

Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

Aus dem Inhalt

Hans-Ernst Böttcher

Die Justiz nach 1945 – zwischen
Demokratisierung und „Renazifizierung“
(Teil 2)

SCHLHAGLICHT

Uta Raddatz

Die Arbeitsgerichte – klein aber fein!
und bereit für eJustiz?

Mai 2016

I. Aufsätze

Hans-Ernst Böttcher

Die Justiz nach 1945 – zwischen Demokratisierung und „Renazifizierung“ (Teil 2)

159

III. Personalnachrichten

165

IV. Ausschreibungen

166

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

SchiHOLG	6. 7.2015	14 U 5/15	Verfügungen eines GbR Gesellschafters über Gesellschaftsmittel sind grundsätzlich zulässig, soweit sie durch einen entsprechenden Gewinn der Gesellschaft gedeckt sind	167
AG Eutin	6. 8.2014	21 C 37/14	Die Beschädigung eines Fahrzeugs durch den Gebrauch der Fernbedienung für die Schranke einer privaten Parkplatzanlage fällt nicht unter die Gefährdungshaftung nach § 7 StVG	170
LG Kiel	19. 8.2015	13 O 130/15	Zum Anscheinsbeweis beim Wechseln auf die linke Spur einer Autobahn	171
SchiHOLG	22.12.2015	7 U 111/14	Zur Betriebsgefahr des nachfolgenden Fahrzeugs bei einer Kollision nach einem Fahrstreifenwechsel auf der Autobahn	172
SchiHOLG	12. 6.2015	17 U 103/14	Tierhalterhaftung bei mitwirkendem Verschulden eines selbständigen Bereiters	172
SchiHOLG	31. 7.2015	3 Wx 120/14	Irrtümliche Annahme, die Frist zur Ausschlagung der Erbschaft beginne erst mit Erhalt des Erbscheins, ist beachtlicher Inhaltsirrtum	175
SchiHOLG	16. 7.2015	3 Wx 19/15	Kein formwirksames Testament bei fehlender Lesbarkeit	177
SchiHOLG	16. 7.2015	3 Wx 53/15	Ungültigkeit eines Testaments wegen nicht sicher feststellbarer Datierung in Bezug auf die Jahresangabe	179
SchiHOLG	13. 7.2015	3 Wx 68/15	Sicherstellung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses durch einstweilige Anordnung	181
SchiHOLG	19. 3.2015	2 U 6/14	Unwirksamkeit von Mobilfunkanbieter-AGB betreffend Pfand für SIM-Karte und Nichtnutzungsgebühr	182
SchiHOLG	24. 7.2015	9 W 26/15	Reisekostenerstattung für nicht im Bezirk des Prozessgerichts niedergelassenen Anwalt	186
LG Flensburg	18. 3.2015	I Qs 40/15	Erstattungsfähigkeit von Fahrtkosten und Abwesenheitsgelder eines Unterbevollmächtigten am dritten Ort	187
<i>Familienrecht</i>				
SchiHOLG	23. 3.2015	10 UF 6/15	Das Familiengericht hat von Amts wegen einen mitwirkungsbereiten Dritten für die Umgangsbegleitung im Sinne des § 1684 Abs. 4 S. 3 BGB zu ermitteln. Bei einer Weigerung des zuständigen Jugendhilfeträgers hat das Familiengericht dem umgangsberechtigten Elternteil Gelegenheit zur Einleitung eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens zu geben	190

Fortsetzung 3. Umschlagseite

Terminankündigung

Monique Schwitter

liest aus „Eins im Andern“

Männer – wie bei den Aposteln zwölf an der Zahl – kommen und gehen. Irgendwie immer anders und doch gleich. Der erste hat sich aus dem Fenster gestürzt, der letzte ist spielsüchtig. Halb autobiografisch, halb fiktiv beschreibt eine Schriftstellerin – moderne Frau von Anfang 40 – Kommen und Gehen in ihrem Liebesleben. Da gibt es den auf Erfolg gepolten Jungschauspieler, den Kümmerer, den schwulen Freund, den übergriffigen Professor. Und was macht die Liebe mit einem selbst? „Ich habe gelernt zu gehen“ meint die Ich-Erzählerin am Ende ihrer Liebesrecherche voller Temperament und Selbstironie. Ob dies zutrifft?

Kartenreservierung: telefonisch ab 13. Juni 2016 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13–15 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

- 11. Juli 2016: Michael Grosse liest Karl Kraus (mit musikalischer Untermalung)
- 22. Sept. 2016: Lesung mit Bov Bjerg
- 1. Nov. 2016: Neues auf dem Buchmarkt von und mit Annemarie Stoltenberg
- 23. Nov. 2016: Abend mit Elke Heidenreich

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Dienstag, den 21. Juni 2016, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

Jahrgang 1972, studierte die aus Zürich stammende Monique Schwitter Theaterregie und Schauspiel am Salzburger Mozarteum. Nach diversen Engagements gehörte sie bis 2010 zum Ensemble des Deutschen Schauspielhauses in Hamburg. Schon dort betrieb sie ihren eigenen literarischen Salon, den „Damensalon“. Jetzt lebt sie als freie Schriftstellerin in Hamburg. Nach einem ersten Erzählband „Wenn's schneit beim Krokodil“ (2005, hierfür erhielt sie den Robert-Walser-Preis 2006) folgten der Roman „Ohren haben keine Lider“ (2008), das Theaterstück „Himmels-W“ (2008) und der Erzählband „Goldfischgedächtnis“ (2011). „Eins im Andern“ (2015, in Deutschland bei Piper) stand auf der Shortlist zum Deutschen Buchpreis und wurde sowohl mit dem Schweizer Buchpreis (2015) als auch dem Schweizer Literaturpreis (2016) ausgezeichnet.

Kostenbeitrag: 12 Euro (Schüler, Studenten und Auszubildende frei), nur an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr.

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

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

Die Justiz nach 1945 – zwischen Demokratisierung und „Renazifizierung“* (Teil 2)

von Präsident des Landgerichts i.R. Hans-Ernst Böttcher, Lübeck**

IV. Ein entscheidender Baustein bei der ‚Nazifizierung‘ der Justiz, die Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung (GVVO) von 1935: nach wie vor Organisationsgrundlage der Gerichte von heute

Es gibt in den normativen und vor allem in den tatsächlichen Grundlagen der Gerichtsverfassung von heute ein Relikt der „Nazifizierung“, noch genauer: *des Führerstaates, des Führerprinzips*, über dessen Fortexistenz, Bedeutung und weitestgehend diskussionslose Hinnahme man nur staunen kann, wenn nicht entsetzt sein muss.

Ich spreche von der *Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung (GVVO)* vom 20. März 1935.¹

Ihr Inhalt und ihre nachwirkende Bedeutung werden in aller Kürze und dabei im Großen und Ganzen (wenn auch nicht in allen Details) treffend im Zusammenhang der heutigen Kompetenzordnung zwischen Bund und Ländern beschrieben im Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz von Kissel/Mayer.² Der heutige Verfasser, Bundesrichter Mayer (BGH) schreibt also:³

„[88] Gerichtsverwaltung (und Justizverwaltung) sind nach der grundsätzlichen **Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern** ... beim BGH und den anderen Bundesgerichten Bundessache, sonst Ländersache. Die Länder sind frei in der Ausgestaltung der Organisation von Gerichtsverwaltung und Justizverwaltung, soweit nicht bundesrechtlich zulässigerweise Bestimmungen getroffen worden sind...Daraus folgt, dass die reichsrechtlichen Vorschriften aus der Zeit vor dem

Inkrafttreten des GG in den Ländern als Landesrecht fortgelten und der Änderungskompetenz der Länder unterliegen, da dem Bund die Zuständigkeit fehlt (Art. 125, 24 GG);..Für die Organisation der Justizverwaltung der Länder haben damit die §§ 13–18⁴ GVVO 1935 ... ihre Bedeutung noch nicht vollständig verloren. Dort dem Reichsminister der Justiz eingeräumte Befugnisse sind für den Bereich des Bundes auf den BMdJ übergegangen, für den Bereich der Länder auf die jeweiligen Landesregierungen (Senate), mit der Möglichkeit der Delegation auf die Landesjustizverwaltung. Wegen Zweifeln an der Gültigkeit wurde die GVVO zwar durch Art. 21, 210 Abs. 2 Nr. 1 des 1. Gesetzes über die Bereinigung von Bundesrecht im Bereich des BMJ vom 19. 4. 2006, BGBl I S. 866, zum 24. 4. 2008 aufgehoben; ... Jedoch konnte diese Aufhebung die GVVO nur in ihrer Fortgeltung als Bundesrecht erfassen. In den Ländern gilt die GVVO also weiter, soweit dort, was allerdings zumeist der Fall ist, keine anderweitigen Regelungen getroffen wurden. **a)** Die GVVO gilt nur für die ordentlichen Gerichte.⁵ Für die anderen Gerichtsbarkeiten⁶ enthalten die Verfahrensgesetze inhaltlich kaum abweichende Regelungen, so §§ 15, 34 ArbGG, 38 Abs. 2 VwGO, 9 Abs. 3, 30 Abs. 2, 38 Abs. 3 SGG, 31 FGO.**b)**

[89] Grundregel **c)** ist, das an der Spitze der gesamten Justizverwaltung im Bund der BMdJ, in den Ländern der Justizminister oder –senator steht; sein Zuständigkeitsbereich als **Landesjustizverwaltung** im formellen Sinne ... ergibt sich aus dem maßgebenden Organisationsakt der Regierung. **d)** Der Justizminister (-senator) ist im Allgemeinen uneingeschränkt für die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig. **e)** die Zuständigkeit für die anderen Gerichtsbarkeiten ist unterschiedlich ...; in diesen Grenzen ist er zuständig als Spitze der Gerichtsverwaltung. **f)** Er hat, soweit nicht ausdrückliche Rechtsvorschriften bestehen **g)**, das Recht, alle Aufgaben selbst wahrzunehmen oder sie zu delegieren und die Verwaltungsorganisation zu bestimmen. **h)** In den Fällen der Delegation sowie dann, wenn Aufgaben auf Grund anderer Regelungen nicht dem Minister, sondern den ihm im allgemeinen Gerichts- und Behördenaufbau nachgeordneten Stellen **i)** übertragen sind, üben diese die Gerichtsverwaltung **als weisungsgebundene Organe** aus. Die in den Gerichtsverwaltungen tätigen Richter sind nicht ... unabhängig, sie sind vielmehr weisungsgebunden; ihre Funktionen und Zuständigkeiten können in den Grenzen der allgemeinen Vorschriften jederzeit geändert werden... Die übergeordnete Behörde kann eine Sache an sich ziehen, sie auf eine andere nachgeordnete Behörde übertragen und Berichte anfordern.

* Fortsetzung des Beitrags (Teil 1) aus SchlHAnz 4/2016, S. 124–130. Dort hat der Autor die Nachkriegsjustiz in Schleswig-Holstein aus eigener früher Erinnerung und aus heutiger zeitgeschichtlicher Sicht geschildert. Er hat, da es ja auch um die ‚Renazifizierung‘ ging, hierbei auch einen Blick darauf geworfen, worin denn die ‚Nazifizierung‘ 1933–1945 bestand und wie sie kam.

** Hans-Ernst Böttcher, geb. 1944, hat in Kiel, Tübingen und Rennes Rechtswissenschaften, Soziologie und frz. Sprache studiert. Er war von 1974 bis 2009 Richter, zunächst in Bremen (am Amtsgericht und ab 1984 am Hanseatischen Oberlandesgericht), seit 1991 als Präsident des Landgerichts in Lübeck. Hans-Ernst Boettcher ist Autor zahlreicher Beiträge in den Schleswig-Holsteinischen Anzeigen insbesondere zu rechtshistorischen und rechtspolitischen Themen. Auf die Beiträge „Von Leitplanken, Weichenstellungen und anderen schönen Bildern – Eine abweichende Meinung zum Projekt Justiz 2010“ (SchlHA 2009, 201–203), „18 Jahre – und immer noch Freude – Versatzstücke einer Bilanz meiner Amtszeit“ (SchlHA 2009, 347–352), „Mit Recht gegen Rechts (?) – Rechtsfragen des Versammlungsrechts und gesellschaftliche Realität“ (SchlHA 2013, 132–140), „Spurensuche – Zur Erinnerung an Erich Lewinski, Nora Platel, Hein Weil und Heinrich Liebrecht“ im Schwerpunkt „Anwalt ohne Recht“ (SchlHA 2014, 345–351) und „Die Dritte Gewalt im politischen Diskurs“ (SchlHA 2016, 49–54) wird besonders hingewiesen.

¹ RGBl I S. 403.

² Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, begründet von Rudolf Kissel, seit der 7. Auflage verfasst von Herbert Mayer, 8. Aufl. München (C.H.Beck) 2015, Rn. 88 bis 90 zu § 12.

³ Die *von mir in Fettdruck* in den Text eingefügten kleinen Buchstaben (a), b) etc.) verweisen schon auf die später folgende Kritik. Die Buchstaben oben im Text beziehen sich jeweils auf die *vorangegangene Passage*. Im Übrigen stammen die festgedruckten Passagen des Textes aus dem zitierten Original.

⁴ Nach meiner Meinung; und einiger §§ mehr, siehe unten.

⁵ Zivil- und Strafgerichte.

⁶ Arbeitsgerichtsbarkeit, allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit, Sozialgerichtsbarkeit und Finanzgerichtsbarkeit.

[90] Behörde der Gerichtsverwaltung unterhalb der Ebene des Ministers **j**) im Allgemeinen der jeweilige Gerichtspräsident für den Bezirk seines Gerichts; in dieser Funktion untersteht er den Weisungen des Präsidenten des übergeordneten Gerichts. **k**) Das gilt uneingeschränkt zwischen LG- und OLG-Präsident; bei AG-Präsidenten ist je nach Landesrecht nur der OLG-Präsident oder auch der LG-Präsident übergeordnet... Der OLG-Präsident untersteht nicht dem BGH-Präsidenten, sondern nur der Landesjustizverwaltung, da er die Funktionen in der Gerichtsverwaltung als Landesangelegenheit aufübt. **l**) In seinen Funktionen innerhalb der Gerichtsverwaltung kann der Gerichtspräsident ...Richter zu Verwaltungsaufgaben heranziehen (...), ...Er hat das volle Weisungsrecht des Dienstvorgesetzten, auch gegenüber den in der Verwaltung tätigen Richtern ... Auch der Gerichtspräsident selbst ist in dieser Funktion trotz seines Richterstatus nicht unabhängig, sondern Angehöriger einer Verwaltung und damit weisungsgebunden; er nimmt, da er zugleich richterliche Aufgaben wahrnimmt, eine Doppelstellung ein.**m**)“

Wie kam es 1935 zu der Verordnung? Im Zuge des Umbaus des Deutschen Reiches von einem gemäßigt föderalen Staat in einen zentralistischen Führerstaat war auch die Zuständigkeit für die Justiz auf das Reich überführt worden⁷ (sog. *Verreichlichung*)⁸ Die GVVO diente nun zur Klärung der organisatorischen Verhältnisse, und dies, im nationalsozialistischen Führerstaat, ganz im Sinne eines hierarchischen Systems von Behörden, die jeweils eine Spitze hatten, die der Spitze der nächsthöheren Ebene verpflichtet war. Ganz oben an der Spitze stand nunmehr der Reichsjustizminister, dem die Oberlandesgerichtspräsidenten verpflichtet waren. Aber da es ja nunmehr keine Justizminister mehr in den Ländern gab, waren diese nun zu nahezu unumschränkten Herrschern vor Ort geworden. Das ist in der GVVO in der Weise festgelegt, dass der OLG-Präsident mit seiner Dienstvorgesetzter aller Bediensteten im Bezirk einschließlich der Richter ist und die Dienstaufsicht ausübt. Der LG-Präsident ist diesem nachgeordnet und hat wiederum die Vorgesetztenstellung gegenüber aller Bediensteten im Bezirk einschließlich der Richter. Die ihm nachgeordneten Direktoren der Amtsgerichte haben diese nur gegenüber dem nichtrichterlichen Personal, es sei denn es handelt sich um ein (größeres) Amtsgericht mit einem Präsidenten; dann hat dieser auch die Dienstaufsicht über die Richter „seines“ Gerichts und der LG-Präsident ist aus der Dienstvorgesetztenkette herausgenommen.

In einem solchen hierarchischen, nach dem Führerprinzip geordneten System sind natürlich für die Behördenleitungen die Vertretungsverhältnisse besonders genau geregelt.

Es springt ins Auge, dass die (für die Nachkriegszeit!) oben⁹ geschilderte *Einberufung zur Erprobung als Hilfsrichter*, in aller Regel verbunden mit kleineren oder größeren Verwaltungsaufgaben das Paradebeispiel für die kontrollierende und steuernde Macht des Oberlandesgerichtspräsidenten (und seines jeweiligen richterlichen Personalreferenten)¹⁰ in der Personalführung war, für die zukünftige Besetzung herausgehobener Stellen innerhalb des Bezirks wie etwa auch für Vorschläge zur Verwendung als *wissenschaftlicher Hilfsarbeiter*¹¹ beim Reichsgericht (oder auch bei der Reichsanwaltschaft), als Referent im Reichsjustizministerium oder bei einem anderen Reichsministerium oder einer der zahlreichen parastaatlichen und/oder Parteidienststellen und schließlich als Reichsgerichtsrat; natürlich auch für die *uk-Stellungen*¹² oder

die Verwendung jedenfalls nicht „an der Front“, sondern als Wehrmächtsrichter oder in der Wehrmächts- und/oder Besatzungsverwaltung...

Und wir halten schon hier und noch einmal fest: Diese Grundstruktur der Gerichts- und Justizverwaltung besteht nach wie vor.

Aber wenn die GVVO so bedeutsam ist – wo *finden* wir die Norm? Ist der Jurist doch gewohnt, unter dem Grundgesetz zumal, für alles eine gesetzliche Grundlage zu finden und das Geschehen in der Welt und insbesondere Maßnahmen der staatlichen Verwaltung daraufhin zu prüfen, ob die gesetzliche Grundlage hierfür tragfähig ist. Und auch Justizverwaltungsbehörden sind doch Behörden.

Nun, die GVVO ist heute schwer aufzufinden. In den Gesetzsammlungen, die der praktische Jurist täglich zur Hand hat, ob gebunden oder in Loseblattsammlungen, ist sie nicht enthalten. Zu finden ist sie nach wie vor im Anhang (S. 1403) des oben zitierten GVG-Kommentars von Kissel/Mayer. Allerdings hat der Autor der 8. Auflage seine Kommentierung zur Geschichte des GVG (und damit auch zur GVVO) nahezu vollständig entsorgt. Zur NS-Zeit findet sich nur eine magere, 9 Zeilen umfassende Kommentierung (Rdnr. 6 der Einleitung):

„Durch das Gesetz über den **Neuaufbau des Deutschen Reiches vom 30. 1. 1934**, RGBI I S. 71, wurden die Volksvertretungen der Länder aufgelöst und die Hoheitsrechte der Länder auf das Reich übertragen. Damit ging auch die Justizhoheit mit allen Kompetenzen auf das Reich über (Erstes Gesetz zur Überleitung auf das Reich vom 16. 2. 1934, RGBI I S. 91). Der föderalistische Staatsaufbau wurde aufgehoben, die Gesetzgebungshoheit ging unter Auflösung der Länder totalitär auf die Reichsgewalt über. In der Grundstruktur des GVG hat sich das zwar nicht niedergeschlagen, indessen wurden seine rechtsstaatlichen und organisatorischen Inhalte durch die der damalige „Rechtsetzung“ eigenen Sondervorschriften ausgehöhlt und verändert.“

Zur Kritik an Mayer und seiner zwanglosen Akzeptanz des normativen Systems der GVVO als Grundlage heutiger Justiz- und Gerichtsverwaltung:

- Ein Fehler im Detail steckt schon darin, dass Mayer schreibt, nur die Artikel 13 bis 18 der GVVO gälten inhaltlich fort. Es ergibt sich aus seiner gesamten Darstellung, dass es das gesamte System, insbesondere zum hierarchischen Aufbau der Justizverwaltung insgesamt ist, das auch er zu Grunde legt.
- Nach Durchsicht der bei Mayer (in der oben vollständig zitierten Rdnr. 88 a.E.) genannten Normen der Prozessordnungen der besonderen Gerichtsbarkeiten (Arbeitsgerichtsgesetz, Verwaltungsgerichtsordnung, Sozialgerichtsgesetz und Finanzgerichtsordnung kann ich, ohne dass ich hier in die – unter sich auch noch wieder im Detail sehr unterschiedlichen – Regelungen eintreten kann, feststellen, dass meine zunächst auf die Verhältnisse der Ordentlichen Gerichtsbarkeit bezogene Kritik hier eher *noch mehr* zutrifft, da einige der Gesetze (VwGO und FGO) nicht einmal die Zuständigkeit des Justizministers oder Fachministers als Spitze der allgemeinen Dienstaufsicht erwähnen. Hier, bezogen auf nachkonstitutionelle Gesetze, ist die Hilfskonstruktion über die GVVO noch abenteuerlicher, weswegen denn auch insoweit jedenfalls gelegentlich aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit diese „kraft Tradition“ geltende Hierarchie aus der Richterschaft angezweifelt wird.
- bis f) Woher Mayer die *Grundregel* nimmt, an der Spitze der gesamten Justizverwaltung stehe nach der Verfassungsordnung des GG in Bund und Ländern *der Justizminister (-senator)*,¹³ bleibt, insbesondere nach seinen eigenen Ausführungen in der *Einleitung* (zur *Gewaltenteilung*, Rdr. 141 ff.) zweifelhaft. Er gibt zwar damit durchaus die *herrschende Meinung* wieder, bleibt aber wie diese eine

⁷ Durch das Gesetz über den Neuaufbau des Deutschen Reiches vom 30. 1. 1934 (RGBI I S. 71).

⁸ Paradoxerweise eine alte *demokratische* Forderung in der Weimarer Republik, die sich jetzt die Nationalsozialisten zur Entmachtung der Länder und Justiz gleichermaßen zu Nutze machten.

⁹ I. 10. in Teil 1.

¹⁰ Im Verwaltungsjargon „Präsidialrichter“ oder auch – sachlicher – „richterlicher Verwaltungsreferent“ genannt. An großen (Oberlandes- und Land-) Gerichten gibt es oft mehrere Richter, die diese Funktionen, noch wieder nach Bereichen getrennt, ausüben und die „Präsidialrichter I, II etc. genannt werden.

¹¹ So die damals gebräuchliche Bezeichnung.

¹² Wer *uk* = *unabkömmlich* gestellt war, brauchte keinen Kriegsdienst zu leisten.

¹³ Bzw. im Bund und in einigen Ländern andere Fachminister für bestimmte Gerichtsbarkeiten.

- Begründung* schuldig. Auch kollidieren die Vertreter dieser Meinung mit dem aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Rechtsstaatsprinzip, aus dem das Bundesverfassungsgericht, von allen als gesichert akzeptiert (sog. *Wesentlichkeitstheorie*), gefolgert hat, dass im Rechtsstaat jegliche Form staatlichen Handelns durch *parlamentarisches Gesetz* geregelt (oder jedenfalls aus einem solchen herleitbar) sein müsse.
- g) bis – z.T. – l) Hier konstruiert Mayer – mit der h.M. – in einer typischen *petitio principii* in die Gerichtsverfassung die hierarchische Struktur des Führerstaates *hinein*, die er – mit Hilfe der Reste der GVVO – aus dem GVG herauszulesen suggeriert: Selbstwahrnehmung der Aufgabe, Delegation, Weisungsbefugnis, Berichtspflicht und das Recht, die Angelegenheit auch wieder an sich zu ziehen.
- [noch l)] Mayer hält es auch für der Erwähnung wert „Der OLG-Präsident untersteht nicht dem BGH-Präsidenten“ und begründet das zutreffend mit dem (heutigen) Unterschied zwischen Landes- und Bundes-Verwaltungsangelegenheiten. Aber allein der Gedanke an eine solche evtl. Über- und Unterordnung ist abenteuerlich. Nicht einmal die GVVO von 1935 sah (bei Bestehen einer, soeben geschaffenen, einheitlichen *Reichsjustiz!*) vor, dass der Reichsgerichtspräsident in der Hierarchiekette zwischen der OLG-Präsidenten und dem Reichsjustizministerium stehe...
- m) Richtig beschrieben ist, dass – auch heute – Richter zu Verwaltungsaufgaben in der Gerichtsverwaltung herangezogen werden können und dass die Richter dann eine Doppelstellung haben: in der Ausübung der eigentlichen Richteraufgaben weiterhin unabhängig und in der Verwaltungstätigkeit weisungsabhängig.

Nicht genug betonen kann man mit Mayer (am Ende), aber *verbunden mit Kritik*, die Kennzeichnung (auch) der Präsidenten als Personen mit Doppelstellung. Ich habe hierfür an anderer Stelle dieses Textes die Bezeichnung „Präfekt“ gewählt.

V. Die Macht der Personalverwaltung in der Justiz und ihre besondere Rolle bei der „Renazifizierung“ nach 1945

Wie in jeder Behörde (und in jedem Betrieb) übt der Präsident eines Gerichts die ihm eingeräumten organisatorischen und Verwaltungsbefugnisse, darunter die substantiellen Fragen von Finanz und Personal, nicht selbst aus, selbst wenn es nach den sehr personalisierten Behördenbezeichnungen („Der Oberlandespräsident“¹⁴ und „Der Landgerichtspräsident“)¹⁵ so klingt. Dabei kommen die *Beauftragten für den Haushalt* zumeist aus der Rechtspflegerlaufbahn, üben dann ausschließliche Verwaltungsaufgaben auf hierfür ausgewiesenen Planstellen aus und erreichen – so jedenfalls die schleswig-holsteinische Praxis – in dieser Funktion, kombiniert mit der des *Verwaltungsreferenten* (= Personalverwaltung des nichtrichterlichen Personals im bezirk, einschließlich der Rechtspfleger), an den Oberlandesgerichten und Landgerichten einen besonders hohen, dem Präsidenten in der Kommunikation eng verbundenen Rang (heute zumeist als Oberregierungsräte und am Oberlandesgericht als Regierungsdirektor). Hingegen kommen die *richterlichen Verwaltungsreferenten (Präsidialrichter)*¹⁶ aus dem Kreis der Richter und sind daneben auch immer noch als Richter aktiv, zumeist in der Kammer/dem Senat des Präsidenten; sie üben ihre Verwaltungstätigkeit immer nur für eine gewisse Zeit (Erfahrungswert in Schleswig-Holstein: ca. drei Jahre) aus, arbeiten sich also ihre Verwaltungstätigkeit *on the job* ein, was zu einem regelmäßigen Nachwachsen eines Stammes von in Verwaltungsangelegenheiten erfahrenen Richterinnen und Richter führt, die auf diese Erfahrungen dann bei eigenen späteren Bewerbungen auf Richterämter verweisen können, die mit Verwaltungs- oder sonstigen Leitungsaufgaben verbunden sind. Ich berichte das hier, damit sie sehen, warum sowohl bei den

¹⁴ Oder heute: „Der Präsident des Oberlandesgericht“

¹⁵ Heute: „Der Präsident des Landgerichts“

¹⁶ S. Fn. 12; vgl. zu den heutigen Verwaltungsstrukturen insgesamt auch Hans-Ernst Böttcher, Reform der Justizstrukturen – technokratisch-fiskalisch oder substantiell? in: Neue Kriminalpolitik (NK) 2004, S. 28 ff.; ebenfalls abgedruckt in SchlHAnz 2004, S. 253 ff.

nichtrichterlichen wie bei der richterlichen Referenten in der Verwaltung eines Gerichts (beim OLG jedenfalls in den Ländern mit nur einem OLG-Bezirk wie Schleswig-Holstein = einer Gerichtsbarkeit) hier Spezialisten dauerhaft am Werk sind oder jeweils, nach Rotation, bereitstehen, die gesucht und in vielen Fällen unverzichtbar sind.

Das hat die Neigung bestärkt, dass nach 1945 – manchmal nach „Karenzzeiten“, die von den Alliierten verlangt wurden – in vielen Fällen die *erfahrenen Kräfte* aus der NS-Zeit wieder in die Personalverwaltungsfunktionen kamen mit der Folge, dass sie ihre zuvor geknüpften Netzwerke wieder aufleben ließen, sodass Person für Person eine restaurative Gesamtenz vorliegen konnte und sicher auch vorlag.¹⁷ Es liegt auf der Hand, dass dies noch verstärkt stattfand, wenn neu ins Amt gesetzte ausgewiesene Demokraten als Präsidenten eben noch nicht über eine intime Kenntnis jedes einzelnen Richters und des Grades seiner Belastung aus der NS-Zeit verfügten und sich notgedrungen auf ihre Personalreferenten verlassen mussten.

Wie so oft: Der Teufel steckt im Detail.

Hier könnte ich nun enden. Und wenn man „nach 1945“ eng fasst, im Sinne von „Nachkriegszeit“ oder sogar „unmittelbare Nachkriegszeit“ könnte man sagen: Spätestens mit dem Ende der sechziger Jahre, vielleicht schon in den (frühen oder späten?) fünfziger Jahren, wäre der Betrachtungs-Zeitraum zu Ende gewesen. Wenn man „nach 1945“ weiter fasst,¹⁸ dann endete die Betrachtung vielleicht in den achtziger Jahren, allerspätestens aber wohl mit dem Einigungsvertrag zwischen Bundesrepublik und DDR und dem Zwei-plus-Vier-Vertrag der beiden deutschen Staaten mit den vier Alliierten. Aber wie ging es weiter? (Wie) schritt die Demokratisierung voran? Und war und ist vielleicht doch noch etwas geblieben von der „Nazifizierung“, das die Betrachtung bis heute lohnt?

VI. Die „Nachkriegszeit“, die lange dauert¹⁹

Es wird Sie kaum verwundern, dass für mich die Frage bleibt: Wann und wie kam da *ein neuer Geist* in die Justiz hinein? Klar ist: Mit der *Demokratisierung* hat es gedauert. Es ist ein kleines Wunder, dass sich mit den Jahren eine demokratische Justiz in Schleswig-Holstein entwickelt hat.

Von diesem „kleinen Wunder“ will ich hier berichten, m.a.W.: Einige positive Elemente im Sinne der Demokratisierung hier benennen, die bewirkt haben und/oder an denen man erkennen kann, dass die „Renazifizierung“ zwar eine Tatsache war und eine permanente Gefahr für die Herstellung einer Kultur des demokratischen Rechtsstaats, dass aber, ganz im Sinne des Hölderlinschen Wortes

„Wo die Gefahr ist, wächst
Das Rettende auch“

sich mehr und mehr Gegenkräfte entwickelten.

¹⁷ Hier kann ich es mir nicht versagen, noch einmal zu einem Einzelpunkt auf meine erste oben geschilderte Beobachtung „am Mittagstisch“ (nämlich Teil 1, I.1.) hinzuweisen.

¹⁸ Allein schon wegen des Verbleibs der handelnden Personen mit NS-Richter-Vergangenheit oder NS-Prägung, die denn ja auch noch explizit oder implizit ihre Gedanken und Usancen an die nächste Generation im Wege der Referendaraus-bildung weitergaben.

¹⁹ Auch dieser Abschnitt (VI.) ist, wie schon die Abschnitte IV. und V., allenfalls eine Skizze, die das Desiderat einer Forschungslandschaft beschreibt. Hier kommt auch noch erschwerend hinzu, dass mir wegen des Teiles meiner Referendarzeit in Bremen (1972 bis 1974) und der anschließenden Richterzeit dort auch die praktische *eigene* Anschauung und Erfahrung aus *Schleswig-Holstein* fehlt. Ich habe dann erst wieder 1991 einen bestimmten Zustand *vorfinden* und daraus („ex post“) gewisse Vermutungen für die Zeit und die Entwicklung zuvor anstellen können.

Eine frühere Datierung des „Endes der Nachkriegszeit“ als 1989/90 wurde und wird für die Justiz unter dem Gesichtspunkt des Endes der „(Re-)Nazifizierung“ zum einen wegen des allmählichen *Herauswachstums* (durch Tod oder Ruhestand) der „kontaminierten und kontaminierenden“ Richter und zum anderen wegen der beginnenden Befassung auch breiterer Kreise der Justiz mit der eigenen Vergangenheit diskutiert. So stellte sich auch der Deutsche Richterbund in den späteren achtziger Jahren seiner Geschichte, es kam die für die weitere Diskussion wichtige Wanderausstellung des BMJ heraus (vgl. Fn 38) und die Deutsche Richterakademie nahm regelmäßige Tagungen zur NS-Rechts- und Justizgeschichte in ihr Programm auf, die ganz besonderen Zuspruch hatten.

1. Die liberale Rechtsprechung der schleswig-holsteinischen Gerichte in Strafsachen

Zäumen wir das Pferd von hinten auf, diesem Fall von den Entscheidungen, von der Substanz der Rechtsprechung her: Nicht erst seit heute und auch nicht erst seit 1988²⁰ kann man der bundesweiten Rechtspflegestatistik entnehmen, dass die schleswig-Holsteinischen Richterinnen und Richter zu einer *konkreten Politik des Strafmaßes „mit Augenmaß“* mit einer entsprechend niedrigeren Inhaftiertenquote neigen, man könnte auch sagen, dass sie die Ende der sechziger/Anfang der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts entstandenen Strafzumessungsregeln²¹ konsequent umsetzen, während das in anderen Teilen der Republik, unter anderem mit einem starken Nord-Süd-Gefälle, nicht der Fall ist. Dies ist auch ein Phänomen, das von Strafverteidigern bestätigt wird, den Verhandlungsstil übrigens eingeschlossen. Woran mag das liegen? Es *könnte* darauf zurückzuführen sein, dass die (stark bodenständigen, daher zumeist auch in Kiel studierenden) schleswig-holsteinischen Richterinnen und Richter wie auch die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte ab Mitte der sechziger Jahre in Kiel in allen Fächern und insbesondere im Strafrecht, nicht mehr den spätestens nunmehr in den Ruhestand gegangenen ehemaligen NS-Lehrern begegneten, sondern, insbesondere in Gestalt von Wolfgang Naucke, den durch und durch am GG und an der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) orientierten jüngeren Strafrechtslehrern,²² an anderen Universitäten gewiss ähnlich und evtl. schon eher.

2. Das wachsende Selbstbewusstsein und die zunehmende verbandsmäßige Pluralisierung der Richterschaft

Schon früh war in der Schleswig-Holsteinischen Richterschaft ein größeres Selbstbewusstsein und gelegentlich eine gewisse „Aufmüpfigkeit“ gegenüber der Exekutive einschließlich der Justizverwaltung zu erkennen. Das mag damit zu tun haben, dass Schleswig-Holstein eines der Länder schon der „alten“ Bundesrepublik war, das mit dem Landesrichtergesetz von 1971 sich für die Einführung eines *parlamentarischen Richterausschusses*²³ entschieden hatte, dass der Landesgesetzgeber dies aber 1985 für die Präsidenten und Vizepräsidenten der Gerichte wieder abgeschafft und damit die Kompetenz wieder allein der Exekutive übertragen hatte.²⁴ Seit 1990 gibt es wieder einen umfassend zuständigen Richterwahlausschuss. Die zeitweilige Einschränkung der Rechte des Richterwahlausschusses hat verständlicherweise erheblich mit zu dem verstärkten Interesse der Richterschaft an der Art und Weise des Zustandekommens der Berufung jeder und jedes Einzelnen von ihnen in die Richterämter Abschaffung mit der damit verbundenen Empörung der Richterschaft hierüber noch zur stärkeren Selbstvergewisserung der Richterschaft und Erhöhung des Selbstbewusstseins geführt.

Ebenso hat die frühzeitig in Schleswig-Holstein, wenn auch zunächst „in kleinen Dosen“, eingeführte richterliche Mitbestimmung zu der Sensibilisierung der Richterschaft für ihre Angelegenheiten im gesellschaftlichen und politischen Kontext beigetragen.

Auch in Schleswig-Holstein war wie in der gesamten Bundesrepublik spätestens seit den siebziger Jahren auch „von innen“ aus der Justiz, Kritik zu hören, häufig verbunden mit

und ausgelöst durch die Auseinandersetzung mit der Vergangenheit der Justiz, den vorhandenen Spuren und den nach wie vor handelnden Personen. Dies führte jedoch in Schleswig-Holstein, anders als in anderen Ländern der Alt-Bundesrepublik (insbesondere nach der Gründung von ötv-Referendargruppen), nicht zur Gründung von Fachgruppen von Richtern und Staatsanwälten in der Gewerkschaft ötv,²⁵ vielmehr zunächst zu dem Versuch, im Deutschen Richterbund (DRiB) – durch aktive Mitgliedschaft und Arbeit in den Vorständen – zu dessen Pluralisierung und Liberalisierung beizutragen. Erst 1987 entschloss sich dann die „linke“ (hauptsächlich Lübecker) Fraktion des DRiB, ihre Arbeit nunmehr in der von ihren Aktiven mit gegründeten *Neuen Richtervereinigung* (NRV) fortzusetzen, die seitdem einen ihrer Schwerpunkte sie in der politischen Arbeit in Schleswig-Holstein hat.

Zur Aktivierung, Pluralisierung und, wenn man so will, Politisierung der schleswig-holsteinischen Richterschaft trugen aber auch regelmäßig Tagungen wie die Wochentagungen des DRiB in der Akademie Sankelmark und die „Helgoländer Richtertage“²⁶ bei, die z.T. Beachtung bundesweit und darüber hinaus fanden.

Nicht zu vergessen ist, dass bundesweit und auch in Schleswig-Holstein der Deutsche Richterbund, der sich zuvor als alleinige allgemeine Organisation der deutschen Richterschaft verstanden hatte und der sich nun von den beiden Konkurrenzorganisationen ötv/später ver.di und NRV herausgefordert sah, sich intern pluralisierte und sich auch mehr und mehr den gesellschaftlichen Herausforderungen der Gegenwart stellte und vor allem sich seit der zweiten Hälfte der achtziger Jahre auch mit der Vergangenheit der Justiz und seiner eigenen Vergangenheit im NS und auch schon zuvor in der Weimarer Republik auseinandersetzte.

3. Institutionelle und reale Verbesserung seit 1990

Nach den Erschütterungen, die das Land 1987/88 in Zusammenhang mit der *Barschel-Affäre* erlebt hatte und in der Aufbruchsstimmung des Beginns der Jahre der ersten Regierung Engholm kam es zu einer großen parteiübergreifenden parlamentarischen und öffentlichen, auch justizöffentlichen Diskussion um eine Reform der Landesverfassung und auch des Schleswig-Holsteinischen Richtergesetzes, an deren Ende ein gestärkter Richterwahlausschuss und ein bundesweit vorbildliches Richtergesetz²⁷ standen, deren normative Inhalte bis heute – auch bei gelegentlichen Kontroversen über Einzelfälle von Richterberufungen – mit großem Erfolg praktiziert werden.

4. Die Binnenpluralisierung, insbesondere durch Anwachsen des Anteils der Frauen in der Justiz

Eine Veränderung der Justiz in ihrem Inneren und insbesondere eine interne Pluralisierung und damit Demokratisierung ist dadurch eingetreten, dass mit der Steigerung der Chancengleichheit an den Schulen - bei allen Einschränkungen, die bis heute die Bildungsforscher machen – die Herkunft der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte bunter ist und dass auch die *Magistratur*, um hier einmal einen in den romanischen Sprachen gebräuchlichen gemeinsamen Ausdruck für *Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und*

²⁰ 1988 war das Jahr des Regierungswechsels nach knapp 38 Jahren von der CDU auf die SPD. Es ist natürlich abwegig – und sei es auch nur zu Zwecken der Provokation – einen *Regierungs*-Wechsel mit einem Wechsel der *Rechtsprechung* in Verbindung zu bringen. Trotzdem wird das – ernsthaft – immer wieder von interessierter Seite versucht, um z.B. die schleswig-holsteinischen Richterinnen und Richter wg. „zu lascher“ Urteile und etwa nachträglicher Strafzusatzungen der Reststrafe zur Bewährung oder die schleswig-holsteinische StA wg. zu vieler – in Kooperation mit der richterlichen Seite vorgenommener – Einstellungen (aus Opportunitätsgründen, in Ausschöpfung des vollen Instrumentariums der StPO) zu rügen.

²¹ Die das Produkt einer Allparteienkoalition war.

²² Zur Kieler Juristenfakultät siehe die Hinweise auf *Ingo Müllers* Aufsatz „Von der Kieler ‚Stoßtruppfakultät‘ zur Kieler Schule“, in *SchlHA* 2009, S. 28 ff., in Fn. 23 zu Teil 1 (s. oben Fn. *).

²³ Was ein Eindämmung des Einflusses des Ministers (d.h. der Exekutive) bedeutet und vor allem die demokratische Legitimation der Richter erhöht.

²⁴ Dazu sogleich noch unter 3.

²⁵ Grund dafür, dass die zuvor in den genannten ötv-Referendargruppen organisierten jüngeren Richterinnen und Richter nicht in der Gewerkschaft verblieben, war in Schleswig-Holstein vor allem die hartnäckige Atomkraft-positive Haltung der ötv-Vorstände. Ich erinnere an die Auseinandersetzungen um das Atomkraftwerk Brokdorf.

²⁶ Dazu sogleich noch unter 5.

²⁷ So erfolgreich, dass eine brandenburgische Reformkommission, die 2010 vom damaligen Justizminister Schöneburg (Die Linke) berufen wurde, sich in einem „Musterentwurf“ im wesentlichen auf das schleswig-holsteinische Gesetz stützte und „nur“ noch wenige (dieses noch übertreffende) Reformelemente aus den Richtergesetzen z.B. der Länder Bayern (!), Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz hinzufügte (nachzulesen noch heute auf der Website des Ministeriums).

Ich kann auch im Rahmen dieser schriftlichen Fassung meines Vortrages die Einzelheiten nicht ausführen und empfehle hierzu als ersten Einstieg die Lektüre der Justiz-Artikel der Landesverfassung und des gesamten Landesrichtergesetzes in einer der Sammlungen des Landesrechts in Papierform oder im Netz.

*Staatsanwälte*²⁸ und sie alle in ihrer Gesamtheit²⁹ aufzunehmen insgesamt *pluraler* geworden ist. Neben vielen anderen Faktoren trägt dazu sicher auch die Tatsache bei, dass - den Geboten des Grundgesetzes und der Landesverfassung entsprechend - sich der Anteil der Frauen in den Richterämtern von Ende der siebziger Jahre ca. 10 % auf heute über 40 % erhöht hat und dass er, bei Einstellungsquoten für Frauen von 50 % und mehr seit Jahren sich gewiss bald bei (mindestens?) 50 % einpegeln wird.

Das ist nach allem, was ich oben zur Justiz als Männerdomäne geschildert hatte und ganz besonders nach den NS-Vorstellungen vom Richteramt eine Revolution!

Zur Zeit erleben wir gerade innerhalb der Justiz, dass sich die überfällige Herstellung realer Gleichstellung von Männern und Frauen mit Verzug auch in den Leitungsebenen vollzieht oder vielleicht besser: zu vollziehen beginnt.

Daneben könnte und müsste ich sicher noch eine Vielzahl anderer Faktoren nennen, für die aber hier der Raum fehlt. Denken Sie nur (bei den Männern) an die Vielzahl von anerkannten Kriegsdienstverweigerer und Zivildienstleistenden - durchaus neben den Wehrdienstleistenden -, die für eine gänzlich andere Justiz sorgen als eine durch und durch militärisch geprägte und sich monolithisch verstehende Justiz.

5. Internationalisierung

Heute, nicht erst seit den ERASMUS-Programmen, haben viele derjenigen, die dann Richter werden, schon in anderen Ländern studiert und kennen deren Kultur und Rechtsordnung. Viele andere haben in der Referendarzeit eine - auf diese Weise staatlich subventionierte - Erfahrung in rechtlichen Angelegenheiten in Ländern der ganzen Welt gesammelt, außer in der Anwaltschaft vor allem bei deutschen Botschaften, bilateralen internationalen Handelskammern und bei internationalen gouvernementalen und non-gouvernementalen Organisationen.

Aber auch schon in den sechziger Jahren (z.T. auch schon zuvor) und danach hat es regelmäßigen Austausch mit Angehörigen der Justizberufe aus anderen Ländern gegeben, so insbesondere (eher im Landesteil Schleswig) bei deutsch-dänischen Zusammenkünften und - wie es damals wohl hieß - deutsch-skandinavischen Jungjuristentreffen; ebenso bis (leider nur) kurz vor Ende der Jahrtausendwende bei den Helgoländer Richtertagen, zu denen regelmäßig Kolleginnen aus Kollegen aus anderen Ländern eingeladen waren, insbesondere aus Österreich und wiederum Skandinavien. Die Deutsche Richterakademie mit ihren zwei Tagungsstätten Trier und Wüstrau veranstaltet regelmäßig Tagungen mit internationalen Teilnehmern oder regelrechte internationale Tagungen. Zu Zeiten von Frau Justizministerin Lütke hat Frau Staatssekretärin Diederich einmal bewirkt, dass eine schleswig-holsteinische Gruppe von jungen Richterinnen und Richtern an einer EU-weiten Großveranstaltung in Paris mit dem schönen Titel „Europe - les jeunes cherchent ton droit“; bei der es darum ging, aus der Sicht und nach den nationalen Rechtsordnungen der jeweiligen Teilnehmerländer Probleme des Straßenverkehrs (von der Straßenplanung bis zu Verkehrsunfällen) zu lösen. Und heute gibt es ein regelmäßig in allen beteiligten Staaten angebotenes, ursprünglich im *Europarat* konzipiertes *European Judicial Training Network*, das (auch) Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten aus Schleswig-Holstein regelmäßig und zahlreich Gelegenheit zum Austausch mit Kolleginnen und Kollagen aus ganz Europa bietet und in dessen Rah-

²⁸ Ich nehme hier die Gelegenheit, darauf hinzuweisen, dass in diesem gesamten Text - meiner eigenen Erfahrung und Perspektive entsprechend - zumeist und in erster Linie (nur) von den *Richterinnen und Richtern* (und hier wieder zumeist von denjenigen der *Ordentlichen Gerichtsbarkeit*) die Rede war, nicht oder jedenfalls weniger von den Staatsanwältinnen und Staatsanwälten. So sehr zwischen beiden zu differenzieren ist, so viele Gemeinsamkeiten gibt es doch und gelten viele meiner Überlegungen auch für diese. Ich habe das aber an dieser Stelle in beide Richtungen (andere Gerichtsbarkeiten und StA) nicht näher ausführen können.

²⁹ Z.B. frz.: *la magistrature*; ital.: *la magistratura*; vgl. Hans-Ernst Böttcher, Richter in Europa - deutsche Rechtskultur, französische Rechtskultur, europäische Rechtskultur, SchIHA 2005, S. 103 ff.

men³⁰ Kolleginnen und Kollegen aus Europa von Georgien bis Portugal auch hierzulande auf Zeit in den Gerichten zu Gast sind.

Mitträger der Internationalisierung sind auch die Organisationen der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte: *ver.di* und die *NRV* mit ihrer europäischen Richtervereinigung *MEDEL*³¹ und der *DRiB* mit seiner *Europäischen Richtervereinigung UEM (Union Européenne de Magistrats)* die beide auch Konsultativstatus beim *Europarat* haben.

All dies war und ist das beste *Remedium* gegen nationalstaatliche Arroganz, ganz zu schweigen von Herrenmenschenmentalität nationalsozialistischer Prägung.

6. Die besondere Rolle der *Schleswig-Holsteinischen Anzeigen*

Und man wird wohl sagen können, dass zur Öffnung des Klimas in der schleswig-holsteinischen Justiz, zur kollegialen Aufklärung und Diskussion, zur Internationalisierung und damit zur Pluralisierung und Demokratisierung der Justiz auch die Tatsache beigetragen hat, dass wir hier mit der monatlich erscheinenden regionalen Juristenzeitung *Schleswig-Holsteinische Anzeigen (SchIHA)* ein Medium haben, in dem jede/r veröffentlicht werden kann³² und in dem zwar relativ spät, aber doch intensiv, die Debatte um die NS-Vergangenheit der Justiz begonnen hat und geführt wurde und wird. Die Redaktion unterstützt das mit Schwerpunkt- und Sonderheften.

VII. Die Verwaltung unserer Justiz - oder: die unvollendete Gewaltenteilung³³

Wir haben - glücklicherweise - eine unabhängige Justiz. Niemand redet den Richterinnen und Richtern in die Rechtsprechung hinein. Und sie würden sich das auch nicht gefallen lassen.

Aber wie geht das damit zusammen, dass die Justiz - nach allem, was ich zur Fortwirkung der GVVO von 1935 gesagt habe - in ihrer **Verwaltung nicht unabhängig** ist? Dem Grundgesetz liegt das idealtypische **Modell der Gewaltenteilung** von Montesquieu zu Grunde. Danach soll die Staatsgewalt aufgeteilt sein in die drei selbständigen Teile **Gesetzgebung** (Legislative, Parlament), **Regierung** (Exekutive) und **Rechtsprechung** (Judikative, Justiz, Gerichte).

