
Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Aus dem Inhalt

Friedhelm Röttger

Warum Gerichtsmediation den
Anwälten nichts nimmt

Andrea Dedekind und Thorsten Gräter

Erfahrungen mit gerichtsnaher Mediation –
Bericht über eine Informationsveranstal-
tung des Schleswig-Holsteinischen
Oberverwaltungsgerichts vom
26. Mai 2008

Peter Fölsch

Strafrechtlicher Schutz vor beharrlichen
Nachstellungen

September 2008

C 6117 E

Inhalt

I. Aufsätze

Friedhelm Röttger	Warum Gerichtsmediation den Anwälten nichts nimmt	297
Andrea Dedekind und Thorsten Gräter	Erfahrungen mit gerichtsnaher Mediation – Bericht über eine Informationsveranstaltung des Schleswig-Holstei- nischen Obergerichtspräsidenten vom 26. Mai 2008	299
Peter Fölsch	Strafrechtlicher Schutz vor beharrlichen Nachstellungen	300

II. Amtliche Veröffentlichungen

	Leitlinien für gerichtliche Mediation beim Schleswig- Holsteinischen Oberlandesgericht (Neufassung Juli 2008)	304
Bek. d. MJAE v. 20. August 2008 – II 313/1430 – 89 SH –	Änderung der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi)	305

III. Personalnachrichten

305

IV. Ausschreibungen

306

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

SchiHOLG	25. 10. 2007	5 U 196/00	Schadensersatzpflicht der kreditgebenden Bank bei institutionalisiertem Zusammenwirken mit den Fondsinitiatoren	307
SchiHOLG	15. 2. 2007	11 U 99/06	Wegfall der Geschäftsgrundlage bei auf Lebzeit geschlossenen Mietvertrag	311
SchiHOLG	15. 10. 2007	5 W 50/07	Freigabeverfahren nach Anfechtung des Hauptversamm- lungsbeschlusses über die Umwandlung einer AG in eine KGaA	312
SchiHOLG	24. 4. 2007	8 UF 200/06	Nachehelicher Unterhalt	315
SchiHOLG	3. 3. 2008	15 WF 9/08	Verrechnung der Geschäftsgebühr bei bewilligter Prozesskostenhilfe	316
SchiHOLG	11. 3. 2008	15 WF 356/07	Keine Anrechnung der Geschäftsgebühr für die Beratungshilfe auf den Kostenerstattungsanspruch	318
SchiHOLG	28. 5. 2008	8 WF 64/06	Streitwert in Ehesachen – Berücksichtigung von Arbeitslosengeld II	319
AG Rendsburg	7. 3. 2008	18 C 606/07	Übergang vom fiktiven Schadensersatz zur konkreten Abrechnung	320

Fortsetzung 3. Umschlagseite

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Peter Merseburger

liest und spricht über Rudolf Augstein und den Journalismus

Donnerstag, 9. Oktober 2008, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

Engagierter Fernsehmann schreibt über engagierten Zeitungsmann. Rudolf Augstein war einer der einflussreichsten Journalisten der Nachkriegszeit. Sein „Spiegel“ prägte über Jahrzehnte den politischen Diskurs. Peter Merseburger war dort tätig, bevor er „Panorama“ zum bedeutendsten Politik-Magazin des Fernsehens machte. Bekannt wurde er aber auch als Fernsehkorrespondent in Washington und Ostberlin. Was kann und darf Journalismus, was treibt engagierte Journalisten? - Fragen, denen Merseburger sich in seiner Augstein-Biographie genähert hat. Fragen, die er aber auch in einem Gespräch mit Konstanze Görres-Ohde beantworten wird.

Peter Merseburger, Jahrgang 1928, war nach dem Studium der Germanistik, Neueren Geschichte und Soziologie von 1960 bis 1965 beim „Spiegel“ tätig. Bis 1977 leitete er „Panorama“ und war danach ARD-Korrespondent in Washington, Ostberlin und London. Seit 1991 ist Merseburger freier Autor vor allem politischer Biographien: „Der schwierige Deutsche Kurt Schumacher“, (1995) „Willy Brandt, 1913-1992. Visionär und Realist“ (2002) und jetzt „Rudolf Augstein“ (2007) Ausgezeichnet wurde er mit dem Fritz-Sänger-Preis (1991) und dem Deutschen Bücherpreis (2003).

Kostenbeitrag: 10 Euro (Schüler und Studenten: 5 Euro) nur an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr.

Kartenreservierung: telefonisch ab 29. September 2008 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 14–16 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

- 6. November 2008: Lesung Andrea Maria Schenkel
- 1. Dezember 2008: Neues auf dem Buchmarkt (Annemarie Stoltenberg)
- 18. März 2009: Kabarett und Lesung mit Steffen Möller
- 16. April 2009: Lesung Rolf Lamprecht

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

Terminankündigung

Warum Gerichtsmediation den Anwälten nichts nimmt

Friedhelm Röttger, Richter am Oberlandesgericht, Schleswig*

An immer mehr deutschen Gerichten wird gerichtliche/gerichtsnaher Mediation (im folgenden „Gerichtsmediation“) angeboten. Im Rahmen eines der ersten und größten Modellprojekte im Bundesgebiet, am Landgericht Göttingen, konnten in den Jahren 2003 bis 2005 weit über 1000 Gerichtsprozesse durch Mediation erfolgreich abgeschlossen werden.¹ Entsprechend dem „Göttinger Modell“ laufen inzwischen zahlreiche Projekte auch in anderen Bundesländern, vor allem in Nordrhein-Westfalen, Berlin, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein. Nach dem niedersächsischen Vorbild wurden auch in Schleswig-Holstein² seit Herbst 2005 entsprechende Mediationsangebote aufgebaut.

Mit zunehmender Bekanntheit und Verbreitung der Gerichtsmediation wuchs deren Akzeptanz bei allen Beteiligten. Inzwischen sind allerdings auch Stimmen der Ablehnung zu hören, insbesondere aus der Anwaltschaft.³

Das kräftige Wachstum gerichtlicher Mediation hat Kritiker aus der Anwaltschaft mit unterschiedlich begründeter, immer jedoch ablehnender Haltung auf den Plan gerufen. Häufig ist das Argument zu hören, Mediation mache man im Rahmen der anwaltlichen Beratung sowieso schon, außerdem müssten die Fälle, die zu Gericht gelangen, mit den Mitteln des Rechts und nicht mehr mit den „soften“ Mitteln der Mediation gelöst und entschieden werden (Justizgewährleistung). Das gelte insbesondere für den Versuch einer gerichtlichen Mediation in der zweiten Instanz⁴, weil in der Regel ein Anwalt bereits ein obsiegendes Urteil in den Händen halte und somit das „Recht“ auf seiner Seite wähne. Insbesondere anwaltliche Interessenvertreter nennen zunehmend auch das Argument der beruflichen Konkurrenz zwischen Gerichts- und Anwaltsmediation. Das (kostenneutrale) Angebot der Gerichtsmediation wird insbesondere deshalb kritisch gesehen, weil Mediation – berufspolitisch – in Anwaltshand gehöre und außerdem – im Falle eines Scheiterns der Mediation – die Kostenneutralität der Gerichtsmediation nicht mehr gewährleistet sei (zusätzlich anfallenden Anwaltskosten würden bei einem Scheitern der Mediation nicht ersetzt).

Die Bedenken der Anwaltschaft gegen die Gerichtsmediation sind – bei genauerer Betrachtung – unbegründet. Die bisherige Praxis der Gerichtsmediation an den Amts-, Land- und Oberlandesgerichten zeigt, dass Rechtstreite in kürzerer Zeit durch Ge-

richtsmediation beigelegt werden konnten, als man es mit den herkömmlichen richterlichen Werkzeugen des Erkenntnisverfahrens nach der ZPO hätte schaffen können. Durch die Gerichtsmediation hat es vielfach eine echte „win-win-Situation“ an den (Mediations-)Gerichten gegeben, Parteien konnten ihre Konflikte zufrieden stellend kostengünstig und innerhalb kürzester Zeit lösen und Gerichte konnten ihre personellen Ressourcen effektiver einsetzen. Dies kommt letztlich allen bei Gericht anhängigen Verfahren – ob sie nun streitig oder aber im Wege der Mediation gelöst werden sollen – zugute. Ist ein Rechtstreit erst einmal erfolgreich gelöst, werden die Anwälte beider Parteien zufriedene Mandanten erleben, die ihren Rechtsrat auch in einem weiteren Konfliktfall suchen werden. Deshalb beschneidet die Gerichtsmediation im Ergebnis nicht das anwaltliche Berufsfeld, sondern versteht sich vielmehr als Ergänzung mit der zusätzlichen Chance/Option einer alternativen Konfliktlösung. Die Konkurrenzängste und die argumentativen Bedenken der Anwaltschaft gegen die Gerichtsmediation lassen sich im Einzelnen widerlegen:

1. Gerichtsmediation ist auch für Anwälte wirtschaftlich

Für die Teilnahme an der Gerichtsmediation muss der Anwalt nicht um seine Vergütung nach dem RVG bangen. Bei dem erfolgreichen Abschluss der Gerichtsmediation können Einigungsgebühr (Nr. 1000 der Anlage 1 zum RVG) und Terminsgebühr (Nr. 3104 der Anlage 1 zum RVG) unmittelbar im Anschluss an die Sitzung durch die Protokollierung des Vergleichs vor dem als „ersuchten Richter“ tätigen Richtermediator verdient werden. Im Hinblick auf die hohe durchschnittliche Erfolgsquote der Gerichtsmediation (diese lag in Schleswig-Holstein im Jahr 2006 bei allen durchgeführten Gerichtsmediationen im ersten Rechtszug bei 80,22 % und im zweiten Rechtszug bei immerhin noch 72,22 %) bietet die Gerichtsmediation den Anwälten deshalb die große Chance, alle gesetzlichen Gebühren nach dem RVG schnell und verhältnismäßig „unbürokratisch“ zu verdienen. Selbst wenn es im Rahmen der Gerichtsmediation keine Einigung gegeben hat, ist der Mediator – in der Regel – als beauftragter oder ersuchter Richter unmittelbar im Anschluss an die gescheiterte Mediation ermächtigt, eine Güteverhandlung nach § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO durchzuführen. Auch in diesem Fall bekommt der Anwalt die Terminsgebühr (Nr. 3104 der Anlage 1 zum RVG) sowie entsprechende Reisekosten (Fahrtkosten sowie Abwesenheitsgeld gemäß Teil 7 der Anlage 1 zum RVG) ersetzt. Das Verfahren vor dem ersuchten Richter gehört gemäß § 19 Abs. 1 Ziff. 4 RVG nämlich zu dem Gerichtsverfahren des entsprechenden Rechtszuges. Dies gilt auch für den im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordneten Rechtsanwalt (§ 45 RVG). Im Rahmen seiner Wirtschaftlichkeitsüberlegungen sollte der Anwalt auch bedenken, dass durch die Gerichtsmediation der Prozess häufig schneller – insbesondere wenn dadurch eine aufwändige Beweisaufnahme vermieden werden kann – und ressourcensparend (z.B. durch die Vermeidung umfangreicher Schriftwechsel) erledigt werden kann. Notwendiger schriftlicher Parteivortrag (der sich überwiegend auf Tatsachen aus der Vergangenheit bezieht) kann häufig effektiv und zielführend im Rahmen des Mediationsgesprächs durch ge-

* Der Autor ist Koordinator der Mediationsabteilung am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig

¹ Peter Götz von Olenhusen: Hinterm Horizont geht's weiter – Zur Entwicklung der gerichtsnahen Mediation (SchlHA 2007, Seite 113–115).

² Seit Ende 2005/Anfang 2006 gibt es das Angebot gerichtlicher Mediation an allen Landgerichten in Schleswig-Holstein sowie dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht und an einigen Amtsgerichten; Überblick bei Martin Probst, Gerichtliche Mediation – zum Start eines neuen Projekts, SchlHA 2005, 317 ff.; Konstanze Görres-Ohde, Ein Jahr Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein – zu Stand und Perspektiven eines neuen Projekts, SchlHA 2007, 142–145.

³ Vgl. u. a. Aufsatz von Rechtsanwalt Nico Härting: „Für eine mediationsferne Justiz“, Anwaltsblatt 10/2007, Seite 660.

⁴ Hier hat die Gerichtsmediation im Jahr 2004 am Oberlandesgericht Rostock begonnen, seit Herbst 2005 gibt es ein vergleichbares Projekt am Oberlandesgericht in Schleswig, seit Jahresbeginn 2006 am Kammergericht Berlin und seit Januar 2007 am Oberlandesgericht Dresden, wo sogar extra ein Senat für Mediation eingerichtet worden ist; seit 2008 OLG Celle.

meinsam erarbeitete, zukunftsorientierte Konfliktlösungen ersetzt werden. Für den Mandanten ist die Tätigkeit des begleitenden Anwalts an einer Gerichtsmediation kostenneutral, d.h. es fallen normalerweise keine zusätzlichen Gebühren an. Weil Rechtsschutzversicherungen die gesonderte Teilnahme des Anwalts an der Gerichtsmediation nur vereinzelt und/oder nur ungenügend durch Pauschalen abdecken, besteht für den Rechtsanwalt bei Mandatsübernahme die Möglichkeit, sich den (möglicherweise zusätzlichen) Aufwand durch eine gesonderte Vergütungsvereinbarung ausgleichen zu lassen. Während eines laufenden Prozesses müssen hier jedoch die Voraussetzungen des § 4 RVG eingehalten werden.

2. Anwalts- und Gerichtsmediation: Ergänzung statt Konkurrenz

Das Projekt Gerichtsmediation ist inzwischen bundesweit etabliert (in zehn Bundesländern, an 95 Zivil-, Verwaltungs- und Sozialgerichten – darunter fünf Oberlandesgerichte). Die Gerichtsmediation hat ihren festen Platz im Rahmen der Bearbeitung und Erledigung von anhängigen Gerichtsverfahren gefunden. Andererseits aber gab es schon lange vor den Projekten zur Gerichtsmediation die so genannte Anwaltsmediation.⁵ Allen positiven Entwicklungen der Anwaltsmediation zum Trotz ist es für Rechtsanwälte – insbesondere im Bereich der Wirtschaftsmediation – nach wie vor schwierig, Mediationsmandate zu akquirieren. Während die Tätigkeit des anwaltlichen Mediators einen Teil seiner beruflichen Existenz darstellt und er ein Einkommen aus dieser Tätigkeit erzielen muss, genießt der richterliche Mediator das „Privileg der R-Besoldung“ und darf die Gerichtsmediation mehr oder weniger nebenbei betreiben (zum Teil erhält er eine pensenmäßige Entlastung). Räumlichkeiten, notwendiges Equipment und Servicepersonal werden für die Gerichtsmediation von der Justizverwaltung zumeist kostenfrei zur Verfügung gestellt.

Aus der Anwaltschaft hört man deshalb teilweise – in verbandspolitischen Äußerungen – die Ansicht, dass man Richtermediatoren als „Wilderer im fremden Revier“ ansehe, weil man eigentlich die Mediation für sich allein reklamieren. Dies hat zur Folge, dass Justizpolitiker zum Schutz der Entfaltung außergerichtlicher Mediation die gerichtliche Mediation eher skeptisch oder lediglich als „Übergangslösung“⁶ betrachten. Diese Skepsis ist jedoch nicht angebracht. Sie beruht teilweise auf immer noch bestehenden Informationslücken oder aber auf der unbegründeten Angst, die Gerichtsmediation würde den „Kuchen der Anwaltsmediation“ verkleinern. Das ist jedoch tatsächlich nicht der Fall.

Das Konkurrenzargument relativiert sich bereits dadurch entscheidend, dass gerichtliche Mediation erst nach Anhängigkeit eines Rechtsstreits zum Zuge kommt, weil vorgerichtliche Einigungs- und Mediationsversuche offenbar keinen Erfolg hatten. Die Gerichtsmediation stellt darüber hinaus nur ein zusätzliches Angebot der Konfliktlösung dar, das nur bei Zustimmung aller Beteiligten und Geeignetheit des Verfahrens in Betracht kommt. Im Ergebnis ist deshalb die Gerichtsmediation „nur ein kleiner Zweig am großen Baum der Justiz“⁷. Sie entwickelt zudem durchaus eigene Charakteristika zwischen klassischer außergerichtlicher (Anwalts-) Mediation und herkömmlicher Vergleichs-/Güteverhandlung.

Im Übrigen kommt selbst innerhalb der Anwaltschaft große Skepsis auf, Fälle an Anwaltskollegen abzugeben, die dann als Anwaltsmediatoren tätig werden. Diese Bedenken rühren daher, dass ein Mandant, wenn ein Anwaltsmediator seine Sache gut gemacht hat, beim nächsten Prozess den Berater wechseln und sich gleich zum Anwaltsmediator begeben könnte.

Auch dieser interne Konkurrenzgedanke könnte durch die Option der Gerichtsmediation beiseite geschoben werden. Im Übrigen wird derzeit im Rahmen der Gerichtsmediation an einigen Gerichten in Niedersachsen die Kooperation zwischen

⁵ Seit über 12 Jahren sind z. B. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die eine Mediationsausbildung abgeschlossen haben, als Anwaltsmediatoren in Schleswig-Holstein tätig; vgl. *Petra Stolter*: Anwaltsmediation in Schleswig-Holstein – auf dem Weg zu einem Netzwerk (SchIHA 2007, Seite 134/135).

⁶ Vgl. hierzu den einstimmigen Beschluss der 76. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister (Frühjahrskonferenz 2005), im Internet abrufbar unter www.justiz.de.

⁷ *Peter Götz von Olenhusen*: Hinterm Horizont geht's weiter – Zur Entwicklung der gerichtsnahen Mediation (SchIHA 4/2007, 113/114).

richterlichen und anwaltlichen Mediatoren erprobt,⁸ indem von der gesetzlichen Möglichkeit des § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO Gebrauch gemacht wird. Ähnliche Projekte gibt es auch im Kölner Landgerichtsbezirk.⁹ Erste Ergebnisse am Amtsgericht Göttingen zeigen, dass Anwälte und Richter im Rahmen der Gerichtsmediation etwa gleich erfolgreich sind. Sollten sich diese Kooperationsversuche etablieren, stellt die Gerichtsmediation keine Konkurrenz, sondern sogar ein zusätzliches Betätigungsfeld für anwaltliche Mediatorinnen und Mediatoren dar.

3. „Schlichten und Richten“

Vereinzelt wird die Meinung vertreten, Richter würden es gerne vermeiden, Entscheidungen zu treffen und Urteile zu schreiben. Die Gerichtsmediation würde diese Neigung verstärken. Das „neue Gewand des erprügelten Vergleichs hieße Konfliktlösung“.¹⁰

Natürlich wird nicht verkannt, dass der Richter mit dem Ziel einer nachhaltigen Konfliktlösung und Streitbeilegung auch immer bestrebt ist, eine gütliche Beilegung zu erreichen. Spätestens seit Einführung der obligatorischen Güteverhandlung (§ 278 Abs. 2 ZPO) im Rahmen der ZPO-Reform ist klar, dass neben der Streitentscheidung auch die Streitschlichtung eine richterliche Aufgabe darstellt. Der Richter ist dazu schließlich sogar verpflichtet (§ 278 Abs. 2 ZPO). Wer meint, dem Richter käme das Schlichten nicht zu, der verkennt außerdem die Möglichkeiten und den Erfolg des Richtens. Das Können des Richters im Rahmen der Urteilsfindung ist begrenzt. Er soll ermitteln, den wahren Sachverhalt aufgrund Parteivortrags oder von Amts wegen erforschen, abwägen, werten und dazu noch kompliziertes nationales, europäisches oder gar internationales Recht anwenden und schließlich auch noch (richtig) entscheiden. Die Wirklichkeit der richterlichen Spruchpraxis wird deshalb leider manchmal der Idealvorstellung einer (objektiv) richtigen und damit guten Entscheidung nicht gerecht. Die Beweismittel – insbesondere Parteivernehmung, Zeugen- und Sachverständigenanhörung – sind nur unvollkommen. Das Erinnerungs- und Beherrschungsvermögen der vor dem Richtertisch Stehenden, ferner die Wahrnehmungs- und Erkenntnismöglichkeiten des Richters, alles ist durch menschliche Schwäche begrenzt.¹¹ Schließlich kommt es bei der Konfliktlösung durch Richterspruch primär auf die Feststellung und Bewertung eines Lebenssachverhalts aus der Vergangenheit an, im Rahmen der Mediation ist der Blickwinkel jedoch vorrangig auf die Zukunft gerichtet, was den Vorteil erweiterter Lösungsoptionen bietet. Letztere Sichtweise ist für die Konfliktparteien zudem oftmals wichtiger und für eine nachhaltige und endgültige Konfliktlösung entscheidender.

4. „This is Europe“: Mediation hat Tradition

Wer nach dem Motto „This is not America“¹² meint, die Mediation sei von Amerika in den vergangenen Jahren nach Europa „geschwappt“, der irrt. Mediation gehört zur guten alten europäischen Tradition. Bereits im Mittelalter (seit dem 10./11. Jahrhundert) wurden Konflikte nicht vorrangig durch Gerichtsurteile, sondern durch Vermittler (Mediatoren) mit dem Ziel eines gütlichen Ausgleiches (Compositio) durchgeführt.¹³ Der Westfälische Friede wurde durch eine fünf Jahre dauernde, vermittelnde Tätigkeit des Vertreters der Republik Venedig, Alvise Conarini, ausgehandelt und beendete den Dreißigjährigen Krieg.¹⁴ Die heutige Mediation greift diese Art der Vermittlung zwischen Konfliktparteien auf, die über die Jahrhunderte hinweg zu einem wichtigen Mittel der Streitbeilegung gehörte, aber in den letzten 100 Jahren, zumin-

⁸ An den Projektgerichten wird Anwältinnen und Anwälten nach § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO die Möglichkeit gegeben, selbst im Rahmen der Gerichtsmediation als Mediator tätig zu werden. In Niedersachsen gibt es seit Februar 2007 zwei Projekte im OLG-Bereich Celle (Landgerichte Stade und Hildesheim) sowie im OLG-Bereich Braunschweig (Amtsgericht Göttingen). Dort werden Gerichtsmediationen auch durch entsprechend ausgebildete Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte durchgeführt. Die Anschubfinanzierung wird von den entsprechenden Rechtsanwaltskammern (Celle und Braunschweig) sichergestellt.

⁹ Sog. „Kölner Weg“: Im Rahmen des Pilotprojekts haben sich rund 50 Anwältinnen und Anwälte als Mediatoren im Rahmen der gerichtsnahen Mediation zur Verfügung gestellt. Vgl. den Beitrag der Rechtsanwältin *Ulrike Fischer* (Anwaltsblatt 10/2007, Seite 673).

¹⁰ So z.B. *Nico Härting*: Für eine mediationsferne Justiz (Anwaltsblatt 10/2007, Seite 660).

¹¹ So schon Amtsgerichtsrat *Dr. Karl Plumeier*, Berlin, in der Deutschen Richterzeitung vom 15.3.1933 (vgl. Deutsche Richterzeitung 3/2008, Seite 82).

¹² *Nico Härting*: Für eine mediationsferne Justiz (Anwaltsblatt 10/2007, Seite 660)

¹³ *Gerd Althoff*: Spielregeln der Politik im Mittelalter 1997.

¹⁴ Vgl. *Viering*: Alternative Konfliktbewältigungsverfahren für das Bauwesen, S. 139.

dest in Mitteleuropa, in Vergessenheit geriet.¹⁵ Anfang der 70er Jahre wurde das Konzept der Mediation in seiner heutigen Form entwickelt und wissenschaftlich untermauert.¹⁶ In Europa wurde die Gerichtsmediation in den 70er Jahren erstmals in Schweden angeboten und insbesondere in Sorgerechtsstreitigkeiten eingesetzt.¹⁷ Seit Mitte der 80er Jahre sind in Österreich mediative Verfahren bekannt (u.a. zuletzt im Zusammenhang der Erweiterung des Wiener Flughafens).¹⁸ In Deutschland wird seit 2002 Gerichtsmediation an Amts- und Landgerichten und seit 2004 auch an einzelnen Oberlandesgerichten (vgl. Fn.4) angeboten. Der zunehmende Erfolg der Gerichtsmediation und die verstärkte Bereitschaft der Konfliktparteien sowohl in Deutschland als auch in anderen europäischen Staaten zeigen, dass es höchste Zeit war, an diese gute alte europäische Tradition wieder anzuknüpfen. Gerichtsmediation soll dabei Urteile und Rechtsmittel nicht ersetzen, sondern vielmehr als kombiniertes Verfahren die Chance auf eine effektive, individuelle Konfliktlösung erhöhen.

5. Gerichtsmediation ist etabliert

Der europäische Rat hat am 28. Februar 2008 die Richtlinie über „Bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen“ beschlossen. Da die Zustimmung des Europäischen Parlaments als sicher gilt, wird die Richtlinie Mitte 2008 in Kraft treten. Sie gilt damit in allen Mitgliedstaaten mit der Ausnahme Dänemarks. Die Richtlinie regelt die wichtigsten Schnittstellen zwischen Mediationsverfahren und Gerichtsverfahren. Ausweislich des Art. 3 lit. a) Abs. 1 RL (Richtlinie) wird klargestellt, dass sich Richter außerhalb eines anhängigen Gerichtsverfahrens als Mediatoren im Sinne der Richtlinie betätigen können. Lediglich der mit der Hauptsache betraute Richter darf nicht selbst die Rolle des Verhandlungshelfers der Parteien übernehmen (dieser Grundsatz entspricht bereits dem anerkannten „Europäischen Verhaltenskodex für Mediatoren“).¹⁹ Derzeit laufen die Expertenanhörungen im BMJ Berlin zur Umsetzung der Richtlinie und zur gesetzlichen „Implementierung“ der Gerichtsmediation in die ZPO. Die Anwaltschaft sollte sich deshalb mit der Realität abfinden, dass die Gerichtsmediation nicht nur eine „Übergangslösung“, sondern am Ende – neben der richterlichen Streitscheidung – ein etabliertes und in den einschlägigen Verfahrensordnungen fest verankertes, weiteres Instrument der Konfliktlösung darstellen wird.

Die richterlichen Mediatoren wünschen sich, dass auch die der Gerichtsmediation noch skeptisch gegenüberstehenden Anwälte ihre Bedenken „über Bord werfen“ und künftig positiv und aufgeschlossen diese neue Konfliktlösungsoption unterstützen. Die Vorteile liegen auf der Hand: Im Rahmen der Gerichtsmediation

geschlossen diese neue Konfliktlösungsoption unterstützen. Die Vorteile liegen auf der Hand: Im Rahmen der Gerichtsmediation wird den Parteien in der Regel ein kurzfristiger Verhandlungstermin in Aussicht gestellt, was übrigens auch von der beklagten Partei häufig als Vorteil gesehen wird, da ein schwebendes gerichtliches Verfahren zeitliche Ressourcen bindet und von vielen Parteien als emotionale Belastung empfunden wird. Bei der Gerichtsmediation – die im zweiten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht schon mal drei bis fünf Stunden dauern kann – haben die Parteien zu Recht die Erwartung, dass ihrem persönlichen Anliegen mehr Zeit und damit Aufmerksamkeit eingeräumt wird, als dies in einem Güte- oder Verhandlungstermin vor dem Richter der Fall ist. Schließlich hat auch die Praxis bewiesen, dass gerade durch die Gerichtsmediation (z.B. in Bau- oder Erbschaftssachen) auch äußerst komplexe und umfangreiche Streitigkeiten erledigt werden können. Schriftliche oder verbale „Ausflüge auf prozessuale Nebenkriegsschauplätze“ sind in einer Mediationsverhandlung unüblich, da sie Zeit kosten und einer interessengerechten Abarbeitung des Streitstoffes nicht förderlich sind. Durch diese effektive Arbeitsweise können umfangreiche Schriftsätze (die insbesondere auch anwaltliche Bürokapazitäten binden) sowie zeitaufwändige Beweisnahmen vermieden werden. Die Praxis hat außerdem gezeigt, dass die Vorteile einer konsensualen Konfliktlösung im Rahmen einer Gerichtsmediation auch für die Anwälte weitaus höher sind, als die damit verbundenen Risiken im Falle eines Scheiterns (u.U. zusätzlicher Zeit- und Kostenaufwand, geringfügige Verzögerung der Streitscheidung). Schließlich bietet die Gerichtsmediation die Chance auf eine so genannte „Mehrwertlösung“, die nicht nur den anhängigen Prozess erledigt, sondern auch andere, außerprozessuale Streitpunkte und Interessen klären und ausgleichen kann.²⁰

Fazit:

Die Gerichtsmediation nimmt den Anwälten nichts, sondern sie bietet die zusätzliche Chance einer effektiven, wirtschaftlichen und schnellen Konfliktlösung. Anstatt der Mehrheit der Konflikte nur mit einem einzigen Mittel, nämlich dem streitigen Gerichtsverfahren, zu begegnen, bieten kombinierte Verfahren den Vorteil, individuelle Konflikte effektiver bearbeiten zu können.²¹ Anwälte sollten das Angebot der Gerichtsmediation nicht als Konkurrenz verstehen, sondern als zusätzliches Betätigungsfeld, jedenfalls im Rahmen einer qualifizierten Mediationsverhandlung. Die richterlichen Mediatoren stehen einer solch sinnvollen Kooperation jedenfalls aufgeschlossen gegenüber. Gerichtsmediation und Anwaltsmediation müssen kooperieren statt konkurrieren, denn sie verfolgen das gleiche Ziel einer alternativen Konfliktlösung. Justiz und Recht brauchen die Mediation und die Mediation braucht häufig auch das Recht und das Know-how der Justiz. Eine konsequente Förderung der Anwalts- und Gerichtsmediation ist gleichermaßen nur über eine enge Kooperation aller an der Rechtspflege beteiligten Organe möglich.

²⁰ Stefan Koch: Gerichtliche Mediation aus der Sicht eines begleitenden Anwalts (SchlHA 2007, Seite 151/152)

²¹ Vgl. PWC PriceWaterhouseCoopers: Commercial Dispute Resolution. Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich, Frankfurt a.M. 05/2005; Crisis Management, Die Sachverständigen Mediation S. 3.

¹⁵ Vgl. Hehn: Mediation – Professionelles Konfliktmanagement, S. 639.

¹⁶ Vgl. Hehn: aaO (Fn15), S. 639.

¹⁷ Christian Trieb: Mediation im Bauwesen – Konflikte konstruktiv lösen; FH Münster 21.1.2008 S. 6.

¹⁸ Unter Beteiligung von 55 Gruppierungen; die Mediation begann im Jahr 2000 und endete am 22.5.2005 mit der Unterzeichnung einer Abschlusserklärung durch alle Parteien; vgl. Flucher/Kochendörfer/von Minckwitz/Viering: Mediation im Bauwesen, S. 248f.

¹⁹ European Code of Conduct for Mediators, abgedruckt in ZKM 4/2004, S. 48; Deutsche Übersetzung in Mediationsreport 08/2004, S. 3.

Erfahrungen mit gerichtsnaher Mediation – Bericht über eine Informationsveranstaltung des Schleswig-Holsteinischen Obergerichtsvorganges vom 26. Mai 2008

Andrea Dedekind und Thorsten Gräter, Rechtsreferendare, Kiel¹

Die gerichtsnaher Mediation gewinnt seit einigen Jahren sowohl in der ordentlichen Gerichtsbarkeit² und der Arbeitsgerichtsbarkeit³ als auch in den öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten⁴ immer

mehr an Bedeutung. Aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Schleswig-Holstein wird über beachtliche Erfolge berichtet.

Projekte zur gerichtsnahen Mediation im verwaltungsgerichtlichen Verfahren laufen schon in vielen Bundesländern. In Schleswig-Holstein hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit „Leitlinien zur Mediation“ entwickelt, die Grundlage für ein in diesem Jahr beginnendes Projekt am VG und OVG sein sollen. Die Ausbildung

¹ Die Verfasser absolvieren zur Zeit die Rechtsanwaltsstation bei der Kanzlei Wegner, Stähr & Partner in Kiel.

² S. das Schwerpunktheft 4/2007 der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ mit 18 Beiträgen, darunter Praxisberichte aus allen Instanzen der Zivilgerichtsbarkeit; zu grundsätzlichen Aspekten s. Wimmer, NJW 2007, 3243 ff.

³ vgl. Francken, NJW 2007, 1792

⁴ Zur Verwaltungsgerichtsbarkeit: Seibert, NVwZ 2008, 365 ff.; Reimer/Apell, LKRZ 2007, 7 ff.; Sinnacher, BayVBl. 2006, 460 ff.; Walther, ZKM 2005, 53; Wilke,

in: Trunk u. a. (Hg.): Schiedsgerichtsbarkeit und andere Formen alternativer Streitbeilegung, 2006, 133 ff.; zur Sozialgerichtsbarkeit s. Spellbrink, DRiZ 2006, 88 ff.; Schumann SGB 2005, 27 ff.; zur Finanzgerichtsbarkeit s. Haushorst, DStZ 2004, 868 ff.

von zwei Richterinnen hat bereits begonnen, weitere Ausbildungsmaßnahmen sollen im Zusammenwirken mit der Sozialgerichtsbarkeit folgen.

Die Startbedingungen, aber auch die bisherigen Erfahrungen aus der gerichtlichen Praxis waren das Thema einer Veranstaltung, die das Schleswig-Holsteinische Obergericht am 26.5.2008 durchgeführt hat. Als Referenten waren Praktiker aus den „Mediationsländern“ Sachsen-Anhalt und Nordrhein-Westfalen sowie aus der Zivilgerichtsbarkeit in Schleswig-Holstein eingeladen. Die Veranstaltung fand Interesse bei zahlreichen Richterinnen und Richtern der Verwaltungs-, Sozial- und Arbeitsgerichtsbarkeit. Für die Anwaltschaft war der Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltverein, Landesgruppe Schleswig-Holstein, Herr Rechtsanwalt Arno Witt zugegen.

Nach einer kurzen Begrüßung durch Richter am OVG *Reinhard Wilke* (Schleswig) stellte Richter am OVG *Claudia Blaurock* (Magdeburg) die gerichtsnaher Mediation in Sachsen-Anhalt vor.

Diese sei mit starker Unterstützung des Justizministeriums initiiert worden. Im Sommer 2005 habe die Ausbildung der Mediatoren mit drei Ausbildungseinheiten (jeweils drei Tage) begonnen; diese sei durch eine Psychologin und eine bereits als Mediatorin ausgebildete Richterin erfolgt. Anfang 2006 hätten dann die ersten Mediationen stattgefunden. Aufgrund einer hohen Akzeptanz und Erfolgsquote sei das Projekt auf weitere 2 ½ Jahre verlängert worden. Weitere Mediatoren würden im Herbst dieses Jahres ausgebildet werden. Die bereits ausgebildeten Mediatoren seien durch den Amtsgerichtsdirektor Scheibel (AG Göttingen) fortgebildet worden. Zum Erfahrungsaustausch der Mediatoren untereinander würden Supervisionen durchgeführt. Das Angebot von Mediationsverfahren sei im Rahmen von Informationsveranstaltungen für Rechtsanwälte und Behörden bekannt gemacht worden. Weiter sei eine Internetseite eingerichtet worden. Richterkollegen seien gebeten worden, in mediationsgeeigneten Verfahren die Verfahrensbeteiligten auf die Möglichkeit der Mediation hinzuweisen. Mediationsgeeignet seien grundsätzlich alle Fälle, insbesondere aus dem Bau- und Dienstrecht. Für die Mediation kämen auch Fälle in Betracht, bei denen im Hintergrund Emotionen wirksam seien. Kaum oder weniger geeignet seien Verfahren aus dem Asyl- und Ausländerrecht.

Der Vizepräsident des Verwaltungsgerichts Minden *Dr. Hans Jörg Korte* berichtete über die verwaltungsgerichtliche Mediation im Rahmen des „Justizmodells Ostwestfalen-Lippe“. Die Ausbildung der Mediatoren innerhalb dieses Projektes habe zunächst bei der Universität Bielefeld in Form eines elftägigen Kurses, später an der Justizakademie des Landes Nordrhein-Westfalen stattgefunden. Am Verwaltungsgericht Minden seien zwölf Richter zum Mediator ausgebildet worden. Für die „Geschäftsverteilung“ im Bereich der Mediation gelte, dass der Mediator

1. nicht der gesetzliche Richter sein könne und
2. nicht aus dem Spruchkörper kommen solle, dem der gesetzliche Richter (Berichterstatter) angehöre, ferner, dass
3. der Wunsch der Beteiligten nach einem bestimmten Mediator vorgehe⁵
4. und der Mediator nicht verhindert sein dürfe.⁶

⁵ Nach Angaben von Herrn *Dr. Korte* wird bei der Hälfte aller Mediationen der Wunsch nach einem bestimmten Mediator geäußert.

⁶ Dies sei nach der Praxis am VG Minden der Fall, wenn der Mediator sich nicht kurzfristig um die Festlegung eines Mediationstermines bemühen könne.

Bei Mediationsverfahren mit einer größeren Anzahl an Beteiligten (ca. 15 bis 20 Personen) habe sich die Hinzuziehung eines Co-Mediators⁷ bewährt. Die im Rahmen der Mediation gefundene Einigung der Medianten liege in deren Eigenverantwortung. Mediationsgeeignet seien grundsätzlich alle Verfahren, auch solche Fälle, bei denen die Behörde keinen Entscheidungsspielraum sehe. Die Erfolgsquote der beim VG Minden durchgeführten Mediationen liege bei bis zu 90 %.

Über die Erfahrungen mit Mediationsverfahren in der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Schleswig-Holstein berichteten Vorsitzender Richter am OLG *Dr. Martin Probst* (Schleswig), der die Mediation im OLG-Bezirk koordiniert. Mit 44 Mediatoren an allen vier Landgerichten, 5 Amtsgerichten und am Oberlandesgericht sei die Mediation in der ordentlichen Gerichtsbarkeit bereits sehr weit verbreitet. Landesweit seien 2006 349 Verfahren und 2007 455 Verfahren mediiert worden, zu rund 80 % mit dem Ergebnis einer gütlichen Einigung der Konfliktparteien und damit erfolgreich. Bei der Ausbildung der Mediatoren habe man sich für eine Ausbildung durch gerichtsnaher Mediatoren nach dem „Göttinger Modell“ entschieden. Dieses Ausbildungsmodell biete Praxisnähe durch Rollenspiele und direkte Situationskonfrontation. Grundsätzlich könne jeder kommunikativ interessierte Richter zum Mediator ausgebildet werden. Allerdings müsse ein Mediator Lebens- und Berufserfahrung mitbringen, ein gewisses Vertrauen bei der Anwaltschaft aufbauen können und Einfühlungsvermögen sowie Kreativität entwickeln. Eine Entlastung der Mediatoren im Richteramt – auf diese sei in der Anfangsphase des Projekts allerdings bewusst verzichtet worden – könne grundsätzlich über den Geschäftsverteilungsplan erfolgen.

Richterin am Landgericht *Helga Placzek* (Flensburg) wies darauf hin, dass den Rechtsanwälten in der Mediationsverhandlung eine noch anspruchsvollere Rolle zukomme als im „normalen“ Prozess. In der Vorphase einer Mediation erfolgten Hinweise zum Verfahrensablauf. Zugleich werde geklärt, wer an der Mediation beteiligt werden solle, denn für deren Erfolg sei es wichtig, dass die Person, die tatsächlich über den Streitgegenstand entscheidet, mit am Tisch sitze. Ein wichtiger Vorteil der Mediation gegenüber der mündlichen Verhandlung entstehe durch die Möglichkeit, Zeugen, Sachverständige und anderen Personen, die helfen können, den Konflikt beizulegen, direkt zu beteiligen. Ein weiterer Vorteil sei die schnellere und meist kostengünstigere Verfahrensbeendigung. Bei einer einvernehmlich erzielten endgültigen Lösung werde erfahrungsgemäß weder eine Vollstreckung noch eine weitere Instanz oder eine Folgeklage erforderlich.

Die geschilderten Erfahrungen mit gerichtsnaher Mediation wurden durchgehend positiv aufgenommen. Das Interesse an der Mediation nimmt auch in anderen Institutionen stetig zu. *Dr. Korte* berichtete, dass der Petitionsausschuss des Nordrhein-Westfälischen Landtages und Behörden im Bereich des VG Minden Interesse gezeigt hätten, durch Richter-Mediatoren für Mediationsverfahren ausgebildet zu werden.⁸

⁷ Der Co-Mediator muss dabei nicht zwingend ein ausgebildeter Richter-Mediator sein, sondern kann auch je nach Fallgestaltung z.B. ein Familientherapeut oder Psychologe sein.

⁸ Vgl. auch die sehr informative Internet-Seite www.mediation-flughafen.de zur sog. „Flughafen-Mediation“, die (als Behörden-Mediation) zu den Planungen einer Erweiterung des Flughafens Frankfurt/M. durchgeführt worden ist.

Strafrechtlicher Schutz vor beharrlichen Nachstellungen

Peter Fölsch, Rechtsanwalt, Lübeck*

I. Einführung

Durch das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen¹ hat der Gesetzgeber dem Anliegen eines besseren straf-

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in der Kanzlei *Hensel & Fölsch* in Lübeck. – Überarbeitete und aktualisierte Fassung eines Vortrags für die Bewährungshilfe und die Gerichtshilfe Schleswig-Holsteins vom 11.6.2007 in Rendsburg.

