

Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

Aus dem Inhalt

Anke Spoorendonk

Zukunft des Zivilprozesses: Spezialisierung und Konzentration – Wie geht es weiter – Wie soll es weitergehen?

Dr. Claudia Rühls

Gesetzliche Krankenversicherung vor den Herausforderungen von demografischem Wandel und medizinischem Fortschritt

Olaf Rademacker

Selbstverwaltung – Hoffnungsträger oder Auslaufmodell im Vertragsarztrecht

Dr. Mey Bauer

Sitzungspolizei, Hausrecht und Gerichtsorganisation

März 2017

I. Aufsätze

Anke Spooendonk	Zukunft des Zivilprozesses: Spezialisierung und Konzentration – Wie geht es weiter – Wie soll es weitergehen?	81
Dr. Claudia Rühls	Gesetzliche Krankenversicherung vor den Herausforderungen von demografischem Wandel und medizinischem Fortschritt	83
Olaf Rademacker	Selbstverwaltung – Hoffnungsträger oder Auslaufmodell im Vertragsarztrecht	84
Dr. Mey Bauer	Sitzungspolizei, Hausrecht und Gerichtsorganisation	88

III. Personalmeldungen

IV. Ausschreibungen

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

SchiHOLG	25. 1.2017	12 U 132/16	Zur Nichtigkeit einer Beschlagnahme im Rahmen eines staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens, wenn gegen die das Verfahren seinerzeit leitende Staatsanwältin später ein Ermittlungsverfahren wegen Rechtsbeugung eingeleitet wird	91
SchiHOLG	1. 7.2016	1 U 173/13	Kein Eigentumserwerb des Grundstückseigentümers bei berechtigtem Überbau durch einen Mieter/Pächter	94
SchiHOLG	6. 6.2016	3 Wx 12/16	Bemessung des Stundensatzes eines Nachlassverwalters bei nutzbarer Ausbildung entsprechend § 3 Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 VVBG	95
SchiHOLG	27. 7.2016	9 U 34/16	Zur Aussonderungskraft des Wertersatzanspruchs aus § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO	99
LG Lübeck	2. 5.2016	7 T 17/16 (AG Ratzeburg 14 M 222/15)	Zur Frage der Niederschlagung von Gerichtsvollzieherkosten, wenn der Gerichtsvollzieher eine persönliche Zustellung der Ladung zum Termin der Abnahme der Vermögensauskunft vornimmt, obwohl der Gläubiger aus Kostengründen nur eine Zustellung durch die Post beantragt hat	101
<i>Strafrecht</i>				
SchiHOLG	10. 1.2017	2 Ws 441/16	Auswertung von Datenträgern nicht in jedem Falle als Sachverständigen-gutachten abrechenbar	103
SchiHOLG	11.11.2016	2 SsOWi 161/16 (89/16)	Anforderungen an die Beschreibung eines standardisierten Messverfahrens	104
<i>Verwaltungsgerichtsbarkeit</i>				
SchiHOVG	4.10.2016	2 LB 2/10	Zur Frage der Heranziehung eines Straßenbaulastträgers zu Niederschlagswassergebühren im Wege des Aufwendungsersatzes aus Geschäftsbesorgung	105

Fortsetzung 3. Umschlagseite

Terminankündigung

Raoul Schrott

liest aus seinem Epos „Erste Erde“

Kann man die Geschichte der Welt erzählen wollen? Nichts weniger wollen, als die heutigen Erkenntnisse aus Naturwissenschaft und Überlieferung zusammenfügen, zu einem neuen Ganzen? – Man kann, wenn man eine andere Ebene sucht – das Epos – und wenn man viel Mut mitbringt. So wie Raoul Schrott, wortmächtiger Schriftsteller und vergleichender Literaturwissenschaftler („Komparatist“) aus Österreich, der seit Jahren mit seinen Thesen zu Homer und Troja die Antikenforschung aufmischt. Kontrovers, aber unbedingt anregend. Und auch sein neues Weltepos ist ebenso provokant, wie einfach genialisch. Man kann überhaupt nicht aufhören, ihm zuzuhören. Lassen Sie sich mitnehmen auf eine spannende Reise durch Zeiten und Welten!

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

- 15. Mai 2017: Lesung mit Birgit Vanderbeke (Ich freue mich, dass ich geboren bin)
- 27. Juni 2017: Lesung mit Feridun Zaimoglu („Evangelio – ein Lutherroman“)
- 13. Juli 2017: Michael Grosse liest Heinrich Heine (musikalische Begleitung David Shamban)
- 31. Aug. 2017: Buchpremiere mit Jochen Missfeldt
- 20. Sept. 2017: Lesung mit Prof. Dr. Klaus Püschel und Bettina Mittelacher („Tote schweigen nicht. Faszinierende Fälle aus der Rechtsmedizin“)
- 4. Okt. 2017: Lesung Zusza Bánk („Schlafen werden wir später“)
- 9. Nov. 2017: Neues auf dem Buchmarkt (von und mit Annemarie Stoltenberg)

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Mittwoch, den 19. April 2017, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

Jahrgang 1964, studierte der Sohn eines österreichischen Außenhandelsvertreters Germanistik, Anglistik und Amerikanistik. 1996 habilitierte er sich in Wien über „Fragmente einer Sprache der Dichtung – Poetische Strukturen von der griechischen Antike bis zum Dadaismus.“ Dies definierte Anspruch und Spektrum des Wissenschaftlers und legte den Grund für seine Thesen in „Homers Heimat. Der Kampf um Troia und seine realen Hintergründe“ (2008) sowie für seine beeindruckenden Neuübertragungen des „Gilgamesh-Epos“ (2001) und der „Ilias“ (2009). Bekannt wurden aber auch literarische Werke, wie etwa „Finis Terrae“ (1995), „Khamsin“ (2002) oder „Tristan da Cunha“ (2003). Der Autor wurde vielfältig ausgezeichnet, so in jüngerer Zeit mit dem „Österreichischer Förderpreis für Literatur“ (2002) und dem „Tiroler Landespreis für Kunst“ (2009).

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

Kartenreservierung: telefonisch ab 10. April 2017 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13.00–15.00 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

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

Zukunft des Zivilprozesses: Spezialisierung und Konzentration – Wie geht es weiter – Wie soll es weitergehen?

von Ministerin Anke Spoorendonk



„Wir wollen einen bürgernahen und effizienten Zivilprozess. So werden wir den Ländern die Möglichkeit einräumen, bei den Landgerichten spezialisierte Spruchkörper einzurichten.“¹ Dies ist eine der wenigen Passagen im Koalitionsvertrag 2013 der Großen Koalition zum Zivilprozess. Nun, mit dem Ende der Legislaturperiode in Sicht, stellt sich die Frage: Was ist davon umgesetzt worden und womit ist noch zu rechnen?

Lange Zeit sah es so aus, als sei dieses Thema stillschweigend von der bundespolitischen Agenda genommen worden. Aus Berlin wurde unisono verkündet, nur „eilige“ und „dringende“ Gesetzgebungsverfahren könnten noch erledigt werden. Das Thema „effizienter Zivilprozess“ gehöre nicht dazu. Vor diesem Hintergrund überrascht es etwas, dass sich der Bundestag Anfang März doch noch der Frage der Einrichtung von Spezialkammern und -senaten angenommen hat. Dazu hat er sich im sogenannten Omnibusverfahren der Reform des Bauvertragsrechts bedient.²

Das ist grundsätzlich erfreulich, denn die Diskussion um die Frage der Spezialisierung, die zuletzt intensiv auf dem Deutschen Juristentag 2014 geführt wurde, hat nichts von ihrer Aktualität eingebüßt. Im Gegenteil: Spezialisierung ist notwendiger denn je, wenn wir die hohe Qualität unserer Rechtsprechung auf Dauer halten wollen.

Hintergrund

Im Rahmen seines Gutachtens zum Deutschen Juristentag 2014 hatte Prof. Dr. Graf-Peter Calliess die These aufgestellt, der so genannte „Prozessschwund“ an den Zivilgerichten sei auch auf eine mangelnde Spezialisierung der Justiz und eine daraufhin erfolgte Privatisierung der Justiz zurückzuführen.³

Eine Bestandsaufnahme zeigt dabei zunächst: Die Fallzahlen bei den Landgerichten in Zivilsachen sind tatsächlich zurückgegangen. Gleichzeitig hat sich die durchschnittliche Verfahrensdauer verlängert. Ein Beispiel: 1998 gab es bundesweit 404.496 Neuzugänge in Zivilsachen (Landgericht erste Instanz) bei einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von 6,7 Monaten

¹ „Deutschlands Zukunft gestalten“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 154.

² Vgl. die geplante Fassung von §§ 72a, 119a VVG-E nach Art. 5 des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren, BT-Drs. 18/11437. Die abschließende Befassung des Bundesrates steht noch aus.

³ Calliess, „Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und VVG noch zeitgemäß?“, Kurzfassung des Gutachtens A zum 70. Deutschen Juristentag 2014, abgedruckt in NJW Beilage 2/2014, 27, 28 ff; zur Entwicklung der Fallzahlen allgemein vgl. Graf-Schlicker, „Der Zivilprozess vor dem Aus? Rückgang der Fallzahlen im Zivilprozess“, AnwBl 2014, 573 ff.

– 2015 waren es nur noch 330.035 Neuzugänge, die durchschnittliche Verfahrensdauer betrug allerdings 9,9 Monate.⁴ Tatsächliche Erhebungen über die Gründe, die zum Rückgang der Verfahren geführt haben, gibt es allerdings nicht.⁵ Ob mangelnde Spezialisierung zu einer „Privatisierung der Justiz“ führt, bleibt damit Spekulation. Zumal es an Zahlen fehlt, die belegen könnten, dass in derselben Größenordnung die Nutzung alternativer Streitbeilegungsmethoden angestiegen ist.

Es lassen sich allerdings drei tatsächliche Entwicklungen beobachten, die einen Rückgang der Eingangszahlen bei steigender Verfahrensdauer erklären könnten.

Erstens: Rechtsstreitigkeiten werden komplexer. Dass es sich dabei nicht um eine bloße Schutzbehauptung seitens der Richterschaft handelt, zeigt sich bereits am äußeren Umfang der Prozessakten. Klageschriften von anderthalb Seiten kommen am Landgericht selbst in den einfachsten Fällen nicht mehr vor.⁶ Aber auch die Lebenswirklichkeit verändert sich mit zunehmendem technischen und wissenschaftlichen Fortschritt. Da im Zivilprozess Tatsachen aufgeklärt werden müssen, wirken sich kompliziertere technische und speziellere Sachverhalte unmittelbar auf den Prozess aus. Genannt seien nur Stichworte wie Softwareverträge, Finanzanlagegeschäfte, komplexe Bauprojekte, Unternehmenskäufe, Energierecht, Vergabeverfahren – alles Rechtsgebiete, in denen bereits eine spezielle tatsächliche Kenntnis verlangt wird, um überhaupt zu verstehen, worum sich der Streit dreht.

Zweitens: Die Anwaltschaft hat darauf bereits seit längerem mit einer Spezialisierung reagiert. Diese Entwicklung schreitet immer weiter voran. Der Einzelanwalt mit universellem Aufgabenbereich wird mehr und mehr unter rechtlichen und ökonomischen Druck geraten. Die seit Jahren anhaltende Tendenz zum Fachanwalt mit seinen 23 Fachanwaltsbereichen und mehr als 50.000 vergebenen Fachanwaltstiteln,⁷ wird sich vermutlich weiter entfalten. Die Erfahrung, das Spezialwissen und die vertieften Rechtskenntnisse, die so gesammelt werden, schlagen sich auch in umfangreicherem Vortrag nieder, der wiederum die Gerichtsakten und damit den zu verhandelnden Prozessstoff anwachsen lässt.

⁴ Geschäftsentwicklung der Zivilsachen in der Eingangsstanz Landgericht gemäß der Justizstatistik, abrufbar unter www.bundesjustizamt.de.

⁵ Hirtz, „Die Zukunft des Zivilprozesses“, NJW 2014, 2529.

⁶ Vgl. auch von Olenhusen, „Der Richter im Zivilprozess – sind ZPO und VVG noch zeitgemäß? Strukturfragen mit großer Wirkung: Für einen effizienten Zivilprozess“, AnwBl. 2014, 568.

⁷ Verteilung der Fachanwälte zum 01.01.2016 – Statistik der Bundesrechtsanwaltskammer, abrufbar unter www.bundesrechtsanwaltskammer.de.

Drittens: Es ist nicht zu leugnen, dass die Schiedsgerichtsbarkeit zunehmend an Bedeutung gewinnt.⁸ Auch andere Formen der außergerichtlichen Streitbeilegung werden vermutlich zu nehmen, das gilt insbesondere für Schlichtungsverfahren.⁹ Ob dadurch eine Zurückdrängung des Zivilprozesses erfolgt und wenn ja, in welchem Maße, bleibt abzuwarten.

Ein neuer Blickwinkel auf das Thema Spezialisierung

Auch wenn die Debatte um eine verstärkte Spezialisierung durch statistische Zahlen ausgelöst wurde, sollte man sich einmal von Tabellen und Statistiken lösen.

Denn wobei es beim Thema Spezialisierung eigentlich geht, ist die Qualität des Zivilprozesses – und die lässt sich nur sehr schwer direkt in Zahlen ausdrücken.

Die Qualität der Prozessführung und Rechtsprechung steht und fällt mit der Qualifikation der Richterinnen und Richter. Diese sind allerdings zunächst als Generalisten ausgebildet. Erst Spezialisierung – also die vertiefte Beschäftigung mit einer besonderen Materie in besonderem Umfang – führt zu vertieften Rechtskenntnissen, größerer Erfahrung und mehr Souveränität im Umgang mit dem Prozessstoff und spezialisierten Prozessvertretern.

Aus diesem Blickwinkel sollte daher die Debatte um Spezialisierung neu geführt werden. Gefragt werden sollte nicht, ob eine vertiefte Spezialisierung in bestehende Strukturen passt und ob dies mit dem Interesse an einer größtmöglichen „Verwendungsbreite“ innerhalb dieser Strukturen in Einklang zu bringen ist. Gefragt werden sollte vielmehr, wie diese Strukturen gegebenenfalls verändert werden müssen, um dem Anliegen einer verstärkten Spezialisierung und damit verbunden einer besseren Qualität der Rechtsprechung gerecht zu werden.

Debatte um die Ausgestaltung der Spezialisierung

Wenn nicht mehr die Frage des „Ob“, sondern die Frage der Ausgestaltung der Spezialisierung in den Fokus rückt, muss zunächst geklärt werden, in welchen konkreten Bereichen eine Spezialisierung sinnvoll ist. Hier bietet sich der Katalog des § 348 ZPO an – wobei angesichts der Länge sicherlich eine Auswahl zu treffen ist.¹⁰

Schwieriger ist die Frage, wie eine Spezialisierung regelungstechnisch umzusetzen ist. Von den denkbaren Modellen ist das weitestgehende eine bundeseinheitliche Vorgabe. Diesen Weg beschreitet der aktuelle Gesetzesbeschluss des Bundestages.¹¹ Das hat den Charme, dass ein föderalistischer Flickenteppich innerhalb Deutschlands vermieden wird. Es müsste Farbe bekannt werden: Wird Spezialisierung in einem bestimmten Bereich für zwingend notwendig erachtet? Wenn ja, dann darf es keine Rolle spielen, ob der Gerichtsstand zufällig in Franken oder in Friesland liegt.

Diese Lösung würde die Landesjustizverwaltungen jedoch ein Stück weit „entmachten“. Sie könnte daher schon aus diesem Grund auf Widerstand stoßen. Aber auch in der Sache ist nicht zu leugnen, dass es durchaus regionale Besonderheiten geben kann, die gegen eine solche „Einheitslösung“ sprechen. Vorzugswürdig erscheint daher ein Modell, das es den Landesjustizverwaltungen im Wege einer Öffnungsklausel erlaubt,

⁸ Trotz eines moderaten Zuwachses der durch die Schiedsorganisationen betreuten Verfahren, können diese allein die Rückgänge der Eingangszahlen in der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht erklären, vgl. dazu die Zahlen bei Wolf, „Zivilprozess versus außergerichtliche Konfliktlösung – Wandel der Streitkultur in Zahlen“, NJW 2015, 1656.

⁹ Zum 1.4.2016 ist das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz in Kraft getreten. Wie die Resonanz auf die darin neu geschaffene Möglichkeit einer Verbraucherschlichtung ist, ist noch nicht abschließend ausgewertet.

¹⁰ Vgl. insoweit zum Meinungsbild der Anwaltschaft Kilian, Modernisierung der Justiz durch Einrichtung von Spezialkammern?, ZRP 2017, 21, 23 f.

¹¹ Vorgesehen in § 72a GVG-E ist die obligatorische Einrichtung von Spezialkammern an den Landgerichten für Streitigkeiten (1) aus Bank- und Finanzgeschäften, (2) aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen, (3) über Ansprüche aus Heilbehandlungen und (4) aus Versicherungsvertragsverhältnissen. Entsprechendes gilt für die Oberlandesgerichte (§ 119a GVG-E).

selbst über den Grad der Spezialisierung im Geschäftsbereich zu entscheiden und diesen „regionalen Besonderheiten“ ggf. gerecht werden zu können.

Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzesbeschluss des Bundestages glatt durch den Bundesrat laufen wird. In jedem Fall ist es aber zu begrüßen, dass das Thema wieder auf der Agenda der Bundespolitik ist. Soweit es darüber hinaus auch auf Arbeitsebene weiter bewegt wird, hat Schleswig-Holstein bereits signalisiert, sich aktiv an der Diskussion zu beteiligen.

Aktuell bleibt es indes zunächst (noch) beim Status Quo, das heißt: Es obliegt allein „dem Präsidium“ zu entscheiden, welche Spezialkammern gebildet werden.

Dies führt in Schleswig-Holstein dazu, dass das Bedürfnis nach Spezialkammern offensichtlich ganz unterschiedlich bewertet wird. So gibt es eine spezialisierte Kammer für privates Baurecht zur Zeit nur am Landgericht Kiel und am Landgericht Lübeck. Aus dem Katalog des § 348 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO sind nur die Streitigkeiten aus Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsberatung sowie die Streitigkeiten aus Heilbehandlung durchgängig Spezialkammern zugewiesen.

Bundesweit stellt sich der Grad der Spezialisierung bei den Landgerichten nach Sachgebieten aufgeschlüsselt wie folgt dar:¹²

Sachgebiet	Grad der Spezialisierung in %
Streitigkeiten über Ansprüche aus Heilbehandlungen	75 %
Streitigkeiten aus Bank- und Finanzgeschäften	55 %
Streitigkeiten aus der Berufstätigkeit der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Steuerberater, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer	55 %
Streitigkeiten aus Versicherungsverhältnissen	58 %
Streitigkeiten, die dem Landgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert zugewiesen sind	46 %
Streitigkeiten über Ansprüche aus Veröffentlichungen durch Druckerzeugnisse, Bild- und Tonträger jeder Art, insbesondere in der Presse, Rundfunk, Film und Fernsehen	40 %
Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen sowie Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen	38 %
Streitigkeiten über Ansprüche aus Fracht, Speditions- und Lagergeschäften	36 %
Streitigkeiten des Urheber- und Verlagsrechts	35 %
Streitigkeiten aus den Bereichen Kommunikations- und Informationstechnologie	19 %

Auch wenn tatsächlich die Strukturen an den Landgerichten unterschiedlich sind und die Präsidien sich eine gewisse Flexibilität bewahren müssen, ist die Tendenz zu beobachten, dass sich – trotz eines erkannten Bedürfnisses für einen höheren Grad der Spezialisierung – dieses Konzept bisher nicht durchgesetzt hat.

Schlussfolgerungen für die Zukunft

Was bedeutet das in der Konsequenz?

Tritt die bundesgesetzliche Neuregelung wie geplant zum 1.1.2018 in Kraft, würde dadurch die Spezialisierung für einige Rechtsgebiete flächendeckend vorgegeben. Nach bestehender Rechtslage gibt es hingegen nur zwei Möglichkeiten:

Die Landgerichtsverwaltungen/Präsidien überdenken ihren Standpunkt zur Frage der Notwendigkeit der Spezialisierung noch einmal und prüfen kritisch, ob eine verstärkte Spezialisierung nicht auch Chancen bietet, nämlich für die Profilierung des Gerichts, aber auch für die persönliche Entwicklung der einzelnen Richterinnen und Richter. Wichtig ist an dieser Stelle, dass das Programm zur Spezialisierung sich nicht bloß

¹² Auswertung des BMJV aufgrund einer Länderumfrage aus dem Jahr 2014.

in der Schaffung von diversen Spezialkammern erschöpft, sondern zugleich auch als Personalentwicklungsmaßnahme begriffen wird. Die Bezüge zu dem jüngst verabschiedeten Personalentwicklungskonzept liegen damit auf der Hand.

Alternativ haben die Landesjustizverwaltungen die Möglichkeit, eine Spezialisierung auf Landesebene mittelbar dadurch zu bewirken, dass von der Konzentrationsermächtigung des § 13a GVG vermehrt Gebrauch gemacht wird. Von der Konzentration einer bestimmten Spezialmaterie an nur einem Landgericht ist zu erwarten, dass aufgrund des erhöhten Geschäftsaufkommens dort „echte“ Spezialkammern eingerichtet werden. Dieser Vorteil birgt allerdings zugleich die Gefahr von Nachteilen, die eine vermehrte Konzentration ebenfalls mit sich bringen kann:

- „Rückzug aus der Fläche“;
- längere Fahrtzeiten der Prozessbeteiligten; und
- subjektiver „Bedeutungsverlust“ der abgebenden Gerichte.

Eine eindeutige, einzig sinnvolle Lösungsmöglichkeit gibt es

danach nicht. Vielmehr müssen die jeweiligen Vor- und Nachteile unter Berücksichtigung der konkreten Fakten vor Ort abgewogen werden. Hierzu gehören insbesondere auch die spezifischen Gerichtsstrukturen. Denn eine sinnvolle Konzentration von Zuständigkeiten kann nicht nur Spezialisierung ermöglichen, sondern darüber hinaus auch bewährte Strukturen stärken.

Von erheblicher Bedeutung dürfte in diesem Zusammenhang auch sein, eine solche, potentiell weitreichende Entscheidung nicht isoliert am Reißbrett, sondern unter Einbeziehung der Praxis zu treffen. In diesem Sinne haben wir in Schleswig-Holstein gute Erfahrungen mit einer großen justizoffenen Veranstaltung zu dem Thema Spezialisierung gemacht, die gut besucht war und zahlreiche wichtige Impulse und Denkanstöße aus der Praxis gab.

Auch diese Rückmeldungen zeigen: Trotz aller Bedenken und der lange Zeit vorherrschenden politischen Zurückhaltung auf Bundesebene haben das Thema Spezialisierung und das Bemühen um einen konkurrenzfähigen, „effizienten“ Zivilprozess an Wichtigkeit nicht verloren.

Gesetzliche Krankenversicherung vor den Herausforderungen von demografischem Wandel und medizinischem Fortschritt

– Tagungsbericht über den 5. Schleswig-Holsteinischen Sozialrechtstag –

von Dr. Claudia Rühls, Schleswig*



Am 13. September 2016 fand im Plenarsaal des Oberlandesgerichts in Schleswig der 5. Schleswig-Holsteinische Sozialrechtstag statt. Zu dem Thema „Gesetzliche Krankenversicherung vor den Herausforderungen von demografischem Wandel und medizinischem Fortschritt“ diskutierten rund 120 Teilnehmer aus den Bereichen Politik, Anwaltschaft, Krankenkassen und Leistungserbringern sowie Verbänden und der Richterschaft. Veranstaltet wurde die Tagung vom Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht in Kooperation mit dem „Verein Schleswig-Holsteinischer Sozialrechtstag“.

In ihrer Begrüßung der Teilnehmer hob die Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts *Dr. Christine Fuchsloch* anhand von Beispielen aus der Praxis die Aktualität des Tagungsthemas hervor und wies in diesem Zusammenhang auch auf die steigenden Verfahrenszahlen in der schleswig-holsteinischen Sozialgerichtsbarkeit im Bereich der Krankenversicherung hin.

Im Anschluss widmete sich *Prof. Dr. Hermann Plagemann*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Sozial- und Medizinrecht, im ersten Fachvortrag der Frage „Medizinische Versorgung – ein Versicherungs-Produkt?“. Er stellte dabei anhand der Definition des Versicherungsproduktes als Wirtschaftsgut, das aus betriebswirtschaftlicher Sicht eine Kalkulation des „Spar- und Entspargeschäftes“ ermöglichen solle, aktuelle Einflüsse auf das Versicherungsgeschäft der gesetzlichen Krankenversicherer dar. Deutlich wurden dabei die Schwierigkeiten der GKV unter dem Einfluss verschiedener gesellschaftlicher und sozialpolitischer Entwicklungen, Beitragseinnahmen und Leistungen – wie vom Gesetzgeber in § 242 Abs. 1 Satz 3 SGB V gefordert – zur Deckung zu bringen. In diesem Zusammenhang sah *Prof. Dr. Plagemann* auch das Absenken der Anforderungen an den Nachweis der Wirksamkeit einer begehrten Behandlungsmethode im Fall schwerwiegendster Erkrankungen, wie es auch im Beschluss des Landessozialgerichts Schleswig-Holstein vom 8. Juli 2016 (L 5 KR 105/16 B ER, L 5 AR 22/16 KR ER) zum Ausdruck kam, kritisch. Zum Ende seines Vortrags plädierte er dafür, die medizinische Versorgung nicht als käufliches Versicherungsprodukt zu sehen, sondern als Errungenschaft und Herausforderung, deren Erhaltung und

Weiterentwicklung der gesamten Zivilgesellschaft im Rahmen eines gemeinsamen Entscheidungsprozesses über Prioritäten in diesem System obliege.

Der Vorsitzende Richter des 12. Senats des Bundessozialgerichts *Dr. Hans-Jürgen Kretschmer* beleuchtete in seinem anschließenden Beitrag über den „Abschied von der solidarischen Krankenversicherung?“ Entwicklungen auf Ebene der Gesetzgebung, der Krankenkassen sowie der Leistungserbringer und der Versicherten, die der Ausrichtung der solidarischen gesetzlichen Krankenversicherung zuwiderlaufen und immer mehr an Gewicht gewinnen würden. Er kritisierte anschaulich, dass die zentrale Frage der bedarfsgerechten Absicherung der Bevölkerung gegen Krankheit in der GKV in den letzten Jahrzehnten oft durch die Verfolgung gänzlich anderer Prioritäten und Dogmen überlagert worden sei. So müsse für den Bereich der gesetzlichen Krankenkassen die Betonung des marktwirtschaftlich-betriebswirtschaftlichen Denkens und des wettbewerblichen Agierens ähnlich dem in der privaten (Versicherungs-)Wirtschaft festgestellt werden. Die Krankenkassen hätten im Verhältnis zu ihren Versicherten zunehmend ihre Behördeneigenschaft, ihre gesetzlichen Aufgaben und ihre öffentlich-rechtlichen Bindungen (§§ 29, 30 SGB IV) verloren. Unter anderem aufgrund dessen und auch aufgrund des vermehrten Herausstellens der Eigenverantwortung der Versicherten und der Relativierung der paritätischen Finanzierung der GKV bestünde die Gefahr, dass elementare sozialstaatliche Schutzpflichten auf der Strecke blieben. Durch Regelungen des EU-Rechts drohten zudem Gefahren für die bisherige Ausrichtung der GKV, zum Beispiel für die Aufrechterhaltung des Sachleistungsprinzips. *Herr Dr. Kretschmer* appellierte in seinem Vortrag an die verschiedenen Akteure im System der GKV die Schwachstellen der solidarischen Ausrichtung wahrzunehmen und ihnen wirksam entgegenzusteuern. Nur auf diese Weise könne eine leistungsfähige und solidarische gesetzliche Krankenversicherung bewahrt werden.

Nach der Mittagspause referierte *Dr. Dominik Roters* zu dem Thema „Medizinischer Fortschritt als Herausforderung – Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden“. Als stellvertretender Geschäftsführer und Leiter der Rechtsabteilung beim Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA) stellte *Dr. Roters* zu-

* Die Autorin ist Richterin am Sozialgericht Schleswig.

nächst die gesetzlichen Grundlagen der Arbeit des Gemeinsamen Bundesausschusses bei der Bewertung von Innovationen im Bereich der medizinischen Versorgung im Sinne von §§ 135, 137c SGB V vor. Im Anschluss erläuterte er den aufwendigen und durchschnittlich etwa vier Jahre andauernden Gesamtprozess der Bewertung von Nutzen und Risiken einer Neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode (NUB). Durch die dabei angewandten Grundsätze der evidenzbasierten Medizin als international und interprofessionell anerkannte wissenschaftliche Methodik sei aus seiner Sicht eine Anerkennung der Entscheidungen des GBA für den Bereich der Regelversorgung gesichert. Am Beispiel des Methodenbewertungsverfahrens für die nicht-invasive Pränataldiagnostik (NIPT) betonte *Dr. Roters*, dass für die Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses ausschließlich medizinische Verbesserungen und Risiken für den Patienten maßgeblich seien. Ethische Grundsatzfragen würden demgegenüber durch den GBA nicht entschieden. Abschließend stellte der Referent das seit 2012 gesetzlich unter anderem in den §§ 137e, 139d und 25a SGB V verankerte Instrumentarium der *Erprobung* vor. Dadurch sei die Möglichkeit gegeben, belastbare medizinische Studien zur Nutzenbewertung zu erstellen. Er kritisierte jedoch, dass die konsequente Umsetzung dieses Instruments (nach § 137e SGB V) derzeit an den Regelungen zur Kostenbeteiligung der Unternehmen, die von der Anerkennung der neuen Methode profitieren könnten, scheitert.

Herrn *Dr. Roters* folgte der Vortrag des Richters am Bundessozialgericht *Olaf Rademacker*. Als Richter im 6. Senat des BSG zuständig für Streitigkeiten in Angelegenheiten des Vertragsarztrechts, referierte er zum Thema „Selbstverwaltung – Hoffnungsträger oder Auslaufmodell im Vertragsarztrecht?“. Er wies in seinem Vortrag auf die aktuellen Bemühungen des Bundesministeriums für Gesundheit um Erhalt und Stärkung des Systems der Selbstverwaltung in Gestalt von Eckpunkten für ein Gesetz zur Stärkung der Handlungsfähigkeit der Selbstverwaltung der Spitzenorganisationen der GKV vom 23. Mai 2016 hin. Zugleich stellte er die Geeignetheit der in den Eckpunkten vorgeschlagenen Neuregelungen im Hinblick auf das Ziel der Stärkung der GKV-Selbstverwaltung in Frage. Daneben kritisierte er, dass das Bundesverfassungsgericht bislang noch immer nicht abschließend über die seit Jahren schon streitige Rechtsfrage der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses und der rechtlichen Qualität der von ihm erlassenen Richtlinien entschieden habe. Aus Sicht des Referenten könne eine Stärkung der Selbstverwaltung in der GKV in erster Linie durch die Einbindung von Ministerialverwaltung und Parlament (§ 91 Abs. 2 Satz 3 bis 5 SGB V) sowie die Stärkung der Patientenrechte (§ 140f Abs. 2 Satz 1 SGB V) und der Rechte der Leistungserbringer gelingen.

Das Referat der Richterin am Sozialgericht Schleswig *Lara Schwarzlos* bildete den Abschluss der Vortragsreihe. *Frau Schwarzlos* setzte sich in ihrem engagierten Zwischenruf aus der ersten Instanz mit der Frage „Sind Beitragsstreitigkeiten noch verhandelbar?“ auseinander. In Bezug genommen wurden dabei diejenigen Verfahren, in denen Unternehmensinhaber als Arbeitgeber für die Tätigkeit der bei ihnen Beschäftigten zu Sozialversicherungsbeiträgen (für lange zurückliegende Zeiträume) nachträglich herangezogen werden – häufig nach Ermittlungen des Hauptzollamtes aufgrund des Gesetzes zur Bekämpfung von Schwarzarbeit. Anhand eines Beispielsfalles demonstrierte die Referentin anschaulich die vielfältigen praktischen und gesetzlichen Herausforderungen, denen die erstinstanzlichen Gerichte bei der Bewältigung derartiger (Massen-)Verfahren ausgesetzt sein können. Im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfung eines Summenbescheides im Sinne von § 28f Abs. 2 SGB IV kritisierte *Frau Schwarzlos* dabei auch die höherinstanzliche Rechtsprechung zu § 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV. Die Auslegung des Begriffs des „unverhältnismäßigen Aufwandes“ lasse die Vorschrift von einer Arbeitnehmerschutz-, zu einer Arbeitgeberschonvorschrift mutieren.

Die abschließende Podiumsdiskussion zum Thema „Gesetzliche Krankenversicherung – Zukunftsmodell oder altes Eisen?“ moderierte *Andrea Jedich* vom Norddeutschen Rundfunk. Es diskutierten *Thomas Stritzl*, Mitglied des Bundestages, Ordentliches Mitglied im Ausschuss für Gesundheit, *Samiah El Samadoni*, Bürgerbeauftragte für soziale Angelegenheiten des Landes Schleswig-Holstein, *Amin Tank*, Leiter der Landesvertretung des Verbandes der Ersatzkassen e.V., *Dr. Monika Schliffke*, Vorstandsvorsitzende der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein und *Olaf Rademacker*, Richter am Bundessozialgericht. Zum Teil kontrovers wurde über verschiedene Ideen zur Sicherung des Leistungsniveaus für Versicherte der GKV unter Verhinderung weiterer Beitragserhöhungen diskutiert. Einig waren sich die Beteiligten darin, dass sich die GKV zukünftig auf die Kernaufgabe der medizinischen Versorgung der Versicherten zu konzentrieren habe und so genannte versicherungsfremde Leistungen verstärkt über Steuern zu finanzieren seien.

Richter am Landessozialgericht *Andy Groth* schloss die Tagung mit Dankesworten an die Referenten und Teilnehmer. Er stellte fest, dass durch die Veranstaltung eine breite Momentaufnahme der Stärken und Schwächen der gesetzlichen Krankenversicherung gelungen sei. Mit Spannung bleibe abzuwarten, wie der von allen Beteiligten erkannte Reformbedarf in der GKV zukünftig aufgegriffen und dadurch eine langfristige Sicherung des Systems Gesetzliche Krankenversicherung erreicht werden könne.

Selbstverwaltung – Hoffnungsträger oder Auslaufmodell im Vertragsarztrecht

von RiBSG Olaf Rademacker, Kassel/Hamburg*



1. Das Thema „Selbstverwaltung im Vertragsarztrecht“ hat Konjunktur. Dabei vernimmt man in öffentlichen Stellungnahmen in erster Linie Bekenntnisse zur Selbstverwaltung im deutschen Gesundheitswesen. So wird der Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, Ferdinand Kirchhoff, in der Deutschen Apotheker Zeitung¹ mit den Worten zitiert: „Die Selbstverwaltung hat sich historisch bewährt“ und das Bundesgesundheitsministerium formuliert im allgemeinen Teil der

Begründung des Referentenentwurfs eines GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetzes:² „Die Selbstverwaltung ist ein tragendes Prinzipien der gesetzlichen Krankenversicherung.“

Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang auf Bundesebene den sog. Spitzenorganisationen der Selbstverwaltung in der gesetzlichen Krankenversicherung zu. Angesprochen sind damit bezogen auf das Vertragsarztrecht in erster Linie die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen (§ 77 Abs. 4 SGB V) und der nach § 217a SGB V von den Krankenkassen gebildete Spitzenverband Bund der Krankenkassen (GKV-Spit-

* Der Autor ist Richter am Bundessozialgericht in Kassel. Der Beitrag entstammt einem Vortrag, den der Autor anlässlich des 5. Schleswig-Holsteinischen Sozialrechtstages am 13.9.2016 in Schleswig gehalten hat. Eine Zweitveröffentlichung findet sich in der Festschrift für Prof. Igl.

¹ DAZ vom 12.5.2016, S. 22.

² Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Handlungsfähigkeit und Aufsicht über die Selbstverwaltung der Spitzenorganisationen in der GKV (GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz – GKV-SVSG), Bearbeitungsstand 22.9.2016, Begründung Allgemeiner Teil, S. 18.

zenverband), die in Richtlinien, in den Bundesmantelverträgen und in der Vergütungsordnung, dem EBM-Ä, wichtige Frage der Versorgung regeln. Ganz besondere Bedeutung kommt dem nach § 91 Abs. 1 S. 1 SGB V von den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und dem GKV-Spitzenverband gebildeten – gerne als „kleiner Gesetzgeber“ bezeichnete – GBA zu, der die gesetzlichen Vorgaben zu Inhalt, Umfang und Qualität der vertragsärztlichen Versorgung in zahlreichen Richtlinien mit Wirkung auch für die Versicherten und die Leistungserbringer konkretisiert.

Bei aller im Grundsatz geäußerten Zustimmung steht die Selbstverwaltung im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung derzeit allerdings unter erheblichem Druck. Einer der Gründe dafür sind Konflikte innerhalb der Kassenärztlichen Vereinigungen und besonders bei der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, die in der Öffentlichkeit den Eindruck entstehen lassen, dass sich diese Körperschaften des öffentlichen Rechts³ jedenfalls nicht in erster Linie mit der Erfüllung der ihnen eigentlich obliegenden Aufgaben befassen.⁴ In diesen Zusammenhang gehört auch die Weigerung der KBV, Vorgaben aus dem GKV-VSG⁵ in ihrer Satzung umzusetzen.

Nicht zuletzt als Reaktion auf die Konflikte mit und in der KBV wurde inzwischen der Referentenentwurf eines GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetzes vorgelegt.^{5a} Anders als nach der Bezeichnung vermutet werden könnte, geht es in dem Gesetzentwurf nicht um eine Stärkung der Selbstverwaltung im Sinne einer Erweiterung der Autonomie der Spitzenorganisationen. Das Gegenteil ist zutreffend. So wird bezogen auf die „Kontrolle der Mittelverwendung“ durch die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen (§ 78 Abs. 4 SGB V i.d.F. des Referentenentwurfs eines GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetzes; im Folgenden: SGB V-RefE) und den GBA (§ 91a Abs. 2 SGB V-RefE) zwar formal an der Beschränkung auf die Rechtsaufsicht festgehalten, im Widerspruch dazu jedoch geregelt, dass die „Rechtsaufsicht“ in diesen Fällen „nicht auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt“⁶ ist und dass die Aufsichtsbehörde, „bei unbestimmten Rechtsbegriffen Inhaltsbestimmungen zur Rechtsanwendung und Rechtsauslegung“ erlassen kann. In der Sache handelt es sich damit eindeutig nicht mehr nur um eine Rechtsaufsicht. Hinzu kommt, dass Klagen gegen solche Inhaltsbestimmungen unzulässig sein sollen.

Diese Regelungen beziehen sich zwar allein auf die Mittelverwendung und nicht unmittelbar auf die das Versorgungsgeschehen betreffenden Aufgaben der KBV und des GBA in der Normsetzung. Die Abgrenzung fällt aber nicht immer leicht, zumal der Begriff der „Mittelverwendung“ nicht definiert wird. Darüber hinaus sollen die Befugnisse der Aufsicht auch bezogen auf die Aufgaben des GBA in der Versorgungssteuerung erheblich erweitert und der gerichtliche Rechtsschutz eingeschränkt werden. So soll die Aufsichtsbehörde die Möglichkeit haben, die Verfahrensordnung und die Geschäftsordnung des GBA – und damit die Bewertungsmaßstäbe für Richtlinienbeschlüsse – zu ändern, soweit der GBA einer entsprechenden Anordnung des Ministeriums nicht fristgerecht nachkommt (§ 91 Abs. 4 Sätze 3 bis 6 SGB V-RefE). Eine Beschränkung auf Rechtsverstöße ist insoweit – jedenfalls nach dem Inhalt der Gesetzesbegründung – ausdrücklich nicht vorgesehen.⁶ Klagen gegen entsprechende Anordnungen und Maßnahmen der Aufsichtsbehörde haben nach § 91 Abs. 4 S. 6 i.V.m. § 91b Abs. 4 S. 1 SGB V-RefE keine aufschiebende Wirkung. Auch für den

Fall, dass der GBA die Beanstandung einer einzelnen Richtlinie nach § 94 SGB V nicht fristgerecht umsetzt, ist vorgesehen, dass das Ministerium die Änderung selbst vornehmen kann (§ 91b Abs. 1 SGB V-RefE). Voraussetzung bleibt in diesem Fall zwar, dass die Richtlinie aufgrund eines Rechtsverstößes beanstandet wurde,⁷ sodass für Zweckmäßigkeitserwägungen der Aufsichtsbehörde insoweit kein Raum ist. Allerdings sollen Klagen auch gegen diese Anordnungen und Maßnahmen der Aufsichtsbehörde keine aufschiebende Wirkung haben (§ 91b Abs. 4 S. 2 GKV-RefE), sodass sie im Grundsatz auch dann zunächst zu beachten sind, wenn das Ministerium die Grenzen der Rechtsaufsicht überschreitet. Eine entsprechende Regelung gilt für Anordnungen des Ministeriums als Aufsichtsbehörde, die Beschlüsse der Vertreterversammlung der KBV zum Gegenstand haben (§ 78a Abs. 4 S. 2 SGB V-RefE).

Die Umsetzung dieses Gesetzgebungsvorhabens würde grundlegende strukturelle Änderungen bewirken. Bisher hat die Rechtsprechung aus dem Wesen der Selbstverwaltung als „selbständige, fachweisungsfreie Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“ abgeleitet, dass die Staatsaufsicht gegenüber den Trägern der Selbstverwaltung im Grundsatz und soweit nicht ausdrücklich davon abweichenden Regelungen getroffen worden sind, auf eine Rechtsaufsicht begrenzt ist.⁸

2. Neben dem durch interne Konflikte selbst ausgelösten Druck auf die Selbstverwaltung entsteht eine erhebliche Verunsicherung durch die nun schon über viele Jahre anhaltende Diskussion um die demokratische Legitimation der Träger der Selbstverwaltung zum Erlass von Normen.⁹ Gegenstand dieser Diskussion ist in erster Linie nicht die KBV sondern der GBA, den der Gesetzgeber in besonderem Maße zur Normsetzung ermächtigt hat. Für den Bereich der vertragsärztlichen Versorgung werden wichtige Gegenstände, die der GBA durch Richtlinien zu regeln hat, in § 92 Abs. 1 S. 2 SGB V aufgezählt. Eine immer größere Bedeutung kommt den Richtlinien des GBA aber auch im Bereich der stationären Versorgung¹⁰ sowie sektorübergreifend¹¹ zu.

Wenn die Kompetenz der Spitzenorganisationen in der GKV auf Bundesebene zur Normsetzung verneint würde, wäre davon aber nicht nur die Normsetzung durch den GBA betroffen. So werden z.B. nach § 95d Abs. 6 SGB V bedeutsame Fragen zur Fortbildungspflicht von Vertragsärzten, das Verfahren des Fortbildungsnachweises sowie der Honorarkürzung bei der Verletzung von Fortbildungspflichten in Richtlinien der KBV geregelt. Diese Richtlinien sind in der Rechtsprechung des BSG als wirksam und – trotz des Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung – als unmittelbar verbindlich für die einzelnen Vertragsärzte angesehen worden¹². Richtlinien von Trägern der Rentenversicherung regeln Einzelheiten zu den Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen zur Rehabilitation (vgl. § 31 Abs. 2 S. 2 SGB VI). Ebenfalls erhebliche praktische Bedeutung haben etwa im Bereich der Pflegeversicherung die Begutachtungs-Richtlinien¹³ und in der Krankenversicherung

⁷ Vgl. BSG 6.5.2009 – B 6 A 1/08 R, Rn. 34 ff.

⁸ Vgl. BSG 6.5.2009 – B 6 A 1/08 R, Rn. 43, mwN; BSG 16.11.2005 – B 2 U 14/04 R, Juris Rn. 19, beide mwN. Das gilt nicht nur für die Aufsicht über die Versicherungsträger nach §§ 87 ff. SGB IV und für die allgemeine Aufsicht über die Tätigkeit des GBA (§ 91 Abs. 8 i.V.m. §§ 67, 88, 89 SGB V), sondern – wie das BSG mit Urteil vom 6.5.2009 (B 6 A 1/08 R) entschieden hat – auch für die Frage der Beanstandung von Richtlinien des GBA nach § 94 SGB V.

⁹ Vgl. z.B. Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, Tübingen 2000; Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Berlin, Heidelberg, 2001; Holzner, Der Gemeinsame Bundesausschuss und die demokratische Legitimation, Anmerkungen zur Problematik demokratischer Legitimation gruppenpluraler Gremien am Beispiel des GBA, SGB 2015; ders, Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie, Tübingen 2016; Kingreen, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70, 2011, S. 152, 177 ff.; Kluth, Die Berücksichtigung der Versicherteninteressen bei den Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, GesR 2015, 513; Rotters, Die gebotene Kontrolldichte bei der gerichtlichen Prüfung der Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, 2003; jeweils mit umfangreichen weiteren Nachweisen zum Schrifttum.

¹⁰ Vgl. § 136b ff. SGB V.

¹¹ Vgl. § 136 Abs. 2 S. 1 SGB V.

¹² BSG 11.2.2015 – B 6 KA 19/14 R, MedR 2015, 242, Rz 29 f.

¹³ Richtlinien zum Verfahren der Feststellung von Pflegebedürftigkeit sowie zur pflegefachlichen Konkretisierung der Inhalte des Begutachtungsinstruments nach dem Elften Buch des Sozialgesetzbuches (– BRi) vom 15.4.2016; gültig ab 1.1.2017.

³ Vgl. § 77 Abs. 5 SGB V.

⁴ Vgl. zB: „Ärger ohne Grenzen – Schlammschlacht unter Kassenärzten“, Frankfurter Allgemeine vom 7.5.2015 oder „Hausdurchsuchung bei der Ärzteschaft“, Süddeutsche Zeitung vom 2.2.2016.

⁵ Nach § 79 Abs. 3a S. 3 SGB V i.d.F. des Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz – GKV-VSG) vom 16.7.2015, BGBl. I 2015, 1211 war die KBV u.a. verpflichtet bis spätestens zum 1.11.2015 das Nähere zur Stimmgewichtung von Haus- und Fachärzten in der Vertreterversammlung zu bestimmen, um die nach § 79a Abs. 3a S. 2 SGB V vorgesehene Parität der Stimmen umzusetzen.

^{5a} Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich noch auf den zum Zeitpunkt des Vortrags vorliegenden Referentenentwurf. Unter dem 17.11.2016 ist ein Gesetzentwurf der Bundesregierung (BR-Drs. 681/16) vorgelegt worden, der in seiner „Eingriffsintensität“ hinter dem Referentenentwurf zurückbleibt.

