigen Methoden, namentlich die Orientierung an der Eigenkapitalquote und der Nettoverzinsung, nicht ausreichen lassen bzw. für falsch befunden. Ihr Anspruch auf Auskunft sei auch europarechtlich verankert und folge insbesondere aus dem Grundsatz des *effet utile*. Die praktische Wirksamkeit des Rechts zum Widerspruch erfordere die Gewährung eines Auskunftsanspruchs zu den Nutzungen, die zu beziffern andernfalls unmöglich werde; daraus folge jedenfalls eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast der Bkl.*

Nachdem die Bekl. auf die Verfügung des Senats hin die Abschlusskosten mit 920,32 € mitgeteilt hat (woraus sich [aus der zunächst einheitlichen Angabe für Abschluss und Verwaltung von 3297,63 €] Verwaltungskosten von 2377,71 € errechnen), hat die Kl.in ihren Anspruch neu berechnet.

Zuletzt verlangt die Kl.in noch Zahlung von 7233,39 € nebst Zinsen sowie Freistellung von Rechtsanwaltskosten.

### Aus den Gründen

Die Berufung der Kl.in hat keinen Erfolg, § 513 Abs. 1 ZPO.

Die Kl.in kann von der Bekl. aus der Rückabwicklung des Lebensversicherungsvertrages keine weitere Zahlung beanspruchen, § 812 Abs. 1 BGB. Bei einem zwischen den Parteien unstreitigen Anspruch auf bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Lebensversicherungsvertrages einschließlich Nutzungen hat sie es nicht vermocht, einen Zahlungsanspruch schlüssig darzulegen.

1. Die Kl.in hat, was zunächst die Auskunftsstufe ihres ehemals umgestellten Antragsprogramms angeht, von der Bekl. nur sehr eingeschränkt weitere Angaben verlangen können, nämlich nur die separate Bezifferung der Abschlusskosten und der Verwaltungskosten.

Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH ist ein Versicherungsnehmer, der vom beklagten Versicherer die Herausgabe von Nutzungen aus rechtsgrundlos geleisteten Beitragszahlungen verlangt, für Anfall und Höhe tatsächlich gezogener Nutzungen darlegungs- und beweisbelastet. Dies verlangt ihm einen Tatsachenvortrag ab, der nicht ohne Bezug zur Ertragslage des jeweiligen Versicherers auf eine tatsächliche Vermutung einer Gewinnerzielung in bestimmter Höhe gestützt werden kann

(BGH, Urteil vom 19. Dezember 2018, IV ZR 255/17, juris, Rn. 20 m.w.N.).

Da sich die Herausgabepflicht nach § 818 Abs. 1 BGB auf die Nutzungen beschränkt, die der Bereicherte aus dem ohne Rechtsgrund erlangten Gegenstand oder aus einem Surrogat im Sinne des § 818 Abs. 1 BGB gezogen hat

(BGH, Urteil vom 10. Februar 2004, X ZR 117/02, juris, Rn. 14),

muss die Ertragslage des Versicherers, auf die sich der Versicherungsnehmer zur Darlegung des Nutzungsherausgabeanpruchs bezieht, die Verwendung der rechtsgrundlos erbrachten Beitragszahlungen abbilden

(so zuletzt zusammenfassend BGH, Urteil vom 29. April 2020, IV ZR 5/19, juris, Rn. 16).

a) Für einen Anspruch auf eingehende Auskunft war danach von vornherein kein Raum. Der Versicherer genügt vielmehr der ihn allerdings treffenden sekundären Darlegungslast, wenn er die für die Abrechnung erforderlichen Grunddaten angibt. Das sind die zugrunde gelegten Beitragszahlungen, die Risikokosten, die Abschluss- und Verwaltungskosten, die Überschussbeteiligung und (bei einer fondsgebundenen Versicherung) der Fondsgewinn

(vgl. BGH, Urteile vom 11. November 2015, IV ZR 513/14, Rn. 35ff. und vom 21. März 2018, IV ZR 353/16, Rn. 13ff.).

Entgegen der Auffassung der Berufung benötigt ein Versicherungsnehmer zur Bezifferung seiner Ansprüche auf Herausgabe von Nutzungen keine ins Einzelne gehende Auskunft des Versicherers über die allmonatliche Verwendung und Verbuchung seiner Beitragszahlungen. Abgesehen davon, dass die mit dem Berufungsantrag zu 1 verlangten Angaben über eine einfache Auskunft weit hinausgehen und – ohne dass auch nur ansatzweise die Voraussetzungen des insoweit bloß genannten (einschlägigen) § 260 BGB vorgetragen würden – auf eine nicht wenig umfangreiche Rechnungslegung hinauslaufen, ist ein Versicherungsnehmer auf solche Informationen nicht angewiesen. Er kann vielmehr alle angegebenen Daten

aus allgemeinen Quellen einer Plausibilitätsprüfung unterziehen und ihre Berechtigung abschätzen. Das gilt zwanglos für die oftmals (und auch hier) geringen Risikokosten. Das gilt für den Fondsgewinn, der der Größenordnung nach anhand der „Performance“ des ausgewählten Fonds nachvollzogen werden kann und über die der Versicherungsnehmer ebenso wie über die Überschussbeteiligung typischerweise alljährliche Mitteilungen des Versicherers erhält. Auch die Abschluss- und Verwaltungskosten sind – wenn sie denn separat benannt sind – gut abschätzbar. Derart informiert ist es einem Versicherungsnehmer, der die Abrechnung seines Versicherers für nicht hinreichend plausibel hält, auch durchaus zuzumuten, begründete und überprüfbare Behauptungen über die erzielten Nutzungen aufzustellen. Er kann zum Verlauf des Fonds vortragen; denn darüber gibt es öffentlich verfügbare Informationen. Und er kann auch zu etwaigen Nutzungen aus Verwaltungskostenbeiträgen vortragen; dabei kann er sich – die Rechtsprechung des BGH

(etwa Urteil vom 26. September 2018, IV ZR 304/15, juris, Rn. 34)

bezieht sich nur darauf, dass nicht die durchschnittliche Nettoverzinsung der Kapitalanlagen der (= aller) deutschen Lebensversicherer zugrunde gelegt werden kann – durchaus auf die Nettoverzinsung konkret der Bekl. beziehen. Es ist bei entsprechendem Vortrag dann nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen Sache der Bekl., dem gleichermaßen konkret zu begegnen.

Nichts anderes folgt auch aus europarechtlichen Grundsätzen, sodass es der angesonnenen Vorlage an den EuGH keinesfalls bedarf. Das Problem der Durchsetzung eines angemessenen Nutzungssatzes, der sich nach Auskehrung der Beiträge nebst zugestandener Nutzungen regelmäßig auf sehr überschaubare Beträge beläuft, ist ersichtlich von ganz anderer Qualität als die von der Kl.in (unter Verweis auf das Urteil des EuGH vom 19. Dezember 2019 (C-355/18 u.a.) in Bezug genommene Problematik, ob einem Versicherungsnehmer, der von seinem Vertrag zurückgetreten ist, lediglich der Rückkaufswert zu erstatten sein soll. Es ist insbesondere nicht zu erkennen, dass aufgrund des hier in Rede stehenden Problems ein Versicherungsnehmer davon abgehalten würde, das ihm nach der Europarechtswidrigkeit des § 5a Abs. 2 Satz 4 VVG a.F. zustehende „ewige“ Widerspruchsrecht auszuüben. Keineswegs ist es, wie ausgeführt, einem Versicherungsnehmer unmöglich, die Nutzungsvorteile seines Versicherers näherungsweise zu beziffern, und dafür ist ebenso wie für die Durchsetzung eines angemessenen Betrags der oben skizzierte Rechtsrahmen, der den allgemeinen prozessualen Regeln entspricht, als völlig ausreichend anzusehen.

b) Nach Maßgabe dieser Grundsätze hatte die Bekl. bereits mit dem Abrechnungsschreiben vom 12. Oktober 2018 die ihr obliegenden Angaben weitestgehend getätigt. Es fehlte allein eine separate Bezifferung der Abschluss- und der Verwaltungskosten, die sie – insoweit unzureichend – lediglich als einen zusammengefassten Betrag angegeben hat. Dieses Versäumnis hatte die Bekl. mit Schriftsatz vom 21. November 2020 (Bl. 159) nachgeholt und die Abschlussprovision mit 920,32 € angegeben (woraus sich aus der früheren Angabe die Verwaltungskosten mit 2.377,31 € errechnen ließen).

2. Die Kl.in hat es nicht vermocht, auf dieser Grundlage einen Bereicherungsanspruch schlüssig darzutun.

Ihre Berechnungen letzter Hand aus dem Schriftsatz vom 5. Januar 2021, die zu einem Anspruch von dem entsprechend auch lediglich noch verlangten 7233,39 € führen sollen, entsprechen in mehrfacher Hinsicht nicht den dargestellten Vorgaben.

a) So geht es nicht an, lediglich 40 % der eingezahlten Beiträge als Einzahlung in den vereinbarten Fonds zu behandeln.

Die Bekl. ist gehalten, in den Fonds alles zu investieren, was sie nicht mit ihren Kosten verrechnen kann. Bei der fondsgebundenen Lebensversicherung hat der Versicherer, um seinen Verpflichtungen nachkommen zu können, die Beiträge, soweit sie der Vermögensanlage dienen, vollständig mit den vereinbarten Finanzprodukten zu bedecken

(BGH, Urteil vom 11. November 2015, IV ZR 513/14, juris, Rn. 52 m.w.N.).

Die von der Bekl. mitgeteilten Kosten als gegeben angenommen, hat sie daher im Verlauf des Vertrages insgesamt 12.598,04 € in den Fonds eingelegt und nicht lediglich 6342,19 €, das ist nur in etwa der halbe Betrag. Entsprechend erheblich geringer müssten – die Abrechnung des Fonds greift die Kl.in nicht an – naturgemäß die Beträge sein, die der Bekl. für die Ziehung anderweitiger Nutzungen zur Verfügung gestanden haben können.

b) Unrichtig ist des Weiteren, die Verzinsung nach dem Mittelwert aus Nettoverzinsung und Eigenkapitalrendite zu berechnen.

Es trifft entgegen der Auffassung der Kl.in nicht zu, dass der BGH sich gegen eine Berechnung der Nutzungen nach Maßgabe der Nettoverzinsung ausgesprochen hatte. In dem [vom Senat schon im Beschluss vom 29. September 2020, S. 7, Bl. 144, und oben zu 1. a) zitierten] Urteil vom 26. September 2018, IV ZR 304/15, juris, Rn. 34, hat der BGH sich nur dafür ausgesprochen, dass nicht die durchschnittliche Nettoverzinsung der Kapitalanlagen der (= aller) deutschen Lebensversicherer zugrunde gelegt werden könne, und weiter näher angeführt, dass die Verzinsung mit „Bezug zur Ertragslage des jeweiligen Versicherers“ zu erfolgen habe. Danach ist – offensichtlich – die konkrete Nettoverzinsung der Bekl., die der Kl.in verfügbar ist, der probate Maßstab.

c) Zu beanstanden ist schließlich, dass sowohl die Anlage als auch Ziehung von Nutzungen bereits mit dem 1. Monat der Versicherung (dem 1. August 2001) einsetzen soll. Richtigerweise werden aus den gezahlten Beiträgen zunächst die Abschlusskosten gedeckt.

d) Nicht berechtigt erscheinen weiter die von der Kl.in vorgebrachten Zweifel an den von der Bekl. mitgeteilten Abschlusskosten. Nach den Erfahrungen des Senats erscheint eine Abschlussprovision von lediglich 920,32 € als eher gering. Verfehlt ist es, die Kosten prozentual nach den bis zur Vertragsbeendigung eingezahlten Beiträgen zu bemessen. Die Provision bemisst sich vielmehr nach den bis zum vereinbarten Vertragsende einzuzahlenden Beiträgen und wird auf dieser Grundlage vollständig bei Abschluss des Vertrages im Voraus (mit einer fünfjährigen sog. Stornohaftungszeit, die hier weit überschritten worden ist) gezahlt.

e) Auch rechnerisch sind die Berechnungen der Kl.in nicht nachzuvollziehen. Insbesondere erschließt sich der am Ende geltend gemachte Betrag von 7233,39 € nicht.

f) Berechtigt könnten allein die Zweifel an der Höhe der von der Bekl. angegebenen Verwaltungskosten sein. Diese weichen, wie die Kl.in plausibel darlegt, erheblich von den durchschnittlichen Verwaltungskosten deutscher Lebensversicherer ab. Insoweit liegt allerdings – namentlich in Anbetracht der eher niedrigen Abschlussprovision – nicht fern, dass in diesen Beträgen auch die jährlich gezahlten Betreuungs(= Bestandspflege-)Provisionen für den Makler enthalten sind.

g) Vor diesem Hintergrund sieht sich der Senat außerstande, einen der Kl.in womöglich noch zukommenden Betrag zu schätzen, § 287 ZPO. Es mag sein, dass der Bekl. aus den Verwaltungskosten in gewissem Umfang „freie Mittel“ zur Verfügung standen. Das kann aber auch anders sein und ändert am Ende nichts daran, dass eine Schätzung, die der Senat verschiedentlich lediglich vergleichsweise versucht hatte, tatsächlich weitestgehend in der Luft hänge und daher unzulässig ist.

