

Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

Aus dem Inhalt

Dr. Rainer Balloff

Anhörung und Kommunikation mit dem Kind im Familiengericht

Dr. Alexander Splitt

Das Umgangsrecht der leiblichen Eltern mit fremduntergebrachten Kindern

Prof. Stefan Leupertz

Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht

Dr. Holger Fahl

Der Wegfall der Betriebsgefahr bei sicherungsübereigneten Kraftfahrzeugen

Dezember 2017

I. Aufsätze

Dr. Rainer Balloff	Anhörung und Kommunikation mit dem Kind im Familiengericht	441
Dr. Alexander Splitt	Das Umgangsrecht der leiblichen Eltern mit fremduntergebrachten Kindern	448
Prof. Stefan Leupertz	Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht	453
Dr. Holger Fahl	Der Wegfall der Betriebsgefahr bei sicherungsübereigneten Kraftfahrzeugen	455

II. Amtliche Veröffentlichungen

Bek. d. MJEVG v. 10. November 2017 – II 332/2016 – 54 SH –	Geschäftsordnung des Schleswig-Holsteinischen Richterwahlausschusses	456
Bek. d. MJEVG v. 17. November 2017 – II 342/1440 – 2 –	Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Zivilsachen (ZP-Statistik)	457
Bek. d. MJEVG v. 20. November 2017 – II 342/1440 – 6 –	Änderung der Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (VwG-Statistik)	457
Bek. d. MJEVG v. 21. November 2017 II 342/1440 – 9 –	Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in der Arbeitsgerichtsbarkeit (ArbG-Statistik)	458
AV d. MJEVG v. 27. November 2017 312/5653 – 2 – 1 –	Änderung der Durchführungsbestimmungen zum Gerichtsvollzieherkostengesetz (DB-GvKostG)	458
Gem. Runderlass des MJEVG und des MILI v. 27. November 2017 – II 302/4100 – 307 SH– IV 433/1461 –	Inanspruchnahme von Informanten, Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen), Verdeckter Ermittler und nicht offen ermittelnder Polizeibeamter im Rahmen der Strafverfolgung	458

III. Personalmeldungen

460

IV. Ausschreibungen

461

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

LG Itzehoe	28. 7.2017	1 S 5/16	Gewährleistungsausschluss bei Nichtnutzung der Möglichkeit zur Probefahrt eines Kfz	462
SchlHOLG	13. 2.2017	7 U 126/16	Das arbeitsteilige Beladen eines LKW mit Bauschutt kann eine gemeinsame Betriebsstätte i.S.v. § 106 SBG VII darstellen	463
LG Lübeck	28. 7.2017	6 O 67/15	Schadensverteilung bei Kollision mit einfahrendem Fahrzeug auf einem Tankstellengelände	464

Fortsetzung 3. Umschlagseite

Terminankündigung

Terézia Mora

liest aus ihrem Erzählband „Die Liebe unter Aliens“

Zusammen einsam. Verloren und doch hoffend. Das sind Facetten der Menschen, die Terézia Mora in ihrem aktuellen Erzählband beschreibt. Die Deutsch-Ungarin mag die etwas verloren wirkenden, aber nicht aufgebenden Menschen. In zehn Erzählungen beschäftigt sie sich etwa mit einem jungen Paar, dessen Ausflug ans Meer sie wieder zusammenführen soll, dem Nachtportier, der sich heimlich zu seiner Halbschwester hingezogen fühlt, dem japanischen Professor, der sich in eine Göttin verliebt hat oder der vor sich selbst und einer gescheiterten Beziehung fliehenden Unidozentin. Und wie so etwas ausgeht? – Hören Sie es aus diesem subtilen und lebensklugen Buch und aus der Feder einer der wichtigen deutschsprachigen Autorinnen der Gegenwart.

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

Kartenreservierung: telefon. ab 18. Dezember 2017 unter Tel. 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13–15 Uhr), am 25., 26.12. und 1.1. ist keine Reservierung möglich. 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

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Donnerstag, den 4. Januar 2018, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

Jahrgang 1971, wuchs Terézia Mora in einer zur deutschen Minderheit Ungarns gehörenden Familie auf. 1990 ging sie nach Deutschland. Nach dem Studium der Hungarologie und Theaterwissenschaft in Berlin lebt sie dort als Drehbuchautorin und freie Schriftstellerin. Wichtige Werke: „Seltsame Materie“ (1999), „Alle Tage“ (2004), „Der einzige Mann auf dem Kontinent“ (2009), „Das Ungeheuer“ (2013) und aktuell „Die Liebe unter Aliens“ (2016). Terézia Mora wurde vielfach ausgezeichnet, u. a. mit dem Ingeborg-Bachmann-Preis (1999), dem Adelbert-von-Chamisso-Förderpreis (2000), dem „Deutschen Buchpreis“ (2013), dem Bremer Literaturpreis (2017), dem Preis der Literaturhäuser (2017) und dem Solothurner Literaturpreis (2017).

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen

8. Feb. 2018: Lesung mit Georg M. Oswald („Alle, die Du liebst“)

19. März 2018: Lesung mit Uwe Tellkamp

12. April 2018: Lesung mit Hannelore Hoger („Ohne Liebe trauern die Sterne“)

4. Mai 2018: Lesung mit Ijoma Mangold („Das deutsche Krokodil“)

26. Juni 2018: Lesung mit Theresia Enzensberger („Blaupause“)

12. Juli 2017: Lyrik von Sarah Kirsch, gelesen von Michael Grosse

22. Nov. 2018: Neues auf dem Buchmarkt (von und mit Annemarie Stoltenberg)

Anhörung und Kommunikation mit dem Kind im Familiengericht

Dr. Rainer Balloff, Berlin*



Vorbemerkung

Am 14.11.2016 fand eine Fortbildungsveranstaltung mit dem Thema „Die Anhörung von Kindern im familiengerichtlichen Verfahren“ vor ca. 40 Familienrichterinnen und Familienrichtern der 1. und 2. Instanz in Kiel statt.

Die Referenten, Dr. Rainer Balloff, und Dr. Eginhard Walter aus Berlin, erarbeiteten hierzu eine umfangreiche Präsentation, die allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern als Ausdruck zur Verfügung gestellt wurde. Die Seminarunterlagen durften vorab als Datei an alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer versandt werden.

Die Inhalte dieser Präsentationen sowie einige weitergehende Erläuterungen zur Fragen der Beziehungen, Bindungen und dem Willen des Kindes sind im Folgenden in Aufsatzform zusammengefasst worden.

Einleitung

Die persönliche Anhörung des Kindes ist in § 159 FamFG geregelt.¹ Diese zentrale Vorschrift ermöglicht, dass sich das Gericht einen Eindruck bzw. ein eigenes Bild vom Kind verschaffen kann. Gleichzeitig hat das Kind die Möglichkeit, seinen Willen zu äußern.

* Dr. Rainer Balloff studierte Rechtswissenschaft und Psychologie an der Freien Universität Berlin. Dort war er bis zu seiner Pensionierung im Jahr 2009 wissenschaftlicher Mitarbeiter und Leiter des Arbeitsbereichs Forensische Psychologie und Familienrechtspsychologie. Seit 1995 ist er Geschäftsführer des Berliner Gutachteninstituts „Institut Gericht & Familie Service GbR“ und Geschäftsführer der „Weiterbildungsakademie für Rechtspsychologie, Kindschafts- und Familienrecht“.

Nach mehr als zwanzigjähriger Zusammenarbeit in der rechtspsychologischen Zeitschrift „Praxis der Rechtspsychologie“ (Deutscher Psychologenverlag) und der juristischen Fachzeitschrift Familie, Partnerschaft und Recht (Beck), gibt er seit 2015 als Herausgeber und Redakteur mit einem sechsköpfigen Redaktionsteam die interdisziplinäre Fachzeitschrift Rechtspsychologie (Nomos) heraus.

¹ § 159 FamFG

(1) Das Gericht hat das Kind persönlich anzuhören, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat. Betrifft das Verfahren ausschließlich das Vermögen des Kindes, kann von einer persönlichen Anhörung abgesehen werden, wenn eine solche nach der Art der Angelegenheit nicht angezeigt ist.

(2) Hat das Kind das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, ist es persönlich anzuhören, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn eine persönliche Anhörung aus sonstigen Gründen angezeigt ist.

(3) Von einer persönlichen Anhörung nach Absatz 1 oder Absatz 2 darf das Gericht aus schwerwiegenden Gründen absehen. Unterbleibt eine Anhörung allein wegen Gefahr im Verzug, ist sie unverzüglich nachzuholen.

(4) Das Kind soll über den Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in einer geeigneten und seinem Alter entsprechenden Weise informiert werden, soweit nicht Nachteile für seine Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit zu befürchten sind. Ihm ist Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Hat das Gericht dem Kind nach § 158 einen Verfahrensbeistand bestellt, soll die persönliche Anhörung in dessen Anwesenheit stattfinden. Im Übrigen steht die Gestaltung der persönlichen Anhörung im Ermessen des Gerichts.

Anm.: Die Vorschrift entspricht der alten Rechtslage im FGG (§ 50b Abs. 2 S. 3 Hs. 1 und Hs. 2 FGG a. F.).

Die Anhörung des Kindes wird dabei mit zunehmendem Alter aus psychologischer und rechtlicher Sicht immer wichtiger. Kinder ab acht bis zehn Jahren (Festigung eines sicheren Zeitempfindens z.B.) haben eine weitaus eindeutigeren und differenziertere Weltsicht als Kinder unter dieser Altersgruppe. Wenn das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat, ist es nicht nur verfahrensfähig § 9 Abs.1 Nr. 3 FamFG, sondern regelmäßig auch anhörungsberechtigt, was in die Pflicht des Familiengerichts einmündet, das Kind grundsätzlich stets anzuhören.

Ein Kind unter 14 Jahren ist auch dann anzuhören, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn eine persönliche Anhörung aus sonstigen Gründen angezeigt ist.

Diese Anhörungspflicht besteht, wenn das Kind angesichts seines bio-psycho-sozialen Entwicklungsstandes (von Juristen oft auch als persönliche Reife bezeichnet) tatsächlich in der Lage ist, grundlegende Vorgänge im Zusammenhang mit der zu treffenden Entscheidung zu verstehen.

Gesetzliche Ausnahmen sind nur dann vorgesehen, wenn das Verfahren ausschließlich das Vermögen des Kindes betrifft, § 159 Abs. 1 FamFG oder schwerwiegende Gründe (Abs. 3 Satz 1) dagegen sprechen oder bei Gefahr im Verzug (Abs. 3 Satz 2).

Ein schwerwiegender Grund ist immer dann anzunehmen, wenn triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe vorliegen und beispielsweise durch die Anhörung eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes des Kindes zu befürchten ist.

Ist eine Anhörung wegen Gefahr im Verzug unterblieben, muss sie unverzüglich nachgeholt werden, § 159 Abs. 3 Satz 2 FamFG.

Dies ist z.B. dann relevant, wenn zum Schutz des Kindes gebotene Entscheidungen im Wege der einstweiligen Anordnung erlassen werden müssen, etwa weil ein Elternteil eine dringend durchzuführende ärztliche Behandlung verweigert oder weil die Gefahr besteht, dass das Kind ins Ausland verbracht wird (Musielak & Borth 2015, § 159, Rdnr. 5).