⁶ Vgl. dazu auch BSG 6.5.2009 – B 6 A 1/08 R, Rn. 49.

die „Beitragsverfahrensgrundsätze Selbstzahler“¹⁴ des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen“ die u.a. die in § 240 SGB V geregelten Vorgaben zu den beitragspflichtigen Einnahmen freiwilliger Mitglieder der Krankenversicherung konkretisieren.

a) Mit besonderer Intensität wird die Diskussion aber bezogen auf die Wirksamkeit von Richtlinien des GBA geführt. Ein wesentlicher Grund dafür liegt in dem Umstand, dass die Richtlinien des GBA nach § 91 Abs. 6 SGB V nicht nur für die im GBA vertretenen Träger, sondern ebenso für deren Mitglieder und Mitgliedskassen sowie für die Versicherten und die Leistungserbringer verbindlich sind. Während in der Staatsrechtslehre im Grundsatz nicht umstritten ist, dass Träger der Selbstverwaltung Angelegenheiten, die sie selbst und ihre Mitglieder betreffen, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben selbst regeln können, löst die Befugnis von Trägern der Selbstverwaltung zur Normsetzung gegenüber Dritten erheblichen verfassungsrechtlichen Diskussionsbedarf aus. Anders als in typischen Selbstverwaltungskörperschaften nimmt im GBA nicht ein abgrenzbarer Kreis von Betroffenen eigene Interessen wahr, sondern mehrere Verbände mit teilweise gegenläufigen Interessen sind im GBA als eigenständige rechtsfähige¹⁵ Einheit miteinander verbunden. Die damit zusammenhängenden Fragen sind inzwischen allerdings über viele Jahre auf hohem juristischen Niveau diskutiert und zum Gegenstand wissenschaftlicher Veröffentlichungen gemacht worden.¹⁶ In der Rechtsprechung des BSG wird die Normsetzungskompetenz des GBA auch bezogen auf Richtlinien, die Rechte Dritter zum Gegenstand haben, im Grundsatz bereits seit dem Methadon-Urteil¹⁷ aus dem Jahre 1996 – und damit seit zwei Jahrzehnten – ausdrücklich akzeptiert. Die wissenschaftliche Diskussion um diese Frage ist von den für Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung zuständigen Senaten und dem für das Vertragsarztrecht zuständigen Senat des BSG aufmerksam verfolgt worden. Im Ergebnis wurde die demokratische Legitimation und Verfassungsmäßigkeit dieser Art der Rechtssetzung in der Rechtsprechung des BSG jedoch nicht mehr grundlegend in Zweifel gezogen.¹⁸ Eine Prüfung der Rechtmäßigkeit von Richtlinien insbesondere hinsichtlich der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht findet indes selbstverständlich statt. So hat z.B. der 6. Senat des BSG jüngst eine Regelung in der Bedarfsplanungs-Richtlinie des GBA zur Einbeziehung sog. kleiner Arztgruppen in die Bedarfsplanung und die Frage der Rechtmäßigkeit einer in diesem Zusammenhang geregelten vorübergehenden Entscheidungssperre der Zulassungsgremien (sog. Moratorium), zwar im Grundsatz als rechtmäßig angesehen, die Bildung der für die Bewertung des Versorgungsgrades maßgebenden Verhältniszahlen aber nicht in allen Punkten gebilligt.¹⁹ Der 1. Senat des BSG hat z.B. die durch den GBA getroffene Festsetzung der Mindestmenge von jährlich 14 in Perinatalzentren der obersten Kategorie zu behandelnden äußerst geringgewichtigen Früh- und Neugeborenen, nicht aber die Erhöhung auf jährlich 30 gebilligt.²⁰

b) Anders als das BSG hat sich das BVerfG zur Frage der demokratischen Legitimation des GBA und damit der Wirksamkeit von dessen Richtlinien bisher nicht abschließend geäußert, obwohl dazu durchaus Gelegenheit bestanden hätte – etwa in der Entscheidung vom 17.12.2002²¹ zur Rechtmäßigkeit der Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel durch Krankenkassenverbände²², denen wiederum Festlegungen des GBA

zur Bildung von Arzneimittelgruppen nach § 35 Abs. 1 SGB V zu Grunde liegen. Dem sog. Nikolausbeschluss des BVerfG vom 6.12.2005²³ sowie einem Nichtannahmebeschluss vom 12.12.2012²⁴ war insoweit nur zu entnehmen, dass es für die konkrete Entscheidung auf die Verfassungsmäßigkeit einer Normsetzung durch den GBA nicht ankam und dass sich das BVerfG in dieser Frage bisher ausdrücklich nicht festgelegt hat.

Umso gespannter hat die interessierte Fachöffentlichkeit die Entscheidung des BVerfG über eine seit 2012 anhängige Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des 1. Senats des BSG²⁵ erwartet, in dem es gerade um die Frage der Normsetzungsbefugnis des GBA – hier bezogen auf die Einbeziehung von Medizinprodukten in die Versorgung – ging. Die hoch gesteckten Erwartungen wurden jedoch enttäuscht. Mit Beschluss vom 10.11.2015²⁶ verwarf das BVerfG die Verfassungsbeschwerde mit der Begründung als unzulässig, dass der Beschwerdeführer die Begründungsanforderungen nicht erfüllt habe. Dies hinderte das BVerfG allerdings nicht daran, in der Begründung seiner Entscheidung einige Andeutungen zu formulieren, die seitdem die Fachwelt beschäftigen. So bezeichnet das BVerfG die Formulierung „genereller und allgemeiner Zweifel an der demokratischen Legitimation des GBA als Institution“, die in der Beschwerdebegründung geltend gemacht worden waren, als „durchaus gewichtig“ und gibt zu bedenken, es sei „nicht ausgeschlossen, dass der Gemeinsame Bundesausschuss für eine Richtlinie hinreichende Legitimation besitzt, wenn sie zum Beispiel nur an der Regelsetzung Beteiligte mit geringer Intensität trifft, während sie für eine andere seiner Normen fehlen kann, wenn sie zum Beispiel mit hoher Intensität Angelegenheiten Dritter regelt, die an deren Entstehung nicht mitwirken konnten. Maßgeblich ist hierfür insbesondere, inwieweit der Ausschuss für seine zu treffenden Entscheidungen gesetzlich angeleitet ist.“

Interpretationshilfe zu diesen vagen Formulierungen gibt der Vizepräsident und Vorsitzende des 1. Senats des BVerfG, Ferdinand Kirchhoff, in einem Interview, das er der Deutschen Apotheker Zeitung gegeben hat und in dem er auf die Frage, was er von der Forderung der Apotheker nach einem Platz im GBA hielte, antwortet: „Selbstverwaltung heißt Entscheidung der Betroffenen über ihre eigenen Angelegenheiten und schließt Fremdbestimmung aus. Wenn berufsrelevante Regeln erlassen werden, kann das nur durch das allgemein demokratisch legitimierte Parlament oder durch ein Gremium unter Beteiligung der betroffenen Berufsgruppe geschehen.“ Daraus kann wohl der Schluss gezogen werden, dass jedenfalls der Vizepräsident des BVerfG die in § 35 Abs. 1b S. 7, Abs. 2 SGB V geregelte Beteiligung insbesondere in Form der gesetzlich vorgeschriebenen Anhörung von Sachverständigen der Arzneimittelhersteller und der Berufsvertretungen der Apotheker nicht als ausreichend ansieht.

c) Viel schwieriger als eine Beschreibung der Problempunkte ist es allerdings, Lösungen für die in der Entscheidung des BVerfG angesprochenen verfassungsrechtlichen Fragen zu finden, jedenfalls wenn die in Deutschland über Jahrzehnte gewachsenen und meines Erachtens im Wesentlichen bewährten Strukturen des Gesundheitswesens nicht grundlegend in Frage gestellt werden sollen.

aa) Ein Lösungsansatz könnte darin bestehen, die Einwirkungsmöglichkeiten der Ministerialverwaltung auf den GBA zu erweitern. In diese Richtung weist der Referentenentwurf eines GKV-SVSG. Fraglich ist allerdings, ob damit tatsächlich ein Beitrag zur Lösung des Problems der demokratischen Legitimation des GBA geleistet werden kann. Zwar ist das BSG im Methadon-Urteil davon ausgegangen, dass ausreichende Einwirkungs- und Überwachungsmöglichkeiten der dem Parlament gegenüber verantwortlichen staatlichen Exekutive dazu beitragen können, die sachlich-inhaltliche Legitimation

¹⁴ Einheitliche Grundsätze zur Beitragsbemessung freiwilliger Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung und weiterer Mitgliedergruppen sowie zur Zahlung und Fälligkeit der von Mitgliedern selbst zu entrichtenden Beiträge vom 27.10.2008, zuletzt geändert am 10.12.2014; zur Rechtmäßigkeit vgl. 19.12.2012 – B 12 KR 20/11 R; BSG 18.12.2013 – B 12 KR 3/12 R.

¹⁵ § 91 Abs. 1 S. 2 SGB V.

¹⁶ S.o. Fn. 9.

¹⁷ BSG 20.3.1996 – 6 RKa 62/94.

¹⁸ Vgl. zB BSG 31.5.2006 – B 6 KA 13/05 R Rn. 57 ff; BSG 7.11.2006 – B 1 KR 24/06 Rn. 14; BSG 12.8.2009 – B 3 KR 10/07, Rn. 18; BSG 1.3.2011 – B 1 KR 10/10, Rn. 33; BSG 1.7.2014 – B 1 KR 15/13 R Rn. 14.

¹⁹ BSG 4.5.2016 – B 6 KA 24/15 R.

²⁰ BSG 18.12.2012 – B 1 KR 34/12 R.

²¹ 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95, 1 BvL 30/95.

²² Heute: Spitzenverband Bund der Krankenkassen.

²³ 1 BvR 347/98.

²⁴ 1 BvR 69/09.

²⁵ BSG 3.7.2012 – B 1 KR 23/11 R; vgl. dazu auch F. Kirchhoff, Die Entwicklung des Sozialverfassungsrecht, NZS 2015, 1, 4, 7.

²⁶ 1 BvR 2056/12.

zu unterstützen.²⁷ Auf der anderen Seite können durch eine Erweiterung der Befugnisse der Aufsichtsbehörde aber auch wesentliche Rechtfertigungsgründe für das besondere Normsetzungskonzept in Frage gestellt werden. Durch die Übertragung der Normsetzung auf den GBA wird ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen geschaffen, verwaltungs-externer Sachverstand aktiviert und ein sachgerechter Interessenausgleich erleichtert.²⁸ Diese Rechtfertigungsgründe würden umso stärker in Frage gestellt, je mehr es letztlich die Ministerialverwaltung ist, die nach Maßgabe eigener inhaltlicher Vorstellungen im Einzelfall die untergesetzlichen Bestimmungen in der äußeren Gestalt von Richtlinien des GBA, aber ohne Bindung an die Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 und 2 GG (Erlass von Rechtsverordnungen) erlässt. Deshalb erscheint es geboten, dem Selbstverwaltungsträger gerade bei der untergesetzlichen Normsetzung einen substanziellen Raum von Gestaltungsmöglichkeiten und von Weisungsfreiheit im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben zu belassen.²⁹ Vor diesem Hintergrund muss befürchtet werden, dass jedenfalls die im Referentenentwurf eines GKV-SVSG vorgesehene Ausweitung des Einflusses des BMG auf Entscheidungen des GBA eher zu einer Zuspitzung als zu einer Lösung der viel diskutierten verfassungsrechtlichen Fragen zur demokratischen Legitimation des GBA beitragen könnte.

bb) Ein anderer Weg, den Hinweisen aus der og Entscheidung des BVerfG Rechnung zu tragen, könnte darin bestehen, die Anhörungs- und Beteiligungsrechte, die das Verfahren der Normsetzung durch den GBA bereits jetzt vorsieht, zu Mitentscheidungsrechten auszubauen und z.B. die von Richtlinien des GBA betroffenen Apotheker und die Arzneimittelhersteller, aber auch die Patienten mit Stimmrechten im GBA auszustatten.

(1) Die Interessen von Patienten werden bereits nach geltendem Recht durch Patientenvertreter wahrgenommen. Diese haben bisher aber kein Stimmrecht. Wenn die Mitwirkungsrechte von Patienten im GBA gestärkt werden sollen, stellt sich jedoch mit noch größerer Dringlichkeit als bisher die Frage nach der Legitimation der Organisationen und der Personen, die diese Rechte im GBA wahrnehmen sollen. Durch eine unzulässige Berücksichtigung von Partikularinteressen³⁰ könnte die angestrebte Stärkung der demokratischen Legitimation des GBA anderenfalls in ihr Gegenteil umschlagen. In Teilen der Literatur wird bereits die bestehende Beteiligung der Patientenvertretung wegen des Fehlens einer umfassend organisierten Patientenschaft kritisch beurteilt und dies gilt erst Recht, soweit eine Erweiterung der Beteiligungsrechte zu einem Mitentscheidungsrecht in Rede steht.³¹ Eine Verbesserung der legitimatorischen Basis der Patientenvertreter ist mit Sicherheit möglich, aber jedenfalls mit Schwierigkeiten verbunden, auch weil die Rolle des „Patienten“ – jedenfalls

außerhalb des Feldes der chronischen Erkrankungen und Behinderungen – kaum geeignet ist, eine darauf aufbauende Repräsentationsstruktur zu entwickeln.³²

(2) Soweit es um Möglichkeiten zur Mitentscheidung nicht von Patienten, sondern von Anbietern von Gesundheitsleistungen geht, stellen sich weitere juristische und auch gesundheitspolitische Fragen. Bisher haben die Anbieter z.B. von bestimmten Behandlungsverfahren keinen unmittelbaren Einfluss auf die Ausgestaltung des Leistungskatalogs in der GKV. Ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG liegt darin nicht. Wie das BVerfG ua in seiner Entscheidung zu den Festpreisen für Arzneimittel³³ dargelegt hat, gewährleistet dieses Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Art. 12 Abs. 1 GG kann Krankenkassen daher grundsätzlich nicht verpflichten, den Anbietern von Gesundheitsleistungen ihre Produkte zu den von diesen festgelegten Preisen abzunehmen. Auch für die Ausgestaltung des Leistungskatalogs in der gKV sind in erster Linie die Interessen der Versicherten maßgeblich, die einerseits die im Falle der Erkrankung notwendigen Leistungen erhalten und andererseits – insbesondere wenn sie gesund sind – nicht über Gebühr mit Beiträgen belastet werden möchten. Die wirtschaftlichen Interessen etwa der Hersteller von Arzneimitteln oder von Hilfsmitteln können deshalb nicht Maßstab für die Ausgestaltung des Leistungskatalogs der GKV sein. Dieses Verständnis findet seinen Ausdruck auch in der Rechtsprechung des BSG³⁴, nach der ein Anbieter von – bisher nicht vom Leistungskatalog umfassten – Behandlungsmethoden keine Betroffenheit in eigenen Rechten geltend machen kann, wenn er eine Erweiterung der Leistungen der GKV verlangt, sodass eine entsprechende Klage bereits unzulässig ist. Diese vorrangige Orientierung der Krankenversicherung an den Interessen von Versicherten kann durch Mitentscheidungsrechte der Anbieter von Behandlungsmethoden oder von Arzneimitteln in Frage gestellt werden.

3. Ganz im Gegensatz zu dem unsicheren verfassungsrechtlichen Fundament stehen die immer neuen Aufgaben, die Trägern der Selbstverwaltung und allen voran dem GBA durch Gesetz übertragen werden.³⁵ Eine Tendenz, die untergesetzliche Normsetzung auf das BMG als Verordnungsgeber zu übertragen, ist nicht im Ansatz erkennbar. Vielmehr beschränkt sich der Gesetzgeber aus gutem Grund auf die Festlegung des Rahmens und überlässt die Feinsteuerung des Versorgungsgeschehens Selbstverwaltungskörperschaften. Historisch hat sich die Selbstverwaltung in Deutschland auch bezogen auf die Aufgaben in der untergesetzlichen Normsetzung bewährt. Deshalb bleibt zu wünschen, dass die nun schon quälend langwierige Diskussion um die demokratische Legitimation von Selbstverwaltungsträgern zur Normsetzung zu einem konstruktiven Abschluss gebracht wird – entweder durch eine klärende Entscheidung des BVerfG oder – notfalls – durch eine Verfassungsänderung³⁶ Ein für das deutsche Gesundheitswesen so großes und so wichtiges „Gebäude“ wie die Selbstverwaltung braucht ein auch verfassungsrechtlich solides Fundament.

Das bedeutet nicht, dass auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts keinerlei Handlungsbedarf bestünde. Selbstverwaltung darf nicht zum Selbstzweck werden und dort wo Grund zur Annahme besteht, dass die Akteure das nicht im Blick behalten, muss der parlamentarische Gesetzgeber seiner Verantwortung gerecht werden. Allerdings darf das nicht

²⁷ BSG 20.3.1996 – 6 RKA 62/94, Juris Rn. 39; zu den Anforderungen an eine Selbstverwaltung vgl. auch BVerfG 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, 6/98, BVerfGE 107, 59, 94; BVerfG 6.5.2014 – 2 BvR 1139/12, 2 BvR 1140/12, 2 BvR 1141/12, BVerfGE 136, 194 Rn. 168; Holzner, S. 149, 317 ff.

²⁸ BSG 6.5.2009 – B 6 A 1/08 R, Juris Rn. 47, 50 aE; zur Selbstverwaltung vgl. BVerfG 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, 6/98, BVerfGE 107, 59, 92; in diesem Sinne auch schon BSG 20.3.1996 – 6 RKA 62/94.

²⁹ BSG 6.5.2009 – B 6 A 1/08 R, Juris Rn. 47; vgl. *Welti*, Gibt es noch eine Selbstverwaltung in der gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 3/2006, 133, 153; ähnlich auch *Holzner*, S. 231, mit dem Hinweis, dass der Einbezug verwaltungsexternen Sachverständigen nicht durch weitreichende Befugnisse einer Fachaufsicht konterkariert werden dürfe.

³⁰ Vgl. dazu BVerfG 6.5.2014 – 2 BvR 1139/12, 2 BvR 1140/12, 2 BvR 1141/12, BVerfGE 136, 194, Rn. 169.

³¹ *Dierks/Höhna*, Die Patientenvertretung im Gemeinsamen Bundesausschuss, A&R 2011, 99, 101 f.; *Ebsen*, Patientenpartizipation in der gemeinsamen Selbstverwaltung der GKV: Ein Irrweg oder ein Desiderat?, MedR 2006, 528, 531; *Schlacke*, Kontrolle durch Patientenbeteiligung im Medizin- und Gesundheitssystem, in: Schmehl/Wallrabenstein, Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Band 3, Tübingen 2007, 41, 58 f.; *Pitschas*, Mediatisierte Patientenbeteiligung im Gemeinsamen Bundesausschuss als Verfassungsproblem, MedR 2006, 451, 455 ff.; eine insgesamt positive Bilanz der Patientenbeteiligung im GBA ziehen *Hess*, Der G-BA – Bilanz der bisherigen Arbeit, Die Krankenversicherung 2005, 64 und *Etgeton*, Patientenbeteiligung in den Strukturen des Gemeinsamen Bundesausschusses, Bundesgesundheitsblatt 2009, 104; *Meinhardt/Plamper/Brunner*, Beteiligung von Patientenvertretern im Gemeinsamen Bundesausschuss, Bundesgesundheitsblatt 2009, 96, 102; ähnlich auch *Gassner*, Götterdämmerung des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2016, 121, 127.

³² Vgl. *Welti*, VSSR 3/2006, 133, 153 f.; *Ebsen*, MedR 2006, 528, 531; BSG, 14.5.2014 – B 6 KA 29/13 R, Rn. 28.

³³ BVerfGE 106, 275, Juris Rn. 104; vgl. auch BVerfGE 24, 236 <251>; 34, 252 <256>.

³⁴ BSG 21.3.2012 – B 6 KA 16/11 R, Rn. 30 ff. zur Aufnahme der hyperbaren Sauerstofftherapie in den Leistungskatalog der GKV; anders jedoch, wenn ein Anbieter geltend machen kann, bei der Erbringung von Leistungen, die Versicherte dem Grunde nach in der GKV beanspruchen können, gegenüber anderen Anbietern benachteiligt zu werden, BSG 14.5.2014 – B 6 KA 28/13 R, Rn 31 ff. mwN.

³⁵ Vgl. zuletzt die Einführung des § 137h SGB V Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz – GKV-VSG) vom 16.7.2015 (BGBl I 1211).

³⁶ Vgl. *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 92 SGB V Rn 32.

so weit gehen, dass den Trägern der Selbstverwaltung praktisch keine Spielräume mehr verbleiben.³⁷ Auch wenn es keine verfassungsrechtlichen Garantien für das bestehende System der Sozialversicherung geben kann³⁸, erscheint es bedenklich, wenn die Aufsicht so weit ausgedehnt wird, dass über dieses Instrument letztlich Rechtssetzung unter Umgehung

³⁷ Vgl. Hase, Begriff und Grundlagen der sozialen Selbstverwaltung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Heidelberg 2008, S. 1186 f. mwN. (Fn. 69)

³⁸ Vgl. Hase, aaO, S. 1185 ff.; Bieback, Soziale Selbstverwaltung – Geschichte und Programm, in: Rixen/Welskop-Deffaa, Zukunft der Selbstverwaltung, Wiesbaden 2015, S. 13 f., jeweils mwN.

der Voraussetzungen für den Erlass von Rechtsverordnungen (Art. 80 GG) ermöglicht wird. Aber auch unabhängig von verfassungsrechtlichen Vorgaben ist der Gesetzgeber gut beraten, nicht über das Ziel hinauszuschießen und die staatliche Aufsicht jedenfalls in Fragen, die das Versorgungsgeschehen in der gesetzlichen Krankenversicherung betreffen, auf eine Rechtsaufsicht zu beschränken. Anderenfalls würden die Vorteile der Normsetzung durch Träger der Selbstverwaltung in Frage gestellt, die eine Einbeziehung externen Sachverständigen sowie einen sachgerechten Interessenausgleich in höherem Maße gewährleisten, als das bei der Rechtssetzung durch ein Ministerium der Fall sein kann.

Sitzungspolizei, Hausrecht und Gerichtsorganisation

Tagungsbericht zur Fortbildungsveranstaltung am 7. November 2016

von Ri'inLG Dr. Mey Bauer, Flensburg



Reichsbürger, Rocker, Extremismus und Zeugenschutz – aber auch ganz alltägliche Situationen, die erst bei näherem Hinsehen ein Gefährdungspotential zeigen – es waren nicht die gewohnten Themen, mit denen sich die Teilnehmerinnen und Teilnehmer an der Proberichterfortbildung „Sitzungspolizei, Hausrecht und Gerichtsorganisation“ am 7. November 2016 auseinandergesetzt haben. Die drei Referenten – Frank Petersen, Leiter der Mobilen Einsatzgruppe (MEG) am Oberlandesgericht Schleswig, Klaus Schulze, Geschäftsleiter des Amtsgerichts Schleswig und Dr. Mey Bauer, Richterin am Landgericht in Flensburg – hatten den Schwerpunkt der Veranstaltung bewusst im praktischen Bereich gesetzt.

So begann die Fortbildung direkt mit der realistisch nachgespielten Szene einer konflikthaften Verhandlung im Familienrecht, die tatsächlich so eskaliert war, wie gezeigt. Mit Beispielen z. B. von Drohbrieffen stellte danach Dr. Bauer eine Vielzahl von konflikthaften Konstellationen und typische Anzeichen für Gefährdungslagen vor. Dabei nahm sie mögliches Gefährdungspotential nicht nur im Strafrecht, sondern auch etwa im Familien-, Betreuungs- und Zivilrecht in den Blick. Sie zeigte die ganze Bandbreite möglicher Reaktionen, Gestaltungsmöglichkeiten und Maßnahmen aus richterlicher Sicht – in ihren praktischen, prozessualen und rechtlichen Aspekten –, gab einen Überblick über Rechtslage und Rechtsprechung zur Sitzungspolizei (§§ 176 ff. GVG) und zum Hausrecht und stellte die Bezüge zu den einzelnen Verfahrensordnungen her.

Praktische Tipps zur Umsetzung gab es in Form von Mustern für prozessleitende Verfügungen oder konkreten Anordnungen bei Störungen der Sitzung.

Im Anschluss stellte Herr Petersen die Arbeit der MEG am Oberlandesgericht vor. Er erläuterte die personelle Aufstellung, Ausstattung und Einsatzbereiche der MEG und die Möglichkeiten, diese anzufordern. Besonders interessant war dann der Bericht aus der praktischen Arbeit vor dem Hintergrund der jahrelangen intensiven Erfahrung in der Sicherung hochproblematischer Prozesse. Wertvoll waren dabei auch die Hinweise auf wichtige Punkte im Zusammenspiel von Vorsitzender bzw. Vorsitzendem und den Sicherheitskräften. Anschaulich und spannend erläuterte Herr Petersen mit seinen Kollegen außerdem z. B. die Durchsuchung von Verfahrensbeteiligten. Die praktische Vorführung einer Durchsuchung schärfte dann das Problembewusstsein der Richterinnen und Richter noch einmal besonders, etwa für versteckte oder unerwartete Waffen.

Nach der Mittagspause erläuterte dann Herr Schulze alles, was man über die Gerichtsorganisation wissen muss. Über die unmittelbaren Zusammenhänge mit den Sicherheitsaspekten vom Vormittag – wen muss man in Sicherheitsfragen wann ansprechen und informieren – hinaus erhielten die Teilnehmerinnen und Teilnehmer einen umfassenden und wertvollen Einblick in die Struktur und Arbeit der Verwaltung und viele praktische Tipps für die tägliche Arbeit.

Als Pilotveranstaltung gestartet und zum ersten Mal durchgeführt, haben die Referenten aus den Rückmeldungen weitere Anregungen mitgenommen. So ist für die nächste Veranstaltung am 22. November 2017 zusätzlich eine praktische Gefährdungsanalyse anhand eines Aktenauszuges sowie mehr Verfügungsmuster, Vorlagebeschlüsse und Textbeispiele für den richterlichen Bereich vorgesehen. Unmittelbare Wirkung hat die Veranstaltung aber bereits gezeigt: schon in der Folgewoche wurde die MEG im Bereich der Finanzgerichtsbarkeit angefordert und erfolgreich eingesetzt.

III. Personalnachrichten

Oberlandesgericht

Ernannt: Bestellung zum Ersten Justizhauptwachtmeister und Zuerkennung der Stellenzulage (A6Z): Erster Justizhauptwachtmeister *Daniel Mintert*.

Gerichte

Versetzt: Justizobersekretär *Sebastian Wulf* vom Amtsgericht Kiel an das Amtsgericht Bad Segeberg.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtmann *Martin Winkelbach*, Amtsgericht Kiel.

Arbeitsgerichtsbarkeit

Ernannt: Zur Präsidentin des Landesarbeitsgerichts: Frau Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts *Marlies Heimann*, Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein.

Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zum Oberstaatsanwalt – als Abteilungsleiter –: Staatsanwalt – als Gruppenleiter – *Henrik Nietardt*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zum Amtsanwalt: *Stefan Piehl*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Vollzugsanstalten:

Versetzung an das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa SH mit Wirkung vom 1. Januar 2017: Justizamtsrätin *Karin Roth*, JVA Kiel.

Versetzung in den Zuständigkeitsbereich des Senates der Freien und Hansestadt Hamburg mit Wirkung vom 1. Januar 2017: Justizobersekretär *Mike Hrubesch*, JVA Neumünster.

Eintritt in den Ruhestand mit Ablauf des Monats Dezember 2016: Justizamtsinspektor *Klaus Dieter Peters*, JVA Kiel.
Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf eigenen Antrag mit Ablauf des Monats Dezember 2016: Justizhauptsekretär *Dirk Hansen*, JVA Lübeck.

Notare

Notaramt erloschen: *Erika Zank*, Lübeck; *Dieter Untermann*, Lübeck; *Peter Marxen*, Bordesholm; *Heinz-Karl Heilig*, Kiel; *Hans Wolter*, Lübeck.

Zweite Staatsprüfung für Juristen

bestanden im Monat Dezember 2016/Januar 2017:

Dezember 2016: *Tananz Vakili-Fatiras*, Hamburg; *Patrizia Merkel*, Hamburg; *Riccarda-Katharina Graul*, Hamburg; *Martin*

Fornoff, Ahrensburg; *Christian Erdmann*, Kiel; *Tineke Spilok*, Hamburg; *Markus Rittner*, Kiel; *Mike Seemann*, Kiel; *Annika Haß*, Kiel; *Friederike Schumacher*, Lütjenburg; *Sarah Müller*, Lübeck; *Philipp Scharenberg*, Großhansdorf; *Jasmin Katharina Granrath*, Hamburg.

Januar 2017: *Tina Bluhm*, Hamburg; *Domenique Contrino*, Hamburg; *Eva Endraß*, München; *Constantin Cadmus*, Hamburg; *Patrick Purbacher*, Hamburg; *Christiane Haße*, Kiel; *Alice Rittgerodt*, Hamburg; *Dennis Siedler*, Neumünster; *Evdokia Papadopoulos*, Ratekau; *Lisa Limbrock*, Hamburg; *Ulf Ludwig*, Horst; *Asma Afridi*, Hamburg; *Sebastian Steffek*, Hamburg; *Nils-Peter Timm*, München; *Maximilian Rabel*, Hamburg; *Lara Gelleschun*, Hamburg; *Paul Schröder*, Hamburg; *Franz Reichwaldt*, Kiel; *Andreas Wielgoß*, Hamburg; *Kolja Hein*, Haffkrug; *Britta Jensen*, Hamburg; *Mathias Groß*, Bargteheide; *Nils Hardow*, Hamburg.

IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJKE vom 2. März 2017 – II 332/5112-E-1-13
(SchlHA 2017 S. 89)

Allgemeine Hinweise

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 (SchlHA S. 206), geändert durch Allgemeine Verfügung vom 30. Dezember 1971 (SchlHA 1972 S. 22), verwiesen.

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

1. Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

jeweils **einer** Stelle der BesGr. R 2 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht – als weitere aufsichtsführende Richterin oder weiterer aufsichtsführender Richter – bei dem

Amtsgericht Kiel,
Amtsgericht Lübeck,
Amtsgericht Schleswig,
Amtsgericht Meldorf,
Amtsgericht Pinneberg,
Amtsgericht Neumünster,
Amtsgericht Norderstedt,
Amtsgericht Rendsburg,
Amtsgericht Ahrensburg;

1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Richterin oder einen Richter am Sozialgericht - als weitere aufsichtsführende Richterin oder weiterer aufsichtsführender Richter - bei dem Sozialgericht Kiel.

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Lebenszeit, die in eine Planstelle der BesGr. R 1 bei dem Gericht eingewiesen sind, bei dem sie sich um eine der vorgenannten Planstellen bewerben möchten.

2. Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 2 Stellen der BesGr. R 1 mit Amtszulage nach Anlage 8 SH-BesG für Erste Staatsanwältinnen oder Erste Staatsanwälte bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg,
- 2 Stellen der BesGr. R 1 mit Amtszulage nach Anlage 8 SH-BesG für Erste Staatsanwältinnen oder Erste Staatsanwälte bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe,
- 4 Stellen der BesGr. R 1 mit Amtszulage nach Anlage 8 SH-BesG für Erste Staatsanwältinnen oder Erste Staatsanwälte bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel,
- 4 Stellen der BesGr. R 1 mit Amtszulage nach Anlage 8 SH-BesG für Erste Staatsanwältinnen oder Erste Staatsanwälte bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, die sich langjährig in den ihnen zugewiesenen Dezernaten in besonderer Weise bewährt haben, und die in eine Planstelle der BesGr. R 1 bei der Staatsanwaltschaft eingewiesen sind, bei der sie sich um eine der vorgenannten Planstellen bewerben möchten.

3. Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

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

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe im staatsanwaltschaftlichen Dienst.

Bek. d. Präs. d. Schl.-Holst. OLG vom 1. Februar 2017
– 2341 E – 1 SH –
(SchlHA 2017 S. 89)

Es ist beabsichtigt, zum 1. Dezember 2017 wieder Anwältinnen und Anwärter zum Vorbereitungsdienst für die Gerichtsvollzieherlaufbahn zuzulassen. Die Zulassung richtet sich nach der Landesverordnung über die Laufbahn, Ausbildung und Prüfung der Gerichtsvollzieherinnen und Gerichtsvollzieher (Gerichtsvollzieher-LAPO) vom 11. Dezember 2012 bzw. nach der dann gültigen Gerichtsvollzieher-LAPO.

Ich weise vorsorglich darauf hin, dass die Beamtinnen und Beamten nach Beendigung der Ausbildung wieder in der Laufbahngruppe 1, 2. Einstiegsamt – Fachrichtung Justiz (ehemaliger mittlerer Justizdienst) – eingesetzt werden können, falls eine Verwendung im Gerichtsvollzieherdienst mangels freier Stellen nicht möglich sein sollte.

Bewerbungen nach § 6 Gerichtsvollzieher-LAPO sind bis zum **20. April 2017** auf dem Dienstwege einzureichen und mit der Regelbeurteilung (Stichtag: 1. September 2016) und einer Stellungnahme des Dienstvorgesetzten vorzulegen.

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.

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

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

Bek. d. Präs. d. Schl.-Holst. OLG vom 6. Februar 2017 – 5112
Eb – 355 –
(SchlHA 2017 S. 90)

Organisationsberater/in bei dem Landgericht Itzehoe

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die Besetzung von

1 Stelle der BesGr. A 12 für eine Justizamtsrätin oder einen Justizamtsrat (als Organisationsberaterin oder Organisationsberater) bei dem Landgericht Itzehoe. Das Aufgabenprofil ergibt sich aus der Allgemeinen Verfügung über die Bestellung und Aufgaben der Organisationsberaterinnen und Organisationsberater bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften in Schleswig-Holstein (AV d. MJKE v. 20. Januar 2016 – II 34/ 2000 – 504 –).

Vor Ernennung und endgültiger Bestellung zur Organisationsberaterin oder zum Organisationsberater ist eine Erprobungszeit vorgesehen.

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. März 2017**.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

Bek. d. Generalstaatsanwalts vom 20. Februar 2017
– 201 E – 1638/2016 –
(SchlHA 2017 S. 90)

Bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg ist zum 1. August 2017 die Stelle

einer hauptamtlichen Administratorin bzw. eines hauptamtlichen Administrators

der Besoldungsgruppe A 9 der Besoldungsordnung A, Anlage 1 des SHBesG, mit Amtszulage nach Anlage 8 zum SHBesG auf Dauer in Vollzeit oder in Teilzeit zu besetzen.

Die örtliche, hauptamtliche Administratorin bzw. der örtliche, hauptamtliche Administrator ist für den Einsatz von Informationstechnik in der Staatsanwaltschaft zuständig.

Er/Sie ist Ansprechpartner/-in für alle beim Betrieb des IT-Systems (Technik und Betrieb) und der Fachanwendungen auftretenden technischen Fragen und Probleme der Anwenderinnen und Anwender vor Ort.

Er/Sie ist zudem verantwortlich für die Aufnahme und Abarbeitung von Störungen, Anforderungen und Änderungen im

Betrieb und in der Anwendung von Fachanwendungen und deren Weitergabe an zuständige Stellen.

Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle sind u.a.:

- Laufbahnbefähigung der Laufbahngruppe 1, 2. Einstiegsamt

- Ausgewählt werden soll nur, wer die für die Wahrnehmung dieser Funktion erforderliche Befähigung und Qualifikation besitzt.

Dazu gehören mindestens Kenntnisse:

- in den Anwendungen, die betreut werden sollen (u.a. MESTA, MESTA-Schreibwerk),

- über Server-/Datenbank- und Betriebssystemsoftware und systemnahe Software (Microsoft, Oracle),

- über die eingesetzte Hardware und deren Konfiguration und

- über Anforderungen des Datenschutzes und der Informationssicherheit.

Für die Bewerbung von Vorteil sind u.a.:

- soziale Kompetenz und Teamfähigkeit

- Organisationsgeschick

- Fähigkeit zur Priorisierung

- Bereitschaft zur Akzeptanz fachlicher Vorgaben und Anweisungen

- Bereitschaft zur Mitarbeit in zentralen Projekten

Die ausgeschriebene Stelle richtet sich ausschließlich an Beamtinnen und Beamte im Justizdienst des Landes Schleswig-Holstein.

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.

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

Bewerbungen sind bis zum **31. März 2017** auf dem Dienstwege an den Generalstaatsanwalt zu richten und mit einer Stellungnahme sowie einer aktuellen dienstlichen Beurteilung des Dienstvorgesetzten vorzulegen.

Es wird um Mitteilung gebeten, ob der Einsichtnahme durch alle oder einzelne Mitglieder der beteiligten Personalvertretungen in die dienstlichen Beurteilungen und/oder in die Personalakten zugestimmt wird.

Die Gleichstellungsbeauftragte hat das Recht auf Akteneinsicht.

Bei Fragen steht Herr Geschäftsleiter Wolfgang Pirsig, Staatsanwaltschaft Flensburg, gerne zur Verfügung (Telefon: 0461/89-315).

Bekanntmachung der Präsidentin des LAG Schleswig-Holstein vom 23. Februar 2017 – Az. 200 Ea –
(SchlHA 2017 S. 90)

In der Arbeitsgerichtsbarkeit des Landes Schleswig-Holstein ist zum nächstmöglichen Zeitpunkt

1 Stelle der Besoldungsgruppe A 11 SHBesG für eine Justizamtsfrau oder einen Justizamtsmann bei den Gerichten für Arbeitssachen

im Wege der Abordnung befristet bis zunächst 31.12.2017 zu besetzen.

Das Aufgabengebiet umfasst im Wesentlichen

- Tätigkeiten als Organisationsreferent/in im Bereich der Verwaltung des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein

- Allgemeine Verwaltungstätigkeiten beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

- Projektarbeiten eJustiz^{sh} zur Einführung der eAkte in der Arbeitsgerichtsbarkeit (Pilotierung)

Das Anforderungsprofil

Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle sind:

- die durch ein abgeschlossenes Fachhochschulstudium erworbene Laufbahnbefähigung für die Laufbahngruppe 2, erstes Einstiegsamt, Fachrichtung Justiz
- Aufgeschlossenheit gegenüber anstehenden Strukturveränderungen in der Justiz und Fähigkeit, diese aktiv gestaltend voranzutreiben,
- ausgeprägtes Organisationsvermögen,
- Teamfähigkeit,
- Flexibilität,
- hohe Eigeninitiative und Verantwortungsbewusstsein sowie
- die Bereitschaft zu landesweiten Reisetätigkeit.

Für die Bewerbung von Vorteil sind:

- Verwaltungserfahrung /-kenntnisse, insbesondere in den Bereichen Personalverwaltung, Haushaltsrecht, Modernisierungsprojekte und elektronische Datenverarbeitung
- Informations- und Kommunikationsfähigkeit
- Entscheidungs- und Durchsetzungsfähigkeit

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen 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.

Ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen und eine Einverständniserklärung zur Einsichtnahme in Ihre Personalakte, richten Sie bitte auf dem Dienstweg bis zum

17. März 2017

an die Präsidentin des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein, Deliusstraße 22, 24114 Kiel.

Für beamtenrechtliche Fragen sowie Fragen zum Verfahren und fachlichen Fragen zum Anforderungsprofil und der damit verbundenen Aufgaben steht Ihnen der Geschäftsleiter des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein, Herr Malte Böttger (malte.boettger@arbgsh.landsh.de oder Tel. 0431-604/4148), gern zur Verfügung.

An der **Norddeutschen Hochschule für Rechtspflege** in Hildesheim ist zum 1.1.2018

eine Professur (W 2) für Zwangsvollstreckungsrecht mit dem Schwerpunkt Immobilienvollstreckung sowie Bürgerliches Recht (insbesondere Erbrecht und Immobiliarsachenrecht mit Grundbuchverfahren)

zu besetzen.

Die Einstellungsvoraussetzungen ergeben sich aus § 25 des Niedersächsischen Hochschulgesetzes (NHG). Dazu gehören insbesondere

- ein abgeschlossenes Hochschulstudium
- durch praktische Erfahrungen bestätigte pädagogisch-didaktische Eignung
- die besondere Befähigung zu vertiefter selbständiger wissenschaftlicher Arbeit, die in der Regel durch eine überdurchschnittliche Promotion nachgewiesen wird, und
- besondere Leistungen bei der Anwendung oder Entwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden in einer mindestens fünfjährigen beruflichen Praxis, von der mindestens drei Jahre außerhalb des Hochschulbereichs ausgeübt worden sein müssen. Dabei sind insbesondere in der Justiz erworbene praktische Erfahrungen in den genannten Rechtsgebieten von Vorteil.

Das Aufgabengebiet umfasst neben der praxisbezogenen Lehre und Forschung die Abnahme von Prüfungen und die Studienberatung. Erwartet wird daneben die Bereitschaft zu fächerübergreifender Zusammenarbeit insbesondere mit den Ausbildungsgerichten, zur Fortbildung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Justiz, zu regelmäßiger eigener methodisch-didaktischer Fortbildung sowie zur Übernahme von Funktionen in der akademischen Selbstverwaltung.

Die Stelle ist teilzeitgeeignet.

Schwerbehinderte werden bei gleicher Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Anfragen richten Sie bitte an den Rektor Prof. Dr. Schöpflin (Tel.: 05121/1791021; E-Mail: Martin.Schoepflin@justiz.niedersachsen.de)

Bewerbungen mit den üblichen Unterlagen werden **bis zum 21.4.2017** an den Rektor der Norddeutschen Hochschule für Rechtspflege, Godehardsplatz 6, 31134 Hildesheim erbeten.

Weitere Informationen zur Norddeutschen Hochschule für Rechtspflege finden Sie unter www.hr-nord.niedersachsen.de.

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB §§ 985,242; StPO §§ 111 I,111 c, 111 d

- 1. Zwischen dem Erwerber von Tieren, die seitens der Staatsanwaltschaft nach einer Beschlagnahme veräußert wurden, und dem früheren Eigentümer dieser Tiere besteht keine besondere rechtliche Beziehung, die von dem Auskunftsanspruch nach § 242 BGB vorausgesetzt wird, wenn die Beschlagnahme wirksam ist.**
- 2. Eine ausreichend bestimmte Angabe des Gegenstands und Grundes des erhobenen Anspruchs ergibt sich nicht durch den Verweis auf die Akte eines außergewöhnlichen Verfahrens. Um die Voraussetzungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO durch eine Bezugnahme auf andere Schriftstücke und sonstige Anlagen zu erfüllen, ist es erforderlich, dass die konkret zu bezeichnenden Schriftstücke dem Gericht mit der Klageschrift vorgelegt werden.**

SchlHOLG, 12. Zivilsenat, Urteil vom 25. Januar 2017 – 12 U 132/16 –, Die

Die Kl.in nimmt den Bekl. auf Auskunft bezüglich des Verbleibs der bei ihr im Rahmen von strafrechtlichen Ermittlungen beschlagnahmten Tiere in Anspruch, nachdem diese notveräußert wurden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat das Bestehen eines Auskunftsanspruchs der Kl.in nicht feststellen können. Insbesondere folge ein solcher Anspruch nicht aus § 242 BGB, da es an einer zugrundezulegenden Sonderverbindung zwischen den Parteien fehle. Eine solche folge insbesondere

re nicht aus § 985 BGB. Gegen den Bekl. als dem ehemaligen Besitzer habe die Kl.in keinen Herausgabeanspruch, da sie jedenfalls inzwischen nicht mehr Eigentümerin der streitgegenständlichen Tiere sei. Sie habe ihr Eigentum nämlich durch die Übereignung des Deutschen Tierschutzbundes an den Bekl. verloren. Auf die Wirksamkeit der Übereignung der Tiere im Rahmen der Notveräußerung an eine Tierschutzorganisation komme es nicht an. Der Bekl. habe von dem Deutschen Tierschutzbund jedenfalls gutgläubig gemäß §§ 929 Satz 2, 932 BGB das Eigentum erworben. Der Bekl. sei gutgläubig gewesen. Dem gutgläubigen Erwerb habe auch nicht entgegengestanden, dass die Tiere der Kl.in abhandengekommen sein könnten. Nach allgemeiner Meinung sei ein Abhandengekommen zu verneinen, wenn die Sache dem unmittelbaren Besitzer aufgrund eines rechtmäßigen staatlichen Hoheitsaktes weggenommen würde. Selbst wenn der Hoheitsakt rechtswidrig gewesen wäre, würde nichts anderes gelten. Hierfür hätte die Wegnahme auf einem nichtigen Verwaltungsakt oder einem Nichtakt beruhen müssen. Dies sei entgegen der Auffassung der Kl.in nicht der Fall.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Kl.in, die ihren erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt. Da sich die Kl.in auf einen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB berufen könne, ergebe sich ein Auskunftsanspruch aus § 242 BGB. Mit zumutbarem Aufwand könne der Bekl. die begehrten Informationen beschaffen und herausgeben. Die Kl.in habe ihr Eigentum nicht verloren, da ein sonstiges Abhandengekommen der Tiere im Sinne von § 935 BGB vorliege. Das Landgericht habe Beweisangebote der Kl.in unberücksichtigt gelassen und sei deshalb zu der fehlerhaften Einschätzung gelangt, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit der Übereignung gegeben seien. Es sei die Beziehung der Akten des Ermittlungsverfahrens gegen die seinerzeit zuständige Staatsanwältin beantragt worden, aus denen sich ergebe, dass eine Rechtsbeugung vorliege. Diese Rechtsbeugung beschränke sich nicht auf die Notveräußerung. Während der Durchsuchung habe die Staatsanwältin der Kl.in mitgeteilt, dass sie eine Notveräußerung der Tiere beabsichtige. Sie habe bereits in diesem Gespräch geäußert, dass in dem Telefonat das rechtliche Gehör bezüglich einer Notveräußerung gewährt würde. Im weiteren Ermittlungsverfahren habe die

Dezernentin verhindert, dass die Kl.in die ihr zustehenden strafprozessualen Rechte wahrnehmen können. Die zu diesem Zwecke beantragte Akteneinsicht sei erst nach erfolgter Notveräußerung gewährt worden. Auf die gleiche Weise sei die Dezernentin auch in anderen Verfahren vorgegangen. Zwischenzeitlich sei gegen die Staatsanwältin in mehreren Fällen Anklage erhoben worden wegen Rechtsbeugung. In dem Einleitungsvermerk zum Ermittlungsverfahren werde bereits davon ausgegangen, dass schon bei der Beschlagnahme die Absicht bestanden habe, die Tiere unter Umgehung der Beschuldigtenrechte im Wege der Notveräußerung zu verkaufen. Ein solches Verhalten stelle eine Rechtsbeugung dar. Die Beschlagnahme sei Teil dieser Straftat, weil sie notwendiger Bestandteil des Gesamtplans gewesen sei. Die Durchsuchung und die in diesem Rahmen erfolgte Beschlagnahme sei gerade mit der Intention erfolgt, die Tiere zu beschlagnahmen und rechtswidrig notzuveräußern. Anders sei nicht zu erklären, dass ein kongruentes Vorgehen in vergleichbaren Fällen erfolgt sei. Das strafrechtlich relevante Verhalten sei gerade nicht auf die Notveräußerung beschränkt, sondern beginne bereits mit der Beschlagnahme.

Der Bekl. verteidigt das landgerichtliche Urteil. Die Beschlagnahme der Hunde sei rechtmäßig gewesen, wie bereits das Amtsgericht K. festgestellt habe. Infolgedessen hätten die Tiere gutgläubig erworben werden können. Sie seien nicht abhandengekommen. Einer Beziehung der staatsanwaltlichen Ermittlungsakte habe es bereits deshalb nicht bedurft, da der Vortrag des Kl. im Schriftsatz vom 21. Juni 2016 verspätet gewesen sei. Er sei damit auch im Berufungsrechtszug nicht zu berücksichtigen. Der geschilderte Ablauf der Durchsuchung werde bestritten. Es werde auch bestritten, dass die seinerzeit zuständige staatsanwaltliche Dezernentin am Telefon mitgeteilt habe, dass sie eine Notveräußerung der Tiere ohnehin beabsichtige. Es treffe auch nicht zu, dass im Rahmen dieses Telefonates das rechtliche Gehör habe gewährt werden sollen.

Aus den Gründen

Die Berufung der Kl.in hat keinen Erfolg. Zwar gewährt die Rechtsprechung trotz fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Regelung unter Berufung auf § 242 BGB grundsätzlich einen Auskunftsanspruch, doch liegen die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch hier nicht vor.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht ein Auskunftsanspruch, wenn eine „besondere rechtliche Beziehung zwischen dem Auskunftsfordernden und dem Inanspruchgenommenen“ besteht und es das „Wesen des Rechtsverhältnisses mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seiner Rechte im Ungewissen, der Inanspruchgenommene aber in der Lage ist, die verlangte Auskunft unschwer zu erteilen“

(st. Rspr. siehe nur BGH, Urteile vom 7. Mai 1980 – VIII ZR 120/79, NJW 1980, 2463 und vom 6. Februar 2007 – X ZR 117/04, NJW 2007, 1806, 1807).

Der Auskunftsanspruch nach § 242 BGB hat demnach vier Voraussetzungen: Neben dem Vorliegen einer besonderen rechtlichen Beziehung ist die dem Grunde nach feststehende oder (im vertraglichen Bereich) zumindest sehr wahrscheinliche Existenz eines Leistungsanspruchs des Auskunftsfordernden gegen den Anspruchsgegner, die entschuldbare Ungewissheit des Auskunftsfordernden über das Bestehen und den Umfang seiner Rechte sowie die Zumutbarkeit der Auskunftserteilung durch den Anspruchsgegner erforderlich

(Staudinger/Olzen/Looschelders (2015) BGB, § 242 Rn. 605).

2. Das Landgericht hat zu Recht das Bestehen einer besonderen rechtlichen Beziehung der Parteien verneint. Eine solche Beziehung könnte sich vorliegend lediglich aus einem Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB ergeben. Dies würde allerdings voraussetzen, dass die Kl.in weiterhin Eigentümerin der streitgegenständlichen Tiere ist. Die Kl.in hat jedoch das Eigentum an den Tieren zwischenzeitlich verloren. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Eigentumsverlust bereits durch die Erfüllung des von der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht K. für das Land Schleswig-Holstein und einer Tierschutzorganisation geschlossenen Kaufvertrags eingetreten ist, da die Kl.in ihr Eigentum an den Tieren jedenfalls durch den gutgläubigen Erwerb der Tiere durch die Bekl. verloren hat, die die streitgegenständlichen Tiere unstreitig von dem Deutschen Tierschutzbund erworben hat. Anhaltspunkte, die gegen den guten Glauben der Bekl. bei der Übereignung der Tiere an sie sprechen könnten, hat das Landgericht zutreffend nicht feststellen können. Hiergegen erinnert die Berufung nichts.

