

Warum eine einheitliche Verwaltungsgerichtsbarkeit mit einer einzigen Prozessordnung auskäme – ein Denkanstoß aus aktuellem Anlass

Dr. Reimer Groth, Schwerin, und Dr. Matthias Weinberg, Kiel*

I. Vorgeschichte

Einige aktuelle Gesetzesvorhaben mit Auswirkungen auf Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit [z. B. das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt („Hartz IV“) und das Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch] gaben den Justizverwaltungen Anlass, zu prüfen, ob die Gefahr einer unterschiedlichen Rechtsentwicklung in vergleichbaren Gerichtsbarkeiten durch die Konzentrierung der Sachgebiete bei einer einheitlichen Gerichtsbarkeit beseitigt werden kann.

Durch „Hartz IV“ und das Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch wird eine *Kompetenzverschiebung von der Verwaltungs- hin zur Sozialgerichtsbarkeit* erfolgen. Die Sozialgerichte werden ab dem 1. Januar 2005 auch zuständig sein für die Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitsuchende (sog. Arbeitslosengeld II) und der Sozialhilfe i. Ü. (Hilfe zum Lebensunterhalt für nicht erwerbsfähige Hilfebedürftige). Das sog. Arbeitslosengeld II ersetzt dabei die bisherige Arbeitslosenhilfe, die bisherige Eingliederungshilfe für Spätaussiedler sowie die bisherige Sozialhilfe für Erwerbsfähige und Personen, die mit diesen in einer Bedarfsgemeinschaft leben. Bislang sind die Sozialgerichte für die Angelegenheiten der Arbeitslosenhilfe zuständig, die Verwaltungsgerichte in allen Angelegenheiten der Sozialhilfe. Der Gesetzgeber beabsichtigt darüber hinaus, mit dem 7. Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes (7. SGGÄndG) die Verfahren nach dem Asylbewerberleistungsgesetz von den Verwaltungs- auf die Sozialgerichte zu verlagern.

Die ab dem 1. Januar 2005 geltenden Regelungen werden zu einer nicht unerheblichen Mehrbelastung der Sozialgerichtsbarkeit führen.

Die *Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister* hat auch vor diesem Hintergrund am 6. November 2003 beschlossen:

„Die Justizministerinnen und Justizminister haben Fragen einer strukturellen Neuordnung der Gerichtsbarkeiten erörtert. Sie setzen eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe unter Federführung von Baden-Württemberg ein, die in einem ersten Schritt bis zur nächsten Justizministerkonferenz Vorschläge zur Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit erarbeitet.“

Die von der Justizministerkonferenz eingesetzte *Arbeitsgruppe* ist in ihrem im Mai 2004 vorgelegten Abschlussbericht zu folgenden Ergebnissen gelangt:

„1. In den öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten ist die stärkere Flexibilisierung des richterlichen Personaleinsatzes besonders dringlich.

2. Durch eine Veränderung des Richterdienstrechts lässt sich diese Flexibilisierung nicht erzielen, da das geltende Richterdienstrecht die verfassungsrechtlichen Spielräume bei der Gewährung der sachlichen Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter bereits ausschöpft.
3. Daher empfiehlt die Arbeitsgruppe, den Ländern zu ermöglichen, die öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten zusammenzulegen, zumal die Zusammenlegung weitere positive Effekte hervorbringt, insbesondere Personal- und Sachkosteneinsparungen, ohne die Qualität richterlicher Entscheidungen zu gefährden.
4. Nach überwiegender Ansicht der Arbeitsgruppe steht Art. 95 Abs. 1 GG der Möglichkeit der Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten auf der Ebene der Länder nicht entgegen. Um den bestehenden verfassungsrechtlichen Risiken Rechnung zu tragen, empfiehlt die Arbeitsgruppe gleichwohl eine Änderung von Art. 95 Abs. 1 GG dahingehend anzustreben, dass ausdrücklich auch die Zusammenlegung der drei öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten auf Länderebene möglich ist.
5. Eine bundeseinheitliche einfachgesetzliche Umsetzung ist zwar wünschenswert. Angesichts der unterschiedlichen Ausgangslage in den einzelnen Ländern kommt jedoch nur eine Länderöffnungsklausel in Betracht. Von dieser Öffnungsklausel sollten die Länder allerdings nur in Form der Zusammenlegung aller öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten Gebrauch machen können, um eine weitere Rechtszersplitterung zu vermeiden. Da eine Länderöffnungsklausel die Bundeseinheitlichkeit preisgibt, muss Art. 108 Abs. 6 GG, der eine bundeseinheitliche Regelung für die Finanzgerichtsbarkeit fordert, in die Verfassungsänderung miteinbezogen werden.
6. Eine einheitliche Verfahrensordnung im engeren Sinne wäre nach Auffassung der Arbeitsgruppe zwar wünschenswert, erscheint aber nicht zwingend. Die Verknüpfung der Zusammenlegung der Gerichtsbarkeiten mit dem Ziel einer bislang stets erfolglos angestrebten einheitlichen Verfahrensordnung gefährdet die Realisierung auch der Zusammenlegung der Gerichte und sollte deshalb derzeit nicht weiter verfolgt werden.
7. Bei der Gerichtsverfassung gibt es dagegen partiellen Vereinheitlichungs- und Regelungsbedarf. Die Arbeitsgruppe bejaht diesen Bedarf bei der Bildung von Präsidien und ihrer Besetzung in einer Übergangszeit sowie bei der Regelung zur Dienstaufsicht. Die übrigen rechtsverfassungsrechtlichen Besonderheiten der bisherigen Gerichtsbarkeiten, etwa der unterschiedliche Gerichtsaufbau und die unterschiedliche Besetzung der Richterbank, sollen nach Auffassung der Arbeitsgruppe bestehen bleiben.

* Dr. Reimer Groth, Richter am Sozialgericht, ist Referatsleiter im Justizministerium des Landes Mecklenburg-Vorpommern. Dr. Matthias Weinberg, Richter am Amtsgericht, ist Fachreferent im Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein. Beide haben die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit“ begleitet.

¹ Der Beitrag gibt ab hier allein die persönliche Meinung der Verfasser wieder.

8. Hinsichtlich des Richterdienstrechts empfiehlt die Arbeitsgruppe, für die erste Amtsperiode der Präsidiaräte eine paritätische Besetzung mit Richterinnen und Richtern der bisherigen Gerichtsbarkeiten vorzusehen.“

Die Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 17./18. Juni 2004 hat den Abschlussbericht zur Kenntnis genommen und sich zugleich für die Schaffung einer bundesrechtlichen Länderöffnungsklausel ausgesprochen, die es den Ländern ermöglichen soll, Fachgerichtsbarkeiten zusammen zu legen. Hierfür halten die Justizministerinnen und Justizminister eine Änderung des Grundgesetzes (nunmehr: Artikel 92 und 108) für geboten. Die für eine Zusammenlegung der Fachgerichtsbarkeiten erforderliche Änderung der Gerichtsverfassung soll auf die von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Regelungen beschränkt werden.

Mittlerweile haben Baden-Württemberg und Sachsen die Entwürfe eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 92 und 108) und eines Gesetzes zur Öffnung des Bundesrechts für die Zusammenlegung von Gerichten der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit in den Ländern (Zusammenführungsgesetz) in den Bundesrat eingebracht (BR-Drs. 544/04). Der Bundesrat hat diese Entwürfe in seiner Sitzung am 9. Juli 2004 an die Fachausschüsse überwiesen.

Die Ergebnisse 6. und 7. der Arbeitsgruppe sind aufzugreifen, um zu verdeutlichen, dass für eine einheitliche öffentlich-rechtliche Fachgerichtsbarkeit auch eine einheitliche Prozessordnung gelten sollte.¹ Zugleich wird für die darin zu treffenden zentralen Regelungen des Gerichtsverfassungsrechts ein Lösungsmodell angeboten.

Vorab jedoch ein Wort zu den Begriffen. Es bietet sich an, eine *einheitlich öffentlich-rechtliche Gerichtsbarkeit* abweichend von der Terminologie der Justizministerinnen und Justizminister „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ zu nennen. Stichhaltige Gegenargumente sind nicht erkennbar. Teile der Sozial- und der Finanzgerichtsbarkeit aber auch Andere werden geltend machen, dass sich die Sozial- und die Finanzgerichtsbarkeit in dieser Formulierung nicht mehr wieder fänden. Dieser Einwand trifft jedoch nicht zu. Sozial- und Steuerrecht sind und bleiben Materien des besonderen Verwaltungsrechts. Wie dieser Beitrag zeigen wird, haben die beiden kleineren Gerichtsbarkeiten zudem inhaltlich dort etwas zu einer einheitlichen Prozessordnung beizusteuern, wo sich die für sie geltenden Regelungen bewährt haben. Daher besteht kein Anlass dafür, dass ihr Interesse an Gesichtswahrung zu Lasten präziser Begriffe geht. Eine einheitliche Prozessordnung sollte aus diesem Grund „Verwaltungsprozessordnung“ heißen.

II. Gründe für eine einheitliche Verwaltungsprozessordnung

Das Verfahren vor den drei öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten ist derzeit in drei getrennten Prozessordnungen geregelt: Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), Sozialgerichtsgesetz (SGG) und Finanzgerichtsordnung (FGO). Bei der Zusammenführung der Gerichtsbarkeiten zu einer einheitlichen Fachgerichtsbarkeit stellt sich automatisch die Frage, ob auch die drei bislang getrennten Prozessordnungen zu einer einheitlichen Prozessordnung zusammenzufassen sind. Der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe sieht eine solche Zusammenfassung nicht vor. Vielmehr sollen danach nur bestimmte Fragen der Gerichtsverfassung einheitlich geregelt werden. Im Übrigen sollen die verwaltungs-, sozial- und finanzrechtlichen Streitigkeiten unter dem Dach der einheitlichen „Fachgerichtsbarkeit“ nach denselben Bestimmungen wie bisher geführt werden. VwGO, SGG und FGO bleiben danach weitgehend anwendbar.

Der Grund für diese Beschränkung auf eine minimale Lösung liegt in ihrer Durchsetzbarkeit. Vor allem bei einigen Gewerkschaften und Interessenverbänden ist die geplante Zusammenführung der Sozialgerichtsbarkeit mit anderen Gerichtsbarkeiten auf Ablehnung und öffentlichen Widerstand gestoßen. Unabhängig von der Frage der Überzeugungskraft der Gegenargumente hatte die Arbeitsgruppe auf die Mehrheitsfähigkeit des Abschlussberichts zu achten, zumal sich herausgestellt hat, dass eine Verfassungsänderung sinnvoll ist.

Die *einheitliche Verwaltungsprozessordnung* sollte jedoch im Auge behalten werden. Dass sie für eine einheitliche Verwaltungsgerichtsbarkeit bedeutende Vorteile mit sich brächte, liegt auf

der Hand. Je nach ihrer Ausgestaltung könnte sie das Verfahren übersichtlicher regeln als drei getrennte Verfahrensordnungen. Die bessere Übersichtlichkeit wäre ein Beitrag zur Rechtsvereinfachung und käme der Justiz und den Rechtssuchenden gleichermaßen zugute. Für beide wäre eine einheitliche Prozessordnung leichter zu handhaben als drei unterschiedliche Prozessordnungen. Dadurch ergäbe sich zugleich ein Beitrag zur Entlastung der Gerichte und zur Rechtssicherheit. Aus der Sicht der Rechtssuchenden würde eine einheitliche Prozessordnung daher auch der Verbesserung des Rechtsschutzes dienen.

Hinzu kommt, dass VwGO, SGG und FGO heute in weiten Teilen übereinstimmen. Dies betrifft vor allem die Vorschriften über das Verfahren in der ersten Instanz. Gleiche Regelungen in unterschiedlichen Gesetzen sind aber wenig sinnvoll, wenn sie das Verfahren einer einheitlichen Gerichtsbarkeit regeln sollen. Eine einheitliche Prozessordnung würde daher auch zur Deregulierung beisteuern. Die Schaffung einer einheitlichen Prozessordnung würde dem Gesetzgeber darüber hinaus die Gelegenheit geben, nicht mehr gerechtfertigte Unterschiede zu harmonisieren. Dabei könnten die aus den verschiedenen Fachgerichtsbarkeiten immer wieder vorgebrachten – vorwiegend historischen – Argumente für das angebliche Erfordernis von Sonderregelungen einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf das wegweisende Gutachten von Kopp², das hinsichtlich einer einheitlichen Prozessordnung nichts an Überzeugungskraft eingebüßt hat.

Die Vorteile einer einheitlichen Prozessordnung decken sich im Übrigen durchaus mit den bei der Zusammenführung der öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten verfolgten Zielen der Rechtsvereinfachung, der Verbesserung des Rechtsschutzes und der Bürgernähe. Eine einheitliche Prozessordnung würde diese Effekte verstärken.

Aus dem Vergleich mit der (einheitlichen) ordentlichen Gerichtsbarkeit lässt sich kein Argument gegen eine einheitliche Verwaltungsprozessordnung herleiten. Zwar gelten für die ordentliche Gerichtsbarkeit unterschiedliche Prozessordnungen. Das Beispiel der ordentlichen Gerichtsbarkeit macht daher deutlich, dass eine einheitliche Gerichtsbarkeit auch mit unterschiedlichen Verfahrensordnungen effektiv arbeiten kann. Über diese Feststellung hinaus ist der Vergleich mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit jedoch nicht tragfähig. Denn die in der Zivilprozessordnung, der Strafprozessordnung und dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelten Verfahren unterscheiden sich derart grundsätzlich voneinander, dass unterschiedliche Bestimmungen für nahezu alle Bereiche dieser Prozessordnungen notwendig sind. Eine einheitliche Prozessordnung für die Zivil-, Straf- und freiwillige Gerichtsbarkeit wäre vollkommen unübersichtlich, wollte sie sich nicht darauf beschränken, die jetzigen Regelungen lediglich in einer Prozessordnung hintereinander zusammenzustellen. Die in VwGO, SGG und FGO geregelten Verfahren hingegen weisen keine Unterschiede von vergleichbarer Tragweite auf. Vielmehr ähneln sie einander. Alle drei Prozessordnungen regeln das gerichtliche Verfahren zu Fragen des allgemeinen und/oder besonderen Verwaltungsrechts, über die im Regelfall eine Privatperson mit einem Träger der Hoheitsgewalt streitet. Mit Ausnahme punktueller Durchbrechungen werden Verwaltungs-, Widerspruchs- (bzw. Einspruchs-) und gerichtliches Verfahren voneinander unterschieden, und durchweg gilt der Grundsatz der Amtsermittlung.

Zu bedenken ist allerdings, dass eine einheitliche Verwaltungsprozessordnung die genannten Vorteile nicht zwangsläufig brächte. Diese stehen und fallen vielmehr mit dem Erreichen einer weitgehenden Harmonisierung der aktuell noch unterschiedlichen Regelungen. Das Ziel einer einheitlichen Prozessordnung könnte nur erreicht werden, wenn die Einheitlichkeit nicht durch eine Vielzahl von Sonderregelungen für einzelne Verfahrensarten erkauft werden müsste, die ihrerseits die Übersichtlichkeit und Praktikabilität der Regelungen wieder zunichte machte. Wenn einheitliche Regelungen in wesentlichen Fragen nicht möglich sind, ist der Übersichtlichkeit mehr gedient, wenn die unterschiedlichen Regelungen auch in unterschiedlichen Gesetzen erhalten bleiben. Anderenfalls wäre eine einheitliche Prozessordnung lediglich eine Hülle für unterschiedliche Regelungen³.

² Kopp, Gutachten B für den 54. Deutschen Juristentag, 1982

³ Kopp aaO

III. Bestandteile eines einheitlichen Gerichtsverfassungsrechts

In einer Verwaltungsprozessordnung sollte das Gerichtsverfassungsrecht soweit wie möglich vereinheitlicht sein.

Welche Bereiche zu regeln wären, lässt sich aus dem in der VwGO, dem SGG und der FGO jeweils enthaltenen Teil „Gerichtsverfassungsrecht“ entnehmen. Der Beitrag beschränkt sich auf die Bereiche, in denen es nicht ausreicht, die Bestimmungen der geltenden Prozessordnungen oder des GVG zu übernehmen.

A. Gerichte

1. Gerichtsaufbau

Derzeit gibt es in der Verwaltungs- und in der Sozialgerichtsbarkeit im Regelfall drei Instanzen (davon zwei Tatsacheninstanzen). Davon ausgenommen sind die Angelegenheiten, in denen Obergericht (OVG) und Landessozialgericht (LSG) erstinstanzlich entscheiden. Die Finanzgerichtsbarkeit besteht dagegen nur aus zwei Instanzen (davon eine Tatsacheninstanz).

In einer einheitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit wird es auf Landesebene Verwaltungsgerichte (regelmäßig erste Instanz) und Obergerichte (regelmäßig zweite Instanz) geben. Damit wäre die Abkehr von der Zweistufigkeit in der bisherigen Finanzgerichtsbarkeit verbunden.

Diese Angleichung ist möglich und im Sinne einer Vereinheitlichung allein sinnvoll. Im Übrigen besteht auch in der Finanzgerichtsbarkeit in vielen Fällen die Notwendigkeit, die Tatsachenfeststellung der ersten Instanz noch einmal gerichtlich überprüfen zu lassen⁴.

Zwingende Argumente gegen eine Dreistufigkeit auch in steuerrechtlichen Angelegenheiten gibt es nicht. Gegen die Einführung einer weiteren Instanz in der Finanzgerichtsbarkeit wird vor allem angeführt, dass sich der zweistufige Aufbau bewährt habe. Auch würde die Einführung einer dritten Instanz die bereits jetzt langwierigen Verfahren noch weiter verlängern. Diese Argumente erscheinen nicht überzeugend. Sofern in einigen besonderen finanzgerichtlichen Verfahren kein Bedarf für eine zweite Tatsacheninstanz besteht, bietet sich u. a. eine Regelung entsprechend den derzeitigen §§ 47, 48 VwGO an. Dort ist die erstinstanzliche Zuständigkeit des Obergerichtes geregelt. Der Regelungskatalog könnte auf vergleichbare Fälle der Finanzgerichtsbarkeit erweitert werden. Weiterhin könnte in den Fällen, in denen kein Bedarf für eine zweite Tatsacheninstanz besteht, von der Möglichkeit der Sprungrevision Gebrauch gemacht werden.

Für die Einführung einer Berufungsinstanz in finanzgerichtlichen Verfahren spricht auch, dass sie eine Entlastung des Bundesfinanzhofes nach sich ziehen würde, zumal die lange Dauer finanzgerichtlicher Verfahren zum Großteil auch aus der starken Belastung des Bundesfinanzhofes resultiert. Unter Berücksichtigung der hier vorgeschlagenen Einführung des obligatorischen Einzelrichters in der 1. Instanz könnten Verfahren zukünftig ggf. sogar schneller erledigt werden. Durch die Einführung des obligatorischen Einzelrichters könnten viele Verfahren auch mit geringen Richterkapazitäten abgeschlossen werden. Damit ist auch das Argument widerlegt, dass die Änderung zu einer Verteuerung des finanzgerichtlichen Verfahrens führen würde.

Die Einführung einer weiteren Instanz für finanzgerichtliche Verfahren ließe sich bei Schaffung einer einzigen Verwaltungsgerichtsbarkeit auch organisatorisch bewältigen, so dass auch diesbezügliche Einwände nicht greifen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Einführung einer Berufungsinstanz in finanzgerichtlichen Verfahren eine Änderung des Verfahrensrechts (Rechtsmittelrecht) in der FGO erforderlich machen würde. Hier wäre eine Angleichung an die Regelungen in der VwGO denkbar. Auch diese Auswirkung einer Änderung im Gerichtsverfassungsrecht auf das Verfahrensrecht verdeutlicht im Übrigen, dass eine einheitliche Verwaltungsgerichtsbarkeit Vorzüge hätte.

2. Zusammensetzung des Verwaltungsgerichts

Unproblematisch ist die Regelung, dass das einheitliche Verwaltungsgericht aus dem Präsidenten, den Vorsitzenden Richtern und weiteren Richtern besteht. Sofern man die ehrenamtlichen Richter beibehalten will, treten diese hinzu. An der Spitze der Sozialgerichte hingegen stehen bisher der Präsident oder der Direktor. Diese abweichende Regelung kann ohne weiteres aufgegeben werden. Bei den neu zu errichtenden Verwaltungsgerichten wären *Kammern* zu bilden.

3. Besetzung der Spruchkörper

a) Geltende Rechtslage

Die Besetzung der *erstinstanzlichen Spruchkörper* gestaltet sich derzeit wie folgt:

Verwaltungsgericht:	3 Berufsrichter und 2 ehrenamtliche Richter, soweit nicht ein Einzelrichter entscheidet (§ 5 Abs. 3 Satz 1 VwGO); Möglichkeit der Übertragung auf den Einzelrichter (§ 6 VwGO);
Sozialgericht:	1 Berufsrichter und 2 ehrenamtliche Richter (§ 12 Abs. 1 Satz 1 SGG);
Finanzgericht:	3 Berufsrichter und 2 ehrenamtliche Richter, soweit nicht ein Einzelrichter entscheidet (§ 5 Abs. 3 Satz 1 FGO); Möglichkeit der Übertragung auf den Einzelrichter (§ 6 FGO).

In der *zweiten Instanz* entscheiden die Gerichte in folgender Besetzung:

Obergericht:	3 Berufsrichter (§ 9 Abs. 3 Satz 1 VwGO); das Landesrecht kann vorsehen, dass der Senat in der Besetzung von 5 Richtern entscheidet, von denen zwei auch ehrenamtliche Richter sein können;
Landessozialgericht:	3 Berufsrichter und 2 ehrenamtliche Richter (§ 33 Satz 1 SGG);

b) Künftige Vereinheitlichung

aa) Verwaltungsgericht

(1) Berufsrichter

Die Schaffung einer Verwaltungsprozessordnung sollte zum Anlass genommen werden, die Besetzung vor allem der erstinstanzlichen Spruchkörper zu vereinheitlichen. Dies hätte mehrere Vorteile. Eine *einheitliche Kammerbesetzung* würde der Rechtsvereinfachung dienen und wäre für den Rechtsuchenden transparenter. Außerdem könnte sie die Praxis bei der gerichtlichen Geschäftsverteilung erleichtern. Dadurch würde sie auch dem mit der Zusammenführung der öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten verbundenen Ziel des flexibleren Personaleinsatzes dienen.

Als Modell bietet sich eine Regelung entsprechend den §§ 348, 348 a ZPO in der Fassung des Zivilprozessreformgesetzes vom 27. 7. 2001 (BGBl. I S. 1887) an. Zusammengefasst sehen diese Vorschriften vor, dass grundsätzlich der *originäre Einzelrichter* entscheidet. Dies gilt nicht, wenn er Richter auf Probe ist und noch nicht über einen Zeitraum von einem Jahr geschäftsverteilungsplangemäß mit bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten befasst war oder wenn es sich um eine Streitigkeit aus einem besonders schwierigen Rechtsgebiet handelt. In diesen Fällen überträgt die Kammer die Sache unter näher genannten Voraussetzungen einem ihrer Mitglieder als Einzelrichter (obligatorischer Einzelrichter). Nur wenn auch diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, entscheidet die Kammer in voller Besetzung.

Über die nähere Ausgestaltung einer derartigen Regelung für den Verwaltungsprozess wäre zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden. Für eine grundsätzliche Zuständigkeit des Einzelrichters im Verfahren der einheitlichen öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit sprechen gewichtige Gründe: In der Sozialgerichtsbarkeit hat sich die Besetzung der Kammer mit nur einem Berufsrichter

⁴ Kopp aaO

bewährt. In der Verwaltungs- und in der Finanzgerichtsbarkeit besteht die Möglichkeit der Übertragung auf den Einzelrichter. In § 6 VwGO ist sie sogar als „Soll-Vorschrift“ vorgesehen. Dies bringt zwar schon jetzt das Anliegen des Gesetzgebers zum Ausdruck, zahlreiche Streitigkeiten durch den Einzelrichter entscheiden zu lassen. Die Praxis der Übertragung auf den Einzelrichter ist jedoch von Kammer zu Kammer unterschiedlich stark ausgeprägt. Die gesetzliche Anordnung des originären Einzelrichters würde zu einer übersichtlicheren, einheitlichen Rechtslage führen. Die Kammerbesetzung wäre für den Rechtsuchenden vorhersehbar, was Rechtsschutz und Bürgernähe gleichermaßen dient. Außerdem entfielen der mit der Übertragung auf den Einzelrichter verbundene Aufwand (Anhörung der Beteiligten, Übertragungsbeschluss). Dadurch würden die Spruchkörper entlastet.

Der Nachteil dieses Vorschlags liegt in dem zu erwartenden erheblichen Widerstand u. a. aus der gerichtlichen Praxis. Die Einführung des Einzelrichters im verwaltungs- und im finanzgerichtlichen Verfahren ist seinerzeit im Schrifttum, aber auch in der gerichtlichen Praxis auf viel Skepsis und Ablehnung gestoßen. Damit wäre wieder zu rechnen. Es ist der Einwand zu erwarten, dass der mit der Einführung des Einzelrichtermodells beabsichtigte Erfolg weder für die Verwaltungs-, noch für die Finanzgerichtsbarkeit feststeht. Tatsächlich gibt es bislang keine gesicherten Erhebungen darüber, ob die Möglichkeit der Übertragung auf den Einzelrichter insgesamt zur Verfahrensbeschleunigung beigetragen hat.

Neben den vorerwähnten Vorteilen wäre dem aber entgegenzuhalten, dass die Übertragung auf den Einzelrichter trotz aller geäußerten Bedenken mittlerweile zur gerichtlichen Praxis geworden ist. Überdies liegen auf der Kehrseite ebenso keine Erkenntnisse darüber vor, dass die seinerzeit stellenweise befürchteten Folgen (Zersplitterung der Rechtsprechung, Qualitätseinbußen, Zunahme erfolgreicher Rechtsmittel) eingetreten sind⁵. Vorstellbar wäre zudem, im Gegenzug zur Einführung des originären Einzelrichters das derzeitige Erfordernis einer Zulassung der Berufung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aufzuheben. Damit könnte dem möglichen Einwand einer Verringerung des Rechtsschutzes begegnet werden.

(2) Ehrenamtliche Richter

Auch die Besetzung der Spruchkörper mit ehrenamtlichen Richtern sollte in einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit harmonisiert sein. Der originäre oder obligatorische Einzelrichter sollte wie im Zivilprozess *ohne ehrenamtliche Richter* entscheiden. Dies entspricht der geltenden Rechtslage bei Einzelrichterentscheidungen im verwaltungs- und im finanzgerichtlichen Verfahren. Eine geänderte Rechtslage ergäbe sich nur für das sozialgerichtliche Verfahren. Wie vorerwähnt, sind die Kammern der Sozialgerichte derzeit mit einem Berufsrichter und zwei ehrenamtlichen Richtern besetzt. Das Sozialgerichtsgesetz enthält sehr differenzierte Vorschriften über die Berufung der ehrenamtlichen Richter. Die Besonderheit liegt im Kern darin, dass in den Kammern für Angelegenheiten der Sozialversicherung und für Angelegenheiten der Arbeitslosenversicherung je ein ehrenamtlicher Richter dem Kreis der Versicherten und der Arbeitgeber angehört. Für die übrigen Kammern gelten vergleichbare Vorschriften. Diese Regelungen sollen sicherstellen, dass jeweils diejenigen Personenkreise, die an der Durchführung der betreffenden Aufgaben beteiligt und mit ihnen vertraut sind, bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus diesem Bereich herangezogen werden.

Dass der Sozialgerichtsbarkeit insoweit eine Sonderrolle zukäme, wird mit ihren hergebrachten Grundsätzen begründet. Eine solche Sonderrolle ist aber jedenfalls heute nicht mehr erkennbar. Es ist nicht ersichtlich, warum gerade in der Sozialgerichtsbarkeit – und anders als in den anderen öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten – Vertreter der beteiligten Interessengruppen als ehrenamtliche Richter mitwirken müssen. Auch im verwaltungs- und im finanzgerichtlichen Verfahren lässt sich ein großer Teil der Rechtsstreitigkeiten Interessengruppen zuordnen, ohne dass diese deswegen durch ehrenamtliche Richter mit über die Sache entscheiden.

⁵ vgl. etwa für das VG Berlin: *Orloff*, Landes- und Kommunalverwaltung 2001, Beilage zu Heft 3, Seite 51 f.

Für die Beibehaltung der Sondervorschriften über ehrenamtliche Richter in der Sozialgerichtsbarkeit wird weiter geltend gemacht, dass das Sozialrecht besonders komplex sei, so dass das Fachwissen der ehrenamtlichen Richter vonnöten sei. Auch dies überzeugt nicht. Das notwendige Fachwissen kann und muss von den Berufsrichtern erwartet werden. Über nennenswerte Mängel in diesem Bereich liegen keine Erkenntnisse vor.

Außerdem stehen dem Vorteil der Sachnähe derart ausgewählter ehrenamtlicher Richter erhebliche Bedenken hinsichtlich ihrer Unparteilichkeit gegenüber (vgl. Kopp, aaO, S. 25). Es ist schwer vorstellbar, dass Gruppenvertreter Entscheidungen gänzlich unbeeinflusst von Gruppeninteressen treffen können. Die hinter den ehrenamtlichen Richtern stehenden Gruppen können durch die Möglichkeit der Entsendung der ehrenamtlichen Richter somit einen bedenklichen Einfluss auf die einzelnen sozialgerichtlichen Verfahren ausüben.

Bei Entscheidungen in voller Kammerbesetzung sieht § 75 GVG für die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit keine ehrenamtlichen Richter vor. Auch dies sollte übernommen werden. Die Anzahl der in voller Kammerbesetzung zu entscheidenden Fälle dürfte derart gering sein, dass der mit der Beteiligung ehrenamtlicher Richter verbundene Aufwand nicht mehr gerechtfertigt erscheint.

Im Ergebnis ist die vollständige Abkehr von der Beteiligung ehrenamtlicher Richter an erstinstanzlichen Verfahren anzustreben.

Alternativ könnte den Ländern entsprechend der bisher nur für das Oberverwaltungsgericht geltenden Bestimmung des § 9 Abs. 3 S. 1 VwGO die Möglichkeit eingeräumt werden, die Mitwirkung ehrenamtlicher Richter vorzusehen.

bb) Oberverwaltungsgericht

Den Ländern sollte entsprechend der Bestimmung des § 9 Abs. 3 S. 1 VwGO die *Möglichkeit* eingeräumt werden, die *Mitwirkung ehrenamtlicher Richter* vorzusehen.

Für die Sozialgerichtsbarkeit würden sich damit nur Änderungen zur gegenwärtigen Rechtslage ergeben, wenn die Länder von der Möglichkeit nach § 9 Abs. 3 S. 1 VwGO keinen Gebrauch machen würden. Selbst dies wäre aber aufgrund der vorstehenden Erwägungen gerechtfertigt.

Für die Finanzgerichtsbarkeit wäre die vorgeschlagene Regelung die logische Konsequenz aus der Eingliederung in die dreistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit.

4. Spezialisierung der Lebenszeitrichter (Fachkammerprinzip)

Die Spezialisierung der Lebenszeitrichter kommt im geltenden Recht einmal dadurch zum Ausdruck, dass sie Planstellen bei einer der öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten innehaben. Da ihr Amt im statusrechtlichen Sinne beispielsweise „Richter am Verwaltungsgericht“, „Richter am Sozialgericht“ oder „Richter am Finanzgericht“ lautet, können sie schon aus richterrechtlichen Gründen jedenfalls nicht auf Dauer in einer der jeweils anderen Gerichtsbarkeiten eingesetzt werden.

Eine starke Spezialisierung besteht aber auch innerhalb der Sozialgerichtsbarkeit. Dort gilt gemäß § 10 SGG das Fachkammerprinzip. Danach werden bei den Sozialgerichten Fachkammern für bestimmte Rechtsbereiche gebildet. Eine entsprechende Vorschrift enthält § 31 SGG für die Fachsenate der Landessozialgerichte.

Für die Frage, ob das Fachkammerprinzip im sozialgerichtlichen Verfahren im Zusammenhang mit der Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit aufgehoben werden sollte, gelten dieselben Grundsätze wie für die Besetzung der Richterbank. In einer einheitlichen Verwaltungsprozessordnung sollte im Interesse größtmöglicher Harmonisierung auf das *Fachkammerprinzip verzichtet* werden. Notwendig ist das Fachkammerprinzip nicht. Das Sozialrecht erfordert keine tieferen Fachkenntnisse als das übrige Verwaltungsrecht einschließlich des Steuerrechts. Soweit darauf verwiesen wird, dass in sozialgerichtlichen Verfahren häufig medizinische oder berufskundliche Fragen zu klären seien, ergibt sich daraus nichts anderes. Zu diesen Fragen holen die Sozialgerichte nach denselben Grundsätzen

Sachverständigengutachten ein, wie andere Gerichte zu den dort fachfremden Fragen. Dennoch kommen die Verwaltungs- und die Finanzgerichte ohne gesetzlich angeordnete Fachkammern aus. Wo sich eine Spezialisierung anbietet, kann sie im Geschäftsverteilungsplan des Gerichts berücksichtigt werden.

Dies gilt entsprechend für die Finanzgerichtsbarkeit. Fachkammern für Steuerrecht sollten in einer einheitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht gesetzlich eingerichtet werden. Das Gerichtspräsidium kann sie bei Bedarf festlegen.

Die Beibehaltung des gesetzlich angeordneten Fachkammerprinzips würde den flexiblen Einsatz von Richtern im gesamten Bereich der einheitlichen öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit erschweren. Zwar wäre das Gerichtspräsidium bei der Geschäftsverteilung nicht daran gebunden, dass eine Fachkammer ständig mit dem dort eingearbeiteten Richter besetzt wäre. In der Praxis wäre eine die Besetzung der Fachkammern erfassende Umverteilung der Geschäfte jedoch erfahrungsgemäß häufig nicht durchsetzbar. Das Gerichtspräsidium könnte daher flexibler reagieren, wenn eine Spezialisierung – soweit notwendig – nur auf dem Geschäftsverteilungsplan beruhte und nicht gesetzlich angeordnet wäre.