Die Anhörung des Kindes sollte grundsätzlich in Abwesenheit der Eltern stattfinden, denn nur dann ist weitaus eher gewährleistet, dass sich das Kind unbefangener äußern kann.

Da das Kind in seinen Rechten und seiner Subjektstellung nicht nur bei einer Trennung und/oder Scheidung der Eltern oder der Eltern/Stiefeltern betroffen ist, sollte aus psychologischer Sicht von einer Verfahrenspflicht des Familiengerichts zur Kindesanhörung auch bei Einvernehmen der Eltern ausgegangen werden, zumindest dann, wenn das Kind nach Alter

und Entwicklungsstand in der Lage ist, eine eigene Vorstellungswelt zu haben und sich eine eigene Meinung zu bilden. Diese Frage war anlässlich der Weiterbildung in Kiel besonders stark umstritten mit Bezug auf das von den Eltern einvernehmlich vorgeschlagene paritätische Wechselmodell.

In seiner Entscheidung vom 1. Februar 2017 hat nunmehr der BGH (XII ZB 601/15 = NZFam 2017, 206–211, 206) festgelegt, dass das Familiengericht auch beim Wechselmodell, das auf der Grundlage einer Umgangsregelung möglich ist, zu einer umfassenden Aufklärung verpflichtet ist und diese erfordert grundsätzlich auch die persönliche Anhörung des Kindes.

Besonderheiten der Anhörung des Kindes bei einer Kindeswohlgefährdung und/oder einem strafrechtlich relevanten Hintergrund (z.B. §§ 176, 225 StGB)

In Fällen des Verdachts einer Misshandlung von Schutzbedingten (Kindesmisshandlung) oder eines sexuellen Missbrauchs sollte der Familienrichter von sich aus nicht mit dem Kind über die berichtete Verdachtsbildung kommunizieren, erst recht nicht, wenn bereits ein Strafverfahren anhängig ist und eine aussagepsychologische Glaubhaftigkeitsuntersuchung geplant oder durchgeführt wurde.

Nur wenn das Kind von sich aus das Gespräch zu diesen belastenden Themen sucht und etwas mitteilen möchte, sollte der Ansprechpartner in seiner Rolle als Familienrichter unter Beachtung der für diese Fallkonstellationen eigens entwickelten Fragetechniken sein, also geeignete (suggestionsarme) Fragen stellen (Balloff & Koritz, 2016, 281 f.).

Auch der Familienrichter sollte hierbei immer bedenken, dass Mehrfachbefragungen suggestive Kräfte im Kind entfalten, die die Aussage des Kindes verfälschen können, so dass dann die Aussage u. U. nicht mehr nach den üblichen aussagepsychologischen Grundannahmen überprüft werden kann.

Die Kommunikation und Gesprächsführung mit dem Kind in Fällen eines Verdachts der Kindesmisshandlung bzw. des sexuellen Kindesmissbrauchs unterscheiden sich in der Art und Weise sowie in der Struktur und Durchführung erheblich von einer Kommunikation ohne diese belastenden und strafrechtlich relevanten Hintergründe. Oberstes Ziel in der Zusammenarbeit mit dem Kind mit strafrechtlich relevantem Hintergrund muss sein, Suggestionen des Kindes zu vermeiden (Balloff & Koritz, 2016, 282).

Im familiengerichtlichen Verfahren werden zu dem das Kind befragenden Personenkreis u. U. Mitarbeiter im Jugendamt, der Richter im Familiengericht, der Sachverständige oder der Verfahrensbeistand gehören, beispielsweise aber nicht die Rechtsanwälte in ihren Rollen als Parteivertreter der Eltern, Pflegeeltern oder Erzieher in Kinderheimen. In diesen Fällen ist dringend eine koordinierte Kooperation aller Professionellen anzuraten, um Mehrfachbefragungen des Kindes zu vermeiden.

Wenn also im Familiengericht eine entspannte Gesprächsatmosphäre hergestellt ist, sollte das Kind zunächst zu einem freien Bericht (Rapport) aufgefordert werden, dem eine strukturierte Befragung folgt.

Oft reicht ein Rapport des Kindes aus, um das Familiengericht zu veranlassen, eine aussagepsychologische Glaubhaftigkeitsuntersuchung in Bezug auf eine eigens hierfür (nachweislich) qualifizierte Fachkraft in Auftrag zu geben.

Entscheidend für diesen Kommunikationsverlauf sind die speziellen aussagepsychologischen Frageformen, die von der Rechtspsychologie (Steller, 2008, 300–310; Volbert, 2014, 408–421; Volbert & Steller, 2014, 391–407) seit Jahrzehnten in geeignete, bedingt geeignete und ungeeignete Frageformen unterteilt werden:

1. Geeignete Frageformen

- Offene Frage
- Leerfrage
- Anstoßfrage
- Wahlfrage
- Konträrfrage

Grundsätzlich sollte der Kommunikationsverlauf durch offene Fragen gekennzeichnet sein, also Fragen, die eine Beantwortung durch „ja“ oder „nein“ nicht zulassen.

Als Frageform ohne Suggestionsproblematik ist zunächst die *Leerfrage* zu favorisieren, die durch die Fragewörter „wer, wo, was, wie, womit“ konkretisiert werden kann: „Was geschah dann?“ Oder: „Wie geschah es?“

Wahlfragen eignen sich immer dann, wenn Lücken aus dem freien Bericht durch Nachfragen ergänzt und aufgefüllt werden sollen. Bedeutsam ist, dass dem Zeugen nur die Antwortmöglichkeiten vorgegeben werden, die nach Lage der Akte oder früherer Befragungsinhalte die zu erwartende Antwortalternative nicht enthält. Bei diesem Fragetypus werden also dem Zeugen mindestens drei Antwortmöglichkeiten zur Auswahl gegeben, wobei die Frage mit einer offen formulierten Möglichkeit endet: „Hat sich das von dir Berichtete im Wohnzimmer, im Schlafzimmer oder Kinderzimmer abgespielt oder wo war das?“ „Hast du dabei gestanden, gegessen, gelegen, oder wie war das?“

Konträrfragen können immer dann gestellt werden, wenn Wahlfragen ohne Erfolg geblieben sind. Dabei wird dem Zeugen durch die Frageformulierung das Gegenteil des nach Aktenlage oder einer anderen Informationsquelle zu erwartenden Aussageteils als denkbare Antwortalternative angeboten. Beispiel: Aus einer Informationsquelle ist bekannt, dass das Kind zuerst einer Nachbarin von dem Vorfall erzählt hat. Hier könnte die Frage, als Konträrfrage formuliert, lauten: „Hast du von dieser Angelegenheit zuerst deinem Freund erzählt oder wem?“

2. Bedingt geeignete Frageform

- Stichwortfrage

Stichwortfragen sind Fragen, mit Hilfe derer anlässlich einer kurzen inhaltlichen Vorgabe Erinnerungsprozesse angeregt werden. Entscheidend ist allerdings, dass sich der Inhalt derartiger Stichwortfragen nur auf solche Aussageaspekte bezieht, die vom kindlichen Zeugen selbst bereits zu einem früheren Zeitpunkt dargelegt worden sind. Dabei kann gerade diese, allerdings nicht suggestionsfreie Frageform einen Beitrag leisten, dass Zeugen nachträgliche Ergänzungen und Präzisierungen vornehmen und unter Umständen in ihrer Aussage, also bezüglich des Antwortinhalts, weit über den Vorhalt der Frage hinausgehen (sog. Überhangantworten).

3. Ungeeignete Frageformen

- Erwartungsfrage
- Voraussetzungsfrage
- Vorhaltfrage
- Wiederholungsfrage

Ungeeignet sind alle Suggestivfragen im engeren Sinne, also Fragen, die bis dahin vom Zeugen noch nicht angesprochene Inhalte enthalten und dabei in einer Art und Weise vorgetragen werden, als handle es sich bei dem Vorgehaltenen um einen unbestrittenen und eindeutigen Sachverhalt.

Dabei sind sich *Erwartungsfragen*, *Voraussetzungsfragen*, *Vorhaltfragen* und *Wiederholungsfragen* in ihren negativen suggestiven Auswirkungen sehr ähnlich. Als besonders suggestionsträchtig gelten allerdings *Erwartungsfragen*, die die Erwartungshaltung des Fragenden deutlich zum Ausdruck bringen: „Du musst dich doch gewehrt haben?“, „Du wirst dir doch überlegt haben, wie du weglaufen könntest?“

Vergleichbar gravierend suggestibel sind *Voraussetzungsfragen*, mit denen der Eindruck im Kind vermittelt wird, als handle es sich bei diesem in der Frage angesprochenen Aspekt um eine feststehende und unbestrittene Tatsache. Beispiel: „Wann bist du zum ersten Mal mit dem Stock auf den blanken Po geschlagen worden?“ Oder: „Hast du ihn auch mal anfassen müssen?“

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass derartige aussagepsychologischen Explorationen keine Glaubhaftigkeitsunter-

suchung ersetzen, dennoch aber durch Tonbandaufzeichnungen zu dokumentieren sind.

Das Gespräch mit dem Kind in anderen Kindschaftssachen ohne Bezug zum Strafrecht

Zwischenmenschliche Kommunikation beinhaltet bekanntermaßen einen Austausch von Mitteilungen zwischen Individuen. Will das Familiengericht mit der Befragung des Kindes ein bestimmtes Ziel erreichen (z. B. die Beziehungen und Bindungen des Kindes, den Willen des Kindes herausarbeiten oder eine Perspektive mit dem Kind entwickeln), muss die Art und Weise der Befragung geplant werden.

Befragungen können grundsätzlich unstrukturiert (freies Interview), halbstrukturiert oder strukturiert durchgeführt werden. Der größte Entfremdungseffekt würde sich vermutlich bei einem strukturierten, also streng gegliederten und standardisierten Interview einstellen, da dem Kind ein vorformulierter und festgelegter Fragebogen vorgelegt werden müsste. Nach Festlegung des Strukturierungsgrades sollte sich das anstehende kommunikative Bemühen zunächst auf die Vorklärung zweier bedeutsamer Grundvoraussetzungen beziehen:

1. Was kann das Kind mitteilen bzw. aussagen (wozu ist das Kind angesichts seiner Entwicklung und Alters kognitiv und emotional in der Lage)?
2. Was will das Kind mitteilen bzw. aussagen (Frage nach der Motivation)?

Ferner sind immer auch folgende interaktiven und kommunikativen Strukturelemente zu beachten:

1. *Wer* (Kommunikator)
2. sagt *was* (Nachricht, Botschaft, Mitteilung, Information etc.)
3. zu *wem* (z. B. Empfänger, Adressat)
4. *womit* (welches Zeichen oder Signal wird gegeben, welche verbalen und nonverbalen Verhaltensweisen werden deutlich)
5. durch *welches Medium* (Modalität der Übermittlung, z. B. Sprache, Fotos, Videos, Berichte, Stellungnahmen, Gutachten etc.)
6. mit *welcher Absicht* bzw. mit welchem Zweck (Intention, Motivation und Ziel)
7. mit welchem Effekt?

Zu einer zwischenmenschlichen Kommunikation gehört somit

- ein Sender (also eine Person, die „sendet“),
- eine Nachricht und
- ein Empfänger (eine Person, die die Nachricht empfängt).