Entscheidend ist, ob ein gutgläubiger Erwerb aufgrund der Regelung in § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen sein könnte. Hiernach tritt der Erwerb des Eigentums aufgrund der §§ 932-934 BGB nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhandengekommen war. Die streitgegenständlichen 23 Hunde und

drei Kaninchen sind der Kl.in nicht abhandengekommen. Die Kl.in hat ihren unmittelbaren Besitz an den Tieren aufgrund der Beschlagnahme des Polizei-Autobahn- und Bezirksreviers (PABR) S. verloren. Ein Abhandenkommen im Sinne von § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB kann hierin nicht erblickt werden.

a) Hoheitliche Verwaltungsakte haben zunächst die Vermutung ihrer Rechtswirksamkeit in sich. Nach ganz herrschender Auffassung entbehren auch Verwaltungsakte, die nach der Sachlage nicht hätten ergehen dürfen, grundsätzlich nicht der Wirksamkeit

(BGH, Urteil vom 15. November 1951 – III ZR 21/51, BGHZ 4, 10, 22).

Hiervon zu unterscheiden ist die Nichtigkeit, bei der ein Verwaltungsakt von jedermann als nicht vorhandenen angesehen werden kann, so dass der Verwaltungsakt als unbeachtlich eingeordnet werden darf. Die Nichtigkeit stellt die stärkste Form der Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts dar. Infolgedessen kann eine zur Nichtigkeit führende Fehlerhaftigkeit nur dann angenommen werden, wenn der Akt in seinem wesentlichen Teil so fehlerhaft ist, dass unter keinem denkbaren Gesichtspunkt eine Ermächtigung zum Erlass dieses Aktes im Gesetz zu finden ist

(BGH, Urteil vom 15. November 1951, aaO mwN).

b) Die Beschlagnahme ist nicht nichtig. Im Gegenteil haben sowohl das Amtsgericht K als auch das Landgericht K die Beschlagnahme durch das PABR S. als rechtmäßig erachtet und die Beschlagnahme bestätigt. Die Überprüfung dieser Rechtsansicht durch den Senat, zu der die Ermittlungsakte gegen die Bekl. beigezogen wurde, hat keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Nichtigkeit der Beschlagnahme ergeben.

aa. Die Beschlagnahme erfolgte im Rahmen der polizeilichen Durchsuchung der Räumlichkeiten der Kl.in, nachdem eine Überprüfung durch zwei Mitarbeiterinnen des Ordnungsamtes im September 2013 zu einer Anzeige einer tierschutzwidrigen Tierhaltung geführt hatte, die wiederum einen Anfangsverdacht der Staatsanwaltschaft begründete. Die Durchsuchung bestätigte den Anfangsverdacht. In einem Vermerk der die Ermittlung führenden Staatsanwältin wurde niedergelegt:

„Schon beim Öffnen der Eingangstür roch es massiv nach Hundekot und Hundeurin. Beim Betreten der Wohnung war es zunächst fast unmöglich zu atmen. Die gesamte Wohnung befand sich in einem dreckigen, unaufgeräumten und teilweise zerstörten Zustand. In jedem Raum der Wohnung lagen auf dem Boden überall zerstreut Hundekot und Pfützen mit Hundeurin. Auch auf den spärlich vorhandenen Möbeln wie dem Sofa und dem Bett befanden sich Hundekremente. Alter Hundekot wurde in offenen Plastiktüten gefunden, die im Külschrank, auf diversen Ablagen und in den Schubladen im Schlafzimmer aufbewahrt wurden. In dem Tiefkühlfach in der Küche wurden 5 eingefrorene Chihuahua-Kadaver aufgefunden. Der untere Teil der Wände war von Hundeurin teilweise aufgeweicht. In fast allen Zimmern der Wohnung wurden Chihuahuas eingesperrt aufgefunden, die in ihrem eigenen Kot und Urin standen: Im Wohnzimmer 13, im Arbeitszimmer 4, im Schlafzimmer eine Mutter und 5 Welpen, und im Badezimmer eine Mutter und 2 Welpen. Auf dem Boden im Wohnzimmer lag zerstreut ein wenig Hundefutter. Zudem befanden sich 3 Kaninchen in einem mit Draht abgegrenzten Bereich zwischen den 13 Hunden im Wohnzimmer der Beschuldigten. Der Bodenbelag in diesem Bereich war aufgekratzt und übersät mit Kaninchenkot und Kaninchenurin. Nach einer ersten Bestandsaufnahme der Haltungsbedingungen durch die zuständige Amtsveterinärin wurde diese um eine Einschätzung zu der Frage des Vorliegens von erheblichen Leiden gebeten. Die Amtsveterinärin erklärte, dass nach einer ersten Einschätzung sehr wahrscheinlich aufgrund der extrem schlechten Haltungsbedingungen das Vorliegen von länger anhaltenden Leiden angenommen werden müsse.“

Die Staatsanwältin entschied ausweislich des Vermerks daraufhin, dass die vorgefundenen Tiere als Beweismittel und zum Zwecke einer möglichen späteren Einziehung beschlagnahmt werden sollten. Weder diese Entscheidung noch die daraufhin von der PABR S. vorgenommene Beschlagnahme

sind zu beanstanden. Es ist nicht ersichtlich, dass objektive Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme vorgebracht werden können. Dementsprechend hat das Amtsgericht K die Beschlagnahme im Beschlusswege bestätigt und das Landgericht K hat die Beschwerde der Kl.in hiergegen als unbegründet verworfen. Soweit die Kl.in ausführt, dass es zu der Verkotung des Hauses lediglich aufgrund der Stresssituation der Hunde infolge der Durchsuchung gekommen sei, ist dieses nicht näher substantiierte Vorbringen im Hinblick auf den in Tüten eingelagerten Hundekot unbeachtlich. Auch die Erläuterung der Kl.in in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, wonach es sich bei dem in Tüten befindlichen Kot um gerade im Garten eingesammelten Hundekot gehandelt habe, haben den Senat insbesondere im Hinblick auf die Menge aufgefundenen Hundekots nicht davon überzeugt, dass die Beschlagnahme der Hunde zum Zeitpunkt der Durchsuchung objektiv rechtswidrig gewesen sein könnte. Erst recht besteht kein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass für die Beschlagnahme unter keinem denkbaren Gesichtspunkt eine Ermächtigung im Gesetz zu finden sein könnte.

bb) Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung der Behauptung der Kl.in, die Staatsanwältin habe bereits anlässlich eines Telefonats mit ihr während der Durchsuchung erklärt, die Notveräußerung der Hunde sei beabsichtigt.

Entgegen der Auffassung der Kl.in hat das Landgericht diesen Vortrag nicht in verfahrensfehlerhafter Weise unberücksichtigt gelassen. Das Landgericht musste dem Beweisangebot der Kl.in, die Staatsanwältin A zu vernehmen, nicht nachgehen. Dieser Vortrag der Kl.in kann als wahr unterstellt werden, ohne dass sich eine abweichende rechtliche Beurteilung ergibt.

(1.) Selbst wenn die seinerzeit zuständige Dezernentin A bereits während der Durchsuchung den Vorsatz gefasst hätte, die beschlagnahmten Tiere einer Notveräußerung zuzuführen, kann hierauf nicht der Vorwurf einer Rechtsbeugung mit der Folge der Nichtigkeit der Beschlagnahme gestützt werden.

Im Hinblick auf die zu erwartenden Kosten der Unterbringung der Tiere war bereits zu diesem Zeitpunkt abzusehen, dass erhebliche Kosten für die Unterbringung entstehen werden. Eine Notveräußerung der Hunde war deshalb auch bereits zum Zeitpunkt der Beschlagnahme wahrscheinlich, da von einer mehrmonatigen Verfahrensdauer ausgegangen werden musste. Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts K in seinem Beschluss vom 20. Januar 2014 ist die im Laufe des weiteren Ermittlungsverfahrens angeordnete Notveräußerung materiellrechtlich nicht zu beanstanden. Gemäß § 111 I StPO dürfen Vermögenswerte, die nach § 111c StPO beschlagnahmt oder aufgrund eines Arrests (§ 111d StPO) gepfändet worden sind, vor der Rechtskraft des Urteils veräußert werden, wenn ihr Verderb oder eine wesentliche Minderung ihres Werts droht oder ihre Aufbewahrung, Pflege oder Erhaltung mit unverhältnismäßigen Kosten oder Schwierigkeiten verbunden ist. Im Hinblick auf die von dem Bekl. dargelegten Kosten der Unterbringung der Tiere in dem Zeitraum vom 7. Oktober 2013 bis 28. Januar 2014 in Höhe von insgesamt 45618,13 € und einem Wert der Hunde gemäß des von der Staatsanwaltschaft eingeholten Sachverständigengutachtens in Höhe von 8150 € sind unverhältnismäßige Kosten der weiteren Pflege der Tiere festzustellen. Zwar hat die Kl.in die Angemessenheit der Unterbringungskosten und den sachverständig festgestellten Wert der Tiere in Abrede gestellt. Ungeachtet der Frage, ob in einer anderen Einrichtung unter Umständen eine günstigere Unterbringung der Hunde möglich gewesen sein könnte, sind die dargelegten Unterbringungskosten angefallen und von der Landeskasse beglichen worden. Von diesem Betrag ist bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Notveräußerung ebenso auszugehen wie von dem im Rahmen des Ermittlungsverfahrens ermittelten Wert der Hunde.

... (wird ausgeführt)...

Der Senat ist durch die abweichende Einschätzung des Amtsgerichts K in dem Beschluss vom 3. Dezember 2014, in dem die Notveräußerung als rechtswidrig bewertet wird, nicht in der Weise gebunden, dass die Äußerung der Staatsanwältin während der Durchsuchung als Rechtsbeugung zu qualifizie-

ren wäre.

... (wird ausgeführt)...

(2.) Der behaupteten Aussage der Zeugin A kann entgegen der Auffassung der Kl.in nicht der Vorsatz entnommen werden, die Rechtsschutzmöglichkeiten der Kl.in von vornherein verkürzen zu wollen.

Selbst wenn im weiteren Ermittlungsverfahren seitens der Zeugin A verhindert worden sein sollte, dass die Kl.in die ihr zustehenden strafprozessualen Rechte ausnutzen konnte und hieran der Vorwurf der Rechtsbeugung geknüpft werden könnte, ist nicht ersichtlich, dass ein entsprechender Vorsatz bereits zum Zeitpunkt der Beschlagnahme bestanden haben könnte und – wäre ein solcher Vorsatz festzustellen – die Beschlagnahme infolgedessen ebenfalls mit dem Vorwurf der Rechtsbeugung untrennbar belastet wäre.

Die Kl.in hat bereits nicht dargelegt, woraus sich konkret ergeben soll, dass die Staatsanwältin diesen Vorsatz bereits während der Durchsuchung hatte. Die pauschalen Bezugnahmen auf den Einleitungsvermerk in dem gegen die seinerzeit zuständige Staatsanwältin A geführten Ermittlungsverfahren und die strafrechtliche Ermittlungsakte reichen – ungeachtet der Frage einer möglichen Präklusion – insoweit nicht aus. Zur Individualisierung ihres Anspruchs hätte es der Kl.in obliegen, den notwendigen Sachvortrag zu halten und zum Beleg auf konkrete Schriftstücke Bezug zu nehmen

(vgl. Zöller/Greger, aaO, § 253 Rn. 12a f).

Es ist nicht die Aufgabe des Senats, eine umfangreiche staatsanwaltschaftliche Ermittlungsakte beizuziehen und diese für die Kl.in auszuwerten, um die tatsächlichen Anknüpfungspunkte zu ermitteln, auf die die Feststellung gestützt werden könnte, die Anweisung der Polizeibeamten durch die Staatsanwältin A, die Tiere zu beschlagnahmen, sei bereits Teilen des Tatplans zur Begehung einer Rechtsbeugung zum Nachteil der Kl.in, der der daraufhin erfolgten Beschlagnahme jegliche Rechtsgrundlage entziehe

(vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 2003 – I ZR 295/00, NJW-RR 2004, 639, 640).

Eine ausreichend bestimmte Angabe des Gegenstands und Grundes des erhobenen Anspruchs ergibt sich nicht durch den Verweis auf die Akte eines außergerichtlichen Verfahrens. Um die Voraussetzungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO durch eine Bezugnahme auf andere Schriftstücke und sonstige Anlagen zu erfüllen, ist es erforderlich, dass die konkret zu bezeichnenden Schriftstücke dem Gericht mit der Klageschrift vorgelegt werden

(BGH, Urteil vom 17. März 2016 – III ZR 200/15, NJW 2016, 2747, 2748 Rn. 23; BeckOK ZPO/Bacher, Stand: 1. September 2016, § 253 Rn. 38).

Dem ist die Kl.in nicht nachgekommen. Der Senat war aus den vorgenannten Gründen gehindert, die Akten des gegen die Staatsanwältin A geführten Ermittlungsverfahrens beizuziehen und auszuwerten.

Aber selbst wenn die Staatsanwältin zum Zeitpunkt der Anordnung der Beschlagnahme in der Absicht gehandelt hätte, später die Rechtsschutzmöglichkeiten der Kl.in zu verkürzen, und dies im Falle der Beiziehung der gegen die Staatsanwältin gerichteten Ermittlungsakte vom Senat hätte festgestellt werden können, könnte hierauf nicht die Feststellung der Nichtigkeit der Beschlagnahme der Tiere gestützt werden. Die Tathandlung der Rechtsbeugung ist gemäß § 339 StGB nicht mehraktig gestaltet. Nach der im strafrechtlichen Schrifttum überwiegend vertretenen objektiven Theorie ist ein Beugen des Rechts grundsätzlich gegeben, wenn materielles oder prozessuales Recht verletzt wird, also objektive Rechtsregeln falsch angewendet werden

(Fischer, Strafgesetzbuch, 63. Aufl., § 339 Rn. 13 mit weiteren Nachweisen).

Auf die subjektive Überzeugung des Täters, im Widerspruch zum geltenden Recht zu entscheiden

(so die vereinzelt vertretene subjektive Theorie, vgl. v. Weber NJW 1950, 272),

kommt es für den objektiven Tatbestand nicht an. Daneben wird die sogenannte Pflichtverletzungstheorie vertreten, die im Ergebnis vertretbare Entscheidungen in den Tatbestand einbezieht, auch wenn sie aus sachfremden Erwägungen ge-

troffen werden

(vgl. diverse Nachweise bei Fischer, aaO).

Der Bundesgerichtshof folgt im Grundsatz der objektiven Theorie, erwendet aber auch Elemente der subjektiven Theorie, indem er einen „bewussten Rechtsbruch“ voraussetzt, sowie der Pflichtverletzungstheorie und kombiniert beides in einer „Schweretheorie“

(vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1998 – 1 StR 240/98, BGHSt 44, 258; Fischer, aaO Rn. 15 mwN).

Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dabei zu entnehmen, dass es auf die nicht im Einklang mit der Rechtsordnung stehende Handlung an sich ankommt und keine Vorverlagerung der Strafbarkeit dadurch erreicht werden kann, dass eine zu einem früheren Zeitpunkt möglicherweise bestehende Gesinnung eine objektiv rechtmäßige Handlung in den Tatbestand einbezieht. Dementsprechend wäre mit der Beschlagnahme auch der Tatbestand einer versuchten Rechtsbeugung noch nicht erfüllt. Ein unmittelbares Ansetzen zu einem (möglicherweise) beabsichtigten Verkürzen der Rechtsschutzmöglichkeiten eines Beschuldigten ist noch nicht mit einer objektiv rechtmäßigen Beschlagnahme verwirklicht.

c) Da der Herausgabeanspruch der Kl.in und damit auch ein Auskunftsanspruch nicht besteht, kommt es nicht auf das Verhältnis zu dem parallel geltend gemachten Schadensersatzanspruch nach dem Strafverfolgungsentschädigungsgesetz (StrEG) an, auf das der Bekl. in seiner Argumentation hingewiesen hat. Gleiches gilt auch hinsichtlich der Regelung zur Notveräußerung in § 1111 Abs. 1 S. 3 StPO, wonach der Erlös an die Stelle des verwerteten Vermögenswertes tritt. Auch diese Regelung hat keinen Einfluss auf einen etwaigen sachenrechtlichen Anspruch.

BGB §§ 985, 912, 94, 95; ZPO § 533

- 1. Durch einen Überbau mit Zustimmung des Nachbarn wird der Eigentümer des Grundstückes, von dem der Überbau ausgeht, nicht Eigentümer des Gesamtgebäudes, wenn der Überbau durch einen Mieter oder Pächter erfolgt.**
- 2. Das Eigentumsrecht führt nicht dazu, dass der Kl. dem Eigentümer angrenzender Grundstücke Maßnahmen verbieten könnte, die dazu führen, dass ein vormals bestehender Gewässerzugang nicht mehr gegeben ist.**

SchlHOLG, 1. Zivilsenat, Urteil vom 1. Juli 2016 – 1 U 173/13 –, Bro

Mit Vertrag vom 20.11.1959 vermietete Frau A ein Gelände von etwa 470 qm auf der D-Halbinsel in X an den beklagten Verein. Letzterer hatte auf diesem in den Jahren seit Ende der 40er Jahre eine Bootshalle und einen Anlegesteg errichtet. Vom Bootsschuppen führte eine Slipanlage über den Uferbereich in den See hinein, auf welcher auch größere Boote in das Wasser gelassen und wieder heraus geholt werden konnten. Die Parteien vereinbarten in § 7 des Mietvertrages, dass es dem Mieter nach Ablauf der Mietzeit freistehe, die „errichteten Baulichkeiten“ zu entfernen oder entschädigungsfrei zurückzulassen.

Zwischen dem klägerischen Grundstück und dem See, welcher im Eigentum des Kreises Y steht, befindet sich nunmehr ein schmaler Landstreifen.

In den Jahren 2008/2009 wurde der alte Steg erneuert. Er befindet sich nunmehr vor dem Grundstück des Kl. im See auf einem vom Kreis gepachteten Bereich des Seeufers. Dadurch wurde die alte Slipanlage überbaut und war nicht mehr brauchbar.

Die Vermieterin A ist verstorben und von dem Kl. beerbt worden. Dieser kündigte mit Schreiben vom 28.6.2010 das Mietverhältnis zum 31. Dezember 2010, mithin zum frühesten Ende des Vertrages (§ 2). Das Grundstück wurde an den Kl. zurückgegeben.

Das Landgericht hat die auf Entfernung des Steges und der hierzu hergestellten Aufschüttungen gerichtete Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung des Kl. Im Rahmen der Berufung macht er primär einen Herausgabeanspruch geltend, da er der Auffassung ist, es handele sich bei der neu errichteten Steganlage um einen Überbau. Sie sei damit wesentlicher Bestandteil seines Grundstückes und in sein Eigentum gefallen. Der Herausgabeanspruch ergebe sich zudem aus dem Pachtvertrag.

Sofern davon ausgegangen werde, dass der Kl. nicht Eigentümer der Überbauten geworden sei, stehe ihm ein Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB auf Nutzung der Slipanlage zu. Diese sei in jedem Falle wesentlicher Bestandteil des Grundstückes. Sein Anspruch sei auch nicht nur auf Herausgabe des Materials, sondern vielmehr auf Nutzung seines Eigentums gerichtet.

Der Senat hat die Berufung zurückgewiesen. Gegen das Urteil ist eine Nichtzulassungsbeschwerde anhängig.

Aus den Gründen

Soweit die im Berufungsrechtszug gestellten Anträge von denen erster Instanz abweichen, ist die hierin liegende Klageän-

derung überwiegend gem. § 533 ZPO zulässig. Hiernach ist eine Klageänderung zulässig, wenn der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält und sie auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht ohnehin gem. § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Diese Voraussetzungen liegen bis auf den Antrag zu 3. vor. Der Kl. hat seine Anträge lediglich einer geänderten rechtlichen Beurteilung angepasst, verfolgt sein ursprüngliches Rechtsschutzziel aber auf der ursprünglichen Tatsachengrundlage weiter. Die Zulassung ist daher auch sachdienlich, da sie geeignet ist, den Streitstoff im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits vollständig auszuräumen und weiteren Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien vorzubeugen

(vgl. Zöller-Heßler, ZPO, 31. Aufl., § 533 Rn. 6).

...

II. Der Hauptsacheantrag ist jedoch nur insoweit zulässig, als die Herausgabe einer auf einem beigefügten Lageplan ersichtlichen Steganlage und behaupteter Aufschüttungen verlangt wird. Soweit der Antrag dahin geht, die im Gutachten des Sachverständigen dargestellten Aufschüttungen zu beseitigen, ist dieser Antrag nicht i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ausreichend bestimmt. Denn einerseits ist das Gutachten, auf das Bezug genommen werden soll, nicht weiter individualisiert. Zudem lässt sich auch dem bei der Akte befindlichen Gutachten nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen, wo genau sich die zu entfernenden Aufschüttungen befinden sollen; insbesondere lässt z.B. die Tabelle auf S. 11 des Gutachtens nicht erkennen, wo auf dem Grundstück des Kl. Aufschüttungen vorhanden sein sollen und wie diese zu den angeblich auf den Nachbargrundstücken vorhandenen Aufschüttungen abzugrenzen sind. Auch sind sie nicht von den im ersten Teil des Antrages angeführten Aufschüttungen zu unterscheiden.

III. Der Antrag ist im Übrigen unbegründet.

1. Ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB steht dem Kl. nicht zu. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer einer Sache vom Besitzer deren Herausgabe verlangen. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, da der Kl. nicht Eigentümer der streitgegenständlichen Steganlage und der angeblich außerhalb seines Grundstückes vorhandenen Aufschüttungen ist.

a) Diese Gegenstände finden sich außerhalb des katastermäßig vermessenen Grundstückes des Kl., dessen Grenze sich auch als rote Linie auf dem in Bezug genommenen Luftbild findet. Zudem hat das Landgericht im Tatbestand des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Steganlage unstreitig außerhalb des klägerischen Grundstückes belegen ist (S. 6, mittlerer Absatz a.E). Diese Feststellung wurde auch mit dem Tatbestandsberichtigungsantrag vom 23.10.2013 (Bl. 216 d.A.) nicht angegriffen. Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Feststellung werden nicht dargelegt, so dass sie der Senat gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugrunde zu legen hat.

b) Der Kl. hat im Übrigen auch nicht substantiiert dargelegt, dass seine Grundstücksgrenze weiter seewärts als die in der Anlage B1 und auf dem im Antrag angeführten Lichtbild eingezeichnete Grenze belegen ist. Soweit auf die Vermarkung der 1943 als neue Grundstücksgrenze festgelegten Grenzpfähle 173–183 der Grenzverhandlung Bezug genommen wird, sind diese unstreitig nicht mehr vorhanden. Vorhanden ist allerdings die als Anlage B 1 vorgelegte Vermessung anhand dort aufgeführter Grenzpunkte.

Aus der Grenzverhandlung von 1943 kann auch nicht geschlossen werden, dass der Kreis zugestimmt hätte, dass die natürliche Seegrenze als Grundstücksgrenze festgelegt wird, wie der Kl. die entsprechenden Niederschriften interpretiert. Die Grundstückseigentümer haben eine aus genau bezeichneten Grenzpfählen bestehende Grenzlinie anerkannt. In der als Anlage SK 5 vorgelegten Nachtragsverhandlung erkennen die Eigentümer zwar die „Uferlinie“ als Grenze an, diese ist aber im Folgenden genauer durch die Linie der entsprechenden Grenzpfähle bezeichnet, besteht also gerade nicht aus der natürlichen Uferlinie, die lediglich - wie bei entsprechenden Vermarkungen üblich - nur als allgemeine Beschreibung der an der Grenze aufzufindenden natürlichen Gegebenheiten angeführt wird. Hätte die natürliche Uferlinie die Grundstücksgrenze dar-

stellen sollen, hätte es einer Vermarkung durch Grenzpfähle nicht bedurft. Es ist auch ohne weiteres einsehbar, dass aus Sicht des Kreises die Grenzziehung durch das natürliche Ufer nicht sinnvoll gewesen wäre, weil ansonsten die Eigentümer ihre Grundstücke durch Aufschüttungen erweitern könnten, wie der Kl. dies ja im erstinstanzlichen Verfahren letztlich für sich in Anspruch genommen hat. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Erklärungen des Kreises zu der Grenzverhandlung, diese nehmen bezüglich des Landstreifens, auf den verzichtet wird, auf die Fläche zwischen zwei genau definierten Grenzlinien, vermarkt durch Grenzsteine (Grundsteuerermessung von 1876) und die neuen Grenzpfähle, Bezug. Auch hier beschreibt der Begriff des Seeufers lediglich den natürlichen Bereich, in dem die Vermarkung stattgefunden hat.

c) Der Kl. ist nicht durch Überbau Eigentümer der außerhalb seines Grundstücks belegenen Steganlagen und Aufschüttungen geworden. Gemäß § 912 BGB hat der Nachbar einen Überbau zu dulden, wenn der Eigentümer eines Grundstückes bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze baut, ohne dass ihm insoweit Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Sofern ein Überbau rechtmäßig, also mit formfrei möglicher Zustimmung des Eigentümers des Nachbargrundstückes erfolgt, findet zwar keine direkte Anwendung der Vorschrift statt. Rechtsfolge ist jedoch neben der Duldungspflicht des Nachbarn, dass der Eigentümer des Grundstückes, von dem aus überbaut wird, Eigentümer des Gesamtgebäudes wird

(Palandt-Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 912 Rn. 2; Staudinger-Roth, BGB, § 912 Rn. 4).

Derartige Gebäude werden wesentlicher Bestandteil des überbauenden Grundstückes i.S.d. § 94 BGB.

Vorliegend kann unentschieden bleiben, ob diese Vorschrift überhaupt auf die streitgegenständlichen Steganlagen und Aufschüttungen anzuwenden ist, sie also als Gebäude i.S.d. Vorschrift anzusehen sind. Weiterhin kann unentschieden bleiben, ob ein etwaiger Überbau vom Grundstück des Kl. ausging oder vom Grundstück des streitverkündeten Kreises. Denn die Regelung des § 912 BGB findet aus anderem Grund auf den vorliegenden Fall keine, auch keine analoge Anwendung.

aa) § 912 BGB setzt voraus, dass der Überbau vom Eigentümer des Grundstückes vorgenommen wird. Ein Mieter oder Pächter steht dem Eigentümer nicht gleich, da unter Umständen auch der rechtmäßige Überbau gem. § 912 Abs. 2 BGB zu einer Rentenpflicht führt und damit die Eigentumsrechte belastet

(vgl. Staudinger, aaO, Rn 11).

bb) Hinzukommt, dass auch die Anwendung des § 94 BGB, nach dem die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen wesentlicher Bestandteil eines Grundstückes werden, auf einen Fall, in dem die Bebauung durch einen Mieter oder Pächter erfolgt, in der Regel nicht in Betracht kommt. Denn nach § 95 Abs. 1 BGB gehört nicht zu den Bestandteilen eines Grundstückes, was nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden wird. Zur Feststellung dieses Zwecks ist der Zeitpunkt der Verbindung mit dem Grundstück entscheidend. Beim Bau auf fremden Grund und Boden durch einen Mieter oder Pächter wird regelmäßig vermutet, dass dieser im eigenen Interesse handelt und nicht die Absicht hat, dass das erstellte Werk nach Beendigung der Vertragsbeziehungen dem Grundstückseigentümer zufällt

(BGH NJW 1957, 457).

Zur Widerlegung dieser Annahme ist im Gegenzug nicht ausreichend, dass der Ersteller des Bauwerkes erwartet, er müsse es später nicht wieder beseitigen, sondern die positive Absicht, es bei Beendigung der vertraglichen Grundstücksnutzung in das Eigentum des Grundstückseigentümers fallen zu lassen

(BGH MDR 1967, 749, Rn. 24 nach juris).

Im vorliegenden Fall ist nicht allein nichts dazu vorgetragen oder ersichtlich, aus dem zu schließen wäre, dass nach Ablauf des Mietvertrages die Steganlage und ähnliche vom Bekl. errichtete Anlagen verbleiben sollten. Aus dem Mietvertrag ergibt sich vielmehr, dass zumindest im Verhältnis zum Kl.,

falls es sich um Anlagen auf seinem Grundstück handelt, das Wahlrecht erst am Ende der Mietzeit ausgeübt werden sollte. Damit fehlt es an einer entsprechenden Zweckbestimmung bereits zum Zeitpunkt der Errichtung.

cc) Bei Überbauten des Pächters bzw. Mieters wie sie hier behauptet werden, wäre es dem Kl. als Grundstückseigentümer zwar möglich, den Überbau zu genehmigen und ihn damit zu seinem Überbau zu machen, sofern er tatsächlich von seinem Grundstück ausging

(vgl. Staudinger, aaO, Rn. 11).

Eine solche Genehmigung hätte rückwirkende Kraft. Allerdings stünde dem im vorliegenden Fall der Einwand widersprüchlichen Verhaltens entgegen. Denn der Kl. würde mit einer solchen Genehmigung die Errichtung eines Bauwerkes billigen und es sich zu Eigen machen, obwohl er seit Jahren auch mit gerichtlicher Hilfe dessen Beseitigung verlangt. So hat der Kl. auch bereits im Kündigungsschreiben (Anlage SK 2) „insbesondere“ wegen des Bootsschuppens auf die nach seiner Auffassung bestehende Rückbaupflicht hingewiesen.

2. Eine Herausgabepflichtung trifft den Bekl. auch nicht aus den Regelungen des Mietvertrages. Zwar ist hierin in § 7 angeführt, dass der Bekl. „auf dem Mietgelände ... einen Anlegesteg errichtet“ hat und dass es dem Bekl. nach Ende der Mietzeit frei steht, die Baulichkeiten zu entfernen oder sie zurückzulassen. Diese Regelung ändert jedoch nichts daran, dass -wie das Landgericht als unstreitig angenommen hat- die Teile der Steganlage, deren Herausgabe der Kl. nunmehr verlangt, außerhalb seines Grundstückes belegen sind.

...

IV. Soweit der Kl. mit dem Hilfsantrag 2.2 anstelle der Herausgabe des Steges und der Aufschüttungen aufgrund der Regelungen des Mietvertrages deren Beseitigung begehrt, dringt er hiermit aus denselben Gründen nicht durch, da es sich nicht um den Ersatzbau der im Vertrag genannten Steganlage handelt, sondern um eine neue, außerhalb seines Grundstückes errichtete.

V. Ebenso erfolglos bleibt der Hilfsantrag 2.3, mit dem der Kl. ungehinderten Zugang zum See über die Sliplanlage und die Wiederherstellung des Zustandes vor Besitzübertragung im Jahre 1949 begehrt. Im Hinblick auf den letztgenannten Teil des Antrages ist dieser unzulässig, da er keinen ausreichend bestimmten vollstreckungsfähigen Inhalt aufweist. Der wiederherzustellende Zustand lässt sich diesem Antrag nicht entnehmen.

Im Übrigen ist der Antrag unbegründet.

1. Insoweit hat das Landgericht unter Bezugnahme auf die Entscheidung des 9. Zivilsenates des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichtes (9 U 89/11) in einem vorangegangenen Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zutreffend dargelegt, dass das Grundeigentum des Kl. durch den fehlenden Seezugang nicht beeinträchtigt ist, da dieses Eigentumsrecht nicht dazu führt, dass der Kl. dem Eigentümer angrenzender Grundstücke Maßnahmen verbieten könnte, die dazu führen, dass ein vormals bestehender Gewässerzugang nicht mehr gegeben ist. Dem schließt sich der Senat an.

2. Soweit der Kl. einen derartigen Anspruch aus seinem Eigentumsrecht an der Sliplanlage herleitet, das in Anwendung des § 1004 Abs. 1 BGB auch dessen Nutzbarkeit voraussetzt, scheitert ein solcher Anspruch bereits am fehlenden Eigentum des Kl. an dieser Anlage. Denn auch diese Sliplanlage wurde vom Mieter/Pächter errichtet, sie wurde damit nach der o.a. Regelvermutung nur zu einem vorübergehenden Zweck mit Grund und Boden verbunden und damit gem. § 95 BGB nicht zum Bestandteil seines Grundstückes. Die Festigkeit und der Umfang der Verbindung mit dem Untergrund spielen in diesem Zusammenhang keine Rolle, so dass unentschieden bleiben kann, ob die Überbauung der Anlage mit Zustimmung des Kl. erfolgte.

BGB §§ 1826, 1915, 1987

1. Die Bemessung des Stundensatzes eines Nachlassverwalters mit nutzbarer Ausbildung entsprechend § 3 Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 VVBVG erscheint wie bei einem ent-

sprechend ausgebildeten Berufsnachspfleger gemäß den §§ 1987, 1915, 1836 BGB mit 45 € im Normalfall einfacher Abwicklung, über 65 € bei mittlerem Schwierigkeitsgrad bis hin zu 85 € bei schwieriger Abwicklung als angemessen. Nur im Einzelfall bei ausnahmsweise ganz leichter Aufgabenstellung ist ein noch niedrigerer Satz denkbar (Ergänzung zur Rechtsprechung des Senats betreffend Vergütung des anwaltlichen Berufsnachspflegers in SchlHA 2012, 423 ff. = FamRZ 2012, 1903 f. = MDR 2012, 1351 ff. = ZErB 2012, 187 ff.).

2. Die nach § 1987 BGB für die Führung des Amtes des Nachlassverwalters festzusetzende Vergütung kann erst ab dem Zeitpunkt festgesetzt werden, ab dem die Nachlassverwaltung auch angeordnet worden ist, nicht aber für Zeitaufwand, den der spätere Nachlassverwalter schon vor seiner Bestellung etwa im Auftrag einzelner Erben erbracht hat.

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Beschl. vom 6. Juni 2016 – 3 Wx 12/16 –, Te.

Die Beteiligten zu 1.–7. sind die Erben nach der am 6.4.2013 verstorbenen Erblasserin. Ausweislich des am 9.11.2013 von dem Amtsgericht erteilten gemeinschaftlichen Erbscheins ist der Beteiligte zu 1. dabei Erbe zu $\frac{1}{4}$ des Nachlasses geworden.

Erstmals mit Schreiben vom 24.6.2014 hat der Beteiligte zu 2. die Anordnung der Nachlassverwaltung beantragt. Der Beteiligte zu 8.) meldete sich am 11.7.2014 bei dem Amtsgericht und teilte mit, der Antrag der Erben, eine Nachlassverwaltung zu beantragen, sei als gescheitert anzusehen, weil zwei Miterben kategorisch ablehnen würden, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Der Beteiligte zu 2. nahm den Antrag wenige Tage später zurück. Mit am 7.8. bzw. 20.8.2014 eingegangenen Schreiben des Beteiligten zu 8. überreichte dieser schließlich erneut Anträge auf Nachlassverwaltung, im Ergebnis für alle Miterben. Mit Beschluss des Amtsgerichts Niebüll vom 22.8.2014 ist auf den somit vorliegenden Antrag der gesamten Erbengemeinschaft die Verwaltung des Nachlasses angeordnet und der Beteiligte zu 8. zum Nachlassverwalter bestellt worden.

Mit einem Schreiben an das Amtsgericht vom 16.1.2015 beantragte der Beteiligte zu 8., seine Vergütung für seine Tätigkeit als Nachlassverwalter für den Zeitraum vom 27.5.2014 bis 31.12.2014 festzusetzen. Es sollten 68 Stunden mit einem Stundensatz von 70 € bezahlt werden (4760 € netto), zuzüglich Porto, Telefonkosten, Kopierkosten und Fahrtkosten von zusammen 272,49 € netto, mithin insgesamt 5032,49 € netto und zzgl. 19 % Mehrwertsteuer 5988,66 € brutto.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 17.7.2015 ließ der Beteiligte zu 1. ausdrücklich anfragen, ob der Nachlassverwalter verpflichtet sei, die von ihm in Ansatz gebrachten Stunden näher darzulegen. Mit Schriftsatz vom 27.7.2015 überreichte der Beteiligte zu 8.) daraufhin den Ausdruck seiner Aktenhistorie für den Zeitraum, für welche die Vergütung begehrt worden war. Daraus ergäben sich – so der Beteiligte zu 8. – die von ihm durchgeführten Maßnahmen und die dafür aufgewendete Zeit.

Mit Beschluss der Rechtspflegerin des Amtsgerichts vom 6.10.2015 wurden dem Beteiligten zu 8. für seine Tätigkeit vom 27.5.2014 bis 31.12.2014 eine Vergütung in Höhe von – so heißt es in dem Bescheid wörtlich „4760 € (33,50 € à 68 Stunden zzgl. 19 % Mehrwertsteuer in Höhe von 956,17 €) bewilligt“. Zugleich wurde festgestellt, dass dem Nachlassverwalter in dem oben genannten Zeitraum Auslagen in Höhe von 272,49 € entstanden seien. Die Gesamtsumme betrage 5988,66 €. Der Nachlassverwalter sei berechtigt, die oben genannten Beträge dem Vermögen des Nachlasses zu entnehmen. Zur Begründung wurde auf die Auflistung des Stundenaufwands durch den Beteiligten zu 8. verwiesen.

Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte zu 1. Beschwerde eingelegt und zur Begründung u.a. ausgeführt in der Aktenhistorie des Beteiligten zu 8. seien diverse Unstimmigkeiten enthalten, die aufgeklärt werden sollten. So fragte der Beteiligte zu 8., was die Schreiben an die W-Versicherung für einen Zweck in der Sache hätten. Zu fragen sei auch, wer „X & Y“ sei und wozu der Kontakt benötigt worden sei. Wiederholt sei mit der Z-Versicherung korrespondiert worden, obwohl der Fall schon 2013 abgeschlossen gewesen sei. Zu fragen sei auch, wie eine Fahrt von A nach B und zurück über C nach A 69 km erbringen könne. Ferner sei die Löschung der Grundschuld bereits 2013 von den Rechtsanwälten D und Partner betrieben und auch vergütet worden. Im April und Juli 2014 hätten seine Schwester und er – der Beteiligte zu 1. – um eine Besichtigung der Immobilien und der Grundstücke gebeten, um sich einen Einblick in die Gegebenheiten und Zustände zu verschaffen. Dies sei von den Beteiligten zu 8. jedoch abgelehnt worden. Das alles dürften sie jetzt teuer bezahlen. Der Verkauf des Grundstückes in S für nur einen Euro sei ihrer Meinung nach um ein Mehrfaches zu gering.

Der Beteiligte zu 8. hat mit Schreiben vom 11.11.2015 zu den konkret angesprochenen Problemen W-Versicherung, Z-Versicherung, X & Y, Fahrtkosten, Löschung der Grundschuld, Besichtigung sowie Grundstück in S im einzelnen Stellung genommen. Er führte aus, nur zu den Fahrtkosten hätte sich ein Schreibfehler eingeschlichen, weil die Fahrstrecke A-B-C-A lediglich 49 km betrage, so dass die Fahrtkosten um 20 km à 0,25 € + 19 % Mehrwertsteuer = 5,95 € zu ermäßigen seien. Er schlage vor, dass er nunmehr nur noch einen Betrag von 5982,71 € beanspruche.

Mit Beschluss vom 15.2.2016 (Blatt 148 der Akten) hat die Rechtspflegerin des Amtsgerichts entschieden, der Beschwerde des Beteiligten zu 1. werde nicht abgeholfen. Zu dem Fragenkatalog in der Begründung der Beschwerde habe der Nachlassverwalter Stellung genommen. Auf die Beantwortung der Fragen werde Bezug genommen. Soweit Fahrtkosten beanstandet worden seien, habe der Nachlassverwalter darauf verzichtet. Eine förmliche Änderung des Beschlusses sei daher nicht erfolgt.

Der Beteiligte zu 1. hat seine Beschwerde mit anwaltlichem Schriftsatz vom 20.5.2016 ergänzend begründet und ausgeführt, die Fahrstrecke A-B-C-A sei auch nach der Korrektur noch zu hoch angesetzt. Deutlich zu hoch sei auch der Stundensatz von 70 €, weil es sich weder um eine besonders umfangreiche, noch um eine schwierige Nachlassverwaltung handele.

Der Senatsvorsitzende hat die Beteiligten mit Verfügung vom 14.4.2016 darauf hingewiesen dass nach der Aktenhistorie für den Zeitraum vom 27.5.2014 bis 20.8.2014 ein Arbeitsaufwand von insgesamt knapp 19 Stunden (1139 Minuten) durch den Nachlassverwalter geltend gemacht werde und in die Vergütungsfestsetzung des Amtsgerichts auch eingegangen sei. Das erscheine zweifelhaft, weil eine Vergütung für den Nachlassverwalter nach Rechtsprechung und Literatur im Grundsatz erst ab dem Zeitpunkt festgesetzt werden könne, ab dem die Nachlassverwaltung auch angeordnet worden sei, hier also ab dem 22.8.2014.

Aus den Gründen

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1. ist zulässig, aber nur teilweise begründet.

1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1. ist nach den §§ 58 ff. FamFG zulässig, insbesondere fristgerecht eingereicht worden.

Auch der für die Zulässigkeit gemäß § 61 Abs. 1 FamFG notwendige Beschwerdewert von mehr als 600 € ist erreicht. Die Beschwerde erfasst die in dem angegriffenen Beschluss festgesetzte Vergütung (4760 € netto) einschließlich Auslagen (272,49 € netto) – brutto zusammen 5988,66 € – insgesamt, denn sie ist nicht konkret eingeschränkt worden

(vgl. für einen entsprechenden Fall Senat SchlHA 2014, 28 ff. = Rpfleger 2014, 22 ff.).

Zwar kommt in Betracht, dass sich Beschwerdewert gegenüber der in der erstinstanzlichen Entscheidung festgesetzten Vergütung des Nachspflegers bzw. Nachlassverwalters (einschl. Auslagen) reduzieren, wenn nämlich Beteiligte mit der Beschwerde konkret nur bestimmte Teile der Vergütung angreifen

(vgl. für einen solchen Fall Senat SchlHA 2015, 157 f. = Rpfleger 2015, 39 ff.).

Eine Beschränkung setzt aber stets voraus, dass der Beschwerdeführer sie eindeutig und zweifelsfrei erklärt

(Sternal in Keidel, FamFG, 18. A. 2014, § 64 Rn. 42 mwN).

Dieser Fall liegt hier nicht vor. Die Beschwerde ist mit anwaltlichem Schriftsatz vom 23.10.2015 uneingeschränkt eingelegt worden, wenngleich dort konkret nur auf die Netto-Vergütungshöhe von 4760 € Bezug genommen wird. Auch in der späteren Begründung der Beschwerde durch die Schriftsätze des Beteiligten zu 1. vom 30.10.2015 und vom 19.11.2015 findet sich keine klare Einschränkung der Beschwerde auf bestimmte Vergütungsteile. Der Beteiligte zu 1. rügt eingangs des Schriftsatzes vom 30.10.2015 bereits „*diverse Unstimmigkeiten ... in der Aktenhistorie*“ des Beteiligten zu 8. Anschließend stellt er Fragen zu verschiedenen, eine Vielzahl von Buchungsansätzen in der Aktenhistorie betreffenden Positionen. Vor allem rügt er dort bereits, der Beteiligte zu 8. habe frühzeitige Hinweise des Beteiligten zu 1. und der Beteiligten zu 3. betreffend Probleme der Immobilien und den insoweit bestehenden Wunsch nach Besichtigung zurückgewiesen, „*welches wir jetzt jedoch teuer bezahlen dürfen*“. Mit Schriftsatz vom 19.11.2015 rügt er betreffend die Bemühungen des Beteiligten zu 8. um Räumung oder Mietzahlung wegen der von ihm – dem Beteiligten zu 1. – bewohnte Immobilie D, diese müsse zur Vermeidung von Wasserschäden dauernd bewohnt und betreut werden, die kleine Wohnung sei zudem nicht von ihm bewohnt. In der weiteren Immoblie in B sei es zu einem Schaden gekommen, weil der Beteiligte zu 8. Warnungen betr. die Wasserproblematik im Keller missachtet habe, die Befähigung des Beteiligten zu 8. müsse überprüft werden. Damit wendet sich der Beteiligte zu 1. auch gegen die Vergütung des Beteiligten zu 8. ersichtlich mit dem Argument, dieser habe sein Amt mangelhaft und schadensverursachend geführt. Die uneingeschränkt eingelegte Beschwerde ist mithin auch durch die Beschwerdebegründung nicht konkret auf einzelne Buchungspositionen beschränkt worden.

Nur am Rande ist darauf hinzuweisen, dass die Argumentation des Beteiligten zu 8. in seinem Schriftsatz vom 19.4.2016, der Beschwerdewert liege unter 6,00 € (nämlich in Höhe der von ihm als berechtigt gerügt anerkannten Fahrtkosten von 5,95 €), dem Senat nicht recht nachvollziehbar ist. Bereits in

seiner Beschwerdeerwidern vom 11.11.2015 hat sich der Beteiligte zu 8. mit einer Vielzahl von Rügen des Beteiligten zu 1. durchaus konkret auseinandergesetzt und also selbst erkannt, dass sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1. nicht auf die Rüge beschränkt hat, er habe 5,95 € an Fahrtkosten zu viel abgerechnet.

Die von dem Beteiligten zu 8. gegenüber dem Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 20.5.2016 erhobene Verspätungsrüge kann nicht durchgreifen, weil es sich um ein der Amtsermittlung unterliegendes Verfahren handelt.

2. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1. ist nur teilweise begründet. Da – wie aufgezeigt – keine Beschränkung der Beschwerde vorliegt, hat der Senat die Sache innerhalb des durch den vom Vergütungsantrag des Beteiligten zu 8. bestimmten Verfahrensgegenstandes – dem das Amtsgericht stattgegeben hat – in vollem Umfang zu überprüfen

(vgl. Sternal in Keidel, aaO).

a) Gemäß § 1987 BGB kann der Nachlassverwalter für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen. Die Vergütung wird auf Antrag durch Beschluss des Nachlassgerichts festgesetzt. §§ 1915 Abs. 1 Satz 2, 1836 BGB sind als eigenständige Regelung für die Höhe der Pflegervergütung auch auf den Nachlassverwalter anzuwenden. Bei der Nachlassverwaltung handelt es sich um eine besondere Form der Pflugschaft, eine Unterart der Nachlasspflugschaft, wie sich aus § 1975 BGB ergibt

(OLG München Rechtspfleger 2006, 405 ff.; Zimmermann, Die Nachlasspflugschaft, 3. Aufl. 2013, Rn. 87; Palandt/Weidlich, § 1987 Rn. 2).

Deshalb ist der Nachlassverwalter im Ergebnis wie ein Nachlasspfluger zu vergüten

(OLG München aaO).

Weil die Aufgaben eines Nachlassverwalters grundsätzlich denjenigen eines berufsmäßigen Pflgers ähneln, ist für seine Vergütung abweichend von § 1836 Abs. 1 S. 2 BGB die Feststellung berufsmäßiger Ausübung bei der Bestellung entbehrlich

(Palandt/Weidlich, BGB, 75. A. 2016, § 1987 Rn. 1).

Die Vergütung wird auf Antrag durch das nach § 1962 BGB zuständige Nachlassgericht festgesetzt und zwar durch Beschluss gemäß § 168 FamFG (nach § 168 Abs. 5 FamFG sind die vorausgegangenen Absätze dieser Norm auf die Pflugschaft entsprechend anwendbar). Für das gerichtliche Festsetzungsverfahren gilt mithin gemäß § 26 FamFG Amtsermittlung

(Engelhardt in Keidel, aaO, § 168 Rn. 10).

b) Vor diesem Hintergrund kann die Vergütung, die nach § 1987 BGB „für die Führung seines Amtes“ festzusetzen ist, allerdings nur ab dem Zeitpunkt festgesetzt werden, ab dem die Nachlassverwaltung auch angeordnet worden ist. Der Zeitaufwand vor der Bestellung ist nach den unter a) genannten Maßstäben – wie beim Nachlasspfluger – nicht vergütungsfähig

(Zimmermann, aaO, Rn. 789 und Rn. 794).

d.h. die Vergütung kann insoweit nicht auf Antrag in dem aufgezeigten gerichtlichen Festsetzungsverfahren vom Nachlassgericht festgesetzt werden

(BayObLG FamRZ 1997, 185 – die dort genannte Ausnahme betrifft ausweislich der dort zitierten weiteren Entscheidung nur die Zeit nach Aufhebung der Pflugschaft, wenn die Tätigkeit noch in unmittelbarem Zusammenhang mit der früheren Pflugschaft steht).