¹ BGBl. 2007 I, 354. Inkrafttreten: 31.3.2007. Vgl. aus dem Gesetzgebungsverfahren: BT-Drs. 16/575 (Entwurf BReg), BT-Drs. 16/1030 (Entwurf BRat), BT-Drs. 16/3641 (Beschlussempfehlungen Rechtsausschuss BT).

rechtlichen Schutzes von Stalking-Opfern Rechnung getragen.² Geschaffen wurde insbesondere ein eigener Straftatbestand in § 238 StGB, der den typischen Unrechtsgehalt der Nachstellung wirklichkeitsgetreu abbilden soll. Die unter dem englischen Begriff „Stalking“ diskutierte Verhaltensweise der beharrlichen

² Vgl. hierzu aus strafrechtlicher Sicht nur: *Mitsch*, NJW 2007, 1237; *Mitsch*, Jura 2007, 401; *Valerius*, JuS 2007, 319; *Mosbacher*, NSTZ 2007, 665; *Buettner*, ZRP 2008, 124; *Krüger*, NJ 2008, 150.

Nachstellung ist dadurch gekennzeichnet, dass einer anderen Person fortwährend nachgestellt, aufgelauert oder auf andere Weise mit hoher Intensität Kontakt zu ihr gesucht bzw. in ihren individuellen Lebensbereichen eingegriffen wird. Durch ihre Häufigkeit und Kontinuität führen die heterogenen Handlungen des Täters zu unzumutbaren Beeinträchtigungen und einer erzwungenen Veränderung der Lebensumstände des Opfers.

§ 238 StGB hat folgenden Wortlaut:

„§ 238 StGB Nachstellung

(1) Wer einem Menschen unbefugt nachstellt, indem er beharrlich

1. seine räumliche Nähe aufsucht,
2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ihm herzustellen versucht,
3. unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt oder Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen,
4. ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahe stehenden Person bedroht, oder
5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt,

und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahe stehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahe stehenden Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

(4) In den Fällen des Absatzes 1 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.“

§ 238 StGB ist im 18. Abschnitt, der die Straftaten gegen die persönliche Freiheit enthält, eingegliedert. Typische Folge von Stalking-Handlungen ist die massive Beeinträchtigung der Freiheitssphäre des Opfers.³ Diese steht in ihrem Schweregrad der Einschränkung der Freiheit zur Ortsveränderung (§ 239 StGB) nicht nach.⁴ Nicht selten ist die Behinderung der Fortbewegungsfreiheit eine Konsequenz des Täterverhaltens.⁵ Dies rechtfertigt nach Ansicht des Gesetzgebers den Standort des § 238 StGB in unmittelbarem Zusammenhang mit der Freiheitsberaubung (§ 239 StGB).⁶

Umgekehrt ergibt sich nunmehr aus der systematischen Stellung, dass das geschützte Rechtsgut des § 238 StGB die persönliche Freiheit (der Lebensgestaltung) ist.⁷ Denkbar ist aber auch, das geschützte Rechtsgut des § 238 StGB als individuellen Rechtsfrieden⁸ oder die Freiheit von Furcht zu bezeichnen.⁹

II. Grundtatbestand der beharrlichen Nachstellung

Tathandlung ist das unbefugte Nachstellen durch beharrliche unmittelbare und mittelbare Annäherungshandlungen an das Opfer und bestimmte Drohungen. Die Tat muss vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft begangen sein.

1. Einem Menschen nachstellen

Der Begriff des Nachstellens umfasst das Anschleichen, Heranpirschen, Auflauern, Aufsuchen, Verfolgen, Anlocken, Fallen stellen und Treibenlassen durch Dritte. Der Begriff umschreibt alle Handlungen, die darauf ausgerichtet sind, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherungen an das Opfer in dessen persönlichen Lebensbereich einzugreifen und dadurch seine Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen. Das stalkingspezifische Nachstellen ist eine Art psychologische Penetration mit dem Ziel der Erzeugung eines psychischen Derangements beim Opfer.¹⁰ Der Täter drängt sich dem Opfer auf, um einzuschüchtern, Furcht zu erregen, in die Enge zu treiben. Dazu bedient er sich der in Abs. 1 Nr. 1-5 beschriebenen Mittel.

Der Begriff des Nachstellens wird auch in anderen Strafvorschriften wie § 292 StGB¹¹ und § 329 StGB sowie im Gewaltschutzgesetz gebraucht.

2. Unbefugt

Bei dem Merkmal „unbefugt“ handelt es sich um einen zum Tatbestand gehörenden Umstand, der dessen Anwendungsbereich auf die strafwürdigen Fälle beschränkt.¹²

Es stellt zum einen klar, dass ein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis des Opfers den Tatbestand ausschließt. Zum anderen handelt der Täter nicht unbefugt, wenn er sich auf eine Befugnisnorm berufen kann. Der Tatbestand ist nicht erfüllt, wenn auf der Grundlage amtlicher oder privatrechtlich begründeter Befugnisse oder Erlaubnisse gehandelt wird (z.B.: Gerichtsvollzieher). Entsprechendes gilt für die Tätigkeit der Presseorgane, soweit sie sich im Rahmen der verfassungsrechtlich garantierten Pressefreiheit bewegen.

3. beharrlich

Der Begriff „beharrlich“ wird bereits an anderer Stelle im StGB verwendet (§ 56f, § 67g, § 70b, § 184d StGB; auch: § 25 StVG). Die Beharrlichkeit im Sinne von § 184d StGB wird in der Rechtsprechung¹³ und Literatur¹⁴ weitgehend übereinstimmend, wie folgt, verstanden: Beharrlichkeit sei eine nicht nur in der Wiederholung liegende gesteigerte Pflichtwidrigkeit. Beharrliches Zuwiderhandeln setze voraus, dass ein Verbot aus erhöhter Missachtung oder gesteigerter Gleichgültigkeit immer wieder übertreten oder die Bereitschaft hierzu deutlich werde. Erforderlich, aber nicht genügend, sei mindestens ein vorausgehender Verstoß. Grundsätzlich ohne Bedeutung sei eine vorherige Ahndung oder Abmahnung. Auch aus einer Gesamtwürdigung des rechtswidrigen Verhaltens könne sich die Bewertung als beharrlich ergeben.

In dazu übereinstimmender Weise wird der Begriff „beharrlich“ vom Gesetzgeber in § 238 Abs. 1 StGB eingeordnet:¹⁵ Beharrlichkeit ist nicht bereits bei bloßer Wiederholung oder andauerndem Verhalten gegeben. Vielmehr bezeichnet der Begriff eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot, die zugleich die Gefahr weiterer Begehungen indiziert. Eine wiederholte Begehung ist immer Voraussetzung, aber für sich allein nicht genügend. Erforderlich ist vielmehr, dass aus der Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit dem Willen gehandelt wird, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten. Die Beharrlichkeit ergibt sich aus einer Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen. Von Bedeutung ist der zeitliche Abstand zwischen den einzelnen Handlungen und deren innerer Zusammenhang. Darüber hinaus ist die Entwicklung der Handlungen von Beachtung, vor allem, wenn der Täter zu immer belästigenderen Maßnahmen greift, die auf eine fortschreitende Eskalation seines Handelns schlie-

³ BT-Drs. 16/3641, 14.

⁴ BT-Drs. 16/3641, 14.

⁵ BT-Drs. 16/3641, 14.

⁶ BT-Drs. 16/3641, 14.

⁷ So auch: Valerius, JuS 2007, 319 (321); Löhnig, FamRZ 2007, 518 (519); Lackner/Kühl, 26. Aufl., München 2007, § 238 StGB, Rn. 1; Fischer, 55. Aufl., München 2008, § 238 StGB, Rn. 2; schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Kühl (Universität Tübingen) in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages vom 18.10.2006.

⁸ So Mitsch, NJW 2007, 1237 (1238).

⁹ So Kinzig, ZRP 2006, 255 (257).

¹⁰ Mitsch, NJW 2007, 1237 (1238).

¹¹ Vgl. dazu z.B. Fischer, 55. Aufl., München 2008, § 292 StGB, Rn. 11.

¹² Differenzierend: Fischer, 55. Aufl., München 2008, § 238 StGB, Rn. 26; Mitsch, NJW 2007, 1237 (1240).

¹³ Vgl. BGHSt 23, 172 f.; BGH NJW 1991, 2844; BGH NStZ 1992, 595; BGH NJW 1992, 1397 zu § 25 StVG.

¹⁴ Vgl. u.a. Fischer, 55. Aufl., München 2008, § 184d StGB, Rn. 5; Laufhütte in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., Berlin 1995, § 184a StGB, Rn. 4; Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder, 26. Aufl., München 2006, § 184a StGB, Rn. 5.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 16/575, 7.

Ben lassen.¹⁶ Nach dem Verständnis des Gesetzgebers scheint also das Tatbestandsmerkmal „beharrlich“ eine der Schuld (§ 46 StGB) zuzuschlagende Gesinnung zu enthalten.¹⁷

In einem Haftbeschwerdebeschluss vom 14.2.2008 hat sich das LG Lübeck an der Gesetzesbegründung orientiert und ist bei dem Merkmal der Beharrlichkeit davon ausgegangen, dass sie „eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot bezeichnet, die zugleich die Gefahr weiterer Begehungen indiziert“.¹⁸ Dabei lasse sich die Hartnäckigkeit nicht an einer festen Anzahl einzelner Handlungen festmachen.¹⁹ Aus dem Gesetz und der Gesetzesbegründung schließt das LG Lübeck, „dass unter dem Gesichtspunkt des Operschutzes bereits zwei Nachstellungshandlungen ausreichen können, um eine Beharrlichkeit annehmen zu können“.²⁰

Der Nachweis des Tatbestandsmerkmals „beharrlich“ kann sich oftmals als problematisch erweisen.²¹ Dies gilt insbesondere in bezug auf den Nachweis der inneren Gesinnung des Täters. Aus strikt juristischer Sicht mag eine dem Täter bewiesenermaßen erteilte Abmahnung für den Nachweis der Beharrlichkeit sehr empfehlenswert sein; nichtjuristisch gesehen erscheint jedoch die Kontaktaufnahme des Opfers gegenüber dem Täter zum Zwecke der Abmahnung eher kontraproduktiv.

Sozialadäquates Verhalten kann eine Strafbarkeit nach § 238 Abs. 1 StGB nicht begründen. Um ein solches Verhalten handelt es sich etwa bei der zulässigen Ausübung von Rechten, auch wenn sie wiederholt geltend gemacht werden. Der Gesetzgeber versteht ein sozialadäquates Verhalten als nicht beharrlich.²² Unter Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit erfüllen beispielsweise mehrere schriftliche oder telefonische Versuche eines Elternteils, mit dem ehemaligen Partner Kontakt aufzunehmen, um Absprachen über das Umgangsrecht mit einem gemeinsamen Kind zu treffen, das Tatbestandsmerkmal „beharrlich“ nicht. Gleiches gilt für einen gläubiger, der auf diese Weise fällige Zahlungen einmahnt. In der Literatur wird hingegen vertreten, das sozialadäquate Verhalten als nicht unbefugt einzustufen.²³ Da von seinen Rechten jedermann auch „beharrlich“ Gebrauch machen könne, empfehle es sich, den Interessen und Rechten des Handelnden generell ausschließlich beim Merkmal „unbefugt“ Rechnung zu tragen.²⁴

4. Die gesetzlich aufgeführten Handlungsalternativen der Nachstellung

Unter den Nrn. 1–4 werden die nach derzeitigen Erkenntnissen häufigsten Nachstellungshandlungen erfasst. Nr. 5 enthält einen Auffangtatbestand.

Nr. 1 beinhaltet physische Annäherungen an das Opfer wie das Auflauern, Verfolgen, Vor-dem-Haus-Stehen und sonstige häufige Präsenz in der Nähe der Wohnung oder Arbeitsstelle des Opfers („Aufsuchen räumlicher Nähe“). Zu einer Berührung, einem persönlichen Kontakt oder einer Kommunikation muss es nicht kommen. Da § 238 Abs. 1 StGB die Freiheit des Opfers zur persönlichen Lebensgestaltung schützen will, verwirklicht der Täter das Merkmal „Aufsuchen“ bereits dann, wenn seine Gegenwart vom Opfer bemerkt werden kann.²⁵ Maßgeblich sind die Verhältnisse der konkreten Umgebung der Wohnung oder des Arbeitsortes des Opfers. Räumliche Nähe setzt aber nicht notwendig einen Sichtkontakt voraus.²⁶ Das Aufsuchen räumlicher Nähe impliziert, dass Täter und Opfer nicht zusammenleben. Keinen Schutz bietet der Straftatbestand also gegenüber dem Ehe- oder Lebenspartner vor der (auch räumlichen) Trennung. Denn die Aufrechterhaltung der aufgrund der Lebensgemeinschaft bestehenden räum-

lichen Nähe ist kein Aufsuchen.²⁷ Erforderlich ist ein gezieltes Aufsuchen der räumlichen Nähe zum Opfer. Zufällige zeitgleiche Anwesenheit zu anderen Zwecken genügt nicht (z.B.: Warten an einer in der Nähe der Wohnung gelegenen Bushaltestelle, Einkauf im Supermarkt, Besuch eines Kinos oder ähnliches).²⁸

Nr. 2 erfasst beharrliche Nachstellungen durch unerwünschte Anrufe, E-Mails, SMS, Briefe, schriftliche Botschaften an der Windschutzscheibe oder ähnliches („Kontakte durch Kommunikationsmittel“). Auch mittelbare Kontaktaufnahmen über Dritte (z.B. Angehörige, Freunde, Arbeitskollegen) oder Geschenksendungen gehören hierzu. Dass das Opfer auf die Kontaktversuche des Täters reagiert und sich mit ihm in Verbindung setzt, ist nicht erforderlich.²⁹

Nr. 3 erfasst die Kommunikation des Täters unter dem Namen des betroffenen Opfers, beispielsweise bei Bestellungen, durch die Lieferungen an das Opfer veranlasst werden, und Verhaltensweisen, durch die Dritte zu einer Kommunikation mit dem Opfer veranlasst werden („Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen“). Es handelt sich dabei um Fälle, in denen der Täter nicht selbst Kontakt zum Betroffenen aufnimmt, sondern hinter dessen Rücken Einfluss auf sein soziales Umfeld nimmt und andere dazu veranlasst, sich dem Betroffenen gegenüber in bestimmter Weise zu verhalten. Einbezogen werden damit u.a. das Schalten unrichtiger Zeitungsanzeigen und das Bestellen von Waren und Dienstleistungen auf allen denkbaren Kommunikationswegen. So geht es etwa um Annoncen, die durchaus unter dem Namen des Täters in Auftrag gegeben werden können, in denen aber der Name oder sonstige personenbezogene Daten des Opfers verwendet werden, um Dritte zu veranlassen, auf diesem missbräuchlich eröffneten Weg Kontakt aufzunehmen. Beispielsweise kann der Täter eine Kontaktanzeige mit dem Angebot sexueller Dienstleistungen aufgeben und dort die Telefonnummer des Opfers aufführen.

Nr. 4 benennt bestimmte, näher bezeichnete Drohungsvarianten („Bedrohungen“).

Nr. 5 stellt einen Auffangtatbestand zu dem als Erfolgsdelikt mit vier konkret bezeichneten Handlungsalternativen ausgestalteten Grundtatbestand des § 238 Abs. 1 Nrn. 1–4 StGB dar. Ein Auffangtatbestand vermeidet grundsätzlich Strafbarkeitslücken für solche Verhaltensweisen, die sich nicht unter eine der vorgesehenen Fallgruppen einordnen lassen, und ermöglicht, künftigen technischen Entwicklungen und der typischen Vielfaltigkeit des Stalkings überhaupt Rechnung zu tragen.

Ein Auffangtatbestand birgt allerdings auch die Gefahr der Unbestimmtheit des Straftatbestandes, die nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB verfassungsrechtlich unzulässig ist. Der Gesetzgeber sieht allerdings keine durchgreifenden Bedenken.³⁰ Er verweist zum einen darauf, dass das StGB bereits Auffangtatbestände enthalte (vgl. § 315 StGB, § 315b StGB).³¹ Zum anderen handele es sich um eine verfassungsrechtlich zulässige, gesetzlich angeordnete innertatbestandliche Analogie.³² Denn die Auslegung des Auffangtatbestandes habe sich an den anderen vier konkret beschriebenen Handlungsalternativen des § 238 Abs. 1 Nrn. 1–4 StGB zu orientieren.³³ Für den Auffangtatbestand bedürfe es sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht einer vergleichbaren Schwere des Eingriffs.³⁴

Dennoch könnte sich § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB deshalb als zu unbestimmt erweisen, weil eine einschränkende Auslegung der Tathandlungen der Nr. 1–4, auf die sich Nr. 5 bezieht, kaum möglich erscheint.³⁵

5. Schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung

Vom Tatbestand des § 238 Abs. 1 StGB werden nur schwerwiegende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung erfasst.

¹⁶ Valerius, JuS 2007, 319 (322).

¹⁷ Vgl. dazu die schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Kühl (Universität Tübingen) in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages vom 18.10.2006; Mitsch, NJW 2007, 1237 (1240); siehe aber auch Lackner/Kühl, 26. Aufl., München 2007, § 238 StGB, Rn. 3.

¹⁸ LG Lübeck v. 14.2.2008 – 2 b Qs 18/08 SchIHA 2008, 213, besprochen von Jahn in JuS 2008, 553.

¹⁹ LG Lübeck v. 14.2.2008 – 2 b Qs 18/08.

²⁰ LG Lübeck v. 14.2.2008 – 2 b Qs 18/08; so auch: Fischer, 55. Aufl., München 2008, § 238 StGB, Rn. 20.

²¹ So auch: Lackner/Kühl, 26. Aufl., München 2007, § 238 StGB, Rn. 3.

²² BT-Drs. 16/575, 7.

²³ Valerius, JuS 2007, 319 (322).

²⁴ Valerius, JuS 2007, 319 (322); vgl. auch Mitsch, NJW 2007, 1237 (1240).

²⁵ Valerius, JuS 2007, 319 (321).

²⁶ Fischer, 55. Aufl., München 2008, § 238 StGB, Rn. 12; str.

²⁷ Mitsch, NJW 2007, 1237 (1238 f.).

²⁸ Fischer, 55. Aufl., München 2008, § 238 StGB, Rn. 13a: Zufällig Annäherungen scheiden schon mangels Vorsatz aus.

²⁹ Valerius, Jus 2007, 319 (321).

³⁰ Vgl. BT-Drs. 16/3641, 14.

³¹ BT-Drs. 16/3641, 14.

³² BT-Drs. 16/3641, 14.

³³ BT-Drs. 16/3641, 14.

³⁴ BT-Drs. 16/3641, 14.

³⁵ Zum selben Ergebnis mit ausführlicher Begründung kommt: Fischer, 55. Aufl., München 2008, § 238 StGB, Rn. 6–6c.

Die Tathandlungen müssen zu einer objektivierbaren Beeinträchtigung geführt haben. Für die meisten Opfer ist eine primäre Folge der Nachstellungen eine erzwungene Veränderung ihrer Lebensumstände. Das durch das Verhalten des Täters psychisch beeinträchtigte Opfer, das sich in die Enge getrieben, ständig beobachtet, gejagt und bedroht fühlt, kann wegen der beharrlichen Nachstellungen nicht mehr so leben wie zuvor. Es sieht sich gezwungen, auf die aufgedrängte permanente unmittelbare oder mittelbare Konfrontation mit dem Täter durch Veränderung seiner Lebensgestaltung zu reagieren. Beispielsweise ist die unbefangene Benutzung von Kommunikationsmitteln, etwa die Entgegennahme von Anrufen oder Briefen, nicht mehr möglich und führt dazu, dass alle eingehenden Anrufe auf einen Anrufbeantworter umgeleitet oder die Telefonnummer sowie die E-Mail-Anschrift geändert werden müssen. Des Weiteren ist die typische Folge, dass das Opfer die Wohnung nur noch unter Schutzvorkehrungen und schließlich nur noch selten verlässt, bestimmte Orte meidet, seine sozialen Kontakte einschränkt und sich im Extremfall zu einem Wohnungs- und/oder einem Arbeitsplatzwechsel gezwungen sieht.

Die Beeinträchtigungen müssen schwerwiegend sein. Ausgeschieden werden dadurch weniger gewichtige Maßnahmen der Eigenvorsorge, wie beispielsweise die Benutzung eines Anrufbeantworters und die Einrichtung einer sogenannten Fangschaltung zum Zwecke der Beweissicherung.³⁶ Weitergehende Schutzvorkehrungen des Opfers, wie etwa das Verlassen der Wohnung nur noch in Begleitung Dritter und ein Wechsel des Arbeitsplatzes oder der Wohnung, sind als schwerwiegend anzusehen. Der Begriff „schwerwiegend“ wird in der Rechtsordnung vielfach verwendet (z.B.: § 218a StGB). Die dazu bereits entwickelte Rechtsprechung kann für die Auslegung in § 238 Abs. 1 StGB als Hilfestellung herangezogen werden. Erfasst werden mit dem Begriff „schwerwiegend“ im konkreten Kontext ins Gewicht fallende, gravierende und ernst zu nehmende Beeinträchtigungen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen erheblich und objektivierbar hinausgehen.

6. Dadurch

Zwischen der Nachstellung in den Formen der Nr. 1-5 und der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung muss ein Kausalitätsverhältnis bestehen. Die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung muss auf der beharrlichen Nachstellung beruhen.

7. Antragsdelikt des § 238 Abs. 1 StGB

Der Grundtatbestand des § 238 Abs. 1 StGB ist als relatives Antragsdelikt ausgestaltet. Seinem Wesen nach ist der Antrag eine Prozessvoraussetzung. Die Straftat wird nach § 238 Abs. 4 StGB nur verfolgt, wenn entweder der durch die Straftat Verletzte die Strafverfolgung beantragt oder aber die Strafverfolgungsbehörden wegen des besonderen öffentlichen Interesses ein Einschreiten von Amts wegen für geboten halten. Die Strafverfolgung hängt damit in der Regel von einer Entscheidung des Opfers ab. Meistens kann nur der Betroffene selbst Art, Umfang und Intensität der Handlungen und ihrer Auswirkungen darstellen und einschätzen, ob er sich den Belastungen, die mit der Durchführung eines Strafverfahrens verbunden sind, stellen will. Das Antragserfordernis entfällt, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an einer Strafverfolgung besteht. Das besondere öffentliche Interesse wird bei gravierenden, namentlich den Rechtsfrieden über den Bereich der Beteiligten hinaus berührenden Taten sowie insbesondere auch dann anzunehmen sein, wenn die Vermutung nahe liegt, das Tatopfer werde aus Angst oder Einschüchterung auf eine Antragstellung verzichten oder den Antrag unter dem Einfluss des Täters zurücknehmen.³⁷

III. Qualifikationstatbestand des § 238 Abs. 2 StGB

§ 238 Abs. 2 StGB ist ein Qualifikationstatbestand zu dem Grundtatbestand des § 238 Abs. 1 StGB. Die Qualifikation betrifft

Fälle, in denen der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine anderen dem Opfer nahestehende Person durch eine Tat des § 238 Abs. 1 StGB in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt. Nach Ansicht des Gesetzgeber erfordert der gesteigerte Unrechts- und Schuldgehalt der Taten einen erhöhten Strafrahmen.

Die Gefahr des Todes oder die Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung müssen konkret vorliegen. § 238 Abs. 2 StGB ist insoweit ein konkretes Gefährdungsdelikt. Nicht ausreichend ist damit, dass die Tathandlung abstrakt geeignet ist, eine Gefahr herbeizuführen. Eine konkrete Gefahr des Todes bzw. der schweren Gesundheitsschädigung liegt vor, wenn eine auf Tatsachen gegründete Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses gegeben und der Schadenseintritt wahrscheinlicher gewesen ist als sein Ausbleiben.

Der Begriff der schweren Gesundheitsschädigung wird bereits an anderer Stelle im StGB verwendet (vgl. §§ 218, 225, 235, 239, 306b StGB). Zur Begriffsbestimmung kann v.a. auf die zu § 306b StGB³⁸ bereits entwickelte Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Der Begriff der schweren Gesundheitsschädigung reicht weiter als der Begriff der schweren Körperverletzung im Sinne des § 226 StGB; er umfasst daneben insbesondere auch langwierige ernsthafte Erkrankungen sowie den Verlust oder die erhebliche Einschränkung im Gebrauch der Sinne, des Körpers und der Arbeitsfähigkeit.³⁹

IV. Erfolgsqualifikation des § 238 Abs. 3 StGB

§ 238 Abs. 3 StGB normiert eine Erfolgsqualifikation für die Verursachung des Todes. Der Täter verursacht den Tod etwa auch, wenn das Opfer, ein Angehöriger des Opfers oder eine andere dem Opfer nahestehende Person in den Selbstmord getrieben wird oder auf der Flucht vor dem nachstellenden Täter zu Tode kommt.

V. Erweiterung der Untersuchungshaft, § 112a StPO

Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr gemäß § 112a StPO wird in seinem Straftatenkatalog um die qualifizierten Tatbestände des § 238 Abs. 2 und 3 StGB erweitert. Für eskalierende Fallkonstellationen ist deshalb die Möglichkeit eröffnet, besonders gefährliche Täter in Haft zu nehmen, um dadurch vorhersehbare schwersten Straftaten gegen Leib und Leben vorzubeugen.

In den Fällen, in denen der Täter für das Opfer oder eine diesem nahe stehenden Person eine konkrete Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung herbeigeführt hat und die übrigen Voraussetzungen des § 112a StPO vorliegen, ist die Anordnung von Untersuchungshaft ein zulässiges und erforderliches Mittel, um angemessenen Schutz für außergewöhnlich stark betroffene Stalking-Opfer zu gewährleisten.⁴⁰ In diesen Fällen besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass weitere gravierende Straftaten mit der Gefahr massiver Schädigungen der Opfer drohen.⁴¹

Über den Haftgrund der Wiederholungsgefahr nach § 112a Abs. 1 Nr. 1 StPO kann der Täter jedoch nicht in Haft genommen werden, um die erstmalige Verwirklichung des Straftatbestandes nach § 238 Abs. 2 oder 3 StGB durch den Stalking-Täter zu verhindern bzw. einer derartigen Gefahr vorzubeugen. Denn § 112a Abs. 1 StPO hat zur Voraussetzung, dass der Stalking-Täter einer bereits begangenen Tat nach § 238 Abs. 2 oder 3 StGB dringend verdächtig ist. Erst nach diesem Zeitpunkt kann sich die Gefahr einer Wiederholung oder Fortsetzung ergeben, die zu einem Haftgrund nach § 112a Abs. 1 StPO führen kann.

Dies stellt den praktischen Nutzen der Deeskalationshaft bei Stalking in Frage.

VI. Nebenklage und Privatklage

Für Straftaten nach § 238 StGB ist die Nebenklage eröffnet (§ 395 Abs. 1 Nr. 1e StPO). Dies bringt den Vorteil, dass die durch

³⁸ Vgl. Fischer, 55. Aufl., München 2008, § 306b StGB, Rn. 4.

³⁹ Vgl. Fischer, 55. Aufl., München 2008, § 306b StGB, Rn. 4.

⁴⁰ BT-Drs. 16/3641, 15.

⁴¹ BT-Drs. 16/3641, 15.

³⁶ So BT-Drs. 16/575, 8.

³⁷ Fischer, 55. Aufl., München 2008, § 238 StGB, Rn. 38.

die Straftat verletzte Person mit eigenen prozessualen Befugnissen Vorwürfen und Schuldzuweisungen des Angeklagten entgegenzutreten kann, die bei diesem Straftatbestand typischerweise häufig vorliegen. Die Beordnung eines Rechtsanwaltes für die Nebenklage über § 397a Abs. 1 StPO kommt regelmäßig nicht in Betracht.⁴²

§ 238 Abs. 1 StGB ist als Privatklagedelikt ausgestaltet und aus diesem Grunde in § 374 Abs. 1 Nr. 5 StPO aufgezählt. Die Staatsanwaltschaft verfolgt eine Straftat nach § 238 Abs. 1 StGB damit nur, wenn sie im allgemeinen öffentlichen Interesse liegt.

⁴² Der Bundesrat schlägt in einem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes der Opfer von Zwangsheirat und schwerem „Stalking“ Erweiterungen zu den Beordnungsmöglichkeiten in § 397a Abs. 1 StPO vor, denen die Bundesregierung im Grundsatz zustimmt (vgl. BT-Drs. 16/9448).

VII. Fazit

§ 238 StGB schließt eine bisher vermeintlich bestehende Strafbarkeitslücke. Die Vorschrift bleibt allerdings nicht ohne verfassungsrechtliche Bedenken, was ihre Akzeptanz einschränken mag. § 238 StGB ist zurückhaltend ausgestaltet; eine wesentliche Schranke für ein strafbares nachstellendes Verhalten ergibt sich aus den Merkmalen „beharrlich“ und „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“. Der Nachweis beider Merkmale wird die meisten Probleme aufwerfen. Die Rechte des Opfers werden durch § 238 StGB nicht allein geschützt. Der Schutz vor Stalking erfolgt weiterhin – in erster Linie (?) – auf zivilrechtlicher Ebene (Stichworte: Gewaltschutzgesetz, einstweilige Verfügung, Schadensersatz, Schmerzensgeld).⁴³

⁴³ Vgl. dazu u.a.: von Pechstaedt, NJW 2007, 1233; Löhnig, FamRZ 2007, 518; Keiser, NJW 2007, 3387.

II. Amtliche Veröffentlichungen

Leitlinien für gerichtliche Mediation beim Schleswig-Holsteinischen Obergericht (Neufassung Juli 2008)

1. **Mediation** als eine von mehreren Formen der Konfliktbewältigung und -lösung ist wegen ihrer Erfolge in vielen unterschiedlichen Bereichen zwischenmenschlicher Streitfälle anerkannt. Ihre Akzeptanz beruht vor allem darauf, dass sie zu Lösungen führt, die das Ergebnis autonomer Entscheidungen der Streitenden selbst sind und sich deshalb in besonderem Maße als „befriedend“ und „nachhaltig“ erweisen.

2. Schon diese positiven Konsequenzen rechtfertigen es, Mediation als alternative Methode der Konfliktlösung auch vor den staatlichen Gerichten anzubieten. Die einschlägigen Prozessordnungen eröffnen hierzu bereits nach dem geltenden Recht Wege. Insbesondere kann das Gericht nach § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO n.F. die Parteien für eine Güteverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen oder gemäß § 278 Abs. 5 Satz 2 und 3 ZPO n.F. den Parteien auch eine gerichtliche Streitschlichtung außerhalb des Prozessverfahrens vorschlagen – die Begründung des Gesetzentwurfs nennt ausdrücklich Mediation – und für deren Dauer das Ruhen des Prozessverfahrens anordnen. Diese Gesetzeslage ist Anknüpfungspunkt auch für das Projekt gerichtlicher Mediation.

Unter „gerichtlicher Mediation“ (auch „Gerichtsmediation“ oder „gerichtsnahe Mediation“ genannt) wird hierbei eine Mediation verstanden, die bei anhängigem gerichtlichen Verfahren auf der Basis des dort erfolgten Sachvortrags und unter vorläufigem Ruhen dieses Verfahrens durchgeführt und von Richter/innen als Mediator/innen begleitet wird. Sie setzt grundsätzlich eine Begleitung der Verfahrensbeteiligten durch rechtskundigen Beistand – insbesondere durch Rechtsanwälte – voraus. Diesen obliegt die rechtliche Beratung ihrer Mandanten.

3. Zum Verständnis der gerichtlichen Mediation ist – insbesondere in Abgrenzung zur richterlichen Güteverhandlung und zum richterlichen Vergleichsgespräch – auf folgende **Grundprinzipien** hinzuweisen:

a) Jede Mediation setzt voraus, dass sich die streitenden Beteiligten einschließlich ihrer an der Mediation zu beteiligenden Prozessbevollmächtigten diesem Verfahren *freiwillig*, also ohne jeglichen Zwang und mit positiver Erwartungshaltung stellen. Es darf zu keiner Zeit der Eindruck entstehen, dass die Bereitschaft zu einem Mediationsverfahren oder gar dessen vom Verhalten der Beteiligten abhängiger Erfolg in irgend einer Weise Einfluss auf den Fort- bzw. Ausgang des gerichtlichen Streitverfahrens hat. Daraus folgen zwei weitere Prinzipien:

b) Die Mediationsverhandlung muss *absolut vertraulich* ablaufen; ein Inhaltsprotokoll wird nicht erstellt. Die Nichtverwertung der in ihr getätigten Äußerungen der Parteien im streitigen Verfahren ist mit den Beteiligten anzusprechen und – soweit hierzu rechtliche Mittel zur Verfügung stehen – durchzusetzen.

c) Die/der richterliche Mediator/in *darf in keiner Weise am streitigen Verfahren beteiligt* sein. Sie/er darf nicht Entscheider/in im streitigen Verfahren sein, aber auch nicht als Zeugin oder Zeuge über den Inhalt der Mediationsverhandlung vernommen werden (s. o.). Eine auto-

nome Konfliktbearbeitung durch die Beteiligten ist nur möglich, wenn diese sich – anders als bei einem richterlichen Vergleichsgespräch – wirklich von der Pflicht befreit fühlen können, bei der/dem Entscheider/in einen „guten Eindruck“ machen zu müssen.

d) Die Mediation bezweckt, den Parteien eine Wiederaufnahme der durch die Konflikteskalation unterbrochenen Kommunikation zu ermöglichen.

Anders als das streitige Verfahren orientiert sich Mediation nicht an den Rechtspositionen, sondern an den *Interessen der Beteiligten*. Der Gang des Verfahrens wird daher auch vorrangig durch diese bestimmt und nicht durch die Maßstäbe der staatlichen Rechtsordnung.

Gleichwohl ist es im Rahmen gerichtlicher Mediation Aufgabe der Mediatorin oder des Mediators, bei der Durchführung der Mediation für einen *fairen Ablauf* zu sorgen und im Falle einer gütlichen Einigung für eine rechtsbeständige Fassung eines protokollierten Vergleichs. Sind diese Ziele gefährdet, bricht die/der Mediator/in die gerichtliche Mediation ab.

4. Grundsätzlich sind alle Streitigkeiten mediationsgeeignet, wenn beide Parteien sich diesem Verfahren freiwillig stellen. Denn so komplex und vielfältig Grund oder Anlass für zwischenmenschliche Konflikte sein können, können auch die Strategien zu deren Lösung sein. Daher kann grundsätzlich keine Art oder Gruppe von Streitigkeiten als für die gerichtliche Mediation ungeeignet ausgeschlossen werden. Dies gilt auch für das Rechtsmittelverfahren, weil und soweit der bisherige Verfahrensgang nicht zu der von den Beteiligten erwünschten Klarheit und/oder Befriedung geführt hat. Allerdings sind einer erfolgreichen Mediation in der Regel solche Streitigkeiten eher zugänglich, bei denen hinter dem vordergründig „juristisch“ geführten Rechtsstreit ein komplexeres Paket zwischenmenschlicher Zerstrittenheit aus psychologischen, soziologischen oder anderweitigen (auch ökonomischen) Gründen steht, die im Prozess allenfalls flüchtig angesprochen worden sind und die in einem streitigen Gerichtsverfahren nicht „abgearbeitet“ werden können.

Einen Gegenpol bilden Streitigkeiten, in denen den Beteiligten – insbesondere institutionellen Beteiligten – vorrangig an der Klärung der Rechtslage gelegen ist.

5. Das Mediationsangebot des Schleswig-Holsteinischen Obergerichts orientiert sich an der Vorgabe folgenden Rahmens:

a) Von den Zivil- und Familiensenaten werden die Verfahren der Mediationsabteilung z.Hd. des Koordinators zugeleitet, in denen entweder alle Beteiligten eine gerichtliche Mediation wünschen oder die als mediationsgeeignet erscheinen.

Bei neu eingehenden Berufungen sollte diese Aktenvorlage frühestens nach Eingang der Berufungsbegründung – etwa parallel zur Setzung einer Berufungserwidlungsfrist – erfolgen, spätestens aber nach der Entscheidung, ein Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO nicht durchzuführen. Im Einzelfall kann eine Mediation aber auch nach Absprache parallel zu einem Verfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO durchgeführt werden, wenn die Berufung zwar keine Aussicht auf Erfolg hat, aber angesichts der erkennbaren Interessenlage der Parteien eine gütliche Einigung geboten erscheint. Über Prozesskostenhilfesuche hat der für das Streitverfahren zuständige Senat grund-

sätzlich vor Abgabe an die Mediationsabteilung zu entscheiden. In Ausnahmefällen kann nach Absprache mit den Prozessbevollmächtigten die Entscheidung über das Prozesskostenhilfesuch für die Dauer des Mediationsverfahrens zurückgestellt werden.

b) Zur Erfassung der Mediationsverfahren, der Verteilung der Akten auf die Mediatoren/innen und zur Unterstützung bei der Durchführung der Mediationssitzungen wird eine Mediationsabteilung eingerichtet.

c) Der Koordinator der Mediationsabteilung bestimmt den zuständigen Mediator. Die/der zuständige Mediator/in nimmt anschließend Kontakt zu den Prozessbevollmächtigten auf, um ihnen eine Mediation anzubieten. Sind beide Parteien mit einer Mediation einverstanden, wird dies in der Hauptakte vermerkt. In der Mediationsabteilung wird danach ein AR-Sonderheft (ähnlich einem PKH-Sonderheft) angelegt.

d) Die Verfahrensakte wird kurz dem zur Streitentscheidung zuständigen Zivil- oder Familiensenat überlassen, damit dieser einen Beschluss über das Ruhen des Verfahrens gemäß den §§ 525 Satz 1, 278 Abs. 5 Satz 1, 251 ZPO oder in FGG- Verfahren über die Aussetzung des Verfahrens gemäß §§ 621a Abs. 1 ZPO, 52 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 FGG erlassen kann.

e) Die/der Mediator/in bestimmt nach Absprache mit allen Beteiligten kurzfristig einen Mediationstermin und führt die (im Regelfall nicht länger als zwei- bis vierstündige) Verhandlung durch.

f) Über den Inhalt der Mediationsverhandlung wird - auch zum Sonderheft - kein Inhaltsprotokoll erstellt.

g) Der weitere Verfahrensgang hängt vom Erfolg der Mediation ab:

- Wenn die Mediation erfolgreich ist und zu einem ausformulierten Vergleichstext führt und die/der Mediator/in von dem abgebenden Senat oder dessen Einzelrichter/in hierzu ermächtigt ist, so wird die/der Mediator/in in ihrer/seiner Eigenschaft als ersuchte/r Richter/in - mit Zustimmung der Parteien unter einzuholendem Verzicht auf die Ladungsfrist - die Sache zur Güteverhandlung aufrufen (§§ 525 Satz 1, 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO) und in deren Rahmen sodann eine kurze Erörterung durchführen sowie einen gerichtlichen Vergleich (§§ 525 Satz 1, 160 Abs. 3 Nr. 1, 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) protokollieren, was natürlich eine anwaltliche Vertretung beider Parteien im Termin voraussetzt. Dies geschieht in der Form einer normalen Sitzungsniederschrift nach den §§ 159 ff ZPO durch den ersuchten Richter zur Verfahrensakte. Eine Ausfertigung der Sitzungsniederschrift verbleibt im Sonderheft. Die Verfahrensakte ist sodann - soweit noch erforderlich - dem/der zuständigen Zivilsenat/Einzelrichter/in zur Abschlussverfügung (Streitwertfestsetzung, Kosten pp.) zurückzugeben. Natürlich werden Streitwertvorstellungen der Parteien bereits in der Mediationssitzung zu Protokoll genommen.

- Wünschen die Beteiligten - bei inhaltlicher Einigung, also erfolgreicher Mediation - in der Mediationssitzung eine andersartige Erledigung (z. B. Klagerücknahme, beiderseitige Erledigungserklärung, Anerkenntnis, Verzicht u. ä., aber auch etwa die Protokollierung eines abzuschließenden Vergleichs vor der/dem ordentlichen Senat/Einzelrichter/in) oder soll die Mediation auf Wunsch der Beteiligten ausnahmsweise in einem weiteren Termin fortgesetzt werden, so ist dem selbstverständlich Rechnung zu tragen. Die/der Mediator/in wird in Abstimmung mit den Beteiligten das inhaltliche Ergebnis der bisherigen Mediationsverhandlung im Sonderheft schriftlich dokumentieren und ggf. die Verfahrensakte mit einer Ausfertigung dieses Vermerks an den/die zuständigen Zivilsenat/Einzelrichter/in zur weiteren Verwendung zurückreichen.

- Führt die Mediation zu keinem Ergebnis, so ist über deren Verhandlungsablauf nichts zu dokumentieren, auch nicht im Sonderheft. Allerdings wird aus Kostengründen (Anfall der Anwaltsgebühren) gleichwohl ein Aufruf der Sache und die Protokollierung einer Sacherörterung im Rahmen einer Güteverhandlung erfolgen müssen. Die/der Mediator/in wird sodann die Verfahrensakte an den für die Entscheidung zuständigen Senat mit einem möglichst neutral formulierten Vermerk (etwa: „Die Mediation blieb ohne Erfolg“ oder „...ist gescheitert“) zur Fortsetzung des Prozesses zurückgeben.

Die Sonderhefte verbleiben in der Mediationsabteilung. Es gilt eine Aufbewahrungsfrist von 5 Jahren.