Dazu gehört doch eigentlich mit Selbstverständlichkeit, dass jede dieser Staatsgewalten sich auch selbst verwaltet. Das trifft aber nur auf zwei der drei Staatsgewalten zu, nicht auf die Justiz. Darin könnte eine Beeinträchtigung ihrer Unabhängigkeit „durch die Hintertür“ liegen.

Dass die **Regierung** sich selbst verwaltet, ist eine Binsenweisheit. Man kann sich kaum eine klassischere Verwaltung vorstellen als diejenige in den Ministerien.

Schon weniger wahrgenommen, aber nicht weniger selbstverständlich ist, dass auch das **Parlament** sich selbst verwaltet: An der Spitze der Verwaltung des Parlaments steht das von diesem gewählte Parlamentspräsidium. Kein vernünftiger Mensch käme auf die Idee, die Parlamentsverwaltung als „nachgeordnete Behörde“ eines (zur Regierung gehörigen) „Parlamentsministers“ zu konstruieren. Und die Parlamentarier würden sich das selbstverständlich nicht gefallen lassen. Es wäre geradezu ein Putsch gegen die verfassungsmäßige Ordnung!

Merkwürdigerweise ist es in der **Justiz** (seit Kaisers Zeiten und, wie gezeigt, verstärkt seit 1935 -!) anders, bis heute:

Zwar sind die Richterinnen und Richter in der Sache, in ihrer Rechtsprechung „unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“ (Art. 97 GG). Sie verteilen auch in richterlicher Unabhängig-

³⁰ Wie auch im Rahmen anderer Programme, z.B. des deutsch-japanischen Juristenaustausches und des deutsch-französischen Freundschaftsvertrages (des „Elysee-Vertrages“).

³¹ Vgl. Teil 1 Fn. 4.

³² Richterliche Entscheidungen wie Aufsätze.

³³ Vgl. zu diesem - hier ebenfalls nur skizzenhaften - Teil ausführlicher meinen Aufsatz „Am meisten Schweiß und Tinte habe ich für die Unabhängigkeit der Justiz vergossen“ in SchIHA 2014, S. 432 ff., auf den ich auch schon in Teil 1 Fn. 3 hingewiesen habe.

gigkeit durch von ihnen gewählte Organe (die *Präsidien*) an jedem Gericht die Aufgaben untereinander und bestimmen die Zusammensetzung der Spruchkörper. Aber ansonsten ist die **Verwaltung der Justiz nahezu ausschließlich Sache der Exekutive**, nämlich des Justizministers oder der Justizministerin. Er oder sie ist die Verwaltungsspitze auch für die Gerichtspräsidentinnen und Gerichtspräsidenten der oberen Landesgerichte, den Generalstaatsanwalt oder die Generalstaatsanwältin und diese jeweils wieder für die in ihrem Bereich arbeitenden Richterinnen und Richter bzw. Staatsanwältinnen und Staatsanwälte. Und auch innerhalb der Justiz geht die Hierarchie weiter: Die Oberlandesgerichtspräsidentin ist den Landgerichtspräsidenten vorgesetzt, diese den Direktorinnen und Direktoren der Amtsgerichte.

Die Einzelheiten dieser Regelungen stammen, wie oben näher gezeigt, aus der Gerichtsverfassungsverordnung (GVVO) von Anfang 1935. Zugespitzt kann man sagen: Das *Führerprinzip* gilt für die Verwaltung der Justiz bis heute (auch trotz und neben der Mitbestimmung).

Das entspricht weder dem Grundgesetz noch europäischen Standards.

Trotzdem ist die Reform der Justizverwaltung an Haupt und Gliedern in der offiziellen Politik der Bundesrepublik Deutschland kein Thema, weder im Bund noch in den Ländern.

Einzig die richterlichen Berufsorganisationen (Deutscher Richterbund, DRiB; Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, ver.di; Neue Richtervereinigung, NRV) versuchen seit ca. einem Jahrzehnt, das demokratische Defizit der Justiz und seine Behebung auf die politische Tagesordnung zu bringen. Mit Selbstverständlichkeit (und mit z.T. schon sehr weit ausformulierten Modellen und Gesetzentwürfen) vertreten sie: Auch die Justiz (Gerichte und Staatsanwaltschaften) als Dritte Gewalt im Staat muss sich selbst verwalten und ihre Angelegenheit gegenüber den anderen beiden Staatsgewalten (Parlament und Regierung) vertreten, insbesondere in Haushaltsangelegenheiten gegenüber dem Finanzminister und gegenüber dem Parlament als Haushaltsgesetzgeber. Dies soll durch gewählte Organe („Justizverwaltungsräte“; „Oberste Richterräte“) mit eigenem Verwaltungsunterbau, die weitestgehend an die Stelle der Justizminister treten.

Dass „die Politik“ allerdings so hartleibig gegenüber einer evidenten Forderung ist, muss umso mehr erstaunen, als es in Deutschland ein großes und 16 kleine Vorbilder für die richterliche Unabhängigkeit auch bei der Verwaltung ihrer eigenen Angelegenheiten gibt: das Bundesverfassungsgericht und die Landesverfassungsgerichte. Nachdem sich das Bundesverfassungsgericht das Recht der Selbstverwaltung einschließlich des Haushalts unmittelbar nach seiner Gründung in den frühen fünfziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts (im sogenannten Statusstreit) regelrecht erkämpft hat, ist dies in Deutschland Standard – aber nur für die Verfassungsgerichte.

Und kein Richter, aber auch kein Politiker in Europa rund um Deutschland herum versteht, warum das für den Rest der Justiz Deutschland anders sein soll.

Das Thema mag auf den ersten Blick speziell und mehr wie eine innerjudizielle Angelegenheit, eine Angelegenheit für Experten aussehen. Es geht aber um einen Kernbestandteil des demokratischen Rechtsstaats **und** es geht um die Beseitigung eines Restes der ‚Nazifizierung‘ der deutschen Justiz.

Es geht um nicht mehr und nicht weniger als die **Vollendung der Gewaltenteilung, die Stärkung der Unabhängigkeit der Justiz.**

VIII. Zum Schluss

Wofür habe ich mich, insbesondere in den Teilen VI. und VII., mit der späteren Nachkriegszeit bis hin zur *Gegenwart* beschäftigt, wenn doch von der *Justiz nach 1945* zwischen Demokratisierung und „Renazifizierung“ die Rede sein sollte?

Ich hoffe, ich habe gezeigt, dass in den Verwaltungsstrukturen und womöglich auch noch im Denken Relikte der „Nazifizierung“, teils sichtbar, teils unsichtbar, teils formell, teils informell, noch vorhanden sind. Damit nicht auch nur der Anschein entsteht, dass unsere demokratische Justiz mit dem autoritären, pluralitätsfeindlichen Ungeist von gestern infiziert ist oder auch nur (weil das alles so unreflektiert ist) wieder infiziert werden könnte, sind die Reste der Strukturen abzubauen, die nach wie vor mehr dem Führerprinzip verpflichtet sind als dass sie der rechtsstaatlichen Demokratie adäquat sind. Sie sind vollständig durch Demokratie-adäquate Strukturen zu ersetzen.

Die richterliche Unabhängigkeit ist den Richtern nicht um ihrer selbst willen (im doppelten Sinne des Wortes „ihrer“, nämlich bezogen auf die *Unabhängigkeit* und auf die *Richter!*) gegeben. Ihnen ist nach Art. 92 GG „die *rechtsprechende Gewalt... anvertraut*“. Damit sie die ihnen (vom Volk) *anvertraute* Staatsgewalt unparteilich, unbeeinflusst, und ohne Angst ausüben können, *dafür* ist die Konstruktion der Unabhängigkeit geschaffen, also zu Gunsten der Bürgerinnen und Bürger und zum Schutz ihrer Grundrechte. Dafür ist es dringend an der Zeit und lohnt es sich nicht nur – für Richterinnen und Richter und ihre Organisationen wie, hoffentlich und endlich, für die Politikerinnen und Politiker aller demokratischer Parteien –, rechtspolitisch aktiv zu werden; die Gewaltenteilung und der demokratische und soziale Rechtsstaat benötigen und *verlangen* es. Und wir leisten in Deutschland mit der Errichtung von Selbstverwaltungsstrukturen über die Gerichtspräsidien hinaus bis hin zu Obersten Richterräten auf Landes- und Bundesebene einen Beitrag zur europäischen Rechtskultur und nähern uns ihren Standards weiter an.

Damit wären hoffentlich die letzten Relikte autorität-hierarchischer Strukturen und mit den letzten Relikten des *Führerprinzips* natürlich auch: der „Nazifizierung“ beseitigt und die Justiz hätte eine sichernde rechtsstaatlich-demokratische Gesamtverfassung, die der einzelnen Richterin und dem einzelnen Richter noch mehr den Rücken stärkt, als dies schon jetzt vom Grundgesetz und von den einzelnen Demokratie-adäquaten Komponenten der Gerichtsverfassung und des Richterstatuts her der Fall ist.

Solange das nicht der Fall ist, bin ich geneigt, wie schon 2002³⁴ zu schreiben: „Was ist nun insgesamt mit der **Justiz in der Bundesrepublik?**“³⁵ Entwickelt sie sich langsam, aber stetig immer mehr in Richtung Pluralität und einer innerlich wie äußerlich gefestigten demokratischen Institution oder ist sie, mit all ihren Belastungen aus der Geschichte, trotz ihres gepflegten oder sogar glänzenden Aussehens, ein Koloss auf tönernen Füßen, wenn nicht gar ein tönerner Koloss? Meine Sympathien gehören, in der Zielvorstellung, aber auch in der Einschätzung der Realität eher dem ersten Bild. Bei streng selbstverordnetem Realismus bin ich mir aber manchmal nicht so sicher. Sicher ist indes: ‚Die Strukturen der Justiz... können zu einer Frage von Leben und Tod für Demokratie und Rechtsstaat werden.‘³⁶

³⁴ Hans-Ernst Böttcher, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band II, Heidelberg (C. F. Müller Verlag) 2002, Rn. 57 vor Art. 92.

³⁵ „Justiz in der Bundesrepublik“ ist eine Anspielung auf den Titel des gleichnamigen, 1967 im Leske Verlag (Pfullingen) erschienenen Buches von Richard Schmid, einer Art politischer Soziologie der Bundesrepublik Deutschland nach damaligem Stand. Richard Schmid (1899 bis 1986) war in den Jahren des Nationalsozialismus als Rechtsanwalt beruflich tätig und als Angehöriger des demokratischen sozialistischen Widerstandes in Südwestdeutschland von 1938 in Untersuchungshaft und nach Verurteilung durch den Volksgerichtshof im Zuchthaus gewesen, anschließend Zwangsarbeiter bis 1945; nach Kriegsende wurde er Generalstaatsanwalt in Stuttgart, von 1953 bis zu seiner Pensionierung 1964 war er Oberlandesgerichtspräsident dort. Näheres im Aufsatz des Verfassers „Richard Schmid – ein Radikaler im öffentlichen Dienst“ in SchIHAz 2001, S. 53 ff.; ursprünglich in: Claudia Fröhlich, Michael Kohlstruck (Hrsg.), Engagierte Demokraten – Vergangenheitspolitik in kritischer Absicht, Münster/W. (Verlag Westfälisches Dampfboot) 1999, S. 143 ff.

³⁶ So Ulrich Vultejus (1927 bis 2009, wohl einer der unabhängigsten Amtsrichter der Republik, Mitgründer der Richtergruppen in der Gewerkschaft ötv und langjähriger Redakteur der Vorgängerzeitschrift von verdikt, ötv in der Rechtspflege (ötvR); langjährig auch Bundesvorsitzender der Bürgerrechtsorganisation ‚Humanistische Union‘ und Träger ihres Fritz-Bauer-Preises), Die Linke im Rechtsstaat, in: H. Gremlika, H. Hannover (Hrsg.), Die Linke, Hamburg (VSA) 1980, S. 220 ff.

III. Personalnachrichten

Gerichte

Ernannt: Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Marle Bergande*, Amtsgericht Flensburg; Justizinspektorin *Katja Kestlin*, Amtsgericht Bad Segeberg; Justizinspektorin *Lisa Jasper*, Amtsgericht Kiel; Justizinspektorin *Johanna Stimac*, Amtsgericht Eutin.

Zum Sozialinspektor: Beschäftigter *Eckart Goldenstern*, Landgericht Kiel.

Zur Gerichtsvollzieherin: Justizobersekretärin *Pia Lorenzen*, Amtsgericht Flensburg.

Zum Gerichtsvollzieher: Justizobersekretär *Gerhard Hilscher*, Amtsgericht Plön.

Bestellung zum Leitenden Wachtmeister: Justizoberwachtmeister *Lars Hunwardsen*, Amtsgericht Husum; Erster Justizhauptwachtmeister *Dirk Joachim Bobeth-Wagner*, Landgericht Itzehoe.

Zum Ersten Justizhauptwachtmeister: Justizhauptwachtmeister *Tim Heun*, Amtsgericht Oldenburg/H.

Zum Justizoberwachtmeister: Justizoberwachtmeisteranwärter *Marc Schulze*, Amtsgericht Kiel; Justizoberwachtmeisteranwärter *Malte Arp*, Amtsgericht Kiel.

Versetzt: Erster Justizhauptwachtmeister *Frank Wollatz* vom Landgericht Flensburg an die Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.

Versetzung in den Ruhestand: Erster Justizhauptwachtmeister *Klaus Matzen*, Landgericht Flensburg.

Arbeitsgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Richter am Arbeitsgericht: Richter *Oliver Tiemens*, Arbeitsgericht Elmshorn,

Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Justizamtmann: Justizoberinspektor *Jan Oliver Kallenbach*, Sozialgericht Schleswig.

Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zum Leitenden Oberstaatsanwalt: Oberstaatsanwalt PD *Dr. Ralf Peter Anders*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck; Oberstaatsanwalt *Uwe Dreeßen*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Zum Leitenden Oberstaatsanwalt – als Abteilungsleiter –: Oberstaatsanwalt *Prof. Dr. Georg-Friedrich Güntge*, Staatsanwaltschaft beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht. Zum Staatsanwalt: Richter *Dr. Christian Mohr*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Franziska Pegelow*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck; Justizinspektorin *Imke Becker*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Nicolai Kurt*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Zum Justizoberwachtmeister: Justizoberwachtmeisteranwärter *Tizian Heidenreich*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zum Justizoberwachtmeister: Justizoberwachtmeisteranwärter *Kai Sonntag*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zum Leitenden Justizwachtmeister: Erster Justizhauptwachtmeister *Rudolf Jönsson*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Eintritt in den Ruhestand: Leitender Oberstaatsanwalt *Heinz Kurt Döller*, Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht.

Vollzugsanstalten

Mit Wirkung vom 1. April 2016 Ernennung zur Justizamtsinspektorin: Justizhauptsekretärin *Silke Walter-Bauch*, JVA Neumünster.

Mit Wirkung vom 1. April 2016 Ernennung zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Kai Kroschinski*, JVA Neumünster; Justizhauptsekretär *Volker Moritz*, JVA Neumünster; Justizhauptsekretär *Dirk Klönhammer*, JVA Neumünster/abgeordnet an das MJKE; Justizhauptsekretär *Thomas Steen*, JVA Kiel; Justizhauptsekretär *Jörg Dibbern*, Jugendanstalt Schleswig; Justizhauptsekretär *Volker Slawinski*, JVA Flensburg; Justizhauptsekretär *Sebastian Hinz*, JAA Moltsfelde; Justizhauptsekretär *Roger Schreiber*, JAA Moltsfelde.

Mit Wirkung vom 1. April 2016 Ernennung zur Justizhauptsekretärin: Justizobersekretärin *Melanie Daude*, JVA Neumünster/abgeordnet an das MJKE.

Mit Wirkung vom 1. April 2016 Ernennung zum Justizhauptsekretär: Justizobersekretär *Henning Klopsch*, JVA Neumünster; Justizobersekretär *Michael Sjut*, JVA Kiel; Justizobersekretär *Michael Reinberg*, JVA Kiel; Justizobersekretär *Roman Sögaard*, JVA Kiel; Justizobersekretär *Marco Wieben*, JVA Itzehoe; Justizobersekretär *Jan Ehrenberg*, Jugendanstalt Schleswig; Justizobersekretär *Torsten Gürr*, Jugendanstalt Schleswig; Justizobersekretär *Timo Davidsen*, JVA Flensburg; Justizobersekretär *Michele Labarbe*, JVA Flensburg.

Mit Wirkung vom 1. April 2016 Ernennung zur Justizamtsrätin: Justizamtsfrau *Kirsten Lill*, JVA Kiel/abgeordnet an das MJKE.

Mit Wirkung vom 1. April 2016 Ernennung zur Sozialamtsfrau: Sozialoberinspektorin *Ramona Wiedenhaus*, JVA Neumünster.

Mit Wirkung vom 1. April 2016 Ernennung zum Verwaltungsdienstmann: Verwaltungsoberinspektor *Markus Braubach*, JVA Neumünster.

Mit Wirkung vom 1. April 2016 Ernennung zur Justizamtsfrau: Justizoberinspektorin *Anke Wiederhöft*, Jugendanstalt Schleswig.

Mit Wirkung vom 1. April 2016 Ernennung zum Justizamtmann: Justizoberinspektor *Dirk Koepke*, JVA Kiel.

Notare

Ernannt: *Jan Christiansen*, Flensburg, *Ronald Heesch*, Schenefeld; *Thies Herzberg*, Mölln; *Jan Eggers*, Quickborn; *Thorsten Holz*, Schönberg; *Volker Echelmeyer*, Lübeck; *Florian Kramer*, Neumünster; *Frank Thiemann*, Neumünster; *Vera Hackede*, Ahrensburg; *Hannes Schulz*, Ahrensburg.

Notaramt erloschen: *Dr. Lutz Wolter*, Schleswig; *Jan Baumgarten*, Ahrensburg; *Jürgen Bock*, Ahrensburg.

Zweite Staatsprüfung für Juristen

bestanden im Monat Februar/März 2016:

Februar 2016: *Markus Wrogemann*, Kiel; *Wilken Piltz*, Kiel; *Maaren Weidner*, Hamburg; *Gesa Kluvetasch*, Kiel; *Navina Ostermann*, Lachendorf; *Jan Denker*, Kiel; *Keja Claussen*, Kiel; *Anne Winkler*, Kronshagen; *Stefanie Grote*, Kiel; *Michaela Lellesch*, Kiel; *Ann Sophie Mainitz*, Kiel; *Claudia von Kielpinski*, Strande; *Maike Kock*, Kiel; *Kathrin Hass*, Hamburg.

März 2016: *Bettina Schober*, Kiel; *Areso Asmatyar*, Kiel; *Nikoloz Alikhanashvili*, Schönberg; *Antje Siering*, Kiel; *Alexander Schmücker*, Kiel; *Nina Voigt*, Hamburg; *Jan Michaelis*, Kiel; *Björn Bättjer*, Hamburg; *Sylvia Feher*, Appen; *Sylvia Witt*, Kiel; *Julia Ramm*, Kiel; *Maike Benckwitz-Schalla*, Schacht-Audorf; *Sinem Yurtsever*, Barsbüttel; *Pamela Domröse*, Hamburg; *Thomas Schuhmacher*, Erbach; *Nina Bergmann*, Flensburg; *Jonas Tangermann*, Neumünster; *Malte Rosenbaum*, Kiel; *Jennifer Zeutzheim*, Kiel; *Tryve Jansen*, Kiel; *Christian Albert*, Kiel; *Felix Schwetzko*, Lübeck; *Kirsten Häbel*, Kiel; *Andrea Suhr*, Kiel; *Elke Freund*, Schellhorn; *Martyna Czepek*, Hamburg; *Jennifer Goerke*, Kiel; *Friedrich Fülcher*, Bovenau.

IV. Ausschreibung

Bek. d. MJKE vom 2. Mai 2016 – II 334/5112 E 1-3-1 –
(SchlHA 2016 S. 166)

Es werden Bewerbungen für die Besetzung der folgenden Planstelle entgegengenommen:

1 Stelle der BesGr. R 6 für eine Präsidentin oder einen Präsidenten des Landesarbeitsgerichts bei dem Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein in Kiel

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

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

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 S. 206), geändert durch Allgemeine Verfügung vom 30. Dezember 1971 (SchlHA 1972 S. 22).

Bewerbungen werden bis zum **30. Juni 2016** erbeten. Sie sind an das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Referat II 33, Lorentzendamms 35, 24103 Kiel, zu richten. Gleichzeitig wird um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift gebeten.

Bek. d. Präs. d. SchlHOLG vom 19. April 2016 – 5112 Eb – 344 –
(SchlHA 2016 S. 166)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der BesGr. A 12 für eine Justizamtsrätin oder einen Justizamtsrat (als Geschäftsleiterin oder als Geschäftsleiter) bei dem Amtsgericht Norderstedt.

Die Besetzung erfolgt mit Ausscheiden des Stelleninhabers. Zu den Aufgaben der Geschäftsleitung gehören die Leitung und Koordinierung folgender Aufgabenbereiche: Personalangelegenheiten, Haushaltsangelegenheiten, Initiierung und Durchführung von Projekten zur Reorganisation von Geschäftsabläufen, Hausverwaltung und Bauangelegenheiten.

Die Bewerberin oder der Bewerber muss den anstehenden Strukturveränderungen in der Justiz aufgeschlossen gegenüberstehen und in der Lage sein, diese aktiv gestaltend voranzutreiben. Unverzichtbar sind ein ausgeprägtes Organisationsvermögen sowie die besondere Befähigung zur Personalführung; gefordert ist ein kooperativer Führungsstil, der die für neue Techniken und Organisationsformen notwendige Akzeptanz der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter schafft und sie zur verantwortlichen Mitgestaltung motiviert.

Wünschenswert sind Kenntnisse und Erfahrungen auf den Gebieten der Personalverwaltung, des Haushaltsrechts und der Haushaltsabwicklung sowie EDV-Kenntnisse. Die Wahrnehmung der Aufgaben der Geschäftsleiterin bzw. des Geschäftsleiters erfordert eine abgestimmte und vertrauensvolle Zusammenarbeit in der Führungsebene des Gerichts.

Vor Ernennung und endgültiger Bestellung zur Geschäftsleiterin bzw. zum Geschäftsleiter ist gemäß der AV über die Bestellung und Aufgaben der Geschäftsleiterinnen und Geschäftsleiter bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften in Schleswig-Holstein – AV d. MJKE v. 14. April 2015 (SchlHA 2015 S. 175) – eine Bestellung zur kommissarischen Geschäftsleiterin bzw. zum kommissarischen Geschäftsleiter für zwölf bis höchstens vierundzwanzig Monate zur Erprobung vorgesehen. Die Erprobungszeit kann abgekürzt werden, soll aber eine Mindestzeit von sechs Monaten nicht unterschreiten.

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchlHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum **31. Mai 2016**.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift.

Einstellung von Anwärtinnen und Anwärtern für die Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt (vormals: mittlerer Justizdienst) des Landes Schleswig-Holstein im Jahre 2017

Bek. d. Präs. d. SchlHOLG v. 15. April 2016 – 2326 – 29 –
(SchlHA 2016 S. 166)

I.

Die Justizverwaltung des Landes Schleswig-Holstein stellt zum 1.8.2017 Justizobersekretärinwärterinnen und Justizobersekretärinwärter für die Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt (vormals: mittlerer Justizdienst), ein.

Die Voraussetzungen für die Zulassung zum Vorbereitungsdienst für diese Laufbahn ergeben sich aus der Landesverordnung über die Laufbahnen der Beamtinnen und Beamten in Schleswig-Holstein (Allgemeine Laufbahnverordnung – ALVO –) vom 19.5.2009 (GVOBl Schl.-H. 2009, S. 236) in Verbindung mit der gültigen Landesverordnung über die Laufbahn, Ausbildung und Prüfung der Justizfachwirtinnen und Justizfachwirte des Landes Schleswig-Holstein (LAPOJFW) vom 6.12.2012 (GVOBl Schl.-H. 2012, S. 761).

Die Bewerberinnen und Bewerber müssen

1. die gesetzlichen Voraussetzungen für die Berufung in das Beamtenverhältnis erfüllen, also
 - a) Deutsche oder Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes sein oder eine andere Staatsangehörigkeit i.S.v. § 7 Beamtenstatusgesetz besitzen,
 - b) die Gewähr dafür bieten, dass sie jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintreten;
2. mindestens den erfolgreichen Abschluss der Realschule oder den erfolgreichen Besuch einer Hauptschule und eine für die Laufbahn förderliche abgeschlossene Berufsausbildung oder einen als gleichwertig anerkannten Bildungsstand nachweisen;
3. körperlich geeignet erscheinen; dabei darf von schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerbern nur das für die Laufbahn erforderliche Mindestmaß körperlicher Rüstigkeit verlangt werden;
4. hinreichende Schreibmaschinenkenntnisse von mindestens 180 Anschlägen pro Minute nachweisen; dieser Nachweis kann noch bis zum Ende des ersten Ausbildungsabschnitts geführt werden.

5. gute Rechtschreibkenntnisse besitzen,
6. Organisationsfähigkeit, eine gute Auffassungsgabe, Kooperations-, Kritik- und Kommunikationsfähigkeit, sowie emotionale Stabilität und ein hohes Maß an Motivation mitbringen.

II.

Der vor der Laufbahnprüfung abzuleistende Vorbereitungsdienst als Justizobersekretärin oder Justizobersekretärin im Beamtenverhältnis auf Widerruf dauert 24 Monate.

Während des Vorbereitungsdienstes werden Anwärterbezüge gezahlt.

III.

Bewerbungen sind unter Beifügung folgender Unterlagen an die Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu richten:

1. ein aussagekräftiges Anschreiben mit einer kurzen Darstellung der Gründe für die Berufswahl,
2. ein von der Bewerberin oder dem Bewerber handschriftlich verfasster, tabellarischer Lebenslauf,
3. Fotokopie des Abschluss- oder der Abgangszeugnisse der zuletzt besuchten Schule; liegt dies noch nicht vor, zunächst das letzte Schulzeugnis,

4. ggf. Nachweise und Zeugnisse über berufliche Tätigkeiten seit der Schulentlassung.
5. Auf die Vorlage von Lichtbildern/Bewerbungsfotos verzichten wir ausdrücklich und bitten daher, hiervon abzusehen.

Bewerberinnen und Bewerber, die sich bereits im Justizdienst befinden, reichen ihr Gesuch unter Beifügung der vorgenannten Bewerbungsunterlagen auf dem Dienstwege ein. Eine Eignungsbeurteilung wird von Amts wegen angefordert.

Bewerberinnen und Bewerber aus der Laufbahngruppe 1, erstes Einstiegsamt (vormals: einfacher Justizdienst) sollen bei Ausbildungsbeginn eine Mindestdienstzeit von 3 Jahren haben. Sie haben außerdem einen Test in Rechtschreibung, Mathematik und freier Textformulierung abzulegen. Die Bewerbungen sind bis zum **31.8.2016** einzureichen.

IV.

In Ausnahmefällen können Einstellungen auch noch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

V.

Schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber werden bei entsprechender Eignung bevorzugt eingestellt.

VI.

Ausdrücklich begrüßen wir es, wenn sich Menschen mit Migrationshintergrund bei uns bewerben.

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB §§ 195, 199, 612 I, 705 ff., § 741, 823 II; AO § 370

1. **In einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehen kraft Gesetzes keine Entnahmebeschränkungen für die Gesellschafter. Verfügungen über Gesellschaftsmittel zugunsten eines Gesellschafters sind zulässig, soweit sie durch einen entsprechenden Gewinn der Gesellschaft gedeckt sind.**
2. **Der Straftatbestand einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO) kann nicht als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB eingestuft werden.**
3. **Zu den Umständen des Einzelfalls, wann eine Hausverwaltertätigkeit nur gegen Zahlung einer entsprechenden Vergütung erwartet werden kann (§ 612 Abs. 1 BGB).**
4. **Grobe Fahrlässigkeit i.S. von § 199 BGB liegt insbesondere dann vor, wenn der Geschädigte, der sich die Kenntnis in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe beschaffen könnte, auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeiten nicht ausnutzt.**

SchlHOLG, 14. Zivilsenat, Urteil vom 6. Juli 2015 – 14 U 5/15 –, R6

Die Parteien sind Geschwister und jeweils hälftig Miteigentümer folgender Immobilien:

1. Wohnungseigentümergeinschaft F-Straße 18–20 in I. (11 Eigentumswohnungen sowie zusätzlich Fremdverwaltung von drei weiteren Wohnungen in dem Objekt),
2. L-barg 21–23 in I. (12 Wohneinheiten)
3. R-Straße 1 in I. (6 Wohneinheiten und 8 Garagen)
4. K-Weg 2 in M. (4 Wohneinheiten)
5. A-Straße 1 in G. (5 Wohneinheiten).

Die Parteien hatten bereits seit 1974 damit begonnen, Immobilien zu erwerben, um diese wohnungswirtschaftlich zu nutzen. Dabei verfolgten sie den Zweck, nahezu ohne Eigenkapital die Immobilien zu erwerben (insgesamt wurden in den vergangenen 40 Jahren sieben Immobilien erworben), diese anschließend gewinnbringend zu vermieten und mit den erwirtschafteten Mietüberschüssen weitere Immobilien zu erwerben bzw. den Bestand weiter zu entwickeln. Die Immobilien wurden jeweils in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) erworben. Die Verwaltung der Wohnungen erfolgte über viele Jahre in Eigenregie. Der Verwaltungsaufwand steigerte sich jedoch, nachdem zum 1. Juli 1998 zunächst das Objekt L-barg und zum 1. Juli 1999 die Objekte R-Straße und F-Straße in I. erworben wurden. Die Objekte wurden zunächst von der Bekl. und ihrem am 20. Dezember 2011 verstorbenen Ehemann G.-E. betreut und verwaltet. Von beiden war deshalb erstmals bereits im Jahr 2000 die Zahlung einer gesonderten Verwaltervergütung gefordert worden. G.-E. arbeitete in Vollzeit beim Straßenbauamt I. und war nebenberuflich als gewerblicher Hausverwalter tätig (Gewerbeanmeldung vom 7. Januar 1993 „Beratungsbüro Bau- und Haus-technik“ mit Ummeldung vom 10. Januar 2001 „Hausverwaltung Immobilien“). In den Jahren 2001 bis einschließlich 2006 übernahm der Kl. die Verwaltung/Buchhaltung aller Objekte, die technische Betreuung der Immobilien erfolgte

weiterhin durch G.-E. Während der Zeit der Verwaltung/Buchführung des Kl., der im Hauptberuf als Agraringenieur einen Milchviehbetrieb bewirtschaftet, wurden – bis auf das Jahr 2004 – jeweils nur Verluste erwirtschaftet. Die von den Parteien bestehende Grundstücksgemeinschaft soll deshalb sogar in Zahlungsschwierigkeiten geraten sein. Im Jahr 2007 vereinbarten die Parteien deshalb, dass nunmehr die komplette Verwaltung/Buchführung aller Objekte wieder von der Bekl. und ihrem Ehemann erledigt werden sollte. Die Buchhaltung und Hausverwaltung wurde in das Haus der Bekl. nach H. verlagert.

Nach dem Tod von G.-E. (20. Dezember 2011) und dem Tod des gemeinsamen Vaters der Parteien, T.E. (25. April 2012), kümmerte sich der Kl. ab Mitte 2012 wieder selbst verstärkt um die Verwaltung und technische Betreuung der Immobilien. Der Kl. hat behauptet, erstmals Mitte des Jahres 2012 festgestellt zu haben, dass die Bekl. und ihr verstorbener Ehemann in der Zeit von 2006 bis 2012 eigenmächtig und ohne jeden Gesellschafterbeschluss Kautionen und Schecks der Mieter für sich selbst privat verbraucht und nicht belegte Entnahmen – insbesondere Verwaltergebühren – von den gemeinsamen GbR Konten bei der B-Sparkasse getätigt zu haben. Der Kl. behauptet die unzulässige Vereinnahmung von GbR Geldern durch die Bekl. und ihren Ehemann in Höhe von insgesamt 58.138,85 Euro die sich wie folgt zusammensetzten:

- a) Unberechtigt vereinnahmte Kautionen in der Zeit vom 1. November 2006 bis 1. Mai 2011 (.....): 7520,00 Euro.
- b) Unberechtigt vereinnahmte Schecks in der Zeit vom 15. September 2010 bis 7. Februar 2013: 6893,78 Euro.
- c) Entnahmen von den jeweiligen GbR Objektkonten in der Zeit von 2008 bis 2012: 43.725,07 Euro (davon 31.425,07 Euro als Verwaltervergütung)

Neben der zusätzlichen Entnahme von Anwaltsgebühren zu Lasten eines GbR Kontos in Höhe von 565,85 Euro belief sich die Forderung des Kl. mithin auf ursprünglich insgesamt 58.704,70 Euro.

Unstreitig hat die Bekl. auf die geltend gemachte Forderung einen Betrag von insgesamt 13.593,78 Euro gezahlt, davon einen Teilbetrag in Höhe von 3034,56 Euro bereits vor Klagerhebung am 20. Januar 2014 und eine weitere Zahlung in Höhe von 10.559,22 Euro nach Rechtshängigkeit am 21. Mai 2014. Die Teilzahlungen der Bekl. dienen der Erfüllung wegen der o.g. Forderungen aus der Vereinnahmung von Kautionen (6700,00 Euro) sowie der Schecks (6893,78 Euro). Unstreitig hat der Kl. wegen einer von der Bekl. am 18. Mai 2004 verauslagten Renovierungsmaßnahme für das Objekt in M. (neue Fenster) einen Betrag in Höhe von 5997,20 Euro in Abzug gebracht, so dass sich die Klagforderung auf insgesamt noch 39.113,72 Euro reduzierte (58.704,70 ./. 13.593,78 und ./. 5997,20).

Die Bekl. hat behauptet, in das Objekt L-barg Erdgeschoss rechts (ehemalige Wohnung „B.“) sei für 2243,20 Euro im Jahr 2004 eine neue Küche bei der Firma Möbel K. bestellt und eingebaut worden. Diesen Betrag habe sie verauslagt. Aufgrund der Anzeige des Kl. ist ein Ermittlungsverfahren gegen die Bekl. bei der Staatsanwaltschaft Itzehoe unter dem Aktenzeichen 304 Js 2xxxx/14 anhängig. Die Ermittlungen laufen und sind derzeit noch nicht abgeschlossen.

Das Landgericht hat im Ergebnis die Klagforderung in Höhe von 39.113,72 Euro nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit zuerkannt.

Dagegen richtet sich die Berufung der Bekl.. Sie trägt vor, der Kl. habe sich selbst in der Zeit vom 7. April 2014 bis 13. Februar 2015 von den Objektkonten bedient und seine eigenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 7877,37 Euro davon bezahlt. Ihm stünde deshalb die Zahlung außergerichtlicher Kosten nicht zu. Die Parteien hätten 2007 vereinbart, dass die Bekl. und ihr Ehemann wieder die Verwaltung und technische Betreuung aller Immobilien übernehmen und dafür auch eine Vergütung erhalten sollten. Tatsächlich sei die Verwaltung der Objekte in den Jahren 2007 bis 2012 auch allein durch die Bekl. und ihren Ehemann

erfolgt. Der Kl. habe in seiner Zeit der Verwaltung (2001 bis 2006) im Wesentlichen nur Verluste erwirtschaftet. Demgegenüber sei die Verwaltung durch die Bekl. und ihren Ehemann in den Jahren 2007 bis 2012 sehr erfolgreich gewesen und hätte Überschüsse erbracht. Schließlich haben sich die Parteien ab August 2012 einvernehmlich auf die Zahlung einer Verwaltervergütung in Höhe von jeweils monatlich 500,00 Euro geeinigt, diese Vergütung sei auch tatsächlich bis März 2013 an die Bekl. gezahlt worden. Danach hat der Kl. die Zahlungen jedoch eingestellt. Die Ansprüche des Kl. seien im Übrigen verjährt. Unstreitig habe er die Immobilien bis 2006 selbst verwaltet und in den Jahren 2007 bis 2012 ein regelmäßiges Einsichtsrecht in alle Unterlagen gehabt und auch tatsächlich ausgeübt. Schließlich habe er zusammen mit seiner Ehefrau auch die Urlaubsvertretung der Bekl. übernommen. Durch das Onlinebanking habe er außerdem jederzeit Einsicht und Zugriff auf die gemeinsamen Bankkonten gehabt. Die Entnahmen im Jahr 2009 seien zum Ausgleich verauslagter Kosten in den Vorjahren erfolgt. Wegen der damals vorhandenen Liquiditätsprobleme sei die Verwaltervergütung erst ab September 2008 gezahlt worden und bis zum Tod des an Demenz erkrankten Vaters der Parteien (T. E.) am 25. April 2012 unter dem Buchungstext „Kostenerstattung T.E.“ auf ein entsprechendes Konto des Vaters geflossen. Erst danach wurden die Verwaltergebühren bis einschließlich Juli 2012 unter dem Buchungstext „Kostenerstattung U. E.“ direkt auf ein Konto der Bekl. überwiesen. Alleiner Inhaber der Firma „E.-Hausverwaltung“ sei ihr verstorbener Ehemann G.-E. gewesen.

Die Berufung der Bekl. beschränkt sich auf den zuerkannten Zahlungsanspruch nebst Zinsen und die zuerkannten außergerichtlichen Kosten. Soweit die Bekl. gem. Ziffer 2 a bis e des angefochtenen Urteils zur Einsichtsgewährung in die Verwalterunterlagen in ihren Räumlichkeiten verurteilt worden ist, ist das Urteil rechtskräftig.

Der Kl. behauptet, die Rechtsverfolgung gegen die Bekl. läge im Interesse der E.- Hausverwaltung GbR. Er sei deshalb auch berechtigt, die anfallenden Anwaltskosten von den Objektkonten zu entnehmen. Die Bekl. und ihr verstorbener Ehemann hätten eine Vielzahl Betrugereien, Unterschlagungen und Untreuehandlungen zu Lasten der Grundstücksgemeinschaft E. begangen. Diese Straftaten habe der Kl. erst Mitte des Jahres 2012 entdeckt. Die Zahlung einer Verwaltervergütung sei nicht vereinbart gewesen. Die Bekl. habe die Zahlung einer Verwaltervergütung ab 9/2008 bewusst verschleiert, Verwalterabrechnungen seien zu keinem Zeitpunkt vorgelegt worden. Die Einnahmen auf der Beklagtenseite seien auch nicht versteuert worden. Es handele sich um gewerbliche Steuerhinterziehung. Bei der E.- Hausverwaltung handele es sich um eine GbR, deren gleichberechtigte Gesellschafter die Parteien seien. Die Objekte sollten alle in Eigenregie verwaltet werden, die Verwaltervergütung sollte deshalb auch beiden Eigentümern gleichberechtigt zustehen. Von dem Einbau einer neuen Küche im Objekt L-barg im Jahr 2004 wisse er nichts. Die Zahlung einer Verwaltervergütung sei auch nicht üblich gewesen. Die Ansprüche seien nicht verjährt. Grobe Fahrlässigkeit läge nicht vor, weil der Kl. – angesichts der langjährigen vertrauensvollen Zusammenarbeit bei der Hausverwaltung – keinen Anlass zur Kontrolle der Buchhaltungsunterlagen gehabt habe.

Der Senat hat die Parteien im Termin am 29. Juni 2015 persönlich gehört. Im Ergebnis hat der Senat das angefochtene Urteil hinsichtlich des Zahlungsauspruchs geändert und den Kl. verurteilt, einen Restbetrag in Höhe von 820,- Euro nebst Zinsen auf das Konto der E.-Hausverwaltung zu zahlen. Im Übrigen hat der Senat die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen

Die Berufung der Bekl. hat im wesentlichen Erfolg. Die Zahlungsklage ist – bis auf den ausgeteilten Betrag von 820,00 Euro nebst Zinsen – unbegründet.

Die Klage ist zulässig. Der Kl. ist prozessführungsbefugt. Er ist berechtigt, aus dem Gesellschaftsverhältnis (§ 705 ff. BGB) im Wege der actio pro socio auf Zahlung an die Gesellschaft zu klagen. Entgegen der Ansicht der Bekl. handelt es sich bei der Fa. „E.- Hausverwaltung“ um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Über das Konto bei H-bank waren unstreitig beide Parteien verfügungsbefugt. Es handelt sich nicht – wie die Bekl. meint – um ein einzelkaufmännisches Unternehmen ihres verstorbenen Ehemannes G.-E. Dagegen spricht bereits das Firmenrecht (§§ 18, 19 HGB), wonach bei einer Personenfirma der Ehe name des Kaufmanns nach § 1355 BGB maßgebend wäre.

Soweit das Landgericht dem Kl. ein Einsichtsrecht in die Verwalterunterlagen gem. Ziffer 2 a bis e des Urteils nach §§ 709, 716 BGB zuerkannt hat, ist das Urteil rechtskräftig, weil sich die Berufung nur auf den zuerkannten Zahlungsauspruch beschränkt.

Bei der „Grundstücksgemeinschaft E.“ handelt es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB und nicht um eine Bruchteilsgemeinschaft nach § 741 BGB. Dafür spricht bereits der Umstand, dass die Objektkonten der einzelnen Immobilien bei der B-Sparkasse jeweils die Bezeichnung „H. E. und U.E. GbR“ haben. Außerdem verbindet die Parteien seit 1974 ein gemeinsamer Zweck, nämlich Erwerb, Entwicklung und Steigerung des vorhandenen Immobilienbestands.

Hinsichtlich der von dem Kl. geltend gemachten Zahlungsansprüche ist – entsprechend der von ihm eingereichten Anlage

K 1 – zwischen den vereinnahmten Schecks (6893,78 Euro), den vereinnahmten Kauttionen (7520,00 Euro) und den Entnahmen (Verwaltervergütung in der Zeit von 9/2008 bis 7/2012 in Höhe von 31425,07 Euro und weitere beleglose Entnahmen im Jahr 2009 in Höhe von 12300,00 Euro) zu unterscheiden.

1. Vereinnahmung von Scheckzahlungen in dem Zeitraum vom 15. September 2010 bis 7. Februar 2013: 6893,78 Euro
Insoweit bestehen Ansprüche der E.-Hausverwaltung GbR gem. §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB sowie aus § 812 Abs. 1 S. 1 2. alt. BGB (Eingriffskondition) auf Rückzahlung dieser zu Unrecht privat vereinnahmten Schecks auf das Gesellschaftskonto. Diese Ansprüche hat die Bekl. jedoch spätestens durch die Zweckbestimmung ihrer Zahlung vom 21. Mai 2014 gem. § 362 BGB vollständig erfüllt. Insoweit ist festzustellen, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

2. Vereinnahmung von Mietkauttionen in der Zeit vom 1. November 2006 bis 1. Mai 2011: 7520,00 Euro
Die Bekl. ist gem. §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB sowie aus Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 S. 1 2. alt. BGB) verpflichtet, die zu Unrecht vereinnahmten Kauttionen in Höhe von 7520,00 Euro an die E. Hausverwaltung GbR zurückzahlen.

Dieser Anspruch ist teilweise in Höhe von 6.700,00 Euro durch Erfüllung erloschen (... wird weiter ausgeführt).

Deshalb ist nur noch ein Restanspruch in Höhe von 820,00 Euro zur Zahlung fällig. Der entsprechende Zinsanspruch folgt aus §§ 288, 291 BGB.

3. Entnahmen:

a) Verwaltervergütung von 9/2008 bis 7/2012: 31425,07 Euro
b) Weitere Entnahmen ohne Beleg vom 16. Januar 2009 bis 28. Dezember 2009: 12300,00 Euro

In einer GbR bestehen kraft Gesetzes keine Entnahmebeschränkungen für die Gesellschafter. Verfügungen über Gesellschaftsmittel zugunsten eines berechtigten Gesellschafters sind zulässig, soweit sie durch einen entsprechenden Gewinn der Gesellschaft gedeckt sind. Nur gewinnunabhängige Entnahmen müssen zwischen den Gesellschaftern vereinbart sein. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Bekl. haben die einzelnen Grundstücksgesellschaften – bis auf das Jahr 2010 – während der Verwaltungszeit der Bekl. und ihres Ehemanns (2007 bis 2012) stets Überschüsse erwirtschaftet. Seitens des Kl. ist nicht dargelegt, dass es sich insoweit um unzulässige, gewinnunabhängige Entnahmen gehandelt haben soll. Deliktische Ansprüche sind insoweit deshalb nicht ersichtlich. Der Umstand, dass die Bekl. und ihr verstorbener Ehemann die Entnahmen und Verwaltergebühren möglicherweise nicht versteuert haben (§ 370 AO), rechtfertigt keinen deliktischen Schadenersatzanspruch. Der Straftatbestand der Steuerhinterziehung kann nicht als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB eingestuft werden. Von § 370 Abgabenordnung (AO) wird nicht ein Individualinteresse, das dem eines Geschädigten und auf einen zivilrechtlichen Ausgleich bedachten Bürgers vergleichbar wäre, geschützt, sondern das öffentliche Interesse des Fiskus am rechtzeitigen und vollständigen Aufkommen bestimmter einzelner Steuern. Damit dient § 370 AO der Sicherung des aus der Steuererhebung erwarteten Ertrages und den damit verbundenen Belangen des Gemeinwesens

(BFH, Urteil vom 19. August 2008, NJW 2008, 3807–3808 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 13. Dezember 1988, NJW 1989, 974; BGH, Urteil vom 23. März 1994, BGHSt 40, 109).

Der Umstand, dass die einzelnen Abbuchungen jeweils ohne Beleg erfolgt sind, stellt zwar keine ordnungsgemäße Verwalterbuchführung dar, erfüllt jedoch keinen Deliktstatbestand.

a) Verwaltervergütung von 9/2008 bis 7/2012 in Höhe von insgesamt 31425,07 Euro

Insoweit besteht bereits dem Grunde nach kein Rückforderungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. alt. BGB. Die Bekl. und ihr verstorbener Ehemann haben die Verwaltervergütung

– zur Überzeugung des Gerichts – jeweils mit Rechtsgrund vereinnahmt.

Unstreitig haben die Bekl. und ihr inzwischen verstorbener Ehemann in dem vorgenannten Zeitraum folgende Verwaltergebühren berechnet und im Ergebnis wirtschaftlich auch kassiert:

G. (A-Straße 1):	monatlich 66,00 Euro
M. (K-Weg 2):	monatlich 56,14 Euro
I. (R-Straße 1):	monatlich 90,95 Euro
I. (L-barg):	monatlich 182,24 Euro
I. (F-Straße 18–20):	<u>monatlich 273,29 Euro</u>
= gesamt	monatlich 668,62 Euro (=8023,43 Euro p.a.)

Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass die Parteien im Jahr 2007 zumindest konkludent gemäß § 612 Abs. 1 BGB die Zahlung einer Verwaltervergütung an die Bekl. bzw. ihren Ehemann G.-E. vereinbart haben. Soweit die Bekl. vorträgt, die Parteien hätten – nachdem der Kl. in den Jahren 2001 – 2006 durch seine Verwaltung die Gesellschaften in Zahlungsschwierigkeiten gebracht habe – im Jahr 2007 im Büro des Kl. – ohne Anwesenheit der Zeugin S. E. – vereinbart, dass der mittlerweile verstorbene Ehemann der Bekl. die Verwaltung übernehmen und dafür eine Verwaltervergütung erhalten solle (Beweis: Parteivernehmung des Kl. und der Bekl.), kann dies offen bleiben.

Nach den Umständen des Falles war die Verwaltungstätigkeit nur gegen Zahlung einer entsprechenden Vergütung zu erwarten (§ 612 Abs. 1 BGB). Unstreitig hatten die Bekl. und ihr verstorbener Ehemann G.-E. ab 2007 wieder die Verwaltung und technische Betreuung aller Objekte übernommen und dazu das Büro der „E.-Hausverwaltung“ in ihr Haus nach H. verlegt. Herr G.-E. war zu diesem Zeitpunkt unstreitig schon seit vielen Jahren nebenberuflich als gewerblicher Hausverwalter tätig gewesen. Er hatte bereits seit 1997 Erfahrungen mit der Verwaltung von Fremdobjekten gesammelt. Der Umfang der zu verwaltenden Objekte mit knapp 40 Wohneinheiten machte aus Sicht des Senats zudem eine professionelle und gewerbliche Hausverwaltung erforderlich. Schließlich ist eine entsprechende Verwaltervergütung auch unstreitig den Mietern in Rechnung gestellt worden, wie die Abrechnung der Bewirtschaftungskosten für das Objekt F-Straße für die Jahre 2007 bis 2013 nachweist.