Erschwerend kommt hinzu, dass ein und dieselbe Nachricht meist viele Botschaften enthält. Zugleich nimmt der Empfänger der Nachricht diese oft anders als gewollt wahr und interpretiert sie dementsprechend.

Zwischen Meinen und Sagen des Sprechers (Senders) und Hören und Verstehen des Hörers (Empfängers) entstehen somit immer Verluste und Diskrepanzen.

Um diese üblichen Kommunikationsfehlerquellen einzudämmen, bieten strikte Kommunikationsregeln einen Schutz, um einen effektiven Gesprächsverlauf sicherzustellen.

Auch nonverbale Interaktionsabläufe müssen beachtet und gezielt eingesetzt werden, wie

- Blickkontakt,
- Mimik und Gesichtsausdruck,
- Gestik,
- Körperhaltung,
- Merkmale der Stimme und
- Abstand und Winkel der Gesprächspartner und andere situative Einflüsse.

Um eine angemessene Wertebalance zwischen einer konstruktiven Kommunikations- und Streitkultur zu erreichen, bedarf es einerseits des Bemühens um Verstehen, also

- Zuhörens,
- Ausreden-Lassens,
- Unterschiede-Bejahens,
- Einfühlens,
- Perspektivwechsel-Vornehmens,

andererseits aber durchaus auch des Muts zur Konfrontation nach dem Motto:

- Streiten ist erlaubt,
- Konflikte ansprechen und ausfechten ist möglich,
- Durchsetzungsfähigkeit ist erlaubt,
- absurde Positionen und Sichtweisen dürfen abgelehnt werden.

Der Gesprächsablauf sollte darüber hinaus folgende Strukturregeln beinhalten:

- Alle Fragen, insbesondere an Kinder gerichtet, sollten kurz sein; es sollte in einem Sinnzusammenhang nur eine einzige Frage gestellt werden; erst dann sollte eine andere Frage folgen.
- Fragen sollten nach Wortwahl und Satzbau die Verständnismöglichkeiten des Gesprächspartners erfassen und der Alltagssprache entsprechen.
- Mehrdeutigkeiten sollten vermieden werden.
- Jede Einzelfrage hat sich in den Gesamtkontext des Interviews einzufügen.
- Eine Frage sollte sich nur auf jeweils einen Inhalt beziehen.

Eine falsch verstandene Pseudo-Harmonie sollte ebenso wie ein ironisierendes Verächtlichmachen vermieden werden.

Grundregeln der Kommunikation mit dem Kind oder Jugendlichen

1. Ich-Gebrauch
 - Eigene Gedanken, Vorstellungen und Meinungen ansprechen
 - Wenn erforderlich, möglichst auch eigene Gefühle ansprechen: Kennzeichen dafür ist der sprachliche Gebrauch von „Ich“ – „ich bin der Meinung“; „ich habe festgestellt“; „ich möchte wissen ...“
2. Konkrete Situationen schildern und ansprechen, keine Verallgemeinerungen wählen.
 - Z. B. Worte wie „immer“, „nie“, „niemals“ meiden! Beispielsweise: „Nie bist du aufmerksam!“, „du hörst in unserem Gespräch nie zu“; „Immer willst du Recht haben!“; „Immer kommst du zu spät!“
 - Ansprechen eines konkreten Verhaltens, keine Zuschreibung negativer Eigenschaften, z. B.: „Du bist aber vergesslich!“
3. Gegenwarts- und zukunftsorientiert fragen und argumentieren. Nur in bedeutsamen bzw. unabdingbaren Fällen, also in zurückliegenden gerichtsrelevanten Angelegenheiten, Verhaltensweisen, Motive, Handlungen aus der Vergangenheit erfragen.
4. Gegebenenfalls mitteilen, was in einem selbst vorgeht.

An passender Stelle durchaus eigene Kenntnisse, Gefühle oder auch Bedürfnisse direkt äußern, z. B.:

„Ich habe schon viele Kinder kennen gelernt, die in einer ähnlichen Situation waren. Oft war es möglich, gemeinsam eine Lösung zu finden.“

„Ich kenne viele Kinder, die auch ängstlich und verzweifelt waren. Wenn wir über deine Ängste reden, wirst du bald merken, dass es dir besser geht.“

Professionelle und fachlich fundierte Kommunikationen umfassen ebenso ein Krisen- und Konfliktmanagement, da nicht von vornherein davon ausgegangen werden kann, dass das Kind gern und gesprächsbereit mit dem Familienrichter zusammentrifft. Insbesondere ältere Kinder in der Vorpubertät oder Pubertät legen oft keinen großen Wert auf ein (erneutes) Gespräch mit einer weiteren Person in einem Gerichtsverfahren.

Sie verhalten sich dementsprechend abweisend, manchmal auch feindselig und nicht gesprächsbereit.

Kommt es zu einem Konflikt, hat der Interviewer die Aufgabe, (zunächst für sich blitzschnell) eine Situationsbeschreibung vorzunehmen:

- Was ist (gerade) passiert?
- Welcher „Anspruch“ wurde verletzt? (Z. B. nicht ausreden lassen, dazwischenreden etc.)
- Wie ist mein „Anspruch“ begründet? Wer hat den „Anspruch“ verletzt?
- Welche Person hat tatsächlich etwas mit dem Problem bzw. dem Schaden zu tun?
- Hat sie tatsächlich nicht anders handeln können?
- Hat sie die schädliche Wirkung einsehen und abschätzen können?
- Wollte sie mir wirklich einen Schaden zufügen?
- Hatte mein Gesprächspartner möglicherweise gute Gründe für sein Tun, das ich vielleicht bei näherem Nachdenken doch noch respektieren könnte?
- Was halte ich überhaupt von meinem Gesprächspartner?
- Habe ich z. B. eine vorgefasste Meinung? Unterstelle ich ihm etwas?

Gerät der Interviewer in eine Vorwurfs- oder Mitleidshaltung (das wird ja immer besser; das arme Kind hat schon viel durchgemacht) oder entwickelt er Vorurteile (was bildet sich dieser Rotzlöffel eigentlich ein?), wächst die Gefahr, dass sich der Interviewer

- herablassend und besserwisserisch benimmt,
- bewertet,
- tröstet,
- ironische Bemerkungen macht,
- übertriebene oder unangebrachte Fragen stellt,
- den verständnisvollen „Psychologen“ oder „Kumpel“ spielt,
- etikettiert und stigmatisiert,
- nachforscht und nach Gründen, Motiven, Ursachen sucht,
- ausfragt und „verhört“ und
- vermehrt Warum-Fragen stellt.

Auch ein Gefühle-Ausreden – „bei mir brauchst du keine Angst zu haben“ – ist mehr als problematisch, da gerade im Familienengericht sehr viel passieren kann. Deshalb ist auch die möglicherweise als beschwichtigend getroffene Aussage „hier kann dir nichts passieren“ falsch und blockiert das Gespräch. Das gilt ebenso, sobald die Aussagen des Kindes interpretiert und analysiert werden, wenn nach Deutungen gesucht wird und Deutungen angeboten werden, wenn bewertet, kritisiert und moralisiert wird.

Ungefragt Ratschläge zu erteilen, Lösungen anzusteuern und konkrete Handlungsanweisungen zu geben verärgert den Interviewten, ebenso Rechtfertigungen, Auftrumpfen, Vorwürfe machen, Befehlen und dem anderen keine Wahl zu lassen, ihn zu bedrohen oder unter Druck zu setzen.

Verschlossenheit behindert die Kommunikation ebenso wie vage zu bleiben, Informationen zurückzuhalten, Ablenkungsmanöver einzuleiten, unehrlich und unwahrhaftig zu sein.

Dagegen fördert das sogenannte aktive Zuhören die Kommunikation. Hierzu gehören aufmerksames Zuhören, Blickkontakt herstellen, sich dem Gegenüber zuwenden, ab und zu ein zustimmendes „hm“, Überraschung, Nachdenklichkeit, Verständnis und Interesse auch mimisch und gestisch zeigen, unterstützende Gesten wie Nicken oder kurze Zwischenfragen, Ermutigungen, eine dem Gesprächspartner zugewandte Körperhaltung einnehmen, ausreden lassen und Pausen zulassen.

Ebenso unterstützend wirken sich die Wiedergabe und Konkretisierung des Gehörten (Paraphrasieren) aus, wie beispielsweise eine wörtliche Wiederholung dessen, was das Kind gerade gesagt hat, Umschreiben, Beispiele-Erfragen (dabei aber Fachausdrücke und Modewörter und Zeitgeistwörter vermeiden) und Zusammenfassen (z. B.: „Habe ich das so richtig verstanden?“).

Dabei sollte der Inhalt der Nachfrage keine Werturteile enthalten, sondern allenfalls eine Interpretation oder einen Vor-

schlag. Nicht: „Ich glaube, du möchtest gar nicht zuhören“, sondern: „Würdest du gern eine Pause machen?“ oder „Wollen wir jetzt etwas anderes machen?“

Gerade ein Kind sollte für seine Offenheit und Verständlichkeit gelobt werden. Während des Gesprächs können auch die Gefühle des Interviewten verbalisiert oder die Gedanken angesprochen werden.

Störungen während der Kommunikation haben Vorrang und Ablenkungen werden mitgeteilt. Belastende Gefühle, unangenehme und beklemmende Mitteilungen, die vom Zuhören ablenken, müssen dem Gesprächspartner widergespiegelt werden.

Vorangestellte Überlegungen zum Entwicklungsstand des Kindes

Bevor ein Gespräch mit dem Kind begonnen wird, sollte sich das Gericht ein eigenes Bild vom Entwicklungsstand des Kindes machen.

Ist das Kind beispielsweise in der Lage, Auskunft über seine Beziehungen, Bindungen und seinen Willen zu geben?

Hierzu gehören vier wichtige Entwicklungslinien des Kindes:

- Sprachlicher Bereich:
Welche sprachlichen Kompetenzen kann ich erwarten? Sind sprachliche Einschränkungen bekannt?
- Kognitiver Bereich:
Welchen Reflexionsgrad und welche Konzentrationsfähigkeit kann ich erwarten? Sind kognitive Einschränkungen bekannt?
- Emotionaler Bereich:
Welche emotionale Grundstimmung kann ich erwarten? Sind emotionale Belastungen bekannt?
- Sozialer Bereich:
Welche sozialen Kompetenzen kann ich erwarten? Sind soziale Auffälligkeiten bekannt?

Rahmenbedingungen für das Gespräch mit dem Kind – Ort der Befragung

- neutraler Ort (Gericht, Jugendamt, Kindertagesstätte, Schule etc.)
- nicht beim Hausbesuch, da auch die mittelbare Anwesenheit von Bezugspersonen auf das Aussageerhalten ausstrahlt
- reizarme Umgebung, um Ablenkungen gerade kleiner Kinder zu vermeiden
- störungsfreie Gesprächssituation

Art der Befragung

Trichterförmige Befragung

Die Befragung nach Sachverhalten sollte trichterförmig erfolgen, das heißt sie beginnt mit einem Spontanbericht, geht dann zu offen Fragen und schrittweise zu geschlossenen Fragen über.

- Spontanbericht
- W-Fragen (z.B. was, wie, wie lange, wo, wann) stellen (nach Möglichkeit aber keine *Warum*fragen)
- Auswahl- und Alternativfragen
- direkte Fragen

Die Befragung sollte suggestionsfrei erfolgen. Suggestiv sind Fragen dann, wenn in ihnen ein bestimmter Aussageinhalt vorgegeben wird.