Änderung der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi)

Bek. d. MJAE v. 20. August 2008 – II 313/1430 – 89 SH – (SchlHA 2008 S. 305)

Die Landesjustizverwaltungen und das Bundesministerium der Justiz haben Änderungen der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi) vom 1. Juni 1998 (Allgemeine Verfügung vom 18. Mai 1998 – II 340 b/1430 – 83 SH – <SchlHA S. 210>, zuletzt geändert durch Allgemeine Verfügung vom 7. August 2007 – II 313/1430 – 89 SH – <SchlHA S. 369>) vereinbart. Die Änderungen treten für das Land Schleswig-Holstein am 1. Oktober 2008 in Kraft. Sie gehen den Justizbehörden und sonstigen Beziehern der Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen in Form einer Ergänzungslieferung zu der bestehenden Loseblattsammlung demnächst zu und sind im Bundesanzeiger veröffentlicht.

III. Personalnachrichten

Oberlandesgericht

Versetzt: Justizsekretärin z. A. *Katrin Bösel* vom Oberlandesgericht Schleswig an das Amtsgericht Flensburg.

Versetzung in den Ruhestand: Justizhauptsekretärin *Waltraud Naeve*.

Gerichte

Ernannt: zum Direktor des Amtsgerichts: Richter am Amtsgericht – stvDir – Dr. *Wolf Reinhard Wrege*, Amtsgericht Norderstedt.

Zur Richterin am Amtsgericht: Richterin *Antje Hentschel*, Amtsgericht Schleswig; Richterin *Halina Lindemann*, Amtsgericht Elmsborn; Richterin *Andrea Soltau*, Amtsgericht Niebüll.

Zum Richter am Amtsgericht: Richter *Sven Naumann*, Amtsgericht Schleswig; Richter *Sönke Otto*, Amtsgericht Kiel; Richter *Felix Spangenberg*, Amtsgericht Lübeck.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Ramona Panster*, Amtsgericht Kiel.

Zur Justizinspektorin: Justizinspektorin z. A. *Anja Pfeifer*, Amtsgericht Kiel; *Anja Pankow*, Amtsgericht Pinneberg.

Zum Justizobersekretär: Justizsekretär *Daniel Müller*, Amtsgericht Eckernförde.

Zum Justizsekretär: Erster Justizhauptwachtmeister *Heinz Hansen*, Amtsgericht Ahrensburg.

Versetzt: Justizamtfrau *Martina Schumacher* vom Amtsgericht Kiel an das Amtsgericht Schöneberg; Justizoberinspektor *Thomas Staack* vom Landgericht Lübeck an die Staatsanwaltschaft Düsseldorf; Justizsekretärin z. A. *Mareike Bruhns* vom Amtsgericht Itzehoe an das Amtsgericht Lübeck; Justizsekretärin *Jessica Kuchlenz* vom Amtsgericht Flensburg an das Amtsgericht Kiel.

Versetzung in den Ruhestand: Vorsitzende RichterIn am Landgericht *Hedda Peters*, Landgericht Itzehoe.

Eintritt in den Ruhestand: Direktorin des Amtsgerichts *Heide Klarmann*, Amtsgericht Norderstedt, Richter am Amtsgericht *Ernst Trupke*, Amtsgericht Schleswig, Richter am Amtsgericht *Heinz Winkler*, Amtsgericht Lübeck; Justizoberamtsrätin *Gudrun Felder*, Amtsgericht Lübeck; mit Ablauf des Monats Mai 2008: Justizamtsrat *Bernhard Sillies*; Landgericht Itzehoe

Verstorben: Justizamtmann *Jens Kälcke*, Amtsgericht Ratzeburg.

Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: zur RichterIn am Sozialgericht: RichterIn *Katrin Gebhardt*, Sozialgericht Kiel, z.Zt. abgeordnet an das MJAE; zum

Richter am Sozialgericht: Richter *Dr. Andy Groth*, Sozialgericht Schleswig, z.Zt. abgeordnet an das Bundessozialgericht in Kassel.

Schl. Holst. Oberverwaltungsgericht

Versetzung in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht *Wolfgang Kastens*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht in Schleswig.

Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zur Staatsanwältin: Richterin *Jana Bewersdorff* (Staatsanwaltschaft Itzehoe).

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Verena Krühsel*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zur Justizinspektorin: Justizinspektorin z. A. *Sandra Rich*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Zur/m Justizsekretär/in: Justizsekretärin z. A. *Anika Heugen*, Staatsanwaltschaft Lübeck; Justizsekretär z. A. *Dirk Frank*, Staatsanwaltschaft Flensburg; Justizsekretär z. A. *Torge Reusch*, Staatsanwaltschaft Flensburg; Justizsekretärin z. A. *Julia Blüher*, Staatsanwaltschaft Lübeck; Justizsekretär z. A. *Hauke Jürgens*, Staatsanwaltschaft Kiel; Justizsekretärin z. A. *Ramona Meigut*, Staatsanwaltschaft Lübeck.

Zum Justizobersekretär: Justizsekretär *Finn Hellmund*, Staatsanwaltschaft Flensburg.

Versetzt: Staatsanwalt *Kai Thomas Breas* von der Staatsanwaltschaft Kiel in den Geschäftsbereich des Niedersächsischen Justizministeriums.

Vollzugsanstalten

Versetzt: Zum 1. Juni 2008 an die Jugendanstalt Schleswig – Teilanstalt Neumünster –: Justizobersekretär *Jörg Wascher*, Justizvollzugsanstalt Itzehoe.

Die zweite Staatsprüfung für Juristen bestanden

im Monat Juni/Juli 2008: *Alexi Roll*, Hamburg; *Nathalie Jäger*, Hamburg; *Dr. Gönke Christin Jacobsen*, Kiel; *Michael Karschau*, Kiel; *Johanna Schubring*, Glückstadt; *Markus Sawade*, Itzehoe; *Dr. Finn Hansen-Kohlmorgen*, Kiel; *Silke Nehring*, Flensburg; *So-Nyeo Bühlow*, Kiel; *Marzena Paszkowska*, Hamburg; *Michael Schönberger*, Aachen; *Niki Ruge*, Kiel; *Lars Jessen*, Husby; *Nina Graefe*, Kiel; *Matthias Prange*, Heide; *Nina Ratajczyk*, Hamburg; *Antje Bentzien*, Kiel; *Dr. Jan Frederik Reese*, Kiel; *Lars Primke*, Flensburg; *Kristina Drissner*, Kiel; *Jaqueline Weinberg*, Kiel; *Björn Leonhardt*, Kiel; *Christoph Neve*, Kiel; *Ulf Schönenberg-Wessel*, Lilienthal; *Gode Willemer*, Hamburg; *Dr. Julia Schwalm*, Lübeck; *Judith Nachtigall*, Kiel; *Olga Ermolina*, Hamburg; *Martin Hempel*, Kiel; *Tilmann Scheinert*, Kiel; *Olaf Pawlitzki*, Kiel; *Kirsten-Inga Wiebe*, Kiel; *Olga Pivunova*, Hamburg; *Patrick Merkle*, Rastede; *Charif El-Abadi*, Hamburg; *Leif Peterson*, Kiel; *Lars-Oliver Brandt*, Kiel; *Simeon Saß*, Kiel; *Kai Vogel*, Kiel; *Janina Hagen*, Kiel; *Anne-Christin Heinrich*, Kiel; *Christian Trupke*, Hamburg; *Christine Gottesbühren*, Kiel; *Mareike Schween*, Hamburg; *Claudia Stiehler*, Lübeck; *Annelie Seide*, Kiel; *Birgit Meyer*, Klensby; *Jurkea Wachendorf*, Kiel; *Matthias Rampp*, Berlin; *Doreen Göcke*, Mühlenbek; *Dr. Edwin Schulz*, Kiel; *Patrick Schäfer*, Kiel; *Lennart Magnussen*, Steinberg; *Christine Erichsen*, Kiel.

IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJAE vom 4. September 2008 – II 332/5112 E Arb – 123 – (SchIHA 2008 S. 306)

Im richterlichen Dienst der Arbeitsgerichtsbarkeit des Landes Schleswig-Holstein ist Anfang 2009 eine Stelle für

eine Richterin oder einen Richter im Richterverhältnis auf Probe – BesGr. R 1 BBesO –

neu zu besetzen. Eventuell steht eine zweite Stelle zur Verfügung.

Erwartet werden grundsätzlich zwei mit Prädikat (mindestens 9 Punkte) abgeschlossene Staatsexamina sowie vertiefte arbeitsrechtliche Kenntnisse, die das besondere Interesse an einer richterlichen Tätigkeit in der Arbeitsgerichtsbarkeit belegen.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 17. Oktober 2008.

Sie sind zu richten an das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendam 35, 24103 Kiel.

Wegen der Bewerbungsmodalitäten wird auf die Internetseite des Ministeriums www.mjae.schleswig-holstein.de (-> Justiz -> Justizberufe -> Einstellung in den höheren Justizdienst) verwiesen.

Bek. d. MJAE vom 5. September 2008 – II 332/5112 E a – 1742 – (SchIHA 2008 S. 306)

1. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Landgericht bei dem Landgericht Flensburg,

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

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchIHA 1970 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchIHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 31. Oktober 2008.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift.

2. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

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

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

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

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

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchIHA 1970 S. 206 – in Ver-

bindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchlHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 31. Oktober 2008.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

3. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

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

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

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchlHA 1970 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchlHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 31. Oktober 2008.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB § 488; ZPO § 563 II

- 1. Die Bindungswirkung des Berufungsgerichts nach § 563 Abs. 2 ZPO entfällt, wenn das Revisionsgericht selbst seine der Aufhebung und Zurückverweisung zugrunde liegende Rechtsauffassung später ausdrücklich aufgibt und diese Änderung bekannt gibt.**
- 2. Schadensersatzanspruch des Kreditnehmers gegen den Kreditgeber bei institutionalisiertem Zusammenwirken der kreditgebenden Bank mit den Initiatoren des finanzierten Objekts wegen widerleglich vermuteten Wissens von deren arglistigen Täuschung, wenn die unrichtigen Angaben der Initiatoren für die Bank objektiv evident sind (hier: Der tatsächlich von den Initiatoren für das Objekt aufgewandte Kaufpreis lag um 46 % unter dem im Kaufvertrag und im Prospekt angegebenen Preis)**

SchlHOLG, 5. Zivilsenat, Urteil vom 25. Oktober 2007, 5 U 196/00, – Te.

Die Kl.in, eine Bank, nimmt die Bekl. auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch, mit welchem diese ihre Beteiligung an einer die Investition in eine Ost-Immobilie betreffende Publikums-Gesellschaft finanziert haben. Die Bekl. verweigern die Rückzahlung unter Hinweis auf eine Falschberatung und verlangen widerklagend Rückzahlung der auf den Darlehensvertrag geleisteten Zinsen und Rückabtretung der aus einer Kapital- und Lebensversicherung auf die Kl.in übertragenen Ansprüche.

Die Bekl. wurden im März 1992 von einem C erworben, sich an dem geschlossenen Fonds der X-GbR zu beteiligen. Initiatorin dieses Fonds war die F-GmbH. Ihr Geschäftsführer war Herr A, der u. a. auch in dieser Sache durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts München II wegen Kreditanlagebetruges zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten verurteilt worden ist. Der Immobilienfonds betraf das von der F-GmbH zu errichtende Neubauobjekt in E. Der erwähnte C warb gegenüber dem Bekl. damit, dass der Erwerb einer Beteiligung an dem Fonds auch ohne Eigenkapital eine ausgezeichnete Kapitalanlage sei, nicht nur, weil in E mit hohen Miet- und Wertsteigerungen zu rechnen sei, sondern auch aufgrund hoher Steuervorteile durch Sonderabschreibung, die für den „Aufbau Ost“ gewährt würden. Die Kl.in und andere Banken hätten der F-GmbH bereits grundsätzlich Finanzierungszusagen für die Erwerbskosten der Fondsanteile gegeben.

Aufgrund dieser Werbung erklärten die Bekl. sich bereit, den vom Vermittler C empfohlenen Anteil am Immobilienfonds in Höhe von 40000 DM zu erwerben. Das vorgesehene Gesamtkapital, zugleich der vorgesehene jeweilige Gesamtaufwand für den Fonds, betrug nach dem Prospekt insgesamt 12250000 DM. Hiervon waren für den Kaufpreis und schlüsselfertige Erstellung 9241746 DM vorgesehen. Die tatsächlich für Kaufpreis und schlüsselfertige Erstellung aufgewandten Kosten betrugen – wie sich später herausstellte – indes erheblich weniger, nämlich nur 4953715,93 DM. Dazu wird in dem erwähnten rechtskräftigen Strafurteil des LG München II ausgeführt, es seien gegenüber den in dem Kaufvertrag dokumentierten Kaufpreis mit den Verkäufern entsprechende Nachlässe vereinbart worden, was Herr A bei Prospekttherausgabe gewusst habe. Die Erstattungsbeträge seien bei Bezahlung des Kaufpreises von dem beurkundeten Betrag in Abzug gebracht worden.

Am 24. März 1992 legte C die von der F-GmbH schon komplett ausgefüllten Unterlagen den Bekl. zur Unterschrift vor, nämlich den Darlehensvertrag, die Widerrufsbelehrung zum Darlehensvertrag, eine Beitrittserklärung zum Fonds, die Abtretung von Lebensversicherungsansprüchen und den Treuhandvertrag. Der Darlehensvertrag wurde über 47192 DM geschlossen. Die Tilgung sollte jedoch erst am Ende der Laufzeit in voller Höhe durch die fällige Lebensversicherung erfolgen.

Im Kreise der Anleger kamen zunehmend Zweifel an der Seriosität der Anlage auf. Die Bekl. teilten mit Schreiben vom 6. März 1997 mit, dass der Darlehensvertrag aufgrund der erwähnten Vorgänge wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten und die Kl.in auf Schadensersatz in Anspruch genommen werde. Mit Faxschreiben vom 3. Juli 2000 an die X-GbR erklärten sie „wegen der falschen Beitrittserklärung“ die fristlose Kündigung ihrer Mitgliedschaft.

Die Kl.in nimmt die Bekl. auf Rückzahlung der Darlehensvaluta in Anspruch. Die Bekl. verlangen widerklagend Rückzahlung der bislang geleisteten Zinsen sowie Rückabtretung der Lebensversicherung. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage zum Teil stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Kl.in hatte zunächst Erfolg. Das Urteil des Senats vom 21. Februar 2002 ist jedoch auf die Revision der Bekl. mit Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshof – II ZR 372/02 – aufgehoben und zurückverwiesen worden. Die erneute Berufungsverhandlung führte zur weitgehenden Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung der Kl.in hat überwiegend keinen Erfolg. Dagegen sind die Anschlussberufung der Bekl. und auch ihr Antrag aus § 717 Abs. 3 ZPO erfolgreich. Die Klage hat das Landgericht im Wesentlichen zu Recht abgewiesen. Rückzahlung der Darlehensvaluta kann die Kl.in von den Bekl. nicht verlangen, sondern – als minus – nur Abtretung ihrer Abfindungsansprüche gegen den Initiator A. Den Bekl. steht auf ihre Widerklage ein Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Zinsen gegen die Kl.in in Höhe ihres ermäßigten Antrags im Berufungsverfahren zu, wo sie ihnen verbleibende Steuervorteile bereits gegengerechnet haben. Zur Rückübertragung der Lebensversicherung hat das Landgericht die Kl.in zutreffend verurteilt.

1. Zu Unrecht vertreten die Bekl. weiterhin die Auffassung, die Klage sei durch das Revisionsurteil des Bundesgerichtshofs (BGH) endgültig und mit Bindungswirkung für den Senat abgewiesen worden, ebenso sei der Widerklage dem Grunde nach bindend stattgegeben worden.

Die Rechtskraftwirkung des Urteils des II. Zivilsenats des BGH bezieht sich allein auf die Aufhebung des 1. Berufungsurteils und auf die Zurückverweisung der Sache. Nach der zwischenzeitlich eingetretene Entwicklung der BGH-Rechtsprechung ist der Senat aber auch im übrigen an die rechtliche Beurteilung des II. Zivilsenats in seinem Revisionsurteil vom 13. September 2004 – wonach nämlich die Bekl. deshalb keine weiteren Zahlungen zu leisten haben und ihre erbrachten Leistungen zurückfordern können sollen, weil sie der Kl.in gemäß § 9 Abs. 3, Abs. 2 Satz 4 VerbrKrG Schadensersatzansprüche wegen des Fehlverhaltens der Fondsiniiatoren und Gründungsgesellschafter entgegen gehalten können sollen – nicht gebunden.

Es ist nämlich seit langem anerkannt, dass die Bindungswirkung nach § 563 Abs. 2 ZPO entfällt, wenn das Revisionsgericht selbst seine der Aufhebung zugrunde liegende Rechtsauffassung später ausdrücklich aufgibt und diese Änderung bekannt gibt

(GemS-OBG BGHZ 60,392 ff; BGH NJW 1996, 924, 925).

Ist das Revisionsgericht seinerseits deshalb nicht mehr gebunden, entfällt auch die Bindung des Berufungsgerichts

(MüKo-ZPO/Wenzel, Aktualisierungsbd. 2.A., 2002, § 563 Rn. 12; Musielak/Ball, ZPO, 5. A. 2007, § 563 Rn. 13 mwN; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. A. 2005, § 563 Rn. 6; HK-ZPO/Kayser, 2006, § 563 Rn. 10; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. A. 1994, § 565 II Rn. 8).

Die Bindung ist hier entfallen, wie sich gerade aus dem Urteil des XI. Zivilsenats des BGH vom 21. November 2006

(XI ZR 347/05, WM 2007,200)

in der Parallelsache ergibt

(vgl. auch bereits Urteil des XI. Zivilsenats vom 25. April 2006, XI ZR 193/04, WM 2006,1003).

Denn darin hat der XI. Zivilsenat (Tz. 22) entschieden, dass sich ein Anleger wegen Ansprüche gegen Fondsiniiatoren, die nicht Vertragspartei des finanzierten Geschäfts sind, nicht auf § 9 VerbrKrG berufen kann. Die Bank hat deshalb unter dem Gesichtspunkt eines verbundenen Geschäfts ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht für Ansprüche der Anleger gegen

Fondsinitiatoren wegen einer arglistigen Täuschung oder wegen falscher Angaben im Vertriebsprospekt einzustehen. Der XI. Zivilsenat teilt aaO zugleich mit, dass der II. Zivilsenat an seiner entgegenstehenden Rechtsprechung nicht mehr festhalte und deshalb auch eine Bindung des XI. Zivilsenats an das dortige 1. Revisionsurteil des II. Zivilsenats entfallen sei.

2. Die Bekl. können sich gegen das Klagbegehren nicht auf eine Rückabwicklung nach Widerruf des Darlehensvertrages gestützt auf das Haustürwiderrufsgesetz berufen. Zwar haben sie den Darlehensvertrag mit Widerrufserklärung vom 19. September 2005 unter Berufung auf das Haustürwiderrufsgesetz widerrufen. Ein solcher Widerruf ist jedoch wegen des Zeitablaufs (§ 1 Abs. 1 HaustürWG a.F.) nicht mehr möglich. Ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 Satz 3 HaustürWG a. F. liegt nicht vor. Danach darf die Belehrung über das Widerrufsrecht keine anderen Erklärungen enthalten. Die Widerrufsbelehrung enthält hier den Zusatz, es komme im Falle eines wirksamen Widerrufs auch der Kaufvertrag, zu dessen Finanzierung das Darlehen ganz oder teilweise diene, nicht zustande. Die Bekl. haben darauf hingewiesen, dass dieser Zusatz sachlich richtig sei, jedoch die Widerrufsbelehrung damit den Vorgaben des Haustürwiderrufsgesetzes nicht entspreche und mithin nicht ordnungsgemäß sei. Dies entsprach gerade für den hier fraglichen Zusatz auch der früheren Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH, zuletzt im Urteil vom 14. Juni 2004

(II ZR 385/02, WM 2004, 1527).

Mit Urteil des XI. Zivilsenats vom 24. April 2007

(XI ZR 191/06, WM 2007, 1117, Tz. 13)

ist diese Rechtsprechung jedoch aufgegeben worden. Danach stellt der auch im vorliegenden Fall verwendete Zusatz in der Widerrufsbelehrung keine unzulässige andere Erklärung im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 3 HaustürWG a. F. dar. In dem Urteil wird mitgeteilt, dass der II. Zivilsenat an seiner gegenteiligen früheren Auffassung nicht mehr festhält.

Lag eine ausreichende Widerrufsbelehrung vor, ist der Widerruf hier verspätet.

3. Die Bekl. können dem Darlehensrückzahlungsverlangen der Kl.in jedoch einen Schadensersatzanspruch aus cic wegen eines eigenen Aufklärungsverschuldens der Kl.in im Zusammenhang mit dem Abschluss des Darlehensvertrages entgegenhalten.

Grundsätzlich ist es allerdings nicht Aufgabe eines Kreditinstituts, den Darlehensnehmer vor Vertragsabschluss über Gefahren des zu finanzierenden Geschäftes aufzuklären

(etwa BGH WM 2004, 521, 523).

Von diesem Grundsatz abweichend wird ausnahmsweise eine Aufklärungsverpflichtung u. a. dann angenommen, wenn die Bank in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer hat. Eine Aufklärungspflicht der Bank über die Unangemessenheit des Kaufpreises ist danach anzunehmen, wenn die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers ausgehen muss, was aber erst dann der Fall ist, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung

(BGH Urt. v. 16. Mai 2006, XI ZR 6/04, WM 2006, 1194 ff, Tz. 47).

Darüber hinausgehend hat der Bundesgerichtshof aber innerhalb dieser seit längerem anerkannten Fallgruppe mit dem zitierten Urteil vom 16. Mai 2006 (insoweit ab Tz. 50 ff.) entschieden, dass sich Anleger in Fällen eines institutionalisierten Zusammenwirkens der kreditgebenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter des finanzierten Objekts unter erleichterten Voraussetzungen mit Erfolg auf einen die Aufklärungspflicht auslösenden konkreten Wissensvorsprung der finanzierenden Bank im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers durch unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsinitiatoren bzw. des Fondsprospekts über das Anlageobjekt berufen können. Der Wissensvorsprung wird nämlich unter bestimmten Voraussetzungen durch eine Beweiserleichterung in Form einer widerleglichen Vermutung für die Kenntnis der Bank von der arglistigen Täuschung durch den Verkäufer etc. ergänzt. Diese Kenntnis der Bank wird widerleglich vermutet, wenn Verkäufer oder Fondsinitiator bzw. die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts nach dem Umständen des Falles evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen. Von einer Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers etc. ist dann

auszugehen, wenn sie sich objektiv als grob falsch darstellt.

In seinem Urteil vom 21. November 2006

(XI ZR 347/05, WM 2007, 200, Tz. 29)

betreffend eine Parallelsache des hier vorliegende Falles, hat der BGH ergänzend ausgeführt, die Grundsätze seines Urteils vom 16. Mai 2006 würden auch bei einem verbundenen Geschäft gelten (wie es hier vorliegt), wenn die außerhalb es Verbunds stehenden Fondsinitiatoren oder Gründungsgesellschafter die arglistige Täuschung begangen hätten und die Bank mit ihnen in institutionalisierter Art und Weise zusammengewirkt habe.

a) Die Voraussetzungen für die Annahme eines institutionalisierten Zusammenwirkens der Kl.in mit dem Fondsinitiator liegen hier vor.

Für ein solches Zusammenwirken ist allerdings nicht ausreichend, dass die Bank den übrigen am Vertrieb des Kapitalanlage-modells Beteiligten vorab eine allgemeine Finanzierungszusage gegeben hat. Vielmehr ist erforderlich, dass zwischen Verkäufer oder Fondsinitiator, den von ihnen beauftragten Vermittlern und der finanzierenden Bank ständige Geschäftsbeziehungen bestanden. Diese können etwa in Form einer Vertriebsvereinbarung, eines Rahmenvertrages oder konkreter Vertriebsabsprachen bestanden haben oder sich daraus ergeben, dass den vom Verkäufer oder Fondsinitiator eingeschalteten Vermittlern von der Bank Büroräume überlassen oder von ihnen – von der Bank unbeanstandet – Formulare des Kreditgebers genutzt wurden oder etwa daraus, dass der Verkäufer oder die Vermittler dem finanzierenden Institut wiederholt Finanzierungen von Eigentumswohnungen oder Fondsbeteiligungen desselben Objekts vermittelt haben

(BGH, Urteil vom 16. Mai 2006, aaO., Tz. 53).

Die Bekl. haben bereits in der Klagerwiderung im Kern von der Kl.in unbeanstandet vorgetragen, die Kl.in habe mit der F-GmbH und Herrn A als den beiden Initiatoren und Gründern der Fondsgesellschaft vereinbart, dass die Darlehensverträge und die sonstigen Vertragsunterlagen der Anleger gleich bei der F-GmbH ausgefüllt würden. Der Prokurist Z der Kl.in habe dies in einem Parallelprozess vor dem Landgericht Augsburg ... bei seiner Zeugenvernehmung vom 2. Februar 1998 bestätigt und dort auch ausgesagt, dass die standardisierten Darlehensverträge – wie sie auch hier verwendet worden seien – über die F-GmbH an die Kl.in gegeben worden seien. Die Darlehen sollten zur Finanzierung der Fondsanteile dienen.

Die Bekl. haben weiter vorgetragen, der Initiator A habe mit der Kl.in vereinbart, dass während der Bauphase Darlehenszinsen nicht von den Anlegern/Kreditnehmern, sondern von der F-GmbH gezahlt werden sollten. Darüber hinaus hätte die Kl.in mit der F-GmbH und Herrn A vereinbart, dass die Initiatoren für die von ihr – der Kl.in – an die Anleger vergebenen Darlehen eine Sicherheit von 3 % leisten sollten, die sie aus den den Anlegern zustehenden Umsatzsteuerrückvergütungen finanzieren wollten. Auch diese beiden letzteren Angaben der Bekl. sind nur im Detail, nicht aber in ihrem Kern streitig. Die Kl.in hat nämlich (...) eingeräumt, sie habe sich – neben anderen Instituten – gegenüber der F-Bau dazu bereit erklärt, auf deren Ansuchen ggf. Kreditbewerbern, die sich über die F-Bau um den Abschluss eines Darlehensvertrages bemühen würden, einen ausschließlich auf deren persönliche Bonität abgestimmten Kredit auszureichen. Es treffe zwar nicht zu, dass die Kl.in mit dem Initiator A vereinbart hätte, die während der Bauphase anfallenden Darlehenszinsen sollten nicht von den Anlegern, sondern von der F-Bau gezahlt werden. Dies sei allerdings so in der Konzeption vorgesehen gewesen, an der die Kl.in jedoch nicht beteiligt gewesen sei. Immerhin existiere „unstreitig“ zwischen der Kl.in und der F-Bau GmbH bzw. Herrn A eine Vereinbarung, wonach diese der Kl.in 3 % Sicherheit für herausgelegte Darlehen leisten sollten. Diese Sicherheitsleistung sei von der F-Bau bzw. Herrn A auch persönlich erbracht worden. Die Kl.in bestreitet allerdings mit Nichtwissen, dass die Sicherheit jeweils aus den Umsatzsteuerrückvergütungen finanziert worden sei.

Danach steht das institutionalisierte Zusammenwirken zwischen der Kl.in und Herrn A sowie der F-Bau GmbH fest. Nicht im Streit ist, dass es zwischen ihnen eine Rahmenvereinbarung über die Ausreichung von Krediten seitens der Kl.in zur Finanzierung des Fonds-Beitritts der Anleger gegeben hat und dass die von der F-Bau bzw. den von ihr eingesetzten Vermittlern verwendeten standardisierten Darlehensverträge regelmäßig verwendet und von den Vermittlern dann wiederum über die F-Bau GmbH ausgefüllt mit den Daten der Anleger an die Kl.in gegeben worden

sind. Nicht im Streit ist auch die Absprache und die Handhabung dergestalt, dass Herr A bzw. die F-Bau GmbH persönlich jeweils der Kl.in Sicherheit in Höhe von 3 % der von ihr vergebenen Darlehen geleistet haben. Dem eigenen Vorbringen der Kl.in aus ihrem Schriftsatz vom 7.9.2007, wonach sie mit immerhin 30 % an der Anteilfinanzierung beteiligt war, ist zu entnehmen, dass sie in einer Vielzahl von Fällen den Anteilserwerb betreffend den Fonds Nr. ... (daneben, wie gerichtsbekannt, aber auch andere Fonds) entsprechend finanziert hat. Die Voraussetzungen für ein institutionelles Zusammenwirken liegen mithin vor.

b) Es steht auch fest, dass der Fondsinitiator A zusammen mit der F-Bau GmbH die Bekl. arglistig über die Höhe der Grundstückskosten einschl. der Errichtung des Wohn- und Bürogebäudes getäuscht hat und dass diese Täuschung objektiv evident war.

Denn in dem Investitions- und Finanzierungsplan S. 35 des Prospektes war der vorgesehene Gesamtaufwand des Fonds Nr. ... mit 12250000 DM angegeben worden. Danach sollte der Kaufpreis für das Grundstück und die schlüsselfertige Erstellung des Wohn- und Bürogebäudes 9.241.746 DM betragen. In dem Prospekt wird auf S. 40 auf den notariellen Kaufvertrag vom 11. Februar 1992 verwiesen, mit dem die aus den beiden Gründungsgesellschaften bestehende Fondsgesellschaft das Grundstück gekauft hatte. Für diesen Kaufpreis sollte der Verkäufer das lastenfreie Eigentum an den beiden Grundstücken in der Gesamtgröße von 2320 Quadratmeter verschaffen und darüber hinaus dort 16 Wohn- und Büroeinheiten in zwei Hauskomplexen mit einer im Einzelnen dort vorgerechneten Wohn/Nutzfläche zuzüglich 22 Pkw-Stellplätzen errichten. Die Differenz zwischen den 9241 746 DM zu dem Gesamtkostenaufwand von 12250000 DM war in dem Plan im einzelnen aufgeschlüsselt worden mit den zusätzlichen Kosten für Grunderwerbssteuer, Notar- und Gerichtskosten, Zwischenfinanzierungszinsen, Projektaufbereitung/Konzeption, Baubetreuung/Bauaufsicht, Eigenkapitalvermittlung, Mietvermittlung, Mietgarantie, Gründungskosten der Gesellschaft, Treuhänderkosten, und Steuerberaterkosten (also die sog. weichen Kosten).

Tatsächlich wusste der Initiator A aber, dass für den Kaufpreis des Grundstück und der schlüsselfertigen Errichtung des Wohn- und Bürogebäudes nebst Stellplätzen nicht 9241 746 DM sondern infolge der im Kaufvertrag nicht enthaltenen Absprachen mit der Verkäuferin lediglich 4953715 DM benötigt werden würden, also rund 46 % weniger. Dies ergibt sich aus dem ihn betreffenden Urteil der 5. Strafkammer des Landgerichts München II vom ... Die Differenz beruhte danach darauf, dass der Initiator mit den Verkäufern entsprechende Nachlässe vereinbart hatte, wie ihm bei der Prospektherausgabe auch bekannt und bewusst war. Die vereinbarten Erstattungsbeträge wurden bei der Bezahlung des Kaufpreises von dem beurkundeten Betrag in Abzug gebracht. Der Senat hatte einen parallelen Sachverhalt zu dem Az. 5 U 162/01 zu beurteilen. Dort ging es um den Fonds ..., wo der angegebene Kaufpreis des Grundstücks einschl. schlüsselfertiger Gebäudeerstellung 17 102 276 DM betrug, die tatsächlich aufgewandten Kosten aber nur 10 707 097 DM, mithin 38 % weniger. Der Senat hat dazu in seinem – vom BGH allerdings aufgehobenen – Urteil vom 2. Juni 2005

(WM 2005, 1173, 1179)

ausgeführt, es erschließe sich angesichts der tatsächlichen Höhe der Kosten für das Objekt ohne weiteres, dass hier eine arglistige Täuschung vorliege, die keiner weiteren Begründung bedürfe. In der Revisionsentscheidung in dieser Sache – nämlich dem Urteil des XI. Zivilsenats vom 21.11.2006

(XI ZR 347/05, WM 2007,200) –

hat der BGH dazu (Tz. 29) angemerkt, das Berufungsgericht habe eine evidente arglistige Täuschung der Bekl. durch die Fondsinitiatoren bzw. Gründungsgesellschafter rechtsfehlerfrei festgestellt.

Im vorliegenden Verfahren tritt hinzu, dass in einem Parallelverfahren ein Gutachten zur Verkehrswertermittlung in Auftrag gegeben worden ist, das der Sachverständige Dr. R unter dem 26. Februar 1999 erteilt hat. Dieses Gutachten hat die Kl.in selbst vorgelegt. Dort schätzt der Sachverständige den Verkehrswert der Immobilien ... für den Errichtungszeitpunkt April 1992 mit 4600000 DM und für Dezember 1998 mit 4150000 DM.

Die Kl.in macht insoweit zwar geltend, bei Abschluss des Darlehensvertrages habe ihr nur das Standortgutachten der Dr. S Treuhandgesellschaft mbH vom 27.2.1992 vorgelegen. Danach habe sich ein zu erwartender Jahresrohmietertrag von 503640

DM ergeben, der im Übrigen mit dem rechnerischen Ansatz des Gutachtens von Dr. R einen Ertragswert von 6600000 ergebe. Selbst dann hätte der Kaufpreis laut Prospekt und Kaufvertrag aber immer noch um 40 % höher gelegen. Die Argumentation der Kl.in, der Fondsinitiator habe das Objekt an über 300 Gesellschafter verkaufen müssen, weshalb ein ein Aufschlag von jedenfalls 30 % auf den ermittelten Verkehrswert von 6600000 DM marktüblich sei, geht dabei an der Sache vorbei. Es geht hier um den Kaufpreis, den Herr A und seine F-Bau als Käufer selbst von der vorherigen Grundstückseigentümerin und Bauträgerin für Grundstück und Gebäudeerrichtung bezahlen mussten. Das hat mit den Kosten des Verkaufs an über 300 Gesellschafter nichts zu tun. Zu diesem Preis kommt ein in der Tat mehr als 35%iger Aufschlag im Wesentlichen wegen der Nebenkosten der Zerstückelung in zahlreiche Gesellschaftsanteile, woraus sich dann der von der Gesellschaft insgesamt aufzubringende Finanzierungsaufwand von 12250000 DM ergibt.

Zudem geht es bei der Täuschung der Anleger durch den Prospekt nicht um den etwaigen Ertragswert der Immobilie, sondern um den dort konkret angegebenen Kaufpreis für Grundstück und schlüsselfertige Gebäudeerrichtung, der sich bei einem schlüsselfertig zu errichtenden Wohn/Bürogebäude in üblicher Ausstattungsqualität zunächst nach dem Bodenwert und den Normalherstellungskosten pro cbm umbauten Raumes oder nach der Wohn/Nutzfläche richtet, wie er ohne großen Aufwand aus einschlägigen Tabellen ermittelt werden kann.

Der Unterschied zwischen dem tatsächlichen Preis für das Grundstück einschl. der Errichtung der Gebäude und dem im Prospekt sowie dem Kaufvertrag angegebenen Preis ist derart eklatant, dass sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung geradezu aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung verschlossen. Die Kl.in stellt gar nicht in Abrede, den fraglichen Prospekt gekannt und Absprachen mit dem Initiator der F-Bau jedenfalls insoweit getroffen zu haben, als sie auf deren Ansuchen sich bereit erklärt hat, an Kreditgeber bei entsprechender Bonität Kredite zur Finanzierung des Fondsanbieterwerbs auszureichen. Die Kl.in räumt darüber hinaus ein (...), dass die Immobilie wie im Prospekt umfänglich beschrieben erstellt und übergeben worden und dass auch der dort ausdrücklich aufgeschlüsselte Anteil der weichen Kosten marktüblich sei. Ein Bankinstitut, das sich mit Immobilien und der Finanzierung eines Immobilienfonds bzw. der Käufer eines solchen Fonds beschäftigt, muss aber ersichtlich jedenfalls im Groben in der Lage sein, anhand der im Prospekt enthaltenen Unterlagen über Grundstücke und Gebäude – insbesondere anhand der dort erkennbaren Ausstattungsqualität und der angegebenen Wohn/Nutzfläche bzw. Größe des umbauten Raumes – zu beurteilen, ob ein dort genannter Kaufpreis angemessen ist.

c) Ist die Täuschung objektiv evident – wie hier – und arbeiten die finanzierende Bank und die Fondsinitiatoren – wie hier – in institutionalisierter Weise zusammen, dann wird die Kenntnis der Bank von einer solchen arglistigen Täuschung widerleglich vermutet. Es ist also Sache der Kl.in zu widerlegen, dass sie von der objektiv evidenten Täuschung der Fondsinitiatoren durch den Fondsprospekt keine Kenntnis hatte. Dies ist jedoch nicht gesehen. Es fehlt dazu bereits an einem ausreichenden Vortrag der Kl.in.

Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Kl.in die genauen Umstände möglicherweise nicht kannte, die zur strafrechtlichen Verurteilung des Herrn A geführt haben. Von Bedeutung wäre nur, wenn sie keine Kenntnis von der objektiv evidenten Täuschung über die fehlende Marktangemessenheit des Kaufpreises gehabt hätte. Dazu gibt die Kl.in aber lediglich knapp an, die insoweit im Kaufvertrag – § 4 – noch aufgeschlüsselten Preise für Grundstück sowie Errichtung der Gebäude und Pkw-Stellplätze von 9241 746 DM seien die in E im Jahre 1992 marktüblichen Preise gewesen. Sie bezieht sich dafür auf ein einzuholendes Sachverständigen-gutachten. Die Kl.in hat aber selbst als Anlage zu den Schriftsätzen vom 7./15. September 2005, das Gutachten des Sachverständigen Dr. R vorgelegt, der zu einem Verkehrswert des fraglichen Grundstücks samt Immobilie per April 1992 von 4600000 DM kommt. War der Verkehrswert der 1992 neu errichteten Immobilie nebst Grundstück seinerzeit nur halb so hoch wie in dem Kaufvertrag angegeben, dann steht das in krassen Widerspruch zu ihrer Behauptung, es habe sich bei dem angegebenen, mehr als doppelt so hohen Kaufpreis um den in E 1992 marktüblichen Preis gehandelt. Es steht zudem fest, dass die F-Bau GmbH für das Grundstück mit der schlüsselfertigen Erstellung der beiden Gebäudekomplexe einschl. PKW-Stellplätze nicht 9241 746 DM

sondern nur 4953715 DM aufwenden musste. Angesichts dieses Umstandes und eines von der Kl.in selbst über die Einreichung des genannten Gutachtens vorgetragenen Verkehrswertes nach Errichtung von nur 4600000 DM kann es sich bei den 9241746 DM nicht um einen marktüblichen Preis gehandelt haben.

Der diesbezügliche Vortrag der Kl.in ist deshalb in sich widersprüchlich. Mit diesem Vortrag wendet sie sich im Kern nur gegen die aber feststehende objektive Evidenz der Täuschung. Soweit sie ausführt, sie habe das Geschäft als marktangemessen beurteilt, ist der Vortrag vor dem Hintergrund des genannten Widerspruches nicht ausreichend substantiiert. Die Kl.in gibt an, mit dem ihr vorliegenden Gutachten Dr.S – das sich mit den Errichtungskosten aber nicht befasst – nur den Ertragswert grob überschlägig beurteilt zu haben. Bei richtiger Berechnung unter Heranziehung des Berechnungswegs im Gutachten Dr. R ergab sich dann aber immer noch, dass der angegebene Kaufpreis um immerhin gut 40 % überteuert war. Es musste sich allein deshalb schon für die Kl.in aufdrängen, dass der Preis lt. Prospekt keineswegs marktangemessen war. Die Kl.in ist als Bank im Immobiliengeschäft nicht unerfahren. In dem Prospekt wird im Einzelnen angegeben, was in welcher Qualität dort gebaut werden sollte. Die Kl.in trägt nicht vor, die entsprechenden Positionen geprüft zu haben. Sie gibt nicht an, wie sie trotz vorhandener Grundkenntnisse in der Immobilienbewertung als im Bereich der Immobilienfinanzierung tätige Bank zu dem Ergebnis kommen konnte, der angegebene Preis für Grundstück, Gebäudeerrichtung und Stellplätze sei angemessen, obwohl tatsächlich von der Käuferin nur die Hälfte aufgewandt werden musste.

Dem Urteil des BGH vom 24. April 2007, XI ZR 340/05, WM 2007, 1257 lässt sich für die Kl.in Günstiges nicht entnehmen. Denn dort werden die hier zugrunde gelegten Grundsätze im Anschluss an die zitierte Entscheidung des BGH vom 16. Mai 2006 bestätigt. Es fehlt aber für die Frage des notwendigen Vortrags zur Widerlegung der objektiven Evidenz der Täuschung an einem vergleichbaren Sachverhalt. Der Unterschied zu der vorliegenden Fallgestaltung liegt darin, dass es dort nicht um die Neuerstellung eines Wohn- und Bürogebäudes mit üblicher Ausstattung ging, für die Erfahrungswerte betreffend qm-Preise auch bei einer mit Immobilienfinanzierung befassten Bank vorhanden sind, sondern um eine individuelle, aufwendige Sanierung eines unter Denkmalschutz stehenden Baubestandes.

d) Greift der Schadensersatzanspruch der Bekl. gegen die Kl.in aus sic mithin durch, bleibt der von der Kl.in mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf Darlehensrückzahlung ohne Erfolg. Die Kl.in hat ihre Aufklärungspflicht in der Vertragsanbahnungsphase wegen eines objektiven Wissensvorsprungs über die Risiken der Fondsbeteiligung der Bekl. – im Hinblick auf den im Prospekt falsch angegebenen Kaufpreis des Objektes – verletzt und muss die Bekl. deshalb nach § 249 Abs. 1 BGB so stellen, wie sie ohne dieses schädigende Verhalten gestanden hätten. Mit der ständigen Rechtsprechung in entsprechenden Fällen getäuschter Anleger ist nach der Lebenserfahrung, die im konkreten Fall zu widerlegen Sache der Bank ist – was hier nicht geschehen ist –, davon auszugehen, dass der Darlehensnehmer bei richtiger Aufklärung dem Fonds nicht beigetreten wäre und deshalb auch den Kredit nicht aufgenommen hätte

(BGH WM 2006, 1066, Tz. 31 und WM 2006, 1194 ff, Tz. 61).