3. Im Ergebnis bleibt es daher dabei, dass die Bekl. gemäß dem insoweit nicht angegriffenen Urteil des Landgerichtes die Kl.in allein von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von 1242,84 € freizustellen hat.

#### **BGB §§ 823, 826; EG-FGV §§ 6 I, 27 I; VO (EG) 715/2007 Art. 5**

- 1. Für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann.**
- 2. Der Motortyp EA 189 ist nicht mit dem Nachfolgeaggregat EA 288 SCR Euro 6 vergleichbar, weil letzteres unstreitig mit anderer Steuerungssoftware und Abgasreinigungstechnik ausgestattet ist. Es handelt sich beim EA 288 um ein temperaturabhängiges Abgasrückführungssystem, welches vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand, und bei dem Gesichtspunkte des Motor- bzw. des Bauteilschutzes als technische Rechtfertigung plausibel und nachvollziehbar angeführt werden können.**
- 3. Die Applikationsrichtlinie vom 18.11.2015 sah für EA 288 SCR-Fahrzeuge u.a. vor, dass schon ab KW 47/2015 entsprechende Neufahrzeuge nicht mehr mit einer Fahrkurve versehen werden sollten.**
- 4. Die VW-AG hat – gerichtsbekannt – unmittelbar nach Bekanntwerden des sog. Dieselskandals wegen des Motors EA-189, das Vorhandensein der Fahrkurvenerkennung im Motortyp EA-288 gegenüber dem KBA als Zulassungsbehörde offengelegt und bereits am 2.10.2015 das zuständige KBA über die eingebaute Fahrkurvenerkennung/Zykluserkennung informiert. Ab November 2015 hatte der Hersteller damit begonnen, jene Software mittels eines Software-Updates zu entfernen bzw. bei neuen Fahrzeugen spätestens ab dem Modell SOP 22/2016 nicht mehr zu verwenden. Damit hat die Beklagte ihr Verhalten nach außen hin so verändert, dass es in der Gesamtschau nicht mehr als sittenwidrig i.S.v. § 826 BGB qualifiziert werden kann (vgl. BGH VI ZR 5/20, Urteil vom 30.7.2020; BGH VI ZR 839/20, Urteil vom 23.11.2021; OLG Schleswig, Urteil vom 13.7.2021, 7 U 188/20, juris).**
- 5. Das zuständige KBA hat die Fahrkurvenerkennung beim EA 288 nicht als unzulässige Abschalteneinrichtung qualifiziert und tut dies auch immer noch nicht. Wenn schon die zuständige Aufsichtsbehörde kein Einschreiten für geboten hält, kommt dem Hersteller zumindest ein Vorsatz ausschließender Verbotsirrtum zu Gute.**
- 6. Dem Kläger steht auch kein Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 VO (EG) 715/2007 zu. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bzw. Art. 5 VO (EG) 715/2007 stellen keine Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB dar.**

SchlHOLG 7. Zivilsenat, Urteil vom 7. Juni 2022, Az.: 7 U 196/21, R6.

*Hinweis der Redaktion: Das Urteil ist rechtskräftig.*

#### **Gründe:**

*Der Kl. nimmt die Bekl. (VW) auf schadenersatzrechtliche Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufs im Zusammenhang mit dem sogenannten Dieselskandal in Anspruch.*

Der Kl. erwarb im November 2017 bei der Automobil Z. GmbH einen Pkw Skoda 2.0 TDI, Erstzulassung 27.06.2016, der der Euro-6-Norm unterliegt (verbindliche Bestellung vom 20.11.2017). Das Fahrzeug ist mit einem von der Volkswagen AG entwickelten und hergestellten Dieselmotor Typ EA 288 ausgestattet. Neben der üblichen Abgasrückführung verfügt das Fahrzeug zur Reduktion der NOx-Emissionen über einen SCR-Katalysator. Der Kaufpreis betrug 20.800 €, die damalige Laufleistung des Fahrzeugs 29.112 km. Einen Teil des Kaufpreises in Höhe von 14.000 € finanzierte der Kl. über ein Darlehen bei der „C. Bank“. Die Laufzeit des Darlehens betrug 84 Monate, die monatliche Rate betrug 184,89 €, wobei die erste Rate am 30.11.2017 fällig war. Nach seiner Erklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Kl. das Darlehen zum 31.03.2022 vorzeitig abgelöst. Zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung am 17.05.2022 hatte das Fahrzeug einen Tachostand von 110.448 km.

Das Fahrzeug des Kl. ist nicht von einem verpflichtenden Rückruf des Kraftfahrtbundesamts (KBA) betroffen. Unstreitig ist die Rate der Abgasrückführung u.a. abhängig von der Außentemperatur (sog. Thermofenster). Nach dem Vortrag der Bekl. kommt die Verringerung der Abgasrückführungsrate bei Außentemperaturen unterhalb von - 24 °C bzw. oberhalb von + 70 °C zum Tragen.

Der Kl. hat die Auffassung vertreten, die Bekl. sei ihm wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zum Schadenersatz verpflichtet.

Das Thermofenster sei eine unzulässige Abschalteneinrichtung. Weiter hat er behauptet, in seinem Fahrzeug seien darüber hinaus auch andere unzulässige Abschalteneinrichtungen verbaut, nämlich eine Zyklus-/Prüfstandserkennung und eine Aufwärmstrategie. Zudem habe die Bekl. prüfstandsbezogen das Onboard-Diagnose-System (OBD) manipuliert, weiter das Ladeverhalten der Batterie sowie Manipulationen am Getriebe vorgenommen. Letztlich sei in der Motorsteuerung seines Fahrzeugs eine sog. Fahrkurvenerkennung hinterlegt.

Die Bekl. hat das Vorhandensein unzulässiger Abschalteneinrichtungen bestritten. Insbesondere sei im klägerischen Fahrzeug zu keinem Zeitpunkt eine Fahrkurvenerkennung hinterlegt gewesen.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Kl. habe schon ein sittenwidriges Handeln der Bekl. nicht substantiiert dargelegt. Der Verbau eines Thermofensters reiche für die Annahme eines sittenwidrigen Verhaltens ebenso wenig aus wie die etwaige Programmierung einer Fahrkurvenerkennung, zumal diese jedenfalls nicht grenzwertrelevant sei. Auch im Übrigen sei der klägerische Vortrag nicht durchgreifend.

Dagegen wendet sich der Kl. mit der Berufung unter weitgehender Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens, wobei er insbesondere auf eine Entscheidung des OLG Köln vom 10.03.2022 (24 U 112/21) verweist.

Die Bekl. trägt unter Verteidigung des angefochtenen Urteils auf Zurückweisung der Berufung an.

Der Senat hat den Kl. ergänzend persönlich gemäß § 141 ZPO angehört.

#### **Aus den Gründen:**

Die Berufung des Kl. hat keinen Erfolg. Berufungsgründe im Sinne von § 513 Abs. 1 ZPO liegen nicht vor. Vielmehr hat das Landgericht im Ergebnis zutreffend die Klage abgewiesen.

Die Erfolglosigkeit der Berufung des Kl. beruht weder darauf, dass die erstinstanzlich in erster Linie erhobene Feststel-

lungsklage von vornherein mangels Feststellungsinteresses unzulässig war

(vgl. BGH VI a ZR 122/21, Urteil vom 02.05.2022),

noch darauf, dass der Kl. bzw. seine Prozessbevollmächtigte es verabsäumt haben, die Berufungsanträge den Realitäten – nämlich der Tatsache, dass der Kl. den zur Finanzierung des Fahrzeugkaufes dienenden Kredit bereits Ende März 2022 vollständig abgelöst hat – anzupassen.

Vielmehr stehen dem Kl. gegen die Bekl. Ansprüche aus § 826 BGB – der einzig ernsthaft in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage – im Hinblick auf den Kauf seines Fahrzeugs unter keinem Gesichtspunkt zu.

Für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB ist nämlich in einer Gesamtschau dessen Gesamtcharakter zu ermitteln. Sittenwidrig ist demnach ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch die umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft

(BGH, Urteil v. 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19).

Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann

(vgl. BGH, Urteil v. 19.11.2013, Az. VI ZR 336/12).

Dabei kann sich die Verwerflichkeit auch aus einer bewussten Täuschung ergeben

(vgl. BGH, Urteil v. 28.06.2016, Az. VI ZR 536/15).

Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht

(grundlegend dazu BGH, Urteil v. 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19 m.w.N.).

Nach diesen Maßstäben ergeben sich aus dem Vortrag des Klägers sowie den getroffenen Feststellungen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass das Verhalten der Bekl. in diesem Sinne als sittenwidrig zu qualifizieren bzw. entsprechender Vorsatz nachzuweisen ist. Dieses trifft zwar für das Herstellen und Inverkehrbringen von Fahrzeugen mit manipulierter Motorensteuerung zu, wie z.B. den VW Dieselmotor EA 189, der nur bei erkanntem Prüfzyklus in einen besonderen Betriebsmodus schaltete, in dem die Abgasgrenzwerte ausnahmsweise eingehalten wurden und damit die Täuschungsabsicht und die Verwerflichkeit auf der Hand lagen

(vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19).

Hier geht es aber nicht um den Motortyp EA 189, sondern um das Nachfolgeaggregat EA 288 SCR Euro 6 mit unstreitig anderer Steuerungssoftware und Abgasreinigungstechnik.

Eine Haftung nach § 826 BGB kommt außerdem dann nicht mehr in Betracht, wenn die erste potenzielle schadenursächliche Handlung und der Eintritt des Schadens zeitlich auseinanderfallen und der Schädiger sein Verhalten zwischenzeitlich nach außen erkennbar geändert hat

(BGH, Urteil v. 23.03.2021, VI ZR 1180/20, amtl. Leitsatz).

#### Im Einzelnen:

##### 1. Thermofenster

Insoweit bemängelt der Kl., dass die Steuerung des in seinem Fahrzeug verbauten Motors temperaturgesteuert die zur Verringerung des NOx-Ausstoßes eingesetzte Abgasrück-

führung in die Verbrennung des Motors außerhalb eines bestimmten Temperaturbereichs (sogenanntes Thermofenster) herunterschaltet bzw. ganz abschaltet. Konkret stützt der Kl. die Berufung darauf, dass im Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs ein Thermofenster verbaut sei, das bei Temperaturen unter 24° bzw. über 70 °C die Abgasreinigung nicht mehr voll durchführen lasse.

Ob es sich bei einem Thermofenster, insbesondere bei einem „weiten“ Thermofenster wie hier, um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/07 handelt, kann im Ergebnis offenbleiben. Selbst wenn man zu Gunsten des Kl. unterstellt, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizieren ist, reicht der darin liegende – unterstellte – Gesetzesverstoß nicht aus, um das Gesamtverhalten der Bekl. als sittenwidrig zu qualifizieren und einen entsprechenden Vorsatz der Bekl. nachzuweisen.

Ein derart vorsätzliches, sittenwidriges Verhalten kann vielmehr nur dann angenommen werden, wenn über die bloße Kenntnis von dem Einbau einer Einrichtung mit der in Rede stehenden Funktionsweise in den streitgegenständlichen Motor hinaus zugleich auch Anhaltspunkte dafür erkennbar wären, dass dies von Seiten der Bekl. in dem Bewusstsein geschah, hiermit möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen wurde, um eine tatsächlich nicht gerechtfertigte Typgenehmigung zu erlangen

(vgl. BGH, Beschluss v. 19.01.2021, Az. VI ZR 433/19).

Insoweit kann der Kl. sich nicht mit Erfolg auf die hinsichtlich des von der Bekl. entwickelten Motors Typ EA 189 ergangene Rechtsprechung

(grundlegend BGH, Urteil v. 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19)

verweisen. Die Implementierung einer zum Zwecke der Erkennung der Prüfstandssituation entwickelten Software, die ausschließlich in diesen Fällen das Emissionsverhalten des Fahrzeugs verändert, stellt sich als qualitativ vollständig anders dar als ein temperaturabhängiges Abgasrückführungssystem, welches vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand, und bei dem Gesichtspunkte des Motor- bzw. des Bauteilschutzes als technische Rechtfertigung plausibel und nachvollziehbar angeführt werden können. In derartigen Fällen kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die verantwortlichen Organe der Bekl. von einer – möglicherweise – letztlich unzutreffenden, aber dennoch vertretbaren und im Übrigen auch von den im Überprüfungsverfahren involvierten staatlichen Stellen geteilten Gesetzesauslegung und -anwendung ausgegangen sind. Der Senat schließt sich insoweit der entsprechenden obergerichtlichen Rechtsprechung an

(vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 15. April 2021 – 1 U 328/19; OLG München, Beschluss v. 10.02.2020, Az. 3 U 7524/19; OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2019, Az. 3 U 148/18; OLG Stuttgart, Urteil v. 30.07.2019, Az. 10 U 134/19),

nach der bereits die kontrovers geführte Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahmvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO (EG) 2007/715 zeigt, dass die Gesetzeslage an dieser Stelle nicht unzweifelhaft und eindeutig ist. Konsequenz dieser Unschärfe der europäischen Regelung könnte sein, dass unter Berufung auf den Motorschutz die Verwendung von Abschaltvorrichtungen letztlich stets dann gerechtfertigt war, wenn von Seiten des Fahrzeugherstellers nachvollziehbar dargestellt wird, dass ohne die Verwendung einer solchen Einrichtung dem Motor Schaden droht. Dies gilt jedenfalls für den vorliegend maßgeblichen Zeitpunkt der Entwicklung und Produktion des streitgegenständlichen Motors EA 288,

bei dem eine Konkretisierung der Voraussetzungen gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG durch die Entscheidung des EuGH v. 17.12.2020 (Az. C-693/18, Celex-Nr. 62018CJ0693) noch nicht erfolgt war.