B. Richter

Die Angleichung ist unproblematisch. Es würde sich anbieten, die bislang nur in § 16 VwGO vorgesehene Regelung zu über-

nehmen, nach der auf Lebenszeit ernannte Richter anderer Gerichte und ordentliche Professoren des Rechtes für eine bestimmte Zeit von mindestens zwei Jahren, längstens jedoch für die Dauer ihres Hauptamtes, zu Richtern im Nebenamt bestellt werden können. Wegen der Richter auf Probe können die in § 17 VwGO, § 15 FGO und § 11 Abs. 3 SGG enthaltenen Regelungen übernommen werden. Zur Mitwirkungsbeschränkung wäre aufzunehmen, dass in einer Kammer oder in einem Senat nur ein Richter im Nebenamt, Richter auf Probe, Richter kraft Auftrages oder abgeordneter Richter mitwirken können. Diese Regelung wäre neben § 29 Deutsches Richtergesetz notwendig, da die Besetzungsregelung des Deutschen Richtergesetzes die Richter im Nebenamt nicht erfasst.

C. Dienstaufsicht

Die Dienstaufsicht ist bislang unterschiedlich geregelt. Die Vorschriften des § 38 Abs. 1 VwGO und des § 31 FGO sehen vor, dass die Dienstaufsicht dem Präsidenten des jeweiligen Gerichts obliegt. § 9 Abs. 2 SGG überlässt die Ausgestaltung der Dienstaufsicht demgegenüber dem Landesrecht. Der Grund hierfür liegt vor allem darin, dass die kleineren Sozialgerichte nicht von Präsidenten, sondern von Direktoren geleitet werden. In einer einheitlichen Verwaltungsprozessordnung wäre daher die derzeit in § 38 Abs. 1 VwGO und in § 31 FGO enthaltene Bestimmung zu übernehmen.

Verkehrssicherungspflichten im Spiegel der neueren Rechtsprechung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts

Dr. Armin Teschner, Richter am Oberlandesgericht, Schleswig

Das Recht der Verkehrssicherungspflichten bietet zwar keine besonderen dogmatischen Schwierigkeiten, wird aber in nicht unbeträchtlichem Maße von richterlichen Wertungen im Einzelfall geprägt. Streiffälle sind oft weder für Sicherungspflichtige noch für Geschädigte und ihre Anwälte einfach und mit verlässlichem Ergebnis einzuordnen. Es besteht deshalb durchaus Anlass, einige stets wiederkehrende Grundsätze nachzuzeichnen, die sich in Rechtssprechung und Literatur herausgebildet haben und die helfen können, den Einzelfall richtig zu beurteilen. Ausgewählte Fallgruppen werden – überwiegend anhand der neueren Rechtsprechung des OLG Schleswig – in einem zweiten Schritt die gewonnenen Erkenntnisse konkretisieren.

Die einschlägigen Haftungsfälle zeichnen sich regelmäßig dadurch aus, dass die Rechtsgüterverletzung – Leben, Gesundheit, Eigentum – nicht durch unmittelbares Handeln des in Anspruch genommenen Verkehrssicherungspflichtigen hervorgerufen wird, sondern durch Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen. Eine Haftung kann nicht bereits dann eingreifen, wenn das Unterlassen schadensverhindernder Maßnahmen ursächlich zu einem Schaden geführt hat. Das wird unmittelbar deutlich, wenn man sich beispielhaft die nach gewissem Zeitablauf unvermeidbaren Aufkantungen oder Absenkungen in dem Plattenbelag eines Fußgängerweges vor Augen hält. Hier kann ein Passant – bei unglücklichem Ablauf – sicherlich auch über einer Höhendifferenz von 1 cm stolpern und sich erhebliche Verletzungen zuziehen. Durch stetige Ausbesserungsmaßnahmen des Straßenbaulastträgers hätte eine solche Aufkantung und damit der Unfall vermieden werden können. Dennoch wird kein Gericht bei 1 cm Differenz von einer Pflichtverletzung sprechen. Hier greift vielmehr die haftungsbegrenzende Funktion der Verkehrssicherungspflichten ein: Gehaftet wird nur, wenn der Sicherungspflichtige gegen eine spezielle, meist durch Richterrecht langjährig entwickelte und anerkannte Sorgfaltspflicht verstoßen hat, die ein noch als sozialadäquat anzusehendes Verhalten von einem nicht mehr hinzunehmenden und deshalb pflichtwidrigen Verhalten trennt.

Die Funktion der Verkehrssicherungspflichten besteht darin, für denjenigen, der einen Verkehr eröffnet, deliktische Sorgfaltstandards vorzugeben und in einzelnen Fallgruppen zu bestimmen,

welche Sorgfalt verkehrserforderlich ist. Damit wird jedenfalls von der Rechtssprechung im Ergebnis – ohne den insoweit bestehenden und teilweise streitigen dogmatischen Hintergrund hier im Einzelnen aufzuarbeiten – der Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB bereits bei der Prüfung der Verkehrssicherungspflichtverletzung selbst herangezogen¹.

Die Antwort auf die Frage, welche Sicherungsmaßnahmen ein verständiger und vernünftiger Mensch, der einen Verkehr eröffnet hat, für erforderlich aber auch ausreichend halten muss, ist nur in einigen Einzelbereichen – und auch dort oft nur rudimentär – durch Normen des Gesetzgebers vorgeprägt, so in einzelnen Vorschriften der Straßenverkehrsordnung, des Straßen- und Wegegesetzes oder der Landesbauordnung. Gelegentlich helfen technische Normen oder Unfallverhütungsvorschriften weiter, die zwar keine hoheitliche Rechtssetzung darstellen, aber doch den in einschlägigen Kreisen maßgeblichen Sicherheitsstandard widerspiegeln². Auch in solchen Fällen ist die Entscheidung aber nicht zwangsläufig durch die genannten Normen vorgegeben. Eine Verkehrssicherungspflichtverletzung kann auch begehen, wer die ihn betreffende DIN-Norm einhält. Das wird etwa im Bereich der Haftung für Spielplätze deutlich, weil hier auch Vorsorge getroffen werden muss für voraussehbares unvernünftiges Verhalten der Nutzer³. Umgekehrt kann eine Verkehrssicherungspflichtverletzung auscheiden, obwohl gegen eine gesetzliche Sicherungspflicht verstoßen worden ist – so etwa dann, wenn die Gefahr für den Nutzer erkennbar und beherrschbar ist⁴.

Vor diesem Hintergrund bleibt es gerade auf dem Gebiet der Haftung für Verkehrssicherungspflichten Aufgabe der Obergerichte, durch eine langjährig konsequente Rechtsprechung in den einzelnen Fallgruppen bei aller Einzelfallgerechtigkeit für Verlässlichkeit und Einschätzbarkeit zu sorgen und zu diesem Zweck Maßstäbe vorzugeben, an denen sich die Kommunen und auch private

¹ vgl. dazu BGH U.v.03.02.2004, VI ZR 95/03; BGH NJW 1985, 620; ausführlich Miko/Wagner, BGB, 4. A. 2004, § 823 Rn. 63-65, 220 f

² vgl. BGH U.v.03.02.2004, VI ZR 95/03

³ OLG Schleswig, SchlHA 1997, 279 und U.v.09.03.2000, 11 U 160/98

⁴ OLG Schleswig, U.v.22.08.2002, 11 U 225/00; vgl. auch Geigel/Wellner, Der Haftpflichtprozess, 24. A. 2004, Kap. 14 Rn.6

Verkehrssicherungspflichtige einerseits zu Gunsten des Verkehrs schadensvermeidend und andererseits in eigenem Interesse haftungsvermeidend orientieren können. Zentrale Gesichtspunkte bei der Entwicklung der Sorgfaltsstandards sind der Gedanke der Risikoverteilung, der Vertrauensschutz und die Problematik der Zumutbarkeit sowie der Eigenvorsorge, deren Bedeutung im Folgenden näher zu beleuchten ist.

I. Kriterien zur Ermittlung der Sorgfaltsstandards

1. Risikoverteilung

Der Bestimmung des Umfangs der Verkehrssicherungspflichten im Einzelfall liegt als übergeordneter Gesichtspunkt der Gedanke der Risikoverteilung zwischen demjenigen, der den Verkehr eröffnet einerseits und dem Nutzer andererseits zugrunde. In einem wertenden Verfahren ist im Einzelfall zu fragen, welches Sicherheitsvertrauen der Gefährdete in der konkreten Situation hegen darf und welche Risiken ihm deshalb von dem Sicherungspflichtigen abgenommen werden müssen. Die Antwort auf diese Frage kann nicht schematisch ausfallen und in eine für alle Konstellationen gültige Formel gebracht werden. Es gilt der Grundsatz, dass von dem Sicherungspflichtigen umso mehr Vorsorge erwartet werden muss, je schwächer und schutzbedürftiger die Nutzer des von ihm eröffneten Verkehrs sind. Das wird deutlich an den hohen Anforderungen für den Betreiber eines Spielplatzes. Wer etwa ein Kettenkarussell zur Verfügung stellt, muss auch in Rechnung stellen, dass Kinder in ihrem Bewegungs- und Experimentierdrang nicht nur die Sitzschalen wie vorgesehen nutzen, sondern sich an dieselben hängen und auf diese Weise mitziehen lassen. Steht dann eine Zaunanlage in zu großer Nähe und kommt es deshalb zu Verletzungen, so haftet der Betreiber. Im Rahmen der Risikoabwägung ergibt sich nämlich, dass der Verkehr gerade für kleinere und noch unvernünftige Kinder eröffnet ist, die – anderes als der Betreiber – ihrerseits dieses Risiko einer nicht ganz zweckgerechten aber auch nicht fernliegenden Nutzung des Spielgerätes nicht ausreichend abschätzen und ihm deshalb nicht rechtzeitig begegnen können⁵.

Es muss auch umso mehr Schutz erwartet werden, je gravierender die Folgen einer Pflichtverletzung ausfallen und je weniger sich die Nutzer selbst schützen können. Unter diesem Aspekt sind etwa an den Winterdienst besondere Anforderungen zu stellen, wenn es um eine Bushaltestelle vor einer orthopädischen Kurklinik geht, die typischerweise häufig von rekonvaleszenten und meist älteren Patienten mit diversen Bewegungseinschränkungen nach Operationen etc. genutzt wird und auch mit Rücksicht auf diese Klinik eingerichtet worden ist. Hier sind nicht nur die Nutzer in Folge ihrer Konstitution besonders gefährdet, sondern drohen typischerweise auch besonders einschneidende Folgen, wenn es tatsächlich zu einem glättebedingten Sturz kommt.

Kann nur der Sicherungspflichtige das Risiko erkennen und mit zumutbaren Mitteln beherrschen, dann muss ihm auch angesonnen werden, schadensvermeidend tätig zu werden. Wissen die Verantwortlichen einer Parkanlage etwa von einem im näheren Bereich eines Parkweges befindlichen und für den Spaziergänger kaum wahrnehmbaren Eisenbügel, so müssen sie trotz des Umstandes tätig werden, dass die Anforderungen an die Verkehrssicherung eines Park- oder Wanderweges gering sind und der Nutzer hier wenig Schutz erwarten darf⁶. Maßgeblich setzt sich insoweit im Rahmen der Risikoabwägung der Gesichtspunkt durch, dass allein der Sicherungspflichtige diese besonders tückische Gefahr erkennen und ihr mit zumutbaren Mitteln begegnen kann.

Ist dagegen das Risiko für den Nutzer selbst erkennbar, muss er auch mit ihm rechnen und kann er es bei der Beobachtung der gebotenen Sorgfalt beherrschen, dann ist der Verkehrssicherungspflichtige nicht gefordert. Wer bei guter Beleuchtung sein Fahrzeug an der Abbruchkante einer gepflasterten Straße parkt, wo sich erkennbar mit Wasser gefüllte Schlaglöcher gebildet haben, kann nicht den Straßenbaulastträger in Anspruch nehmen, wenn er beim Aussteigen in ein solches Loch gerät und deshalb stürzt⁷. Das Beispiel macht auch deutlich, dass die Risikoabwägung ihren zentralen Ort bereits bei der Prüfung des Verstoßes gegen eine Verkehrssicherungspflicht hat. Sie spielt nicht etwa erst

im Rahmen von Mitverschuldensüberlegungen eine Rolle. Das ist von wesentlicher Bedeutung für die Frage der Darlegungs- und Beweislast, denn die Pflichtverletzung hat der Geschädigte vorzutragen.

Im Rahmen der Risikoabwägung ist schließlich zu bedenken, dass für die Bestimmung des Umfangs der Verkehrssicherungspflicht auf den im Einzelfall zum Verkehr zugelassenen Personenkreis und die für diesen Kreis maßgeblichen Verhältnisse abgestellt werden muss. Öffnet ein Verein das Vereinsgelände außerhalb der Saison mitten im Winter nur für kraft Satzung zur Arbeitsleistung verpflichtete Vereinsmitglieder zwecks Durchführung von Rodungsarbeiten und betritt dann ein nicht zu diesem Kreis gehörendes Vereinsmitglied ohne Not das erkennbar nicht von Schnee und Eisglätte befreite Grundstück, so kann es den Verein nach einem glättebedingten Sturz nicht in Anspruch nehmen. Angesichts des eingeschränkt eröffneten Verkehrs und der mangelnden Notwendigkeit, sich der erkennbaren Gefahr auszusetzen, trägt der Verletzte das Risiko eines Sturzes allein⁸.

2. Vertrauensschutz

Bei der Bestimmung des vom Verkehrssicherungspflichtigen zu fordernden Sorgfaltsstandards muss stets bedacht werden, dass ein lückenloser Schutz des Verkehrs nicht möglich ist. Auf einen solchen lückenlosen Schutz kann auch ein Passant vernünftiger Weise nicht vertrauen. Abzugrenzen ist der Bereich des allgemeinen Lebensrisikos, das jeder Einzelne zu tragen hat, von Umständen, wo er angesichts eines auch für ihn eröffneten Verkehrs vernünftigerweise Schutzvorkehrungen erwarten und sich in seinem Verhalten von dem Vertrauen auf die Erfüllung dieser Erwartung leiten lassen darf. Allgemein bekannt ist etwa, dass man sich bei winterlichen Verhältnissen als Fußgänger, Rad- und Autofahrer vorsichtiger und den gesteigerten Gefahren angepasst bewegen muss. Niemand kann vernünftigerweise darauf vertrauen, sich unter diesen Umständen mit derselben Sicherheit fortbewegen zu können, wie an einem milden, regenfreien Sommertag. Ähnliches gilt zu Nachtzeiten auch unter Berücksichtigung vorhandener Straßenbeleuchtung. Wer als Radfahrer einen für diesen Zweck gerade ausgewiesenen unbefestigten Weg in einem Waldgebiet nutzt kann nicht erwarten, hier so sicher wie auf einem asphaltierten innerstädtischen Radweg fahren zu können. Er muss vielmehr mit walddtypischen Erschwernissen – etwa Wurzelaufbrüchen, herabgefallenen Ästen, Kieselsteinen oder durch Regen ausgespülten Schlaglöchern – rechnen. Der Radfahrer braucht aber nicht damit zu rechnen, dass der ausgewiesene Waldweg abweichend vom üblichen Zustand plötzlich mit einer nur schwer erkennbaren Stange abgesperrt ist⁹. Er muss auch bei innerörtlicher Nutzung eines Radweges des Nachts – trotz Notwendigkeit, seine Fahrweise der Dunkelheit anzupassen – nicht damit rechnen, dass dort ein schrägstehender, nicht beleuchteter Bauzaun in den Weg hineinragt¹⁰. In beiden Fallkonstellationen darf er vielmehr darauf vertrauen, dass ihn der Verkehrssicherungspflichtige, gerade weil er den Weg für die Nutzung von Radfahrern eröffnet hat, vor solchen Gefahren bewahrt.

Wie differenziert der Vertrauensgrundsatz angewandt werden kann, zeigt sich auch in einer jüngeren, grundsätzlichen Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Verkehrsicherungspflichten der Kommunen zugunsten von Radfahrern bei Schnee und Eisglätte¹¹. Radfahrer dürfen danach nicht darauf vertrauen, dass auf dem ausgewiesenen Radwegnetz einer Gemeinde ein umfassender Winterdienst stattfindet. Sie haben zu bedenken, dass das Radfahreraufkommen bei winterlichen Verhältnissen ohnehin nur sehr eingeschränkt ist und der Sicherungspflichtige schon deshalb nicht umfassend für einen Winterdienst auf allen Radwegen in Anspruch genommen werden kann. Auf gemeinsamen Fuß- und Radwegen kann der Radfahrer dagegen im Grundsatz einen Winterdienst erwarten. Sein Vertrauensschutz geht auch dann nicht so weit, dass er von einer gefahrlosen Nutzung ausgehen darf. Er muss seine Fahrweise vielmehr winterlichen Verhältnissen anpassen und behält dann ggf. Haftungsansprüche, wenn er allein deswegen stürzt, weil auf einem entsprechenden kombinierten Weg überhaupt kein oder nur ein ungenügender Winterdienst durchgeführt worden ist.

⁵ OLG Schleswig, U.v.09.03.2000, 11 U 160/98

⁶ vgl. OLG Köln, VersR 1992, 71f

⁷ OLG Schleswig, U.v.18.11.1999, 11 U 60/98

⁸ OLG Schleswig, B.v.26.01.2004, 11 U 64/03

⁹ OLG Köln, NJW-RR 1987, 988

¹⁰ OLG Schleswig, U.v.09.12.1999, 11 U 127/97

¹¹ BGH NJW 2003, 3622 ff

3. Zumutbarkeit

In der Rechtsprechung ist stets betont worden, dass die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflicht unter dem Vorbehalt des Zumutbaren stehen, wobei es insbesondere auf die Leistungsfähigkeit des Sicherungspflichtigen ankommt¹². Unter diesem haftungseinschränkenden Aspekt ist im Rahmen von Einzelfallentscheidungen auch der unterschiedlichen Finanzkraft von Kommunen Rechnung zu tragen. Beruft sich eine Gemeinde auf mangelnde Leistungsfähigkeit, wird allerdings stets sorgfältig geprüft werden müssen, ob sie bei dem Einsatz der beschränkten personellen, sachlichen und letztlich finanziellen Mitteln ihren Organisationspflichten ausreichend nachgekommen ist. Dazu gehört gerade im Bereich des Winterdienstes eine sorgfältige Einteilung des Straßennetzes nach unterschiedlichen Gefährdungsbereichen und eine sich in einem Streuplan niederschlagende begründete Reihenfolge des Vorgehens der Winterdienstkräfte orientiert an der Gefährlichkeit und der Dichte des zu erwartenden Verkehrs. Die jeweiligen kommunalen Besonderheiten verbieten dabei die Vorgabe eines generell passenden Schemas. Wirbt etwa ein Gemeinde um Kurgäste mit der besonders exponierten Aussicht auf seiner zentralen Kurpromenade und findet an den Weihnachstagen auch ein nachhaltiger Kurbetrieb statt, so kann es nicht ausreichen, an diesen Tagen den Winterdienst auf der lebhaft frequentierten Kurpromenade nach nächtlichem Schneefall planmäßig erst ab 13.00 h beginnen zu lassen und die zuständigen Mitarbeiter zuvor auch mit der Säuberung öffentlicher Toilettenanlagen zu beschäftigen. Angesichts ihres werbenden Verhaltens (und des damit für die Kurgäste auch verbundenen Vertrauensschutzes) und dieses deutlichen Organisationsmangels kann sich die Gemeinde vielmehr auf den Gesichtspunkt der Zumutbarkeit unter Verweis auf eine eingeschränkte Finanzkraft nicht erfolgreich berufen¹³. Geht es dagegen um Eisbildung auf einer Kurpromenade an einem Werktag Anfang Dezember, wo die anliegenden Geschäfte weitgehend geschlossen und auch die öffentlichen Kuranlagen - wie das anliegende Hallenbad - saisonal bedingt nicht geöffnet haben, darf sich die Gemeinde gegenüber den vereinzelt Spaziergängern, die zudem auf die Nutzung nicht angewiesen sind, durchaus darauf berufen, dass ihr ein Winterdienst auch mangels Leistungsfähigkeit nicht zumutbar ist¹⁴.

Auf dem Gedanken der Zumutbarkeit beruhen maßgeblich die Einschränkungen der Rechtsprechung bei der Problematik von Aufkantungen, Absenkungen und Schlaglöchern auf Fahrbahnen, Fußgänger- und Radwegen. So wird selbst im Bereich von Fußgängerzonen mit Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit der Kommunen kaum verlangt, bereits bei Differenzen von weniger als 2 cm tätig zu werden. Für Fußgängerwege in ruhigen Anliegerstraßen gelten noch größere Differenzen als tolerabel. Diese Rechtsprechung folgt der Überlegung, dass absolute Sicherheit von dem jeweils Verkehrssicherungspflichtigen mit zumutbaren Mitteln nicht zu erreichen ist und deshalb vom Nutzer des Verkehrs auch nicht erwartet werden kann. Ihm wird zugemutet, sich insoweit mit – durchaus nicht gänzlich ungefährlichen – Verhältnissen abzufinden, an denen jedenfalls mit fiskalisch vertretbaren Mitteln nichts zu ändern ist. Etwas anderes gilt aber auch unter dem Aspekt der Zumutbarkeit, wenn eine Gemeinde es durch nachlässige Kontrolle bei der erstmaligen Herstellung eines Gehweges in einer Anliegerstraße hinnimmt, dass dort im Übergangsbereich zu einem älteren Gehwegteil aufgrund eines Baufehlers eine durchgehende Kante von bis zu 2 cm Höhe entsteht. Hier können fiskalische Gründe ersichtlich nicht dafür angeführt werden, den Wegenutzern diese Gefahrenstelle zuzumuten. Infolgedessen haftet die Gemeinde für einen Sturzunfall, obwohl an derselben Stelle eine Haftung ausscheiden würde, wenn eine entsprechend hohe Aufkantung aufgrund Zeitablaufs nach längerer Gehwegnutzung entstanden wäre¹⁵.

4. Eigenvorsorge und Eigenverantwortlichkeit

Wer einen Verkehr eröffnet, darf auch als in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch orientiert an § 276 Abs. 2 BGB davon ausgehen, dass sich die Nutzer nach ihren Möglichkeiten aufmerksam verhalten und schon aus Eigeninteresse Vorsorge für

den Schutz ihrer eigenen Rechtsgüter treffen werden. Wo Gefahren für den zu erwartenden Nutzerkreis ohne weiteres erkennbar und bei dem zu fordernden Maß an Eigensorgfalt auch beherrschbar sind, braucht der Verkehrssicherungspflichtige nicht zugunsten der Nutzer tätig zu werden.

Im Einzelfall kann deshalb eine Haftung unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherungspflichtverletzung selbst dann bereits auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit und nicht erst des Mitverschuldens ausscheiden, wenn ein Verstoß gegen eine vom Gesetzgeber normierte Verhaltenspflicht vorliegt. Verschmutzt etwa jemand eine Fahrbahn und verstößt damit gegen § 46 StrWG Schl.-H. und § 32 StVO und fährt ein Skater entgegen den Regeln dieser Sportart mit hohem Tempo in diese ihm vom weiten erkennbare Verschmutzung hinein, so kann er Schadensersatz und Schmerzensgeld gestützt auf eine Verkehrssicherungspflichtverletzung nicht verlangen, weil der Unfall bei Beachtung der ihm möglichen Eigensorgfalt vermieden worden wäre¹⁶.

Welches Maß an Eigensorgfalt zu fordern ist, richtet sich selbstverständlich am Kreis der jeweiligen Nutzer aus. Ist der Verkehr gerade für Kinder eröffnet, gilt auch hier, dass der Sicherungspflichtige in Grenzen mit kindtypischen unvernünftigen Verhalten und mit einem geringeren Gefahrenbewusstsein rechnen muss. Bei winterlichen Verhältnissen kann der Sicherungspflichtige in der Regel nicht damit rechnen, dass Passanten einen erkennbar nicht von Schnee und Eis beseitigten Gehweg meiden. Das gilt mindestens für den Fall, dass eine naheliegende, sichere Umgehungsmöglichkeit nicht besteht. Es entspricht nämlich allgemeiner Lebenserfahrung, dass Menschen dazu neigen, auch nicht abgestreute Gehwege in der Hoffnung zu betreten, es werde schon nichts passieren. Hier kann ein Unfall im Regelfall mithin durch das übliche Maß an Eigenvorsorge nicht ausreichend sicher abgewandt werden. Dieser Erkenntnis entspringt gerade die in § 45 StrWG Schl.-H. angeordnete Räum- und Streupflicht. Im Einzelfall können bei derartigen Schnee- und Glätteunfällen allerdings zu Lasten des Geschädigten Abzüge auf der Ebene des Mitverschuldens – § 254 BGB – zu machen sein, die aber zumeist nicht zu einem vollständigen Haftungsausschluss führen¹⁷.

In einigen Haftungsfällen wird ein überzogenes Anspruchsdenken der Geschädigten deutlich. Auch wenn unter Berücksichtigung der oft gravierenden Folgen die Suche nach einem Schadensersatzpflichtigen Verantwortlichen verständlich ist, bleibt es wichtige Aufgabe der Gerichte, die Eigenverantwortlichkeit der Geschädigten sowie die zu fordernde Eigenvorsorge in die Fallbeurteilung einzubeziehen und insoweit eine Abgrenzung zum Bereich der notwendigen Sicherungsmaßnahmen des Verkehrspflichtigen vorzunehmen. Zu unterscheiden sind auch Fälle schick-salbhafter Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos von solchen Schädigungen, die durch Verletzung einer vom Verkehrsverantwortlichen zu fordernden Sorgfaltspflicht verursacht worden sind¹⁸.

II. Beweisfragen

Geschädigte sehen sich häufig der Schwierigkeit ausgesetzt, den ihnen grundsätzlich obliegenden Beweis eines Ursachenzusammenhangs zwischen Verkehrssicherungspflichtverletzung und eingetretenem Schaden zu erbringen. Nicht zu verkennen ist, dass hier dem in Anspruch genommenen kommunalen Träger in Einzelfällen trotz eines unzureichenden Straßenzustandes die Beweisnot der Geschädigten zu gute kommt. Das gilt insbesondere da, wo im Unfallbereich nicht nur eine beseitigungspflichtige Aufkantung im Gehweg oder Fahrbahnbelag festzustellen ist, sondern daneben noch verschiedene andere Unebenheiten, die durchaus bei unglücklichen Ablauf das Sturzgeschehen hervorgerufen haben könnten, ohne ihrerseits bereits den Vorwurf einer Verkehrssicherungspflichtverletzung begründen zu können. Lässt sich bei einem solchen Zustand der Verkehrsfläche keine Sicherheit über die Sturzquelle gewinnen, geht dies zu Lasten des Geschädigten¹⁹.

¹² OLG Schleswig, U.v.22.08.2002, 11 U 225/00

¹⁷ vgl. dazu bei Eisunfällen BGH VersR 1997, 840 f.; OLG Schleswig, U.v.03.06.1999, 11 U 76/97 und B.v.24.01.2003, 11 W 24/02; OLG Köln, OLGR 96,16; OLG München, OLGR 97,137; OLG Celle, OLGR 97, 227

¹⁸ vgl. zu allem den lesenswerten Aufsatz von Schmid, Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen Rechtsgüterschutz, Eigenverantwortung und Leistungsfähigkeit der öffentlichen Hand, in BADK-Information 2/99, S. 42-48

¹⁹ OLG Schleswig, U.v.05.09.2002, 11 U 13/01

¹³ zuletzt BGH NJW 2003, 3622 ff

¹⁴ vgl. OLG Schleswig, U.v.25.02.1999, 11 U 81/97

¹⁵ OLG Schleswig, U.v.02.03.2000, 11 U 114/98

¹⁶ OLG Schleswig, U.v.11.07.2002, 11 U 47/01

Der Beweis des ersten Anscheins hilft ihm allerdings dort, wo der Sturz bewiesen und im näheren Umfeld allein eine beseitigungspflichtige Sturzquelle auszumachen ist, die nach der Lebenserfahrung einen solchen Sturz verursachen kann. Stürzt etwa ein Passant in einer sorgfältig gepflasterten Fußgängerzone und finden ihn Zeugen ein Meter neben einem unzulässig über den Weg gespannten und nicht ausreichend gekennzeichneten Kabel – vgl. § 32 StVO –, so kann nach der Lebenserfahrung auf das Kabel als Unfallursache geschlossen werden²⁰. Es ist dann Sache des Schädigers, die tatsächliche Grundlage des Anscheinsbeweises zu erschüttern.

Ist im genannten Beispielfall allerdings nicht sicher, ob der Geschädigte im Bereich des Kabels gestürzt ist und fehlen Zeugen, die den Sturz oder das Auffinden im fraglichen Bereich nach dem Sturz bestätigen können, so kann im Einzelfall trotz der dann bestehenden Beweisnot eine Überzeugung des Gerichtes zugunsten des Geschädigten möglich sein. Das Gericht hat gemäß § 286 Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder unwahr zu erachten ist. Zum Inhalt der Verhandlung gehört auch die Anhörung des Geschädigten. Anhaltspunkte für die Richtigkeit seines Vorbringens können sich zudem aus seinen etwaigen Unfallschilderungen kurz nach dem Geschehen gegenüber Verwandten, Freunden, Ärzten oder auch Versicherungen ergeben. Ggf. kann als Ergebnis der insoweit gewonnenen Erkenntnisse eine Vernehmung des Geschädigten als Partei von Amts wegen gemäß § 448 ZPO in Betracht kommen²¹.

Für den Straßenbaulastträger kann sich eine sorgfältige, schriftlich niedergelegte Planung der Kontrolle von Straßen und Wegen sowie des Winterdienstes und eine nachvollziehbare Dokumentation der Straßenbegehung sowie der Schnee- und eisbeseitigenden Maßnahmen günstig auswirken. Mit Hilfe solcher Unterlagen – ggf. bestätigt durch die zuständigen Mitarbeiter als Zeugen – kann das äußere Bild einer Verkehrssicherungspflichtverletzung widerlegt oder zumindest das Verschulden ausgeräumt werden. Dem kommunalen Verkehrssicherungspflichtigen kann nicht angesonnen werden, gleichsam täglich alle maßgeblichen Straßen und Wege auf Veränderungen zu kontrollieren. Durch Wettereinfluss – Regen, Frost, beginnende Vegetation, Tieraktivitäten – können Gehwegplatten kurzfristig unterhöhlt werden oder kann sich eine Aufkantung kurz oberhalb der noch hinzunehmenden Grenze ergeben, auch kann Asphalt kurzfristig aufbrechen oder sich dort ein Schlagloch bilden. Ist die Gemeinde in einem solchen Fall in der Lage, eine regelmäßige sorgfältig dokumentierte Straßenbegehung im Abstand von 2 Wochen bis 1 Monat – orientiert an der Verkehrsbedeutung der Straße – nachzuweisen und kommt eine kurzfristige Herausbildung der Stolperstelle nach den sonstigen Umständen in Betracht, dann scheidet eine Haftung aus²².

Gelegentlich sind zugunsten des Geschädigten die Grundsätze der Beweisvereitelung heranzuziehen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Verkehrssicherungspflichtige die ihm durch den Verletzten bezeichnete Unfallstelle umgehend ohne ausreichende Dokumentation des Zustandes beseitigt. Oft lässt sich im nachhinein auch durch Zeugenbeweis nichts Sicheres zum Zustand der Unfallstelle im Unfallzeitpunkt feststellen. Das gilt insbesondere, wenn zur Beseitigung dritte Firmen herangezogen worden sind. Es empfiehlt sich mithin für den in Anspruch genommenen Verkehrssicherungspflichtigen, den Zustand der Unfallstelle vor etwaigen Beseitigungsmaßnahmen zu dokumentieren. Eine millimetergenaue Untersuchung kann der Geschädigte allerdings kaum verlangen. Kommt es auf derartige Feinheiten im Einzelfall an, verbleibt das Beweisrisiko bei ihm. Das gilt insbesondere auch für den Fall, wenn er einen Unfall erst viele Wochen nach dem Vorfall bei der zuständigen Stelle meldet und sich über den genauen Zustand des Gehweg- oder Straßenbelages im Unfallzeitpunkt keine ausreichende Sicherheit gewinnen lässt. Ein Beweis des ersten Anscheins kommt nicht in Betracht, wenn möglich erscheint,

dass sich ein verkehrssicherungswidriger Zustand erst in den Wochen nach dem Unfall entwickelt hat²³.

III. Fallgruppen

Im Folgenden kann keine erschöpfende Darstellung gegeben werden. Ausgewählt werden vielmehr häufig wiederkehrende Konstellationen und besondere Entwicklungen aus der jüngeren Rechtsprechung vornehmlich des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts²⁴.

1. Haftung für Schnee- und Eisunfälle

a. Winterdienst zugunsten von Fußgängern

Immer wieder Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten ist die Frage, inwieweit kommunale Straßenbaulastträger zugunsten von Fußgängern Winterdienst zu leisten haben. Geschädigte sind hier häufig der Meinung, innerörtlich müsse es für sie wenigstens eine Möglichkeit gefahrlosen Durchkommens von einem Standort zu einem anderen geben. Diese Auffassung ist aber nicht zutreffend. Ein lückenloser innerörtlicher Schutz des Fußgängers vor den Gefahren winterlicher Glätte kann vielmehr schon unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit selbst von finanzstarken Kommunen nicht verlangt werden²⁵. In Schleswig-Holstein bestimmt § 45 Abs. 2 StrWG zum Schutz der Fußgänger, dass der innerörtliche Winterdienst die Gehwege und kombinierten Geh- und Radwege, die Fußgängerüberwege und die besonders gefährlichen Fahrbahnstellen einschließt, bei denen die Gefahr auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht oder nicht rechtzeitig erkennbar ist. Selbst insoweit steht der Winterdienst aber unter dem Vorbehalt des Zumutbaren. Zu verlangen ist auch zugunsten der Fußgänger ein Streukonzept, das die für den Winterdienst vorgehaltenen Ressourcen auf die einzelnen Straßen und Straßenteile orientiert an den Gesichtspunkten der Verkehrswesentlichkeit und Gefährlichkeit verteilt.