Der Schadensersatzanspruch des Anlegers gegen die kreditgebende Bank aus Verschulden bei Vertragsschluss führt deshalb dazu, dass der Anleger den Kredit nicht zurückzahlen muss, sondern nur entsprechend § 255 BGB seinen Fondsanteil, nach dessen Kündigung seinen Abfindungsanspruch und ggf. Schadensersatzansprüche gegen den Fondsinitiator etc. an die kreditgebende Bank abzutreten hat, die ihrerseits die Rückerstattung von Zins- und Tilgungsleistungen an den Kreditnehmer und Anleger – abzügl. der nach dem Prinzip der Vorteilsausgleichung anzurechnenden Fondsausschüttungen und etwaiger bleibender Steuerersparnisse – schuldet

(BGH Urteil vom 25. April 2006, XI ZR 106/05, WM 2006, 1066, Tz. 31).

Mit ihrer Klage macht die Kl.in im vorliegenden Fall Rückzahlung ihrer Darlehensvaluta einschl. Verzugszinsen geltend. Diese Darlehensvaluta ist an den Treuhänder des Fonds ausgezahlt, mit ihr ist der Fondsbeitritt finanziert worden. Der Schaden der Bekl. besteht aber gerade darin, dass sie diesen Fondsanteil erworben und dafür das Darlehen aufgenommen haben, so dass die Bekl. nunmehr dem Rückzahlungsverlangen der Kl.in ihren entsprechenden Schadensersatzanspruch aus sic entgegenstellen können und die Kl.in deshalb mit ihrer Klageforderung im We-

sentlichen nicht durchdringen kann. Ihr kann nur die Abtretung der Abfindungsansprüche der Bekl. gegen die X-GbR und ihrer Schadensersatzansprüche gegen den Initiator zugesprochen werden.

e) Die auf Rückzahlung von 80 % der an die Kl.in geleisteten Zinsen von unstreitig 8891,88 DM hat Erfolg. Diese Zinsen haben die Bekl. gemäß ihrer Auflistung Bl. 116 Bd. 1 selbst aufgebracht und an die Kl.in gezahlt.

aa) Von der Widerklageforderung in Höhe nunmehr nur noch 7113,50 DM sind zunächst etwa von den Bekl. zurückerlangte Zwischenfinanzierungszinsen nicht abzuziehen. Das käme nämlich nur dann in Betracht, wenn die Zwischenfinanzierungszinsen von der Kl.in ganz oder teilweise an die Bekl. zurückgezahlt worden sein sollten...(wird ausgeführt)

bb) Auf ihren Schadensersatzanspruch, soweit er auf Rückzahlung geleisteter Zinsen geht, müssen sich die Bekl. aber im Wege des Vorteilsausgleichs die erlangten Steuervorteile anrechnen lassen, soweit diese unverfallbar sind und nicht anderweitig erzielbar gewesen wären. Diesen Vorteilsausgleich bei den bleibenden Steuervorteilen führt der XI. Zivilsenats des BGH nach seiner jüngsten Rechtsprechung

(Urteil vom 24. April 2007, XI ZR 17/06, WM 2007, 1173)

zwischenzeitlich sogar bei der Rückabwicklung nach § 3 Haustürwiderrufgesetz durch (Aufgabe der gegenteiligen Rspr. des II. Zivilsenats), erst recht auch früher schon aber im Rahmen von Schadensersatzansprüchen. Weil eine exakte Errechnung von Steuervorteilen unter Gegenüberstellung der tatsächlichen mit einer hypothetischen Vermögenslage erfolgen muss und unter Berücksichtigung der vielfältigen Besonderheiten sowie unterschiedlichen Entwicklungen in verschiedenen Besteuerungszeiträumen, erfordert diese Sichtweise häufig einen unverhältnismäßigen Aufwand, so dass die Steuervorteile gem. § 287 ZPO geschätzt werden können

(BGH WM 2006, 174, Tz. 8).

Bereits der II. Zivilsenat des BGH hat in dem Revisionsurteil in der vorliegenden Sache dem Senat aufgegeben, festzustellen, ob und in welchem Umfang sich die Bekl. auf ihren Rückzahlungsanspruch Steuervorteile anrechnen lassen müssen. Die Kl.in hat daraufhin eine fiktive Berechnung dieser Vorteile vorgelegt und ist zu dem Ergebnis gekommen, die Bekl. hätten eine Steuerersparnis 1992 – 2004 von 6638,06 € erzielt. Die Bekl. ihrerseits haben aus Rechtsgründen die – wie dargelegt unzutreffende – Auffassung vertreten, sie müssten sich Steuervorteile nicht gegenrechnen lassen. Sie haben aber mit Schriftsatz vom 19.9.2005 Bl. 9 f Bd. V d.A. konkret vorgetragen, ab Anfang 1997 die Zinszahlungen eingestellt – was nicht streitig ist –, deshalb plausibel keine Unterdeckung mehr gehabt und keine Werbungskosten beim Finanzamt mehr geltend gemacht zu haben. Sie haben dann konkret für die Jahre 1993 bis 1996 (1992 sind keine Zinsen gezahlt worden) die Höhe der Verlustzuweisung, ihr steuerpflichtiges Einkommen und ihren Steuersatz angegeben. Für 1994 ff. haben sie die hohen anderweitigen steuerbegünstigten Sonderaufwendungen im Einzelnen erläutert, die zur Senkung der Einkommenssteuer auf 0 in 1995 bzw. einen geringen Steuersatz in den Folgejahren geführt haben. Ihre Steuervorteile errechnen sie so mit 520,43 DM, haben aber fiktiv durch Kürzung ihrer Zinsrückzahlungsforderung um 20 % sich 1778,38 DM anrechnen lassen.

Die Kl.in hat auf diesen Schriftsatz mit den konkreten Angaben zu den Steuervorteilen Schriftsatznachlass erhalten, sich dazu aber nicht geäußert. Es muss deshalb von den substantiierten Angaben der Bekl. ausgegangen werden, denen die Kl.in nicht mehr entgegengetreten ist.

f) Die Bekl. können im Wege des Schadensersatzes Rückabtretung der Rechte und Ansprüche aus der Lebensversicherung verlangen, wie dies vom Landgericht auch zugesprochen worden ist.

4. Den Bekl. steht der geltend gemachte Anspruch aus § 717 Abs. 3 ZPO zu..... (wird ausgeführt).

BGB §§ 313, 568

1. Von der Einigung auf eine Verpflichtung zur Bestellung eines Wohnungsrechtes ist nur auszugehen, wenn der Wille zur Grundstücksbelastung genügend klar ausgedrückt wird; im Zweifel ist Miete anzunehmen.

- 2. Ein auf Lebenszeit geschlossener Mietvertrag kann jedenfalls dann wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage beendet werden, wenn eine Verwaltertätigkeit Grundlage des Nutzungsverhältnisses ist und der Verwaltervertrag wegen Unstimmigkeiten vorzeitig beendet werden soll.**
- 3. Ein Schriftsatz in einem Räumungsrechtsstreit genügt der Form des § 568 BGB, wenn darin für den beklagten Mieter eindeutig erkennbar wird, dass eine materiell-rechtliche Willenserklärung (Kündigung) abgegeben werden soll.**

SchlHOLG, 11. Zivilsenat, Urteil vom 15. Februar 2007 – 11 U 99/06 –, Scho.

Die Parteien streiten um die Räumung einer Wohnung nebst weiterer Räumlichkeiten und Garten. Das Landgericht hat die Bekl. als Gesamtschuldner verurteilt, ihre Wohnung zu räumen und an den Kl. herauszugeben. Eine Räumungsfrist hat es nicht gewährt. Zur Begründung ist ausgeführt worden, das den Bekl. notariell eingeräumte Wohnrecht sei rechtlich ein Leihvertrag, der wegen Eigenbedarfs wirksam gekündigt worden sei. Die Bekl. haben gegen das Urteil Berufung eingelegt und meinen weiterhin, das Wohnrecht sei nicht als Leihe zu qualifizieren. Im Übrigen sei das Kündigungsrecht durch die Vereinbarung eines lebenslangen Wohnrechtes gemäß ausdrücklicher mündlicher Absprache ausgeschlossen worden. Ein Eigenbedarf sei in der schriftlichen Kündigungserklärung als Kündigungsgrund nicht angegeben worden und sei auch nicht gegeben, zumindest überwiege er nicht die Belange der Bekl.

Die Berufung blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist zulässig. Sie hat in der Sache aber keinen Erfolg.

1.....

2. Die Bekl. schulden dem Kl. die Räumung der streitbefangenen Wohnung sowie der weiteren im Urteilstenor genannten Räumlichkeiten und des dort bezeichneten Gartens nach Kündigung des der Nutzung zugrunde liegenden Verhältnisses.

a) Das notariell vereinbarte Wohnrecht der Bekl. ist weder als Leihvertrag noch als Wohnrecht anzusehen.

aa) Ein Leihvertrag, also ein unentgeltlicher Gebrauch der streitbefangenen Räumlichkeiten und des Gartens (§ 598 BGB) war hier schon nach dem eigenen Tatsachenvortrag des Kl. nicht vereinbart worden.

In seiner Klagschrift heißt es schon auf Seite 4 (...):

„Der Kl. hat wegen dieser unklaren Verhältnisse sofort den mit den Bekl. abgeschlossenen Dienstvertrag mit einem Schreiben vom 1. 9. 2004 fristlos gekündigt und die ihm erteilte Generalvollmacht widerrufen.“

Außerdem wurde mit dem in Kopie als

Anlage K 4

beigefügten Schreiben vom 1. 9. 2004 das Wohnrecht, für das die Voraussetzungen durch die Beendigung des Dienstvertrages fortgefallen sind, fristlos gekündigt.“

Im Kündigungsschreiben vom 1. 9. 2004 (...) steht entsprechend:

„Ich habe mit gleicher Post seine Vereinbarung vom 22. 12. 1999 mit Herrn K. fristlos gekündigt, so dass diese mit sofortiger Wirkung ihr Ende gefunden hat.“

Damit sind auch die Voraussetzungen für das mit Ihnen vereinbarte Wohnrecht entfallen.

Ich kündige auch dieses fristlos....“

Die Bekl. haben diesen Zusammenhang schon im Schriftsatz vom 30. 11. 2005 (...) beschrieben, nochmals in der Berufungsbegründung vom 18. 9. 2006 (...) aufgegriffen und sind der Annahme eines Leihvertrages mit dem Vortrag entgegengetreten, mit der mietfreien Nutzungsüberlassung „sollte jedoch ein Teil der Vergütung für die vom Bekl. zu 1) ausgeübte Verwaltertätigkeit abgegolten werden.“

Zur Bestätigung dieser Annahme haben sie auf den entsprechenden Vortrag des Kl.s im Parallelrechtsstreit 4 O 235/04 LG Kiel im dortigen Schriftsatz vom 22. 9. 2004 hingewiesen und diesen als Anlage B 54 beigelegt (...).

Entgelt, d. h. Gegenleistung für das notariell eingeräumte Wohnrecht war danach die Erfüllung des bestehenden Verwaltervertrages, unabhängig davon, dass neben dem Wohnrecht als Vergütung für den Verwalter, den Bekl. zu 1), Zahlungen erfolgen sollten, wenn denn die Ferienkolonie Gewinne erzielen würde.

bb) Ein Wohnungsrecht war hier entgegen der Ansicht der Bekl. nicht gewollt. Von der Einigung auf Bestellung eines Wohnungsrechtes bzw. einer Verpflichtung dazu ist nur auszugehen, wenn ernsthaft der Wille zur Grundstücksbelastung genügend klar ausgedrückt wird; im Zweifel ist Miete anzunehmen

(vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 66. Aufl., § 1093 Rn. 2, MüKo/Joost, 4. Aufl., § 1090 Rn. 40, jeweils mwN zur Rspr.).

Ein ernsthafter Wille zur Grundstücksbelastung bestand hier je-

doch nicht, da eine solche die Zustimmung der Grundstückseigentümerin erfordert hätte und von dieser wegen Unstimmigkeiten des Kl. mit der Grundstückseigentümerin abgesehen werden sollte.

Entsprechend ist in der notariellen Vereinbarung ausgedrückt, dass die Parteien eine grundbuchliche Eintragung nicht wollten: Dort heißt es (...):

„Der Notar hat die Erschienenen darauf hingewiesen, dass das Wohnungsrecht grundbuchlich abgesichert werden kann. Trotz Belehrung über die damit verbundenen Risiken sollte eine grundbuchliche Eintragung nicht vorgenommen werden.“

Es handelt sich hier also um einen Mietvertrag der Parteien, allenfalls um ein Nutzungsverhältnis in Bezug auf eine Werkdienstwohnung.

b) Das Recht zur Kündigung dieses Vertrages, bzw. Verhältnisses war nicht durch eine Vereinbarung der Parteien auch für die Zeit nach Beendigung des Verwaltervertrages ausgeschlossen.

aa) Die Darstellung der Bekl., für die sie das Zeugnis des Notars R. anbieten (...), enthält keine konkreten Tatsachenbehauptungen, über die Beweis durch Vernehmung eines Zeugen erhoben werden könnte....

bb) Selbst wenn aber der Annahme der Bekl. gefolgt werden würde, dass die Parteien bei der Beurkundung der Verträge vom 16. 8. 2000 und 6. 7. 2001 Kündigungsrechte des Kl. abbedingen wollten, so wäre dies für das Recht des Kl. zur außerordentlichen Kündigung unwirksam gewesen

(vgl. Palandt/Weidenkaff, aaO, § 543 Rn. 3, § 544 Rn. 3)

und hätte nach den unstreitigen Umständen dieses Falles in Bezug auf das Recht zur ordentlichen Kündigung nur für die Dauer des Verwaltervertrages gelten sollen, bzw. hätte als Geschäftsgrundlage das Fortbestehen des Verwaltervertrages zu Lebzeiten des Kl. gehabt.

Daran ändert es nichts, dass in den Urkunden des Notars R. jeweils auf § 1093 BGB verwiesen wird und es dort heißt (...):

„Das Wohnungsrecht wird zu Gunsten der Berechtigten lebenslang bestellt.“

Der § 313 Abs. 1 und 3 BGB bestimmt...:

Diese Voraussetzungen lägen hier zumindest vor.

Soweit die Bekl. unter Hinweis auf Lammel

(in Schmidt-Futterer, Kommentar zu Mietrecht, 7. Aufl., § 567 BGB a.F. Rn. 16)

meinen, ein auf Lebenszeit abgeschlossener Mietvertrag könne nicht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage beendet werden, teilt der Senat diese Auffassung nicht.

Es mag zwar sein, dass die Geschäftsgrundlage solcher auf Lebenszeit geschlossener Verträge noch nicht mit dem Entstehen von Eigenbedarf entfällt, dass ein fehlender Eigenbedarf also nicht schon Geschäftsgrundlage eines solchen Vertrages ist

(so AG Geesthacht WuM 1990, 80; Staudinger/Emmerich, Bearbeitung 1997, § 567 Rn. 17, Soergel/Heintzmann, § 567 Rn. 6, auf die Blank aaO verweist).

Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Geschäftsgrundlage des Mietvertrages ein Verwaltervertrag ist.

Die Bekl. räumen den Zusammenhang zwischen Verwaltertätigkeit und Gewährung des Wohnrechts selbst ein (...).

Die Verwaltertätigkeit war Grundlage des Miet- bzw. Nutzungsverhältnisses.

Die Beendigung des Verwaltervertrages verändert diesen Zusammenhang bzw. die Grundlage des Miet- bzw. Nutzungsverhältnisses der Parteien bzw. die Grundlage der von den Bekl. angenommenen Vereinbarung, nach der das ordentliche Kündigungsrecht abbedungen sein sollte, schwerwiegend.

Der Senat hat keinen Zweifel, dass die Parteien das ordentliche Kündigungsrecht nicht abbedungen hätten, wenn sie vorausgesehen hätten, dass der Verwaltervertrag wegen Unstimmigkeiten der Parteien vorzeitig beendet werden würde. Es mag sein, dass die Bekl. dies bei Abschluss der Verträge vom 16. 8. 2000 und 6. 7. 2001 nicht gewollt hätten. Der Kl. hätte aber seinen anzunehmenden entgegenstehenden Willen durchsetzen können, indem er einer Vereinbarung, nach der das ordentliche Kündigungsrecht abbedungen sein sollte, nicht zugestimmt hätte. Es sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Kl. am 16. 8. 2000 oder 6. 7. 2001 auch für den Fall, dass der Verwaltervertrag vorzeitig wegen Unstimmigkeiten der Parteien beendet werden würde, auf ein ordentliches Kündigungsrecht für die den Bekl. überlassenen Räumlichkeiten und den Garten verzichtet hätte. Das hätten die Bekl. wegen des Zusammenhanges zwischen dem Verwaltervertrag und der Wohnraumüberlassung redlicherweise auch nicht verlangen können.

Die Möglichkeit, dass Investitionen der Bekl. in die überlassenen Räumlichkeiten teilweise vom Kl. zu vergüten wären, hatten die Parteien ausdrücklich geregelt, wenn auch nur für den Fall der Beendigung des Erbbaurechtes.

Es ist dem Kl. danach unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung, nicht zumutbar, an dem Miet- bzw. Nutzungsverhältnis mit den Bekl. bis zu deren Tod festzuhalten.

Dies schon gar nicht mit der Folge, dass der Kl. den Bekl. trotz Beendigung des Verwaltervertrages, für den das mietfreie Wohnen als Teil der Vergütung gedacht war, die Wohnräume, die sonstigen Räumlichkeiten und den Garten mietfrei zu überlassen hat.

Die Anpassung des Vertrages lediglich in der Weise, dass die Bekl. nach Beendigung des Verwaltervertrages nicht mehr mietfrei wohnen, sondern als Nutzungsentschädigung den in den Verträgen vom 16. 8. 2000 und 6. 7. 2001 bestimmten „Jahreswert des Wohnungsrechtes“ als Nutzungsentschädigung in Höhe von 9600 DM zahlen, wie dies auch als Rechtsfolge für Werkdienstwohnungen gedacht ist, in dem dort mit Ende des Arbeitsverhältnisses das Nutzungsverhältnis über den Wohnraum von dem bis dahin einheitlichen Vertragsverhältnis abgespalten wird und daraus ein gesetzliches Abwicklungsschuldverhältnis mit der Pflicht zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung entsteht

(vgl. MüKo/Schilling, § 576 b Rn. 5 mwN),

ist hier dem Kl. nicht zumutbar, wenn die Vertragsanpassung nicht gleichzeitig auch das ordentliche Kündigungsrecht für den Wohnraum gewährt, wie es nach § 576 b BGB für Werkdienstwohnungen gerade gedacht ist.

Der Kl. wäre ansonsten gehindert, sein Interesse an der Nutzung der den Bekl. überlassenen Wohnung, Räumlichkeiten und des Gartens durch einen neuen Verwalter durchzusetzen, und zwar für die unbestimmte Lebensdauer der bei Abschluss des Vertrages vom 6. 7. 2001 erst 59 (Bekl. zu 1) und 39 Jahre (Bekl. zu 2) alten Bekl.

c) Das Miet- bzw. Nutzungsverhältnis der Parteien wurde wirksam durch Kündigung beendet, und zwar durch eine ordentliche Kündigung mit der Klagschrift.

aa) Für eine außerordentliche Kündigung des Kl. nach § 543 BGB reichen die von ihm vorgetragene Gründe nicht aus....

1 bb) Das Miet- bzw. Nutzungsverhältnis der Parteien wurde aber durch ordentliche Kündigung des Kl. wirksam beendet....

Als wirksame schriftliche Kündigung ist jedoch die Klagschrift vom 25. 1. 2005 (...) anzusehen.

Ein Schriftsatz (insbesondere die Klagschrift) in einem Räumlichkeitsstreit genügt der Form des § 568 BGB, wenn darin für die Bekl. Mieter eindeutig erkennbar ist, dass neben der Klagschrift eine materiell-rechtliche Willenserklärung (Kündigung) abgegeben wird

(Palandt/Weidenkaff, aaO § 568 Rn. 6 mwN).

Aus der Klagschrift ist hier eindeutig erkennbar, dass der Kl. auch hiermit die Beendigung des Mietverhältnisses herbeiführen will. Auf Seite 8 der Klagschrift (...) heißt es:

„Hilfsweise wird der Räumungsanspruch damit begründet, dass die unwidersprochen gebliebene Kündigung auch als ordentliche Kündigung nach § 576 Abs. 1 Nr. 1 BGB zum 30.11.2004 wirksam wäre.

...

Aus allem folgt, dass die Bekl. kein Recht zum Besitz des Hauses nebst allen Nebengebäuden haben. Sie sind zur Räumung verpflichtet.“

Die Klagschrift gibt ausreichend im Sinne des § 573 BGB, aber auch des § 576 b BGB die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Kündigung an, indem dort auf Seite 8 (...) ausgeführt wird:

„Das Wohnhaus wurde dem Bekl. und seiner Ehefrau zum Zwecke der Verwaltung der Ferienkolonie überlassen. Es wird vom Kl. dafür benötigt, einen Nachfolger zu beherbergen, da eine ordnungsgemäße Verwaltung, die den Belangen der Mieter gerecht wird, nur vom Hause aus erfolgen kann.“

Die Bekl. wenden zwar ein, dass die Verwaltung der Ferienkolonie auch von einem anderen Ort geleistet werden könne und derzeit auch geleistet werde.

Die Bekl. können aber nicht ihre Einschätzung der wirtschaftlichen Notwendigkeiten und der Zweckmäßigkeit einer Verwaltung der Ferienkolonie an die Stelle des Kl., des Besitzers der Ferienkolonie, setzen.

Die vom Kl. insoweit vorgetragene Gründe sind konkret, vernünftig und nachvollziehbar und zwar deshalb, weil die räumliche

Nähe des Verwalters zur Ferienkolonie dieser Schutz vor Einbruch und Vandalismus gewährt, die Entgegennahme von Wünschen der Nutzer der Ferienkolonie erleichtert sowie bei der Lösung kleinerer Probleme hilfreich ist.

Hinzu kommt, dass der Kl. selbst früher die Verwaltung tatsächlich von den streitbefangenen Räumlichkeiten aus vornahm und dies auch anschließend so durch den Bekl. zu 1) geschah.

Wenn derzeit die Verwaltung von einem anderen Ort aus vorgenommen wird, weil die Bekl. dem Räumungsverlangen des Kl.s noch nicht nachgekommen sind, lässt dies noch nicht darauf schließen, dass der tatsächliche Wille des Kl. nicht darauf gerichtet ist, zukünftig die streitbefangenen Räumlichkeiten einem Verwalter der Ferienkolonie zur Verfügung zu stellen.

Hierfür spricht letztendlich auch, dass der Kl. mit der Überlassung der streitbefangenen Räumlichkeiten an einen Verwalter teilweise dessen Verwaltertätigkeit vergüten kann, wie er es ja auch im Verhältnis zum Bekl. zu 1) getan hat.

Dem haben die Bekl. nichts Erhebliches entgegengehalten.

Soweit die Bekl. den Willen des Kl.s zur Nutzung des streitgegenständlichen Hauses durch einen Verwalter bestreiten und darauf hinweisen, dass der Kl. im Verlaufe des Rechtsstreits mehrfach lediglich von seinem Willen geschrieben hat, selbst in das Haus einzuziehen (...), steht letzteres dem Willen des Kl.s zur Nutzung des Hauses durch einen Verwalter nicht entgegen, da auch der Bekl. zu 1) als Verwalter zunächst gemeinsam mit dem Kl. das Haus bewohnte.

Zur Abwägung der berechtigten Interessen des Kl. gegen die Interessen der Bekl. an einer Fortsetzung des Miet- bzw. Nutzungsverhältnisses folgt der Senat im Übrigen den Entscheidungsgründen im angefochtenen Urteil (...).

(3) Die Kündigungsfrist nach § 573 c BGB war bei Verkündung der erstinstanzlichen Entscheidung nahezu ein Jahr und ist nunmehr seit mehr als 1 1/2 Jahren abgelaufen.

3. Das hilfsweise von dem Bekl. geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht kann dem Rückgabeanspruch des Kl. schon nach §§ 570, 576 b BGB nicht entgegengehalten werden.

AktG §§ 140, 141, 243; UmwG §§ 16, 65, 198

- 1. Bei dem Beschluss der Hauptversammlung einer AG über die Umwandlung in eine KGaA haben die Inhaber stimmrechtsloser Vorzugsaktien jedenfalls dann kein Stimmrecht, wenn kein Fall der §§ 140 Abs. 2 S. 1, 141 Abs. 1 und 2 AktG vorliegt.**
- 2. In dem Umstand, dass das Gewicht des künftig nach § 140 Abs. 2 S. 1 AktG möglicherweise entstehenden Stimmrechts der Vorzugsaktionäre rechtsformbedingt in der KGaA geringer ist, liegt keine Beschränkung des Vorzugs.**

SchlHOLG, 5. Zivilsenat, Beschluss vom 15. Oktober 2007, 5 W 50/07, – Te.

Die Hauptversammlung der Ast.in, einer börsennotierten Aktiengesellschaft, beschloss die formwechselnde Umwandlung der Ast.in in die Rechtsform der Kommanditgesellschaft auf Aktien. Gegen diesen Beschluss hat die Antragsgegnerin Anfechtungs-, hilfsweise Nichtigkeitsklage eingereicht, über die noch nicht entschieden ist. Im vorliegenden Verfahren hat die Antragstellerin – die Bekl. – in dem genannten Klagverfahren – einen Antrag im Freigabeverfahren gemäß den §§ 198 Abs. 3, 16 Abs. 3 Satz 1 UmwG mit dem Antrag eingereicht, festzustellen, dass die Erhebung der Klage gegen die Wirksamkeit des Beschlusses der Hauptversammlung der Antragstellerin über den Formwechsel der Gesellschaft in die Rechtsform der Kommanditgesellschaft auf Aktien der Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister nicht entgegensteht. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Klage der Ag.in im Hauptsacheverfahren sei offensichtlich unbegründet.

Das Landgericht hat dem Antrag stattgegeben und ausgeführt, die Voraussetzungen für den Freigabebeschluss nach den §§ 198 Abs. 3, 16 Abs. 3 Satz 1 UmwG seien gegeben, weil weder ein Anfechtungsgrund im Sinne von § 243 AktG noch ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 241 AktG vorliege, die Klage im Hauptsacheverfahren deshalb voraussichtlich abzuweisen sei und auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz keine Erfolgsaussicht biete. Der Beschluss der Hauptversammlung der Antragstellerin verletze nicht das Gesetz im Sinne von § 243 Abs. 1 AktG, weil er unter Missachtung eines Sonderstimmrechts der Inhaber von Vorzugsaktien – solche Aktien hält nach ihrem Vortrag auch die Ag.in – zustande gekommen sei. Ein solches Sonderstimmrecht habe den Vorzugsaktionären im Zusammenhang mit diesem Beschluss nicht zugestanden. Das ergebe sich aus den §§ 240 Abs. 1, 65 Abs. 2 UmwG, wonach stimmrechtslose Aktien an der Entscheidung grundsätzlich nicht beteiligt seien. Soweit sich Ausnahmen aus den §§ 140 Abs. 2, 141 Abs. 1 AktG ergeben würden, lägen die Voraussetzungen dieser Normen nicht vor. Ob sich der Einfluss der Vorzugsaktionäre durch den Umwandlungsbeschluss tatsächlich verringert habe, könne offen bleiben, weil die Einflussmöglichkeit von Vorzugsaktionären auf die Geschäftsführung nicht zu den Vorzügen stimmrechtsloser Aktien im Sinne von § 139 Abs. 1 AktG gehöre. Die Ag.in sei auch nicht zur Anfechtung gem. § 243 Abs. 2 AktG unter dem von ihr vorgetragene Gesichtspunkt berechtigt, dass ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich oder einen Dritten Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre zu erlangen versuche. Insoweit gelte nämlich, dass die Aktionäre rechtsformbedingte Minderungen ihrer

Stimmkraft hinnehmen müssten, weil solches von dem Gesetzgeber mit der Schaffung des Umwandlungsgesetzes in Kauf genommen worden sei. Der Umwandlungsbericht habe als Grund für die Umwandlung die Notwendigkeit zur Kapitalerhöhung angegeben. Es sei nicht ersichtlich, dass diese Umwandlung auf die Schwächung der Rechte der Vorzugsaktionäre abziele. Auch ihnen komme die Kapitalbeschaffung letztlich zugute, weil sie Unternehmenswachstum und Erzielung größerer Gewinne ermögliche. Die Ag.in sei schließlich auch nicht zur Anfechtung gem. § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG unter dem von ihr geltend gemachten Gesichtspunkt berechtigt, vor dem Hauptversammlungsbeschluss unrichtige bzw. unvollständige Informationen erhalten zu haben. Der Umwandlungsbericht gem. § 192 UmwG entspreche den insoweit bestehenden Pflichten der Ast.in. Dort würden die Einflussmöglichkeiten von Aufsichtsrat und Hauptversammlung in der Kommanditgesellschaft auf Aktien mit denen der Aktiengesellschaft verglichen. Zutreffend würde dort festgestellt, dass der Einfluss der Gesamtheit der Kommanditaktionäre über die Hauptversammlung auf die Gesellschaft als geringer im Vergleich zur Rechtsform der Aktiengesellschaft einzuschätzen sei. Die weitere Feststellung des Umwandlungsberichtes, dass sich diese im Grundsatz nachteilige Änderung auf außenstehende Vorzugsaktionäre derzeit wegen der faktischen Verhältnisse tatsächlich nicht nachteilig auswirke, sei ebenfalls richtig. Schließlich habe der Vorstandsvorsitzende der Ast.in, Herr A., in seiner Rede auf der Hauptversammlung vom 11. Mai 2007 seine Pflicht zur Erläuterung des Umwandlungsberichtes nicht verletzt und keine unrichtigen Informationen hinsichtlich des Umwandlungsbeschlusses erteilt.

Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Ag.in blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen

Die gemäß den §§ 198 Abs. 3, 16 Abs. 3 Satz 6 UmwG zulässige sofortige Beschwerde hat keinen Erfolg. Denn das Landgericht hat zutreffend nach den §§ 198 Abs. 3, 16 Abs. 3 Satz 1 UmwG dahin entschieden, dass die gegen den Umwandlungsbeschluss der Hauptversammlung der Ast.in vom 11. Mai 2007 gerichtete Klage der Ag.in zu dem Aktenzeichen 8 O 73/07 LG Lübeck dem Eintrag des Formwechsels in das Handelsregister nicht entgegen steht.

1. Allerdings sehen die §§ 198 Abs. 3, 16 Abs. 3 Satz 3 UmwG vor, dass der Beschluss im Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 Satz 1 UmwG (nur) in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung ergehen kann. Ein solches dringendes Erfordernis ist erstinstanzlich nicht dargelegt worden und ergibt sich ersichtlich auch nicht aus dem Vorbringen der Ast.in im Beschwerdeverfahren, sie müsse den offenbar bereits konzipierten Wertpapierprospekt arbeitsaufwendig aktualisieren, wenn ein rechtskräftiger Freigabebeschluss nicht bis spätestens Ende Oktober 2007 vorliege. Dieser Zeitpunkt liegt schon jenseits der für die erste Instanz geltenden 3-Monats-Frist des § 16 Abs. 3 S. 4 UmwG und stand dort einer mündlichen Verhandlung mithin nicht entgegen. Aus dem zitierten Wortlaut des Gesetzes folgt, dass im Regelfall erstinstanzlich mündlich verhandelt werden muss

(vgl. etwa Borg in Lutter, Umwandlungsgesetz, § 16 Rn. 26).

Um einen solchen Regelfall hat es sich hier gehandelt, obwohl keiner der Beteiligten – insbesondere auch nicht die Ag.in – erstinstanzlich ausdrücklich auf eine mündliche Verhandlung gedrängt hat.

Der Verfahrensfehler führt allerdings nicht zur Notwendigkeit, die Sache aufzuheben und zur erneuten Verhandlung an das Landgericht zurückzuverweisen oder aber jedenfalls zweiter Instanz die mündliche Verhandlung nachzuholen. Eine mündliche Verhandlung im sofortigen Beschwerdeverfahren nach § 16 Abs. 3 Satz 6 UmwG ist grundsätzlich nicht vorgesehen

(so auch die Regierungsbegründung BT-Drs. 15/5092, S. 28 a. E.).

Indem § 16 Abs. 3 Satz 6 UmwG die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde eröffnet, ist für das Verfahren mangels abweichender Regelungen im Übrigen auf § 572 ZPO zurückzugreifen. Im sofortigen Beschwerdeverfahren nach § 572 ZPO kann das Berufungsgericht aber auch bei gravierenden Verfahrensmängeln erster Instanz selbst entscheiden, wenn dies zweckmäßig erscheint

(Zöller/Gummer, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 572 Rn. 27 und Musielak/Ball, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 572 Rn. 16; vgl. auch OLG Düsseldorf WM 2005, 1948 bei Juris Rz. 39).

Eine im sofortigen Beschwerdeverfahren zwar mögliche (§ 128 Abs. 4 ZPO), aber nicht geforderte mündliche Verhandlung ist auch angesichts des insoweit festzustellenden Verfahrensfehlers erster Instanz nicht notwendig. Denn die im Regelfall bestehende Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung erster Instanz ist vom Gesetzgeber nach § 16 Abs. 3 Satz 3 UmwG deshalb vorgegeben worden, um dem Ag. auf jeden Fall rechtliches Gehör zu gewähren

(vgl. Lutter/Borg, aaO).

Der Anspruch der Ag.in auf rechtliches Gehör ist aber bereits erster Instanz nicht in entscheidungserheblicher Weise (vgl. § 321 a Abs. 1 Ziff. 2 ZPO) verletzt worden. Dies macht die Ag.in auch selbst nicht geltend. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Durchführung einer mündlichen Verhandlung für die Ag.in zweiter Ins-

tanz zur umfassenden Gewährung rechtlichen Gehörs erforderlich wäre. Vielmehr sind im vorliegenden Verfahren und ergänzend in den bislang eingereichten Schriftsätzen im Hauptsacheverfahren 8 O 73/07 LG Lübeck – die Akte ist beigezogen – die maßgeblichen für die Entscheidung im Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 Satz 1 UmwG wichtigen Argumente umfassend wechselseitig vorgetragen worden, einschließlich einer erschöpfenden Auswertung der insoweit einschlägigen Literatur und Rechtsprechung. Auch der Senat sieht – wie die folgenden Ausführungen zeigen werden – keine zusätzlichen Argumente, die von den Parteien nicht bereits diskutiert worden wären und deshalb eine weitere Erörterung etwa in einer mündlichen Verhandlung erforderlich machen würden.

War der Verfahrensfehler erster Instanz mithin nicht entscheidungserheblich, steht er einer Entscheidung des Senats zu Lasten der Ag.in auch ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht entgegen.

2. Der Freigabebeschluss nach den §§ 198 Abs. 3, 16 Abs. 3 Satz 1 UmwG ist in der Sache nicht zu beanstanden, weil das Landgericht zutreffend ausführlich begründet hat, dass die gegen den Umwandlungsbeschluss der Hauptversammlung der Ast.in vom 11. Mai 2007 gerichtete Anfechtungs- bzw. hilfsweise Nichtigkeitsklage der Ag.in offensichtlich unbegründet im Sinne von § 16 Abs. 3 Satz 2 UmwG ist.

Offensichtlich unbegründet ist eine Klage im Sinne dieser Norm nicht nur dann, wenn sich die Unbegründetheit auf den ersten Blick ergibt. Maßgeblich ist vielmehr, dass sich diese Unbegründetheit der Klage mit großer Sicherheit voraussagen lässt. Es muss sich – ggf. nach umfassender rechtlicher Prüfung – ergeben, dass die Klage voraussichtlich abzuweisen ist und auch im Berufungs- oder Revisionsrechtszug keine Erfolgsaussicht bietet (OLG Karlsruhe ZIP 2007, 270, 271 mwN).

a) Diese Voraussetzungen liegen hier auch insoweit vor, als die Ag.in im sofortigen Beschwerdeverfahren in erster Linie geltend macht, für den Antrag auf Umwandlung der Aktiengesellschaft in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien habe ein von der Hauptversammlung nicht beachtetes Stimmrecht der Vorzugsaktionäre bzw. eine Pflicht zum Sonderbeschluss der Vorzugsaktionäre bestanden. Es kann dahinstehen, ob ein etwa übergangenes Erfordernis eines Sonderbeschlusses überhaupt einen geeigneten Anfechtungsgrund im Sinne des § 243 AktG gegen den auf der Hauptversammlung gefassten Beschluss über den Formwechsel darstellt, was die Ast.in in Abrede nimmt. Maßgeblich ist vielmehr, dass ein ausnahmsweises Stimmrecht der Inhaber stimmrechtsloser Vorzugsaktien für die vorliegende Konstellation einer Umwandlung der Aktiengesellschaft in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien nach der Gesetzeslage nicht durchgreift und Abweichendes entgegen den Darlegungen der Ag.in auch in Rechtsprechung und Literatur nicht vertreten wird. Soweit überhaupt in Einzelheiten über ein ausnahmsweise bestehendes Stimmrecht dieser Aktionäre Streit herrscht, betrifft dieser Streit nicht die vorliegende Fallgestaltung. Streitentscheidend ist hier mithin nicht etwa eine zweifelhafte Rechtsfrage, die im Grundsatz einer – im vorliegenden Verfahren nach § 16 Abs. 3 Satz 7 UmwG ausgeschlossenen – höchstrichterlichen Entscheidung zugeführt werden müsste.

Für den Beschluss der Versammlung der Anteilhaber betreffend den Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform verlangt § 240 Abs. 1 Satz 1 UmwG eine Mehrheit von mindestens $\frac{3}{4}$ des bei der Beschlussfassung einer Aktiengesellschaft vertretenen Grundkapitals und verweist im Übrigen auf die entsprechende Anwendung von § 65 Abs. 2 UmwG. Nach § 65 Abs. 2 Satz 1 UmwG bedarf der Beschluss der Hauptversammlung, wenn mehrere Gattungen von Aktien vorhanden sind, zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der stimmberechtigten Aktionäre jeder Gattung. Angesichts dieses Wortlautes wird vertreten, dass es einer Zustimmung von Inhabern stimmrechtsloser Vorzugsaktien bei dem Umwandlungsbeschluss grundsätzlich nicht bedürfe, weil § 65 Abs. 2 UmwG als speziellere Norm den Zustimmungsregelungen in § 141 Abs. 1 AktG vorgehe

(so etwa Münchener Kommentar zum Aktiengesetz/Volhard, 2. Aufl. 2004, § 141 Rn. 20 und Großkommentar zum Aktiengesetz/Bezzenger, 4. Aufl. 1999, § 141 Rn. 25).

Demgegenüber vertreten allerdings andere Autoren die Auffassung, dass § 65 Abs. 2 UmwG keine abschließende Regelungen darüber treffe, wann einer Aktiengattung eine Stimmberechtigung zukomme, sondern lediglich klarstellend deutlich mache, dass es in den Fällen, in denen einer Aktiengattung kein Stimmrecht zustehe, auch keines Sonderbeschlusses dieser Gattung bedürfe.

So ausgelegt würde sich aus der zitierten Norm nur ergeben, dass Aktiengattungen bei der Beschlussfassung über eine Verschmelzung bzw. Umwandlung nicht anders zu behandeln wären als bei jeder sonstigen Beschlussfassung auch. Dann aber wären die besonderen Normen über eine ausnahmsweise Mitentscheidung der Vorzugsaktionäre (§§ 140 Abs. 2, 141 Abs. 1 und 2, 179 Abs. 3 AktG) auch für die Frage heranzuziehen, ob den Vorzugsaktionären, die grundsätzlich nach § 139 Abs. 1 AktG kein Stimmrecht haben, bei dem Beschluss über die Umwandlung ausnahmsweise ein Stimmrecht zukommt

(diese Auffassung vertreten Brause, Stimmrechtslose Vorzugsaktien bei Umwandlungen, 2002, S. 83 für eine Verschmelzung einer AG auf eine KGaA, allgemein dortselbst S. 115–120, und S. 121 für den Formwechsel einer AG in eine KGaA; Kiem, ZIP 1997, 1627–1630; Lutter/Happ, Umwandlungsgesetz, 3. Aufl. 2004, § 240 Rn. 9; Bernel in Goutier, Kommentar zum Umwandlungsrecht, § 65 UmwG Rn. 19; offengelassen bei Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz, 3. Aufl. 2001, § 1 Rn. 4; ebenso offen bei Heidel/Roth, Aktienrecht, 2. Aufl. 2007, § 141 AktG Rn. 23).