Schließlich hat auch der BGH hinsichtlich der Thermofensterproblematik inzwischen festgestellt, dass die Entwicklung und der Einsatz der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) nicht mit der Verwendung der im Motor EA 189 verwendeten Prüfstandssoftware zu vergleichen ist und für sich genommen nicht ausreicht, um einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) zu begründen

(BGH, Beschluss v. 19.01.2021, Az. VI ZR 433/19; Beschluss vom 09.03.2021, Az. VI ZR 889/20).

Anders als die sog. Umschaltlogik bei VW-Motoren vom Typ EA-189 unterscheidet sich selbst bei erkanntem Prüfstandsbetrieb das Abgasverhalten des Fahrzeuges aufgrund des Thermofensters nicht von demjenigen im Straßenbetrieb, vielmehr arbeitet es in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen entspricht die Rate der Abgasrückführung im normalen Fahrbetrieb nämlich derjenigen auf dem Prüfstand

(vgl. BGH, Urteil v. 09.03.2021, VI ZR 889/20, Rn. 27 m.w.N.).

Insoweit ist auch nicht erkennbar, dass allein die Implementierung eines Thermofensters auf eine Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielen würde; vielmehr ist allgemein bekannt, dass viele Dieselfahrzeuge (auch anderer Hersteller) über ein Thermofenster verfügen.

Im Übrigen fehlt es auch an der hinreichenden Darlegung einer etwaigen Zurechnung nach §§ 826, 31 BGB. Dazu fehlt bislang konkreter Vortrag des Kl. über die bei der Entwicklung des Motors Typ EA 288 bei der Bekl. erfolgte Entscheidungsprozesse sowie die inhaltliche Auseinandersetzung der Organe der Beklagten mit den Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007. Gleiches gilt für eine etwaige Täuschung des KBA im Genehmigungsverfahren. Es ist weder vorgetragen noch ansatzweise ersichtlich, dass die Bekl. im Genehmigungsverfahren bewusst in Täuschungsabsicht unzutreffende Angaben zu dem Thermofenster gemacht haben könnte. Deshalb kommt eine sekundäre Darlegungslast der Bekl. im Hinblick auf ihre internen Entscheidungsvorgänge hier auch nicht in Betracht

(OLG Bamberg, Urteil vom 15. April 2021, 1 U 328/19, Juris Rn. 33; OLG Dresden, Urteil vom 09.07.2019, 9U 567/19).

Dies würde auf eine Umkehr der Beweislast hinauslaufen, die das Gesetz nicht vorsieht

Die Implementierung eines Thermofensters kann deshalb keine Grundlage für einen Anspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung sein.

## 2. Fahrkurvenerkennung bzw. Zykluserkennung

Aufgrund des substantiierten zweitinstanzlichen Vorbringens der Bekl., die insoweit ergänzend im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf die als Anlage B6 zur Akte gereichte Applikationsrichtlinie EA 288 (dort Seite 5) verwiesen hat, steht fest, dass in der Motorsteuerung des klägerischen Fahrzeugs eine Fahrkurvenerkennung niemals programmiert bzw. hinterlegt war. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Bekl. ist das streitgegenständliche Fahrzeug bereits am 14.04.2016 produziert worden. Die Applikationsrichtlinie EA 288 für SCR-Fahrzeuge sah vor, dass bereits ab KW 47/2015 entsprechende Fahrzeuge nicht mehr mit einer Fahrkurve versehen werden sollten. Substantiiert ist der Kl. dem entsprechenden Vortrag der Bekl. nicht entgegengetreten, obwohl es in seiner Darlegungs- und ggf. Beweislast steht, das Vorhandensein vermeintlicher unzulässiger Abschaltvor-

richtungen zu beweisen. Der Senat geht deshalb davon aus, dass in dem Fahrzeug des Kl. keine Fahrkurvenerkennung mehr verbaut worden ist.

Auf die Frage der „Grenzwertkausalität“ der Fahrkurvenerkennung kommt es damit gar nicht an; dies unterscheidet den vorliegenden Fall grundsätzlich von demjenigen, der der Entscheidung des 24. Zivilsenats des OLG Köln vom 10.3.2022 (24 U 112/21) zugrunde lag. In jenem Verfahren hatte der Kl. das streitgegenständliche Fahrzeug als Neufahrzeug am 8.4.2015 erworben, eine Fahrkurve war dort unstrittig hinterlegt.

Selbst wenn aber – wie nicht – im klägerischen Fahrzeug ursprünglich eine Fahrkurve hinterlegt gewesen wäre, würde dies der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen.

Die Bekl. hat – gerichtsbekannt – unmittelbar nach Bekanntwerden des sog. Dieselskandals anhand des Motors vom Typ EA-189, das Vorhandensein der Fahrkurvenerkennung im Motortyp EA-288 gegenüber dem KBA als Zulassungsbehörde offengelegt. Die Beklagte hat schon am 2.10.2015 das zuständige KBA über die Fahrkurvenerkennung/Zykluserkennung informiert und ab November 2015 damit begonnen, jene Software mittels eines Software-Updates zu entfernen bzw. bei neuen Fahrzeugen spätestens ab dem Modell SOP 22/2016 nicht mehr zu verwenden. Sie hat darüber hinaus mit dem KBA eine Klärung darüber herbeigeführt, ob jene Software als unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizieren sei. Es ist unstrittig, dass das KBA die Fahrkurvenerkennung in der Folgezeit nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung qualifiziert hat und dies auch immer noch nicht tut

(vgl. Anl. BE 9, Auskunft vom 31.08.2021),

denn anderenfalls müssten entsprechende Betriebsstilllegungen drohen. Das bindet zwar die Zivilgerichte nicht, ist aber gleichwohl für vermeintliche Ansprüche des Kl. aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB von indizeller Bedeutung. Wenn schon die zuständige Aufsichtsbehörde kein Einschreiten für geboten hielt, käme der Bekl. zumindest ein Vorsatz ausschließender Verbotsirrtum zu Gute.

Im Übrigen hatte die Bekl. bereits rund zwei Jahre vor Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeuges durch den Kl. ihr Verhalten nach außen hin im oben dargestellten Sinne verändert, sodass es in der Gesamtschau nicht mehr als sittenwidrig i.S.v. § 826 BGB qualifiziert werden kann

(vgl. BGH VI ZR 5/20, Urteil vom 30.07.2020; BGH VI ZR 839/20, Urteil vom 23.11.2021; OLG Schleswig, Urteil vom 13.07.2021, 7 U 188/20, juris).

3. Die Behauptungen des Kl. zu weiteren vermeintliche Abschaltvorrichtungen sind entweder ersichtlich nicht auf den hier vorliegenden Fahrzeugtyp bezogen und betreffen nur bestimmte, von Audi entwickelte Aggregate (Aufwärmstrategie, „Manipulationen“ am Getriebe), oder können schon per definitionem keine Abschaltvorrichtungen i.S. der VO (EG) 715/2007 sein, da sie gar nicht auf das Emissionskontrollsystem einwirken können (OBD, Batterieladeverhalten).

4. Dem Kl. steht auch kein Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 VO (EG) 715/2007 zu. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bzw. Art. 5 VO (EG) 715/2007 stellen keine Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB dar, da das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, nicht im Aufgabenbereich dieser Normen liegt. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber mit den genannten Vorschriften (auch) einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und speziell des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts der einzelnen Käufer bezweckte und an die (auch fahrlässige) Erteilung einer inhaltlich unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung einen

gegen den Hersteller gerichteten Anspruch auf Rückabwicklung eines mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrags hätte knüpfen wollen

(vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, Az. VI ZR 5/20 und Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19).

5. Mangels Schadenersatzanspruches dem Grunde nach greifen auch die Feststellungs- und Hilfsanträge nicht; ebensowenig hat der Kl. einen Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten, die ohnehin in Fällen der vorliegenden Art nicht ersatzfähig sind.

## ZPO§§ 319, 91a

- 1. Gegen ein nach § 319 ZPO berichtigungsfähiges Rechtsmittel ist regelmäßig neben dem Antrag auf Berichtigung nach § 319 ZPO auch die Berufung zulässig (h. M.).**
- 2. Nach erfolgter Berichtigung kann der Berufungsführer die Berufung für erledigt erklären. Die Berufung hat nicht als von Anfang an unzulässig zu gelten (str.; entgg. BGH NJW 1994, 2832).**

SchlHOLG, 1. Zivilsenat, Urteil vom 8. Juli 2022 – 1 U 68/21 –, Dr. Hi.

*Der Kl. erwarb am 16.10.2017 bei einem am Rechtsstreit nicht beteiligten Händler einen gebrauchten Pkw ... zum Preis von 25300 €. In dem Pkw ist ein von der Bekl. entwickelter Motor ... verbaut. Der Motor verfügt über eine Prüfzykluserkennung, die das KBA als unzulässig beanstandete. Mit der Klage hat der Kl. von der Bekl. Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, zuletzt berechnet mit 15289,19 €, und die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1072,77 € verlangt. Zudem hat er die Feststellung des Annahmeverzugs der Bekl. beantragt. Die Bekl. ist der Klage entgegengetreten.*

*Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 8.7.2021, dem Kl. zugestellt am 15.7.2021 ausweislich des Tenors in Höhe von 6914,94 € nebst 633,94 € Rechtsverfolgungskosten stattgegeben und auch die begehrte Feststellung ausgesprochen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Höhe des in der Hauptsache ausgeurteilten Betrages hat es aus dem Kaufpreis abzgl. einer Nutzungsentschädigung errechnet. Die dem zugrunde liegende Berechnung hat es in der Urteilsbegründung (UA S. 10) im Einzelnen dargelegt. Die Kosten hat das Landgericht zu 55 % dem Kl. und zu 45 % der Bekl. auferlegt.*

*Mit Schriftsatz vom 26.7.2021 hat der Kl. die Berichtigung zweier s. E. offener Unrichtigkeiten beantragt. Dem Kl. seien richtigerweise 15282,05 € zuzusprechen und die Kosten der Bekl. aufzuerlegen. Am 13.8.2021 hat er Berufung eingelegt. Innerhalb der bis zum 15.10.2021 verlängerten Frist zur Berufungsbegründung hat er am 14.10.2021 die Berufung für erledigt erklärt, nachdem das Landgericht das Urteil mit Beschluss vom 18.8.2021 antragsgemäß berichtigt hatte. Der Senat hat die Bekl. auf die Zustimmungsfiktion nach § 91 a Abs. 1 S. 2 ZPO hingewiesen. Der Zugang des Hinweises ist nicht nachweisbar. Die Bekl. hat der Erledigungserklärung mit Schriftsatz vom 20.12.2021 widersprochen.*

*Der Kl. meint, dass die Berufung zunächst zulässig gewesen sei. Er habe gegen das unrichtige Urteil Berufung einlegen müssen, um eine ihn belastende Kostenentscheidung zu vermeiden. Er habe nicht sicher davon ausgehen können, dass das Landgericht seinem Berichtigungsantrag stattgeben werde. Erst mit Erlass des Berichtigungsbeschlusses sei seine Beschwer weggefallen, wodurch sich die Berufung erledigt habe. Sie wäre auch begründet gewesen, weil ihm nach*

der zutreffenden landgerichtlichen Urteilsbegründung, auf die verwiesen werde, ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 15282,06 € Bekl. zustünde.

Die Bekl. meint, dass der Kl. keinen Anlass zur Berufung gehabt habe. Es wäre daher unbillig, ihr die Kosten aufzuerlegen. Der Kl. hätte erkennen und darauf vertrauen können, dass sein Antrag auf Urteilsberichtigung nach § 319 ZPO Erfolg haben werde. Das Landgericht habe in der Urteilsbegründung die für seine Berechnungen maßgeblichen Parameter einzeln aufgeführt. Aufgrund des sodann folgenden Rechenfehlers seien Hauptsachetenor und Kostenentscheidung unrichtig gewesen. Es handele sich dabei um offenbare Unrichtigkeiten i. S. d. § 319 ZPO

## Aus den Gründen

Es ist über die Erklärung des Kl. zu entscheiden, das Rechtsmittel der Berufung für erledigt zu erklären.