Von wesentlicher Bedeutung sind organisatorische Vorkehrungen, die einen rechtzeitigen Start des Winterdienstes ermöglichen. Es muss für ein frühmorgendliche Prüfung der Straßenverhältnisse Sorge getragen werden, damit die wesentlichen Verkehrsflächen ggf. rechtzeitig vor Einsetzen des Hauptberufs- und Schulverkehrs geräumt und abgestreut werden können. Wegen der unterschiedlichen Auswirkungen winterlicher Witterungsverhältnisse jeweils nach den Besonderheiten der geographischen Lage und des gewählten Belages wird es in vielen Fällen – namentlich in größeren Kommunen – nicht ausreichen, eine Prüfung etwa nur vor dem örtlichen Bauhof vorzunehmen. Das vorhandene Wissen um besondere glätteanfällige und zugleich verkehrswesentliche Stellen muss vielmehr fruchtbar gemacht werden und zu einer entsprechenden Prüfungsorganisation führen. Weiß eine Gemeinde etwa, dass der von ihr für den Bereich des Zentralen Omnibusbahnhofs gewählte Pflasterstein besonders glätteanfällig ist, kennt sie die vorzeitige Glättegefährdung im Bereich einer vielbenutzten Fußgängerbrücke oder auf einem Wind und Regen wegen seiner exponierten Lage zum Wasser besonders ausgesetzten Straßensegment, dann muss diese Neigung spezieller Bereiche zur Glättebildung im Organisationsplan hinsichtlich Prüfung und bevorzogter Abstreueung Berücksichtigung finden²⁶. Andererseits ist eine Gemeinde in Ausprägung des Zumutbarkeitsgrundsatzes nicht gehalten, das Gemeindegebiet ohne konkreten Anhalt im Winter vorbeugend auf vereinzelt aus unvorhersehbaren Gründen auftretende Glättestellen zu überprüfen²⁷.

Will ein Fußgänger eine Straße überqueren, kann er nicht erwarten und darauf vertrauen, im ganzen Gemeindegebiet in kurzen Abständen für seine Bedürfnisse speziell abgestreute Übergänge vorzufinden. Im allgemeinen kann insbesondere in ruhigeren

²³ OLG Schleswig, U.v.29.08.2003, 11 U 13/03

²⁴ äußerst nützliche, umfassende Hinweise auch zu weiteren Fallgruppen einschließlich verschiedener Muster für Dienstabweisungen und Kontrollblätter finden sich im Sonderheft 2003 der BADK-Information „Haftungsrechtliche Organisation im Interesse der Schadenverhütung“, das insbesondere den für Verkehrssicherungspflicht Verantwortlichen in den Kommunen nur empfohlen werden kann; umfangreiches Fallmaterial aus der Rechtsprechung findet sich in Fallgruppen übersichtlich sortiert auch bei Geigel/Wellner, aaO, Kap.14

²⁵ ausdrücklich BGH VersR 1991, 665 f

²⁶ OLG Schleswig, U.v.30.04.2003, 11 U 141/01 und U.v.24.02.2000, 11 U 138/98

²⁷ OLG Schleswig, U.v.30.04.2003, 11 U 141/01; OLG Hamm VersR 1982, 806

²⁰ vgl. dazu OLG Schleswig, U.v.15.07.1999, 11 U 153/97

²¹ vgl. dazu OLG Schleswig, U.v.13.11.2003, 11 U 8/02

²² OLG Schleswig, U.v.29.08.03, 11 U 13/03; zur Organisation des Winterdienstes und Führung von Kontrollblättern vgl. auch OLG Schleswig, U.v.30.04.2004, 11 U 71/03

Wohngebieten eine Anliegerstraße unter Wahrung der dabei vom Fußgänger zu fordernden besonderen Eigensorgfalt gefahrlos überquert werden, auch wenn dort kein spezieller Winterdienst für den Fußgängerverkehr durchgeführt worden ist. In das Streuprogramm einzubeziehen sind allerdings die nach Maßgabe der StVO markierten Fußgängerüberwege und zudem innerorts sonstige belebte, über die Fahrbahn führende unentbehrliche Fußgängerüberwege, soweit dafür ein Bedürfnis des Verkehrs auch mit Rücksicht auf die besondere Gefährlichkeit dieser Stelle für den Fußgängerverkehr besteht. Wo Fußgänger unter Berücksichtigung der Straßenverkehrsordnung die Straße nicht queren dürfen – etwa abkürzend schräg über eine Kreuzung unter Missachtung vorhandener markierter Fußgängerwege – kann eine Streupflicht zu ihren Gunsten nicht bestehen²⁸.

b. Eisbildender Regen

Häufig berufen sich kommunale wie private Sicherungspflichtige angesichts unterbliebener Streumaßnahmen auf das Phänomen des eisbildenden Regens, das zu beobachten ist, wenn nach plötzlichem Temperaturanstieg Regen auf noch gefrorenen Boden fällt. Anerkannt ist, dass bei fortdauerndem eisbildenden Regen dann nicht gestreut werden muss, wenn und solange Streumaßnahmen selbst bei Verwendung von grobem Sand weitgehend wirkungslos bleiben und sich das Glatteis infolgedessen auch nach zwischenzeitlichen Abstreumaßnahmen kurzfristig erneuert. Ähnliches gilt für andauernden Schneefall. Beachtet werden muss, dass die Beweislast für den haftungsausschließenden Einwand „eisbildender Dauerregen“ bei dem Verkehrssicherungspflichtigen liegt²⁹.

Strengere Anforderungen gelten bei eisbildenden Dauerregen allerdings für Gastwirte, die in besonderer Weise mit Nutzern rechnen müssen, die zur Eigenvorsorge nur eingeschränkt in der Lage sind³⁰. Im Rahmen der erforderlichen Risikoabwägung ist zu bedenken, dass Gastwirte gerade werbend an das Publikum herantreten, damit dort insbesondere auch alkoholische Getränke konsumiert werden. Dann aber müssen sie in stärkerem Masse das Risiko eines unsicheren Weges tragen. Über den Gedanken der Risikoabwägung und des Vertrauensschutzes werden bei eisbildenden Dauerregen höhere Anforderungen auch etwa an – oft kommunale – Betreiber von Kultureinrichtungen, Jugendheimen, Kliniken etc. gestellt werden müssen.

Nicht selten ist in Haftungsfällen zu klären, ab welchem Zeitpunkt nach Ende des Schneefalls oder des eisbildenden Regens Streumaßnahmen hätten durchgeführt sein müssen. Die Streupflicht setzt erst nach einer angemessenen Wartezeit ein. Sie umfasst zunächst eine Beobachtungszeit, in der der Streupflichtige Gelegenheit hat, näher festzustellen, ob der anhaltende Eisregen tatsächlich beendet ist. Hinzukommt eine Zeit zur organisatorischen Vorbereitung der Streu- und Räumarbeiten, sowie schließlich noch ein angemessener Zeitraum für die Streuarbeiten selbst³¹. Mit welcher zeitlichen Dauer die angegebenen drei Zeiträume zu bemessen sind, bestimmt sich im Einzelfall. Für die Länge der Beobachtungszeit ist die zeitliche Ausdehnung des vorhergehenden Eisregens oder Schneefalls von Bedeutung, für die Durchführung der Streuarbeiten die Größe der zu bearbeitenden Fläche. Geht es um einen Eisregen von wenigen Stunden Dauer und um die Streupflicht des Eigentümers eines durchschnittlichen Einfamilienhausgrundstückes, so können eine Beobachtungszeit von 30 Minuten und jeweils 5 Minuten für Vorbereitung und Durchführung der Streumaßnahme akzeptiert werden³². Im Haftungsfall kann es dann notwendig werden, genau zu rechnen. Hat der Sicherungspflichtige tatsächlich nicht gestreut und geschah der Unfall 37 Minuten nach Ende des eisbildenden Dauerregens, so dürfte eine Haftung unter Berücksichtigung des Umstandes ausscheiden, dass der Hauseigentümer nicht zwangsläufig an der Unfallstelle mit seinen Abstreumaßnahmen hätte beginnen müssen³³.

c. Winterdienst auf Park- und Marktplätzen

Die Streupflicht auf Park- und Marktplätzen muss stets an Art und Umfang der Nutzung sowie den berechtigten Erwartungen der Benutzer ausgerichtet werden. Auf Marktplätzen sind jedenfalls an Markttagen Verkehrsflächen für die Fußgänger in einer dem Umfang des Publikumsverkehrs angemessenen Breite zu räumen und zu streuen. Die Marktbesucher können dadurch auf ein erkennbar eingeschränktes System von gesicherten Verkehrswegen verwiesen werden, so dass Ansprüche ausscheiden, wenn sie etwa eine nicht gestreute Abkürzung zwischen zwei Ständen innerhalb einer Marktzeile wählen. Eine ganzflächige Abstreuerung des Platzes kann nicht verlangt werden³⁴. Außerhalb von Veranstaltungen kann bei kleineren Plätzen eine Streu- und Räumspflicht sogar ganz entfallen, wenn das Passieren des Platzes vermeidbar ist. Im Winter ist es Fußgängern im allgemeinen zumutbar, Umwege hinzunehmen.

Auch auf Parkplätzen wird in aller Regel keine vollflächige Räumung und Abstreuerung zu verlangen sein. In den eigentlichen Parkbuchten kann der Winterdienst sinnvoll und zumutbar meist nicht erledigt werden. Den Parkplatznutzern wird deshalb abverlangt, wenige Schritte von dem Fahrzeug aus über ungestreuten Boden zu gehen. Das Erfordernis zu streuen setzt erst in einer Entfernung von einigen Schritten ein, um den weiteren Weg der zu Fuß gehenden Autoinsassen zu sichern, z.B. auf Gehwegen zwischen den Parkreihen oder auf angrenzenden Bürgersteigen. Wo ein solches Gehwegsystem nicht zügig erreicht werden kann, müssen die von den Kraftfahrzeugen als Zuwegung zur Parkbucht befahrenen Platzteile auch insoweit im Interesse der Wagenbenutzer gestreut werden, dass sie dort sicher zu Fuß gehen und den nächsten befestigten und geräumten Gehweg erreichen können³⁵.

d. Delegation des Winterdienstes

Gemäß § 45 Abs. 3 Ziff. 2 StrWG Schl.-H. sind die straßenreinigungspflichtigen Gemeinden berechtigt, die Reinigungspflicht durch Satzung ganz oder teilweise den Eigentümerinnen und Eigentümern der anliegenden Grundstücke oder den zur Nutzung dinglich Berechtigten aufzuerlegen. Zur Reinigungspflicht gehört nach Abs. 2 dieser Vorschrift insbesondere auch der Winterdienst. Eine Delegation des Winterdienstes auf die Beschicker eines Wochenmarktes im Rahmen einer Marktordnung ist nach dieser Norm nicht möglich³⁶. Eine Übertragung von Winterdienstaufgaben in einem solchen Fall im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses dürfte jedoch nicht ausgeschlossen sein, wenn auf diese Weise ein ausreichender Schutz der Marktbesucher sichergestellt werden kann. Der Gemeinde verbleiben dann allerdings nicht unbeträchtliche Überwachungs- und Kontrollpflichten.

Delegieren die Gemeinden den Winterdienst auf die Anlieger, kann deren abgeleitete Verkehrssicherungspflicht nicht weiterreichen, als die originär die Kommune selbst treffende Pflicht. Die betroffenen Bürger brauchen sich allerdings nicht an dem Straßen- und Wegegesetz und der zu dessen Auslegung ergangenen Rechtsprechung zu orientieren. Sie müssen vielmehr nur das erfüllen, was ihnen der Satzungstext auferlegt. Verkehrssichernd tätig werden müssen sie nur insoweit, als die abgewälzten Pflichten in der Satzung zweifelsfrei und hinreichend bestimmt, sowie eindeutig beschrieben worden sind. Aus dem grundgesetzlichen Rechtsstaatsgebot ist abzuleiten, dass dem Bürger öffentlich-rechtliche Belastungen nur auferlegt werden können, wenn dem Bestimmtheitsgebot und dem Prinzip strenger Gesetzmäßigkeit genügt ist. Von dem Satzungsadressaten kann die Erfüllung einer Pflicht nur insoweit erwartet werden, als sich diese Pflicht aus dem Wortlaut der jeweiligen Bestimmung deutlich ergibt³⁷. Abweichendes gilt nur unter besonderen Umständen, die auch für den Bürger ersichtlich bei der Ausarbeitung der Ortsatzung nicht in Erwägung gezogen worden sind. Hierunter können etwa die besonderen Sorgfaltsanforderungen im Hinblick auf den Winterdienst bei Gastwirten fallen.

²⁸ OLG Schleswig, SchlHA 2000, 197 f

²⁹ vgl. Geigel, aaO, Kap. 14 Rn. 152 f mwN

³⁰ BGH VersR 1985,90; vgl. auch OLG Schleswig, U.v.27.01.2000, 11 U 64/98

³¹ OLG Schleswig, U.v.17.05.01, 11 U 14/00 und OLG Schleswig, VersR 1975, 431; vgl. auch OLG Brandenburg, OLG Report 1999, 419 f

³² so OLG Schleswig, U.v.17.05.01, 11 U 14/00

³³ vgl. dazu auch OLG Schleswig, U.v.08.05.2003, 11 U 174/01

³⁴ OLG Schleswig, U.v.29.11.2001, 11 U 87/00

³⁵ OLG Schleswig, U.v.15.02.2001, 11 U 149/99; U.v.21.01.1999, 11 U 35/97

³⁶ OLG Schleswig, B.v.27.03.2000, 11 W 9/00

³⁷ OLG Schleswig, U.v.04.09.2003, 11 U 194/01

Sieht eine Satzung vor, dass die Anlieger in der Zeit zwischen 8.00 h und 20.00 h Neuschnee unverzüglich nach beendetem Schneefall und Eisglätte unverzüglich nach ihrem Auftreten zu beseitigen haben, dann muss der Anlieger tatsächlich erst nach Ende des Schneefalls tätig werden. Es ist nicht seine Aufgabe, zwischen starkem und weniger starkem Schneefall zu unterscheiden³⁸. Nach Ende des Schneefalls steht ihm die oben näher bezeichnete Wartefrist zur Verfügung. Eine Ausnahme gilt bei einer solchen Satzungsformulierung allerdings für Schneefall, der schon vor 8.00 h beendet ist, ebenso für die bis zu diesem Zeitpunkt – ohne die Situation des fortdauernden Eisregens – abgeschlossene Glättebildung. Angesichts der eindeutigen Zeitbestimmung in der Satzung kann hier eine zusätzliche Beobachtungs- und Vorbereitungszeit nicht mehr eingeräumt werden. Vielmehr ist ab 8.00 h zu streuen und ist lediglich ein angemessener Zeitraum für die Erledigung der Streuarbeiten zu berücksichtigen. Hat der Anlieger eine Grundstücksbreite von 10 bis 20 Metern abzustreuen, so können 5 bis 10 Minuten für die Streuarbeiten zugestanden werden³⁹.

Auch bei Nutzung der Delegationsmöglichkeit aus § 45 Abs. 3 Ziff. 2 StrWG Schl.-H. ist die originär zuständige Gemeinde insoweit nicht jeder Verantwortung ledig. Das wird etwa praktisch für die häufig vorzufindende Satzungsbestimmung über eine Räum- und Streupflicht zwischen 8.00 h und 20.00 h. Die Gemeinde selbst kann durch diese an die Anlieger gerichtete Satzungsbestimmung ihre eigene Verkehrssicherungspflicht aus § 45 Abs. 2 StrWG nicht beschränken. Jedenfalls größeren Kommunen ist für den innerstädtischen Bereich zumutbar, dass die gebotenen Streumaßnahmen bis zum Einsetzen des Hauptberufsverkehrs durchgeführt sein müssen, damit dieser bereits geschützt wird. Diese Zeit des Hauptberufsverkehrs – vor dessen Einsetzen die Streumaßnahmen auf verkehrswesentlichen Flächen mithin zu erledigen sind – ist im allgemeinen zwischen 7.00 h und 8.00 h morgens⁴⁰. Stürzt ein Fußgänger infolge Eisglätte in der Nähe eines zentralen Omnibusbahnhof um 7.30 h auf dem Weg zur Arbeit auf einem Gehweg, so kann die Gemeinde ein Unfallopfer nicht darauf verweisen, der reinigungspflichtige Anlieger habe lt. Satzung erst ab 8.00 h streuen müssen. Insoweit liegt keine Delegation vor und verbleibt es deshalb bei der Verkehrssicherungspflicht der Kommune⁴¹. Empfehlenswert ist es, in der Satzung bzw. einer Anlage solche Straßen zu bestimmen, bei denen wegen Verkehrswesentlichkeit für den Hauptberufsverkehr bereits ab 7.00 h gestreut werden muss. Eine Satzungsbestimmung, die es den Anliegern ohne eine genauere Zeitangabe auferlegt, rechtzeitig vor Einsetzen des Hauptberufs- und Schulverkehrs Schnee zu beseitigen und gegen Eisglätte abzustreuen, kann unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes Bedenken begehen.

Die Gemeinde bleibt auch verpflichtet, auf geeignete Weise die Befolgung des delegierten Winterdienstes durch die Anlieger zu kontrollieren und ggf. durchzusetzen. Es empfiehlt sich, etwa mit Hilfe der Presse rechtzeitig vor Einsetzen des Winters an die diesbezüglich bestehenden Pflichten der Bürger zu erinnern und auch etwaige Änderungen auf diese Weise publik zu machen.

Nicht ausgeschlossen ist eine weitere Übertragung der delegierten Verkehrssicherungspflicht von dem Anlieger auf Dritte, wie z.B. Mieter oder Reinigungsdienste. Viele Satzungen sehen insoweit aber bedenkenfrei die Notwendigkeit einer vorherigen – nach pflichtgemäßem Ermessen zu erteilenden – Zustimmung der Gemeinde vor. Fehlt eine solche Zustimmung, dürfte der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Grundeigentümer den Geschädigten nicht erfolgreich auf seinen Mieter verweisen können⁴². Ihm verbleibt dann nur der Regress gegen den Mieter. Bei der formularmäßigen Delegation auf Mieter sind auch die einschränkenden Bestimmungen über allgemeine Geschäftsbedingungen zu beachten⁴³. Selbst bei einer grundsätzlich ordnungsgemäßen Delegation und sorgfältiger Auswahl des Räum- und Streupflichtigen verbleiben dem Anlieger Überwachungs- und Kontrollpflichten.

2. Unebenheiten auf Gehwegen und Plätzen

Zahlreich sind die Fallkonstellationen, wo Fußgänger über Vertiefungen, Aufkantungen, Plattenunterhöhungen, Asphaltabbrüche, Schlaglöcher und ähnliche Unregelmäßigkeiten auf Gehwegen, Fahrbahnen und Plätzen stürzen. Werden auch gelegentlich Bagatellen – meist rechtsschutzversicherungsgestützt – vor die Gerichte gebracht, so sind doch häufig gravierend nachteilige gesundheitliche, berufliche und finanzielle Folgen zu beklagen. Infolgedessen fordern gerade kommunale Träger der Verkehrssicherungspflicht von den Gerichten möglichst klare, mit dem Zentimetermaß gestaltete Vorgaben, wobei der Beginn eines verkehrssicherungspflichtwidrigen Zustandes unter Berücksichtigung eingeschränkter wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und zahllosen anderen Belastungen der öffentlichen Haushalte aus ihrer Sicht möglichst hoch angesetzt werden soll⁴⁴.

Angesichts der Vielgestaltigkeit einschlägiger Faktoren gibt es in der Rechtsprechung aber kein einheitliches Höhenmaß betreffend eine Aufkantung oder Absenkung, ab dem auf Gehwegen korrigierend eingegriffen werden muss. Es ist vielmehr unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit für den Verkehrssicherungspflichtigen differenzierend zu fragen, wie hoch das jeweilige Verkehrsaufkommen in dem fraglichen Bereich ist und wie stark der Nutzer etwa durch vorhandene Geschäfte oder andere Umstände abgelenkt wird und deshalb keine Eigenvorsorge treffen kann. Vor diesem Hintergrund gelten in einer Fußgängerzone zumeist hohe Anforderungen. Dort fühlt sich der Passant angesichts des fehlenden Auto- und Radverkehrs besonders sicher und widmet sein Augenmerk – durchaus erwünscht – den Geschäften und ihren oft in den Straßenraum hineinreichenden Auslagen. Zudem muss jedenfalls bei gutem Wetter und am Wochenende mit oft beträchtlichem Publikumsverkehr gerechnet werden, der eine sorgfältige Beobachtung des Straßenpflasters kaum mehr möglich macht. Deshalb kommt hier je nach Art der örtlichen Verhältnisse ab einem Höhenunterschied von 2 cm ein beseitigungspflichtiger Zustand in Betracht⁴⁵. Hohe Anforderungen sind unter diesen Aspekten auch auf belebten Kurpromenaden in größeren Bädern oder auf viel besuchten Boulevards von Geschäftsstraßen größerer Städte zu stellen.

Dagegen ist ein 2,5 cm herausragender Stein am Ende eines 1,3 m breiten Bürgersteiges in einer kleineren Gemeinde nicht mehr als erhebliche Gefahr für den Verkehr angesehen worden⁴⁶. Auch ein 3 cm scharfkantig aus dem Gehweg in einer kleineren Gemeinde herausragender Gully-Deckel stellt noch keine Verkehrssicherungspflichtverletzung dar⁴⁷, ebenso wenig wie ein bis zu 3 cm unterhalb des Straßenniveaus befindlicher Kanaldeckel in einer Anliegerstraße einer Kleinstadt ohne gesondert ausgewiesene Fußgängerwege⁴⁸. Die zuletzt genannte Entscheidung hat eine große, überregionale Tageszeitung dazu gebracht, ihre Leser vor dem nächtlichen Betreten schleswig-holsteinischer Straßen und Gehwege zu warnen, weil hier der notwendige Schutz durch das zuständige Obergericht versagt werde. Tatsächlich dürfte die Entscheidung aber auf einer Linie mit der Rechtsprechung in anderen Bundesländern liegen. Ein nur tennisballgroßer Aufbruch von 4 cm Höhe mitten im Asphalt eines Gehweges an einer Anliegerstraße ohne Bedeutung für den Durchgangsverkehr ist als Verkehrssicherungspflichtverletzung angesehen worden. Der tückische Aufbruch war für die Passanten schwer erkennbar und eine echte Sturzquelle, die bei sorgfältiger Kontrolle durch den Straßenbausträger rechtzeitig hätte entschärft werden können⁴⁹.

Eine gute Organisation und Durchführung von Straßenkontrollen kann die Verkehrssicherungspflicht – wie oben schon angedeutet – auch dann entfallen lassen, wenn sich kurzfristig ein beseitigungspflichtiger Zustand einstellt. Es ist Sache des Straßenbausträgers, solche Kontrollen nachzuweisen. Dazu gehört ein durchdachter Organisationsplan, der das Straßensystem nach der Verkehrsbedeutung ordnet, und ein planmäßiges Vorgehen der Kontrolleure. Weist eine Stadt die Mitarbeiter der Müllabfuhr an, neben ihrer Hauptbeschäftigung auch auf den Zustand von Straßen und Gehwegen zu achten und problematische Stellen zu melden,

³⁸ OLG Schleswig, U.v.04.09.2003, 11 U 194/01

³⁹ OLG Schleswig, U.v.08.05.2003, 11 U 174/01

⁴⁰ vgl. BGH NJW 1985, 270; OLG Schleswig, U.v.04.02.1999, 11 U 73/97

⁴¹ OLG Schleswig, U.v.30.04.2003, 11 U 141/01

⁴² vgl. OLG Schleswig, U.v.17.05.2001, 11 U 14/00

⁴³ OLG Schleswig, B.v.24.01.2003, 11 W 24/02

⁴⁴ vgl. BADK-Information 2/99 S. 41: Kommunale Standards – Anforderungen an Verkehrssicherungspflichten

⁴⁵ OLG Schleswig, U.v. 20.08.2003, 11 U 13/03

⁴⁶ OLG Schleswig, VersR 1989, 627

⁴⁷ OLG Schleswig, U.v. 19.11.1992, 11 U 136/91

⁴⁸ OLG Schleswig, SchlHA 1998, 25

⁴⁹ OLG Schleswig, U.v. 26.07.2001, 11 U 181/99

begegnet dies Zweifeln. Zur ordnungsgemäßen Kontrolle gehört eine sorgfältige Dokumentation der Kontrollgänge, die erkennen lässt, dass Problempunkte individuell festgestellt, gemeldet und schließlich auch einer Beseitigung zugeführt werden. Ein erfahrener Kontrolleur kann durchaus sorgfältig handeln, wenn er mittels der 2 cm hohen Sohle seines Schuhs prüft, ob beseitigungspflichtige Aufkantung und Absenkungen vorliegen.

3. Verkehrssicherung an Baustellen und in Zusammenhang mit Verkehrsschildern

Straßenbauarbeiten lassen die zuständigen Straßenbaulastträger häufig von privaten Tiefbauunternehmen ausführen. Es ist dann im Grundsatz Pflicht der Firma als Bauunternehmer, die Baustelle mit zumutbaren Mitteln so zu sichern, dass objektiv vorhersehbare Gefahren von Dritten ferngehalten werden. Setzt der Bauunternehmer vor Ort einen verantwortlichen Bauleiter ein, trifft in erster Linie diesen die Verkehrssicherungspflicht. Der Bauunternehmer behält die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl, Anleitung und Kontrolle seines Bauleiters im Hinblick auf die Sicherung der Baustelle⁵⁰.

Dem öffentlichen Straßenbaulastträger verbleiben seinerseits Kontroll- und Überwachungspflichten. Besondere Ereignisse – etwa ein Unwetter – können diese Pflicht kurzfristig intensivieren. Verkürzt ein Bauzaun entlang eines viel benutzten öffentlichen Radweges den Bewegungsbereich der Radfahrer, muss dieser Zaun durch eine ausreichende Beleuchtung gekennzeichnet sein, um dem Radverkehr auch in der Dunkelheit ausreichend Schutz zu bieten. Muss eine Gemeinde aufgrund einschlägiger Vorkommnisse mit der Zerstörung von Beleuchtungskörpern am Bauzaun durch nächtliche Randalierer rechnen, kann Anlass zu besonders engmaschigen Kontrollen auch kurz nach der Neujahrsnacht bestehen. Ggf. ist der Straßenbaulastträger dann gehalten, von sich aus den Bauunternehmer auf solche Besonderheiten aufmerksam zu machen und mit ihm gemeinsam einen situationsangepassten Kontrollplan zu entwickeln.

Bei der Anordnung und Aufstellung von Verkehrszeichen sind die Arbeitsbereiche der Straßenverkehrsbehörde und des Trägers der Straßenbaulast zu unterscheiden. Die Verantwortung für das Anbringen vorschriftsmäßiger Verkehrszeichen trägt grundsätzlich nicht die als Straßenbaulastträger für die Verkehrssicherung der Gemeindestraße zuständige Gemeinde, sondern vielmehr die Straßenverkehrsbehörde, deren Zuständigkeit aus den §§ 44 Abs. 1, 45 Abs. 3 und 4 StVO folgt. Ordnet die Straßenverkehrsbehörde allerdings fehlerfrei die Aufstellung eines bestimmten Schildes durch die Gemeinde an und stellt ein Gemeindemitarbeiter das Schild am falschen Ort oder unsachgemäß befestigt auf, so kann die Gemeinde in Anspruch genommen werden, wenn sich aus dieser Maßnahme ein Schaden ergibt⁵¹.

Fehlt im Bereich einer Baustelle eine ausreichende, warnende Beschilderung, so kann eine Haftung unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherungspflichtverletzung dennoch ausscheiden, wenn die Baustelle bei Tageslicht für einen heran nahenden Radfahrer rechtzeitig erkennbar war und er bei Wahrung der erforderlichen und zumutbaren Sorgfalt eines ordentlichen Radfahrers den Sturz hätte vermeiden können⁵².

4. Verkehrssicherungspflicht gegenüber Inline-Skatern und Radfahrern

Eine neuere, wenn auch nicht gerade seltene Erscheinung auf den Straßen sind die Skater. Die meist vier unmittelbar hintereinander geschalteten Räder des Inliner-Schuhs bergen nur diesem Sport eigene spezifische Gefahren, weil nämlich die Räder plötzlich blockieren können, wenn sich kleinere Gegenstände dort festsetzen. Angesichts der erreichbaren Geschwindigkeiten können erhebliche Stürze die Folge sein. Infolgedessen haben sich Gerichte schon in einer ganzen Reihe von Unfallprozessen die Frage gestellt, ob es Sache des Verkehrssicherungspflichtigen ist, hier zugunsten der Skater Vorsorge zu treffen. Das würde nicht unerhebliche Anforderungen an die Kommunen aber auch – soweit eine Delegation der Verkehrssicherungspflicht vorliegt – an die

Anlieger stellen. Auf der anderen Seite ist im Rahmen einer Risikoabgrenzung zu bedenken, dass es nicht Aufgabe des Verkehrssicherungspflichtigen sein kann, auf jede technische Neuerung im Sportbereich mit größeren Vorsorgemaßnahmen zu reagieren und für die sich hier entwickelnden besonderen Risiken einzustehen. Demgegenüber muss bedacht werden, dass der Skater schließlich selbst Vorsorge durch besonders vorausschauendes Fahren treffen kann und sich im übrigen auch freiwillig für eine durchaus sturzgeneigte Sportart entschieden hat.

Die Rechtsprechung hat den hier entstandenen Konflikt überwiegend mit einem rechtlichen Argument zu Lasten der Skater entschieden. Sie ordnet nämlich Inline-Skates als „ähnliche Fortbewegungsmittel“ i.Sv. § 24 Abs. 1 StVO ein⁵³. Dann aber müssen die Skater grundsätzlich den für Fußgängern entwickelten Regeln unterworfen werden. Diese Einordnung wiederum führt dazu, dass Inline-Skater – jedenfalls solange der Gesetzgeber nicht eigene Regeln schafft – nur solche Vorkehrungen erwarten können, die dem Sicherheitsbedürfnis von Fußgängern hinreichend Rechnung tragen⁵⁴.

In der Konsequenz haben Skater oft keine Schadensersatzansprüche, wenn sich das beschriebene besondere Risiko realisiert. Das war etwa auch das Ergebnis in einem Fall, wo eine Gemeinde beiderseits eines kombinierten Geh- und Radwegs Mäharbeiten vorgenommen hatte. Das Mähgut – hochstehendes Gras und Schilf – war liegengeblieben und bedeckte über einige Zeit etwa die halbe Breite des Weges. Bei guten Sichtverhältnissen und hohem Tempo geriet ein Skater mit seinen Inlinern in das Mähgut und blockierte die Räder plötzlich, weshalb es zu einem Sturz mit folgenreichem Beinbruch kam. Für Fußgänger – und im Übrigen wohl auch für Radfahrer – dürfte dieses Mähgut aber ungefährlich gewesen sein. Eine Haftung unter dem Aspekt der Verkehrssicherungspflichtverletzung schied deshalb aus⁵⁵. Hier half dem Betroffenen auch nicht, dass möglicherweise ein Verstoß gegen § 32 StVO und § 46 StrWG Schl.H. vorlag, weil der Gesichtspunkt der Erkennbarkeit und Beherrschbarkeit – aus dem Blickwinkel jedenfalls des Fußgängers – vorlag. In Einzelfällen wäre denkbar, einen Anspruch gestützt auf § 823 Abs. 2 BGB anzunehmen, falls die verletzte Norm dem Schutz des geschädigten Rechtsgutes dienen soll und kein haftungsausschließendes Mitverschulden vorliegt.

Das Kriterium der Eigenverantwortlichkeit und möglichen Eigenvorsorge müssen sich des öfteren auch gestürzte Radfahrer entgegenhalten lassen. Wer etwa auf einer mit Kopfsteinpflaster belegten Straße fährt und bei guter Sicht erkennen kann, dass Schienen einer stillgelegten Bahnstrecke diese Straße schräg kreuzen, muss beim Überqueren entsprechend vorsichtig fahren, weil nicht fern liegt, dass er mit den Rädern in den Raum zwischen Schienen und Pflaster geraten kann. Eine Haftung des Verkehrssicherungspflichtigen scheidet dann aus⁵⁶. Werden dagegen in einem Fahrradweg Fräsarbeiten vorgenommen, wird anschließend das Fräsmaterial nur lose in die entstandene Spalte wieder eingefegt und ist dies für den Radfahrer nur schwer erkennbar, dann kann er Schadensersatz verlangen, wenn er in dem Fräslotch „hängen bleibt“ und zu Fall kommt⁵⁷.

Unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes hat der Bundesgerichtshof die Verkehrssicherungspflicht gegenüber Radfahrern im Winter eingeschränkt. Er hat hervorgehoben, dass bei Schnee- und Eisglätte nur wenige Radfahrer mit ihrem Fortbewegungsmittel unterwegs sind, was die Kommunen im Rahmen von Überlegungen zur Wichtigkeit der abzustreuenden Straßen und Straßenteile berücksichtigen können. Er hat darauf hingewiesen, dass Radfahrer, sofern zwar nicht der Radweg, wohl aber die daneben oder in der Nähe verlaufende Fahrbahn geräumt oder gestreut ist, die Fahrbahn benutzen dürfen⁵⁸.

5. Verkehrssicherung auf Spiel- und Sportplätzen

Geht es um Verkehrssicherung an Orten, die Kinder zum Spielen nutzen, wird die Risikoabwägung häufig zu Lasten des Ver-

⁵³ BGH NJW 2002, 1955 ff.

⁵⁴ OLG Celle, NJW-RR 1999, 1187 f und OLG Koblenz, NJW-RR 2001, 1392 f

⁵⁵ OLG Schleswig, U.v.22.08.2002, 11 U 225/00, vgl. auch OLG Schleswig, U.v.18.08.2001, 11 U 122/00

⁵⁶ OLG Schleswig, U.v.26.07.2001, 11 U 39/00

⁵⁷ OLG Schleswig, U.v.03.07.2003, 11 U 193/01

⁵⁸ BGH NJW 2003, 3622 ff.