In der Beschwerdeerwidern vom 11.11.2015 – dort Seite 3 – macht der Beteiligte zu 8. dementsprechend selbst geltend, der in der Beschwerdeschrift erwähnte Zeitraum von April bis Juli 2014 falle gerade nicht in seinen Verantwortungsbereich und nicht in seine Tätigkeit als Nachlassverwalter, weil die Nachlassverwaltung – was zutreffend ist – erst mit Beschluss vom 22.8.2014 angeordnet worden sei. Sein Vergütungsantrag, dem das Amtsgericht ohne nähere Begründung in vollem Umfang stattgegeben hat, betrifft aber den Zeitraum ab dem 27.5.2014. Nach der eingereichten Aktenhistorie sind für diesen Zeitraum zwischen dem 27.5.2014 bis zum 20.8.2014 insgesamt 1139 Minuten Arbeitsaufwand – das heißt knapp 19 Stunden – in die Abrechnung und damit auch in die Ver-

gütungsfestsetzung des Amtsgerichts eingegangen. Dieser Arbeitsaufwand ist aber vor der Anordnung der Nachlassverwaltung angefallen. Nach dem Hinweis des Senats hat der Beteiligte zu 8. eingeräumt, mit seinem Vergütungsantrag 19 Arbeitsstunden und zudem Auslagen in Höhe von zusammen – brutto – 1639,50 € abgerechnet zu haben, die vor der Anordnung der Nachlassverwaltung am 22.8.2014 angefallen sind. Dieser Betrag – Vergütung nebst Auslagen – hätte mithin vom Amtsgericht nicht festgesetzt werden dürfen. Der Beschluss des Amtsgerichts ist insoweit fehlerhaft und muss deshalb korrigiert werden.

Soweit der Beteiligte zu 8. in dem Zeitraum vom 27.5.2014 bis 21.8.2014 im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit als Rechtsdienstleister bereits im Auftrag eines oder mehrerer Erben tätig gewesen sein sollte, mag denkbar sein, dass ihm – je nach den in diesem Verhältnis ausdrücklich oder konkludent getroffenen Vereinbarungen – eine Vergütung im Rahmen einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung zustehen könnte. Das muss zwischen den betroffenen Vertragspartnern geklärt werden. Eine Zuständigkeit des Nachlassgerichts besteht ersichtlich nicht. Diese Vergütung kann und darf also nicht nach Prüfung im Wege der Amtsermittlung im gerichtlichen Verfahren nach § 168 FamFG festgesetzt werden. Bei Streit zwischen den Vertragspartnern wäre vielmehr das Prozessgericht nach den Regeln der ZPO zuständig. Deshalb hilft die Argumentation des Beteiligten zu 8. nicht weiter, Aufwendungen von Erben in Vorbereitung einer Nachlassverwaltung – darunter auch die Kosten für einen von ihnen beauftragten Rechtsdienstleister – könnten diese gemäß § 1978 Abs. 3 BGB nach den Vorschriften des Auftragsrechts oder über Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den Nachlass geltend machen.

c) Dem Beteiligten zu 8. kann ein Stundensatz von 65 € netto für den fraglichen Abrechnungszeitraum bis Ende 2014 zugestanden werden, mithin 5 € netto weniger als geltend gemacht.

Die Rechtspflegerin hat in dem angegriffenen Beschluss einen Stundensatz von 33,50 € netto bewilligt, dies rechnerisch allerdings nicht umgesetzt, weil die dort angesprochenen 68 Stunden à 33,50 € nur 2278 € ergeben würden und nicht 4760 €, wie aber in dem Beschluss ausgerechnet und letztlich in Form der Brutto-Gesamtsumme von 5988,66 € auch zugestanden. Tatsächlich beruht die Gesamtfestsetzung mithin auf einem Stundensatz von 70 € netto, wie ihn der Beteiligte zu 8. in seinem Antrag gefordert hat. Die erforderliche Begründung für die unter einzelfallbezogener Billigkeitsabwägung nach Ermessen zu bestimmende Stundensatzhöhe findet sich in dem angegriffenen Beschluss der Rechtspflegerin weder in Bezug auf die dort konkret genannten 33,50 €, noch in Bezug auf die tatsächlich (aus Sicht der Rechtspflegerin irrtümlich?) bewilligten (aber im Beschluss nicht ausdrücklich genannten) 70 €. Die somit fehlende Abwägung und Begründung ist vom Senat nachzuholen und führt zu einem Stundensatz von 65 € netto.

Für die Höhe der Vergütung des (berufsmäßigen) Nachlasspflgers – und entsprechend für die des Nachlassverwalters – gilt bei einem vermögenden Nachlass gemäß den §§ 1960, 1915 Abs. 1 S. 2 BGB, dass sie sich abweichend von § 3 VBVG nach den für die Führung der Pflugschaftsgeschäfte nutzbaren Fachkenntnissen des Pflgers, sowie nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Pflugschaftsgeschäfte bestimmt. Demgemäß hat das Nachlassgericht – im Beschwerdeverfahren das an seine Stelle tretende Beschwerdegericht – nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, welche Stundensätze anzusetzen sind. Den Gerichten steht dabei ein weiter Ermessensspielraum zu

(Senat FamRZ 2012, 1903 f. bei juris Rn. 17 und FGPrax 2010, 140 ff., bei juris Rn. 20; OLG München Rechtspfleger 2006, 405, 406 und Brandenburgisches OLG ZEV 2010, 637 ff., bei juris Rn. 14).

Der Senat hat in seinem grundsätzlichen Beschluss vom 7.5.2012, 3 Wx 113/11

(FamRZ 2012, 1903 f. = MDR 2012, 1351 ff. = ZErB 2012, 187 ff. = SchIHA 2012, 423 ff. mit zust. Anm. von Brammer, FamFR 2012, 382)

entschieden, für den anwaltlichen Berufsnachlasspfluger (Ausbildung entsprechend § 3 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 VBVG) in Schles-

wig-Holstein (also Büros außerhalb großstädtischer Ballungsräume) erscheine eine lineare Steigerung ausgehend von 65 € für den Fall einfacher Abwicklung, über 90 € bei mittelschwerer zu 115 € bei schwieriger Aufgabenstellung als angemessen, wobei ausnahmsweise bei ganz leichter Aufgabenstellung ein noch niedrigerer Satz hinuntergehend bis zu 33,50 €/Std. denkbar sei. Der Senat hat dabei die Tabelle des OLG Dresden (in Rpfleger 2007, 547 f.) herangezogen (Stundensatz danach für Berufsnachlasspfleger mit Ausbildung/Kenntnissen i.S.v. § 3 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 VBVG 33,50 € bei einfacher Abwicklung, 43 € bei mittelschwerer Abwicklung und 58 € bei schwieriger Abwicklung), im Ausgangspunkt allerdings aus den von ihm dort näher dargelegten Gründen deutlich höhere Sätze – in Übereinstimmung mit der überwiegenden Rechtsprechung und Literatur – für notwendig gehalten und zudem eine lineare Steigerung befürwortet, die zu einer weiteren Anhebung des Stundensatzes gerade bei mittlerem Schwierigkeitsgrad führt. Das OLG Dresden sieht für Ausbildung/Kenntnisse i.S.v. § 3 Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 VBVG für die drei Stufen der Abwicklungsschwierigkeit Sätze von 25 €, 32 € und 43 € vor. Ausgehend von den vom Senat in seiner genannten Entscheidung entwickelten Grundsätzen ist indes für die gegenwärtigen Verhältnisse in Schleswig-Holstein ein Stundensatz von 45 € bei einfacher Abwicklung, über 65 € bei mittelschwerer Abwicklung zu 85 € bei schwieriger Abwicklung anzusetzen. Die lineare Steigerung macht deutlich, dass im Einzelfall je nach genauer Einordnung des Schwierigkeitsgrads ein von diesen Ausgangswerten abweichender Stundensatz in Betracht kommt, bei ganz einfacher Abwicklung auch unterhalb von 45 €.

Im vorliegenden Fall erscheint angesichts einer nutzbaren Ausbildung des Beteiligten zu 8. entsprechend § 3 Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 VBVG (besondere, für die Führung des Amtes nutzbare Kenntnisse, die durch eine abgeschlossene Lehre oder vergleichbare Ausbildung gewonnen worden sind – hier konkret die Ausbildung des Beteiligten zu 8. als Rechtsanwalts- und Notarhilfe, die Arbeit als Bürovorsteher in einer Anwaltskanzlei, die spätere Arbeit in der Kanzlei eines Rechtsbeistands und die inzwischen schon langjährige selbständige Tätigkeit als Rechtsdienstleister/Inkassobüro mit langjähriger Erfahrung auch als Nachlasspfleger und Nachlassverwalter) und einem im Ergebnis mittleren Schwierigkeitsgrad der Nachlassverwaltungstätigkeit der Stundensatz von 65 € als angemessen. Gründe für einen über den Normalfall der mittleren Schwierigkeit hinausgehenden Stundensatz von 70 € – wie vom Beteiligten zu 8. geltend gemacht – finden sich dagegen nicht. Ein mittlerer Schwierigkeitsgrad liegt hier indes entgegen der unzutreffenden Auffassung des Beschwerdeführers durchaus vor, wie der Beteiligte zu 8. in seinem Schriftsatz vom 19.4.2016 insgesamt nachvollziehbar dargelegt hat. Denn abweichend von dem Normalfall eines einfachen Nachlasses (eine Immobilie mit entsprechendem sächlichen Nachlass, ein Girokonto, ein Sparkonto) gehören zum Nachlass hier immerhin 2 Wohnhäuser in B ein Resthof in C und eine Landwirtschaftsfläche in E. Zudem ergibt sich aus dem genannten Schriftsatz, aber gerade auch aus den Beschwerdeschriftsätzen des Beteiligten zu 1. vom 30.10. und 19.11.2015, dass diese Objekte in teilweise erheblich betreuungsbedürftigen Zustand sind und unklare Miet-/bzw. Nutzungsverhältnisse vorliegen, die in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bewältigt und geklärt werden müssen. An dieser Stelle ist nicht näher zu prüfen, ob dem Nachlass tatsächlich Ansprüche wegen der Nutzung einer nachlasszugehörigen Immobilie gegen den Beschwerdeführer zustehen. Es liegt indes auf der Hand – und nur das ist hier von Bedeutung – dass der Beteiligte zu 8. als Nachlassverwalter die Nutzungsverhältnisse prüfen und klären muss, was im Fall einer einfachen Abwicklung gerade nicht anfallen würde und eben zu dem Bild eines erhöhten, mittleren Schwierigkeitsgrads der Nachlassverwaltung passt.

d) Die geltend gemachten und vom Amtsgericht in dem angefochtenen Beschluss festgesetzten Auslagen von 272,49 € netto sind auf 182,01 € netto (= 216,59 € brutto) zu kürzen. Abzuziehen sind zunächst 47,73 € netto Auslagen, die nach der eigenen Darstellung des Beteiligten zu 8. auf die Zeit

vor der Anordnung der Nachlassverwaltung fallen und mithin – s.o. – nicht im Verfahren nach § 168 FamFG durch nachlassgerichtlichen Beschluss festgesetzt werden können.

Weitere Abzüge in Höhe von 42,75 € netto sind bei den Fahrtkosten zu machen. Der Beteiligte zu 8. hat nach Hinweisen des Beschwerdeführers zu der Fahrtstrecke A-B-C-A (am 13.11.2014) und nach einem Hinweis des Senats betreffend die Fahrtstrecke von seinem Büro in A zu dem Objekt in B eingeräumt, dass die angegebenen Fahrtstrecken (nach der Aktenhistorie ergaben sich ohnehin nur 361 km, nicht die abgerechneten 403 km) insgesamt zu hoch angesetzt worden sind. Auch dies ist von der Rechtspflegerin des Amtsgerichts offensichtlich nicht auf Plausibilität überprüft worden. Die inzwischen vom Beteiligten zu 8. mit Schriftsatz vom 26.5.2016 angegebenen 232 km erscheinen in der Gesamthöhe nunmehr plausibel. Abzurechnen sind also 232 km x 0,25 € = 58 €, mithin 42,75 € netto weniger als beantragt.

Es ist anerkannt, dass der Nachlassverwalter/Nachlasspfleger auch auf seine Auslagen Umsatzsteuer erstattet verlangen kann

(Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 3. A. 2013, Rn. 804 mit Rechtsprechungsnachweisen).

e) Mit der Rüge des Beteiligten zu 1., der Beteiligte zu 8. habe die Nachlassverwaltung schlecht geführt und Schäden verursacht – insbesondere im Hinblick auf das Vorgehen gegen ihn wegen seiner Nutzung einer der nachlasszugehörigen Immobilien, wegen vermeidbarer Wasserschäden in einer der nachlasszugehörigen Immobilien in B trotz entsprechender Hinweise von Erben und wegen eines zu geringen Verkaufspreises für die Fläche in S – kann die Vergütungsfestsetzung des Amtsgerichts nicht mit Erfolg angegriffen werden.

Es entspricht weiterhin der einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung aber auch der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur, dass in dem Verfahren über die Nachlasspfliegervergütung nach § 168 FamFG – entsprechend also auch bei der Nachlassverwaltervergütung – der Einwand, der Pfleger habe die Geschäfte mangelhaft geführt, grundsätzlich nicht berücksichtigt werden kann, weshalb in diesem Verfahren auch über Schadensersatzansprüche und sonstige streitige Gegenansprüche nicht zu befinden ist

(Senat FamRZ 2012, 143 f. = SchIHA 2012, 24 ff., juris Rn. 19–24; KG FamRZ 2008, 81 ff. bei juris Rn. 19; OLG München OLG R 2006, 139 ff. bei juris Rn. 46; OLG Celle, B.v.19.12.2003, 21 W 18/03 bei juris Rn. 5 und 7; BayObLG NJW-RR 2000, 149 f. bei juris Rn. 18; aus der Literatur etwa Probst, Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, 2. A. 2010, S. 217; Palandt/Götz, aaO, Anh zu § 1836, § 1 VBVG Rn. 16; Engelhardt in Keidel, aaO, § 168 Rn. 21 und 41).

Ansprüche gegen einen Nachlasspfleger/Nachlassverwalter wegen mangelhafter Führung seiner Geschäfte sind mithin im ordentlichen Zivilprozess etwa im Wege einer Schadensersatzklage zu verfolgen. Eine Ausnahme wird von einigen der zitierten Stimmen für den Fall der Verwirkung des Vergütungsanspruchs angenommen, wenn eine Veruntreuung zum Nachteil des Betreuten bzw. des Nachlasses vorliegt

(etwa KG aaO Probst, aaO).

Auch solche Vorwürfe können im Verfahren auf Festsetzung der Vergütung aber nur berücksichtigt werden, wenn sie feststehen oder – etwa auf Grund eines Geständnisses – auf der Hand liegen

(BayObLG FamRZ 1992, 106 ff. bei juris Rn. 21).

Ein solcher Fall liegt hier ersichtlich nicht vor.

Es kommt nicht mehr darauf an, dass der Beteiligte zu 8. allerdings konkret vorgebracht hat, hinsichtlich des Grundstücks S – landwirtschaftliche Nutzfläche – keineswegs einen zu geringen Preis erzielt zu haben. Der durchschnittliche Kaufpreis für Landwirtschaftsflächen dort habe nach Auskunft des Gutachterausschusses des Kreises ... zwischen 9000 und 11000 € pro Hektar betragen, tatsächlich erzielt worden sei ein Hektarpreis von 11972,27 €.

f) Die übrigen, zumeist in Frageform gekleideten Beschwerdeangriffe des Beteiligten zu 1. aus seinem Schriftsatz vom 30.10.2015 greifen nicht durch. Auch sind bei der weiteren Überprüfung der Aktenhistorie des Beteiligten zu 8. – Grundlage seines Vergütungsantrags – keine weiteren offensicht-

lichen Fehler aufgefallen. Dabei ist zu bedenken, dass gerichtliche Kontrolle der Nachlasspflegertätigkeit im Falle eines Vergütungsantrags, dem eine konkrete Arbeitsauflistung mit detaillierter Aufistung der Tätigkeit und des jeweiligen Zeitaufwands sowie der Auslagen zugrunde liegt, nur eine Plausibilitäts- und Missbrauchskontrolle sein kann, soweit nicht von Beteiligten gezielte, substantiierte Angriffe gegen einzelne Positionen erfolgen

(Senat Rpfleger 2014, 22 f. = SchlHA 2014, 28 ff.).

Im vorliegenden Fall hat der Senat im Rahmen dieser Plausibilitätskontrolle wegen der in der umfangreichen Aktenhistorie fehlenden Zusammenzählung des allerdings bei jedem einzelnen Geschäft detailliert angegebenen Zeitaufwands eine solche Zusammenzählung vorgenommen, ist dabei aber zu einem etwas größeren als dem tatsächlich vom Ast. abgerechneten Zeitaufwand von 68 Stunden gekommen, so dass der Beschwerdeführer diesbezüglich nicht belastet wird.

Die in Frageform gekleideten Rügen des Beschwerdeführers hat der Beteiligte zu 8) mit seinem Schriftsatz vom 11.11.2015 jedenfalls nachvollziehbar beantwortet, ohne dass sich insoweit noch Plausibilitätsbedenken ergeben würden. Die Kontakte mit der W-Versicherung sollen sich danach vor dem Hintergrund erklären, dass der bisherige Versicherer der beiden Häuser in B, die F, das Versicherungsverhältnis zunächst gekündigt, sodann aber schließlich doch weitergeführt hat. Mit der Z-Versicherung sei wegen der Erhöhung einer Versicherungsleistung korrespondiert worden. Bei der Anwaltskanzlei X & Y handele sich um die in der EDV des Beteiligten zu 8. noch mit altem Namen aufgeführte jetzige Kanzlei Diese Kanzlei vertrete einen der Miterben, nämlich den Beteiligten zu 2. All das ist nachvollziehbar.

Hinsichtlich der Grundschuldlöschung ergibt sich aus dem gesamten Akteninhalt, dass diese noch von dem Beteiligten zu 8. betrieben werden musste und auch betrieben worden ist. Insoweit kann auf den Senatsbeschluss vom 18.4.2016 zu dem Aktenzeichen 3Wx 11/16 verwiesen werden, der den Beteiligten bekannt ist....

InsO §§ 129, 143 I 2

Wird Buchgeld in anfechtbarer Weise übertragen, kann dem infolgedessen zur Entstehung gelangenden Wertersatzanspruch aus § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO Aussonderungskraft zukommen. Die Aussonderung setzt voraus, dass die Gutschrift auf dem Empfängerkonto durch Buchungen belegt ist; sie kann in Höhe des in der Zeit nach der Gutschrift eingetretenen niedrigsten positiven Tagessaldos verlangt werden.

SchlHOLG, 9. Zivilsenat, Urteil vom 27. Juli 2016 – 9 U 34/16 –, Dr. Sch.

Der Kl. ist der Verwalter in dem auf Eigenantrag vom 23. Januar 2013 am 11. April 2013 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der mbH (nachfolgend Schuldnerin). Bei der Schuldnerin handelt es sich um eine Beteiligungsgesellschaft, die im Zeitpunkt des Eigenantrags mit einem Anteil von 50 % nur noch an der GmbH (nachfolgend GmbH) beteiligt war, welche ein Restaurant in F betrieb. Über das Vermögen der GmbH wurde auf Antrag vom 4. oder vom 10. Dezember 2012 am 1. April 2013 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Bekl. zum Verwalter bestellt. Durch Beschluss des Insolvenzgerichts vom 17. Januar 2013 war der Bekl. bereits zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt worden. Das Insolvenzgericht hatte ferner angeordnet, dass Zahlungen wirksam nur noch an den Bekl. geleistet werden können. Die GmbH stand in geschäftlicher Beziehung zur X-Bank und erhielt von dieser regelmäßig Zahlungen aus Kreditkartenabrechnungen. Weil das Geschäftskonto der GmbH von einem Gläubiger gepfändet worden war, veranlasste der mit dem Geschäftsführer der Schuldnerin personenidentische Geschäftsführer der GmbH die X-Bank dazu, die Zahlungen aus den Kreditkartenabrechnungen an die Schuldnerin zu leisten. Die Zahlungen gingen zunächst auf dem allgemeinen Geschäftskonto der Schuldnerin ein. Nachdem auch dieses gepfändet worden war, überwies die X-Bank die Gelder auf ein von dem Geschäftsführer für diesen Fall eröffnetes (Vorrats-) Konto bei der Y-Bank N. Als die erste Zahlung der X-Bank auf diesem Konto einging, befand sich das Konto mit 13,20 € im Soll, was auf (Soll-)Zinsen und Kontoführungsgebühren und einer Überweisung an die GmbH in Höhe von 5,00 € vom 2. November 2012 beruhte. In der Zeit vom 3. bis zum 24. Januar 2013 überwies die X-Bank in fünf Einzelbeträgen insgesamt 13183,85 € auf das Konto. Nach Verrechnung mit dem Sollstand in Höhe von 13,20 € wurden 5396,17 € an einen Lieferanten der GmbH gezahlt. Das restliche Kontoguthaben wurde am 17. Januar (5461,89 €) und am 25. Januar 2013 (2312,59 €) an den Bekl. überwiesen.

Unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung verlangt der Kl. von dem Bekl. in dessen Funktion als Insolvenzverwalter über das Vermögen der GmbH die Rückgewähr der an diesen – als vorläufigen Verwalter – geleisteten Zah-

lungen. Der Bekl. ist der Ansicht, er sei zur Rückgewähr nicht verpflichtet, weil es sich bei den zur Überweisung gelangten Geldern um zur Aussonderung berechtigendes Treugut gehandelt habe. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch aus Insolvenzanfechtung bestehe auch deshalb nicht, weil die Zahlungen der X-Bank an die Schuldnerin ihrerseits der Insolvenzanfechtung unterlegen hätten. Der Bekl. hat zudem hilfsweise die Aufrechnung erklärt mit einem Zahlungsanspruch über 8527,55 €. Dabei handelt es sich um einen Betrag, den der Kl. nach mittelbarer Zuwendung aufgrund einer Schenkungsanfechtung von einem Gläubiger der GmbH erlangt hat und den der Bekl. aufgrund des Vorrangs der Deckungsanfechtung für sich beansprucht.

Das Landgericht hat sich nach zeugenschaftlicher Vernehmung des Geschäftsführers der Schuldnerin und der GmbH davon überzeugt, dass die Annahme eines Treuhandkontos gerechtfertigt sei. Es hat die Klage deshalb abgewiesen.

Gegen das Urteil wendet sich der Kl. mit seiner Berufung. Er verfolgt sein ursprüngliches Rechtsschutzziel in vollem Umfang weiter und wiederholt sein erstinstanzliches Vorbringen. Insbesondere meint er, das für die wirksame Einrichtung eines Treuhandkontos notwendige Offenkundigkeitsprinzip sei nicht gewahrt. Im Übrigen sei es zur einer Vermischung des Vermögens der Schuldnerin mit dem der GmbH auf dem Konto gekommen.

Der Senat hat die Berufung zurückgewiesen und die Revision zugelassen.

Aus den Gründen

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist unbegründet. Der Kl. kann von dem Bekl. nicht Zahlung in Höhe von 7774,48 € nebst Zinsen verlangen. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch ergibt sich insbesondere nicht aus § 143 Abs. 1 InsO in Verbindung mit den §§ 129 ff. InsO. Es fehlt an einer objektiven Gläubigerbenachteiligung als unabdingbare Voraussetzung einer jeden Insolvenzanfechtung (§ 129 Abs. 1 InsO).

1. Die Klage ist allerdings zulässig. Die Regelung des § 87 InsO zwingt den Kl. nicht dazu, einen möglichen Rückgewähranspruch aus § 143 Abs. 1 InsO nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren zu verfolgen. Es ist daher nicht erforderlich, die Forderung zunächst zur Tabelle anzumelden (§ 174 InsO). Bestände der geltend gemachte Rückgewähranspruch, berechnete dieser zur Aussonderung.

a) Dass der Rückgewähranspruch aus § 143 Abs. 1 InsO in der Insolvenz des Anfechtungsgegners ein Aussonderungsrecht begründen kann, ist seit der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23. Oktober 2003 (Az. IX ZR 252/01, ZIP 2003, 2307) anerkannt

(vgl. auch BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 – IX ZR 138/06, BGHZ 178, 171 Rn. 15; vom 2. April 2009 – IX ZR 236/07, ZIP 2009, 1080 Rn. 42 f.).

Maßgebend hierfür sind die Wertungen, die den einschlägigen Gesetznormen zugrunde liegen. Danach bewirkt das dem Insolvenzverwalter eingeräumte Anfechtungsrecht eine Änderung der Vermögenszuordnung. Gegenstände, die aufgrund einer in den §§ 129 ff InsO genannten Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden sind, müssen auf die Anfechtung des Verwalters hin der den Gläubigern haftenden Masse wieder zugeführt werden. Sie werden damit als ein dem Zugriff der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stehendes Objekt der Vermögensmasse des insolventen Schuldners behandelt, obwohl sie schuld- und sachenrechtlich wirksam in das Eigentum des Anfechtungsgegners übergegangen sind. Diese Wertung findet ihre Bestätigung in § 145 Abs. 1 InsO und ist auch aufgrund der Interessenlage der Beteiligten rechtlich geboten. Es wäre nicht einzusehen, warum die Gläubiger des insolvent gewordenen Anfechtungsgegners von Rechtshandlungen sollten profitieren können, die – im Hinblick auf die beiderseitige Insolvenz – als ungerechtfertigte Vermehrung der Vermögensmasse des Empfängers erscheinen

(BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003, aaO S. 2310 f).

b) Die Aussonderungskraft des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs erlischt mit dem Untergang des aussondernden Gegenstands

(BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 – IX ZR 228/02, BGHZ 155, 199, 204).

Der Bundesgerichtshof hat deshalb ein Aussonderungsrecht des anfechtenden Insolvenzverwalters verneint, nachdem nach Einziehung der anfechtbar abgetretenen Forderung, die noch vor Verfahrenseröffnung erfolgt war, nur ein Wertersatzanspruch nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO zur Entstehung gelangt war. An die Stelle des Aussonderungsrechts könne ein Recht auf Ersatzaussonderung der Gegenleistung treten, soweit

diese in der Insolvenzmasse unterscheidbar vorhanden sei. Ferner könne eine (Masse-)Forderung aus einer ungerechtfertigten Bereicherung entstehen (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO), wenn die Bereicherung nach Verfahrenseröffnung erfolge

(BGH, Urteil vom 24. Juni 2003, aaO 204 f).

c) Damit ist noch nicht geklärt, wie zu entscheiden ist, wenn der dem Vermögen des (künftigen) Schuldners durch die anfechtbare Rechtshandlung entzogene Gegenstand zu keinem Zeitpunkt in das Vermögen des Anfechtungsgegners gelangt. Der durch den Bundesgerichtshof mit Urteil vom 24. Juni 2003

(aaO)

entschiedene Fall zeichnete sich dadurch aus, dass sich die anfechtbar abgetretene Forderung zunächst aussonderungsfähig im Vermögen des späteren Schuldners befand und deshalb infolge der Einziehung der Forderung ein Ersatzaussonderungsrecht zur Entstehung gelangt sein konnte oder eine Forderung gegenüber der Masse nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Der Bundesgerichtshof konnte deshalb dem Wertersatzanspruch nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO die (primäre) Aussonderungskraft absprechen, ohne der von dem anfechtenden Insolvenzverwalter verwalteten Masse den mit der Annahme der Aussonderungskraft des Anfechtungsanspruchs bezweckten Schutz (vgl. dazu oben unter a)) vollständig zu versagen.

Anders liegt der Fall, wenn ein aussonderungsfähiger Gegenstand zu keinem Zeitpunkt in das Vermögen des späteren Schuldners gelangt und deshalb weder ein Ersatzaussonderungsrecht noch eine Masseforderung entstehen können. Spräche man auch hier dem Wertersatzanspruch jegliche Aussonderungskraft ab, bliebe dem anfechtenden Insolvenzverwalter nur die Verfolgung einer einfachen Insolvenzforderung und würden die Gläubiger des insolvent gewordenen Anfechtungsgegners von Rechtshandlungen profitieren können, die – im Hinblick auf die beiderseitige Insolvenz – als ungerechtfertigte Vermehrung der Vermögensmasse des Empfängers erscheinen. Dieses Ergebnis sollte mit der Annahme der Aussonderungskraft des Anfechtungsanspruchs vermieden werden

(vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003, aaO S. 2310 f).

d) Um einen Fall im vorstehenden Sinne handelt es sich bei der hier zu beurteilenden Übertragung von Buchgeld aus einem Kontoguthaben des späteren Schuldners. Infolge der Belastungsbuchung durch die Bank wird dessen Vermögen der Anspruch auf Auszahlung des entsprechenden Guthabens entzogen. Dieser Anspruch gelangt nicht in das Vermögen des Überweisungsempfängers. Nur sein Wert schlägt sich dort in Gestalt einer entsprechenden Erhöhung des Buchgeldbestands nieder. Die Gutschrift auf dem Konto des Überweisungsempfängers ist nicht im Sinne des § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben. Dies hat zur Folge, dass von vornherein nur ein Wertersatzanspruch nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO entsteht.

Wollte man dem im Falle der Übertragung von Buchgeld nur in Betracht kommenden Wertersatzanspruch aus § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO jegliche Aussonderungskraft versagen, könnte dieser von vornherein nur als einfache Insolvenzforderung geltend gemacht werden. Die daraus resultierende Lücke im Schutz der von dem anfechtenden Insolvenzverwalter verwalteten Masse wäre erheblich, weil die Begleichung von Forderungen durch die Übertragung von Buchgeld im geschäftlichen Verkehr abgesehen von den Bargeschäften des täglichen Lebens die Regel darstellt.

Zugleich entstünden mehr oder weniger dem Zufall geschuldete Ergebnisse. Übertrüge etwa der spätere Schuldner in anfechtbarer Weise eine Forderung zur Einziehung, könnten dem anfechtenden Insolvenzverwalter auch noch nach erfolgter Einziehung ein (Ersatz-)Aussonderungsrecht nach § 48 InsO oder eine Masseforderung nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO zustehen

(vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 2003, aaO).

Veranlasste der Schuldner hingegen den Drittschuldner zur unbaren Begleichung der Forderung direkt an seinen Gläubiger,

käme in dessen Insolvenz nur noch die Geltendmachung einer einfachen Insolvenzforderung in Betracht.

e) Die bestehende Schutzlücke ist dadurch zu schließen, dass unter den hier erörterten Umständen auch der Wertersatzanspruch nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO Aussonderungskraft entfalten kann. Die in Betracht zu ziehende Aussonderungskraft des Wertersatzanspruchs nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO erstreckt sich jedoch nicht auf das gesamte Vermögen des in Insolvenz gefallenen Anfechtungsgegners. Im hier maßgeblichen Falle der Übertragung von Buchgeld besteht sie bis zur Höhe des in der Zeit nach der Gutschrift eingetretenen niedrigsten Tagessaldos. Geld, das der Verwalter durch Einziehung einer fremden Forderung für die Masse vereinnahmt hat, bleibt grundsätzlich auch bei Einzahlung auf ein Konto des späteren Schuldners oder ein Konto des Verwalters aussonderungsfähig, weil es aufgrund der Buchungen und der dazugehörigen Belege von dem übrigen dort angesammelten Guthaben unterschieden werden kann. Dies ist für das Ersatzaussonderungsrecht anerkannt

(BGH, Urteil vom 15. November 1988 – IX ZR 11/88, ZIP 1989, 118, 119; vom 11. März 1999 – IX ZR 164/98, BGHZ 141, 116 ff; vom 19. Januar 2006 – IX ZR 154/03, ZIP 2006, 959 Rn. 18 f.)

und erweist sich auch hier als geeigneter Maßstab.

f) Nach diesen Grundsätzen besäße der mit der Klage geltend gemachte Rückgewähranspruch Aussonderungskraft. Die angefochtenen Zahlungen sind auf dem von dem Bekl. in seiner Funktion als vorläufiger Insolvenzverwalter eingerichteten Konto eingegangen und dort aufgrund der Buchungen und der dazugehörigen Belege von dem übrigen Guthaben zu unterscheiden. Der Bekl. ist zudem der – jedenfalls schlüssig erhobenen – Behauptung des Kl.s nicht entgegengetreten, dass der aufgrund der beiden Gutschriften eingetretene Kontostand den streitgegenständlichen Rückgewähranspruch gedeckt hat und nachfolgend bis heute nicht unterschritten worden ist.

2. Die Klage ist unbegründet. Durch die angefochtenen Überweisungen vom 17. (5461,89 €) und 25. Januar 2013 (2312,59 €) von dem bei der Y-Bank N geführten Konto der Schuldnerin an den Bekl. sind die Gläubiger der Schuldnerin nicht benachteiligt worden (§ 129 Abs. 1 InsO).

a) Eine Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn die Rechtshandlung entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch den Zugriff auf das Vermögen des Schuldners vereitelt, erschwert oder verzögert hat, sich somit die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätten

(BGH, Urteil vom 25.4.2013 – IX ZR 235/12, ZIP 2013, 1127 Rn. 16 mwN, st. Rspr.).

Vor diesem Hintergrund fehlt es an einer objektiven Gläubigerbenachteiligung in Gestalt einer Verkürzung der Aktivmasse immer dann, wenn die angefochtene Rechtshandlung nicht das den Gläubigern haftende Schuldnervermögen vermindert hat. Dies ist dann der Fall, wenn und soweit der Insolvenzverwalter nach Verfahrenseröffnung zur Veräußerung, Weggabe oder Aufgabe von Vermögen ebenso verpflichtet gewesen wäre wie es durch die angefochtene Rechtshandlung bereits erfolgt ist. Nicht anfechtbar ist deshalb die Weggabe einer Sache, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Aussonderung unterlegen hätte

(vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2006 – IX ZR 185/04, ZIP 2006, 1009 Rn. 22; vom 23. September 2010 – IX ZR 212/09, ZIP 2010, 2009 Rn. 10 f).

Dabei handelt es sich nicht etwa um einen insolvenzrechtlich unbeachtlichen hypothetischen Kausalverlauf

(vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 – IX ZR 63/08, BGHZ 181, 132 Rn. 28).

Es geht nicht um die Frage, ob die angefochtene Rechtshandlung auf anderem, insolvenzanfechtungsrechtlich unbedenklichem Wege hätte vorgenommen werden können. Entscheidend ist vielmehr, ob der Gegenstand der Insolvenzanfechtung dem Schuldnervermögen zugerechnet werden kann.

b) Im Streitfall wäre die GmbH zur Aussonderung der streitbefangenen Gelder berechtigt gewesen, wenn es sich bei diesen um Treugut im Sinne des § 47 InsO gehandelt hätte

(vgl. HK-InsO/Lohmann, 8. Aufl., § 47 Rn. 22 ff).

Nach den vorstehend unter 1. aufgezeigten Grundsätzen hätte sie Aussonderung aber auch dann verlangen können, wenn die Schuldnerin das zur Überweisung an den Bekl. gebrachte Kontoguthaben bei der Y-Bank N in anfechtbarer Weise erlangt gehabt hätte.

aa) Der Senat kann offenlassen, ob es sich bei den streitbefangenen Geldern um zur Aussonderung berechtigendes Treugut gehandelt hat. Die insoweit notwendige Verwaltungstreuhand hat allerdings das Landgericht auf der Grundlage der Aussage des Geschäftsführers der Schuldnerin und der GmbH mit Recht festgestellt. Zweifel im Sinne des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Feststellung bestehen nicht.

Das Bestehen eines Treuhandverhältnisses ist zwar notwendige, für sich genommen aber nicht ausreichende Bedingung für die Entstehung eines Aussonderungsrechts in der Insolvenz des Verwaltungstreuhanders. Jedenfalls das Vermögenstrennungsprinzip ist zusätzlich zu wahren. Welche Anforderungen an das Vermögenstrennungsprinzip im Einzelnen zu stellen sind und ob das Aussonderungsrecht weiteren Voraussetzungen – wie etwa dem Offenkundigkeitsprinzip – unterliegt, ist höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt

(vgl. HK-InsO/Lohmann, aaO Rn. 23).

Dem muss auch im Streitfall nicht weiter nachgegangen werden.

bb) Die GmbH wäre zur Aussonderung des zur Überweisung an den Bekl. gebrachten Kontoguthabens bei der Y-Bank N jedenfalls deshalb berechtigt gewesen, weil die Schuldnerin dieses in anfechtbarer Weise erlangt hatte. Darauf hat sich der Bekl. ausdrücklich berufen.

(1) Alle fünf Überweisungen der X-Bank an die Schuldnerin haben zu einer objektiven Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 Abs. 1 InsO geführt. Durch die Überweisungen der X-Bank an die Schuldnerin sind die Ansprüche der GmbH gegen die Bank gemäß § 362 Abs. 2, 185 BGB erfüllt worden. Die GmbH hat sich daher finanzieller Mittel entäußert, ohne hierfür eine gleichwertige Gegenleistung zu erhalten. Der Herausgabeanspruch der GmbH gegen die Schuldnerin gemäß §§ 675, 667 BGB aus dem Treuhandverhältnis war kein gleichwertiges Surrogat der abgeflossenen Zahlungsmittel. Gläubiger der GmbH hätten das Treuhandguthaben nicht wie deren Bankguthaben aufgrund eines Vollstreckungstitels pfänden können, so dass ein Zugriffshindernis entstanden war

(vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2012 – IX ZR 74/11, BGHZ 193, 129 Rn. 12; vom 10. September 2015 – IX ZR 215/13, ZIP 2015, 2083 Rn. 10).

(2) Der Anfechtungsgrund folgt aus § 133 Abs. 1 InsO. Die erforderliche Schuldnerhandlung liegt in der Veranlassung der X-Bank zur Leistung an die Schuldnerin durch den Geschäftsführer der GmbH. Sämtliche Überweisungen der X-Bank auf das Konto der Bekl. bei der Y-Bank N sind nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH erfolgt, weshalb die Anfechtungsfrist des § 133 Abs. 1 InsO gewahrt ist. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die GmbH schon im Sommer des Jahres 2012 zahlungsunfähig war. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die GmbH zwischenzeitlich wieder zahlungsfähig geworden sein könnte. Die Pfändung ihres Kontos durch einen Gläubiger, die Anlass für die Umleitung der Gelder an die Bekl. gewesen ist, spricht vielmehr für die Fortdauer der Zahlungsunfähigkeit. Die Zahlungsunfähigkeit der GmbH kann dem mit dem Geschäftsführer der Schuldnerin personenidentischen Geschäftsführer der GmbH nicht verborgen geblieben sein. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die Kenntnis der Schuldnerin von diesem folgen zudem daraus, dass durch die Umleitung der Gelder ein Zugriffshindernis für die Gläubiger der GmbH bewusst gewollt gewesen oder jedenfalls billigend in Kauf genommen worden ist.

(3) Nach den vorstehend unter 1) aufgezeigten Grundsätzen hätte der Anfechtungsanspruch der GmbH auch Aussonderungskraft besessen. Die Zahlungen der X-Bank sind auf dem Konto bei der Y-Bank N eingegangen. Aufgrund der Buchungen und der dazugehörigen Belege waren die Zahlungen weiterhin erkennbar. Weiteres Guthaben gab es nicht. Ohne die streit-

gegenständlichen Überweisungen an den Bekl. hätte das Kontoguthaben den Rückgewähranspruch der GmbH in der hier maßgeblichen Höhe der Klageforderung gedeckt.

3. Der Kl. kann Zahlung in Höhe von 7774,48 € auch nicht aus anderem Grund verlangen. Mangels Gläubigerbenachteiligung fehlt es an einem Rückgewähranspruch aus § 143 Abs. 1 InsO und deshalb auch an einem Aussonderungsrecht, welches der Bekl. mit der Folge einer Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO hätte vereiteln können

(vgl. HK-InsO/Lohmann, 8. Aufl., § 55 Rn. 3).

Es fehlt auch an einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse und damit an einer sonstigen Masseforderung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO.

4. Über die von dem Bekl. erklärte Hilfsaufrechnung mit einem Zahlungsanspruch über 8527,55 € ist mangels Bedingungsseintritts (Hauptforderung des Kl.) nicht zu entscheiden. ...

Die Revision ist zuzulassen. Der Senat hält die Frage, ob ein Wertersatzanspruch nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO unter den hier gegebenen Umständen Aussonderungskraft entfalten kann, für höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt und misst ihr grundsätzliche Bedeutung zu. Sollte der Wertersatzanspruch kein Aussonderungsrecht begründen, wäre die Klage zwar ebenfalls abzuweisen. Es erginge jedoch ein Prozessurteil, was dem Kl. die Möglichkeit eröffnete, die geltend gemachte Forderung nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren zu verfolgen (§ 87 InsO). Die vom Senat für grundsätzlich erachtete Frage ist also entscheidungserheblich.

GvKostG § 66 II 1; GKG §§ 5 II 2, 7, 9 in Verbindung mit GvKostG Nr. 100, 711 und 716 KV

- 1. Sind im Zusammenhang mit der Durchführung des Vollstreckungsauftrags Kosten tatsächlich entstanden, kommt eine Nichterhebung der Kosten nur in Betracht, wenn sie bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären (§ 7 Abs. 1 GvKostG).**
- 2. Ist in der Rechtsprechung umstritten und ungeklärt, unter welchen Umständen von einer fehlerhaften Ermessensausübung bei der Wahl der Zustellung auszugehen ist, kommt die Bewertung eines etwaigen Fehlers als klar und offensichtlich zu Tage tretend nicht in Betracht.**

LG Lübeck, 7. Zivilkammer, Beschluss vom 2. Mai 2016 – 7 T 17/16 (AG Ratzeburg 14 M 222/15) – Fö.

Die Gläubigerin wendet sich mit ihrer Beschwerde vom 16.12.2015 gegen die Entscheidung des Amtsgerichts R. vom 25.11.2015 über den Kostenansatz der Obergerichtsvollzieherin

Die Gläubigerin hat mit Schriftsatz vom 12.1.2015 die Obergerichtsvollzieherin beauftragt, der Schuldnerin die Vermögensauskunft abzunehmen. Dabei hat die Gläubigerin erklärt, dass Zustellungen, soweit sie nicht mit einer persönlichen Vollstreckungshandlung zusammenfielen oder sich aus dem Gesetz der Zwang zur persönlichen Zustellung ergebe, aus Kostengründen stets durch die Post erfolgen sollten.

Am 29.1.2015 hat die Obergerichtsvollzieherin versucht, der Schuldnerin die Ladung für den auf den 19.2.2015 anberaumten Termin zur Abnahme der Vermögensauskunft persönlich zuzustellen. Da die Obergerichtsvollzieherin die Schuldnerin nicht angetroffen hat, hat sie die Ladung in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten eingelegt.

Unter dem 17.2.2015 hat die Obergerichtsvollzieherin ihre Rechnung erteilt und hinsichtlich der Zustellung der Ladung zum Termin zur Abnahme der Auskunft berechnet:

EUR 10,—	Gebühr Nr. 100 KV GvKostG
EUR 6,50	Wegegeld Nr. 711 KV GvKostG
EUR 2,—	Pauschale Nr. 716 KV GvKostG

Mit ihrer Erinnerung vom 15.4.2015 hat sich die Gläubigerin gegen den Kostenansatz der Obergerichtsvollzieherin für die Zustellung der Ladung gewendet. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass die Obergerichtsvollzieherin nach dem Inhalt des ihr erteilten Auftrags nicht berechtigt gewesen sei, die Zustellung der Ladung zum Termin selbst vorzunehmen. Sie hätte sie vielmehr durch die Post vornehmen lassen müssen. Die Obergerichtsvollzieherin sei an den Antrag der Gläubigerin gebunden gewesen. Ein Ermessen dahingehend, die Zustellung persönlich vornehmen zu können, habe der Obergerichtsvollzieherin nicht mehr zugestanden. Die Gläubigerin sei „Herrin“ über das Zwangsvollstreckungsverfahren und ihr stehe auch die Befugnis zu, mit dem Vollstreckungsauftrag auf die persönliche Zustellung aus Kostengründen zu verzichten. Zudem verstoße die Handlungsweise der Obergerichtsvollzieherin gegen das sich aus § 58 GVGA ergebende Kostenminimierungsgebot, da besondere Umstände für das Erfordernis einer persönlichen Zustellung nicht ersichtlich seien.

Der Bezirksrevisor hat beantragt, die Erinnerung zurückzuweisen. Die Gläubigerin könne nicht alleine über die Art der Zustellung bestimmen. Die Obergerichtsvollzieherin habe das ihr zustehende Ermessen fehlerfrei ausgeübt.

Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 25.11.2015 die Erinnerung zurückgewie-

sen. Der Gerichtsvollzieher, der die ihm zugewiesene Vollstreckungshandlung grundsätzlich selbst und eigenverantwortlich zu erledigen habe, habe grundsätzlich über die Wahl zwischen den zulässigen Zustellungsarten nach pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Vorgaben des Gläubigers könnten dieses Ermessen nicht von vornherein gänzlich beseitigen oder auf „Null“ reduzieren. Dem Gläubiger fehle hierfür die entsprechende Dispositionsbefugnis. Die Obergerichtsvollzieherin habe das ihr zustehende Ermessen fehlerfrei ausgeübt. Die von ihr angegebene Erwägung, sie habe gehofft, die Schuldnerin bei ihrem Zustellungsversuch persönlich anzutreffen, um mit ihr im Wege der gütlichen Einigung das Verfahren beschleunigt zu erledigen, trage ihre Entscheidung. Dass es sich hierbei um eine Erwägung allgemeiner Natur handele, schade nicht. Gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 25.11.2015 wendet sich die Gläubigerin mit ihrer Beschwerde vom 16.12.2015. Hierbei erneuert die Gläubigerin ihre Einwände gegen die beanstandeten Kostenpositionen aus dem Kostenantrag der Obergerichtsvollzieherin vom 17.2.2015. Das Amtsgericht hat der Beschwerde durch Beschluss vom 5.1.2016 nicht abgeholfen und die Sache dem Beschwerdegericht vorgelegt. Der Bezirksrevisor hat beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen. Die Kammer hat die Beschwerde der Gläubigerin vom 16.12.2015 im Ergebnis zurückgewiesen.

Aus den Gründen

1. Die Beschwerde ist nach § 5 Abs. 2 S. 2 GvKostG in Verbindung mit § 66 Abs. 2 S. 1 GKG statthaft und auch im übrigen zulässig. Insbesondere ist die Beschwerde formgerecht eingelegt (vgl. § 5 Abs. 2 S. 2 GvKostG in Verbindung mit § 66 Abs. 5 S. 1 GKG). Eine Beschwerdeberechtigung ist gegeben. Zudem ist die Beschwerde durch das Amtsgericht zugelassen worden (vgl. § 5 Abs. 2 S. 2 GvKostG in Verbindung mit § 66 Abs. 2 S. 2 GKG).

2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

a) Der Ansatz der Gebühr nach Nr. 100 KV GvKostG nebst Wegegeld und anteiliger Kostenpauschale für die persönliche Zustellung der Ladung zu dem Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft ist zutreffend.

Diese Kosten sind auf der Grundlage des § 9 GvKostG in Verbindung mit Nr. 100, 711 und 716 KV GvKostG entstanden. Die Obergerichtsvollzieherin hat die Ladung der Schuldnerin persönlich zugestellt. Damit sind die Voraussetzungen des Gebührentatbestandes KV Nr. 100 erfüllt.

Dieser Gebührentatbestand findet gemäß Vorbem. 1 Abs. 2 KV GvKostG auch dann Anwendung, wenn der Gerichtsvollzieher die Ladung zum Termin zur Abnahme der Vermögensauskunft gemäß § 802 f ZPO zustellt. Diese Klarstellung im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Gebühren nach den Nr. 100 und 101 KV GvKostG ist für erforderlich gehalten worden, weil es sich bei der Zustellung der Ladung um eine Zustellung von Amts wegen handelt

(vgl. Stöber in: Zöller, 31. Aufl. (2016), § 802 f ZPO, Rn. 6).

Nr. 100 KV GvKostG enthält keine Maßgabe, dass nur objektiv erforderliche oder ermessensfehlerfreie Zustellungen auslagernpflichtig sein sollen. Es ist deshalb festzuhalten, dass auch eine nicht erforderliche oder ermessensfehlerhafte Zustellung immer noch eine solche bleibt und damit den Gebührentatbestand erfüllt. Allenfalls kann unter den Voraussetzungen von § 7 GvKostG eine Niederschlagung der Kosten in Betracht kommen (vgl. hierzu sogleich unter b)).

Ebenfalls angefallen im Zusammenhang mit der persönlichen Zustellung ist das Wegegeld gemäß Nr. 711 KV GvKostG in Höhe von EUR 6,50 sowie die anteilige Auslagenpauschale gemäß Nr. 716 KV GvKostG in Höhe von 20% der Gebühr.

b) Die Kosten der persönlichen Zustellung nach den Nr. 100, 711, 716 KV GvKostG sind nicht nach § 7 GvKostG niederzuschlagen.