1. Zu entscheiden ist durch Urteil, nicht durch Beschluss nach § 91 a ZPO. Die Erledigungserklärung ist einseitig geblieben. Es ist nicht nachweisbar, wann der Bekl. die Erledigungserklärung sowie der Hinweis des Senats auf die Rechtsfolgen eines ausbleibenden Widerspruchs nach § 91 a Abs. 1 S. 2 ZPO zugegangen ist. Ihr schriftsätzlicher Widerspruch ist deshalb als fristgerecht zu behandeln, die Zustimmungsfiktion greift nicht ein.

2. Die einseitige Erklärung der Erledigung eines Rechtsmittels durch den Rechtsmittelführer ist nach ganz h. M. jedenfalls dann zulässig, wenn hierfür ein Bedürfnis besteht, weil nur auf diese Weise eine angemessene Kostenentscheidung zu erzielen ist

(BGH NJW-RR 2019, 317, 318 Rn. 10; BGH NJW-RR 2009, 855 Rn. 4; BeckOK ZPO/Jaspersen, Stand 1.12.2021, § 91a Rn. 95; MüKo ZPO/Schulz, 6. Aufl. 2020, § 91a Rn. 111 f, 114; Prütting/Gehrlein/Hausherr, 13. Aufl. 2021, § 91a Rn. 68; Thomas/Putzo/Hüßtege § 91a Rn. 8a; Zöller/Althammer, 34. Aufl. 2022, § 91a Rn. 19; grdstz. ablehnend Stein/Jonas/Mutthorst, 23. Aufl. 2016, § 91a Rn. 61, ausnahmsweise im Berichtigungsfall ebd./Althammer, 23. Aufl. 2018, § 319 Rn. 31).

So ist es hier, weil die Beschwer des Kl. infolge der Urteilsberichtigung entfallen ist. Spätestens damit kann die Berufung nicht mehr zulässig sein. Wollte der Kl. der Zurückweisung der Berufung durch Rücknahme entgegen, wären ihm zwingend die Kosten aufzuerlegen (§ 516 Abs. 3 ZPO). Nur mithilfe einer Erledigungserklärung kann er seiner Kostenlast entgegen.

3. Die Erledigung der Berufung ist festzustellen, wenn diese ursprünglich zulässig und begründet war

(MüKo ZPO/Schulz § 91a Rn. 114; Zöller/Althammer § 91a Rn. 40).

a) Jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Urteilsberichtigung war die Berufung zulässig.

Im Grundsatz ist anerkannt, dass ein Rechtsschutzbedürfnis an der Berufung gegen ein Urteil auch dann besteht, wenn die beanstandete Unrichtigkeit durch eine Berichtigung nach § 319 ZPO beseitigt werden könnte. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Erfolg des Berichtigungsverfahrens innerhalb der Berufungsfrist noch offen ist

(BGH MDR 1977 Rn. 5, 7; Prütting/ Gehrlein/Thole § 319 Rn. 11; Stein/ Jonas/Althammer § 319 Rn. 30; Thomas/Putzo/Seiler § 511 Rn. 6; Zöller/ Feskorn § 319 Rn. 33).

Teilweise wird allerdings eingeschränkt, dass ein Rechtsschutzbedürfnis dann nicht bestünde, wenn es sich zweifelsfrei um eine nach § 319 ZPO zu berichtigende Unrichtigkeit handele

(OLG Frankfurt/M. BeckRS 2020, 34230 Rn. 36; BeckOK ZPO/Elzer § 319 Rn. 67; Wieczorek/ Schütze/Rensen, 4. Aufl. 2015, § 319 Rn. 17).

Daran wäre hier zu denken. Es war offensichtlich, dass der ausgerichtete Zahlungsbetrag auf einem Rechenfehler beruh-

te. Nach den in der Urteilsbegründung (UA S. 10) aufgeführten Berechnungsgrundlagen konnte der als Nutzungsentschädigung ermittelte Betrag nicht richtig sein, wie ausführlich auch im Berichtigungsantrag dargelegt wird.

Andererseits konnte der Kl. nicht sicher sein, dass das Landgericht seinem Antrag entsprechend nur das Schreibversehen bei der Bezifferung des Kaufpreises (23500 € statt richtigerweise 25300, €) und das errechnete Ergebnis für die zu erwartende Restlaufzeit (113649 km statt richtigerweise 188150 km) berichtigen werde. Er konnte nicht ausschließen, dass das Landgericht auch die in die Rechnung eingeflossene Gesamtleistung von 350000 km als Schreibversehen behandelte. Mit den die Berechnung des Nutzungsvorteils einleitenden Ausführungen (UA S. 10) wäre jede andere Zahl oberhalb der von der Bekl. zugestandenen 250000 km zu rechtfertigen. In Betracht kam insbesondere, dass das Landgericht die Gesamtleistung richtigerweise mit 300000 km hat einschätzen wollen. Diesen Ansatz jedenfalls hatte das OLG Koblenz gewählt, auf das sich das Landgericht in diesem Zusammenhang ausdrücklich bezieht

(OLG Koblenz NJW 2019, 2237, 2246 Rn. 88).

Die – ebenfalls im angefochtenen Urteil genannte – Revisionsentscheidung des BGH

(NJW 2020, 1962, 1972 Rn. 83)

hatte an diesem Ansatz revisionsrechtlich keine Bedenken. Aus den weiteren Ausführungen des angefochtenen Urteils konnte der Kl. keinen sicheren Anhaltspunkt dafür gewinnen, dass das Landgericht den aufgeführten Entscheidungen nur dem Grunde, nicht aber der Höhe nach folgen wollte.

Konnte sich der Kl. somit nicht darauf verlassen, dass sein Berichtigungsantrag vollen Erfolg haben werde, kann ihm ein Rechtsschutzbedürfnis an der Berufung nicht abgesprochen werden.

b) Mit der Berichtigung durch Beschluss vom 18.8.2021 wurde die Berufung vollen Umfangs unzulässig, auch wenn der Berichtigungsbeschluss unvollständig ist und die Unrichtigkeiten des Urteils nur teilweise beseitigt hat.

aa) Der Kl. hatte auch eine Berichtigung der Kostenentscheidung beantragt. Diesen Teil des Antrags hat das Landgericht schlicht übergangen. Obwohl damit die Beschwer des Kl. teilweise unverändert fortbesteht, ist die Berufung auch insoweit unzulässig geworden. Gegen die Kostenentscheidung allein nämlich könnte der Kl. zulässigerweise keine Berufung einlegen (§ 99 Abs. 1 ZPO). Nachdem die Beschwer wegen der unrichtigen Hauptsacheentscheidung weggefallen und die Berufung insoweit unzulässig geworden ist, ist die Berufung notwendigerweise auch unzulässig geworden, soweit sie sich gegen die Kostenentscheidung richtet.

bb) Unberichtigt gelassen hat das Landgericht auch den erkennbar falschen Ausspruch zur Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Die Kosten werden im Urteil unrichtig auf der Grundlage eines Gegenstandswertes von bis zu 7000 € errechnet (UA S. 11, Ziff. III). Auch hierin liegt eine Auswirkung des dem Landgericht unterlaufenen Versehens bei der Berechnung des begründeten Schadensersatzanspruchs. Richtigerweise hätten die Rechtsanwaltskosten nach Berichtigung der Hauptsachetenorierung nach einem Gegenstandswert von 15282,06 € neu berechnet werden müssen. Der Kl. hatte dies zwar nicht beantragt; erkannte Unrichtigkeiten sind aber nach § 319 ZPO antragsunabhängig von Amts wegen zu berichtigen.

Auch insoweit ist der Kl. durch das unrichtige Urteil demnach weiterhin beschwert. Für die Frage der Zulässigkeit der Berufung bleibt dies jedoch außer Betracht, denn diese Unrichtigkeit war nicht Gegenstand der Berufung. Die Be-

rufungsschrift enthält keinen eigenen Antrag. Die anlässlich der Erledigungserklärung eingereichte Berufungsbegründung nimmt auf den Berichtigungsantrag und die ihm entsprechende Entscheidung des Landgerichts Bezug. Sachgerecht kann der Schriftsatz nur so ausgelegt werden, dass der Kl. das Urteil nur in dem Umfang mit der Berufung hat angreifen wollen, in dem er einen Antrag auf Berichtigung nach § 319 ZPO gestellt hatte. Dieser Antrag umfasste, wie erwähnt, nicht auch den Antrag auf Berichtigung des Ausspruchs zur Erstattung der Rechtsanwaltskosten.

c) Die Berichtigung des angefochtenen Urteils hat zur Erledigung der Berufung geführt, weil sie hierdurch nachträglich unzulässig geworden ist.

aa) Diese Frage ist allerdings umstritten.

Die bindende Berichtigung nach § 319 ZPO wirkt auf den Zeitpunkt des Erlasses der berichtigten Entscheidung zurück. Diese ist grundsätzlich so zu behandeln, als habe sie von vornherein in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses bestanden

(Wieczorek/Schütze/Rensen § 319 Rn. 40).

Dies soll nach einer Auffassung zur Folge haben, dass sich ein zunächst vermeintlich wirksam eingelegtes Rechtsmittel später als unzulässig erweisen könne

(BGH NJW 1994, 2832, 2834 unter Ziff. 2; dem folgend Thomas/Seiler/ Putzo § 511 Rn. 6).

Wer ein Rechtsmittel vor der Berichtigung eingelegt habe, könne nicht verlangen, dass im Rechtsmittelverfahren auch nach der Berichtigung noch von der ursprünglichen – unrichtigen – Fassung der Entscheidung ausgegangen wird. Das Rechtsmittel sei vielmehr so zu behandeln, als habe es von Anfang an die berichtigte Entscheidung angegriffen. Es sei wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses damit als von Anfang an unzulässig anzusehen

(BayObLG 1968, 190, 194 f unter Ziff. 3).

Eine andere Auffassung sieht in der Berichtigung einen nachträglichen Wegfall der Beschwer des Rechtsmittelführers und damit einen Fall der Erledigung

(OLG Frankfurt/M. BeckRS 2020, 34230 Rn. 35; OLG Karlsruhe OLGR 2002, 56 Rn. 6; Prütting/Gehrlein/Hauserr § 91a Rn. 68; Zöller/ Althammer § 91a Rn. 19; Stein/Jonas/Althammer § 319 Rn. 31; wohl ebenso BeckOK ZPO/Elzer § 319 Rn. 68; unklar MüKo ZPOI/Schulz § 91a Rn. 112 a. E.).

bb) Die zweite Auffassung hält der Senat für vorzugswürdig. Nur sie steht im Einklang mit der Anerkennung der Berufung als eines zulässigen Rechtsmittels gegen ein nach § 319 ZPO berichtigungsfähiges Urteil. Die für die Zulässigkeit der Berufung erforderliche Beschwer ergibt sich aus der Ungewissheit über den Ausgang des Berichtigungsverfahrens. Sie ergibt sich zudem aus dem den Berufungsführer belastenden Rechtsschein, der von dem unrichtigen Urteil ausgeht. Diese Umstände entfallen nicht nachträglich durch die Berichtigung. Die Berichtigung wirkt rechtlich zwar auf den Zeitpunkt des Erlasses der berichtigten Entscheidung zurück. Es handelt sich dabei aber nur um eine Rechtsfolge, die rein tatsächlich eingetretene Umstände wie die Ungewissheit über den Verfahrensausgang und den missverständlichen Rechtsschein nicht rückwirkend wieder beseitigen kann. Es ist deshalb zu kurz gegriffen, nur auf die rückwirkende Rechtsfolge der Berichtigung abzustellen.

Der Gedanke, dass auch eine Entscheidung, die als rechtlich nicht existent zu behandeln ist – wie dies letztendlich für das ursprünglich unrichtige, nach § 319 ZPO berichtigte Urteil gilt –, eine Beschwer begründet kann, gegen die der Belastete mit Rechtsmitteln vorgehen kann, ist dem Prozessrecht auch nicht fremd. Es ist anerkannt, dass gegen unwirksame Entscheidungen („Scheinurteile oder -beschlüsse“) das statt-

hafte Rechtsmittel gegeben ist, weil die Parteien ein schützenswertes Interesse daran haben, den Rechtsschein einer Entscheidung zu beseitigen

(Senat, U. v. 21.05.2021 - 1 U 93/20 - unter Ziff. 2).

Das Rechtsmittel wird in solchen Fällen zugelassen, obwohl die angegriffene Entscheidung rein rechtlich nie existierte. Nichts anderes kann bei einem berichtigungsfähigen, zunächst aber unrichtigen Urteil gelten, solange der von ihm ausgehende Rechtsschein zu Lasten des Rechtsmittelführers besteht.

4. ...

Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts und damit die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO), denn die Entscheidung des Senats steht im Widerspruch zu der oben genannten Rechtsprechung des BGH

(NJW 1994, 2832, 2834 unter Ziff. 2),

wonach die Berichtigung einer angefochtenen Entscheidung als von vornherein unzulässig zu gelten hat.