Zwiebelringfragen

Der Kernbereich der Befragung, die Familie und deren Beziehungen untereinander, sollten am besten am Schluss der Befragung stehen.

Zunächst sollten dem Kind Fragen nach Freizeitaktivitäten, Kita, Schule, Bekannte, Freunde gestellt werden, um sich erst

dann den Fragen zu nähern, wer zur Familie gehört, wen das Kind lieb hat, wen es besonders lieb hat, was dafür spräche, dass das Kind beim Vater wohnt, was dagegen spräche; was dafür spricht, dass das Kind bei der Mutter wohnt, was dagegen spräche etc.

Aufzeichnung der Befragung

- Mitschrift, Audio, Video

Zeitdruck vermeiden

- dem Kind Zeit zum Überlegen und Abwägen lassen
- Raum geben und Ausreden lassen, kein ungeduldiges Drängen
- Schweigen sollte ertragen werden
- altersgemäße Sprachführung in Abhängigkeit vom Alter des Kindes

Befindlichkeit des Kindes

In welcher konkreten emotionalen Verfassung könnte das Kind zur Untersuchung kommen?

- Unsicher
- Verlustangst
- Loyalitätskonflikte (Angst vor Entscheidungen; Entscheidungsdruck)
- Wiederversöhnungswünsche

Welches Ziel könnte das Kind verfolgen bzw. welche Motive könnten es leiten?

- Stressreduktion etwa durch:
- Gerechtigkeitsverhalten,
- Heraushalten aus dem Konflikt (Schweigen) oder auch bedingungslose Parteinahme.

Welche Vorinformationen über die Familienangelegenheit und das Gespräch im Familiengericht und dessen Hintergründe hat das Kind von

- wem?
- gibt es Anzeichen für Manipulationen?

Es sollte bereits vor der Anhörung ein Fragenkatalog vorbereitet werden, der die Befragung des Kindes erleichtert. Welcher Sachverhalt soll geklärt werden?

Beispiele:

- Welche Ereignisse waren in letzter Zeit schön?
- Welche Ereignisse waren in letzter Zeit nicht so schön?
- Welche Beziehungen und Bindungen hat das Kind?
- Welche Wunsch- und Willenshaltung hat das Kind?
- Welche Aktivitäten der Eltern gefallen dem Kind?
- Was gefällt dem Kind nicht?

Altersfragen: Alter des Kindes von 3 bis 7 Jahren

Keine abstrakten Frage stellen und Interpretationen abverlangen, die das Kind überfordern, sondern konkrete Gegebenheiten abfragen (z.B. Situationen vorgeben und abfragen)

- Wer soll zu dir kommen, wenn du nicht schlafen kannst?
- Zu wem gehst du, wenn du dir weh getan hast?
- Wer soll zu dir kommen, wenn du Kummer hast und weinst?
- Wer soll zu dir kommen, wenn du krank bist?

Nicht mehr als einen Gedanke pro Frage formulieren (keine Doppelfragen)

Nur einfache, klare und kurze Sätze und einfache Begriffe verwenden

Begriffe, die das Kind verwendet, ggf. hinterfragen, da vom Kind u.U. andere Bedeutungen zugeordnet werden.

Praxisnahe Beispiele (Hilfen) können vor allem bei Kindern im Vorschulalter und jünger sinnvoll sein, sollten aber einen bestimmten Abstraktionsgrad nicht überschreiten, um den Interpretationsspielraum so gering wie möglich zu halten. Es besteht immer die Gefahr der Überinterpretation! Deshalb sollte immer versucht werden, weitere Begründungen vom Kind zu erhalten.

Beispielfragen können zum Gespräch über bestimmte Themen/Situationen, etwa über emotionale Notlagen und damit bindungsrelevante Situationen, anregen.

Beispiele:

- Wer sind deine besten Freunde?
- Was gefällt dir in Kita/Schule? Was gefällt dir nicht?
- Wie heißen deine Freunde? Was macht ihr, wenn ihr zusammen seid?
- Stell dir vor, du hättest drei Wünsche frei, was würdest du dir wünschen?
- Stell dir vor, du sitzt an einer Geburtstagstafel, wer soll neben dir sitzen?
- Du ziehst in eine neue Wohnung/in ein neues Haus – wer soll dort mit dir dort zusammenwohnen?

Alter des Kindes von 7 bis 12

Zu Beginn der Altersstufe von sieben bis zwölf ist das Denken des Kindes noch auf konkret anschauliche Erfahrungen beschränkt und nicht logisch, sondern intuitiv, also durch sich spontan einstellende Eingebungen geprägt. Ein fester Zeitbegriff existiert noch nicht (morgen, heute, gestern, übermorgen z.B.)

- Nun lernt das Kind immer mehr Differenzierungen vorzunehmen. Es kann sich u.U. schon in die Gefühls- und Gedankenwelt des Anderen hineinversetzen (z.B. warum die Mutter oder der Vater traurig ist)
- Klassifikation – Fähigkeit Gruppen entsprechend Aussehen, Größe, Menge zu bilden, wobei eine Gruppe (Kinder) eine andere Gruppe (z.B. Mädchen oder Jungen) einschließen kann
- strukturelle Beziehungen werden erkannt
- Es kommt zu systematischen Kategorisierungen, Grenzen und Fehler im Denken werden zunehmend erkannt und eingestanden.
- Fähigkeit der Reversibilität: gedankliches „Rückwärtsgehen“ entwickelt sich und erhöht die Korrekturfähigkeit.
- Zahl und Mengenbegriff entwickelt sich ebenso wie Konzeptionen von Raum und Zeit.
- Das Kind kann sich nun zunehmend in andere Personen hineinversetzen, deren Perspektive übernehmen und beginnt, deren Verhalten moralisch zu bewerten und eigene Haltungen dazu zu entwickeln (z.B. Parteinahme).

Aufbau und Ziele der Befragung

Warming up

- neutrale Themen ansprechen (Anfahrt, bisheriger Tagesverlauf, Schulalltag, Freunde, Hobbys, Freizeit, Schule, Kinder-tagesstätte etc.)

Information des Kindes

- Rolle und Aufgabe des Familienrichters
- Sinn und Zweck des Interviews
- Verschwiegenheit/Verbleib der Gesprächsinhalte

Exploration zu wichtigen Ereignissen

- Exploration zu Beziehungen, Bindungen, Wünschen, Hoffnungen, Vorstellungen und Willen des Kindes
- Denkbare Lösungsmöglichkeiten, Ausklang und Verabschiedung

Am besten am Schluss der Befragung des Kindes – Fragen nach Beziehungen und Bindungen des Kindes

Beziehungen beinhalten zunächst Interaktionen einer betroffenen Person mit oft vielen anderen Personen, aus denen im Laufe der Zeit Vertrautheit, Anhänglichkeit und Zuneigung sowie den Wunsch nach weiteren Kontakten entstehen können.

Hier können folgende Fragen vorgeschlagen werden:

- Wer gehört zu deiner Familie?
- Wer von denen hat dich lieb?
- Wen hast du lieb?
- Wer sind deine liebsten Menschen auf der Welt?
- Wen hast du am allerliebsten?

Bindungen sind Lebenswurzeln des Kindes, die nur mit regelmäßig betreuende und versorgende Personen entstehen können (also meist die Eltern, aber auch Pflegeeltern, Adoptiveltern, Stiefeltern etc.).

Bindung im psychologischen Sinne – der juristische Bindungsbegriff ist weiter gefasst und eher mit dem Begriff Beziehung gleichzusetzen (vgl. § 1626 Abs. 3 BGB) – ist eines von mehreren Verhaltenssystemen des Menschen. Verhaltenssysteme sind aus der Evolution des Menschen hervorgegangen, für das Überleben einer Spezies wichtig und genetisch angelegt.

„Die Ethologie betrachtet die Neigung, starke emotionale Bindungen zu spezifischen Individuen aufzubauen, als eine grundlegende Komponente der menschlichen Natur, welche im Keim bereits beim Neugeborenen vorhanden ist und die bis zum Erwachsenenalter und hohen Alter bestehen bleibt. Während der Kindheit bestehen Bindungen zu den Eltern oder Elternersatzfiguren, bei denen das Kind Schutz, Trost oder Hilfe sucht. Bei gesunder Entwicklung überdauern diese Bindungen das Jugendalter und reichen bis ins Erwachsenenalter, werden also nicht abgebrochen. Allerdings werden sie durch neue Bindungen (gewöhnlich heterosexueller Natur) ergänzt.“ (Bowlby 1995, S. 20–21)

„Eine weitere wesentliche Komponente der menschlichen Natur ist der Drang, die Umwelt zu erkunden, zu spielen, und an verschiedenen Aktivitäten mit Gleichaltrigen teilzunehmen. Dieses Verhalten ist antithetisch zum Bindungsverhalten. Wenn eine Person gleich welchen Alters sich sicher fühlt, wird sie sich sehr wahrscheinlich erkundend von ihrer Bindungsfigur wegbewegen. Wird sie erschreckt, ängstlich, müde oder fühlt sie sich unwohl, fühlt sie ein starkes Bedürfnis nach Nähe. So sieht das typische Muster von Interaktionen zwischen Kind und Eltern aus, nämlich die Erkundung von einer sicheren Basis aus.“ (Bowlby 1995, S. 21)

Ist das Kind sicher in Bezug auf seine Umgebung und die betreuende Bindungsperson aktiviert sich regelmäßig das Explorationssystem (das Kind ist neugierig und erkundet die Umwelt; besonders gut zu beobachten bei Kleinkindern in der Altersgruppe bis zu zwei Jahren). Aktivierung des Explorationssystems (Erkundungssystems) bei Wohlbefinden, Gefühl der Sicherheit. Das Kind ist unternehmungslustig, sozial neugierig, spielfreudig, exploriert und eignet sich die Umwelt an (Tabelle 1).

Hat das Kind Kummer oder Schmerzen, aktiviert sich das Bindungsverhaltenssystem und das Kind sucht Schutz und Trost bei der betreuenden und verfügbaren Bindungsperson (Tabelle 2).