Der Senat geht davon aus, dass die stillschweigende Vergütungsvereinbarung zwischen der E.- Hausverwaltungs GbR einerseits und Herrn G.-E. bzw. seiner Firma „E.-Immobilien“ andererseits geschlossen worden ist. Die Hausverwaltung ist keine höchstpersönliche Verpflichtung und kann tatsächlich auch an Dritte vergeben werden. Das war hier nach den Umständen der Fall. Am Beispiel des Verwaltervertrages für das Objekt F-Straße in I. vom 3. Dezember 1998 wird dies besonders deutlich: Zum Verwalter der Eigentumswohnungen in der F-Straße war ab dem 1. Januar 1999 unstreitig die E.-Hausverwaltung GbR bestellt worden (die Parteien hatten die entsprechenden Wohnungen im Jahr 1999 erworben und damit eine Mehrheit in der Eigentümerversammlung). Tatsächlich ist der vorgenannte Verwaltervertrag aber von der Firma „E.-Immobilien, Inh. G.-E.“ unterzeichnet worden. Unstreitig hat Herr G.-E. bis zu seinem Tod – abgesehen von der Urlaubsvertretung durch den Kl. und seine Ehefrau – auch tatsächlich die Hausverwaltung und technische Betreuung aller Immobilien durchgeführt hat.

Die Höhe der Vergütung ist gemäß § 612 Abs. 2 BGB nicht zu beanstanden. Ist die Höhe der Vergütung vertraglich nicht bestimmt, ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Am Beispiel der WEG F-Straße hat die Bekl. durch die Einreichung der Abrechnung der Bewirtschaftungskosten für die Jahre 2007 bis 2012 nachgewiesen, dass den Mietern monatlich 273,29 Euro (= 3279,50 Euro jährlich) in Rechnung gestellt worden sind. Das Objekt WEG F-Straße umfasst insgesamt 14 Wohneinheiten (11 eigene und 3 fremde Wohnungen). In entsprechender Relation zu den Wohneinheiten ist es deshalb nicht zu beanstanden, dass für das Objekt L-barg (12 Wohneinheiten) monatlich 182,24 Euro, für das Objekt R-Straße

(6 Wohneinheiten und 8 Garagen) monatlich 90,95 Euro, für das Objekt G. (5 Wohneinheiten) monatlich 66,00 Euro und für das Objekt M. (4 Wohneinheiten) monatlich 56,14 Euro in Rechnung gestellt worden sind. Die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens zur Üblichkeit der Vergütung ist nicht notwendig.

Im Übrigen wären entsprechende Bereicherungsansprüche auf Rückzahlung der Verwaltervergütungen in der Zeit von 9/2008 bis 7/2012 auch gemäß §§ 195, 199 BGB verjährt. Nach § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Diese Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von dem Anspruch und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Danach wären jedenfalls alle rechtsgrundlosen Privatentnahmen bis einschließlich 2010 zum Zeitpunkt der Klagerhebung (7. Mai 2014) verjährt. Grobe Fahrlässigkeit steht dabei positiver Kenntnis gleich. Grob fahrlässig handelt der Gläubiger, wenn seine Unkenntnis darauf beruht, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Grobe Fahrlässigkeit liegt insbesondere dann vor, wenn der Geschädigte, der sich die Kenntnis in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe beschaffen könnte, die auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit nicht ausnutzt

(Palandt-Ellenberger, BGB, 74. Aufl., § 199 Rn. 40 mwN).

Der Kl. hat mit Schriftsatz vom 24. September 2014 selbst vorgetragen, dass er auch während der Zeit der Hausverwaltung durch die Bekl. und ihren Ehemann (2007 bis 2011) tatsächlich ein regelmäßiges Einsichtsrecht in die Verwaltungsunterlagen ausgeübt habe. Er habe Zugang zum Wohnhaus der Bekl. und ihres inzwischen verstorbenen Ehemannes gehabt und habe sogar während des Urlaubs die Vertretung der Hausverwaltung übernommen. Der Kl. hat mit Schriftsatz vom 21. Juli 2014 weiterhin vorgetragen, dass die Privatentnahmen über die Gewinnermittlung und Gewinnverteilung der GbR gemäß den vorliegenden Eigentumsverhältnissen, also zu jeweils 50 Prozent, der individuellen Einkommensbesteuerung der Parteien zugeführt und tatsächlich versteuert worden seien. Durch die persönliche Steuererklärung dürfte dem Kl. deshalb zumindest bekannt gewesen sein, dass gesellschaftsrechtliche Entnahmen in entsprechender Höhe durch die Bekl. in dem vorgenannten Zeitraum vorgenommen wurden. Schließlich hatte der Kl. über das Onlinebanking unstreitig auch während der Hausverwaltung der Bekl. und ihres verstorbenen Ehemannes jederzeit Einsicht über alle Bankkonten der Objektgesellschaften und der E.-Hausverwaltung bei der B- Sparkasse bzw. der H.-bank. Aus den Betriebskostenabrechnungen (z.B. für das Objekt F-Straße) dürfte dem Kl. ferner bekannt gewesen sein, dass den Mietern entsprechende Verwalterhonorare in Rechnung gestellt worden sind. Diese Verwalterhonorare sind unstreitig mit dem Buchungszweck „Kostenerstattung“ von den Objektkonten abgeflossen. All dies kann dem Kl. nicht verborgen geblieben sein. Er hätte sich zumindest in zumutbarer Weise und ohne nennenswerte Mühe über die Bank oder das Büro der Bekl. entsprechende Kenntnisse verschaffen können. Die Entnahme der Verwalterkosten geschah – trotz der Umleitung über das Konto des gemeinsamen Vaters der Parteien – keinesfalls so „verdeckt“, als dass sie dem Kl. als Mitgesellschafter und Vertretungsberechtigten nicht hätte auffallen können und müssen.

b) Nicht belegte Privatentnahmen von den Objektkonten in der Zeit vom 16. Januar 2009 bis 28. Dezember 2009: 12.300,00 Euro

Die vorgenannten Privatentnahmen im Jahr 2009 zugunsten der Bekl. und ihres verstorbenen Ehemannes sind unstreitig. Gemäß der Abrechnung Anlage B 4 wurden diese Entnahmen während der Zeit der Hausverwaltung durch Herrn G.-E. von unterschiedlichen Objektkonten getätigt.

Unstreitig sind von dieser Summe aber die Auslagen der Bekl. und ihres verstorbenen Ehemannes für die Renovierung

der Fenster des Objekts M. am 18. Mai 2004 in Höhe von 5997,20 Euro abzuziehen. Insoweit bestand zugunsten der Bekl. gemäß §§ 677, 683, 670 BGB ein entsprechender Aufwendungsersatzanspruch mit sie aufrechnen konnte. Der Kl. hat diese Position auch selbst anerkannt.

Ein entsprechender Aufwendungsersatzanspruch besteht zugunsten der Bekl. aber auch wegen des Einbaus einer neuen Küche im Objekt L-barg, Erdgeschoss rechts (ehemalige Wohnung B.) in Höhe von 2243,20 Euro (...wird weiter ausgeführt).

Unter Berücksichtigung der nachgewiesenen Aufwendungen über 5997,20 Euro (Fenster M.) und 2243,20 Euro (Küche L-barg, Erdgeschoss rechts) verbliebe rechnerisch ein Betrag von noch 4059,60 Euro.

Ein entsprechender Bereicherungsanspruch ist jedoch gemäß §§ 195, 199 BGB verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist begann spätestens am 31. Dezember 2009 und endete damit bereits am 31. Dezember 2012. Hinsichtlich dieser Privatentnahmen liegt grob fahrlässige Unkenntnis des Kl. i.S. v. § 199 BGB vor. Unstreitig hatte der Kl. auch im Jahr 2009 und danach über das Onlinebanking Einsicht und die Kontrolle über sämtliche Objektkonten. Unstreitig hat er die Versteuerung dieser „Entnahmen“ als Privatentnahmen mitgetragen und unstreitig hatte er auch jederzeit die Möglichkeit gehabt, die entsprechenden Verwalterunterlagen im Hause der Bekl. einzusehen.

4. Vorgerichtliche Auslagen

Ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Auslagen in Höhe beantragter 1954,46 Euro als Verzugsschaden (§ 286 BGB) ist unbegründet (...wird weiter ausgeführt).

Unstreitig hat der Kl. nämlich bereits mehrfach Anwaltskosten in übersteigerter Höhe zugunsten seines jetzigen Prozessbevollmächtigten von den Objektkonten der E.-GbR in dem Zeitraum vom 7. April 2014 bis 13. Februar 2015 entnommen. Das Gericht geht deshalb davon aus, dass auch die vorgegerichtlichen Anwaltskosten – soweit sie denn begründet wären – von der Gesellschaft bereits bezahlt und deshalb nicht vom Kl. verauslagt worden sind.

BGB § 823 I; StVG §§ 7, 18; PflVG § 1 i.V.m. VVG § 115

- 1. Betätigt ein Fahrzeuginsasse aus einem Kfz heraus per Fernbedienung die Schranke einer Parkplatzanlage, ist nicht der Schutzzweck der Gefährdungshaftung nach § 7 StVG betroffen, da nicht der Betrieb, sondern allenfalls der Gebrauch des Kfz in Rede steht.**
- 2. Der Direktanspruch gegen den Krafthaftpflichtversicherer aus §§ 1 PflVG, 115 VVG ist akzessorisch zum Anspruch gegen den Versicherungsnehmer bzw. die mitversicherte Person.**

AG Eutin, Urteil vom 6. August 2014 – 21 C 37/14 –, RA Ba.

Die Parteien streiten um Schadensersatz aufgrund der Beschädigung des Wagens des Kl.

Die Bekl. zu 3 ist die gesetzliche Kfz-Haftpflichtversicherung der Bekl. zu 1 und 2. Der Kl. und die Bekl. zu 1 und 2 sind Nachbarn. Sie wohnen in einer Wohnanlage, deren Parkplatz durch eine Schranke vom übrigen Verkehrsraum abgetrennt ist. Diese Schranke lässt sich mittels einer Fernbedienung öffnen und schließen. Ist die Schranke durch Betätigung der Fernbedienung in Bewegung geraten, so ist ein Gegensteuern durch nochmaliges Drücken der Fernbedienung nicht möglich. Erst wenn die Schranke komplett geöffnet oder geschlossen ist, kann ein neuer Befehl gegeben werden.

Am 19.12.2013 wollte der Kl. mit seinem Pkw den Parkplatz verlassen und betätigte daher die Fernbedienung zur Öffnung der Schranke. In unmittelbarer zeitlicher Nähe wollten die Bekl. zu 1 und 2 auf den Parkplatz auffahren. Die Bekl. zu 1 fuhr den Wagen und hielt noch vor dem Parkplatz an, um die Bekl. zu 2 aussteigen zu lassen. Diese betätigte die Fernbedienung, packte die Einkäufe zusammen und ging zur Wohnung, wobei sie die Fernbedienung in das Seitentaschen ihrer Handtasche steckte.

Ohne dass der Kl. bereits den Schrankenbereich verlassen hatte schloss sich die Schranke erneut. Der Balken der Schranke schlug dabei auf die Motorhaube des klägerischen Pkw und beschädigte diesen. Kurz darauf bog die Bekl. zu 1 mit ihrem Wagen um die Kurve und half dabei, die Schranke manuell wieder anzuheben.

Der Kl. behauptet, die Position der Schranke sei nur dann einsehbar, wenn man direkt davor stehe. Die Bekl. zu 2 habe die Fernbedienung der Schranke jedoch ohne Sichtkontakt betätigt. Die Bekl. zu 1 und 2 hätten neben der Hecke des

Gebäudes geparkt, von wo aus die Schranke nicht einsehbar sei. Durch die Betätigung der Fernbedienung sei somit die geöffnete Schranke wieder geschlossen worden, als der Wagen des Kl. genau unter der Schranke her fuhr. Durch das Aufschlagen der Schranke sei der Wagen beschädigt worden und für die Reparatur seien 758,71 € (netto) erforderlich gewesen. Nachdem die Bekl. zu 1 um die Ecke gefahren kam und ausgestiegen sei, habe die Ehefrau des Kl. diese zur Rede gestellt, wie sie einfach die Fernbedienung drücken könne. Die Bekl. zu 1 habe daraufhin gesagt, dass sie dies gewesen sei.

Der Kl. ist der Ansicht, dass es sich um einen Verkehrsunfall handelt, bei dem die §§ 7, 18 StVG Anwendung finden. Die Bekl. zu 3 hatte daher nach §§ 1, 115 VVG und es bestehe Anspruch auf eine Kostenpauschale in Höhe von 25 €.

Der Kl. beansprucht den Ersatz seines Schadens in Höhe von 783,71 € nebst Zinsen sowie die Zahlung von 147,56 € vorgerichtlicher Anwaltskosten.

Die Bekl. behaupten, sie hätten den Wagen in Höhe der Container vor dem Haus geparkt. Von dort könne man erkennen, wenn die Schranke geöffnet sei. Die Bekl. zu 2 habe die Fernbedienung erst betätigt, nachdem sie sich vergewissert habe, dass die Schranke unten – nämlich nicht zu sehen – war. Sie habe die Schranke dann auch hochfahren gesehen.

Die Bekl. sind der Ansicht, dass es sich nicht um einen Verkehrsunfall handelt, der sich beim Betrieb eines Kfz ereignet hat.

Das Gericht hat Beweis erhoben, durch Inaugenscheinnahme von Lichtbildern und Anhörung der Parteien.

Aus den Gründen

Die Klage ist zulässig, jedoch unbegründet.

1. Dem Kl. steht kein Anspruch auf Schadensersatz aus den §§ 7, 18 StVG zu.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 7, 18 StVG ist eine Rechtsgutsverletzung, die bei dem Betrieb eines Kfz verursacht wurde. Beim Betrieb eines Fahrzeuges hat sich der Unfall ereignet, wenn sich eine Gefahr realisiert, die mit dem Fahrzeug als Verkehrsmittel verbunden ist. Die Schädigung ist nicht beim Betrieb des Kfz der Bekl. zu 1 und 2 eingetreten, sondern lediglich beim Gebrauch desselben. Es handelt sich um einen Schaden, der völlig unabhängig von dem Betrieb des Wagens eingetreten ist. Der Schutzzweck der Gefährdungshaftung nach § 7 StVG greift in diesem Fall nicht ein. Die besondere Gefährlichkeit eines Fahrzeugs hat sich nicht realisiert. Stattdessen ist der Schaden durch den Gebrauch der Fernbedienung eingetreten. Diese kann unabhängig von dem Fahrzeug eingesetzt werden

(vgl. AG Frankenberg/ Eder, Urteil vom 3.9.2008 – 6 C 204/08, juris).

2. Dem Kl. steht kein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zu.

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB kommt von vornherein nur gegen die Bekl. zu 2 in Betracht, da diese die Fernbedienung eigenhändig betätigt hat. Die Haftung der Bekl. zu 1 käme allenfalls nach dem StVG in Frage.

Dafür, dass die Bekl. zu 2 die Schranke geschlossen und damit den Wagen des Kl. beschädigt hat ist der Kl. beweisfällig geblieben. Unstreitig ist lediglich, dass die Bekl. zu 2 die Fernbedienung betätigt hat. Die Bekl. haben jedoch vorgetragen, dass die Schranke zu diesem Zeitpunkt noch geschlossen war und begann, sich zu öffnen. Der Bekl. ist für seine Behauptung, der Wagen habe an der Hecke gestanden und von dort sei die Schranke nicht einsehbar, beweisfällig geblieben. Von der durch die Bekl. behaupteten Position des Wagens konnte man jedenfalls erkennen, wenn die Schranke geöffnet war. Dies war auf den im Termin in Augenschein genommenen Lichtbildern deutlich zu sehen. Über die Container hinweg ist ein ganzes Stück des Balkens der Schranke in senkrechter Position zu sehen.

Unstreitig ist zudem, dass die sich öffnende Schranke nicht durch einen Gegenbefehl geschlossen werden kann. Demnach ist es möglich, dass der Kl. und die Bekl. zu 2 gleichzeitig die Schranke geöffnet haben und eine dritte unbekannt Person die Schranke wieder schloss.

Eine weitere Beweisaufnahme war nicht erforderlich, da auch die Vernehmung der weiteren Insassen des Wagens des Kl. nicht darüber Beweis erbringen kann, dass die Bekl. zu 2 die Schranke geschlossen hat. Das behauptete Gespräch zwischen der Bekl. zu 1 und der Frau des Kl., in dem die Bekl. zu 1 gesagt haben soll, dass sie die Schranke betätigt habe, hat allenfalls Indizcharakter. Der Wert eines etwaigen Schuldeingeständnisses durch die Bekl. zu 1 ist jedoch sehr gering, da unstreitig die Bekl. zu 2 die Fernbedienung betätigt hat. Eine Ortsbesichtigung ist aufgrund der Inaugenscheinnahme der Bilder im Termin nicht mehr erforderlich. Diese hat ergeben,

dass die Schranke zumindest in geöffnetem Zustand auch aus der Position der Bekl. zu 1 und 2 sichtbar ist.

Der Kl. kann mit den angebotenen Beweisen jedoch nicht beweisen, dass nur die Bekl. zu 2 die Schranke geschlossen haben kann und eben kein Dritter in Betracht kommt.

3. Dem Kl. steht auch kein Anspruch gegen die Bekl. zu 3 gem. § 1 PflVG, § 115 VVG zu. Zwar umfasst die Haftung nach § 1 PflVG, § 115 VVG auch Schäden, die durch den Gebrauch eines Fahrzeugs entstehen. Voraussetzung ist jedoch, dass ein Anspruch gegen den Versicherungsnehmer besteht, da der Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer akzessorisch zum Anspruch gegen den Versicherten ist. Ein solcher Anspruch steht dem Kl. jedoch nicht zu.

4. Aufgrund seines Unterliegens in der Hauptsache steht dem Kl. weder ein Anspruch auf Feststellung, noch auf die beantragten Nebenforderungen zu.

StVG §§ 7, 17; StVO § 7 V 1

- 1. Auch auf einer mehrspurigen Autobahn darf ein Fahrstreifen nur gewechselt werden, wenn gleichzeitig eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ausgeschlossen ist (§ 7 Abs. 5 StVO).**
- 2. Der Umstand, dass der sich spurtreu verhaltende Verkehrsteilnehmer der die Richtgeschwindigkeit erheblich überschreitet (hier: 160–180 km/h), wirkt sich dann nicht unfallursächlich aus, wenn der Spurwechsel in kürzestem Abstand und ohne vorherige Ankündigung vollzogen wird, mithin völlig unversehens kommt.**

LG Kiel, 13. Zivilkammer, Urteil vom 19. August 2015 – 13 O 130/15 –, RA Ba.

Der Kl. nimmt die beklagte Versicherung auf Schadensersatz aus Anlass eines Verkehrsunfalles in Anspruch.

Am 2.11.2014 kam es gegen 12:45 Uhr auf der A 7 hinter der Anschlussstelle N. bei Kilometer 8XXX zwischen dem vom Kl. geführten, im Sicherungseigentum der S.-Bank stehenden Seat Ibiza und dem bei der Bekl. haftpflichtversicherten gegnerischen Fahrzeug zu einer Kollision. Das gegnerische, von der Zeugin N. geführte Fahrzeug traf das klägerische Fahrzeug im Bereich des hinteren bis seitlichen Kotflügels links, nachdem der Kl. von der rechten Geradeausspur auf die linke Spur zumindest mit Teilen seines Fahrzeuges gewechselt war. Wegen der ihm vorgeworfenen Ordnungswidrigkeit aufgrund Fahrstreifenwechsels mit Unfallverursachung wurde der Kl. mit einem Verwarnungsgeld in Höhe von 35,00 € belegt.

Der Kl. begehrt Ersatz der Reparaturkosten, zu zahlen an die Sicherungseigentümerin, und Ersatz der beglichene Gutachterkosten nebst vorgerichtlicher Anwaltskosten.

Der Kl. behauptet:

Bevor er angesetzt habe, von der rechten auf die linke Fahrspur zu wechseln, um einem anderen Fahrzeug die Auffahrt zur Autobahn zu ermöglichen, habe er in den linken Seitenspiegel geblickt, einen Schulterblick vollzogen und den Fahrtrichtungsanzeiger links gesetzt. Zur Kollision mit dem gegnerischen Fahrzeug, welches sich keinesfalls in unmittelbarer Annäherung auf der Überholspur befunden habe, als er zum Spurwechsel angesetzt habe, sei es deshalb gekommen, weil die Fahrerin mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit gefahren sei. Auch habe diese trotz Möglichkeit dazu, ihr Fahrzeug nicht abgebremst, als er die Spur habe wechseln wollen.

Der Kl. beansprucht von der Bekl. die Zahlung von 5725,52 € nebst Zinsen an die S.-Bank AG sowie weiteren Schadenersatz in Höhe von 211,82 € und Ersatz der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 571,44 € nebst Zinsen.

Die Bekl. trägt vor:

Nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises, der hier zu Lasten des Kl. gelte, weil sich der Unfall in unmittelbarem örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem Fahrstreifenwechsel ereignet habe, treffe den Kl. die Alleinschuld am Zustandekommen des Verkehrsunfalles. Er habe entgegen § 7 Abs. 5 StVO die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer nicht ausgeschlossen, weil er ohne sich nach hinten zu vergewissern, insbesondere ohne vorheriges Betätigen des linken Fahrtrichtungsanzeigers, die Fahrspur gewechselt habe. Dies sei geschehen, obwohl sich das Beklagtenfahrzeug bereits in unmittelbarer Annäherung auf der Überholspur befunden habe. Die Fahrerin, die Zeugin N., habe eine Kollision trotz Bremsmanövers nicht verhindern können.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Fahrerin des Beklagtenfahrzeugs.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen

Die Klage hat keinen Erfolg.

Dem Kl. steht gegenüber der beklagten Haftpflichtversicherung kein Anspruch gemäß §§ 7, 17 StVG, § 115 VVG zu. Gemäß § 17 Abs. 1 u. 2 StVG hängt der Umfang der Haftung der an dem Unfall beteiligten Fahrzeughalter insbesondere davon

ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme führte die vorzunehmende Abwägung zu der Feststellung, dass der Schaden auf einem alleinigen Verschulden des Kl. beruht. Im vorliegenden Fall wirkt zu Lasten des Kl. der Anscheinsbeweis, der für ein ihn treffendes Verschulden beim Wechseln auf die linke Spur der Autobahn spricht. Dieser Feststellung steht nicht entgegen, dass bei der Anwendung des Anscheinsbeweises grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist und nach Auffassung des BGH bei Auffahrunfällen auf der Autobahn ein Anscheinsbeweis regelmäßig nicht anwendbar ist, wenn zwar feststeht, dass vor dem Unfall ein Spurwechsel des vorausfahrenden Fahrzeugs stattgefunden hat, der Sachverhalt aber im Übrigen nicht aufklärbar ist

(vgl. BGH r + s 2012, 96 f, Entscheidung vom 13.12.2011 – VI ZR 177/10).

Nach dieser Entscheidung ist bei Unaufklärbarkeit des Unfallhergangs im Übrigen ein Anscheinsbeweis zu Lasten des Auf-fahrenden wie auch des die Spur Wechselnden zu verneinen

(vgl. BGH aaO, S. 97).

Hier steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme allerdings fest, dass der Kl. den Spurwechsel zu vollziehen ansetzte, als die Fahrerin des gegnerischen Fahrzeugs sich mit hoher, im Unfallbereich aber nicht eingeschränkter Geschwindigkeit bereits so dicht schräg hinter dem klägerischen Fahrzeug befand, dass ihr eine Reaktion auf den Spurwechsel mit der Folge der Vermeidung einer Kollision nicht möglich war. Nach den überzeugenden, gaubhaften Bekundungen der Zeugin N. steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Kl. die Fahrspur unmittelbar vor dem Anstoß wechselte und sich dies auch unfallursächlich auswirkte. Substantiierte gegenteilige Angaben zum Abstand des beklagten Fahrzeuges zur Zeit des Spurwechsels hat der Kl., der im Übrigen unentschuldigt dem Termin zur mündlichen Verhandlung, in der er zum Unfallgeschehen hätte angehört werden sollen, fernblieb, nicht gemacht. Gegen die Richtigkeit der Aussage der Zeugin N. finden sich keine Hinweise. Vielmehr sprechen die weiteren Umstände für die Richtigkeit ihrer Unfallursachendarstellung. Die Darstellung der Zeugin stimmt mit der von den herbeigerufenen Polizeibeamten in ihrem Verkehrsunfallbericht niedergelegten Bewertung überein, dass der Kl. beim Wechseln auf die linke Fahrspur den bereits links befindlichen Beteiligten übersehen und diesen seitlich touchiert habe. Da beide Unfallbeteiligten bei der Schadenaufnahme zugegen waren, stellt sich die niedergelegte Bewertung als Ergebnis der Darstellungen beider Unfallbeteiligten dar. Gegenteiliges ist nicht substantiiert dargelegt worden. Auch der Umstand, dass der Kl. das Verwarnungsgeld offenbar widerspruchslos hingenommen hat, spricht dafür, dass der Kl. selbst von seinem schuldhaften Verhalten ausging. Danach greift der Anscheinsbeweis, dass der auf die linke Fahrspur Wechselnde die nach § 7 Abs. 5 S. 1 StVO gebotene Sorgfalt nicht beachtet hat, die ihm abverlangt, einen Fahrstreifen nur zu wechseln, wenn eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ausgeschlossen ist. Dieser Anschein ist nicht erschüttert. Vielmehr ergibt sich aus der glaubhaften Aussage der Zeugin N. weiter, dass der Kl. dem aus § 7 Abs. 5 S. 2 StVO folgenden Gebot, jeden Fahrstreifenwechsel rechtzeitig und deutlich anzukündigen und dabei den Fahrtrichtungsanzeiger zu benutzen, nicht entsprochen hat.

Für die Richtigkeit der Aussage der Zeugin N. sprechen auch die sich aus den eingereichten Lichtbildern ergebenden Schäden am klägerischen Fahrzeug. Sie weisen auf eine Kollision hin, die sich auf den linken hinteren bis seitlichen Kotflügelbereich des klägerischen Fahrzeugs beschränken, die sich als Streifschaden darstellen, woraus wiederum folgt, dass sich das Beklagtenfahrzeug noch gar nicht voll auf der linken Spur befunden haben kann, als sich das Beklagtenfahrzeug bereits in unmittelbarer Nähe hinter ihm befand. Die Art des Schadens am klägerischen Fahrzeug unterstreicht die Richtigkeit der Unfalldarstellung der Zeugin N. Der gravierende Fahrverstoß des Kl. begründet im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung die Feststellung, dass den Kl. ein alleiniges Verschulden am

Zustandekommen des Unfalles trifft. Der sich aufgrund der Beweisaufnahme ergebende Umstand, dass die FahrerIn des Beklagtenfahrzeugs sich mit hoher Geschwindigkeit von 160 bis 180 km/h der späteren Unfallstelle näherte, sie mithin die Richtgeschwindigkeit von 130 km/h überschritt, gereicht ihr weder zum Mitverschulden, noch lässt sich daraus eine hier ins Gewicht fallende erhöhte Betriebsgefahr ableiten, die dazu führte, der Beklagtenseite eine Mitverursachungsquote anzulasten. Das Gericht vermag hier nicht festzustellen, dass sich diese hohe Geschwindigkeit beim Zustandekommen oder der Höhe des eingetretenen Schadens ausgewirkt hat. Weder nach dem klägerischen Vortrag noch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist davon auszugehen, dass der Kl. die Geschwindigkeit der Zeugin N. falsch einschätzte und auf die Einhaltung der Richtgeschwindigkeit vertraute. Den Spurwechsel vollzog der Kl. vielmehr in einem so kurzen Abstand zur herannahenden Zeugin, noch dazu ohne vorherige Ankündigung durch Fahrtrichtungsanzeiger und ohne dass für die herannahende Zeugin ein Grund für den Spurwechsel erkennbar war, dass der Grund der Kollision maßgeblich auf die Versäumnisse des Kl. zurückzuführen ist, ohne dass die hohe Geschwindigkeit des Beklagtenfahrzeugs sich dabei ausgewirkt hätte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die FahrerIn nach ihren glaubhaften Bekundungen durch Einleitung eines Bremsmanövers und aufgrund Sicherheitstrainings geschultem festen Griff am Lenkrad schadensmindernd reagierte. Nach alledem vermag das Gericht einen der Beklagtenseite anzulastenden Verursachungsbeitrag nicht anzunehmen, so dass die Klage insgesamt abzuweisen war.

StVG §§ 7, 17; VVG § 115; StVO § 5 IV 1

1. Kommt es unmittelbar im Anschluss an einen Fahrstreifenwechsel auf der Autobahn zur Kollision mit dem nachfolgenden Fahrzeug, tritt die Betriebsgefahr regelmäßig zurück
2. Das Zurücktreten eines Verursachungsbeitrags setzt in der Regel eine nicht erheblich ins Gewicht fallende mitursächliche Betriebsgefahr auf der einen Seite und ein grobes Verschulden auf der anderen Seite voraus.
3. Eine Überschreitung der Richtgeschwindigkeit durch das nachfolgende Fahrzeug kann bei der Abwägung nicht berücksichtigt werden, wenn sie nicht unstreitig oder aber bewiesen ist.

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Urteil vom 22. Dezember 2015 – 7 U 111/14 –, RA Ba. (Vorinstanz: LG Itzehoe, Urteil vom 16.7.2014 – 2 O 46/12 – SchHA 2015, 160–161)

Der Kl. nimmt die Bekl. nach einem Verkehrsunfall in Anspruch.

Am 25. April 2011 befuhr der Kl. mit seinem PKW (Typ Mercedes Benz 220 E, amtliches Kennzeichen HH-xx-xxx) auf der rechten Fahrspur die Autobahn A 23 in Richtung Husum. Zwischen den Anschlussstellen Lägerdorf und Itzehoe-Süd näherte sich von hinten der Bekl. zu 1) mit seinem PKW (Typ Opel, amtliches Kennzeichen HEI-xx xxx), der bei der Bekl. zu 2) haftpflichtversichert ist.

Nachdem der Kl. mit seinem Fahrzeug zum Zwecke des Überholens einen Spurwechsel auf die linke Fahrspur vorgenommen hatte, kam es zu einem Zusammenstoß der Fahrzeuge, bei dem das Bekl.-Kfz etwa frontmittig gegen das linke Fahrzeugheck des klägerischen Fahrzeuges stieß.

Der Kl. hat behauptet, er habe mit einer Geschwindigkeit von 120 km/h die rechte Fahrspur befahren und beabsichtigt, ein relativ langsam vor ihm fahrendes Fahrzeug zu überholen. Er habe sich nach hinten abgesichert, indem er in den Innenspiegel, den Außenspiegel und über die Schulter nach hinten gesehen habe. Nachdem er den Blinker gesetzt habe, sei er auf die Überholspur gefahren. Er habe sich schon mehrere Sekunden vollständig auf dem Überholfahrstreifen befunden, sei schon an dem überholten Fahrzeug vorbei gefahren und habe einscheren wollen, als der Bekl. zu 1) mit seinem Fahrzeug mit einer Geschwindigkeit von mindestens 150 km/h auf der Überholspur herangefahren und auf sein Fahrzeug aufgefahren sei.

Der Kl. hat seinen Schaden neben geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten wie folgt beziffert:

1.	Nettoreparaturkosten gemäß Gutachten	8434,31 Euro
2.	Sachverständigenkosten gemäß Rechnung vom 3. Mai 2011	840,79 Euro
3.	Kostenpauschale	25,00 Euro
		9300,10 Euro
	davon macht der Kläger 70% geltend	6510,07 Euro

Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme (Vernehmung von Zeugen und Einholung eines unfallanalytischen Sachverständigen Gutachtens) unter Zugrundelegung einer Mithaftung der Bekl. von 20% aus Betriebsgefahr im Umfang von 1.859,02 Euro nebst Zinsen und entsprechenden außergerichtlichen Kosten stattgegeben.

Gegen das Urteil wenden sich die Bekl. mit der Berufung. Sie begehren die vollständige Klagabweisung und begründen dies damit, dass bei einem feststehenden Verstoß des Kl. gegen § 5 Abs. 4 Satz 1 StVO die Mithaftung der Bekl. aus der Betriebsgefahr zurücktrete.

Der Senat hat im Ergebnis das angefochtene Urteil des Landgerichts geändert und die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung hat Erfolg und führt zur vollständigen Klagabweisung.

Eine Haftung der Bekl. aus §§ 7, 17 StVG, 115 VVG ist nicht gegeben, da die gemäß § 7 Abs. 1 StVG zu Lasten der Bekl. eingreifende Betriebsgefahr vollständig zurücktritt.

Im Rahmen der Abwägung gemäß § 17 Absatz 1 StVG ist auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, insbesondere darauf, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist. Bei der Abwägung der Verursachungs- und Verschuldensanteile der Fahrer der beteiligten Fahrzeuge sind unter Berücksichtigung der von beiden Fahrzeugen ausgehenden Betriebsgefahr nur unstreitige bzw. zugestandene und bewiesene Umstände zu berücksichtigen. Jeder Halter hat dabei die Umstände zu beweisen, die dem anderen zum Verschulden reichen und aus denen er für die nach § 17 Absatz 1 u. 2 StVG vorzunehmende Abwägung für sich günstige Rechtsfolgen herleiten will

(vgl. BGH, NZV 1996, S. 231).

Das Zurücktreten eines Verursachungsbeitrags setzt in der Regel eine nicht erheblich ins Gewicht fallende mitursächliche Betriebsgefahr auf der einen Seite und ein grobes Verschulden auf der anderen Seite voraus

(vgl. Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 42. Aufl., StVG, § 17, Rn. 16).

So liegt der Fall hier. Dem Kl. ist ein Sorgfaltsverstoß beim Überholen und damit ein Verstoß gegen § 5 Abs. 4 Satz 1 StVO zur Last zu legen. Diese Feststellung wird vom Kl. auch jedenfalls in der Berufungsinstanz nicht mehr angegriffen.

Einen Verkehrsverstoß des Bekl. zu 1) hat das Landgericht nicht festgestellt. Die reine Betriebsgefahr des von ihm geführten Fahrzeug tritt hinter dem Verkehrsverstoß des Kl. zurück. Kommt es unmittelbar im Anschluss an einen Fahrstreifenwechsel auf der Autobahn zur Kollision mit dem nachfolgenden Fahrzeug, tritt die Betriebsgefahr zurück

(vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2009, 1624).

Eine Erhöhung der Betriebsgefahr des Bekl.-Fahrzeugs, die – hiervon abweichend – ihre Berücksichtigung bei der Haftungsverteilung geboten hätte

(vgl. hierzu OLG Koblenz, NZV 2014, 84; OLG Nürnberg, BeckRS 2010, 25146; OLG Düsseldorf, BeckRS 2010, 20273)

lag nicht vor. Denn insbesondere eine Überschreitung der Richtgeschwindigkeit durch den Bekl. zu 1) ist der Entscheidung nicht zu Grunde zu legen. Der Sachverständige Schal hat zwar eine Annäherungsgeschwindigkeit des Bekl.-Fahrzeugs von über 150 km/h für möglich gehalten, allerdings ebenso eine Geschwindigkeit von lediglich 120 km/h. Da bei der Haftungsabwägung aber nur feststehende Umstände Berücksichtigung finden, ist eine Überschreitung der Richtgeschwindigkeit und damit eine Erhöhung der Betriebsgefahr der Entscheidung nicht zu Grunde zu legen.

Es verbleibt somit beim Grundsatz, dass die reine Betriebsgefahr hinter dem Verkehrsverstoß des Kl. gegen § 5 Abs. 4 Satz 1 StVO zurücktritt.

BGB §§ 254, 833, 834

Wer als selbständiger Bereiter „Problempferde“ bereitet und hierbei einen Unfall erleidet, kann den Pferdehalter grundsätzlich auch dann aus Tierhalterhaftung (§ 833 BGB) in Anspruch nehmen, wenn bei besonders problematischem Verhalten des Pferdes der Tierhalter ihm konkret das weitere Bereiten anheimgestellt hat. Denn allein hierdurch wird der Bereiter nicht aus dem Vertragsverhält-

**nis zum Pferdehalter entlassen und handelt daher auch nicht „auf eigene Gefahr“.
Reitet der Bereiter in einer derartigen Situation dennoch und wird vom Pferd abgeworfen, kann allerdings sein Schadensersatzanspruch in Anwendung des § 254 BGB zu kürzen sein (im konkreten Fall auf 50 %).**

SchlHOLG, Urteil des 17. Zivilsenats vom 12. Juni 2015 – 17 U 103/14 –, Pr., n.rkr.

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche aus übergegangenem Recht wegen eines Reitunfalls eines Versicherungsnehmers der Kl.in.

Die Kl.in ist privater Krankenversicherer des Pferdefachwirts A. (im Folgenden: Versicherungsnehmer), welcher als selbständiger Bereiter und Reitlehrer tätig ist. Der Versicherungsnehmer schloss mit der Bekl. einen Vertrag, nach dem er das von der Bekl. gehaltene Pferd „S.“ ausbilden und ihm vorhandene Unarten wie Schlagen, Buckeln und Steigen abgewöhnen sollte. Nachdem der Versicherungsnehmer das Pferd bereits vier Monate ausgebildet und mit diesem auch an Turnieren teilgenommen hatte, sollte am 30. Januar 2012, dem Tag des Unfalls, eine weitere Unterrichtseinheit erfolgen. Die Bekl. longierte das Pferd vor dem Bereiten, wobei für die Bekl. und den Versicherungsnehmer erkennbar war, dass das Pferd an diesem Tag wiederum bockte und stieg. Die Beklage bot dem Versicherungsnehmer darauf an, das Pferd an diesem Tag nicht zu reiten oder es zunächst weiter zu longieren. Der Versicherungsnehmer erklärte gegenüber der Bekl. jedoch, er müsse die Konfrontation mit dem Pferd eingehen, um den bisherigen Ausbildungserfolg nicht zu gefährden. Als der Versicherungsnehmer das Pferd im Anschluss ritt, schlug es aus, buckelte und stieg über einen Zeitraum von etwa 10 Minuten hinweg, bis es zum Abwurf des Versicherungsnehmers kam. Der Versicherungsnehmer schlug mit dem Kopf auf dem Hallenboden auf und zog sich Frakturen im HWS-Bereich zu. Die hierdurch entstandenen Heilbehandlungskosten in Höhe von 76 521,84 € wurden von der Kl.in an den Versicherungsnehmer gezahlt. Die hinter der Bekl. stehende Haftpflichtversicherung lehnte mit Schreiben vom 24. Mai 2013, der Kl.in zugegangen am 27. Mai 2013, die Übernahme der Haftung ab.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass bereits vieles für einen Ausschluss der Haftung der Bekl. unter dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr spreche. Von dem Pferd S. sei am 30. Januar 2012 aufgrund seiner vorhandenen Unarten eine erhöhte Tiergefahr im Rahmen des Beritts ausgegangen. Diese Tiergefahr sei dem Versicherungsnehmer bekannt gewesen. Auch habe die Bekl. am Unfalltag nicht auf die sofortige Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Versicherungsnehmers aus dem Berittvertrag bestanden, sondern ihm angeboten, das Pferd an diesem Tag nicht zu reiten oder zumindest zuvor weiter zu longieren. Jedenfalls aber liege ein überwiegendes Mitverschulden des Versicherungsnehmers vor. Dieser habe als Tierhüter fungiert und als solcher habe er die Vermutung einer schadensursächlichen Sorgfaltspflichtverletzung nach § 834 S.2 BGB nicht wiederlegen können. Der danach anzunehmende Verursachungsbeitrag des Versicherungsnehmers sei so hoch zu bewerten, dass demgegenüber die Tierhalterhaftung der Bekl. zurücktrete. Der Versicherungsnehmer habe um die Gefährlichkeit des Tieres gerade an dem Unfalltag gewusst und trotz des Verzichts der Bekl. auf den Anspruch eines sofortigen Beritts, diesen durchgeführt. Damit habe er die gebotene Sorgfalt missachtet, zumal ihm als Reitlehrer und Bereiter für Problempferde die Gefahr eines Abwurfs und möglicher Folgen bekannt gewesen seien.

Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung der Kl.in war teilweise erfolgreich.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung der Kl.in hat in der Sache zum Teil Erfolg.

Die Kl.in hat gegen die Bekl. aus übergegangenem Recht nach § 833 BGB in Verbindung mit § 86 VVG einen Anspruch auf Zahlung von 38 260,92 €. Die Bekl. ist als Tierhalterin der

Kl.in grundsätzlich zum Ersatz der erbrachten Kosten für die Behandlung des Versicherungsnehmers verpflichtet. Anhaltspunkte dafür, dass der selbständig tätige Versicherungsnehmer unter den Kreis der gesetzlichen Unfallversicherten fällt und deshalb Ersatzansprüche gemäß § 104 SGB VII ausgeschlossen sein könnten, sind weder dargetan noch ersichtlich. Allerdings ist der übergegangene Anspruch wegen eines Mitverschuldensanteils des Versicherungsnehmers um 50 % zu kürzen. Demgemäß ist auch das Feststellungsbegehren der Kl.in wegen der weiteren materiellen Schäden nur in einem Umfang von 50 % berechtigt.

Die Bekl. hat für den Schaden in Form der entstandenen und künftig noch entstehenden Schäden aus dem Gesichtspunkt der Tierhalterhaftung gem. § 833 BGB einzustehen. Dieser Anspruch ist gem. § 86 VVG auf die Kl.in übergegangen. Die in § 833 BGB begründete Gefährdungshaftung des Tierhalters findet ihren Grund in dem unberechenbaren und selbstständigen Verhalten eines Tieres und der dadurch hervorgerufenen besonderen Gefährdung

(BGH, Urteil vom 25.3.2014, VI ZR 372/13, juris Rn 5; BGH, Urteil vom 20.12.2005, VI ZR 225/04, juris Rn 7 mwN).

Das plötzliche Buckeln und Hochgehen war ein solches, auf die unberechenbare Natur des Tieres zurückzuführendes, selbstständiges Verhalten des Pferdes S.

Die Haftung der Bekl. ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr ausgeschlossen. Der Versicherungsnehmer hat sich zwar in Kenntnis der Unarten des Pferdes und des Umstandes, dass das Pferd am 30. Januar 2012 erkennbar unwillig und die Gefahr eines Abwurfs nicht fernliegend war, dazu entschlossen das Pferd zu bereiten. Dennoch kommt ein Haftungsausschluss unter dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr nicht in Betracht.

Grundlage eines solchen Haftungsausschlusses ist der Grundsatz von Treu und Glauben und das sich hieraus ergebende Verbot widersprüchlichen Verhaltens

(BGH, NJW-RR 2006, 813, 814).

Nach der Rechtsprechung des BGH wird im Rahmen der Tierhalterhaftung eine vollständige Haftungsfreistellung des Tierhalters allerdings nur in eng begrenzten Ausnahmefällen anerkannt. Der Umstand, dass sich ein Geschädigter der Gefahr eines Tieres selbst ausgesetzt hat, ist regelmäßig erst bei der Abwägung der Verursachungsbeiträge nach § 254 BGB zu berücksichtigen

(BGH, Urteil vom 25.03.2014, VI ZR 372/13, juris Rn 7; BGH BeckRS 2009, 10839 Rn 7; BGH, NJW-RR 2006, 813, 815).

Bei Personen, die sich – wie hier der Versicherungsnehmer – aus beruflichen Gründen der Tiergefahr aussetzen, ist ein vollständiger Haftungsausschluss sowohl in Hinblick auf den Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr als auch unter Schutzzweckerwägungen abzulehnen

(BGH, Urteil vom 25.3.2014, VI ZR 372/13, juris Rn 9; BGH, Urteil vom 28.5.1968, VI ZR 35/67, juris Rn 8; OLG Celle, BeckRS 2012, 15264; BGH, Urteil vom 17.3.2009, VI ZR 166/08, juris Rn 9).

Von einem Handeln auf eigene Gefahr im Rechtssinne kann nur dann die Rede sein, wenn sich jemand in eine Situation drohender Eigengefährdung begibt, obwohl er die besonderen Umstände kennt, die für ihn eine konkrete Gefahrenlage begründen, ohne dass dafür ein triftiger – rechtlicher, beruflicher oder sittlicher – Grund vorliegt

(BGH, Urteil vom 17.3.2009, VI ZR 166/08, juris Rn 9).

Realisiert sich das mit der Berufsausübung eines Geschädigten notwendigerweise verbundene Risiko, so erweist sich eine Inanspruchnahme des Tierhalters nicht als widersprüchlich.

So liegt es hier. Der Versicherungsnehmer wurde als Reitlehrer und Bereiter damit beauftragt das Pferd zuzureiten. Aufgrund seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber der Bekl. bestand ein triftiger Grund das Pferd an dem Unfalltag zu bereiten und sich hierzu in den Gefahrenkreis des Tieres zu begeben. Der Versicherungsnehmer handelte somit nicht auf eigene Gefahr, sondern in Erfüllung seiner, der Tierhalterin gegenüber eingegangenen vertraglichen Verpflichtung.

Dass die Bekl. dem Versicherungsnehmer im vorliegenden Fall angeboten hatte, die Unterrichtsstunde auf einen ande-

ren Tag zu verlegen, ändert hieran nichts. Hierdurch wurde der Versicherungsnehmer nicht aus seinem Vertragsverhältnis entlassen oder der Vertragszweck als solcher verändert. Der Versicherungsnehmer sah sich in dieser Situation – aus seiner Sicht – mit der Entscheidung konfrontiert, seine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Bekl. zu erfüllen und seine Gesundheit einem aufgrund des damaligen Verhaltens des Pferdes erhöhten Risiko auszusetzen oder durch Abstandnahme von einem Beritt den Vertragszweck zu gefährden. Nachdem sich der Versicherungsnehmer in dieser Situation für die Erfüllung seiner Vertragspflichten entschieden hat, ist es nicht als treuwidrig anzusehen, wenn nunmehr die Kl.in aus übergegangenem Recht gegen die Bekl. Ansprüche wegen der Folgen des Abwurfs geltend macht. Wenn sich die Bekl. ihrer Tierhalterhaftung in der damaligen Situation hätte entziehen wollen, hätte sie den Versicherungsnehmer anweisen müssen, das Pferd nicht zu bereiten, so dass der Inhalt des Vertragsverhältnisses verändert worden wäre. Den Zuritt des Tieres an diesem Tag in das fachmännische Ermessen des Versicherungsnehmers zu stellen, war hierfür nicht ausreichend.

Der grundsätzlichen Tierhalterhaftung der Bekl. steht auch nicht entgegen, dass der Versicherungsnehmer das Pferd zum Unfallzeitpunkt selbst geritten hat noch, dass er von der Bekl. damit beauftragt wurde, das Pferd zu bereiten. Der Versicherungsnehmer könnte damit zwar als Tieraufseher im Sinne von § 834 BGB anzusehen sein (vgl. unter II. 2 b). Die Haftung des Tierhalters nach § 833 BGB greift grundsätzlich aber auch dann ein, wenn der Tieraufseher im Rahmen seiner Aufsichtsführung durch das betreute Tier verletzt wird

(BGH, Urteil vom 25.3.2014, VI ZR 372/13, juris Rn. 6).

Die Haftung der Bekl. war auch nicht durch einen stillschweigend vereinbarten Haftungsausschlusses abbedungen. Abgesehen von der erkennbaren Gefahrträchtigkeit der übernommenen Tätigkeit gab es keine weiteren Anhaltspunkte, die Rückschlüsse auf einen entsprechenden Willen der Parteien zulassen würden. Die bloße Gefahrträchtigkeit der Tätigkeit genügt aber nicht für die Annahme eines stillschweigend vereinbarten Haftungsausschlusses. Darüber hinaus entspricht es auch nicht der Interessenslage der Parteien, dass derjenige, der sich im Interesse seines Auftraggebers der mit seinem Beruf notwendig einhergehenden Tiergefahr aussetzt, um seinen Lebensunterhalt zu verdienen, den Tierhalter vollständig von dessen gesetzlicher Haftung entbindet. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung, dass hinter der Bekl. eine Versicherung steht. Ein Haftungsverzicht, der lediglich den Versicherer entlasten würde, entspricht in der Regel nicht dem Willen der Parteien und ihrem wohlverstandenen Interesse

(BGH, Urteil vom 9.6.1992, VI ZR 49/91, juris Rn 14).

Die Tierhalterhaftung der Bekl. aus § 833 BGB ist allerdings in Anwendung des § 254 BGB einzuschränken, weil den Versicherungsnehmer der Kl.in bei der Entstehung des Schadens ein eigener Verursachungsbeitrag traf, der mit 50 % zu bewerten ist.

Ein Mitverschulden des Versicherungsnehmers ist allerdings nicht bereits darin zu sehen, dass er die Aufgabe des Zureitens und damit eine besonders gefahrgeneigte Tätigkeit übernommen hat.

Im Rahmen von § 254 BGB kann lediglich vorwerfbares bzw. unsachgemäßes Verhalten anspruchsmindernd in Ansatz gebracht werden

(vgl. auch BGH, NJW-RR 1992, 2474; BGH, Urteil vom 17.3.2009, VI ZR 166/08, juris Rn 15).