Sind im Zusammenhang mit der Durchführung des Vollstreckungsauftrages Kosten tatsächlich entstanden, kommt eine Nichterhebung der Kosten gemäß § 7 Abs. 1 GvKostG nur in Betracht, wenn sie bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären. Für die Anwendung des § 7 Abs. 1 GvKostG muss ein offensichtlicher und eindeutiger Fehler vorliegen. Das setzt voraus, dass das Gericht gegen eine klare gesetzliche Regelung verstoßen, insbesondere einen schweren Verfahrensfehler begangen hat, der offen zu Tage tritt

(BGH NJW-RR 2003, 1294 zu § 8 GKG a.F.).

Handelt es sich um eine Ermessensentscheidung des Gerichtsvollziehers, ist eine Sachbehandlung erst bei einer klaren Überschreitung der Ermessensgrenzen unrichtig

(OLG Frankfurt BeckRS 2016, 5460).

Daran gemessen ist die persönliche Zustellung der Ladung zum Termin der Abnahme der Vermögensauskunft durch die Obergerichtsvollzieherin nicht als unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 7 Abs. 1 GvKostG anzusehen. Die Frage, ob und in welchem Umfang einem Gerichtsvollzieher im Hinblick auf die Art der Zustellung der Ladung gemäß § 802 f Abs. 1 S. 2 ZPO ein Ermessensspielraum zusteht, wenn der Gläubiger aus Kostengründen eine Zustellung durch die Post beantragt hat, ist in der Rechtsprechung umstritten. Ungeklärt ist in der Rechtsprechung auch, welche kostenrechtlichen Folgerungen aus einer ermessensfehlerhaften Zustellung durch den Gerichtsvollzieher zu ziehen sind.

Das OLG Stuttgart hat in seinem Beschluss vom 23.02.2015 (Az.: 8 W 75/15, NJW 2015, 2513) die Frage, ob durch eine Weisung des Gläubigers bezüglich der Zustellungsart das dem Gerichtsvollzieher eingeräumte Ermessen auf „Null“ reduziert werde, ausdrücklich nicht entschieden. Indes hat das OLG Stuttgart ausgeführt, dass der Gerichtsvollzieher bei der ihm obliegenden Ermessensausübung auf allgemeine Erwägungen und generelle Erfahrungswerte zurückgreifen dürfe, er nicht auf die Umstände des konkreten Einzelfalls beschränkt sei. Das OLG Köln hat mit Beschluss vom 13.4.2015

(Az.: 17 W 319/14, BeckRS 2015, 8375),

entschieden, dass es grundsätzlich dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtsvollziehers obliege, auf welche Weise er eine Zustellung vornehme, entweder er stelle persönlich zu oder er bediene sich dafür der Post. Es handele sich bei der Entscheidung des Gerichtsvollziehers hinsichtlich der Zustellungsart im Rahmen der Zwangsvollstreckung um ein Massenverfahren, so dass im Einzelfall an die Ermessensausübung keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden könnten und dürften, um nicht die Effektivität des Verfahrens als solches in Frage zu stellen. Ob es unter Ermessensgesichtspunkten auf durchgreifende Bedenken stoße, wenn der Gerichtsvollzieher üblicherweise selbst dann die persönliche Zustellung vornehme, wenn der Gläubiger im Einzelfall die Zustellung per Post beauftrage, bedürfe nicht der Entscheidung. In einem solchen Fall dürfte der Gläubiger zwar gerade auf die sich aus der persönlichen Zustellung ergebenden Vorteile (schnellere Zustellung, Anschriftenüberprüfung, Möglichkeit der schnellen gütlichen Beendigung) verzichten, so dass für eine abweichende Zustellungsentscheidung des Gerichtsvollziehers kein Raum bleiben dürfte. Die Gläubigerin habe vorliegend indessen eine Zustellung per Post nicht beauftragt. Das OLG Koblenz hat mit Beschluss vom 20.10.2015

(14 W 675/15, BeckRS 2015, 18032)

entschieden, dass die Ladung zur Abnahme der Vermögensauskunft dem Schuldner aus Gründen der kostenschonenden Forderungsbeitreibung und der allgemeinen Dispositionsbefugnis des Gläubigers grundsätzlich per Post zuzustellen sei. Eine abweichende Entscheidung des Gerichtsvollziehers sei ermessensfehlerhaft, wenn der Gläubiger eine entsprechende Weisung erteilt habe und keine Erwägungen, die im Einzelfall den Vorzug der persönlichen Zustellung gegenüber der postalischen Zustellung hinreichend sachlich begründen, geltend gemacht würden. Allgemeine Erwägungen und generelle Erfahrungswerte seien in einem solchen Fall nicht geeignet, eine ermessensfehlerfreie Entscheidung zu begründen. Das OLG Frankfurt hat mit Beschluss vom 10.2.2016

(14 W 1/16, BeckRS 2016, 5460)

entschieden, dass angesichts des Streits in der Rechtsprechung darüber, unter welchen Umständen von einer fehlerhaften Ermessensausübung bei der Wahl der Zustellung auszugehen sei, ein offensichtlicher Fehler bei der Sachbehandlung durch einen Gerichtsvollzieher nicht angenommen werden könne.

Ist nun in der Rechtsprechung umstritten und ungeklärt, unter welchen Umständen von einer fehlerhaften Ermessensausübung bei der Wahl der Zustellung auszugehen ist, kommt nach Auffassung der Beschwerdekammer die Bewertung eines etwaigen Fehlers der Obergerichtsvollzieherin als klar

und offensichtlich zu Tage tretend nicht in Betracht. Denn sie kann sich für ihre Ermessensausübung auf eine mindestens vertretbare und nicht als Mindermeinung zu bezeichnende obergerichtliche Rechtsprechung berufen.

StPO § 110; KV-GKG Nr. 9005

Die Kosten der Auswertung beschlagnahmter Datenträger durch einen externen Dienstleister können nicht als Auslagen für ein Sachverständigengutachten im Sinne des KV-GKG Nr. 9005 angesetzt werden, wenn dieses Gutachten nur eine technische Dienstleistung zur Erleichterung der Durchsicht des Datenbestandes im Ermittlungsverfahren darstellt.

SchlHOLG, II. Strafsenat, Beschluss vom 10. Januar 2017 – 2 Ws 441/16 – (165/16) –, Pr.

Mit rechtskräftigem Urteil des Amtsgerichts war der seinerzeitige Angeklagte wegen Verbreitung kinderpornografischer Schriften in 14 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt worden, welche zur Bewährung ausgesetzt worden ist. Der Angeklagte hatte weiter die Kosten des Verfahrens und seine eigenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Mit der Kostenrechnung wurde unter Bezugnahme auf Nr. 9005 KV-GKG eine Sachverständigenvergütung in Höhe von 9331,74 € zu Lasten des nunmehrigen Verurteilten festgesetzt. Zugrunde lag eine auf diesen Betrag lautende Rechnung der Firma X. GmbH gegenüber der Staatsanwaltschaft über ein Gutachten zur forensischen Auswertung von sichergestellten Datenträgern. Auf Erinnerung des Verurteilten wurde der genannte Betrag der Kostenrechnung mit Beschluss des Amtsgerichts niedergeschlagen, weil nach Auffassung des Amtsgerichts die Beauftragung des Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft gegen § 110 StPO verstoßen habe und daher eine unrichtige Sachbehandlung dargestellt habe.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Bezirksrevisors hat die zuständige Beschwerdekammer des Landgerichts als unbegründet verworfen, aber die weitere Beschwerde zugelassen. Der Verurteilte habe die angesetzten Kosten deshalb nicht zu tragen, weil es sich bei der an die Firma X. GmbH gezahlte Vergütung nicht um die eines Sachverständigen handele. Die Firma sei nämlich nicht als Sachverständige, sondern nur als bloße Ermittlungshelferin tätig geworden. Solche Kosten könnten aber nicht als Auslagen angesetzt werden, sie seien nach der Systematik des KV-GKG mit der Verfahrensgebühr abgegolten.

Mit der hiergegen gerichteten weiteren Beschwerde macht der Bezirksrevisor geltend, dass es zum einen durchaus zulässig sei, zu Ermittlungshandlungen Privatpersonen hinzuzuziehen und zum anderen die abgerechnete Tätigkeit über die bloße Durchsicht von Datenträgern hinaus geführt habe und deshalb eine Vergütung gemäß JVEG habe abgerechnet werden können.

Demgegenüber verteidigt der Verurteilte die Entscheidungen der Vorinstanzen. Tatsächlich sei die Tätigkeit der X. GmbH eine den Ermittlungsbehörden vorbehaltene Durchsicht von Beweismitteln gewesen. Diese seien hierzu auch technisch in der Lage. Die Auslagerung auf die Firma X. GmbH sei offenbar nur deshalb erfolgt, da die Stellen der Kriminalpolizei überlastet gewesen seien und nicht mit einer zeitnahen Auswertung zu rechnen gewesen sei. Eine solche Auslagerung sehe aber die Strafprozessordnung nicht vor.

Aus den Gründen

Die weitere Beschwerde des Bezirksrevisors als Vertreter der Staatskasse ist gemäß § 66 Abs. 1 und Abs. 4 GKG nach Zulassung durch das Landgericht statthaft und zulässig angebracht worden, bleibt aber in der Sache ohne Erfolg.

Der Ansatz der Sachverständigenkosten muss zwar nicht schon deshalb unterbleiben, weil es eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 21 Abs. 1 GKG darstellt, dass im Rahmen der Auswertung von sichergestellten Datenträgern überhaupt ein externes Sachverständigengutachten eingeholt wird (1.). Jedoch können die Sachverständigenkosten nicht gemäß Nr. 9005 KV-GKG als Auslagen dem Verurteilten weiter belastet werden, weil die abgerechneten Leistungen nicht die Leistungen eines Sachverständigen darstellen (2.).

1. Zu Recht und anders als das Amtsgericht hat die Beschwerdekammer des Landgerichts ihre Entscheidung nicht schon darauf gestützt, dass es bereits strafprozessual unzulässig gewesen wäre, seitens der Staatsanwaltschaft private Dritte zu Dienstleistungen im Ermittlungsverfahren heranzuziehen. Es mag zwar sein, dass dem Gesetzgeber bei Neufassung des § 110 StPO vorgeschwebt hat, dass „die Polizei in der Regel über besonders ausgebildete, spezialisierte und erfahrene Bedienstete“ verfügt, die anstelle von Staatsanwälten die in § 110 Abs. 3 StPO definierte Aufgabe der Durchsicht eines elektronischen Speichermediums vornehmen kann

(vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Justiz, BT-Drs. 15/1508, S. 24).

Der Senat sieht aber nicht, dass hiermit entgegen den übrigen Grundsätzen des Verfahrensrechts die Einbeziehung externer

Die weitere Beschwerde ist nach § 5 Abs. 2 S. 2 GvKostG in Verbindung mit § 66 Abs. 4 S. 1 GKG zuzulassen. Denn die zur Entscheidung stehenden Fragen haben grundsätzliche Bedeutung.

Strafrecht

Sachkunde ausgeschlossen worden wäre. Vorbehaltlich der selbstverständlich zu wählenden Anforderungen an Vertraulichkeit und Datenschutz beschreibt § 110 StPO mit der Zuordnung der „Durchsicht“ zum Aufgabenbereich der Staatsanwaltschaft und der Ermittlungsbeamten gemäß § 152 GVG eine Aufgabe und die Verantwortung für diese Aufgabe, nicht aber einzelne Modalitäten ihrer Wahrnehmung.

Ist die Verantwortung für die Durchsicht durch Staatsanwälte oder Ermittlungspersonen im Sinne des § 152 GVG sichergestellt, können daher Personen mit Spezialkenntnissen, etwa Dolmetscher, Sachverständige oder sonstige Dienstleister, durchaus hinzugezogen werden

(vgl. nur Tsambikatis in Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., Rn. 13 zu § 110 StPO; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, 58. Aufl., Rn. 2a zu § 110 StPO).

Wie es zu behandeln wäre, wenn die Staatsanwaltschaft Dritte mit eigenem Interesse am Ausgang des Ermittlungsverfahrens einschaltet

(zur Situation der Hinzuziehung eines Mitarbeiters der Gesellschaft zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen (GVU) LG Kiel, Beschluss vom 22. Juni 2006, 37 Qs 54/06 – veröffentlicht in JR 2007, 81 f.),

ist vorliegend nicht zu entscheiden.

2. Indessen sieht der Senat nicht, dass die von der Firma X. GmbH abgerechneten Dienstleistungen die Qualität eines Sachverständigengutachtens hätten. Mangels eines andersgearbeiteten geeigneten Auslagentatbestands sind damit die tatsächlich entstandenen Auslagen mit der Verfahrensgebühr nach GKG abgegolten bzw. aus Haushaltsmitteln zu finanzieren.

Die Aufgabe eines Sachverständigengutachtens besteht darin, dem Richter oder Staatsanwalt die Kenntnis von Erfahrungssätzen zu übermitteln und ggf. aufgrund solcher Erfahrungssätze Tatsachen zu ermitteln

(BGH, Urteil vom 18. Mai 1951 – 1 StR 149/51 –, NJW 1951, 771).

Die bloße Vornahme einer organisatorischen oder technischen Dienstleistung allein reicht nicht, mag auch hierfür umfangreiches Expertenwissen erforderlich sein.

Aus diesem Grund ist etwa eine von der Staatsanwaltschaft herangezogene Arzthelferin nur dann als Sachverständige entschädigt worden, wenn sie nicht nur eine Sichtung beschlagnahmter Unterlagen einer Arztpraxis vorgenommen hat, sondern unter Einsatz geeigneter Rechenprogramme und ihres Fachwissens die ermittlungsrelevanten Tatsachen fest- und zusammengestellt hatte

(OLG Koblenz NSTz-RR 2010, 359).

Ebenso sind für Wirtschaftsreferenten der Staatsanwaltschaft deren Kosten als fiktive Sachverständigenkosten lediglich dann angesetzt worden, wenn ihre Aufgabe nicht in der bloßen Sichtung der sichergestellten Unterlagen oder im Geben von Hinweisen für die weitere Ermittlungstätigkeit lag, sondern sie selbständig und eigenverantwortlich eine gutachterliche Stellungnahme zu umschriebenen Beweisthemen abgegeben hatten

(KG Berlin, Beschluss vom 23. Dezember 2008 – 1 Ws 1/07 –, NSTz-RR 2009, 190 ff., bei Juris Rn. 8; ähnlich bereits OLG Zweibrücken, Beschluss vom 8. Oktober 2003 – 1 Ws 353/03 –, NSTz-RR 2004, 298 f.).

Nur scheinbar anders liegt es bei der Entnahme einer Blutprobe nach § 81 a StPO, welche zwar einerseits eine bloße medizinische Dienstleistung darstellt, aber – was die Bestimmung etwa des Alkoholgehalts oder des Nachweises von Drogen betrifft – zweifelsohne ebenfalls die Anwendung medizinischen Erfahrungswissens und die Bewertung des gewonnenen Sachverhalts anhand von diesem erfordert. Hingegen wurde die von der Polizei von einem Privatunternehmen eingeholte technische Unterstützung bei der Wiederherstellung von vermutlich gelöschten Computerdateien nicht als die Erstattung eines Sachverständigengutachtens angesehen

(BGH, Beschluss vom 2. März 2011 – 2 StR 275/10 –, wistra 2011, 228; bei Juris Rn. 4 a. E.),

sondern als bloße technische Dienstleistung.

Nicht anders liegt es aber auch im vorliegenden Fall: Mit Auftrag der Kriminalpolizei K vom 2. Dezember 2012, wurde im Wesentlichen um eine Auflistung kinderpornografischer Dateien in einer Excel-Tabelle gebeten und im Falle eines Auffindens von Mails kinderpornografischen Inhalt um die Mitteilung von Daten von Absender, Empfänger und Datum sowie Fundstelle des Ausdrucks. Laut dem vorliegenden Gutachten der Firma X. GmbH wurden der beschlagnahmte Rechner und die beschlagnahmten Datenträger mittels einer dafür geeigneten Software auf die Existenz von kinderpornografischen Darstellungen untersucht wie auch – insoweit zum Teil überschießend – unter Verwendung von hinterlassenen Spuren das einschlägige Kommunikationsverhalten des Betreibers des Rechners. Die Ergebnisse wurden in geeigneter Weise teils tabellarisch, teils auszugsweise sichtbar gemacht. Der Senat verkennt nicht, dass die von der Firma X. GmbH erbrachte Leistung die Anwendung einer spezifischen Software ebenso voraussetzt wie ein diese Anwendung begleitendes entsprechendes fachliches Wissen, welches dasjenige eines durchschnittlichen Computerbenutzers in den Justizbehörden übersteigen dürfte. Allerdings wurde auf diese Weise – wie es die Beschwerdekammer des Landgerichts richtig gesehen hat – nicht mehr erbracht als eine technische Sichtbarmachung von Datenmaterial und eine technisch bedingte Vorsortierung von Dateimaterial, dessen Bewertung im Übrigen selbstverständlich von den ermittelnden Polizeibeamten oder Staatsanwälten noch vorzunehmen war. Eine Beantwortung spezifischer Fragestellungen auf dem Gebiet der Informationstechnologie – allein hierfür dürfte die Firma X. GmbH auch fachlich ausgewiesen sein – war weder in Auftrag gegeben worden, noch ist sie erfolgt.

So hätte es – vielleicht – liegen können bei der Erstellung eines spezifischen Kommunikationsprofils in Bezug auf wiederholten Kontakt zu bestimmten Internet-Adressen oder bei Fragen nach der Wirksamkeit oder der Provenienz bestimmter Verschlüsselungstechnologien, wenn derartige Fragen gestellt worden wären. Dies war aber nicht der Fall und hätte zudem eine erste „Durchsicht“ des Datenmaterials erfordert, welche vor Beauftragung der Firma X. GmbH gerade noch nicht geleistet worden war. Auch liegt der Fall nicht etwa derart, dass die Firma X. GmbH eine Auswertung mittels eines allein von ihr entwickelten speziellen Verfahrens vorgenommen hätte; die laut Angaben des Gutachtens eingesetzte Software Encase Version 6.16 ist vielmehr ein auf dem Markt erhältliches Produkt des Herstellers „Guidance Software“, welches nach Erwerb und Schulung grundsätzlich auch von anderen IT-Spezialisten angewendet werden kann. Damit verbleibt die Leistung der X. GmbH im Bereich der bloßen technischen Dienstleistung. Die – technisch qualifizierte – Erleichterung der im Ermittlungsverfahren ohnehin notwendigen Durchsicht eines Datenbestandes mittels Sichtbarmachung und Vorsortierung allein macht diese Dienstleistung aber noch nicht zu einem Sachverständigen Gutachten.

StVO §§ 3, 41, 49 II, BKatV; EichG

1. **Mit der Zulassung eines Gerätes für Messverfahren bringt die Physikalisch-Technische Bundesanstalt (PTB) im Sinne eines Behördengutachtens zum Ausdruck, dass das Gerät derart vereinheitlicht ausgelegt ist, dass unter gleichen Voraussetzungen gleiche Messergebnisse erzielt werden (standardisiertes Messverfahren).**
2. **Ist ein Gerät auf diese Weise zugelassen, ist das Tatgericht grundsätzlich von weiteren Prüfungen entbunden, sofern nicht im Einzelfall konkrete Zweifel am konkreten Messergebnis bestehen.**
3. **Das Tatgericht muss allerdings Messverfahren, Messgerät und PTB-Zulassung in den Urteilsfeststellungen mitteilen.**

SchiHOLG, II. Senat für Bußgeldsachen, Beschluss vom 11. November 2016 – 2 SsOWi 161/16 (89/16) –, Blö.

Das Amtsgericht verhängte wegen einer fahrlässigen Geschwindigkeitsüberschreitung eine Geldbuße in Höhe von 160,- € sowie ein Fahrverbot von einem

Monat gegen den Betroffenen. Das Urteil enthält u. a. folgende Feststellungen:

„Der Betroffene befuhr als Führer des PKW mit dem Kennzeichen ... am 11. Dezember 2015 gegen 18:24 Uhr die A 7 in Richtung Flensburg. In Höhe Rader Hochbrücke bei Km 59,485 wurde eine Geschwindigkeit von 129 km/h gemessen. Zulässig waren an dieser Stelle 80 km/h. Nach einem Toleranzabzug von 4 km/h ergibt sich so eine vorwerfbare Geschwindigkeit von 125 km/h und mithin eine Überschreitung der zulässigen Geschwindigkeit um 45 km/h.

Die Messung erfolgte mit dem Messgerät mit der Gerätenummer 509-000/60234 vom Typ Jenoptik Robol – Raffista S350 (Tower) (Softwareversion: S350.SC4.D.15020413) durch den Messbeamten S. Dieses Gerät war zuletzt durch den Landesbetrieb Mess- und Eichwesen NRW am 28. August 2015 mit Gültigkeit bis Ende 2016 geeicht worden.

...

Die Inbetriebnahme der Messanlage erfolgte entsprechend den Richtlinien der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt Braunschweig (PTB) sowie entsprechend der derzeit gültigen Gebrauchsanweisung des Herstellers durch geschultes Bedienpersonal.

Der bei der Inbetriebnahme gestartete Selbsttest verlief ohne Beanstandungen.

Die Messanlage und die eichtechnischen Sicherungen (Sicherungsmarken/Plomben) wurden jeweils auf Beschädigungen überprüft. ...“

Der Senat hat das Urteil mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben und an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen

Die gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 2 OWiG statthafte und auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegte Rechtsbeschwerde hat mit der Sachrüge vorläufigen Erfolg.

Die bisherigen Feststellungen und die Beweiswürdigung tragen den Schuldspruch wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung nicht, denn die Urteilsgründe erweisen sich als lückenhaft im Sinne von § 267 Abs. 1 StPO. Zwar stellt das Urteil fest, dass das Gerät Jenoptik Robot Traffistar S 350 durch den Landesbetrieb Mess- und Eichwesen NRW am 28. August 2015 mit Gültigkeit bis Ende 2016 geeicht worden ist (UA S. 3), dass die Inbetriebnahme der Messanlage entsprechend den Richtlinien des Physikalisch-Technischen Bundesanstalt Braunschweig (PTB) sowie entsprechend der derzeit gültigen Gebrauchsanweisung des Herstellers durch geschultes Bedienpersonal erfolgte (UA S. 4) und, dass bei einer gemessenen Geschwindigkeit von 129 km/h ein Toleranzabzug von 4 km/h vorgenommen wurde (UA S. 3).

Allerdings wird weder mitgeteilt, mit welchem Messverfahren die Geschwindigkeitsüberschreitung festgestellt worden ist, noch lässt sich dem Urteil entnehmen, ob der Amtsrichter angenommen hat, es handele sich dabei um ein standardisiertes Messverfahren im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

(BGHSt. 39,291 ff.).

Insbesondere wird weder aus den Urteilsgründen selbst noch den weiteren in Bezug genommenen Unterlagen deutlich, ob der Amtsrichter angenommen hat, Gerät und Messverfahren seien von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt (PTB) zugelassen, wofür einiges spricht (vgl. den Internetauftritt der PTB <https://www.ptb.de/cms/ptb/fachabteilungen/abt1/fb-13/ag-131/geschwindigkeitsueberwachungsgeraete.html> Stichpunkt Laserscanner).

Ist dies der Fall, dann hat die PTB mit der Zulassung im Wege eines Behördengutachtens (antizipiertes Sachverständigen Gutachten) zugleich erklärt, dass bei dem zugelassenen Gerät ein durch Normen vereinheitlichtes (technisches) Verfahren vorliegt, bei dem die Bedingungen seiner Anwendbarkeit und sein Ablauf so festgelegt sind, dass unter gleichen Voraussetzungen gleiche Ergebnisse zu erwarten sind

(sog. „standardisierte Messverfahren“; ständige Rspr. der Obergerichte vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 14.7.2014 – IV-1 RBs 50/14, 1 RBs 50/14 mwN).

Die Zulassung erfolgt dabei nur, wenn das Messgerät die umfangreichen Testreihen erfolgreich durchlaufen hat, bei denen die PTB das Messgerät auch unter atypischen Verkehrsszenarien auf seine Störungsresistenz prüft. Die Art der Verwendung und der zulässige Verwendungsaufbau werden von der PTB bei der Zulassung vorgegeben

(OLG Frankfurt, Beschluss vom 4. Dezember 2014 – 2 Ss-OWi 1041/14, 2 Ss OWi 1041/14 –, Abs. 15, 16, juris).

Ist ein Messgerät von der PTB zugelassen und ist das Messgerät im Rahmen der Zulassungsvorgaben verwendet wor-

den, ist das Tatgericht grds. von weiteren technischen Prüfungen, insbesondere zur Funktionsweise des Messgeräts, entbunden. Die Zulassung durch die PTB ersetzt diese Prüfung. Damit soll erreicht werden, dass bei den Massenverfahren im Bußgeldbereich nicht jedes Amtsgericht bei jedem einzelnen Verfahren die technische Richtigkeit der Messung jeweils neu überprüfen muss. Ist die Messung im Rahmen der Zulassung erfolgt, – derzeit nach Maßgabe der PTB-Anforderungen (PTB-A) 18.11 vom Dezember 2013 –, kann ein Gericht daher grundsätzlich von der Richtigkeit der Messung ausgehen OLG Frankfurt aaO).

Nur wenn im Einzelfall konkrete Tatsachen dem Gericht gegenüber vorgetragen werden, die geeignet sind, Zweifel an der Richtigkeit des zur Verhandlung stehenden konkreten Messergebnisses aufkommen lassen, kann das Tatgericht sich veranlasst sehen, diese Zweifel durch die Bestellung eines Sachverständigen nach §§ 73 ff. StPO zu verifizieren, der dann die konkrete Messung zu überprüfen hat OLG Frankfurt aaO, Abs. 18; Senat, Beschluss vom 10. Oktober 2014 – 2 SsOWi 162/14 (75/14) –, SchlHA 2015, 344; Senat, Beschluss vom 14. November 2013 – 2 SsOWi 145/13 (65/13)).

Darüber hinaus hat die Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig in ihrer

Zuschrift vom 4. November 2016 ausgeführt:

„Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass bei einer Geschwindigkeitsüberschreitung von 56,25 % auf Autobahnen auch vorsätzliches Handeln in Betracht kommen kann. Denn der Grad der Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit ist ein starkes Indiz für fahrlässiges bzw. vorsätzliches Handeln. Hierbei kommt es nicht auf die absolute, sondern auf die relative Geschwindigkeitsüberschreitung an, d. h. auf das Verhältnis zwischen der gefahrenen und der vorgeschriebenen Geschwindigkeit. Je größer dieses ist, d. h. je höher die prozentuale Überschreitung ausfällt, desto eher wird sie von einem Kraftfahrer, der die zulässige Höchstgeschwindigkeit kennt, aufgrund der stärkeren Fahrgeräusche und der schneller vorbeiziehenden Umgebung bemerkt

(vgl. Beschluss des Kammergerichtes Berlin vom 21. Juni 2004 in VRS 107, 213 – 214).

Hier lag eine Geschwindigkeitsüberschreitung von über 56 % vor. Bei einer derartig massiven Geschwindigkeitsüberschreitung bedarf die Annahme fahrlässigen Handelns auch auf Autobahnen der Feststellung besonderer Umstände. Dafür gibt das Urteil bislang nichts her.“

Dem tritt der Senat bei.

Verwaltungsgerichtsbarkeit

KAG SH § 6 Abs. 1; analog BGB §§ 670, 677 ff.

- 1. Gemeinden dürfen für die Entwässerung von Straßen anderer Straßenbaulastträger Gebühren erheben. Voraussetzung ist, dass sie entweder eine Straßenentwässerungsgebührensatzung erlassen oder in ihrer Abwassergebührensatzung einen eigenständigen Gebührentatbestand und einen Gebührensatz für die Entwässerung von Straßen anderer Straßenbaulastträger vorsehen.**
- 2. Der Begriff der „Geschäftsbesorgung“ ist weit zu verstehen. In dem Abführen von Niederschlagswasser in eine Abwasserbeseitigungsanlage kann eine Geschäftsbesorgung im mutmaßlichen Willen des verantwortlichen Straßenbaulastträgers liegen. Das Abführen des Niederschlagswassers ist nicht mit einem Mitfahrenlassen in einem Auto zu vergleichen, da bei einem Mitfahrenlassen der Fahrer primär selbst von A nach B gelangen will, während hier einzig und allein das Niederschlagswasser abgeführt wird, das der Bekl. abzuführen hätte.**

SchlH OVG, 2. Senat-Urteil vom 4. Oktober 2016 – 2 LB 2/10 –, Dr. Boe.

Der Bekl. leitet das auf den Straßen A 1, B 76, B 432 und L 102 anfallende Niederschlagswasser in die Abwasserbeseitigungsanlage der Kl.in ein. Die Kl.in verlangt hierfür eine finanzielle Leistung. In der Vergangenheit hatte die Kl.in zunächst versucht, den Bekl. durch Abwassergebührenbescheide heranzuziehen, diese jedoch im Widerspruchsverfahren im Jahre 2007 aufgehoben. Stattdessen machte sie für die Jahre 2002 bis 2007 Aufwendungsersatzansprüche i.H.v. 549.589,88 € geltend. Der Bekl. lehnte die Zahlung ab.

Die Kl.in hat mit der 2008 erhobenen Klage vorgetragen, ihr stehe wegen der Mitbenutzung ihrer öffentlichen Einrichtung ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch gegen den Bekl. zu. Für dessen Höhe könne die Höhe entsprechender Niederschlagswassergebühren einen tauglichen Richtwert bieten. Das Verwaltungsgericht hat die Klage im Wesentlichen abgewiesen und den Bekl. lediglich verurteilt, an die Kl.in 45.500,00 € nebst Zinsen zu zahlen. Der Kl.in stehe ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch in dieser Höhe zu, weil der Bekl. die öffentlichen Einrichtungen der Kl.in zur Beseitigung von Niederschlagswasser von den Straßen A 1, B 76, B 432 und L 102 zum Teil mitbenutzt habe. Dabei sei der Bekl. hinsichtlich der A 1, B 76 und B 432, für die er nicht der Straßenbaulastträger sei, gemäß Art. 90 Abs. 2 GG als gesetzlicher Prozessstandschafter für die Bundesrepublik Deutschland passivlegitimiert. Die Berufung der Kl.in hatte nur zu einem geringen Teil Erfolg.

Aus den Gründen

Soweit das Verwaltungsgericht der Klage stattgegeben hatte, ist der Rechtsstreit hinsichtlich der davon betroffenen Flächen mit dem erstinstanzlichen Urteil rechtskräftig entschieden, da die Bekl. hiergegen kein Rechtsmittel eingelegt hat. Der davon betroffene Streitgegenstand ist damit der Entscheidung des Senats entzogen. Die von der Kl.in hinsichtlich der Klagabweisung zu den Flächen 1, 4 und 14 eingelegte Berufung ist zulässig, jedoch nur zu einem geringen Teil begründet.

Der Kl.in steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch zu den Flächen 1, 4 und 14 gegen den Bekl. als Aufwendungsersatz nur im Hinblick auf die von ihr vorgenommenen Unterhaltungsmaßnahmen an der sog. Fläche Nr. 4 ab dem 27. November 2007 zu. Im Übrigen ist die Klage unbegründet.

Hinsichtlich des Zeitraums von Anfang 2002 bis zum 26. November 2007 kommt ein Anspruch aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag schon deshalb nicht in Betracht, weil es bei der Kl.in an dem nötigen Fremdgeschäftsführungswillen gefehlt hatte.

Fremdgeschäftsführungswille liegt vor, wenn der Geschäftsführer sowohl das Bewusstsein als auch den Willen besitzt, ein Geschäft für einen anderen – den Geschäftsherrn – zu führen

(Palandt/Sprau, Rn 3 zu § 677 BGB).

Bei objektiv fremden und bei sog. auch-fremden Geschäften wird der Geschäftsführungswille zwar grundsätzlich – widerleglich – vermutet

(Palandt/Sprau Rn 4 und 6 zu § 677 BGB).

Eine derartige Vermutung ist vorliegend jedoch für diesen Zeitraum widerlegt. Die Kl.in ging bis zum 26. November 2007 davon aus, als Trägerin der Abwasserbeseitigungseinrichtung ein eigenes Geschäft zu führen und den Bekl. als Entgelt hierfür zu Gebühren auf der Grundlage der Gebührensatzung heranzuziehen. Sie leitete das Niederschlagswasser von den betreffenden Flächen in ihre Abwasserbeseitigungsanlage in dem Bewusstsein und mit dem Willen ein, ihre Aufgabe als Abwasserbeseitigungspflichtige zu erfüllen. Sie sah dies – auch nach ihrem eigenen Vortrag – als ihre eigene Aufgabe an.

Aber auch für den Zeitraum nach dem 26. November 2007 lagen die Voraussetzungen einer öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag für den weitaus größeren Teil der streitigen Forderung nicht vor. Soweit das Oberflächenwasser der Straßenflächen in die Abwasserbeseitigungseinrichtung der Kl.in eingeleitet worden ist, hätten die Straßenbaulastträger nach Schaffung der satzungsrechtlichen Voraussetzungen zu Abwassergebühren herangezogen werden können. Es besteht deshalb kein Anspruch analog §§ 677, 683, 670 BGB.

Die zivilrechtlichen Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag sind insoweit nicht analog anwendbar. Solche Ansprüche sind trotz möglicherweise vergleichbarer Interessenlage dann ausgeschlossen, wenn eine abgeschlossene gesetzliche Regelung besteht

(vgl. BVerwG, Urt. v. 28.8.2003 – 4 C 9.02 –, NVwZ-RR 2004, 84; vgl. auch Palandt/Sprau, Rn 13 zur Einf. v. § 677 BGB).

Es bestand zwar eine vergleichbare Interessenlage, jedoch liegt eine planwidrige Regelungslücke nicht vor.

Die gesetzlichen Vorschriften des bundesrechtlichen und des schleswig-holsteinischen Straßen- und Wegerechts enthalten solche Regelungen – gegenwärtig – zwar nicht. Die § 3 Abs. 1 Satz 1 und § 5 Abs. 1 Satz 1 FStrG bestimmen zusammen mit Art. 90 Abs. 2 GG, in wessen Aufgabenbereich bei Bundesstraßen die Entwässerung der Straßenkörper fällt, sie enthalten aber keine Aussage darüber, wer die Kosten hierfür zu tragen hat. Das Bundesfernstraßengesetz enthält auch im Übrigen diesbezüglich keine Kostenregelung.

Anders als die Landesgesetze einiger anderer Bundesländer

(vgl. § 23 Abs. 5 BbgStrG, § 30 Abs. 4 StrVG MV, § 23 Abs. 5 StrG LSA, § 23 Abs. 5 SächsStrG, § 23 Abs. 5 ThürStrG, § 20 Abs. 5 Sätze 1 bis 3 HStrG)

enthält auch das schleswig-holsteinische Landesrecht keine Bestimmung zur Regelung dieses Bereichs. Soweit § 12 Abs. 2 2. HS StrVG Regelungen enthält, beziehen sich diese auf die finanzielle Beteiligung des von der Gemeinde unterschiedlichen Straßenbaulastträgers am Herstellungsaufwand der gemeindlichen Abwasserbeseitigungseinrichtung, hat aber auf die Behandlung der im Betrieb anfallenden Kosten keinen Einfluss.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

(Beschl. v. 06.03.1997 – 8 B 246/96 –, Buchholz 401.84 Benutzungsgebühren Nr. 86 = NVwZ-RR 1998, 130 = ZKF 1998, 160)

sieht den Weg der Gebührenerhebung ausdrücklich in keinem Widerspruch zu bundesrechtlichen Grundsätzen.

Auch die bisherige Rechtsprechung des Senats steht einer Heranziehung eines Straßenbaulastträgers zu Niederschlagswassergebühren nicht entgegen. Im Urteil vom 12. Juli 2000

(– 2 L 28/99 –, NordÖR 2000, 391)

scheiterte die Heranziehung hinsichtlich der Abführung des auf der Landesstraße anfallenden Abwassers daran, dass die Gemeinde in der Ortsdurchfahrt gem. § 12 Abs. 2 und 4 StrVG selbst hinsichtlich der Straßenentwässerung Trägerin der Straßenbaulast war. Diese Begründung war nur deshalb entscheidungserheblich, weil der Senat von der grundsätzlichen Gebührenfähigkeit der anfallenden Kosten und der Gebührenpflicht des von der Gemeinde unterschiedlichen Trägers der Straßenbaulast ausging.

Soweit das Verwaltungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung den Senatsbeschluss vom 25. April 2003

(– 2 MB 33/03 –, NordÖR 2004, 173)

in Anspruch nimmt, um die Unzulässigkeit einer Gebührenerhebung zu belegen, ist dem entgegen zu halten, dass dort – lediglich – festgestellt worden ist, dass die Entwässerung von öffentlichen Straßenflächen nicht unter den Begriff der „Grundstücksentwässerung“ fällt, die dadurch verbundenen Kosten deshalb nicht die Kalkulation der Grundstücksentwässerungsgebühren eingestellt werden dürfen, sondern aus diesem Gebührenhaushalt auszusondern sind. Daran ist festzuhalten. Damit können die rechtlichen Überlegungen jedoch noch nicht zum Abschluss kommen. Vielmehr sind die Gebührentatbestände in der Satzung neu zu formulieren und ein den Anforderungen der §§ 6 und 2 KAG und des § 38 AO genügender Abgabentatbestand zu schaffen.

Sollte dem Eilbeschluss des Senats vom 25. April 2005

(– 2 MB 33/03 –, NordÖR 2004, 173)

die Auffassung entnommen werden, dass mit Blick auf die Straßenentwässerung der Weg zur Gebührenerhebung versperrt sein soll, hält der Senat hieran nicht fest. Gemeinden dürfen Gebühren erheben für die Entwässerung von Straßen anderer Straßenbaulastträger. Voraussetzung der Gebührenerhebung ist, dass die Gemeinde eine Straßenentwässerungsgebührensatzung erlässt, bzw. in ihrer Abwassergebührensatzung einen eigenständigen Gebührentatbestand und einen Gebührensatz für die Entwässerung von Straßen anderer Straßenbaulastträger vorsieht.

Wegen dieser Möglichkeit, die gesetzlich formulierten abgabenrechtlichen Möglichkeiten zu nutzen, fehlt die planwidrige Regelungslücke und damit der Weg zur analogen Anwendung der zivilrechtlichen Normen zur Geschäftsführung ohne Auftrag und auch zu einer Verwendungskondition.

All diese rechtlichen Überlegungen gelten indes nicht, soweit die Entwässerung der sog. Flächen Nr. 4 und Nr. 14 betroffen sind. Diese Flächen werden nicht von Einrichtungen der Kl.in entwässert, so dass die Erhebung von Benutzungsgebühren deshalb nicht in Frage kommt.

Bei der Fläche 14 kommt ein Aufwendungsersatzanspruch der Kl.in gegen den Bekl. jedoch nicht in Betracht. Zwar entwässert diese Straßenfläche in eine Vorflut, die von der Kl.in unterhalten wird. Bei dieser Vorflutleitung handelt es sich aber weder um eine Leitung des Bekl. noch um eine solche der Kl.in. Diese Leitung steht vielmehr in der Trägerschaft des Wasser- und Bodenverbandes. Aufwendungsersatz- oder Auskehrungsansprüche könnten deshalb allenfalls gegen den Wasser- und Bodenverband geltend gemacht werden.

Die Entwässerung der Fläche Nr. 4 erfolgt durch eine bundeseigene Entwässerungsleitung, die parallel zur Autobahn verläuft. Sie wird jedoch von der Kl.in tatsächlich unterhalten. Hier handelt es sich also nicht um eine – faktische – Benutzung einer Einrichtung der Kl.in durch den Bekl., sondern um eine faktische Unterhaltung einer Einrichtung des Bekl. durch die Kl.in. Eine Gebührenerhebung für die Benutzung einer gemeindlichen Einrichtung der Kl.in kommt deshalb nicht in Frage. Damit ist der Weg zu einem Aufwendungsersatzanspruch aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag nicht versperrt. Ein Anspruch ist gegeben. Neben den tatbestandlichen Merkmalen des objektiv fremden Geschäftes und dem Fremdgeschäftswilligen (seit dem 27. November 2007!) liegen auch die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

Insbesondere liegt eine Geschäftsbesorgung vor. Gleich, ob man das „Verhalten“ der Kl.in als Dulden/Unterlassen oder als aktives Handeln – etwa durch Instandhaltungsmaßnahmen der Anlage – einstuft, kommt eine Geschäftsbesorgung in Betracht, weil sich eine pauschale Negierung der Geschäftsbesorgungseigenschaft von Unterlassen/Dulden ohne Berücksichtigung dessen sozialen Sinngehalts verbietet

(vgl. Staudinger/Bergmann, Rn 109 zur Vorb. § 677 ff. BGB).

Entgegen der Ansicht des Bekl. ist das Abführen des Niederschlagswassers nicht mit einem Mitfahrenlassen in einem Auto

(vgl. Palandt/Sprau, Rn 6 zu § 662 BGB)

zu vergleichen, da bei einem Mitfahrenlassen der Fahrer primär selbst von A nach B gelangen will, während vorliegend zumindest im ersten Abschnitt einzig und allein das Niederschlagswasser abgeführt wird, das der Bekl. abzuführen hätte. Zudem ist der Begriff der Geschäftsbesorgung weit zu verstehen

(vgl. Palandt aaO und auch BGH, Urt. v. 18.7.2002 – III ZR 287/01 –, NwWZ 2002, 1535),

so dass das Abführen von Niederschlagswasser als Geschäftsbesorgung anzusehen ist.

Das Abführen des Niederschlagswassers von den übrigen geltend gemachten Flächen stellt für die Kl.in ein fremdes Geschäft dar. Seit dem 27. November 2007 handelte sie auch mit dem entsprechenden Fremdgeschäftswilligen.

Da das Abführen Aufgabe des Bekl. ist, liegt die Geschäftsführung im objektiven Interesse des Bekl. (§ 683 BGB), da er so von seiner Aufgabe befreit wird. Bis zur Auseinandersetzung der Beteiligten ist mangels erkennbaren tatsächlichen Willens des Bekl. vom Interesse auf den mutmaßlichen Willen zu schließen

(vgl. Palandt/Sprau, Rn 5 zu § 683 BGB).

Doch auch nach Beginn der Auseinandersetzung entsprach es dem Willen des Bekl., dass das Niederschlagswasser abgeführt wird. Zwar entsprach es nicht seinem Willen, hierfür finanziell aufzukommen, er forderte die Kl.in jedoch zu keinem Zeitpunkt auf, das Abführen zu unterlassen.

Ein Auftrag seitens des Bekl. oder eine sonstige Berechtigung der Kl.in zur Vornahme des Geschäftes liegt nicht vor.

Zu den ersatzfähigen Aufwendungen im Rahmen des § 670 BGB gehören neben den Verwaltungskosten auch die kalkulatorischen Kosten wie Zinsen für das aufgebrauchte Kapital und Abschreibungen. Ein Rückgriff auf den Maßstab des § 6 Abs. 2 KAG geht hier zwar fehl, weil gerade kein Gebühren-

tatbestand vorliegt. Kalkulatorische Zinsen und kalkulatorische Abschreibungen stellen jedoch Vermögensopfer dar, die sich als notwendige Folge der Auftragsausführung ergeben
(vgl. Palandt/Sprau, Rn 3 zu § 670 BGB).

Dem Zinsbegehren war in beantragtem Umfang zu entsprechen, da für Aufwendungsersatzansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag die gesetzliche Zinsregelung des § 256 BGB eingreift.

Sozialgerichtsbarkeit

AG SGB II/BKGG SH § 2a; GO SH §§ 27 I 2, 28 S.1 Nr. 2, 39 I, SGB II §§ 22 I 1, 22a I, 22b I 1 Nr. 2, II 1, II 2, III, SGB X §§ 41 I Nr. 2, 41 II, SGG §§ 55a II 1, 99 I

1. Die Satzungen der Stadt Neumünster zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und SGB XII-Bereich vom 28. November 2013 und 17. September 2015 sind unwirksam.
2. Für die Bestimmung der angemessenen Wohnfläche nach § 22b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II gelten im Ausgangspunkt dieselben Grundsätze wie für die Bestimmung des angemessenen Quadratmeterpreises (Vorliegen eines „schlüssigen Konzepts“).
3. Die angemessenen Wohnflächen dürfen auch im Rahmen der Satzungsgebung nur auf Basis einer ausreichenden Datengrundlage abweichend von den Flächengrenzen im sozialen Wohnungsbau bestimmt werden. Das Datenmaterial muss im Regelfall Aussagen über die Größe der Wohnungen zulassen, die von der Referenzgruppe der unteren Einkommenschichten tatsächlich bewohnt werden.
4. Wird die angemessene Wohnfläche fehlerhaft bestimmt, hat dies die Unwirksamkeit der Satzung insgesamt zur Folge.

SchlHLSG, 11. Senat, Urteil vom 30. Mai 2015 – L 11 AS 39/14 NK –, Lo

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit zweier Satzungen zur Bestimmung der Höhe der angemessenen Aufwendungen für die Unterkunft nach §§ 22 a ff. Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II).

Die 1977 geborene Ast.in stand bereits früher seit 1. Januar 2005 mit ihren beiden Töchtern C (geboren 1999) und J (geboren 2004) beim Dienstleistungszentrum Neumünster im laufenden Bezug von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitssuchende. Zum 1. Oktober 2007 verzog sie mit ihren Töchtern nach W. Am 2. August 2009 beantragte sie beim Dienstleistungszentrum Neumünster erneut Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts und steht dort bzw. seit 1. Januar 2011 beim Jobcenter Neumünster im laufenden Bezug von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende.

Sie bewohnt seit 1. August 2009 in der X-Straße mit ihren beiden Töchtern eine ca. 97 m² große Mietwohnung mit 3 Zimmern, einer Abstellkammer, Küche, Flur und Bad für die sie zunächst eine Kaltmiete von 430,00 Euro zuzüglich einer monatlichen Vorauszahlung für Betriebs- und Heizkosten in Höhe von 170,00 Euro zu zahlen hatte. Der Umzug in diese Wohnung war ohne Zustimmung des Dienstleistungszentrums Neumünster erfolgt. Das Dienstleistungszentrum bzw. später das Jobcenter Neumünster berücksichtigte als Bedarf für Unterkunft und Heizung zunächst durchgehend einen Betrag von insgesamt 500,00 Euro. Seit 1. Januar 2011 betrug die monatliche Gesamtmiete 640,00 Euro (430,00 Euro netto kalt zzgl. 210,00 Euro Betriebs- und Heizkostenvorauszahlung). Seit 1. Januar 2012 betrug die monatliche Gesamtmiete 730,00 Euro (430,00 Euro netto kalt zzgl. 300,00 Euro Betriebs- und Heizkostenvorauszahlung). Seit 1. Januar 2013 betrug die monatliche Gesamtmiete 720,00 Euro (430,00 Euro netto kalt zzgl. 290,00 Euro Betriebs- und Heizkostenvorauszahlung). Seit 1. Dezember 2013 betrug die monatliche Gesamtmiete weiterhin 720,00 Euro (450,00 Euro netto kalt zzgl. 270,00 Euro Betriebs- und Heizkostenvorauszahlung). Am 26. November 2013 beschloss die Ratsversammlung der Ag.in mit 37 Ja-Stimmen bei 3 Nein-Stimmen und 2 Enthaltungen folgende Satzung:

„Satzung der Stadt Neumünster zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und im SGB XII-Bereich (KdU-Satzung)“

Auf Grund der §§ 22a bis 22c Sozialgesetzbuch (SGB) Zweites Buch (II) – Grundsicherung für Arbeitssuchende – in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.5.2011 (BGBl. I S. 850), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.3.2013 (BGBl. I S. 556), i.V.m. § 2a des Gesetzes zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des § 6b Bundeskindergeldgesetz (AG-SGB II/BKGG) vom 27.05.2011, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.4.2012 (GVBl. Schl.-H. S. 509), und §§ 4, 20 der Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (Gemeindeordnung – GO –) in der Fassung vom 28.2.2003 (GVBl. Schl.-H. S. 57), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.2.2013 (GVBl. Schl.-H. S. 72) wird nach Beschlussfassung durch die Ratsversammlung vom 26.11.2013 folgende Satzung erlassen:

§ 1 Anwendungsbereich

- (1) Diese Satzung regelt für das Gebiet der Stadt Neumünster die Angemessenheit der Aufwendungen für Unterkunft und Heizung (§§ 22, 22a SGB II).
- (2) Diese Satzung gilt nach § 35a Satz 1 SGB XII auch für die Stadt Neumünster als örtlichem Träger der Sozialhilfe.

§ 2 Datenerhebung, -auswertung und -überprüfung

- (1) Zur Bestimmung der angemessenen Aufwendungen für die Unterkunft sind geeignete statistische Daten erhoben und ausgewertet und im Januar 2013

ein schlüssiges Konzept erstellt worden.