⁵⁰ OLG Schleswig, U.v. 03.07.2003, 11 U 193/01; vgl. auch OLG Schleswig, U.v. 25.02.1999, 11 U 29/97

⁵¹ BGH NVwZ 2000, 1209 und OLG Schleswig, U.v.03.05.2001, 11 U 50/00

⁵² vgl. OLG Schleswig, U.v. 26.07.2001, 11 U 39/00

kehrssicherungspflichtigen ausgehen, weil Eigenverantwortung und Eigenvorsorge von Kindern nur in geringerem Maße erwartet werden können und kindtypisch unvernünftiges Verhalten in Grenzen mitbedacht werden muss. Wo Kommunen offiziell Spiel- und Sportplätze zur freien Nutzung durch Kinder einrichten, kommt hinzu, dass die aufsichtspflichtigen Eltern in besonderer Weise auf Verkehrssicherheit gerade für diesen schutzbedürftigen Nutzerkreis vertrauen. Geschieht dennoch ein Unfall, darf aber die Haftung wegen Verkehrssicherungspflichtverletzung nicht schematisch bejaht werden.

a. Verkehrsicherungspflicht ohne Verkehrseröffnung

Wo Kinder spielen, muss im Einzelfall auch ohne ausdrückliche Verkehrseröffnung für Verkehrssicherheit gesorgt werden. Wird etwa ein Spielplatz von Anpflanzungen umgeben, ist in diesen Anpflanzungen zwar ersichtlich der Verkehr nicht eröffnet, muss der Betreiber aber doch dennoch damit rechnen, dass Kinder die Beete in ihr Spiel einbeziehen und deshalb auch hier für angemessene Sicherheit sorgen⁵⁹. Ist dem Schulträger bekannt, dass nachmittags auch nicht schulpflichtige Kinder auf dem Schulhof spielen, so erstreckt sich seine insoweit bestehende Verkehrssicherungspflicht auf einen für Kinder zum Versteckspiel ersichtlich interessanten Feuerweg hinter einer Anpflanzung, selbst wenn die Schulordnung dessen Betreten untersagt⁶⁰. Weiß der Eigentümer eines mit einem lückenhaften Zaun abgegrenzten Bahngrundstücks, auf dem Eisenbahnwaggons abgestellt sind, dass sich dort regelmäßig Kinder zum Spielen aufhalten, muss er – soweit er dagegen nicht mit zumutbaren Mitteln der Zausicherung einschreitet – für angemessene Verkehrssicherheit auch ohne Verkehrseröffnung sorgen⁶¹. Der Betreiber eines Freizeitparks ist einem 6-jährigen Kind, dass sich unbefugt durch Überklettern des Zaunes Zugang verschafft hat, verkehrssicherungspflichtig, wenn er wissen musste, dass sich Kinder auch auf diese Weise auf sein Gelände begeben⁶².

b. Umfang und Grenzen der Verkehrssicherungspflicht

Für die Bestimmung von Verkehrssicherungspflichten auf Kinderspielplätzen ist maßgeblich, wie groß die Gefahr zweckwidriger und unfallträchtiger Benutzung der verschiedenen Geräte und Einrichtungen erscheint und inwieweit Vorkehrungen gegen missbräuchliche Benutzung technisch möglich sowie zumutbar sind. Es ist in besonderem Maße zu berücksichtigen, dass Kinder Gefahren oft nicht erkennen können und dazu neigen, vorhandene Spielgeräte auch zweckwidrig zu nutzen. Das Ausmaß der einzuhaltenden Sicherheit muss sich an dem Alter der jüngsten Kinder ausrichten, die für die Benutzung in Frage kommen. Hat eine Gemeinde einen Ballspielplatz ohne Altersbeschränkung frei zugänglich gemacht und dort bewegliche Tore zur Verfügung gestellt, so haftet sie, wenn ein 5-jähriger Junge ein am Boden liegendes Tor aufzurichten versucht, er dabei ausrutscht und ihm die schwere Torlatte mit der Folge eines Knochenbruchs auf sein Bein schlägt⁶³. Diese Entscheidung hat bei der Gemeinde zwar Unverständnis ausgelöst, liegt aber konsequent auf der dargelegten Linie, dass sich Verkehrssicherung auf Spielplätzen an den Bedürfnissen der kleinsten zugelassenen Nutzer ausrichten muss. Es ist nicht fernliegend, dass 5-jährige für einen eingeschränkten Zeitraum auch ohne Aufsicht einen frei zugänglichen Spielplatz nutzen. Mit den schweren, frei beweglichen und deshalb hier auch am Boden liegenden Toren war der geschädigte Junge ersichtlich überfordert. Die Gemeinde konnte sich mit dem Verweis auf die vorliegende TÜV-Abnahme der Tore nicht entlasten. Schon grundsätzlich befreit eine TÜV-Abnahme nicht von eigener Sicherheitsprüfung durch den Verkehrssicherungspflichtigen orientiert am Ort des Geräteeinsatzes und der dort zugelassenen oder zu erwartenden Nutzer. Im übrigen hatte der TÜV die Gefahren des Tores im liegenden Zustand nicht überprüft.

Der Verkehrssicherungspflichtige haftet allerdings auch Kindern gegenüber keinesfalls für jedes unvernünftige Verhalten. Zudem werden ihm keine wirtschaftlich unzumutbaren Sicherungsmaß-

nahmen abverlangt⁶⁴. Eine Verkehrssicherungspflichtverletzung scheidet aus und Sicherungsmaßnahmen können nicht verlangt werden, wo die Gefahr sich auch für ein Kind aufdrängt und der Verkehrssicherungspflichtige deshalb darauf vertrauen darf, dass Kinder und Jugendliche sich dieser Gefahr aus ihrem natürlichen Angstgefühl heraus nicht bewusst aussetzen werden⁶⁵. Aus diesem Grund ist die Haftung verneint worden, wo ein 7-jähriger Junge beim Spielen auf dem erwähnten Feuerweg des Schulhofes einen als Fluchtweg aus der Schule dienenden, nicht abgeschlossenen Kanaldeckel angehoben und dann trotz Erkennens einer sich darunter befindlichen erheblichen Vertiefung so weit geöffnet hat, dass der umschlagende Deckel ihn schließlich in die Tiefe riss⁶⁶. Dagegen ist die Haftung des Verantwortlichen für das Bahngrundstück nach dem schweren Unfall eines Kindes bejaht worden, das trotz eines warnenden Pictogrammes auf einen abgestellte Waggon geklettert und dabei an die elektrische Oberleitung geraten war⁶⁷.

c. Kontrollpflichten

Spiel- und Sportplätze müssen regelmäßig auf Einhaltung der Sicherheitsanforderungen kontrolliert werden. Ein Verschulden des kommunalen Betreibers eines Spielplatzes entfällt nicht ohne weiteres bereits dann, wenn er ein Fachunternehmen mit der technischen Überwachung und Wartung des Spielplatzes betraut hat, soweit sich ein Mangel realisiert, der sich den kommunalen Mitarbeitern bei den notwendigen überwachenden Kontrollen selbst hätte aufdrängen müssen⁶⁸. Auch die TÜV-Freigabe eines Gerätes entlastet nicht generell. So hilft sie nicht bei den vielen Unfällen von als solchen ordnungsgemäßen Spielplatzrutschen, wo der Schaden deshalb eintritt, weil nicht regelmäßig kontrolliert und sichergestellt worden ist, dass am Auslauf der Rutsche eine ausreichende Sandaufschüttung oder eine intakte Gummimatte vorhanden ist. Röhrenrutschen bedürfen wegen der Gefahren der Schweißnähte einer besonders intensiven Kontrolle⁶⁹.

Eigenkonstruktionen des Spielplatzbetreibers sind oft störanfällig und überprüfungsbedürftig. Wenn eine Gemeinde einen Bolzplatz mit einer Tor Konstruktion zur Verfügung stellt, wo die Torlatte durch Mitarbeiter des Bauhofes auf die senkrechten Torbegrenzungen aufgeschweißt worden ist, so muss sie die Schweißnähte einer regelmäßigen Kontrolle unterziehen. Im zu entscheidenden Fall hatte der Hausmeister zwar jahrelang alle 2-3 Tage durch Rütteln geprüft, eine darüber hinausgehende Fachkontrolle der Schweißnähte war aber gänzlich unterblieben. Die Gemeinde haftete, nachdem sich ein 16-jähriger Torwart beim Versuch, einen Ball zu erreichen, mit einer Hand an die Torlatte gehängt hatte, diese abbrach und dem Torwart schwere Kieferverletzungen zufügte⁷⁰. Die Organisation und Durchführung von Kontrollen auf Spiel- und Sportplätzen sollte eine Gemeinde im eigenen Interesse sorgfältig dokumentieren.

d. Mitverschulden

Ein Mitverschulden kommt bei Spiel- und Sportplatzunfällen eher selten zum Tragen. Im soeben besprochenen Fall war die Gemeinde mit ihrem Einwand eines Mitverschuldens des Torwartes nicht erfolgreich. Es lag nicht fern, dass die ohnehin wie ein Art Reckstange gestaltete Torlatte im Eifer des Spieles in der erwähnten Weise benutzt wurde.

Sind Kinder unter 7 Jahren beteiligt, so scheidet ein Mitverschulden an § 828 Abs. 1 BGB, der im Rahmen des § 254 BGB entsprechende Anwendung findet. Eine Zurechnung des Aufsichtverschuldens der Eltern nach den §§ 254 Abs. 2, 278 BGB scheidet aus, weil die Benutzung eines Spielplatzes nicht das bei § 278 BGB erforderliche Sonderrechtsverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigten begründet⁷¹.

⁶⁴ dazu zuletzt BGH U.v.03.02.2004, VI ZR 95/03, betreffend die Sicherheitsanforderungen an eine Röhrenrutsche in einem Schwimmbad

⁶⁵ OLG Schleswig OLGR 2004, 57, 58

⁶⁶ OLG Schleswig, U.v.23.04.1998, 11 U 101/96, auf die zugelassene Revision bestätigt von BGH NJW 1999, 2364

⁶⁷ BGH VersR 1995, 672

⁶⁸ OLG Schleswig, U.v.09.03.2000, 11 U 160/98

⁶⁹ OLG Schleswig, B.v.04.06.1998, 11 W 41/97

⁷⁰ OLG Schleswig, U.v.03.12.1998, 11 U 34/97

⁷¹ BGHZ 103, 338; OLG Schleswig, SchIHA 1997, 279 f.

⁵⁹ OLG Hamm NVwZ-RR 1996, 97

⁶⁰ OLG Schleswig, U.v.23.04.1998, 11 U 101/96 bestätigt von BGH NJW 1999, 2364

⁶¹ BGH VersR 1995, 672 f

⁶² OLG Schleswig, OLGR 2004, 57 ff

⁶³ OLG Schleswig, SchIHA 97, 279 f

Probleme der rechtlichen Einordnung der „alten Straßen und Wege“ durch die Neuregelung des § 57 Abs. 3 StrWG für Schleswig-Holstein praktikabel gelöst?

Rechtsanwalt Robert Eßling und Rechtsanwalt Jochen Meeder, Hamburg*

I. Problemstellung

In Schleswig-Holstein ist es in der Vergangenheit zu zahlreichen örtlichen Streitigkeiten über die Öffentlichkeit von „alten Straßen und Wegen“ gekommen, die durch das Straßen- und Wegegesetz des Landes Schleswig-Holstein¹ vom 1. 10. 1962 bisher nicht ausreichend geklärt werden konnten². Vornehmlich lag der Schwerpunkt der Streitigkeiten bei der rechtlichen Beurteilung des Status von Gemeindestraßen.

Dabei ging es zumeist darum, dass Grundstücke bzw. Grundstücksteile Privater von der Öffentlichkeit als Straße benutzt wurden, ohne dass jedoch geklärt war, ob in der Vergangenheit – d.h. vor Inkrafttreten des StrWG SH zum 1. 10. 1962 – eine Widmung stattgefunden hatte, durch welche die Straße der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wurde. Besondere Probleme bereitete diese Situation vor allem dann, wenn keine amtlichen Unterlagen aus der besagten Zeit mehr vorhanden waren, auf die hätte zurückgegriffen werden können, so dass man auf Aussagen von älteren Gemeindegliedern angewiesen war, die über die Nutzung der Straße vor Inkrafttreten des StrWG SH Auskunft geben können mussten.

Im Rahmen dieser örtlichen Streitigkeiten musste demnach geklärt werden, ob es sich bei der in Rede stehenden Straße um eine private oder eine öffentliche im Rechtssinne handelte. Hiervon hing die weitere Frage ab, ob eine Widmung nach den geltenden Vorschriften des StrWG SH noch nachzuholen war.

II. Grundsätzliches

Das Straßenrecht ist Teil des öffentlichen Sachenrechts. Der Begriff des „öffentlichen“ hat hier ebenso wie der der „Sache“ eine spezifische Bedeutung³. Öffentliche Straßen im Rechtssinne sind nur diejenigen, welche dem öffentlichen Verkehr gewidmet worden sind. Diese bereits vom Preußischen Oberverwaltungsgericht entwickelte, sogenannte Widmungstheorie – zu fordern war die (auch stillschweigende) Zustimmung zur Entstehung der Öffentlichkeit der Straße von allen rechtlich Beteiligten, nämlich des Eigentümers, der Wegepolizeibehörde und des Unterhaltspflichtigen – hat auch das StrWG übernommen (siehe § 2 Abs. 1 StrWG SH).

Dabei kann es sehr wohl vorkommen, dass eine öffentliche Straße oder Teile davon im Eigentum einer Privatperson stehen; denn eine Widmung enthält nicht ohne weiteres den Verzicht auf das Eigentum am Straßenkörper, sondern hat nur eine Beschränkung der Verfügungsgewalt zur Folge (anders die Rechtslage in Hamburg).

Der Widmungsakt ist somit grundsätzlich die einzige Entstehungsmöglichkeit für eine öffentliche Straße im Rechtssinne. Dieser kann durch eine ausdrückliche Erklärung erfolgen, aber auch stillschweigend vorgenommen werden und unmittelbar (konstitutiv) als Widmungserklärung oder mittelbar (deklarativ) als Einverständniserklärung (mit einer früher erfolgten Widmung) aus Handlungen oder Unterlassungen schlüssig gefolgert werden⁴. Nach den Vorschriften des Bundesfernstraßengesetzes und neuerer Landesgesetze, so auch nach dem StrWG SH, ist eine Widmung durch schlüssige Handlung jedoch nicht mehr möglich, da die Widmung förmlich verfügt und öffentlich bekannt gemacht werden muss (siehe § 6 Abs. 1 und 2 StrWG SH).

So bestand hiernach die Möglichkeit, dass Straßen sogar tatsächlich lange Zeit im Gemeingebrauch standen, ohne doch – mangels Widmung – öffentliche Straße zu sein⁵. Selbst die bloße Duldung des allgemeinen Verkehrs reichte für die Begründung von öffentlichen Straßen grundsätzlich nicht aus⁶.

III. Sonderfall: Alte Wege bzw. Straßen

Von dem Grundsatz des Widmungsnachweises, entwickelt durch die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts nach dem Jahre 1875, ist jedoch bei den sogenannten „alten Wegen und Straßen“, die nicht nach einer preußischen wegerechtlichen Vorschrift angelegt worden sind, eine Ausnahme zu machen⁷. Dies gilt insbesondere auch für die Straßen und Wege, für die eine Widmung nicht nachgewiesen werden kann, welche aber bereits vor dem Inkrafttreten der landesrechtlichen Straßen- und Wegegesetze – für das StrWG SH mithin vor dem 1. 10. 1962 – zumindest in tatsächlicher Hinsicht existierten.

1. Allgemeine Gesetzessystematik

Der Landesgesetzgeber hat die beschriebene Problematik alter Straßen und Wege erkannt und im Einzelnen abweichend bestimmt, welche Straßen als öffentlich gelten. Hierbei sind verschiedene Anknüpfungspunkte normiert worden⁸. So gelten unter anderem als öffentliche Straßen solche, die im Straßenverzeichnis eingetragen waren, die nach den bis zum Inkrafttreten des jeweiligen Landesstraßengesetzes geltenden Rechtsvorschriften rechtlich öffentliche Straßen waren oder die zu diesem Zeitpunkt unabhängig von ihrer rechtlichen Einordnung tatsächlich dem öffentlichen Verkehr dienen⁹.

2. Alte Rechtslage in Schleswig-Holstein vom 01. 10. 1962 bis zum 30. 10. 2003

Speziell wurde im Schleswig-Holsteinischen Straßen- und Wegegesetz für die Thematik der „alten Straßen und Wege“ die Überleitungsvorschrift des § 57 StrWG SH (Vorhandene öffentliche Straßen) geschaffen, welche im angegebenen Zeitraum unverändert geblieben ist.

a) § 57 Abs. 3 StrWG SH

Da die örtlichen Streitigkeiten vornehmlich die Frage nach dem rechtlichen Status von Gemeindestraßen betrafen, kam es allein auf die Regelung des § 57 Abs. 3 StrWG SH an, da die ersten beiden Absätze für Landes- bzw. Kreisstraßen Anwendung fanden. § 57 Abs. 3 StrWG SH lautet wie folgt:

„Alle Straßen, die nach bisherigem Recht die Eigenschaft einer öffentlichen Straße besitzen, sind öffentliche Straßen im Sinne dieses Gesetzes.“

Das bedeutet, dass dort, wo das Straßengesetz darauf abstellt, ob zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens die Straße nach den bis dahin geltenden Rechtsvorschriften den Status einer öffentlichen Straße hatte, diejenigen Vorschriften maßgebend sind, unter deren Herrschaft die (öffentliche) Straße angelegt oder benutzt worden ist. Dabei ist nicht entscheidend, ob eine Widmung ähnlich der nunmehr in der gesamten Bundesrepublik geltenden Straßengesetze – somit auch gemäß dem StrWG SH – festzustellen ist. Vielmehr ist jeweils für den maßgebenden historischen Zeitpunkt zu ermitteln, ob eine Widmung erforderlich war, um eine öffentliche Straße zu schaffen. Die Vorschriften der jeweiligen Landesstraßengesetze sollten nämlich den damals geltenden Rechtszustand beibehalten und entsprechend überleiten. Abgeschlossene Sachverhalte sollten hierbei nicht nachträglich abweichend beurteilt werden¹⁰.

Probleme mit der Feststellung der Öffentlichkeit solcher „alten Straßen und Wege“ konnten aber auch durch die Vorschrift des § 57 Abs. 3 StrWG SH abschließend nicht geklärt werden¹¹. So musste sie bei solchen Sachverhalten versagen, bei denen ungeklärt blieb, welchen rechtlichen Status die zu beurteilende Straße bzw. der zu beurteilende Weg vor Inkrafttreten des StrWG SH am

* Rechtsanwalt Eßling ist Rechtsanwalt in Hamburg. Rechtsanwalt Meeder ist Rechtsanwalt der Kanzlei Einfeldt Rechtsanwälte, ebenfalls in Hamburg.

¹ Im Weiteren mit StrWG SH abgekürzt.

² Vgl. Wilke / Gröller, StrWG SH – Kommentar, 3. Aufl., 1999, § 57, Rn. 4.

³ Vgl. Sauthoff, NJW-Schriften 32, Straße und Anlieger, 2003, Rn. 13.

⁴ Vgl. Jahn, DÖV 1962, S. 293.

⁵ Vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 2, 6. Aufl., 2000, § 76 I, Rn. 4.

⁶ Vgl. Jahn, aaO, S. 293.

⁷ OVG Münster OVG 19, 175.

⁸ Vgl. Ronellenfitsch, Vierteljahrhundert, S. 595 f.

⁹ Siehe die Aufstellung und Nachweise bei Sauthoff, aaO, Rn. 473 ff.

¹⁰ Vgl. Sauthoff, aaO, Rn. 482.

¹¹ Vgl. Wilke / Gröller, aaO, Rn. 4.

1.10.1962 hatte. Das konnte daran liegen, dass amtliche Unterlagen nicht mehr vorhanden sind oder die Rechtslage nicht eindeutig überprüft werden konnte.

Ähnlich verhielt es sich zuvor mit der aus dem 18. Jahrhundert stammenden Wegeverordnung (§ 6 S. 1), die diese Probleme ebenfalls nicht zu lösen vermochte und sogar darauf verzichtete, für die Zukunft klare Verhältnisse zu schaffen. Andererseits enthielt § 6 S. 1 WegeVO entgegen der von Literatur und Rechtsprechung zunächst ohne Einschränkungen angewandten Widmungstheorie eine Beweislastumkehr, die die Öffentlichkeit eines Weges bzw. einer Straße unterstellte, wenn ein Weg vom Verkehr benutzt und ein entgegenstehendes Privatrecht nicht nachgewiesen wurde¹².

b) Das Rechtsinstitut der „unvordenklichen Verjährung“

War somit eine Widmung aus den oben beschriebenen Gründen nicht nachweisbar, bot das Rechtsinstitut der „unvordenklichen Verjährung“ (auch „unvordenkliche Benutzung“ genannt) Ersatz. Hierunter ist zu verstehen, dass die Öffentlichkeit der Straße vermutet wird, wenn die Straße nach Art einer öffentlichen Straße besteht, wenn also die Straße seit alter Zeit für den öffentlichen Verkehr benutzt und als öffentlich betrachtet und behandelt worden ist. Die „unvordenkliche Verjährung“ bedeutet mithin nichts anderes, als dass ein Zustand, der seit unvordenklicher Zeit besteht, rechtmäßig entstanden ist¹³. Sie stellt keinen Erwerbgrund dar, begründet aber eine widerlegbare Vermutung, die sich unmittelbar darauf bezieht, dass die Sache, d.h. die Straße, eine öffentliche ist¹⁴. Sie stellt somit eine Beweislastumkehr in der Weise dar, dass nunmehr der Eigentümer beweisen muss, dass keine Widmung stattgefunden hat, andernfalls die Straße als öffentliche Straße angesehen wird¹⁵. Folglich kann die Benutzung einer Straße durch die Öffentlichkeit seit unvordenklichen Zeiten für die Öffentlichkeit einer Straße sprechen und den Widmungsnachweis ersetzen; dabei müssen aber alle Beteiligten die Straße nicht nur für tatsächlich öffentlich, sondern auch für rechtlich öffentlich halten¹⁶. Für die Anwendung der „unvordenklichen Verjährung“ ist hingegen kein Raum, wenn sich eine alte Straße nach dem bis zum Inkrafttreten des jeweiligen Landesstraßengesetzes geltenden kodifizierten Straßen- und Wegerechts als öffentliche oder private Straße einordnen lässt¹⁷.

aa) Voraussetzungen der „unvordenklichen Verjährung“

Folgende Voraussetzungen sind für das Eingreifen der Vermutung zu fordern:

Es muss positiv feststehen, dass der Zustand seit sehr langer Zeit ununterbrochen gedauert hat. Negativ ist des weiteren zu erweisen, dass keine sichere Kunde von einem anderen Zustand im menschlichen Gedächtnis lebt¹⁸.

bb) Anwendung der „unvordenklichen Verjährung“

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass der Vermutungstatbestand der „unvordenklichen Verjährung“ verschiedene Ausprägungen bzw. Einschränkungen erfahren hat.

So reichte nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1962¹⁹, welcher sich der ständigen Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts anschloss, die tatsächliche langjährige und ungehinderte Benutzung einer Straße für den öffentlichen Verkehr seit Menschengedenken für sich allein nicht aus, konnte aber als Indiz für eine frühere Widmung sprechen. Für den Fall, dass eine rechtswirksame ausdrückliche Widmung nicht erweisbar war, ließ die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts eine solche tatsächliche Benutzung als Beweiszeichen für eine wirksame Widmung aber, wie der BGH meint, nur zu, wenn die ungehinderte Benutzung für den öffentlichen Verkehr unter Umständen erfolgt ist, die auf die Überzeugung der genannten rechtlichen Beteiligten schließen lassen, der Weg sei für den öffentlichen Verkehr bestimmt. Dabei seien alle Umstände, wie das Verhalten der genannten Beteiligten, Kastereinträge, Versteinung, Wegeunterhaltung zu berücksichti-

gen und insgesamt zu würdigen. Für die „unvordenkliche Verjährung“ sei jedoch dann kein Platz gewesen, wenn sich Straßen nachweislich im Eigentum Privater (nicht des regelmäßig Unterhaltspflichtigen) befanden. Denn bei solchen Straßen streite von vornherein die – aus § 903 BGB herzuleitende – Vermutung der Freiheit des Eigentums gegen die Vermutung, dass eine Einschränkung zugunsten des öffentlichen Gebrauchs erfolgt sei. In einem solchen Falle bedürfe es auch bei alten Straßen des genauen Nachweises der Widmungsvorgänge für die Feststellung der Öffentlichkeit²⁰.

Eine andere Auffassung in der Literatur stimmt der Widmungstheorie des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes zwar zu, schränkt sie bei alten Straßen aber ein, indem sie ausführt, unter Umständen werde die Feststellung genügen können, dass sich seit alter Zeit die jeweiligen Eigentümer mit der nach der Sachlage gegebenen und von ihnen nicht mehr zu beseitigenden Bestimmung für den öffentlichen Verkehr abgefunden hätten²¹. Sie legt also dem Verhalten der jeweiligen Eigentümer eine so weitgehende Bedeutung bei, dass diese im Ergebnis einer stillschweigenden Widmung gleichkommt²².

In seiner Entscheidung vom 18.12.1963 erkennt das OVG Münster jedoch an, dass es je älter eine Straße öffentliche Straße sei, je weiter also ihre Bestimmung für den öffentlichen Verkehr zeitlich zurückliege, desto schwieriger sei, im Streitfalle die vom Preußischen Oberverwaltungsgericht geforderte Widmung festzustellen. Dann könne aber bei keiner eindeutigen Feststellbarkeit des rechtlichen Status der Grundsatz Platz greifen, dass die Unvordenklichkeit der Benutzung einer Straße für den öffentlichen Verkehr eine Vermutung für die Öffentlichkeit der Straße begründen könne. Das gelte auch dann, wenn die Straße im Eigentum eines nicht straßenunterhaltungspflichtigen Privaten stehe, denn das öffentliche Straßen im Eigentum eines Privaten stehen können, sei allgemein anerkannt. Habe eine alte Straße auf diesem Wege die Eigenschaft einer öffentlichen Straße erlangt, so könne ein späterer Widerspruch des Privateigentümers diese Eigenschaft nicht mehr beseitigen, da er durch sein Verhalten dazu beigetragen habe, dass sich die Überzeugung der Rechtmäßigkeit überhaupt bilden können, und öffentliche Straßen nur in einem förmlichen Verfahren eingezogen werden können (siehe § 8 StrWG SH).

Die oben beschriebenen verschiedenartigen Ausprägungen bzw. Interpretationen des Vermutungstatbestandes der „unvordenklichen Verjährung“ setzten sich auch in der zeitlichen Dauer des ununterbrochenen Feststehens des Zustandes der Straße fort.

So ist nach einer Rechtsauffassung die unvordenkliche Benutzung von Straßen seitens des Publikums seit mindestens 30 Jahren vor 1900 Voraussetzung für die Bezeichnung: „alte Straße“²³.

Für eine andere Auffassung ist der Nachweis geführt, wenn die Straße seit Menschengedenken als öffentliche tatsächlich besteht und im Bewusstsein der Ausübung eines öffentlichen Rechtes begangen worden ist. Dabei muss das Recht seit 40 Jahren – zurückgerechnet vom Inkrafttreten des Straßengesetzes – ständig ausgeübt worden sein und eine gegenteilige Erinnerung aus den vorangegangenen 40 Jahren darf nicht bestehen²⁴.

Nach einer weiteren Ansicht ist eine widerspruchslöse Benutzung der Straße 80 Jahre hindurch erforderlich. Kann nicht bewiesen werden, z.B. weil Urkunden infolge von Kriegshandlungen verloren gegangen sind, dass in dieser Frist der gegenwärtige oder ein anderer Zustand entstanden ist oder aufgehoben wurde, so genügt die glaubhafte Bezeugung von Personen, das Recht sei innerhalb der letzten 40 Jahren ausgeübt worden und ihnen sei weder aus eigener Wahrnehmung noch durch andere bekannt, dass während der vorangegangenen 40 Jahre ein anderer Zustand bestanden habe²⁵.

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass für die Feststellung des Statuses von Gemeindestraßen § 57 Abs. 3 StrWG

¹² Vgl. Wilke / Gröller, aaO, Rn. 5.

¹³ OVG Münster, NJW 1964, S. 1336.

¹⁴ Wolff/Bachof/Stober, aaO, § 76 II, Rn. 20; Sauthoff, aaO, Rn. 503.

¹⁵ Vgl. Jahn, aaO, S. 293.

¹⁶ VG Schleswig, Die Gemeinde 1978, S. 69.

¹⁷ OVG Münster OVG 37, 198.

¹⁸ Vgl. Sauthoff, aaO, Rn. 504.

¹⁹ DÖV 1962, S. 906.

²⁰ PrOVGE 87, 328; 99, 130.

²¹ Vgl. die Nachweise im Urteil des OVG Münster vom 18.12.1963, NJW 1964, S. 1336.

²² OVG Münster, aaO, S. 1336.

²³ Vgl. den Nachweis bei Jahn, aaO, S. 293.

²⁴ VGH Mannheim, NJW 1984, S. 820.

²⁵ Siehe dazu früher Wolff, Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., 1968, § 37 III.

SH die anzuwendende Vorschrift nach der Rechtslage vom 1. 10. 1962 bis zum 30. 10. 2003 war.

Die Vorschrift des § 57 Abs. 3 StrWG SH führte für sich genommen jedoch zu keinem Ergebnis, weil die Öffentlichkeit der jeweils in Rede stehenden Straßen und Wege nach bisherigem Recht – d. h. vor dem Inkrafttreten des StrWG SH – wegen z. B. fehlender amtlicher Urkunden oder nicht mehr überprüfbarer Rechtslage nicht nachgewiesen werden konnte.

Somit musste auf den – widerlegbaren – Vermutungstatbestand des Rechtsinstituts der sog. „unvordenklichen Verjährung“ als Widmungersatz zurückgegriffen werden. Aufgrund der verschiedenartigen Anwendung führte jedoch auch dieses Rechtsinstitut zumeist nicht zu der gewünschten positiven Feststellung der Öffentlichkeit von Gemeindestraßen, welche eine grundsätzlich notwendige Widmung ersetzen würde. Denn für die Erfüllung der inhaltlichen und zeitlichen Voraussetzungen des beschriebenen Rechtsinstituts reichen z. B. eingeholte Erklärungen von älteren Gemeindegliedern oft nicht aus, weil sie den Zustand der Straßen 30 Jahre vor 1900 bzw. 80 Jahre vor Inkrafttreten des StrWG SH nicht darzulegen vermögen. Allein für die Auffassung von Wolff²⁶ hätten z. B. beigebrachte Zeugenerklärungen ausreichen können. Aber auch hierbei musste grundsätzlich gefordert werden, dass sich der beschriebene Zeitrahmen seit dem Inkrafttreten des StrWG SH zu berechnen hatte²⁷. Das hatte im konkreten Streitfall zu bedeuten, dass Unterlagen (auch nichtamtliche, z. B. Dorfchroniken, Überlieferungen, etc.) bzw. Erklärungen wenigstens ab dem Jahre 1922 als Nachweis der öffentlichen Nutzung zu fordern waren.

4. Neue Rechtslage in Schleswig-Holstein ab dem 31. 10. 2003

Die im Zwischenergebnis aufgezeigte unbefriedigende Lösung der rechtlichen Einschätzung „alter Straßen“ als öffentliche hat der Landesgesetzgeber erkannt und im Zusammenhang mit der Novellierung von § 8 Abs. 2 StrWG SH die Gelegenheit genutzt, einige weitere Vorschriften entsprechend den zwischenzeitlich in der Praxis gewonnenen Erfahrungen zu ändern oder zu ergänzen. Deshalb hat der Landesgesetzgeber die Vorschrift des § 57 Abs. 3 StrWG SH wie folgt neu gefasst:

„Alle Straßen, Wege und Plätze, die nach bisherigem Recht die Eigenschaft einer öffentlichen Straße besitzen, sind öffentliche Straßen im Sinne dieses Gesetzes. Soweit Straßen, Wege und Plätze bei Inkrafttreten dieses Gesetzes neben ihrer Erschließungsfunktion für die anliegenden Grundstücke einem nicht unerheblichen öffentlichen Verkehr gedient haben, gelten sie als öffentliche Straßen, es sei denn, dass sie nachweislich bei Inkrafttreten dieses Gesetzes nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Straße besessen haben.“

Somit wurde eine widerlegbare gesetzliche Vermutung hinsichtlich der Widmungsvoraussetzungen für solche Straßen eingefügt, die bei Inkrafttreten des Straßen- und Wegegesetzes am 1. 10. 1962 bereits vorhanden waren. Folglich hat der Gesetzgeber die Figur der „unvordenklichen Verjährung“ normiert, ohne jedoch die verschiedenartigen zeitlichen Einschränkungen zu übernehmen, welche zu den beschriebenen unterschiedlichen Anwendungen führten.

Hinter dieser Neuregelung steht die Überlegung, dass es ca. vier Jahrzehnte nach der Normierung der Übergangsregelung des § 57 Abs. 3 StrWG SH in einer zunehmenden Zahl von Fällen Schwierigkeiten bereitet, den rechtlichen Status einer Straße zum damaligen Zeitpunkt festzustellen. Diese Straßen haben ihren öffentlichen Status in der Regel nicht durch förmliche Widmung erlangt. Die Straßen bzw. Wege sind oft viele Jahrzehnte oder Jahrhunderte früher entstanden. Die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse sind im Detail oft kaum noch zu ermitteln. Schwierigkeiten bereiten insbesondere Fälle, in denen das Straßen- oder Wegegrundstück in privatem Eigentum steht, obwohl es möglicherweise seit jeher einem öffentlichem Verkehr gedient hat. Die Neufassung des Satzes 1 dient der Klarstellung und redaktionellen Anpassung an die Vorschrift des § 2 Abs. 1 StrWG SH. Mit dem angefügten Satz 2 wird eine widerlegbare gesetzliche Vermutung eingeführt. Diese Vermutung geht davon aus, dass es zwar möglicherweise mangels ausreichender Quellenlage schwierig oder

unmöglich ist, die frühere Rechtslage konkret zu ermitteln, dass sich andererseits aber anhand z. B. von Kartenmaterial und den danach erkennbaren Wegebeziehungen sehr wohl feststellen lässt, ob eine Straße oder ein Weg über die Funktion zur Erschließung der anliegenden Grundstücke hinaus zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Straßen- und Wegegesetzes (1. 10. 1962) einem nicht unerheblichen öffentlichen Verkehr gedient haben dürfte. Die Widerlegbarkeit der gesetzlichen Vermutung verhindert im Übrigen ihren sonst möglichen Missbrauch. Entschädigungsrechtliche Ansprüche werden aufgrund der Widerlegbarkeit dieser Vermutung nicht ausgelöst²⁸.

5. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis nach der neuen Rechtslage ab dem 31. 10. 2003 ist somit festzuhalten, dass für die Feststellung des Statuses von Gemeindestraßen § 57 Abs. 3 S. 2 StrWG SH n. F. die anzuwendende Vorschrift ist.

Sie führt zu dem praktisch handhabbaren Ergebnis, dass die gesetzlich normierte, jedoch widerlegbare, Vermutung für die Öffentlichkeit von Gemeindestraßen spricht, wenn Straßen, Wege und Plätze bei Inkrafttreten dieses Gesetzes am 1. 10. 1962 neben ihrer Erschließungsfunktion für die anliegenden Grundstücke einem nicht unerheblichen öffentlichen Verkehr gedient haben. Eines Rückgriffs auf die Rechtsfigur der „unvordenklichen Verjährung“ bedarf es mithin nicht mehr.