Ein Verhalten ist dabei nur dann als vorwerfbar anzusehen, wenn sich ein Arbeitnehmer aus freier Willensentschließung in eine Gefahrenlage begeben hat, diese Gefahrenlage aber ebenso hätte meiden können

(OLG Hamburg, VersR 1965, 1009; vgl. auch OLG Naumburg, VersR 2008, 704).

Mit der Übernahme einer bestimmten Tätigkeit geht das Risiko einher, bestimmte Verletzungen zu erleiden. Hierfür hat der Auftraggeber in der Regel nur einzustehen, wenn ihn seinerseits ein Verschulden trifft, so dass es interessengerecht ist,

dem Auftragnehmer nicht gleichzeitig die Gefahrträchtigkeit der von ihm übernommenen Handlung entgegenzuhalten. Sofern der Auftraggeber – wie hier die Bekl. – ein Tierhalter ist, trifft diesen zwar unabhängig von eigenem Fehlverhalten eine Einstandspflicht für etwaige Schäden, die der vom ihm Beauftragte im Zusammenhang mit der Arbeit an bzw. mit dem Tier erleidet. Aus dem Gesetz lassen sich aber keine Anhaltspunkte ableiten, in diesem Fall ausnahmsweise das Berufsrisikos des Auftragnehmers im Rahmen eines etwaigen Mitverschuldens zu berücksichtigen. Allein der Umstand, dass der Auftraggeber einer verschärften Haftung unterliegt, kann nicht dazu führen, das mit der Übernahme einer Tätigkeit verbundene Risiko der eigenen Verletzung anders zu bewerten und hierin bereits ein Mitverschulden zu sehen.

Auch die Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Versicherungsnehmers als Tierhüter an dem Abwurf selbst kommt nicht in Betracht. Grundsätzlich gilt allerdings, dass ein Tieraufseher, der sich wegen der eigenen Schädigung an den Tierhalter hält, im Rahmen des Mitverschuldens auch die Vermutung des eigenen Verschuldens nach § 834 Satz 1 BGB gegen sich gelten lassen muss

(vgl. Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl., § 833 Rn. 21).

Tierhüter ist derjenige, der durch Vertrag jedenfalls als Nebenpflicht die Führung der Aufsicht über das Tier für den Tierhalter und damit die Sorge übernommen hat, dass kein Dritter durch das Tier geschädigt wird

(Wagner in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 834 Rn. 3; Palandt/Sprau, aaO, § 834 Rn. 2).

Bei Zugrundelegung einer eher formalen räumlichen Betrachtungsweise liegt es nahe, den Versicherungsnehmer nicht als Tierhüter anzusehen. Denn die Bekl. als Tierhalterin war unstreitig während der gesamten Unterrichtsstunde anwesend, so dass sich das Pferd damit noch in ihrem räumlichen Einflussbereich befand. Legt man hingegen eine eher funktionale Betrachtungsweise zugrunde, erscheint es näherliegend, den Versicherungsnehmer trotz der Anwesenheit der Bekl. als Tierhüter anzusehen. Denn zum Zeitpunkt des Abwurfs hatte der Versicherungsnehmer die alleinige Einflussmöglichkeit auf das Pferd und aufgrund seines überlegenen Wissens in Bezug auf Pferde hätte für die Bekl. auch kein Anlass bestanden, dem Versicherungsnehmer bei Problemen zu Hilfe zu kommen. Vielmehr hatte sie ihn gerade wegen ihrer Probleme mit dem Pferd beauftragt, diesem die Unarten abzugewöhnen.

Vorliegend kann es aber dahin stehen, ob der Versicherungsnehmer in der fraglichen Situation als Tierhüter anzusehen war. Denn es fehlt bereits an einem Anknüpfungspunkt, dass ein Fehlverhalten des Versicherungsnehmers Grund für den Abwurf war. Unstreitig kam es zu dem Abwurf des Versicherungsnehmers, weil das Pferd plötzlich buckelte und stieg. Dass das Pferd als Reaktion auf ein (Fehl-)Verhalten des Versicherungsnehmers buckelte und stieg, wird auch von der Kl.in nicht behauptet. Vielmehr geht auch diese davon aus, dass das Verhalten des Pferdes auf dessen besonderer Eigenwilligkeit an dem fraglichen Tag beruhte. Bei dieser Sachlage sind schon keine Anhaltspunkte für ein Verhalten des Versicherungsnehmers ersichtlich, für das er sich im Sinne von § 834 Satz 2 BGB entlasten müsste. Insofern kommt es auch nicht darauf an, dass sich der Versicherungsnehmer infolge des Abwurfs und der dabei erlittenen Verletzungen nicht mehr an den Unfallhergang erinnern kann und die Kl.in damit zum näheren Schadenshergang nichts vorzutragen vermag.

Den Versicherungsnehmer trifft jedoch insofern ein Mitverschulden, als er das Pferd an dem Unfalltag beritten hat, obwohl es an diesem Tag erkennbar widerwillig war und er von der Bekl. auch explizit auf diesen Umstand hingewiesen worden war.

(1) Die Zeugin D. wie auch die Bekl. im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung haben übereinstimmend erklärt, das Pferd sei auch im Januar 2012 noch widerwillig gewesen und habe immer wieder ein ähnliches Verhalten wie am Unfalltag gezeigt. Der Zustand des Pferdes wurde von der Zeugin und der Bekl. als ein Wechsel zwischen Phasen, in denen das Pferd gut zu führen war, und schlechten Phasen der Widerwilligkeit,

in denen es stieg und buckelte, sobald es geritten werden sollte, beschrieben. Weiter hat die Bekl. bei ihrer persönlichen Anhörung erklärt, am Unfalltag sei das Pferd über einen Zeitraum von etwa 10 Minuten gestiegen und habe gebuckelt, bevor es zu dem Abwurf des Versicherungsnehmers kam. Das Pferd habe zwar nicht während der gesamten Zeit auf den Hinterbeinen gestanden bzw. gebuckelt, es habe aber über einen längeren Zeitraum hinweg bis zum Abwurf immer wieder dieses widerwillige Verhalten gezeigt. Der Senat hat keinen Anlass an der Richtigkeit der Aussage der Zeugin D. und den Angaben der Bekl. zu zweifeln. Beide haben das damalige Verhalten des Pferdes glaubhaft und anschaulich beschrieben.

Vor dem Hintergrund dieser Angaben hat der Sachverständige Dr. B. im Rahmen des mündlich erstatteten Gutachtens erklärt, dass es in dieser Situation seiner Einschätzung nach nicht erforderlich gewesen sei, das Pferd im Hinblick auf seine Ausbildung zu bereiten. Es sei – so der Sachverständige – davon auszugehen, dass es sich bei dem Steigen und Buckeln um ein über längere Zeit eingeschliffenes Verhaltensmuster des Pferdes gehandelt habe. Schon deshalb wäre es mit Blick auf die Ausbildung des Pferdes nicht darauf angekommen, das Pferd auch an diesem Tag zu bereiten. Als sich das Pferd am Unfalltag erkennbar widerwillig zeigte, hätte der Versicherungsnehmer nach Einschätzung des Sachverständigen eine Alternative zum Bereiten des Pferdes haben müssen, um mit dem Tier weiter arbeiten und dessen Ausbildung vorantreiben zu können. Da sich das Verhalten des Pferdes trotz längerer Ausbildung durch den Versicherungsnehmer nicht entscheidend gebessert habe, sei es aus seiner Sicht – so der Sachverständige weiter – auch zweifelhaft, ob es zur Ausbildung des Pferdes überhaupt sinnvoll gewesen sei, das Pferd trotz seiner erkennbar ganz erheblichen Widerwilligkeit zu bereiten. Jedenfalls aber nachdem das Pferd am Unfalltag über einen längeren Zeitraum hinweg widerwillig war und buckelte sowie stieg, hätte der Versicherungsnehmer seiner Einschätzung nach reagieren müssen und in einer der „Ruhephasen“ von dem Pferd absteigen oder sich aus dem Sattel fallen lassen müssen, anstatt weiter die Konfrontation mit dem Tier zu suchen. Denn ein derart langanhaltendes widerwilliges Verhalten eines Pferdes sei als Extremsituation anzusehen. Der Sachverständige hat sein Gutachten nachvollziehbar und überzeugend erstattet. Der Senat hat keine Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen und der Richtigkeit seiner Ausführungen.

Im Hinblick auf diese Ausführungen des Sachverständigen ist bereits die Entscheidung des Versicherungsnehmers, das Pferd trotz seiner erkennbaren Widerwilligkeit am Unfalltag zu bereiten, als ein Mitverschulden begründendes Verhalten zu bewerten. Der Versicherungsnehmer war trotz des Vertrages mit der Bekl. nicht verpflichtet, das Pferd an dem Unfalltag zu bereiten und dadurch seine Gesundheit dem damit erkennbar erhöhten Risiko auszusetzen. Indem der Versicherungsnehmer sich dennoch am Unfalltag dem mit einem Beritt verbundenen erhöhten Risiko aussetzte, tat er dies in eigener Verantwortung und muss sich dieses Verhalten Mitverschulden entgegenhalten lassen. Das von dem Versicherungsnehmer eingegangene Risiko kam insofern nicht der Bekl. zu Gute und kann damit nicht mehr als normales Berufsrisiko angesehen werden, welches der Versicherungsnehmer aufgrund seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber der Bekl. einzugehen hatte. Erst Recht gilt dies im Hinblick darauf, dass der Versicherungsnehmer trotz der langanhaltenden Widerwilligkeit des Pferdes den Beritt fortsetzte und nicht – wie vom Sachverständigen Dr. B. ausgeführt – in einer „Ruhephase“ von dem Pferd abstieg. Jedenfalls nachdem das Pferd über mehrere Minuten hinweg immer wieder buckelte und stieg, hätte der Versicherungsnehmer erkennen müssen, dass es in dieser Situation geboten war, nicht weiter die Konfrontation mit dem Pferd zu suchen und die damit erkennbare Gefahr einer eigenen Verletzung einzugehen.

(2) Der Senat bewertet den Mitverschuldensanteil des Versicherungsnehmers gegenüber der Gefährdungshaftung der Bekl. als Tierhalterin mit einem Anteil von 50 %. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Versicherungsnehmer hinsichtlich des Beritts an dem fraglichen Tag zwar ein Ermessensspiel-

raum zustand, es ihm allerdings obliegen hätte, sein Ermessen an diesem Tag dahingehend auszuüben, von einem Beritt des Pferdes abzusehen, damit er nicht selbst zu Schaden kommt. Jedes Bereiten eines schwierigen Pferdes ist mit einem nicht unerheblichen Risiko verbunden und als berufsmäßiger Bereiter für sogenannte „Problempferde“ musste der Versicherungsnehmer auch ein höheres Risiko in Kauf nehmen. Nachdem das Pferd am Unfalltag über einen Zeitraum hinweg buckelte und stieg, hätte auch der Versicherungsnehmer dieses Risiko nicht mehr in Kauf nehmen dürfen.

Der mit diesem Verhalten des Versicherungsnehmers verbundene Mitverschuldensvorwurf wiegt allerdings nicht derart schwer, dass deshalb die Tierhalterhaftung der Bekl. vollständig verdrängt wird. Dabei ist zu beachten, dass es dem Versicherungsnehmer nach den Angaben der Bekl. in der Vergangenheit stets gelungen war, das Pferd trotz seines widerwilligen Verhaltens unter seine Kontrolle zu bringen. Insofern ist es zumindest verständlich, wenn der Versicherungsnehmer trotz der am Unfalltag erkennbaren besonderen Unwilligkeit des Pferdes davon ausging, auch an diesem Tag das schwierige Pferd bereiten zu können, ohne dabei verletzt zu werden.

Insgesamt ist danach das Mitverschulden des Bekl. als gleich zu gewichtender Verursachungsbeitrag neben der Gefährdungshaftung der Bekl. aus § 833 BGB anzusehen.

Einer Vernehmung der ebenfalls benannten Zeugen L. und B. bedurfte es nicht, weil die Parteien hierauf in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat verzichtet haben.

Unter Berücksichtigung eines Mitverschuldensanteils von 50 % kann die Kl.in von der Bekl. die Zahlung von 38.260,92 € verlangen. Denn die Kl.in hat unstreitig für die Heilbehandlung des Versicherungsnehmers einen Betrag von 76.521,84 € erstattet, so dass sich bei einer Kürzung um die Hälfte der zuvor genannte Betrag errechnet. Der in diesem Zusammenhang von der Bekl. erhobene Einwand, die Kl.in habe das Medikament Lyrica sowie Leistungen für die Krankengymnastik durch das Reha-Zentrum N. über ihre vertragliche Verpflichtung hinaus erstattet, greift nicht durch. Denn auch für Leistungen, die der Versicherer über seine vertragliche Verpflichtung hinaus aus Kulanz übernimmt, greift der Anspruchsübergang zu Gunsten des Versicherers ein

(vgl. Armbrüster in Prölss/Martin, VVG, 29. Aufl., § 86 VVG Rn 38)...

BGB §§ 119, 1943 f, 1953

- 1. Die Prüfung eines Anfechtungsgrundes hat das Gericht nicht auf den in der Anfechtungserklärung ausdrücklich aufgeführten Sachverhalt zu beschränken. Eine wirksame Anfechtungserklärung bedarf nur der eindeutigen Kundgabe eines Anfechtungswillens, nicht der Angabe eines Anfechtungsgrundes. Der Anfechtende kann seine Beweggründe auch im Nachlassverfahren noch erläutern.**
- 2. Ein Irrtum über die Überschuldung des Nachlasses (§ 119 Abs. 2 BGB) liegt nur vor, wenn der Erbe von einer Werthaltigkeit des Nachlasses ausgegangen ist. Daran fehlt es, wenn dem Erben die Möglichkeit der Überschuldung bewusst war, weil er selbst keine genauen Vorstellungen vom Nachlassbestand hatte.**
- 3. Meint der Erbe, dass die Frist zur Ausschlagung des Erbes erst mit Erhalt des Erbscheins zu laufen beginnt, liegt nicht nur ein unbeachtlicher Irrtum über die Rechtsfolgen seines Verhaltens vor, sondern stellt sich ein solcher Irrtum vielmehr als Inhaltsirrtum dar.**

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Beschl. vom 31. Juli 2015 – 3 Wx 120/14 –, Hi.

Am 26. Mai 2014 verstarb X. Sie stand in ihren letzten Lebensmonaten unter umfassender Betreuung. Betreuer war ein benachbarter Rechtsanwalt, der Zeuge Y. Die Erblasserin war geschieden. Der Beteiligte Z ist ihr einziger Sohn. Der Beteiligte beantragte unter dem 23. Juli 2014 einen Erbschein für sich als gesetzlichem Alleinerben, der ihm am 24. Juli 2014 erteilt wurde. In den folgenden Wochen löste der Beteiligte die Wohnung der Erblasserin auf. Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 21. August 2014, beim Nachlassgericht eingegangen am 26. August 2014, erklärte er die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist. Er erläuterte die Anfechtungserklärung auf Nachfrage des Nachlassgerichts mit weiterer notariell beurkundeter Erklärung vom 8. Oktober 2014 dahingehend, dass die Anfechtung der Annahme der Erbschaft gemeint gewesen sei. Zur Begründung der Anfechtung hat er vorgetragen, dass er erst nach Erhalt des Erbscheins am 25. Juli 2014 Einsicht bei der Postbank in die

Bankunterlagen der Erblasserin erhalten habe. Hierdurch erst habe er von der Überschuldung des Nachlasses erfahren.

Mit Beschluss vom 28. November 2014 hat das Nachlassgericht entschieden, dass der Erbschein nicht als unrichtig eingezogen werde. Es hat die Entscheidung damit begründet, dass die Anfechtung der Annahme der Erbschaft wegen Eigenschaftsirrums nach § 119 Abs. 2 BGB nicht wirksam erfolgt sei. Der Erklärung des Beteiligten, dass er erst nach Erhalt des Erbscheins Kenntnis von der Zusammensetzung des Nachlasses erhalten habe, könne nicht gefolgt werden. Aus der Betreuungsakte sei ersichtlich, dass der Betreuer am 28. April 2014 ein Vermögensverzeichnis der Betreuten erstellt habe, in dem sowohl das Aktiv- als auch das Passivvermögen der Betreuten erfasst sei. Der Betreuer habe mit dem Beteiligten auch über die Frage einer Entlastungserklärung gesprochen. Diese habe der Beteiligte am 29. Mai 2014 unterzeichnet und es sei nicht anzunehmen, dass er dies getan und auf die förmliche Schlussrechnungslegung verzichtet hätte, wenn er nicht Kenntnis über den Vermögensbestand zu Beginn und Ende der Betreuung gehabt hätte. Auch habe es ihm als dem Sohn der Betreuten offen gestanden, vor der Erteilung der Entlastungserklärung und vor Beantragung eines Erbscheins Einsicht in die Betreuungsakte zu beantragen. Ein Irrtum liege jedoch dann nicht vor, wenn der Erbe sich der Möglichkeit bewusst sei, dass seine Vorstellung unrichtig sein könnte, er dies aber in Kauf nehme.

Der Beteiligte hat Beschwerde eingelegt. Er hat ausgeführt, dass er ein sehr gutes Verhältnis zu dem Betreuer gehabt und ihm vollumfänglich vertraut habe. Insofern habe er auch die Entlastungserklärung „blanko“ unterschrieben. Der Betreuer habe ihm erklärt, dass möglicherweise noch ein Kredit bei der Postbank bestünde. Er, der Beteiligte, sei davon ausgegangen, dass es sich hierbei um ein Altdarlehen handle, das die Erblasserin nach seiner Kenntnis zurückgezahlt habe. Erst nach Erhalt des Erbscheins sei die Postbank bereit gewesen, ihm Auskunft zu erteilen. Dabei habe er erstmals von dem zu Lasten des Nachlasses noch offenstehenden Kredit in Höhe von 3721,78 € erfahren. Unverzüglich danach habe er die Erbschaft angefochten. Der Erbschein sei einzuziehen.

Die Beschwerde hatte nach Anhörung des Beteiligten und des ehemaligen Betreuers des Beteiligten durch das Beschwerdegericht Erfolg.

Aus den Gründen

Die Beschwerde hat Erfolg.

Von einer Zurückverweisung der Sache zur ordnungsgemäßen Durchführung des Abhilfeverfahrens hat der Senat abgesehen. Das Beschwerdegericht ist auch bei fehlerhaftem Abhilfeverfahren – hier wegen unterbliebener Auseinandersetzung mit der Beschwerdebegründung – zu eigener Entscheidung befugt

(Keidel/Sternal, 18. Aufl. 2014, § 68 Rn. 34).

1. Die Beschwerde ist zulässig. Der Beteiligte ist beschwerdebefugt. Die Beschwerde gegen die Ablehnung der Einziehung eines Erbscheins steht jedem zu, dessen Recht infolge des öffentlichen Glaubens des Erbscheins durch dessen Unrichtigkeit beeinträchtigt wird. Auch derjenige, der den Erbschein selbst beantragt hatte, ist beschwerdebefugt, wenn er sich mittlerweile nicht mehr für den Erben hält

(BGH NJW 1959, 1730, 1731; Keidel/Zimmermann, § 353 Rn. 25).

Die Beschwerdebefugnis ist aber auch nicht davon abhängig, dass der Beteiligte formell die Einziehung des Erbscheins beantragt hatte. Da es für die Einziehung eines Erbscheins keines Antrags bedarf, gilt die Einschränkung der Beschwerdebefugnis aus § 59 Abs. 2 FamFG nicht

(Keidel/Zimmermann, § 353 Rn. 24).

2. Die Beschwerde ist begründet.

a) Formelle Bedenken stehen dem Beschluss des Nachlassgerichts allerdings nicht entgegen. Zwar ist fraglich, ob der Beteiligte tatsächlich einen Antrag auf Einziehung des Erbscheins gestellt hatte, wovon das Nachlassgericht ausweislich der tenorierten Kostenentscheidung offenbar ausgegangen ist. Der Beteiligte hat nur ohne weitere Erklärungen seine Anfechtungserklärung zur Akte gereicht. Zum einen aber bedarf es für die Einziehung eines unrichtigen Erbscheins keines Antrags, sie hat ggf. auch von Amts wegen zu erfolgen. Zum anderen lässt sich der abschließende Satz in der Beschwerdebegründung als – nunmehr jedenfalls gestellter – Einziehungsantrag verstehen.

b) Die Beschwerde ist begründet. Der Beteiligte ist zwar der an sich berufene gesetzliche Erbe nach der Erblasserin. Er hat die Erbschaft auch angenommen. Von einer Annahme ist sowohl aufgrund der Versäumung der Ausschlagungsfrist als auch wegen des Verhaltens des Beteiligten auszugehen. In beiderlei Hinsicht hat er die Annahme jedoch wirksam angefochten mit der Folge, dass der Anfall der Erbschaft an ihn nach § 1953 Abs. 1 BGB als nicht erfolgt gilt.

aa) Die am 21. August 2014 gegenüber dem Nachlassgericht in notariell beglaubigter Urkunde abgegebene Erklärung genügt

der Form (§§ 1945, 1955 BGB). Sie wäre – träge seine Darstellung zu – fristgerecht, denn sie erfolgte innerhalb von sechs Wochen, nachdem er von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erhalten und hierdurch zur Ausschlagung der Erbschaft und Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist veranlasst worden sein will.

bb) Die Anfechtungserklärung ist auch inhaltlich beachtlich. Ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum des Beteiligten lag vor.

aaa) Die Prüfung eines Anfechtungsgrundes hat das Gericht nicht auf den in der Anfechtungserklärung ausdrücklich aufgeführten Sachverhalt zu beschränken. Eine wirksame Anfechtungserklärung bedarf nur der eindeutigen Kundgabe eines Anfechtungswillens, nicht der Angabe eines Anfechtungsgrundes. Der Anfechtende kann seine Beweggründe auch im Nachlassverfahren noch erläutern. Nachlass- und Beschwerdegericht haben sodann zu prüfen, ob die vorgebrachten Tatsachen zutreffen und ihn zur Anfechtung berechtigen

(BayObLG DNotZ 1984, 408, 410).

Dies ist hier der Fall.

bbb) Entgegen dem ersten Anschein ergibt sich der Anfechtungsgrund allerdings nicht aus einem Irrtum über die Überschuldung des Nachlasses (§ 119 Abs. 2 BGB). Ein solcher Irrtum liegt nur vor, wenn der Erbe von einer Werthaltigkeit des Nachlasses ausgegangen ist. Daran fehlt es, wenn dem Erben die Möglichkeit der Überschuldung bewusst war, weil er selbst keine genauen Vorstellungen vom Nachlassbestand hatte

(OLG Düsseldorf, ErbR 2015, 91, 91 f; FamRZ 2011, 1171; Leipold in MüKoBGB, 6. Aufl. 2013, § 1954 Rn. 14).

So war es hier. Auch wenn dem Beteiligten „klar (gewesen ist), dass nichts zu erben sei“, wie er in seiner mündlichen Anhörung erklärt hat, so hat er doch einen geringen Nachlasswert auch nicht ausschließen wollen. Er hielt es immerhin für denkbar, dass die Kosten der Wohnungsauslösung gedeckt wären und dass sogar noch etwas übrig bleiben könne, was dann sein Sohn hätte bekommen sollen.

ccc) Der Beteiligte hat seine Anfechtung bei genauer Betrachtung aber auch nicht auf einen Irrtum über die Überschuldung des Nachlasses gestützt. Aus seinem Vortrag ergibt sich vielmehr ein Irrtum über den Beginn der Ausschlagungsfrist. Die Ausschlagungsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft und dem Berufungsgrund Kenntnis erlangt (§ 1944 Abs. 2 BGB). Dem Beteiligten war nach eigenem Bekunden zwar bekannt gewesen, dass er das Erbe nur binnen bestimmter, kurzer Frist ausschlagen könne. Er hat aber gemeint, dass diese Frist erst mit Erhalt des Erbscheins zu laufen beginne. In einem solchen Irrtum liegt nicht nur ein Irrtum über die Rechtsfolgen eines Verhaltens, der unbeachtlich wäre. Ein solcher Irrtum stellt sich vielmehr als Inhaltsirrtum dar.

§ 1943 BGB misst dem Verhalten des Erben nach Anfall der Erbschaft schlüssigen Erklärungswert zu. Lässt das Verhalten des Erben auf einen Annahmewillen schließen, dann gilt es auch als Annahme. Verhält sich der Erbe in entsprechender Weise, fehlt ihm tatsächlich jedoch der Wille, die Erbschaft endgültig zu behalten, so unterliegt er einem Irrtum über den Erklärungswert seines Verhaltens. Deshalb unterliegt derjenige, der trotz fehlenden Annahmewillens die Ausschlagungsfrist verstreichen lässt, weil er über ihr Bestehen, ihren Lauf oder die Rechtsfolgen ihres Ablaufs irrt, einem nach § 119 Abs. 1 BGB beachtlichen Irrtum über den Inhalt der von ihm durch schlüssiges Verhalten abgegebenen Erklärung

(grundlegend RGZ 143, 419; Frieser/Schlünder, 4. Aufl. 2013, § 1954; Hausmann/Hohloch/Ruby/Urlicher, Handbuch des Erbrechts, 2008, Kap. 2 Rnrrn. 215 f; ebenso bei gänzlich fehlender Kenntnis vom Ausschlagungsrecht: BayObLGZ 1983, 153, 162 f; Damrau/Tanck, 3. Aufl. 2014, § 1954 Rn. 6; MüKoBGB/Leipold, § 1954 Rn. 6; Palandt/Weidlich, 74. Aufl. 2015, § 1954 Rn. 3; Staudinger/Otte, Bearb. 2008, § 1954 Rn. 4; anders bei ausdrücklicher Annahmeerklärung, BayObLG FamRZ 1996, 59, 61; BayObLG NJW 1988, 1270).

Einem derartigen Irrtum unterlag der Beteiligte. Er habe, so hat er behauptet, von Anfang an gegenüber dem Nachlassgericht deutlich gemacht, dass er nur zur Auflösung der Wohnung bereit sei, wenn es für ihn „mehr oder weniger bei ‚0‘ „ bliebe. Um dies beurteilen zu können, habe er aber zunächst

den Erbschein benötigt, denn erst danach habe der ehemalige Betreuer der Erblasserin ihm den Wohnungsschlüssel ausgehändigt. Nun erst habe er sich umfassend Auskunft darüber verschaffen können, was genau an Vermögen vorhanden gewesen sei. Diese Darstellung ist glaubhaft. Sie ist in sich stimmig und wird durch die Aussage des Zeugen Y insoweit, als es seine Person betrifft, bestätigt. Der Zeuge hat im Freibeweisverfahren gegenüber dem Senat auf telefonische Nachfrage hin erklärt, dass er vom Betreuungsgericht nachdrücklich angehalten worden sei, die Wohnungsschlüssel nur gegen Vorlage des Erbscheins herauszugeben.

Bei der Würdigung der Glaubhaftigkeit der Erklärungen des Beteiligten fällt ins Gewicht, dass ihm sein Vortrag über die Unkenntnis von der Überschuldung vor Erteilung des Erbscheins geglaubt werden kann. Ein erster Anhaltspunkt dafür, dass der Beteiligte tatsächlich erst am 25. Juli 2014 von dem offenen Kreditbetrag erfahren hat, ergibt sich schon aus dem Akteninhalt. Einem Vermerk auf Bl. 31 d.A. ist zu entnehmen, dass der Beteiligte am 18. August 2014 telefonisch gegenüber dem Nachlassgericht mitgeteilt hat, dass er mit einem Erbschein zur Bank gegangen sei und dort von dem Kredit erfahren habe. Er wolle diese Schulden nicht erben und die Erbschaft ausschlagen. Auch findet sich ein Telefonvermerk über den Anruf des Vermieters der Erblasserin bei dem Nachlassgericht in der Akte, demzufolge dieser von einem Telefonat mit dem Beteiligten berichtet hat, indem dieser ihm wiederum die Ausschlagung der Erbschaft wegen neuer Erkenntnisse angekündigt habe (Bl. 35 d.A.). Diese spontanen Erklärungen des Beteiligten sprechen bereits dafür, dass er tatsächlich erst durch den Gang zur Bank von dem Kredit erfahren hat. Jedenfalls nach Anhörung des Beteiligten bleiben daran keine Zweifel.

Zweifel an der Richtigkeit der Schilderung des Beteiligten ergeben sich nicht daraus, dass er dem Betreuer die Entlastung erteilt und auf die Erstellung einer Schlussrechnung verzichtet hat, ohne von diesem eine genaue Aufstellung der Verbindlichkeiten erhalten zu haben. Der Beteiligte hat nachvollziehbar geschildert, dass er dem Betreuer vollen Umfangs vertraut habe. Dies hält der Senat entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts keineswegs für völlig lebensfremd. Anlass dafür konnte für den Beteiligten schon sein, dass es sich bei dem Betreuer nicht um einen beliebigen Anwalt handele, den das Nachlassgericht ausgesucht hatte, sondern um einen Nachbarn der Betreuten, die sich ihn als Betreuer gewünscht hatte. Der Betreuer war sogar zu ehrenamtlicher Tätigkeit bereit gewesen. Überdies ging der Beteiligte davon aus, dass die Erblasserin ohnehin nicht über nennenswertes Vermögen verfügt hatte. Vor Allem aber hat der Zeuge in seiner schriftlichen Aussage die Darstellung des Beteiligten bestätigt.

Auch in anderer Hinsicht hat sich die Darstellung des Beteiligten bei seiner Anhörung und durch Befragung des Zeugen als richtig erwiesen. Der aktenkundigen Entlastungserklärung des Beteiligten für den Betreuer zufolge hätte der Beteiligte bereits am 29. Mai 2014 mit dem Betreuer gesprochen und ihm die Entlastung erteilt. Der Beteiligte hat dies in seiner Anhörung bestritten. Er hat im Einzelnen dargelegt, dass er erst Ende Juli 2014 im Rahmen der Wohnungsauflösung mit dem Betreuer über die Entlastung gesprochen und sie ihm erteilt habe. Der Zeuge Y hat dies auf telefonische Nachfrage des Senats als wohl richtig bestätigt. Er könne sich, so der Zeuge, nicht mehr mit Gewissheit erinnern, gehe aber wie der Beteiligte davon aus, dass das Datum der Entlastungsurkunde den Tag wiedergebe, an dem er sie vorbereitet habe. Er meine aber, er habe dann tatsächlich erst viel später mit dem Beteiligten darüber gesprochen, als er ihm gegen Vorlage des Erbscheins die Wohnungsschlüssel ausgehändigt habe. Eine frühere Entlastungserklärung durch den Beteiligten wäre nach Auffassung des Senats auch kaum sinnvoll gewesen. Erst nach dokumentierter Erbenstellung war eine Entlastungserklärung des Beteiligten für den Betreuer von Wert.

Die Schilderung des Beteiligten erweist sich nach Allem als in sich stimmig und, soweit überprüfbar, richtig. Ihr kann deshalb geglaubt werden.

ddd) Die Ausschlagung ist dem Beteiligten nicht nach § 1943 BGB durch die bereits erfolgte Annahme der Erbschaft verwehrt. Allerdings hat der Beteiligte die Erbschaft angenommen. Er hat einen Erbschein beantragt und die Wohnung der Erblasserin aufgelöst. Mit beidem hat er den Willen zur Annahme der Erbschaft zum Ausdruck gebracht. Jedoch ist auch ein Verhalten, das auf einen Annahmewillen schließen lässt – wie etwa die Beantragung eines Erbscheins oder der Verbrauch von Nachlassgegenständen oder die Verfügung darüber – als Inhaltsirrtum anfechtbar, wenn dem Erben ein solcher Wille fehlte

(Damrau/Tanck, § 1954 Rn. 6; MüKO BGB/Leipold, § 1954 Rn. 5; Palandt/Weidlich, § 1954 Rn. 3; Hausmann/Hohloch/Ruby/Uricher, Kap. 2 Rnn. 235 – S. 189 –).

Auch einen solchen Irrtum hat der Beteiligte glaubhaft gemacht. Soweit es die Annahme durch Beantragung des Erbscheins angeht, folgt der Irrtum schon zwangsläufig aus dem oben behandelten Irrtum über den Beginn der Ausschlagungsfrist. Für den Beteiligten war der Erbschein nur die vermeintlich notwendige Voraussetzung für den Beginn der Ausschlagungsfrist. Es ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, dass die Niederschrift über den Erbscheinsantrag nicht den Satz enthält, dass der Beteiligte die Erbschaft angenommen habe. Dies passt zu seiner Erklärung, dass er sich zu diesem Zeitpunkt eben noch nicht entschieden habe. Der Beteiligte hat aber auch nachvollziehbar erklären können, weshalb er sich um die Auflösung der Wohnung gekümmert hat, bevor er sich über die Erbenstellung klar geworden ist. Er stand wegen der Beendigung des Mietverhältnisses unter Zeitdruck. Die finanzielle Belastung war gering; sie erschöpfte sich im Wesentlichen in den Entsorgungsgebühren in Höhe von 31,50 € und 13,50 €, die der Beteiligte seiner Darstellung in der Anhörung zufolge übernommen hat. Ein Kostenrisiko in dieser Höhe konnte er eingehen. Außerdem war ihm bekannt, dass seine Mutter eine Lebensversicherung zu seinen Gunsten in Höhe von 5000,00 € abgeschlossen hatte, mit der er – so sein Verständnis – ihre Beerdigung habe bezahlen sollen. Zumindest mit dem hierbei zu erwartenden Restbetrag konnte er sich schadlos halten. Im Übrigen kann auf die oben dargestellte Würdigung zur Glaubhaftigkeit der Darstellung des Beteiligten verwiesen werden.

Der Erbschein ist nach allem als unrichtig einzuziehen. Da hierzu nur das Nachlassgericht befugt ist (§ 2361 BGB), war es entsprechend anzuweisen...

BGB § 2247

- 1. Kann der Inhalt des vom Erblasser Erklärten seinem Wortlaut nach nicht vollständig aus der handschriftlichen Urkunde entnommen werden, weil diese auch mit sachverständiger Hilfe nicht vollständig lesbar ist, liegt keine formwirksam verlaubliche letztwillige Verfügung vor. Über die mangelnde Lesbarkeit können außerhalb der Urkunde liegende Umstände – etwa Zeugenaussagen zum Inhalt des Schriftstücks – nicht hinweghelfen.**
- 2. Beruhen die Zweifel an dem Inhalt einer letztwilligen Verfügung auf undeutlicher Schreibweise bzw. schwer lesbarer Schrift kann ein Schriftsachverständiger hinzugezogen werden, auch wenn dieser vorrangig mit der Beurteilung der Echtheit von Schreibleistungen befasst ist. Die Entzifferung von allein wegen der Schreibweise schwer lesbaren Schriftstücken beruht nämlich nicht auf wissenschaftlichen Methoden, sondern auf Erfahrung, die sich ein Schriftsachverständiger durch seine Tätigkeit durchaus aneignet.**

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Beschl. v. 16. Juli 2015 – 3 Wx 19/15 –, Hi.

Die Beteiligte zu 1. ist das einzige Kind der 2012 verstorbenen A. Die Beteiligte zu 2., D, kam als Pflegekraft beruflich und privat in Kontakt zu der Erblasserin. Der Ehemann der Erblasserin, B., ist 2011 vorverstorben. Die Ehegatten hatten letztwillige Verfügungen über ihre Bestattung, aber keine Erbfolgeregelung getroffen. Dementsprechend ist der Beteiligten zu 1. am 08. November 2012 ein Erbschein als Alleinerbin aufgrund gesetzlicher Erbfolge erteilt worden. Nachdem die Beteiligte zu 2. jedoch ein Schriftstück vorgelegt hat, dass die Erblasserin am 06. April 2012 errichtet habe und das ihre, der Beteiligten 2., Einsetzung zur Alleinerbin beinhalten solle, hat das Nachlassgericht den Erbschein

als unrichtig eingezogen. Echtheit und Inhalt des Schriftstücks sind streitig. Die Beteiligte zu 2. hat behauptet, sie habe das Schriftstück von der Zeugin C, einer anderen Pflegekraft der Erblasserin, erhalten. Die Erblasserin habe es im Beisein der Zeugin gefertigt. Sie habe es der Zeugin in einem verschlossenen Umschlag mit den Worten übergeben, sie möge ihn nach ihrem Tode „meiner D“ geben, die alles bekommen solle. Von der Zeugin habe sie das Schriftstück dann erhalten. Das Schriftstück sei so zu lesen:

„Ich, A, vermache alles meiner D, geb. ... Dezember ..., A. 06. April 2012“
Zum Zeitpunkt der Errichtung dieses demnach als Testament auszulegenden Schriftstücks sei die Erblasserin nicht testierunfähig gewesen. Auch sonst sei das Testament rechtlich unbedenklich. Es verstoße nicht gegen § 14 Abs. 5 HeimG, wonach den Mitarbeitern eines Heimes die Entgegennahme geldwerter Leistungen von Heimbewohnern untersagt sei.

Die Beteiligte zu 1. hat gegen die Einziehung des Erbscheins Beschwerde eingelegt. Sie hat aus formellen und materiellen Bedenken in Frage gestellt, dass es sich bei dem nun vorgelegten Schriftstück um ein wirksames Testament handle. Das Schriftstück sei nicht lesbar.

Das Nachlassgericht hat die Beschwerde gegen die Einziehung des Erbscheins als Antrag auf Erlass eines neuen, dem alten Erbschein inhaltlich entsprechenden Erbscheins ausgelegt. Nach Beweiserhebung über die Testierfähigkeit der Erblasserin durch zeugenschaftliche Vernehmung von Ärzten der Erblasserin und über die Lesbarkeit des Schriftstücks durch Einholung eines schriftlichen und mündlichen Gutachtens der Sachverständigen Y hat es dem Antrag stattgegeben. Die Beteiligte zu 1. sei gesetzliche Erbin nach der Erblasserin geworden, weil das von der Beteiligten zu 2. vorgelegte Schriftstück kein wirksames Testament enthalte. Es sei nicht lesbar. Auch die Sachverständige Y habe es nicht vollständig entziffern können. Die Sachverständige sei für die Begutachtung besonders qualifiziert, weil sie aufgrund ihrer Tätigkeit als Schriftsachverständige mehrjährige Erfahrung im Entziffern von Schriftstücken habe. Eine Vernehmung der Frau C habe es nicht bedurft. Für die Entzifferung der Testamentsurkunde habe allein die Urkunde selbst herangezogen werden dürfen. Eine Einbeziehung sonstiger Umstände führe zur Umgehung des Formerfordernisses nach § 2247 BGB. Aus dem entzifferbaren Teil des Schriftstücks ergebe sich keine Einsetzung der Beteiligten zu 2. zur Allein- oder Miterbin nach der Erblasserin. Aus dem lesbaren Teil ergebe sich nicht einmal, dass es sich tatsächlich um eine Verfügung von Todes wegen handle. Es sei auch nicht eindeutig festzustellen, was genau die Erblasserin „vermachen“ wolle.

Die Beteiligte zu 2. hat Beschwerde eingelegt. Die Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben.

Aus den Gründen

Die Beschwerde ist unbegründet.

Der Beteiligten zu 1. ist der beantragte Erbschein als gesetzlicher Alleinerbin nach ihrer Mutter zu erteilen, weil eine vorrangige testamentarische Erbfolge nicht feststellbar ist. Sie ließe sich nur aus dem Schriftstück vom 6. April 2012 herleiten, dass indes den Formerfordernissen eines wirksamen Testaments nicht genügt.

1. Nach § 2247 Abs. 1 BGB kann ein Testament durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichtet werden. Weitere Formvorschriften für ein eigenhändiges Testament bestehen nicht. Die Urkunde muss weder als Testament überschrieben noch von Zeugen mitunterschrieben sein und auch nicht zwingend Tag und Ort der Errichtung nennen (vgl. § 2247 Abs. 2 BGB). Umso wichtiger ist die Beachtung der einzigen Voraussetzung der Eigenhändigkeit der Errichtung. Sie setzt voraus, dass der erklärte Wille in vollem Umfang aus dem Geschriebenen hervorgeht. Dies schließt es nicht aus, bei Auslegungszweifeln Umstände außerhalb der Urkunde mit einzubeziehen. Auch dann aber bleibt Gegenstand der Auslegung ausschließlich der niedergeschriebene Text. Daraus ergibt sich als zwingende Formvorschrift die Lesbarkeit der Niederschrift. Ist ein Schriftstück jedoch auch mit sachverständiger Hilfe nicht lesbar, liegt keine formwirksam verlaubliche letztwillige Verfügung vor

(OLG Hamm, FamRZ 1992, 356; KG NJW-RR 1998, 1298).

2. Der Senat – Spezialsenat für Nachlassangelegenheiten – ist trotz langjähriger Erfahrung mit der Entzifferung schwer lesbarer letztwilliger Verfügungen nicht in der Lage, das Schriftstück soweit zu entziffern, dass es einen eindeutigen Inhalt erhält. Er geht mit dem Nachlassgericht davon aus, dass die ersten drei Worte „ich A“ und die letzten Worte „D geb. ...“ gefolgt von der Unterschrift und der Zahlreihe „06.04.12“ lauten. Diese Worte weisen die Erblasserin als Erklärende aus und lassen einen Bezug der Erklärung zu der Beteiligten zu 2., die namentlich und mit ihrem Geburtsdatum genannt wird, erkennen. Die letzten vier Zahlen könnten auf den 06. April 2012 als Tag der Niederschrift hinweisen.

In der Mitte des Textes verbleiben jedoch einige nicht zweifelsfrei lesbare Worte. Selbst wenn es sich bei den Buchstaben in der linken Hälfte der zweiten Zeile um ein einziges Wort handeln sollte – obgleich zwischen dem zweiten und dritten

Buchstaben eine Lücke ist – und dieses Wort als „vermache“ zu lesen wäre, bliebe doch eine Ungewissheit wegen der verbleibenden beiden Worte. Selbst wenn feststünde, dass die Erblasserin – sollte das Schriftstück von ihr stammen – der Beteiligten zu 2. etwas „vermachen“ wollte, bliebe unklar, was genau dies sein sollte. Das Bezugsobjekt des „Vermachten“ ist nicht lesbar. Der Senat kann die fraglichen Worte weder im Sinne von „vermache alles meiner“ – wie es die Beteiligte zu 2. lesen möchte – noch in anderer Weise, die einen eindeutigen Inhalt ergäbe, lesen.

Die Ungewissheit über den Inhalt des Geschriebenen lässt sich nicht unter Zuhilfenahme der Feststellungen, die die vom Nachlassgericht herangezogene Sachverständige Y getroffen hat, beseitigen. Die Sachverständige hat zwar das erste der drei umstrittenen Worte als „vermache“ identifiziert. Wie sie in der mündlichen Erläuterung ihres Gutachtens näher dargelegt hat, hat sie sich hierbei auf einen Vergleich der Linienführung mit der Schreibweise einzelner Buchstaben, die in dem Schriftstück mehrfach vorkommen, gestützt. Sie hat bei der Identifizierung des Wortes aber den Vorbehalt gemacht, dass einzelne darin vorkommende Buchstaben, insbesondere das „a“ und das „c“, schwer gestört seien. Sie sind in der Tat als solche nicht erkennbar und lassen sich allenfalls daraus herleiten, dass die Buchstabenfolge nur auf diese Weise ein sinnvolles Wort ergäbe. Gleichwohl ist die Sachverständige letztlich mit hoher Wahrscheinlichkeit von einer richtigen Entzifferung dieses Wortes ausgegangen.

Nicht zu entziffern waren auch für sie die beiden anderen Worte. Die letzten beiden Buchstaben des zweiten Wortes in der zweiten Zeile hat die Sachverständige als „es“ erkannt. Hieraus ließe sich, so die Sachverständige sinnvoll das Wort „alles“ bilden. Sie hat sich jedoch nicht festlegen wollen, dass die Buchstaben tatsächlich so zu ergänzen seien. Zum einen, so die Sachverständige, wäre das Wort falsch, nämlich nur mit einem „l“ geschrieben. Zum anderen lasse sich der Anfangsbuchstabe nicht sicher lesen; er könne ein „a“, „n“ oder „w“ darstellen. Der Senat ergänzt, dass eine weitere Unsicherheit dadurch entsteht, dass der mittlere steile Bogen in der Buchstabenfolge nicht höher ist als die restlichen Bögen und Rundungen des Wortes. Dies erhöht die Unsicherheit noch, dass es sich dabei um ein „l“ handeln könnte. Dies gilt zumal bei einem Blick auf die im Text mehrfach vorkommenden vergleichbaren Buchstaben „h“, „t“, „b“, die alle mit mehr oder weniger deutlich ausgeprägtem Oberstrich geschrieben sind. Auch das erste Wort in der dritten Zeile blieb für die Sachverständige „hochproblematisch“. Sie hat es ausdrücklich nur unter diesem Vorbehalt als das Wort „nach“ interpretiert. In der Tat ist kaum nachvollziehbar, wie die Rundung am rechten Rand des Schriftzugs zu erklären wäre, wenn der letzte Buchstabe ein „h“ wäre. Sie deutet eher auf ein „e“ hin. Dass die Beteiligte zu 2. ihrerseits in dem Schriftzug das Wort als „meiner“ erkennt, zeigt erst recht die Unsicherheit über die zutreffende Lesart.

3. Weitere Klarheit ist nicht zu gewinnen.

a) Die Einholung eines zusätzlichen Gutachtens durch einen anderen Sachverständigen ist weder geboten noch erfolgversprechend. Die Sachverständige Y ist hinreichend sachkundig, um die Lesbarkeit eines Schriftstücks wie des vorliegenden beurteilen zu können. Ihre Erklärung anlässlich ihrer Anhörung, die Erstellung von Lesbarkeitsgutachten gehöre nicht zu ihrer Kernkompetenz, stellt ihre Sachkunde nicht in Zweifel. Ihre Aussage ist vielmehr vor dem Hintergrund zu verstehen, dass ein Schriftsachverständiger vorrangig mit der Beurteilung der Echtheit von Unterschriften und Schreibleistungen befasst ist. Zur Beurteilung dieser Frage gibt es wissenschaftliche Methoden. Die Entzifferung eines allein wegen seiner Schreibweise schwer oder nicht lesbaren Schriftstücks beruht hingegen mehr auf der Erfahrung, die sich ein Schriftsachverständiger durch seine Tätigkeit aneignet. Auf Weiteres könnte auch ein anderer Sachverständiger nicht zurückgreifen.

Insoweit liegt der Fall anders als der vom OLG Hamm entschiedene, auf den die Beteiligte zu 2. verweist

(FamRZ 1992, 356).

Das OLG Hamm hat die Einholung eines weiteren Gutachtens für notwendig gehalten, nachdem der vom Nachlassgericht beauftragte Sachverständige erklärt hatte, dass die Entzifferung von Schriftzügen nicht zu seinem eigentlichen Fachgebiet gehöre. Zum einen aber kamen im dortigen Fall weitere Einschränkungen an der Verwertbarkeit des von dem Sachverständigen gefundenen Ergebnisses hinzu; insbesondere war eine Beeinflussung durch Zeugenaussagen nicht auszuschließen. Zudem beruhte die Unlesbarkeit des dort streitigen Schriftstücks nicht nur auf der Schriftführung. Es kam hinzu, dass die Worte zum Teil über- und durcheinander geschrieben waren. Nach Auffassung des OLG Hamm war nicht auszuschließen, dass ein anderer Sachverständiger durch weitere Untersuchungen die Abfolge der über- und durcheinander geschriebenen Schriftzüge noch feststellen und dadurch die objektive Lesbarkeit erhöhen könne. Vergleichbare Fragen stellen sich hier nicht. Im vorliegenden Fall geht es schlicht um die Interpretation eines unleserlich geschriebenen Schriftzuges, die nicht auf wissenschaftliche Untersuchungen, sondern nur auf Erfahrung im Umgang mit schwer lesbarer Schrift gestützt werden kann.

Aus dem gleichen Grunde ist der Fall auch nicht mit denjenigen Fällen vergleichbar, in denen sich der Erblasser einer chiffrierten Schrift bedient hat. In solchen Fällen bedarf es notwendigen Fachwissens zur Dechiffrierung. Fehlt solches dem gerichtlich beauftragten Sachverständigen, könnte es doch bei einem anderen Sachverständigen vorhanden sein. Hier hingegen ist die zu beurteilende Schrift nicht chiffriert. Der Verfasser des Schriftstücks – nach dem Vortrag der Beteiligten zu 2. die Erblasserin – hat sich der gängigen lateinischen Schrift, die vereinzelt Elemente der alten deutschen Schrift aufweist, bedient. Er hat auch keinen Buchstabencode verwendet. Die Unlesbarkeit des Geschriebenen entsteht nicht aus der Unmöglichkeit der Dechiffrierung, sondern aus der undeutlichen Schreibweise, die allenfalls mit gehöriger Erfahrung entziffert werden könnte. Diese Erfahrung besitzt die langjährig tätige und auch vom Senat schon vielfach beauftragte Sachverständige.

b) Eine Vernehmung der Zeugin C dazu, was die Erblasserin hat erklären wollen, verbietet sich. Nur der formwirksam lautbare Wille der Erblasserin ist maßgeblich. Deshalb muss der Inhalt des vom Erblasser Erklärten seinem Wortlaut nach vollständig aus der Urkunde zu entnehmen sein. Soweit diese unlesbar ist, können außerhalb der Urkunde liegende Umstände und die Aussagen von Zeugen nicht darüber hinweghelfen

(ganz h. M.; OLG Hamm, FamRZ 1992, 356; KG NJW-RR 1998, 1298, 1299; jew. zu § 2247 BGB Bauermeister in jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014 Rn. 4; Hagen in MüKoBGB, 6. Aufl. 2013 Rn. 16; Weidlich in Palandt, 74. Aufl. 2015 Rn. 9; Avenarius in Prütting/Wegen/Weinreich, 9. Aufl. 2014 Rn. 7; Baumann in Staudinger, Bearb. 2012, § 2247 Rn. 49).