## **GNotKG Nr. 11101 KV, § 79**

- 1. Die Festsetzung des der Jahresgebühr Nr. 11101 KV GNotKG zugrunde zu legenden Vermögenswerts ist entsprechend § 79 GNotKG zulässig.**
- 2. Wird im Kostenansatzverfahren die Bestimmung des maßgeblichen Wertes erforderlich, ist das Kostenansatzverfahren bis zur Entscheidung über die Wertfestsetzung auszusetzen.**

LG Lübeck, 7. Zivilkammer, Beschluss v. 14. Dezember 2021 – 7 T 299/21 –, Fö.

*Für den Betroffenen besteht langjährig eine Betreuung.*

*Dem Betroffenen ist unter dem 30.9.2019 eine Gerichtskosten-Jahres-Rechnung (Nr. XVII) erteilt worden. Als Wert sind EUR 20228818 zugrunde gelegt worden. Die Gebühr Nr. 11101 KV GNotKG ist mit EUR 40460 angesetzt worden. Hinzu sind Auslagen von EUR 25,85 gekommen.*

*Hiergegen hat der Betreuer mit Schriftsatz vom 8.10.2019 Erinnerung erhoben. Der Bezirksrevisor bei dem Landgericht Lübeck hat mit Schriftsatz vom 6.1.2020 zur Erinnerung Stellung genommen. Hierauf hat der nunmehr anwaltlich vertretene Betroffene mit Schriftsatz vom 5.3.2020 erwidert.*

*Unter dem 9.9.2020 ist eine Gerichtskosten-Jahres-Rechnung (Nr. XVIII) erteilt worden. Als Wert sind EUR 18418207 zugrunde gelegt worden. Die Gebühr Nr. 11101 KV GNotKG ist mit EUR 36840 angesetzt worden. Hinzu sind Auslagen von EUR 18,01 gekommen.*

*Hiergegen hat der anwaltlich vertretene Betroffene mit Schriftsatz vom 22.9.2020 Erinnerung erhoben. Diese hat er mit Schriftsatz vom 1.10.2020 näher begründet. Der Bezirksrevisor bei dem Landgericht Lübeck hat mit Schriftsatz vom 17.12.2020 zur Erinnerung Stellung genommen und eine Wertfestsetzung beantragt. Das Amtsgericht hat mit Verfügung vom 3.3.2021 darauf hingewiesen, dass es nicht von einer Verfassungswidrigkeit der einschlägigen Vorschriften im GNotKG ausgehe. Hierzu hat der Betroffene mit Schriftsatz vom 14.4.2021 Stellung genommen.*

*Das Amtsgericht hat durch Beschluss vom 30.4.2021 auf die Erinnerungen vom 8.10.2019 und 22.9.2020 die Kostenrechnungen vom 30.9.2019 und 9.9.2020 abgeändert und für die Jahresgebühr 2019 den Wert abzüglich Freibetrag auf EUR 19282401,48 und für die Jahresgebühr 2020 den Wert abzüglich Freibetrag auf EUR 18418207,06 festgesetzt. Im Übrigen hat es die Erinnerungen zurückgewiesen. Auf den Inhalt des Beschlusses wird Bezug genommen.*

Hiergegen wendet sich der Betroffene mit seiner Beschwerde vom 19.5.2021. Diese hat er mit gesondertem Schriftsatz vom 19.5.2021 begründet und hierbei insbesondere die Bemessung der Gerichtsgebühr Nr. 11101 KV GNotKG jedenfalls in der konkreten Anwendung allein nach dem Berechnungsmaßstab des Wertes des Vermögens des Betreuten als verfassungswidrig gerügt.

Das Amtsgericht hat der Beschwerde durch Beschluss vom 17.6.2021 nicht abgeholfen und die Beschwerdesache der Beschwerdekammer des Landgerichts Lübeck zur Entscheidung vorgelegt.

Der Bezirksrevisor hat auf die Beschwerde mit Schriftsatz vom 2.7.2021 erwidert. Eine weitere schriftliche Korrespondenz hat sich angeschlossen.

Durch Beschluss vom 30.11.2021 ist das Beschwerdeverfahren vom Einzelrichter auf das vollbesetzte Kollegium der Beschwerdekammer übertragen worden.

Mit weiterem Beschluss vom 30.11.2021 hat die Beschwerdekammer Hinweise erteilt.

Hierzu hat der Betroffene mit Schriftsatz vom 10.12.2021 Stellung genommen.

### Aus den Gründen:

1. Die Beschwerde ist nach § 81 Abs. 2 S. 1 GNotKG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist die Beschwerde formgerecht eingelegt (vgl. § 81 Abs. 5 S. 1 GNotKG). Die Beschwerde übersteigt den Wert des Beschwerdegegenstands von EUR 200 (vgl. § 81 Abs. 2 S. 1 GKG). Auch eine Beschwerdeberechtigung ist gegeben.

2. Die Beschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

a) Die Erinnerungen sind zulässig. Eine Erinnerungsberechtigung ist gegeben. Dies gilt zweifellos für die Erinnerung vom 22.2.2020 gegen die den Betroffenen persönlich beschwerende Kostenrechnung. Denn die Erinnerung ist ausdrücklich für den Betroffenen erhoben worden.

Die Beschwerdekammer ist der Auffassung, dass es sich auch bei der Erinnerung vom 8.10.2019 um eine Erinnerung des Betroffenen handelt, die in dessen Namen von dem Betreuer eingelegt worden ist. Dies ergibt sich letztlich im Wege der Auslegung. Kostenschuldner der berechneten Gerichtsgebühr ist ausweislich der Gerichtskostenrechnung der Betroffene. Wie in der Erinnerungsschrift deutlich wird, will der Betreuer die Kostenlast (für den Betroffenen) verhindern. Insofern hat der Betreuer, auch wenn es im Wortlaut des Schriftsatzes nicht deutlich formuliert ist, als Vertreter des Betroffenen (§ 1902 BGB) gehandelt. In dieser Eigenschaft ist die Kostenrechnung an ihn als alternativen Rechnungsempfänger durch das Amtsgericht zugeleitet worden. Im Übrigen lässt sich auch der vertiefende Schriftsatz der Bevollmächtigten des Betroffenen vom 5.3.2020 als Erinnerung gegen die Kostenrechnung verstehen; denn mit diesem Schriftsatz wird für den Betroffenen der Kostenrechnung mit dezidierter Begründung entgegengetreten.

b) Die Beschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses vom 30.4.2021.

Das Amtsgericht muss die Erinnerungsverfahren zu den Jahresrechnungen 2019 und 2020 zunächst aussetzen. Es hat dann die Werte für die Jahresgebühren in förmlichen Wertfestsetzungsverfahren zu bestimmen. Nach bestandskräftigem Abschluss sind dann die Erinnerungsverfahren fortzusetzen.

Die Frage des Wertes für die Berechnung der Gerichtsgebühren kann nicht zum Gegenstand des Kostenansatzverfahrens (§§ 18, 81 GNotKG) gemacht werden.

Im Kostenansatzverfahren wird lediglich geprüft, in welcher Höhe Gerichtsgebühren entstanden sind. Die Wertfestsetzung, die für das Kostenansatzverfahren Bindungswirkung entfaltet erfolgt in einem gesonderten Verfahren (§§ 79, 83 GNotKG). Dementsprechend hätte das Kostenansatzverfahren ausgesetzt und das Verfahren auf förmliche Verfahrenswertfestsetzung eingeleitet werden müssen. Insofern schließt sich die Beschwerdekammer der Entscheidung des OLG München BeckRS 2016, 12833 an. Die Literatur teilt die Entscheidung des OLG München ganz überwiegend

(krit. wohl nur Fölsch, MDR 2016, 1369).

Das Verfahren auf förmliche Festsetzung des Verfahrenswerts hat Vorrang gegenüber dem Kostenansatzverfahren. Dieser Grundsatz der Vorrangigkeit des Wertfestsetzungsverfahrens ist in allen Kostenverfahren anerkannt

(so auch vom BGH NJW-RR 2014, 765 in einem Kostenfestsetzungsverfahren).

Gedanken einer möglichen Verfahrensökonomie müssen dann aber – jedenfalls grundsätzlich – zurücktreten

(vgl. zur Ausnahme: BGH NJW-RR 2014, 765, Rn. 9).

In dem hiesigen Beschwerdeverfahren ist zudem zu berücksichtigen, dass der Bezirksrevisor bei dem Landgericht Lübeck ausdrücklich beantragt hat, das förmliche Wertfestsetzungsverfahren einzuleiten.

Dem Erfordernis einer Wertfestsetzung nach § 79 GNotKG in einem gesonderten Wertfestsetzungsverfahren steht nicht entgegen, dass es sich bei dem festzusetzenden Betrag nicht um einen den Tabellen A oder B zugrundeliegenden Geschäftswert handelt, sondern um den Wert des von der Betreuung erfassten Vermögens

(vgl. insoweit auch OLG Köln FGPrax 2019, 189 zu Nr. 11104 KV GNotKG).

Eine Wertfestsetzung entsprechend § 79 GNotKG kommt auch bei Dauerbetreuungen in Betracht, wenn sich die Gebühr nach dem Wert des Vermögens richtet

(vgl. insoweit auch OLG Köln FGPrax 2019, 189 zu Nr. 11104 KV GNotKG; vgl. auch BayObLG Rpfleger 1997, 86 zu § 92 KostO a.F.; a.A. Volpert in: Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 3. Aufl. (2021), Nr. 11101 KV GNotKG, Rn. 53).

Dies bringt zugleich den Vorteil mit sich, dass ein Kostenbeamter im Regelfall nicht mit der Wertermittlung belastet wird

(vgl. insoweit auch OLG Köln FGPrax 2019, 189 zu Nr. 11104 KV GNotKG).

Daran gemessen ist der Beschluss des Amtsgerichts vom 30.4.2021 aufzuheben. Zwar hat das Amtsgericht in seinem Beschluss die Festsetzung von Vermögenswerten tenoriert. Dies ist jedoch im Rahmen des Erinnerungsverfahrens über den Kostenansatz von Gerichtsgebühren erfolgt. Es bedarf jedoch der getrennten Behandlung zwischen Kostenansatz- und Wertfestsetzungsverfahren.

3. Die Beschwerdekammer geht – insoweit für diesen Beschluss nicht entscheidungserheblich – weiterhin davon aus, dass weder die gesetzliche Ausgestaltung der Gebühr Nr. 11101 KV GNotKG noch die konkrete Anwendung in dem konkreten Einzelfall des Betroffenen verfassungswidrig ist. Entscheidungserhebliche Ausführungen der Beschwerdekammer zur Verfassungsmäßigkeit müssen jedoch einem Verfahren über die Beschwerde gegen eine Wertfestsetzung vorbehalten bleiben.

4. Nach § 81 Abs. 8 GNotKG ist das Beschwerdeverfahren gerichtsgebührenfrei. Kosten werden nicht erstattet.

Die weitere Beschwerde wird wegen der grundsätzlichen Bedeutung der hier zur Entscheidung stehenden Frage, ob eine gesonderte Wertfestsetzung nach § 79 GNotKG zulässig ist, zugelassen (§ 81 Abs. 4 S. 1 GNotKG).

**ZPO §§ 91a II 2, 567 II; FamFG § 243**

- 1. Der Wert einer sofortigen Beschwerde gegen eine Kostenentscheidung bemisst sich allgemein – unabhängig von einer dem Beschwerdeführer bewilligten ratenfreien Verfahrenskostenhilfe – nach dem Unterschiedsbetrag zwischen den nach der angefochtenen Entscheidung vom Beschwerdeführer zu tragenden Kosten einerseits und den Kosten, welche der Beschwerdeführer bei Erfolg seiner Beschwerde zu tragen hätte, andererseits.**
- 2. In Unterhaltssachen entscheidet das Gericht über die Verteilung der Kosten des Verfahrens gem. § 243 FamFG nach billigem Ermessen, unabhängig davon, ob das Verfahren durch eine Endentscheidung in der Hauptsache, eine Antragsrücknahme, eine übereinstimmende Erledigungserklärung oder anderweitig beendet worden ist.**
- 3. Eine „Erledigungserklärung“ in einer Unterhaltssache kann bei verständiger Würdigung als Antragsrücknahme auszulegen sein.**

SchIHOLG, 5. Familiensenat, Beschluss vom 13. November 2020  
– 15 WF 200/20 –, St.