Es reicht vielmehr für das Eingreifen des Vermutungstatbestandes für die Öffentlichkeit von Gemeindestraßen aus, wenn festzustellen ist, dass die jeweilige Gemeindestraße tatsächlich von der Öffentlichkeit vor dem 1. 10. 1962 nicht nur unerheblich genutzt wurde.

Da es sich um eine widerlegbare gesetzliche Vermutung handelt, wodurch ein möglicher Missbrauch zugunsten der Öffentlichkeit vermieden werden soll, besteht für die Eigentümer der genutzten Grundstücke die Möglichkeit, durch Nachweis eines etwaigen privaten Charakters mittels anderer – auch nichtamtlicher – Unterlagen die Vermutung zu widerlegen und ein Widmungsverfahren wiederum notwendig zu machen.

IV. Rechtsfolgen und gerichtliche Klärung der Öffentlichkeit einer Straße

Nach § 61 Abs. 1 StrWG SH geht mit Inkrafttreten des Straßen- und Wegegesetzes das Eigentum an öffentlichen Straßen ohne Entschädigung auf den Träger der Straßenbaulast über, soweit es bisher bereits dem Lande oder einer Gebietskörperschaft zustand. Für den Fall, dass sich das betreffende Grundstück im Eigentum eines Privaten befindet, treten die allgemeinen Regeln des rückständigen Grunderwerbs ein. Danach hat der Grundstückseigentümer grundsätzlich einen Anspruch auf Übernahme und Durchführung eines Enteignungsverfahrens und damit auch einen Anspruch auf entsprechende Entschädigung²⁹.

Für den Übernahmeanspruch sowie den Anspruch auf Entschädigung ist jedoch zu bedenken, dass diese nach der allgemeinen Regel des § 195 BGB a. F. in 30 Jahren verjähren³⁰. Nach der Intention des § 61 Abs. 1 StrWG SH beginnt diese Frist mit Inkrafttreten des Straßen- und Wegegesetzes zu laufen, welche somit für „alte Straßen“ bereits verstrichen ist.

Im Übrigen hat der Eigentümer einer Straße die Möglichkeit eine verwaltungsgerichtliche Klage auf Feststellung der Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit der Straße gegen die gegebenenfalls wegeunterhaltungspflichtige Körperschaft zu erheben.

Dabei sind maßgeblich für die Entscheidung des Gerichts – d. h. zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. (bei Fehlen einer mündlichen Verhandlung) der gerichtlichen Entscheidung – die Rechtsvorschriften, die sich im Zeitpunkt der Entscheidung für die Beurteilung des Klagebegehrens Geltung bemessen, und zwar gleichgültig, ob es sich um eine Feststellungsklage, eine Leistungsklage, eine Anfechtungsklage oder eine Verpflichtungsklage handelt³¹.

²⁶ Siehe hierzu die Begründung des Landesgesetzgebers zur Neufassung des § 57 Abs. 3 StrWG SH, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Drucksache Nr. 15/1906 vom 30. 5. 2002.

²⁷ Vgl. Sauthoff, aaO, Rn. 522.

²⁸ BGHZ 13, 88, 98; Sauthoff, aaO, Rn. 204.

²⁹ BVerwG NJW 1995, S. 3068.

²⁶ Siehe oben unter III. 2. b) bb).

²⁷ Vgl. Sauthoff, aaO, Rn. 504.

V. Gesamtergebnis

Soweit eine Feststellung des Statusses einer Straße oder eines Weges bisher nicht getroffen wurde, kommt es nunmehr auf die neue Rechtslage in Schleswig-Holstein seit dem 31.10.2003 an.

Einschlägig ist deshalb der § 57 Abs. 3 S. 2 StrWG SH n. F.. Für das Vorliegen dessen Voraussetzungen muss darauf geschaut werden, ob die in Rede stehende Straße bei Inkrafttreten des StrWG SH neben ihrer Erschließungsfunktion für die anliegenden Grundstücke einem nicht unerheblichen öffentlichen Verkehr gedient hat. Ist dies der Fall, macht es ein Widmungsverfahren nach § 6 StrWG SH überflüssig. Für einen Rückgriff auf die Rechtsfigur der „unvordenklichen Verjährung“, wie es nach der alten Rechtslage erforderlich war, besteht nunmehr kein Bedarf.

Dem Eigentümer des durch die Öffentlichkeit genutzten Grundstückes steht es jedoch frei, den gesetzlichen Vermutungstatbestand zu widerlegen, indem er nachweist, dass die in Rede stehende Straße bei Inkrafttreten des StrWG SH nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Straße besaß. Dies kann er notfalls in einem gerichtlichen Feststellungsverfahren überprüfen lassen. Ein Entschädigungsanspruch ist insoweit jedenfalls verjährt.

Nach alledem ist die aufgeworfene Frage abschließend dahingehend zu beantworten, dass es dem Landesgesetzgeber durch die Neuregelung des § 57 Abs. 3 StrWG SH gelungen ist, für das Problem der rechtlichen Einordnung der „alten Straßen und Wege“ eine für die Praxis zufriedenstellende Lösung zu schaffen, welche die öffentliche Hand durch die Normierung der Widerlegbarkeit der Vermutung auch nicht unverhältnismäßig begünstigt.

II. Amtliche Veröffentlichungen

Besetzung des Justizprüfungsamtes für die Erste Juristische Staatsprüfung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Vfg. d. Vors. d. JPA vom 30. Juni 2004 – 2232 E – 148 – (SchlHA 2004 S. 208)

Zum weiteren Mitglied für den bis zum 31. Dezember 2006 laufenden Prüfungsabschnitt ist Richter am Amtsgericht Dr. Alexander Splitt, Amtsgericht Flensburg, berufen worden.

Besetzung des Justizprüfungsamtes für die Erste Juristische Staatsprüfung bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Vfg. d. Vors. d. JPA vom 28. Juli 2004 – 2232 E – 150 – (SchlHA 2004 S. 208)

Zum weiteren Mitglied für den bis zum 31. Dezember 2006 laufenden Prüfungsabschnitt ist Richter am Oberverwaltungsgericht Reinhard Wilke berufen worden.

III. Personalnachrichten

MJF

Versetzung in den Ruhestand: Regierungsdirektor *Heinz Lindemann*, Ministerium für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein.

Gerichte

Ernannt: Zur Justizoberinspektorin: Die Justizinspektorinnen *Katharina Endemann*, Amtsgericht Ahrensburg; *Nicole Rahlf*, Amtsgericht Mölln; *Kerstin Staack*, Amtsgericht Lübeck.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Bernd Petersen*, Amtsgericht Kappeln.

Zur Justizsekretärin: Justizsekretärin z. A. *Melanie Grewe*, Amtsgericht Pinneberg.

Zum Justizsekretär: Justizsekretär z. A. *Roger Rieger*, Amtsgericht Reinbek.

Zur Justizoberwachtmeisterin: Justizoberwachtmeisterin z. A. *Andrea Burr*, Landgericht Lübeck.

Versetzt: Oberamtsrätin *Angelika Richter*, von dem Landgericht Lübeck an das Amtsgericht Lübeck.

Versetzung in den Ruhestand: Obergerichtsvollzieher *Hans-Werner Schüren*, Amtsgericht Bad Segeberg; Justizamtsinspektor *Manfred Sambill*, Amtsgericht Neumünster.

Eintritt in den Ruhestand: Richterin am Amtsgericht *Hannelore Frank-Onderka*, Amtsgericht Itzehoe; Justizoberamtsrätin *Hannelore Dräger*, Amtsgericht Eutin; Justizamtsinspektor *Helmut Starck*, Amtsgericht Lübeck.

Arbeitsgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Richter auf Probe *Christian Hill*, Arbeitsgericht Elmshorn.

Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Bettina Brause*, Staatsanwaltschaft Kiel.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Uwe Gellien*, Staatsanwaltschaft Kiel.

Versetzung in den Ruhestand: Oberamtsanwältin *Ursula Schramkowski*, Staatsanwaltschaft Kiel.

Vollzugsanstalten

Versetzt: Justizhauptsekretär *Lutz Vollbehr*, von der Justizvollzugsanstalt Neumünster an die Jugendanstalt Schleswig, Teilanstalt Neumünster.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtsinspektor *Günther Wulff*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Notare

Zum Notar bestellt: Die Rechtsanwälte *Jörg Rüdiger Friedhoff-Schüller*, Wahlstedt; *Michael Siegmund*, Husum.

Notaramt erloschen: Rechtsanwälte *Hark Hansen*, Flensburg; *Dr. Uwe-Hauke Lange-Fuchs*; *Jürgen Rodde*, Norderstedt.

Die Große Juristische Staatsprüfung

bestanden im Monat Juni 2004: *Katrin Lindenberg*, Kiel; *Adriana Grau*, Hamburg; *Reimar Berndt*, Kiel; *Alexander Gorski*, Wohlfahrt; *Melanie Hartlieb*, Hamburg; *Dirk Arndt*, Kiel; *Katharina Bordet*, Kiel; *Silja Greve*, Kiel; *Eun-Joung Lee*, Kiel; *Annette Wellmann*, Hamburg.

IV. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB §§ 254, 833, 847

1. Im Rahmen der Tierhalterhaftung stellt es ein anspruchsvorkürzendes Mitverschulden dar, wenn der Geschädigte ohne Not an einem fremden Pferd so nahe vorbeigeht, dass er den Angriffs- und Verteidigungsbewegungen des Pferdes ausgesetzt ist.
2. Führt der Geschädigte selbst ein Pferd mit sich, muss er

zu einem anderen Pferd einen hinreichenden Sicherheitsabstand einhalten, damit sich nicht zwischen den Pferden ein Rivalitätsgefühl entwickelt. Verletzt der Geschädigte diese Obliegenheit in grob fahrlässiger Weise, so ist eine Haftung des schädigenden Tierhalters wegen überwiegender Mitverschuldens ausgeschlossen.

SchlHOLG, 7. ZS, Urteil vom 20. November 2003, – 7 U 72/01 –, RA Dr. Wo.

Der Kl. und die Bekl. zu 1. sind jeweils Eigentümer eines Ponyhengstes. Beide nahmen am 13. Februar 2000 an einer Pferdeschau auf dem Gelände der Holstenhalle in N. teil. Nachdem die Veranstaltung beendet war, beabsichtigten der Kl. und der Bekl. zu 3., der den Hengst der Bekl. zu 1. führte, das Gelände der Holstenhalle zu verlassen, um die Pferde auf dem Parkplatz in die dort abgestellten Hänger zu verladen. Dem Kl. war in dem Stall 2 B die Stallbox 120 zugewiesen worden, die an dem Stallgang 2 gelegen ist, während den Bekl.n in dem Stall 2 A die Box 106 zugeordnet war, die an dem Stallgang 1 gelegen ist. Der Kl. und der Bekl. zu 3. verließen mit ihren Ponyhengsten jeweils ihre Box, führten sie aus den beiden Stallgängen zunächst auf den überdachten Teil des Vorplatzes, um die Pforte zum Parkplatz zu erreichen. Durch Umstände, die zwischen den Parteien streitig sind, kam es dazu, dass der Kl. mit seinem Ponyhengst hinter den Ponyhengst der Bekl. zu 1. – geführt von dem Bekl. zu 3. – geriet. Der Hengst der Bekl. zu 1. trat nach hinten aus und traf den Kl. im Gesicht. Ihm wurde das Ohrläppchen durchgerissen, zudem erlitt er einen dreifachen Kieferbruch.

Der Kl. begehrt von den Bekl. zu 1. und 2. als Halter und dem Bekl. zu 3. als Tieraufseher den Ersatz des ihm entstandenen materiellen und immateriellen Schadens.

Das Landgericht hat der Klage – unter Abweisung gegenüber dem Bekl. zu 2. – im Übrigen überwiegend stattgegeben. Die Berufung der Bekl. zu 1. und 3. hatte Erfolg und führte auch ihnen gegenüber zur Klageabweisung.

Aus den Gründen

Die Bekl. zu 1. haftet dem Kl. wegen der ihm von ihrem Hengst zugefügten Verletzungen grundsätzlich aus § 833 Satz 1 BGB. Nach dieser Vorschrift haftet derjenige, welcher ein Tier hält, für den Schaden, der dadurch entsteht, dass der Körper oder die Gesundheit eines Menschen durch das Tier verletzt wird. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Bekl. zu 1. ist unstreitig Halterin des Hengstes, der dem Kl. am 13.2.2000 die Verletzungen im Gesicht zufügte. Dabei folgt der Senat dem Landgericht darin, dass die Verletzungen des Kl. insgesamt durch den Hengst der Bekl. zu 1. verursacht worden sind. Denn Anhaltspunkte dafür sind nicht gegeben, dass das eigene Tier des Kl. ihn getreten hat, unabhängig von der Frage, ob der Hengst der Bekl. zu 1. die Verletzungen des Kl. durch einen oder zwei Tritt(e) verursacht hat.

Der Bekl. zu 1. steht die Entlastungsmöglichkeit des § 833 S. 2 BGB nicht zur Seite. Dafür wäre Voraussetzung, dass ihr Hengst ihrem Beruf, ihrer Erwerbstätigkeit oder ihrem Unterhalt zu dienen bestimmt ist. Diese Voraussetzung ist nach ihrer eigenen Bekundung vor dem Landgericht nicht erfüllt. Danach war nur geplant, das Tier als Deckhengst einzusetzen; es war jedoch weder im Zeitpunkt des Unfalls (13.1.2000) noch zur Zeit ihrer Anhörung vor dem Landgericht (22.2.2001) zu einem Einsatz als Deckhengst gekommen, so dass die Bekl. zu 1. objektiv keine Einkünfte aus dem Halten des Hengstes erzielt hat.

Den Kl. trifft jedoch ein so überwiegendes Mitverschulden an dem Schaden, dass die Haftung der Bekl. zu 1. vollständig zurücktritt (§ 254 BGB). Aufgrund der von dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme steht zu seiner Überzeugung fest, dass der Kl. deswegen von dem Hengst der Bekl. zu 1. ins Gesicht getroffen werden konnte, weil er mit seinem eigenen Tier zu dicht auf den vor ihm geführten Hengst der Bekl. zu 1. aufgeschlossen ist. (Wird ausgeführt).

Derjenige handelt unvorsichtig, der ohne Not an einem fremden Pferd so nahe vorbeigeht, dass er den Angriffs- und Verteidigungsbewegungen des Pferdes, namentlich dem Schlagen, ausgesetzt ist

(vgl. RG JW 1906, 739 Nr. 7; BGH NJW 1955, 87).

Gegen diese Vorsichtsmaßnahme hat der Kl. verstoßen, als er zu dem Hengst der Bekl. zu 1. aufschloss. Erschwerend kommt hinzu, dass der Kl. selbst einen Hengst mit sich führte. Die von seinem Hengst in der gegebenen Situation ausgehende Tiergefahr ist ihm entsprechend § 254 BGB zuzurechnen

(vgl. OLG Celle VersR 1981, 1058).

Der Kl. hätte mithin beachten müssen, dass zwischen Hengsten, die – wenn sie zu dicht aufeinander laufen – ein Rivalitätsgefühl entwickeln – ein hinreichender Sicherheitsabstand eingehalten werden musste. Dies war ihm auch bekannt, er selbst will nach seiner Darstellung nämlich die Hand erhoben und den Bekl. zu 3. gewarnt haben, als dieser sich – so die Darstellung des Kl. – seinem Hengst näherte. Auf Seiten des Kl. ist mithin zu berücksichtigen, dass er in grob fahrlässiger Weise – offensichtlich weil er in Eile war – zu dem vorangehenden Hengst der Bekl. zu 1. aufgeschlossen, damit zu weit in den Einflussbereich des Hengstes der Bekl. zu 1. geraten ist. (Zeugin S.: Ich wollte gerade noch sagen, dass er sich vorsehen solle, aber da war es schon zu spät.) und damit die Hauptursache für den Tritt des Hengstes und seine Verletzung setzte. Auf Seiten der Bekl. zu 1. ist lediglich die Tiergefahr zu berücksichtigen, die jedoch hinter dem grob fahrlässigen Verhalten des Kl. zurücktritt, so dass eine Haftung der Bekl. zu 1. ausscheidet.

Dies gilt auch für eine Haftung des Bekl. zu 3. aus § 834 S. 2 BGB. Auch hier gilt, dass der Mitverschuldensanteil des Kl. derart

überwiegt, dass eine Haftung des Bekl. zu 3. ausscheidet. Unabhängig davon hat der Bekl. aber bereits den Entlastungsbeweis gemäß § 834 S. 2 BGB geführt. Denn er hat bewiesen, dass seine Verantwortlichkeit nicht eintritt, weil er bei der Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme steht fest, dass der Bekl. zu 3. den Hengst der Bekl. zu 1. im normalen Schritt zur Pforte zum Parkplatz führen wollte. Der Bekl. zu 3. hat dadurch, dass er den Hengst an der Hengstkette führte, alles Erforderliche getan, um das Tier sicher von dem Gelände der Holstenhalle wegzuführen. Er brauchte nicht damit zu rechnen, dass der ihm folgende Kl., der hinter ihm aus der Stallgasse 2 in Richtung der Pforte zum Parkplatz eingebogen war, den Abstand zwischen den Hengsten so verkürzen würde, dass der von ihm – dem Bekl. zu 3. – geführte Hengst nach hinten austreten und den Kl. verletzen würde.

StVG § 7, 17; StVO §§ 3 I, 32 I

- 1. Eine Haftung wegen Betriebs eines Fahrzeugs kommt grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn ein Verkehrsunfall aus Verschmutzungen auf einer Straße herrührt, die ein Traktor mit Anhänger infolge Erntebetriebs verursacht hat. Auf einen nahen zeitlichen Zusammenhang zum Unfall kommt es nicht an.**
- 2. Der Unfall wird für den Halter des Traktors nicht schon dadurch unabwendbar, dass er ein Warnschild aufstellt. Der zu fordernden höchstmöglichen Sorgfalt entspricht es nur, die Verschmutzungen der Fahrbahn zu beseitigen.**
- 3. Fährt der Fahrer eines auf der verschmutzten Fahrbahn verunfallten Fahrzeugs trotz Warnschilds, deutlich sichtbarer Verschmutzung und erkennbarer ländlicher Prägung der Örtlichkeiten zur Erntezeit mit überhöhter Geschwindigkeit, so kann die Abwägung der Verursachungsbeiträge ergeben, dass eine Haftung des Halters des die Verschmutzung verursachenden Traktors entfällt.**

SchlHOLG, 7. ZS, Urteil vom 4. Dezember 2003, – 7 U 144/01 –, RA Die.

Die Kl.in begehrt aus abgetretenem Recht Schadensersatz wegen eines Verkehrsunfalls, den der Zeuge S. im Herbst 1999 auf einem Weg in der Nähe von N. erlitten hatte. Am Unfalltag war die Straße aufgrund Niederschlags nass und außerdem durch die auf den umliegenden Feldern durchgeführte Kohlernte stark verschmutzt. Der Bekl. zu 1), durch dessen Traktor die Verunreinigungen verursacht worden waren, hatte deshalb 50 m vor Verschmutzungsbeginn ein Warnschild aufgestellt. Dennoch geriet der Zeuge S. mit seinem VW-Transporter und angehängtem Pferdetransportanhänger ins Schleudern und kollidierte mit einem entgegen kommenden Fahrzeug.

Das Landgericht hat ein für den Bekl. unabwendbares Ereignis angenommen und deshalb die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kl.in hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Der Senat geht allerdings – anders als das Landgericht – davon aus, dass die Bekl. der Kl.in grundsätzlich gemäß den §§ 7 Abs. 1 StVG, 3 PflVG haften. Denn der Bekl. zu 1. hat mit seinem Traktor die Fahrbahn verschmutzt. Diese Verschmutzungen sind dem Betrieb seines Fahrzeugs zuzurechnen. Dabei kommt es auf einen nahen zeitlichen Zusammenhang mit dem Unfall nicht an

(vgl. BGH NJW 1982, 2669).

Der Unfall war auch für den Bekl. zu 1. nicht unabwendbar i.S. des § 7 Abs. 2 StVG, weil es der höchstmöglichen Sorgfalt eines Traktorführers entsprochen hätte, die Verschmutzungen der Fahrbahn zu beseitigen. Die – unstreitige – Aufstellung eines Warnschilds reicht insoweit nicht aus.

Da der Schaden auch beim Betriebe des von dem Zeugen S. gelenkten Gespanns des Ehemanns der Kl.in entstanden ist (§ 7 Abs. 1 StVG) und dieser sich nicht entlastet hat (§ 7 Abs. 2 StVG), richtet sich die Höhe des Schadensersatzes gemäß § 17 StVG nach den beiderseitigen Verursachungsbeiträgen. Die damit vorzunehmende Abwägung führt dazu, dass eine Haftung der Bekl. entfällt.

Den Fahrer S. des Gespanns trifft ein Verschulden. Er ist zu schnell und zu un aufmerksam gefahren. Nach § 3 Abs. 1 StVO durfte er nur so schnell fahren, dass er das von ihm gelenkte Fahrzeug ständig beherrscht. Wie das Unfallgeschehen zeigt, hat er die Kontrolle über sein Fahrzeug verloren und ist auf die Gegenfahrbahn geraten.

Er kann sich nicht darauf berufen, dass die Straße infolge der vom Bekl. zu 1. verursachten Verschmutzung und wegen des herrschenden Regens besonders rutschig gewesen wäre. Denn diese Gefahrenlage war deutlich sichtbar, hierauf hätte er seine Fahr-

weise einrichten müssen. Nach den Behauptungen der Kl.in war die Straße mit einer 5–10 cm hohen Schmutzschicht belegt, der Unfall ereignete sich in den Mittagsstunden, also bei Tageslicht. Diese Verschmutzung war damit für den Zeugen S. deutlich sichtbar. Er hätte daher mit einer rutschigen Fahrbahn rechnen und seine Geschwindigkeit vor dem Erreichen der Verschmutzung weiter reduzieren müssen, als er es nach seiner Bekundung vor dem Landgericht getan hat.

Der Bekl. zu 1. hatte zudem durch Aufstellen eines Warnschildes in ausreichender Entfernung auf die Gefahrenstelle hingewiesen. Der Zeuge S. hat eingeräumt, dieses Schild beim Heranfahren an die Unfallstelle nicht wahrgenommen zu haben. Damit steht auch fest, dass der Zeuge unaufmerksam war und die nach § 1 Abs. 1 StVO geforderte ständige Vorsicht nicht aufgewandt hat, zu dem umso mehr Anlass bestand, weil die Kohlernte im Gange war und mit verschmutzten Straßen im ländlichen Bereich zu rechnen war. Dieses Fehlverhalten des Zeugen S. muss sich die Kl.in zurechnen lassen.

Dem Bekl. kann nur vorgehalten werden, dass er die Straße verschmutzt hat (§ 32 Abs. 1 S. 1 StVO). Es lässt sich jedoch nicht feststellen, dass er gegen seine Pflicht zur unverzüglichen Beseitigung dieses Zustandes verstoßen hätte. Denn diese Pflicht gilt nur im Rahmen des Zumutbaren. Maßgebend ist, wie die Straße beschaffen ist, welcher Verkehr sich auf ihr abspielt und welches Ausmaß die Verschmutzung hat

(vgl. OLG Köln VersR 1996, 207).

Danach hat der Bekl. zu 1. nicht gegen seine Pflicht verstoßen, die Verschmutzungen unverzüglich zu beseitigen. Es steht fest, dass die Straße am Vorabend gesäubert worden war, jedenfalls am Morgen des Unfalltages keine Verschmutzungen aufwies. Diese waren vielmehr im Laufe des Vormittags entstanden und mussten von dem Bekl. vor der Mittagspause nicht beseitigt werden, auch wenn – wie die Kl.in geltend gemacht hat – tagsüber mindestens 30–40 Fahrzeuge in der Stunde die Straße benutzen sollten. Denn sie führt durch ländliches Gebiet und wird neben dem Schulbus und Kohllastern überwiegend von Kraftfahrern benutzt, die mit den örtlichen Gegebenheiten vertraut sind, jedenfalls aber aufgrund der ländlichen Struktur damit rechnen müssen, dass im Herbst während der Kohlernte Verschmutzungen von den Erntefahrzeugen auf die Straße gelangen. Solche Verschmutzungen durch Erntefahrzeuge sind in diesem Bereich und im Herbst als ortsüblich anzusehen, auf die ein Verkehrsteilnehmer sich einstellen muss. Daher war ein Reinigen der Fahrbahn zu der Mittagspause und davor nicht notwendig, vielmehr erst nach Beendigung der Tagesarbeit vor Eintritt der Dunkelheit geboten.

Hingegen überspannt die Auffassung der Kl.in, der Bekl. zu 1. hätte nach jeder Erntefahrt die Fahrbahn säubern müssen, die Anforderungen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHZ 12, 124 betrifft eine Bundesstraße mit sehr starkem Kraftfahrzeugverkehr und kann auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragen werden.

Der Einwand der Kl.in, der Bekl. zu 1. hätte die Straße überhaupt nicht benutzen dürfen, da er von dem Kohlacker direkt auf seinen Hof hätte fahren können, greift ebenfalls nicht durch. Der Bekl. zu 1. hat unwiderlegt ausgeführt, dass er diese Zufahrt nicht habe benutzen können, da die Feldflächen, über die er hätte fahren müssen, noch nicht abgeerntet waren. Zum anderen kann ihm nicht verwehrt werden, die dem öffentlichen Verkehr gewidmete Straße zu benutzen.

Bei dieser Sachlage überwiegt der Verursachungsbeitrag des Zeugen S. denjenigen des Bekl. zu 1. derart, dass eine Schadensersatzpflicht des Bekl. entfällt. Für ein schuldhaftes Verhalten des S. spricht zudem, dass von den zahlreichen Fahrzeugen, die die Straße nach der Behauptung der Kl.in benutzen, kein weiteres auf der verschmutzten Fahrbahn verunglückt ist.

Da ein schuldhaftes Verhalten des Bekl. zu 1. nicht festgestellt werden kann, scheidet als Anspruchsgrundlage auch ein Verstoß gegen eine ihm obliegende Verkehrssicherungspflicht (§ 823 Abs. 1 BGB) aus.

BGB §§ 1601, 1603

Die Eltern eines volljährigen gemäß § 1603 II 2 BGB privilegierten Kindes haften anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen, wobei die jeweils oberhalb des großen Selbstbehalts liegenden Einkommensbestandteile zueinander ins Verhältnis gesetzt werden, ohne dass dabei die Unter-

haltsleistungen eines Elternteils gegenüber einem minderjährigen Kind, das dem volljährigen Kind im Range gleich steht, vorweg in Abzug gebracht werden.

AG Schleswig, Urteil vom 13. August 2003, – 92 F 186/02 –, RA Scho.

Der volljährige Kl. begehrt von seiner Mutter, der Bekl., Unterhalt. Die Ehe der Kindeseltern ist rechtskräftig geschieden. Die Kindeseltern hatten in einem Scheidungsfolgenvergleich vereinbart, dass der Kindesvater der Kindesmutter Unterhaltsansprüche für die gemeinsamen Kinder von der Hand hält.

Der Kl. besucht derzeit die Unterstufe der Berufsfachschule I, Fachrichtung Technik, mit dem Ziel, die Mittlere Reife als Abschluss zu erhalten. Die Bekl. ist seit Juli 2002 wieder verheiratet und absolviert derzeit eine dreijährige Ausbildung zur Heilerziehungspflegerin. Sie erhält ein monatliches Unterhaltsgeld in Höhe von 593,00 €. Zuvor war sie teilzeit beschäftigt als Kindergartenhelferin. Vor der Ehe mit dem Vater des Kl. hat die Bekl. eine Ausbildung als Verkäuferin absolviert. In diesem Beruf hat sie drei bis vier Jahre gearbeitet.

Der Kl. trägt vor, dass die Bekl. sich nicht auf die Freilhaltevereinbarung mit dem Kindesvater berufen könne. Diese Vereinbarung berühre seinen Unterhaltsanspruch nicht. Noch zu Zeiten seiner Minderjährigkeit – dies ist unstreitig – habe er eine Lehre im März 2002 abgebrochen. Bereits im Frühjahr hat der Kl. sich auf der beruflichen Schule E. beworben. Auf Seiten der Bekl. seien jedenfalls fiktive Einkünfte in einer Höhe anzurechnen, die es ihr ermöglichen, an ihn 157 € monatlich als Mindestunterhalt zu zahlen. Die Bekl. könne sich nicht darauf berufen, sie müsse eine fehlende Ausbildung nachholen. Die Klage hatte zum Teil Erfolg.

Aus den Gründen

Die Bekl. ist dem Kl. gem. § 1601 ff. BGB zum Unterhalt verpflichtet. Die Bekl. kann sich insbesondere nicht auf die Freistellungsvereinbarung aus dem Scheidungsfolgenvergleich mit dem Kindesvater berufen. Freistellungsvereinbarungen im Verhältnis der Elternteile untereinander berühren den Anspruch des Kindes nicht

(Kalthöner/Büttner, 8. Auflage, Rd.-Ziffer 198).

Die Bekl. kann sich gegenüber dem Kl. nicht auf eine verminderte Erwerbsfähigkeit durch Bezug von Unterhaltsgeld während der Weiterqualifikation berufen. Die Bekl. ist dem Kl. gem. § 1603 Abs. 2 BGB verstärkt unterhaltsverpflichtet. Nach dieser Vorschrift haben die Kindeseltern alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalte gleichmäßig zu verwenden. Den minderjährigen unverheirateten Kindern stehen volljährige unverheiratete Kinder nach dieser Vorschrift bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres gleich, solange sie im Haushalt der Eltern oder eines Elternteils leben und sich in der allgemeinen Schulausbildung befinden. Diese Voraussetzungen sind gegeben. Der Kl. besucht zwar die berufliche Schule Eckernförde. Indes besucht er diese Schule mit einem täglichen Unterricht am Vormittag mit dem Abschlussziel des Realschulabschlusses. Diese Schulausbildung ist daher nach Ausbildungsziel, der zeitlichen Beanspruchung des Schülers und der Organisationsstruktur der Schule als eine allgemeine Schulausbildung anzusehen. Dem Kl. ist unterhaltsrechtlich auch nicht vorwerfbar, dass er während der Minderjährigkeit eine Lehre abgebrochen hat. Beide Kindeseltern sind Inhaber der elterlichen Sorge, so dass die Kindesmutter diesen Entschluss mittragen muss.

Eine Unterhaltsverpflichtung der Bekl. entfällt auch nicht gem. § 1603 Abs. 2 Satz 3 BGB. Nach dieser Vorschrift tritt eine Unterhaltsverpflichtung nicht ein, wenn ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter vorhanden ist. Dieser andere unterhaltspflichtige Verwandte kann der andere Elternteil sein. Ein in dieser Vorschrift gefordertes Ungleichgewicht setzt indes voraus, dass der betreuende Elternteil mindestens ein doppelt so hohes Einkommen erzielt, als der nicht betreuende Elternteil. Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. Auf Seiten des Kindesvaters ist zu berücksichtigen, dass er den Barunterhalt für die zwei weiteren, aus der Ehe der Eltern hervorgegangenen Kinder aufzubringen hat.

Da sich die Bekl. somit nicht auf eine vorrangige Unterhaltsverpflichtung des Kindesvaters berufen kann, war ihr ein fiktives Einkommen anzurechnen. (Wird ausgeführt).

Der Kindesvater verfügte im Jahre 2002 ausweislich der Dezemberabrechnung über Bruttoeinkünfte von ... (wird ausgeführt)

Der Bedarf des volljährigen Kindes ergibt sich nach dem zusammengerechneten Einkommen der Elternteile. Wegen der doppelten Haushaltsführung ist jedoch um eine Stufe herabzustufen.

(Wird ausgeführt).

Diesen offenen Bedarf haben die Eltern anteilig zu befriedigen, und zwar grundsätzlich im Verhältnis ihrer Einkommen zueinander. Dabei werden nur die Einkommensanteile zueinander ins Verhältnis gesetzt, die jeweils über dem großen Selbstbehalt liegen. Nach den unterhaltsrechtlichen Leitlinien des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts erfolgt nur ein Vorwegabzug vorrangiger Unterhaltspflichtigen (URL des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts, Ziffer 13.3). Da der Kl. als privilegierter Voll-

jähriger anzusehen ist, steht er den minderjährigen Kindern im Range gleich, so dass auf Seiten des Kindesvaters ein Vorwegabzug von Kindesunterhalt für die minderjährigen Kinder nicht erfolgt. (Wird ausgeführt).

EStG § 64 II 3, III 3 und 4

Vorrangig soll derjenige Elternteil kindergeldberechtigt sein, der die höheren wirtschaftlichen Leistungen erbringt. Sind diese objektiv gleichwertig, ist auf die subjektiven Leistungen abzustellen mit der Folge, dass mangels anderer Umstände dem finanziell und wirtschaftlich schwächeren Elternteil die Kindergeldberechtigung zuzusprechen ist.

SchlHOLG, 4. FamSenat, Beschluss vom 1. Dezember 2003, – 13 WF 187/03 –, Ha.

Die Eltern des Kindes Isabel stritten sich, an welchen Elternteil das Kindergeld von der Familienkasse des Arbeitsamtes gezahlt werden sollte.

Die Eltern leben seit dem 1. August 2002 getrennt. Bis zur Trennung wurde das Kindergeld an den Kindesvater gezahlt. Isabel hält sich jeweils 14 Tage im Haushalt der Mutter auf und wird von dieser betreut und wechselt sodann für die folgenden 14 Tage in den Haushalt des Vaters und wird von ihm betreut. Beide Eltern haben bei der Familienkasse beantragt, jeweils ihnen allein das Kindergeld auszus zahlen. Die Familienkasse hat den Kindesvater aufgefordert, eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen.

Das Amtsgericht hat den Kindesvater zum Kindergeldberechtigten bestimmt. Die Beschwerde der Kindesmutter hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Sind mehrere Personen berechtigt, für ein Kind die Zahlung von Kindergeld zu beanspruchen, so bestimmen sie untereinander den Berechtigten, § 64 Abs. 2 u. 3 EStG. Wird eine Bestimmung nicht getroffen, so bestimmt das Vormundschaftsgericht auf Antrag den Berechtigten, § 64 Abs. 2 Satz 3 EStG. Das gilt entsprechend, wenn keiner der Kindergeldberechtigten dem Kind Unterhalt zahlt, § 64 Abs. 3 Satz 3 u. 4 EStG.