Der aufgezeigte Streit braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden. Denn selbst wenn man in § 65 Abs. 2 UmwG keine abschließende Spezialregelung sehen will, entsteht doch die Notwendigkeit eines Sonderbeschlusses nur dann, wenn die stimmrechtslosen Vorzugsaktien dem Vorzugsaktionär nach den genannten Vorschriften des Aktiengesetzes ausnahmsweise ein Stimmrecht gewähren. Dieser Fall liegt hier jedoch nicht vor:

aa) Gem. § 140 Abs. 2 Satz 1 AktG haben die Vorzugsaktionäre das Stimmrecht, wenn der Vorzugsbetrag in einem Jahr nicht oder nicht vollständig gezahlt und der Rückstand im nächsten Jahr nicht neben dem vollen Vorzug dieses Jahres nachgezahlt wird. Dieser Fall liegt hier nicht vor und ist seit dem Börsengang der Ast.in 1979 und der Ausgabe nicht stimmberechtigter Vorzugsaktien nach ihrem nicht bestrittenen Vortrag bisher auch nie eingetreten.

bb) Nach § 141 Abs. 2 Satz 1 AktG bedarf ein Beschluss über die Ausgabe von Vorzugsaktien, die bei der Verteilung des Gewinns oder des Gesellschaftsvermögens den Vorzugsaktien ohne Stimmrecht vorgehen oder gleichstehen, gleichfalls der Zustimmung der Vorzugsaktionäre. Auch dieser Sonderfall liegt hier nicht vor.

cc) Schließlich bedarf nach § 141 Abs. 1 AktG ein Beschluss, durch den der Vorzug aufgehoben oder beschränkt wird, zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Vorzugsaktionäre. Bei der Auslegung dieser Vorschrift herrscht allerdings Einigkeit insoweit, dass einerseits gerade der Vorzug selbst ausgeschlossen oder beeinträchtigt worden sein muss und nicht etwa der Eingriff in allgemeine Aktionärsrechte ausreicht. Andererseits muss diese Beeinträchtigung des Vorzugs unmittelbar geschehen und genügt eine nur mittelbare Beeinträchtigung nicht

(vgl. etwa Hüffer, Aktiengesetz, 6. Aufl. 2004, § 141 Rn. 3 f; Heidel/Roth, aaO, § 141 Rn. 3 f; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz/Volhard, aaO, § 141 Rn. 3–7).

An beiden Voraussetzungen fehlt es hier.

Hinsichtlich der Aufhebung und Beschränkung des Vorzugs ist allerdings streitig, was im Einzelnen von dem Vorzug im Sinne des § 141 Abs. 1 AktG erfasst wird. Nach der engeren Meinung werden nur die zwingenden Vorzugsrechte gemäß § 139 Abs. 1 AktG – nämlich der eigentliche Gewinnvorzug einerseits und der Nachzahlungsanspruch andererseits – erfasst

(so etwa Münchener Kommentar zum Aktiengesetz/Volhard, aaO, § 141 Rn. 3; Großkommentar zum Aktiengesetz/Bezenberger, aaO, § 141 Rn. 10 f und Heidel/Roth, aaO, § 141 Rn. 3).

Nach anderer Auffassung unterfallen auch die fakultativ durch Satzung geschaffenen zusätzlichen Vorrechte – Liquidationsvorzug, Mehrdividende – § 141 Abs. 1 AktG und richtet sich die Notwendigkeit eines Sonderbeschlusses deshalb nach dieser Norm und nicht etwa nur nach der allgemeineren Regelung des § 179 Abs. 3 AktG

(etwa Hüffer, aaO, § 141 Rn. 3; für die Anwendung von § 179 Abs. 3 AktG sprechen sich etwa aus Heidel/Roth, aaO und Brause aaO, S. 118).

Auch dieser Streit kann aber im vorliegenden Fall ersichtlich unentschieden bleiben. Denn selbst nach der weiten Auffassung wird durch den hier angegriffenen Umwandlungsbeschluss – Umwandlung der Ast.in von einer Aktiengesellschaft in eine KGaA – nicht in den Vorzug eingegriffen. Die Ast.in hat in der Klagerwiderrung des Hauptsacheverfahrens zutreffend – und in keiner Weise von der Ag.in angegriffen – darauf hingewiesen, dass der Vorzug unverändert bleibt, wie sich auch aus dem Vergleich der entsprechenden Satzungsregelungen in den §§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 2–5 der Ast.in mit den §§ 30 Abs. 1, 34 Abs. 2–5 der beschlossenen Satzung der C. AG & Co. KGaA ergibt.

Die Ag.in greift im Kern an, dass aber die Vorzugsaktionäre für den Fall, dass ihr Vorzug nicht bezahlt werde, keine Möglichkeit hätten, über die sodann erwachsenen Stimmrechte die Geschäftsleitung in der neuen Gesellschaftsform, nämlich der KGaA, zu kontrollieren. Hierin sieht sie die eigentliche Beschränkung ihrer Rechte durch den Formwechsel. Eine Beschränkung des Vorzugs im Sinne der §§ 139 Abs. 1, 141 Abs. 1 AktG ist dies aber nicht. Denn zum Einen handelt es sich bei dem in einem solchen Fall – der bislang seit dem Börsengang der Ast.in nicht aufgetreten ist – entstehenden Stimmrecht der Vorzugsaktionäre um ein allgemeines Aktionärsrecht und nicht um den Vorzug im Sinne des § 141 Abs. 1 AktG selbst. Zum Anderen liegt jedenfalls kein unmittelbarer Eingriff durch den Umwandlungsbeschluss vor. Denn nach § 278 Abs. 3 AktG gelten für das Verhältnis der Aktionäre – auch der Vorzugsaktionäre – zur Gesellschaft die Vorschriften des ersten Buches über die Aktiengesellschaft und mithin gerade auch weiterhin die §§ 140 Abs. 2, 141 Abs. 1 und 2 AktG

(vgl. nur etwa Brause, aaO, S. 121).

Wird also der Vorzug in einem Jahr nicht oder nicht vollständig gezahlt und der Rückstand auch im nächsten Jahr nicht neben dem vollen Vorzug nachgezahlt, dann lebt auch in der KGaA das Stimmrecht der Vorzugsaktionäre auf und gilt im Übrigen gleiches auch für die Sonderfälle des § 141 Abs. 1 und 2 AktG. Lediglich mittelbar wird durch die Umwandlung das Gewicht dieses in den genannten Sonderfällen entstehenden Stimmrechts der Vorzugsaktionäre deshalb zwangsläufig getroffen, weil rechtsformbedingt die Stellung des Aufsichtsrates der KGaA gegenüber dem Aufsichtsrat der AG schwächer ausgestaltet ist und die Einflussmöglichkeiten der Aktionäre über ihr Stimmrecht in der Hauptversammlung und über den gewählten Aufsichtsrat auf die Geschäftsleitung in der KGaA eingeschränkt sind. Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass der Aufsichtsrat in der KGaA nicht das Geschäftsführungsorgan der Gesellschaft bestellt, weil die persönlich haftende Gesellschafterin geborenes Geschäftsführungsorgan ist. Ihm fehlt auch die Kompetenz zum Erlass einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung und er kann schließlich nicht den Jahresabschluss feststellen

(vgl. zu den Unterschieden zwischen dem Aufsichtsrat der AG und jenem der KGaA etwa Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts Band IV, 3. Auflage 2006, § 77 Rn. 46–48).

Fehlt es aber mithin bei der hier fraglichen Umwandlung der Ast.in durch den Beschluss der Hauptversammlung vom 11. Mai 2007 in eine KGaA an einer Beschränkung oder gar Aufhebung des Vorzugs und fehlt es erst recht an einem unmittelbaren Eingriff, dann bedarf es keiner Zustimmung der Vorzugsaktionäre und insoweit keines Sonderbeschlusses. Diese Auffassung ist nicht streitig und wird ausdrücklich gerade auch für den Formwechsel in eine KGaA in der von der Ag.in herangezogenen Arbeit von Brause

(aaO, S. 121 unter Verweis auch auf die entsprechende Lage bei einer Verschmelzung einer AG auf eine KGaA S. 83)

vertreten. Auch in dem von der Ag.in weiter herangezogenen Aufsatz von Kiem

(ZIP 1997, 1627, 1630)

wird ausdrücklich ausgeführt, dass eine Stimmberechtigung der Vorzugsaktionäre bei einem Formwechsel nur dann in Betracht komme, wenn durch den Formwechsel unmittelbar in das Vorzugsrecht eingegriffen werde, was hier aber wie aufgezeigt gerade nicht der Fall ist.

b) Zu Unrecht ist die Ag.in der Auffassung, ihre Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses sei aber jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des § 243 Abs. 4 Satz 1 Aktiengesetz aussichtsreich. Danach kann wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen nur angefochten werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte.

Die Ag.in verweist darauf, sie habe im Hauptsacheverfahren unter Beweisantritt vorgebracht, dass der Vorstandsvorsitzende der Ast.in, Herr A., die Aktionäre falsch informiert habe, weil er im Rahmen seiner Rede auf der Hauptversammlung ausdrücklich und wiederholt hervorgehoben habe, dass der Formwechsel zu keiner Rechtsbeeinträchtigung der Aktionäre führe und eine Schlechterstellung der Aktionäre nicht zu befürchten sei. Die Ag.in argumentiert im vorliegenden Verfahren, es sei jedenfalls wegen dieses – dort streitigen – Vortrags für die Entscheidung ihrer Anfechtungsklage eine Beweisaufnahme erforderlich, weshalb die

entscheidende Voraussetzung für einen Freigabebeschluss nach § 16 Abs. 3 Satz 2 UmwG – nämlich die offensichtliche Unbegründetheit der Klage gegen den Formwechselbeschluss – nicht vorliegen könne. Dieser Auffassung ist das Landgericht im Ergebnis zu Recht nicht gefolgt, auch wenn es sich nicht im Einzelnen mit der fraglichen streitigen Behauptung auseinandergesetzt hat.

Das Landgericht hat zunächst zutreffend hervorgehoben, dass sich allerdings in der von der Ag.in in ihrer Eigenschaft als Kl.in des Verfahrens 8 O 73/07 selbst zur Akte gereichten schriftlichen Fassung der Rede des Vorstandsvorsitzenden vor der Hauptversammlung – Anlage K 2 – eine derartige Äußerung nicht findet und dort auf S. 8 vielmehr nur allgemein (zutreffend) auf die Verbesserung der Handlungsoptionen der Gesellschaft durch den Formwechsel hingewiesen worden ist, insbesondere auf die größere Flexibilität hinsichtlich der Eigenkapitalzufuhr.

Wird allerdings im Folgenden unterstellt, dass der Vorstandsvorsitzende abweichend von diesem Redetext und abweichend von dem im vorliegenden Verfahren von der Ast.in eingereichten Versicherungen an Eides statt des Herrn E. und der Frau F. (wonach nämlich Herr A. von diesem Redemanuskript nicht abgewichen sein soll) unterstellt, dass der Vorstandsvorsitzende auf der Hauptversammlung tatsächlich ausgeführt hat, der Formwechsel führe zu keiner Rechtsbeeinträchtigung der Aktionäre und keiner Schlechterstellung für diese, so wäre diese Information allerdings teilweise unrichtig, weil – in Bezug auf die Vorzugsaktionäre – zwar der Vorzug erhalten bleibt und ebenso auch die Möglichkeit des Auflebens eines Stimmrechtes, dieses etwaige Stimmrecht jedoch inhaltlich gegenüber der Situation in der AG formwechselbedingt eingeschränkt wäre.

Insoweit ist aber zu beachten, dass – nicht im Streit – der Vorstandsvorsitzende entsprechend seinem Redemanuskript S. 8 jedenfalls darauf hingewiesen hat, dass die Einzelheiten des Formwechsels durch den Finanzvorstand Herrn B. im weiteren Verlauf der Hauptversammlung ausführlich begründet würden. Das ist auch – ebenso unstrittig – tatsächlich erfolgt. Aus dem in der Sache 8 O 73/07 von der Ast.in als Anlage B 3 (Anlagenband) eingereichten Redemanuskript des Vorstandsmitglieds B. ergibt sich, dass dieser auf die rechtsformspezifisch geringeren Kompetenzen des Aufsichtsrats einer KGaA mit ihren entscheidenden Komponenten – der Aufsichtsrat kann den Komplementär oder dessen Vorstand nicht bestellen und keinen Katalog von Geschäftsführungsmaßnahmen festsetzen, zu denen der Komplementär der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf – hingewiesen hat. Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass es bei der Erläuterung der rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen, insbesondere der qualitativen Änderungen der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten durch den Vorstand in der Hauptversammlung nach § 232 Abs. 2 UmwG, nicht erforderlich ist, alle Einzelheiten, die in dem Umwandlungsbericht selbst enthalten sind, aufzuführen. Vielmehr kann sich der Vorstand auf eine mündliche Zusammenfassung des Umwandlungsberichtes beschränken, zumal der zentrale Sinn der durch das Gesetz angeordneten mündlichen Erläuterung gerade auch darin liegt, die in dem schriftlichen Umwandlungsbericht enthaltenen Ausführungen zu aktualisieren

(Schmitt/Hörtnagl/Stratz, aaO, § 232 Rn. 2).

Darüber hinaus ist es nicht erforderlich, dass die mündliche Erläuterung gerade durch den Vorstandsvorsitzenden selbst erfolgt.

Vor diesem Hintergrund ist aber nicht nur die mündliche Erläuterung zu dem genannten Punkt durch das Vorstandsmitglied B. ausreichend, sondern liegen überdies in Bezug auf die unterstellten fehlerhaften Ausführungen des Vorstandsvorsitzenden die weiteren Voraussetzungen des § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG nicht vor. Denn einem objektiv urteilenden Aktionär kann nicht entgangen sein, dass der Vorstandsvorsitzende gerade für die Einzelheiten des Formwechsels und seiner Auswirkungen auf den nachfolgenden Beitrag des Vorstandsmitglieds B. hingewiesen hat und dass das Vorstandsmitglied B. sich tatsächlich auch mit den Auswirkungen des Formwechsels, insbesondere den deutlich eingeschränkten Rechten des Aufsichtsrates mit den sich mittelbar dadurch aber ergebenden Einschränkungen für die Wirkung des Stimmrechts der Aktionäre hingewiesen hat. Die verkürzte und für sich genommen nicht zutreffende Darstellung des Vorstandsvorsitzenden A. nach der allerdings streitigen Behauptung der Ag.in – die ausreichende Substantiierung ihrer Behauptung kann hier dahinstehen – wäre mithin an dem von dem Vorstandsvorsitzenden selbst angegebenen Ort, nämlich der ausführlichen Erläuterung durch das Vorstandsmitglied B., in ausreichender Weise korrigiert worden.

Dieses Ergebnis wird auch dadurch unterstrichen, dass im übrigen der zentrale Umwandlungsbericht gem. § 192 AktG keine unrichtigen und unvollständigen Informationen im Sinne des § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG enthält und dieser sowie der Umwandlungsbeschluss selbst die Auswirkungen der Umwandlung für die Vorzugsaktionäre und die Arbeitnehmer der Bekl. zutreffend und unmissverständlich beschreibt. Insoweit kann auf die zutreffende Darstellung des Landgerichts in dem angegriffenen Beschluss S. 11–14 Bezug genommen werden, die sich der Senat zu Eigen macht. Die sofortige Beschwerde zeigt nicht auf, dass und warum diese Ausführungen falsch sein sollten.

c) Das Landgericht hat in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt, dass auch ein Anfechtungsgrund nach § 243 Abs. 2 AktG nicht vorliegt, insbesondere keine Hinweise erkennbar sind, wonach die Familie A. oder der Vorstandsvorsitzende A. aus der Umwandlung einen Sondervorteil zu Lasten der übrigen Aktionäre ziehen wollen. Die rechtsformbedingten Änderungen in Bezug auf die Geschäftsführungs- und Überwachungsorgane sind von den zukünftigen Kommanditisten dagegen hinzunehmen

(vgl. BGH WM 2005, 1462 ff, bei Juris Rn. 14 bis 23)

und kein Grund zur Anfechtung nach der genannten Norm. Das greift die sofortige Beschwerde ebenso wie die zutreffende Feststellung des Landgerichts nicht an, dass ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 241 AktG nicht vorliegt.

3. Dem Antrag der Ag.in auf Zulassung der Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof kann nicht stattgegeben werden, denn die Rechtsbeschwerde ist nach den §§ 198 Abs. 3, 16 Abs. 3 Satz 7 UmwG ausgeschlossen. Die fragliche Norm ist durch das zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19. April 2007 (BGBl I 542) eingeführt worden und tritt nach Art. 6 dieses Gesetzes am Tage nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt, mithin am 25. April 2007, in Kraft. Diese Vorschrift ist deshalb im vorliegenden Fall anzuwenden. Es kommt nicht darauf an, dass auch die Voraussetzungen für die Zulassung einer Rechtsbeschwerde nach § 574 ZPO nicht vorliegen....

BGB § 1573 II, V; ZPO § 323 I, IV

Haben die Parteien im Wege des Prozessvergleichs Unterhalt „für die Kindesbetreuung“ vereinbart, so kann nach Wegfall der Kindesbetreuung im Wege der Abänderungsklage nunmehr Aufstockungsunterhalt verlangt werden

SchlHOLG, 1. Familiensenat, Urteil vom 24. April 2007, 8 UF 200/06, Me.

Die Parteien, geschiedene Eheleute, sind im Streit über die Abänderung eines am 22. September 1998 vor dem Amtsgericht N. geschlossenen Vergleichs, wonach der Bekl. an die Kl.in einen monatlichen Unterhalt von 264 DM wegen Kindesbetreuung zu zahlen hatte. Das Familiengericht hat auf die Abänderungsklage der Kl.in den Vergleich dahin geändert, dass der Bekl. ab 1. Januar 2006 monatlich 242 € zu zahlen hat. Die Widerklage des Bekl., mit der er Abänderung des Vergleichs dahin begehrt hat, dass ab 1. Januar 2006 kein Unterhalt zu zahlen ist, hat das Familiengericht abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Kl.in begehrt über das angefochtene Urteil hinaus einen weiteren monatlichen Unterhalt von 40 €. Der Bekl. verfolgt mit seiner Berufung sein erstinstanzlich mit der Widerklage verfolgtes Begehren weiter.

Aus den Gründen

Die Berufung der Kl.in hat nur zu einem ganz geringen Teil, die des Bekl. hat keinen Erfolg.

1. Die Klage ist als Abänderungsklage gemäß § 323 Abs. 4 und 1 ZPO zulässig. Die dem Abschluss des Vergleichs zugrunde liegenden Verhältnisse haben sich wesentlich geändert. Die Kl.in ist nicht mehr wegen der erforderlichen Kindesbetreuung an einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit gehindert. Die aus der Ehezeit herrührenden Verbindlichkeiten sind abgetragen und das Einkommen beider Parteien hat sich wesentlich verändert.

Zu Unrecht macht der Bekl. geltend, durch den Vergleich sei nur der Anspruch auf Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) geregelt, für einen aus einer anderen Anspruchsgrundlage hergeleiteten Unterhaltsanspruch müsse die Kl.in eine gesonderte Leistungsklage erheben.

Der Anspruch auf nachehelichen Unterhalt ist stets ein einheitlicher Anspruch. Von den Einzeltatbeständen der §§ 1570 ff. BGB können zwei oder mehrere gleichzeitig oder auch in zeitlichem Anschluss aneinander verwirklicht sein, ohne dass deshalb von ebenso vielen Unterhaltsansprüchen die Rede sein könnte

(vgl. BGH FamRZ 1984, 353).

Der Wegfall des einem Unterhaltstitel zugrunde liegenden Unter-

haltstatbestandes durch Veränderung der Verhältnisse und die etwaige Aufrechterhaltung dieses Titels aufgrund eines anderen Unterhaltstatbestandes sind im Wege der Abänderungsklage geltend zu machen

(vgl. BGH FamRZ 1990, 496).

2. Die Kl.in kann nach § 1573 Abs. 2 BGB vom Bekl. einen monatlichen Unterhalt von 244 € ab 1. Januar 2006 verlangen. Sie ist nicht in der Lage, vollständig selbst für ihren Unterhalt zu sorgen (§ 1569 BGB). Durch Ausübung einer angemessenen vollschichtigen Erwerbstätigkeit könnte sie ein unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen von 750 € pro Monat erzielen. Da mit einem derartigen Einkommen nicht einmal der Mindestunterhalt gesichert werden kann, sind die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt gemäß § 1573 Abs. 2 BGB gegeben.

Die Kl.in ist aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage, ihrer früher ausgeübten Tätigkeit als Textilreinigerin weiter nachzugehen. Damit ist sie nicht erwerbsunfähig. In dem Attest ihres Hausarztes vom 14. November 2002 ist ausgeführt: „Bürotätigkeiten bzw. leichte körperliche Arbeiten ohne Zwangshaltung sind vollschichtig durchführbar.“ Die Bundesagentur für Arbeit hat der Kl.in Rehabilitationsmaßnahmen zugebilligt, nachdem sie ihren erlernten Beruf als Textilreinigerin aus gesundheitlichen Gründen aufgegeben hatte. Im Jahr 2005 hat sie eine Fortbildung im kaufmännischen Bereich absolviert und auch bis in den Januar 2006 für eine Zeitarbeitsfirma vollschichtig gearbeitet. Dementsprechend hält sich die Kl.in auch selbst für erwerbsfähig und trägt vor, sich vielfach um eine vollschichtige Erwerbstätigkeit beworben zu haben.

Das hieraus bei den notwendigen intensiven Erwerbsbemühungen

(vgl. dazu Palandt/Brudermüller, BGB, 66. Aufl., § 1573 Rn. 5/6 und § 1361 Rn. 41)

erzielbare unterhaltsrechtlich maßgebliche Einkommen schätzt der Senat aufgrund seiner Erfahrung auf 750 € pro Monat (§ 287 ZPO). Die vom Bekl. vorgelegten Tarifauskünfte, nach denen im Einzelhandel eine tarifgemäße Entlohnung zu einem Monatsnettoeinkommen von mindestens 1100 € führt, stehen damit nicht in Widerspruch. Zum einen ist die Kl.in keine ausgebildete Verkäuferin, zum anderen werden gerade im Einzelhandel Mitarbeiter oft nicht nach dem Tarif entlohnt. Dies wird auch daran deutlich, dass die Kl.in für ihre Teilzeittätigkeit lediglich 6,00 € pro Stunde erhält. Nach dem Tarif wären 9,98 € zu zahlen.

Ein monatliches Einkommen in Höhe von 750 € netto ist der Kl.in als erzielbar zuzurechnen. Es kommt nicht darauf an, dass sie tatsächlich lediglich 12 Stunden pro Woche arbeitet und hieraus etwa 300 € pro Monat verdient. Denn es kann nicht festgestellt werden, dass die Kl.in nicht in der Lage gewesen wäre, eine entsprechende vollschichtige Erwerbstätigkeit zu finden. Es ist nicht dargetan, dass die Kl.in sich nach ihrem Ausscheiden bei der Zeitarbeitsfirma im Januar 2006 im erforderlichen Umfang erfolglos um eine neue Anstellung bemüht hätte. Ihr Vortrag, sie habe trotz ihrer vielfältigen Bemühungen keine vollschichtige Arbeit bekommen können und werde auch keine bekommen, ist nicht hinreichend konkretisiert. Es ist erstinstanzlich lediglich eine einzige Bewerbung bei der Firma B nachgewiesen. Während des Berufungsverfahrens hat die Kl.in weitere 14 Bewerbungen in den Monaten Februar und März 2007 vorgebracht. Auch damit ist sie ihrer Pflicht, sich nach Kräften um eine neue Anstellung zu bemühen, nicht in ausreichendem Maße nachgekommen.

Der Bekl. ist zu Unterhaltsleistungen in der Lage. Sein maßgebliches Einkommen betrug im Jahr 2006 nach der vorgelegten Abrechnung für Dezember netto 21 545,76 €. Zuzüglich der im Einkommensteuerjahresausgleich erstatteten Beträge von 205,33 € ergibt sich ein Jahresnetto von 21 751,09 €, das entspricht monatlich gerundet 1813 €. Nach Abzug der vermögenswirksamen Leistungen des Arbeitgebers (20 €) und der Fahrtkosten für den Weg zur Arbeit (121 €) verbleiben 1672 €. Der für den gemeinsamen Sohn zu zahlende Unterhalt ist der Einkommensgruppe 4 der Düsseldorfer Tabelle zu entnehmen. Mit seinem Einkommen ist der Bekl. in die Gruppe 3 einzuordnen. Es ist hier jedoch eine Höherstufung um eine Gruppe angemessen, da der Bekl. neben der Kl.in nur einem Kind zum Unterhalt verpflichtet ist

(vgl. Unterhaltsrechtliche Leitlinien des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts Ziffer 11.2).

Vom Einkommen sind deshalb 353 € abzusetzen. Es verbleiben 1319 €. Das Einkommen des Bekl. übersteigt das erzielbare Einkommen der Kl.in damit um 569 €. Drei Siebtel dieses Betrages,

das sind 244 €, stehen der Kl.in als Aufstockungsunterhalt zu.

Die Voraussetzungen des § 1573 Abs. 5 BGB für eine zeitliche Begrenzung des Anspruchs sind nicht gegeben. Danach kann ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt zeitlich begrenzt werden, soweit insbesondere unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe sowie der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre; dies gilt in der Regel nicht, wenn der Unterhaltsberechtigte nicht nur vorübergehend ein gemeinschaftliches Kind allein oder überwiegend betreut hat oder betreut. Die Zeit der Kindesbetreuung steht der Ehedauer gleich. Diese Vorschrift beruht auf dem Gedanken, dass eine lebenslange Beibehaltung des ehelichen Lebensstandards nur dann angemessen ist, wenn etwa die Ehe lange ange dauert hat, wenn aus ihr gemeinsame Kinder hervorgegangen sind, die der Berechtigte betreut oder betreut hat, wenn er erhebliche berufliche Nachteile um der Ehe willen auf sich genommen hat oder wenn sonstige Gründe (z. B. Alter oder Gesundheitszustand des Berechtigten) für eine dauerhafte Lebensstandardgarantie sprechen

(vgl. BGH, Urteil vom 28. Februar 2007, Az. XII ZR 37/05).

Die Parteien haben im Dezember 1989 geheiratet. Nach der Ehescheidung im September 1998 betreute die Kl.in den gemeinsamen Sohn Patrick, der im Februar 2006 16 Jahre alt wurde. Die Ehezeit einschließlich der anschließenden Zeit der Kindesbetreuung gemäß § 1573 Abs. 5 BGB beträgt damit mehr als 16 Jahre. Diese Umstände stehen der zeitlichen Begrenzung des Unterhalts entgegen.

Die Kl.in kann ihren früheren Lebensstandard nicht mehr durch eigene Erwerbstätigkeit sichern. Sie war früher als Textilreinigerin tätig. Aus einer Halbtagsbeschäftigung erzielte sie zum Zeitpunkt der Scheidung ein Nettoeinkommen von 1400 DM (vgl. Ziffer 2 der Vereinbarung vom 22. September 1998), dies entspricht einem bei Vollschichtigkeit erzielbaren Einkommen von etwa 1400 €. Ein entsprechendes Einkommen wird sie jetzt nicht mehr erreichen können. Auch mit dem zuerkannten Aufstockungsunterhalt verfügt die Kl.in nicht über ein Einkommen, wie sie es in der Ehe gehabt hat.

Die Voraussetzungen des § 1579 Nr. 7 BGB für eine Versagung, Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs sind derzeit nicht gegeben. Zwar hat die Kl.in zu einem neuen Partner eine auf Dauer angelegte Beziehung aufgenommen. Zu einer auch wirtschaftlichen Verbindung ist es bisher nicht gekommen. Beide unterhalten getrennte Wohnungen, jeder wirtschaftet für sich. Der Bekl. macht auch nicht geltend, dass die Partner sonst in wirtschaftlicher Hinsicht verbunden wären, etwa durch gemeinschaftliche Vermögensdispositionen. Diese Beziehung besteht seit Februar 2005, also jetzt etwa zwei Jahre. Dieser Zeitraum ist noch nicht so erheblich, dass von einem verfestigten Zusammenleben, welches an die Stelle einer Ehe getreten ist, ausgegangen werden könnte. Sonstige, den Bekl. besonders belastende Begleitumstände dieser neuen Partnerschaft sind auch von ihm nicht geltend gemacht worden.

RVG § 58 II; VV RVG Vorbemerkung 3 IV

Der im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordnete Rechtsanwalt kann Zahlungen auf den nach Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG anzurechnenden Teil der für seine außergerichtliche Tätigkeit entstandenen Geschäftsgebühr (Nr. 2300 VV RVG) zunächst auf die Differenz zwischen Wahlanwaltsvergütung und Prozesskostenhilfevergütung verrechnen. Eine derartige vorrangige Verrechnung wird auch dann vorgenommen, wenn die Geschäftsgebühr noch nicht gezahlt worden ist.

SchlHOLG, 5. Familiensenat, Beschluss vom 3. März 2008, 15 WF 9/08, v.Mi.

Mit Beschluss vom 13.8.2007 hat das Amtsgericht – Familiengericht – Itzehoe dem Bekl. Prozesskostenhilfe zur Verteidigung gegen die Klage auf naheheiligen Ehegattenunterhalt bewilligt und den Beschwerdegegner beigeordnet. Im Termin zur mündlichen Verhandlung haben sich die Parteien über Ehegattenunterhaltsansprüche und Kindesunterhaltsansprüche für die beiden gemeinsamen Kinder verglichen. Das Familiengericht hat die Prozesskostenhilfebewilligung auf den Vergleich erstreckt.

Der Prozessbevollmächtigte des Bekl. hatte diesen außergerichtlich vertreten, hierfür jedoch keine Geschäftsgebühr abgerechnet und auch keine Gebühren im Rahmen von Beratungshilfe erhalten. Nach Abschluss des Verfahrens hat der Prozessbevollmächtigte des Bekl. beantragt, seine Vergütung als beigeordneter Rechtsanwalt festzusetzen. Er hat unter anderem beantragt, eine 1,3 Verfahrensgebühr nach dem Gegenstandswert der Hauptsache gemäß Nr. 3100 VV RVG in Verbindung mit § 49 RVG festzusetzen.

Die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle hat die Vergütung antragsgemäß festgesetzt. Hiergegen hat die Bezirksrevisorin beim Landgericht Itzehoe Erinnerung eingelegt, soweit eine im vorgerichtlichen Verfahren entstandene Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG nicht zur Hälfte auf die Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG gemäß Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG angerechnet worden ist. Zur Begründung hat die Bezirksrevisorin ausgeführt, dass sich aus dem zu den Akten gereichten Schriftverkehr ergebe, dass der Prozessbevollmächtigte des Bekl. bereits vorgerichtlich für diesen tätig gewesen sei. Es müsste somit eine Gebühr nach Nr. 2300 VV RVG entstanden sein.

Die Rechtspflegerin hat der Erinnerung nicht abgeholfen. Mit Beschluss vom 11.12.2007 hat die Familienrichterin die Erinnerung der Landeskasse als unbegründet zurückgewiesen und die Beschwerde gegen die Entscheidung wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassen. Zur Begründung führt die Richterin aus, dass die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens nicht nach der Anrechnungsregelung der Vorbemerkung 3 Abs. 4 RVG zu kürzen sei, weil im Prozesskostenhilfeverfahren diese Anrechnungsregelung keine Anwendung finde. Die Anwendung der Anrechnungsregelung würde die gerichtliche Vergütungsfestsetzung für den beigeordneten Rechtsanwalt erheblich komplizieren und mit materiellen Rechtsfragen überfrachten. Der Rechtspfleger müsste dann nämlich zunächst Feststellungen treffen, ob und zu welchem Streitwert eine außergerichtliche Geschäftsgebühr bei dem beigeordneten Anwalt überhaupt entstanden sei. Auch sei die ermittelte Geschäftsgebühr zunächst nach § 58 RVG auf mögliche überschüssige Wahlanwaltsgebühren und Auslagen zu verrechnen, die ebenfalls zu ermitteln seien. Erst dann könne in die Prüfung eingetreten werden, in welcher Höhe eine Anrechnung auf die angefallene gerichtliche Verfahrensgebühr zu erfolgen habe. Sinn und Zweck der Anrechnungsnormen im RVG sei es, den Mandanten im Verhältnis zu seinem Rechtsanwalt zu privilegieren, indem er die halbe Geschäftsgebühr spare, falls der Rechtsanwalt in gleicher Angelegenheit noch gerichtlich tätig werde. Nicht die gegnerische Partei und ebenso wenig die Landeskasse sollen von dieser Vorschrift profitieren.

Gegen die richterliche Entscheidung hat die Bezirksrevisorin bei dem Landgericht Beschwerde eingelegt. Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Die Beschwerde ist gemäß § 56 Abs. 2 RVG in Verbindung mit § 33 Abs. 3 RVG statthaft.

Die Beschwerde gegen die Vergütungsfestsetzung hat in der Sache keinen Erfolg.

Dem Prozessbevollmächtigten des Bekl. steht gemäß §§ 45, 55 RVG ein Vergütungsanspruch gegen die Landeskasse in der festgesetzten Höhe zu. Nach § 45 Abs. 1 RVG erhält der im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordnete Rechtsanwalt die gesetzliche Vergütung in Verfahren vor den Gerichten eines Landes aus der Landeskasse. Mit dem Begriff „gesetzliche Vergütung“ wird nicht auf die Wahlanwaltsvergütung oder Regelvergütung gemäß § 13 ff. RVG verwiesen, sondern im Rahmen der Prozesskostenhilfe auf die der Höhe nach begrenzte Vergütung gemäß § 49 RVG.

Die für das außergerichtliche Tätigwerden des Prozessbevollmächtigten des Bekl. nach Nr. 2300 RVG entstandene Geschäftsgebühr, deren Höhe vom Prozessbevollmächtigten des Bekl. nicht mitgeteilt worden ist, ist im vorliegenden Fall nicht auf den Anspruch gegen die Landeskasse auf Zahlung der Verfahrensgebühr für das gerichtliche Verfahren anzurechnen, sondern vorrangig auf die Differenz zwischen der Regelvergütung und dem Vergütungsanspruch gegen die Landeskasse.

Nach Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG ist, soweit wegen desselben Gegenstands eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 bis 2303 entstanden ist, diese Gebühr zur Hälfte, jedoch höchstens mit einem Gebührensatz von 0,75 auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens anzurechnen. Diese Regelung gestaltet das Vergütungsverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und Mandanten und hat damit auch Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch gegen die Landeskasse. Aufgrund der Forderungssperre in § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO kann der beigeordnete Rechtsanwalt Ansprüche auf Vergütung gegen die eigene Partei nicht geltend machen, er erhält stattdessen einen Vergütungsanspruch gegen die Landeskasse. Aufgrund des Ersatzcharakters des Vergütungsanspruchs gegen die Landeskasse können im Verhältnis des beigeordneten Rechtsanwalts zur Landeskasse grundsätzlich keine anderen Vergütungsregelungen gelten, als im Innenverhältnis des Rechtsanwalts zum Mandanten ohne die Forderungssperre gelten würde. Dies gilt grundsätzlich, sofern nicht eine speziellere gesetzliche Regelung eingreift, wie beispielsweise die Begrenzung der Höhe der Vergütung nach § 49 RVG.

Hiervon unabhängig und im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden ist die in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, ob die Anrechnungsregelung in Vorbemerkung 3 Abs. 4 RVG auch im Rahmen des prozessualen Kostenerstattungsanspruches gegen den Gegner gelten soll.

Die Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG regelt nicht, ob die außergerichtlich entstandene Geschäftsgebühr anteilig zunächst auf die Verfahrensgebühr für das gerichtliche Verfahren im Rah-

men des Vergütungsanspruchs gegen die Landeskasse zu verrechnen ist oder zunächst einmal auf die meist höhere Verfahrensgebühr im Rahmen der Regelvergütung nach § 13 ff. RVG. Diese Frage wird nach Auffassung des Senates durch die speziellere Vorschrift des § 58 Abs. 2 RVG geregelt. Nach § 58 Abs. 2 RVG sind Vorschüsse oder Zahlungen, die der Rechtsanwalt vor oder nach der Beordnung erhalten hat, zunächst auf die Vergütung anzurechnen, für die ein Anspruch gegen die Staatskasse nicht oder nur unter den Voraussetzungen des § 50 RVG besteht. Hiernach kann der beigeordnete Rechtsanwalt Zahlungen auf den anzurechnenden Teil der Geschäftsgebühr zunächst auf die Differenz zwischen Wahlanwaltsvergütung und Prozesskostenhilfevergütung verrechnen, für die er keinen Anspruch gegenüber der Staatskasse hat. Der anzurechnende Teil der Geschäftsgebühr ist von der aus der Staatskasse im Rahmen der Beordnung zu zahlenden Vergütung nur dann abzusetzen, wenn sich keine Differenz zwischen Wahlanwaltsvergütung und Prozesskostenhilfevergütung gibt und auch keine Auslagen entstanden sind, die nicht aus der Staatskasse erstattet werden

(OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. 4. 2006, JurBüro 2007, 149; Enders, Anrechnung der Geschäftsgebühr bei Prozesskostenhilfe im nachfolgenden Rechtsstreit, JurBüro 2005, Seite 281 ff.).

Dabei ist nach Sinn und Zweck der Regelung in § 58 Abs. 2 RVG keine Differenzierung dahingehend vorzunehmen, ob die Geschäftsgebühr für das außergerichtliche Tätigwerden vom Auftraggeber bereits vor Geltendmachung des Vergütungsanspruchs gegen die Landeskasse, nach Festsetzung der Vergütung oder gar nicht gezahlt worden ist. Zahlt der Auftraggeber die Geschäftsgebühr, so ist nicht nur die Zahlung auf die Differenz zwischen Regelvergütung und Vergütungsanspruch gegen die Landeskasse zu verrechnen, sondern insoweit auch bereits die entstandene Geschäftsgebühr, soweit sie anteilig auf die Verfahrensgebühr für das gerichtliche Verfahren anzurechnen ist. Würde man anderenfalls zwar die Zahlung auf die Differenz verrechnen, jedoch die anteilige Geschäftsgebühr allein auf den Vergütungsanspruch gegen die Landeskasse anrechnen, so würde sich ein Auseinanderfallen von Verrechnung der Zahlung und des zugrunde liegenden Anspruchs ergeben.

Eine vorrangige Verrechnung der anteilig anzurechnenden Geschäftsgebühr auf die Differenz zwischen der Regelvergütung und Wahlanwaltsvergütung ist auch dann vorzunehmen, wenn die Geschäftsgebühr noch nicht gezahlt worden ist. Denn anderenfalls würde es vom Zeitpunkt der Zahlung und damit von einem Umstand, auf den der Rechtsanwalt keinen Einfluss hat, abhängen, ob die Verrechnung der anteiligen Geschäftsgebühr auf den Prozesskostenhilfevergütungsanspruch gegen die Staatskasse erfolgt oder auf die Differenz zwischen der Regelvergütung und der Prozesskostenhilfevergütung. Auch müsste gegebenenfalls eine Nachfestsetzung erfolgen, wenn der Mandant die Geschäftsgebühr zahlt, nachdem bereits der Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse festgesetzt worden ist.

Würde man bei Nichtzahlung der Geschäftsgebühr durch den Mandanten die anteilige Geschäftsgebühr stets auf den Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse anrechnen, so würde der Anwalt doppelt benachteiligt werden. Denn er erhielte dann nicht nur keine Zahlung auf die außergerichtliche Geschäftsgebühr durch den Mandanten, sondern es würde sich auch der Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse verringern. Diese Ungleichbehandlung rechtfertigt sich nicht vor dem Hintergrund, dass der beigeordnete Anwalt durch die Gebührentabelle zu § 49 RVG bereits im Rahmen der Prozesskostenhilfe bei Gegenstandswerten über 3000 € eine geringere Vergütung als die Regelvergütung erhält.

Der Prozessbevollmächtigte des Bekl. hat eine Wahlanwaltsvergütung in Höhe von insgesamt 2445,21 € angemeldet. Hierin enthalten ist eine 1,3 Verfahrensgebühr in Höhe von 487,50 € zzgl. Mehrwertsteuer. Die Höhe der Wahlanwaltsvergütung ist von der Beschwerdeführerin nicht angegriffen worden. Es ergibt sich eine Differenz in Höhe von 1236,65 € zu dem Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse. Maximal anrechenbar ist eine 0,75 Geschäftsgebühr nach einem Gegenstandswert von 6852,00 € in Höhe der Regelvergütung, dass heißt 281,25 € zuzüglich 19 % Mehrwertsteuer = 334,69 €. Dieser Betrag liegt weit unter der Differenz zwischen der Regelvergütung und dem Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse, so dass die Anrechnung nicht zu einer Reduzierung des Vergütungsanspruches gegen die Staatskasse führt.

Beratungshilfe § 9; VV RVG Vorbemerkung 3 Abs. 4; VV RVG Nr. 2300, 2503, 2603

Eine hälftige Anrechnung der Geschäftsgebühr für die Beratungshilfe nach Nr. 2503 VV RVG auf den gegen den Gegner gerichteten prozessualen Kostenerstattungsanspruch der Partei, die Beratungshilfe in Anspruch genommen hat, findet nicht statt

SchlHOLG, 5. Familiensenat, Beschluss vom 11. März 2008, 15 WF 356/07, v.Mi.

Die Parteien habensich vor dem Amtsgericht – Familiengericht – Mölln um Trennungsunterhalt gestritten. Der Kl.in ist Prozesskostenhilfe für die Geltendmachung von laufendem Trennungsunterhalt und für einen Unterhaltsrückstand in Höhe von insgesamt 4668,00 € bewilligt und ihre Prozessbevollmächtigte beigeordnet worden. Die Prozessbevollmächtigte der Kl.in hatte diese bereits außergerichtlich bei der Geltendmachung von Trennungsunterhalt vertreten und hierfür Beratungshilfengebühren erhalten.