Eine andere Auffassung vertritt auch Musielak

(in Anmerkung zu OLG Hamm FamRZ 1992, 358)

nicht. Auch er hebt ausdrücklich hervor, dass die fehlende Lesbarkeit einer Urkunde zur Formnichtigkeit der letztwilligen Verfügung führe. Beweismittel außerhalb der Urkunde könnten nicht herangezogen werden. Anders sei es nur dann, wenn die Zeichen als solche erkennbar, ihre Bedeutung aber unbekannt sei. Dies könne sich anhand von Umständen außerhalb der Urkunde klären lassen (ebd. S. 357 f.). Um diese Frage geht es hier aber nicht....

BGB § 2247

Enthält ein Testament eine unklare Datierung, weil sich jedenfalls eine Jahresangabe nicht sicher feststellen lässt, findet § 2247 Abs. 5 BGB entsprechende Anwendung mit der Folge, dass das Testament nicht als gültig anzusehen ist, wenn möglich bleibt, dass es zeitlich vor einem weiteren Testament mit vollständigen Datumsangaben errichtet worden ist.

SchiHOLG, 3. Zivilsenat, Beschl. vom 16. Juli 2015 – 3 Wx 53/15 –, Te.

Der 1921 in Westpreußen geborene Erblasser, der deutscher Staatsangehöriger ist, war verheiratet und hatte eine Tochter. Ehefrau wie Tochter sind im Laufe des Jahres 2004 verstorben. Der Erblasser hat in den Jahren 2005 und 2007

jeweils ein von dem Notar X in Lübeck beurkundetes Testament bei dem Amtsgericht Lübeck hinterlegen lassen. Diese beiden Testamente sind jeweils von ihm persönlich aus der Hinterlegung genommen worden. Unter dem 23. April 2008 hat der Erblasser zur UR-Nr. ... des Notars X in Lübeck eine Verfügung von Todes wegen errichtet und darin den Beteiligten zu 2. zu seinem Alleinerben eingesetzt. Er hat dort den Wert seines Vermögens mit 35 000,00 € angegeben. Bei dem Beteiligten zu 2. handelt es sich um einen Neffen des Erblassers. Der Beteiligte zu 3. ist ein weiterer Neffe und die in Y. lebende Beteiligte zu 1) (D) eine Nichte des Erblassers.

Unter dem 30. Juli 2009 erteilte der Erblasser – wiederum beurkundet von dem Notar X in Lübeck – einer in der Nähe wohnenden Nichte seiner verstorbenen Ehefrau, Frau A, eine Vorsorgevollmacht.

Unter dem 7. März 2012 regte der Internist Dr. B eine Betreuung für den Erblasser bei dem Amtsgericht Lübeck an. Im Zuge des Betreuungsverfahrens hörte der Sachbearbeiter der Betreuungsstelle des Kreises Ostholstein den Erblasser und auch Frau A an. Es wurde ein Gutachten des Arztes für psychosomatische Medizin, Neurologie und Psychiatrie Dr. med. C aus Y eingeholt, dass dieser unter dem 12. Oktober 2012 – nach Untersuchung und Befragung des Erblassers – erstattete. Der Gutachter kam zu dem Ergebnis, bei dem Erblasser liege eine leicht kognitive Auffälligkeit an der Grenze zu einer leichten dementiellen Störung vor. Es bestehe keine zwingende Notwendigkeit zur Einrichtung einer Betreuung trotz der grenzwertigen kognitiven Einschränkungen, da eine gut reflektierte Vertrauensbeziehung zu der Generalvollmachtnehmerin (Frau A) bestehe und der Erblasser sich durchaus seiner Hilfsbedürftigkeit bewusst sei. Es liege eine ausreichende Vollmachtsfähigkeit vor, der Betroffene sei zu einer freien Willensbildung im Rahmen seiner aktuellen Situation angemessen in der Lage. Er könne auf Grundlage intellektueller Einsicht eine von überwiegenden Einflüssen Dritter unabhängige Entscheidung über die Zustimmung oder Ablehnung einer Betreuung/Betreuungsperson treffen. Das Betreuungsverfahren wurde daraufhin eingestellt.

Nach dem Tod des Erblassers am 15. März 2013 reichte Frau A auf Aufforderung des Amtsgerichts mit einem dort am 6. Mai 2013 eingetroffenen Anschreiben den teilweise abgerissenen Hinterlegungsschein betreffend das notarielle Testament des Notars X Ur.-Nr. und einen weiteren originalen handschriftlichen Zettel zur Akte, in dem es heißt:

„Mein Heutige Testament!

Donnerstag 09. (folgende Zahlen schwer leserlich) 09.

D erbt nach meinem Ableben Alle meine Ersparnisse (DM)

Sparkasse/Commerzbank Lübeck

Frau Z verwaltet es. (Unterschrift des Erblassers)“

In einer Erbscheinsverhandlung vor dem Generalkonsulat der Bundesrepublik Deutschland in ... vom 28. Januar 2014 beantragte die Beteiligte zu 1. (D) die Ausstellung eines Erbscheins nach dem Erblasser, wonach sie Alleinerbin geworden sei.

Das Amtsgericht holte ein Testierfähigkeitsgutachten ein, das der damit beauftragte Arzt für psychosomatische Medizin, Neurologie und Psychiatrie Dr. med. C unter dem 5. Dezember 2014 erteilte. Dort heißt es zusammenfassend am Ende, es sei festzustellen, dass weder vor der in Frage stehenden Testierung am 9.1. (oder 2) 2009, noch zeitnah zu dieser Testierung Hinweise zu finden seien, die eine Testierunfähigkeit begründen könnten. Die ab Ende 2009 bis zum Ableben des Betroffenen insgesamt 8 stationären Behandlungen und zugehörigen Entlassungsberichte würden erst ab etwa Mitte 2012 Hinweise für eine kognitive Veränderung im Grenzbereich zur Demenz zeigen. Aus psychiatrischer Sicht würden sich insgesamt keine hinreichenden Zweifel an dem Vorliegen von Testierfähigkeit zum fraglichen Zeitpunkt des handschriftlichen Testamentes vom 9.1. (bzw. 2) 2009 finden lassen.

Unter dem 12. März 2015 hat das Amtsgericht beschlossen, die erforderlichen Tatsachen zur Erteilung eines Erbscheins mit dem Inhalt, dass der Erblasser von der Beteiligten zu 1. beerbt worden sei, würden für festgesellt erachtet. Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte zu 2. Beschwerde eingelegt. Die Beschwerde war erfolgreich.

Aus den Gründen

Über die nach den §§ 58 ff. FamFG zulässige, insbesondere fristgerecht eingereichte Beschwerde des Beteiligten zu 2. kann der Senat ohne mündliche Verhandlung entscheiden

(vgl. dazu Beschluss des Senats vom 14.1.2010, 3 Wx 92/09, FamRZ 2010, 1178 ff.; zustimmend Kammergericht, Beschluss vom 29.6.2010, 1 W 161/10, bei juris Rn. 10 ff.).

Die Beschwerde des Beteiligten zu 2. hat auch in der Sache Erfolg. Der von der Beteiligten 1. beantragte Erbschein, der sie als Alleinerbin nach dem Erblasser ausweisen soll, hätte nur auf der Grundlage des mit „*Mein Heutige Testament!*“ überschriebenen Schriftstücks Erfolg haben können. Nach Einsicht des Senats in das Original dieses Schriftstücks ergibt sich indes, dass es sich dabei wegen der unklaren Datierung nicht um ein gültiges Testament handelt.

1. Allerdings kann nicht festgestellt werden, dass der Erblasser, sollte das fragliche Schriftstück – wovon die Beteiligte zu 1. ausgeht – Anfang 2009 errichtet worden sein, zu diesem Zeitpunkt testierunfähig i.S.v. § 2229 Abs. 4 BGB war.

Aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. C vom 5. Dezember 2014 ergibt sich jedenfalls für die Zeit bis Ende 2011 keine ausreichend sicher feststellbare Krankheitsdiagnose im Sinne dieser Norm. Zwar wäre eine – jedenfalls mittlere – Demenz eine ausreichende Krankheitsdiagnose. Indes hat ein durchgeführter Mini-Mental-Status-Test erstmals Mitte

2010 grenzwertigere Hinweise auf eine Demenz gezeigt. In dem zugehörigen Entlassungsbericht der DRK-Klinik sei – so der Gutachter – aber konstatiert worden, dass der klinische Eindruck trotzdem gegen eine Demenz spreche. Im Übrigen werde von einer Demenz des Erblassers bei einer cerebralen Gefäßstörung erstmals ab 2012 gesprochen.

Das Sachverständigengutachten im vorliegenden Verfahren vom 5. Dezember 2014 steht in keinem Widerspruch zu den Erkenntnissen desselben Gutachters anlässlich seiner Untersuchung des Erblassers Anfang Oktober 2012 im Betreuungsverfahren (dortiges Gutachten vom 12.10.2012).

Es fehlt für einen Testierzeitpunkt zu Beginn des Jahres 2009 – unbeschadet der fehlenden Krankheitsdiagnose – aber auch an ausreichend konkret festzustellenden psychopathologischen Funktionsdefiziten des Erblassers, die einen Schluss auf Testierunfähigkeit nachvollziehbar zulassen würden.

Mit der Beschwerdebegründung führt der Beteiligte zu 2. aus, der Erblasser habe „nach hiesigen Informationen“ ständig 12 verschiedene Medikamente eingenommen. Zum Beweis bezieht er sich aber nur auf die vorgelegten Fotos eines Tisches mit verschiedenen (zu sehen sind wohl 9) Medikamentenschachteln. Diese Fotos stammen angesichts der auf ihnen enthaltenen Datierung vom 17. Mai 2012. Daraus ergeben sich mithin keine Anhaltspunkte für die Situation im Testierzeitpunkt Anfang 2009.

2. Bei dem Schriftstück „*Mein Heutige Testament*“ (Original in der Klarsichtfolie nach Bl. 124 d.A.) handelt es sich gemäß § 2247 Abs. 5 S. 1 BGB nicht um ein gültiges Testament, weil mangels sicherer Datierung nicht festgestellt werden kann, ob es zeitlich nach dem jedenfalls wirksamen, inhaltlich aber entgegenstehenden notariellen Testament vom 23. April 2008 (Ur.Nr.: ... des Notars X in Lübeck) errichtet worden ist.

a) Soweit der Beteiligte zu 2. die äußere Form des Schriftstücks mit dem Hinweis angreift, es handele sich um einen „Schmierzettel“, ist allerdings festzuhalten, dass ein Testament durchaus auch auf einem „Notizzettel“ errichtet werden kann

(Litzenburger in Beck'scher Online Kommentar zum BGB, Herausgeber Bamberger/Roth, Stand 1.5.2015, § 2247 Rn. 8 mit Rechtssprechungs-nachweisen).

Betrachtet man den Inhalt dieses Schriftstückes, wird daraus gerade nicht deutlich, dass es sich um einen bloßen Entwurf handeln sollte. Dagegen spricht schon die Überschrift „*Mein Heutige Testament!*“, die dann folgende (im Ergebnis allerdings unklare und unvollständige) Datierung, die Formulierung dahingehend, dass die Beteiligte zu 1. nach dem „*Ableben*“ des Erblassers alle seine ersparten Gelder „*erbt*“, und schließlich die den gesamten Text abschließende Unterschrift mit vollem Vor- und Nachnamen.

b) Inhaltlich dürfte das fragliche Schreiben auch eine Erbeinsetzung, nämlich die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1. zur Alleinerbin des Erblassers, enthalten. Die Wirksamkeit des Testamentes wäre zwar auch nicht in Frage gestellt, wenn dort nur ein Vermächtnis ausgesetzt ist. Dagegen spricht indes die Formulierung „*erbt*“ und der Umstand, dass der Erblasser neben seinen Ersparnissen nicht über sonstiges wesentliches Vermögen verfügt hat. Soweit er in dem Testament nur „*alle meine ersparten Gelder*“ anspricht, greift vor dem Hintergrund, dass es sich dabei um sein wesentliches Vermögen handelt, nicht die Zweifelsregel des § 2087 Abs. 2 BGB ein. Vielmehr findet § 2087 Abs. 1 BGB Anwendung, wonach eine Verfügung als Erbeinsetzung anzusehen ist, wenn der Erblasser sein Vermögen dem Bedachten zuwendet. Hier ist der Erblasser ersichtlich davon ausgegangen, dass es sich bei „*allen meinen ersparten Geldern*“ um sein wesentliches Vermögen handelt.

c) Der Beteiligte zu 2. macht zutreffend darauf aufmerksam, dass der Erblasser zuvor allerdings in den Jahren 2005, 2007 und 2008 mit notariellen Testamenten testiert hat. Nicht zu verkennen ist, dass er auch Mitte des Jahres 2009, nämlich am 30. Juli 2009 noch einmal bei demselben Notar, nämlich dem Notar X in Lübeck gewesen ist und dort eine Vorsorgevollmacht zu Gunsten der Nichte seiner verstorbenen Ehefrau, Frau A, hat beurkunden lassen. Formell war er allerdings den-

noch nicht gehindert, Anfang 2009 – wenn auch abweichend von seiner bisherigen Übung und unabhängig von dem Umstand, dass er durchaus den Notar X hätte wieder aufsuchen können – ein eigenhändiges handschriftliches Testament zu errichten. Angesichts des Aufbaus und des Inhalts dieses Schriftstücks, das deutlich eine letztwillige Verfügung über das Erblasservermögen erkennen lässt, spricht die mehrfache vorherige Testierung mit notariellen Testamenten nicht dagegen, aus ihm auf einen bei seiner Abfassung vorhandenen Testierwillen des Erblassers zu schließen. Insbesondere die unzweideutige Überschrift und die abschließende Unterschrift lassen – wie ausgeführt – gerade nicht den Eindruck aufkommen, dass es sich nur um einen Entwurf/eine Notiz handeln könnte.

d) Die zwingenden formellen Erfordernisse des § 2247 BGB sind im Hinblick auf das handschriftliche Schriftstück im Grundsatz erfüllt. Es fehlt zwar eine Ortsangabe. Insoweit bestimmt § 2247 Abs. 2 BGB aber nur, dass der Erblasser in der Erklärung angeben „solle“, an welchem Ort er sie niedergeschrieben habe. Fehlt die Ortsangabe – wie hier –, führt dies nur dann zur Unwirksamkeit, wenn sich gerade hieraus Zweifel an der Gültigkeit des Testamentes ergeben (§ 2247 Abs. 5 S. 2 BGB). Solche Zweifel werden etwa bei im Ausland errichteten Testamenten diskutiert

(vgl. Hagena in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2013, § 2247 Rn. 47 und Otte in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 2247 Rn. 125).

Hier sind Zweifel nicht erkennbar.

e) Die fehlende Gültigkeit ergibt sich hier aber daraus, dass eine sichere Datierung des Testamentes nicht feststellbar ist und deshalb insbesondere möglich bleibt, dass das handschriftliche Testament zeitlich vor dem letzten, inhaltlich entgegenstehenden notariellen Testament errichtet worden ist. Es kommt dann nicht mehr darauf an, dass es aber auch wesentlich später zum Ende des Lebens des Erblassers hin errichtet worden sein könnte, wo die Krankheitsdiagnose „*Demenz*“ gesichert erscheint und dann Testierunfähigkeit vorliegen könnte.

Gemäß § 2247 Abs. 2 BGB soll der Erblasser in der Erklärung angeben, zu welcher Zeit (Tag, Monat und Jahr) er sie niedergeschrieben hat. Enthält ein eigenhändig errichtetes Testament keine Angabe über die Zeit der Errichtung und ergeben sich hieraus Zweifel über seine Gültigkeit so ist das Testament gemäß § 2247 Abs. 5 S. 1 BGB nur dann als gültig anzusehen, wenn sich die notwendigen Feststellungen über die Zeit der Errichtung anderweitig treffen lassen.

Weil nach § 2247 Abs. 2 BGB die Zeitangabe kein zwingendes Formerfordernis ist, führen falsche Orts- und Zeitangaben nicht schon von sich aus zur Unwirksamkeit des Testaments. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich das richtige Datum aus dem sonstigen Inhalt der Urkunde ermitteln lässt. Der genaue Errichtungszeitpunkt ist im Übrigen nur dann von Bedeutung, wenn ab einem bestimmten Zeitpunkt Testierfähigkeit des Erblassers nicht mehr vorlag, oder wenn es beim Vorliegen mehrerer Testamente darauf ankommt, welches das spätere Testament ist

(vgl. Otte in Staudinger, aaO, § 2247 Rn. 119 f., 123 f. und Hagena in Münchener Kommentar zum BGB, aaO, § 2247 Rn. 42).

Die eigenhändige Orts- und Zeitangabe in einem privatschriftlichen Testament hat bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese Vermutungswirkung gilt aber nur für Zeit- und Ortsangaben, die insgesamt nicht nur formgerecht eigenhändig sondern auch fehlerfrei bzw. unzweideutig geschrieben worden sind

(OLG München ZEV 2009, 479 f.; BayObLG ZEV 2001, 101 f. und FamRZ 1994, 593 f.; KG FamRZ 1991, 486 ff. – alle genannten Judikate betreffen Testamente mit klaren Datierungen; s.a. Otte in Staudinger, aaO, § 2247 Rn. 123).

§ 2247 Abs. 5 BGB regelt zwar ausdrücklich nur den Fall, dass das Testament keine Angaben über den Zeitpunkt der Errichtung enthält. Die Vorschrift ist aber erweiternd dahin auszulegen, dass sie auch Anwendung findet, wenn das Testament ungenaue Zeitangaben enthält und sich hieraus Zweifel über die Gültigkeit ergeben

(Otte in Staudinger, aaO, § 2247 Rn. 126; vgl. auch Palandt/Weidlich, aaO, § 2247 Rn. 13).

Im vorliegenden Fall enthält das Testament zwar eine Zeitan-
gabe, indes fehlt eine sichere Angabe jedenfalls des Jahres
der Errichtung. Klar und deutlich ausgeschrieben sind nur zwei
Doppelziffern, nämlich jeweils 09. Dort sind die Ziffern deut-
lich voneinander getrennt und nach der letzten Ziffer 9 jeweils
versehen mit einem deutlichen Punkt. Dazwischen befinden
sich unklare eng aneinander gefügte Zeichen, die am ehesten
zu deuten sind als eine weitere 0 der aber unmittelbar eine
2 folgt, die möglicherweise zunächst eine 1 gewesen sein
könnte. Von Bedeutung ist einerseits, dass hinter diesen Zei-
chen gerade kein Punkt folgt und andererseits, dass diese eng
aneinander gefügten Zeichen ausgemalt sind, so dass sich
für den Betrachter insgesamt der Eindruck ergibt, dass diese
Zeichen nicht gelten sollen, nämlich gestrichen sind. Daraus
folgt aber weiter, dass eine Jahreszahl nicht erkennbar ist,
insbesondere die letzte Ziffernfolge „09.“ nicht als Jahresan-
gabe angesehen werden kann, wobei nicht ausschlaggebend
erscheint aber am Rande zu vermerken ist, dass hinter einer
Jahresangabe ein Punkt auch nicht zu erwarten wäre.

Das Ergebnis – Jahresangabe lässt sich nicht feststellen – ver-
stärkt sich deutlich dadurch, dass der 9. Januar oder der 9.
Februar 2009 (wollte man die abschließenden „09.“ doch ein-
mal als Jahresangabe unterstellen und die mittleren unklaren
Zeichen als Monatsangabe Januar oder Februar) kein Don-
nerstag gewesen sind, sondern ein Freitag bzw. ein Montag.
Die den Ziffern vorgeschaltete Angabe „Donnerstag“ ist indes
unzweideutig geschrieben. In den Jahren 2007 bis 2013 war
der 9. Januar und der 9. Februar niemals ein Donnerstag. Zu-
letzt war der 9. Februar 2006 ein Donnerstag.

Zu bedenken ist, dass der Erblasser auch bei der Untersu-
chung durch den Sachverständigen Dr. C Anfang Oktober 2012
eine sichere Angabe über das Jahr nicht machen konnte (Gut-
achten vom 12.10.2012, S. 4 unten). Die Datierung erscheint
weiter zweifelhaft, weil der Erblasser im Hinblick auf seine
ersparten Gelder noch von „DM“ spricht. Zudem verweist er
auf die Sparkasse/Commerzbank Lübeck, hat sich die Spar-
kasse Lübeck aber mit Schreiben vom 18. September 2013
gegenüber den Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu
2. dahin geäußert, dass der Erblasser jedenfalls in den vergan-
genen 10 Jahren dort kein Konto geführt habe. Danach käme
in Betracht, dass das handschriftliche Dokument deutlich äl-
teren Datums als von 2009 sein könnte. Angesichts der nicht
sicher feststellbaren Jahreszahl in dem Schriftstück kommt es
nicht darauf an, dass allerdings der 9.9.2010 ein Donnerstag
war.

Lässt sich mithin eine Jahresangabe aus dem Testament nicht
– sicher – erkennen, kann der Senat hinsichtlich des Jahrs der
Entstehung des Zettels auch keine Umstände feststellen, die
in Abgrenzung zu dem feststehenden Datum des zeitletzten
notariellen Testaments vom 23. April 2008 zu einer verläss-
lichen, sicheren zeitlich späteren Datierung führen könnten.
Dann aber ergibt sich aus § 2247 Abs. 5 S. 1 BGB, dass das
handschriftliche Schriftstück „*Mein Heutige Testament!*“ nicht
als gültig angesehen werden kann....

BGB §§ 2197, 2361, 2368; FamFG § 49; GNotKG § 62

- 1. Gemäß § 49 Abs. 1 FamFG kann einem Testamentsvollstrecker im Verfahren betreffend Einziehung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses durch einstweilige Anordnung aufgegeben werden, das Testamentsvollstreckerzeugnis zwecks vorläufiger Sicherstellung zur Akte zu reichen.**
- 2. Der Verfahrenswert der einstweiligen Anordnung in Verfahren nach FamFG kann im Einzelfall abweichend von § 62 S. 2 GNotKG auch geringer als die Hälfte des Wertes der Hauptsache festgesetzt werden.**

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Beschl. v. 13. Juli 2015 – 3 Wx 68/15 –, Te.

Die 2011 verwitwet und ohne Abkömmlinge verstorbene Erblasserin hat zuletzt
unter dem 12. Oktober 2001 ein handschriftliches Testament hinterlassen,
in dem sie verschiedene Verfügungen traf und abschließend die Beteiligte zur Tes-
tamentsvollstreckerin bestimmte. Der Beteiligten wurde am 8. Dezember 2011
antragsgemäß ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt.

Auf der Grundlage des genannten Testaments stellte die Beteiligte unter dem
8. Dezember 2012 einen Erbscheinsantrag. Während des Erbscheinsverfahrens

wurde bekannt, dass für die Erblasserin auf der Grundlage eines Gutachtens
des Arztes für Psychiatrie Dr. A. mit Beschluss vom 18. September 2001 eine
Betreuung eingerichtet worden war. Das Amtsgericht hat im Erbscheinsverfah-
ren den Arzt Dr. A. schriftlich als Zeugen vernommen. Er hat in seiner Aussage
vom 10. November 2013 u. a. ausgeführt, die Erblasserin habe im fraglichen Zei-
traum 17. Juli bis 12. Oktober 2001 an einer Demenz vom Alzheimer-Typ gelitten.
Das Syptombild einer Demenz mit erheblicher Einschränkung der intellektuellen
und insbesondere mnestischen Fähigkeiten und der Orientierung habe sowohl
am 17. Juli 2001 als auch am 1. Dezember 2002 bestanden. Zu diesen beiden
Untersuchungszeitpunkten habe er einen klaren psychopathologischen Befund
erheben können, der zur Diagnosestellung geleitet habe. Zu den Untersu-
chungszeitpunkten sei die Testierfähigkeit praktisch ausgeschlossen gewesen,
für den Zeitraum dazwischen habe eine geringe Restwahrscheinlichkeit bestan-
den, dass sie noch ein Testament habe übersehen können.

Das Amtsgericht hat des Weiteren eine schriftliche Aussage des Hausarztes der
Erblasserin Dr. B. eingeholt und ein schriftliches Sachverständigen Gutachten
des Prof. Dr. med. C., Direktor einer Klinik für Psychiatrie. In der zusammenfas-
senden Beurteilung des Gutachtens vom 26. Mai 2014 heißt es, dass bei der
Erblasserin zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung am 12. Oktober 2001 eine
Alzheimer-Demenz im fortgeschrittenen Stadium vorgelegen habe. Sie habe
sich im letzten Stadium der Erkrankung befunden, so dass aus dem klinischen
Verlauf und den Befunden gefolgert werden könne, dass eine Testierunfähigkeit
vorgelegen habe.

Mit Beschluss vom 27. Mai 2015 hat das Amtsgericht in der Erbscheinsache
entschieden, dass die auf der Grundlage des Testaments vom 12. Oktober
2001 gestellten Erbscheinsanträge zurückgewiesen werden, weil das Testament
aufgrund fehlender Testierfähigkeit der Erblasserin im Errichtungszeitpunkt un-
wirksam sei. Gegen diesen Beschluss ist Beschwerde eingelegt worden, die
sich noch im Abhilfeverfahren bei dem Amtsgericht befindet.

Im vorliegenden Verfahren hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 27. Mai 2015
entschieden, dass das Testamentsvollstreckerzeugnis vom 8. Dezember 2011 si-
chergestellt und der Beteiligten aufgegeben werde, es unverzüglich bei Gericht
einzureichen. Zur Begründung hat es ausgeführt, nach den vorliegenden Gutach-
ten bzw. Ergänzungsgutachten des Prof. Dr. C. sei von einer Testierunfähigkeit
der Erblasserin auszugehen. Dann wäre auch die Einsetzung der Beteiligten als
Testamentsvollstreckerin unwirksam. Bis zur endgültigen Entscheidung über die
Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses sei dieses sicherzustellen.

Die gegen diesen Beschluss von der Beteiligten eingelegte Beschwerde blieb
erfolglos.

Aus den Gründen

Die Beschwerde ist nach den §§ 58 ff. FamFG zulässig, ein Fall
des § 57 FamFG liegt nicht vor. Über die form- und fristgerecht
eingereichte Beschwerde der Beteiligten kann der Senat ohne
mündliche Verhandlung entscheiden

(vgl. dazu Beschluss des Senats vom 14.1.2010, 3 Wx 92/09, FamRG
2010, 1178 ff.; zustimmend Kammergericht, Beschluss vom 29.6.2010,
1 W 161/10, bei juris Rn. 10 ff.).

Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg, denn das
Amtsgericht hat zutreffend entschieden.

Gemäß § 49 Abs. 1 FamFG kann das Gericht durch einstwei-
lige Anordnung eine vorläufige Maßnahme treffen, soweit
dies nach den für das Rechtsverhältnis maßgebenden Vor-
schriften gerechtfertigt ist und ein dringendes Bedürfnis für
ein sofortiges Tätigwerden besteht. Nach dieser Norm kommt
im nachlassgerichtlichen Verfahren auf Einziehung eines Erb-
scheins in Betracht, dass im Wege der einstweiligen Anord-
nung aufgegeben wird, den Erbschein vorläufig zu den Akten
zu geben; eine solche Eilentscheidung nimmt insbesondere
die Hauptsache nicht vorweg

(Senat, Beschl. vom 27.5.2013, 3 Wx 57/13; OLG Saarbrücken NJW-RR
2012, 588 ff. bei juris Rn. 12 ff.; Palandt/Weidlich, BGB, 74. A. 2015, § 2361
Rn. 8).

Dies gilt auch in Bezug auf ein Testamentsvollstreckerzeugnis,
zumal auf dieses Zeugnis nach § 2368 Abs. 3 BGB die Vor-
schriften über den Erbschein entsprechende Anwendung fin-
den. Eine solche einstweilige Anordnung hat das Amtsgericht
hier der Sache nach erlassen. Die Voraussetzungen liegen in-
soweit auch vor.

Die Beteiligte ist gemäß § 2197 Abs. 1 BGB durch die Erblas-
serin selbst in deren Testament vom 12. Oktober 2001 als Tes-
tamentsvollstreckerin ernannt worden. Es bedarf in diesem
Fall keiner gerichtlichen Bestellung oder Verpflichtung

(Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 21. A. 2013, Rn. 100a).

Die Wirksamkeit der Ernennung ist damit von der Wirksamkeit
des Testaments abhängig, an der es insgesamt fehlen würde,
wenn die Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung
testierunfähig i.S.v. § 2229 Abs. 4 BGB gewesen wäre. Auf
eine Anfechtung kommt es insoweit nicht an. Das Nachlassge-
richt ist im Erbscheinsverfahren zu dem Az.: 11 VI 853/12 ge-
mäß seinem Beschluss vom 27. Mai 2015 zu der Überzeugung
gelangt, dass die Erblasserin bei Testamentserrichtung nicht

testierfähig gewesen sei. Auch wenn seine Entscheidung mit der Beschwerde angegriffen und über diese noch nicht entschieden ist, muss im Rahmen der vorliegenden einstweiligen Anordnung und der dagegen gerichteten Beschwerde doch bedacht werden, dass sich aus der Beweisaufnahme des Amtsgerichts im Erbscheinsverfahren jedenfalls nicht unerhebliche Anhaltspunkte für eine mögliche Testierunfähigkeit der Erblasserin ergeben, wie sich aus den oben unter I. wiedergegebenen Zeugenaussagen bzw. Sachverständigengutachten entnehmen lässt.

Ein regelungsbedürftiges Rechtsverhältnis

(vgl. OLG Saarbrücken aaO, bei juris Rn. 18)

liegt hier vor. Es spricht vor dem genannten Hintergrund nämlich einiges dafür, dass das Testamentsvollstreckerzeugnis unrichtig sein könnte und deshalb einzuziehen wäre (§§ 2368 Abs. 3, 2361 Abs. 1 BGB). Der Senat hält auch ein umgehendes Vorgehen im Sinne einer Sicherung

(auch dazu OLG Saarbrücken aaO, bei juris Rn. 20 ff.)

für erforderlich. Der Senat hat bedacht, dass zwar konkrete Hinweise auf beabsichtigte Verfügungen der Testamentsvollstreckerin nicht vorliegen und sie auch erklärt hat, Handlungen würden „gegenwärtig“ nicht vollzogen und Entscheidungen nicht getroffen. Indes liegt der Sinn eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht zuletzt darin, dem Testamentsvollstrecker die Durchführung seiner Aufgaben, insbesondere die Verwaltung des Nachlasses einschließlich der Verfügung über Nachlassgegenstände und der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass (§§ 2205 f BGBB) zu ermöglichen. Das Testamentsvollstreckerzeugnis dient bei den vom Testamentsvollstrecker kraft gesetzlicher Befugnis vorgenommenen Geschäften dem Schutz des öffentlichen Glaubens

(Weidlich in Palandt, BGB, 74. A. 2015, § 2368 Rn. 1).

Der damit aber denkbaren nicht unerheblichen Gefährdung der potentiellen Erben steht eine nur sehr geringe Einschränkung der Beteiligten gegenüber – die ohnehin derzeit nicht handeln will –, wenn sie das Testamentsvollstreckerzeugnis vorläufig zur Sicherstellung zur Akte reichen muss.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 84 FamFG.

Der Beschwerdewert ist nach den §§ 62, 40 Abs. 5 GNotKG festgesetzt worden. Der Nachlasswert ist in dem notariellen Erbscheinsantrag vom 8. Dezember 2012 mit gerundet 258000,00 € angegeben worden. 20 % davon (§ 40 Abs. 5 GNotKG) wären 51600,00 €. Dieser Betrag wäre im vorliegenden einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 62 S. 2 GNotKG zu halbieren. Allerdings handelt es sich dabei nur um einen Regelfall, von dem abgewichen werden kann

(Sommerfeldt in Bormann u.a., GNotKG, 2014, Rn. 11).

Angesichts der Erklärung der Beteiligten, Entscheidungen und Handlungen gegenwärtig ohnehin nicht vorzunehmen bzw. zu vollziehen, bestand hier Anlass, abweichend von der Regel den Geschäftswert auf lediglich 5 % des Nachlasswerts festzusetzen.

BGB § 307; UWG §§ 4 Nr. 11, 10

1. a) Eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Mobilfunkanbieters, nach der bei verspäteter Rücksendung der SIM-Karte nach Vertragsende ein Pfand in Höhe von 9,97 € erhoben wird (welches bei Nachholung der Rücksendung erstattet wird), ist nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.

b) Der Mobilfunkanbieter hat keinerlei Sicherungsinteresse hinsichtlich der Rückerlangung einer gebrauchten SIM-Karte, wenn er diese lediglich vernichtet.

2. a) Jedenfalls in dem Fall, dass die Unwirksamkeit einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sich dem Verwender objektiv geradezu aufdrängen muss, handelt er vorsätzlich im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG, wenn er die weitere Nutzung trotz Abmahnung nicht unterlässt.

b) Ein solcher Fall liegt vor bei der Geschäftsbedingung eines Mobilfunkanbieters, nach der der Kunde eine

„Nichtnutzungsgebühr“ zu entrichten hat, wenn er vereinbarte Inklusivleistungen über einen bestimmten Zeitraum nicht einmal teilweise in Anspruch nimmt.

SchIHOLG, 2. Zivilsenat, Urteil vom 19. März 2015 – 2 U 6/14 –, Wi.

Der Kl. begehrt von der Bekl. die Unterlassung der Verwendung einzelner Bestimmungen in ihren vorformulierten Bedingungen für Mobilfunkverträge. Ferner nimmt er die Bekl. – derzeit in der Auskunftsstufe – wegen Abschöpfung des Gewinns aus der früheren Verwendung einer anderen Klausel in Anspruch.

Der Kl. ist der bundesweit tätige Dachverband aller 16 Verbraucherzentralen der Bundesländer und weiterer 25 Organisationen. Er ist seit dem 16. Juli 2002 in die ursprünglich beim Bundesverwaltungsamt und mittlerweile beim Bundesjustizamt gemäß § 4 UKlaG geführte Liste eingetragen. Die Bekl. bietet am Markt Telekommunikationsdienstleistungen an, unter anderem unter der Marke „X“. In diesem Zusammenhang unterhält sie einen Telemediendienst unter der Internetadresse eigene Netze verfügt die Bekl. nicht, sondern ist ihrerseits mit verschiedenen Netzbetreibern vertraglich verbunden.

Dem Unterlassungsbegehren des Kl.s liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Bekl. verwendet für ihre Angebote unter der Marke „X“ ein Bedingungs- werk mit der Überschrift „Allgemeine Geschäftsbedingungen für Mobilfunk- dienstleistungen (Credit-/ Laufzeitverträge)“. Unter Ziffer 7 heißt es dort unter anderem:

„7. SIM-Karte (Verlust und Sperre)

7.1. Die überlassene SIM-Karte bleibt im Eigentum der X. Für die SIM-Karte wird ein Pfand erhoben. Die Höhe des Pfandes richtet sich nach der jeweils bei Vertragsabschluss gültigen Preisliste. Das Pfand wird dem Kunden mit der Endabrechnung in Rechnung gestellt, wenn er die SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende an Talkline zurücksendet. Sendet der Kunde die SIM-Karte nach Ablauf dieser 14-Tagesfrist an X zurück, wird ihm das in Rechnung gestellte Pfand wieder zurückgezahlt.“

Die Preisliste der Bekl. für die Marke „X“ (Anlage K 2, Bl. 20 ff. d. A.) weist auf S. 3 und 7 folgende Position aus:

„SIM-Karten-Pfand 17 (je Karte)	9,97 € (netto)“
------------------------------------	--------------------

Text der Fußnote:

„17 Für die SIM-Karte wird ein Pfand (netto, ohne USt.) erhoben. Das Pfand wird Ihnen mit der Endabrechnung in Rechnung gestellt, wenn Sie die SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende an X zurücksenden. Senden Sie die SIM-Karte nach Ablauf dieser 14-Tagesfrist an X zurück, wird Ihnen das Pfand wieder zurückgezahlt. Für die Rücksendung der SIM-Karte verwenden Sie bitte folgende Adresse: ...“

Die Bekl. vernichtet und entsorgt die an sie zurückgesandten SIM-Karten an ihrem Standort E. fachmännisch durch Mitarbeiter ihrer dortigen Poststelle.

Die zitierte Regelung über die Erhebung eines Pfandes für die dem Kunden zur Verfügung gestellte SIM-Karte ist an die Stelle einer anders gefassten Passage in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. getreten, die der Kl. ebenfalls im Verfahren nach dem Unterlassungsklagengesetz beanstandet hatte. Die Vorgängerregelung unterschied sich von der aktuellen Fassung vor allem hinsichtlich der nunmehr erfolgten Klarstellung, dass das Kartenpfand auch dann erstattet wird, wenn der Verbraucher die SIM-Karte erst nach Ablauf der 14-tägigen Übersendungsfrist zurückgibt. Das Landgericht Kiel hatte der Bekl. die Verwendung der Klausel in der früheren Fassung untersagt (Az. 2 O 136/11, Urteil des Landgerichts vom 29. November 2011). Der Senat hatte die Berufung der Bekl. durch Urteil vom 3. Juli 2012 zurückgewiesen (Az. 2 U 12/11 = NJW-RR 2013, S. 298 ff.). Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Urteile Bezug genommen.

Der Kl. hält die Pfandklausel auch in der jetzigen Fassung wegen Verstoßes gegen §§ 307 ff. BGB für unwirksam. Er hat die Bekl. mit seinen Anträgen zu A. in der Klage vom 23. April 2013 auf Unterlassung der Verwendung der oben zitierten Bestimmungen zum SIM-Karten-Pfand in Anspruch genommen. Die weiteren Anträge des Kl.s zur Gewinnabschöpfung beziehen sich auf eine frühere Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. über eine so genannte „Nichtnutzungsgebühr“. Die Unwirksamkeit der betroffenen Klausel, die die Bekl. nicht mehr verwendet, ist wie die Vorgängerregelung zum Kartenpfand Gegenstand der Urteile in dem Verfahren zu den Aktenzeichen 2 U 12/11 (Senat) bzw. 2 O 136/11 (LG Kiel).

Das Landgericht hat durch das angefochtene Urteil vom 14. Mai 2014 die Bekl. verurteilt, die Verwendung der oben zitierten Bestimmungen zum SIM-Karten-Pfand in Ziffer 7.1. ihrer AGB und im Preisverzeichnis zu unterlassen und an den Kl. die verlangte Abmahnpauschale zu zahlen. Ferner ist die Bekl. hinsichtlich des Gewinnabschöpfungsverlangens in der Auskunftsstufe verurteilt worden, Auskünfte über die Einnahmen aus der Erhebung der „Nichtnutzungsgebühr“ in der Zeit vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Juli 2012 sowie über die für diese Einnahmen entrichteten Steuern und Abgaben zu erteilen.

Die Berufung der Bekl. blieb erfolglos.

Aus den Gründen

Die Berufung der Bekl. ist zulässig, aber unbegründet. Die Klage ist in vollem Umfang zulässig und begründet.

1. Die Unterlassungsklage ist zulässig nach §§ 5 ff. UKlaG. Der Kl. ist unstreitig anspruchsberechtigte Stelle nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 1 und 4 UKlaG. Die Klage ist begründet, weil dem Kl. in Bezug auf die streitgegenständliche Regelung über das SIM-Karten-Pfand ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG zu steht.

Der Unterlassungsanspruch setzt voraus, dass die Bekl. in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen verwendet, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind. Auf die Frage der Unwirksamkeit bezieht sich der Streit der Parteien. Die für den Unterlassungsanspruch zudem erforderliche Wiederholungsgefahr ist hingegen ohne Weiteres festzustellen, da die Bekl. die beanstandeten Bestimmungen zum SIM-Karten-Pfand weiterhin verwendet und zur Unterlassung, insbesondere zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, nicht bereit ist.

Für die Inhaltskontrolle gilt neben den besonderen Klauselverböten in §§ 308, 309 BGB, die hier nicht einschlägig sind, die Regelung in § 307 BGB. Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Nach § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (Ziffer 1) oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Ziffer 2). Gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB findet eine Inhaltskontrolle jedoch grundsätzlich nur statt bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.

Nach diesem Maßstab ist die Entscheidung des Landgerichts über die Unterlassungsklage nicht zu beanstanden. Die beanstandeten Klauseln über die Erhebung und die Höhe des SIM-Karten-Pfandes unterliegen der Inhaltskontrolle (a) und sind auch in der jetzigen Fassung unwirksam (b). Dementsprechend ist die Bekl. ferner zu Recht zur Zahlung der Abmahnpauschale verurteilt worden (c).

a) Die beanstandeten Klauseln zum SIM-Karten-Pfand beinhalten eine der Inhaltskontrolle unterliegende Regelung, durch die von Rechtsvorschriften abgewichen wird bzw. diese ergänzt werden.

Die Bekl. kann die Kontrollfreiheit nicht mit Erfolg daraus herleiten, dass es ihr unbenommen sei, für die unstreitig in ihrem Eigentum stehende SIM-Karte ein Pfand zu erheben. Die Zahlung eines Geldbetrages, um eine Herausgabepflicht aus Eigentum oder Vertrag abzusichern, sieht das Gesetz gerade nicht vor. Auch wenn ein Kunde verpflichtet ist, einen ihm überlassenen Gegenstand nach Vertragsende zurückzugeben, ist damit nicht schon nach der gesetzlichen Regelung die Pflicht zur Zahlung eines Pfandes verbunden. Ob es der Bekl. gleichwohl unbenommen ist, dem Kunden durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eine solche Pflicht aufzuerlegen, ist erst im Rahmen der Inhaltskontrolle zu überprüfen.

Der BGH hat in seiner mittlerweile gegenüber einem anderen Mobilfunkanbieter ergangenen Entscheidung zum SIM-Karten-Pfand vom 9. Oktober 2014

(III ZR 32/14, NJW 2015, S. 328 ff.)

im Übrigen nicht einmal die Frage aufgeworfen, ob die betroffene Klausel der Inhaltskontrolle unterliege, sondern sogleich Ausführungen zur unangemessenen Benachteiligung des Kunden gemacht.

b) Die vom Kl. beanstandeten Klauseln in Ziffer 7.1 der AGB der Bekl. sowie im Preisverzeichnis halten der Inhaltskontrolle auch in der aktuellen Fassung nicht stand.

Anders als bei der so genannten „Pfandgebühr“ in der früheren Fassung hat die Bekl. zwar nun klargestellt, dass der Kunde das Pfand selbst bei verspäteter Kartenrückgabe erstattet erhält, so dass die Wirksamkeit nicht schon an dem speziellen Klauselverbot in § 309 Nr. 5 BGB (pauschalierter Schadensersatz) scheitert. Im Urteil vom 3. Juli 2012 (2 U 12/11) konnte der Senat noch dahinstehen lassen, ob die Bekl. überhaupt ein berechtigtes Interesse an der Rückerlangung der verwendeten SIM-Karten hat und ob die Durchsetzung der Rückga-

bepflicht mittels eines Pfandes zulässig ist. Auf diese Frage kommt es für die jetzt streitgegenständliche Neufassung der AGB hingegen entscheidend an. Sie ist dahin zu entscheiden, dass auch die Erhebung eines zu erstattenden Kartenpfandes den Kunden im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unangemessen benachteiligt.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 9. Oktober 2014

(aaO)

zwar zunächst klargestellt, dass Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Gestellung von Sicherheiten für die Forderungen des Verwenders beinhalten, nicht von vornherein zu beanstanden seien. Solche Klauseln würden jedoch dann eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners darstellen, wenn die Höhe der Sicherheit über das zu sichernde Interesse erheblich hinausgehe. So liegt es auch hier.

Die Bekl. hat – noch in Bezug auf das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 10. Januar 2013, das letztlich vom OLG Frankfurt und vom BGH bestätigt worden ist – allerdings geltend gemacht, der dortige Sachverhalt sei grundlegend anders gelagert. Das von dem betroffenen Mobilfunkanbieter verlangte Pfand sei etwa drei Mal so hoch wie der von ihr erhobene Betrag von 9,97 €, und die Klausel sei in dem Fall des Landgerichts Frankfurt auch an § 309 Nr. 5a BGB zu messen gewesen. Durchgreifende Unterschiede bestehen jedoch im Ergebnis nicht. Auch die von der Bekl. verwendete Pfandklausel benachteiligt die Kunden unangemessen.

Zunächst ist zu betonen, dass der BGH gerade nicht offen gelassen hat, ob der Mobilfunkanbieter ein berechtigtes Interesse an der Rückerlangung der verwendeten SIM-Karten hat und die Durchsetzung der Rückgabepflicht mittels eines Pfandes zulässig ist. Obwohl das Kartenpfand im dort zu entscheidenden Fall zusätzlich als pauschalierter Schadensersatz einbehalten wurde, hat der BGH vielmehr in erster Linie darauf abgestellt, dass schon die Erhebung des Kartenpfandes als solche nicht durch ein anzuerkennendes Interesse der Klauselverwenderin gerechtfertigt sei.

Dies gilt gleichermaßen für den im Fall des Landgerichts Frankfurt bzw. des BGH verlangten Betrag von 29,65 € wie für das von der Bekl. erhobene Pfand in Höhe von 9,97 €. Da die Bekl. überhaupt kein Sicherungsinteresse hat, geht auch die Höhe einer Sicherheit von 9,97 € (oder noch weniger) jedenfalls erheblich über das zu sichernde Interesse hinaus.

(1) Die Bekl. hat zunächst ersichtlich kein Interesse an der Rückerlangung der gebrauchten SIM-Karten unter dem Gesichtspunkt, dass sie diese noch verwenden oder sonst etwas damit anfangen könnte. Es ist unstreitig, dass sie die an sie zurückgesandten SIM-Karten an ihrem Standort E. durch Mitarbeiter ihrer dortigen Poststelle fachgerecht vernichten und entsorgen lässt, und zwar nach ihrem eigenen Vortrag unmittelbar nach Eingang.

Im Hinblick auf den unstreitigen Sachverhalt ist es für die Rückgabepflicht und die Bemessung eines Pfandes ersichtlich irrelevant, dass die Bekl. ihrerseits an die Netzanbieter Kaufpreise von bis zu 10,00 € für die SIM-Karten zahlen muss, um sie dann ihren Kunden zur Verfügung stellen zu können. Die ihr gegenüber den Netzbetreibern entstehenden Kosten refinanziert die Bekl. über die von den Kunden an sie zu zahlenden Entgelte. Die Rücksendung der SIM-Karten nach Vertragsende ist zur Refinanzierung von vornherein ungeeignet, weil die Bekl. mit Hilfe der gebrauchten Karten keine Einnahmen mehr erzielen kann. Ihr entstehen vielmehr zusätzliche Kosten für die Entsorgung.

(2) Ein berechtigtes Interesse an der Rückerlangung der Karten kann die Bekl. auch nicht daraus herleiten, dass sie auf diese Weise den Missbrauch deaktivierter SIM-Karten verhindern wolle. Ein derartiges Risiko, das mehr als nur theoretischer Natur wäre, hat die Bekl. nicht dargelegt.

Der Justitiar der Bekl. hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 26. März 2014 selbst erklärt, dass ihm kein Fall bekannt sei, in dem bisher aufgrund einer missbräuchlichen Verwendung einer deaktivierten SIM-Karte ein Schaden entstanden sei. Die Bekl. hat kein konkretes Szenario dargestellt, bei dem ein Schaden auch nur gedroht hat. Es trifft

zwar im Ansatz zu, dass auch ein eher geringes reales Schadensrisiko ein Sicherungsinteresse begründen kann, wenn der drohende Schaden groß ist. Rein hypothetische Erwägungen genügen dafür aber nicht.