Tabelle 1

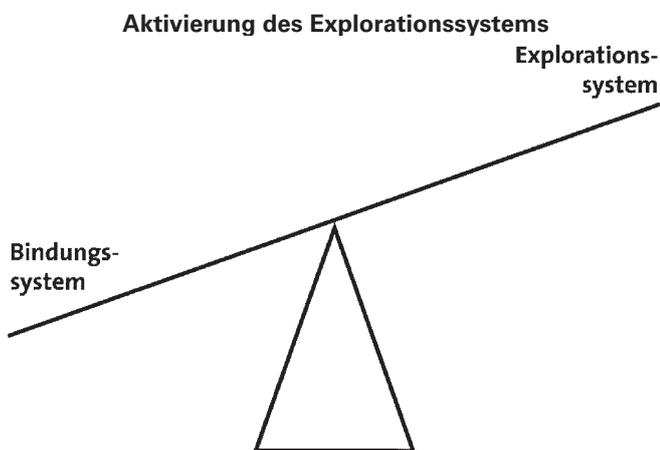
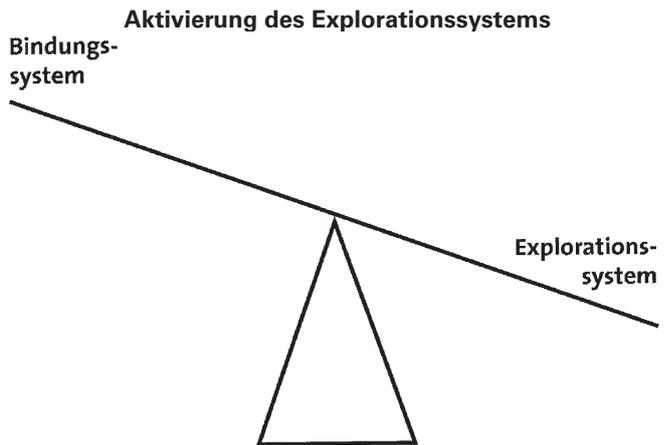
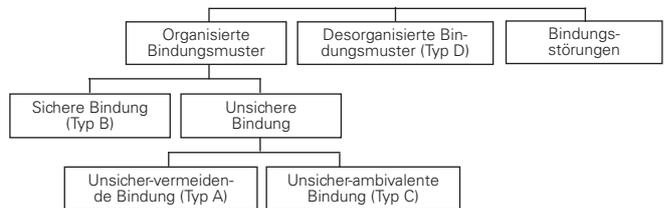


Tabelle 2



Bindungsqualitäten

Tabelle 3



Sichere Bindung

„Das Bindungsmuster, das mit gesunder Entwicklung einhergeht, ist die sichere Bindung, in der ein Kind die Zuversicht besitzt, dass seine Eltern oder Elternfiguren verfügbar, feinfühlig und hilfsbereit sein werden, wenn es in bedrohliche oder ängstigende Situationen kommt. Mit dieser Sicherheit kann es frohen Mutes seine Umwelt erkunden und fühlt sich deren Anforderungen gewachsen. Dieses Muster wird durch Eltern gefördert (...), die verfügbar sind, feinfühlig auf die Signale des Kindes reagieren und liebevoll und bereitwillig auf das Kind eingehen, wenn es Schutz, Trost oder Hilfe sucht.“ (Bowlby 1995, S. 24–25)

Feinfühlig ist eine Bindungsperson, wenn sie die Signale eines Kindes

- wahrnimmt (spricht die Wahrnehmungsfähigkeit an),
- richtig interpretiert (spricht das kognitive Leistungsvermögen an) und
- prompt und
- angemessen reagiert (die beiden letzteren Kategorien sprechen die Bereitschaft und Fähigkeit der Bindungsperson an, schnell und liebevoll auf die Bedürfnislage des Kindes zu reagieren).

Unsicher-ambivalente Bindung

„Ein zweites Muster ist die unsicher-ambivalente Bindung, in der das Individuum unsicher ist, ob seine Eltern verfügbar, responsiv oder hilfsbereit sein werden, wenn es sie braucht. Aufgrund dieser Unsicherheit neigt das Kind zu Trennungsangst, klammert sich oft an und ist ängstlich in der Erkundung seiner Umwelt. Dieses Muster wird durch Eltern hervorgerufen, die in bestimmten Situationen zugänglich und hilfsbereit sind, in anderen aber nicht. Oft drohen sie auch mit dem Verlassen des Kindes, um es gefügig zu machen.“ (Bowlby 1995, S. 25)

Unsicher-vermeidende Bindung

Ein drittes Muster ist die unsicher-vermeidende Bindung, in der Kinder, wenn sie Hilfe suchen, kein Vertrauen auf Unterstützung besitzen, sondern im Gegenteil Zurückweisungen erwarten. Solche Individuen versuchen ein Leben ohne die

Liebe und die Unterstützung anderer zu führen. Diese Muster ist das Ergebnis ständiger Zurückweisung durch die Mutter, wenn sie sich tröst- oder schutzsuchend an sie wandten.“ (Bowlby 1995, S. 25)

Desorganisierte oder desorientierte Bindung

Bei diesem Bindungstyp hat sich die Bezeichnung Desorganisierte Bindung oder D-Bindung etabliert. Der desorganisierte Bindungstyp wurde erst wesentlich später festgestellt. Mary Main, die auch Erwachsene mit dem AAI (*Adult Attachment Interview*) untersuchte, Judith Solomon und T. Berry Brazelton führten die Klassifikation ein.

Es gab immer auch Kinder, deren Verhalten sich nicht eindeutig in eine der drei Hauptreaktionsschemata einordnen ließen. Ainsworth und auch nachfolgende Kollegen stuften solche Kinder meist innerhalb der sicheren Kategorie ein, und einige wenige als vermeidend. Einen großen Anteil dieser Kinder klassifizierte man schließlich als desorganisiert/desorientierten Bindungstyp.

Kinder, deren Verhalten diesem Bindungstyp zugeordnet wird, zeigen äußerst unerwartete, nicht zuzuordnende Verhaltensweisen. Dazu gehören Stereotypen und unvollendete oder unvollständige Bewegungsmuster. Desorganisiert gebundene Kinder (Altersgruppe bis zwei Lebensjahren) erschrecken oft, wenn ihre Eltern den Raum nach kurzer Trennung wieder betreten, und zeigen eine Mischung von Strategien, wie unsicher-vermeidendes und unsicher-widersetzendes Verhalten.

Einige der desorganisiert eingestuften Kleinkinder schreien nach ihren Bindungspersonen nach der Trennung, entfernen sich aber bei der Wiedervereinigung von ihnen. Andere reagieren wie gelähmt mit einem benommenen Gesichtsausdruck für 30 Sekunden, oder drehen sich im Kreis oder lassen sich auf den Boden fallen, wenn sie sich an den jeweiligen Elternteil wenden. Wieder andere desorganisierte Kleinkinder erscheinen ängstlich in der Fremden Situation mit geängstigtem Gesichtsausdruck, hochgezogenen Schultern oder einem Einfrieren aller Bewegungen.

Die Bindungstheorie geht davon aus, dass ein Kind auf jeden Fall eine Bindung zu seiner Bindungsperson aufbauen muss. Die Bindungsverhaltensweisen werden aktiviert, sobald es Schutz und Unterstützung bedarf oder die Bindungsperson nicht in der Nähe ist. Allerdings konnte das Kind keine einheitliche Bindungsstrategie entwickeln, um Schutz und Trost zu bekommen: Wenn die Bindungsperson – der Mensch, der Schutz bieten soll – zugleich Auslöser für das Bindungsverhalten ist und somit selbst die Bedrohung darstellt, gerät das Kind in eine sogenannte Double-Bind-Situation. aus der es für das Kind keinen Ausweg gibt.

Theorie der Bindungsstörung

Neben dem ICD-10 und DSM-5 finden sich Störungen hinsichtlich des Bindungsverhaltens u.a. bei Karl Heinz Brisch (2013), die er auch als Bindungsstörung bezeichnet:

- kein Anzeichen von Bindungsverhalten, oft als Folge vielfältiger Beziehungsabbrüche und Mehrfachplatzierungen (z.B. gemäß §§ 1666, 166a BGB: Unterbringungen im Kinderheim, in der Wohngruppe, Pflegefamilien) in der Phase des Bindungsaufbaus,
- undifferenziertes Bindungsverhalten als Folge vieler Beziehungsabbrüche im ersten Lebensjahr oder als Folge früher emotionaler Vernachlässigung,
- übersteigertes Bindungsverhalten bei Kindern, die der übersteigerten (Verlust)Angst ihrer Bindungsfigur entsprechen müssen,
- gehemmtes Bindungsverhalten bei Kindern, die nach gewalttätigem Erziehungsverhalten und körperlicher Miss-handlung Bindungsbedürfnisse aus Angst kaum noch zeigen,

- aggressives Bindungsverhalten, oft als Folge eines aggressiven Familienklimas, nicht zwangsläufig mit physischer Gewalt und
- Bindungsverhalten mit Rollenkehr, das bei Kindern auftritt, die ihre Bindungsfigur aus unterschiedlichsten Gründen (Krankheit, Trennung, Suiziddrohung, Substanzmittelmissbrauch etc.) als schwach und schützenswert erleben und Verlustangst haben.

Herausarbeiten des Willens eines Kindes

Der Wille des Kindes sollte im Ergebnis durch kindliche Erklärungsmuster begründet sein (ich möchte bei Papa wohnen, weil dort der Kater Urmel wohnt). Darüber hinaus sollte er vier richtungsweisende Qualitäten aufweisen.

- Zielorientierung:

Zielintentionen sind vorhanden. Eine handlungsleitende Ausrichtung auf erstrebte Zustände dominiert, eine Vorstellungen darüber, was sein soll bzw. was nicht sein soll (Verbleib bei Pflegeeltern, Rückkehr zum schlagenden Elternteil). Vorstellungen sind vorhanden, wie etwas erreicht werden kann, d. h. Mittelintention sowie die Bereitschaft, sich entsprechend zu verhalten.

- Intensität:

Das Ziel wird mit Nachdrücklichkeit und Entschiedenheit angestrebt (Herzensanliegen des Kindes). Die Intensität nimmt zu mit der subjektiven Bedeutsamkeit der zugrunde liegenden Strebungen und der Attraktivität der Zielzustände. Sie ist erkennbar am Beharrungsvermögen bei Hindernissen und Widerständen.

- Stabilität:

Willenstendenzen zeigen eine angemessene zeitliche Dauer gegenüber verschiedenen Personen und unter verschiedenen Umständen.

- Autonomie:

Der Wille soll Ausdruck der individuellen, selbst initiierten Strebungen sein und erlebnisgestützt sein. Das schließt nicht aus, dass Fremdeinflüsse an der Formierung des Willens beteiligt waren. Auch der massiv beeinflusste Wille des Kindes ist beachtenswert, und zwar immer dann, wenn dieser Wille sich im Kind als inneres Arbeitsmodell verfestigt hat (zu denken ist hier auch an die PAS-Debatte).

Jedes dieser vier Merkmale ist kontinuierlich ausgeprägt. Das Gewicht des Kindeswillens als Kriterium des Kindeswohls ist umso größer, je stärker dies der Fall ist, vorausgesetzt, dass kein selbstgefährdender Kindeswille vorliegt.

Selbstgefährdender Wille des Kindes

Kinder und Jugendliche können unter bestimmten Bedingungen etwas anstreben, was objektiv nicht zu ihrem Besten ist, u.U. sogar eine Kindeswohlgefährdung beinhalten würde und/oder unter dem Einfluss anderer Personen zum eigenen Ziel wurde.

Dem Kindeswillen zu folgen, könnte dann bedeuten, dass Lebensbedingungen hergestellt werden, die in einem Missverhältnis zur objektiven Bedürfnislage des Kindes stehen. Damit wäre das Kindeswohl gefährdet. Es bestünde ein Schadensrisiko und somit wäre ein Schutzbedarf des Kindes gegeben.

Darum muss das Prinzip gelten: Soviel Akzeptierung des Kindeswillens wie möglich, soviel Schutz wie nötig.

Gefährdungsfolgen, die auftreten, wenn dem kindlichen Willen stattgegeben wird, sind gegenüber jenen abzuwägen, die aus der Nichtbefolgung resultieren, z. B. Resignation, Hilflosigkeit, Labilisierung des Selbstwertgefühls.

Die Selbstbestimmung des Kindes ist nicht nur aus psychologischer Sicht durch dessen Schutzbedarf begrenzt.