Gegen das erstinstanzliche Urteil des Amtsgerichts Mölln hat die Kl.in Berufung eingelegt. Die Parteien haben sich in zweiter Instanz vor dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht verglichen und die Kostenentscheidung dem Senat nach § 91a ZPO überlassen. Mit Beschluss vom 27. 9. 2006 hat der Familiensenat entschieden, dass die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen mit Ausnahme der Kosten des am 25. 8. 2006 protokollierten Vergleichs dem Bekl. auferlegt und die Kosten des Vergleichs gegeneinander aufgehoben werden.

Die Prozessbevollmächtigte der Kl.in hat aus der Staatskasse für die erstinstanzliche Vertretung insgesamt Gebühren und Auslagen in Höhe von 672,80 € erhalten. Hierbei berücksichtigt ist ein Abzug in Höhe von 35 € für die hälftige Geschäftsgebühr für Beratungshilfe. Den Betrag von 672,80 € hat das Amtsgericht Mölln dem Bekl. mit Kostenrechnung vom 30. 10. 2006 in Rechnung gestellt.

Mit Kostenfestsetzungsantrag vom 16. 10. 2006 beantragt die Kl.in gemäß § 104 ZPO die Wahlanwaltsvergütung für die erstinstanzliche Vertretung gegen den Bekl. festzusetzen, soweit diese die Zahlungen der Landeskasse übersteigt. In dem Kostenfestsetzungsantrag macht die Kl.in nach einem Streitwert von 8568 € eine 1,3 Verfahrensgebühr für den ersten Rechtszug in Höhe von 583,70 € und eine 1,2 Terminsgebühr für den ersten Rechtszug in Höhe von 538,80 € sowie eine Auslagenpauschale in Höhe von 20,00 € geltend, insgesamt 1142,50 €. Zuzüglich 16 % Mehrwertsteuer und abzüglich der Kostenerstattung seitens der Landeskasse über 672,80 €, verbleiben 652,50 €. Auf Nachfrage des Rechtspflegers hat die Prozessbevollmächtigte der Kl.in mitgeteilt, dass für ihre außergerichtliche Tätigkeit eine 1,3 Geschäftsgebühr auf einen Gegenstandswert in Höhe von 8568,00 € über 583,70 € zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer entstanden sei, sie diese Geschäftsgebühr aber nicht gegenüber der Kl.in abgerechnet habe.

Mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 23. 10. 2007 hat der Rechtspfleger des Amtsgerichts von den zur Erstattung angemeldeten Kosten 338,55 € abgesetzt und die zu erstattenden Kosten in Höhe von 317,40 € festgesetzt (313,95 € zuzüglich 3,45 € verauslagter Zustellkosten). Er hat dabei nur eine 0,65 Verfahrensgebühr zugebilligt. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass die Geschäftsgebühr in Höhe von 583,70 € gemäß Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG zur Hälfte, und zwar in Höhe von 291,85 €, auf die Verfahrensgebühr anzurechnen sei und die Umsatzsteuer sich entsprechend reduziere.

Dagegen wendet sich die Kl.in mit der form- und fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde, die Erfolg hatte.

Aus den Gründen

Die sofortige Beschwerde der Kl.in ist gemäß §§ 11 Abs. 1 RPfG, 104 Abs. 3 S. 1, 567 Abs. 1 ZPO zulässig.

Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Für die Kl.in sind weitere Kosten in Höhe von 291,85 € zuzüglich anteiliger Mehrwertsteuer in Höhe von 16 % über 46,70 €, insgesamt weitere 338,55 € festzusetzen, sodass sich insgesamt ein Kostenerstattungsanspruch gegen den Bekl. in Höhe von 655,95 € ergibt (652,50 € zuzüglich 3,45 € verauslagter Zustellkosten).

Die hälftige Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG ist nicht auf die Verfahrensgebühr für das gerichtliche Verfahren im Rahmen des prozessualen Kostenerstattungsanspruches anzurechnen, weil die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 des Vergütungsverzeichnisses zum RVG (VV RVG) im Innenverhältnis der Prozessbevollmächtigten zur Kl.in nicht entstanden ist. Die Prozessbevollmächtigte der Kl.in hatte das außergerichtliche Tätigwerden im Rahmen der Beratungshilfe abgerechnet. Nach Teil 2 Abschnitt 5 Vorbemerkung 2.5 VV RVG entstehen im Rahmen der Beratungshilfe Gebühren ausschließlich nach dem Abschnitt 5. Im Rahmen der Beratungshilfe sieht Nr. 2503 VV RVG eine Geschäftsgebühr in Höhe von 70,00 € vor.

Die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG ist auch nicht im Außenverhältnis der Kl.in zu dem Bekl. gemäß § 9 Beratungshilfegesetz als entstanden anzusehen. Nach § 9 Beratungshilfegesetz hat der Gegner dann, wenn er verpflichtet ist, dem Rechtssuchenden die Kosten der Wahrnehmung seiner Rechte zu ersetzen, die gesetzliche Vergütung für die Tätigkeit des Rechtsanwalts zu zahlen. Die Prozessbevollmächtigte der Kl.in hat von dem Bekl. nicht im Rahmen des § 9 Beratungshilfegesetz die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG als „gesetzliche Vergütung“ für das außergerichtliche Tätigwerden erstattet bekommen. Damit ist keine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG im Rahmen eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruches als entstanden anzusehen.

Die hälftige Geschäftsgebühr für die Beratungshilfe nach Nr. 2503 VV RVG in Höhe von 35,00 € ist nicht auf den prozessualen Kostenerstattungsanspruch der Kl.in gegen den Bekl. anzurechnen.

Eine Anrechnung erfolgt nicht nach Teil 3 Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG. Teil 3 Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG sieht vor, dass, soweit wegen desselben Verfahrensgegenstands eine Geschäftsgebühr nach den Nrn. 2300 bis 2303 VV RVG entstanden ist, diese Gebühr zur Hälfte, jedoch höchstens mit einem Gebührensatz von 0,75 auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens anzurechnen ist. Nach dem Wortlaut gehört die Geschäftsgebühr nach Nr. 2503 VV RVG nicht zu den anzurechnenden Gebühren. Aus diesem Grund ist im vorliegenden Fall die rechtliche Frage, ob und in welchem Umfang die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG nicht nur im Innenverhältnis zwischen Mandant und Auftraggeber zu einer Anrechnung auf die gerichtliche Verfahrensgebühr kommt, sondern die Anrechnung auch im Außenverhältnis auf den prozessualen Kostenerstattungsanspruch vorzunehmen ist, nicht entscheidungserheblich. Diese Frage ist in Rechtsprechung und Literatur streitig. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu den diesbezüglich bei ihm anhängigen Rechtsbeschwerden steht noch aus.

Eine hälftige Anrechnung der Geschäftsgebühr für die Beratungshilfe auf den prozessualen Kostenerstattungsanspruch erfolgt auch nicht nach der Regelung in Nr. 2503 Abs. 2 Satz 1 VV RVG. Nr. 2503 Abs. 2 Satz 1 VV RVG sieht vor, dass die Geschäftsgebühr für die Beratungshilfe auf die Gebühren für ein anschließendes gerichtliches oder behördliches Verfahren zur Hälfte anzurechnen ist. Die Regelung präzisiert nicht, auf welche Gebühr eine Anrechnung erfolgen soll, ob beispielsweise auf die Verfahrensgebühr für das gerichtliche Verfahren oder die Terminsgebühr. Die Vorschrift betrifft lediglich das Innenverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant und den Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts gegen die Staatskasse gemäß §§ 44, 45 RVG, nicht aber den materiell-rechtlichen und den prozessualen Kostenerstattungsanspruch des Mandanten gegen den Gegner im außergerichtlichen Streit oder im Prozess. Dies ergibt sich zum einen aus der Vorbemerkung 2.5 in Teil 2 Abschnitt 5 des VV RVG, in der es heißt: „Im Rahmen der Beratungshilfe entstehen Gebühren ausschließlich nach diesem Abschnitt.“ Der Gegner als dritte Person ist an dem Dreierverhältnis Mandant, Rechtsanwalt und Staatskasse bei Gewährung von Beratungshilfe nicht beteiligt, so dass den diesbezüglichen Regelungen „im Rahmen der Beratungshilfe“ grundsätzlich keine Außenwirkung zukommt.

Die fehlende Außenwirkung ergibt sich aus Sinn und Zweck der Beratungshilfe sowie dem weiteren Regelungszusammenhang. Die Zahlung der Beratungshilfe durch die Staatskasse soll – wie bei der Gewährung von Prozesskostenhilfe – nicht den Gegner entlasten, sondern als besondere Leistung der Sozialhilfe es der bedürftigen Partei ermöglichen, ihre Rechte wahrzunehmen. So sieht § 9 Satz 1 Beratungshilfegesetz für den Fall der Beratungshilfe vor, dass der Gegner, wenn er verpflichtet ist, dem Rechtssuchenden die Kosten der Wahrnehmung seiner Rechte zu ersetzen, die gesetzliche Vergütung für die Tätigkeit des Rechtsanwalts zu zahlen hat. § 9 Satz 2 Beratungshilfegesetz regelt dann anschließend einen Übergang des Anspruches auf den Rechtsanwalt, weil der Rechtssuchende im Innenverhältnis zu seinem Anwalt nicht die „gesetzliche Vergütung“ schuldet, sondern nur Gebühren nach Teil 2 Abschnitt 5 „Beratungshilfe“ des VV RVG anfallen. Mit gesetzlicher Vergütung ist die Wahlanwaltsvergütung nach § 13 ff. RVG gemeint. Entsprechende Regelungen finden sich im Rahmen der Prozesskostenhilfe. So soll die Gewährung der Prozesskostenhilfe für eine Partei ebenfalls nicht den Gegner entlasten. § 126 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass ein im Rahmen der Prozesskostenhilfe beigeordneter Rechtsanwalt berechtigt ist, seine Gebühren und Auslagen von dem in die Prozesskosten verurteilten Gegner im eigenen Namen beizutreiben, soweit nicht bereits aufgrund von gezahlten Vergütungen der Staatskasse die Ansprüche auf die Staatskasse nach § 59 Abs. 1 RVG übergegangen sind. Insofern kann der Rechtsanwalt im eigenen Namen die Differenz zwischen der Wahlanwaltsvergütung und der Vergütung im Rahmen der Prozesskostenhilfe vom unterlegenen Gegner erstattet verlangen. Daneben kann die Partei auch im eigenen Namen nach § 104 ZPO vom unterlegenen Gegner die Wahlanwaltsvergütung verlangen, muss diese dann aber an ihren Anwalt auskehren.

Soll aber die Beratungshilfe dem Gegner der bedürftigen Partei nicht zugute kommen, verbietet sich eine hälftige Anrechnung der Geschäftsgebühr für die Beratungshilfe auf den prozessualen Kostenerstattungsanspruch der Partei. Denn dann würde dem Gegner die Sozialleistung des Staates hälftig zugute kommen. Der Gegner würde bei einem außergerichtlichen Tätigwerden des Rechtsanwalts im Rahmen der Beratungshilfe besser dastehen, als wenn ein Anwalt im Rahmen der Beratungshilfe nicht außerge-

richtlich aufgetreten wäre, sondern gleich der Prozessauftrag erteilt worden wäre. Bei Anrechnung der hälftigen Geschäftsgebühr auf den prozessualen Erstattungsanspruch würde dem Gegner die hälftige Sozialleistung zukommen, obwohl er nicht bedürftig ist und auch nicht die außergerichtliche Wahlanwaltsvergütung nach § 9 Beratungshilfegesetz im Rahmen eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruches bezahlt hat. Nur dann, wenn die Wahlanwaltsvergütung nach § 9 Beratungshilfegesetz vom Gegner gezahlt wird, stellt sich die Frage einer Anrechenbarkeit der außergerichtlichen Geschäftsgebühr nach Teil 3 Vorbemerkung 3 Abs. 4 VV RVG. Eine Zahlung der Wahlanwaltsvergütung durch den Bekl. ist aber vorliegend nicht erfolgt.

GKG § 48

Soweit für die Bestimmung des Streitwerts in Ehesachen nach § 48 Abs. 3 GKG die Einkommensverhältnisse der Parteien zu berücksichtigen sind, ist auch das Arbeitslosengeld II heranzuziehen.

SchlHOLG, 1. Familiensenat, Beschluss vom 28. Mai 2008 – 8 WF 64/06 –, v.K.

Aus den Gründen

1. Das Familiengericht hat durch den angefochtenen Beschluss den Streitwert für die Ehesache auf 3000 € festgesetzt und dazu in seiner Nichtabhilfeentscheidung vom 20. März 2008 ausgeführt, es seien vom Einkommen des Ast. der von ihm für die gemeinsamen drei Kinder gezahlte Unterhalt von insgesamt 372 € sowie der monatliche Schuldendienst in Höhe von 625,51 € abzuziehen. Das von der Antragsgegnerin bezogene Arbeitslosengeld II und das an sie gezahlte Elterngeld hätten als Sozialleistungen keinen Einkommenscharakter im Sinne des GKG.

Mit ihrer Beschwerde wendet sich die Verfahrensbevollmächtigte der Ag.in im eigenen Namen dagegen, dass das von der Ag.in bezogene Arbeitslosengeld II und das Elterngeld bei der Streitwertbemessung keine Berücksichtigung gefunden hätten.

2. Die nach §§ 32 Abs. 2 RVG, 68 Abs. 1 Satz 1 GKG zulässige Beschwerde hat Erfolg.

a) Nach § 48 Abs. 2 GKG ist der Streitwert in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere des Umfangs und der Bedeutung der Sache und der Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Parteien, nach Ermessen zu bestimmen. Er darf bei einer Ehesache nicht unter 2000 € ankommen werden; für die Einkommensverhältnisse ist das in drei Monaten erzielte Nettoeinkommen der Eheleute einzusetzen (§ 48 Abs. 3 Satz 2 und Satz 1 GKG).

Ob Arbeitslosengeld II die Einkommensverhältnisse der Parteien (mit-)bestimmt, ist umstritten: Mehrheitlich wird ihm eine Bedeutung für die Streitwertbestimmung mit der Begründung abgesprochen, der Bezug von Arbeitslosengeld II sei Ausdruck der Bedürftigkeit und nicht der Leistungsfähigkeit einer Partei

(OLG Dresden, NJW-RR 2007, 1161 f. unter Bezugnahme auf Zöller/Herget, ZPO, 26. Auflage, § 3 Stichwort „Ehesache“; OLG Rostock, NJW-RR 2007, 1152; aus dem Bezug von Arbeitslosengeld II folge, dass die Parteien nicht individuell belastbar seien; ebenso OLG Celle, FamRZ 2006, 1690 f.: das Gesetz knüpfe hinsichtlich der Gebührenberechnung an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Eheleute an, diese individuelle Belastbarkeit werde aber durch Sozialhilfe nicht bestimmt; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, OLG Hamburg 2006, 269 m. Anm. von Götsche, jurisPR-FamR 19/2006 Anm. 2.).

– Die Gegenansicht stellt darauf ab, dass § 48 Abs. 3 GKG die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien zum Maßstab mache, ohne danach zu unterscheiden, aus welcher Quelle das bezogene Einkommen stamme; auch Sozialleistungen beeinflussten unabhängig von deren Zweckbestimmung die wirtschaftliche Situation der Parteien

(OLG Hamm, FamRZ 2006, 632; OLG Frankfurt, NJW-RR 2008, 310 f.; im Ergebnis ebenso Hartmann, Kostengesetze, 37. Auflage, § 48 GKG Rn. 38; Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 12. Auflage, Rn. 1268).

b) Der Senat schließt sich letztgenannter Auffassung an, und zwar aus folgenden Erwägungen:

aa) Der Wortlaut des § 48 Abs. 2 GKG erklärt die Einkommensverhältnisse der Parteien ohne Rücksicht auf eine wirtschaftliche Belastbarkeit und ohne Unterscheidung nach der Einkommensquelle für maßgebend. Er bietet keinen Ansatz dafür, zwischen einem aus eigener Kraft erzielten Einkommen und einer „eigentlich“ wegzudenkenden staatlichen Unterstützung zu unterscheiden. Die danach gebotene Gleichbehandlung aller die wirtschaftliche Lage einer Partei beeinflussenden Einkünfte macht – als Nebenwirkung – eine gerade im Bereich des Arbeitslosengeld II häufig schwer zu treffende und von der ARGE aus Praktikabili-

tätserwägungen vielfach nicht vorgenommene Prüfung hinfällig, ob im Einzelfall die gewährte Leistung Sozialhilfecharakter oder Lohnersatzfunktion hat

(für eine solche Differenzierung Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Auflage, § 3 Rn. 32).

Zugleich vermeidet diese Auslegung der Begriffe „Einkommensverhältnisse“ und „Nettoeinkommen“ im Sinne des § 48 Abs. 2 und Abs. 3 GKG den Widerspruch, der darin läge, Arbeitslosengeld II im Rahmen des § 115 Abs. 1 ZPO jedenfalls dann als Einkommen zu behandeln, wenn es zusammen mit weiteren Einkünften die vorzunehmenden Abzüge übersteigt

(vgl. BGH FamRZ 2008, 781 f.).

bb) § 48 Abs. 3 Satz 1 GKG, der für die Einkommensverhältnisse das in drei Monaten erzielte Nettoeinkommen der Eheleute für maßgebend erklärt, hindert nicht, Sozialleistungen zum Einkommen im Sinne des § 48 Abs. 2 Satz 1 GKG zu zählen. Der Gesetzgeber beantwortet mit dem Abstellen auf das in drei Monaten erzielte Nettoeinkommen nur die nahe liegende Frage danach, ob und mit welchem Vervielfacher das Brutto- oder das Nettoeinkommen für die Streitwertbestimmung herangezogen werden soll; dass die Einkommensverhältnisse ausschließlich von Nettoeinkünften, also von Erwerbseinkommen, bestimmt sein sollten, lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht im Wege eines Umkehrschlusses entnehmen.

cc) Der Senat verkennt nicht, dass mit dem Einschluss von Sozialleistungen in den Einkommensbegriff die Festsetzung eines Mindestwerts von 2000 € seine praktische Bedeutung nahezu einbüßt. Wie das OLG Frankfurt

(NJW-RR 2008, 310 f. unter Bezugnahme auf AG Lüdenscheid, FamRZ 2007, 750)

ausführt, liegt der Grund für den Bedeutungsschwund des Mindeststreitwerts indes nicht in einer zu weiten Fassung des Einkommensbegriffs, sondern darin, dass der Mindestwert von 2000 € inzwischen weit hinter dem zurückbleibt, was zwei Personen für drei Monate als Einkommensminimum benötigen; die Umwandlung des durch Kostenänderungsgesetz vom 21. August 1975

(BGBl I S. 2189)

eingeführten Mindestwerts von 4000 D-Mark in 2000 Euro hat durch die geänderten Verhältnisse, nicht durch die hier vorgenommene Auslegung ihre Sachgerechtigkeit und Bedeutung verloren.

c) Aus dem unter b) Ausgeführten folgt, dass auch das von der Ag.in bei Einleitung des Scheidungsverfahrens (vgl. § 40 GKG) bezogene Elterngeld den Streitwert erhöht.

d) Freiwillig eingegangene Verbindlichkeiten für Kredite, mit denen sich die Parteien Vorteile erwerben, insbesondere im Bereich des Konsums oder einer Baufinanzierung, sind in aller Regel gerade Ausdruck derjenigen wirtschaftlichen Verhältnisse, in denen die Parteien dank ihres Vermögens und ihrer Einkünfte leben. Sie stellen lediglich eine besondere Form der wirtschaftlichen Disposition dar, nicht aber zwingen sie die Parteien auf einen wirtschaftlichen Status hinab, wie er dem verbleibenden Einkommen entsprechen würde

(vgl. AG Vechta, FamRZ 2008, 535 ff. mwN).

Die vom Ast. geleistete Rückführung seiner Verbindlichkeiten mindert deshalb sein einzusetzendes Einkommen nicht.

e) Kindesunterhalt berücksichtigt der Senat, solange die Eltern aus eigenen Mitteln den Bedarf der Kinder decken, mit den Zahlbeträgen, falls diese andernfalls pauschal abzuziehende 250 € pro Kind und Monat übersteigen. Nicht maßgebend ist ein hinter der Pauschale zurückbleibende Unterhalt, weil in solchen Fällen davon auszugehen ist, dass der betreuende Elternteil zur Sicherung des Existenzminimums aus eigenen Mitteln zum Kindesunterhalt beiträgt. Das Kindergeld wird neben dem verhältnismäßig geringen Betrag von 250 € erfahrungsgemäß für weitere Barbedürfnisse des Kindes eingesetzt und ist deshalb nicht dem Einkommen hinzuzurechnen bzw. von der Pauschale abzuziehen.

f) Der Streitwert war danach wie folgt zu berechnen:

Einkommen des Ast.	1737,00 €
Arbeitslosengeld II der Ag.in	516,00 €
Elterngeld	200,00 €
Kindesunterhalt	
3 x 250 € =	– 750,00 €
	1703,00 €
x 3 =	5109,00 €.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 68 Abs. 3 GKG.

BGB § 249; StVG § 7; PflVG § 3 Nr. 1

- 1. Ein Geschädigter, der zeitnah den fiktiven Schadensersatz wählt, kann nach Anfall weiterer Schadenspositionen, wie namentlich später anfallender Mehrwertsteuer, noch zur Geltendmachung dieser Beträge auf eine konkrete Abrechnung übergehen.**
- 2. Der Geschädigte hat, wenn der Ersatzkaufpreis des angeschafften Ersatzfahrzeuges nicht die Höhe des Brutto-Wiederbeschaffungswertes laut Gutachten erreicht, zumindest die im Brutto-Wiederbeschaffungswert enthaltene Umsatzsteuer anteilig in dem Verhältnis zu erhalten, in welchem der Ersatzkaufpreis zum kalkulierten Brutto-Wiederbeschaffungswert laut Gutachten steht.**

AG Rendsburg, Urteil vom 7. März 2008 – 18 C 606/07 –, Wa.

Der Kl. nimmt die Bekl. auf restlichen Schadensersatz aus einem Verkehrsunfall in Anspruch. Dem liegt Folgendes zu Grunde:

Am 21. Dezember 2006 beschädigte der Versicherungsnehmer der Bekl.n mit dem bei der Bekl. haftpflichtversicherten PKW bei einem Verkehrsunfall den PKW Mercedes Benz B 200 CDI des Kl. Die volle Haftung der Bekl. für den unfallbedingten Schaden des Kl. ist zwischen den Parteien außer Streit.

Ein vom Kl. in Auftrag gegebenes Gutachten des Sachverständigen kam bei Ermittlung der Schadenshöhe zu einem Wiederbeschaffungswert des Fahrzeuges inklusive Mehrwertsteuer von 26900 Euro und zu einem Restwert von 8700 Euro. Nachdem der Sachverständige ursprünglich in seinem Gutachten angegeben hatte, dass bei der Wiederbeschaffung eines vergleichbaren Fahrzeuges lediglich eine Differenzsteuer gemäß § 25a UStG in Höhe von 2,4 % zu entrichten sei, korrigierte er dies später dahin, dass bei der Ersatzbeschaffung voraussichtlich die Regelsteuer anfallt.

Die Bekl. rechnete daraufhin den Schaden mit dem Kl. dergestalt ab, dass sie ihm auf den Fahrzeugschaden einen Betrag von 13905,04 Euro zahlte und hierbei davon ausging, dass der Netto-Wiederbeschaffungswert des Fahrzeuges lediglich (26900 : 1,19 =) 22605,04 Euro betrage. Im Mai 2007 erwarb der Kl. ein im Sinne des § 25a UStG differenzbesteueretes Ersatzfahrzeug, einen knapp 2 Jahre alten BMW 118 D, für einen Preis von 23000,00 Euro. Die Bekl. zahlte daraufhin an den Kl. als Ersatz für die von ihm bei Ankauf des Fahrzeuges aufgewandte Umsatzsteuer einen Betrag von 460,00 Euro und lehnte trotz Fristsetzung zum 7. September 2007 jede weitere Zahlung ab.

Der Kl. ist der Auffassung, dass von einem Netto-Wiederbeschaffungswert des Fahrzeuges von 23189,66 Euro auszugehen sei, da der Schaden noch im Dezember 2006 und somit vor Änderung des Umsatzsteuergesetzes eingetreten sei. Weiter müsse berücksichtigt werden, dass er eine Ersatzbeschaffung eines nahezu gleichwertigen Fahrzeuges durchgeführt habe, so dass er die im Brutto-Wiederbeschaffungswert enthaltene Umsatzsteuer anteilig in dem Verhältnis beanspruchen könne, in welchem der Ersatzkaufpreis zum kalkulierten Brutto-Wiederbeschaffungswert laut Gutachten stünde.

Aus den Gründen

Die Klage ist zulässig und überwiegend begründet.

Der Kl. kann von der Bekl. Zahlung restlicher 3212,19 Euro verlangen.

Ein solcher Ersatzanspruch folgt hier aus § 7 StVG i.V.m. § 3 Nr. 1 Pflichtversicherungsgesetz. Auf Grund dieser Vorschriften ist die Bekl. verpflichtet, dem Kl. seinen gesamten unfallbedingten Schaden zu ersetzen.

Der Höhe nach kann der Kl. gemäß § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB den zur Herstellung des ursprünglichen Zustandes erforderlichen Geldbetrag verlangen. Da im vorliegenden Fall die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert übersteigen, kann der Kl. Ersatz auf Grundlage seines Wiederbeschaffungsaufwandes verlangen. Danach steht dem Kl. über die von der Bekl. bereits gezahlten Beträge noch ein Zahlungsanspruch in Höhe von 3211,96 Euro zu.

Dem steht zunächst nicht entgegen, dass der Kl. ursprünglich fiktiv auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens abgerechnet hat und sich von dem dort angegebenen Brutto-Wiederbeschaffungswert die darin enthaltene Regel-Umsatzsteuer hat abziehen lassen. Dem Kl. ist gleichwohl der Übergang zu der jetzt vorgenommenen konkreten Schadensabrechnung nicht versperrt. Zwar hat er bei Abrechnung, was zum Teil für erforderlich gehalten wird

(vgl. OLG Köln, DAR 2001, 405),

keinen Vorbehalt einer späteren konkreten Abrechnung erklärt. Ein solcher Vorbehalt wäre aber nur erforderlich, wenn in der zeitnahen fiktiven Abrechnung überhaupt die Ausübung eines vorhandenen Wahlrechts zu sehen wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr ist nicht ersichtlich, warum ein Geschädigter, der zeitnah den fiktiven Schadensersatz wählt, nach Anfall weiterer Schadenspositionen, wie namentlich später anfallender Mehrwertsteuer, nicht noch zur Geltendmachung dieser Beträge auf eine konkrete Abrechnung übergehen soll. In der fiktiven Abrechnung ist nämlich ein Verzicht auf einen solchen Schadensersatz nicht zu sehen.

Kann der Kl. nach alledem noch konkret seinen Schaden nach durchgeführter Ersatzbeschaffung berechnen, steht ihm noch ein weiterer Schadensersatz von 3212,19 Euro zu.

Die Bekl. kann in diesem Zusammenhang nicht damit gehört werden, dass dem Kl. lediglich der im aufgewandten Kaufpreis von 23000,00 Euro für das Ersatzfahrzeug enthaltene Differenzsteuersatz von 2 %, hier also ein Betrag von 460,00 Euro, als weiterer Schadensersatz zustünde. Zwar trifft zu, dass nach der gesetzlichen Neuregelung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB Umsatzsteuer nur noch dann durch den Schädiger zu ersetzen ist, wenn und soweit sie beim Geschädigten tatsächlich angefallen ist. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 1. März 2005

(= BGH NJW 2005, 2220)

aber überzeugend ausgeführt, dass durch die gesetzliche Neuregelung der Gesetzgeber nichts an der Möglichkeit des Geschädigten ändern wollte, den für die Herstellung erforderlichen Geldbetrag stets und insoweit zu verlangen, als er zur Herstellung des ursprünglichen Zustandes tatsächlich angefallen ist.

Wenn der Geschädigte durch eine konkrete Ersatzbeschaffung eines gleichartigen Fahrzeuges zu dem vom Sachverständigen benannten (Brutto)-Wiederbeschaffungswert wirtschaftlich den Zustand wieder herstellt, der vor dem Unfallereignis bestanden hat, kann er nach § 249 BGB den tatsächlich hierfür aufgewandten Geldbetrag unabhängig davon ersetzt verlangen, ob in diesem Betrag die Regelumsatzsteuer im Sinne des § 10 UStG, eine Differenzsteuer im Sinne des § 25a UStG oder gar keine Umsatzsteuer enthalten ist

(vgl. BGH aaO).

Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof aus, dass im Rahmen einer subjektbezogenen Schadensbetrachtung es dem Geschädigten nicht zum Nachteil gereichen kann, wenn er bei der konkreten Ersatzbeschaffung auf dem Gebrauchtwagenmarkt von den umsatzsteuerrechtlich möglichen, verschiedenen Erwerbsmöglichkeiten nicht gerade diejenige realisiert, die der Sachverständige – für die fiktive Schadensabrechnung – als die statistisch Wahrscheinlichste bezeichnet hat.

Hier hat der Kl. allerdings nicht, wie in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Sachverhalt, eine Ersatzbeschaffung zum vollen vom Sachverständigen benannten Brutto-Wiederbeschaffungswert durchgeführt.

Dies kann auf der Grundlage der Entscheidung des Bundesgerichtshofs aber nicht dazu führen, dass ihm dann nur die hier tatsächlich aufgewandte Differenzsteuer von 460,00 Euro als zusätzlicher Schadensersatz gebührt.

Vielmehr folgt das Gericht der überzeugend begründeten Auffassung von Heinrich

(NJW 2005, 2749, 2750),

wonach der Geschädigte, wenn der Ersatzkaufpreis des angeschafften Ersatzfahrzeuges nicht die Höhe des Brutto-Wiederbeschaffungswertes laut Gutachten erreicht, zumindest die im Brutto-Wiederbeschaffungswert enthaltene Umsatzsteuer anteilig in dem Verhältnis zu erhalten hat, in welchem der Ersatzkaufpreis zum kalkulierten Brutto-Wiederbeschaffungswert laut Gutachten steht. Nur so lassen sich unbillige Ergebnisse vermeiden, die entstehen würden, wenn der Geschädigte, der den vollen Brutto-Wiederbeschaffungswert laut Gutachten für die Ersatzbeschaffung aufwendet, deutlich besser behandelt würde als derjenige, der bei der Ersatzbeschaffung knapp unter dem vom Sachverständigen geschätzten Brutto-Wiederbeschaffungswert bleibt.

Danach gebührt dem Kl. hier die im Sachverständigengutachten im Brutto-Wiederbeschaffungswert enthaltene Umsatzsteuer zumindest anteilig.

Dies errechnet sich wie folgt:

Der Netto-Wiederbeschaffungswert des Fahrzeuges ergibt sich hier mit 22605,04 Euro. Das Gericht ist hierbei von einem Brutto-Wiederbeschaffungswert von 26900,00 Euro laut Gutachten ausgegangen und hat eine Umsatzsteuer von 19 %, also einen Betrag von (26900,00 : 1,19 =) 4294,96 €, in Abzug gebracht.

Entgegen der Auffassung des Kl. kam es nicht darauf an, dass das Schadensereignis sich noch im Dezember 2006 und somit vor Änderung des Umsatzsteuersatzes ereignet hat.

Vielmehr ist ein Umsatzsteueranteil von 19 % in Abzug zu bringen, da bei gewöhnlichem Lauf der Dinge – hier lag das Schadensgutachten erst im März 2007 vor – mit einer Ersatzbeschaffung noch im Jahre 2006 nicht zu rechnen war.

Danach hat der Kl. hier Anspruch auf Ersatz des

Netto-Wiederbeschaffungswertes von	22.605,04 Euro
abzüglich des Restwertes von	8.700,00 Euro
insgesamt also einen Betrag von	13.905,04 Euro.

Im nächsten Schritt war zu ermitteln, welchen Umsatzsteueranteil der Kl. auf Grund des durchgeführten Ersatzkaufs zusätzlich erstattet erhält. Da der Kl. 23000,00 Euro für das Ersatzfahrzeug aufgewandt hat, beträgt der Ersatzkaufpreis (23000 : 26.900) 85,5 % des Brutto-Wiederbeschaffungswertes.

Damit sind dem Kl. anteilig entsprechend seines tatsächlich bezahlten Aufwandes für die Ersatzbeschaffung 85,5 % der Mehrwertsteuer zu erstatten, vorliegend also 85,5 % der im Brutto-Wiederbeschaffungswert enthaltenen 4294,96 Euro Mehrwertsteuer und damit 3672,19 Euro.....

Freiwillige Gerichtsbarkeit

AufenthG § 62 Abs. 2

Die Abschiebehaft zum Zwecke der Sicherung der Abschiebung darf als Beugehaft mit repressivem Charakter weder angeordnet noch aufrechterhalten werden.

SchlHOIG, 2. Zivilsenat, Beschluss vom 17. September 2007 – 2 W 186/07 –, Sch.

Der Betroffene ist ghanaischer Staatsangehöriger. Er reiste im Frühjahr 2007 mit Hilfe eines Schleusers in die Bundesrepublik Deutschland ein. Nach Angaben des Betroffenen behielt der Schleuser dessen Pass ein. Der Betroffene nahm eine entgeltliche Arbeit als Küchenhilfe in einer Gaststätte in G. auf, wo er am 4.7.2007 bei einer Kontrolle durch das Hauptzollamt K. (Schwarzarbeit) ohne Identitätspapiere angetroffen und in Gewahrsam genommen wurde.

Am 5.7.2007 hat der Beteiligte bei dem Amtsgericht beantragt, den Betroffenen in Abschiebungshaft zu nehmen. In dem Antrag wies der Beteiligte darauf hin, dass Passersatzbeschaffung und Abschiebung nach Auskunft des Landesamtes für Ausländerangelegenheiten innerhalb von 3 Monaten möglich seien.

Nach Anhörung des Betroffenen hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 5.7.2007 angeordnet, den Betroffenen bis zum 4.10.2007 in Abschiebungshaft zu nehmen.

Am 19.7.2007 hat der Betroffene gegen diesen Beschluss sofortige Beschwerde eingelegt, die das Landgericht mit Beschluss vom 7.8.2007 zurückgewiesen hat. Gegen diesen, dem Bevollmächtigten des Betroffenen am 8.8.2007 zugestellten Beschluss hat der Betroffene am 14.8.2007 sofortige weitere Beschwerde eingelegt.

In der Beschwerdebegründung vom 16.8.2007 und 20.8.2007 hat der Bevollmächtigte des Betroffenen unter anderem beantragt, die Haft sei unzulässig, weil aus Gründen, die der Betroffene nicht zu vertreten habe, eine Abschiebung innerhalb dreier Monate nicht möglich sei. Dem Beteiligten und dem Landesamt sei bekannt, dass bei der ghanaischen Botschaft lange Zeiten gelten würden. Nach den dort üblichen Maßstäben sei die Erteilung eines Passersatzpapiers bis zum 5.10.2007 ausgeschlossen. Darüber hinaus sei noch nicht einmal ersichtlich, ob ein Vorführungstermin bei der Botschaft überhaupt schon stattgefunden hätte.

In seiner Stellungnahme vom 23.8.2007 hat der Beteiligte mitgeteilt, der Betroffene sei am 22.8.2007 der Botschaft von Ghana vorgeführt worden. Der Vertreter der Botschaft habe bestätigt, dass der Betroffene ghanaischer Staatsangehöriger sei. Es sei jedoch noch kein Passersatzpapier ausgestellt worden. Der Stellungnahme war ein Telefonvermerk vom 23.8.2007 beigelegt, in dem es heißt:

„Herr T. erklärte NICHT, dass er freiwillig ausreisen möchte
Bei Vorlage eines Schreibens des RA wird PEP ausgestellt.
→ Inhalt des Schreibens:
→ keine Möglichkeit um in BDR zu bleiben
→ möchte freiwillig ausreisen“

Der Bevollmächtigte des Betroffenen hat den Telefonvermerk in seiner Stellungnahme vom 3.9.2007 dahingehend gedeutet, dass es ohne die von der Botschaft geforderte Erklärung des Betroffenen kein Passersatzpapier und somit auch keine Abschiebung geben werde. Damit sei dem Beteiligten die Möglichkeit der Abschiebung des Betroffenen genommen. Ohne Abschiebung sei die Abschiebungshaft unzulässig, die Haft habe vorliegend nicht mehr die Funktion der Sicherung der Abschiebung, sondern bezwecke die Erzwungung der Abgabe einer Erklärung. Es handle sich um eine nach herrschender Rechtsprechung unzulässige Beugehaft.

Mit Schreiben vom 11.9.2007 hat der Beteiligte daraufhin lediglich mitgeteilt, es sei nicht zu erwarten, dass die Passbeschaffung bis zum Ende der angeordneten Abschiebungshaft am 4.10.2007 abgeschlossen sein werde. Deshalb sei beabsichtigt, bei dem Amtsgericht Rendsburg die Verlängerung der Abschiebungshaft zu beantragen.

Mit Schriftsatz vom 13.9.2007 hat der Bevollmächtigte des Betroffenen nochmals darauf hingewiesen, dass es sich unter den gegebenen Umständen um eine unzulässige Beugehaft handeln würde.

Mit Verfügung vom 14.9.2007 hat der Senat dem Beteiligten aufgegeben, mitzuteilen, ob das für die Abschiebung des Betroffenen erforderliche Passersatzpapier der Botschaft nur zu erlangen sei, wenn der Betroffene oder sein Verfahrensbevollmächtigter die schriftliche Erklärung abgibt, er wolle freiwillig ausreisen. Ferner hat er dem Beteiligten aufgegeben, mitzuteilen, welche Voraussetzungen bei der Botschaft von Ghana zu erfüllen seien, um das Passersatzpapier zu erlangen, falls die Ausstellung nicht von der vorgenannten Erklärung abhängen würde.

Der Beteiligte hat daraufhin mit Schreiben vom 17.9.2007 mitgeteilt, dass die Botschaft von Ghana ein Passersatzpapier für den Betroffenen nur dann ausstellen werde, wenn der Betroffene oder sein Verfahrensbevollmächtigter schriftlich die Bereitschaft zu einer freiwilligen Ausreise erklärt. Zugleich hat der Beteiligte die Auffassung vertreten, dass die Abschiebungshaft gleichwohl nicht unzulässig sei, da die Passersatzbeschaffung innerhalb von 3 Monaten „grundsätzlich möglich“ sei und der Betroffene, der offensichtlich nicht bereit sei, die erforderliche Erklärung gegenüber der Botschaft abzugeben, den Umstand, dass die Abschiebung möglicherweise bis zum 4.10.2007 nicht möglich sei, selbst zu vertreten habe.

Die weitere Beschwerde des Betroffenen hatte Erfolg.

Aus den Gründen

Die nach den §§ 7 FEVG, 27, 29, 22 FGG zulässige sofortige weitere Beschwerde des Betroffenen ist in der Sache begründet.

Zwar haben das Amtsgericht und das Landgericht zutreffend das Vorliegen eines Haftgrundes nach § 62 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG bejaht. Gleichwohl ist die zunächst zu Recht angeordnete Abschiebungshaft durch die weitere Entwicklung unzulässig ge-

worden, weshalb der angefochtene Beschluss und der Beschluss des Amtsgerichts auszuheben waren.

Die Anordnung von Abschiebungshaft zum Zwecke der Sicherung der Abschiebung nach § 62 Abs. 2 AufenthG setzt neben dem Vorliegen der in Satz 1 aufgezählten Gründe voraus, dass die Anordnung der Haft zur Sicherung der Abschiebung erforderlich und zudem verhältnismäßig ist

(OLGR Rostock 2007, 367).

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu beachten, dass der allein zulässige Zweck der Abschiebungshaft die „Sicherung der Abschiebung“ in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ist

(vgl. BayObLGR 2002, 301 – Volltext JURIS; OLGR Frankfurt 1996, 20; Senat AuAS 1999, 16).

Als Beugehaft mit repressivem Charakter darf sie weder angeordnet, noch aufrechterhalten werden

(BayObLGR 2002, 301; BayObLGR 2004, 136; OLG Düsseldorf AuAS 1997, 257; OLGR Frankfurt 1996, 20; OLG Hamm NVwZ 1995, 826; Senat AuAS 1999, 16).

Die Anordnung, Aufrechterhaltung bzw. Verlängerung von Sicherungshaft setzt folglich voraus, dass die Abschiebung des Betroffenen von der Ausländerbehörde tatsächlich betrieben wird

(BayObLG, 06.11.1998, 3Z BR 274/98; OLGR Frankfurt 1996, 20; KG FGPrax 1995, 83; Senat AuAS 1999, 16)

und die Ausländerbehörde eine Möglichkeit hat, die Abschiebung des Betroffenen auch tatsächlich durchzuführen. Diese Voraussetzung liegt nicht mehr vor, wenn der Betroffene die zur Beschaffung von Heimreisedokumenten erforderliche Mitwirkung verweigert und die Ausländerbehörde keine andere Möglichkeit mehr hat, als sich darauf zu beschränken, abzuwarten, ob der in Haft befindliche Betroffene sein Verhalten ändern und die erforderliche Mitwirkungshandlung nicht doch noch durchführen wird

(BayObLG 08.03.1999, 3Z BR 86/99; BayObLGR 2004, 136; OLGR Frankfurt 1996, 20; Senat AuAS 1999, 16).