Im Übrigen erstaunt es, wenn die Bekl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nicht einmal hat sagen können, ob sie in den Kündigungsbestätigungsschreiben, die sie ihren Kunden zusendet, auf die Pflicht zur Rückgabe der SIM-Karte hinweist. Wenn ihr die Rücksendung wirklich wichtig wäre, wäre die Aufnahme eines fett gedruckten Hinweises in der Kündigungsbestätigung die primäre und aus ihrer eigenen Sicht unverzichtbare Maßnahme, über die die Rechtsabteilung Kenntnis haben müsste. Die Bekl. würde jedenfalls nicht allein darauf vertrauen, dass der Kunde eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und im Preisverzeichnis gelesen und auch noch bei Vertragsende verinnerlicht hat, wenn die Rückerlangung der Karte für sie von elementarer Bedeutung wäre. Die nachträgliche Zahlung eines Betrages von 9,97 € durch den Kunden ist jedenfalls weit weniger Erfolg versprechend für die Durchsetzung der Rückgabe der SIM-Karte als rechtzeitige Hinweise, die die Bekl. gezielt erteilen müsste.

Wenn es für die Bekl. auf die Rückerlangung der SIM-Karte entscheidend ankäme, läge es überdies näher, dies durch ein Pfand zu Vertragsbeginn abzusichern, was für die Bekl. aber den Nachteil hätte, dass eine zusätzliche Zahlungspflicht zu Vertragsbeginn am Markt schwer durchzusetzen wäre. Jedenfalls ist es erkennbar nicht plausibel, wenn die Bekl. die Auffassung vertritt, die Missbrauchsgefahr sei während des laufenden Vertrages geringer als nach der Deaktivierung der Karte.

Sie kann sich insoweit nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie während des laufenden Vertragsverhältnisses stets über die aktuelle Adresse des Kunden verfüge, während dies nach Beendigung des Vertrages nicht mehr der Fall sei. Bei normalem Verlauf der Dinge kann der Verbleib eines Kunden, dessen Personalien und letzte Anschrift bekannt sind, auch nach Vertragsende unproblematisch ermittelt werden, während ein zum Missbrauch bereiter Kunde sich auch während des laufenden Vertragsverhältnisses nicht zuverlässig an die Pflicht zur Mitteilung aktueller Daten halten wird. Die Gefahr eines Missbrauchs durch andere Personen als den Kunden selbst wird im Übrigen durch den von der Bekl. verlangten Versand per Post sogar noch erhöht.

Insgesamt drängt sich der Eindruck auf, dass durch das SIM-Karten-Pfand eine zusätzliche Zahlung der Kunden ohne zusätzliche Leistung der Bekl. erreicht werden soll. Dem liegt die realistische Erwartung zugrunde, dass Kunden sich in einer Vielzahl von Fällen nicht wegen eines Betrages von 9,97 € die (wenn auch sicherlich nicht große) Mühe machen, die Vertragsbedingungen der Bekl. herauszusuchen, ihre Rechte in Bezug auf das Pfand nachzulesen und sich um die Rücksendung der SIM-Karte per Post zu kümmern. Die Annahme, dass viele Kunden die in der Regel per E-Mail versandten Abrechnungen nicht genau durchsehen und diese nur bei noch höheren und auffälligeren Zusatzbeträgen nachprüfen, liegt ebenfalls auf der Hand.

(3) Die Bekl. kann schließlich kein berechtigtes Interesse an der Kartenrücksendung darauf stützen, dass sie selbst gegenüber den Netzanbietern zur Rückerlangung der SIM-Karten vertraglich verpflichtet sei.

Dabei kann zunächst dahinstehen, welche Vereinbarungen in den Verträgen der Bekl. mit den jeweiligen Anbietern genau enthalten sind. Die einzige unstrittige Bestimmung (Netzbetreiber E-Plus) geht dahin, dass die SIM-Karte „bei Beendigung des Vertragsverhältnisses durch den Kunden umweltgerecht zu entsorgen oder auf Verlangen an EPS zurückzugeben“ sei. Es bedarf aber keiner näheren Aufklärung dazu, welche Verpflichtungen die Bekl. im Einzelnen eingegangen ist. Auch wenn gegenüber einem oder mehreren Netzanbietern eine Pflicht zur Einziehung gebrauchter SIM-Karten bestehen sollte, hätte dies nicht die Konsequenz, dass die Bekl. ihrerseits gegenüber den Kunden das verlangte Pfand erheben darf.

Selbst wenn die Bekl. in die Gefahr einer Vertragspflichtverlet-

zung gegenüber einem Netzbetreiber geraten sollte, würden die zwischen den Unternehmern vereinbarten Bestimmungen nicht dazu führen, dass die Bekl. gegenüber dem Endkunden die Rückgabepflicht mittels Erhebung eines SIM-Karten-Pfandes durchsetzen darf. Die Netzbetreiber haben ihrerseits kein berechtigtes Interesse an der Rückerlangung der Karten, und die Bekl. könnte die Risiken aus einer etwaigen, von ihr gleichwohl eingegangenen Verpflichtung nicht auf die Verbraucher abwälzen.

Im Übrigen trifft es ersichtlich nicht zu, dass die Bekl. im Verhältnis zu den Netzbetreibern ein weiter gehendes Risiko trägt als die theoretische Gefahr einer Haftung im Falle des Kartenmissbrauchs trotz Deaktivierung. Wenn die Netzbetreiber Telekom, O2, E-Plus oder Vodafone der Kartenrückgabe so große Bedeutung beimessen würden, dass die Bekl. sie gegenüber Verbrauchern mit allen Mitteln durchsetzen müsste, würden sie in ihren eigenen Verträgen mit Verbrauchern ebenfalls Pfandklauseln verwenden. Dies ist aber unstrittig nicht der Fall. Der Kl. hat ausdrücklich neben der Bekl. nur einen weiteren so genannten Reseller (mit dessen Fall der BGH befasst war) als Verwender einer Pfandklausel benannt. Die Bekl. hat selbst nicht geltend gemacht, dass Bestimmungen über das Kartenpfand bei einem anderen benannten Mobilfunkanbieter – Reseller oder Netzanbieter – Verwendung finden würden.

Im Übrigen ist auch insoweit erstaunlich, dass die Bekl. trotz der aus ihrer Sicht existenziellen Gefahr eines Vertragsbruchs gegenüber den Netzbetreibern nicht etwa eine mit der Rechtsabteilung abgestimmte möglichst sichere Vorgehensweise zur Einziehung der Karten verfolgt. Stattdessen konnte sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nicht einmal erklären, ob in ihren Kündigungsbestätigungsschreiben überhaupt auf die Pflicht zur Rückgabe der SIM-Karte hingewiesen wird.

c) Der Anspruch des Kl.s auf Zahlung der Pauschale für vorgerichtliche Abmahnkosten folgt aus §§ 5 UKlaG, 12 Abs. 1 UWG. Die Höhe der erhobenen Pauschale von 214,00 € ist angemessen. Der Ausspruch zu den Zinsen ergibt sich aus §§ 288, 291 BGB.

2. Die gemäß § 254 ZPO zulässige Stufenklage zum Gewinnabschöpfungsverlangen hat das Landgericht zu Recht in der ersten Stufe für begründet erachtet. Dem Kl. steht der geltend gemachte Auskunftsanspruch zu, damit er in die Lage versetzt werden kann, den gegen die Bekl. bestehenden Gewinnabschöpfungsanspruch gemäß § 10 UWG zu beziffern.

Wer vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann gemäß § 10 Abs. 1 UWG von den nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 - 4 UWG zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs berechtigten Personen auf Herausgabe des erzielten Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden. Dabei ist allgemein anerkannt, dass mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch auch ein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung gemäß § 242 BGB einhergeht

(vgl. nur Senat, MMR 2013, S. 579 ff., mwN).

Der Kl. ist befugt zur Durchsetzung des Anspruchs aus § 10 Abs. 1 UWG, weil er als qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG zu den Klageberechtigten gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG gehört. Auch die weiteren Voraussetzungen für den geltend gemachten Gewinnabschöpfungsanspruch liegen vor. Mit der Verwendung der unwirksamen Klausel über die Erhebung einer „Nichtnutzungsgebühr“ im Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis 31. Juli 2012 hat die Bekl. eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen (a). Dies geschah im gesamten genannten Zeitraum vorsätzlich im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG (b), und die Bekl. hat dadurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt (c). Schließlich ist die konkrete Ausgestaltung der Auskunftsverpflichtung im angefochtenen Urteil nicht zu beanstanden (d).

a) Unlautere geschäftliche Handlungen sind gemäß § 3 Abs. 1 UWG unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. In § 4 UWG sind Beispiele

unlauterer geschäftlicher Handlungen genannt. Nach Nr. 11 der Vorschrift handelt unlauter insbesondere, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 26. März 2013 (2 U 7/12 = MMR 2013, S. 579 ff.)

entschieden, dass die Bestimmungen der §§ 307 bis 309 BGB Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG darstellen. Die von der Bekl. dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde hat der BGH zurückgewiesen. Der Senat hält an seiner Auffassung fest.

Der BGH hat die Einordnung der §§ 307 ff. BGB als Marktverhaltensregelungen zwar in seinem Urteil vom 31. Mai 2012 (I ZR 45/11, NJW 2012, S. 3577 ff.)

selbstverständlich nur in Bezug auf den dort zu entscheidenden Fall vorgenommen. § 4 Nr. 11 UWG wurde „jedenfalls im Hinblick auf die Anwendung der Klauselverbote der §§ 307, 308 Nr. 1 und 309 Nr. 7a BGB auf die im Streitfall verwendeten Geschäftsbedingungen“ für anwendbar erachtet. Zur Begründung heißt es, die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen widerspreche regelmäßig den Erfordernissen fachlicher Sorgfalt, und die in Rede stehenden Verstöße gegen §§ 307, 308 Nr. 1 und 309 Nr. 7a BGB seien auch geeignet, die wirtschaftlichen Interessen des Durchschnittsverbrauchers spürbar zu beeinflussen

(BGH, aaO).

Es liegt auf der Hand, dass nicht nur die für den entschiedenen Einzelfall maßgeblichen Klauselverbote dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und damit unter § 4 Nr. 11 UWG fallen. Jedenfalls aber ergibt die Unwirksamkeit der Bestimmung über die von der Bekl. erhobene „Nichtnutzungsgebühr“ sich gerade aus einem der vom BGH aufgezählten Klauselverbote, nämlich aus § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Das darunter fallende Verbot, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ein gesondertes Entgelt zu erzielen, ohne selbst irgendeine Gegenleistung zu erbringen, ist jedenfalls dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Im Übrigen wird in der Literatur überwiegend davon ausgegangen, dass die §§ 307 ff. BGB allgemein Marktverhaltensregelungen im Interesse der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG seien

(vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Auflage, § 1 UKlaG Rn. 14, § 4 UWG Rn. 11.156f, m. v. N.; Ohly in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 6. Auflage, § 4 Rn. 11/78).

Soweit die Bekl. sich für ihren Standpunkt auf die von Ohly, aaO, noch in der 5. Auflage vertretene Auffassung beruft, ist dies mit den Erwägungen des BGH im Urteil vom 31. Mai 2012 ebenso überholt wie die in der Berufungsbegründung zitierten obergerichtlichen Entscheidungen aus den Jahren 2006 bis 2008.

Ob es für die Anwendbarkeit des § 10 UWG auf den formalen Umstand ankommt, dass die Unwirksamkeit der betroffenen Klausel schon vor der Verwendung durch den jeweiligen Unternehmer „auf Grund von Musterprozessen“ festgestanden hat, ist dementsprechend allenfalls für die Frage des Vorsatzes im Einzelfall zu erörtern.

b) Die Bekl. hat mit der Verwendung der Klausel über die Erhebung einer „Nichtnutzungsgebühr“ in dem Zeitraum, der Gegenstand des Auskunftsverlangens ist, vorsätzlich gegen § 307 BGB verstoßen.

Vorsatz im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG liegt nicht nur vor, wenn der Klauselverwender weiß, dass er den Tatbestand des § 3 UWG verwirklicht, und dies auch will („Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolgs“). Dies wäre etwa in der von der Bekl. allein als möglicherweise ausreichend anerkannten Konstellation der Fall, dass die Rechtswidrigkeit der verwendeten Klausel aufgrund eines Musterprozesses feststeht und dies dem Unternehmer bei der Verwendung bekannt ist.

Zur Anwendung des § 10 Abs. 1 UWG genügt vielmehr bedingter Vorsatz, so dass es ausreicht, wenn der Verwender die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält und billigend

in Kauf nimmt

(vgl. nur Senat, MMR 2013, S. 579 ff., mwN).

Bedingt vorsätzlich handelt, wer sein Verhalten fortsetzt, obgleich er sich auf Grund der ihm bekannten Tatsachen nicht der Einsicht verschließen kann, dass dieses unlauter ist

(Senat, aaO, mwN).

Dabei ist es entgegen der Auffassung der Bekl. nicht erforderlich, dass der Klauselverwender die §§ 307 ff. BGB zutreffend als Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG einordnet. Entscheidend ist nicht die juristisch korrekte Subsumtion, sondern die Einsicht des Klauselverwenders, dass er sich gegenüber Verbrauchern auf unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen beruft. Dies beinhaltet zugleich die Erkenntnis der Unlauterkeit.

Die Bekl. hat die Klausel über die „Nichtnutzungsgebühr“ in der streitgegenständlichen Zeit vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Juli 2012 mit mindestens bedingtem Vorsatz hinsichtlich des Verstoßes gegen § 3 UWG verwendet. Jedenfalls aufgrund des Abmahnschreibens vom 28. April 2011 konnte sie sich nicht mehr der Erkenntnis verschließen, dass die Klausel über die „Nichtnutzungsgebühr“ unwirksam und deren Verwendung unlauter ist.

Zwar trifft es zu, dass eine Abmahnung nicht zwangsläufig und in allen Fällen diese Folge hat. Abmahnungen können auch unberechtigt sein, und zwar selbst bei sorgfältiger Prüfung durch eine qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG. In zweifelhaften Rechtsfragen kann es aus Sicht eines Verbraucherschutzes sinnvoll sein, für Klarheit zu sorgen und zu diesem Zweck das Risiko einzugehen, im Unterlassungsrechtsstreit zu unterliegen und die entsprechenden Kosten zu tragen. Wenn der Klauselverwender in derartigen Fällen bei ebenfalls sorgfältiger Prüfung und unter Berücksichtigung der Argumentation der abmahnenden Institution zu dem Ergebnis kommt, dass die Klausel wirksam sei, kann er sie während des laufenden Abmahnverfahrens und eines anschließenden Rechtsstreits weiter verwenden, ohne das zusätzliche Risiko der Gewinnabschöpfung zu tragen.

Dem trägt offensichtlich auch der Kl. Rechnung. So hat er im Hinblick auf die „Pfandgebühr“, die der Senat im selben Urteil wie die „Nichtnutzungsgebühr“ für unzulässig erklärt hat, kein Gewinnabschöpfungsverfahren eingeleitet. Auch im Übrigen kommt es nach den Erfahrungen des Senats selten vor, dass auf eine erfolgreiche Unterlassungsklage ein Gewinnabschöpfungsverfahren folgt. Hinsichtlich der „Nichtnutzungsgebühr“ hat der Kl. diesen Weg jedoch zu Recht beschritten.

Die Klausel ist evident unwirksam, und es entbehrt jeder Grundlage, wenn die Bekl. erklärt, sie sei immer noch von deren Wirksamkeit überzeugt. Schon im Abmahnschreiben vom 28. April 2011 hat der Kl. der Bekl. zutreffend erläutert, dass mit der „Nichtnutzungsgebühr“ faktisch eine zusätzliche Grundgebühr erhoben werde, obwohl dem Gewinnerzielungsinteresse der Bekl. bereits mit dem monatlichen Grundbetrag von 14,95 € Rechnung getragen werde. Es musste sich der Bekl. geradezu aufdrängen, dass sie dem Kunden keine zusätzliche Zahlung abverlangen durfte, ohne dass sie selbst irgendeine zusätzliche Leistung erbrachte oder der Kunde seinerseits gegen Vertragspflichten verstieß. Dass der Kunde durch den Abschluss eines Mobilfunkvertrages und die Zahlung einer monatlichen Grundgebühr nur das Recht zum Telefonieren erwirbt, nicht aber dazu verpflichtet wird, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

Wenn die Bekl. sich darauf beruft, dass sie die betroffene Klausel durch ihre Konzernrechtsabteilung habe prüfen lassen, spricht dies jedenfalls nicht gegen ihren Vorsatz, sondern eindeutig dafür. Dass die formularmäßige Erhebung einer zusätzlichen Gebühr für die Nichtinanspruchnahme einer Leistung gegen grundlegende zivilrechtliche Prinzipien verstößt, kann keinem Juristen entgangen sein.

Es handelt sich auch nicht um einen Fall, in dem andere Gerichte oder zumindest Stimmen in der Literatur erwägenswerte Argumente für die Wirksamkeit der konkreten Klausel hervorgebracht haben. Die Bekl. selbst hat sich im Unterlassungsrechtsstreit im Wesentlichen mit dem fernliegenden Ar-

gument verteidigt, die Klausel unterliege nicht der Inhaltskontrolle. Eine ernst zu nehmende Rechtfertigung in der Sache ist nicht erfolgt. Wenn die Bekl. ein Preismodell verwirklichen will, das aktive Nutzer gegenüber passiven bevorzugt, mag sie den aktiven Nutzern auf den Grundpreis Rabatte gewähren und dies unter Offenlegung aller Preiskomponenten am Markt durchsetzen.

Dass die Bekl. die Verwendung der Klausel über die „Nichtnutzungsgebühr“ überhaupt nicht von Erkenntnissen über deren Unwirksamkeit abhängig gemacht hat, folgt im Übrigen aus ihrem Verhalten nach dem Urteil des Landgerichts Kiel vom 29. November 2011. Wenn die Bekl. es bei ihrer „Prüfung“ überhaupt in Erwägung gezogen hätte, die Verwendung einer unwirksamen Klausel zu unterlassen, hätte sie den Passus über die „Nichtnutzungsgebühr“ schon aufgrund der klaren und deutlichen Worte des Landgerichts aus ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen genommen, statt dafür den Ausgang des Berufungsverfahrens abzuwarten.

c) Die Bekl. hat mit der Verwendung der betroffenen Klausel einen Gewinn zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erzielt. Der Gewinn folgt aus der Zahlung der „Nichtnutzungsgebühren“, die die Bekl. aufgrund der unwirksamen Klausel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen von den einzelnen Kunden verlangt und vereinnahmt hat, ohne jeweils eine Gegenleistung zu erbringen. Es handelt sich um einen typischen so genannten „Streuschaden“, dem mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG begegnet werden soll und der sich durch die Schädigung einer Vielzahl von Abnehmern bei gleichzeitiger geringer Schadenshöhe im Einzelfall auszeichnet

(vgl. Köhler, aaO, § 10 UWG Rn. 3, 4).

Dass die Bekl. als Großunternehmen mit Milliardenumsatz die betroffene Klausel in einem Zeitraum von über einem Jahr gegenüber einer Vielzahl von Kunden verwendet hat, bedarf keiner näheren Ausführungen. In welchem Umfang es tatsächlich zur Zahlung der „Nichtnutzungsgebühr“ in Höhe von jeweils 4,95 € gekommen ist, muss erst in der Zahlungsstufe näher festgestellt werden. Dass die Erhebung der Gebühr für die Bekl. jedenfalls nicht ohne praktische Bedeutung gewesen ist, ergibt sich schon aus ihrem eigenen Vorbringen, mit dem sie in jeweils zwei Instanzen der Unterlassungsklage und dem Gewinnabschöpfungsverlangen entgegengetreten ist.

d) Schließlich ist auch die genaue Ausgestaltung des Tenors in der Auskunftsstufe nicht zu beanstanden.

Die Bekl. macht zunächst zu Unrecht geltend, das Landgericht habe ihr allenfalls aufgeben dürfen, Auskunft über den im Ergebnis erzielten Gewinn aus der Erhebung der betroffenen Gebühr zu erteilen. Zwar ist der Anspruch aus § 10 UWG ausdrücklich nur auf die Herausgabe des „Gewinns“ gerichtet, wobei nach § 10 Abs. 2 S. 1 UWG die Leistungen anzurechnen sind, die der Schuldner auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte oder an den Staat erbracht hat. Es ist aber nicht Sache der Bekl., die Ermittlung des letztlich abzuschöpfenden Gewinns selbst vorzunehmen und dem Kl. in der Auskunftsstufe nur das Ergebnis ihrer eigenen Berechnungen mitzuteilen.

Vielmehr muss der Kl. in die Lage versetzt werden, anhand der Mitteilungen der Bekl. über die Einnahmen einerseits und die mit der Zuwiderhandlung verbundenen Ausgaben andererseits selbst den Anspruch zu ermitteln, der letztlich in der Zahlungsstufe geltend gemacht wird. Wenn die Bekl. lediglich den nach ihren Vorstellungen und ihrer Rechtsauffassung ermittelten Gewinn mitteilen müsste, wäre dem Kl. jede Nachprüfung der einzelnen Parameter unmöglich. Erst in der Zahlungsstufe ist zu berechnen, welcher Gewinn sich nach Maßgabe des § 10 UWG auf der von der Bekl. mitzuteilenden Tatsachengrundlage ergibt.

Wenn die Bekl. dabei neben Steuern und Abgaben weitere Ausgaben im Zusammenhang mit der „Nichtnutzungsgebühr“ berücksichtigt wissen will, ist es ihr unbenommen, dem Kl. auch diese mitzuteilen. Es dürfte allerdings in der Natur der Sache liegen, dass mit der Erhebung einer „Nichtnutzungsgebühr“ gerade keine weiteren Ausgaben des Klauselverwenders verbunden sein können, weil er keine Leistung erbringt.

Auch wenn es darauf für die Entscheidung in der Auskunftsstufe nicht ankommt, wird die Bekl. vorsorglich bereits darauf hingewiesen, dass jedenfalls nicht die Gewinne abzusetzen sind, die ihr entstanden wären, wenn die jeweils betroffenen Kunden kostenpflichtig telefoniert hätten. Die Bekl. hatte überhaupt keinen Anspruch auf eine intensive Telefonnutzung durch ihre Kunden.

Das Landgericht hat schließlich zu Recht davon abgesehen, einen so genannten Wirtschaftsprüfervorbehalt zu Gunsten der Bekl. aufzunehmen mit der Folge, dass sie die Auskünfte nur einem vom Kl. zu bezeichnenden Wirtschaftsprüfer erteilen müsste. Wenn die Angabe bestimmter Daten lediglich erforderlich ist, um die Richtigkeit und Vollständigkeit einer Auskunft überprüfen zu können, kann das Gericht zwar nach ständiger Rechtsprechung des BGH – auf Antrag oder von Amts wegen – einen solchen Vorbehalt in das Urteil aufnehmen

(vgl. nur Köhler, aaO, § 9 UWG Rn. 4.19, 4.20, mwN).

Ein Wirtschaftsprüfervorbehalt kommt aber nur in Betracht, wenn dem Auskunftsanspruch deutlich höhergewichtige Belange des Auskunftspflichtigen gegenüberstehen

(Köhler, aaO, mwN).

Der Verletzer muss dabei die für den Vorbehalt sprechenden Umstände, zum Beispiel die Gefahr einer unlauteren Nutzung der erlangten Informationen, darlegen und beweisen.

Die Bekl. hat hingegen nur formelhaft vorgetragen, dass es sich für sie „bei der von dem Kl. vorliegend begehrten Auskunft um hochsensible Geschäftsgeheimnisse“ handele. Tatsachen dazu sind nicht mitgeteilt worden und existieren auch ersichtlich nicht. Im konkreten Fall soll die Bekl. nur die im genannten Zeitraum erzielten Einnahmen aus „Nichtnutzungsgebühren“ und die damit verbundenen Steuern und Abgaben benennen. Die Auskunft ist also eng auf den Bereich der unlauteren Klauselnutzung beschränkt und nicht mit dem Fall der Rücklastschriftpauschale zu vergleichen, über die der Senat im Urteil vom 26. März 2013 (MMR 2013, S. 579 ff.) zu entscheiden hatte. Abgesehen davon, dass der Ausspruch eines Wirtschaftsprüfervorbehalts bereits im Antrag des dortigen Kl.s enthalten war, gab es auch erkennbare Geheimhaltungsinteressen bei der Bekl.. Für den abgrenzbaren Bereich der „Nichtnutzungsgebühr“ muss die Bekl. indes keine Auskünfte erteilen, die auch in erheblichem Umfang ihr lauterer Geschäftsgebaren betreffen....

ZPO § 91

Die tatsächlichen Reisekosten eines nicht im Bezirk des Prozessgerichts niedergelassenen oder am Gerichtsort wohnhaften Rechtsanwalts sind bis zu der Höhe zu erstatten, die sich für einen im Bezirk des jeweiligen Prozessgerichts niedergelassenen oder wohnhaften Rechtsanwalt bei der weitesten Entfernung innerhalb des Bezirks errechnet.

SchlHOLG, 9. Zivilsenat, Beschluss vom 24. Juli 2015 – 9 W 26/15 (n.rkr.) –, Re. Anmerkung: Die Rechtsbeschwerde wurde zugelassen.

Mit Urteil vom 7. August 2014 wies das Landgericht Flensburg die vom Kl. gegen die zu diesem Zeitpunkt in Niebüll wohnhafte Bekl. erhobene Klage weitgehend zurück und erlegte die Kosten des Rechtsstreits dem Kl. zu 94 % und der Bekl. zu 6 % auf. Mit dem angefochtenen Kostenfestsetzungsbeschluss vom 19. Dezember 2014 setzte der Rechtspfleger die vom Kl. an die Bekl. zu erstattenden Kosten auf 3653,43 € nebst Zinsen fest. In die zugrunde liegende Kostenausgleichsberechnung hat er auf Seiten der Bekl. die geltend gemachten Reisekosten ihres in Hamburg ansässigen Rechtsanwalts zu den beiden Gerichtsterminen vor dem Landgericht Flensburg auf die fiktiven Reisekosten eines in Niebüll ansässigen Rechtsanwalts gekürzt. Die gegen diesen Beschluss von dem Prozessbevollmächtigten der Bekl. eingelegte Beschwerde hatte nur teilweise Erfolg.

Aus den Gründen

1. Der Bekl. ist zunächst Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Beschwerdefrist zu gewähren (wird ausgeführt).....

2. Die sofortige Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig. Sie ist aber nur teilweise begründet.

a) Zu Recht ist der Rechtspfleger davon ausgegangen, dass die Bekl. unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten nicht berechtigt gewesen ist, für die Führung des Rechtsstreits vor

dem Landgericht Flensburg den in Hamburg ansässigen Beklagtenvertreter einzuschalten.

(1) Einer im Bezirk des Prozessgerichts wohnhaften Partei wird es nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung zugemutet, einen im gleichen Bezirk niedergelassenen Rechtsanwalt zu beauftragen (vgl. § 91 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 ZPO). Das dahinterliegende Gebot der Kostenschonung tritt ausnahmsweise nur dann zurück, wenn die Partei ein besonders schützenswertes überwiegendes Interesse an einem auswärtigen, also einem nicht im Bezirk des Prozessgerichts niedergelassenen oder wohnhaften, Rechtsanwalt hat

(vgl. BGH, Beschluss vom 20. Mai 2008 – VIII ZB 92/07, NJW-RR 2009, 283, 284 Rn.6; Jaspersen / Wache, in Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Stand 1. März 2015, § 91 Rn. 169).

(2) Derartige besondere Interessen der Bekl. sind nicht ersichtlich. Auch eine besondere Spezialisierung des Beklagtenvertreters, über die im Gerichtsbezirk des Landgerichts Flensburg ansässige Rechtsanwälte nicht verfügen und die für die Bearbeitung der Sache notwendig gewesen ist, ist nicht erkennbar. Der Umstand, dass die Bekl. den Beklagtenvertreter bereits vor Einleitung des gerichtlichen Verfahrens eingeschaltet hatte, kann ein solches besonders schützenswertes Interesse nicht begründen. Der Kl. hat unwidersprochen vorgetragen, dass bereits das erste außergerichtliche Aufforderungsschreiben vom 4. September 2007 an die Bekl. unter ihrer Niebüller Wohnanschrift gerichtet war, sodass die Bekl. ohne weiteres damit rechnen musste, dass die gerichtliche Geltendmachung in dem für sie zuständigen Bezirk des Landgerichts Flensburg erfolgen würde. Auch die dargelegten Umzugspläne der Bekl., die sie ohnehin nicht realisiert hat, rechtfertigen keine andere Bewertung.

b) Allerdings sind die tatsächlichen Reisekosten des Beklagtenvertreters nicht auf die Entfernung zwischen dem Wohnort der Bekl. in Niebüll und dem Landgericht Flensburg zu beschränken. Sie sind vielmehr in der Höhe zu erstatten, wie Reisekosten bei Beauftragung eines im Gerichtsbezirk niedergelassenen Rechtsanwalts maximal angefallen wären. Hierfür ist die höchstmögliche Entfernung innerhalb des Gerichtsbezirks anzusetzen.

(1) Die Erstattungsfähigkeit von Reisekosten des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei unterliegt nach dem Wortlaut des § 91 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 und 2 ZPO nur dann einer Notwendigkeitsprüfung, wenn der Rechtsanwalt weder am Gerichts-ort wohnt noch im Bezirk des Prozessgerichts niedergelassen ist. Nur für diese Rechtsanwälte gilt die Einschränkung der grundsätzlichen Erstattungspflicht nach § 91 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 ZPO („Auslagen des Rechtsanwalts ... sind ... zu erstatten“) durch Hs. 2 ZPO

(„Reisekosten eines Rechtsanwalts, der ...“; so auch Schneider, NJW-Spezial 2011, 603).

Seit der Streichung des früheren § 91 Abs. 2 S. 2 ZPO durch das Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts vom 5. Mai 2004 (Art. 4 Abs. 20 Nr. 2, BGBl. 2004 I 718) entstehen der obsiegenden Partei – von Fällen des Rechtsmissbrauchs, die vor allem bei großen Gerichtsbezirken relevant werden können, abgesehen – kostenrechtlich keine Nachteile dadurch, dass sie einen am Ort des Prozessgerichts nicht ansässigen oder wohnhaften Rechtsanwalt wählt, solange dieser im Gerichtsbezirk niedergelassen oder wohnhaft ist

(vgl. auch Jaspersen / Wache, Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Stand 1. März 2015, § 91 Rn. 168 f.; Schneider, in Prütting / Gehrlein, ZPO 7. Auflage 2015, § 91 Rn. 5 m.w.Nachw.; für eine Notwendigkeitsprüfung hingegen bei nicht am Gerichtsort, aber innerhalb des Gerichtsbezirks niedergelassenen bzw. wohnhaften Rechtsanwälten Schulz, in Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013, § 91 Rn. 65; offen gelassen von BGH, Beschluss vom 13. September 2011 – VI ZB 9/10, NJW 2011, 3520 Rn. 6 f.).

Die bis dahin geltende Unterscheidung, die durch die Beauftragung eines nicht am Gerichtsort, aber innerhalb des Gerichtsbezirks ansässigen oder wohnhaften Rechtsanwalts entstehende Mehrkosten als nicht erstattungsfähig behandelte, wurde vom Gesetzgeber nach der Abschaffung des Lokalisierungsprinzips für Rechtsstreitigkeiten mit Anwaltszwang mit Wirkung zum 1. Januar 2000

(Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 17. Dezember 1999, BGBl. 1999 I 2448)

für nicht mehr sachgerecht gehalten

(siehe die Begründung zum Gesetzentwurf vom 11. November 2003, BT-Drucks 15/1971 S. 233, zu Absatz 20 Nr. 2).

Erst mit dieser kostenrechtlichen Umsetzung wird das Recht der Partei auf freie Anwaltswahl wirkungsvoll

(so auch Schulz, in Münchener Kommentar ZPO, aaO, Rn. 63; Schons, Anmerkung zu LG Düsseldorf NJW 2015, 499 f.).

(2) Aus dieser Anknüpfung an den Gerichtsbezirk folgt, dass die obsiegende Partei die Reisekosten ihres im Gerichtsbezirk niedergelassenen oder wohnhaften Rechtsanwalts immer erstattet verlangen kann

(Schneider, NJW-Spezial 2011, 603; Hergert, in Zöller, ZPO 30. Auflage 2014, § 91 Rn. 13 Stichwort „Reisekosten b. des Anwalts“; Lackmann, in Musielak / Voit, ZPO 12. Auflage 2015, § 91 Rn. 17; Jaspersen / Wache, in Beck'scher Online-Kommentar ZPO, aaO, § 91 Rn. 168; Schneider, in Prütting / Gehrlein, aaO, § 91 Rn. 5).

Damit verbietet es sich aber, die obsiegende Partei, die sich – ohne dass die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für eine Erstattungsfähigkeit der hieraus folgenden tatsächlichen Reisekosten gegeben wären – durch einen außerhalb des Gerichtsbezirks niedergelassenen und wohnhaften Rechtsanwalt vertreten lässt, dadurch kostenmäßig schlechter zu stellen, dass für eine Kostenerstattung fingiert wird, sie hätte einen an ihrem Wohnsitz niedergelassenen Rechtsanwalt oder sogar einen am Gerichtsort selbst ansässigen Rechtsanwalt beauftragt, der – da innerhalb der gleichen politischen Gemeinde wie das Prozessgericht

(vgl. zum Begriff der Geschäftsreise Vorbemerkung 7 Abs. 2 VV RVG) –

Reisekosten nicht verlangen könnte. Erstattungsfähig sind vielmehr die tatsächlichen Fahrtkosten des auswärtigen Rechtsanwalts bis zur Höhe, die sich für einen im Bezirk des jeweiligen Prozessgerichts niedergelassenen oder wohnhaften Rechtsanwalt bei der weitesten Entfernung innerhalb des Bezirks errechnet

(hierfür auch LG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 6 O 455/11, NJW 2015, 498, 499 mit Anmerkung Schons; AG Marbach, Beschluss vom 6. November 2013 – 3 C 32/12, RPfleger 2014, 289 f.; AG Kiel, Beschluss vom 14. Februar 2013 – 59 F 12/11, NJW-RR 2013, 892; Jaspersen / Wache, in Beck'scher Online-Kommentar ZPO, aaO, Rn. 168, 168a, 169; wohl auch Schneider, in Prütting / Gehrlein, aaO, § 91 Rn. 5).

Dieser Ansatz korrespondiert auch mit der Kostenerstattung bei auswärtigen Rechtsanwälten im Bereich der Prozess- und Verfahrenskostenhilfe. Die Beiordnung eines auswärtigen Rechtsanwalts darf nicht auf die Bedingungen eines am Ort des Prozessgerichts ansässigen Rechtsanwalts, sondern nur auf die Bedingungen eines im Bezirk des Prozessgerichts niedergelassenen Rechtsanwalts beschränkt werden

(vgl. § 121 Abs. 3 ZPO; OLG Celle, Beschluss vom 28. April 2011 – 10 WF 123/11, BeckRS 2011, 09550; LAG Köln, Beschluss vom 8. März 2013 – 3 Ta 8/13, BeckRS 2013, 06573).

Ein derart beigeordneter auswärtiger Rechtsanwalt kann seine Reisekosten bis zur höchstmöglichen Entfernung innerhalb des Gerichtsbezirks von der Landeskasse verlangen

(Schneider, NJW-Spezial 2011, 603; LAG Köln, Beschluss vom 8. März 2013, aaO m.w.Nachw.; zum Vergleich der anfallenden Reisekosten vgl. nur OLG Bamberg, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 2 WF 173/14, NJW-RR 2015, 187, 188; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. Dezember 2013 – 6 WF 222/13, AGS 2014, 138 f.; Geimer, in Zöller, aaO, § 121 Rn. 13 und 13a; Giers, in Schneider / Volpert / Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 1. Auflage 2014, § 121 ZPO Rn. 10 f.).

(3) Demzufolge kann die Bekl. die tatsächlichen Reisekosten ihres Prozessbevollmächtigten in Höhe der – fiktiven – Reisekosten eines im Bezirk des Landgerichts Flensburg niedergelassenen Rechtsanwalts für die größtmögliche Entfernung zum Landgericht Flensburg erstattet verlangen. Der Senat hat unter Heranziehung eines Routenplaners

(vgl. hierzu Schons, Anmerkung zu LG Düsseldorf NJW 2015, 499, 500)

die höchstmögliche Entfernung mit ca. 90 km zwischen St. Peter-Ording und Flensburg ermittelt.

Es ergibt sich folgende neue Kostenausgleichsberechnung: ... (wird ausgeführt).

RVG § 14 I; ZPO § 91 I, II

1. Rechtspfleger und Gericht sind in dem Kostenfestsetzungsverfahren auf die Prüfung beschränkt, ob sich die vom Rechtsanwalt geltend gemachte Gebühr innerhalb des Gebührenrahmens hält und ob sie im Einzelfall un-

ter Berücksichtigung aller Umstände nicht unbillig ist. Allein dann, wenn der Gebührenansatz missbräuchlich erfolgt und bei einer Gesamtabwägung unbillig ist, darf und muss das Gericht die Gebühr neu festsetzen.

2. Die Reisekosten eines an einem dritten Ort ansässigen Rechtsanwalts sind, wenn dessen Zuziehung zur Interessenwahrnehmung erforderlich war, erstattungsfähig, dann allerdings nur bis zur Höhe der fiktiven Reisekosten eines am Wohn- oder Geschäftsort der Partei ansässigen Rechtsanwalts

LG Flensburg, Beschluss vom 27. August 2015 – I Qs 40/15 –, Dr. Ra.

Nach Erhalt des vom Kreis N. am 18.3.2013 wegen fahrlässiger Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit innerhalb geschlossener Ortschaften um 36 km/h am 31.1.2013 in H. erlassenen Bußgeldbescheides, der eine Geldbuße in Höhe von 200,00 Euro sowie ein Fahrverbot für zwei Monate vorsah, beauftragte der Betroffene den ebenfalls in O. kanzeleinsässigen Rechtsanwalt L. mit seiner Verteidigung. Auf seinen Einspruch gegen den Bußgeldbescheid beraumte das Amtsgericht H. am 5.6.2013 zunächst Termin zur Hauptverhandlung auf den 17.7.2013 an, verlegte den Termin auf den 23.10.2013. Weiterhin beschloss das Gericht die Einholung eines anthropologischen Sachverständigengutachtens. Infolge der Verhinderung des Verteidigers verlegte das Gericht den Termin zunächst auf den 27.11.2013 und – infolge der Abwesenheit des Ast. – auf den 15.1.2014. Den Termin hob das Gericht auf. Zum Termin am 30.5.2014, der in der Zeit von 11.03 Uhr bis 13.00 Uhr stattfand, erschien der Ast. in Begleitung von Rechtsanwalt P., der in Untervollmacht vom 10.12.2013 für Rechtsanwalt L. auftrat. Das Gericht unterbrach die Hauptverhandlung und setzte diese am 13.6.2014 fort. Zu diesem Termin, der von 11.00 Uhr bis 11.15 Uhr andauerte, erschien weder der von der Verpflichtung zur Anwesenheit entbundene Ast. noch sein Verteidiger. Das Gericht setzte die Verhandlung am 4.7.2014 fort, die von 11.45 Uhr bis 12.22 Uhr andauerte und zu der Rechtsanwalt P. erschien. Am 25.07.2014 setzte das Gericht die Verhandlung fort und beauftragte die Erstattung eines Sachverständigengutachtens zur Ordnungsgemäßheit des angewendeten Messverfahrens. Der Termin dauerte von 11.10 Uhr bis 12.10 Uhr. Anwesend war Rechtsanwalt P. Das Gericht unterbrach die Sitzung und setzte diese am 8.8.2014 fort, die von 10.02 Uhr bis 10.30 Uhr andauerte. Nachdem das Gericht die Hauptverhandlung ausgesetzt hatte, beraumte es zunächst für den 19.9.2014 Termin an, der letztlich am 18.11.2014 im Zeitraum von 9.04 Uhr bis 10.17 Uhr in Anwesenheit von Rechtsanwalt P. stattfand und wegen Erkrankung des Ast. ausgesetzt worden ist. Mit Beschluss vom 24.2.2015 hat das Amtsgericht das Ordnungswidrigkeitsverfahren eingestellt und die Kosten des Verfahrens sowie die notwendigen Auslagen des Ast. der Landeskasse auferlegt. Daraufhin beantragte der Verteidiger Rechtsanwalt L., die ihm durch seine Tätigkeit entstandenen Gebühren in Höhe 3.383,77 Euro gegen die Staatskasse festzusetzen und zu erstatten. Die Kosten des Unterbevollmächtigten waren in der Abrechnung enthalten. Er beanspruchte im Einzelnen:

Grundgebühr gem. § 14 Abs. 1 RVG i.V.m. Nr. 5100 VV RVG	100,00 €
Verfahrensgebühr gem. § 14 Abs. 1 RVG i.V.m. Nr. 5103 VV RVG	160,00 €
Verfahrensgebühr gem. § 14 Abs. 1 RVG i.V.m. Nr. 5109 VV RVG	160,00 €
Terminsgebühr gemäß §§ 14 Abs. 1 RVG i.V.m. Nr. 5110, 5109 VV RVG am 30.05.2014	255,00 €
am 13.06.2014	255,00 €
am 04.07.2014	255,00 €
am 25.07.2014	255,00 €
am 08.08.2014	255,00 €
am 18.11.2014	255,00 €
Pauschale gemäß Nr. 7000 Abs. 1 VV RVG	25,00 €
Pauschale gemäß Nr. 7002 VV RVG	20,00 €
Fahrtkosten gemäß Nr. 7005 VV RVG (350 Km) am 27.05.2014	105,00 €
am 08.08.2014	105,00 €
am 18.11.2014	105,00 €
Tage und Abwesenheitsgeld gemäß Nr. 7005 VV RVG (6 Stunden) am 25.07.2014	35,00 €
am 08.08.2014	35,00 €
am 18.11.2014	35,00 €
Aktenübersendungspauschale	12,00 €

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 11.6.2015 hat das Amtsgericht H. die dem Ast. aus der Landeskasse zu erstattenden notwendigen Auslagen auf 1682,18 Euro festgesetzt. Abgesetzt wurden die Kosten der Terminswahrnehmung durch den Unterbevollmächtigten (Fahrtkosten und Abwesenheitsgeld). Der Ast. hätte einen Unterbevollmächtigten am Sitz des Prozessgerichts beauftragen können. Weiterhin setzte die Rechtspflegerin die Grundgebühren nach dem vor 1.8.2013 geltenden Gebührenrecht fest, wonach sich die Grundgebühr von 100,00 Euro auf 85,00 Euro und die beiden Verfahrensgebühren von 160,00 Euro auf jeweils 135,00 Euro reduzierten. Ferner setzte die Rechtspflegerin die Terminsgebühr vom 13.6.2014 ab, da der Termin ohne Beteiligung des Verteidigers stattgefunden habe und reduzierte die Gebühren für die Termine 4.7.2014 und 8.8.2014 auf 120,00 Euro, da die Verhandlungen jeweils ca. 30 Minuten gedauert hätten.

Gegen den am 20.7.2015 zugestellten Kostenfestsetzungsbeschluss richtet sich die mit Schreiben vom 24.7.2015 eingelegte sofortige Beschwerde des Verteidigers. Zur Begründung trägt er vor, dass für die Termine am 4.7. und 8.8.2014 jeweils die Mittelgebühr in Ansatz gebracht werden könne. Es komme nicht ausschließlich auf die Dauer des Termins an, sondern auf den zugrundeliegenden Sachverhalt. Im Übrigen seien auch Kosten der Terminswahrnehmung durch einen Unterbevollmächtigten festsetzungsfähig. Die Reisekosten und Abwesenheitsgelder des Unterbevollmächtigten seien niedriger als etwaige Reisekosten des Bevollmächtigten.

Mit Beschluss vom 28.7.2015 hat die Rechtspflegerin des Amtsgerichts H. der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und das Verfahren dem Beschwerdegericht vorgelegt. Der Vertreter der Landeskasse hat Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Er erachtet die sofortige Beschwerde als unbegründet.

Aus den Gründen

Die gemäß den §§ 464b Satz 3 StPO, 104 Abs. 3 Satz 1 ZPO, 11 Abs. 1 RPflG gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss des Rechtspflegers statthafte sofortige Beschwerde, über welche die Kammer in der für das Strafverfahren vorgesehenen Besetzung zu entscheiden hat

(vgl. Meyer-Goßner, StPO, 56. Auflage, § 464b, Rn. 7; BGH NJW 2003, 763),

ist zulässig. Insbesondere wurde sie innerhalb der hier maßgeblichen Wochenfrist des § 311 Abs. 2 StPO eingelegt. Zudem ist die sich aus § 304 Abs. 3 StPO ergebende Beschwer dewertgrenze von 200 Euro überschritten.

Die Kammer geht zu Gunsten des Ast. davon aus, dass die sofortige Beschwerde des Verteidigers auch – was nicht ausdrücklich geschehen ist – im Namen seines Mandanten eingelegt wurde. Das Rechtsmittel steht allein dem von dem Kostenfestsetzungsbeschluss beschwerten Ast. zu. Der Verteidiger kann hingegen nicht ausschließlich in eigenem Namen das Rechtsmittel einlegen

(vgl. LG Koblenz, Rpfleger 2009, 698; LG Saarbrücken, Beschluss vom 7.11.2012 – 2 Qs 40/12; LG Potsdam, JurBüro 2014, 188).

Die sofortige Beschwerde hat Erfolg.

Der Ast. hat einen Anspruch auf weitere Erstattung von 821,10 Euro aus der Landeskasse.

Mit seiner Beschwerde wendet sich der Ast. einerseits gegen die Herabsetzung der Mittelgebühr für die Termine am 4.7.2014 und 8.8.2014 und gegen die Absetzung der Kosten der Terminswahrnehmung durch den Unterbevollmächtigten. Im Übrigen wird der Kostenfestsetzungsbeschluss nicht angegriffen.

1. Die Herabsetzung der Gebühren in dem angefochtenen Beschluss erfolgte zu Unrecht. Die durch den Verteidiger angesetzten Terminsgebühren für die Termine am 4.7.2014 und 8.8.2014 in Höhe von 255,00 Euro sind nicht unbillig hoch und damit verbindlich.

In welcher Höhe eine dem Grunde nach entstandene Gebühr für die anwaltliche Tätigkeit eines Rechtsanwalts innerhalb des Rahmens des Vergütungsverzeichnisses des RVG erstattungsfähig ist, hängt von den in § 14 RVG aufgeführten Umständen ab

(vgl. Meyer-Goßner, aaO, § 464a, Rn. 11).

Sind sämtliche nach § 14 Abs. 1 Satz 1 RVG zu berücksichtigenden Umstände, also insbesondere Umfang und Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, Bedeutung der Angelegenheit sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Auftraggebers, von durchschnittlicher Art, so ist Ansatzpunkt für die Gebührenbemessung die sogenannte Mittelgebühr

(vgl. Gerold/Schmidt RVG, 20. Auflage, § 14, Rn. 10; Hartmann, Kostengesetze, 42. Auflage, RVG § 14, Rn. 14; LG Potsdam JurBüro 2013, 189),

die der Verteidiger vorliegend geltend gemacht hat.

Bei der Abwägung der zu berücksichtigenden Merkmale und der sich daran anschließenden Bestimmung der Gebühren räumt die Vorschrift des § 14 Abs. 1 RVG dem Rechtsanwalt ein weites billiges Ermessen ein

(vgl. Hartmann aaO, RVG § 14, Rn. 21);

die von ihm im Rahmen eines Kostenfestsetzungsverfahrens getroffene Bestimmung ist dann nicht verbindlich, wenn sie unbillig ist. Rechtspfleger und Gericht sind in dem Kostenfestsetzungsverfahren auf die Prüfung beschränkt, ob sich die vom Rechtsanwalt geltend gemachte Gebühr innerhalb des Gebührenrahmens hält und ob sie im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände nicht unbillig ist

(vgl. Gerold/Schmidt aaO, § 14, Rn. 7).

Allein dann, wenn der Gebührenansatz missbräuchlich erfolgt und bei einer Gesamtabwägung unbillig ist, darf und muss das Gericht die Gebühr neu festsetzen

(vgl. LG Meiningen JurBüro 2011, 643; Hartmann aaO, Rn. 23).

Unbillig ist der Gebührenansatz jedenfalls dann, wenn die beantragte Gebühr um mehr als 20 Prozent über der angemessenen Höhe liegt

(vgl. BGH NJW-RR 2007, 420, 421; LG Potsdam JurBüro 2013, 189; LG Saarbrücken, Beschluss vom 7.11.2012 – 2 Qs 40/12)

Eine solche Unbilligkeit liegt nicht vor. Denn Umfang und Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit am 4.7.2014 und am 8.8.2014 sowie die Bedeutung der Angelegenheit waren im Rahmen einer anzustellenden Gesamtschau nicht in solchen Maße unterdurchschnittlich, dass die Bestimmung der Mittelgebühr ermessensmissbräuchlich erfolgte.