Literaturhinweise

- Alt, J. A. (2000). Richtig argumentieren oder wie man in Diskussionen Recht behält. München: Beck.
- Balloff, R. (2015). Kinder vor dem Familiengericht. 2. Auflage. Baden Baden: Nomos.
- Balloff, R. & Koritz, N. (2016). Praxishandbuch für Verfahrensbeistände. Rechtliche und psychologische Schwerpunkte für den Anwalt des Kindes. 2. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer.
- Blanz, M., Florack, A. & Piontkowski, U. (Hrsg.). (2013). Kommunikation. Eine interdisziplinäre Einführung. Stuttgart: Kohlhammer.
- Bowlby, J. (1995). Bindung: Historische Wurzeln, theoretische Konzepte und klinische Relevanz. In: G. Spangler & P. Zimmermann. Die Bindungstheorie. Grundlagen, Forschung und Anwendung. Stuttgart: Klett-Cotta. S. 17–29.
- Brisch, K. H. (2013). Bindungsstörungen. 12. Auflage. Stuttgart: Klett-Cotta.
- Carl, E., Clauß, M. & Karle, M. (2015). Kindesanhörung im Familienrecht. Rechtliche und psychologische Grundlagen sowie praktische Durchführung. München: Beck.
- Cole, K. (1996). Kommunikation klipp und klar. Besser verstehen und verstanden werden. Weinheim: Beltz.
- Dettenborn, H. & Walter, E. (2016). Familienrechtspsychologie. 3. Auflage. München: Reinhardt.
- Krumm, C. (2013). Die wichtigsten Praxisprobleme der persönlichen Kindesanhörung nach § 159 FamFG. Familienrecht und Familienverfahrenrecht, 5, Heft 12, 265–268.
- Musielak, H.-J. & Borth, H. (2015). Familiengerichtliches Verfahren. 1. und 2. Buch. 5. Aufl. München: Vahlen.
- Rosner, S. (1999). Gelingende Kommunikation. München: Hampp.
- Saul, S. (1995). Führen durch Kommunikation: Gespräche mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. 2. Auflage. Weinheim: Beltz.
- Schulz von Thun, F. (1998). Miteinander Reden 1: Störungen und Klärungen. Miteinander reden 2: Stiel, Werte und Persönlichkeitsentwicklung. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.
- Schulz von Thun, F. (1999). Miteinander Reden 3: Das „Innere Team“ und situationsgerechte Kommunikation. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.
- Steller, M. (2008). Glaubhaftigkeitsbegutachtung. In R. Volbert & M. Steller (Hrsg.). Handbuch der Rechtspsychologie (S. 300–310). Göttingen: Hogrefe.
- Undeutsch, U. (1967): Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen. In: U. Undeutsch (Hrsg.). Handbuch der Psychologie. Bd. 11: Forensische Psychologie (S. 26–181). Göttingen: Hogrefe.
- Volbert, R. (2014). Besonderheiten bei der aussagepsychologischen Begutachtung von Kindern. In T. Bliesener, F. Lösel & G. Köhnken (Hrsg.). Lehrbuch der Rechtspsychologie (S. 408–421). Bern: Huber.
- Volbert, R. & Steller, M. (2014). Glaubhaftigkeit. In T. Bliesener, F. Lösel & G. Köhnken (Hrsg.). Lehrbuch der Rechtspsychologie (S. 391–407). Bern: Huber.
- Watzlawick, P., Beavin, J. H. & Jackson, D. D. (1967). Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien. Bern: Huber.
- Themenschwerpunktheft: Kommunikation in familiengerichtlichen Verfahren (2013). Familie, Partnerschaft, Recht, 19. Jg., Heft 11, 457–512.*

Das Umgangsrecht der leiblichen Eltern mit fremduntergebrachten Kindern*

von Dr. Alexander Splitt, Richter am Oberlandesgericht, Schleswig**

I. Einleitung

Bei der Ausgestaltung des Umgangsrechts der leiblichen Eltern mit ihren fremduntergebrachten Kindern handelt es sich um ein hochkomplexes Problem, bei dem die unterschiedlichsten Interessenlagen der Beteiligten zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen.

Hierbei sind – noch stärker als beim Umgangsrecht getrenntlebender Eltern – kinderpsychologische Fragen und die juristische Ausgangslage zu berücksichtigen. Erschwert wird eine angemessene Lösung auch durch die Vielzahl der Beteiligten (Kindeseltern, Kind, Jugendamt, Vormund und die Pflegeeltern) mit ihren unterschiedlichen Interessen. So haben die Kindeseltern (verständlicherweise) in der Regel den Wunsch nach möglichst umfangreichen Umgangskontakten; aus der Sicht der Kindeseltern besteht oft wenig Verständnis für die Gründe der Herausnahme des Kindes. Das Jugendamt und der Vormund bevorzugen nach Wahrnehmung des Verfassers oft niederfrequente Umgangskontakte, um dem Kind das Einleben in der Pflegefamilie zu ermöglichen. Die Pflegeeltern sind häufig durch die stark vorgeschädigten Kinder sehr beansprucht und müssen dann noch zusätzlich die teilweise sehr extremen Reaktionen der Kinder vor und nach den Umgangskontakten auffangen. Die Familiensenate am OLG Schleswig hatten bisher nur wenige streitige Umgangsverfahren betreffend das Umgangsrecht mit fremduntergebrachten Kindern zu entscheiden. Zukünftig ist aber allein aufgrund des starken

Anstiegs¹ der Herausnahme von Kindern aus ihren Familien mit einer Zunahme dieser Verfahren zu rechnen.

II. Psychologische Aspekte

Gerade weil auch bei der Ausgestaltung des Umgangsrechts von fremduntergebrachten Kindern zu seinen leiblichen Eltern das Kindeswohl den Vorrang genießt,² müssen kinderpsychologische Aspekte in besonderer Weise Berücksichtigung finden.³

Der wesentliche Unterschied zwischen fremduntergebrachten Kindern und dem Regelfall des Kindes bei Scheidung und Trennung der Eltern ist die **erhebliche Vorbelastung von Pflegekindern**.⁴

Pflegekinder haben häufig eine unsichere und desorganisierte Bindung zu ihren leiblichen Eltern.⁵ Maßgebend für einen gesunden Bindungsaufbau ist, dass eine Person ausreichend verfügbar ist und ein angemessenes Feingefühlverhalten zeigt, d.h. die Bedürfnisse des Kindes mit ausreichender Kontinuität wahrnimmt, richtig interpretiert, zeitnah und angemessen, also entsprechend dem geäußerten Bedürfnis, befriedigt.⁶ Ausgehend von dem Zweck des Umgangs, Bin-

* Der Aufsatz beruht auf der überarbeiteten Fassung eines am 3.11.2017 in Kiel für die AG Familienrecht im DAV gehaltenen Vortrages.

** Der Autor ist Mitglied des 2. Senats für Familiensachen des Schleswig – Holsteinischen Oberlandesgerichts. Der Beitrag stellt die persönliche Meinung des Autors dar.

¹ Steigerung der Inobhutnahmen von 77.645 im Jahr 2015 auf 84.230 im Jahr 2016; siehe Übersicht in FF 2017, 445, 445f.

² BVerfG FamRZ 2010, 1622 Rn. 21.

³ Heilmann, ZKJ 2014, 48 ff.; Walter, FPR 2004, 415 ff.

⁴ Heilmann, ZKJ 2014, 48 ff.; Salgo, FPR 2004, 419, 421; Walter, FPR 2004, 415, 416; Hopp, FPR 2007, 279 ff.

⁵ Salgo, FPR 2004, 419, 421; Walter, FPR 2004, 415, 416, 417.

⁶ Walter, FPR 2004, 415, 416.

dungen des Kindes zu seinen leiblichen Eltern aufrechtzuerhalten, verliert dieser allerdings seinen Zweck, wenn er eine Situation aufrecht erhält, in der Zuwendungs- und Schutzbedürfnisse eines Kindes immer wieder enttäuscht oder missachtet werden.⁷ Insbesondere wenn das Kind starke Bindungsstörungen aufweist (in der Praxis relativ häufig), muss dieser Umstand bei der Ausgestaltung der Umgangskontakte berücksichtigt werden.⁸

Weiterhin weisen Pflegekinder regelmäßig eine **stärkere Verletzlichkeit auf**.⁹ Der Grund hierfür liegt unter anderem darin, dass diese Kinder keine ausreichenden Resilienzfaktoren besitzen.¹⁰ Denn der Aufbau einer solchen Resilienz gelingt in der Regel nur dann, wenn die kindliche Entwicklung unter Bedingungen verläuft, die außergewöhnliche und anhaltende Belastungen sowie Überforderungen eines Kindes nicht auftreten lassen.¹¹ Dies ist bei Kindern, die aufgrund einer Kindeswohlgefährdung gemäß §§ 1666, 1666a BGB von ihrer Herkunftsfamilie getrennt wurden, gerade nicht der Fall.¹² Bei einem Teil der Kinder muss sogar von einer Traumatisierung ausgegangen werden.¹³ Gerade bei diesen traumatisierten Kindern stellt der Umgang mit den leiblichen Eltern ein besonderes Risiko (Gefahr der Retraumatisierung) dar.¹⁴

Der Umgang des Kindes mit den leiblichen Eltern kann während der Integrationsphase in die Pflegefamilie und bei offener Rückkehroption **für das Kind hochbelastend sein**.¹⁵ Insbesondere kann das Grundbedürfnis des Kindes nach Sicherheit und Stetigkeit seiner Lebensverhältnisse durch etwaige Loyalitätskonflikte¹⁶, emotionale Belastungen und Schwierigkeiten bei der Integration in Folge der Umgangskontakte beeinträchtigt sein.¹⁷ Problematisch ist in diesem Zusammenhang auch eine offene, insbesondere gegenüber dem Kind gezeigte Ablehnung der Fremdunterbringung.¹⁸ Dies kann die Gefahr von psychischen und psychosomatischen Erkrankungen des Kindes aufgrund von Trennungsängsten und den dadurch verursachten Verunsicherungen hervorrufen.¹⁹

Unmittelbare Folge können Ess- und Schlafstörungen, nächtliche Angstanfälle, Bettnässen sowie Anfälligkeit für Allgemeinerkrankungen sein.²⁰ Langfristig besteht die Gefahr von Spätschäden, wie allgemeine Verunsicherung und mangelndes Selbstwertgefühl. Auch sind Entwicklungsverzögerungen und sonstige Entwicklungsstörungen zu befürchten.²¹

Auf der anderen Seite muss bedacht werden, dass ohne den Umgang mit seinen Herkunftseltern die Bindungen des fremduntergebrachten Kindes verloren gehen und die Wahrscheinlichkeit einer Zusammenführung sinken kann.²² Berücksichtigt werden müssen insbesondere die Besonderheiten des kindlichen Zeitempfindens. Die Bindung an Bezugspersonen geht bei Säuglingen und Kleinkindern – bezogen auf die Zeitvorstellungen von Erwachsenen – schneller verloren.²³ Aus psychologischer Sicht führt dies dazu, dass mit zunehmender Zeitdauer die Chancen einer Rückführung aus einer Pflegefamilie in die Herkunftsfamilie immer gerin-

ger werden, da ansonsten durch einen erneuten Bindungsabbruch eine Kindeswohlgefährdung droht.²⁴