- (2) Zur Methodik der Datenerhebung und -auswertung wird auf die Begründung verwiesen. Diese ist als Anlage Bestandteil dieser Satzung (§ 22c Abs. 1 SGB II).
- (3) Die Stadt Neumünster wird die durch Satzung bestimmten Werte für die Unterkunft einschließlich der erhobenen und ausgewerteten Daten mindestens alle zwei Jahre überprüfen und gegebenenfalls neu festsetzen (§ 22c Abs. 2 SGB II).

§ 3 Angemessenheit der Unterkunftskosten

- (1) Maßgeblicher örtlicher Vergleichsraum ist das gesamte Stadtgebiet der Stadt Neumünster. Bei dem Stadtgebiet der Stadt Neumünster handelt es sich um einen ausreichend großen Raum der Wohnbebauung, der auf Grund seiner räumlichen Nähe und seiner verkehrstechnischen und sozialen Infrastruktur einen insgesamt betrachtet homogenen Lebens- und Wohnbereich bildet.
- (2) Unterkunftskosten umfassen die Nettokaltmiete und die kalten Betriebskosten (Nebenkosten). Als angemessene Kosten der Unterkunft werden im Stadtgebiet Neumünster folgende Werte festgesetzt:

1	2	3	4	5	6
Anzahl der Personen pro Bedarfsgemeinschaft	Abstrakt angemessene Wohnungsgröße	Nettokaltmiete pro m ²	Kalte Betriebskosten (Nebenkosten) pro m ²	Addition Nettokaltmiete und kalte Betriebskosten pro m ²	Bruttokaltmiete (Produkt aus Spalte 2 und 5, gerundet)
1 Person	45 m ²	4,86 €	1,48 €	6,34 €	286,00 €
2 Personen	55 m ²	4,65 €	1,43 €	6,08 €	335,00 €
3 Personen	70 m ²	4,70 €	1,36 €	6,06 €	425,00 €
4 Personen	80 m ²	4,71 €	1,29 €	6,00 €	480,00 €
5 Personen	90 m ²	4,60 €	1,37 €	5,97 €	538,00 €
6 Personen	100 m ²	4,64 €	1,19 €	5,83 €	583,00 €

Bei mehr als 6 Personen in einer Bedarfsgemeinschaft findet eine Angemessenheitsprüfung im Einzelfall statt. Hierbei ist insbesondere die aktuelle Wohnungsmarktlage zu berücksichtigen.

§ 4 Besondere Bedarfe für die Unterkunft

- (1) Gemäß § 22b Absatz 3 SGB II soll für Personen mit einem besonderen Bedarf für Unterkunft und Heizung eine Sonderregelung getroffen werden. Diese ergibt sich aus den folgenden Absätzen.
- (2) Für Personen, die das 25. Lebensjahr (U25) noch nicht vollendet haben und aus dem elterlichen Haushalt ausziehen wollen, wird abweichend eine Wohnfläche von bis zu 35 m² als angemessen anerkannt.

Anzahl der Personen pro Bedarfsgemeinschaft	Abstrakt angemessene Wohnungsgröße	Nettokaltmiete pro m ²	Kalte Betriebskosten (Nebenkosten) pro m ²	Addition Nettokaltmiete und kalte Betriebskosten pro m ²	Bruttokaltmiete (Produkt aus Spalte 2 und 5, gerundet)
1 Person U 25	35 m ²	5,11 €	1,54 €	6,65 €	233,00 €

Maßgebend für die Bestimmung der angemessenen Wohnfläche sind die Wohnungsgrößen, die ein vergleichbarer Personenkreis, der nicht mehr bei den Eltern wohnt und sich noch in der beruflichen Orientierungsphase oder Ausbildung bzw. Studium befindet, üblicherweise bewohnt.

- (3) Für alle anderen Personen unter 25 Jahren (z.B. in einer Bedarfsgemeinschaft mit Partner/in oder eigenen Kind/ern oder Einzelpersonen, die sich bereits wirtschaftlich nachhaltig mit eigener Wohnung selbst unterhalten haben) gelten für die angemietete Wohnung die nach § 3 angemessenen Wohnflächen nach Personenzahl.
- (4) Für Personen, die auf Grund ihres Alters ab Vollendung des 60. Lebensjahres, einer dauerhaften Krankheit, Behinderung oder Pflegebedürftigkeit einen höheren Wohnbedarf haben, ist die Angemessenheit der Kosten der Unterkunft abweichend von § 3 nach der Besonderheit des Einzelfalles festzulegen.
- (5) Einen besonderen Bedarf für Unterkunft haben weiterhin Personen, die regelmäßig, mindestens vierzehntägig, und über Nacht das Umgangsrecht mit ihrem minderjährigen Kind ausüben und deswegen einen ungedeckten, erhöhten Raumbedarf haben (§ 22b Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 SGB II). Der erhöhte Raumbedarf ist in der Regel erst gegeben, wenn das minderjährige Kind das dritte Lebensjahr vollendet hat. Für jedes minderjährige Kind ist die Anzahl der Personen pro Bedarfsgemeinschaft für die umgangsbedingt angemessenen Aufwendungen der Unterkunft nach § 3 um eine halbe Stufe zur nächsthöheren Personenzahl zu erhöhen.

§ 5 Heizkosten

Die Angemessenheit der Heizkosten richtet sich nach dem jährlich aktualisierten Bundesweiten Heizspiegel. Als angemessen wird hierbei maximal der höchste Wert aus der Spalte "erhöht" der jeweiligen Heizungsart nach Gebädefläche anerkannt.

§ 6 Besonderheiten für energetisch sanierten Wohnraum

Weist der Vermieter nach, dass er Wohnraum energetisch saniert hat und hierdurch Heizkosteneinsparungen vorliegen oder zu erwarten sind, gelten abweichend von § 3 die nachfolgenden Sätze als angemessen:

1	2	3	4	5	6
Anzahl der Personen pro Bedarfsgemeinschaft	Abstrakt angemessene Wohnungsgröße	Nettokaltmiete pro m ²	Kalte Betriebskosten (Nebenkosten) pro m ²	Addition Nettokaltmiete und kalte Betriebskosten pro m ²	Bruttokaltmiete (Produkt aus Spalte 2 und 5, gerundet)
1 Person	45 m ²	5,17 €	1,39 €	6,56 €	296,00 €
2 Personen	55 m ²	5,10 €	1,13 €	6,23 €	343,00 €
3 Personen	70 m ²	5,17 €	1,12 €	6,29 €	441,00 €
4 Personen	80 m ²	4,71 €	1,29 €	6,00 €	480,00 €
5 Personen	90 m ²	4,60 €	1,37 €	5,97 €	538,00 €
6 Personen	100 m ²	4,64 €	1,19 €	5,83 €	583,00 €
1 Person U25	35 m ²	5,50 m ²	1,37 €	6,87 €	241,00 €

§ 7 Inkrafttreten

Diese Satzung tritt am 01.12.2013 in Kraft.“

Als Anlage zur Satzung (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 2 KdU-Satzung 2013) lag ein „Schlüssiges Konzept“ bei. Die Satzung wurde vom Oberbürgermeister der Ag.in am 28. November 2013 ausgefertigt und am 30. November 2013 im Holsteinischen Courier bekannt gemacht.

Mit Schreiben vom 5. Februar 2014 forderte das Jobcenter Neumünster die Ast.in zur Senkung der Unterkunftskosten auf. Sie wies die Ast.in darauf hin, dass derzeit Unterkunftskosten in Höhe von monatlich 500,00 Euro (inklusive Betriebs- und Heizkostenvorauszahlung) berücksichtigt würden. Entsprechend der hier streitgegenständlichen Satzung der Ag.in zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und SGB XII-Bereich vom 28. November 2013 (KdU-Satzung 2013) sei für einen Dreipersonenhaushalt nunmehr eine Bruttokaltmiete von 425,00 Euro angemessen. Die Bruttokaltmiete, die die Ast.in zu zahlen habe, betrage zurzeit 585,00 Euro und liege damit erheblich über den angemessenen Unterkunftskosten. Das Jobcenter Neumünster forderte die Ast.in daher auf, ihre Unterkunftskosten bis zum 31. Juli 2014 auf den angemessenen Betrag abzusenken. Nach Ablauf von 5 Monaten könne für die derzeitige Wohnung nur noch ein Bedarf in angemessener Höhe berücksichtigt werden.

Am 14. März 2014 beantragte die Ast.in, den damals aktuellen Bewilligungsbescheid vom 9. Januar 2014 sowie sämtliche Bewilligungsbescheide rückwirkend bis zum 1. Januar 2013 zu überprüfen und zurückzunehmen, soweit mit diesen Bescheiden nicht die tatsächlichen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung berücksichtigt worden sind. Die seit 1. Dezember 2013 geltende KdU-Satzung 2013 sei unwirksam und werde zurzeit im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens auf ihre Gültigkeit hin überprüft. Bis zum Inkrafttreten der KdU-Satzung 2013 habe die Ag.in überhaupt nicht über ein schlüssiges Konzept verfügt. Deshalb seien die Werte der Wohngeldtabelle zusätzlich eines Zuschlags von 10 Prozent zu berücksichtigen. Danach habe die Kaltmiete in Höhe von 526,90 Euro zusätzlich Heizkosten als angemessen zu gelten.

Mit Bescheid vom 12. Juni 2014 entsprach das Jobcenter Neumünster dem Überprüfungsantrag der Ast.in für den Zeitraum 1. Januar 2013 bis 30. November 2013 in vollem Umfang sowie für den Zeitraum seit dem 1. Dezember 2013 teilweise insoweit, als nunmehr Unterkunftskosten in Höhe von 425,00 Euro zusätzlich der angemessenen Heizkosten berücksichtigt wurden. Mit vier weiteren Bescheiden vom 12. Juni 2014 sollte diese Entscheidung umgesetzt werden. Und zwar für den Zeitraum 1. Januar 2013 bis 31. Januar 2013, 1. Februar 2013 bis 31. Juli 2013, 1. August 2013 bis 31. Januar 2014 und 1. Februar 2014 bis 30. Juni 2014. Der Ast.in und ihrer Tochter C wurden für den Zeitraum 1. Januar 2013 bis 30. November 2013 um monatlich 4750 Euro höhere Leistungen sowie für den Zeitraum 1. Dezember 2013 bis 30. Juni 2014 um monatlich 83,33 Euro höhere Leistungen bewilligt. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 400 ff. der Leistungsakte des Jobcenters Bezug genommen. Gegen diese Bescheide legte die Kl.in am 14. Juli 2014 Widerspruch ein. Die Widerspruchsverfahren wurden zunächst ruhend gestellt.

Auch in der Folgezeit berücksichtigte das Jobcenter Neumünster bei seinen Bewilligungsentscheidungen zugunsten der Ast.in und ihrer zwei Töchter Bedarfe für Unterkunft in Höhe von insgesamt 425,00 Euro sowie Heizkosten in tatsächlicher Höhe, so mit Bewilligungsbescheid vom 27. Juni 2014 für den Zeitraum 1. August 2014 bis 31. Januar 2015 (Bl. 409 der Leistungsakte des Jobcenters), mit Bewilligungsbescheid vom 6. Januar 2015 für den Zeitraum 1. Februar 2015 bis 31. Januar 2016 (Bl. 434 der Leistungsakte des Jobcenters) und mit Bewilligungsbescheid vom 22. Januar 2016 (und Änderungsbescheiden vom 10. und 17. Februar 2016) für den Zeitraum 1. Februar 2016 bis 31. Januar 2017 (Bl. 475 ff. der Leistungsakte des Jobcenters). Lediglich für den Zeitraum 1. Oktober 2015 bis 31. Januar 2016 waren wegen des vorübergehenden Einzugs eines weiteren Mitbewohners die tatsächlichen Aufwendungen berücksichtigt und kopfteilig auf vier Personen verteilt worden. Wegen der Einzelheiten wird auf den Änderungsbescheid vom 20. Oktober 2015 (Bl. 457 der Leistungsakte des Jobcenters) Bezug genommen.

Bereits am 22. April 2014 hat die Ast.in beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht einen Normenkontrollantrag gestellt. Zur Begründung hat sie zunächst im Wesentlichen geltend gemacht, dass die Ag.in entgegen § 2 der KdU-Satzung 2013 nicht über ein schlüssiges Konzept verfüge. Es ergebe sich aus dem Konzept nicht hinreichend deutlich, welche Vermieter zur Bestimmung des Konzepts genau befragt worden seien. Bei der Berechnung der Mietobergrenze habe die Ag.in auch nicht in einer Weise auf einen gewichteten arithmetischen Mittelwert der gehobenen Bestandsmieten zurückgegriffen, wie dies vom Bundessozialgericht bevorzugt werde. Auch seien die Angebotsmieten bei der Bestimmung des angemessenen Quadratmeterpreises nicht hinreichend und nicht zutreffend berücksichtigt worden. Zu Unrecht habe die Ag.in auch die angemessene Wohnfläche um jeweils 5 m² gegenüber den sonst geltenden Förderobergrenzen im sozialen Wohnungsbau reduziert. Nur in Ballungsräumen könne in der Regel davon ausgegangen werden, dass die von Personen im Niedrigeinkommensbereich bewohnten Wohnungen durchschnittlich kleiner seien als die Werte der aktuellen Wohnraumförderung. Statistische Daten zeigten, dass dies im Gebiet der Ag.in nicht der Fall sei. Auch die Regelungen für Personen unter 25 Jahren und die Bestimmung zu den Heizkosten entspreche nicht

den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

Nachdem die Ag.in zwischenzeitlich bereits eine weitere Satzung zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und SGB XII-Bereich vom 7. November 2014 (KdU-Satzung 2014) erlassen hatte, die zum 1. Dezember 2014 in Kraft getreten war und gleichzeitig die KdU-Satzung 2013 hatte außer Kraft treten lassen (§ 6 KdU-Satzung 2014; wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 74 f. der Gerichtsakte Bezug genommen), hat die Ratsversammlung der Ag.in am 15. September 2015 einstimmig folgende weitere Satzung beschlossen:

„Satzung der Stadt Neumünster zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und im SGB XII-Bereich (KdU-Satzung)“

Auf Grund der §§ 22a bis 22c Sozialgesetzbuch (SGB) Zweites Buch (II) – Grundsicherung für Arbeitsuchende – in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.5.2011 (BGBl. I S. 850), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 24.6.2015 (BGBl. I S. 974), i.V.m. § 2a des Gesetzes zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des § 6b Bundeskindergeldgesetz (AG-SGB II/BKKG) vom 27.5.2011, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10.12.2014 (GVObI. Schl.-H. S. 473), und §§ 4, 27 Abs. 1, 28 Satz 1 Nr. 2 der Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (Gemeindeordnung – GO –) in der Fassung vom 28.2.2003 (GVObI. Schl.-H. S. 57), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 05.05.2015 (GVObI. Schl.-H. S. 105) wird nach Beschlussfassung durch die Ratsversammlung vom 15.9.2015 folgende Satzung erlassen:

§ 1 Anwendungsbereich

- (1) Diese Satzung regelt für das Gebiet der Stadt Neumünster die Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft (§§ 22, 22a SGB II).
- (2) Diese Satzung gilt nach § 35a Satz 1 SGB XII auch für die Stadt Neumünster als örtlichem Träger der Sozialhilfe.

§ 2 Datenerhebung, -auswertung und -überprüfung

- (1) Zur Bestimmung der angemessenen Aufwendungen für die Unterkunft sind geeignete statistische Daten erhoben und ausgewertet und im Januar 2013 ein schlüssiges Konzept erstellt worden.
- (2) Zur Methodik der Datenerhebung und -auswertung wird auf die Begründung verwiesen. Diese ist als Anlage Bestandteil dieser Satzung (§ 22c Abs. 1 SGB II).
- (3) Die Stadt Neumünster wird die durch Satzung bestimmten Werte für die Unterkunft einschließlich der erhobenen und ausgewerteten Daten mindestens alle zwei Jahre überprüfen und gegebenenfalls neu festsetzen (§ 22c Abs. 2 SGB II).

§ 3 Angemessenheit der Unterkunftskosten

- (1) Maßgeblicher örtlicher Vergleichsraum ist das gesamte Stadtgebiet der Stadt Neumünster. Bei dem Stadtgebiet der Stadt Neumünster handelt es sich um einen ausreichend großen Raum der Wohnbebauung, der auf Grund seiner räumlichen Nähe, seiner verkehrstechnischen und sozialen Infrastruktur einen insgesamt betrachtet homogenen Lebens- und Wohnbereich bildet.
- (2) Unterkunftskosten umfassen die Nettokaltmiete und die kalten Betriebskosten (Nebenkosten).
Als angemessene Kosten der Unterkunft werden im Stadtgebiet Neumünster folgende Werte festgesetzt:

1	2	3	4	5	6
Anzahl der Personen pro Bedarfsgemeinschaft	Abstrakt angemessene Wohnungsgröße	Nettokaltmiete pro m ²	Kalte Betriebskosten (Nebenkosten) pro m ²	Addition Nettokaltmiete und kalte Betriebskosten pro m ²	Bruttokaltmiete (Produkt aus Spalte 2 und 5, gerundet)
1 Person	45 m ²	5,00 €	1,64 €	6,64 €	299,00 €
2 Personen	55 m ²	4,77 €	1,60 €	6,37 €	351,00 €
3 Personen	70 m ²	4,82 €	1,52 €	6,34 €	444,00 €
4 Personen	80 m ²	4,83 €	1,44 €	6,27 €	502,00 €
5 Personen	90 m ²	4,72 €	1,53 €	6,25 €	563,00 €
6 Personen	100 m ²	4,76 €	1,33 €	6,09 €	609,00 €

Bei mehr als 6 Personen in einer Bedarfsgemeinschaft findet eine Angemessenheitsprüfung im Einzelfall statt. Hierbei ist insbesondere die aktuelle Wohnungsmarktlage zu berücksichtigen.

§ 4 Besondere Bedarfe für die Unterkunft

- (1) Gemäß § 22b Absatz 3 SGB II soll für Personen mit einem besonderen Bedarf für Unterkunft und Heizung eine Sonderregelung getroffen werden. Diese ergibt sich aus den folgenden Absätzen.
- (2) Für Personen, die auf Grund ihres Alters ab Vollendung des 60. Lebensjahres, einer dauerhaften Krankheit, Behinderung oder Pflegebedürftigkeit einen höheren Wohnbedarf haben, ist die Angemessenheit der Kosten der Unterkunft abweichend von § 3 nach der Besonderheit des Einzelfalles festzulegen.
- (3) Einen besonderen Bedarf für Unterkunft haben weiterhin Personen, die regelmäßig, mindestens vierzehntägig, und über Nacht das Umgangsrecht mit ihrem minderjährigen Kind ausüben und deswegen einen ungedeckten, erhöhten Raumbedarf haben (§ 22b Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 SGB II). Der erhöhte Raumbedarf ist in der Regel erst gegeben, wenn das minderjährige Kind das dritte Lebensjahr vollendet hat. Für jedes minderjährige Kind ist die Anzahl der Personen pro Bedarfsgemeinschaft für die umgangsbedingt angemessenen Aufwendungen der Unterkunft nach § 3 um eine halbe Stufe zur nächsthöheren Personenzahl zu erhöhen.

§ 5 Besonderheiten für energetisch sanierten Wohnraum

Weist der Vermieter nach, dass er Wohnraum energetisch saniert und hierdurch Heizkosteneinsparungen vorliegen oder zu erwarten sind, gelten abweichend von § 3 die nachfolgenden Sätze als angemessen:

1	2	3	4	5	6
Anzahl der Personen pro Bedarfsgemeinschaft	Abstrakt angemessene Wohnungsgröße	Nettokaltmiete pro m ²	Kalte Betriebskosten (Nebenkosten) pro m ²	Addition Nettokaltmiete und kalte Betriebskosten pro m ²	Bruttokaltmiete (Produkt aus Spalte 2 und 5, gerundet)
1 Person	45 m ²	5,73 €	1,45 €	6,90 €	324,00 €
2 Personen	55 m ²	5,30 €	1,23 €	6,53 €	360,00 €
3 Personen	70 m ²	5,38 €	1,22 €	6,60 €	462,00 €
4 Personen	80 m ²	4,90 €	1,41 €	6,31 €	505,00 €
5 Personen	90 m ²	4,78 €	1,49 €	6,27 €	565,00 €
6 Personen	100 m ²	4,83 €	1,30 €	6,12 €	613,00 €

§ 6 Inkrafttreten

Diese Satzung tritt am 1.10.2015 in Kraft. gleichzeitig tritt die Satzung der Stadt Neumünster zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und SGB XII- Bereich vom 7.11.2014 außer Kraft.“

Als Anlage ist auch dieser Satzung (KdU-Satzung 2015) ein schlüssiges Konzept beigefügt worden, das nach § 2 Abs. 2 Satz 2 KdU-Satzung 2015 Bestandteil der Satzung geworden ist. Die KdU-Satzung 2015 ist am 17. September 2015 durch den Oberbürgermeister der Ag.in ausgefertigt und am 24. September 2015 im Holsteinischen Courier ortsüblich bekannt gemacht worden.

Mit Schriftsatz vom 19. Oktober 2015 hat die Ast.in den Normenkontrollantrag auch ausdrücklich auf diese Satzung der Ag.in zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und im SGB XII-Bereich vom 17. September 2015 erstreckt.

Die Bekl. hält die Satzung für rechtmäßig.

Aus den Gründen

Die Normenkontrollanträge haben Erfolg.

I. Gegenstand des Normenkontrollverfahrens ist sowohl die Satzung der Ag.in zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und SGB XII-Bereich vom 28. November 2013 (KdU-Satzung 2013) als auch die Satzung der Ag.in zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und SGB XII-Bereich vom 17. September 2015 (KdU-Satzung 2015), auf die die Ast.in den Normenkontrollantrag mit Schriftsatz vom 19. Oktober 2015 erweitert hat. Diese Erweiterung ist nach § 99 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) als Klageänderung zulässig, weil die Ag.in in die Änderung des Antrags eingewilligt, sich insbesondere mit Schriftsatz vom 16. November 2015 auf den erweiterten Antrag sachlich eingelassen hat (vgl. § 99 Abs. 2 SGG).

Nicht Gegenstand des Normenkontrollverfahrens ist dagegen die Satzung der Ag.in zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und SGB XII-Bereich vom 7. November 2014 (KdU-Satzung 2014) geworden. Die Ast.in hat ihren Normenkontrollantrag weder schriftsätzlich noch in der mündlichen Verhandlung auch auf diese Satzung erweitert. Eine solche ausdrückliche Klageänderung wäre jedoch erforderlich gewesen, denn die Ag.in hat vorliegend jeweils unter vollständiger Aufhebung der Vorgängersatzung eine neue, rechtlich eigenständige KdU-Satzung in Kraft gesetzt. Es liegt daher auch nicht die Fallgestaltung des § 99 Abs. 3 SGG vor, wonach die KdU-Satzung 2014 mit der KdU-Satzung 2013 in der Weise mitangefochten gelten könnte, dass eine Erstreckung des Antrags auch auf diese Satzung nicht als Klage- bzw. Antragsänderung anzusehen wäre. Dies wäre nur dann denkbar, wenn die angegriffene Satzung zwischenzeitlich lediglich durch Änderungsatzungen geändert worden wäre.

II. Die Normenkontrollanträge sind zulässig. Die Anträge sind nach § 55 a Abs. 1 SGG statthaft. Die Ast.in begehrt die Verwerfung zweier Satzungen nach § 22 a Abs. 1 Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) in Verbindung mit § 2 a des Schleswig-Holsteinischen Gesetzes zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des § 6 b Bundeskindergeldgesetz (AG-SGB II/BKGG).

Die Ast.in ist antragsbefugt. Den Antrag kann jede natürliche Person stellen, die geltend macht, durch die Anwendung der Rechtsvorschrift in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden (§ 55 a Abs. 2 Satz 1 SGG). Ausreichend ist – wie bei der Klagebefugnis (§ 54 Abs. 1 Satz 2 SGG) – zumindest die Möglichkeit einer Rechtsverletzung; es reicht allerdings sogar eine nur drohende Rechtsverletzung aus. Dies ist hier der Fall. Die Ast.in ist von den angegriffenen Satzungen betroffen. Sie hat in ihrem Geltungszeitraum beim Jobcenter Neumünster durchgehend im Bezug von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung

für Arbeitsuchende gestanden. Für die mit ihren beiden minderjährigen Töchtern bewohnte ca. 95 m² große Dreizimmerwohnung im Gebiet der Ag.in hat sie im Jahr 2013 eine Bruttowarmmiete von monatlich 730,00 Euro gezahlt. Zum 1. Dezember 2013 hat die Bruttowarmmiete 720,00 Euro betragen und ist danach im Wesentlichen unverändert geblieben. Abzüglich Heizkosten in Höhe von etwa monatlich 150,00 Euro errechnet sich daraus ein Unterkuftsbedarf von monatlich ca. 570,00 Euro brutto kalt, der seitens des Jobcenters – mit Ausnahme des kurzen Zeitraums der Wohnnutzung durch vier Personen im Zeitraum Oktober 2015 bis Januar 2016 – auf Grundlage der angegriffenen Satzungen nur in Höhe von 425,00 Euro gedeckt worden ist. Vor diesem Hintergrund kann auch eine Rechtsverletzung nicht von vornherein ausgeschlossen werden, weil die Ast.in bei Unwirksamkeit der angegriffenen Satzungen – die sie substantiiert geltend macht – nach Maßgabe der §§ 19 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 Satz 1, 22 Abs. 1 Satz 1 – zumindest zeitweise Anspruch auf höhere Leistungen unter Berücksichtigung eines Bedarfs von bis zu 526,90 Euro (bis 31. Dezember 2015) bzw. in tatsächlicher Höhe (seit 1. Januar 2016) haben könnte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung bei endgültigem Fehlen eines schlüssigen Konzepts als Angemessenheitsobergrenze der für den Wohnort maßgebliche Tabellenwert nach § 12 Wohngeldgesetz (WoGG) zuzüglich eines zehnprozentigen Sicherheitszuschlags zugrunde zu legen ist

(vgl. nur BSG, Urteil vom 12. Dezember 2013 – B 4 AS 87/12 R – SozR 4-4200 § 22 Nr 73).

Für Neumünster (Mietstufe III) errechnet sich daraus für den Zeitraum bis Ende 2015 der o.g. Wert; der sich für den Zeitraum ab 1. Januar 2016 auf Grundlage des § 12 WoGG in der Fassung des Gesetzes zur Reform des Wohngeldrechts und zur Änderung des Wohnraumförderungsgesetzes vom 2. Oktober 2015

(BGBl. I S. 1610)

rechnerisch ergebende Wert von 619,30 Euro liegt bereits oberhalb der tatsächlichen kalten Unterkunfts-kosten.

III. Die Normenkontrollanträge sind auch begründet. Die Satzungen der Ag.in zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und SGB XII-Bereich vom 28. November 2013 und 17. September 2015 (KdU-Satzungen 2013 und 2015) sind ungültig; die sind daher für unwirksam zu erklären (§ 55 a Abs. 5 Satz 2 SGG).

1. Allerdings besteht eine dem Grunde nach hinreichende gesetzliche Ermächtigung zum Erlass der angegriffenen Satzungen. Nach § 22 a Abs. 1 Satz 1 SGB II können die Länder die Kreise und kreisfreien Städte durch Gesetz dazu ermächtigen, durch Satzung zu bestimmen, in welcher Höhe die Aufwendungen für Unterkunft und Heizung in ihrem Gebiet rechtmäßig sind. Von dieser Ermächtigung hat das Land Schleswig-Holstein durch § 2 a des Gesetzes zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des § 6 b Bundeskindergeldgesetz (AG-SGB II/BKGG) vom 27. Mai 2011 (GVObI. Schl.-H. S. 146) umfassend Gebrauch gemacht.

2. Beide Satzungen sind auch formell rechtmäßig. Sie genügen insbesondere den bundes- und landesrechtlichen Anforderungen an das Verfahren der Satzungsgebung. Die Satzungsbeschlüsse sind von der zuständigen Ratsversammlung (§§ 27 Abs. 1 Satz 2, Abs. 5, 28 Satz 1 Nr. 2 Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (GO) mit der erforderlichen Stimmenmehrheit (§ 39 Abs. 1 GO) angenommen worden. Die Satzungen sind ferner auch vom Oberbürgermeister ausgefertigt (§ 2 Abs. 2 GO) und jeweils ortsüblich im Holsteinischen Courier bekannt gemacht worden. Die Bekanntmachung hat auch das so genannte „Schlüssige Konzept“ umfasst, das als Anlage zu § 2 Abs. 2 KdU-Satzung 2013 und 2015 Gegenstand der Satzung geworden ist. Insoweit ist auch dem spezifischen Begründungserfordernis der §§ 22 b Abs. 2 Satz 1, 22 c Abs. 1 Satz 4 SGB II entsprochen worden. Weitere verfahrensrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen wie etwa ein Zustimmungserfordernis der zuständigen obersten Landesbehörde (§ 22 a Abs. 1 Satz 2 SGB II) sieht das schleswig-holsteinische Landesrecht nicht vor.

3. Beide KdU-Satzungen sind jedoch materiell rechtswidrig. § 3 Abs. 2 und § 6 KdU-Satzung 2013 bzw. § 3 Abs. 2 und § 5 KdU-Satzung 2015 sind mit § 22 b Abs. 1 i.V.m. § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II vereinbar, soweit die Ag.in die angemessenen Wohnflächen jeweils abweichend von den landesrechtlichen Förderbestimmungen im sozialen Wohnungsbau festgesetzt hat. (dazu unter a). Weil diese niedrigeren Werte Eingang in die Produktbildung zur Bestimmung der preislichen Angemessenheitsgrenze gefunden haben, ist die Festsetzung der angemessenen Bruttokaltmiete insgesamt unwirksam (dazu unter b), obwohl die Ermittlung des angemessenen Quadratmeterpreises für sich genommen den Anforderungen an ein schlüssiges Konzept genügt und materiell nicht zu beanstanden ist (dazu unter c). Die Unwirksamkeit der §§ 3 Abs. 2 und 6 KdU-Satzung 2013 bzw. der §§ 3 Abs. 2, 5 KdU-Satzung 2015 führt, weil die verbleibenden Vorschriften für sich genommen keinen eigenständigen Regelungsgehalt mehr aufweisen, zur Unwirksamkeit der Satzungen insgesamt (dazu unter d). Deshalb bedarf es keiner besonderen Feststellung mehr, dass § 5 KdU-Satzung 2013 auch mit § 22 b Abs. 1 Satz 2 SGB II unvereinbar ist (dazu unter e) und § 4 Abs. 2 KdU-Satzung 2013 gegen § 22 b Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II verstößt (dazu unter f). Ob die Regelungen des § 4 Abs. 4 KdU-Satzung 2013 bzw. § 4 Abs. 2 KdU-Satzung 2015 mit § 22 b Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB II vereinbar sind, kann ebenso dahingestellt bleiben wie die Frage, ob § 4 Abs. 5 KdU-Satzung 2013 bzw. § 4 Abs. 3 KdU-Satzung 2015 mit § 22 b Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 SGB II vereinbar sind (dazu unter g).

a) Die Bestimmung der abstrakt angemessenen Wohnfläche in § 3 Abs. 2 und § 6 KdU-Satzung 2013 bzw. in § 3 Abs. 2 und § 5 KdU-Satzung 2015 für Bedarfsgemeinschaften mit einer Person auf 45 m², mit zwei Personen auf 55 m² mit drei Personen auf 70 m², mit vier Personen auf 80 m², für fünf Personen auf 90 m² und für sechs Personen auf 100 m² ist durch § 22 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II nicht gedeckt, weil die Festsetzungen den materiellen Anforderungen des § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II an die Angemessenheit der Wohnfläche nicht entsprechen. Die angemessenen Aufwendungen für die Unterkunft werden in der Grundsicherung für Arbeitsuchende wie bereits zuvor in der Sozialhilfe in ständiger Rechtsprechung nach Maßgabe der Produkttheorie bestimmt. Preislich angemessen ist eine Wohnung, für die Aufwendungen maximal in Höhe eines Betrags zu tätigen sind, der sich aus dem Produkt aus abstrakt angemessenem Quadratmeterpreis und abstrakt angemessener Wohnfläche errechnet

(BSG, Urteil vom 7. November 2006 – B 7b AS 10/06 R – BSGE 97, 213 = SozR 4-4200 § 22 Nr. 2, Rn. 24).

Angemessen ist dabei generell eine Wohnung, die nach Ausstattung, Lage und Bausubstanz einfachen und grundlegenden Bedürfnissen entspricht und keinen gehobenen Wohnstandard aufweist

(BSG, Urteil vom 7. November 2006 – B 7b AS 18/06 R – BSGE 97, 254 = SozR 4-4200 § 22 Nr. 3, Rn. 20)

und – mit Blick (auch) auf die Wohnungsgröße – einen „bescheidenen Zuschnitt“ hat

(BSG, Urteil vom 19. Februar 2009 – B 4 AS 30/08 R – BSGE 102, 263 = SozR 4-4200 § 22 Nr. 19, Rn. 14).

Insoweit hat das Bundessozialgericht von vornherein Bezug genommen auf die Flächengrenzen in den landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen über die Förderung des sozialen Wohnungsbaus

(vgl. BSG, Urteil vom 7. November 2006 – B 7b AS 10/06 R – BSGE 97, 213 = SozR 4-4200 § 22 Nr. 2, Rn. 24),

obwohl es erkannt hat, dass damit auf Festlegungen der einzelnen Länder zurückgegriffen wird, deren Maßstäbe weitgehend unklar sind und deren Zwecke nicht mit dem der Angemessenheitsprüfung in § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II übereinstimmen

(BSG, Urteil vom 19. Februar 2009 – B 4 AS 30/08 R – BSGE 102, 263 = SozR 4-4200 § 22 Nr. 19, Rn. 15 f.).

In Reaktion auf diese Rechtsprechung ermächtigt § 22 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II dazu, in der Satzung zu bestimmen, welche Wohnfläche entsprechend der Struktur des örtlichen Woh-

nungsmarktes als angemessen anerkannt wird. Ziel dieser Regelung ist es, den Rückgriff auf die empirisch wenig tragfähigen und auf die konkreten örtlichen Gegebenheiten keine Rücksicht nehmenden landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen über die Förderung des sozialen Wohnungsbaus und die dort reglementierten Flächengrenzen zumindest im Rahmen der Satzungsgebung obsolet zu machen

(vgl. Luik, in: Eicher, SGB II, 3. Aufl. 2013, § 22 b Rn. 3).

Schon aus dem Gesetzeswortlaut („entsprechend der Struktur des örtlichen Wohnungsmarktes“) und der Entstehungsgeschichte

(vgl. BT-Drucks. 17/3404, S. 101)

folgt jedoch, dass der Träger die Bestimmung der angemessenen Wohnfläche auch im Rahmen der Satzungsgebung nicht im Wege freihändiger, kommunalpolitisch motivierter Satzung vornehmen darf, sondern dass es belastbare Daten über den örtlichen Wohnungsmarkt geben muss, um von den Flächengrenzen im sozialen Wohnungsbau abweichen zu können

(LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 14. Juli 2015 – L 6 AS 41/15 B ER).

Hinzu kommt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung aus dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz [GG]) zu Recht erhöhte Verfahrensanforderungen an die Konkretisierung des abstrakt angemessenen Unterkunftsbedarfs durch untergesetzliche Normsetzung abgeleitet hat

(BSG, Urteil vom 17. Oktober 2013 – B 14 AS 70/12 R – BSGE 114, 257 = SozR 4-4200 § 22 a Nr. 1, Rn. 34).

Dementsprechend muss auch die abweichende Wohnflächenfestsetzung im Rahmen einer Satzung – ausgehend vom Kriterium des „bescheidenen Zuschnitts“ – wie die Bestimmung des angemessenen Quadratmeterpreises auf einem schlüssigen Konzept beruhen

(vgl. zum schlüssigen Konzept allgemein BSG, Urteil vom 22. September 2009 – B 4 AS 18/09 R – BSGE 104, 192 = SozR 4-4200 § 22 Nr. 30),

d.h. auf einem planmäßigen Vorgehen im Sinne einer Ermittlung und Bewertung genereller, wenngleich ort- und zeitbedingter Tatsachen im maßgeblichen Vergleichsraum

(vgl. Knickrehm, SozSich 2015, 287, 289).

Die Bestimmung der angemessenen Wohnfläche im Rahmen eines schlüssigen Konzepts orientiert sich dabei nach Überzeugung des erkennenden Senats im Ausgangspunkt an denselben Grundsätzen wie die Bestimmung des angemessenen Quadratmeterpreises. Generell gehen der Begriff des schlüssigen Konzepts und die hinter ihm stehende Idee von „kontrollierter Methodenfreiheit bei Methodenvielfalt“

(Knickrehm, aaO, S. 287)

aus. Der kommunale Träger ist nicht von vornherein an eine bestimmte Methodik gebunden, sondern kann nach Maßgabe der vorliegenden oder für ihn erreichbaren Erkenntnisquellen aus mehreren denkbaren Methoden diejenige auswählen, die nach seiner Einschätzung eine sachgerechte Aussage über die angemessene Wohnfläche erlaubt.

Dabei müssen das Konzept des Trägers und die ihm zugrunde liegenden Daten (absolute) Aussagen darüber zulassen, welche Wohnungsgrößen in seinem Gebiet als angemessen gelten können, wobei zur Bestimmung des „bescheidenen Zuschnitts“ auf die Referenzgruppe der unteren Einkommensschichten, die nicht auf staatliche Transferleistungen angewiesen sind abzustellen ist

(vgl. zu § 22 Abs. 1 Satz 3 SGB II BSG, Urteil vom 22. August 2012 – B 14 AS 13/12 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 64, Rn. 30).

Nicht den Anforderungen an ein schlüssiges Konzept genügt es hingegen, die angemessenen Wohnflächen – ohne empirische Aussagen zu den tatsächlichen Wohn- und Lebensverhältnissen unterer Einkommensschichten vor Ort – lediglich relativ abweichend von den Flächengrenzen im sozialen Wohnungsbau festzusetzen, wenn empirische Daten lediglich die Annahme rechtfertigen, dass im Gebiet des kommunalen Trägers allgemein größere oder kleinere Wohnungen vorhanden sind als im Landesdurchschnitt. Denn die Gründe für die Wohnungsgröße in einer bestimmten Region sind vielfältig und

hängen insbesondere auch mit der Haushaltsgröße und den Bevölkerungsstrukturen zusammen. Angesichts der aus dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum folgenden Anforderungen gilt dies jedenfalls, im vorliegenden Falle soll jeweils 5 m²

(vgl. Nr. 3.2.2 der Verwaltungsbestimmungen zum Schleswig-Holsteinischen Wohnraumförderungsgesetz [VB-SHWoFG] vom 22. August 2012 [Amtsbl. Sch.-H. 2012, S. 790, berichtigt S. 970]) –

von den Werten der landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus nach unten abgewichen werden. Weil diese Werte nicht auf einer empirisch tragfähigen und validen Datengrundlage beruhen, zugrundlegend anderen Zwecken als der Bestimmung der angemessenen Unterkunfts-kosten i.S. des § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II erhoben wurden und keine Aussage darüber zulassen, in welchen Wohnungsgrößen Bezieher unterer Einkommen in Schleswig-Holstein wohnen, ist es methodisch unzulässig und damit konzeptionell unschlüssig, diesen Wert als Basiswert zugrunde zu legen und die angemessene Wohnfläche relativ abweichend vom landesweiten Wert zu bestimmen. Vom Erfordernis statistischer Erhebungen über den von Niedrigeinkommensbezieher bewohnten Wohnraum geht wohl auch das Schrifttum aus, wenn eine Orientierung an den Wohnflächen empfohlen wird, „die auf dem örtlichen Markt für Haushalte im Niedrigeinkommensbereich ohne Transferleistungsbezug üblich sind“

(Piepenstock, in: jurisPK-SGB II, 4. Aufl. 2015, § 22 b Rn. 19)

und wenn gefordert wird, dass Satzungsregelungen auf „hinreichend realitätsgerechten und nachvollziehbaren Erhebungen zum typischen Wohnbedarf der jeweils betroffenen Gruppen von Personen“ gestützt sein müssen

(so Knickrehm, SozSich 2015, 287, 292 hier zu Regelungen i.S. von § 22 b Abs. 3 SGB II).

Diesen Anforderungen wird das Konzept der Ag.in zur Bestimmung der angemessenen Wohnfläche nicht gerecht.

Zur Begründung der Festsetzung der angemessenen Wohnflächen besagt Ziff. 3.1 („Ermittlung angemessener Wohnraumgrößen“) der Anlage zu § 2 Abs. 2 der KdU-Satzung 2013 wie auch der KdU-Satzung 2015, dass die Festlegungen auf dem erhobenen Datenbestand beruhen, der ausreichend Wohnraum für jede Personengruppe ausweise. Es werde davon ausgegangen, dass bei Hochrechnung der Stichprobe auf den Gesamtwohnungsbestand für alle Bedarfsgruppen ausreichend Wohnraum zur Verfügung stehe. Dafür streite, dass die statistische Durchschnittsgröße der Haushalte im Gebiet der Ag.in bei 2,1 Personen liege, der Anteil der Wohnungen mit für Ein- und Zweipersonenhaushalte als angemessen anerkannten Wohnungsgrößen (also bis 55 m²) im Vergleich bei 46 Prozent liege.

Diese bei der Konzeptbildung berücksichtigten Daten lassen keinerlei Rückschlüsse darauf zu, welche durchschnittlichen Wohnflächen Ein-, Zwei- oder gar Mehrpersonenhaushalte in Neumünster nutzen. Vielmehr geht die Ag.in im Ansatz vom vorhandenen (Miet-)Wohnraum aus und argumentiert damit, (theoretisch) alle Ein- und Zweipersonenhaushalte in Wohnungen bis zu 55 m² Größe unterbringen zu können, da diese Wohnungen nach ihrer Erhebung 46 Prozent des Mietwohnungsmarktes ausmachen und die Durchschnittshaushaltsgröße in Neumünster 2,1 Personen betrage. Implizit will die Ag.in damit offenbar aussagen, dass Haushalte mit 2,0 oder weniger Personen weniger als die Hälfte der Wohnungen benötigten. Schon dieser Rückschluss ist – worauf der 6. Senat schon im Rahmen eines Eilverfahrens hingewiesen hatte

(LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 14. Juli 2015 – L 6 AS 41/15 B ER) –

indes nicht plausibel. Denn statistisch ist es ohne weiteres möglich, dass bei einer durchschnittlichen Haushaltsgröße von 2,1 Personen (weit) mehr als die Hälfte aller Wohnungen von Ein- und Zweipersonenhaushalten genutzt wird. Tatsächlich waren im Jahr 2011 in Neumünster 74,5 Prozent aller privaten Haushalte entweder Ein- oder Zweipersonenhaushalte (Statistisches Amt für Hamburg und Schleswig-Holstein [Hrsg.], Zensus 2011 – Bevölkerung und Haushalte, Kreisfreie Stadt Neumünster am 9. Mai 2011, S. 33). Der Zensus lässt daher

vermuten, dass Ein- und Zweipersonenhaushalte tatsächlich durchschnittlich auf größeren Flächen wohnen als von der Ag.in in ihren Konzepten als angemessen zugrunde gelegt hat. Auch dies ist letztlich durch die im Rahmen des Zensus 2011 erhobenen Daten gestützt, denen zufolge nur 12 Prozent der Einpersonenhaushalte auf unter 40 m² wohnen, während 38 Prozent der Einpersonenhaushalte auf einer Fläche von 40 bis 59 m² leben und den verbleibenden 50 Prozent der Einpersonenhaushalte sogar Wohnflächen von mehr als 60 m² zur Verfügung stehen (Statistisches Amt für Hamburg und Schleswig-Holstein [Hrsg.], Zensus 2011 – Gebäude und Wohnungen sowie Wohnverhältnisse der Haushalte, Kreisfreie Stadt Neumünster am 9. Mai 2011, S. 19 f.). Zwar ist denkbar und nicht unwahrscheinlich, dass gerade die relevante Vergleichsgruppe der Bezieher unterer Einkommen auf tendenziell kleineren Flächen wohnt. Ohne eine Erhebung der spezifischen Wohn- und Lebensverhältnisse gerade dieser Vergleichsgruppe ist jedoch eine schlüssige Festsetzung der Wohnflächen in der von der Ag.in vorgenommenen Weise nicht zulässig.

Auch die Ergänzung der Begründung der abweichenden Wohnflächenfestsetzung mit Schriftsatz vom 9. Februar 2016 führt nicht dazu, dass der Senat nach den genannten Maßstäben vom Vorliegen eines schlüssigen Konzepts ausgehen könnte.

Dabei ist zweifelhaft ob die Erwägungen, die die Ag.in im Schriftsatz vom 9. Februar 2016 gegenüber dem Senat zur Rechtfertigung der Abweichung von Landesausführungsbestimmungen im sozialen Wohnungsbau vorgetragen hat, bei der Bewertung des schlüssigen Konzepts überhaupt beachtlich sind. In Frage steht die Beachtlichkeit der nur schriftlich ergänzten Erwägungen vor allem deshalb, weil der Satzung nach § 22 b Abs. 2 Satz 1 SGB II eine Begründung beizufügen ist, in der darzulegen ist, wie die Angemessenheit der Aufwendungen für Unterkunft und Heizung ermittelt wird (§ 22 b Abs. 2 Satz 2 SGB II). Die Begründung ist deshalb Bestandteil der Satzung

(Luik, in: Eicher, aaO, § 22 b Rn. 8).

Der nachgeschobene Begründungsteil weist jedoch die Form der Satzung nicht auf und hat an der demokratischen Legitimation des Satzungsbeschlusses durch die Ratsversammlung keinen Anteil. Andererseits entspricht das (zulässige) Nachschieben von Gründen allgemein sozialverwaltungsverfahrenrechtlichen Grundsätzen

(vgl. § 41 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch [SGB XI])

und führt auch in anderen Rechtsbereichen – dort allerdings kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung – eine unvollständige Begründung nicht zur Unwirksamkeit der Satzung

(vgl. z.B. § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Baugesetzbuch (BauGB); hier ersetzt die bloße Auskunftserteilung die unvollständige Begründung, § 214 Abs. 1 Satz 2 BauGB).

Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es allerdings schon deshalb nicht, weil die Festsetzungen der angemessenen Wohnflächen abweichend von den Flächengrenzen im sozialen Wohnungsbau auf 45 m² für Einpersonenhaushalte, 55 m² für Zweipersonenhaushalte, 70 m² für Dreipersonenhaushalte, 80 m² für Vierpersonenhaushalte, 90 m² für Fünfpersonenhaushalte und 100 m² für Sechspersonenhaushalte auch dann nicht auf einem schlüssigen Konzept beruht, wenn man die von der Ag.in nachgeschobenen Begründungselemente zugrunde legte.

Zentraler Gesichtspunkt der seitens der Ag.in ergänzten Begründung ist, dass die durchschnittliche Wohnungsgröße in ihrem Gebiet nur 78,4 m² betrage, während sie im Landesdurchschnitt bei 87,9 m² liege. Dafür sei zum einen maßgeblich, dass nur 40,7 Prozent der Wohnungen im Stadtgebiet auf Ein- und Zweifamilienhäuser entfielen (gegenüber 53,9 Prozent im Landesdurchschnitt), zum anderen gehöre in Neumünster ein erheblicher Teil der Wohnungen zum Wohnungsbestand größerer Wohnungsunternehmen, die ganz überwiegend kleinere Wohnungen anbieten würden. So wiesen in Neumünster 54,1 Prozent des Bestands der größeren Wohnungsbauunternehmen eine Fläche von unter 60 m² auf, während im Landesdurchschnitt nur 40 Prozent der Wohnungen unter

60 m² groß seien. Im Übrigen zeige auch eine aktuelle interne Auswertung, dass die tatsächliche Wohnungsbelegung der unteren Einkommensgruppen der Struktur des Wohnungsmarktes entspreche. Danach wohnten 46 Prozent aller leistungsbeziehenden Haushalte (SGB-II-Leistungen, SGB-XII-Leistungen und Wohngeld) in Wohnungen mit einer Wohnfläche von unter 55 m².