So liegt es hier. Beide Eltern zahlen deshalb keinen Unterhalt, weil jeder Elternteil das Kind für die gleiche Zeitdauer in seinen Haushalt aufnimmt und betreut. Über die Kindergeldberechtigung muss das Gericht hier entscheiden, weil die Eltern zu einer Bestimmung untereinander nicht imstande sind.

§ 64 Abs. 2 EStG hat die Entscheidung über die Bestimmung der Kindergeldberechtigung dem Vormundschaftsgericht zugewiesen, ohne dass damit funktionell das Vormundschaftsgericht im Gegensatz zum Familiengericht gemeint ist. Herkömmlich wurde mit „Vormundschaftsgericht“ das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezeichnet, so in den Überschriften zu §§ 35 ff. FGG und § 14 Rechtspflegengesetz, wobei dann die funktionell unterschiedlichen Aufgaben einerseits vom Vormundschaftsgericht im engeren Sinne und andererseits vom Familiengericht wahrgenommen werden.

Vorliegend fällt die funktionelle Zuständigkeit dem Familiengericht zu; denn es geht um die Entscheidung des Streits zwischen Eheleuten über ihre Kindergeldanspruchsberechtigung.

Dem Wortlaut des § 64 EStG lässt sich nicht entnehmen, nach welchen Kriterien im vorliegenden Fall die Kindergeldberechtigung zu bestimmen ist. Nach der genannten Vorschrift wird die Kindergeldberechtigung vorrangig angeknüpft an den Umstand der Aufnahme des Kindes in den Haushalt (§ 64 Abs. 2) oder an die Höhe des zu zahlenden Kindesunterhalts (§ 64 Abs. 3). Diese Voraussetzungen sind bei beiden Parteien gleichermaßen erfüllt; denn beide haben Isabel für die jeweils gleiche Zeitdauer in ihren Haushalt aufgenommen und zahlen deshalb beide keinen Kindesunterhalt an den jeweils anderen Elternteil.

Nach dem Grundgedanken, der § 64 EStG zu entnehmen ist, soll jedoch vorrangig derjenige Elternteil Kindergeldberechtigter sein, der für das Kind die höheren wirtschaftlichen Leistungen erbringt. Wenn nun aber die objektiven Leistungen weitgehend gleich sind, wie vorliegend beide Eltern über die gleiche Zeitdauer für das Kind aufkommen, so ist auf die subjektiven Leistungen abzustellen. Das bedeutet, dass der finanziell und wirtschaftlich schwächere Elternteil bei objektiv gleichen wirtschaftlichen Leistungen subjektiv gesehen die höheren Leistungen erbringt als der finanziell und wirtschaftlich stärkere Elternteil; denn er muss von seinem geringeren Einkommen einen prozentual höheren Anteil für die Gewährung des Naturalunterhalts für das Kind aufbringen.

Vorliegend ist der Kindesvater der finanziell und wirtschaftlich schwächere Elternteil. Das hat das Amtsgericht bereits zutreffend erkannt. Deshalb ist ihm die Kindergeldberechtigung zuzusprechen.

Die wirtschaftlich stärkere Stellung der Kindesmutter ergibt sich auch unter Berücksichtigung ihres Beschwerdevorbringens. Dort

macht sie geltend, dass der Kindesvater unter anderem deshalb über ein höheres Monatseinkommen (2200 €) verfügen könne als sie (2100 €), weil sie an ihn „Steuererstattungsbeträge“ bzw. „Unterhaltsausgleich“ (monatlich 550 €) leiste. Diese Zahlungen aber sind nichts anderes als Trennungsunterhalt zugunsten des unterhaltsbedürftigen Kindesvaters.

Zudem ergibt sich aus dem Vorbringen der Parteien, dass der Kindesvater bis zum August 2003 mit Rücksicht auf die Betreuung Isabels nur teilschichtig gearbeitet hat, während die Kindesmutter als Geschäftsführerin eines Speditionsunternehmens ihr Gehalt in voller Höhe weiter bezog.

Angesichts des wirtschaftlichen Übergewichts der Mutter ist auch nicht entscheidend, dass sie derzeit die Krankenversicherungsbeiträge für die Mitversicherung Isabels in ihrer Krankenversicherung zahlt und zudem Beiträge für den Kindergarten in W.; denn Isabel besucht nicht nur den Kindergarten in W., wenn sie bei der Kindesmutter lebt, sondern auch den Kindergarten in H., wenn sie sich beim Vater aufhält.

Die Zahlung der Krankenversicherungsbeiträge erfolgt durch die Kindesmutter erst, seit dem sie Isabel im Rahmen der Trennung der Parteien zu sich nahm, während das Kind bis dahin über den Kindesvater mit krankenversichert war.

Schließlich spricht auch der Grundsatz der Kontinuität für die Kindergeldberechtigung des Vaters. Er erhielt das Kindergeld bisher ausgezahlt. Dabei hat es zu bleiben, solange sich nicht die Umstände in der Weise wesentlich ändern, dass sich eine eindeutige Kindergeldberechtigung zugunsten der Mutter ergibt.

BNotO § 19

- 1. Der Notar verletzt seine Amtspflichten, wenn er die Urkundsbeteiligten nicht auf die Rechtsfolgen eines Vertretungsmangels (schwebende Unwirksamkeit eines Vertrages) hinweist und hierüber – wenn die Beteiligten auf einer Beurkundung bestehen – in der Urkunde einen Vermerk aufnimmt. Fehlt dieser Zweifelsvermerk, hat der Notar die erfolgte Belehrung zu beweisen.**
- 2. Auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 19 I 2 BNotO – hier: Inanspruchnahme eines Urkundsbeteiligten – darf der Geschädigte nur verwiesen werden, wenn diese in angemessener Zeit zumutbar realisiert werden kann.**

SchlHOLG, 11. ZS, Urteil vom 30. Oktober 2003, – 11 U 34/02 –, RA. Scho.

Der Kl. nimmt den verklagten Notar wegen Amtspflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch.

Der Bekl. hatte einen Vertrag zwischen der Grundstücksverkäuferin S., dem Bauunternehmer P. und dem Kl. über die Veräußerung eines noch zu bildenden Wohnungserbaurechts mit Bauverpflichtung zu beurkunden. Bei der Beurkundung war P. nicht zugegen, so dass der Kl. für diesen nach dem Wortlaut des Vertrages als dessen Vertreter auftrat, ohne hierzu bevollmächtigt zu sein. Unmittelbar nach Beurkundung überreichte der Kl. der Verkäuferin S. anforderungsgemäß einen Scheck und zahlte in der Folgezeit nach dem vereinbarten Ratenplan weitere Kaufpreistraten. Der P. genehmigte den Vertrag nicht, die S. geriet später in Vermögensverfall. In einem zu 12 O 103/07 des LG Lübeck geführten Schadensersatzprozess wurde die S. zur Leistung der an sie gezahlten 200 000 DM zzgl. Notarkosten verurteilt, da sie – wie das Landgericht feststellte – mit dem P. zu Lasten des Kl. kollusiv zusammengewirkt habe.

Zwischen dem Kl. und dem nunmehr verklagten Notar ist streitig, ob dieser den Kl. auf die Rechtsfolgen der mangelnden Vertretungsmacht für den P. hingewiesen hatte. Die fragliche Urkunde enthielt einen entsprechenden Belehrungsvermerk nicht.

Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme durch u.a. Vernehmung der Verkäuferin S. als Zeugen nur zum Teil stattgegeben, da seiner Auffassung trotz einer dem Grunde nach bestehenden Haftung des Bekl. der Kl. durch eine frühere Klagerhebung gegen die S. im Sinne einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit den Schaden hätte vermindern können.

Die eine weitere Verurteilung erstrebende Berufung des Kl. hatte im Wesentlichen Erfolg.

Aus den Gründen

Der Kl. hat gegen den Bekl. einen Schadensersatzanspruch in zuerkannter Höhe aus § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO.

Das Landgericht hat zu Recht eine Pflichtverletzung darin gesehen, dass der Bekl. den Kl. nicht nachweislich über die schwebende Unwirksamkeit des am 18. Dezember 1995 geschlossenen Vertrages belehrte.

Bei dem fraglichen Vertrag handelt es sich um den Verkauf eines noch zu bildenden Wohnungserbaurechts mit Bauverpflichtung. Das noch zu bildende Erbaurecht sollte zunächst die Verkäuferin S. erwerben und danach in zwei Wohnungserbaurechte aufteilen. Die Bauverpflichtung sollte der dritte Vertragsbeteiligte, Herr P., übernehmen. Letzterer war bei der Beurkundungsverhandlung – wie auch schon bei einer vorausgegangen und deshalb gescheiterten Verhandlung – nicht anwesend. Nach dem Text der

Urkunde ist er vertreten worden durch den Kl. und Käufer. Es steht fest, dass der Kl. vor dem Urkundstermin von dem fehlenden Erscheinen des Bauunternehmers nichts wusste und dementsprechend eine Vollmacht für Herrn P. – wie der Bekl. wusste – nicht vorlag. Aus der Urkunde ergibt sich nicht einmal der Umstand, dass der Bauunternehmer vollmachtlos vertreten wurde.

Damit aber hing die Wirksamkeit des Vertrages – ohne dass dies aus dem Vertragstext ersichtlich ist – von der Genehmigung des tatsächlich vollmachtlos vertretenen Herrn P. ab (§ 177 BGB). Die Bauverpflichtung ist eine wesentliche Essentialie dieses Vertrages, mit der der gesamte Vertrag steht und fällt. Dieser Umstand muss sich aber für einen juristischen Laien keinesfalls selbstverständlich aufdrängen. Der Kl. konnte annehmen, dass jedenfalls die von der Verkäuferin übernommenen Verpflichtungen einschließlich seiner Absicherung in § 4 (im Wege einer Abtretung) wirksam seien. Er konnte deshalb den Vertragstext durchaus dahin verstehen, dass mit seiner Unterschrift unter diesen Vertrag die ersten 65 000 DM fällig wurden. Nach § 3 des Vertragstextes war dieser Betrag „bei Vertragsabschluss“ „fällig und zahlbar“.

Vor diesem Hintergrund war der beklagte Notar verpflichtet, die Urkundsbeteiligten auf die mangelnde Wirksamkeit – d.h. auf die schwebende Unwirksamkeit – des gesamten Vertrages bis zur Genehmigung durch Herrn P. ausdrücklich hinzuweisen. Diese Pflicht ergibt sich bereits aus § 17 Abs. 1 Satz 1 Beurkundungsgesetz, wonach der Notar die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren hat.

Im vorliegenden Fall steht nach der vom Landgericht ordnungsgemäß durchgeführten Beweisaufnahme nicht fest, dass diese Belehrung erfolgt ist. Das geht hier zu Lasten des für die Belehrung beweispflichtigen Bekl. Der Bekl. hat vorgebracht, die Beteiligten und insbesondere den Kl. im Urkundstermin darüber aufgeklärt zu haben, dass der Vertrag noch schwebend unwirksam und zu seiner Wirksamkeit zunächst die Genehmigung des Herrn P. erforderlich sei. Der Kl. hat dies bestritten und behauptet, eine entsprechende Belehrung habe der Bekl. nicht erteilt, seine Darstellung sei unwahr. Bei seiner persönlichen Anhörung durch das Landgericht hat er sogar angegeben, der Bekl. habe ihm noch im Termin zugeraten, den Scheck über 65 000 DM auszustellen, er habe auf die Sicherheiten hingewiesen. Unstreitig ist der Scheck noch in Anwesenheit des Bekl. in dessen Büro ausgestellt und übergeben worden. Die Vernehmung der Zeugin S. hat keine weiteren klaren Erkenntnisse gebracht, die insoweit vom Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung wird auch von dem Bekl. nicht in Zweifel gezogen.

Der Bekl. hat es jedenfalls unterlassen, die fragliche Belehrung – wie erforderlich – gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 Beurkundungsgesetz in der Urkunde zu dokumentieren. Der Notar soll nach dieser Vorschrift die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken, wenn er an der Wirksamkeit des Geschäftes zweifelt und die Beteiligten dennoch auf der Beurkundung bestehen. Es ist anerkannt, dass der Anwendungsbereich dieser Norm relativ schmal ist. Im Grundsatz ist es nämlich die Pflicht des Notars, bei rechtlich zweifelhaften Rechtsgeschäften zunächst deren Wirksamkeit abschließend zu klären, bevor er sie beurkundet

(vergleiche Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Auflage 1997, Rn. 492 und 592).

Ist an dem Rechtsgeschäft ein vollmachtloser Vertreter beteiligt können solche Zweifel vorliegen. Erscheint die Genehmigung durch den Vertretenen ausgeschlossen, hat der Notar die Beurkundung abzulehnen. Ist die Genehmigung dagegen möglich, dann hat der Notar zunächst zu belehren, dass der Vertrag bis zur Genehmigung durch den Vertretenden schwebend unwirksam ist. Bestehen die Beteiligten gleichwohl auf der Beurkundung, ist dies zur Vermeidung von Haftungsfolgen durch einen Vermerk in der Urkunde zu dokumentieren

(Huhn/von Schuckmann, Beurkundungsgesetz, 3. Auflage 1995, § 17 Rn. 233 und Haug, aaO Rn. 491).

Diese Rechtsansicht, der der Senat folgt, entspricht entgegen der Annahme des Bekl. der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser hat mit Urteil vom 21.1.1988, DNotZ 1989, 43, 44, wie folgt entschieden:

„Die Pflicht des Notars zur Prüfung der Vertretungsmacht folgt nunmehr aus § 17 Beurkundungsgesetz. Die dem Notar durch diese Vorschrift auferlegte Pflicht, den Sachverhalt zu klären und die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, bezweckt die Schaffung einer dem Willen der Beteiligten entsprechenden, rechtlich wirksamen Urkunde. Sie schließt deshalb die Verpflichtung ein, die Vertretungsmacht eines Beteiligten zu

prüfen, der eine zu beurkundende Erklärung als Vertreter für einen anderen abgeben will. ... Kann die (Vollmachts-)Urkunde nicht vorgelegt werden oder ergeben sich sonst Zweifel an der Vertretungsmacht, hat der Notar die sich daraus ergebenden Bedenken mit den Beteiligten zu erörtern (§ 17 Abs. 2 Satz 1 Beurkundungsgesetz). Bestehen diese gleichwohl auf der Beurkundung, so kann der Notar sie auch bei Zweifeln an der Wirksamkeit des Geschäftes vornehmen, hat dann allerdings gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 Beurkundungsgesetz einen entsprechenden Vorbehalt in die Niederschrift aufzunehmen. Steht dagegen der Mangel der Vertretungsmacht fest und erscheint eine nachträgliche Genehmigung durch den Vertretenen ausgeschlossen, hat er die Beurkundung abzulehnen (§ 4 Beurkundungsgesetz; § 14 Abs. 2 BNotO). ...“

Da im vorliegenden Fall eine nachträgliche Genehmigung des Herrn P. für den Bekl. möglich erscheinen konnte, durfte der Bekl. beurkunden, hätte aber den Zweifelsvermerk mit dem Hinweis der Belehrung der Beteiligten über die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages aufnehmen müssen. Obwohl es sich nach dem Wortlaut von § 17 Abs. 2 Satz 2 Beurkundungsgesetz um eine Sollvorschrift handelt, wird dadurch eine entsprechende Amtspflicht begründet

(OLG Frankfurt, NJW 1985, 1229).

Gegen diese Pflicht hat der Bekl. hier verstoßen, denn der Zweifelsvermerk ist nicht aufgenommen worden. In der Urkunde vermerkt worden sind in § 7 lediglich die Belehrungen nach den §§ 18 ff. Beurkundungsgesetz.

Die mangelnde Aufnahme der Belehrung in der Urkunde führt nicht unmittelbar zur Haftung des beklagten Notars. Auch darf aus dem Fehlen eines Belehrungsvermerkes nicht geschlossen werden, dass die Belehrung nicht stattgefunden hat. Der fehlende Belehrungsvermerk hat aber Auswirkungen für die Darlegungs- und Beweislast. Im Grundsatz muss der geschädigte Mandant den vollen Nachweis der mangelnden Belehrung führen, wenn der Notar die von ihm behauptete Belehrung substantiiert vorträgt. Fehlt allerdings in der Urkunde ein Hinweis auf eine Belehrung, die nach einer gesetzlichen Vorschrift dort ausnahmsweise ausdrücklich vermerkt werden muss, dann wird dem beklagten Notar die Beweislast dafür aufgebürdet, dass die Belehrung trotz fehlenden Vermerkes tatsächlich erfolgt ist

(Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 6. Auflage 1998, Rn. II 309 m. w. N.; Haug, aaO, Rn. 835 mit Rechtsprechungsnachweisen).

Dieser Beweis ist dem Bekl. nicht gelungen.

Die Pflichtverletzung des Bekl. ist auch schadensursächlich geworden. Zugunsten des Rechtssuchenden gilt eine tatsächliche Vermutung, dass er sich beratungsgemäß verhalten hätte, wenn ihm der Notar pflichtgemäß die erforderliche Belehrung und Empfehlung erteilt hätte

(Rinsche, aaO, Rn. II 219 mwN).

Wäre dem Kl. aber deutlich gesagt worden, dass der von ihm unterzeichnete Vertrag noch nicht wirksam ist und seine Wirksamkeit abhängt von der Unterschrift des Herrn P., dann wäre ihm damit zugleich deutlich geworden, dass eine wirksame Zahlungsverpflichtung nicht entstanden und auch die in dem Vertrag vorgesehene Sicherheit noch nicht wirksam bestellt war. Dann aber hätte er gewusst, dass die von ihm aufgebrauchten Raten gemäß § 3 des Vertrages noch nicht fällig waren. Er hätte diese Raten entsprechend nicht bezahlt. (Wird ausgeführt).

Die schuldhafte Pflichtverletzung des Bekl. hat die insgesamt vier Zahlungen über 200 000 DM zwischen Dezember 1995 und März 1996 verursacht. Darin liegt der Schaden des Kl., der bei pflichtgemäßem Verhalten des Bekl. vermieden worden wäre. Soweit der Kl. erstinstanzlich auch die von ihm gezahlten Notargebühren in Höhe von 1708,79 DM als Schaden geltend gemacht hat, hat er die insoweit klagabweisende Entscheidung des Landgerichts nicht angegriffen.

Ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB muss sich der Kl. nicht entgegenhalten lassen. (Wird ausgeführt).

Der von dem Bekl. erhobene Subsidiaritätseinwand aus § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO ist nicht erfolgreich.

Das Landgericht hat diesen Einwand allerdings in Höhe von 110 000 DM durchgreifen lassen. Es geht dabei von der Überlegung aus, dass der Kl. bei richtigem Verhalten des von ihm eingeschalteten Rechtsanwalts Dr. N. einen Titel gegen die Zeugin S. hypothetisch etwa zwischen Mai bis Juli 1997 hätte erlangen können. Bis zu diesem Zeitpunkt wären weniger Zinsen aufgelaufen gewesen, so dass die Banken aus dem unterstellten Erlös von 480 000 DM aus dem Verkauf des vorderen Erbbaurechts nur 370 000 DM zu beanspruchen gehabt hätten. Auf die verbliebenen

110 000 DM hätte der Kl. seinerzeit nach Meinung des Landgerichts zugreifen können.

Diese Ausführungen des Landgerichts sind – auch unter Berücksichtigung des Inhalts der Grundakten, die der Senat beigezogen hat – nicht zutreffend. Allerdings haftet der Bekl. im Grundsatz nur subsidiär, weil ein Fall der §§ 23 f BNotO nicht vorliegt und ihm nur Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Sofern die Berufung meint, der Bekl. habe grob fahrlässig gehandelt, kann das dahinstehen. Lediglich Vorsatz schließt den Rückgriff auf § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO aus, wie sich schon aus dem Gesetzeswortlaut ergibt

(vgl. auch Haug, aaO, Rn. 181).

Eine anderweitige Ersatzmöglichkeit kommt hier in erster Linie gegen die Verkäuferin S. in Betracht. Nach dem Scheitern des Vertrages drängte sich ein solcher Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB auf. Das Landgericht hat später in dem Vorprozess des Kl. gegen Frau S. zusätzlich auch ausgeführt, der Kl. sei betrogen worden, so dass ihm ein Anspruch auch aus den §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB zustehe. Eine Ersatzmöglichkeit käme auch gegen Rechtsanwalt Dr. N. in Betracht, wenn dieser zu spät Maßnahmen ergriffen hätte, um einen Titel gegen Frau S. zu erlangen. Erfolgreich könnte ein solcher Anspruch aus Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages für den Kl. aber nur sein, wenn bei rechtzeitigem Vorgehen eine Vollstreckung gegen Frau S. noch teilweise hätte erfolgreich sein können.

Eine anderweitige Ersatzmöglichkeit gegen die Zeugin ist nunmehr tatsächlich nicht gegeben, denn es steht fest, dass Frau S. vermögenslos ist und aus dem Urteil des Landgerichts im Vorprozess vom 22. Januar 1998 nicht erfolgreich vollstreckt werden kann. Es ist allerdings ganz überwiegend anerkannt, dass das Verweisungsprivileg auch eingreift, wenn eine früher vorhandene anderweitige Ersatzmöglichkeit versäumt worden ist und der Geschädigte dies zu vertreten hat

(BGH NJW 1999, 2038; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 5. Auflage 2003, § 19 Rn. 173 und Haug, aaO, Rn. 207).

Der Geschädigte muss deshalb darlegen und beweisen, dass auch in der Vergangenheit keine anderweitige Ersatzmöglichkeit bestanden oder dass er jedenfalls ihre Versäumung nicht zu vertreten hat.

Das Verhalten eines eingeschalteten anwaltlichen Beraters muss er sich zurechnen lassen. Der Geschädigte hat eine andere Ersatzmöglichkeit ohne Verzögerung anzugehen und darf nicht abwarten, bis die Höhe des Schadens feststeht

(Haug, Rn. 208 mwN).

An die Beweisführung und die Darlegung des Geschädigten sind aber keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Es kommen nur solche Ersatzmöglichkeiten in Betracht, die demselben Tatsachenkreis entsprungen sind, aus dem sich eine Amtshaftung des Notars ergeben kann. Sind solche offensichtlich gegeben, dann hat der Kl. die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit darzulegen und Beweis anzutreten. Kann er dies schlüssig darlegen, so ist es wiederum Sache des Bekl., darzulegen, dass dennoch eine Ersatzmöglichkeit bestand

(Haug, aaO, Rn. 213 f. mwN).

Das Landgericht hat die Anforderungen an die Darlegung der fehlenden anderweitigen Ersatzmöglichkeit durch den Kläger überzogen. Es geht dabei um einen hypothetischen Verlauf, denn darzulegen ist, dass in der Vergangenheit – einen Titel unterstellt – keine aussichtsreiche Ersatzmöglichkeit bestanden hätte. Dabei ist zu bedenken, dass der Geschädigte ohnehin auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit – sei es in der Vergangenheit oder gegenwärtig – nur verwiesen werden kann, wenn diese realisierbar erscheint und ihre Geltendmachung ihm zumutbar ist oder war. Er braucht sich nicht auf Ersatzansprüche verweisen zu lassen, die nicht in angemessener Zeit durchsetzbar sind. Er braucht auch keine unsicheren oder im Ergebnis zweifelhaften und möglicherweise ihn selbst schädigenden Wege des Vorgehens gegen Dritte einzuschlagen

(BGHZ 120, 124, 126 und Arndt u. a. aaO, § 19 Rn. 163 f.)

Gelder, um deren Erlangung eine Partei erst längere und schwierigere Prozesse führen muss, sind keine Ersatzmöglichkeit, auf die sich ein durch Amtspflichtverletzung Geschädigter verweisen lassen muss. Das gilt erst recht, wenn der wirtschaftliche Nutzen derartiger Prozesse zweifelhaft ist

(BGH WM 1996, 2071, 2073; vergleiche auch Haug, Rn. 184, 213).

(Wird ausgeführt).

Freiwillige Gerichtsbarkeit

BGB §§ 181, 1795, 1896, 1899, 1908 i

- 1. Die Bestellung eines „Ergänzungsbetreuers“ im Sinne des § 1899 IV BGB kommt nur in Betracht, sofern der bereits bestellte Betreuer im Bereich des ihm übertragenen Aufgabenkreises teilweise an der Besorgung der Angelegenheiten verhindert ist. Wird ein Betreuer für einen weiteren Wirkungskreis bestellt, so handelt es sich um einen weiteren Betreuer im Sinne des § 1899 Abs. 1 BGB.**
- 2. Ungeachtet der Möglichkeit der Bestellung eines Kontrollbetreuers im Sinne des § 1896 III BGB ist im Falle ersichtlicher Eigeninteressen eines Bevollmächtigten die Bestellung eines Betreuers jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn dem Bevollmächtigten sogar das Selbstkontrahieren gestattet worden ist.**

SchlHOLG, 2. ZS, Beschluss vom 13. November 2003, – 2 W 4/03 –, RA Die.

In notarieller Urkunde erteilte die Betroffene dem Beteiligten zu 1. über den Tod hinaus die unbeschränkte Generalvollmacht, sie in sämtlichen gesetzlich zulässigen Fällen gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten, und befreite den Beteiligten zu 1.) zugleich von den Beschränkungen des § 181 BGB. Das Amtsgericht bestellte den Beteiligten zu 1. zum Betreuer der Betroffenen mit dem Aufgabenkreis Aufenthaltsbestimmung einschließlich Unterbringungsmaßnahmen sowie Gesundheitsfürsorge einschließlich der Veranlassung notwendiger Untersuchungen, Heilbehandlungen und ärztlicher Eingriffe. Die Betroffene ist Alleineigentümerin umfangreichen Grundvermögens, hinsichtlich der Beteiligten zu 1) und als seine Geschwister die Beteiligten zu 2) und 3) als Nacherben nach den Eltern der Betroffenen eingesetzt sind. Im Rahmen von Bemühungen, das Grundvermögen zu veräußern, hat die Beteiligte zu 2) beantragt, den Beteiligten zu 1. als Betreuer zu entlassen, hilfsweise einen Ergänzungsbetreuer zu bestellen, da mit Rücksicht auf seine Stellung als Nachebe und Vorkaufsberechtigter eine Interessenkollision bestehe. Unter Aufhebung des diesen Antrag ablehnenden Beschlusses des Amtsgerichts hat das Landgericht einen Ergänzungsbetreuer bestellt.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1) führte zur Wiederherstellung des ablehnenden Beschlusses des Amtsgerichts.

Aus den Gründen

Die nach §§ 69 g, 27, 29 FGg zulässige weitere Beschwerde ist begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 27 FGg, 546 ZPO).

Das Landgericht hat ausgeführt, hinsichtlich des beabsichtigten Verkaufs bestehe eine klassische Interessenkollision im Sinne der §§ 1899 Abs. 4, 1908 i Abs. 1 Satz 1, 1795, 181 BGB. Die Not-

wendigkeit der Ergänzungsbetreuung ergebe sich insbesondere wegen der hier erforderlichen Erbaueinandersetzung zwischen den Beteiligten. Der Betroffene sei gemäß § 181 BGB daran gehindert, die erforderlichen Erklärungen wegen der bestehenden Vor- und Nacherbschaft einerseits als Vertreter der Betroffenen und andererseits zugleich im eigenen Namen vorzunehmen. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht Stand.

Das Landgericht hat der Sache nach keine *Ergänzungsbetreuung* im Sinne des § 1899 Abs. 4 BGB angeordnet, sondern die Bestellung eines weiteren Betreuers im Sinne des § 1899 Abs. 1 BGB. Eine Ergänzungsbetreuung wäre gegeben, wenn ein Betreuer *im Bereich* des ihm übertragenen Wirkungskreises teilweise an der Besorgung der Angelegenheiten verhindert ist

(OLG Zweibrücken NJWE-FER 1999, 272; Palandt/Diederichsen, BGB, 62. Aufl., § 1899 Rn. 2).

So liegt es hier nicht, weil der Beteiligte zu 1. nicht für die Vermögenssorge zum Betreuer bestellt ist, sondern lediglich für die Aufenthaltsbestimmung und Gesundheitsvorsorge der Betroffenen. Die Bestellung eines weiteren Betreuers für die Veräußerung des Grundbesitzes der Betroffenen bedeutet die Erweiterung des Aufgabenkreises der Betreuung, die grundsätzlich die Einholung eines neuen Gutachtens und die erneute Anhörung der Betroffenen voraussetzt (§§ 69 i Abs. 5 und 1; 68 Abs. 1, 68 b FGg). Ob hier davon abgesehen werden konnte, weil nur eine *unwesentliche* Erweiterung des Aufgabenkreises anzunehmen ist (§ 69 i Abs. 1 Satz 2 BGB), kann offen bleiben, weil das Landgericht verkannt hat, dass die Bestellung eines weiteren Betreuers nicht erforderlich ist (§ 1896 Abs. 2 BGB). Da der Sachverhalt hinreichend geklärt ist, kann der Senat darüber selbst entscheiden.

Nach § 1896 Abs. 2 BGB darf ein Betreuer nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Die Betreuung ist insbesondere nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Hier hat die Betroffene dem Beteiligten zu 1. in notarieller Form wirksam eine Generalvollmacht erteilt, sie in sämtlichen gesetzlich zulässigen Fällen gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Es liegen kei-

ne Anhaltspunkte dafür vor, dass insbesondere hiervon Grundstücksgeschäfte ausgenommen sein sollen oder die Vollmacht dann nicht gelten soll, wenn für die Betroffenen die Voraussetzungen des § 1896 BGB vorliegen. Solche Umstände hat das Landgericht auch nicht aufgeführt. Soweit es meint, der Beteiligte zu 1. sei gemäß § 181 BGB daran gehindert, die zu einer Veräußerung des Grundbesitzes erforderlichen Erklärungen wegen der Vor- und Nachbarschaft einerseits als Vertreter der Betroffenen und andererseits zugleich im eigenen Namen vorzunehmen, hat es übersehen oder sich jedenfalls nicht damit auseinandergesetzt, dass die Betroffene ihm – gesetzlich zulässig – ausdrücklich das Selbstkontrahieren gestattet hat. Bereits die Betroffene hat den möglichen Interessenkonflikt dahin entschieden, dass der Beteiligte zu 1. gleichwohl als ihr Vertreter handelt, weil er offenbar bereits damals ihr volles Vertrauen genossen hat. Diese Entscheidung der Betroffenen kann nicht ohne weiteres dadurch unterlaufen werden, dass dem von ihr Bevollmächtigten durch die gerichtliche Bestellung eines Betreuers im Ergebnis die Vollmacht entzogen wird. Zwar ist zu erwägen, ob ein Kontrollbetreuer im Sinne des § 1896 Abs. 3 BGB zu bestellen ist. Dies setzt jedoch voraus, dass auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles ein konkretes Bedürfnis für eine Überwachung feststellbar ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Umfang oder die Schwierigkeit der zu besorgenden Geschäfte oder ein vorangegangenes Verhalten des Bevollmächtigten eine Überwachung angezeigt erscheinen lassen (Senatsbeschluss vom 27.11.2002 SchIHA 2003, 171).

Diese Voraussetzungen sind hier bisher nicht gegeben. Das in Betracht kommende Grundstücksgeschäft stellt eine allenfalls durchschnittliche Angelegenheit dar. Die vom Beteiligten zu 1. insbesondere in seinem Schreiben vom 1.5.2002 an den Bevollmächtigten der Beteiligten zu 2. skizzierten Schritte im Zusammenhang mit einer eventuellen Veräußerung des Grundbesitzes sind sinnvoll und lassen keinerlei Parteilichkeit oder sonstige unsachliche Erwägungen erkennen.

BGB §§ 684 Satz 1, 812; WEG § 21 II

- § 21 Abs. 2 WEG schließt Ansprüche eines Wohnungseigentümers gegen die übrigen Wohnungseigentümer aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht aus.**
- Bei unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag kann der Wohnungseigentümer als Geschäftsführer nach §§ 684 Satz 1, 812 ff. BGB von den übrigen Wohnungseigentümern als Geschäftsherren Ersatz von werterhaltenden Aufwendungen für eine ordnungsmäßige Instandhaltung oder -setzung verlangen, die später unausweichlich zu Lasten der Wohnungseigentümergeinschaft angefallen wären.**

SchlHOLG, 2. ZS, Beschluss vom 14. August 2003, – 2 W 16/03 –, Sch.

Der Beteiligte zu 1. erwarb 1998 ein zwangsversteigertes Wohnungseigentum im Erdgeschoss des 8 Wohnungseigentumsrechte umfassenden und Anfang des 20. Jahrhunderts errichteten Wohngebäudes. Vor dem Erwerb hatte die Eigentümergeinschaft bis auf die Fenster dieser Wohnung und ein Fenster einer anderen ebenfalls im Erdgeschoss gelegenen Wohnung alle Holzfenster durch Kunststofffenster ersetzen lassen. Anfang 1999 ließ der Beteiligte zu 1. in seiner Wohnung ebenfalls neue Kunststofffenster zu einem Preis von 5046,06 DM einbauen und stellte dies der Eigentümergeinschaft in Rechnung. Diese lehnte durch Mehrheitsbeschluss vom 24.4.1999 eine Erstattung der Kosten ab. Der Beteiligte zu 1. hat beantragt festzustellen, dass die Beteiligten zu 2., die Wohnungseigentümer in ihrer Gesamtheit, die Einbaukosten gemäß ihren Miteigentumsanteilen zu tragen haben. Dem ist das Amtsgericht nachgekommen. Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Auch die sofortige weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 27 FGG, 546 ZPO).

Das Landgericht hat ausgeführt: Ein Eigentümer, der gegen den Willen der übrigen Miteigentümer eine Instandsetzungsmaßnahme außerhalb einer Notgeschäftsführung vornehme, könne gleichwohl nach §§ 684 Satz 1, 812 ff. BGB Erstattung seiner Kosten beanspruchen, wenn die werterhaltenden Aufwendungen für die Eigentümergeinschaft später unausweichlich angefallen wären und diese wegen der Ersparnis der Kosten bereichert sei. Die Beweisaufnahme – insbesondere die Vernehmung des Zeugen H.

in Verbindung mit dessen schriftlichen Unterlagen, der Vermerk auf der Rechnung vom 19.2.1999 und Äußerungen des Zeugen L. gegenüber dem Berichterstatter am Telefon – habe ergeben, dass die Eigentümergeinschaft für den Austausch der Fenster hätte sorgen müssen, weil diese undicht und die defekten Beschläge nicht mehr austauschbar gewesen seien. Dafür spreche auch, dass mit Ausnahme zweier Fenster zuvor alle übrigen Fenster des Gebäudes ausgetauscht worden seien.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Angriffe in der Rechtsbeschwerde führen nicht zu einem abweichenden Ergebnis.