*Die sofortige Beschwerde des Ag. vom 15. Oktober 2020 gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Neumünster vom 23. September 2020 ist gem. §§ 113 Abs. 1 FamFG, 91a Abs. 2, 567 ff. ZPO zulässig.*

*Die Beschwerde ist gem. § 569 Abs. 1 ZPO fristgerecht binnen zweier Wochen nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses erhoben worden. Der Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Neumünster ist dem Ag. am 12. Oktober 2020 zugestellt worden, so dass der Eingang der sofortigen Beschwerde am 15. Oktober 2020 fristgerecht erfolgt ist.*

*Der Wert des Beschwerdegegenstands übersteigt gem. § 567 Abs. 2 ZPO auch den Wert von 200 Euro. Zwar ist dem Ag. mit Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Neumünster vom 24. September 2020 ratenfreie Verfahrenskostenhilfe bewilligt worden, so dass angesichts der vom Familiengericht beschlossenen Kostenaufhebung sowohl die dem Ag. entstandenen außergerichtlichen Kosten als auch die hälftig von ihm zu tragenden Gerichtskosten letztlich von der Staatskasse übernommen werden und der Ag. nach dem derzeitigen Sachstand weder außergerichtliche Kosten noch Gerichtskosten zu zahlen hat. Allerdings bestimmt sich der Beschwerdewert losgelöst hiervon allgemein nach dem Unterschiedsbetrag zwischen den nach der angefochtenen Entscheidung vom Ag. zu tragenden Kosten einerseits und den Kosten, welche der Ag. bei Erfolg seiner Beschwerde zu tragen hätte, andererseits. Hinzu kommt, dass der Ag. im Falle einer späteren Aufhebung der Verfahrenskostenhilfebewilligung nach § 124 ZPO oder im Falle einer Änderung der Zahlungsbestimmung nach § 120a ZPO nachträglich noch zur Zahlung der Verfahrenskosten herangezogen werden könnte. Die nach dem angefochtenen Beschluss auf den Ag. entfallenden Verfahrenskosten übersteigen 200 Euro, während bei der vom Ag. erstrebten Auferlegung der Kosten auf die Ast.in keine Kosten auf ihn entfallen würden.*

*Schließlich übersteigt auch der Verfahrenswert in der Hauptsache gem. § 91a Abs. 2 Satz 2 ZPO den Betrag von 600 Euro.*

*Das Amtsgericht - Familiengericht - Neumünster hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 16. Oktober 2020 nicht abgeholfen.*

**Aus den Gründen**

In der Sache hat die sofortige Beschwerde nach vorläufiger Würdigung keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Amtsgericht – Familiengericht – Neumünster die Kosten des Verfahrens gegeneinander aufgehoben.

In Unterhaltssachen entscheidet das Gericht über die Verteilung der Kosten des Verfahrens gem. § 243 FamFG abweichend von den Vorschriften der Zivilprozessordnung nach billigem Ermessen. Dies gilt unabhängig davon, ob das Verfahren durch eine Endentscheidung in der Hauptsache, durch eine Antragsrücknahme, durch eine übereinstimmende Erledigungserklärung oder anderweitig beendet worden ist

(vgl. Bömelburg in: Prütting/ Helms, FamFG, 5. Auflage, 2020, § 243 FamFG, Rn. 7 ff., m.w.N.).

Zwar können im Einzelfall gegebenenfalls die jeweiligen Rechtsgedanken der Kostenvorschriften der Zivilprozessordnung in die Abwägung des Gerichts einbezogen werden, Grundlage der Kostenentscheidung bleibt jedoch in jedem Falle § 243 FamFG, so dass die Kostenentscheidung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

Soweit die Ast.in ihren Unterhaltsantrag mit Schriftsatz vom 17. August 2020 für „erledigt“ erklärt hat, ist diese Erklärung entgegen der Ansicht des Familiengerichts bei verständiger Würdigung als Antragsrücknahme auszulegen. Die Ast.in nimmt in ihrem Schriftsatz Bezug auf die zwischenzeitliche Verabredung der Kindeseltern, dass das Wechselmodell beibehalten werden soll und möchte „vor diesem Hintergrund“ nicht mehr an ihrem Unterhaltsantrag festhalten. Da die Gegenseite mit Schriftsatz vom 21. September 2020 erklärt hat, dass das Verfahren „natürlich jetzt nicht erledigt“ sei, scheidet eine Auslegung als Teil einer übereinstimmenden Erledigungserklärung von vorneherein aus.

Entgegen der Ansicht des Ag.s ist die Erklärung der Ast.in vorliegend auch nicht als einseitige Erledigungserklärung und damit als Antragsänderung in einen Feststellungsantrag auszulegen. Es kann dahinstehen, ob ein Antrag auf Feststellung, dass der ursprüngliche Antrag zulässig und begründet war, in Unterhaltssachen überhaupt zulässig ist

(so OLG Frankfurt, FamRZ 2018, 1929)

oder ob einem solchen Antrag das Feststellungsinteresse fehlt, weil bei der Kostenentscheidung nach § 243 FamFG ohnehin alle relevanten Umstände einschließlich des Eintritts einer Erledigung zu berücksichtigen sind

(so Neumann, Der Wegfall des Anlasses zur Antragseinreichung und die Erledigung in der Hauptsache in Unterhaltsstreitsachen vor dem Hintergrund des § 243 FamFG, FPR 2013, 163, unter Ziffer 4.).

Denn jedenfalls findet sich in der Erklärung der Ast.in vom 17. August 2020 kein Hinweis darauf, dass bei einseitig bleibender Erledigungserklärung eine Antragsänderung in einen Feststellungsantrag beabsichtigt war. Darüber hinaus bestand aus objektiver Sicht für die Ast.in auch keinerlei Veranlassung für eine Antragsänderung in einen Feststellungsantrag. Eine solche Antragsänderung dient in allgemeinen Zivilsachen allein dem Kosteninteresse, da das Gericht dort die Kostenentscheidung nach § 91 ZPO trifft. In Unterhaltssachen findet jedoch wie dargelegt § 243 FamFG Anwendung, so dass die Kostenentscheidung ohnehin nach billigem Ermessen zu treffen ist und in diesem Rahmen alle Umstände des betreffenden Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Für eine Antragsänderung bestand aus Sicht der Ast.in auch deshalb keine Veranlassung, weil diese zu einem erhöhten Gebührenanspruch ihres Verfahrensbevollmächtigten geführt hätte.

Eine Kostenaufhebung entspricht vorliegend gem. § 243 FamFG billigem Ermessen.

Wie sich aus dem vorgelegten Schreiben des Jugendamts der Stadt X. vom 27. Juli 2020 ergibt, haben die Ast.in und der Ag. an diesem Tage beim Jugendamt eine Umgangsvereinbarung geschlossen, wonach A. ab dem 9. August 2020 im 14tägigen Wechsel von den Kindeseltern betreut wird. Vor diesem Hintergrund hat die Ast.in den Antrag auf Verpflichtung des Ag. zur Zahlung von Kindesunterhalt mit Schreiben vom 17. August 2020 für erledigt erklärt. Ob A. vor diesem vereinbarten Wechselmodell von Mitte März bis Ende Juli 2020 bereits paritätisch von den Kindeseltern betreut worden ist und ob und ggf. in welcher Höhe insoweit ein Anspruch auf Kindesunterhalt bestanden hätte, ist offen und betrifft lediglich

einen Zeitraum von viereinhalb Monaten. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der zwischen den Kindeseltern zur Betreuung von A. getroffenen Einigung und dem insoweit erzielten Einvernehmen der Kindeseltern entspricht es vorliegend billigem Ermessen, die Kosten des Verfahrens gegeneinander aufzuheben.

Wenngleich das Amtsgericht – Familiengericht – Neumünster seine Entscheidung damit auf unzutreffende Normen gestützt hat und unzutreffend von einer übereinstimmenden Erledigungserklärung ausgegangen ist, ist die Kostenentscheidung selbst im Ergebnis nicht zu beanstanden.

## Strafrecht

### StGB §§ 73 c, 73 d; StPO §§ 459a, 459 g

- 1. Die Neufassung des § 459 g StPO mit Wirkung ab dem 1. Juli 2021 durch das „Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und Änderung anderer Vorschriften“ vom 25. Juni 2021 (BGBl. 2021 I S. 2099) findet auch auf vor dem 1. Juli 2021 angeordnete Einziehungen des Wertes von Taterträgen Anwendung. Eine Anwendung des vorangegangenen Rechts als „milderes Gesetz“ im Sinne von § 2 Abs. 3 StGB kommt nicht in Betracht (entgegen OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. Mai 2022 – 1 Ws 122/22 –, BeckRS 2022,11716).**
- 2. Die Frage eines Abflusses des Erlangten – „Entreichung“ – kann auch nach neuem Recht die Unverhältnismäßigkeit der (weiteren) Vollstreckung begründen; allerdings bedarf es insoweit einer Gesamtschau aller in Betracht kommenden Belange.**
- 3. Das Tatbestandsmerkmal der Verhältnismäßigkeit genügt, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung zu tragen und besonders den Verurteilten vor unzumutbaren Härten zu schützen.**

SchlHOLG, II. Strafsenat, Beschluss vom 7. Juli 2022 – 2 Ws 63/22 –, Dr. Pr.

1. Der Verurteilte ist durch die 2. große Strafkammer des Landgerichts Kiel – Jugendkammer – mit Urteil vom 22. November 2019 – 2 Kls ... jug. – wegen unerlaubten Handeltriebens mit Betäubungsmittel in nicht geringer Menge in sieben Fällen im Zeitraum von April bis Oktober 2018 zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und einem Monat verurteilt worden. Daneben hat die Kammer die Einziehung von Wertersatz in Höhe von 53 130 € gegen den Verurteilten angeordnet und hierbei den annehmbaren Verkaufserlös – ausgehend von den Angaben des Verurteilten – des tatgegenständlichen Marihuana zugrunde gelegt.

Der Verurteilte verbüßte in der Zeit vom 21. Februar bis zum 8. November 2019 Untersuchungs- und nach Rechtskraft des Urteils in der Zeit vom 4. Januar bis 31. August 2021 Strafhaft. Anschließend hielt er sich vom Tag seiner Entlassung bis zum 25. Oktober 2021 aufgrund einer Zurückstellung nach § 35 BtMG in der Therapieeinrichtung A. B. auf, die er allerdings vorzeitig verließ, weil er mit den dortigen Personen und Bedingungen nicht zurechtkam. Von einem zunächst erfolgten Widerruf der Zurückstellung und erneuten Strafvollstreckung sah die Staatsanwaltschaft Kiel ab, nachdem der Verurteilte Aufnahme in eine ambulante Rehabilitationsmaßnahme fand. Nach den Feststellungen der Kammer wollte der Verurteilte von den Gewinnen aus den Drogengeschäften seinen Eigenkonsum finanzieren und hat hiervon auch seinen Lebensunterhalt bestritten. Im Zeitpunkt der Verurteilung verfügte der Angeklagte lediglich über einen Hauptschulabschluss. Er übte verschiedene Gelegenheitsjobs aus und bezog zeitweise auch Arbeitslosengeld.

Seit Mai 2021 zahlt der Verurteilte aufgrund einer Ratenzahlungsbewilligung seitens der Staatsanwaltschaft Kiel auf den Einziehungsbetrag monatliche Raten in Höhe von 20 €.

2. Mit Schriftsatz seines Verteidigers vom 25. November 2021 hat der Verurteilte beantragt, das Unterbleiben der Vollstreckung der Einziehungsentscheidung gemäß § 459g Abs. 2 und 5 S. 1 StPO anzuordnen, da die Vollstreckung unverhältnismäßig sei.

Zu berücksichtigen sei zunächst das Auseinanderfallen zwischen tatsächlichen Taterträgen in Höhe von maximal 15 180 € – entsprechend einem Gewinn von 2000 €/kg – und dem Einziehungsbetrag. Darüber hinaus befände sich das durch die Tat Erlangte nicht mehr in seinem Vermögen. Er habe das Geld „auf Grund (jugendlichen) Leichtsinns vorrangig zur Vergnügung bzw. für Genussmittel“ ausgegeben. Er sei derzeit arbeitslos und habe ab dem 1. September 2021 ALG II beantragt. Nach Abschluss seiner Drogentherapie beabsichtige er, eine Ausbildung zum Maurer zu beginnen. Aus einer früheren Geldstrafe müsse er noch 4500 – abtragen. Am 18. September 2020 sei er darüber hinaus Vater geworden und wolle für seinen Sohn gemeinsam mit seiner Partnerin auch finanziell sorgen. Die Vollstreckung erschwere daher seine Resozialisierung. Selbst nach Abschluss der Berufsausbildung sei ein zu erzielendes Arbeitseinkommen im untersten Einkommensbereich zu erwarten.

Die Staatsanwaltschaft ist dem Antrag entgegengetreten. Die Neuregelung des § 459g Abs. 5 StPO berücksichtige den Wegfall der Bereicherung beim Tatbeteiligten im Rahmen der Vollstreckung. Eine Unverhältnismäßigkeit im Sinne dieser Vorschrift sei nicht ersichtlich. Zu den Vermögensverhältnissen des Verurteilten lägen keine gesicherten Erkenntnisse vor. Ein Eintrag im Vollstreckungsportal sei nicht vorhanden. Laut Mitteilung der Drogenhilfe vom 7. Dezember 2021 solle der Verurteilte zusätzlich als Verkäufer in Teilzeit arbeiten. Die genauen Vermögensverhältnisse des Verurteilten und seiner Lebensgefährtin seien unklar und müssten von ihm dargelegt werden. Dem Resozialisierungsgedanken und der Gefahr erdrosselnder Wirkung der Vollstreckung könne über §§ 459a und 459c StPO hinreichend Rechnung getragen werden.