Auch dieser Begründungsansatz ist zur Rechtfertigung der vorgenommenen Festsetzung der Wohnflächengrenzen ungeeignet. Denn auch die hier in Bezug genommenen Daten lassen keinen Rückschluss darauf zu, auf welcher Wohnfläche der durchschnittliche Haushalt der jeweiligen Haushaltsgröße allgemein bzw. der durchschnittliche Haushalt der jeweiligen Haushaltsgröße in einem bestimmten (unteren) Einkommenssegment wohnt. Soweit die Ag.in diesen Bezug über die statistische Auswertung des Wohnungsbestands der im Bezug von existenzsichernden Leistungen oder von Wohngeld stehenden Haushalte herzustellen versucht, gelingt auch dies schon im Ansatz nicht, weil damit ebenfalls keine Aussage über die durchschnittliche Wohnungsgröße bestimmter Haushaltstypen erzielbar ist. Zweifel an der Aussage, dass Bezieher von Grundsicherungsleistungen durchschnittlich Wohnraumgrößen von 45 m² für Ein- und unter 55 m² für Zweipersonenhaushalte nutzen – für die größeren Haushalte legt die Ag.in gar keinen Begründungsansatz vor –, ergeben sich vielmehr daraus, dass nach den Ermittlungen der Ag.in lediglich 47 Prozent der Bedarfsgemeinschaften auf unter 55 m² wohnen, während nach der aktuellen Grundsicherungsstatistik von 5.524 SGB-II-Bedarfsgemeinschaften im Leistungsbezug beim Jobcenter Neumünster insgesamt 73 Prozent Ein- (2990 Bedarfsgemeinschaften) oder Zweipersonenbedarfsgemeinschaften (1.041 Bedarfsgemeinschaften) sind (Bundesagentur für Arbeit [Hrsg.], Arbeitsmarkt in Zahlen – Statistik der Grundsicherung für Arbeitsuchende, Bedarfsgemeinschaften und deren Mitglieder, Juni 2016, Ziffer 3.1). Aus dieser Gegenüberstellung folgt, dass eine große Zahl der aus ein oder zwei Personen bestehenden Bedarfsgemeinschaften in Wohnungen lebt, die größer als 55 m² sind. Überdies hat das Bundessozialgericht – zur Bestimmung des angemessenen Quadratmeterpreises – bereits entschieden, dass besondere Anforderungen zu stellen sind, wenn als Datengrundlage nur Wohnungen von Leistungsbeziehern zugrunde gelegt werden, um ein selbstreferenzielles System zu verhindern

(BSG, Urteil vom 6. Oktober 2011 – B 14 AS 131/10 R, Rn. 22).

Nach diesen Maßstäben wäre es zweifelhaft, ob aus einem – hier ohnehin nicht ermittelbaren – Durchschnittswert der sich für die einzelnen Bedarfsgemeinschaftsgrößen ergebenden Wohnflächen ohne weiteres auf die Angemessenheit der Wohnfläche für die jeweilige Haushaltsgröße geschlossen werden könnte.

Selbst wenn man schließlich – entgegen der oben dargestellten wohl herrschenden Meinung – eine gegenüber den Werten der Wohnraumförderungsbestimmungen lediglich relativ abweichende Festsetzung der Flächengrenzen für zulässig erachten wollte, würden die Festsetzungen der Ag.in hier nach Überzeugung des erkennenden Senats nicht auf einem schlüssigen Konzept beruhen. Der Senat braucht sich deshalb zum dargelegten Meinungsstand nicht abschließend zu verhalten. Die Daten geben nämlich auch keinen generellen Aufschluss darüber, dass in Neumünster allgemein substanzuell kleiner gewohnt wird als im Landesdurchschnitt. Zwar mag es zutreffen, dass die durchschnittliche Wohnung in Neumünster eine Wohnfläche von 78,4 m² hat, während die durchschnittliche Wohnung im Land Schleswig-Holstein 87,9 m² aufweist – die seitens der Ag.in angegebene Quelle (Statistik-Profil für Kreise und Städte Schleswig-Holstein, 2012, Nord.regional, Band 14, S. 29) ist im Internet nicht mehr abrufbar. Die städtische Siedlungsstruktur der Stadt Neumünster legt dieses Ergebnis jedoch durchaus nahe. Die durchschnittliche Wohnungsgröße sagt allerdings für sich noch nichts darüber aus, dass die jeweiligen Haushaltstypen tatsächlich auch kleiner wohnen. Für derartige Aussagen wäre es erforderlich, die durchschnittlichen Wohnungsgrößen in Relation zu setzen

zur durchschnittlichen Zahl der Bewohner einer Wohnung. Hier aber zeigt sich, dass in Neumünster 42,9 Prozent der privaten Haushalte Einpersonenhaushalte sind, während die Singlehaushalte im Landesdurchschnitt lediglich 36,1 Prozent aller Haushalte ausmachen. Allein diese Differenz von 6,8 Prozentpunkten relativiert die Aussagekraft der Flächendifferenz zwischen der Durchschnittswohnung in der Stadt Neumünster und im Landesdurchschnitt für die durchschnittliche Wohnungsgröße der einzelnen Haushaltstypen erheblich.

b) Die fehlerhafte Festsetzung der angemessenen Wohnfläche hat die Unwirksamkeit des § 3 Abs. 2 bzw. des § 6 KdU-Satzung 2013 und des § 3 Abs. 2 bzw. des § 5 KdU-Satzung 2015 insgesamt zur Folge. Die Bestimmung lediglich des angemessenen Quadratmeterpreises kann nicht alleine stehen, weil in der Satzung zwingend zu bestimmen ist, in welcher Höhe Aufwendungen für die Unterkunft als angemessen anerkannt werden (§ 22 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II). Damit ist das Produkt essenzieller Bestandteil der Satzung. Ist es nicht richtig berechnet, führt dies zur Nichtigkeit der betreffenden Satzungsbestimmung.

c) Deshalb bedarf es an sich keiner vertieften Auseinandersetzung mehr mit der Frage, ob die Bestimmung des angemessenen Quadratmeterpreises auf einem schlüssigen Konzept beruht. Davon geht der Senat allerdings nach Prüfung des Konzepts der Ag.in und der ihm zugrunde liegenden Daten und nach den Überzeugenden Einlassungen der Ag.in im Rahmen der mündlichen Verhandlung grundsätzlich aus und folgt damit der im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes getroffenen vorläufigen Einschätzung des 6. Senats

(LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 14. Juli 2015 – L 6 AS 41/15 B ER);

einschränkend ist auch hier lediglich darauf hinzuweisen, dass sich bei zutreffender Festsetzung der angemessenen Wohnungsgrößen auch die Zuordnung einzelner Wohnungen zu den jeweiligen Größenklassen verschieben und daraus eine leicht abweichende, tendenziell niedrigere Kappungsgrenze errechnen dürfte.

Schlüssig in diesem Sinne ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung

(vgl. erstmals BSG, Urteil vom 22. September 2009 – B 4 AS 18/09 R – BSGE 104, 192 = SozR 4-4200 § 22 Nr 30, Rn. 19)

ein Konzept, wenn es mindestens die folgenden Voraussetzungen erfüllt:

- Die Datenerhebung darf ausschließlich in dem genau eingegrenzten und muss über den gesamten Vergleichsraum erfolgen (keine Ghettoisierung),
- es bedarf einer nachvollziehbaren Definition des Gegenstandes der Beobachtung, z.B. welche Art von Wohnungen – Differenzierung nach Standard der Wohnungen, Brutto- und Nettomiete (Vergleichbarkeit), Differenzierung nach Wohnungsgröße,
- Angaben über den Beobachtungszeitraum,
- Festlegung der Art und Weise der Datenerhebung (Erkenntnisquellen, z.B. Mietspiegel),
- Repräsentativität des Umfangs der eingezogenen Daten,
- Validität der Datenerhebung,
- Einhaltung anerkannter mathematisch-statistischer Grundsätze der Datenauswertung und
- Angaben über die gezogenen Schlüsse (z.B. Spannoberwert oder Kappungsgrenze).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Die Datenerhebung bezieht sich ausschließlich auf das Gebiet der Stadt Neumünster und ist nach dem Konzept der Ag.in, das als Anlage zu § 2 Abs. 2 der jeweiligen Satzung anliegt, auch über den gesamten Vergleichsraum erfolgt. Dies zeigt sich auch daran, dass die Ag.in Angebotswohnungen in allen 10 Stadtteilen der Stadt Neumünster ermittelt hat.

(vgl. Ziffer 3.4.5 des Konzepts).

Auch der Beobachtungsgegenstand ist im Sinne der Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung im „Schlüssigen Konzept“ der Ag.in hinreichend definiert: Die Ag.in hat zunächst nachvollziehbar Wohnungen des untersten Standards aus der Beobachtung ausgenommen und dabei einerseits so genannte Substandard-Wohnungen (Wohnungen ohne Bad, WC oder Dusche/Wohnungen ohne Zentralheizung), anderer-

seits auch Leerstände unberücksichtigt gelassen. Die Ag.in hat des Weiteren darauf verzichtet, zur Ermittlung der angemessenen Kosten allein auf den einfachen Wohnungsstandard abzustellen. Auch Wohnungen in guter Wohnlage sind in die Ermittlungen einbezogen worden. Die Abgrenzung zwischen angemessener und unangemessener Miete ist anhand des Niveaus von Bestands- und Angebotsmieten vorgenommen worden, womit den Vorgaben des § 22c Abs. 1 Satz 3 SGB II wie auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II

(vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 16. Juni 2015 – B 4 AS 44/14 R – SozR 4-4200 § 22 Nr 85, Rn. 22)

Rechnung getragen worden ist. Bei der Ermittlung des angemessenen Quadratmeterpreises ist die erforderliche Differenzierung nach Wohnflächen vorgenommen worden, wobei allerdings die gemäß § 22 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II um jeweils 5 m² reduzierten Wohnflächen zu Grunde gelegt worden sind, ohne dass die Wohnflächenreduzierung auf einem tragfähigen schlüssigen Konzept beruht hätte. Dies wird die Ag.in bei einer Neuauflage ihres schlüssigen Konzepts zu berücksichtigen haben.

Das Konzept enthält auch Angaben über den Beobachtungszeitraum. Die Datenerhebung für den Wohnungsbestand der befragten Wohnungsgesellschaften und der großen privaten Vermieter ist zum Stichtag 1. November 2012 erfolgt. Zusätzlich wurden Angebotsmieten des freien Wohnungsmarktes in der Zeit von September 2012 bis Januar 2013 erhoben. Diese Erhebungen liegen auch noch der Satzung vom 17. September 2015 zu Grunde. Gemäß Anlage zu § 2 Abs. 2 der KdU-Satzung 2015 ist mit der Überprüfung der Werte im Januar 2015 begonnen worden. Insgesamt ist die Aktualität der Datengrundlage für die KdU-Satzung 2015 zwar bereits grenzwertig zumal die Überprüfung nach § 2 Abs. 3 der jeweiligen Satzung alle 2 Jahre zu erfolgen hat. Allerdings sieht das schlüssige Konzept zur KdU-Satzung 2015 (wie auch bereits das zur KdU-Satzung 2013) einen Anpassungsmechanismus vor, der sich an den Steigerungen der Grundmieten und der Betriebskosten der befragten großen Vermieter orientiert. Dabei handelt es sich um einen Anpassungsmechanismus, der den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Regelsatz-Urteil

(BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 – 1 BvR 1/09 u.a. – BVerfGE 125, 175)

entspricht, weil er nicht etwa an sachfremde Kriterien wie beispielsweise den Verbraucherpreisindex anknüpft. Dieser Anpassungsmechanismus hat dazu geführt, dass z.B. der Bruttoquadratmeterpreis für Wohnungen bis 45 m² von ehemals 6,34 Euro (KdU-Satzung 2013) auf 6,64 Euro (KdU-Satzung 2015) gestiegen ist.

Auch was die Festlegung der Art und Weise der Datenerhebung angeht, hegt der Senat keine durchgreifenden Bedenken. Die Ag.in hat in Ermangelung eines qualifizierten Mietspiegels eine Erhebung in Kooperation mit den Wohnungsgesellschaften und den großen privaten Vermietern durchgeführt. Die Vorgehensweise haben die Vertreter der Ag.in im Rahmen der mündlichen Verhandlung nochmals vertiefend erläutert und insbesondere überzeugend dargelegt, dass mit der Befragung von insgesamt 81 Vermietern eine breite Datenbasis geschaffen worden ist. Trotz der den Vermietern zugesicherten Anonymität hegt der Senat keine Zweifel an der Aussagekraft der erhobenen Rohdaten. Auch der Verzicht auf eine ergänzende Mieterbefragung ist für den Senat nachvollziehbar, haben die Vertreter der Ag.in doch überzeugend ausgeführt, dass Mieterbefragungen einerseits tendenziell eine geringe Rücklaufquote hätten und andererseits das Risiko geborgen hätten, identische Wohnungen doppelt zu erheben. Dies entspricht dem allgemeinen Erfahrungswissen des Gerichts. Die Datenerhebung ist valide. Der Umfang der einbezogenen Daten ist repräsentativ und übersteigt bei weitem die Anforderungen, die das Bundessozialgericht an die Datenerhebung stellt

(vgl. dazu BSG, Urteil vom 18. Juni 2008 – B 14/7b AS 44/06 R – FEVS 60, 145, zit n. juris, Rn. 16)

und die insbesondere auch der Erstellung von qualifizierten Mietspiegeln zu Grunde gelegt werden. Die Ag.in hat Daten für 9.556 Wohnungen erhoben, die für die einzelnen Bedarfs-

gemeinschaftsgrößen zusammengefasst sind. Damit bildet die Ag.in ca. 39 Prozent des Gesamtbestandes von ca. 24.400 Wohnungen (ohne Ein- und Zweifamilienhäuser) in ihrem Gebiet ab. Dies ist statistisch mehr als ausreichend.

Die so erhobenen Daten hat die Ag.in auch in schlüssiger Weise in ihrem Unterkunfts-konzept verarbeitet. Zur Ermittlung der angemessenen Nettokaltmiete je Personengruppe hat die Ag.in alle erhobenen Daten in die Berechnung einfließen lassen. Zur Bestimmung des unteren Marktsegments hat sie eine Kappungsgrenze gebildet und diese auf 40 Prozent festgelegt. Die Berechnung dieses 40-Prozent-Werts mag im Einzelnen zu beanstanden sein. Insbesondere wäre es sachgerechter gewesen, hätte die Ast.in von vornherein auf den Prozentsatz der Bezieher existenzsichernder Leistungen in Neumünster und nicht auf den landesweiten Durchschnitt der Bezieher von Mindestsicherungssystemen abgestellt. Aus diesem Prozentsatz (9,5 Prozent) und aus den unteren 20 Prozent der verbleibenden Einkommensgruppen (effektiv 18,1 Prozent der Gesamtheit) errechnet sich jedoch eine Kappungsgrenze von nur 27,6 Prozent, die auf 40 Prozent erheblich aufgestockt worden ist, um einerseits Schwankungen bei der Bemessung des unteren Segments auszugleichen und andererseits mit der sozialpolitischen Motivation, eine Ghettoisierung zu verhindern. Die Vertreter der Ag.in haben dazu befragt in der mündlichen Verhandlung überzeugend dargelegt, über die Werte für Neumünster zunächst nicht verfügt zu haben. Infolge von Nachermittlungen müsse der Wert der sich rechnerisch ergebenden Kappungsgrenze von 27,6 Prozent wegen der etwas höheren Quote von Beziehern existenzsichernder Leistungen in Neumünster auf 32,8 Prozent korrigiert werden. Auch dieser Wert, an dessen rechnerischer Richtigkeit zu zweifeln keine Veranlassung besteht, unterschreitet die gesetzte Kappungsgrenze aber immer noch deutlich. Insgesamt liegt die Kappungsgrenze (höchster Quadratmeterpreis der unteren 40 Prozent der nach dem Quadratmeterpreis geschichteten Wohnungen der jeweiligen Größenklasse) im überörtlichen Vergleich tendenziell hoch und bezieht einen größeren Anteil an Wohnungen in das angemessene Marktsegment ein, als dies etwa – ebenfalls noch mit Billigung des Gerichts

(vgl. LSG Schleswig-Holstein, Urteile vom 19. Mai 2014 – L 6 AS 146/13 – SchlHA 2014, 477, Rn. 82 [nach juris] und vom 25. März 2015 – L 6 AS 166/12, Rn. 120 [nach juris]) –

in Kiel der Fall ist. Dabei sind allerdings die unterschiedlichen Konzepte nur bedingt miteinander vergleichbar. Während in Kiel gewichtete Durchschnittswerte einzelner Mietspiegelfelder zu Grunde gelegt worden sind, die ausgehend vom niedrigsten Wert mindestens 1/3 aller Wohnungen erfassen, ist hier eine Kappungsgrenze gesetzt worden, die sicherstellt, dass 40 Prozent der berücksichtigten Wohnungen einen niedrigeren Quadratmeterpreis aufweisen als der zur Bestimmung der Angemessenheitsgrenze berücksichtigte Wert.

Davon ausgehend sind auch die angemessenen kalten Betriebskosten (Nebenkosten) pro Quadratmeter grundsätzlich mithilfe eines schlüssigen Konzepts ermittelt worden. Die Ag.in hat als kalte Betriebskosten des jeweiligen Segments den Durchschnittswert aller Wohnungen festgesetzt, die unterhalb der Kappungsgrenze lagen. Die Berücksichtigung von Durchschnittswerten wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung akzeptiert. Zwar bezieht sich die BSG-Rechtsprechung auf Gesamtdurchschnittswerte und nicht nur auf Durchschnittswerte derjenigen Wohnungen, die nach Maßgabe der Nettokaltmieten in die Berechnung der Angemessenheitsgrenze eingeflossen sind

(BSG, Urteile vom 19. Oktober 2010 – B 14 AS 50/10 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 42, Rn. 34 und vom 22. August 2012 – B 14 AS 13/12 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 64, Rn. 27).

Allerdings spricht überwiegendes dafür, dass die Betriebskosten für diese Wohnungen zumindest nicht nach unten hin wesentlich vom Durchschnitt der Gesamtbetriebskosten abweichen. Dafür spricht auch, dass der für das Jahr 2014 maßgebliche, auf der Grundlage von Erhebungen aus den Jahren 2012 und 2013 errechnete Wert von 1,48 Euro ziemlich genau dem im Mietspiegel 2012 der Landeshauptstadt Kiel festgestellten Durchschnittswert entspricht

(vgl. LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 19. Mai 2014 – L 6 AS 146/13 – SchlHA 2014, 477, Rn. 112 [nach juris]).

Letztlich ist das Anknüpfen an den Durchschnittswert der zur Bestimmung des unteren Marktsegments herangezogenen Wohnungen sogar sachgerechter als ein Rückgriff auf den gesamten Wohnungsbestand. An der empirisch richtigen Erhebung der Betriebskosten hat der Senat keine Zweifel. Die Vertreter der Ag.in haben in der mündlichen Verhandlung das System der Erhebung überzeugend erläutert und eingeräumt, dass lediglich bei einem Vermieter Wasser und Abwasser vom Mieter direkt an die Stadtwerke zu zahlen seien und deshalb nicht hätten miterhoben werden können. Sie haben jedoch ebenfalls überzeugend dargelegt, dass Wohnungen dieses Vermieters lediglich zu 1,4 Prozent unterhalb der Kappungsgrenze in die Stichprobe eingegangen seien und der Fehler deshalb – zumal er nur eine Betriebskostenart betreffe – vernachlässigt werden könne. Der Senat teilt diese Einschätzung.

d) Die Unwirksamkeit des § 3 Abs. 2 und des § 6 KdU-Satzung 2013 sowie des §§ 3 Abs. 2 und des § 5 KdU-Satzung führt zur Unwirksamkeit der Satzung insgesamt, weil eine geltungserhaltende Reduktion nicht möglich ist. Zentrale Gegenstände einer Satzung zur Bestimmung der Höhe der angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung nach §§ 22 a ff. SGB II ist die zwingend Bestimmung der angemessenen Wohnfläche (§ 22 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II) und die – darauf aufbauende – zwingende Bestimmung der Höhe der als angemessen anerkannten Aufwendungen für die Unterkunft (§ 22 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II). Weitere Gegenstände der Satzung sind entweder optional zulässig – wie insbesondere die Bestimmung der Höhe der angemessenen Aufwendungen für die Heizung

(§ 22 b Abs. 1 Satz 2 SGB II; dazu BSG, Urteil vom 4. Juni 2014 – B 14 AS 53/13 R – BSGE 116, 94 = SozR 4-4200 § 22 a Nr 2, Rn. 46) –

oder typischerweise zwingend – wie insbesondere Sonderregelungen für Personen mit besonderen Bedarfen (§ 22 b Abs. 3 SGB II); sie knüpfen aber jeweils an die (wirksame) Regelung der angemessenen Aufwendungen für die Unterkunft nach § 22 b Abs. 1 Satz 1 SGB II an. Besonders deutlich zeigt sich dies am Wortlaut des § 22 b Abs. 1 Satz 2 SGB II, der besagt, dass in der Satzung „auch“ – aber eben nicht allein – die Höhe der als angemessen anerkannten Aufwendungen für die Heizung geregelt werden kann. Ohne eine wirksame Regelung zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft sind damit auch im vorliegenden Fall alle weiteren Regelungen hinfällig; keine von ihnen kann allein stehen bleiben.

e) Dessen ungeachtet ist § 5 KdU-Satzung 2013 mit § 22 b Abs. 1 Satz 2 SGB II (i.V.m. § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II) unvereinbar und daher auch für sich genommen unwirksam. Die Regelung sieht vor, dass sich die Angemessenheit der Heizkosten nach dem jährlich aktualisierten Bundesweiten Heizspiegel richtet und dass hierbei maximal der höchste Wert aus der Spalte „erhöht“ der jeweiligen Heizungsart nach Gebäudefläche anerkannt wird. Eine solche Vorgehensweise zur Regelung der Höhe der angemessenen Heizkosten hat das Bundessozialgericht mit Hinweis darauf für unvereinbar mit höherrangigem Recht erklärt, dass der sich aus dem Heizspiegel ergebenden Grenzwert nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung lediglich die konkret-individuelle Angemessenheitsprüfung der Heizkosten zum Gegenstand habe, während Gegenstand einer Satzungsregelung nach § 22 b Abs. 1 Satz 2 SGB II notwendig die abstrakt-generelle Bestimmung angemessener Heizkosten für das Gebiet des jeweiligen kommunalen Trägers sei, für das die Werte des Bundesweiten Heizspiegels nicht repräsentativ seien

(BSG, Urteil vom 4. Juni 2014 – B 14 AS 53/13 R – BSGE 116, 94 = SozR 4-4200 § 22 a Nr 2, Rn. 45).

Dieser Rechtsprechung schließt sich nicht nur der erkennende Senat an. Auch die Ag.in hat mit Rücksicht auf diese höchstrichterliche Rechtsprechung

(vgl. Drucksache Nr. 0352/2013/DS der Stadt Neumünster, S. 2)

mit Inkraftsetzung der KdU-Satzung 2014 von einer abstrakt generellen Regelung der Heizkosten abgesehen. In der ebenfalls streitgegenständlichen KdU Satzung 2015 findet sich folglich eine solche Regelung nicht mehr.

f) § 4 Abs. 2 KdU-Satzung 2013 ist überdies mit § 22 b Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II unvereinbar und damit ebenfalls für sich genommen unwirksam. Diese Vorschrift regelt für den Personenkreis der alleinstehenden „Unter 25-jährigen“ ohne Kind/er, die sich noch nicht nachhaltig wirtschaftlich selbständig mit eigener Wohnung unterhalten haben, die Angemessenheitsgrenze bezogen auf die Wohnungsgröße und im Anschluss daran die Bruttokaltmiete abweichend dergestalt, dass eine Wohnungsgröße von nur 35 m² und daraus folgend eine Bruttokaltmiete von 233,00 Euro als angemessen anerkannt wird.

§ 22 b Abs. 3 Satz 1 SGB II bestimmt, dass bei Erlass einer Satzung über die angemessenen Wohnkosten für Personen mit einem besonderen Bedarf für Unterkunft und Heizung bereits auf der abstrakten Ebene eine Sonderregelung getroffen werden soll. Nach den Gesetzesmaterialien soll dies für Personen mit einem typischerweise besonders abgesenkten oder erhöhten Bedarf für Unterkunft und Heizung gelten, wobei der Gesetzgeber davon ausgeht, dass ein abgesenkter Bedarf auch in der Berufsfindungsphase bestehen könne

(BT-Drucks. 17/3404, S. 102).

Zweifelhaft ist aber bereits, ob besondere Bedarfe einzelner Personengruppen auf abstrakter Ebene überhaupt in einer Weise geregelt werden können, dass das menschenwürdige Existenzminimum im Bereich des Wohnens in jedem Einzelfall sichergestellt ist. Die höchstrichterliche Rechtsprechung sieht dies zu recht kritisch

(BSG, Urteile vom 22. August 2012 – B 14 AS 13/12 R – SozR 4-4200 § 22 Nr 64, Rn. 23, vom 11. Dezember 2012 – B 4 AS 44/12 R – NZS 2013, 389, Rn. 15 und vom 14. April 2011 – B 8 SO 19/09 R – SozR 4-3500 § 29 Nr 2, Rn. 17)

und ordnet die Frage des abweichenden Bedarfs dogmatisch bei der konkreten Angemessenheit ein

(grundlegend BSG, Urteil vom 19. Februar 2009 – B 4 AS 30/08 R – BSGE 102, 263 = SozR 4-4200 § 22 Nr 19, Rn. 35),

weil die Bedarfslagen im jeweiligen Einzelfall ganz unterschiedlich ausfallen können und sich einer abstrakt-generellen Regelung durch Satzung weitestgehend entziehen. § 22 b Abs. 3 SGB II ist dementsprechend eher im Sinne einer Öffnungsklausel zu verstehen für den Fall, dass bestimmte Bedarfslagen eine besondere Bemessung des Bedarfs für Unterkunft und Heizung verlangen

(vgl. BSG, Urteil vom 11. Dezember 2012 – B 4 AS 44/12 R – NZS 2013, 389, Rn. 15, so auch Groth, in: Groth/Luik/Siebel-Huffmann, Das neue Grundrechtsschutzrecht, 2011, Rn. 372).

Schon dies spricht gegen die Zulässigkeit einer abstrakten Regelung für Unter-25-Jährige, bei denen – vorbehaltlich des § 4 Abs. 3 KdU-Satzung 2013 – ohne weitere Differenzierung ein abweichender Bedarf statuiert wird.

Entscheidend ist jedoch, dass ohne ausdrückliche Entscheidung des Bundesgesetzgebers abstrakte, nicht wohnungsmarkt- und realitätsbezogene, sondern lediglich auf sozialpolitischen Wertungen beruhende Bedarfsabsenkungen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zulässig sind

(vgl. Berlitz, in: Münder, LPK-SGB II, 5. Aufl. 2013, § 22 b Rn. 40; Luik, in: Eicher, SGB II, 3. Aufl 2013, § 22 b Rn. 11).

In diesem Sinne hat das Bundessozialgericht festgestellt, dass die aus dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums abzuleitenden Verfahrensanforderungen an die Konkretisierung des abstrakt angemessenen Unterkunftsbedarfs durch untergesetzliche Normsetzung auch für Sonderregelungen für besondere Bedarfe nach § 22 b Abs. 3 SGB II gelten. Danach müssen Regelungen i.S. von § 22 b Abs. 3 SGB II auf hinreichend realitätsgerechte und nachvollziehbare Erhebungen zum typischen Wohnbedarf der jeweils betroffenen Gruppen von Personen mit besonderen Bedarfen für Unterkunft (und ggf. Heizung) gestützt sein und es ist kenntlich zu machen, von welchem Sonderbedarf der Normgeber dabei ausgegangen ist

(BSG, Urteil vom 17. Oktober 2013 – B 14 AS 70/12 R – BSGE 114, 257 = SozR 4-4200 § 22 a Nr 1, Rn. 35).

Unzureichend zur Erfassung der sozialen Wirklichkeit sind hingegen Schätzungen pauschaler Werte „ins Blaue hinein“ ohne gesicherte empirische Grundlage

Unter Zugrundelegung dieser Anforderungen genügt die Regelung des § 4 Abs. 2 KdU-Satzung 2013 für „Unter 25-jährige“ den Anforderungen des § 22 b Abs. 3 SGB II an die abstrakt abweichende Bedarfsfestsetzung nicht, da die abgesenkte Wohnfläche für diesen Personenkreis nicht auf einer empirischen Grundlage beruht sondern auf allgemeinen Annahmen zu den Lebensverhältnissen junger Erwachsener. Die Ag.in hat darauf letztlich mit der Streichung der Regelungen des § 4 Abs. 2 und 3 KdU-Satzung mit Inkrafttreten der KdU-Satzung 2014 reagiert. Auch wenn die Begründung dafür in eine etwas andere Richtung geht – die Ag.in argumentiert damit, dass Wohnraum im Preissegment bis 233,00 Euro nicht ständig zur Verfügung stehe

(Drucksache Nr. 0352/2013/DS der Stadt Neumünster, S. 3)

– steht die Unwirksamkeit des § 4 Abs. 2 KdU-Satzung 2013 zwischen den Beteiligten im Ergebnis inzwischen außer Streit.

g) Ob die Regelungen des § 4 Abs. 4 KdU-Satzung 2013 bzw. § 4 Abs. 2 KdU-Satzung 2015 (besondere Bedarfe für ältere, dauerhaft kranke, pflegebedürftige und behinderte Menschen) mit § 22 b Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB II vereinbar sind, kann ebenso dahingestellt bleiben wie die Frage, ob § 4 Abs. 5 KdU-Satzung 2013 bzw. § 4 Abs. 3 KdU-Satzung 2015 (besondere Bedarfe für Personen, die das Umgangsrecht mit einem minderjährigen Kind ausüben) mit § 22 b Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 SGB II vereinbar sind. Auch diese Regelungen sind zumindest deshalb unwirksam, weil sie als Annexregelungen zu einer unwirksamen Festsetzung der angemessenen Aufwendungen für die Unterkunft ergangen sind. Der Senat sieht von einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit diesen Regelungen auch deshalb ab, weil bei der Ast.in besondere Bedarfslagen im Sinne dieser Regelungen nicht auftreten.

PrüfV 2006 S-H § 10 II; SGB V § 106 II 4; SGB X § 18

- 1. Der Antrag auf Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Abforderung von Gripeschutz-Impfstoffen ist auslegungsbedürftig. Ist in der Betreffzeile zwar nur ein Abrechnungsquartal genannt, ist jedoch das Zahlenmaterial für mehrere konkrete Quartale beigefügt, deutet dies regelmäßig darauf hin, dass sich der Antrag auf alle diese Quartale bezieht.**
- 2. Da ein Antrag auf Durchführung der Wirtschaftlichkeitsprüfung keine materielle, sondern allein eine Ordnungsfunktion hat, ist § 42 SGB X anwendbar.**
- 3. Es ist grundsätzlich zulässig, die Wirtschaftlichkeit der Menge der angeforderten Impfstoffe anhand der abgerechneten EBM-Ziffern zu beurteilen. Allerdings muss die Beurteilung berücksichtigen, dass die Abforderung von Impfstoffen eine Bedarfsprognose erfordert und das Impfverhalten der Patienten Schwankungen unterliegt. Daher muss dem Vertragsarzt ein Zuschlag eingeräumt werden. Ein grundsätzlich geeignetes Prognosekriterium ist die Orientierung an den Impfungen des vorangegangenen Impfezeitraumes.**

SchiHLSG, 4. Senat, Urteil vom 8. Dezember 2015 – L 4 KA 44/13

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit eines Schadensersatzes wegen der Anforderung von Grippe-Impfstoffen für die Quartale I und IV/2006.

Der Kl. ist in R. als Allgemeinarzt zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen.

Die Beigeladene zu 1) stellte am 22. Dezember 2006 für die Beigeladenen zu 1) bis 5) bei der Prüfungsstelle für das Quartal I/2006 einen Antrag auf Schadensersatz in Höhe von 9396,96 Euro. Hierzu führte sie aus, der Kl. habe in dem Quartal III/05 900 Ampullen Influvac, im Quartal IV/2005 1320 Ampullen Grippe Chiron und im Quartal I/2006 20 Ampullen Influsplit, insgesamt 2240 Ampullen Gripeschutzimpfstoffe angefordert. Er habe jedoch lediglich 1076 mal die Gebührenziffer 99804 des EBM (Influenza) abgerechnet. Der Schadensbetrag ergebe sich aus der Differenz zwischen den angeforderten und verbrauchten Ampullen. Die Grippeimpfung sei eine saisonale Impfung, daher sei die in dem relevanten Impfezeitraum angeforderte und abgerechnete Menge an Dosen zugrunde gelegt worden.

Der Kl. führte hierzu aus, er habe bei seiner Bezugsapotheke insgesamt 1260 Ampullen Impfstoff angefordert. Hierzu legte er eine Bestätigung der Apotheke vor. Da die Bezugsapotheke darüber hinaus keine Impfstoffe mehr vorrätig gehabt habe, habe er noch weitere 20 Ampullen aus einer anderen Apotheke bestellt; weitere Bestellungen seien nicht erfolgt. In der Hektik des Impfbetriebes müssten Rezepte wohl doppelt ausgestellt und von der Apotheke

weitergereicht worden sein. Ferner seien nicht alle Patienten zum Impftermin erschienen. Die überzähligen Ampullen seien im nächsten Quartal oder in weiteren Quartalen verbraucht worden. Eventuell habe er auch zu optimistische Bestellungen vorgenommen.

Im Hinblick auf diesen Vortrag berichtigte die Beigeladene zu 1) ihren Antrag auf einen Schadensersatzbetrag in Höhe von 1646,89 Euro für 204 Ampullen und führte hierzu aus, die Apotheke habe die Abrechnungsmenge um 960 Ampullen auf 1280 abgeändert.

Die Prüfungsstelle setzte mit Bescheid vom 12. September 2008 einen Schadensersatz in Höhe von 209,91 Euro fest. Zur Begründung führte sie aus, Impfstoffe seien Präparate für die Gripeschutzimpfungen, auf deren Anforderungen die Vorgaben der Ständigen Impfkommission (STIKO) beim Robert-Koch-Institut anzuwenden seien. Die Gripeschutzimpfungen seien Indikationsimpfungen und Impfungen der Versicherten mit einem in der STIKO-Empfehlung vorgegebenen beruflichen Risiko oder über dem 60. Lebensjahr. Die Anforderungen der Impfstoffe seien nach § 5 der Impfvereinbarung zulässig. Es sei unmaßgeblich, dass es im Vorjahr zu Lieferschwierigkeiten gekommen sei, da auch die Anforderung der Impfstoffe dem Wirtschaftlichkeitsgebot unterliege. Nur bis zu der Menge der abgerechneten Impfleistungen sei die Anforderung der Impfstoffe wirtschaftlich. Eine gewisse Mehranforderung müsse den Impfpärzten wegen des Apothekenrabatts auf bestimmte Impfstoffmengen und wegen der variablen Patienten- und Morbiditätsentwicklung zuerkannt werden. Ferner würden auch immer wieder Impfleistungen ohne eine Abrechnung erbracht. Pauschal sei daher ein Zuschlag bei den abgeforderten Impfstoffen in Höhe von 10 % auf die abgerechneten Impfleistungen vorzunehmen. In dem Zeitraum III/2005 bis I/2006 habe der Kl. 1.076 Impfungen durchgeführt. Der Bezug von 1200 Ampullen Impfstoff sei daher nicht zu beanstanden. Da der Antrag für die Quartale III und IV/2005 jedoch verfristet sei, sei nur der im Quartal I/2006 unwirtschaftlich abgeforderte Anteil von 20 Dosen als Schadensersatz festzusetzen.

Gegen diese Entscheidung legte der Kl. am 30. September 2008 Widerspruch ein, die Beigeladene zu 6) am 1. Oktober 2008 und die Beigeladenen zu 1) bis 5) am 10. Oktober 2008.

Für das Quartal IV/2006 beantragte die Beigeladene zu 1) für die Beigeladenen zu 1) bis 5) am 30. September 2007 die Festsetzung eines Schadensersatzes und führte hierzu aus, der Kl. habe im Quartal III/2006 200 Ampullen Influvac und 300 Ampullen Fluvad angefordert, im Quartal IV/2006 680 Ampullen Begrivac, 20 Ampullen Influsplit und 300 Ampullen Influvac. Im Quartal I/2007 habe er keine Impfstoffe angefordert, die Anforderungen beließen sich auf insgesamt 1500 Ampullen. Dem ständen 1.100 Abrechnungen der EBM-Ziffer 99804 gegenüber. Es ergebe sich ein Differenzbetrag von 5299,53 Euro für unwirtschaftlich angeforderte Impfstoffe.

Der Kl. ließ sich dagegen wie zu dem Quartal I/2006 ein und führte aus, er habe in dem Quartal nur 960 und zusätzlich 20 Ampullen Impfstoff abgefordert.

Die Prüfungsstelle setzte mit weiterem Bescheid vom 12. September 2008 einen Schadensersatz in Höhe von 3717,00 Euro fest und begründete dies wie für das Quartal I/2006. Ergänzend führte sie aus, der Kl. habe in dem Zeitraum III/2006 bis I/2007 1001 Gripeschutzimpfung durchgeführt. 1150 Dosen seien nicht zu beanstanden. Der Rest von 350 Dosen Impfstoff sei unwirtschaftlich und entspreche einem Schadensersatzbetrag von 3717,00 Euro.

Der Entscheidung widersprach der Kl. am 30. September 2008, die Beigeladene zu 6) am 1. Oktober 2008 und die Beigeladenen zu 1) bis 5) am 10. Oktober 2008.

Zur Begründung seiner Widersprüche führte der Kl. aus, er habe in den Quartalen III und IV/2006 1.500 Ampullen Impfstoff bestellt. Hiervon seien die im 3. Quartal bestellten und verbrauchten Ampullen abzuziehen. Die Restmenge von 500 Ampullen sei nicht nachvollziehbar. Die bestellte Übermenge sei ohne Risiko in den folgenden Quartalen verbraucht worden.

Die Beigeladene zu 6) führte zur Begründung ihres Widerspruchs aus, die Prüfungsstelle habe Einzelfallprüfungen im Sinne des § 10 Abs. 2 der Prüfvereinbarung durchgeführt. Darin seien Arzneimittelverordnungen für Impfleistungen jedoch nicht erwähnt. Vielmehr verweise § 6 der Impfvereinbarung auf § 48 des Bundesmantelvertrags der Ärzte (BMV-Ä). Danach könnten nur unzulässige Verordnungen beanstandet werden. Gripeschutzimpfungen seien in der vertragsärztlichen Versorgung jedoch zulässig. In der Impfsaison 2006/2007 sei eine gesamte Charge an Impfstoffen ausgefallen, die Impfstoffe seien im November 2006 nachgeliefert worden. Zu diesem späten Zeitpunkt seien nicht mehr alle angemeldeten Patienten zur Impfung erschienen.

Die Beigeladenen zu 1) bis 5) führten zur Begründung ihres Widerspruchs aus, der Prüfungsausschuss habe für das Quartal I/2006 in anderen Verfahren die gesamte Impfsaison 2005/2006 entsprechend den Quartalen III/2005 bis I/2006 zusammengefasst. Es sei nicht einsehbar, warum er für die Überprüfung des Quartals I/2006 die allein in diesem Quartal angeforderte Menge zugrunde gelegt habe. Es sei akzeptabel, dass der Schaden unter Berücksichtigung eines 10%igen Zuschlags zu den abgerechneten Impfleistungen errechnet werde. Es sei jedoch fehlerhaft, die angeforderten Mengen auf die jeweils folgende 50er- oder 100er-Gebinde aufzurunden. Denn schon ab einem 50er-Gebinde entfalle der Aufschlag der Apotheken. Ein solcher Aufschlag sei auch nicht aus den handelsüblichen Packungsgrößen ableitbar.

Mit Widerspruchsbescheid vom 5. Februar 2010 (Beschluss vom 9. September 2009) setzte der Bekl. für das Quartal I/2006 einen Schadensersatz in Höhe von 645,60 Euro fest. Zur Begründung führte er aus, die Widersprüche des Kl. und der Beigeladenen zu 6) seien unbegründet, der Widerspruch der Beigeladenen zu 1) bis 5) sei teilweise begründet. Impfstoffe unterliegen nicht der Arzneimittelpreisverordnung. Für ihre Lieferung sei der Apothekenliefervertrag zwischen den öffentlichen Apotheken und den Primärkassen maßgeblich. Dieser beinhalte einen absteigend gestaffelten Aufschlag zwischen 15 und 0 % je abgeforderter Menge. Ab einer Bestellmenge von 50 Dosen Impfstoff entfalle der Aufschlag völlig. Daher sei eine Nachbestellung in 50er Einheiten wirtschaftlich sinnvoll. Die Berechnung des Schadens habe jeweils über drei Quartale zu erfolgen, da der Großteil der Impfstoffe bereits im September bestellt und über drei Quartale verimpft werde. 1.200 der von dem Kl. abgeforderten Impfdosen seien nicht zu beanstanden, es ergebe sich daraus ein Überschuss von 80 Ampullen.

Mit weiterem Widerspruchsbescheid vom 5. Februar 2010 (Beschluss vom 9. September 2009) wies der Bekl. die Widersprüche aller Beteiligten für das Quartal IV/2006 zurück und setzte den Schadensersatz in Höhe von 3717,00 Euro

fest. Er begründete die Entscheidung ebenso wie der Prüfungsausschuss und bezog sich hinsichtlich des Widerspruchs der Beigeladenen zu 1) bis 5) auf die Ausführungen der Entscheidung zum Quartal I/2006.

Gegen beide Widerspruchsbescheide hat der Kl. am 3. März 2010 beim Sozialgericht Kiel Klage erhoben. Zur Begründung hat er ausgeführt, die Prüfanträge der Beigeladenen zu 1) bezögen sich nur auf die Quartale I und IV/2006, demgegenüber beinhalteten die angefochtenen Bescheide die Verordnungen weiterer Abrechnungsquartale. Im Quartal I/2006 habe er lediglich 20 Ampullen angefordert, dagegen 83mal die EBM-Ziffer 99804 abgerechnet. Für dieses Quartal sei daher kein Schaden entstanden. Im Übrigen seien die 20 Ampullen Influsplit am 1. April 2006, also im Quartal II/2006, angefordert. Im Quartal IV/2006 habe er 1.000 Ampullen angefordert und die EBM-Ziffer 99804 757mal abgerechnet. Unter Berücksichtigung des anerkannten Mehranteils und der Aufrundung auf 50er-Gebinde liege der Schaden niedriger als angenommen. Impfungen seien auch in den 2. Jahresquartalen erfolgt, jedoch unberücksichtigt geblieben. Wegen der langen Lagerfristen der Impfstoffe sei eine längerfristige Prüfung der Impfleistungen erforderlich, mindestens über den Zeitraum eines Jahres hinweg. Der Aufschlag von 10 % für nicht abgerechnete Impfleistungen sei unzureichend. Viele Patienten erschienen nicht zur Impfung.

Der Kl. beansprucht die Aufhebung der Beschlüsse vom 9. September 2009, ausgefertigt als Bescheide vom 5. Februar 2010.

Der Bekl. hat ausgeführt, eine quartalsübergreifende Prüfung sei sachgerecht. Die Gripeschutzimpfung sei eine saisonale Leistung. Der Impfstoff werde nur im Herbst hergestellt, aber über das gesamte Jahr verimpft. Eine quartalsbezogene Betrachtung sei daher nicht möglich. Die Prüfanträge der Beigeladenen zu 1) bezögen sich auf mehrere Quartale, dies ergebe sich aus den beigefügten Verordnungstabellen. Eine Versäumung der Antragsfrist sei unerheblich. Der Kl. habe am 24. Februar 2006 ein Rezeptblatt über 20 Ampullen Grippeimpfstoff ausgestellt. Es sei unerheblich, dass diese Bestellung erst am 1. April 2006 elektronisch erfasst worden sei. Influenza-Impfungen erfolgten nicht ganzjährig, sondern seien eine vorbeugende Impfung, die nach Empfehlung der STIKO, die gemäß § 1 Impfreinbarung verbindlich sei, als Herbstimpfung empfohlen werde. Die Impfungen könnten sich bis in den Januar oder Februar hinziehen, vereinzelt werde auch später geimpft. Der Kl. habe jedoch im Verwaltungsverfahren selbst nicht vorgetragen, solche späteren Impfungen vorgenommen zu haben. Versäume ein Arzt, die Impfleistungen abzurechnen, falle das in seinen Risikobereich. Der Kl. müsse darlegen, aus welchen Gründen der vorgenommene Aufschlag von 10 % unzureichend sei. Wegen der Unwägbarkeit des Impfhaltens der Versicherten solle sich ein Arzt an den Vorjahresleistungen orientieren und gegebenenfalls Impfstoff nachbestellen. Dies sei auch in kleineren Einheiten möglich.

Mit Urteil vom 8. Mai 2013 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es auf die Entscheidung des Bekl. Bezug genommen und ergänzend ausgeführt, der Bekl. habe zu Recht die Prüfung über die Quartale I und IV/2006 hinaus erstreckt. Die Anträge der Beigeladenen zu 1) seien nicht beschränkt gewesen. Im Betreff habe sie zwar lediglich die Quartale I und IV/2006 benannt. Die tabellarischen Übersichten ergäben jedoch zweifelsfrei, dass der Schaden aus den Quartalen III/2005 bis I/2006 sowie III/2006 bis I/2007 ermittelt werden solle. Eine quartalsübergreifende Prüfung sei auch aus Sachgründen veranlasst gewesen, da der Grippeimpfstoff typischerweise für ein ganzes Quartal angefordert werde und erforderlichenfalls innerhalb des Quartals Nachforderungen erfolgen müssten. Werde eine Quartalsanforderung nicht verbraucht, falle die Anforderung im Folgequartal geringer aus. Dies ergebe in einzelnen Quartalen besonders hohe und in anderen Quartalen besonders niedrige Anforderungen. Dies lasse sich mit einer quartalsbezogenen Überprüfung nicht nachzeichnen. Die Quartale einer vom 3. Quartal bis zum 1. Quartal des Folgejahres andauernden Prüfungszeitraum müssten daher zusammengefasst werden.

Dagegen richtet sich die Berufung des Kl. Er führt aus, für die weiteren einbezogenen Quartale fehle es an einem Prüfantrag. Die Prüfvereinbarung differenziere zwischen einer Prüfung mehrerer Quartale und einer quartalsweisen Überprüfung. Insbesondere regule § 9 der Prüfvereinbarung, dass die Wirtschaftlichkeitsprüfung quartalsweise erfolgen solle, der Sprechstundenbedarf darüber hinaus für ein gesamtes Kalenderjahr. § 10 Abs. 5 der Vereinbarung stelle auf eine Quartalsprüfung ab. Entsprechend beginne die Antragsfrist ab dem Quartalsabschluss. Sehe man von einer quartalsbezogenen Überprüfung ab, müsse eine Jahresprüfung vorgenommen werden, da auch in den zweiten Quartalen geimpft werde. Nach § 6 der Impfreinbarung könnten die Beigeladenen zu 1) bis 5) nur einen sonstigen Schaden im Sinne des § 48 BMV-A geltend machen, wenn die Vertragsärzte über das in der Vereinbarung geregelte Maß hinaus Verordnungen getätigt hätten. Dies setze gemäß § 10 Abs. 8 der Prüfvereinbarung jedoch ein schuldhaftes Verhalten voraus. Die Bestellung der Impfdosen sei eine Prognoseentscheidung. Ein Vorrat an Impfdosen sei nicht ohne Weiteres unwirtschaftlich. Er selbst habe zunächst Teilmengen bestellt. Die Lieferung sei nicht rechtzeitig erfolgt. Eventuell habe sich die Nachfrage dadurch erhöht, dass auch Patienten aus anderen Praxen nachgefragt hätten. Die aufgrund der Nachfrage kalkulierte Menge sei nicht in Anspruch genommen worden, da die Patienten anderweitig geimpft worden seien oder auf eine Impfung verzichtet hätten. Dies nicht erkannt zu haben stelle kein schuldhaftes Verhalten dar. Der Vorrat an Impfstoff müsse ausreichend sein. Diese systembedingten Probleme seien bei der Entscheidung der Bekl. und des Sozialgerichts unberücksichtigt geblieben.

Der Bekl. führt aus, Impfleistungen in den zweiten Jahresquartalen wären bei der Schadensberechnung berücksichtigt worden, wenn der Kl. solche vorgetragen hätte. Er – der Bekl. – habe über solche Leistungen keine Kenntnisse. § 9 der Prüfvereinbarung greife nicht ein, denn dort sei eine Prüfung nach Durchschnittswerten geregelt. Hier sei jedoch eine Einzelfallprüfung gemäß § 10 Abs. 2 der Prüfvereinbarung durchgeführt worden. Daher habe er auch keinen sonstigen Schaden im Sinne des § 6 Impfreinbarung festgestellt. Es sei nicht erklärlich, warum der Kl. sich mit seinen Anforderungen nicht an dem Vorjahresverbrauch habe orientieren können. Die eingetretene Lieferengpässe im Vorjahr seien unerheblich, da ein Arzt nicht höhere Mengen an Impfstoff vorhalten müsse, als dies nach langjähriger Erfahrung erforderlich sei. Die Anforderung des Kl. habe den Vorjahresumfang um 1.120 Dosen überschritten. In der Impfsaison 2005/2006 habe der Kl. 1.076 Impfungen durchgeführt. Für den Fall, dass Impfstoff nicht geliefert worden sei, hätte der Kl. die entsprechenden – nicht ausgelieferten – Rezepte zurücknehmen müssen.