In der Rechtsprechung ist zutreffend anerkannt, dass die Regelung des § 21 Abs 2 WEG Ansprüche eines Wohnungseigentümers gegen die übrigen Wohnungseigentümer aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht ausschließt

(BayObLG ZMR 2000, 187, 188; OLG Düsseldorf WE 2000, 129, 130; im Grundsatz wohl auch OLG Köln DWE 1995, 166, 167; Staudinger/Bub, WEG, 12. Aufl., § 21 Rn. 56 a mwN).

Es ist kein Grund ersichtlich, die anderen Wohnungseigentümer im Verhältnis zu Dritten insoweit zu bevorzugen. Bei unberechtigter Geschäftsführung – wie vorliegend – kann der Geschäftsführer nach §§ 684 Satz 1, 812 ff. BGB vom Geschäftsherren Ersatz von werterhaltenden Aufwendungen für eine ordnungsmäßige Instandhaltung oder –setzung verlangen, die später unausweichlich angefallen wären

(BayObLG und Staudinger/Bub aaO).

Das Landgericht hat auf Grund der Beweisaufnahme festgestellt, dass die Eigentümergeinschaft verpflichtet gewesen wäre, die Fenster auszutauschen, weil diese undicht, wegen defekter Beschläge nicht mehr gang- und schließbar und neue Beschläge nicht zu beschaffen gewesen seien. An diese Feststellungen ist das Rechtsbeschwerdegericht gebunden, weil das Landgericht den Sachverhalt ausreichend ermittelt, sich bei der Beweiswürdigung mit allen wesentlichen Umständen auseinandergesetzt und hierbei nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FGG, 14. Aufl., § 27 Rn. 42).

Der Vermerk in der Rechnung der Firma Fenster H., die alten Fenster seien nicht mehr gang- und schließbar zu machen, ihr Austausch sei erforderlich, deckt sich mit dem Hinweis des Sachverständigen N. im Zwangsversteigerungsgutachten bereits per 16.7.1997, wegen Undichtigkeit und aus Altersgründen sei eine Erneuerung der Fenster empfehlenswert. Dass neue Beschläge für derart alte Fenster nicht mehr beschaffbar waren – unwidersprochen hat der Beteiligte zu 1. auf deren Einbau bei Errichtung des Hauses hingewiesen – liegt nahe. Für die Erneuerungsbedürftigkeit spricht ferner der Umstand, dass die Gemeinschaft alle Fenster des Gebäudes mit Ausnahme der Fenster in der Wohnung des Beteiligten zu 1. und eines weiteren Fensters in einer Erdgeschosswohnung bereits zuvor hatte ersetzen lassen. Die (erstmalig in der Rechtsbeschwerde und deshalb an sich grundsätzlich unbeachtliche) Behauptung der Beteiligten zu 2., die Fenster von Erdgeschosswohnungen hätten eine beträchtlich längere Lebensdauer als die Fenster der Wohnungen in höheren Stockwerken, vermag jedenfalls im Verhältnis zum 1. oder 2. Stockwerk nicht zu überzeugen, ferner waren bereits Fenster auch im Erdgeschoss schon lange zuvor ausgetauscht worden. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Recht der Eigentümergeinschaft, im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung (§ 21 Abs. 4 WEG) nach ihr zustehendem Ermessens zu bestimmen, ob und in welcher Reihenfolge Instandsetzungsmaßnahmen durchgeführt werden, dem Anspruch aus unberechtigter Geschäftsführung entgegensteht, kann hier offenbleiben. Durch die Ersetzung der Fenster in der Vergangenheit hatte die Eigentümergeinschaft ihr Ermessen bereits eingeschränkt. Zudem waren die Aufwendungen von 5046,06 DM (2273,32 Euro) im Verhältnis zu den Aufwendungen, welche die Beteiligten zu 2. für weitere anstehende Instandsetzungsprojekte angeführt haben, verhältnismäßig gering und deshalb erschwinglich. Das gilt insbesondere, wenn berücksichtigt wird, dass sie in der Versammlung vom 24.4.1999 ohnehin angeboten haben, dem Beteiligten zu 1. die Hälfte dieser Aufwendungen zu erstatten.

Arbeitsrecht

GG Art. 5; KSchG § 1; BAT § 8

Bezeichnet ein Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes in einer außerdienstlich verfassten und – u.a. im Internet – ver-

breiteten Pressemitteilung die Anschläge des 11.9.2001 u.a. als „längst überfällige Befreiungsaktion“, so billigt er damit die Terroranschläge. Ein derartiges Verhalten ist als ein Angriff auf die Menschenwürde der Opfer und ihrer Hin-

terbliebenen zu bewerten und nicht mehr vom Grundrecht der freien Meinungsäußerung gedeckt. Der Arbeitgeber ist daher berechtigt, das Arbeitsverhältnis ohne vorherige Abmahnung wegen des hierdurch entstandenen Vertrauensverlustes zu kündigen.

SchlHLAG, 2. Kammer, Urteil vom 6. August 2002, – 2 Sa 150/02 –, Will.

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung vom 11. 10. 2001.

Der Kl. ist 47 Jahre alt, ist bei der Bekl. seit dem 1. 9. 1989 als Sachbearbeiter im Bereich Umweltschutz beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet der BAT Anwendung.

Der Kl. ist Mitglied des „Bündnis Rechts“. Am 12. 9. 2001, am Tag nach dem Anschlag auf das World Trade Center in New York, gab er für dieses eine Pressemitteilung heraus, die – auszugsweise – wie folgt lautet:

„Wie lange kann man weltweit gegen Völker Terror ausüben, Terror schüren, Bürgerkriege inszenieren, Völker mit Sanktionen überziehen usw., wie Amerika es schon seit Jahrzehnten mit seiner „One World-Idiotie“ betreibt, um diese dermaßen in die Knie für die Interessen einer zionistischen Oligarchie zu zwingen, dass es zu einer längst überfälligen Befreiungsaktion gegen die USA kommen musste und sich Menschen in ihrem Befreiungskampf selbst bedingungslos opfern?“

Jetzt, wo Amerika feststellen musste, dass man als Weltmacht und großer Kriegstreiber doch nicht unangreifbar ist, ist das Gejammer und Gejaule groß und verurteilt in gewohnter Weise vor der Untersuchung, anstatt auch mal Fehler einzugestehen, denn der Gewaltakt galt mit Sicherheit nicht in erster Linie den Zivilisten, sondern der politischen Führung, die bei genauer Prüfung auch die Verantwortung dafür zu übernehmen hat. Feinde hat man nicht rein zufällig, sondern die schafft man sich und Amerika hat dahingehend schon viel geschafft.

... Jubel ist angesichts der Geschehnisse ebenso fehl am Platze wie das Herausbeschwören der Solidarität mit dem Staat USA als „Hüterin der westlichen Wertegemeinschaft“. Vielmehr sollten die Anschläge Amerika eine Warnung sein, sich vielleicht nicht mehr in allen Erdteilen als Weltpolizist aufzuspielen und endlich dafür zu sorgen, dass gewissen Machtkonstellationen innerhalb Amerikas weniger Verfügungsgewalt zugestanden wird!

Das Bündnis RECHTS verurteilt grundsätzlich alle Terroranschläge, egal von wem, aufs Schärfste und spricht allen unschuldigen, zivilen Opfern von Anschlägen sein aufrichtiges Beileid aus. Terrorakte, gegen wen auch immer sie gerichtet sein mögen, sind grundsätzlich nicht zu akzeptieren und zu tolerieren.

... Eine differenzierte Sicht ist also angebracht. Emotionen sind verständlich, aber dürfen bei einer sachlichen Betrachtung der Lage keine Rolle spielen.“

Die Bekl. unterrichtete den Personalrat am 24. 9. 2001 von der beabsichtigten Kündigung. Der Personalrat teilte am 27. 9. 2001 mit, er bedaure, dass die Bekl. bereits die Presse informiert habe und erklärte zur Sache, er sei entsetzt über die Äußerung und nehme die Kündigung zur Kenntnis. Am 1. 10. 2001 sprach die Bekl. eine außerordentliche, hilfsweise fristgerechte Kündigung aus. Am 4. 10. 2001 stellte der Personalrat klar, er habe zustimmen wollen. Die Bekl. kündigte am 11. 10. 2001 erneut außerordentlich, hilfsweise fristgerecht. Hiergegen richtet sich die Klage, mit der der Kl. das Vorliegen von Gründen bestreitet und außerdem rügt, der Personalrat sei nicht ordnungsgemäß angehört worden.

Das Arbeitsgericht hat den Feststellungsanträgen stattgegeben, die Klage jedoch hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsbegehrens abgewiesen. Die Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung hat Erfolg. Die von der Bekl. ausgesprochene hilfsweise ordentliche Kündigung vom 11. 10. 2001 hat das Arbeitsverhältnis zum Ablauf des 31. 3. 2002 beendet. Insofern ist daher die Klage abzuweisen.

Unter Berücksichtigung der Berufungsbegründung der Bekl. und des Berufungsantrags ist lediglich zu prüfen, ob die ordentliche Kündigung im Hinblick auf die Pressemitteilung vom 12. 9. 2001 gerechtfertigt ist. Dies ist der Fall. Die Kündigung ist nicht sozialwidrig, § 1 KSchG.

1. Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, kann außerbetriebliches Verhalten eine Kündigung nur rechtfertigen, wenn das Arbeitsverhältnis konkret berührt wird, sei es im Leistungsbezug im Bereich der betrieblichen bzw. dienststellenbezogene Verbundenheit aller Mitarbeiter, im personalen Vertrauensbereich oder im Unternehmensbereich bzw. im behördlichen Aufgabenbereich

(BAG Urteil vom 6. 6. 1984 – 7 AZR 456/82 – EZA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 12 = AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 verhaltensbedingte Kündigung).

Eine verhaltensbedingte Kündigung setzt demnach voraus, dass durch das außerdienstliche Verhalten eine Vertragsverletzung erfolgt. Eine solche Vertragsverletzung kann auch durch die außerdienstliche politische Betätigung für eine verfassungsfeindliche Partei oder Organisation eintreten.

In § 8 Abs. 1 S. 2 BAT ist festgelegt, dass der Angestellte sich durch sein gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung i.S. des Grundgesetzes bekennen muss. Ferner fordert § 8 Abs. 1 S. 1 BAT, dass der Angestellte sich so zu verhalten hat, wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird. Hiermit werden dem Angestellten des öffentlichen Dienstes besondere Verhaltenspflichten auferlegt. Aus diesen Vorschriften ergeben sich Verhaltensanforderungen, die auch in den Privatbereich des Arbeitnehmers hineinreichen. Daher hat der

Angestellte des öffentlichen Dienstes bei Meinungsäußerungen im privaten Bereich die durch § 8 Abs. 1 gesteckten Grenzen zu beachten.

Die Verhaltensregelungen in § 8 Abs. 1 BAT sind, soweit Äußerungen des Mitarbeiters betroffen sind, im Licht des Rechts auf freie Meinungsäußerung, Art. 5 GG, zu sehen, wonach jeder das Recht hat, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Der Grundrechtsschutz besteht unabhängig davon, ob eine Äußerung rational oder emotional, begründet oder grundlos ist und ob sie von anderen für nützlich oder schädlich, wertvoll oder wertlos gehalten wird. Er erstreckt sich nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Form einer Äußerung. Eine allein polemische oder verletzende Formulierung entzieht eine Äußerung noch nicht dem Schutz der Meinungsfreiheit

(BVerfG Beschluss vom 16. 10. 1998 – 1 BvR 1685/92 – EZA § 611 BGB Abmahnung Nr. 40).

Das Recht auf freie Meinungsäußerung findet seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre, Art. 5 Abs. 2 GG. Unter dem Begriff des „allgemeinen“ Gesetzes sind alle Gesetze zu verstehen, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern die dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsgutes dienen, dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat. Allerdings müssen derartige grundrechtsbeschränkende allgemeine Gesetze ihrerseits in der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit in der freiheitlichen Demokratie ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung wieder eingeschränkt werden. Die Grundrechtseinschränkung muss im Hinblick auf das zu schützende Rechtsgut geeignet und erforderlich sein und der angestrebte Erfolg muss in einem angemessenen Verhältnis zu der Einbuße stehen, die die Grundrechtsbeschränkung für den Grundrechtsträger bedeutet

(BAG Urteil vom 21. 10. 1982 – 2 AZR 591/80 – EZA § 1 KSchG Tendenzbetrieb Nr. 12).

Wird durch eine Äußerung die Menschenwürde eines anderen angetastet, die als Wurzel aller Grundrechte mit keinem Grundrecht abwängungsfähig ist, muss die Meinungsfreiheit stets zurücktreten

(BAG Urteil vom 14. 2. 1996 – 2 AZR 274/95 – EZA § 626 BGB n.F. Nr. 160 unter Hinweis auf BVerfG vom 25. 8. 1994 – 1 BvR 1423/92 – NJW 1994, 2943 und vom 10. 10. 1995 – 1 BvR 1476/91 – NJW 1995, 3303).

Die Vorschrift des § 8 Abs. 1 BAT ist eine das Grundrecht der freien Meinungsäußerung beschränkende allgemeine Norm i. S. des Artikel 5 Abs. 2 GG

(BVerfG Beschluss vom 16. 10. 1998 – 1 BvR 1685/92 – EZA § 611 BGB Abmahnung Nr. 40; Uttlinger/Breier/Kiefer/Hoffmann/Dassau, § 8 BAT, 2.3.3.).

Sie entspricht den beamtenrechtlichen Vorschriften, z.B. § 52 Abs. 2 BBG, § 35 Abs. 2 BRRG.

Dabei gilt, dass ein Angehöriger des öffentlichen Dienstes sich zu allgemeinpolitischen Fragen in der Öffentlichkeit nur so zurückhaltend äußern darf, dass das öffentliche Vertrauen in seine unparteiische, gerechte und gemeinwohlorientierte Amtsführung keinen Schaden nimmt. Seine politischen Meinungsäußerungen dürfen nicht Formen annehmen, die den Eindruck entstehen lassen könnten, er werde bei seiner Amtsführung nicht loyal gegenüber seinem Dienstherrn und nicht neutral gegenüber jedermann sein

(BVerfG Beschluss der 3. Kammer des 2. Sen. vom 6. 6. 1988 – 2 BvR 111/88 – EZA Art. 5 GG Nr. 20).

Ist z.B. ein Angestellter des öffentlichen Dienstes für die Verbreitung ausländerfeindlicher Flugblätter verantwortlich, ist dies an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen

(BAG Urteil vom 14. 2. 1996 – 2 AZR 274/95 – EZA § 626 BGB n.F. Nr. 160).

Denn ein derartiges Verhalten ist nicht mehr vom Grundrecht der freien Meinungsäußerung gedeckt.

2. Durch die Presseerklärung vom 12. 9. 2001 hat der Kl., auch bei Betrachtung des gesamten Textes, die vorgezeichneten Grenzen überschritten.

Kernaussage des 1. Absatzes ist, die USA übten Terror und verfolgten eine „zionistische Oligarchie“. Das ergibt sich aus der Formulierung „um diese dermaßen in die Knie für die Interessen einer zionistischen Oligarchie zu zwingen“. Dabei ist die Aussage „zionistische Oligarchie“ zu beanstanden. Dem Kl. ist zuzugestehen, dass der Begriff des „Zionismus“ nicht per se negativ besetzt ist. Zionismus war ursprünglich der „Begriff für eine jüdische Bewegung zur Herstellung eines selbständigen jüdischen Staates Israel“

und bedeutet heute eine „politische Bewegung in Israel, die die Heimatrechte der benachbarten arabischen Völker nicht akzeptiert“ (Wahrig, Deutsches Wörterbuch, Neuausgabe 2000, Stichwort „Zionismus“). „Oligarchie“ ist die „Herrschaft der Wenigen“. Es wird im Allgemeinen im negativen Sinn gebraucht, um eine Unterdrückung durch Wenige zu kennzeichnen. Das sollte auch hier der Fall sein, wie die Formulierung „zionistische Oligarchie“ zeigt. In der Kombination „zionistische Oligarchie“ erlangen beide Einzelbegriffe eine negative Bedeutung, die nur als antisemitisch rassistisch verstanden werden kann. Dies gilt um so mehr, als diese Formulierung im Zusammenhang mit den USA und nicht etwa mit dem Staat Israel gebraucht wird. Der Gebrauch ist so zu verstehen, dass eine Beherrschung der Welt durch das „Weltjudentum“ in den USA behauptet wird.

Weiter werden die Anschläge durch die Formulierung, der Terrorakt stelle eine „längst überfällige Befreiungsaktion gegen die USA“ dar, gut geheißenen. Die Billigung ergibt sich zum einen daraus, dass die Anschläge als „Befreiungsaktion“ bezeichnet werden, zum anderen daraus, dass sie als „längst überfällig“ bewertet werden.

Entgegen der Auffassung des Kl. kann der 1. Absatz nicht als Frage verstanden werden, auch wenn er mit einem Fragezeichen endet. Hier handelt es sich lediglich um eine rhetorische Frage, nämlich eine solche, auf die eine Antwort nicht erwartet wird. Vielmehr enthält dieser Absatz ganz deutlich – im Stil einer Frage – eine Anklage gegen die USA in dem vorstehend geschilderten Sinn.

Der 2. Absatz behauptet weiter, die Gewaltakte hätten „nicht in erster Linie den Zivilisten“ gegolten, während unberücksichtigt bleibt, dass Opfer der Terroranschläge fast überwiegend Zivilisten, aber auch Soldaten, namentlich im Pentagon, waren. Hier werden die Anschläge heruntergespielt.

Auch aus dem 6. Absatz ergibt sich eine Billigung der Terroranschläge, nämlich dergestalt, dass ausgesagt wird, die Anschläge sollten „Amerika eine Warnung sein, sich ... nicht ... als Weltpolizist aufzuspielen“. Das muss so verstanden werden, dass die USA sich die Anschläge „eine Lehre sein lassen sollen“ im Sinne von „geschieht dir recht“.

Der hierdurch hervorgerufene Eindruck kann auch durch eine Betrachtung der letzten drei Absätze nicht mehr relativiert oder gar aufgehoben werden. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Leser einer Pressemitteilung diese tatsächlich bis zum Ende liest, was der Berufungskammer zweifelhaft erscheint, kann nicht festgestellt werden, dass der Kl. tatsächlich Terrorakte und damit auch die des 11.9.2001 schlechthin verurteilt hat. Denn er beschränkt sein Beileid auf die „unschuldigen, zivilen Opfer“ von Anschlägen und lässt die nicht unbedeutende Zahl von Opfern z.B. im Pentagon, die militärische Opfer sein dürften, unberücksichtigt, obwohl diese mit Sicherheit im Zusammenhang mit den Terroranschlägen

als „unschuldig“ anzusehen sind. Die letzten Absätze können daher nicht ernsthaft als Relativierung oder Widerruf der vorhergehenden Ausführungen verstanden werden.

Insgesamt ist bei Betrachtung der Pressemitteilung festzustellen, dass der Kl., auch wenn er die Geschehnisse vom 11.9.2001 als Terroranschläge bezeichnet und ferner ausgesprochen hat, dass Terroranschläge nicht zu tolerieren sind, die Anschläge gebilligt hat. Dass der Kl. seine antiamerikanische Haltung zum Ausdruck bringen wollte, ist ihm nicht anzulasten. Darin liegt kein illoyales Verhalten gegenüber einem politisch andersdenkenden Arbeitgeber. Jedoch ergibt sich deutlich, dass der Kl. die Anschläge des 11.9.2001 gebilligt hat, indem er zum Ausdruck bringt, die Terroranschläge stellten eine „längst überfällige Befreiungsaktion“ dar sowie, die USA sollten sich dies als Warnung dienen lassen. Dieser Hinweis auf die „Warnung“ kann nur als zynisch und menschenverachtend verstanden werden.

Durch die Billigung der Anschläge, die zu einer Vielzahl von Todesopfern geführt haben, hat der Kl. eine Missachtung der durch Art. 1 GG geschützten Menschenwürde dieser Opfer kundgetan. Damit hat er gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung verstoßen. Denn, wie auch das Arbeitsgericht ausgeführt hat, auch die Toten und deren Angehörige sind Träger dieser Menschenwürde.

Eine Abwägung der wechselseitigen Interessen ergab, dass hier die Interessen der Bekl. an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eindeutig überwogen. Dabei waren einerseits das Interesse des Kl. am Erhalt des Arbeitsplatzes zu berücksichtigen, andererseits das Interesse der Bekl. an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Kl. wird angesichts seines Alters von 47 Jahren Schwierigkeiten haben, eine andere geeignete Stelle zu finden. Aufgrund der aus einer früheren selbständigen Tätigkeit herrührenden Schulden wird es ihm auch nur schwer möglich sein, sich selbstständig als Umwelttechniker zu betätigen. Hinzu kommt eine Betriebszugehörigkeit von 12 Jahren. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass durch das Verhalten des Kl. der Vertrauensbereich des Arbeitsverhältnisses der Parteien berührt ist. Die Bekl. kann nicht davon ausgehen, dass der Kl. künftig die Vorgaben des § 8 Abs. 1 BAT beachten wird. Der Bekl. kann es nicht zugemutet werden, ein derart belastetes Arbeitsverhältnis weiter fortzusetzen. Eine vorherige Abmahnung war angesichts des Verstoßes nicht erforderlich.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO, wobei die in den beiden Instanzen unterschiedlichen Streitgegenstände zu berücksichtigen waren.

Eine Zulassung der Revision war nicht geboten, da eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung der Streitsache nicht ersichtlich ist.

Anm.: Eine gegen diese Entscheidung eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

Öffentliches Recht

GG Art. 103; Landesverfassung Schleswig-Holstein, Art. 43 II 1; LRiG §§ 10, 22; LVwG § 115; VwGO §§ 123, 146 IV

1. Die in den Richtlinien über die dienstliche Beurteilung der Richter und Staatsanwälte vom 2. September 1976 (SchlHA 1976 S. 153) enthaltene Regelung, eine dienstliche Beurteilung erst nach einer der oder von dem Beurteilten verlangten Erörterung weiterzuleiten, gilt nur dann, wenn ein Erörterungsverlangen innerhalb der in diesen Richtlinien vorgesehenen 3-Tages-Frist erfolgt ist.
2. Eine unter Verstoß hiergegen erfolgte Weiterleitung einer dienstlichen Beurteilung stellt nur dann einen beachtlichen Verfahrensfehler dar, wenn sich dieser auf die Auswahlentscheidungen des Richterwahlausschusses und des zuständigen Ministeriums ausgewirkt haben kann.
3. Ohne plausible Darlegung kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein bloßer „Erörterungswunsch“ einen dem Richterwahlausschuss und dem zuständigen Ministerium zur Kenntnis zu bringenden auswahlrelevanten Umstand darstellt. Entsprechendes gilt für Gegenvorstellungen, sofern nicht nachvollziehbar dargelegt worden ist, dass mit diesen evidenten Rechtsfehler geltend gemacht werden.
4. Ob und welche Bedeutung einer Gehörgröße im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nach § 146 IV VwGO zukommen kann, erscheint fraglich. Voraussetzung ist jedenfalls

die konkrete Darlegung dessen, was bei ausreichender Gewährung rechtlichen Gehörs vorgetragen worden wäre.

SchlHOVG, 3. Senat, Beschluss vom 12. Januar 2004, – 3 MB 28/03 –, RA Dr. Ew.

Mit Beschluss vom 22. Oktober 2003 (11 B 37/03), auf dessen Inhalt wegen der Gründe verwiesen wird, hat das Verwaltungsgericht den Antrag der Ast.in abgelehnt, dem Ag. im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, dem Beigeladenen die im Amtsblatt für Schleswig-Holstein 2002, Seite 47, ausgeschriebene Stelle einer Direktorin oder eines Direktors des Arbeitsgerichts – Besoldungsgruppe R 2 BBesO – beim Arbeitsgericht X zu übertragen.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Ast.in bleibt erfolglos.

Aus den Gründen

Es kann auf sich beruhen, ob dem Ag. bei seiner Auswahlentscheidung die von der Ast.in gegen ihre dienstliche Beurteilung vom 30. April 2003 erhobenen Gegenvorstellungen bekannt waren und ihm der Vermerk über die Durchführung der Erörterung vom 24. Juli 2003 in wesentlichen Teilen vorlag. Auch kommt es nicht darauf an, ob das Verwaltungsgericht diesen Gesichtspunkt zu Recht als „entscheidend“ angesehen hat. Denn selbst wenn die diesbezüglichen Rügen der Ast.in durchgriffen, hätte das Verwaltungsgericht das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs im Ergebnis zu Recht verneint. Jedenfalls hat die Ast.in im Beschwerdeverfahren keine Gründe dargelegt, aus denen sich ein derartiger Anspruch herleiten ließe (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO).

Der Richterwahlausschuss und der Ag. sind aufgrund eines inhaltlichen Vergleichs der dienstlichen Beurteilungen der Ast.in und

des Beigeladenen vom 30. April 2003 zu der Einschätzung gelangt, der Beigeladene sei als der für das angestrebte Amt besser geeignete Bewerber anzusehen. Die Ast.in macht mit ihrer Beschwerde nicht geltend, diese Einschätzung sei mit Blick auf den Inhalt der genannten dienstlichen Beurteilungen rechtsfehlerhaft.

Die Ast.in rügt zunächst, dass ihre dienstliche Beurteilung vom 30. April 2003 weitergegeben und zur Grundlage der Entscheidung des Richterwahlausschusses gemacht worden sei, obwohl eine vorhergehende Erörterung der Beurteilung entsprechend ihrem Verlangen nicht stattgefunden habe. Diese Rüge greift nicht durch. Nach Abschnitt VII Absatz 1 der hier (noch) maßgeblichen Richtlinien über die dienstliche Beurteilung der Richter und Staatsanwälte vom 2. September 1976

(Amtsbl. S. 153 = SchIHA S. 153 ff.)

darf eine dienstliche Beurteilung zwar erst nach einer von der beurteilten RichterIn oder dem beurteilten Richter verlangten Erörterung weitergeleitet werden (Satz 5). Der Beurteiler ist zu einer Erörterung allerdings nur verpflichtet, sofern das Erörterungsverlangen binnen drei Tagen nach Kenntnisnahme der Beurteilung erfolgt (Satz 2). Die Ast.in hat eine Erörterung ihrer Beurteilung nicht innerhalb dieser Frist verlangt. Sie hat ihre Beurteilung am 30. April 2003 zur Kenntnis genommen. Ihr schriftliches Erörterungsbegehren vom 5. Mai 2003 ist nach dem unwidersprochenen Vorbringen des Ag. jedoch erst am 6. Mai 2003 und somit nach Fristablauf bei dem insoweit zuständigen Präsidenten des Landesarbeitsgerichts eingegangen. Darüberhinaus wäre der Rüge der Ast.in auch dann der Erfolg zu versagen, wenn die verspätete Erörterung ihrer Beurteilung nicht von dem Ag., sondern maßgeblich von ihr selbst zu vertreten wäre. Hierfür sprechen nach dem gegenwärtigen Aktenstand gewichtige Gründe

(vgl. Vermerk des Präsidenten des Landesarbeitsgerichts vom 18. September 2003).

Letztlich braucht diesem Gesichtspunkt jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden. Denn selbst wenn es als verfahrensferrorhaft anzusehen wäre, dass der Präsident des Landesarbeitsgerichts die dienstliche Beurteilung der Ast.in vor der Erörterung mit ihr weitergeleitet hat, wäre dieser Verfahrensferror nur beachtlich, sofern er sich auf die Auswahlentscheidung des Richterwahlausschusses und des Ag. ausgewirkt haben kann

(vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 25.11.2002 – 3 M 44/02 –, NVwZ-RR 2003, 321, 323 = SchIHA 2003, 289 ff.).

Letzteres hat die Ast.in in ihrer Beschwerdeschrift nicht – nicht einmal ansatzweise – dargelegt.

Ferner macht die Ast.in sinngemäß geltend, der Richterwahlausschuss sei bei seiner Entscheidung von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen, weil der Ausschuss nicht über ihren „Erörterungswunsch“ informiert gewesen sei. Dieser Einwand greift gleichfalls nicht durch, weil die Ast.in auch insoweit ihrer Darlegungspflicht nicht entsprochen hat. Sie hat nicht plausibel erläutert, dass und gegebenenfalls warum „Erörterungswünsche“ der Betroffenen Teil des Sachverhalts sein sollten, den der Richterwahlausschuss und der Ag. ihren Auswahlentscheidungen zugrunde zu legen haben. Es bedarf – weil offensichtlich – keiner weitergehenden Begründung, dass der Hinweis der Ast.in auf die diesbezügliche Vergleichbarkeit von „Erörterungswunsch“ einerseits und „Besetzungsbericht“ andererseits fehlgeht.

Die vorangehenden Ausführungen gelten entsprechend für den Einwand der Ast.in, auch der Ag. sei bei einer Auswahlentscheidung von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen. Insofern ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass es auf den „Erörterungswunsch“ der Ast.in überhaupt nicht mehr ankommt, weil zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung des Ag. der Erörterungstermin bereits durchgeführt worden war und die schriftlich verfassten Gegenvorstellungen der Ast.in – jedenfalls dem Präsidenten des Landesarbeitsgerichts – vorlagen. Aus welchem Grunde der Ag. verpflichtet gewesen sein sollte, bei seiner Auswahlentscheidung den Inhalt dieser Gegenvorstellungen mit zu berücksichtigen, hat die Ast.in in ihrer Beschwerdebegründung nicht dargelegt. Dessen hätte es insbesondere im Hinblick darauf bedurft, dass sich die Inzidentkontrolle dem zutreffenden Beschwerdevorbringen des Ag. auf evidente Rechtsfehler zu beschränken hat und sich derartige Fehler aus dem Vorbringen der Ast.in nicht ergeben.

Schließlich kann es auf sich beruhen, ob das Verwaltungsgericht der Ast.in in hinreichendem Maße rechtliches Gehör gewährt hat. Es erscheint bereits fraglich, ob und gegebenenfalls welche rechtliche Bedeutung einer Gehörsrüge im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nach § 146 Abs.4 VwGO überhaupt zukommt. Auf jeden Fall hätte die Ast.in jedoch angeben müssen,

was sie bei ausreichender Gewährung rechtlichen Gehörs (zusätzlich) vorgetragen hätte. Hieran fehlt es.

GG Art 33 II; BBesG § 18; LBG § 10

Zu den Merkmalen des Verschuldens und der adäquaten Kausalität beim Schadenersatzanspruch gegen den Dienstherrn wegen Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs

SchlHOVG, 3. Senat, Beschluss vom 3. Dezember 2003, – 3 LB 33/03 –, E.-G.

Der im Jahr 1956 geborene Kl. ist Beamter im schleswig-holsteinischen Landespolizeidienst und wurde mit Wirkung vom 1. Mai 1989 unter gleichzeitiger Einweisung in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 11 BBesO zum Polizeihauptkommissar ernannt. Die ihm unter dem 5. Oktober/16. Dezember 1998 erteilte dienstliche Regelbeurteilung weist im Leistungsgesamterteil den Zahlenwert 130 auf. Der Dienstposten des Kl. wurde auf Grund einer im Bereich der Landespolizei durchgeführten Dienstpostenbewertung mit Wirkung vom 1. September 1999 der Kategorie „D“ zugeordnet.

Unter dem 9. September 1999 teilte der Bekl. dem Kl. schriftlich mit, dass zum 1. Oktober 1999 Beförderungen im gehobenen Polizeivollzugsdienst vorgenommen werden sollten. Vorrangiges Kriterium für die Auflösung von Konkurrenzsituationen sei die nach der Dienstpostenbewertung festgelegte Kategorie. Dementsprechend sei geplant, unter anderem sieben im Leistungsgesamterteil jeweils mit 100 oder 110 Punkten bewertete Polizeihauptkommissare (A 11) zu Polizeihauptkommissaren (A 12) zu befördern, deren Dienstposten auf Grund der Dienstpostenbewertung den Kategorien „B“ und „C“ zugeordnet worden seien. Eine Beförderung des Kl. war nicht beabsichtigt.

Nachdem der Kl. hiergegen Widerspruch eingelegt hatte, suchte er am 21. September 1999 beim Verwaltungsgericht um Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nach. Mit Beschluss vom 17. Dezember 1999 – 11 B 72/99 – untersagte das Verwaltungsgericht dem Ag. im Wege der einstweiligen Anordnung, die genannten sieben anderen Polizeihauptkommissare (Beigeladene) vor Durchführung eines erneuten Auswahlverfahrens zu befördern. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde des Bekl. änderte der Senat mit Beschluss vom 4. Januar 2000 – 3 M 61/99 – die erstinstanzliche Entscheidung und lehnte den entsprechenden Antrag des Kl. auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab. Die sieben anderen Polizeihauptkommissare (A 11) wurden mit Wirkung vom 5. Januar 2000 zu Polizeihauptkommissaren (A 12) befördert. Das Begehren des Kl., ihn im Wege des Schadenersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu behandeln, als ob er zum 5. Januar 2000 zum Polizeihauptkommissar (A 12) befördert worden wäre, lehnte der Bekl. ab. Der hiergegen gerichtete Widerspruch des Kl. wurde mit Bescheid als unbegründet zurückgewiesen.

Mit Urteil vom 27. September 2002 hat das Verwaltungsgericht die entsprechende Klage abgewiesen, weil den Bekl. an einem (etwaigen) Pflichtenverstoß kein Verschulden treffe. Ihm stehe die sogenannte Kollegialgerichtsregel zur Seite. Da der erkennende Senat in seinem Beschluss vom 4. Januar 2000 – 3 M 61/99 – die Vorgehensweise des Bekl. anlässlich der zum 1. Oktober 1999 in Aussicht genommenen und sodann zum 5. Januar 2000 durchgeführten Beförderungssaktion – so das Verwaltungsgericht sinngemäß weiter – als rechtmäßig angesehen habe, könne dem Bekl. ein Verschulden nicht vorgehalten werden. Denn von einer Behörde könne keine bessere Rechtereinsicht erwartet werden, als sie ein Kollegialgericht nach sorgfältiger Prüfung gewonnen habe. Die hiergegen gerichtete Berufung des Kl. blieb erfolglos.

Aus den Gründen

Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kl. hat keinen Anspruch darauf, im Wege des Schadenersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so gestellt zu werden, als ob er zum 5. Januar 2000 zum Polizeihauptkommissar (A 12) befördert worden wäre.