3. Mit der angefochtenen Entscheidung hat die Kammer den Antrag unter Anwendung von § 459g StPO in der seit dem 1. Juli 2021 geltenden Fassung abgelehnt, wonach die Entreichung allein nicht mehr zur Annahme einer Unverhältnismäßigkeit führe. Nach dem Willen des Gesetzgebers könne der Schutz von Einziehungsadressaten hinreichend durch Pfändungsschutzvorschriften bewirkt werden. Eine denkbare Fallgruppe der Unverhältnismäßigkeit, bei der der Einsatz neu aufgebauten Vermögens oberhalb der Freigrenzen nicht erwartet werden könne, liege auch bei einer Würdigung der Gesamtumstände nicht vor. Insbesondere sei derzeit nicht ersichtlich, dass die weitere Vollstreckung der Einziehungsfor-

derung konkret einer Wiedereingliederung entgegenstünde. Eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung könne aufgrund der gewährten Ratenzahlung nicht angenommen werden. Der Verurteilte stehe nach Erreichen des Realschulabschlusses während der Haft am Anfang einer Berufstätigkeit, weshalb zu erwarten sei, dass er zukünftig ein Einkommen erzielen könnte, welches ihm die Begleichung der Forderung im Wege der Ratenzahlung weiter ermögliche.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Verurteilten mit welcher er sein bisheriges Vorbringen zu seinen Vermögensverhältnissen wiederholt und vertieft und zudem hilfsweise beantragt, anzuordnen, dass die weitere Vollstreckung über einen Betrag von 4554 € hinaus zu unterbleiben hat. Er ist der Auffassung, die durch die Kammer vorgenommene Auslegung des § 459g StPO n.F. verletze grundrechtswidrig das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Recht auf Eigentum, die allgemeine Handlungsfreiheit sowie den Schutzgedanken des Sozialstaatsprinzips. Dem könne nur dadurch begegnet werden, dass im Fall der Entreichung, welche bei ihm vorliege, die Vollstreckung unverhältnismäßig sei, denn nur dann sei gewährleistet, dass die Vermögensabschöpfung keinen Strafcharakter bekomme. Sei der Täter entreichert, habe sich sein „Verbrechen nicht gelohnt“, mithin sei der Zweck der Vermögensabschöpfung schon erreicht, der nicht darin bestehe, dass der Täter die Tatbeute zahlen müsse. Sinn und Zweck sei nur die Rückgängigmachung der Vermögensverschiebung.

Die Generalstaatsanwaltschaft Schleswig ist dem Rechtsmittel entgegen getreten und hat sich im Wesentlichen der Argumentation der angefochtenen Entscheidung angeschlossen. Sie vertritt ergänzend die Auffassung, der Verurteilte sei nicht entreichert.

### Aus den Gründen

Die gemäß §§ 462 Abs. 1 Satz 1, 3 Satz 1, 459 g Abs. 5, 311 StPO statthafte, form- und fristgerechte eingelegte Beschwerde ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Die Entscheidung richtet sich nach § 459 g Abs. 5 StPO in der seit dem 1. Juli 2021 geltenden Fassung (1.) Hiernach war eine Unverhältnismäßigkeit der weiteren Vollstreckung gegen den verurteilten auf der Grundlage des derzeitigen Sachstands nicht zu erkennen (2.).

1. Für die Entscheidung ist die ab 1. Juli 2021 geltende Neufassung des § 459 g Abs. 5 Satz 1 StPO anzuwenden, derzufolge das Unterbleiben der Vollstreckung angeordnet wird, „soweit sie unverhältnismäßig wäre.“ Nicht anwendbar ist damit die bis zum 30. Juni 2021 geltende Fassung, derzufolge die Vollstreckung zu unterbleiben hatte, „soweit der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder die Vollstreckung sonst unverhältnismäßig wäre.“

a) Die Frage der Anwendung alten oder neuen Rechts auf Fälle, in denen das Erlangte vor dem 30. Juni 2021 erworben worden ist, wird derzeit kontrovers diskutiert. Da die Reformgesetzgebung eine ausdrückliche Übergangsregelung nicht enthält, wird zum einen gefragt, ob die Vorschrift des § 459 g StPO reines Verfahrensrecht betrifft oder auch eine materiellrechtliche Komponente enthält, und zum anderen, ob deshalb gemäß § 2 Abs. 3 StGB das alte Recht als möglicherweise „mildere“ Regelung anzuwenden ist.

Für eine – auch – materiellrechtliche Komponente soll insbesondere nach Bittmann (NStZ 2022, 8, 17) sprechen, dass nach der 2017 erfolgten Neuregelung der Vermögensabschöpfung der Umfang der tatsächlichen Abschöpfung sich erst aus der Zusammenschau zwischen der Definition des grundsätzlich abschöpfungsfähigen Zuflusses im Erkenntnisverfahren

(§ 73 d Abs. 1 StGB) unter besonderer Berücksichtigung des Bruttoprinzips einerseits und der Überprüfung des Umfangs der tatsächlichen Vollstreckbarkeit im Vollstreckungsverfahren andererseits (§ 459 g StPO) ergäbe. Insoweit sei aber die alte Fassung des § 459 g StPO deshalb das für den Betroffenen „mildere Gesetz“, weil dort für den Fall der Entreichung das Unterbleiben der weiteren Vollstreckung zwingend angeordnet worden sei, während nach neuem Recht dies allein das Ergebnis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung sein könne. Dieser Auffassung hat sich namentlich der 1. Strafsenat des OLG Karlsruhe angeschlossen

(Beschluss vom 25. Mai 2022 – 1 Ws 122/22 –, BeckRS 2022, 11716), Rn. 10 ff).

Demgegenüber hat der 2. Strafsenat des OLG Karlsruhe in einem ähnlich gelagerten Fall mit Beschluss vom 23. Dezember 2021 – 2 Ws 333/21 – allein neues Recht für anwendbar gehalten, wenn auch ohne sich mit der Gegenposition auseinander zu setzen.

b) Der erkennende Senat teilt die Auffassung von Bittmann und ihm folgend des 1. Strafsenats des OLG Karlsruhe aus den nachfolgenden Erwägungen nicht:

So erscheint bereits nicht gesichert, dass die Ergebnisse alten und neuen Rechts im Falle einer Entreichung generell und auch konkret differieren. Der Senat hat nämlich bereits mit Beschluss vom 30. Januar 2020 klargestellt, dass auch der Fall der Entreichung in § 459 g Abs. 5 Satz 1 StPO a.F. lediglich einen vertypeten Regelfall des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darstellt und das Merkmal der Entreichung selbst normativ zu verstehen ist, also gerade im Falle einer – im Strafrecht angezeigten – Nichtanwendung der verschärften Bereicherungshaftung (§§ 819, 818 Abs. 4 BGB) der Begriff der Entreichung gleichwohl schutzzweckorientiert auszulegen ist

(Senat, Beschluss vom 30. Januar 2020 – 2 Ws 69/19 –, bei juris Rn. 9).

Soweit der aktuelle Reformgesetzgeber in der Rechtsprechung ein den Straftäter zu sehr privilegierendes Normverständnis vermutet

(vgl. BT-Drs. 19/27654, 111 f),

durch welches das Ziel einer umfassenden Vermögensabschöpfung verfehlt würde, beschreibt dies die gesetzgeberische Motivation, darf aber nicht verallgemeinert werden.

Dessen ungeachtet stehen sich Verfahrensrecht und materielles Recht nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis gegenüber, sondern in einem Komplementaritätsverhältnis. Im Verfahrensrecht muss sich das materielle Recht bewähren. Rechtsstaatliche Grundanforderungen – wie die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – müssen zu jeder Zeit und auf jeder Ebene gewahrt werden, gerade auch im Verfahrensrecht. Allein die Wahrnehmung dieser Aufgabe wandelt das Verfahrensrecht nicht in materielles Recht.

Eine derartige Betrachtung ist auch nicht etwa zur Wahrung effektiven Rechtsschutzes des Verurteilten bzw. Einziehungsbetroffenen erforderlich. Denn dass der Reformgesetzgeber keine Übergangsvorschrift zur Anwendung von § 459 g Abs. 5 StPO a.F. vorgesehen hat, verdeutlicht nur, dass er dies nicht für notwendig gehalten hat. Diese Sicht ist auch für den Senat ausgesprochen plausibel, weil selbst die Neufassung des § 459 g Abs. 5 Satz 1 StPO ebenso nachvollziehbare und verfassungskonforme Ergebnisse ermöglicht wie das alte Recht in seiner vom Senat für zutreffend erachteten Auslegung. Spricht von daher nichts für einen – erkennbar dem gesetzgeberischen Willen widersprechenden – Rückgriff auf das alte Recht, hat vielmehr die Kammer auch in dem angefochtenen Beschluss völlig zu Recht das neue Recht angewendet.

2. Auf der Grundlage des neuen Rechts hat die Kammer im Ergebnis zutreffend zum derzeitigen Zeitpunkt die Anordnung des Unterbleibens der weiteren Vollstreckung abgelehnt.

a) Der Neufassung des § 459 g StPO liegt die Erwartung des Gesetzgebers zugrunde, die Rechtsprechung werde „Fallgruppen entwickeln, nach denen die (weitere) Vollstreckung der Einziehungentscheidung unverhältnismäßig wäre“

(BT-Drs. a.a.O.).

Wird somit nach den für die Beurteilung insoweit maßgeblichen Kriterien gefragt, ist zunächst zu bedenken, dass – obwohl § 459 g Abs. 5 StPO anders als § 73 c StGB a.F. kein Entscheidungsermessen eröffnet – bereits die gebotene tatbestandliche Verhältnismäßigkeitsprüfung eine umfassende Abwägung aller betroffenen Belange und deren Gewichtung betreffend der erzielten Vollstreckungswirkung erfordert.

Auch danach sind Situationen eines vollständigen Abflusses des einstmals Erlangten – also der „Entreicherung“ – denkbar. Allerdings ist das Absehen von der weiteren Vollstreckung insoweit keineswegs rechtsautomatische Folge, wie es zu § 459 g Abs. 5 StPO a.F. durchaus immer wieder angenommen worden ist

(etwa noch OLG Nürnberg, Beschluss vom 13. Februar 2020 – Ws 2/20 –).

Hätte hingegen richtigerweise bereits nach altem Recht auch gefragt werden müssen, „aufgrund welcher Dispositionen für ihn selbst der Betroffene den Wert des Erlangten verloren hat und ob die weitere Vollstreckung mit dem nicht repressiven Charakter der Einziehung noch im Einklang steht“

(Senat, Beschluss vom 30. Januar 2020 – 2 Ws 69/19, bei juris Rn. 9),

so ist eine derartige Überprüfung nach heutigem Recht in jedem Falle obligatorisch.

Auch in diesem Zusammenhang spielt es durchaus eine Rolle, ob – hierauf weist die Verteidigung zu Recht hin – die weitere Vollstreckung für den Betroffenen eine „erdrosselnde Wirkung“ hat, mithin seine weitere soziale Entwicklung und Resozialisierung entscheidend erschwert, was es selbstverständlich zu vermeiden gilt, soll nicht die Vermögensabschöpfung zu einer – unzulässigen – zweiten Strafe werden

(vgl. BT-Drs. 18/9525 S. 57/94).

Daher ist es gesondert zu rechtfertigen, wenn nach zweifelsfrei feststehendem Abfluss des Erlangten eine weitere Vollstreckung letztlich den Verurteilten zu kontinuierlichem Neuerwerb von – sogleich wieder abzuschöpfendem – Vermögen veranlassen müsste, obwohl dieses Neuvermögen mit dem aus der Straftat Erlangten nichts zu tun hat

(hierauf weisen zu Recht Bittmann NSTZ 2022, 8, 15 und Ewert/Rettke, wistra 220, 312, 314 hin).

Auf der anderen Seite bezweckt die Vermögensabschöpfung Rechtsgüterschutz und auch, dass sich „Verbrechen nicht lohnen“ darf. Dies schließt es aus, die Abschöpfung nach – zu meist tatsächlichem Abfluss des Erlangten in Höhe der vom Verurteilten aufgewendeten Investitionskosten – auf die Herausgabe allein des erzielten Gewinns zu beschränken. Dies wäre in der Tat eine unzulässige „Aushebelung“ des für das Erkenntnisverfahren gemäß § 73 d Abs. 1 StGB angeordneten Bruttoprinzip, welches einen derartigen Abzug grundsätzlich ausschließt

(ebenso KG, Beschluss vom 7. September 2020 – 5 Ws 105/19 –, BeckRS 2020, 39454 Rn. 30).

Hingegen macht es einen Unterschied, ob das Erlangte im Sinne eines „Verprassens“ verwendet worden ist, ob es in den normalen Konsum geflossen und hierdurch vielleicht sogar konkrete Aufwendungen erspart worden sind, oder ob das Erlangte zu ethisch gebotenen Zwecken verwendet worden ist. Ebenso kann danach differenziert werden, ob durch die

Einstellung der weiteren Vollstreckung Belange eines konkreten Geschädigten verletzt würden oder ob es das bloße Gemeininteresse an der Vermeidung gemeinschädlicher Straftaten auch dadurch zu wahren gilt, dass ihre Begehung durch Abschöpfung finanziell unattraktiv wird. In einem solchen Fall wirken die Interessen des Betroffenen jedenfalls insoweit schwer, als der Zugriff auf sein gebildetes Neuvermögen nicht auf unabsehbare Zeit zu rechtfertigen sein wird

(ähnlich Bittmann a.a.O. 16).