Wenn eine Situation eingetreten ist, in der die Abschiebung des Betroffenen zuletzt nur noch von dessen Belieben abhängt, weil er einerseits die zur Erlangung der Heimreisedokumente erforderliche Erklärung verweigert und andererseits die Ausländerbehörde keine Möglichkeit hat, ohne die Mitwirkung des Betroffenen die Abschiebung weiter durchzuführen, ist die (zulässige) Sicherungshaft zur (unzulässigen) Beugehaft mutiert

(BayObLGR 2004, 136).

So liegt der Fall hier.

Da – wie sich jetzt eindeutig aus dem Schreiben des Beteiligten vom 17.9.2007 ergibt – die Botschaft ein Passersatzpapier für den Betroffenen nur dann ausstellt, wenn der Betroffene oder sein Verfahrensbevollmächtigter schriftlich die Bereitschaft des Betroffenen zu einer freiwilligen Ausreise erklären, hängt die Ausstellung der für die Abschiebung erforderlichen Papiere einerseits von dem Belieben des Betroffenen ab. Da der Beteiligte aber andererseits auf konkrete Nachfrage nicht zu erkennen gegeben hat, welche Möglichkeiten er hat, ohne die erforderliche Freiwilligkeitserklärung des Betroffenen Passersatzpapiere für den Betroffenen zu erhalten und eine Abschiebung des Betroffenen durchzuführen, ist die Abschiebungshaft unverhältnismäßig geworden. Denn sie dient nicht mehr dem Zweck, den unmittelbaren Zugriff auf den Betroffenen zum Zeitpunkt der vorgesehenen Abschiebung zu sichern, sondern dazu, den Betroffenen zur Durchführung der erforderlichen Mitwirkungshandlungen zu veranlassen.

Die Fortdauer der Haft und eine Verlängerung ist unter diesen Umständen – anders als der Beteiligte meint – nicht deshalb zulässig, weil der Betroffene den Umstand, dass die Abschiebung nicht möglich ist, zu vertreten hat. Eine Fortdauer oder Verlängerung der Abschiebungshaft kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn der Sicherungszweck noch erreicht werden kann, weil sich die Abschiebung des Betroffenen durch dessen obstruktives Verhalten zwar verzögert, nicht aber dauerhaft unmöglich wird und die Ausländerbehörde die Abschiebung noch sinnvoll weiter betreiben kann

(vgl. z.B. OLG Hamm NVwZ 1995, 826; BayObLGR 2004, 136; BayObLGR 2002, 301; OLGR München 2005, 300).

In einem derartigen Fall kann die Verlängerung der Haft über die Dauer von drei Monaten und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs.3 Satz 2 AufenthG sogar bis zu 18 Monaten in Betracht kommen. Da im vorliegenden Fall nicht ersichtlich ist und der Beteiligte auch auf Nachfrage nichts dazu vorgetragen hat, wie ohne eine Freiwilligkeitserklärung des Betroffenen Passersatzpapiere – ggf. in einem langwierigeren Verfahren – erlangt

und die Abschiebung betrieben werden könnte, kommt es auf ein „Vertretenmüssen“ des Betroffenen nicht an, denn fehlt es bereits an der Grundvoraussetzung für eine Haftfortdauer.

Der die Haft anordnende Beschluss des Amtsgerichts und der die Beschwerde gegen diesen Beschluss zurückweisende Beschluss des Landgerichts waren infolge dessen aufzuheben und der Antrag des Beteiligten zurückzuweisen.

Da damit die Grundlagen für die Haft des Betroffenen entfallen sind, ist der Betroffene umgehend freizulassen.

Strafrecht

StVollzG § 70

Der Besitz von DVD-Filmen mit „FSK-18 Freigabe“ durch Gefangene darf in Justizvollzugsanstalten mit erhöhtem Sicherheitsstandard generell untersagt werden (Ergänzung der bisherigen Senatsrechtsprechung).

SchlHOLG, II. Strafsenat, Beschluss vom 25. Januar 2008 – 2 VollzWs 533/07 (291/07) –, Pr.

Der Ast. ist Strafgefangener in der Justizvollzugsanstalt L.

Am 6. November 2006 wurden ihm diverse DVDs, die er zunächst mit Zustimmung des Ag. erworben hatte, abgenommen. Da der Besitz derartiger elektronischer Speichermedien zwischenzeitlich innerhalb der Anstalt auf 40 Stück beschränkt worden war, entschied sich der Ag. dafür, 14 DVDs, bei denen es sich um solche mit „FSK 18-Freigabe“ handelte, nicht wieder auszuhändigen. Der förmliche Antrag des Ast. auf Wiederaushändigung wurde mit Bescheid des Ag. vom 13. Juni 2007 ebenso abgelehnt wie seine hiergegen eingelegte Beschwerde. Auch sein Antrag auf gerichtliche Entscheidung wurde mit Beschluss der zuständigen Strafvollstreckungskammer zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Ast., mit welchem dieser widerprüchliches Verhalten des Ag. rügt und sich auf „Bestandsschutz“ beruft.

Das im Beschwerdeverfahren beteiligte Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein hält die Rechtsbeschwerde bereits für unzulässig.

Die Rechtsbeschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Die im Übrigen form- und fristgerecht eingelegte Rechtsbeschwerde erfüllt zwar die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen im Sinne des § 116 Abs. 1 StVollzG. Denn mit Beschluss vom 24. Mai 2007 – 2 VollzWs 151 – 154/07 (81 – 84/07) hat der Senat in Ergänzung seiner Entscheidung vom 10. Januar 2006 – 2 VollzWs 453/05 (236/05), veröffentlicht in ZfStrVO 2006, 242 f. – nur ausgesprochen, dass ein Gefangener keine generelle Erlaubnis zum Erwerb und Besitz von DVDs ohne Altersbeschränkung („FSK 18-Freigabe“) beanspruchen kann. Noch nicht entschieden hatte der Senat hiermit über die – verallgemeinerbare – gegenteilige Rechtsfrage, ob der Ag. den Erwerb und jedenfalls die Aushändigung von DVD's mit „FSK 18-Freigabe“, die im Handel frei erhältlich sind, generell verbieten kann.

In der Sache erweist sich die Rechtsbeschwerde gleichwohl als erfolglos.

Insoweit verbleibt der Senat im Ausgangspunkt bei seinem im erwähnten Beschluss vom 10. Januar 2006 eingenommenen Standpunkt, dass eine Versagung des Erwerbes von DVD-Spielfilmen nicht generell unter Hinweis auf die Gefährdung der Sicherheit oder Ordnung in der Anstalt erfolgen kann, sondern dass aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine Gefährdung konkret darzulegen ist. Gleichwohl kann eine derartige Darlegung dann typisiert werden, wenn aufgrund der besonderen und als solcher typisierbaren Gefährdungslage der Anstalt einerseits und des typisierten Gefährdungspotentials des Inhalts der DVD-Spielfilme andererseits in hinreichend typisierter Weise von einer Gefährdungssituation ausgegangen werden kann. Derartige Typisierungen mit der Folge bereichsspezifischer generalisierter Anordnungen stehen als solche mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht im Widerspruch

(BVerfG NstZ-RR 1996, 522, 523; vgl. im Übrigen auch Senatsbeschluss vom 18. Juli 2007 – 2 VollzWs 295/07 (154/07) zur Postkontrolle).

So liegt es aber auch im Anschluss an die vom Ag. bereits erstinstanzlich thematisierte Entscheidung des OLG Celle vom 9. Mai 2006 – 1 Ws 157/06 (StrVollz), veröffentlicht in Nds.Rpfl. 2007, 18 f. – bei Zusammentreffen der für eine Vollzugsanstalt mit erhöhtem Sicherheitsstandard typischen Gefährdungssituation

und den Bezug von Filmen mit „FSK 18-Freigabe“, da diesen typischerweise ein entsprechendes Gefährdungspotential für Sicherheit und Vollzugsziele im Sinne des § 70 Abs. 2 Nr. 2 StVollzG innewohnt. Insoweit hat nämlich das OLG Celle zu Recht darauf hingewiesen, dass es sich bei derartigen Filmen nach den Grundsätzen der freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft (FSK) typischerweise um Filme handele, bei denen eine anderweitige Freigabe deshalb unterblieben ist, weil zu befürchten ist, dass durch die Filme „die Nerven überreizt werden, übermäßige Belastungen hervorgerufen werden, die Phantasie über Gebühr erregt, die charakterliche, sittliche oder geistige Erziehung gehemmt, gestört oder geschädigt wird oder die zu falschen oder abträglichen Lebenserwartungen führen“, ungeachtet dessen, ob es sich um pornografische, gewaltverherrlichende oder anderweitig fragwürdige Filme handelt. Dass derartige Filme innerhalb einer Anstalt mit einem signifikanten Anteil von wegen Gewalt- oder Sexualdelikten verurteilten Gefangenen Vollzugsziele und Sicherheit abstrakt-generell gefährden, liegt auf der Hand. Bei den vom Ast. beanspruchten Filmen handelt es sich aber unstreitig ebenso um entsprechende DVDs mit nur „FSK 18-Freigabe“, wie die Justizvollzugsanstalt Lüneburg eine Anstalt mit erhöhtem Sicherheitsstandard und entsprechender Gefangenenbelegung darstellt.

Ob und inwieweit der einzelne Gefangene in einer derartigen Anstalt in besonderem Maße von den DVDs gefährdet konkret wird oder nicht, ist hierbei ohne Belang. Da nämlich – wie bereits im Senatsbeschluss vom 24. Mai 2007 ausgeführt – der Ag. innerhalb der Anstalt ein Konzept größtmöglicher Bewegungsfreiheit verfolgt, kann es aufgrund des dann nicht zu verhindernden Austausches entsprechender DVD nicht mehr auf die Gefährdung einzelner Gefangener ankommen, sondern lediglich auf die Gefährdung der Sicherheitslage der Anstalt insgesamt.

Zu Unrecht wendet der Antragsteller außerdem widersprüchliches Verhalten des Ag. ein oder Aspekte des Bestandsschutzes.

Was zunächst den Bestandsschutz anbelangt, hat der Senat bereits mit seinem erwähnten Beschluss vom 10. Januar 2006 ausgesprochen, dass eine Mengenbegrenzung zur Reduzierung des Kontrollaufwandes zulässig ist, dies gerade auch mit der Folge, dass ein Strafgefangener bei Besitz der höchstzulässigen Zahl von DVDs verpflichtet werden kann, bei Erwerb einer weiteren DVD jeweils eine andere aus seinem Bestand zur Habe zu geben. Bei Inkrafttreten eine Kontingenzierungsregelung war und ist es aber aus der Perspektive berechtigter Sicherheitsbelange der Anstalt nicht hinnehmbar, die Nutzung eines schon zuvor erfolgten Erwerbs größerer DVD-Bestände dauerhaft hinzunehmen. Dem Gefangenen ist es vielmehr zuzumuten, größere Altbestände ebenfalls zur Habe zu geben und notfalls einzelne DVDs, die er in seinem unmittelbaren Besitz haben möchte, gegen verwahrte DVDs austauschen zu lassen.

Soweit schließlich der Ast. Widersprüchlichkeit im Verhalten des Ag. beanstandet, erklärt sich diese vor dem Hintergrund der seinerzeit noch nicht durch die Rechtsprechung des Senats geklärten Rechtslage. Indes hat der Ag. nicht nur generelle Sicherheitsbelange der Anstalt zu beachten, sondern möglichst auch eine Gleichbehandlung der Gefangenen sicherzustellen. Aus beiden Gründen kann es aber nicht angehen, dass – das als solches nicht zu beanstandende – generelle Verbot des Besitzes von DVDs mit „FSK 18-Freigabe“ in Einzelfällen unterlaufen wird, insbesondere nicht in einer Anstalt mit größtmöglicher innerer Bewegungsfreiheit.

Öffentliches Recht

KAG SH §§ 8 IV; AO 38

Abschluss der Maßnahme i.S.d. § 8 Abs. 4 Satz 2 KAG a.F. (= § 8 Abs. 4 Satz 3 KAG n.F.) ist regelmäßig die Abnahme der Bauarbeiten, da mit ihr die Verwirklichung des Bauprogramms festgestellt wird. Damit entsteht auch die Beitragspflicht.

SchlHOVG, 2. Senat, Urt. v. 13. Februar 2008 – 2 LB 42/07 –, Bö.

Die Ortsdurchfahrt einer Bundesstraße war ausgebaut worden. Da die Gehwege, die Straßenentwässerung und die Straßenbeleuchtung in der Baulast der Stadt R., die Straßenbaulast im Übrigen jedoch beim Bund lag, wurde über die Durchführung eine Vereinbarung zwischen dem Land und der Stadt abgeschlossen. Die Arbeiten waren 1993 abgeschlossen, die Bauarbeiten abgenommen. Erst am 28.11.1996 reichte das Straßenbauamt die aufgeschlüsselte Abrechnung der Kosten an die Stadt weiter, die dann mit Bescheid vom 13.12.1999 einen Ausbaubeitrag vom Kläger forderte. Der Widerspruch hiergegen wurde mit Widerspruchsbescheid vom 13.6.2005 zurückgewiesen, das Verwaltungsgericht wies die Klage mit Urteil vom 18.7.2007 überwiegend ab. Das OVG hob die Bescheide auf die Berufung des Kl. vollumfänglich auf.

Aus den Gründen

Die Berufung des Kl. ist zulässig und begründet. Die angefochtenen Bescheide sind in vollem Umfang rechtswidrig. Unter Änderung des erstinstanzlichen Urteils sind sie daher gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO insgesamt aufzuheben.

Das angefochtene Urteil stellt zu Recht fest, dass es sich bei der abgerechneten Straßenbaumaßnahme um einen Ausbau handelt, der grundsätzlich geeignet ist, Beitragspflichten nach § 8 Abs. 1 KAG i. V. m. der Satzung der Bekl. (ABS) zu begründen. Die Straßenbeleuchtung ist verbessert und die Einrichtung mit der Anlage eines Gehweges an der Südseite erweitert worden. Dadurch ist der Kl. als Eigentümer eines Anliegergrundstückes auch bevorteilt und grundsätzlich beitragspflichtig. Zweifel an der Beitragsfähigkeit könnten unter dem Gesichtspunkt der Straßenbaulast allenfalls mit Blick auf den auf der Nordseite angelegten kombinierten Geh- und Radweg entstehen. Dies kann jedoch dahingestellt bleiben, da das angefochtene Urteil und die angefochtenen Bescheide sich bereits aus einem anderen Grunde als rechtsfehlerhaft erweisen. Zum Zeitpunkt seiner Veranlagung im Dezember 1999 war die Beitragsschuld des Kl. verjährt.

Gemäß § 15 I. Hs. KAG beträgt die Festsetzungsfrist 4 Jahre; sie beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Abgabe entstanden ist (§ 170 Abs. 1 AO). Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 KAG i.V.m. § 47 AO erlischt mit der Verjährung der Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis. Ein trotz eingetretener Festsetzungsverjährung erlassener Festsetzungsbescheid ist rechtswidrig

(vgl. Thiem/Böttcher, Rn. 13 zu § 15 KAG).

Im vorliegenden Verfahren waren die sachlichen Beitragspflichten im Jahre 1993 entstanden, die Festsetzungsfrist begann somit am 1. Januar 1994 und lief mit dem 31. Dezember 1997 ab. Der am 13. Dezember 1999 erlassene Beitragsbescheid erging somit nach Erlöschen des Beitragsanspruchs.

Der Beitragsanspruch entsteht gem. § 11 Abs. 1 Satz 2 KAG i. V. m. § 38 AO, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Entsprechend bestimmte § 8 Abs. 4 Satz 2 KAG in der hier noch maßgeblichen Fassung (jetzt: § 8 Abs. 4 Satz 3 KAG), dass die Beitragspflicht mit dem Abschluss der Maßnahme entsteht, die für die Herstellung, den Ausbau oder Umbau der öffentlichen Einrichtung erforderlich ist. Ob hierbei auf den Zeitpunkt der technischen Abnahme oder – wie die Bekl. meint – auf den Eingang der letzten Unternehmerrechnung abzustellen ist, wird in Literatur und Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt. Das Bundesverwaltungsgericht stellt im Erschließungsbeitragsrecht auf den Zeitpunkt ab, in dem im Anschluss an die Beendigung der technischen Arbeiten der hierfür entstandene Aufwand feststellbar ist, also regelmäßig bei Eingang der letzten, im Anschluss an die Bauarbeiten erteilten Unternehmerrechnung. Die Berechenbarkeit des Aufwandes sei schon deshalb zum Bestandteil der „endgültigen Herstellung“ zu machen, weil der Erschließungsbeitrag von dem beitragsfähigen Aufwand und damit von den tatsächlich entstandenen Kosten abhängt und sich der entstandene Aufwand erst nach Eingang der letzten Rechnung feststellen lasse. Weiter heißt es im Urteil vom 22.8.1975

(– IV C 11.73 –, BVerwGE 49, 131, 135 = DÖV 1976, 95, vgl. dazu auch Beschl. v. 21.8.1990 – 8 B 81.90 –, Buchholz 406.11 § 128 BauGB Nr. 44):

„Die Beitragspflicht entsteht regelmäßig – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – im Zeitpunkt der „endgültigen Herstellung“ der Anlage und zwar „voll ausgebildet“; sie ent-

steht in diesem Zeitpunkt in bestimmter Höhe, kann auch der Höhe nach nicht mehr geändert werden und ist deshalb schon geeignet, die Verjährungsfrist in Lauf zu setzen (...). Entsteht die Beitragspflicht aber bereits der Höhe nach „voll ausgebildet“, so muss – wegen der Abhängigkeit der Beitragshöhe vom entstandenen Aufwand – dieser Aufwand zumindest ermittlungsfähig sein. Auch im Hinblick auf die Verjährung führt allein dieses Verständnis des Begriffes der „endgültigen Herstellung“ zu dem sachgerechten Ergebnis, dass die Verjährungsfrist jedenfalls nicht in Lauf gesetzt werden kann, bevor die Schlußrechnung eingegangen ist. Die gegenteilige Meinung würde zu Lasten der Gemeinden zu einer nicht gerechtfertigten Verkürzung der – im Übrigen landesrechtlich zu bestimmenden – Verjährungsfrist führen.“

Dem hatten sich für das schleswig-holsteinische Straßenausbaubeitragsrecht zunächst das OVG Lüneburg

(Urt. v. 18.3.1986 – 9 A 237/82 –, Die Gemeinde 1986, 229)

und später der Senat angeschlossen und entsprechend an den Eingang der letzten für die Ermittlung des beitragsfähigen Aufwandes erheblichen Rechnung angeknüpft

(vgl. Beschl. v. 7.4.1992 – 2 M 10/92 – und v. 13.1.1995 – 2 M 80/94 –, Die Gemeinde 1996, 217; Urt. v. 18.1.1995 – 2 L 113/94 –, Die Gemeinde 1995, 84),

ohne dass es allerdings darauf ankommen sollte, dass sich die letzte Unternehmerrechnung als sachlich richtig erweist

(Beschl. v. 2.3.2001 – 2 L 142/00 –, NordÖR 2001, 419).

Die Obergerichte anderer Bundesländer haben die Rechtsprechung des BVerwG für ihr Straßenausbaubeitragsrecht ebenfalls überwiegend übernommen

(OVG Bautzen, Urt. v. 2.2.2005 – 5 B 510/03 –, KStZ 2005, 192; OVG Greifswald, Urt. v. 2.11.2005 – 1 L 105/05 – [Eingang der Mitteilung der endgültigen Zuschusshöhe durch den Fördermittelgeber] mwN, in juris; OVG Koblenz, Urt. v. 21.8.2007 – 6 A 10527/07 – und v. 29.10.2002 – 6 A 10419/01 –, beide in juris; OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.8.2003 – 9 ME 421/02 –, NVwZ-RR 2005, 133; BayVGh, Urt. v. 30.11.2006 – 6 B 03.2332 –, v. 29.9.1998 – 6 B 95.3857 – mwN, beide in juris; OVG Magdeburg, Urt. v. 17.10.2002 – 2 L 119/01 –, Beschl. v. 22.3.2005 – 4 M 594/04 – und v. 26.8.2002 – 2 L 269/00 –, alle in juris; vgl. auch Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl., § 19 Rn. 6 u. 9, § 37 Rn. 8 mwN; ders., Kommunalabgabenrecht, Stand Sept. 2006, § 8 Rn. 490, 490d ff.).

Der Senat hat seine o.g. Rechtsprechung nicht weiter fortgeführt, sondern die Frage nach der Entstehung der sachlichen Ausbaubeitragspflicht in späteren Entscheidungen zunächst stets offen lassen können

(vgl. Urt. v. 28.10.1997 – 2 L 281/95 –, Die Gemeinde 1998, 98, 102, v. 13.10.1999 – 2 L 116/97 –, Die Gemeinde 2000, 43 und v. 13.5.2004 – 2 LB 78/03 –, Beschl. v. 29.6.2006 – 2 MB 4/06 –).

Im Beschluss vom 5. Dezember 2007 – 2 MB 24/07 – wurde erstmals Anlass gefunden, die für das schleswig-holsteinische Ausbaubeitragsrecht maßgeblichen rechtlichen Überlegungen zusammenfassend zu formulieren. An der in dieser Entscheidung vertretenen Auffassung wird festgehalten.

Die sachliche Beitragspflicht entsteht – wie ausgeführt – gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 KAG a.F. mit dem Abschluss der Maßnahme, die für die Herstellung, den Ausbau oder Umbau der öffentlichen Einrichtung erforderlich ist, d.h. mit dem Abschluss der Maßnahmen, die notwendig sind, um die Einrichtung in den Zustand zu versetzen, den sie nach der Verwirklichung des Bauprogramms erreicht haben soll. Schon der Wortlaut dieser Norm spricht gegen die Annahme, dass die der eigentlichen Straßenbaumaßnahme folgende Rechnungslegung, die außerhalb dieses technischen, objektiv bestimmbareren Vorgangs liegt, zum gesetzlichen Tatbestand gehört

(vgl. OVG Frankfurt/Oder, Beschl. v. 2.8.2002 – 2 A 682/01.Z –, LKV 2003, 92 mwN; Habermann in: Dewenter u.a., § 8 Rn. 294).

Abgesehen davon sprechen auch Sinn und Zweck der beitragsrechtlichen Bestimmung gegen die Einbeziehung der Rechnungslegung

(vgl. OVG Frankfurt/Oder aaO).

Da der Beitrag als Gegenleistung für einen durch die Baumaßnahme vermittelten grundstücksbezogenen Vorteil erhoben wird (§ 8 Abs. 1 KAG) und dieser Vorteil bereits mit der Möglichkeit der Inanspruchnahme der ausgebauten Einrichtung

(Senatsurt. v. 28.10.1997 – 2 L 281/95 –, Die Gemeinde 1998, 98)

bzw. mit der objektiven Gebrauchswertsteigerung des Grundstückes

(Habermann aaO, § 8 Rn. 140 f.)

entsteht, ist die vorteilsrelevante Leistung der Gemeinde mit Verwirklichung des Bauprogramms und Abnahme der Maßnahme

erbracht

(Thiem/Böttcher, Rn. 240c zu § 8 KAG).

Genügt aber für die Vorteilsentstehung der bautechnische Abschluss der Maßnahme, so gilt für die Entstehung der sachlichen Beitragspflicht, die in Bezug auf das nunmehr bevorteilte Grundstück und den (noch zu bestimmenden) Beitragspflichtigen ein abstraktes Beitragsschuldverhältnis begründet, nichts anderes.

Mit der Abnahme der Bauarbeiten wird dokumentiert, dass die Baumaßnahme zu diesem Zeitpunkt dem Werkvertrag und dem Bauprogramm entsprechend abgeschlossen ist. Mit der Abnahme wird der Werklohnanspruch fällig (§ 641 BGB); es entsteht damit der Aufwand, der über den Beitrag anteilig verlangt werden darf

(ebenso OVG NRW, Urt. v. 5.6.1985 – 2 A 1864/83 –, E 38, 117 = KStZ 1986, 119; dasselbe, Urt. v. 22.8.1995 – 15 A 3907/92 –, NWVBl. 1996, 62; OVG Brandenburg, Beschl. v. 2.8.2002 – 2 A 682/01.Z –, LKV 2003, 92; vgl. auch Thiem/Böttcher, Rn. 241 b) zu § 8 KAG).

Beiträge werden als Gegenleistung von den Grundstückseigentümern dafür erhoben, dass ihnen durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtung wirtschaftliche Vorteile geboten werden. Mit der Verwirklichung des Bauprogramms durch die Bauabnahme ist die vorteilsrelevante Leistung regelmäßig erbracht, da hierdurch dem Eigentümer die Möglichkeit der Inanspruchnahme eröffnet wird, für die der Beitrag die Gegenleistung darstellt

(so auch OVG Brandenburg, Beschl. v. 2.8.2002, aaO).

Nur dann, wenn in diesem Zeitpunkt ausnahmsweise der erforderliche beitragsrechtlich erforderliche Vorteil noch nicht gewährt wird, kann dies ein weit späterer Zeitpunkt sein

(vgl. hierzu OVG NRW, Beschl. v. 31.1.2000 – 15 A 219/00 –, NVwZ-RR 2002, 685).

Dies wäre im Falle der erstmaligen Herstellung der Zeitpunkt der Widmung oder z.B. dann gegeben, wenn zur Erfüllung des Bauprogramms ein Grunderwerb erforderlich wäre.

Die Kenntnis von der Höhe des Aufwandes oder seine Bestimmbarkeit hat auf die Benutzbarkeit der Einrichtung keinerlei Einfluss

(vgl. Thiem/Böttcher, Rn. 241 b) zu § 8 KAG; ebenso Habermann, aaO, Rn. 293 zu § 8 KAG).

Verbleiben auch nach Verwirklichung des Bauprogramms noch Ungewissheiten über die Höhe der tatsächlich entstandenen Kosten (und damit des beitragsfähigen Aufwandes), so hindern sie nicht die Entstehung der sachlichen Beitragspflicht, sondern stehen allenfalls der konkreten Abgabefestsetzung i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 2 KAG i.V.m. § 155 Abs. 1 Satz 1 AO entgegen

(vgl. OVG Münster, Beschl. v. 31.1.2000 – 15 A 290/00 – NVwZ-RR 2001, 685 mwN).

Die Abhängigkeit der Beitragshöhe vom entstandenen Aufwand rechtfertigt das Hinausschieben des Entstehungszeitpunktes der sachlichen Beitragspflicht nicht. Abgesehen davon, dass es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz gibt, wonach eine Forderung erst entstehen kann, wenn sie der Höhe nach feststeht

(Thiem/Böttcher, Rn. 241ff. zu § 8 KAG; Habermann aaO, § 8 Rn. 291, 294),

bedarf es der konkreten Bestimmung der Beitragshöhe auch erst bei Begründung der persönlichen Beitragspflicht, also gem. § 8 Abs. 5 Satz 1 KAG und § 6 Abs. 1 ABS bei Bekanntgabe des Beitragsbescheids

(Thiem/Böttcher, Rn. 241ff. zu § 8 KAG; Habermann aaO, § 8 Rn. 276, 291).

Soweit das BVerwG und ihm folgend die o. g. Rechtsprechung die Bestimmbarkeit des Beitrags dennoch zur Voraussetzung oder jedenfalls zum ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal

(so OVG Greifswald, Urt. v. 2.11.2005 aaO)

erhebt, wird die Frage des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht aus sachlich nicht zu rechtfertigenden, ergebnisorientierten Gründen mit dem erst bei der Heranziehung des Grundstückseigentümers endgültig zu ermittelnden und festzusetzenden Beitrag verknüpft

(vgl. OVG Münster aaO).

Entsprechendes gilt für die auch vom Verwaltungsgericht zitierte Erwägung, die Gemeinde vor einer nicht gerechtfertigten Verkürzung der Festsetzungsfrist bewahren zu wollen

(Böttcher aaO, § 8 Rn. 241).

Beide Aspekte sind verfahrensrechtlicher Art und gesetzessystematisch im 3. Abschnitt des schl.-holst. KAG (§§ 11 ff.) angesiedelt, sollten also auch nicht zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Abschluss einer Maßnahme“ im Rahmen des die Abgabearten regelnden 2. Abschnitts, konkret in § 8 Abs. 4 Satz

2 KAG a.F., herangezogen werden

(vgl. zum BbgKAG: OVG Frankfurt/Oder aaO),

zumal es dieser Verknüpfung auch nicht bedarf.

Der vom BVerwG

(aaO, ferner Urt. v. 5.9.1975 – IV CB 75.73 – NJW 1976, 818 = DÖV 1976, 96)

hervorgehobene Umstand, dass die Beitragsforderung schon bei endgültiger Herstellung derartig voll als Anspruch ausgestaltet ist, dass sie das Beitragsschuldverhältnis in Bezug auf das Grundstück und gegenüber dem Beitragspflichtigen zu begründen und den Lauf der Verjährungsfrist in Gang zu setzen vermag, erfordert, wie dargelegt, noch keine konkrete Bestimmung der Höhe, sondern allenfalls deren spätere Bestimmbarkeit

(Thiem/Böttcher, Rn. 241 ff. zu § 8 KAG; Habermann aaO § 8 Rn. 294).

Insoweit reicht es aus, dass bei Fertigstellung der Baumaßnahme anhand der in Auftrag gegebenen und ausgeführten Arbeiten ermittelt werden kann, welche der maßnahmebedingten Kosten dem Grunde nach umlagefähig sind. Zudem kann auch den Bedenken hinsichtlich der nur vierjährigen Festsetzungsfrist des § 15 KAG gesetzeskonform begegnet werden. Die Festsetzungsfrist beginnt – wie ausgeführt – mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Abgabe (sachlich) entstanden ist, § 11 Abs. 1 Satz 2 KAG i.V.m. § 170 Abs. 1 AO. Sofern eine Kommune tatsächlich Probleme bekommen sollte, diese Frist einzuhalten, etwa weil sich die Schlussabrechnung hinauszögert, besteht gem. § 11 Abs. 1 Satz 2 KAG i.V.m. § 165 Abs. 1 AO die Möglichkeit einer vorläufigen Beitragsfestsetzung (Festsetzung des gewiss entstandenen Beitrags unter dem Vorbehalt der weiteren Festsetzung nach Beseitigung der Ungewissheit) oder der Aussetzung der Beitragsfestsetzung (vorläufiges Absehen von der Beitragsfestsetzung, wenn die Höhe des Aufwandes im Ganzen noch ungewiss ist). Dies hat zur Folge, dass die Festsetzungsfrist nicht vor dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Ungewissheit beseitigt ist und die Gemeinde hiervon Kenntnis erhalten hat, abläuft (§ 11 Abs. 1 Satz 2 KAG i.V.m. § 171 Abs. 8 Satz 1 AO). Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift bei Ungewissheit über die Höhe des beitragsfähigen Aufwandes bestehen nicht. Dieser Weg stellt eine zügige Geltendmachung des entstandenen Beitrags sicher und erlaubt zugleich eine genaue Fixierung des Zeitpunktes der Entstehung der Beitragspflicht. Bei Einbeziehung weiterer Faktoren wie den Eingang der letzten Unternehmerrechnung bzw. Schlussabrechnung, der Mitteilung der endgültigen Höhe eines Zuschusses oder der Feststellbarkeit der Fremdfinanzierungskosten entstehen zahlreiche Unwägbarkeiten, die vermeidbar sind und im Interesse der Rechtssicherheit auch vermieden werden sollten

(OVG Münster und OVG Frankfurt/Oder aaO; so auch Thiem/Böttcher § 8 Rn. 241 zu § 8 KAG und Habermann aaO, § 8 Rn. 294).

Hinzu kommt, dass selbst bei Eingang der letzten Unternehmerrechnung keine Gewähr für eine korrekte Bestimmbarkeit des Aufwandes besteht, verzichtet man dabei wegen des sonst Eintretendes Schwebezustandes

(so Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl., § 19 Rn. 9)

auf deren sachliche Richtigkeit

(Thiem/Böttcher Rn. 240a zu § 8 KAG).

Nach alledem ist die Maßnahme i.S.d. § 8 Abs. 4 Satz 3 KAG zwar nicht mit dem „letzten Spatenstich“, wohl aber mit Abnahme der Baumaßnahme i.S.d. § 640 BGB als abgeschlossen anzusehen. Damit markiert die Abnahme nicht nur zivilrechtlich die Fälligkeit des Vergütungsanspruches des beauftragten Werkunternehmers und den Gefahrübergang auf die Gemeinde, sondern bildet beitragsrechtlich im Regelfall zugleich den Abschluss der von der Gemeinde zu erbringenden vorteilsrelevanten Leistung gegenüber den Beitragspflichtigen

(so auch Thiem/Böttcher Rn. 241b zu § 8 KAG und Habermann aaO, § 8 Rn. 293).

So lässt sich der Zeitpunkt der Entstehung des abstrakten Beitragsschuldverhältnisses, des Beginns der Festsetzungsfrist und nicht zuletzt der für das anzuwendende Satzungsrecht maßgebliche Zeitpunkt zweifelsfrei ermitteln.

Die Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts, nämlich die gemeinschaftliche Aufgabenerfüllung und die Vereinbarung der Kostenteilung, bieten keinen Anlass zu einer anderweitigen Annahme des Entstehens der sachlichen Beitragspflichten. Entgegen der vom Verwaltungsgericht im angefochtenen Urteil vertretenen Ansicht ist der Bekl. im vorliegenden Sachverhalt der umlagefähige Aufwand nicht erst mit der Aufschlüsselung der Kosten und der Geltendmachung des Erstattungsanspruchs

durch das Straßenbauamt des Landes entstanden. Diese Erstattungsforderung entsteht mit dem Zeitpunkt, in dem die zu erstattenden Aufwendungen durch die Fälligkeit u.a. der Werklohnansprüche entstehen, nicht erst mit der ihrerseitigen Fälligkeit oder ihrer Geltendmachung durch das Straßenbauamt.

Da die festgesetzte Beitragsforderung zum Zeitpunkt des Erlasses des Heranziehungsbescheides bereits erloschen war, sind die angefochtenen Bescheide rechtswidrig und deshalb aufzuheben.

KAG § 6, GKZ § 18, LabfWG § 5

- 1. Es liegt grundsätzlich im Organisationsermessen des Satzungsgebers, die Leistungsbereiche der öffentlichen Einrichtung „Abfallentsorgung“ abzugrenzen und Gebührenatbestände zu definieren (hier: keine gesonderte Gebühr für die Entsorgung von Papier).**
- 2. Zur Berücksichtigung von Nachsorgekosten für eine stillgelegte Deponie in der Gebührenkalkulation.**
- 3. Entgelte für die zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe in Anspruch genommenen Leistungen Dritter können auch dann erforderliche Kosten sein, wenn die Beauftragung nicht unter Einhaltung der Vorschriften des Vergaberechts erfolgt ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn eine günstigere Erfüllung der Aufgabe auszuschließen ist.**

SchlHOVG, 2. Senat, Urteil vom 13. Februar 2008 – 2 KN 3/06 –, Har.

Die Ast. begehren im Rahmen des Normenkontrollverfahrens die Feststellung der Unwirksamkeit des Gebührentarifs für das Abfallsystem „Graue Tonne“ der Abfallgebührensatzung der Stadt Neumünster für die Zeit ab Januar 2006. Sie kritisieren die Anhebung der Gebühren um rd. 45 % gegenüber der vorherigen Kalkulationsperiode und beanstanden mehrere Kostenpositionen. Das Kostendeckungsprinzip werde u. a. deswegen verletzt, weil mit der Abfallbeseitigung in unzulässiger Weise Gewinne erwirtschaftet würden und die durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung mit dem Kreis Rendsburg-Eckernförde vorgenommene Übertragung einer Teilaufgabe nicht ausgeschrieben worden sei. Daneben seien weitere nicht gebührenfähige Kosten in die Kalkulation eingestellt worden.

Das OVG hat den Antrag abgelehnt.

Aus den Gründen

Der Antrag ist zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts für die Überprüfung der Gültigkeit einer kommunalen Satzung ist gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 5 AG VwGO gegeben und der Antrag ist innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der 1. Nachtragssatzung zur Satzung der Stadt Neumünster über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung der städtischen Einrichtungen zur Abfallentsorgung (Abfallgebührensatzung) vom 13. Dezember 2005 gestellt worden (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO). Nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann den Antrag jede natürliche oder juristische Person stellen, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Die Ast. sind als Eigentümer von Wohngrundstücken, die zu den Kosten der Abfallentsorgung für den Restmüll herangezogen werden, auch antragsbefugt. Soweit mit der 1. Nachtragssatzung der Antragsgegnerin auch die Gebühren für die Entsorgung des Bioabfalls erhöht worden sind, für die die Ast. nicht herangezogen werden, sind diese nicht Streitgegenstand des Normenkontrollverfahrens.

Der Antrag ist aber nicht begründet.

Formelle Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Satzung werden von den Ast. nicht vorgetragen und sind für den Senat auch nicht ersichtlich. Auch inhaltlich ist Art. II der 1. Nachtragssatzung hinsichtlich des – allein zu prüfenden – Gebührentarifs für das System „Graue Tonne“ nicht zu beanstanden. Insbesondere trägt die vorgenommene Gebührenkalkulation die festgelegten Gebührensätze.

Gemäß § 6 Abs. 1 KAG sind Benutzungsgebühren zu erheben, wenn die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung dem Vorteil einzelner oder Gruppen von Personen dient, soweit der Vorteil nicht auf andere Weise ausgeglichen wird. Die Benutzungsgebühren sollen so bemessen werden, dass sie die Kosten der laufenden Verwaltung und Unterhaltung der öffentlichen Einrich-

tung decken (§ 6 Abs. 2 Satz 1 KAG). Daraus ergibt sich – neben einem Kostendeckungsgebot – ein Kostenüberschreitungsverbot in dem Sinne, dass nur die für die Leistungserbringung erforderlichen Kosten gebührenfähig sind; nicht dagegen überflüssige oder übermäßige Kosten

(ständige Rechtsprechung, vgl. Senatsurt. v. 30.1.1995 – 2 L 128/94 –, Die Gemeinde 1995, 86, 87; v. 24.10.2007 – 2 LB 36/06 –, Juris).

Die erforderlichen Kosten sind regelmäßig im Rahmen einer (Voraus-) Kalkulation für eine Rechnungsperiode zu veranschlagen, wobei diese gemäß § 6 Abs. 2 Satz 8 KAG einen Zeitraum von bis zu drei Jahren umfassen kann, um in einem weiteren Schritt unter Berücksichtigung der voraussichtlich in Anspruch genommenen Leistungseinheiten die Gebührenhöhe durch Satzung (§ 2 Abs. 1 KAG) festzulegen. Der die Gebührenhöhe ausweisende Gebührensatz ist nicht schon dann fehlerhaft, wenn sich am Ende der Kalkulationsperiode eine – nicht beabsichtigte – Kostenüberdeckung herausstellt. Das gilt jedenfalls dann, wenn die erstellten Prognosen und Wertungen auf begründeten Annahmen beruhen und der Satzungsgeber den ihm zuzubilligenden Einschätzungsspielraum nicht überschritten hat. Der Gebührensatz ist dagegen fehlerhaft und mithin die entsprechende Vorschrift der Satzung nichtig, wenn die Gebührenkalkulation von sachfremden Erwägungen, wie der Absicht einer Gewinnerzielung, getragen worden ist oder aber die Anwendung unrichtiger Kalkulationsmethoden oder Verwendung unzutreffender Daten zu einer erheblichen Kostenüberdeckung und damit zu einer Verletzung des Kostenüberschreitungsverbots führt

(vgl. Thiem/Böttcher, KAG, § 6 Rn. 108 ff. mwN).

Derartige Fehler liegen hier nicht vor.

Gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 KAG sind (sämtliche) erforderliche Kosten der laufenden Verwaltung und Unterhaltung der öffentlichen Einrichtung gebührenfähig. Verwaltung und Unterhaltung der öffentlichen Einrichtung sind weit zu verstehen. Dies gilt bei vollkostenrechnenden Einrichtungen schon deshalb, weil die Vollfinanzierung über Gebühren – ohne den Einsatz allgemeiner Haushaltsmittel – anzustreben ist. Dementsprechend sind die Kosten gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 KAG nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu ermitteln. Der Gegenbegriff zu dem der Kosten ist der der Leistung. Grundsätzlich ansatzfähig sind daher Kosten, die auf Aufwendungen beruhen, die der betrieblichen Leistungserstellung dienen. Zur betrieblichen Leistungserstellung gehören nicht nur die konkreten Entsorgungsleistungen, vielmehr ist auf die Leistungserstellung insgesamt abzustellen

(vgl. auch VGH Baden-Württemberg, Ur. v. 22.10.1998 – 2 S 399/97 –, KStZ 1999, 168).

Der Träger der Einrichtung Abfallbeseitigung hat nicht nur die aktuelle Entsorgung bestimmter anfallender und überlassener Abfälle (§ 3 Abs. 2 LabfWG i.V.m. § 15 KrW-/AbfG), sondern auch die Entsorgungssicherheit zu gewährleisten

(§ 3 Abs. 2 LabfWG; vgl. Senatsurt. v. 22.10.2003 – 2 LB 148/02 –, Die Gemeinde 2004, 123 = NordÖR 2004, 258 = SchlHA 2004, 347).