Eine Verletzung der in § 10 Abs. 1 LBG festgelegten Auslese-kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung, nach denen sich auch die Beförderung zu richten hat, kann einen Anspruch auf Schadenersatz auslösen, ohne dass es insoweit eines Rückgriffs auf das Institut der Verletzung der Fürsorgepflicht bedarf. Der Dienstherr kann in diesen Fällen wegen schuldhafter Verletzung einer eigenen, in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis wurzelnden (quasi-vertraglichen) Verbindlichkeit in Anspruch genommen werden, sofern diese adäquat kausal zu einem Schaden des Beamten geführt hat

(vgl. BVerwG, Beschl. v. 16.10.1991 – 2 B 115/91 –, NJW 1992, 927 f., mwN; vgl. auch OVG Schleswig, Ur. v. 23.6.1995 – 3 L 745/94 –).

Es ist fraglich, ob dem Kl. hinsichtlich der von dem Bekl. getroffenen Beförderungsentscheidungen ein Anspruch auf Beachtung des Grundsatzes der Bestenauslese zugestanden und der Bekl. diesen Anspruch gegebenenfalls dadurch verletzt hat, dass er bei seinen Auswahlentscheidungen zu Lasten des Kl. vorrangig auf das Kriterium der nach der Dienstpostenbewertung festgelegten Kategorie des jeweils ausgeübten Dienstpostens abgestellt hat. In seinem Beschluss vom 4. Januar 2000 – 3 M 61/99 – hat der Senat die Ansicht vertreten, die Auswahlentscheidung des Bekl. zugunsten der (beigeladenen) sieben anderen Polizeihauptkommissare tangiere den sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Bewerbungsverfahrensanspruch des Kl. nicht. Ob diese vorläufige Ansicht einer abschließenden rechtlichen Überprüfung standhielte, braucht im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht entschieden zu werden. Denn selbst wenn dem Kl. ein Bewerbungsverfahrensanspruch zugestanden und der Bekl. diesen Anspruch des Kl. verletzt hätte, wäre ein Schadenersatzanspruch jedenfalls

deshalb nicht gegeben, weil es an den Erfordernissen des Verschuldens sowie der adäquaten Kausalität fehlt.

Anhaltspunkte für eine vorsätzliche Pflichtverletzung des Bekl. sind weder vom Kl. substantiiert geltend gemacht worden noch auf Grund des Akteninhalts im Übrigen ersichtlich. Darüber hinaus ist auch ein fahrlässiges Verhalten des Beklagten nicht feststellbar. Der Bekl. hat die grundsätzliche Reichweite des verfassungsrechtlichen Prinzips der Bestenauslese nicht verkannt. Er hat – soweit ersichtlich – nicht in Abrede gestellt, dass eine Beförderungsauswahl grundsätzlich nicht vorrangig auf die unterschiedliche Wertigkeit der von den Konkurrentinnen und Konkurrenten ausgeübten Dienstposten gestützt werden kann (Hauptkriterium). Der Bekl. hat lediglich eine Ausnahme von diesem Grundsatz wegen der Besonderheiten der vorliegenden Fallkonstellation als gerechtfertigt angesehen. Mag er mit dieser rechtlichen Einschätzung und den darauf beruhenden Auswahlentscheidungen zugunsten der Beigeladenen des Verfahrens 11 B 72/99 (3 M 61/99) den Anspruch des Kl. auf Einhaltung des Grundsatzes der Bestenauslese auch verletzt haben, so lässt sich hieraus (noch) keine einen Fahrlässigkeitsvorwurf hinreichend begründende Sorgfaltswidrigkeit herleiten.

Die Besonderheiten der vorliegenden Fallkonstellation ergeben sich daraus, dass die Entscheidung über die Beförderung der sieben Beigeladenen des genannten Verfahrens im Rahmen einer größeren Beförderungsaktion getroffen worden und diese Aktion ihrerseits wesentlicher Bestandteil des Konzepts des Bekl. zur zeitnahen Umsetzung der Ergebnisse der im Bereich der Landespolizei durchgeführten Dienstpostenbewertung gewesen ist. In der schleswig-holsteinischen Landesverwaltung wurden Dienstposten im Bereich der obersten Landesbehörden und überwiegend auch in den nachgeordneten Dienststellen bis zum Jahre 1997 nicht bewertet. Die Landesregierung sprach sich sodann dafür aus, eine Dienstpostenbewertung einzuführen. Als unmittelbare Konsequenz aus der Einführung der Dienstpostenbewertung müsse das Verfahren zur Besetzung von Dienstposten anders strukturiert werden. Dabei müsse sichergestellt werden, dass im Regelfall durch Ausschreibung alle interessierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Kenntnis von freien Arbeitsplätzen erhielten, die zur Besetzung anstünden. Nur ein transparentes Auswahlverfahren eröffne den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Chancengleichheit bei der Vergabe höherwertiger Dienstposten und damit von Beförderungsmöglichkeiten. Eigeninitiative und Mobilität der Beschäftigten würden dabei in einem höheren Maße als bisher angesprochen, da sie sich für ihr berufliches Fortkommen auf einen anderen Arbeitsplatz bewerben müssten. Eine Beförderung auf einem Arbeitsplatz, der nicht die entsprechende Wertigkeit aufweise, werde nach Einführung der Dienstpostenbewertung nicht mehr möglich sein

(vgl. Vorbemerkungen zu den Leistungs- und Beförderungsgrundsätzen v. 24.9.1997, Amtsbl. S. 450).

Um diesen Vorgaben zu genügen, führte der Bekl. erstmals im Bereich der Landespolizei eine umfassende analytische Dienstpostenbewertung durch und schloss diese zum 1. September 1999 ab. Vornehmliches Ziel dieser Dienstpostenbewertung war es, den gesetzlichen Auftrag aus § 18 BBesG zu erfüllen und somit die Funktionen der Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten nach den mit ihnen verbundenen Anforderungen sachgerecht zu bewerten, Ämtern zuzuordnen und diese Ämter nach ihrer Wertigkeit den Besoldungsgruppen zuzuordnen. Darüber hinaus wollte der Bekl. mit der Dienstpostenbewertung und deren Umsetzung die von der Rechtsprechung immer wieder eingeforderte Vergabe von Planstellen ausschließlich auf der Grundlage des Leistungsprinzips sicherstellen. Letztlich wurden alle Dienstposten nach analytischer Bewertung gereiht und unter Zuordnung bestimmter Besoldungsgruppen in verschiedene Kategorien eingeteilt. Die am höchsten bewerteten Dienstposten des gehobenen Dienstes wurden durch die Kategorie „A“ erfasst und der Besoldungsgruppe A 13 BBesO zugeordnet. Da die bisherige Einschätzung der Wertigkeit vieler Dienstposten mit den Ergebnissen der zum 1. September 1999 abgeschlossenen analytischen Dienstpostenbewertung nicht übereinstimmte, ergab sich die Notwendigkeit, diesen Funktionen jeweils andere statusrechtliche Ämter und andere Besoldungsgruppen zuzuordnen. Bei der Umsetzung der Dienstpostenbewertung stellte sich für den Bekl. die Alternative, entweder in den Laufbahnen alle Beförderungsdienstposten neu auszuschreiben – das wären für die Laufbahn des gehobenen Polizeidienstes ca. 1900 Dienstposten mit weit über 2500 Konkurrentinnen und Konkurrenten gewesen – oder ein Modell zu entwickeln, welches unter Berücksichtigung des Leistungsgrundsatzes einerseits einen

„organisatorischen Schnitt“ ermöglichte, andererseits gewachsene Strukturen bewahrte. Der Bekl. sah von einer Neuausschreibung aller Beförderungsdienstposten ab, weil die Funktionsfähigkeit der Landespolizei an ihre Grenze geriete bzw. auf dem Prüfstand stände, wenn in nahezu allen Bereichen höherqualifizierter Stellen infolge einer Neubesetzung Einarbeitungszeiten anfielen und gleichzeitig auf die Erfahrung langjähriger Stelleninhaber verzichtet werden müsste. Zur Vermeidung der sich aus den letztgenannten Gesichtspunkten ergebenden Nachteile und zur Absicherung einer zeitnahen Umsetzung der Ergebnisse der Dienstpostenbewertung entschied sich der Bekl. für ein Beförderungsmodell, wonach vorrangiges Kriterium für die Auflösung von Konkurrenzsituationen – übergangsweise – die nach der Dienstpostenbewertung festgelegte Kategorie des jeweiligen Dienstpostens sein sollte

(vgl. die „Übergangsregelung anlässlich des Inkrafttretens der Dienstpostenbewertung“ unter Ziffer 14 der mit Erlass des Bekl. v. 7.9.1999 – IV 442 – 21.35 – bekannt gemachten „Generellen Regelungen für Beförderungen von Beamtinnen und Beamten im Polizeivollzugsdienst des Landes Schleswig-Holstein“).

Der Bekl. vertrat sinngemäß die Ansicht, nach einer derart umfassenden analytischen Dienstpostenbewertung, wie sie für den Bereich der schleswig-holsteinischen Landespolizei durchgeführt worden sei und bei der Tausende von Stellen betroffen seien, müsse es dem Dienstherrn zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Landespolizei – übergangsweise – möglich sein, beförderungrechtliche Auswahlentscheidungen ohne Neuausschreibung der Beförderungsdienstposten auf die jeweiligen Stelleninhaber zu begrenzen

(vgl. zu alledem die Antragserwiderung des Bekl. v. 29.09.1999 im Verfahren 11 B 72/99).

Mit Blick auf die vorangehend dargestellten Besonderheiten der vorliegenden Fallkonstellation vermag der Senat darin eine Sorgfaltswidrigkeit des Bekl. (noch) nicht zu erkennen. Um dem Gebot der zeitnahen und effektiven Umsetzung der – erstmals im Bereich der Landespolizei gemäß § 18 BBesG durchgeführten – umfassenden analytischen Dienstpostenbewertung zu entsprechen und dennoch die Funktionsfähigkeit der Landespolizei nicht zu gefährden, hielt der Bekl. es für erforderlich und gerechtfertigt, die Reichweite des Grundsatzes der Bestenauslese vorübergehend einzuschränken und für eine Übergangszeit bei der Auflösung beförderungrechtlicher Konkurrenzsituationen vorrangig auf das eignungs- und leistungsfernere Kriterium der nach der Dienstpostenbewertung festgelegten Kategorie abzustellen. Diese Einschätzung des Bekl. beruht auf einer hinreichenden Abwägung der Handlungsalternativen, die ihm seinerzeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht für die Umsetzung der Ergebnisse der Dienstpostenbewertung zur Verfügung standen. Sollte der Standpunkt des Bekl. wegen Unvereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 2 GG verfassungswidrig sein, so hätte der Bekl. die Verfassungswidrigkeit jedenfalls nicht ohne weiteres erkennen müssen. Das gilt umso mehr, als die von ihm verfolgte möglichst zügige Umsetzung der Ergebnisse der Dienstpostenbewertung nicht zuletzt darauf gerichtet war, mittel- und langfristig gerade die von der Rechtsprechung immer wieder eingeforderte Vergabe von Planstellen ausschließlich auf der Grundlage des Leistungsprinzips sicherzustellen. Ferner erscheint es jedenfalls sachgerecht, dass der Bekl. den Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit der Landespolizei mit hohem (verfassungsrechtlichen) Stellenwert in seine Erwägungen einbezogen hat. Darüber hinaus ist zugunsten des Bekl. zu berücksichtigen, dass der erkennende Senat über die vorliegende oder eine vergleichbare Fallkonstellation bislang im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens nicht hat befinden müssen und der Bekl. sich somit nicht an einer für das Land Schleswig-Holstein einschlägigen Senatsrechtsprechung hat orientieren können. Schließlich enthält auch das Vorbringen des Kl. keine Gesichtspunkte, aus denen sich unter Beachtung der dargestellten Besonderheiten der vorliegenden Fallkonstellation eine den Fahrlässigkeitsvorwurf hinreichend begründende Sorgfaltswidrigkeit des Bekl. ableiten ließe.

Ein Schadenersatzanspruch des Kl. besteht aber auch deshalb nicht, weil die unterstellte Pflichtverletzung des Bekl. nicht adäquat kausal zu dem von ihm, dem Kl., geltend gemachten Schaden (dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtliche Nachteile wegen seiner Nichtbeförderung zum 5. Januar 2000) geführt hat. Eine Kausalität in diesem Sinne läge nur dann vor, wenn der Kl. ohne den unterstellten Rechtsfehler des Bekl. voraussichtlich (wahrscheinlich) mit Wirkung vom 5. Januar 2000 zum Polizeihauptkommissar (A 12) befördert worden wäre

(vgl. BVerwG, Urt. v. 23.11.1995 – 2 A 1.94 – sowie Beschl. v. 16.10.1991, aaO; OVG Schleswig, aaO).

Letzteres kann – insoweit trägt der Kl. die materielle Beweislast – nicht festgestellt werden.

Zur Beurteilung des Kausalverlaufs ist unter Berücksichtigung der sonstigen Praxis des Bekl. zu ermitteln, wie dieser ohne den möglicherweise in Betracht kommenden Rechtsverstoß voraussichtlich entschieden hätte. Im vorliegenden Zusammenhang lässt sich angesichts der Einmaligkeit der in Frage stehenden Beförderungsaktion keine „sonstige Praxis“ des Bekl. ermitteln. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten wären verschiedene hypothetische Kausalverläufe denkbar. Der unterstellte Rechtsfehler des Bekl. – Heranziehung der nach der Dienstpostenbewertung festgelegten Kategorie als vorrangiges beförderungsrechtliches Auswahlkriterium – betrifft nicht nur den vorliegenden Fall, sondern durchzieht die gesamte (ursprünglich) für den 1. Oktober 1999 vorgesehene Beförderungsaktion im Bereich der Landespolizei (113 Beförderungen in die Beförderungsämter der Besoldungsgruppen A 11, A 12 und A 13 BBesO jeweils getrennt für die Laufbahnen der Schutz- und Kriminalpolizei). Diese Beförderungsaktion stellte zusammen mit Beförderungen in den anderen Laufbahnen der Landespolizei ein „Gesamtpaket“ dar und war – wie bereits ausgeführt – wesentlicher Bestandteil des Konzepts des Bekl. zur zeitnahen Umsetzung der Ergebnisse der analytischen Dienstpostenbewertung. Denkt man sich den in Frage stehenden etwaigen Rechtsfehler hinweg, dann hätte der Bekl. im September 1999 ein anderes Konzept zur Umsetzung der Ergebnisse der analytischen Dienstpostenbewertung erstellt (erstellen müssen). Es kann nicht einmal annähernd festgestellt werden, welcher Art dieses Konzept gewesen wäre. Aufgrund der Einmaligkeit der Beförderungsaktion als Bestandteil des Konzepts zur Umsetzung der Ergebnisse der analytischen Dienstpostenbewertung gibt es hierzu keine „sonstige Praxis“ des Bekl. Hinsichtlich der Ausgestaltung dieses Konzepts hätte dem Bekl. ein sehr weites Organisations- und Handlungsermessen zugestanden. Es ist nicht erkennbar, in welcher Weise der Bekl. dieses Ermessen (bei pflichtgemäßem Verhalten) seinerzeit ausgeübt hätte. Insbesondere ist nicht feststellbar, dass der Bekl. sich seinerzeit – im September 1999 – im Rahmen eines anderen Umsetzungskonzepts für ein Beförderungsmodell entschieden hätte, infolge dessen es (bereits) am 5. Januar 2000 oder in zeitlicher Nähe dieses Termins zu einer Beförderungsaktion im gehobenen Dienst der Landespolizei – insbesondere zu Beförderungen von Polizeihauptkommissaren (A 11) zu Polizeihauptkommissaren (A 12) – gekommen wäre. Es wäre nicht einmal zu beanstanden gewesen, wenn der Bekl. im Hinblick darauf, dass er bei der Beförderungsauswahl nicht vorrangig auf das Kriterium der nach der Dienstpostenbewertung festgelegten Kategorie hätte abstellen dürfen, mit Blick auf die Funktionsfähigkeit der Landespolizei zunächst überhaupt keine Beförderungen im Bereich des gehobenen Polizeidienstes in Erwägung gezogen, sondern sich darauf beschränkt hätte, das wesentliche Ziel der analytischen Dienstpostenbewertung und somit die sachgerechte Zuordnung der neu bewerteten Funktionen zu den entsprechenden statusrechtlichen Ämtern vorerst weitestgehend im Wege schlichter Versetzungen und Umsetzungen – gegebenenfalls nach vorhergehender Dienstpostenausschreibung – zu erreichen. Doch auch wenn der Bekl. bereits im September 1999 Beförderungen für den gehobenen Dienst der Landespolizei erwogen hätte, hätte er insoweit eine vorherige Ausschreibung der entsprechenden Beförderungsdienstposten vorschreiben dürfen. In diesem Falle wären das Bewerberfeld unbekannt gewesen und die Beförderungen allein auf Grund der zeitlichen Gegebenheiten wahrscheinlich nicht (bereits) am 5. Januar 2000 oder in zeitlicher Nähe dieses Termins durchgeführt worden. Außerdem wären die Beförderungsentscheidungen sodann möglicherweise auf der Grundlage neu erstellter dienstlicher Beurteilungen zu treffen gewesen. Ob und in welcher Weise haushaltsrechtliche Gesichtspunkte die zu unterstellenden Erwägungen des Bekl. hinsichtlich der Umsetzung der analytischen Dienstpostenbewertung beeinflusst hätten, ist gänzlich offen

(vgl. zu den weitergehenden seinerzeitigen Gestaltungsmöglichkeiten des Bekl. im Rahmen des ihm zustehenden Organisations- und Handlungsermessens dessen Schriftsatz vom 18. 4. 2001, Bl. 14, 17 ff. der Gerichtsakten).

Da nach alledem keine Wahrscheinlichkeit dafür festgestellt werden kann, dass Beförderungen im gehobenen Polizeidienst – insbesondere Beförderungen von Polizeihauptkommissaren (A 11) zu Polizeihauptkommissaren (A 12) – (bereits) am 5. Januar 2000 oder in zeitlicher Nähe dieses Termins durchgeführt worden wären,

lässt sich schon aus diesem Grunde auch nicht feststellen, dass der Kl. ohne den unterstellten Rechtsfehler des Bekl. voraussichtlich (wahrscheinlich) mit Wirkung von dem genannten Zeitpunkt zum Polizeihauptkommissar (A 12) befördert worden wäre.

Außerdem fehlt es an dem Erfordernis der Kausalität auch deshalb, weil für den Fall einer möglichen Ausschreibung der Beförderungsdienstposten gegenwärtig nicht mehr verlässlich beurteilt werden kann, um welche(n) Beförderungsdienstposten der Kl. sich unter Berücksichtigung der damaligen Gegebenheiten – insbesondere seiner damaligen privaten und sonstigen Verhältnisse – überhaupt beworben hätte. ...

LNatSchG § 15a I Nr. 6; Biotopverordnung § 1 Nr. 20

Voraussetzung für die Annahme eines „Tümpels“ im Sinne eines rechtlichen Biotopschutzes ist eine gegenüber der Umgebung deutlich wahrnehmbare Bodenvertiefung („Wasserloch“) mit einem Kerngewässer, welches zwar zeitweilig austrocknen kann, gleichwohl im Jahresdurchschnitt überwiegend derart vorhanden ist, dass Existenz und Gedeihen „tümpeltypischer“ Tier- oder Pflanzenarten gewährleistet ist.

SchlHOVG, 1. Senat, Urteil vom 10. Juli 2003, – 1 KN 10/03 –, RA Dr. Ew.

Die Ast. wenden sich im Wege der Normenkontrolle gegen die 9. Änderung des Bebauungsplanes Nr. 8 der Ag.in für das Gebiet im Ortsteil Morsum nördlich Guart Muarsee sowie östlich und südlich des Feskerdam(m)s.

Am 20. September 2001 beschloss die Gemeindevertretung der Ag.in, den Bebauungsplan Nr. 8, der im westlichen Bereich ein allgemeines Wohngebiet (WA) mit einer maximalen Grundfläche von 160 qm in eingeschossiger Bauweise sowie für das Flurstück 19/2, die sogenannte Feskerdamwiese, die öffentliche Grünfläche – Parkanlage – festsetzt, zu ändern (9. Änderung). Ziel der Änderungsplanung ist es, jungen Familien im Dorf Morsum preiswerten Dauerwohnraum anzubieten, um sie im Dorf zu halten und damit der sinkenden Einwohnerzahl, der Gefährdung des Gemeindelebens und des Sozialgefüges sowie der Wohn- und Infrastruktur entgegenzuwirken.

Im Zeitpunkt des Aufstellungsbeschlusses wies der Flächennutzungsplan Syllt die Feskerdamwiese als Grünfläche aus. Deshalb wurde parallel zur 9. Änderung des Bebauungsplanes Nr. 8 die 8. Änderung des Flächennutzungsplanes betrieben mit dem Ziel, die Feskerdamwiese als Wohnbaufläche darzustellen. Die entsprechende Änderung wurde vom Planungsverband im Juli 2002 beschlossen, die Genehmigung des Innenministers am 17. Oktober 2002 erteilt.

Die Ast. rügen u.a., dass die 9. Änderung des Bebauungsplans Nr. 8 gegen das zwingende Veränderungsverbot des § 17a Abs. 2 LNatSchG verstoße, denn auf der Feskerdamwiese befänden sich zwei Biotop, die gemäß § 15a Abs. 1 Nr. 6 LNatSchG i. V. m. § 1 Nr. 20 Biotop-Verordnung Tümpel darstellen. Dieses Veränderungsverbot könne nicht im Wege der Abwägung überwunden werden. Zwar gebe es nach § 15a Abs. 5 LNatSchG die Möglichkeit, von dem Veränderungsverbot Ausnahmen zu erteilen. Die dafür erforderlichen strengen Voraussetzungen lägen jedoch hier erkennbar nicht vor. Im Hinblick auf die gegenteilige Bewertung der Flächen durch das Landesamt für Naturschutz und Umwelt während des Planaufstellungsverfahrens sei angedeutet, dass die Bereiche insbesondere bei Zugrundelegung des von dieser Behörde selbst herausgegebenen Kartierschlüssels als Tümpel zu qualifizieren seien.

Der Normenkontrollantrag hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Die 9. Änderung des Bebauungsplans Nr. 8 der Ag.in ist wirksam. Sie bzw. die darin getroffenen Festsetzungen verstoßen nicht gegen höherrangiges Recht.

Formelle Bedenken bestehen gegen die angegriffene 9. Änderung des Bebauungsplanes Nr. 8 nicht. (Wird ausgeführt).

Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht sind die in der angegriffenen 9. Änderung des Bebauungsplanes Nr. 8 der Ag.in getroffenen Festsetzungen bezüglich der Bebauung des Flurstückes 19/2 nicht zu beanstanden. Sie sind nicht wegen Verstoßes gegen Vorschriften des Landesnaturschutzgesetzes (LNatSchG) vom 16. Juni 1993 (GVObI. Schl.-H. S. 215)

nichtig. Entgegen der Auffassung der Ast. widersprechen die Festsetzungen nicht § 15a Abs. 2 LNatSchG. Nach dieser Vorschrift sind alle Handlungen verboten, die zu einer Beseitigung, Beschädigung, sonst erheblichen Beeinträchtigung oder zu einer Veränderung des charakteristischen Zustandes der nach § 15a Abs. 1 LNatSchG unter besonderen Schutz gestellten Biotop führen können. Dieser gesetzliche Biotopschutz stellt zwar gegenüber einer gemeindlichen Satzung ein höherrangiges Recht dar, das von der Gemeinde als verbindliche Vorgabe zu beachten ist

(OVG Greifswald, Urt. v. 20. 4. 1994 – 4 K 25/93 –, NUR 1995, 149; BVerwG, Beschl. v. 21. 12. 1994 – 4 B 266/94 –, DÖV 1995, 382).

Das bedeutet, dass Flächen, die – auch – Biotop umfassen, nur überplant werden können, wenn durch entsprechende Festsetzungen im Bebauungsplan die Erhaltung des Biotops gewährleistet wird oder – für den Fall, dass die Festsetzungen in einem Bebauungsplan zu einer Beseitigung, Beschädigung oder sonst erheblichen Beeinträchtigungen des besonders geschützten Biotops führen kann – wenn – vorabgemäß § 15a Abs. 5 LNatSchG die unte-

re Naturschutzbehörde mit Zustimmung der oberen Naturschutzbehörde eine Ausnahme von den Verboten des Abs. 2 erteilt hat

(vgl. VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13. 6. 1997 – 8 S 2799/96 –, VBIBW 1998).

Vorliegend bedurfte es indes für die Überplanung des Flurstücks 19/2 als allgemeines Wohngebiet (WA) im Sinne des § 4 BauNVO keiner Ausnahme nach § 15a Abs. 5 LNatSchG. Entgegen der Auffassung der Ast. wird durch die Festsetzungen der 9. Änderung des Bebauungsplans Nr. 8 insbesondere kein Biotop „Tümpel“ im Sinne des § 15a Abs. 1 Nr. 6 LNatSchG in Verbindung mit § 1 Nr. 20 Biotopverordnung betroffen. Nach diesen Vorschriften ist ein Tümpel ein flaches, dauerhaftes, aber einer zeitweiligen Austrocknung unterworfenes Stillgewässer ohne Tiefenzonen bis 1 ha Größe. Diesen Anforderungen genügen die beiden im Streit befindlichen Bereiche des Flurstücks 19/2 – der im Westen der Senke verbliebene L-förmige Grabenrest des ehemaligen, zur Entwässerung des Flurstücks angelegten Grabensystems sowie eine am Südostrand der Senke gelegenen Teilfläche – nicht.

Das Biotop wird als abgrenzbarer Lebensraum oder Standort mit bestimmten Bedingungen für die Existenz und das Gedeihen von Organismen definiert

(vgl. Schubert/Wagner, Botanisches Wörterbuch, 10. Auflage 1991; siehe auch Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege, Begriffe aus Ökologie, Umweltschutz und Landnutzung).

Dabei wird der Charakter des Biotops sowohl durch abiotopische Faktoren wie Boden, Wasser, Klima, Temperatur und Lage als auch durch biotopische Faktoren (Lebewesen) bestimmt. Es wird von Tier- und Pflanzenarten mit ähnlichen Standortansprüchen besiedelt, die gemeinsam eine biotopische Lebensgemeinschaft (Biozönose) bilden. Das heißt mit anderen Worten: Jede Biozönose besiedelt einen bestimmten Lebensraum (Biotop = ökologisch definiertes Areal) an einem bestimmten Standort (= geographisch definiertes Areal). Obschon alle Biotope mit anderen Ökosystemen, insbesondere in ihrer unmittelbaren Umgebung, in Beziehung stehen, sind trotz aller Übergänge und Übergangszonen in den ökologischen Faktoren Ökosystemgrenzen vorhanden und für alle Lebensräume charakteristisch. Die ökologischen Gegebenheiten eines jeden Biotoptyps, eines jeden Ökosystemtyps, sind generell so spezifisch, dass jeweils immer nur ein bestimmter Anteil von Pflanzen- und Tierarten in ihnen vorkommen oder hier seinen Vorzugsraum haben kann

(vgl. Heydemann, Neuer Biologischer Atlas, S. 38).

Demzufolge ist bei den Biotoptypen nach der Biotopverordnung jeweils von einem „charakteristischen Zustand“ auszugehen, der sich in der Örtlichkeit deutlich sichtbar von anderen Biotopen oder von der nicht nach § 15a Abs. 2 LNatSchG geschützten Umgebung abgrenzt. Dazu können als abiotopische Eigenschaften eines Biotops auch spezielle Bodenstrukturen zählen. Auch ein Tümpel im Sinne des § 15a Abs. 1 Nr. 6 LNatSchG in Verbindung mit § 1 Nr. 20 Biotopverordnung bedarf folglich einer sichtbaren Zentralfläche, die aufgrund ihres charakteristischen Zustandes im Gelände als flaches, dauerhaftes Stillgewässer erkennbar ist. Hieran knüpft die Rechtsprechung des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts

(Beschl. v. 16. 8. 1995 – 1 B 72/94 –),

bestätigt durch Beschluss des Senats vom 11. April 1996

(– 1 M 75/95 –),

an, wonach ein Tümpel ein „Wasserloch“ darstellen muss. Unter Berücksichtigung der Vorgaben der Biotopverordnung ist mithin ein Tümpel eine gegenüber seiner Umgebung deutlich wahrnehmbare Bodenvertiefung mit einem Kerngewässer, das zwar zeitweilig austrocknen kann, das aber im Jahresdurchschnitt überwiegend vorhanden sein muss, weil anderenfalls die Existenz und das Gedeihen „tümpeltypischer“ Tier- und Pflanzenarten nicht oder kaum gewährleistet ist.

Hiervon ausgehend kommt eine Qualifizierung der von den Ast. als Biotop Nr. 1 bezeichneten westlichen und der von ihnen als Biotop Nr. 2 bezeichneten südöstlichen Fläche in der Senke des Flurstücks 19/2 als Tümpel nicht in Betracht. Allein aufgrund der sogenannten Zeigerpflanzen ist eine Qualifizierung der genannten

Bereiche als Tümpel problematisch. Die von den Sachverständigen Drs. V. und M. in den streitigen Bereichen festgestellten und im Kartierschlüssel des Landesamtes für Natur und Umwelt für Tümpel als charakteristisch aufgeführten Pflanzen sind überwiegend auch Indikatoren für Überschwemmungswiesen im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 9 LNatSchG wie z. B. der flutende Schwaden, das weiße Straußgras, der kriechende Hahnenfuß, die behaarte Segge, die Krötenbinse u. a.

(vgl. Ziffer 5.6 des Erlasses des Ministeriums für Natur und Umwelt vom 7. 8. 1991).

Auch für andere Ökosysteme sind die von Drs. V. und M. festgestellten Pflanzenarten Indikatoren, namentlich für feuchte und nasse Weiden. So treten auf lang überstauten Flächen regelmäßig Wasserschwaden, flammender Hahnenfuß oder die gewöhnliche Sumpfsimse auf

(vgl. Pott; Biotypen: Schutzwerte Lebensräume Deutschlands und angrenzender Regionen, 1996).

Gerade aber das Vorkommen der Sumpfsimse soll für Dr. M. einem Gesprächsmerkmal des Landesamtes für Natur und Umwelt zufolge ausschlaggebend für die von ihm vorgenommene Qualifizierung gewesen sein. Dies zeigt, dass im vorliegenden Fall mit den so genannten „Zeigerpflanzen“ eine Qualifizierung der Bereiche nicht zweifelfrei möglich erscheint. Dies gilt umso mehr deshalb, weil – was zwischen den Parteien wohl unstreitig ist – die beiden hier interessanten Teilflächen in ein sonstiges Feuchtgebiet im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 9 LNatSchG eingebettet sind und von daher eine scharfe Trennung und Zuordnung der festgestellten „Zeigerpflanzen“ zu dem einen oder anderen Ökosystem kaum möglich ist.

Einer weiteren Vertiefung dieser Aspekte bedarf es indes ebensowenig wie es einer Beweisaufnahme entsprechend dem in der mündlichen Verhandlung von den Ast. gestellten Beweisanspruch zur Wasserbedeckung der beiden Bereiche, zum Fehlen aller „echten“ Grünlandpflanzen, zur Menge und „Ausprägung“ der Pflanzen sowie zur Wasserbildung bedurfte. Abgesehen davon, dass die Erforderlichkeit der von den Ast. begehrten Beweisaufnahme bereits aus den oben genannten Gründen zweifelhaft ist, kommt es letztlich auf die Zuordnungsprobleme und die mit dem Beweisanspruch gestellten Fragen nicht entscheidungserheblich an. Sie können dahingestellt bleiben. Die Qualifizierung der streitigen Flächen als Tümpel scheidet jedenfalls daran, dass keines der streitigen Areale ein „Wasserloch“ im Sinne der Rechtsprechung der Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichtsbarkeit darstellt. Beiden Flächen sind gegenüber ihrer Umgebung keine deutlich wahrnehmbare Bodenvertiefung. Diese schon nach den Angaben in den gutachterlichen Stellungnahmen gerechtfertigte Einschätzung der örtlichen Verhältnisse wird durch die umfangreichen Fotodokumentationen in dem beigezogenen Verwaltungsvorgang des Landesamtes für Natur und Umwelt (S. 6 bis 35, 84 ff. und 88 ff.) bestätigt. Auf diesen Fotografien und Luftbildaufnahmen sind keine deutlich wahrnehmbare Niveauunterschiede zwischen den als Biotop Nr. 12 und Biotop Nr. 2 genannten Bereichen und der sie umgebenden Fläche auszumachen. Das gesamte Areal ist danach eine Weide, die in einigen Bereichen bezogen auf die gesamte Senke unbedeutende Vertiefungen aufweist, die zum Teil relativ stärker als die übrige Fläche vernässt sind. Diese Niveauunterschiede in der Gesamtfläche rechtfertigen nicht die Annahme, die Vertiefungen seien Wasserlöcher und folglich Tümpel im Sinne des § 15a Abs. 1 Nr. LNatSchG i. V. m. § 1 Nr. 20 Biotopverordnung.

Die 9. Änderung des Bebauungsplans Nr. 8 der Antragsgegnerin widerspricht ferner nicht dem Grundsatz des § 1 Abs. 3 BauGB, wonach die Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen haben, sobald und soweit dies für die städtebauliche Ordnung erforderlich ist. (Wird ausgeführt).

Schließlich verstößt die angegriffene 9. Änderung des Bebauungsplans Nr. 8 bzw. die darin getroffenen Festsetzungen nicht gegen das in § 1 Abs. 6 BauGB statuierte Gebot, die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. (Wird ausgeführt).

Verleger: Die Ministerin für Justiz, Frauen, Jugend und Familie des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 35, 24103 Kiel.

Verantwortlich i. S. d. § 8 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Richter am Oberlandesgericht Dr. Martin Probst, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.

Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen in zwei Ausgaben, Teil A (Justizministerialblatt und Rechtszeitschrift) und Teil B (Justizministerialblatt, nur Anzeigen bzw. gerichtl. Bekanntmachungen enthaltend), Teil A erscheint monatlich einmal, Teil B monatlich zweimal. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 34 €, für Teil B 23 €. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 5,60 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur beim Verlag J. J. Augustin, Postfach 11 06, 25342 Glückstadt, Telefon 0 41 24 / 20 44, Fax 47 09, bestellen. Beiträge sind an die Redaktion der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden; Tel. 0 46 21 / 86-12 79 bzw. -12 73, Fax. 0 46 21 / 86-12 84. – Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder. – Druck J. J. Augustin, Glückstadt.