Entscheidende Bedeutung für die Ausgestaltung der Umgangsregelung hat die Frage der Rückkehroption.²⁵ Nach § 37 Abs. 1 SGB VIII ist es nach einer Fremdunterbringung Aufgabe der Jugendhilfe, die Erziehungsbedingungen in der Herkunftsfamilie innerhalb eines im Hinblick auf die Entwicklung des Kindes vertretbaren Zeitraums durch Beratung und Unterstützung soweit zu verbessern, dass sie das Kind wieder selbst erziehen kann. **Auch verfassungsrechtlich ist es geboten, gerade durch die Ausgestaltung der Umgangskontakte die Rückkehroption für das Kind offen zu halten.**²⁶ In der Praxis kommt es häufiger zu einem dauerhaften Verbleib in der Pflegefamilie als zur Rückführung in die Herkunftsfamilie.²⁷ Es dürfte weitestgehend Konsens bestehen, dass bei einer realistischen Rückkehroption auch aus psychologischen Gründen intensivere Umgangskontakte geboten sind und bei einer nicht bestehenden Rückkehroption die Umgangskontakte weniger umfangreich ausfallen sollten.²⁸ Deshalb besteht ein dringendes Bedürfnis, möglichst schnell das Bestehen einer realistischen Rückkehroption zu klären.²⁹ Denn starke Konflikte bei der Umgangsregelung für Pflegekinder treten insbesondere auf, wenn die langfristigen Perspektiven ungeklärt, immer wieder in Frage gestellt oder in der Schwebe sind.³⁰ Die aus dem besonderen Bedürfnis des Pflegekindes nach Kontinuität, Stabilität und Zuverlässigkeit seiner Lebensverhältnisse resultierenden gesetzgeberischen Initiativen Pflegeverhältnisse auch rechtlich stabiler zu gestalten³¹, sind in der letzten Legislaturperiode allerdings gescheitert.³²

III. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Umgangsregelung

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine Umgangsregelung mit fremduntergebrachten Kindern

Für die Ausgestaltung und insbesondere eine Einschränkung des Umgangs der leiblichen Eltern mit ihren fremduntergebrachten Kindern gibt es strenge verfassungsrechtliche Vorgaben. Insbesondere steht das durch § 1684 BGB gewährt Umgangsrecht grundsätzlich unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 2 GG.³³ Beim Ausschluss bzw. der Beschränkung des Umgangs der Eltern mit ihrem in einer Pflegefamilie untergebrachten Kind sind – im Unterschied zu dem Umgangsrecht bei getrennt lebenden Eltern – die Wertungen des Art. 6 Abs. 3 GG mit einzubeziehen, da diese Maßnahmen zu einer Verfestigung des Pflegeverhältnisses und zu einer Erschwerung der Rückkehr des Kindes zu seinen leiblichen Eltern beitragen.³⁴ Dies steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.³⁵

Das BVerfG stellt ausdrücklich klar, dass die Rechtfertigung einer Einschränkung oder eines Ausschlusses des elterlichen Umgangsrechts im Falle eines in einer Pflegefamilie untergebrachten Kindes voraussetzt, dass der Schutz des Kindes dies nach den konkreten Umständen des Einzelfalls erfordert, um eine konkrete Gefährdung seiner seelischen oder körperlichen Entwicklung abzuwehren.³⁶ Das BVerfG nimmt damit ausdrücklich Bezug auf die Vorschrift des § 1684 Abs. 4 Satz 2 BGB, welche

⁷ Walter, FPR 2004, 415, 417.

⁸ Walter, FPR 2004, 415, 417.

⁹ Walter, FPR 2004, 415, 416.

¹⁰ Walter, FPR 2004, 415, 416.

¹¹ Walter, FPR 2004, 415, 416.

¹² Walter, FPR 2004, 415, 416.

¹³ Heilmann, ZKJ 2014, 48; Walter, FPR 2004, 415, 416.

¹⁴ Salgo, FPR 2004, 419, 423; Walter FPR 2004, 415, 416; Heilmann, ZKJ 2014, 48; Hopp, FPR 2007, 279, 282.

¹⁵ Heilmann, ZKJ 2014, 48 ff.; Hopp, FPR 2007, 279, 282.

¹⁶ Walter, FPR 2004, 415, 418.

¹⁷ Küfner, in: Kindler et al. (Hrsg.), Handbuch Pflegekinderhilfe, München, 2010, S. 576; Westermann, in: Stiftung zum Wohl des Pflegekindes (Hrsg.), 3. Jahrbuch des Pflegekinderwesens, Idstein, 2005, S. 153 ff.

¹⁸ Vgl. Walter, FPR 2004, 415, 418.

¹⁹ Heilmann, ZKJ 2014, 48 ff.

²⁰ Hassenstein/Hassenstein, in: Stiftung zum Wohl des Pflegekindes (Hrsg.), 3. Jahrbuch des Pflegekinderwesens, Idstein, 2005, S. 66; Schorn, aaO, S. 73 mwN.

²¹ Heilmann, Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht, S. 30 ff. mwN; vgl. OLG Koblenz FamRZ 2017, 301, 303.

²² Heilmann, ZKJ 2014, 48 ff.; vgl. Walter, FPR 2004, 415, 416.

²³ Heilmann, Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht, S. 18 ff. mwN.

²⁴ Balloff, FPR 2004, 431, 436; Walter, FPR 2004, 415, 418.

²⁵ Vogel, FF 2017, 434, 439; Walter, FPR 2004, 415, 418.

²⁶ BVerfG FamRZ 2014, 1266; BVerfG FamRZ 2013, 361.

²⁷ Salgo, FPR 2004, 419, 422: 60 % der Pflegekinder bleiben in der Pflegefamilie; Hopp, FPR 2007, 279, 281; Walter, FPR 2004, 415, 418: 39 % aller Pflegekinder kehren in familiäre Verhältnisse zurück.

²⁸ Walter, FPR 2004, 415, 418; vgl. Hopp, FPR 2007, 290, 281; Heilmann, ZKJ 2014, 48 ff.

²⁹ Vgl. Salgo, FPR 2004, 419, 425; Heilmann, ZKJ 2014, 48 ff.

³⁰ Salgo, FamRZ 2013, 343.

³¹ Veit/Heilmann/Salgo, Reformbedarf im Pflegekinderwesen, FamRZ 2014, 891 ff.

³² BT-Drucksache 18/12330; BT-Drucksache 18/12946.

³³ BVerfG FamRZ 2013, 361 Rn. 19.

³⁴ BVerfG FamRZ 2013, 361 Rn. 21 ff.

³⁵ EGMR FamRZ 2004, 1456, 1458.

³⁶ BVerfG FamRZ 2013, 361 Rn. 25.

hinreichend Raum für die Berücksichtigung der verfassungs- und menschenrechtlichen Anforderungen an den Ausschluss des elterlichen Umgangsrechts im Falle der Inpflegenahme des Kindes lässt.³⁷ Klargestellt wird auch, dass es nicht darauf ankommt, was dem Wohl des Kindes **am besten** entspricht.³⁸

Aus diesen strengen verfassungsrechtlichen Maßstäben resultieren hohe Anforderungen an die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens und die Begründung einer gerichtlichen Entscheidung. Insbesondere bedarf es einer kindeswohlorientierten Einzelfallprüfung, die sich in der Begründung des Familiengerichts niederschlagen muss.³⁹ Ein Rückgriff auf eine allgemeine „Spruchpraxis“ oder mehr oder minder pauschaler Feststellungen („die Integration des Kindes in die Pflegefamilie darf nicht gestört werden“) ist nicht ausreichend.⁴⁰ Das Familiengericht ist gehalten, sich eine zuverlässige Entscheidungsgrundlage zu verschaffen.⁴¹ Hierzu wird es in der Regel erforderlich sein, einen Verfahrensbeistand zu bestellen (vgl. § 158 Abs. 2 Nr. 5 FamFG), das Kind persönlich anzuhören (§ 159 FamFG) und auch die Pflegeeltern persönlich anzuhören (§ 161 Abs. 2 FamFG).⁴² Je nach Einzelfall sollten die Pflegeeltern auch als Beteiligte gemäß § 161 Abs. 1 FamFG hinzugezogen werden.

Auch die Einholung eines familienpsychologischen Sachverständigengutachtens dürfte häufig geboten sein.⁴³ Auf der anderen Seite ist wegen der Gefahr der schnellen Entfremdung dem Beschleunigungsgebot in § 155 FamFG besondere Bedeutung zuzumessen. In geeigneten Fällen sollte der beteiligte Anwalt prüfen, ob bei einer zögerlichen Behandlung Beschleunigungsrüge (§ 155 b FamFG) bzw. Beschleunigungsbeschwerde (§ 155 c FamFG) eingelegt wird.

Bei der Formulierung der Umgangsregelung, sei es in einem gerichtlich gebilligten Vergleich oder in einer gerichtlichen Entscheidung, ist darauf zu achten, dass der Umgang mit Tag, Uhrzeit, Ort, Häufigkeit, Abholung und gegebenenfalls weiteren konkreten Modalitäten präzise vollstreckungsfähig geregelt wird.⁴⁴ Soweit ein begleiteter Umgang in Betracht kommt, ist zu berücksichtigen, dass mitwirkungsbereite Dritte – insbesondere das Jugendamt – vom Familiengericht nicht gezwungen werden können, die Umgangskontakte zu begleiten.⁴⁵ Dies stellt in der Praxis ein großes Problem bei der Organisation der Umgangskontakte dar. Lässt sich mit dem Jugendamt insoweit kein Einvernehmen herstellen, ist das Familiengericht vor einer Entscheidung gehalten, gemäß § 21 FamFG das Umgangsverfahren auszusetzen, um den Kindeseltern die Gelegenheit zu geben, ihren Mitwirkungsanspruch gegen den Träger der Jugendhilfe nach § 18 SGB VIII im Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht geltend zu machen.⁴⁶

Der BGH hält es für möglich, gegen einen Amtsvormund beim Unterlassen der notwendigen Mitwirkungshandlungen zur Durchführung der Umgangskontakte Ordnungsgeld zu verhängen.⁴⁷ Den Pflegeeltern selbst wird nach überwiegender Rechtsprechung kein Beschwerderecht gegen eine Umgangsregelung betreffend die leiblichen Eltern und das Pflegekind eingeräumt.⁴⁸

2. Einfachgesetzliche Vorgaben für die Umgangsregelung mit den leiblichen Eltern

Die einfachgesetzlichen Vorgaben lassen sich aus § 1684 BGB entnehmen. **Trotz der deutlich unterschiedlichen tatsächlichen Ausgangslage gelten die Regelungen in § 1684 BGB auch für das Umgangsrecht bei Pflegekindern.**⁴⁹ Allerdings hatte der Gesetzgeber bei der Regelung des § 1684 BGB wohl hauptsächlich das Umgangsrecht von Kindern getrennt lebender Eltern im Blick.⁵⁰ Kritisch wird in diesem Zusammenhang insbesondere die Vermutung des § 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB, nach der zum Wohl des Kindes in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen gehört, gesehen. Hierbei wird insbesondere darauf verwiesen, dass es für dieses gesetzliche Leitbild – jedenfalls in dieser undifferenzierten Form – wohl keine psychologische Begründung gibt.⁵¹