Dem Senat haben die Verwaltungsvorgänge des Bekl. und die Verfahrensakte vorgelegen.

Im Ergebnis hat der Senat die Berufung des Kl. zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen.

Aus den Gründen

Die Berufung des Kl. gegen das Urteil des Sozialgerichts K. ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgerecht im Sinne des § 151 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) eingegangen. Sie ist aber nicht begründet, denn das angefochtene Urteil ist rechtmäßig und verletzt den Kl. nicht in seinen Rechten. Die Klage war abzuweisen, denn die Entscheidung des Bekl. ist nicht zu beanstanden.

Die Tatsache, dass der Bekl. für das Quartal I/2006 einen höheren Regressbetrag als die Prüfungsstelle festgesetzt hat, verstößt nicht gegen das Verschlechterungsverbot, das es verbietet, dass in einem Rechtsbehelfsverfahren eine Rechtsfolge ausgesprochen wird, die für den Rechtsbehelfsführer eine größere rechtliche Belastung als die Ausgangsentscheidung beinhaltet. Denn auch die Beigeladenen zu 1) bis 5) und die Beigeladene zu 6) haben gegen die Entscheidung der Prüfungsstelle Widerspruch eingelegt. In einem derartigen Fall greift das Verschlechterungsverbot nicht

(vgl. Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl., vor § 143 Rn. 17; zur Möglichkeit einer Verschlechterung im Widerspruchsbescheid: Leitherer aaO, § 85 Rn. 5).

Die durchgeführte Wirtschaftlichkeitsprüfung ist zulässig. Rechtsgrundlage ist § 106 Abs. 2 Satz 4 SGB V i. V. m. § 10 Abs. 2 Prüfvereinbarung vom 5. Januar 2006. Gemäß § 106 Abs. 2 Satz 4 SGB V

(hier anzuwenden in der Fassung des Gesetzes vom 14. November 2003 – BGBl. I Seite 2190)

können die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen gemeinsam und einheitlich mit den Kassenärztlichen Vereinigungen über die in Satz 1 vorgesehenen Prüfungen hinaus Prüfungen ärztlicher und ärztlich verordneter Leistungen nach Durchschnittswerten und andere artbezogene Prüfungsarten vereinbaren. Dies ist in der Prüfvereinbarung (PV) 2006 erfolgt. Danach überprüfen die Prüfstelle bzw. der Bekl. auf Antrag der Krankenkassen oder der KVSH im Einzelfall, ob der Vertragsarzt durch Veranlassung von Auftragsleistungen, Verordnung von Arzneimitteln, Heilmitteln, Sprechstundenbedarf, häuslicher Krankenpflege oder Krankenhausbehandlung, bei der Beurteilung von Arbeitsunfähigkeit oder Verordnung von Hilfsmitteln sowie sonstiger veranlasster Leistungen gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen hat. Die Regelung „Arzneimittel“ ist auf die Impfstoffe für den Gripeschutz anzuwenden. Dies folgt aus § 2 Abs. 1 Nr. 2a Arzneimittelgesetz (AMG). Nach dessen Definition sind Arzneimittel u. a. Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die im menschlichen Körper angewendet oder einem Menschen verabreicht werden können, um die physiologischen Funktionen durch immunologische Wirkung wieder herzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen. Durch die Gripeschutzimpfung soll eine Immunisierung erreicht werden, so dass die Definition erfüllt ist. Dies hat der Senat bereits in einem Urteil vom 17. November 2009 (L 4 KA 24/08) – Rn. 25f – zu § 12 Abs. 1 der Prüfvereinbarung vom 15. Mai 1995 festgestellt, die insoweit einen gleichen Wortlaut hatte.

Die Prüfanträge der Beigeladenen zu 1) bis 5) vom 22. Dezember 2006 und 20. September 2007 bezögen sich auf alle Quartale III/2005 bis I/2006 und III/2006 bis I/2007. Zwar sind in der Betreffzeile der Anträge lediglich die Quartale I/2006 und IV/2006 erwähnt. Die Anträge enthielten jedoch in den beigefügten Tabellen die Anforderungen der Prüfstoffe und die jeweiligen vorgenommenen Impfleistungen des Kl. entsprechend der EBM-Ziffer 99804 (Influenza) der Quartale III/2005 bis I/2006 sowie III/2006 bis I/2007. Nach Auffassung des Senats ginge es zu weit, die Nennung der Quartale I/2006 und IV/2006 in den Betreffzeilen der Antragsschreiben als Beschränkung der Anträge anzusehen. Der notwendige Inhalt eines Antrages ist gesetzlich nicht definiert. Ein Antrag ist der in erkennbarer Weise zum Ausdruck gebrachte Wille des Antragstellers, ein Verwaltungsverfahren einzuleiten. Er

bestimmt den Gegenstand und das Ziel des Verwaltungsverfahrens im Sinne von § 8 des 10. Buches Sozialgesetzbuch

(SGB X; Vogelgesang in Hauck/Noftz, SGB X § 18 Rdn. 19, 20).

Im sozialen Leistungsrecht ist regelmäßig das Meistbegünstigungsprinzip auf eine Antragstellung anzuwenden. Dieses besagt, dass ein Antrag stets so auszulegen ist, dass die sozialen Rechte des Antragstellers möglichst umfassend zu seinem Gegenstand gemacht werden können. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies auch bei einer Einleitung eines Verwaltungsverfahrens durch einen öffentlich-rechtlichen Träger gilt, für den es nicht um Sozialleistungsansprüche geht. Denn ein Antrag ist eine empfangsbedürftige öffentlich-rechtliche Willenserklärung, die in entsprechender Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften der Auslegung bedarf

(Hissnauer in JurisPK-SGB X § 18 Rn. 11).

Diese Auslegung muss dahin gehen, dass die Beigeladene zu 1) Prüfanträge wegen der gesamten drei Quartale III/2005 bis I/2006 und III/2006 bis I/2007 einleiten wollte. In die Auslegung des Prüfantrages ist dessen Ausgestaltung einzubeziehen. Die Beigeladene zu 1) hat in den Anträgen sämtliche abgeforderten Impfstoffe und abgerechneten Impfleistungen der Quartale III/2005 bis I/2006 sowie III/2006 bis I/2007 aufgelistet. Dies ergäbe keinen Sinn, wenn der Antrag sich allein auf die in der Betreffzeile genannten Quartale beschränken sollte, denn dann wären nur die in diesen Quartalen abgeforderten Impfstoffe und erbrachten Impfleistungen zu vergleichen. Der Bezug der Anträge auf alle drei Quartale folgt ferner aus den Erwägungen des Bundessozialgerichts (BSG) im Urteil vom 18. August 2010 (B 6 KA 14/09 R). Das BSG ist in der Entscheidung darauf eingegangen, ob es (dort zur Sprechstundenbedarfsverordnung) zulässig sei, auch ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung eine quartalsübergreifende Prüfung durchzuführen. Das BSG hat ausgeführt, dass dies zulässig sei, wenn sich aus sachlichen Gründen hierfür eine Sachgerechtigkeit oder sogar Notwendigkeit ergebe. Im Fall des Sprechstundenbedarfs hat das BSG dies bejaht, da dieser regelmäßig fallübergreifend bestellt werde und für den Fall, dass Material in einem Quartal nicht verbraucht werde, ebenso fallübergreifend im Folgequartal benutzt werde mit der Folge einer in jenem Quartal geringeren Anforderung. In gleicher Weise verhält es sich mit den Impfstoffen: Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass aufgrund der geschilderten Lieferumstände regelmäßig einmal jährlich im Spätsommer ein gewisser Vorrat an Impfstoffen durch den Vertragsarzt angefordert werden muss, zumindest muss er eine frühzeitige Vorbestellung aufgeben. Es liegt auf der Hand, dass diese Impfstoffe nicht in einem Quartal, sondern im Laufe des gesamten Herbst und Winter, also während der gesamten Impfsaison, aufgebraucht werden. Eine Quartalsbetrachtung wäre überhaupt nicht aussagekräftig. Die Auslegung des Antrags der Beigeladenen zu 1) bis 5) muss daher dahin gehen, dass eine quartalsbezogene Prüfung, nämlich für die Quartale III/2005 bis I/2006 einerseits und III/2006 bis I/2007 andererseits, durchgeführt werden sollte.

Die Anträge waren auch nicht verfristet gestellt. Hierzu bestimmt § 10 Abs. 5 PV, dass die Anträge zur Prüfung nur innerhalb einer Frist von neun Monaten nach Abschluss des Quartals gestellt werden, in dem die Verordnung ausgestellt worden ist. Diese Vorschrift hindert die Überprüfung jedoch nicht. Mit Urteil vom 3. Februar 2010 (B 6 KA 37/08 R) hat das BSG ausgeführt, dass die Einhaltung einer in einer Prüfvereinbarung normierten Frist für Prüfanträge der Krankenkassen keine Voraussetzung der Rechtmäßigkeit eines Arzneikostenregresses sei; für einen derartigen Regress bestehe lediglich eine Ausschlussfrist von vier Jahren. Diese Rechtsprechung hat das BSG in einem weiteren Urteil vom 18. August 2010 (B 6 KA 14/09 R) bestätigt. Hierzu hat das BSG ausgeführt (Rn. 20), dass derartige Fristen nicht dem Schutz des überprüften Arztes, sondern der Verfahrensbeschleunigung und effektiven Verfahrensdurchführung dienen sollten. Werde der Antrag zu spät gestellt, sei dem Interesse an einer Verfahrensbeschleunigung zwar nicht Rechnung getragen. Es liefe aber der Zielrichtung der Regelungen und im Übrigen auch dem

hohen Rang des Wirtschaftlichkeitsgebots mit dem daraus folgenden Ziel möglichst effektiver Verhinderung unwirtschaftlicher Behandlungs- oder Ordnungsweise zuwider, wenn man daraus ein Hindernis für die Verfahrensdurchführung überhaupt ableiten wolle. Die Forderung eines Prüfantrages innerhalb einer bestimmten Frist in § 10 Abs. 5 PV hat danach keine materielle, sondern allenfalls Ordnungsfunktion. Der Senat folgt dieser Rechtsprechung des BSG, denn sie steht mit dem allgemeinen Verfahrensrecht im Einklang

(vgl. Urteil des Senats vom 8. Dezember 2015 – L 4 KA 15/12).

Nach § 42 Satz 1 SGB X besteht kein Anspruch auf Aufhebung eines Verwaltungsakts, der nicht nichtig ist, allein deshalb, weil er unter Verletzung der Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Offensichtlichkeit in diesem Sinne kann angenommen werden, wenn sich mit Hilfe der vorliegenden Unterlagen oder sonstigen Beweismittel objektiv nachweisen lässt, dass der Fehler keinen Einfluss auf das Entscheidungsergebnis genommen hat

(BR-Drucks. 422/94, S. 5; Waschull in Diering/Timme/Waschull, SGB X, 3. Auflage, § 42 Rn. 14).

Dies ist hier gegeben, denn es ist nichts dafür ersichtlich, dass das Prüfungsergebnis im Fall rechtzeitiger Anträge anders ausgefallen wäre.

Insgesamt ist die Prüfung damit zulässig durchgeführt.

Auch inhaltlich sind die Bescheide des Bkl. nicht zu beanstanden. § 6 des Vertrages über die Durchführung und Abrechnung von Schutzimpfungen gegen übertragbare Krankheiten im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung (Impfvereinbarung) vom 16. Januar 2003 enthält hinsichtlich eines sonstigen Schadens, der den Krankenkassen durch Verordnungen der Vertragsärzte über das vertraglich vereinbarte Maß hinaus entsteht, eine Rechtsfolgenverweisung auf § 48 Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä). Diese Vorschrift verweist in Abs. 1 für die Feststellung eines Schadens auf das Verfahren bei den Prüfungseinrichtungen nach § 106 SGB V und damit auf die dazu ergangene Prüfungsvereinbarung. Als Rechtsfolgenverweis beschränkt sich der Regress nicht auf die in § 48 Abs. 1 BMV-Ä genannten Aufgreifattbestände. Ferner führt die direkte Verweisung auf die Folge des § 48 BMV-Ä dazu, dass ein Verschulden des überprüften Arztes für den Schadenseintritt nicht vorausgesetzt ist. Zwar setzt die Festsetzung eines „sonstigen Schadens“ im Sinne des § 48 Abs. 1 BMV-Ä ein schuldhaftes Verhalten des Vertragsarztes voraus, da er an die Grundsätze des Schadensersatzrechts angelehnt ist

(BSG v. 29. Juni 2011 – B 6 KA 16/10 R – SozR 4-2500 § 106 Nr. 31, Rn. 26).

Dies gilt jedoch nur für die unzulässigen Verordnungen oder fehlerhaften Bescheinigungen im Sinne der Vorschrift, nicht aber für die Überprüfungen, die – ähnlich wie die Überschreitungen der Ordnungs-Budgets – als Wirtschaftlichkeitsprüfungen angelegt sind. Der Bkl. hat eine Einzelfallprüfung im Sinne des § 10 Abs. 2 der Prüfvereinbarung vom 5. Januar 2006 vorgenommen. Eine Überprüfung anhand statistischer Werte oder Richtgrößen verbot sich hinsichtlich der individuellen Verhältnisse in den einzelnen Arztpraxen. Bei der Beurteilung der Prüfmaßnahme ist zu berücksichtigen, dass den Prüfgremien bei der Ausgestaltung der Prüfung in einzelnen Bereichen ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zusteht. Dieser besteht als gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Rahmen immer dort, wo der medizinische Sachverstand für die Beurteilung der Sachlage im Vordergrund steht

(vgl. Überblick bei Engelhardt in Hauck/Noftz, SGB V § 106 Rn. 553 a ff. und 560 ff.).

Ein Beurteilungsspielraum besteht insbesondere bei der Wahl der Prüfmethode

(BSG v. 16.7.2008 – B 6 KA 57/07 R – SozR 4-2005 § 106 Nr. 19)

und bei der Grenzbestimmung des unwirtschaftlichen Mehraufwandes

(BSG v. 15.3.1995 – 6 RKA 37/93 – SozR 3-2005 § 106 Nr. 26)

sowie bei der Festlegung des Prüfmaßes

(BSG v. 6.5.2009 – B 6 KA 3/08 R – MedR 2010 S. 276).

Es sind keine Anhaltspunkte dafür zu erkennen, dass der

Bekl. das ihm eingeräumte Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat. Die Überprüfung der Ermessensentscheidung durch das Gericht ist dabei eine alleinige Rechtskontrolle, die sich darauf beschränkt, ob die Behörde ihr Ermessen gar nicht ausgeübt oder nicht im Bescheid zum Ausdruck gebracht hat (Ermessensnichtgebrauch), ob die Behörde ihr Ermessen zu eng eingeschätzt hat (Ermessensunterschreitung), ob sie eine Rechtsfolge gesetzt hat, die in der gesetzlichen Regelung nicht vorgesehen ist (Ermessensüberschreitung) oder ob die Behörde von ihrem Ermessen fehlerhaft Gebrauch gemacht hat (Ermessens Fehlgebrauch). Letzteres ist nur dann der Fall, wenn die Behörde ein unsachliches Motiv oder einen sachfremden Zweck verfolgt hat, wenn sie nicht alle maßgebenden Ermessensgesichtspunkte in die Entscheidung einbezogen hat oder wenn sie die abzuwägenden Gesichtspunkte fehlerhaft gewichtet oder einen unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt zugrunde gelegt hat

(Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. § 54 Rd.Nr. 27; Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl., § 114 Rn 7 ff).

Derartige Ermessensfehler liegen nicht vor. Der Bekl. hat als Grundsatz für die Prüfung auf einen Vergleich zwischen den abgeforderten Mengen Impfstoff und den vorgenommenen Impfungen, die an den abgerechneten Gebührenleistungen 99804 EBM erkennbar sind, abgestellt. Dies ist nach der Auffassung des Senats ein nicht zu beanstandender Ansatz, der allerdings die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigen muss. Denn die Abforderung von Grippe-Impfstoffen muss sich an einer Prognose über das zu erwartende Impfverhalten der Patienten ausrichten. Um dieses abschätzen zu können und die Gefahr einer zu niedrigen oder zu hohen Abforderung zu vermeiden, kann sich der Arzt dabei an dem Impfverhalten und dem Bedarf an Impfstoffen in den Vorjahren orientieren oder frühzeitig ein ungefähres Meinungsbild der Patienten vor der Impfsaison einholen. Um den eventuell auftretenden Schwankungen im Impfverhalten der Patienten gerecht zu werden, ist es erforderlich, dem überprüften Arzt über die durchgeführten Impfleistungen hinaus einen Zuschlag zu gewähren und die wirtschaftlich abgeforderte Menge an Impfstoff nicht genau mit der Zahl der abgerechneten Impfleistungen anzusetzen. Dem ist der Bekl. mit einem Zuschlag von 10 % auf die Zahl der abgerechneten Leistungen 99804 EBM gerecht geworden. Einen derartigen Zuschlag hält der Senat grundsätzlich für ausreichend, es sei denn, dass Umstände dargetan werden, die besonders zu berücksichtigen sind und dazu führen, dass ein höherer Zuschlag einzuräumen ist. Derartige Gründe hat der Kl. nicht vorgetragen. In diesem Zusammenhang ist das Verhältnis des Amtsermittlungsgrundsatzes, der auch im Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren gilt, zu dem Beibringungsgrundsatz, der bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung gegenüber den anderen Sozialverwaltungsverfahren in gesteigertem Maß gilt, zu beachten

(dazu vgl. Engelhardt in Hauck/Noftz, SGBV § 106 Rn. 543 ff.).

Danach haben die Prüfgremien den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären und hierbei alle zulässigen Erkenntnisquellen heranzuziehen, können sich dabei aber auf die Ermittlung der augenfälligen Tatsachen beschränken

(BSG v. 27. 4. 2005 – B 6 KA 1/04 R – SozR 4-2500 § 106 Nr. 9; BSG v. 5. 6. 2013 – B 6 KA 40/12 R – SozR 4-2500 § 106 Nr. 41).

Der geprüfte Arzt ist im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht gehalten, seinen Standpunkt rechtzeitig zu substantiieren. Vortrag kann präkludiert werden, wenn der Arzt nicht bereits im Verwaltungsverfahren vor der Prüfungsstelle oder dem Beschwerdeausschuss wenigstens ansatzweise seinen Standpunkt und die ihn tragenden Tatsachen darlegt. Dies gilt insbesondere für Tatsachen, die naturgemäß allein ihm bekannt sein können

(BSG v. 11.12.1985 – 6 RKA 30/84 – SozR 2200 § 368n Nr. 40; BSG v. BSG v. 8. 5. 1985 – 6 RKA 24/83 – juris).

Diese alte Rechtsprechung des BSG gilt weiterhin

(vgl. BSG v. 16.7.2008 – B 6 KA 57/07 – SozR 4-2500 § 106 Nr. 19).

Die Präklusion ist allerdings nicht zwingend. Daher hätte es dem Kl. obliegen, derartige Besonderheiten seiner Anforderung von Impfstoffen darzulegen; dem ist er aber nicht nachgekommen und auf den ersten Blick sind Besonderheiten von

Amts wegen nicht zu erkennen. Er beruft sich allein auf die übliche Schwankungsbreite im Impfverhalten der Patienten, die – wie ausgeführt – mit einem Zuschlag von 10 % ermessensgerecht angesetzt werden kann. Unklar ist insbesondere das Bild für den Zeitraum III/2006 bis I/2007. Es ist für den Senat nicht erkennbar, warum der Kl. für diesen Zeitraum 1500 Ampullen Impfstoff angefordert hat, obwohl dem nur 1076 Impfungen im Vorjahreszeitraum gegenüberstanden. Nach dem Vortrag der Beteiligten ist es in dem vorangegangenen Zeitraum 2005/2006 zu Lieferengpässen gekommen, weil die Pharmaindustrie offensichtlich mit einer gesamten Liefercharge ausgefallen ist. Bestimmte Erregerstämme, mit denen die Impfstoffe hergestellt werden, standen nicht zur Verfügung. Dies könnte Anlass dazu geben, dass in dem Vorjahreszeitraum nur eine geringere Zahl von Patienten geimpft wurde. Hierzu fehlt aber ein konkreter Vortrag des Kl.. Für den Senat ist es insbesondere nicht erklärlich, warum der Kl. für den Zeitraum III/2006 bis I/2007 nahezu 50 % mehr Impfstoffe angefordert hat, als er im Vorjahreszeitraum verbraucht hatte. Eine derartige große Differenz ist auch mit den Lieferengpässen und den erfolgten Nachlieferungen nicht erklärlich. Dies gilt ähnlich für den Vortrag des Kl. zu den Impfungen, die er in den Quartalen II/2006 und II/2007 durchgeführt hat. Nachdem er Impfungen in den beiden Quartalen vorgetragen hatte, hat ihn der Bekl. während des Verfahrens aufgefordert, diese Impfleistungen zu beziffern. Dem ist der Kl. erst in der Berufungsverhandlung nachgekommen.

Angesichts dessen sieht der Senat keine Gesichtspunkte, die den Bekl. hätten veranlassen müssen, von dem üblichen Zuschlag von 10 % auf die abgerechneten Impfleistungen abzuweichen. Sollte der Kl. es in Einzelfällen versehentlich unterlassen haben, die Impfleistung abzurechnen und dadurch eine geringere Anzahl an Leistungen der EBM-Ziffer 99804 verzeichnet sein, fällt dies in seinen Risikobereich. Der Bekl. hat ferner eine Aufrundung der wirtschaftlich abzufordernden Menge an Impfstoff auf das nächst wirtschaftlich zu bestellende Maß vorgenommen, wodurch dem Kl. noch einige weitere Impfungen ermöglicht wurden. Der Senat sieht das Problem für die Impfarzte in der Bedarfsprognose, die sie im Sommer vor der Impfsaison im Rahmen ihrer Bestellung stellen müssen. Dieses Problem erklärt jedoch nicht die erheblichen Abweichungen in den Bestellungen gerade im Zeitraum 2006/2007. Unerheblich ist es, dass der Kl. überzählige Impfstoffe später verbraucht hat. Mit Urteil vom 17. November 2009 (L 4 KA 24/08) hat der Senat ausgeführt, dass der Schadensbegriff im Sinne des § 10 Abs. 2 Satz 2 Prüfvereinbarung ein normativer Begriff ist und daher das Argument einer anderweitigen Verwendung der Impfstoffe nicht durchgreifen kann.

Ermessensfehler der Entscheidung des Bekl. liegen nach alledem nicht vor.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

JVEG § 8a IV; SGG § 109

Eine dem medizinischen Sachverständigen objektiv zustehende Vergütung überschreitet den gem. § 109 SGG eingezahlten Vorschuss erheblich, wenn sie mindestens 20 % des Vorschusses beträgt. Für die Erheblichkeit der Überschreitung kommt es darauf an, was dem medizinischen Sachverständigen als Vergütung objektiv zustehen würde; nicht darauf, was er geltend gemacht hat.

SchlHLSG 5. Senat, Beschluss v. 18. Januar 2016 – L 5 AR 44/14 KO –, Se.

Streitig ist die Vergütung für ein vom Ast. in dem Verfahren L 5 R xxx/13 (Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht) gemäß § 109 SGG erstattetes medizinisches Gutachten.

Der Ast. wurde mit Beweisanordnung vom 30. Dezember 2013 beauftragt, gemäß § 109 SGG ein ärztliches Sachverständigen Gutachten aufgrund ambulanter Untersuchung zu erstellen, nachdem die Kl.in einen Vorschuss in Höhe von 2.000,00 EUR gezahlt hatte. Der Ast. wurde mit Verfügung des Gerichts vom 29. April 2014 über die Höhe des Vorschusses in Kenntnis gesetzt und mit weiterer Verfügung vom 14. Februar 2014 wurde ihm bereits mitgeteilt, dass den Vorschuss übersteigende Kosten für das Gutachten nur nach Einwilligung des Gerichts übernommen werden.

Der Ast. hat dann das neurologisch-psychiatrische Gutachten vom 22. Juni 2014 vorgelegt und dabei folgende Vergütung in Rechnung gestellt:

27,0 Stunden à 75,00 EUR	§ 9 Abs. 1 Satz 1 JVEG Honorargruppe M 2	2025,00 EUR
Schreibauslagen 62 778 Anschl. à 0,75 EUR	§ 12 Abs. 1 Ziffer 3 JVEG	56,70 EUR
Kopierkosten 50 à 0,50 EUR 22 à 0,15 EUR	§ 7 Abs. 2 Ziffer 1 JVEG	28,30 EUR
Umsatzsteuer	§ 12 Abs. 1 Ziffer 4 JVEG	400,90 EUR
Portoauslagen	§ 7 Abs. 1 Satz 1 JVEG	9,20 EUR
	insgesamt	2520,10 EUR

Die Kostenbeamtin des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts hat den Stundensatz antragsgemäß mit der Honorargruppe M 2 (75,00 EUR) bemessen. Der angemessene Zeitaufwand wurde auf 20 Stunden mit der Begründung gekürzt, das Aktenstudium sei mit 125 Blatt pro Stunde Zeitaufwand zu berücksichtigen (600 Blatt entsprechen fünf Stunden) und Teile der gutachterlichen Äußerungen seien bereits mit dem Zeitaufwand für das Aktenstudium, die Untersuchung und das Diktat und die Korrektur abgegolten worden. Aus diesem Grunde sei der Zeitaufwand für die Abfassung des Gutachtens mit vier Stunden zu bemessen. Die Schreib- und Kopierauslagen wurden antragsgemäß, die Umsatzsteuer in Höhe von 301,15 EUR entschädigt. Die Gesamtvergütung betrug danach 1.895,35 EUR.

Hiergegen wendet sich der Ast. mit seinem Antrag auf richterliche Festsetzung der Kosten.

Der Kostenprüfungsbeamte des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts beantragt in seiner Stellungnahme vom 8. September 2014, die Vergütung des Antragsstellers auf insgesamt 2.000,00 EUR festzusetzen. Zur Begründung führt er im Einzelnen unter Hinweis auf die vom Senat entwickelten Maßstäbe für die Vergütung von Gutachten medizinischer Sachverständiger (Beschluss vom 8. Oktober 2012, L 5 SF 64/11 KO) zur Frage des angemessenen Zeitaufwands für die Erstellung des Gutachtens Folgendes aus:

„a) Untersuchung und Befundaufwertung

Diese Position ist mit insgesamt **6,00 Stunden** wie beantragt zu vergüten.

b) Aktenstudium:

Das Aktenmaterial betrug 607 Blatt und war durchsetzt mit ärztlichen Gutachten, Befundberichten und ärztlichen Stellungnahmen. Die umfangreiche Auswertung und Wiedergabe des Akteninhaltes in dem Gutachten lässt auf ein außergewöhnlich umfangreiches Aktenstudium schließen. Sofern der Ast. vorliegend 6,00 Stunden in Ansatz bringt, ist m.E. nicht von Unbilligkeit auszugehen.

Das Aktenstudium wird somit mit **6,00 Stunden** beziffert.

c) Abfassung des Gutachtens

Die medizinische Zusammenfassung, Beurteilung und Beantwortung der Beweisfragen befinden sich auf den Seiten 26-28, 29-33 und 34 -36 des Gutachtens. Diese Seiten beinhalten folgende Zeilen gutachterliche Äußerungen:

Seite 26:	18 Zeilen
Seite 27:	32 Zeilen
Seite 28:	28 Zeilen
Seite 29–33:	5904 Zeichen: 60– 98 Zeilen (Gutachterliche Auswertung der Testreihen und Beurteilung unter Bezugnahme auf die Beweisfragen)
Seite 33:	9 Zeilen
Seite 34:	27 Zeilen
Seite 35:	32 Zeilen
Seite 36:	11 Zeilen

insgesamt: 255 Zeilen: 34 Zeilen/Seite = 7,50 Seiten gutachterliche Äußerung

Der erforderliche Zeitaufwand ist demnach mit **7,50 Stunden** zu berücksichtigen.

d) Diktat und Korrektur

Bei 62 778 Anschlägen ergibt sich eine Seitenanzahl von 31,4 Seiten. Der erforderliche Zeitaufwand für Diktat und Korrektur beträgt demnach **5,23 Stunden**.

e) Schreibaufgaben

Gemäß § 12 Abs. 1 Ziffer 3 JVEG beträgt die Entschädigung für die Erstellung eines schriftlichen Gutachtens 0,90 Euro je angefangene 1.000 Anschläge. Bei 62.778 Anschlägen ergibt sich ein Entschädigungsbetrag in Höhe von **56,70 Euro**.

Die Kopierauslagen sind antragsgemäß mit **28,30 Euro** zu entschädigen.

Die angemessene Vergütung des Ast. stellt sich demnach wie folgt dar:

25,00 Stunden a 75,00 Euro (24,73 Stunden aufgerundet auf 25,00 Stunden)	§ 9 Abs. 1 Satz 1 JVEG Honorargruppe M 2	1875,00 Euro
Schreibaufgaben 62 778 Anschl. à 0,90 Euro	§ 12 Abs. 1 Ziffer 3 JVEG	56,70 Euro
Kopierkosten 50 à 0,50 Euro 22 à 0,15 Euro	§ 7 Abs. 2 Ziffer 1 JVEG	28,30 Euro
Umsatzsteuer	§ 12 Abs. 1 Ziffer 4 JVEG	372,40 Euro
	insgesamt	2332,40 Euro
	Vergütungsbetrag	2000,00 Euro

Gemäß § 8a Abs. 4 JVEG erhält der Sachverständige lediglich eine Vergütung in Höhe des Kostenvorschusses, wenn die (beantragte) Vergütung den Auslagenvorschuss erheblich übersteigt und der Sachverständige dem Gericht diesen Umstand nicht rechtzeitig mitgeteilt hat (vgl. § 407a Absatz 3 Satz 2 ZPO).

Der eingezahlte Vorschuss beträgt 2000,00 Euro. Der Sachverständige wurde mit Verfügung vom 7.3.2014 (richtig 29.4.2014) über den Betrag in Kenntnis gesetzt. Mit Verfügung des Gerichts vom 14.2.2014 wurde ihm mitgeteilt, dass Mehrkosten für die weitere Bearbeitung nur nach Einwilligung des Gerichts übernommen werden.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen, dass sowohl die beantragte Vergütung in Höhe von 2520,10 Euro als auch die vorstehend berechnete Vergütung in Höhe von 2332,40 Euro den Vorschussbetrag erheblich übersteigt, sodass eine Vergütung in Höhe von 2000,00 Euro festzusetzen ist.“

Der Ast. widerspricht dem. Die Auflistung „c) Abfassung des Gutachtens“ berechne den Zeitaufwand in Standardzeilen mit Schriftgröße 12. Es sei von ihm jedoch die Schriftgröße 11 verwendet worden. Der anerkannte Gutachtextentumfasse 10525 Anschläge. Dies entspreche bei 2000 Anschlägen/Seite/Stunde einem Zeitaufwand von 5,5 Stunden für die Beurteilung (Seite 26 bis 28 und 33 bis 36 des Gutachtens). Außerdem ist der Ast. der Auffassung, dass eine „erhebliche“ Kostenüberschreitung im Sinne des § 8a Abs. 4 JVEG erst bei einem Betrag von mehr als ca. 1/3 der veranschlagten Rechnungssumme vorliege. Im Ergebnis hat der Senat die Vergütung des Ast. für das im Verfahren L 5 R 108/13 erstattete Gutachten vom 22. Juni 2014 auf 2332,40 EUR festgesetzt.

Aus den Gründen

Der Senat entscheidet nach § 4 Abs. 7 Satz 1 JVEG durch den Einzelrichter.

Die vom Ast. nach § 2 Abs. 1 JVEG rechtzeitig geltend gemachte Gesamtvergütung für das von ihm erstattete Gutachten ist auf insgesamt 2332,40 EUR festzusetzen.

Zur Begründung nimmt der Senat Bezug auf die Ausführungen des Kostenprüfungsbeamten beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht. Diese stehen im Einklang mit der dort zitierten Rechtsprechung des Senats, soweit es um die Höhe der Vergütung geht.

Entgegen der Auffassung des Kostenprüfungsbeamten liegen hier jedoch nicht die Voraussetzungen für eine Kürzung des Vergütungsanspruchs nach § 8a Abs. 4 JVEG vor. Danach erhält der Sachverständige lediglich eine Vergütung in Höhe des Kostenvorschusses, wenn die Vergütung den Auslagenvorschuss erheblich übersteigt und der Sachverständige dem Gericht diesen Umstand nicht rechtzeitig mitgeteilt hat (vgl. § 407a Abs. 3 Satz 2 ZPO). Der Ast. stellt zwar nicht in Abrede, dass er seine Mitwirkungspflicht und die Höhe des Vorschusses kannte. Die dem Ast. objektiv zustehende Vergütung überschreitet den Vorschuss jedoch nicht „erheblich“ im Sinne des § 8a Abs. 4 JVEG.

Eine Überschreitung des Vorschusses ist dann erheblich, wenn sie mindestens 20 % des Vorschusses beträgt. Dies steht im Einklang mit der Gesetzesbegründung

(vgl. die Gesetzesbegründung zum 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz vom 23. Juli 2013 [BGBl. I S. 260]),

der Kostenrechtsliteratur

(Schneider, JVEG, § 8a Rn. 36, Hartmann, Kostengesetze, § 8a JVEG Rn. 64, Meier/Höfer/Bach/Oberlack, JVEG, § 8a Rn. 33)

und der Rechtsprechung

(Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 8. Juni 2015, L 15 SF 255/14; Oberlandesgericht Hamm, Beschluss vom 14. Oktober 2014, I-10 U 104/11).

Die dem Ast. objektiv zustehende Vergütung in Höhe von 2332,40 EUR liegt noch knapp unter 2400,00 EUR (Vorschuss von 2000,00 EUR + 20 %).

Bei der Beurteilung der Frage der Erheblichkeit der Überschreitung kommt es darauf an, was dem Sachverständigen als Vergütung objektiv zustehen würde; nicht darauf, was er als Vergütung gefordert hat (hier 2520,10 EUR und mithin mehr als 20 % über dem Vorschuss). Der Senat schließt sich insoweit den Ausführungen des Bayerischen Landessozialgerichts im oben genannten Beschluss an, in dem es hierzu heißt

(in juris Rn. 52):

„In § 8 a Abs. 3 JVEG hat der Gesetzgeber das Wort ‚Vergütung‘ ergänzt um den Zusatz ‚geltend gemachte‘. Es spricht nichts dagegen, § 8 a Abs. 4 JVEG nicht identisch wie § 8 a Abs. 3 JVEG auszulegen. Daraus aber den Schluss zu ziehen, es komme bei § 8 a Abs. 4 a.A. JVEG auf die ‚geltend gemachte‘ Vergütung als Kriterium für die Beurteilung der Erheblichkeit der Überschreitung an, wäre falsch. Denn auch bei § 8 a Abs. 3 JVEG kann es – entgegen dem Wort-

laut des Gesetzes – nicht darauf ankommen, was der Ast. als Vergütung gefordert hat, sondern nur darauf, was ihm als Vergütung objektiv zustehen würde. Denn dem ganzen Vergütungs- und Entschädigungssystem des JVEG ist es fremd, dass – abgesehen von einer Begrenzung durch das Antragsprinzip – die Höhe der vom Gericht festzusetzenden Vergütung oder Entschädigung allein durch die geltend gemachte Forderungshöhe des Ast. und damit u.U. unabhängig von einem objektiven Maßstab bestimmt würde. Vielmehr ist immer maßgeblich die objektiv zustehende Vergütung

(vgl. auch Bundesverfassungsgericht – BVerfG –, Beschluss vom 26. 7.2007, Az.: 1 BvR 55/07).

Es würde einen Systembruch darstellen, abweichend vom vorgenannten Grundsatz allein bei § 8 a Abs. 3 und 4 JVEG auf die geltend gemachte – und nicht die objektiv zustehende – Vergütung abzustellen. Denn dann wäre bei Gutachten, denen die Einholung eines Vorschusses vorausgeht, die Vergütung, jedenfalls wenn sich die Forderung des Sachverständigen im Bereich von 100 % bis unter 120 % des Vorschusses bewegt, fernab aller ansonsten geltenden Grundsätze lediglich aufgrund einer nicht auf Übereinstimmung mit den Abrechnungsvorgaben geprüften Vergütungsforderung vorzunehmen. Dies wäre durch nichts legitimiert, auch nicht durch das Gebot der Praktikabilität und Verwaltungswirtschaftlichkeit der Kostensachbearbeitung. Dieses Gebot stellt lediglich sicher, dass die Kostenbearbeitung nicht durch überzogene Prüfpflichten in ihrer Effektivität beschränkt wird, hebt aber nicht die Vorgaben zur Ermittlung der Vergütung eines Sachverständigen aus, auch wenn die Kosten für das Gutachten zumindest zunächst von einem Beteiligten durch die Einzahlung eines Vorschusses zu tragen sind. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass für die Vergütung aller Gutachten im sozialgerichtlichen Verfahren die gleichen Maßstäbe gelten, unabhängig davon, ob ein Gutachten von Amts wegen gemäß § 106 SGG oder auf Antrag eines Klägers gemäß § 109 SGG eingeholt worden ist. Zudem wäre ein erhebliches Missbrauchspotenzial eröffnet, wenn das Wort ‚Vergütung‘ in § 8 a Abs. 4 a.A. JVEG als ‚geltend gemach-

te Vergütung‘ im Sinn der gestellten Rechnung interpretiert würde. Denn dann könnte ein Sachverständiger dadurch, dass er eine den Auslagenvorschuss erheblich übersteigende Vergütungsforderung aufstellt, eine Vergütung in Höhe des Auslagenvorschusses erreichen, auch wenn die ihm objektiv zustehende Vergütung diese Höhe nicht erreichen würde. Denn – bei wörtlicher Auslegung – wäre in einem derartigen Fall die Vergütung auf die Höhe des Auslagenvorschusses festzusetzen. Die vom Gesetzgeber als Sanktionierung einer Schlechtleistung gedachte Regelung des § 8 a Abs. 4 JVEG würde damit in eine Belohnung für einen (absichtlich) falsch abrechnenden Sachverständigen und damit das Regelungsziel des Gesetzgebers in sein Gegenteil verkehrt. Dass ein derartiges Ergebnis unvermeidbar wäre, bedarf keiner weitergehenden Erläuterung.“

Soweit der Ast. weiterhin die Auffassung vertritt, die Abfassung des Gutachtens sei mit einem höheren Zeitaufwand zu vergüten wegen des auf der Schriftgröße 11 beruhenden Umfangs des Gutachtens, folgt der Senat dem nicht. Der Ast. errechnet selbst für die Seiten 26 bis 28 und 33 bis 36 des Gutachtens einen Zeitaufwand von 5,5 Stunden. Auf die auf den Seiten 29 bis 33 befindliche gutachterliche Auswertung der Testreihen und Beurteilung unter Bezugnahme auf die Beweisfragen in Form von Tabellen lassen sich wegen des anderen Erscheinungsbildes dieser Seiten die Vergütungskriterien des Senats aus dem oben genannten Beschluss vom 8. Oktober 2012 nur eingeschränkt anwenden. Hierfür zusätzlich zwei Stunden (also insgesamt 7,5 Stunden) zugrunde zu legen, ist sachgerecht.

Die richterliche Kostenfestsetzung erfolgt nach objektiv-rechtlichen Kriterien unabhängig vom Vorbringen der Beteiligten. Deshalb war es unbeachtlich, dass die Auffassung des Klägers in seinem Sinne kontraproduktiv ist. Denn wenn die Auffassung des Ast. zutreffend wäre, würde dies dazu führen, dass die objektiv zustehende Vergütung mehr als 20 % über dem Vorschuss läge. Dies hätte zur Folge, dass die Vergütung nicht in Höhe von 2332,40 EUR, sondern lediglich in Höhe des Vorschusses (2000,00 EUR) festzusetzen wäre.

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendam 35, 24103 Kiel, im Eigenverlag.

Verantwortlich i.S.d. § 7 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Richter am Oberlandesgericht Sebastian Brommann, 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. -1207, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: redaktion-schlha@olg.landsh.de.

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

Druck: Verlag J.J. Augustin GmbH, Glückstadt – ISSN 1860-9643.

Sozialgerichtsbarkeit

SchIHLSG	30. 5.2015	L 11 AS 39/14 NK	Unwirksamkeit einer städtischen Satzung zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft	107
SchIHLSG	8. 12. 2015	L 4 KA 44/13	Schadensersatz wegen zu hoher Bestellungen von Grippe-Impfstoffen für die Quartale I und IV/2006	115
SchIHLSG	18.1.2016	L 5 AR 44/14 KO	Zu den Voraussetzungen für eine Kürzung des Vergütungsanspruchs für einen Sachverständigen nach § 8a Abs. 4 JVEG	118

Buchanzeige

Klaus-Dieter Dehn

Kommunalverfassungsgesetze Schleswig-Holstein

Textausgabe mit Einführung

13. Auflage 2016, 336 Seiten, kartoniert, 12,80 €; ISBN 978-3-8293-1269-1

erschienen im Kommunal- und Schulverlag, Wiesbaden

Die Textausgabe Kommunalverfassungsgesetze Schleswig-Holstein enthält die Gemeindeordnung, die Kreisordnung, die Amtsordnung, das Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit, das Gemeinde- und Kreiswahlgesetz, die Entschädigungsverordnung und die Durchführungsverordnung zu den Kommunalverfassungsgesetzen.

Die Neuauflage berücksichtigt alle bis zum Jahr 2016 beschlossenen Gesetzesänderungen. Im Anhang finden sich weitere Rechtsnormen, wie die Kommunalbesoldungsverordnung, die Sitzungsvergütungsverordnung, die Stellenobergrenzenverordnung, und die Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften. Daneben sind im Anhang wichtige Grundersatzerlasse (Gewährung von Zuwendungen an Fraktionen, steuerliche Behandlung von Entschädigungen, Bildung von Zählgemeinschaften, Durchführung gemeindlicher Selbstverwaltungsangelegenheiten durch das Amt) abgedruckt.

Der Band enthält ein ausführliches Stichwortverzeichnis und eine vorangestellte allgemeine Einführung, die einen Überblick über die Grundlagen und die Entwicklung des Kommunalverfassungsrechts geben nebst einem Statistikteil mit der Zusammenstellung aller Kommunalverwaltungen.

Der Titel ist eine Hilfe für alle kommunalen Funktionsträger, Fraktionen, Verbände, Verwaltungsgerichte, Verwaltungsschulen sowie alle kommunalen Institutionen und Verwaltungen. Sie ist insbesondere geeignet für die Ausstattung von Gemeindevertreterinnen und Gemeindevertretern sowie Kreistagsabgeordneten.

Klaus-Dieter Dehn ist nach langjähriger Tätigkeit im Innenministerium und als Stellv. Geschäftsführer des Schleswig-Holsteinischen Landkreistages, heute Kommunalberater sowie Verfasser zahlreicher kommunalrechtlicher Veröffentlichungen.

Buchanzeige

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann

ZPO Zivilprozessordnung

Kommentar

75. Auflage 2017, XXII, 3341 Seiten, in Leinen 169,- €, ISBN 978-3-406-69501-8 – Neu im Oktober 2016

Erschienen im Verlag C.H. Beck oHG, München

Zivilprozessrecht auf neuestem Stand

Die 75. Auflage bietet den Stand von Mitte/Ende September 2016, mit der Novelle zur Europäischen Kontenpfändung teilweise sogar vom 18. Januar 2017. Insgesamt sind 24 Neuregelungen berücksichtigt, darunter

- die bevorstehende Reform des Sachverständigenrechts
- das am 22.9.2016 vom Bundestag beschlossene EuKoPfVODG
- das Gesetz zur Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe (RegE)
- das VG-Richtlinie-Umsetzungsgesetz vom 24.5.2016
- das Zahlungskontengesetz vom 11.4.2016
- das Gesetz zur Änderung des Designgesetzes vom 4.4.2016
- das Gesetz zur Umsetzung der WohnimmobilienkreditRL vom 11.3.2016
- Das Gesetz zur Umsetzung der RL über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten vom 19.2.2016
- die Änderungen zum 1.1.2016 und zum 1.1.2017 durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten
- die Berichtigung des Gesetzes zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts vom 26.1.2016 ...und viele mehr: Kurz: Wer vor Gericht nicht alt aussehen will, der setzt auf diesen Kommentar.

Unverzichtbar für

Rechtsanwälte, Richter, Rechtspfleger, Notare, Rechtswissenschaftler, Studierende und Referendare sowie für alle, die schnelle und zuverlässige Auskünfte zur ZPO brauchen.

Der Autor

Dr. Dr. Peter Hartmann, Richter am Amtsgericht a.D., ist als hervorragender Kenner der Materie bestens ausgewiesen.

Buchanzeige

Baumann/Weber/Mitsch/Eisele

Strafrecht allgemeiner Teil

Lehrbuch

12., völlig neu bearb. Auflage, (Oktober) 2016, LXV und 953 Seiten, geb., 58,- €; ISBN 978-3-7694-1118-8

erschienen im Verlag E. u. W. Gieseking, Bielefeld

Der Klassiker in der Kategorie „großes Lehrbuch“; völlig neu bearbeitet durch die renommierten Strafrechtslehrer Wolfgang Mitsch (Potsdam) und Jörg Eisele (Tübingen)!

Für Anfänger wie Fortgeschrittene gleichermaßen geeignet: Klare, leicht verständliche und einprägsame Darstellung mit den examensrelevanten Fragestellungen im Mittelpunkt – dabei wird (auch optisch) zwischen Grundwissen und Einzelheiten sorgfältig unterschieden. Das bewährte didaktische Konzept (v.a. zahlreiche Beispielfälle) fördert die für den Lernerfolg entscheidende aktive Mitarbeit beim Leser.

Ausführlich inbegriffen sind u.a. aktuelle und gefragte Themen wie

- Objektive Zurechnung (v.a. eigenverantwortliche Selbstgefährdung)
- Vorsatz bei mehraktigem Geschehen (dolus generalis-Fälle)
- „Sozialethische Einschränkungen der Notwehr (Stichworte: Rettungsfolter/Notwehrprovokation)
- Anwendungsbereich des Notwehrexzesses (§ 33 StGB)
- Hypothetische Einwilligung
- Untauglicher Versuch (bei grobem Unverstand/Aberglauben)
- Rücktritt vom Versuch (Ausdehnung durch „korrigierten Rücktrittshorizont“/„Gesamtbetrachtungslehre“)
- Tätige Reue nach formal vollendeter Straftat
- Wahlfeststellung (Verfassungsmäßigkeit).

Für Studenten und Referendare bestens geeignet, aber auch für Wissenschaftler oder Praktiker zur Vertiefung.

Buchanzeige

Walter Frenz

EEG II (Berliner Kommentar)

Anlagen und Verordnungen

Herausgegeben von Prof. Dr. jur. Walter Frenz

2016, XXVI, 941 Seiten, mit Online-Zugang zu energierechtlicher Vorschriftendatenbank, fester Einband, € [D] 128,00
ISBN 978-3-503-15785-3

Berliner Kommentare

erschienen im Erich Schmidt Verlag, Berlin

Wie kaum ein anderes Gesetz ist das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) ständigen Änderungen unterworfen. Mit der Novelle 2014 wurde das EEG grundlegend umgestaltet. Dies macht die Anwendung der komplexen Regeln selbst für Experten zu einer Herausforderung.

Zudem enthält auch das untergesetzliche Regelwerk wichtige Aussagen in Form zahlreicher Anlagen und Verordnungen – mit der EEG-Novelle 2014 ist dieses noch ausführlicher geworden. In ihm werden viele Berechnungen erst näher festgelegt und gesetzliche Bestimmungen des EEG entscheidend konkretisiert und ergänzt.

Der Berliner Kommentar EEG II begleitet Sie fachkundig durch diese komplexe Materie. Experten erläutern Ihnen praxisorientiert die weitverzweigten Regeln. Sofern zum besseren Verständnis erforderlich, werden auch die Vorschriften des EEG 2014 erklärt.

Konsequent für die Praxis konzipiert: Als Käufer des Werkes profitieren Sie auch vom Zugriff auf eine umfangreiche, regelmäßig aktualisierte Datenbank. Diese enthält wichtige energierechtliche Vorschriften der EU, des Bundes und der Länder. Auch frühere Rechtsstände bleiben recherchierbar und können komfortabel mit aktuellen Fassungen verglichen werden. So sehen Sie auf einen Blick, was sich geändert hat.