Auch wenn mit der Termingebühr vorrangig der zeitliche Aufwand vergütet werden soll, den der Rechtsanwalt durch die Teilnahme an der Hauptverhandlung hat

(Gerold/Schmidt aaO, VV 4108-411, Rn. 18),

und daher die Verhandlungsdauer für diese Gebühr ein (sehr) wichtiges Bemessungskriterium darstellt

(vgl. LG Saarbrücken, Beschluss vom 14.3.2012 – 2 Qs 8/12; OLG Hamm, Beschluss vom 3.12.2009 – 2 Ws 270/09),

ist daneben auch der Umfang der vom Rechtsanwalt im Termin entfalteten Tätigkeit bei der Festlegung der Gebühr von Bedeutung

(Burhoff, RVG, Straf- und Bußgeldsachen, 3. Auflage, Teil 4, Vorbemerkung 4 VV, Rn. 69).

Im Termin am 4.7.2014, der 37 Minuten dauerte, erhob das Gericht Beweis durch Einvernahme des Zeugen P. Im Anschluss stellte der Verteidiger zwei Beweisanträge, die die Zuverlässigkeit der zum Einsatz gekommenen Geschwindigkeitsmessanlage betrafen. Aus dem Protokoll ist weiterhin ersichtlich, dass das Gericht die Sach- und Rechtslage erörterte. Im Termin am 8.8.2014, der 26 Minuten andauerte, erhob das Gericht weiterhin Beweis durch Einvernahme des Zeugen F. Im Anschluss stellte der Verteidiger einen Antrag auf Einholung eines anthropologischen Sachverständigengutachtens zum Beweis für die Tatsache, dass der Zeuge F. Fahrer des Fahrzeuges der gegenständlichen Ordnungswidrigkeit war. Gleichwohl war die Sach- und Rechtslage einfach. Sie beschränkt sich jeweils auf die Frage, ob der Ast. Fahrer des gemessenen Fahrzeuges war oder nicht. Zur Klärung dieser Frage wurden ein anthropologisches und ein technisches Sachverständigengutachten eingeholt. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens ist in Verkehrsordnungswidrigkeiten mit anwaltlicher Verteidigung allerdings inzwischen nahezu Standard geworden

(vgl. LG Detmold, Beschluss vom 3.2.2009 – 4 Qs 172/08; LG Potsdam, JurBüro 2013, 640).

Ein gerichtliches Verfahren, in welchem lediglich die Frage der Fahrereigenschaft mit Hilfe eines Sachverständigen geklärt werden muss, stellt deshalb an die Tätigkeit des Verteidigers nur unterdurchschnittliche Anforderungen

(vgl. LG Potsdam, aaO).

Die Bedeutung der Angelegenheit für den Ast. war jedenfalls als nicht deutlich unter dem Durchschnitt liegend einzustufen. In dieser Sache ging es zwar lediglich um eine Geldbuße und ein Fahrverbot von zwei Monaten. Die Mitteilung des Verkehrszentralregisters wies am 12.3.2013 insgesamt fünf Einträge auf. Insgesamt waren 15 Punkte im Register gespeichert. Im Falle der Rechtskraft des angefochtenen Bußgeldbescheides vom 18.3.2013 wären dem Register weitere drei Punkte, mithin insgesamt 18 Punkte, hinzugefügt worden, was nach § 4 Abs. 3 Nr. 3 StVG zum Entzug der Fahrerlaubnis geführt hätte.

2. Zu Unrecht hat es die Rechtspflegerin abgelehnt, die beantragten Fahrtkosten und Abwesenheitsgelder festzusetzen. Es handelt sich hierbei um erstattungsfähige notwendige Auslagen.

Ausgangspunkt für die Frage der Erstattungsfähigkeit der Reisekosten eines Rechtsanwalts in einem Bußgeldverfahren ist § 464a Abs. 2 Nr. 2 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG. Danach

gehören zu den notwendigen Auslagen des Betroffenen auch die Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwaltes, soweit sie nach § 91 Abs. 2 ZPO zu erstatten sind. Reisekosten und Abwesenheitsgelder eines Rechtsanwalts, der nicht in dem Bezirk des Prozessgerichts niedergelassen ist und am Ort des Prozessgerichts auch nicht wohnt, sind gemäß § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO nur insoweit zu erstatten, als die Zuziehung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war. Bei der Beurteilung der Notwendigkeit im Sinne dieser Vorschrift sind die vom Bundesgerichtshof für den Zivilprozess entwickelten Grundsätze auch auf das Bußgeldverfahren anzuwenden

(vgl. LG Potsdam, NStZ-RR 2013, 327).

Anerkannt ist für das Zivilverfahren nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass es regelmäßig eine Maßnahme zweckentsprechender Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung im Sinne des § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO darstellt, wenn die an einem auswärtigen Gericht klagende oder verklagte Partei einen in der Nähe ihres Wohn- oder Geschäftsorts ansässigen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt

(vgl. BGH, NJW 2003, 898, 900).

Auch die Reisekosten eines an einem dritten Ort ansässigen Rechtsanwalts sind, wenn dessen Zuziehung – was dem Gelfall entspricht – zur Interessenwahrnehmung erforderlich war, erstattungsfähig, dann allerdings nur bis zur Höhe der fiktiven Reisekosten eines am Wohn- oder Geschäftsort der Partei ansässigen Rechtsanwalts

(vgl. BGH, NJW 2011, 3520; OLG Köln, NStZ-RR 2010, 31).

Darf nämlich bei einem Streitfall eine vernünftige und kostenbewusste Partei den für sie einfacheren und naheliegenden Weg wählen, einen an ihrem Wohn- oder Geschäftsort ansässigen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten zu beauftragen, so ist sie, soweit dessen Reisekosten nicht überschritten werden, nicht daran gehindert, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung einen an einem dritten Ort ansässigen Rechtsanwalt ihres Vertrauens zu beauftragen. Schutzwürdige Belange der gegnerischen Partei werden wegen der Begrenzung der Kostenerstattung nicht betroffen

(BGH, aaO).

Auf den hier zu entscheidenden Fall übertragen bedeutet dies, dass es dem Betroffenen unbenommen war, den ebenfalls in O. ansässigen Rechtsanwalt L. zu beauftragen. Ebenfalls erstattungsfähig sind – entgegen der Ansicht der Rechtspflegerin – auch die Reisekosten und Abwesenheitsgelder der Unterbevollmächtigten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen die Kosten eines Unterbevollmächtigten dann notwendige Kosten der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung im Sinne von § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO dar, wenn durch die Tätigkeit des Unterbevollmächtigten erstattungsfähige Reisekosten des Hauptbevollmächtigten erspart werden, die ansonsten bei der Wahrnehmung des Terms durch den Hauptbevollmächtigten entstanden wären

(vgl. BGH, NJW 2012, 2888; OLG Celle, JurBüro 2014, 368).

Maßgeblich ist, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftige Partei die kostenauslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte. Demnach sind die Kosten erstattungsfähig, wenn eine Vergleichsrechnung ergibt, dass sie unter den zu erwartenden (fiktiven) Reisekosten liegen

(vgl. OLG Celle, aaO)

Die dadurch anfallenden Reisekosten werden jedoch nur insoweit erstattet, als sie die fiktiven Reisekosten eines am Wohnort des Ast. in O. ansässigen Rechtsanwalts für eine Fahrt zum Prozessgericht in H. nicht übersteigen. Die einfache Entfernung zwischen dem Kanzleisitz des Hauptbevollmächtigten und dem Gerichtsort beträgt (nach dem Routenplaner bei Google maps) maximal 374 Kilometer. Die einfache Entfernung zwischen dem Kanzleisitz des Unterbevollmächtigten und dem Gericht beträgt 181 Kilometer. Die fiktiven Reisekosten des Hauptbevollmächtigten würden demnach pro Sitzungstag 224,40 € (374 Kilometer x 2 x 0,30 €) betragen. Die beanspruchten Reisekosten des Unterbevollmächtigten in

Höhe von 105,00 Euro übersteigen diese nicht und sind im Übrigen auch plausibel nachvollziehbar. Gleiches gilt für das beanspruchte Tage- und Abwesenheitsgeld in Höhe von täglich 35,00 Euro.

Der Ast. kann für die Termine am 4.7.2014 und am 8.8.2014 jeweils die Erstattung der Terminsgebühr als Mittelgebühr in Höhe von 255,00 Euro verlangen. Abgesetzt hat die Rechtspflegerin jeweils 135,00 Euro, sodass die Gebühr über die angefochtene Festsetzung hinaus in Höhe von 270,00 Euro (netto) entstanden ist. Weiterhin kann der Ast. die Festsetzung der beanspruchten Fahrtkosten und Abwesenheitsgelder in Höhe von 420,00 Euro (netto) beanspruchen. Insgesamt 690,00 Euro

(netto). Unter Berücksichtigung der Umsatzsteuer von derzeit 19 Prozent (Nr. 7008 VV RVG) ergibt sich ein Betrag von 821,10 Euro, der dem Ast. aus der Landeskasse zusätzlich zu zahlen ist. Soweit der Ast. die Erstattung von Fahrtkosten und Abwesenheitsgeld für den 27.5.2014 beantragt hat, geht die Kammer von einem offensichtlichen Schreibfehler aus. Tatsächlich sollten für den 30.5.2014 Auslagen beansprucht werden.

3. Die Kostenentscheidung hat ihre gesetzliche Grundlage in § 467 Abs. 1 StPO in entsprechender Anwendung. Der Beschwerdewert bemisst sich nach der Differenz zwischen dem in der angefochtenen Entscheidung zugebilligten und dem mit der Beschwerde verlangten Betrag.

Familienrecht

BGB §§ 1684 III 3, IV 3; 1696 II; FamFG §§ 21, 27, 69 I 2; § 18 SGB VIII

- 1. Das Familiengericht ist bei der Anordnung von begleiteten Umgangskontakten von Amts wegen verpflichtet, einen mitwirkungsbereiten Dritten im Sinne des § 1684 Abs. 4 S. 3 BGB zu ermitteln, wobei die Beteiligten eine Mitwirkungsobliegenheit trifft (Anschluss an OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1824)**
- 2. Wird die Mitwirkungsbereitschaft des Dritten in der Entscheidung des Familiengerichts offen gelassen, handelt es sich um eine unzulässige Teilentscheidung im Sinne des § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG.**
- 3. Im Rahmen der Mitwirkungsobliegenheit ist der umgangsberechtigte Elternteil unter Umständen gehalten, seinen Unterstützungsanspruch gemäß § 18 SGB VIII gegen das Jugendamt im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren geltend zu machen. Um dies zu ermöglichen, ist das Familiengericht zu einer Aussetzung des Verfahrens gemäß § 21 FamFG verpflichtet.**
- 4. Die Einrichtung einer Umgangspflegschaft im Sinne des § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB kann im Regelfall das Fehlen eines mitwirkungsbereiten Dritten nicht ersetzen.**
- 5. Die Abänderung von familiengerichtlichen Entscheidungen über die Anordnung von begleiteten Umgangskontakten richtet sich nach § 1696 Abs. 2 BGB.**

SchlHOLG, 2. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 23. März 2015 (rrk.) – 10 UF 6/15 –, Sp.

Die Kindesmutter begehrt die Abänderung einer durch Beschluss des Amtsgerichts Reinbek vom 13. November 2012 (Az. 10 F 240/11) getroffenen Umgangsregelung.

Die Kindeseltern waren nicht verheiratet. Aus ihrer Beziehung gingen die gemeinsamen Kinder S., geboren am 3. Juli 2003, und L., geboren am 19. August 2005, hervor. Die Kindeseltern gaben gemeinsame Sorgeerklärungen ab. Sie trennten sich im Dezember 2008. Die Kindesmutter wurde für zwei Monate wegen eines depressiven Erschöpfungszustandes tagesklinisch behandelt.

Mit Schriftsatz vom 26. Januar 2009 leitete sie ein Verfahren zur Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes für die gemeinsamen Kinder ein (Az.:). Der Kindesvater erklärte, kein Vertrauen in die Erziehungsfähigkeit der Kindesmutter zu haben; die Kindesmutter trete phasenweise sehr aggressiv gegenüber ihm und den Kindern auf. Beide Großmütter der Kinder wandten sich aus Sorge um die Kinder mit Schreiben vom 3. März 2009 bzw. 6. März 2009 an das Gericht. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 12. März 2009 vereinbarten die Kindeseltern, dass der Kindesvater mit den beiden Kindern aus dem gemeinsamen Haus auszieht.

In der Folgezeit kam es zu Schwierigkeiten bei der Gestaltung der Umgangskontakte der Kindesmutter mit den Kindern. Es wurden mehrere gerichtliche Verfahren betreffend die Belange der Kinder anhängig gemacht.

...

Ab Juni 2011 meldeten sich der Kindesvater, der Hort, den S. besuchte, der Familienhelfer, die Großmutter mütterlicherseits und die Familienhelferin beim Jugendamt. Ferner fanden Gespräche mit der Kindesmutter und der Klassenlehrerin von S. statt. Das Jugendamt erwog eine Herausnahme der Kinder aus dem mütterlichen Haushalt und eine Fremdunterbringung. Am 23. September 2011 nahm das Jugendamt die Kinder in Obhut und brachte sie beim Kindesvater unter. Durch Beschluss vom 29. September 2011 (Az.:) entzog das Familiengericht den Kindeseltern im Wege der einstweiligen Anordnung das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das Antragsrecht für Hilfen zur Erziehung und das Erziehungsrecht für beide Kinder bis zur Entscheidung in der Hauptsache und übertrug diese Bereiche der elterlichen Sorge auf das damals zuständige Jugendamt des Kreises H. Ferner ordnete es bis zur Entscheidung in der Hauptsache ein Kontaktverbot der Kindesmutter mit den Kindern an. Im Hauptsacheverfahren wegen Kindeswohlgefährdung (Az.:) vereinbarten die Beteiligten im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 2. November 2011, dass S. und L. bis zur Entscheidung in der Hauptsache ihren Aufenthalt beim Kindesvater haben. Sie vereinbarten außerdem, dass begleitete Umgangskontakte stattfinden sollen. Das Gericht holte ein psychologisches Sachverständigengutachten der

Sachverständige Dipl.-Psych. D. ein. Die Sachverständige empfahl u. a., den Umgang der Kindesmutter mit den Kindern für ein Jahr auszusetzen, alternativ empfahl sie einen begleiteten Umgang in Abständen von vier bis sechs Wochen. Durch Beschluss vom 13. November 2012 (Az.) entzog das Gericht der Kindesmutter die elterliche Sorge und übertrug sie allein auf den Kindesvater. Es hob die Umgangspflegschaft auf und ordnete unter Ziff. 4) der Beschlussformel zum Umgang folgendes an:

„Es wird ein begleiteter Umgang der Kindesmutter mit den Kindern S., geboren am 3.7.2003, und L., geboren am 19.8.2005, angeordnet. Der Umgang soll durch den Deutschen Kinderschutzbund/Kreisverband S. begleitet werden. Die Umgangskontakte finden im Kinderhaus ... statt.

Zur Vorbereitung der Umgangskontakte mit der Kindesmutter finden am 26.11.2012, 3.12.2012 und 10.12.2012 jeweils von 16.00 Uhr bis 18.00 Uhr Kontakte der Kinder mit der Umgangsbegleiterin allein statt. Der Kindesvater wird verpflichtet, die Kinder S. und L. zu diesen Terminen zum Kinderhaus ..., zu bringen und sie nach den Terminen dort wieder abzuholen.

Die Kindesmutter ist berechtigt und verpflichtet, mit den Kindern S. und L. beginnend mit dem 17. Dezember 2012 alle 6 Wochen jeweils montags von 16.00 Uhr bis 18.00 Uhr begleiteten Umgang im Kinderhaus, zu haben. Der Kindesvater wird verpflichtet, die Kinder jeweils zu diesen Terminen zu bringen. Er soll während der Umgangskontakte in erreichbarer Nähe bleiben.

Dem Kindesvater wird aufgegeben, der Umgangsbegleiterin eine Kopie des Sachverständigengutachtens der Dipl.-Psych. D. vom 27. Juli 2012 auszuhändigen.“

Zur Begründung führte das Gericht u. a. aus, nach den Ausführungen der Sachverständigen könne, immer wenn die Kindesmutter mit den Kindern zusammenkomme eine Gefährdung des körperlichen, seelischen und geistigen Wohls der Kinder nicht ausgeschlossen werden. Impulsdurchbrüche körperlicher und emotionaler Art auf Seiten der Kindesmutter könnten Ursache einer Gefährdung sein und in Bezug auf das geistige Wohl der Kinder der nicht auszuschließende Umstand, dass die Kinder mit Äußerungen der Mutter konfrontiert werden, die die kindlichen Bewältigungsmöglichkeiten übersteigen. Die Kindesmutter stelle rigide und belastende Erwartungen an die Kinder, was ihr Wohlverhalten und die Leistungen angingen. Die Bedeutung, die die Kindesmutter Puppen und Stofftieren zukommen lasse, sei aus psychologischer Sicht bedenklich, da sich das diesbezügliche Verhalten der Kindesmutter auf Dauer nicht entwicklungsfördernd für die Kinder auswirke. Bei der Kindesmutter sei eine deutliche Akzentuierung der Persönlichkeit zu beobachten. Bei der Frage nach den Umgangskontakten mit der Mutter handle es sich für die Kinder um ein grundsätzlich belastendes Moment. Um die für S. und L. unbedingt nötige erzieherische Fürsorge durch den Vater zu gewährleisten, sei es erforderlich, dass der Einfluss der Kindesmutter auf die Kinder einer beständigen Kontrolle unterliege. Schon wenige und einzelne Verhaltensweisen oder Äußerungen der Mutter könnten bei S. zu Retraumatisierungen führen und bei L. einen Rückfall in regressive Verhaltensmuster herbeiführen. Das Gericht führte ferner aus, der von der Sachverständigen in erster Linie empfohlene Umgangsausschluss sei nicht verhältnismäßig. Als milderes Mittel komme ein begleiteter Umgang in Betracht. Bei einem durch den Kinderschutzbund begleiteten Umgang finde der Kontakt zwischen Mutter und Kindern in einem geschützten Rahmen statt. Es stehe eine Person zur Verfügung, die bei gefährdenden Verhaltensweisen der Kindesmutter intervenieren und den Kontakt zur Not abbrechen könne. Wegen der Einzelheiten wird auf den Beschluss vom 13.11.2012 (Az.) Bezug genommen.

Der begleitete Umgang fand wie angeordnet statt. Das Jugendamt genehmigte zunächst zehn begleitete Umgangstermine und sodann fünf weitere. Der letzte Termin fand am 15. September 2014 statt. Der Deutsche Kinderschutzbund wäre bereit, den Umgang weiter zu begleiten. Das Jugendamt ist jedoch nicht mehr bereit, die Maßnahme weiter zu finanzieren.

Die Kindesmutter war weiterhin bei Frau D. in Beratung, bis diese ihre Praxis geschlossen hat. Sie ist weiterhin bei Frau E. in Beratung und absolvierte eine systemische Therapie bei Frau W.

Die Kindesmutter begehrt nunmehr einen unbegleiteten Umgang zunächst alle 14 Tage für einen Tag und nach einer gewissen Übergangszeit alle 14 Tage für zwei Tage mit Übernachtung.

Der Kindesvater ist der Ansicht, Umgang könne weiterhin nur begleitet stattfinden, wobei der Umgangsbegleiter in der Lage sein müsse, ggf. einzuschreiten. Das Jugendamt berichtet, von Seiten des Kinderschutzbundes sei berichtet worden, S. freue sich auf die Umgänge, überlege sich aber mindestens eine Woche vor den Umgängen, was sie anziehen werde. Sie fühle sich für das Gelingen der Umgangskontakte verantwortlich. Sie äußere am Ende der begleiteten Umgänge immer wieder, die Umgänge könnten länger dauern. Die Umgänge bedeuteten trotzdem für S. eine seelische Anstrengung. Die Kindesmutter bringe weiterhin Puppen zu den begleiteten Umgängen mit. Die Kindesmutter wolle immer wieder Situationen aus der Vergangenheit mit den Mädchen besprechen. Manchmal werde sie lauter. S. renne zeitweise aus dem Raum. Nach Einschätzung des Kinderschutzbundes benötige S. im Kontakt mit der Kindesmutter die

Begleitung durch eine Betreuerin, da sie mit vielen Themen aus der Vergangenheit emotional und psychisch immer noch stark zu tun habe. L. scheine dagegen unbefangener. Die Kinder würden sich weiterhin wünschen, dass sich der Kindesvater während der Umgänge im Gebäude aufhalte. Als sie Ende März 2014 zum Umfang des Umganges gefragt worden seien, hätten sie angegeben, weiterhin einen Umgang von zwei Stunden alle 6 Wochen haben zu wollen. Ein unbegleiteter Umgang wäre weder aus Sicht des Kinderschutzbundes noch aus Sicht des Jugendamtes im Sinne des Kindeswohls.

Der Verfahrensbeistand berichtet, S. wolle ihre Mutter weiterhin sehen. Sie sage jedoch, man müsse immer aufpassen, was man sage. S. und L. empfänden, die im Gebäude des Kinderschutzbundes befindlichen Beschäftigungsmöglichkeiten inzwischen als langweilig. S. habe angegeben, mit ihrer Mutter über viele Themen nicht sprechen zu können. S. wolle, dass weiterhin jemand bei den Umgangskontakten dabei sei, weil die Kindesmutter sonst noch lauter werde. Eine eigene Meinung von L. zu erfahren, sei nicht möglich gewesen. Sie habe sich meist den Aussagen von S. angeschlossen. Unbegleitete Umgangskontakte seien derzeit nicht angezeigt.

L. ist angehört worden. Sie hat auf Fragen zu Umgangskontakten mit ihrer Mutter ausweichend geantwortet. S. ist ebenfalls zur Kindesanhörung im Gericht erschienen, hat sich der Anhörung jedoch durch Weglaufen entzogen.

Das Familiengericht hat durch Beschluss vom 3. Dezember 2014 den Antrag der Kindesmutter auf Abänderung der Umgangsregelung zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Voraussetzungen des § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB nicht vorlägen und der Umgang der Kindesmutter mit den Kindern weiterhin begleitet stattfinden müsse. Im Übrigen könne eine Abänderung auch deshalb nicht erfolgen, da ungeklärt sei, ob weiter ein begleiteter Umgang über das Jugendamt finanziert werde und deshalb stattfinden könne. Eine Umgangspflegschaft zum Zwecke der Begleitung von Umgangskontakten könne aus rechtlichen Gründen nicht eingerichtet werden.

Gegen die Entscheidung des Familiengerichts wendet sich die Kindesmutter mit ihrer Beschwerde.

Sie ist der Auffassung, dass das Familiengericht durch die Einholung eines kinderpsychologischen Sachverständigengutachtens zunächst klären müsse, ob die Voraussetzungen für begleitete Umgangskontakte noch gegeben seien. Weiterhin hätte die familiengerichtliche Entscheidung zu einem faktischen Umgangsabschluss seit dem 15. September 2014 geführt.

Der Senat hat durch Beschluss vom 18. Februar 2015 darauf hingewiesen, dass beabsichtigt ist, den Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Reinbek aufzuheben und das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Familiengericht zurückzuverweisen. Den Verfahrensbeteiligten ist hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze und den Akteninhalt verwiesen.

Aus den Gründen

Die gemäß § 58 ff. FamFG statthafte und im Übrigen zulässige Beschwerde der Kindesmutter hat vorläufig Erfolg. Der Senat hebt die Entscheidung des Familiengerichts vom 3. Dezember 2014 gemäß § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG auf und verweist das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Familiengericht zurück.

1. Gemäß § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG darf das Beschwerdegericht die Sache – ohne ausdrücklichen Antrag – unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrens dann an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen, wenn dieses in der Sache noch nicht entschieden hat.

Diese Voraussetzungen liegen vor. Bei der Entscheidung des Familiengerichts, den Antrag der Kindesmutter auf Abänderung der Umgangsregelung vom 13. November 2012 zurückzuweisen, handelt es sich um eine (verdeckte) Teilentscheidung im Sinne dieser Vorschrift. Eine Entscheidung in der Sache liegt nur dann vor, wenn das erstinstanzliche Gericht eine Regelung hinsichtlich des dem Verfahrensgegenstand zugrundeliegende Rechtsverhältnisses trifft

(vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 18. Auflage 2015, § 38 Rn. 4).

Neben der Fallgruppe, dass sich das erstinstanzliche Gericht ausschließlich mit Zuständigkeitsfragen beschäftigt hat, fehlt es an einer Entscheidung in der Sache aber auch dann, wenn die Entscheidung über das dem Verfahrensgegenstand zugrundeliegende Rechtsverhältnis aus anderen Gründen unterblieben ist

(vgl. OLG Hamm FamRZ 2013, 310).

Für Umgangsverfahren ergibt sich die Notwendigkeit, dass eine Instanz abschließende Entscheidung grundsätzlich eine inhaltliche Sachentscheidung sein muss

(OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1994).

Insbesondere darf das Familiengericht sich nicht damit begnügen, eine Umgangsregelung abzulehnen und den Regelungsantrag zurückzuweisen

(vgl. BVerfG FamRZ 2006, 1005, 1006; BGH FamRZ 1994, 158 ff.).

Das Familiengericht ist dazu berufen, den Umgang abschließend zu regeln und darf diese Aufgabe insbesondere nicht

ganz oder teilweise in die Hände eines Dritten legen

(BGH FamRZ 2012, 533; OLG Hamm FamRZ 2014, 1792; OLG Frankfurt FuR 2014, 307).

Daraus folgt für den Fall, dass – wie hier – die Möglichkeit eines begleiteten Umganges ernsthaft in Betracht kommt, das Familiengericht sich bei seiner Entscheidung davon überzeugen muss, dass ein zur Mitwirkung bereiter Dritter vorhanden ist

(OLG Frankfurt FamRZ 1999, 617).

Erachtet das Familiengericht eine Umgangsbegleitung für notwendig, hat es die Person eines mitwirkungsbereiten und fachlich geeigneten Dritten von Amts wegen zu ermitteln, wobei die Beteiligten auch eine Mitwirkungsobliegenheit trifft

(OLG Frankfurt FamRB 2013, 319).

Nicht zulässig ist es, wenn das Familiengericht die Frage, ob und wenn ja unter welchen Umständen eine Umgangsbegleitung stattfinden kann, offen lässt. Denn in diesem Fall würde das Familiengericht die Umgangsregelung nicht selbst treffen, sondern von der Mitwirkung dritter Personen abhängig machen.

2. Die Entscheidung des Familiengerichts verstößt gegen die genannten Grundsätze und stellt deshalb eine unzulässige Teilentscheidung dar.

Das Familiengericht hat in seiner Entscheidung die Abänderung einer bestehenden Umgangsregelung abgelehnt. Dies wäre per se verfahrensrechtlich dann nicht zu beanstanden, wenn durch die Zurückweisung dieses Antrags der Zustand der ursprünglichen Umgangsregelung fortbestehen würde. Dies ist hier nicht der Fall. Denn schon während des Verfahrens vor dem Familiengericht ist deutlich geworden, dass von Seiten des Jugendamtes eine weitere Finanzierung der begleiteten Umgangskontakte nicht erfolgen wird. Die Frage, ob und wenn ja welcher mitwirkungsbereite Dritte zur Verfügung steht, hätte das Familiengericht vor seiner die Instanz beendenden Entscheidung abschließend klären müssen. Dies ist nicht erfolgt, da das Familiengericht in seiner Entscheidung die Frage des mitwirkungsbereiten Dritten ausdrücklich offen gelassen hat.

3. Für das weitere Verfahren vor dem Familiengericht weist der Senat auf folgende Punkte hin:

Soweit das Familiengericht den Abänderungsantrag der Kindesmutter am Maßstab des § 1696 Abs. 1 S. 1 BGB gemessen hat, tritt der Senat dieser Rechtsauffassung nicht bei. Bei der längerfristigen Anordnung von begleiteten Umgangskontakten handelt es sich um eine erhebliche Umgangseinschränkung im Sinne des § 1684 Abs. 4 S. 2 BGB. Dies setzt grundsätzlich voraus, dass andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre (Maßstab § 1666 BGB). Die Abänderung solcher im Kern kindeschutzrechtlicher Maßnahmen richtete sich nach § 1696 Abs. 2 BGB

(Palandt/Götz, BGB 74. Auflage 2015, § 1696 Rn. 6; Staudinger/Coester, BGB – Neubearbeitung 2014 –, § 1696 Rn. 15; Staudinger/Rauscher, BGB – Neubearbeitung 2014 –, 1684 Rn. 280).

Soweit das Familiengericht auch zukünftig begleitete Umgangskontakte für erforderlich hält, bedarf es einer anhand konkreter Tatsachen getragenen Feststellung, dass bei unbegleiteten Umgangskontakten das Kindeswohl konkret und erheblich gefährdet wäre

(vgl. Palandt/Götz, BGB 74. Auflage 2015, § 1684 Rn. 24; OLG Brandenburg ZKJ 2012, 356).

Der Senat hat Bedenken, ob sich aus den bisherigen Ermittlungen des Familiengerichts insbesondere durch die Anhörung der Verfahrensbeteiligten und der Kinder eine hinreichend belastbare Entscheidungsgrundlage ergeben hat. Das Familiengericht wird unter Berücksichtigung des Prüfungsmaßstabes die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu erwägen haben

(vgl. OLG Saarbrücken MDR 2012, 1231).

Soweit das Familiengericht nach der entsprechenden Sachaufklärung zu dem Ergebnis kommt, dass die Voraussetzungen für die Anordnung von begleiteten Umgangskontakten vorliegen, ist von Amts wegen die Frage, ob und wenn ja welcher mitwirkungsbereiter Dritter zur Verfügung steht, zu klären. Hierbei geht das Familiengericht zutreffend davon aus, dass

es selbst trotz der Regelung des § 18 SGB VIII gegenüber dem Jugendamt keine Anordnungs-kompetenz zur Mitwirkung an Umgangskontakten besitzt

(vgl. Staudinger/Rauscher, BGB-Neubearbeitung 2014, 1684 Rn. 19; OLG Saarbrücken FamRZ 2015, 344; a.A. für Jugendhilfemaßnahmen im Rahmen von § 1666 BGB: OLG Koblenz NJW 2012, 3108).

Allerdings hält der Senat es für geboten, dass das Familiengericht das Verfahren gemäß § 21 FamFG aussetzt

(a. A.: Keuter, JAmt 2011, 373, 375)

und der Kindesmutter unter Setzung einer angemessenen Frist Gelegenheit gibt, im Wege des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens das Jugendamt gegebenenfalls zur Mitwirkung zu verpflichten

(vgl. OVG Saarbrücken FamRZ 2014, 186; OVG Münster NJW 2014, 3593; vgl. für den Fall von Jugendhilfemaßnahmen im Rahmen von § 1666 BGB: BVerfG FF 2014, 295 Rn. 52ff.).

Die Kindesmutter ist dann im Rahmen ihrer Mitwirkungsverpflichtung auch gehalten, die dann insoweit notwendigen verfahrensrechtlichen Schritte zu unternehmen

(vgl. OLG Frankfurt FamRB 2013, 319; OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1994).

Erst wenn trotz entsprechender Fristsetzung die Kindesmutter ihrer Mitwirkungsverpflichtung nicht nachkommt und auch keine andere Möglichkeit zur Umgangsbegleitung zur Verfügung steht, kann der Umgang unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgeschlossen werden. Soweit dagegen vorgebracht wird, dass diese Vorgehensweise mit dem Beschleunigungsgebot in Kindschaftssachen (§ 155 FamG) nicht vereinbar sei

(Keuter, JAmt 2011, 373, 375)

ist darauf hinzuweisen, dass eine Verfahrensaussetzung auch in diesen Verfahren nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, vgl. § 155 Abs. 4 FamFG. Weiterhin ist diese Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes und die damit verbundenen Verzögerung systemimmanente Folge der fehlenden Anordnungs-kompetenz des Familiengerichts. Unzumutbare Härten kann im Übrigen zum Teil durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung entgegengewirkt werden, vgl. § 156 Abs. 3 S. 2 FamFG.

Zutreffend geht das Familiengericht dabei davon aus, dass die Einrichtung einer Umgangspflegschaft im Sinne des § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB nicht das Fehlen eines mitwirkungs-bereiten Dritten i. S. d. § 1684 Abs. 4 S. 2 BGB ersetzen kann. Hierbei ist insbesondere der grundsätzliche Unterschied dieser beiden Rechtsinstitute zu berücksichtigen. Die Anordnung einer Umgangspflegschaft setzt nach § 1684 Abs. 3 S. 3 BGB eine erhebliche Verletzung der Loyalitätsverpflichtung voraus. Die Umgangspflegschaft sichert also den Umgang bei Widerstand des betreuenden Elternteil

(vgl. OLG Celle FuR 2011, 173; Staudinger/ Rauscher, § 1684 Rn. 309 a).

Der begleitete Umgang hingegen gewährleistet den Umgang, wenn ohne die Begleitung das Kindeswohl gefährdet wäre

(Staudinger/Rauscher aaO).

Auch ist durchaus zweifelhaft, ob der Umgangspfleger eine Vergütung für die Umgangsbegleitung verlangen kann

(vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2014, 672; Kammergericht FamRZ 2013, 478; OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1480).

Weiterhin würde eine solche Regelung zu einer vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten Kostenverlagerung auf den Justizfiskus führen

(vgl. Keuter, JAmt 2011, 373, 375).

Anders kann es unter Umständen dann sein, wenn zur Durchsetzung eines begleiteten Umgangs gegen den betreuenden Elternteil es noch einer Umgangspflegschaft bedarf. In diesem Fall erscheint es denkbar, dass der Umgangspfleger zugleich die Aufgabe der Umgangsbegleitung mit übernimmt

(vgl. Staudinger, aaO).

Zur Vermeidung eines weiteren faktischen Umgangs-ausschlusses wird das Familiengericht nach Aufhebung und Zurückverweisung des Verfahrens den Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Regelung des Umgangsrechts zu prüfen haben, vgl. § 156 Abs. 3 S. 2 FamFG. In diesem Zusammenhang sollte auch je nach Ausmaß und Schwere der Kindeswohlgefährdung ein vorläufiger unbegleiteter Umgang erwogen werden

(vgl. Keuter, JAmt 2011, 373, 376).

VersAusglG §§ 1 I, 5 I und III, 47 V; GG Art. 3

- 1. Im Rahmen des Ausspruchs zum Versorgungsausgleich sind die genaue Bezeichnung und Rechtsgrundlage des zu übertragenden Anrechts anzugeben.**
- 2. Bei der Berechnung des nach § 10 Abs. 1 VersAusglG maßgeblichen Ausgleichswerts sind die Versorgungsträger nicht darauf beschränkt, die Bezugsgröße nominal zu teilen. Vielmehr stehen ihnen Ermessensspielräume bei der Berechnung des Ausgleichswerts zu, so lange diese insbesondere eine gleichwertige Teilhabe der Ehegatten an dem betroffenen Anrecht sicherstellen. Ein Verstoß gegen den Halbteilungsgrundsatz (§ 5 Abs. 1 VersAusglG) liegt nicht vor, wenn der von der VBL vorgeschlagene Ausgleichswert nicht der numerischen Hälfte entspricht.**
- 3. Die Höhe des Ausgleichswert wird ermittelt, indem der hälftige Ehezeitanteil der ausgleichspflichtigen Person anhand ihrer versicherungsmathematischen Barwertfaktoren in einen Kapitalwert umgerechnet und nach Abzug der hälftigen Teilungskosten anhand der versicherungsmathematischen Barwertfaktoren der ausgleichsberechtigten Person umgerechnet wird. Hälftig geteilt werden also nicht die Versorgungspunkte oder der Barwert der zu erwartenden Rente (entgegen OLG Frankfurt FamRZ 2014, 755-757).**
- 4. Bei der versicherungsmathematischen Kalkulation künftiger Rentenleistungen werden schon immer nach Geschlechtern differenzierende Sterbetafeln und daraus abgeleitete Barwertfaktoren verwendet. Diese Vorgehensweise ist mit dem in Art. 3 GG verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar, weil nur dadurch die tatsächlich statistisch unterschiedliche Lebenserwartung von Mann und Frau berücksichtigt werden kann.**

SchlHOLG, 6. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 31. Juli 2015
– 14 UF 42/15, Rö.

Mit Beschluss des Familiengerichts L. vom 3. Mai 2010 wurde die Ehe der beteiligten Ehegatten rechtskräftig geschieden und der Versorgungsausgleich bei der Deutschen Rentenversicherung Nord durchgeführt. Hinsichtlich der Anwartschaften bei der VBL war der Versorgungsausgleich ausgesetzt worden. Mit dem angefochtenen Beschluss vom 8. April 2015 hat das Familiengericht L. im Wege der internen Teilung zu Lasten des Anrechts der Ast.in bei der VBL zugunsten des Ag. ein Anrecht in Höhe von 7,36 Versorgungspunkten bezogen auf den 31. Juli 2009 übertragen.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Ast.in mit ihrer am 12. Mai 2015 eingegangenen Beschwerde.

Die Ast.in macht geltend, dass es sich bei dem Anrecht der VBL zur Versicherungsnummer 270767xxxx unstreitig um ein Anrecht des Ag. handle und demzufolge dieses Anrecht im Wege der internen Teilung zugunsten der Ast.in zu übertragen sei. Außerdem müsse bei der Übertragung die genaue Bezeichnung und Rechtsgrundlage des übertragenen Anrechts angegeben werden. Zudem läge ein Verstoß gegen den Halbteilungsgrundsatz gemäß § 1 Abs. 1 VersAusglG oder gegen die Regelung des § 5 Abs. 1 VersAusglG vor, weil der von der VBL vorgeschlagene Ausgleichswert nicht der numerischen Hälfte des von der Ast.in erworbenen Ehezeitanteils entspreche. Nach den vorliegenden Auskünften der VBL hat der Ag. während der Ehezeit (1. November 2001 bis 31. Juli 2009) ein Anrecht mit einem Ehezeitanteil von 34,83 Versorgungspunkten erlangt. Der Versorgungsträger hat gemäß § 5 Abs. 3 VersAusglG vorgetragen, den Ausgleichswert mit 7,36 Versorgungspunkten zu bestimmen. Der korrespondierende Kapitalwert nach § 47 Abs. 5 VersAusglG beträgt 5238,72 €.

Der Senat hat den angefochtenen Beschluss teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

Im Wege der internen Teilung wird zu Lasten des Anrechts des Ag. bei der VBL (Vers.-Nr. 270767xxxx) zugunsten der Ast.in auf Grundlage von § 32 a VBL-Satzung in der Fassung der 19. Satzungsänderung im Abrechnungsverband West ein Anrecht in Höhe von 7,36 Versorgungspunkten, bezogen auf den 31. Juli 2009 übertragen.

Im Übrigen hat der Senat die Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen

Die gemäß §§ 58 ff., 63 ff. FamFG zulässige Beschwerde ist nur teilweise begründet.

1. Zu Recht hat die Beschwerdeführerin bereits mit Schriftsatz vom 21. April 2015 darauf hingewiesen, dass das Familiengericht in dem angefochtenen Beschluss fälschlicherweise im Tenor und in den Beschlussgründen von VBL-Anrechten der Ast.in ausgegangen ist. Tatsächlich handelt es sich um ein Anrecht des Ag. aus einer Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes, wie sich aus dem Schreiben der VBL vom 19. Februar 2015 ergibt. Gemäß § 10 Abs. 3 VersAusglG sind die Regelungen über das auszugleichende und das zu übertragende

Anrecht maßgebend. Im Rahmen des Ausspruchs zum Versorgungsausgleich sind deshalb die genaue Bezeichnung und Rechtsgrundlage des zu übertragenden Anrechts anzugeben. Der Senat hat im Tenor den angewendeten Satzungsstand anzugeben, damit deutlich wird, welche Satzungsänderungen des öffentlichen-rechtlichen Versorgungsträger berücksichtigt sind

(BGH FamRZ 2011, 547).

Der angefochtene Beschluss war insoweit entsprechend zu ergänzen bzw. zu korrigieren.

2. Ein Verstoß gegen den Halbteilungsgrundsatz gemäß § 1 Abs. 1 VersAusglG oder gegen die Regelung des § 5 Abs. 1 VersAusglG liegt nicht vor.

Nach §§ 32 a, 35 Abs. 1 der VBL-Satzung in der Fassung der 19. Satzungsänderung im Abrechnungsverband West wird der Ausgleichswert nach § 5 Abs. 1 VersAusglG in Form von Versorgungspunkten ausgewiesen. Die Höhe des Ausgleichswert wird ermittelt, indem der hälftige Ehezeitanteil der ausgleichspflichtigen Person anhand ihrer versicherungsmathematischen Barwertfaktoren in einen Kapitalwert umgerechnet und nach Abzug der hälftigen Teilungskosten anhand der versicherungsmathematischen Barwertfaktoren der ausgleichsberechtigten Person (hier 14,8230 Barwertfaktor der Ast.in) umgerechnet wird. Hälftig geteilt werden also nicht die Versorgungspunkte oder der Barwert der zu erwartenden Rente. Soweit das Oberlandesgericht Frankfurt

(Beschluss vom 15. November 2013, Az.: 6 UF 55/13, FamRZ 2014, 755–757)

hierin einen Verstoß gegen § 5 Abs. 1 VersAusglG sieht, folgt der Senat dieser Rechtsauffassung nicht

(wie hier OLG Celle, FamRZ 2014, 305; OLG Düsseldorf, FamRZ 2011, 719; OLG Köln Beschluss vom 6. Januar 2015 – 12 UF 91/14, juris Rn. 9; OLG Nürnberg, Beschluss vom 9. Februar 2015, NJW 2015, 1695–1696 bzw. juris Rn. 12).

Bei der Berechnung des nach § 10 Abs. 1 VersAusglG maßgeblichen Ausgleichswerts sind die Versorgungsträger nicht darauf beschränkt, die Bezugsgröße nominal zu teilen. Vielmehr stehen ihnen Ermessensspielräume bei der Berechnung des Ausgleichswerts zu, so lange diese insbesondere eine gleichwertige Teilhabe der Ehegatten an dem betroffenen Anrecht sicherstellen. Da die nominale Halbteilung von Rentenbeträgen/Versorgungspunkten, insbesondere bei hohen Altersunterschieden zur Bildung von unterschiedlich hohen Deckungskapitalbeiträgen führen kann, kann der Versorgungsträger auch das auf die Versorgungspunkte entfallende Deckungskapital hälftig aufteilen und sodann nach Abzug der hälftigen Teilungskosten anhand der versicherungsmathematischen Barwertfaktoren der ausgleichsberechtigten Person, die alters- und systemabhängig sind, eine Umrechnung in Versorgungspunkte anordnen, wobei es durch divergierende Barwertfaktoren auch zu unterschiedlich hohen Versorgungspunkten kommen kann. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass der Berechtigte einen Anteil des Anrechts erhält, der unter Berücksichtigung seines Alters dem Wert des Anteils des Verpflichteten entspricht. Dem Versorgungsträger steht es frei, das dem Ehezeitanteil zugrunde liegende Vorsorgekapital zu teilen und die auf den Ausgleichsberechtigten entfallende Hälfte sodann in die für den Ausgleich maßgebende Bezugsgröße umzurechnen

(BT-Drucksache 16/10144 S. 56; OLG Köln, aaO, Rn. 9 mwN).

Es ist nicht vorgeschrieben, dass die ausgleichsberechtigte Person aus dem Ehezeitanteil eine ebenso hohe Rente erhält wie die ausgleichspflichtige Person, sondern es geht um die Sicherstellung der gleichwertigen Teilhabe der Ehegatten an den während der Ehezeit erworbenen Anrechten gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 VersAusglG. Die Auffassung des BGH

(NZ-Fam 2015, 59, juris Rn. 21),

wonach § 5 VersAusglG es dem Versorgungsträger nicht freistellt, eine andere Ausgleichsbezugsgröße als die nach seiner Versorgungsordnung maßgebliche zu wählen, sagt nichts über die der Teilung zugrunde liegende Berechnung.

Im Übrigen werden bei der versicherungsmathematischen Kalkulation künftige Rentenleistungen seit jeher (auch) nach Geschlechtern differenzierende Sterbetafeln und daraus ab-

geleitete Barwertfaktoren verwendet. Diese Vorgehensweise ist aus Sicht des Senats mit dem in Art. 3 GG verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar, da dieser verbietet, vergleichbare Sachverhalte ohne sachlichen Grund ungleich und ungleiche Sachverhalte gleich zu behandeln. Die sachliche Rechtfertigung der Berücksichtigung eines nach Geschlecht differenzierenden Barwertfaktors liegt in der tatsächlich statistisch unterschiedlichen Lebenserwartung von Mann und Frau

(vgl. auch OLG Köln, aaO, juris Rn. 12 mwN).

Im Ergebnis ist deshalb das Anrecht des Ag. bei der VBL Karlsruhe nach § 32 a VBL-Satzung in der Fassung der 19. Satzungsänderung im Abrechnungsverband West durch interne Teilung mit einem Ausgleichswert von 7,36 Versorgungspunkten zugunsten der Ast.in auszugleichen. Insoweit bleibt es mithin bei dem Inhalt der angefochtenen Entscheidung.

Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, da die der Entscheidung zugrunde liegende Rechtsfrage der Zulässigkeit der Anwendung geschlechtsspezifischer Barwertfaktoren bei der Berechnung der Ausgleichswerte grundsätzliche Bedeutung hat. Es geht auch um die Klärung der Frage, wie der Ausgleichswert von Anrechten aus der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes (VBL) zu bestimmen ist. Die Sache hat grundsätzliche Bedeutung und erfordert zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts (§ 70 Abs. 2 FamFG).

FamGKG §§ 55, 38, 34, 51, 35

- 1. Der Verfahrenswert eines Stufenantrages bemisst sich nach dem Wert des unbezifferten Leistungsanspruchs, für welchen die Vorstellungen des Antragstellers bei Einleitung des Verfahrens maßgeblich sind.**
- 2. Dies gilt auch dann, wenn die spätere Bezifferung des Leistungsanspruchs hinter diesem Wert zurückbleibt oder wenn eine spätere Bezifferung des Leistungsanspruchs unterbleibt und das Verfahren in der Auskunftsstufe „steckenbleibt“**

SchiHOLG, 2. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 30. Juni 2015 – 10 WF 73/15 –, St.

Aus den Gründen

Die Beschwerde der Verfahrensbevollmächtigten zu 1) der Ag.in vom 6. Mai 2015 aus eigenem Recht gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Lübeck vom 1. April 2015, soweit mit diesem der Verfahrenswert für die Folgesache Unterhalt auf 1000,00 Euro festgesetzt worden ist, ist gem. §§ 59 Abs. 1, 55 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 FamGKG, § 32 Abs. 2 Satz 1 RVG zulässig.

Gleiches gilt für die Beschwerde der Verfahrensbevollmächtigten zu 1. der Ag.in gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Lübeck vom 10. Februar 2015, soweit mit diesem der Verfahrenswert für die Folgesache Güterrecht auf 29437,25 Euro festgesetzt worden ist.

Die Verfahrensbevollmächtigte zu 1. der Ag.in ist gem. § 32 Abs. 2 Satz 1 RVG befugt, aus eigenem Recht Rechtsmittel gegen die Festsetzung des Verfahrenswertes einzulegen. Es liegt insoweit auch eine Beschwer der Verfahrensbevollmächtigten zu 1. der Ag.in vor, da sie geltend macht, der Verfahrenswert sei zu niedrig festgesetzt worden. Der Wert des Beschwerdegegenstands übersteigt jeweils 200,00 Euro. Auch die Beschwerdefrist von sechs Monaten ist eingehalten worden.

Die Beschwerden haben auch in der Sache Erfolg.

Die Folgesachen Unterhalt und Güterrecht sind jeweils durch einen Stufenantrag eingeleitet worden. Der Verfahrenswert eines Stufenantrages bestimmt sich nach § 38 FamGKG. Danach ist für die Wertberechnung der höchste der verbundenen Ansprüche maßgebend, mithin derjenige des unbezifferten Leistungsanspruchs. Nach § 34 FamGKG kommt es für die Wertberechnung auf den Zeitpunkt der Einreichung des An-

trags an. Maßgeblich sind insoweit die Vorstellungen des Antragstellers zur Höhe des Leistungsanspruchs bei Einleitung des Verfahrens

(OLG Bremen, FF 2015, 78; OLG Hamm, AGS 2014, 523; OLG Schleswig, FamRZ 2014, 689; FamRZ 2013, 240; OLG Thüringen, FamRZ 2013, 489; jeweils mwN).

Dies gilt auch dann, wenn die spätere Bezifferung hinter diesem Wert zurückbleibt. Es findet insoweit keine rückwirkende Herabsetzung am Maßstab nachfolgender – „besserer“ – Erkenntnisse statt

(Prütting/Helms, FamFG, 3. Auflage 2014, § 38 FamGKG, Rn. 3).

Anders kann es nur dann sein, wenn die Vorstellung des Ast. ausnahmsweise schon aus sich heraus erkennbar ohne Realitätsgehalt erscheint

(OLG Schleswig, MDR 2014, 1345).

Dies ist vorliegend jedoch, bezogen auf den Zeitpunkt der Antragstellung, nicht der Fall.