Hierbei ist allerdings auch zu betrachten, in welchem Umfang und mit welcher Intensität tatsächlich Vollstreckungsmaßnahmen drohen; insoweit ist die Möglichkeit von Zahlungserleichterungen (§ 459a StPO) einzubeziehen.

In jedem Fall muss allerdings der Verurteilte selbst für Klarheit hinsichtlich der Darlegung seiner Verhältnisse sorgen. Da die weitere Vollstreckung den gesetzlichen Regelfall darstellt und das weitere Unterbleiben die Ausnahme, ist es Sache des Verurteilten, Umstände darzulegen, die ein Unterbleiben der weiteren Vollstreckung rechtfertigen sollen; eine Amtsermittlungspflicht besteht insoweit nicht

(KG a.a.o., Rn. 18; Rettke, NZWist 2019, 338, 339).

In jedem Fall muss das Vollstreckungsgericht – wenn auch auf dieser Grundlage – zur Begründung seiner Entscheidung gemäß § 459 g Abs. 5 StPO eigene Feststellungen treffen; eine nicht weiter geprüfte Übernahme von Informationen aus dem Erkenntnisverfahren reicht insoweit nicht. Das Tatgericht vermag nämlich schon von seinem Erkenntnishorizont her keine vollstreckungsrelevanten Umstände festzustellen; dies soll es auch nach der 2017 erfolgten Neukonzeption der Vermögensabschöpfung überhaupt nicht mehr.

b) Angewendet auf den konkreten Sachverhalt ergibt sich, dass jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt Anhaltspunkte für eine Unverhältnismäßigkeit der weiteren Vollstreckung weder hinreichend dargelegt noch ersichtlich sind.

Dies liegt bereits daran, dass der Verurteilte nach durchaus wechselhaftem Verlauf von Straftat und über § 35 BtMG eingeleiteter Therapie einschließlich insoweit aufgetretener Schwierigkeiten offenbar noch immer keinen leidlich stabilen weiteren Lebensweg eingeschlagen hat und auch noch nicht erkennbar ist, dass sich dies alsbald ändern wird. Verschiedene Gelegenheitsaktivitäten als Verkäufer oder Boxtrainer allein können hierüber nicht hinwegtäuschen.

Straftat und Therapie gestatten selbstverständlich keinen regulären Einkommenserwerb. Allerdings kann hieraus auch nicht der Schluss auf dauerhaft verbleibende Vermögenslosigkeit gezogen werden. Auch sind bisher wirkliche Schritte des Verurteilten in ein stabiles soziales Leben mit auch nur bescheidenen Einkommensverhältnissen nicht festzustellen. Anders als der Verurteilte meinen mag, legt dies indes keinesfalls den Schluss auf eine definitive Unverhältnismäßigkeit der Vollstreckung nahe, sondern nur auf die Notwendigkeit einer deutlichen Reduzierung von Vollstreckungsmaßnahmen. Dem ist die Staatsanwaltschaft durch den Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung als Maßnahme im Sinne des § 459a StPO aber bereits nachgekommen. Sollte die wirtschaftlich-soziale Perspektive des Verurteilten stabiler und damit überschaubarer geworden sein, mag und ggf. muss über die Frage der Verhältnismäßigkeit neu entschieden werden.

Hieran ändert auch nichts, dass der Verurteilte seinen Drogenhandel offenbar überwiegend auf „Kribs“ also auf Kredit, finanziert haben will. Sicherlich stellt sich in einer derartigen Konstellation die Frage, welche Vermögenswerte tatsächlich zur Disposition des Verurteilten gestanden haben. Allerdings bleibt insoweit schon der Verurteilte selbst bemerkenswert vage. Ohne genauere Informationen vermag aber auch der

Senat nicht das notwendige klare Bild zu gewinnen, das die Annahme eines eindeutigen Abflusses des in den erlangten Drogen verkörperten Vermögenswertes rechtfertigen könnte. Und ohnehin wurde bereits oben ausgeführt, dass die Einziehung des Taterlangten sich keineswegs auf den erzielten Gewinn beschränkt; dies schließt das heute geltende Bruttoprinzip aus, damit sich „Verbrechen nicht lohnt“

Selbst wenn dem Verurteilten tatsächlich nur die Gewinndifferenz zur Verfügung gestanden haben und diese zwischenzeitlich verbraucht worden sein sollte, führt dies folglich nicht ohne weiteres zur Unverhältnismäßigkeit der weiteren Vollstreckung. Vielmehr bedürfte es zum einen weiterer Darlegungen dazu, inwieweit – selbst wenn lediglich der allgemeine Konsum finanziert worden sein sollte – nicht doch Aufwendungen erspart wurden, so dass insoweit ein Gegenwert noch im Vermögen des Verurteilten vorhanden wäre. Zum

anderen mag sich zwar die Frage stellen, in welchem sachlichen und zeitlichen Umfang in einem derartigen Fall bei Betäubungsmittelstraftaten, welche zumeist keinen unmittelbar Geschädigten kennen, auch die Einbeziehung künftigen – erst noch zu beschaffenden – Vermögens in den Vollstreckungszugriff noch verhältnismäßig ist. Insoweit kann etwa gefragt werden, ob eine Reduzierung des Vollstreckungszugriffs auf die Gewinndifferenz ausreichend, aber auch geboten sein könnte. Allerdings hat der Verurteilte auf der Grundlage der bisher von ihm seit Mai 2021 erbrachten monatlichen Leistungen von 20 € bisher nicht ansatzweise zur Tilgung der von ihm selbst angenommenen Gewinndifferenz von 3036 € bis 6072 € beigetragen.

Damit besteht zum derzeitigen Zeitpunkt – und soweit zunächst auch absehbar – keine Veranlassung, das weitere Unterbleiben der Vollstreckung anzuordnen.

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz und Gesundheit des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 35, 24103 Kiel, im Eigenverlag. Verantwortlich i.S.d. § 7 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Richterin am Oberlandesgericht Susanne Veit, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.

Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen als Justizministerialblatt in zwei Ausgaben, Teil A (Fachzeitschrift mit Bekanntmachungsteil) und Teil B (Bekanntmachungen der Gerichte). Teil A erscheint monatlich einmal zum 20. und Teil B monatlich einmal zum 30. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 51,- €. Teil B steht online zum kostenlosen Download auf der Website [www.justizministerialblatt.schleswig-holstein.de](http://www.justizministerialblatt.schleswig-holstein.de) oder als Printausgabe zum Jahrespreis von 50,- € zur Verfügung. Einzelhefte von Teil B kosten 5,80 € plus Porto. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 12,- € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur bei Druckerei Verlag J.J. Augustin GmbH, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax -/608685, E-Mail: [augustinverlag@t-online.de](mailto:augustinverlag@t-online.de), bestellen.

Beiträge sind an die Redaktion der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden; Tel. 04621/86-1279 bzw. -2150, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: [redaktion-schlha@olg.landsh.de](mailto:redaktion-schlha@olg.landsh.de).

– Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder. –  
Druck: Verlag J.J. Augustin GmbH, Glückstadt – ISSN 1860-9643.

|                      |            |              |  |     |
|----------------------|------------|--------------|--|-----|
| SchiHOLG             | 7. 6.2022  | 7 U 196/21   | Keine Haftung der VW AG aus § 826 BGB für den Motortyp EA 288 SCR, Euro 6, der erst im November 2017 erworben wurde (Spätkauf)     | 353 |
| SchiHOLG             | 8. 7.2022  | 1 U 68/21    | Zulässige Berufung gegen ein nach § 319 ZPO berichtigungsfähiges Rechtsmittel, Erledigung der Berufung nach Berichtigung           | 356 |
| LG Lübeck            | 14.12.2021 | 7 T 299/21   | Die Festsetzung des der Jahresgebühr Nr. 11101 KV GNotKG zugrunde zu legenden Vermögenswerts ist entsprechend § 79 GNotKG zulässig | 358 |
| <i>Familienrecht</i> |            |              |  |     |
| SchiHOLG             | 13.11.2020 | 15 WF 200/20 | Wert einer sofortigen Beschwerde gegen eine Kostenentscheidung/Verteilung der Kosten im Unterhaltsverfahren gem. § 243 FamFG       | 360 |
| <i>Strafrecht</i>    |            |              |  |     |
| SchiHOLG             | 7. 7.2022  | 2 Ws 63/22   | Anwendung der Neufassung des § 459 g Abs. 5 StGB auf vor dem 1. Juli 2021 liegende Einziehungsfälle                                | 361 |

Buchanzeige

Staudinger/Artz

## Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte

XXIV, 212 S., Kartoniert, 35,- €, ISBN 978-3-406-77601-4

erschienen im C.H.Beck Verlag, München

In Umsetzung der RL (EU) 2019/770 erfolgt ein weiterer Schritt in Richtung Harmonisierung des Vertragsrechts betreffend die Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen. Die Umsetzungsvorschriften der §§ 327a-327u BGB sind ab 1.1.2022 anzuwenden.

Das Werk beinhaltet ferner die Warenkaufrichtlinie. Zweck der Warenkaufrichtlinie ist es, für ein hohes Verbraucherschutzniveau zu sorgen, in dem gemeinsame Vorschriften insbesondere über bestimmte Anforderungen an Kaufverträge über Sachen mit digitalen Elementen zwischen Unternehmern und Verbrauchern festgelegt werden (§§ 475a-475e BGB). Die Warenkaufrichtlinie ist auf Verträge, die ab dem 1. Januar 2022 geschlossen werden, anzuwenden.

Weitere Änderungen sind durch das Gesetz über faire Verbraucherverträge vorgesehen.

Der neue im BGB verankerte Abschnitt über Verträge über digitale Produkte regelt das Vertragsrecht über digitale Produkte komplett eigenständig und neu. Begriffsdefinitionen (digitale Inhalte, Bereitstellung), Regelungen zur den Rechten bei unterbliebener Bereitstellung, Produktmängel, Aktualisierungen, Rechtsmängel, Verjährung, Beweislast, Nacherfüllung, Vertragsbeendigung und Schadensersatz, Minderung Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung, Nutzung nach Vertragsbeendigung, Änderungen an digitalen Produkten, datenschutzrechtliche Fragen sind nur einige Schlagworte zum Regelungsumfang.

Dieser Einführungsband von Staudinger/Artz stellt das neue Recht systematisch dar und weist auf Änderungen in der aktuellen Vertragspraxis hin. So entsteht für denjenigen, der sich in der täglichen Praxis mit dem Kauf/Verkauf und der Bereitstellung digitaler Inhalte befasst, ein klares Bild von den Regelungen. Aber auch derjenige, der erstmals mit der Materie befasst ist, wird systematisch in das neue Recht eingeführt.

Professor Dr. Markus Artz und Professor Dr. Ansgar Staudinger sind als Wissenschaftler und als Lehrende mit der Vermittlung von Inhalten täglich befasst. Ihre fachliche Kompetenz haben sie in zahlreichen Publikationen unter Beweis gestellt.

Das Werk richtet sich an alle, die sich mit Vertragsgestaltung befassen: Rechtsanwaltschaft, Unternehmen, Verbraucherschutzverbände, Industrie- und Handelskammern und Wirtschaftsverbände, Richterschaft, Studierende.

Buchanzeige

Keller/Schönknecht/Glinke

## Geschäftsgeheimnisschutzgesetz: GeschGehG

Kommentar

2021, XVII, 853 S., Buch, Hardcover (in Leinen), 109,- €, ISBN 978-3-406-73157-0

erschienen im C.H.Beck Verlag, München

Neu kommentiert und wichtiger denn je:  
Geheimnisschutzgesetz.

Der Geschäftsgeheimnisschutz war bisher in §§ 17–19 UWG geregelt – auf Grundlage von EU-Vorschriften wurde der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nun in einem eigenen Gesetz neu gefasst. Der Kommentar erläutert das Gesetz umfassend und besonders praxisorientiert bei hoher wissenschaftlicher Durchdringung und liefert so beste Unterstützung für die Rechtsdurchsetzung in materiell-rechtlicher und prozessualer Hinsicht.

Vorteile auf einen Blick:

- für Praktikerinnen und Praktiker
- hochaktuell
- von führenden Fachleuten kommentiert
- mit zahlreichen aktuellen, auch unveröffentlichten Entscheidungen
- ausführliche Behandlung der prozessualen Durchsetzung: Antragsformulierung, Verteidigungsmittel, Tenorierung
- Besonderheiten bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten: Zuständigkeit, anwendbares Recht, Folgen des Brexit

Die Experten

Dr. Erhard Keller, RA, Vorsitzender des Fachausschusses Wettbewerbs- und Markenrecht der GRUR Dr. Marcus Schönknecht, LL.M. (Columbia Univ.), RA Dr. Anna Glinke, RAin.

Perfekt

für IP-Rechtler und Arbeitsrechtler, Anwalt- und Richterschaft, Unternehmens- und Wirtschaftsjuristen.