Erforderlich – und damit gebührenfähig – sind danach zunächst die Kosten, die der Ag.in durch Einsatz ihres Personals und eigener Sachmittel erwachsen. Soweit die Ast. die Auffassung vertreten, bei den Personalkosten dürften die Kosten für den Oberbürgermeister und sein Vorzimmer nicht berücksichtigt werden, so hat die Ag.in vorgetragen, dass diese Kosten in die Kalkulation auch nicht eingestellt worden seien. Aus der Gebührenkalkulation

(Pkt. 3.3.6. der Drucksache Nr. 0770/2003/DS, S. 20)

ergibt sich, dass neben den Personalkosten für die Abfallentsorgung Erstattungen für die erbrachten Service- und Steuerungsleistungen an die städtischen Fachdienste berücksichtigt worden sind. Dazu zählen Kosten des Fachdienstes Personalwesen für alle Personalangelegenheiten, Kosten des Fachdienstes Haushalt und Finanzen, der Arbeitsgruppe Steuern und Abgaben für die Erstellung der Gebührenbescheide und der Stadtkasse für den Gebühreneinzug, Kosten der EDV-Dienste sowie Kosten für die Rechtsabteilung, den Fachdienst Allgemeine Dienste und den Personalrat. In dieser abschließenden Aufzählung sind die Kosten des Oberbürgermeisters nicht enthalten. Aber selbst wenn diese enthalten wären, stünde dies in Einklang mit § 6 Abs. 1 Sätze 1 und 2 KAG. Nach der Rechtsprechung des Senats dürfen auch die Kosten der Gemeindeorgane (Oberbürgermeister, Selbstverwaltungsgremien) einschließlich der dafür anfallenden Vorzimmer Tätigkeiten in die Kalkulation eingestellt werden

(Ur. v. 24.11.2007 – 2 LB 34/06 – und – 2 LB 36/06 –, Juris, betreffend Niederschlagwassergebühren und Schmutzwassergebühren nebst Hinweisen auf abweichende Auffassungen in anderen Bundesländern).

Daran wird festgehalten. Nur auf diese Weise wird gewährleistet, dass Einrichtungen, die einem festen Benutzerkreis dienen, sich wirtschaftlich selbst tragen und nicht durch Leistungen aus allgemeinen Haushaltsmitteln mitfinanziert werden.

Dem Vorwurf der Ast., die Ag.in habe die Kosten insgesamt einfach fortgeschrieben, ohne auf Besonderheiten der Kostenentwicklung einzugehen oder diese gar zu prüfen, ist die Ag.in mit nachvollziehbaren Begründungen entgegengetreten. Die Kalkulation von Gebührensätzen bedarf einer Vorkalkulation. Dabei haben die kommunalen Körperschaften den erwarteten Gebührenbedarf sorgfältig und sachgerecht zu schätzen und nach dem Ergebnis dieser Schätzung die Gebührensätze so festzulegen, dass bewusste Überschüsse vermieden werden. Diese Schätzung bezieht sich zum einen auf die voraussichtlichen im Verlaufe der Festsetzungsperiode anfallenden Kosten, zum anderen auf die Anzahl der voraussichtlichen Verbrauchs- oder Benutzungseinheiten. Dabei sind die für die Zukunft geschätzten Zahlen aus den Ergebnissen der Vergangenheit sowie aus Unterlagen oder Angaben vergleichbarer Einrichtungen abzuleiten

(Senatsurt. v. 9.7.2003 – 2 KN 4/02 –, KStZ 2004, 14 = SchIHA 2004, 188).

Dass diesen Anforderungen nicht entsprochen wurde, ist weder aus den insoweit nicht präzisierten Angaben der Ast. noch aus anderen Anhaltspunkten ersichtlich.

Ausgehend davon, dass die Ag.in gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 AbfGS zur Stetigkeit der Gebührensätze eine Kalkulationsperiode von drei Jahren zugrunde legt, ist es nicht zu beanstanden, wenn sie sich bereits am Ende des zweiten Jahres aufgrund der Kostenentwicklung auf die Ist-Zahlen des Vorjahres bezieht und darüber hinaus die Zahlen des laufenden Jahres für die nächste Kalkulationsperiode hochrechnet. Dies in Betracht ziehend ist die Berücksichtigung der tatsächlichen Personalkosten des Jahres 2004 und die Überprüfung der Stellen nach dem Stellenplan für das Jahr 2005 als Ausgangslage für die Kalkulation für die Jahre 2006–2008 nicht zu beanstanden.

Der Behauptung der Ast., die Ratsversammlung habe vor einigen Jahren beschlossen gehabt, drei Stellen für den Bereich der Abfallentsorgung zu streichen, diesen Beschluss aber jedenfalls in der Kalkulation der Gebühren nicht umgesetzt, brauchte nicht weiter nachgegangen zu werden. Abgesehen davon, dass die Ag.in einen solchen Beschluss bestreitet, ist maßgeblich auf ihre in der mündlichen Verhandlung gegebene Erklärung abzustellen, dass aufgrund einer Wirtschaftsprüfung vor einigen Jahren die Empfehlung ausgesprochen worden sei, sieben Stellen bei der Müllabfuhr zu streichen; es sich aber später herausgestellt habe, dass die Aufgabe mit dem entsprechend verringertem Personal nicht zu leisten sei und man dieses wieder um ca. drei Stellen aufgestockt habe. Aus dieser Vorgehensweise ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass die in die Kalkulation eingestellten Personalkosten nicht für die Leistungserbringung erforderlich seien.

Auch ist nicht zu beanstanden, dass die Ag.in, wie die Ast. behaupten, bei ihrer Personalkalkulation von einer durchschnittlichen Anzahl von 25 Krankheitstagen pro Arbeitnehmer ausgeht, während nach Informationen aus der Presse Arbeitnehmer durchschnittlich nur elf Tage krank seien. Unbeschadet der Frage, ob die genannten Zahlen zutreffen, ist zu berücksichtigen, dass insoweit nicht auf Durchschnittswerte aller Berufsgruppen abgestellt werden darf, sondern die Ag.in ihre Erfahrungswerte für die Krankheitstage der in der Einrichtung Beschäftigten in die Kalkulation einzubringen hat.

Die der Ag.in durch Einsatz eigenen Personals und Materials entstehenden Kosten decken nicht nur das Einsammeln und Weiterleiten von Restabfällen in der grauen Tonne, sondern auch die davon getrennte Erfassung von Papier, Pappen und Kartonagen ab. Es ist nicht zu beanstanden, dass diese Kosten insgesamt den Gebühren für die graue Tonne zugerechnet werden.

Die gebührenpflichtigen Benutzer einer Einrichtung dürfen über die Gebühren lediglich in dem Maße und mit den Kosten der Einrichtung belastet werden, wie die Leistungserstellung nur ihrerwegen nötig ist. Zum einen erfordert daher die Entstehung der Gebühr die tatsächliche Inanspruchnahme. Zum anderen müssen die mit der Gebühr zu entgeltenden Leistungen und die bei deren Erstellung anfallenden Kosten einem satzungsmäßig bestimmten Gebührentatbestand zuzuordnen sein. Eine tatbestandliche Abgrenzung ist erforderlich, wenn von der Einrichtung verschiedenartige Leistungen nebeneinander erbracht werden

(vgl. Thiem/Böttcher, KAG, § 6 Rn. 67 f.).

Deshalb dürfen Kosten, die durch die Erstellung einer besonderen

Leistung, die von einem besonderen Nutzerkreis abgerufen wird oder die nach speziellen Maßstäben verteilt werden, grundsätzlich nicht Kostenstellen zugeordnet werden, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen

(Senatsurt. v. 5.4.2000 – 2 L 215/98 –, Die Gemeinde 2000, 234 = NordÖR 2000, 307; v. 24.10.2007 – 2 LB 34/06 –, juris).

Einen Verstoß gegen diesen Grundsatz der Leistungsproportionalität hat der Senat z. B. in einem Fall angenommen, in dem innerhalb der Einrichtung Abwasserentsorgung in einigen Teilen der Gemeinde ausschließlich Schmutzwasser in die Kanalisation eingeleitet werden durfte, nicht aber Niederschlagswasser. Für die dort ansässigen Grundstückseigentümer stellte sich die Regenentwässerung als eine Leistung dar, an der sie selbst keinen Anteil hatten. Mit den für diese fremdnützigen Leistungen anfallenden Kosten durften sie nicht belastet werden

(Senatsurt. v. 17.1.2001 – 2 L 9/00 –, NordÖR 2001, 307 = SchIHA 2001, 293).

Diese Überlegungen beruhen nicht zuletzt auf Besonderheiten leitungsgebundener Einrichtungen und sind auf die Abfallentsorgung hinsichtlich der Kosten für die von der Ag.in in der grauen Tonne einerseits und der blauen Tonne andererseits erfassten Abfälle nicht zu übertragen.

Mit der Bereitstellung der blauen Tonne trägt die Ag.in den Grundsätzen der Kreislaufwirtschaft des § 4 Abs. 1 KrW-/AbfG Rechnung, wonach Abfälle u. a. stofflich zu verwerten sind. Diese Zielsetzung kann umso leichter erreicht werden, je stärker werthaltige Abfälle schon vor ihrer Überlassung getrennt von den übrigen Abfällen erfasst werden

(vgl. BVerwG, Urt. v. 13.12.2007 – 7 C 42.07 –, DVBl. 2008, 317).

Dementsprechend bestimmt § 7 Abs. 3 AbfWS, dass Abfälle zur Verwertung bereits vom Zeitpunkt ihres Anfalls an getrennt zu halten und entweder in die dafür ausschließlich vorgesehenen Behälter auf dem Grundstück (Holsystem) oder in die entsprechenden im Stadtgebiet zur Verfügung gestellten Sammelcontainer, Wertstoffsammelplätze (Bringsystem) einzubringen sind. Auch das Verbringen der werthaltigen Abfälle in die Sammelcontainer stellt eine Inanspruchnahme der gebührenpflichtigen Einrichtung dar. Es überschreitet nicht den der Ag.in als Satzungsgeber einzuräumenden weiten Gestaltungsspielraum

(vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 20.12.2000 – 11 C 7.00 –, E 112, 297 = DVBl. 2001, 488 und Senatsurt. v. 2.12.1988 – 2 L 70/96 –, NordÖR 1999, 321).

Die Bereitstellung einer blauen Tonne – anders als hier bei Bereitstellung einer grünen Tonne für organische Haushaltsabfälle geschehen – nicht als besonderen Gebührentatbestand auszuweisen, sondern die Kosten der Entsorgung von Papier, Pappe und Kartonagen undifferenziert dem Restabfall zuzuordnen. Zwar haben Gebührenpflichtige, die – wie die Ast. – auf die Inanspruchnahme einer blauen Tonne verzichten und ihr Papier pp. in Sammelcontainer verbringen oder auch ggf. nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 2 oder 3 KrW-/AbfG zugelassenen Sammlungen überlassen, Gebühren in gleicher Höhe allein nach Maßgabe des Restabfalls in der grauen Tonne zu erbringen, doch bestehen dagegen keine rechtlichen Bedenken. Zum einen ist anerkannt, dass die anzustrebende Belastungsgleichheit der Gebührenpflichtigen dem Satzungsgeber die Befugnis belässt, mit seiner Gebührenregelung eine begrenzte Verhaltenssteuerung zu verbinden

(BVerwG, Urt. v. 20.12.2000, aaO mwN).

Und es liegt nahe, dass – wie die Ag.in geltend macht – das Vorhandensein einer blauen Tonne auf dem Hausgrundstück eher dazu anhält, Papier, Pappe und Kartonagen nicht in den Restabfallbehälter zu werfen, als wenn diese Stoffe erst zum Sammelcontainer verbracht werden müssten. Zum anderen erfährt der gebührenrechtliche Grundsatz der Leistungsproportionalität rechtlich zulässige Einschränkungen durch besondere Regelungen des § 5 Abs. 2 LAbfWG. Danach ist nicht zu beanstanden, dass die Ag.in nicht nur für die blaue Tonne, sondern auch für die Entsorgung von Problemabfällen sowie Sperrmüll keine gesondert kalkulierten Gebühren veranschlagt, weil gem. § 5 Abs. 2 Nr. 2 LAbfWG sämtliche fixen und variablen Kosten der weiteren neben der Bioabfallentsorgung vorgehaltenen besonderen Abfallentsorgungsteilleistungen in die Bemessung der Abfallentsorgungsgebühren eingestellt werden dürfen

(s. zu vergleichbaren landesrechtlichen Bestimmungen OVG Lüneburg, Urt. v. 26.3.2003, – 9 KN 439/02 –, NordÖR 2003, 506, zu Altpapierentsorgung und Sperrmüll; OVG Münster, Beschl. v. 05.12.2003 – 9 A 1768/02 –, NVwZ-RR 2004, 250, zu Bioabfall).

Wegen der von den Ast. erhobenen Rüge hinsichtlich der Berücksichtigung von Nachsorgekosten in Höhe von 43000 Euro für die Altdeponie Niebüller Straße in der Kalkulation weist die

Ag.in zu Recht auf § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. c LABfWG hin. Zwar stehen die Kosten in keinem Zusammenhang mit der Leistung der Abfallentsorgung im Kalkulationszeitraum, aber aufgrund der Modifikation des Gebührenrechts durch das Landesabfallwirtschaftsgesetz sind diese grundsätzlich gebührenfähig

(vgl. Senatsbeschl. v. 3.3.2000 – 2 M 59/99 –, Die Gemeinde 2000, 143.).

Gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. c LABfWG können bei der Gebührenbemessung auch die vorhersehbaren späteren Kosten für Investitionen an Abfallentsorgungsanlagen sowie die tatsächlichen und vorhersehbaren späteren Kosten für Stilllegungs- und Nachsorgemaßnahmen an noch nicht endgültig stillgelegten Abfallentsorgungsanlagen berücksichtigt werden, soweit eine Einbeziehung dieser Kosten in die Gebührenkalkulation bisher nicht erfolgt ist, und zwar auch dann, wenn diese Abfallentsorgungsanlagen, soweit es sich dabei um Abfalldeponien handelt, bereits teilweise verfüllt oder rekultiviert sind. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Ag.in hat unwidersprochen vorgetragen, dass die auch von den Antragstellern erwähnten Rücklagen für die Rekultivierung der Deponie Niebüller Straße anlässlich der Stilllegung verwendet worden sind. Die Kosten für eine Nachsorge sind bisher auch nicht in die Kalkulation eingestellt worden.

Aber selbst wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. c LABfWG nicht vorliegen sollten, wäre die Berücksichtigung der Nachsorgekosten gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 3 lit. d LABfWG zu rechtfertigen. Danach können bei der Gebührenbemessung auch die tatsächlichen und vorhersehbaren Kosten für Nachsorgemaßnahmen an stillgelegten Abfallentsorgungsanlagen, solange diese Teil der öffentlichen Einrichtung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger sind und der Nachsorge bedürfen und soweit eine Einbeziehung dieser Nachsorgekosten in die Gebührenkalkulation gemäß Buchstabe c nicht erfolgt ist, berücksichtigt werden. Aus § 2 Satz 2 AbfWS ergibt sich, dass die Ag.in eine öffentliche Einrichtung zur Abfallbeseitigung betreibt, die einschließlich der Altdeponie Niebüller Straße eine rechtliche, wirtschaftliche und organisatorische Einheit bildet. Damit ist die Altdeponie weiterhin Teil der öffentlichen Einrichtung. Es gibt jedenfalls keine Anhaltspunkte, dass die Ag.in die Altdeponie bereits entwidmet hat

(zu den Voraussetzungen vgl. Senatsbeschl. v. 3.3.2000, aaO)

Die von den Ast. in der mündlichen Verhandlung angesprochenen Rückstellungen für Nachsorgekosten, die bereits in den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts durch die Ag.in aufgelöst worden sein sollen, können bei der Kalkulation für die Jahre 2006 bis 2008 keine Berücksichtigung mehr finden. Denn insoweit gilt, dass gem. § 6 Abs. 2 S. 9 KAG Über- oder Unterdeckungen zeitnah innerhalb der auf die Feststellung der Über- oder Unterdeckung folgenden drei Jahre auszugleichen sind. Diese Frist ist lange verstrichen. Sofern die Ag.in in den achtziger Jahren etwaige Rückstellungen zur Deckung von Haushaltslücken systemwidrig verwandt haben sollte, wäre der damalige Gebührensatz rechtswidrig gewesen. Dieses hat aber keine Auswirkungen mehr auf die jetzt zu prüfenden Gebührenregelungen; eine Fortschreibung früherer Fehler findet nicht statt

(Senatsurt. v. 22.10.2003, aaO).

Gemäß § 6 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 KAG zählen zu den erforderlichen Kosten für die laufende Verwaltung und Unterhaltung der öffentlichen Einrichtung auch die Entgelte für die zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe in Anspruch genommenen Leistungen Dritter, soweit die Beauftragung Dritter unter Beachtung der Vorschriften des Vergaberechts erfolgt ist. Auf diese Regelung kommt es hier an, weil ein erheblicher Teil der in die Kalkulation eingestellten Kosten auf der mit dem Kreis Rendsburg-Eckernförde geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vereinbarung beruht. Danach zahlt die Ag.in dem Kreis ein Entgelt für die Behandlung der übergebenen Abfälle einschließlich Verwertung oder Beseitigung von Wert- und Reststoffen. Der Kreis ist Dritter iSv § 6 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 KAG. Zwar hat der Senat bisher die Auffassung vertreten, dass eine kommunale Zusammenarbeit iSv § 18 GkZ nicht dem Vergaberecht – und damit auch nicht der Bestimmung des § 6 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 KAG unterliefe

(Beschl. v. 3.3.2000, aaO, v. 15.12.2000 – 2 L 105/00 –, NordÖR 2001, 175),

doch wird daran angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht mehr festgehalten.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge auch dann anwendbar, wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie etwa eine Gebietskörperschaft beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eine eigene Entscheidungsgewalt besitzt,

einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren zu schließen. Dabei sei es auch unerheblich, ob auch der Vertragspartner selbst ein öffentlicher Auftraggeber sei

(Urt. vom 18.11.1999 – C-107/98 –, BayVBl 2000, 495).

Ferner hat der EuGH es als nicht ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie 93/36/EWG bezeichnet, wenn eine nationale Regelung im Bereich der öffentlichen Aufträge Kooperationsvereinbarungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und den übrigen öffentlichen Einrichtungen von vornherein von deren Anwendungsbereich ausschliesse. Für einen öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag iSv Art. 1 lit. a RL 93/36/EWG und 93/37/EWG genüge es grundsätzlich, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen worden sei. Die Ausnahmen von der Anwendung der Richtlinie seien eng auszulegen

(Urt. v. 13.1.2005, – C-84/03 –, Slg. 2005, S. I-00139).

Diese Auffassung haben die Vergabesenate verschiedener Oberlandesgerichte ihrer Rechtsprechung zum nationalen Recht zugrunde gelegt. So führt das OLG Naumburg aus, eine Zweckvereinbarung zwischen zwei Landkreisen enthalte einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag i.S.v. § 99 GWB, so dass das Vergaberecht anwendbar sei, wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie ein Privater am Markt auftrete

(Beschl. v. 3.11.2005 – 1 Verg 9/05 –, DVBl 2006, 121).

Auch das OLG Frankfurt hält in dem Fall, dass das Einsammeln und der Abtransport des in einem Gemeindegebiets anfallenden Hausmülls auf eine Nachbarkommune übertragen werden soll, das Vergaberecht für anwendbar

(Beschl. v. 7.9.2004 – Verg 12/04 –, VergabR 2005, 80).

Dieser Auffassung schließt sich der Senat im Hinblick auf den Regelungsbereich des § 6 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 KAG an.

Der Umstand, dass der (teilweisen) Aufgabenübertragung auf den Kreis Rendsburg-Eckernförde nicht – wie es erforderlich gewesen wäre – eine Ausschreibung vorangegangen ist, bedeutet indes nicht, dass es sich bei der von der Ag.in zu entrichtenden Vergütung nicht um erforderliche Kosten iSv § 6 Abs. 1 Satz 1 KAG handelt. Die Verpflichtung zur Ausschreibung von Leistungen für die kommunale gebührenfinanzierte Einrichtung ist nicht Selbstzweck, sondern trägt im Gebührenrecht dem Grundsatz der Erforderlichkeit Rechnung, der den Umfang der abgabefähigen Aufwendungen und Kosten begrenzt und damit die Abgabepflichtigen vor unnötig hohen Abgaben vor überflüssige oder überbeuerte Maßnahmen schützen soll. Aus dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung folgt, dass eine Verletzung der Ausschreibungspflicht nicht dazu führen kann, dass z.B. die Behörde verpflichtet ist, die Leistung der Abfallentsorgung tatsächlich zu erbringen, der Abgabepflichtige aber trotz Inanspruchnahme der Leistung dafür keine Gegenleistung in Form von Gebühren erbringen muss

(vgl. Thiem/Böttcher, aaO, § 6 Rn. 211m).

§ 6 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 KAG will die Gebührenzahler davor schützen, durch die Veranschlagung von nicht erforderlichen Kosten überhöhte Gebühren zu zahlen, aber nicht einen Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen sanktionieren

(vgl. Senatsurt. v. 16.2.2005 – 2 LB 109/03 –, juris).

Entsprechend § 6 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 KAG ist immer dann, wenn eine Ausschreibung stattgefunden hat, davon auszugehen, dass die zu zahlenden Entgelte erforderlich sind. Daraus kann aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass immer dann, wenn keine Ausschreibung stattgefunden hat, die Kosten nicht erforderlich und damit nicht gebührenfähig seien, wenn feststeht, dass die Inanspruchnahme der Leistung selbst erforderlich ist. Eine derartige Rechtsfolge wäre nicht vereinbar mit dem Selbstfinanzierungsprinzip vollkostenrechnender Einrichtungen und dem Entgeltcharakter der Benutzungsgebühr als adäquater Gegenleistung für in Anspruch genommene Leistungen der Einrichtung

(vgl. Thiem/Böttcher, aaO, § 6 Rn. 211 l).

Entscheidungserheblich ist hier zunächst der Umstand, dass im Kreis Rendsburg-Eckernförde im Jahre 2000 eine europaweite Ausschreibung stattgefunden hat. Dabei ist der Zuschlag für die Abfallentsorgung am Standort Borgstedt/ Borgstedtfelde zu einem Preis von 149,62 DM/Mg = 76,50 €/Mg erteilt worden. Die Vertragspartner haben dann ausgehend von diesem durch Ausschreibung ermittelten Preis unter Berücksichtigung von Kostenreduzierungen wegen zusätzlicher Abfallmengen, Kostensteigerungen wegen der ab 1.6.2005 notwendigen vorgeschriebenen Müllverwertung und der prognostizierten Kosten für den Trans-

port- und Logistikaufwand sowie der entstehenden Verwaltungskosten einen Gesamtpreis von 85,85 € ermittelt. Ergänzend hat die Ag.in unwidersprochen dargelegt, dass anlässlich einer im Dezember 2005 erfolgten Umfrage des Schleswig-Holsteinischen Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume unter den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und den Abfallwirtschaftsgesellschaften ein Vergleich der Entsorgungskosten durchgeführt worden ist. Dabei hat sich herausgestellt, dass nur der Kreis Nordfriesland im Jahr 2005 mit 90 Euro/Mg günstiger war, während im Jahr 2006 die Ag.in zusammen mit den Kreisen Plön, Rendsburg-Eckernförde und der Stadt Flensburg mit 100,90 Euro/Mg die günstigsten Entsorgungskosten zu tragen hatte. Dagegen lagen z.B. die Kosten des Landkreises Ostholstein mit den höchsten Entsorgungskosten von 192,-- Euro/Mg um 90 % über denen der Ag.in. Wenn es auch vorrangig auf die Verhältnisse und die daraus sich ergebenden Kosten im jeweiligen Satzungsgebiet ankommt, so ergeben sich aber aus dem gezogenen Vergleich weitere Indizien für die Annahme, dass eine kostengünstigere Lösung für die Erfüllung der Aufgabe nicht hätte gefunden werden können und damit die in der Kalkulation berücksichtigten Entgelte für die Inanspruchnahme von Fremdleistungen erforderlich sind.

Soweit die Ast. geltend machen, die mit dem Kreis vereinbarte Preisgleitklausel sei unzulässig, weil in die Kalkulation nur solche Kosten aufgenommen werden dürften, die nach dem aktuellen Stand für die Entsorgungsleistungen in den nächsten zwei oder drei Jahren entstehen könnten, übersehen sie, dass die Ag.in nur die auch von den Antragstellern für zulässig erachteten Kosten eingestellt hat, nämlich die, die innerhalb der dreijährigen Kalkulationsperiode anfallen werden. Im Übrigen ist die Vereinbarung einer Gleitklausel bei langfristiger vertraglicher Bindung empfehlenswert. Die Berücksichtigung der Faktoren Stundenlohn eines Facharbeiters und Preisindices für Dieselkraftstoff und Energiekosten erscheint auch sachgerecht, weil die Kosten der zu erbringenden Leistungen davon maßgeblich bestimmt werden

(vgl. hierzu Senatsurteil v. 16.2.2005 – 2 LB 109/03 – aaO).

Die von den Ast. geäußerten Zweifel hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, weil diese auf eine Laufzeit von zwanzig Jahren angelegt worden sei, werden vom Senat nicht geteilt. Die Planung der Aufgabendurchführung „Abfallbeseitigung“ erfordert einen mehrjährigen Vorlauf, so dass sich sowohl die Ag.in als diejenige, die die Aufgabe der Abfallentsorgung teilweise an einen anderen Entsorgungsträger abgegeben hat, als auch der Kreis Rendsburg-Eckernförde, der die Aufgabe übernommen hat, langfristig auf die Aufgabenerfüllung einstellen müssen. Angesichts der Abrede, im Falle, dass die der Preisanpassung zugrundeliegenden Faktoren als Maßstab ungeeignet würden, eine gleichwertige Anpassung vorzunehmen und der Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 127 LVwG, ist nicht erkennbar, dass sich die Ag.in in unzulässiger Weise durch den ab dem 1.1.2004 bis zum 31.12.2020 geltenden Vertrag gebunden hat. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, welche Auswirkungen eventuelle rechtliche Bedenken gegen die langfristige Bindung auf die gegenwärtig geltenden Gebühren haben sollten.

Es bestehen auch keine Bedenken dagegen, Verluste aus Vorjahren in die Gebührenkalkulation einzustellen. § 6 Abs. 2 S. 8 und 9 KAG sieht vor, dass der Gebührenbemessung ein Kalkulationszeitraum von bis zu drei Jahren zugrunde gelegt werden kann und eine sich am Ende des Kalkulationszeitraums aus einer Abweichung der tatsächlichen von den kalkulierten Kosten ergebende Kostenüber- oder -unterdeckung innerhalb der auf die Feststellung der Über- oder Unterdeckung folgenden drei Jahre auszugleichen ist. Die Ag.in hat sich in § 1 Abs. 2 Satz 1 AbfGS zur Stetigkeit der Gebührensätze für eine dreijährige Kalkulationsperiode entschieden und in Satz 2 für den Fall einer wesentlichen Veränderung der Rahmenbedingungen auch geregelt, dass hiervon abgewichen werden kann.

Während der Senat es ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für angezeigt gehalten hatte, Unter- oder Überdeckungen möglichst zeitnah auszugleichen

(vgl. Senatsurteil v. 24.6.1998 – 2 L 22/96 –, NordÖR 1998, 351 = NVwZ 2000, 102),

ist seit dem 1.1.2004 gemäß § 6 Abs. 2 S. 9 KAG

(eingeführt durch Gesetz zur Änderung des KAG vom 30.11.2003, GVOB, S. 614)

auch ein über mehrere Jahre sich erstreckender Ausgleich zulässig. Angesichts dessen ist es unbedenklich, dass die Ag.in für die im Herbst 2005 erarbeitete Kalkulation bereits die Unterschüsse berücksichtigt hat, die während der laufenden Rechnungsperiode festgestellt worden sind und die nicht bereits in die Kalkulation eingestellt werden konnten. Soweit die Ag.in für das Jahr 2004 einen Verlust von 20508 Euro und für das Jahr 2005 in Höhe von 714000 Euro angenommen hat, ist sie berechtigt, einen festgestellten Verlust des Jahres 2004 und einen kalkulierten Verlust für das Jahr 2005 zu berücksichtigen. Die Erklärung der Ag.in, dass die Verluste Folge seien von der bereits ab 1. Juni 2005 stattfindenden Nutzung der MBA, macht deutlich, dass Ursache für den starken Anstieg der Verluste die Umstellung der Abfallentsorgung von der Deponierung zur Verbrennung ist, weil die Deponierung kostengünstiger war.

Aus der Kalkulation ergibt sich unter Punkt 4.1 (Erlösarten) auch, dass die Ag.in unter Zeile 3.3 auch noch für die Jahre 2004 und 2005 den 3%igen gemeindlichen Anteil an den Gebühren berücksichtigt hat, so dass die von der Ag.in in die Kalkulation eingestellten Verluste für die Jahre 2004 und 2005 bereits um den Gemeindeanteil in Höhe von 3 % bereinigt worden sind. Denn in der noch bis Ende 2005 geltenden Abfallgebührensatzung war in § 1 Abs. 1 S. 2 geregelt, dass nur 97 % der Kosten für die Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung Abfallentsorgung über Gebühren gedeckt werden sollten. Erst mit Art. I Nr. 1 der 1. Nachtragssatzung ist die Angabe „von 97 %“ gestrichen worden, so dass nunmehr eine 100% Kostendeckung über Gebühren erreicht werden soll. Wenn aber für die Jahre 2004 und 2005 planmäßig ein Verlust in Höhe von 3 % entstehen sollte, würde es sich insofern um keinen „ungewollten“ Verlust handeln, den man im Folgejahr ausgleichen könnte. Es fehlt in diesem Fall an einer durch das Rechnungsergebnis auszuweisenden Unterdeckung, die in die nächste Periode übertragen werden könnte, denn sonst würde an abgeschlossene Sachverhalte angeknüpft werden.

Soweit die Ast. schließlich die Auffassung vertreten, die Ag.in verletze das Kostenüberschreitungsverbot, weil sie als alleinige Gesellschafterin der SWN Beteiligungen GmbH an den Vereinigungen des Kreises Rendsburg-Eckernförde mit der SWN Entsorgung GmbH mitverdient und die SWN Beteiligungen GmbH für das Jahr 2005 an die Ag.in einen Gewinn von 3,3 Millionen Euro ausgezahlt habe, so wird dabei nicht berücksichtigt, dass nicht die Ag.in mit den SWN Entsorgung GmbH einen Entsorgungsvertrag geschlossen, sondern dem Kreis Rendsburg-Eckernförde Teilaufgaben der Abfallentsorgung gemäß § 3 Abs. 6 LABfWG und § 18 GkZ übertragen und dafür ein Entgelt zu entrichten hat. Insofern wird nur dieses Entgelt nach der Kalkulation gebührenwirksam. Wie bereits ausgeführt bedient sich der Kreis seinerseits Dritter zur Aufgabendurchführung und hat dafür auch Entgelte zu zahlen. Sofern zu den Dritten Gesellschaften des Privatrechts gehören, an denen die Ag.in beteiligt ist oder deren ausschließliche Gesellschafterin sie ist, hat das auf die Bemessung der Abfallgebühren keinen Einfluss. Daher kann dahinstehen, in welchem Umfang die SWN Beteiligungen GmbH Gewinne an die Ag.in abführt und auf welchen Geschäftsfeldern diese Gewinne ggf. erzielt werden.

Die Ast. haben keine Bedenken geäußert hinsichtlich der Gebührenstaffelung unter Berücksichtigung der Tonnengröße, des Abholintervalls und des Service-Umfangs. Bedenken gegen deren Rechtmäßigkeit sind auch nicht ersichtlich.

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamm 35, 24103 Kiel.

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

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Dr. Armin Teschner, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorferstraße 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 6,40 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur beim Verlag J.J. Augustin, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax 4709, E-Mail: augustinverlag@t-online.de, bestellen.

Beiträge sind an die Redaktion der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorferstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden; Tel. 04621/86-1279 bzw. -1275, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: redaktion-schlha@olg.landsh.de.

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

Druck J.J. Augustin, Glückstadt – ISSN 1860-9643.

Freiwillige Gerichtsbarkeit				
SchIHOLG	17. 9.2007	2 W 186/07	Abschiebehaft keine Beugehaft	321
Strafrecht				
SchIHOLG	25. 1.2008	2 VollzWs 533/07 (291/07)	Rechtmäßigkeit eines generellen Verbots des Besitzes von DVD-Filmen mit "FSK 18-Freigabe" in Justizvollzugsanstalt mit erhöhtem Sicherheitsstandard	322
Öffentliches Recht				
SchIHOVG	13. 2.2008	2 LB 42/07	Entstehung der Ausbaubeitragspflicht	323
SchIHOVG	13. 2.2008	2 KN 3/06	Gebührenkalkulation des Satzungsgebers im Bereich Abfallentsorgung	325

Buchanzeige

Besoldungsrecht des Bundes und der Länder

von Wolfgang Kroll, Oberamtsrat a.D., Heinrich Hopman, Ministerialrat a.D., Anton Lieven, Ministerialdirigent im Bundesministerium des Innern, und Angelika Katzsch, Bundesministerium des Innern

erschienen im Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Scharstr. 2, 70563 Stuttgart bzw. Levelingstr. 6a, 81673 München
Loseblattwerk, etwa 4030 Seiten, € 86,-, einschl. 4 Ordnern, *edition moll*, ISBN 3-415-02534-9

Der seit Jahrzehnten eingeführte und umfassend angelegte Kommentar ist in erster Linie auf die Bedürfnisse der Praxis zugeschnitten. Die einschlägigen Einzelprobleme werden mit großer Sachkunde und aufgrund eingehender Prüfung der Rechtslage dargestellt. Die mit dem Besoldungsrecht befassten Mitarbeiter der öffentlichen Verwaltung finden Antwort auf alle Fragen, die im Zusammenhang mit diesem schwierigen Rechtsgebiet entstehen können.

Schwerpunkt des Werks ist die Kommentierung der Regelungen des Bundesbesoldungsgesetzes mit den jeweiligen Verwaltungsvorschriften. Die Durchführungsbestimmungen sind unmittelbar im Anschluss an die Kommentierung ihrer Ermächtigungsnorm abgedruckt. Das wenige noch zugelassene Landesrecht wurde in übersichtlicher Weise in das ansprechend und handlich gestaltete Loseblattwerk aufgenommen.

Die 81. Ergänzungslieferung, erschienen am 24. April 2008, ist auf dem Stand November 2007.

Der Schwerpunkt der Lieferung liegt im Länderbereich (Teil V). Außerdem sind neue Tabellen für die Länder Brandenburg, Hessen und Sachsen-Anhalt enthalten. Auch der Bereich Sonderzahlungen ist in Bewegung geraten. Zudem ist auf die Regelungen über Einmalzahlungen in einigen Ländern hinzuweisen.

Der Teil II (Kommentierungen zum BBesG) beschränkt sich auf verschiedene Änderungen, u.a. im Bereich der Auslandsbesoldung.

Buchanzeige

Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung

– Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen –

von Dr. Anne Sanders, M. Jur. (Oxford), 2008; LVIII und 381 Seiten, broch.; 88,- € [D], ISBN 978-3-7694-1030-3

Giesecking Verlag, Postfach 130120, 33544 Bielefeld

Ehe- und Gesellschaftsrecht liegen nur auf den ersten Blick weit auseinander. Tatsächlich weisen beide Bereiche zahlreiche Gemeinsamkeiten auf, die es rechtfertigen, eine richterliche Kontrolle von Ehe- und Gesellschaftsverträgen nach den gleichen Prinzipien durchzuführen: In beiden Fällen greifen Richter unter Anwendung der Generalklauseln des BGB in Verträge ein, die die Parteien zur Regelung und Abwicklung einer stark persönlich geprägten Beziehung geschlossen haben. Ehe und Gesellschaft sind zudem gleichermaßen auf eine gemeinsam gestaltete Entwicklung und wirtschaftliche Zusammenarbeit der Parteien angelegt.

Dieser dynamische Charakter von Ehe und Gesellschaft ermöglicht die gemeinsame Beantwortung dogmatisch und praktisch relevanter Fragestellungen. Er erklärt nicht nur die Entwicklung der Rechtsprechung, sondern begründet auch die bisher in Rechtsnatur und Anwendung noch weitgehend ungeklärte Ausübungskontrolle, die im Ehe- und Gesellschaftsrecht gleichermaßen an Bedeutung gewinnt.

Die Untersuchung berücksichtigt das neue Unterhaltsrecht und wurde mit dem Erhardt-Immelmann-Preis der Universität zu Köln ausgezeichnet.

Buchanzeige

Massenschäden im Internationalen Privatrecht

– Die einheitliche Anknüpfung deliktskollisionsrechtlicher Mehrpersonenverhältnisse –

von Dr. Volker Knoop, 2008; XXXIX und 242 Seiten, brosch.; 58,- € [D], ISBN 978-3-7694-1023-5

Giesecking Verlag, Postfach 130120, 33544 Bielefeld

Schadensereignisse mit vielen Beteiligten stellen die haftungsrechtliche Praxis vor erhebliche Abwicklungsschwierigkeiten. Der Schadenssachverhalt ist regelmäßig komplexer und schwieriger zu rekonstruieren als bei Ereignissen mit wenigen Beteiligten. Zudem sind die nationalen Haftungssysteme vorrangig darauf ausgerichtet, inländische Sachverhalte zu bewerten. In der Praxis werden Massenschäden besonders häufig „still“ reguliert, d.h. außergerichtlich durch Abfindungsvergleiche. Diese Form der Regulierung wird von Seiten der Schadensverursacher und deren Versicherern wegen ihrer pragmatischen Lösungen geschätzt. Andererseits drohen vor allem den Geschädigten Nachteile aus einem übermäßigen Pragmatismus, weshalb auch von einem „Rückzug des Rechts“ die Rede ist.

Bei grenzüberschreitenden Schadensereignissen kommt hinzu, dass das auf Zweipersonenverhältnisse ausgerichtete IPR nicht sicherstellen kann, dass auf dasselbe Ereignis für alle Beteiligten dasselbe Recht angewendet wird. Wenn aber mehrere Schädiger nach unterschiedlichem Recht haften, stellt sich z.B. die Frage, nach welchem Recht sich der Regress unter ihnen beurteilt.

Die Untersuchung zeigt das Bedürfnis nach einheitlicher Anknüpfung von Masseschäden, indem es zunächst die kollisionsrechtlichen Folgen einer gespaltenen Rechtsanwendung darstellt. Sodann geht sie der Frage nach, inwieweit eine einheitliche Anknüpfung im geltenden Recht möglich ist. Grundlage ist dabei das IPR der Art. 40 ff. EGBGB sowie die Änderungen, die die in Kürze in Kraft tretende VO Rom II bringen wird. Ergänzend geht die Untersuchung auf die Rechtslage in speziell geregelten Rechtsbereichen ein, wie etwa im Produkt-, Luftverkehrs- und Atomhaftungsrecht. Sie schließt mit einem Optimierungsvorschlag ab.

Buchanzeige

Synopse zum schleswig-holsteinischen Hochschulgesetz 2007

von Carsten H.G. Riege, Rechtsanwalt, erschienen im Selbstverlag

Die Neufassung des schleswig-holsteinischen Hochschulgesetzes verursacht auch noch über ein Jahr nach ihrem Inkrafttreten durch die völlig veränderte Paragraphenfolge vielen, die mit dem alten Gesetz vertraut waren, Orientierungsprobleme. Die Synopse soll bei der Orientierung behilflich sein, indem sie die neu geordneten und vielfach inhaltlich bzw. im Wortlaut veränderten Regelungen mit den bisher geltenden Vorschriften vergleicht und die Veränderungen durcktechnisch hervorhebt. Sie richtet sich insbesondere an die in Forschung, Lehre und Verwaltung tätigen Mitglieder der staatlichen und nicht-staatlichen Hochschulen in Schleswig-Holstein sowie an das im Universitätsklinikum Schleswig-Holstein tätige Personal. Aber auch für alle anderen, die z.B. in Ministerien, als Abgeordnete, in der Wissenschaft oder in der Gerichtsbarkeit beruflich mit dem Hochschulrecht befasst sind, mag das Werk einen praktischen Nutzen haben.

Ausgangspunkt ist der seit dem 30.3.2007 geltende Gesetzestext des HSG, wie er durch das Gesetz über die Hochschulen und das Universitätsklinikum Schleswig-Holstein vom 28.2.2007 (GVObI. Schl.-H. S. 184; Ausgabe Nr. 7 vom 29.3.2007) vorliegt. Die alte Fassung, die dem Artikel 1 des Gesetzes in der rechten Spalte gegenübergestellt ist, entspricht dem Stand der Bekanntmachung vom 4.5.2000 (GVObI. Schl.-H. S. 416), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.12.2004 (GVObI. Schl.-H. S. 477). Zur Verbesserung der Lesbarkeit sind Satzzeichen eingefügt.

Eine Retrosynopse am Ende des Buches geht vom alten Gesetz aus und zeigt anhand der Paragraphen, in welchen neuen Vorschriften sich alte Regelungsinhalte weitgehend wiederfinden und welche alten Regelungen ersatzlos entfallen sind.

Die Broschüre im DIN A 5-Format mit 205 Seiten kann direkt bei dem Herausgeber, Herrn Rechtsanwalt Carsten H.G. Riege, Finkenberg 68, 23558 Lübeck, Telefon 0451/4792375, Telefax 0451/4792376, bestellt werden. Ein Exemplar kostet 15,- € zuzüglich 4,50 € Versandkosten.