Die vorstehenden Grundsätze gelten mit der überwiegenden Ansicht in der Rechtsprechung auch dann, wenn eine spätere Bezifferung des Leistungsanspruchs unterbleibt und das Verfahren in der Auskunftsstufe „steckenbleibt“

(OLG Bremen, FF 2015, 78; OLG Hamm, AGS 2014, 523; OLG Schleswig, FamRZ 2014, 689; FamRZ 2013, 240; OLG Brandenburg, AGS 2014, 65; OLG Thüringen, FamRZ 2013, 489; OLG Stuttgart, FamRZ 2012, 393).

Der in der Rechtsprechung vereinzelt vertretenen Auffassung, dass in diesem Falle der Wert des Auskunftsanspruches maßgeblich sei

(OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 1765; OLG Dresden, NJW 1997, 691)

ist nicht zu folgen. Auch der noch nicht bezifferte Leistungsantrag wird anhängig und im Falle der Zustellung auch rechtsabhängig. Ein bereits rechtshängiger Anspruch kann bei der Wertfestsetzung nicht unberücksichtigt bleiben.

Der Wert des unbezifferten Leistungsanspruchs der Folgesache Unterhalt beträgt vorliegend in Anwendung von § 51 FamGKG 16632,00 Euro (12 x 1161,00 Euro sowie 12 x 225,00 Euro). Aus dem Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten zu 1. der Ag.in vom 18. Januar 2012 ergibt sich, dass sich die Vorstellungen der Ag.in zur Höhe des Leistungsanspruchs zu Beginn des Verfahrens auf diesen Betrag beliefen. Der Um-

stand, dass die Beteiligten die Folgesache Unterhalt in der Verhandlung vom 23. September 2014 übereinstimmend für erledigt erklärt haben, bevor es zu einer Bezifferung des Leistungsanspruchs gekommen ist, ist aus den vorstehenden Gründen unerheblich. Dementsprechend ist der Verfahrenswert für die Folgesache Unterhalt auf 16632,00 Euro festzusetzen.

Der Wert des unbezifferten Leistungsanspruchs der Folgesache Güterrecht beträgt vorliegend in Anwendung von § 35 FamGKG 45000,00 Euro. Aus dem Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten zu 1) der Ag.in vom 18. Januar 2012 ergibt sich, dass sich die Vorstellungen der Ag.in zur Höhe des Leistungsanspruchs zu Beginn des Verfahrens auf 40.000,00 Euro bis 50000,00 Euro beliefen. Diese Höhe erschien zum damaligen Zeitpunkt auch nicht aus sich heraus erkennbar ohne jeglichen Realitätsgehalt. Der Umstand, dass der Leistungsanspruch später mit Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten zu 2) der Ag.in vom 26. November 2014 auf lediglich 29437,25 Euro beziffert worden ist, ist unerheblich. Wie dargelegt findet keine rückwirkende Herabsetzung des Wertes aufgrund nachfolgender besserer Erkenntnis statt. Dementsprechend ist der Verfahrenswert für die Folgesache Güterrecht auf 45000,00 Euro festzusetzen.

Im Rahmen der Kostenfestsetzung wird allerdings zu prüfen sein, ob gegebenenfalls ein Gebührentatbestand (etwa bezüglich der anwaltlichen Terminsgebühr zur Folgesache Unterhalt) nur hinsichtlich des Auskunftsantrags verwirklicht worden ist. In diesem Falle fällt die betreffende Gebühr für diesen Teil der Stufenklage nur aus dem geringeren Wert des Auskunftsanspruches an. Es ist dann vom Familiengericht für diesen Fall der Wert der Auskunft gesondert festzusetzen

(vgl. OLG Thüringen, FamRZ 2013, 489).

Ebenfalls wird im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens zu prüfen sein, ob ein Gebührentatbestand (etwa bezüglich der anwaltlichen Terminsgebühr oder der anwaltlichen Einigungsgebühr zur Folgesache Güterrecht) nur hinsichtlich eines geringeren Wertes verwirklicht worden ist, da zwischenzeitlich eine Teilrücknahme erfolgt ist.

Vorliegend wird lediglich der Verfahrenswert für die Gerichtsgebühren gem. § 55 FamGKG festgesetzt...

Verwaltungsgerichtsbarkeit

LaPlaG S-H n.F. § 18a I 2.; VwGO § 161 II

- 1. § 18a Abs. 1 S. 2 LaPlaG S-H in der Fassung vom 22.5.2015 ist wirksam und begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.**
- 2. § 18a Abs. 1 S. 2 LaPlaG S-H führt zu einer vorläufigen raumordnungsrechtlichen Unzulässigkeit, die den Genehmigungsanspruch nicht untergehen lässt, sondern lediglich vorübergehend suspendiert. Steckengebliebene Genehmigungsverfahren für Windkraftanlagen sind fortzuführen, sobald die Landesplanungsbehörde entsprechend dem Planungsstand zur Aufstellung der Raumordnungsziele eine Ausnahme von der vorläufigen Unzulässigkeit raumbedeutsamer Windkraftanlagen gemäß § 18 a Abs. 2 LaPlaG erteilt, oder aber die geplanten zukünftigen Ziele der Raumordnung Geltung erlangen.**

SchlHVg, Beschluss vom 10. September 2015 – 6 A 190/13 –, Prof. Dr. Ewer

Sachverhalt und Gründe

Die Hauptbeteiligten des Prozesses haben den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt, sodass gemäß § 161 Abs. 2 VwGO nur noch über die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen durch Beschluss zu entscheiden ist.

Danach sind die Verfahrenskosten gegeneinander aufzuheben, weil sowohl die Kl.in, als auch der Bekl. im Falle der Verfahrensfortführung und streitiger Entscheidung durch das Gericht wohl nur teilweise erfolgreich gewesen wären. Nach

gegenwärtig überschaubarem Sachstand geht das Gericht davon aus, dass dem Verpflichtungsbegehren der Kl.in zur Neubescheidung ihrer Genehmigungsanträge für drei Windenergieanlagen zwar nicht stattzugeben wäre. Auf ihren Anfechtungsantrag wären die streitbefangenen Ablehnungsbescheide, sowie die dazu ergangenen Widerspruchsbescheide aber wohl aufzuheben.

Dem Verpflichtungsbegehren der Kl.in steht die vorübergehende Unzulässigkeit raumbedeutsamer Windkraftanlagen gemäß § 18 a Abs. 1 Satz 2 des Landesplanungsgesetzes (LaPlaG) in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes – Windenergieplanungssicherstellungsgesetz (WEPsG) vom 22. Mai 2015

(GVOBl. SH 2015, S. 132)

entgegen. Nach dieser Vorschrift sind zur Sicherung der Raumordnungsplanung, mit denen Ziele und Grundsätze der Raumordnung zur räumlichen Steuerung der Errichtung von raumbedeutsamen Windkraftanlagen aufgestellt werden, solche Anlagen vorläufig bis zum 5. Juni 2017 im gesamten Landesgebiet unzulässig. Die streitbefangenen Windkraftanlagen sind raumbedeutsam im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG, weil sie schon wegen ihrer Größe weithin sichtbar sind und damit einen erheblichen Einfluss auf das Landschaftsbild haben werden.

§ 18 a Abs. 1 Satz 2 LaPlaG in der Fassung vom 22. Mai 2015 ist wirksam und begegnet entgegen der Ansicht der Kl.in keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Zunächst steht dem Land Schleswig-Holstein gemäß Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG die Gesetzgebungsbefugnis für die streitbefangene Regelung zu,

weil die Landesplanung das Recht der Raumordnung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG zum Gesetzgebungsgegenstand hat und nicht das Städtebaurecht als Teil des Bodenrechts im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG betrifft. Zu Unrecht macht die Kl.in geltend, die Normierung der vorläufigen Unzulässigkeit raumbedeutsamer Windkraftanlagen in § 18 a Abs. 1 Satz 2 LaPlaG beinhalte in Wirklichkeit eine städtebauliche Regelung, für die dem Land keine Kompetenz zur Abweichungsgesetzgebung gemäß Art. 72 Abs. 3 GG zustehe. Während Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG insbesondere die städtebauliche Planung umfasst, ist Raumordnung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG in Abgrenzung hierzu zu definieren als übergeordnete zusammenfassende Gesamtplanung auf Landesebene

(vgl. Sachs, Grundgesetz, Art. 74 Rn. 78 mwN).

Die Vorschrift zur vorläufigen Planungssicherung in § 18 a Abs. 1 Satz 2 LaPlaG begegnet auch in materieller Hinsicht keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Zunächst steht diese Vorschrift entgegen der Ansicht der Kl.in nicht im Widerspruch zu den bundesrechtlichen Bestimmungen der § 35 und § 249 Abs. 3 BauGB, sodass sie nicht gemäß Art. 31 GG wegen einer Kollision mit dem Bundesrecht nichtig ist. Art. 31 GG kommt zur Anwendung, wenn dieselbe Rechtsfrage sowohl durch Bundes- als auch durch Landesrecht geregelt ist und zwischen beiden Normen eine Kollision in der Weise besteht, dass die Anwendung der Normen auf dasselbe konkrete Rechtsverhältnis zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen würde

(vgl. Sachs, Grundgesetz, Art. 31 Rn. 18 mwN).

Vorliegend normieren Bundes- und Landesrecht aber unterschiedliche Rechtsfolgen. Das landesplanungsrechtliche Sicherungsmoratorium aus § 18 a Abs. 2 LaPlaG lässt den Genehmigungsanspruch gem. § 6 Abs. 1 BImSchG unberührt. Die vorläufige Unzulässigkeit des streitbefangenen Vorhabens gemäß § 18 a Abs. 1 Satz 2 LaPlaG lässt den Genehmigungsanspruch nicht untergehen, sondern suspendiert ihn lediglich vorübergehend

(vgl. VG Cottbus, Urteil vom 5. März 2015, Az. 4 K 374/13 mwN; Spannowsky-Runkel-Goppel, ROG § 14 Rn. 18 ff. mwN).

Dieses wird schon aus dem Wortlaut der Norm deutlich, die ausdrücklich die „vorübergehende Unzulässigkeit“ regelt. Darüber hinaus heißt es auch in der Gesetzesbegründung vom 21. Mai 2015

(LT-Drucksache 18/2983 (neu)),

dass das Gesetz keine Regelung über das Genehmigungsverfahren einzelner Windkraftanlagen treffe, sondern nur deren zeitlich begrenzte, raumordnerische Unzulässigkeit normiere.

Zur Verwirklichung der bezweckten Sicherung der Raumplanung ist es auch nicht erforderlich, dass ein etwaiger Genehmigungsanspruch endgültig erlischt. Das wäre vielmehr unverhältnismäßig, weil bereits die Suspendierung zur Zweckerreichung genügt. Dementsprechend ist das Sicherungsmoratorium gem. § 18 a Abs. 1 Satz 2 LaPlaG im systematischen Zusammenhang mit den Bestimmungen zur Landesplanung und nicht etwa zum Landesbaurecht geregelt. Die vorübergehende Unzulässigkeit raumbedeutsamer Windkraftanlagen gemäß § 18 a Abs. 1 Satz 2 LaPlaG ist deshalb keine dem Vorhaben der Kl.in entgegenstehende öffentlich-rechtliche Vorschrift im Sinne von § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG.

Demgegenüber betreffen die bauplanungsrechtliche Privilegierungsnorm des § 35 Abs. 1 Nr. 5 und die Konzentrationszonenplanung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des streitbefangenen Vorhabens und sind essentielle Voraussetzung für den Genehmigungsanspruch aus § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG. Ebenso betrifft § 249 Abs. 3 BauGB den Genehmigungsanspruch, weil diese Vorschrift die bauplanungsrechtliche Privilegierung für Windkraftanlagen aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB modifiziert. Auch diese Vorschrift lässt einen etwaigen Genehmigungsanspruch der Kl.in nicht unberührt, sondern gestaltet die bauplanungsrechtliche Privilegierung inhaltlich aus. Keine der von der Kl.in in Bezug genommenen baurechtlichen Vorschriften enthält eine Regelung zur vorübergehenden Planungssicherung. Mithin fügt sich die hier entscheidungserhebliche landesrechtliche Re-

gelung widerspruchsfrei in das Bauplanungsrecht des Bundes ein.

Schließlich verletzt das Sicherungsmoratorium nach dem LaPlaG die Kl.in auch nicht in ihren Grundrechten.

Der Schutzbereich ihres Eigentumsgrundrechtes aus Art. 14 Abs. 1 GG ist schon deshalb nicht betroffen, weil sie weder Eigentümerin der zur Bebauung in Aussicht genommenen Grundstücke ist, noch über einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb „Windpark Bordelumer Koog“ als wertprägende Sach- und Rechtsgesamtheit eines wirtschaftlichen Unternehmens der Windenergienutzung durch Stromerzeugung verfügt. Falls sie über eine schuldrechtliche Befugnis verfügen sollte, das Grundstück zukünftig zu nutzen, so ist dieses Schuldrecht von Art. 14 Abs. 1 GG nicht geschützt

(vgl. Sachs, Grundgesetz, Art. 14 Rn. 44 ff.).

Betroffen ist die Kl.in allerdings in ihrem Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, das gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch für Kommanditgesellschaften gilt

(vgl. Sachs, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 64 mwN).

Wegen der vorübergehenden Unzulässigkeit raumbedeutsamer Windkraftanlagen in ganz Schleswig-Holstein kann die auf Dauer angelegte und auf Einkommenserzielung gerichtete Tätigkeit des Windkraftanlagenbetreibers mit noch zu errichtenden Anlagen in A-Stadt und in ganz Schleswig-Holstein gegenwärtig von der Kl.in nicht ausgeübt werden. Darin liegt zwar keine subjektive oder objektive Berufszugangsvoraussetzung, weil der Zugang zum Beruf des Windkraftanlagenbetreibers nicht beschränkt wird, sondern lediglich dieser Beruf vorübergehend mit Neuanlagen nicht ausgeübt werden kann.

Die Freiheit der Berufsausübung unterliegt gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG Schranken, die einer Verhältnismäßigkeitsprüfung genügen müssen. Die Schwere des Grundrechtseingriffes muss durch gewichtige Gründe gerechtfertigt sein und darf das Übermaßverbot nicht verletzen. Die vorübergehende Unzulässigkeit raumbedeutsamer Windkraftanlagen zur Sicherung der Landesplanung gemäß § 18 a Abs. 1 Satz 2 LaPlaG ist verhältnismäßig. Der damit verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist relativ gering, weil nämlich nur vorübergehend in Schleswig-Holstein keine neuen Windkraftanlagen betrieben werden können, während das Recht Altanlagen in Schleswig-Holstein oder Anlagen außerhalb von Schleswig-Holstein zu betreiben unberührt bleibt. Demgegenüber ist das öffentliche Interesse an Planung und Steuerung der Windkraftnutzung von erheblichem Gewicht

(vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002, Az. 4 C 15.01; BVerwGE 117, 287).

Die beabsichtigte und zu sichernde Planung begegnet im gegenwärtigen Planungsstand keinen rechtlichen Bedenken. Die Festlegung von Zielen und Grundsätzen der Raumordnung zur Steuerung raumbedeutsamer Windenergieanlagen gemäß § 18 a Abs. 1 LaPlaG ist nach dem ROG grundsätzlich ein geeigneter Gegenstand der Raumordnungsplanung und wird von § 35 Abs. 3 BauGB zur Steuerung der Windkraftprivilegierung ausdrücklich vorgesehen. Die Festlegung von Vorranggebieten mit der Wirkung von Eignungsgebieten gemäß § 8 Abs. 7 Satz 2 ROG zur Steuerung der Windenergienutzung ist diesbezüglich ein zulässiges Ziel der Raumordnung

(vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 20. Januar 2015, Az. 1 KN 6/13).

Das vom Ministerpräsidenten als Landesplanungsbehörde im Runderlass vom 23. Juni 2015 gewählte Planungsverfahren ist sachgerecht, um die aktuellen Grundsätze der Rechtsprechung zur Steuerung von Windenergieanlagen umzusetzen. Diesen Grundsätzen entspricht es, zum Zwecke der Festlegung von Zielen der Raumordnung zunächst harte Tabukriterien zu ermitteln und weiche Tabukriterien zu bestimmen, um sodann die verbliebenen Potentialflächen anhand weiterer Abwägungskriterien zu überplanen.

Die weichen Tabukriterien, sowie die Kriterien für den weiteren Abwägungsprozess sind ausweislich des Planungserlasses des Ministerpräsidenten ausdrücklich vorläufig, die endgültige Festlegung der Ziele der Raumordnung bleibt vielmehr einer abschließenden Abwägung der beteiligten Belange gemäß § 7 Abs. 2 ROG vorbehalten. Mithin ist der Kriterienkatalog der

Landesplanungsbehörde für das nun begonnene Planungsverfahren nicht abschließend zu überprüfen. Für den jetzigen, sehr frühen, Planungsstand reicht es zur Begründung eines Sicherungsmoratoriums vielmehr aus, dass die Planungskriterien eine abwägungsfehlerfreie Festlegung der Ziele der Raumordnung möglich erscheinen lassen, also nicht willkürlich oder unerheblich sind.

Diesen vorgenannten, im Vergleich zu einer raumordnungsrechtlichen Zielbestimmung erheblich verminderten Wirksamkeits- und Bestimmtheitsvoraussetzungen genügen die Kriterien der Landesplanungsbehörde zur Ermittlung geeigneter bzw. ausgeschlossener Flächen für raumbedeutsame Windenergieanlagen auf Regionalplanebene, wie sie nach dem Runderlass des Ministerpräsidenten vom 23. Juni 2015 zur Anwendung kommen sollen. Insbesondere reicht der Detaillierungsgrad der Kriterien für dieses frühe Planungsstadium. Auch die bislang relativ offen formulierten Abwägungskriterien „charakteristische Landschaftsräume“ und „Hauptachsen des überregionalen Vogelzuges“ sind für den weiteren Planungsvorgang erheblich und willkürfrei formuliert. Ausweislich der Begründung zu dem Kriterium „charakteristische Landschaftsräume“ soll im Rahmen der Abwägung die Möglichkeit eröffnet werden, solche Areale großräumig von Windkraftanlagen frei zu halten, für die im Rahmen eines noch zu erstellenden Gutachtens diesbezüglich eine sachlich fachliche Begründung gegeben ist. Damit setzt der Erlass den Zweck der Windenergieanlagensteuerung, nämlich auch im erheblichen Anteil unverbaute Landesfläche zu erhalten mit der Möglichkeit eine Freiraumkonzeption zu entwickeln um.

Das Abwägungskriterium „Hauptachsen des überregionalen Vogelzuges“ ist für dieses frühe Planungsstadium unter dem Aspekt des vorsorgenden Artenschutzes gerechtfertigt, da die Landesplanungsbehörde weiteren Prüfbedarf sieht, um das Kollisionsrisiko der Zugvögel mit Windenergieanlagen im Höhenbereich der Rotoren zu vermeiden.

Ebenso begegnet auch das Abwägungskriterium „Netzkapazität“ gegenwärtig keinen Bedenken. Es erscheint vielmehr sachgerecht, dass der Regionalplangeber prüfen muss, ob die regionale Netzkapazität zur Aufnahme der gesamten in der Region vorgesehenen Leistung ausreicht. Privilegiert sind gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nämlich lediglich Vorhaben zur Nutzung der Windenergie und nicht Vorhaben, die mangels hinreichender Netzkapazitäten lediglich Entschädigungstatbestände nach dem Erneuerbaren Energiegesetz realisieren können.

Auch das vorliegend betroffene Abwägungskriterium „Umzingelungswirkung, Riegelbildung“ ist mindestens abwägungsrelevant für den gerechten Ausgleich der betroffenen öffentlichen und privaten Belange, damit nicht einzelne Ortslagen in unzumutbarer Weise von Windenergieanlagen umstellt sind. Die Verhinderung solcher Umzingelungswirkung kann erforderlich sein, um die Interessen der Bevölkerung und der betroffenen Gemeinde an Wohn- und Lebensqualität zu wahren. Es ist deshalb sachgerecht für die Abwägung dieses Belanges gutachterliche Vorarbeiten heranzuziehen. Es kommt auch ernsthaft in Betracht, dass sich die Vermeidung einer Umzingelungswirkung und Riegelbildung im Ergebnis im Planungsverfahren durchsetzt. Die Landesplanung muss nämlich nicht möglichst viele Windenergieanlagen zulassen. Sie hat lediglich der privilegierten Windenergienutzung substantiell Raum zu verschaffen, andererseits die Windenergienutzung aber zu kanalisieren und Fehlentwicklungen gegenzusteuern

(vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2005, Az. 4 C 5/04 mwN, zitiert nach juris).

Hinsichtlich der sonstigen Planungskriterien sind Einwände nicht ersichtlich und von der Kl.in auch nicht geltend gemacht worden.

Zur Sicherung des eingeleiteten Planungsverfahrens nach den zugrundezulegenden Planungskriterien ist die vorläufige Unzulässigkeit raumbedeutsamer Windkraftanlagen im gesamten Landesgebiet gemäß § 18 a Abs. 1 Satz 2 Landesplanungsgesetz geeignet, da Planverfahren und Abwägung nicht unterlaufen werden können.

Sie ist auch erforderlich, weil nach gegenwärtig überschaubarem Sachstand während der Verfahrensdauer für die im Juni aufgelegte Neufestlegung der Ziele- und Grundsätze der Raumordnung nicht nur einzelne Vorhaben zur Errichtung von Windenergieanlagen von Betreibern verwirklicht werden sollen. Der gegenwärtig sehr frühe Planungsstand, in dem bislang lediglich Planungsabsichten formuliert sind, wäre durch den raumordnerisch ungesteuerten Ausbau der Windkraft erheblich beeinträchtigt, weil die landesplanerischen Optionen zur Wahrung anderer Belange mit fortschreitendem Windkraftanlagenausbau immer weiter eingeengt würden. Der Ausbau während des laufenden Verfahrens zur Landesplanung wäre lediglich bauplanungsrechtlich zu beurteilen, eine das Landesgebiet betreffende gesamträumliche Planung wäre wegen fortwährender Veränderung der Planungsgrundlagen erschwert, wenn nicht gar unmöglich. Wegen der Vielzahl anhängiger Genehmigungsanträge für raumbedeutsame Windenergieanlagen bei dem Bekl. und der aufgrund der hohen Renditeerwartung solcher Anlagen fortdauernden Windparkkonzeptionierungen steht zu erwarten, dass einer geordneten Raumplanung nicht nur weitere Einzelvorhaben im Wege stünden, sondern eine Vielzahl von neuerschlossenen Windenergieanlagenstandorten immer wieder in das Verfahren zur Landesplanung einzubeziehen wären. Die über das Bundesrecht gemäß § 14 Abs. 2 ROG hinausgehende generelle vorübergehende Unzulässigkeit ist die einzige Möglichkeit, um erheblichen Verwaltungsaufwand für die Raumordnungsbehörde zu vermindern. Für das einzelne Investitionsvorhaben ist es hingegen ohne Belang, ob es individuell vorläufig gemäß § 14 Abs. 2 ROG untersagt wird, oder im Gleichklang mit einer Vielzahl anderer Vorhaben im Land generell unzulässig ist und mithin lediglich die bundesrechtlich ohnehin mögliche Einzelfalluntersagung entbehrlich wird.

Schließlich ist das Sicherungsmoratorium verhältnismäßig im engeren Sinne und beeinträchtigt das Übermaßverbot für eine Berufsausübungsbeschränkung nicht, weil es zeitlich befristet ist und nur raumbedeutsame Windenergieanlagen betrifft. Vorhaben dieser Art, die nicht planungsrelevant sind, können darüber hinaus ausnahmsweise nach § 18 a Abs. 2 LaPlaG nach dem jeweiligen Stand der in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung zugelassen werden. Durch diese Ausnahmeregelung ist gewährleistet, dass eine Einzelfallprüfung der Vorhaben auf ihre Planungsverfahrensträgbarkeit erfolgt und die vorläufige Unzulässigkeit des Vorhabens endet, sobald es die weitere Planung nicht mehr wesentlich erschwert.

Die Kl.in kann jedoch keine Ausnahme gemäß § 18 a Abs. 2 LaPlaG von der vorläufigen Unzulässigkeit ihrer Windenergieanlagen beanspruchen. Nach der vorbezeichneten Vorschrift können Ausnahmen zugelassen werden, wenn und soweit raumbedeutsame Windkraftanlagen nach dem jeweiligen Stand der in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung nicht befürchten lassen, dass sie die Verwirklichung dieser Ziele unmöglich machen oder wesentlich erschweren.

In diesem frühen Planungsstand zur Aufstellung der Ziele der Raumordnung lassen die streitbefangenen Windkraftanlagen jedoch befürchten, dass sie die Verwirklichung des Ziels, außerhalb der Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten die Errichtung von Windenergieanlagen auszuschließen, wesentlich erschweren, weil das Abwägungskriterium Umzingelungswirkung/Riegelbildung wegen des Vordringens von Windenergieanlagenstandorten in bisher unbebaute Gebiete betroffen ist. Mithin kommt in Betracht, dass für diesen Teil des Gemeindegebiets der Beigeladenen zu 1. die effektive Freihaltung von Windenergieanlagen nicht mehr als Planungsoption besteht. Darüber hinaus könnte im Falle einer Ausnahmeerteilung auch eine etwaige Umzingelung der Hofstelle Hohlstill raumplanerisch nicht mehr verhindert werden. Die weitere räumliche Ausdehnung der bereits bestehenden Windparks im größten zusammenhängenden Windkraftgebiet Schleswig-Holsteins im Bereich A-Stadt/B. könnte dann nicht mehr auf ihre Raumverträglichkeit geprüft werden. Diese umfassende Prüfung soll aber gerade erst das Planaufstellungsverfahren ermöglichen, so dass gegenwärtig noch nicht festste-

hen kann, ob eine Ausnahmezulassung nach § 18 a Abs. 2 LaPlaG möglich ist.

Nach alledem bot das Verpflichtungsbegehren der Kl.in vor der übereinstimmenden Erklärung zur Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache keine Aussicht auf Erfolg, so dass die Kl.in an der Kostentragung zu beteiligen ist.

Mit ihrem Anfechtungsantrag wäre die Kl.in hingegen voraussichtlich im Falle einer streitigen Entscheidung des Rechtsstreits erfolgreich gewesen. Nach gegenwärtig überschaubarem Sachstand scheint ihre Anfechtungsklage gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO begründet, da die angefochtenen Ablehnungsbescheide rechtswidrig sind und die Kl.in in eigenen Rechten verletzen.

Maßgebend ist insoweit die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung, weil für die Entscheidung eines Gerichts die Rechtsvorschriften maßgeblich sind, die sich im Zeitpunkt der Entscheidung für die Beurteilung des Klagbegehrens Geltung beimessen

(vgl. BVerwG, Urteil vom 3. November 1994, Az. 3 C 1792; BVerwGE in 97, 79).

Hier ist das Klagbegehren nicht auf die isolierte Anfechtung der Ablehnungsbescheide, sondern auf die Erlangung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen gerichtet. Dieses Klagbegehren ist insgesamt an der aktuellen Rechtslage zu messen.

Danach sind die Ablehnungsbescheide aufzuheben, weil gegenwärtig dem Genehmigungsanspruch der Kl.in zu Unrecht öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegengehalten werden.

§ 18 a Abs. 1 Satz 2 LaPlaG mit der darin normierten vorläufigen Unzulässigkeit raumbedeutsamer Windkraftanlagen ist keine dem Vorhaben entgegenstehende Vorschrift im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, weil, wie oben ausgeführt, die vorläufige Unzulässigkeit den Genehmigungsanspruch nicht untergehen lässt, sondern diesen lediglich vorübergehend suspendiert. Auch steht § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB iVm einer Konzentrationszonenplanung für Windkraftanlagen als Ziel der Raumordnung nicht entgegen, weil die insoweit allein in Betracht kommende Teilfortschreibung zum Regionalplan 2012 für den Planungsraum 5 und die Teilfortschreibung des Landesentwicklungsplans 2010 in Ziffer 3.5.2 gem. Planungserlass des Ministerpräsidenten vom 23. Juni 2015 nicht mehr angewendet werden sollen. Mithin gibt es gegenwärtig kein gültiges Ziel der Raumordnung zur Steuerung von Windkraftanlagen.

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB iVm dem Flächennutzungsplan der Beigeladenen, in der die streitbefangene Baufläche betreffenden

Änderungsfassung, steht dem Genehmigungsanspruch der Kl.in nicht entgegen, weil unabhängig von der Frage, ob dieser F-Plan gemäß § 5 Abs. 2 BauGB wirksam ist, der Bekl. diese F-Planung jedenfalls gemäß § 4 Abs. 1 LaPlaG nicht verwirklichen darf, da sie mit der geltenden Raumordnungsplanung des Landes nicht in Einklang steht. Eine Flächennutzungsplanung, die die Regionalplanung ausnutzen und umsetzen will, kann nicht wirksam bleiben, wenn die Teilfortschreibung zur Regionalplanung nicht mehr angewendet werden soll. Im Übrigen gibt es gegenwärtig auch keinen Steuerungsbedarf zur Windkraftnutzung durch die Beigeladene zu 1., weil raumbedeutsame Windkraftanlagen generell vorübergehend unzulässig sind, so dass es kein gemeindliches Planungserfordernis zur Konzentrationszonenabweisung für die Gemeinden gibt. Schließlich gibt es wegen dieser generellen vorübergehenden Unzulässigkeit raumbedeutsamer Windkraftanlagen gemäß § 18 a Abs. 1 Satz 2 LaPlaG auch keine Steuerungsmöglichkeit für die Gemeinden durch F-Planung.

Die Beigeladene zu 1. ist gemäß § 4 Abs. 1 BauGB vielmehr gehalten, ihren F-Plan an die zukünftigen Ziele der Raumordnung, wie sie zur Zeit von der Landesplanungsbehörde entwickelt werden entsprechend anzupassen

(vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 4. April 2013, Az. 1 LB 7/12 mwN).

Da die Kl.in mit ihrem Klagbegehren mithin insoweit erfolgreich ist, als ihrem Genehmigungsanspruch jedenfalls nicht ehemaliges Planungsrecht entgegengehalten werden kann, ist auch der Bekl. an der Kostentragung zu beteiligen.

Die steckengebliebenen Genehmigungsverfahren für die streitbefangenen Windkraftanlagen sind fortzuführen, sobald die Landesplanungsbehörde entsprechend dem Planungsstand zur Aufstellung der Raumordnungsziele eine Ausnahme von der vorläufigen Unzulässigkeit raumbedeutsamer Windkraftanlagen gemäß § 18 a Abs. 2 LaPlaG erteilt, oder aber die geplanten zukünftigen Ziele der Raumordnung Geltung erlangen. Die Kl.in muss dann keine neuen Genehmigungsanträge stellen. Vielmehr sind ihre bereits anhängigen Genehmigungsanträge zu bescheiden, sobald die vorläufige Unzulässigkeit gemäß § 18 a Abs. 1 Satz 2 LaPlaG ihren etwaigen Genehmigungsanspruch für die streitbefangenen Vorhaben nicht mehr suspendiert. Dementsprechend braucht die Kl.in gegenwärtig auch keine Verwaltungsgebühren für die Ablehnung ihrer Anträge zu bezahlen, weil ihre Genehmigungsverfahren nach wie vor offen sind und eine Verfahrensgebühr erst nach Abschluss je nach Ausgang des Verfahrens nach dem Verwaltungskostengesetz festzusetzen ist.

In eigener Sache:

Verstärkung des Redaktionsteams

Seit dem 1. Mai 2016 verstärkt Herr **Richter am Oberlandesgericht Christoph Sauer** das Redaktionsteam der Schleswig-Holsteinischen Anzeigen.

Als stellvertretender Schriftleiter ist er künftig zuständig für die Veröffentlichung von Entscheidungen aller Schleswig-Holsteinischen Gerichte aus allen Gerichtsbarkeiten mit Ausnahme von Entscheidungen des Oberlandesgerichts Schleswig. Er übernimmt ferner die Veröffentlichung von Buchanzeigen und Rezensionen sowie die entsprechenden Verhandlungen mit den Verlagen.

Christoph Sauer verfügt über eine langjährige richterliche Erfahrung in allen Rechtsgebieten. Er ist seit 1995 als Richter in Schleswig Holstein und seit 2002 als Richter am Oberlandesgericht in Schleswig tätig. Derzeit ist er stellvertretender Vorsitzender des 7. Zivilsenats und unter der Telefon Nummer 04621-861327 erreichbar. Die Schriftleitung heißt Herrn Richter am Oberlandesgericht Sauer im Redaktionsteam herzlich willkommen und freut sich auf eine gute Zusammenarbeit.



Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 35, 24103 Kiel, im Eigenverlag.

Verantwortlich i.S.d. § 7 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Friedhelm Röttger, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.

Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen als Justizministerialblatt in zwei Ausgaben, Teil A (Fachzeitschrift mit Bekanntmachungsteil) und Teil B (Bekanntmachungen der Gerichte). Teil A erscheint monatlich einmal zum 20. und Teil B monatlich einmal zum 30. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 51,- €. Teil B steht online zum kostenlosen Download auf der Website www.justizministerialblatt.schleswig-holstein.de oder als Printausgabe zum Jahrespreis von 50,- € zur Verfügung. Einzelhefte von Teil B kosten 5,80 € plus Porto. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 12,00 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur bei Druckerei Verlag J.J. Augustin GmbH, 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, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden; Tel. 04621/86-1279 bzw. -1302, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: redaktion-schlha@olg.landsh.de.

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

Meinungen | Thesen | Aspekte

Die Arbeitsgerichte – klein aber fein! und bereit für eJustiz?



Uta Raddatz, Amtsrätin, Jahrgang 1960, Rechtspflegerin seit 1983 bei d. ArbG Duisburg, Düsseldorf, Neumünster, Geschäftsleiterin seit 1995 in Neumünster und seit 2000 in Lübeck

1980 begann ich meine Ausbildung zur Rechtspflegerin und ahnte zu diesem Zeitpunkt nicht, was mich bei der Arbeitsgerichtsbarkeit, für die ich eingestellt worden war, erwarten würde. Nach einer Einarbeitungsphase beim ArbG Duisburg lernte ich beim ArbG Düsseldorf neben einem üblichen Rechtspflegerpensum auch gleich die Arbeit in der Verwaltung kennen. Das dortige ArbG war für schleswig-holsteinische Verhältnisse mit 11 Kammern und insgesamt ca. 40 Mitarbeitern recht groß. Trotzdem waren die dort tätigen 3 Rechtspfleger automatisch auch mit Verwaltungsangelegenheiten betraut. Mein Bereich war die interne Verwaltung mit Beschaffung und Geräteverwaltung.

Ich habe von Anfang an die überschaubare Größe der Arbeitsgerichte und die damit für Rechtspfleger verbundene Vielseitigkeit des Aufgabenbereichs geschätzt. Ganzheitliches Arbeiten war dort bereits möglich, als die Einführung der Serviceeinheiten noch in den Sternen stand. Beim Arbeitsgericht bearbeitet man nicht nur ein Tortenstück, sondern muss auch immer das Ganze im Auge haben. Verstecken kann man sich dort jedoch nicht. So übersichtlich, wie die Anzahl der Beschäftigten hier ist, so schnell sind auch Eigenheiten, Stärken und Schwächen der Einzelnen erkennbar.

Dies ist es meines Erachtens jedoch, was den Teamgeist und das gemeinsame Verantwortungsgefühl stärkt; uns bei Herausforderungen und Problemen so flexibel reagieren und nicht wegschauen lässt. Man setzt sich auseinander und wächst zusammen. Die Wege sind kurz und somit direkt und schnell zu gehen. Für mitunter unnötige Selbstverwaltung besteht weniger Raum. So war es auch möglich, dass ich 1995 zur Geschäftsleiterin eines Gerichts in Teilzeit (4 Stunden) ernannt wurde.

Inzwischen nehme ich dieses Amt beim Arbeitsgericht Lübeck wahr. An den Rahmenbedingungen hat sich jedoch nichts geändert. Mit einer Kopfzahl von 20 sind wir immer noch vergleichsweise klein. Beweglich und zupackend sind wir aber auch hier, sodass es meist leichter ist, alle an einen Tisch zu holen, um Probleme zu besprechen und Lösungen zu finden. QM muss kaum institutionalisiert werden. Ein Austausch findet immer auch dienstübergreifend und Unterstützung meist ohne Regelung im Geschäftsverteilungsplan statt.

Auch hier geht es nicht immer reibungslos zu, aber für das Ganze lohnt sich der Einsatz und die Rückmeldung

unserer Parteien und deren Vertreter bestätigt uns dies. Im Rahmen eines mit weiteren 4 Bundesländern landesübergreifend durchgeführten Benchmarking konnten die Arbeitsgerichte in SH nicht nur beim Service und der Schnelligkeit bei der Verfahrenserledigung punkten. Insbesondere im Bereich der IT und ihrer Betreuung konnten wir mithilfe unserer 20-Jahre alten aber noch nicht in die Jahre gekommenen Anwendung FOKUS trotz geringerer Kopfzahl hervorragende Ergebnisse erzielen.

Dies erleichtert die Arbeit als Geschäftsleiterin und „all-in-one-Manager“, zumal neben der Personalführung, weiteren Bereichen der Verwaltung sowie der Arbeit in Gremien (z.B. einer AG, die sich um die regelmäßige Aktualisierung der IT-Anwendung kümmert) auch noch Rechtspflegeraufgaben zu erledigen sind. Die Bandbreite der Betätigung und die damit verbundenen Gestaltungsmöglichkeiten empfinde ich stets als Bereicherung. Die Verbindung von Verwaltung und Rechtspflege verschafft mir zudem eine beständige Bodenhaftung. Hier arbeiten heißt immer auch direkte Einflussnahme – mitunter landesweit.

Reicht dies aus, um für die Herausforderungen im Zuge der Einführung der eAkte gewappnet zu sein? Großspurig würde ich sagen: wenn nicht wir, wer sonst? Mit Sicherheit ahnen wir noch nicht einmal, was alles genau uns Schwierigkeiten bereiten wird. Angefangen bei der notwendigen Technik im Sitzungssaal, mit der wir uns aufgrund einer aktuellen räumlichen Vergrößerung schon jetzt beschäftigen müssen, wird sich jeder Arbeitsplatz verändern. Insbesondere die Richter und Rechtspfleger werden sich umstellen müssen. Die IT und ihre Unterhaltung werden eine noch wesentlichere Rolle spielen. Da wir aber in dieser Hinsicht zurzeit mit unserer Fachanwendung und den engagierten Administratoren über sehr gute Voraussetzungen verfügen, blicke ich ein wenig gelassen in die Zukunft. Nach Entscheidung über das in der Justiz zu verwendende Produkt werden wir für den weiteren Weg wie üblich gemeinsam die Ärmel hochkrempeln, das Ziel nicht aus den Augen verlieren und pragmatische Lösungen finden.

SchiHOLG	31. 7.2015	14 UF 42/15	Kein Verstoß gegen den Halbteilungsgrundsatz (§ 5 Abs. 1 VersAusglG), wenn der von dem Versorgungsträger (VBL) vorgeschlagene Ausgleichswert nicht der numerischen Hälfte entspricht	192
SchiHOLG	30. 6.2015	10 WF 73/15	Verfahrenswert eines Stufenantrags	193
<i>Verwaltungsgerichtsbarkeit</i>				
SchiHVG	10.9.2015	6 A 190/13	Landesplanungsgesetz und Immissionsschutzrecht: Zu Fragen der Verfassungskonformität und Rechtsfolgen des Sicherungsmoratoriums gem. § 18 a Abs. 1 Satz 2 LaPlaG S-H (i. d.F. des Windenergieplanungssicherstellungsgesetzes vom 22. Mai 2015)	194
<i>Schriftleitung in eigener Sache</i>			Verstärkung des Redaktionsteams durch Herrn RiOLG Christoph Sauer	197
SCHLHA GLICHT				
Uta Raddatz	Arbeitsgerichte – klein aber fein! und bereit für eJustiz?			198

Buchanzeige

Jaeger/Luckey

Schmerzensgeld

– Systematische Erläuterungen – Schmerzensgeldtabelle – Muster und Sterbetafeln – Medizinisches Lexikon

8. Auflage 2016, 1268 Seiten, Hardcover, 129,- €, ISBN 978-3-472-08924-7

Erschienen im Luchterhand Verlag, Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln

Vertrieb über PR-Direkt GmbH, Postfach 4122, 50217 Frechen

Die Regulierung von Schmerzensgeldansprüchen hat sich immer mehr zu einer Spezialmaterie entwickelt. Um gerichtliche und außergerichtliche Ansprüche durchsetzen zu können, müssen nicht nur »passende« Vergleichsfälle gefunden werden. Darüber hinaus führen die besonderen Anforderungen an Klageantrag und Klageforderung dazu, dass das Rechtsgebiet zunehmend haftungsträchtig wird.

Die 8. Auflage bietet in bewährter Qualität einen ausführlichen Kommentarteil zu allen relevanten Fragen des Schmerzensgeldes, Bemessungskriterien und Verletzungsarten, deren Kenntnis für die erfolgreiche Geltendmachung von Ansprüchen mindestens genauso wichtig ist wie die Auswahl der richtigen Präjudizien, werden praxisnah erläutert. Eine umfassende Kommentierung und repräsentative Auswahl aussagekräftiger Schmerzensgeldentscheidungen sollen in der Praxis eine Arbeits- und Entscheidungshilfe sein und eine Plattform für höhere Schmerzensgeldbeträge schaffen.

Die Neuauflage enthält u.a. Checklisten und tabellarische Übersichten zu den Themen »Verkehrsunfall« und »Arzthaftung« sowie Formulierungsvorschläge, Praxistipps, eine aktualisierte Entscheidungstabelle mit Stand Juli 2015 und hilfreiche Muster für die gerichtlich wasserfeste Geltendmachung von Schmerzensgeld.

Buchanzeige

Schuschke/Walker (Hrsg.)

Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz

Kommentar

6. Auflage 2015, 2548 Seiten, Hardcover, 259,- €, ISBN 978-3-452-28281-1

Erschienen im Carl Heymanns Verlag, Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln

Vertrieb über PR-Direkt GmbH, Postfach 4122, 50217 Frechen

Auch in der 6. Auflage dieses Standardwerks sind die einzelnen Kommentierungen von ausgewiesenen Spezialisten im Vollstreckungsrecht gründlich überarbeitet und aktualisiert. Kommentiert wird das gesamte 8. Buch der ZPO inklusive der Vorschriften zum einstweiligen Rechtsschutz. Zusätzlich werden auch die Vorschriften des Abschnitts 4 des 11. Buches der ZPO zu den Europäischen Vollstreckungstiteln nach der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 erläutert. Neben den Vorschriften der ZPO werden zudem die AVAG, EuGVVO, EuVTVO, EuMahnVO, EuBagatellVO behandelt.

Die Neuauflage berücksichtigt insbesondere die folgenden Entwicklungen:

- Mietrechtsänderungsgesetz vom 11. März 2013 (§§ 885, 885a (neu) ZPO)
- Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes
- Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung
- Gesetz zur Änderung des AZR-Gesetzes
- Pfändungsfreigrenzenbekanntmachung
- Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte

Herausgeber:

Prof. Dr. Winfried Schuschke, VRiOLG a.D., Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker, Univ.Prof. an der JLU Gießen.

Autoren:

Wilhelm Jennissen, VRiOLG; Dr. Sibylle Kessal-Wulf, Ri'inBGH; Dr. Martin Kessen, RiOLG; Sathia Lorenz, Bernd Raebel, RiBGH; Prof. Dr. Winfried Schuschke, VRiOLG a.D.; Matthias Sturhahn, RiLG; Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker, Univ.Prof. an der Justus-Liebig-Universität, Gießen; Karl-Hermann Zoll, RiBGH.

Buchanzeige

Ignor/Mosbacher (Hrsg.)

Handbuch Arbeitsstrafrecht

Personalverantwortung als Strafbarkeitsrisiko

Das Handbuch ist Teil der Reihe Boorberg Praxishandbücher

3., überarbeitete Auflage, 2016, 1042 Seiten, 118,- €, ISBN 978-3-415-05520-9

Erschienen im Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Stuttgart

Das Arbeitsstrafrecht ist ein spezielles Strafrecht für Arbeitgeber und Personalverantwortliche. Die Handhabung der arbeitsstrafrechtlichen Vorschriften ist schwierig. Die Normen sind verstreut auf das Arbeits- und Sozialrecht, das Verwaltungs- und Steuerrecht sowie auf das Strafgesetzbuch (StGB).

Das »Handbuch Arbeitsstrafrecht« hat sich mittlerweile zu einem Standardwerk entwickelt. Es präsentiert die Materie übersichtlich und praxisnah und verfolgt das Ziel, sowohl zur Vermeidung von Rechtsverstößen als auch zur rechtsstaatlichen Anwendung der Rechtsvorschriften beizutragen.

Die 3. Auflage wurde umfassend aktualisiert und erweitert. Neu aufgenommen wurden das Mindestlohngesetz und das Betriebsverfassungsrecht, zudem das Verfahrensrecht der StPO sowie des SchwarzArbG. Jedes Kapitel schließt nunmehr mit einem speziellen Compliance-Abschnitt ab.

Aus dem Inhalt

- Illegale Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) und Illegale Ausländerbeschäftigung (AufenthG, SchwarzArbG)
- Lohnsteuerhinterziehung (§§ 370, 378, 380 AO) und Beitragshinterziehung (§ 266a StGB)
- Illegale Arbeitnehmerentsendung (AEntG)
- Lohnwucher (§ 291 StGB), Menschenhandel (§§ 233, 233a StGB) und Mindestlohnverstöße (§ 21 MiLoG)
- Delikte gegen Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder

Das »Handbuch Arbeitsstrafrecht« ist ein Werk von Praktikern für Praktiker. Es bietet allen Juristen, die in Wirtschaft, Verwaltung und Justiz mit dem Arbeitsstrafrecht zu tun haben, eine zuverlässige Arbeitshilfe. Die Autoren sind als Rechtsanwälte, Mitarbeiter von Behörden und Angehörige der Justiz seit vielen Jahren mit den Besonderheiten des Arbeitsstrafrechts vertraut. Die Herausgeber, Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor und Prof. Dr. Andreas Mosbacher, Richter am Bundesgerichtshof, sind zudem als Hochschullehrer tätig.

Buchanzeige

Dornis (Hrsg.)

Zuwanderer in Betreuungs- und Unterbringungsverfahren

Leitfaden für die gerichtliche und behördliche Praxis

von Dr. Christian Dornis, Richter am Amtsgericht Itzehoe

2016, 141 Seiten, 24,80 €, ISBN 978-3-415-05632-9

Erschienen im Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Stuttgart

Erstmals in einem Band

Der Leitfaden beschreibt erstmals zusammenhängend die kommunikativen Besonderheiten und speziellen Rechtsfragen, die in betreuungsgerichtlichen Verfahren für Menschen mit Migrationshintergrund auftreten. Er richtet sich gleichermaßen an Richter, Behördenvertreter oder Verfahrenspfleger in Betreuungs- und Unterbringungsverfahren.

Ziel des Verfahrens sollte sein, trotz kultureller Unterschiede und eventueller kommunikativer Hürden die bestmögliche Lösung für den Betroffenen zu finden und dabei das von der Herkunftskultur geprägte Wertesystem des Zuwanderers zu berücksichtigen. Dies ist nicht immer leicht zu realisieren.

Interkulturelle Kommunikation

Im Betreuungsverfahren spielt die Anhörung des Betroffenen und die Kommunikation mit dem Betroffenen und dessen Angehörigen eine zentrale Rolle. Im Fokus des Leitfadens stehen daher Fragen interkultureller Kommunikation. Der Autor gibt Anregungen, wie typische, aus unterschiedlichen Kommunikationsweisen und Wertesystemen resultierende Missverständnisse vermieden werden können.

Dabei werden alle die Kommunikationssituation prägenden Aspekte beleuchtet, z.B. Ort und Zeit der Anhörung, Ablauf der Anhörung, Erklärung der Situation für die Beteiligten, Verdeutlichung der Position des Richters oder des Behördenvertreters, sowie Fragen der zweckmäßigen Auswahl und Einbeziehung von Dolmetschern.

Erörtert werden aber auch Fehlerquellen in ärztlichen Gutachten aufgrund mangelnder Berücksichtigung interkultureller Faktoren, z.B. wenn kulturell bedingte Verhaltensweisen der Betroffenen pathologisch gedeutet werden.

Ergänzende Themen

Daneben widmet sich der Leitfaden materiellrechtlichen Fragen des internationalen Betreuungsrechts und des Anspruchs auf konsularischen Schutz. Ein eigenes Kapitel beschäftigt sich mit dem rechtlichen und praktischen Umgang mit irregulären Zuwanderern in Unterbringungs- oder Betreuungsverfahren.

Schließlich erläutert der Autor typische Schwierigkeiten bei häufigen Krankheitsbildern und gibt einen Überblick über Besonderheiten im Umgang mit Betroffenen bestimmter Herkunftsländer.