Vielmehr spricht einiges dafür, dass Umgang bei einem anhaltend hohen elterlichen Konfliktniveau für viele Kinder eher zu einer Belastung wird, während sie bei geringem Konfliktniveau vom Umgang profitieren.⁵² Jedenfalls ergibt sich allein aus dem Umstand, dass den Kindeseltern wegen einer Kindeswohlgefährdung gemäß §§ 1666, 1666a BGB das Sorgerecht ganz oder teilweise entzogen wurde, keine juristische Begründung für eine Umgangseinschränkung gemäß § 1684 Abs. 4 BGB.⁵³

Das Umgangsbestimmungsrecht – also das Recht zu bestimmen, mit wem und in welcher Form Umgang stattfindet – steht grundsätzlich dem Inhaber des Personensorgerechts (§ 1626 Abs. 1 BGB) zu.⁵⁴ Wenn den Kindeseltern bei einer Entscheidung nach §§ 1666, 1666a BGB – wie häufig – lediglich das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen wurde, verbleibt diese Befugnis bei den Kindeseltern.⁵⁵ Den Pflegepersonen steht grundsätzlich keine Befugnis zur Umgangsregelung zu.⁵⁶ Wenn zwischen dem Ergänzungspfleger als Inhaber des Umgangsbestimmungsrechts und den leiblichen Eltern keine Einigung über die Ausübung des Umgangsrechts gefunden wird, bedarf es einer – ggfs. amtswegigen – Einleitung eines Umgangsverfahrens.⁵⁷ Eine Befugnis des Jugendamtes zur Regelung des Umgangs ergibt sich nicht aus § 42 SGB VIII.⁵⁸

Entscheidend für die juristisch korrekte Erfassung der Problematik ist die Abgrenzung zwischen der allgemeinen Regelungsbefugnis des Familiengerichts nach § 1684 Abs. 3 Satz 1 BGB, der vorübergehenden Einschränkung des Umgangsrechts nach § 1684 Abs. 4 Satz 1 BGB und der Einschränkung des Umgangsrechts für längere Zeit oder auf Dauer gemäß § 1684 Abs. 4 Satz 2 BGB.⁵⁹ Dieser Abgrenzung wird nach Wahrnehmung des Verfassers bisher weder in den Überlegungen auf Seiten der Vormünder/Ergänzungspfleger, des Jugendamts noch in der familiengerichtlichen Praxis ausreichend Bedeutung zugemessen. Dies ist deshalb problematisch, weil sich die Eingriffsvoraussetzungen massiv unterscheiden.

Soweit lediglich die **allgemeine Regelungsbefugnis (§ 1684 Abs. 3 Satz 1 BGB)** des Familiengerichts betroffen ist, ist der Spielraum des Familiengerichts für die Ausgestaltung der Umgangsregelung relativ groß. **Maßstab ist das Kindeswohl**, wobei auch die berechtigten Wünsche der Eltern und der Wille des Kindes unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls mit einzubeziehen sind.⁶⁰

³⁷ BVerfG FamRZ 2013, 361 Rn. 27.

³⁸ BVerfG FamRZ 2013, 361 Rn. 28.

³⁹ BVerfG FamRZ 2010, 1622 Rn. 17, 19; Verfassungsgericht des Landes Brandenburg NZFam 2014, 473.

⁴⁰ BVerfG FamRZ 2010, 1622 Rn. 17, 22; Verfassungsgericht des Landes Brandenburg NZFam 2014, 473.

⁴¹ BVerfG FamRZ 2013, 361 Rn. 25; BVerfG FamRZ 2010, 1622 Rn. 25.

⁴² BVerfG FamRZ 2010, 1622 Rn. 27; vgl. OLG Saarbrücken ZKJ 2014, 117.

⁴³ Vgl. BVerfG FamRZ 2005, 783 Rn. 30; vgl. OLG Bremen FuR 2017, 215; vgl. OLG Schleswig MDR 2015, 1304.

⁴⁴ BVerfG FamRZ 2006, 1005; BGH FamRZ 2012, 99; BGH FamRZ 2012, 533; *Staudinger/Rauscher*, BGB – Neubearbeitung 2014, § 1684 Rn. 171.

⁴⁵ BVerfG FamRZ 2015, 1686; OLG Frankfurt FamRZ 2016, 1787; OLG Schleswig FamRZ 2015, 1040.

⁴⁶ BVerfG FamRZ 2015, 1686; OLG Schleswig FamRZ 2015, 1040; vgl. OVG Münster NZFam 2017, 672.

⁴⁷ BGH FamRZ 2014, 732.

⁴⁸ BGH FamRZ 2005, 975.

⁴⁹ *Salgo*, FPR 2004, 419, 420; *Staudinger/Rauscher*, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1684 Rn. 54.

⁵⁰ *Salgo*, FPR 2004, 419, 420.

⁵¹ Vgl. *Heilmann*, ZKJ 2014, 48 ff.; *Salgo*, FPR 2004, 419, 420; *Kindler*, ZKJ 2009, 110 ff.

⁵² *Kindler*, ZKJ 2009, 110 ff. mwN; *Heilmann*, ZKJ 2014, 48 ff. mwN.

⁵³ *Salgo*, FPR 2004, 419, 420.

⁵⁴ BGH FamRZ 2016, 1752 Rn. 44.

⁵⁵ Vgl. BGH FamRZ 2016, 1752 Rn. 47; vgl. *Heilmann*, ZKJ 2014, 48 ff.

⁵⁶ Vgl. OLG Hamburg FamRZ 2009, 1001.

⁵⁷ *Heilmann*, ZKJ 2014, 48 ff.

⁵⁸ Vgl. *MüKo/Tillmanns*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 42 SGB VIII Rn. 15; vgl. *Heilmann*, ZKJ 2014, 48 ff.

⁵⁹ Vgl. zur Abgrenzung OLG Schleswig FamRZ 2016, 1788.

⁶⁰ *Palandt/Götz*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1684 Rn. 12.

Kurzfristige Einschränkungen des Umgangsrechts gemäß § 1684 Abs. 4 Satz 1 BGB sind dann zulässig, wenn sie zum Wohl des Kindes erforderlich sind, mithin das **Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe vorliegen**.⁶¹

Längerfristige oder dauerhafte Beschränkungen des Umgangsrechts setzen auch bei Pflegekindern eine Kindeswohlgefährdung und damit den Maßstab des § 1666 BGB voraus, **d.h. ohne Beschränkung des Umgangsrechts muss eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls vorliegen**.⁶²

Noch in erheblichem Maße ungeklärt ist die Frage, wie sich eine bloße Umgangsregelung von einer Umgangseinschränkung abgrenzen lässt.⁶³ Die Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass das Gesetz in § 1684 BGB keinen „Regelumfang“ vorgibt und sich auch die Rechtsprechung bisher mit diesem Problem nur eher am Rande beschäftigt hat.⁶⁴ Auch der BGH macht in neueren Entscheidungen keine Vorgaben; vielmehr verschärft er das Problem noch dadurch, dass er in § 1684 Abs. 3 BGB eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Anordnung eines paritätischen Aufenthalts des Kindes bei den Eltern sieht.⁶⁵ Dies führt zu einer weitgehenden Konturlosigkeit des § 1684 BGB, welche auch nicht durch den bloßen Verweis auf den Maßstab des Kindeswohls behoben werden kann.

Anerkannt ist, dass sich insbesondere die Anordnung von (bei Pflegekindern häufig anzutreffenden) **begleiteten Umgangskontakten sowie ein vollständiger Ausschluss von Umgangskontakten** am Maßstab des § 1684 Abs. 4 BGB messen lassen müssen.⁶⁶ Ansonsten spricht einiges dafür, eine Umgangseinschränkung im Sinne des § 1684 Abs. 4 BGB dann anzunehmen, wenn der Zweck des Umgangs erheblich beeinträchtigt ist.⁶⁷

Primärer Zweck des Umgangs ist, es dem Umgangsberechtigten zu ermöglichen, sich vom körperlichen und geistigen Befinden des Kindes sowie seiner Entwicklung durch Augenschein und gegenseitige Aussprache fortlaufend zu überzeugen, die verwandtschaftlichen Beziehungen zum Kind aufrecht zu halten, einer Entfremdung vorzubeugen sowie dem gegenseitigen Liebesbedürfnis Rechnung zu tragen.⁶⁸ Ob dieser Maßstab allerdings nach der neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Anordnung des paritätischen Wechselmodells im Wege des Umgangsrechts aufrechterhalten werden kann, erscheint fraglich.⁶⁹ Auch erhebliche zeitliche Einschränkungen des Umgangsrechts (z.B. 2 Stunden alle drei Wochen), wie sie bei Umgangskontakten der leiblichen Eltern mit ihren in Pflegefamilien untergebrachten Kindern typisch sind, sind häufig Umgangseinschränkungen.⁷⁰ Auch der völlige Ausschluss von Ferienumgang⁷¹ sowie der Ausschluss von Übernachtungskontakten⁷² können – je nach den Umständen des Einzelfalls – Umgangseinschränkungen gemäß § 1684 Abs. 4 BGB darstellen.

IV. Familiengerichtliche Regelungen des Umgangs im Einzelnen

1. Unbegleiteter bzw. im Sinne von § 1684 Abs. 4 BGB unbeschränkter Umgang

Die Anordnung von unbegleiteten Umgangskontakten bzw. von Umgangskontakten, die keine Umgangseinschränkung im Sinne des § 1684 Abs. 4 BGB darstellen, dürfte in der Pra-

xis eher die Ausnahme sein. Denn der Umstand, dass es nach den §§ 1666, 1666a BGB zumindest vorläufig notwendig gewesen war, die Kinder von ihren leiblichen Eltern zu trennen, spricht faktisch (aber nicht im Wege rechtlichen Vermutung) eher gegen uneingeschränkte Umgangskontakte der leiblichen Eltern.

Allerdings sind für den Fall, dass die Voraussetzungen für eine Umgangseinschränkung nach § 1684 Abs. 4 BGB nicht vorliegen, unbegleitete Umgangskontakte anzuordnen. Zu berücksichtigen ist, dass die Regelungsbefugnis des Familiengerichts nach § 1684 Abs. 3 BGB einen großen Spielraum beinhaltet. In Betracht kommen unbegleitete bzw. keine Umgangseinschränkung beinhaltende Umgangskontakte insbesondere dann, wenn eine realistische Rückkehroption in einem überschaubaren Zeitfenster besteht oder eine Rückkehr zu den leiblichen Eltern durch eine Intensivierung der Kontakte vorbereitet werden soll.⁷³ Bei traumatisierten Kindern dürften solche Umgangskontakte in der Regel nicht in Betracht kommen.⁷⁴ Allerdings kann die fehlende Rückkehroption allein keine ausreichende Begründung für eine Umgangseinschränkung sein, da eine solche gemäß § 1684 Abs. 4 Satz 2 BGB eine ansonsten eintretende Kindeswohlgefährdung voraussetzt.

Berücksichtigt werden kann die fehlende Rückkehroption aber bei der Ausgestaltung der Umgangsregelung; ohne Rückkehroption werden die Umgangsintervalle in der Regel größer anzusetzen sein.⁷⁵ Eine fehlende realistische Rückkehroption dürfte in der Praxis häufig mit einer Kindeswohlgefährdung bei unbegleitetem bzw. im Sinne von § 1684 Abs. 4 BGB uneingeschränktem Umgangskontakt einhergehen. Ansonsten werden bei der Ausgestaltung der Umgangsregelung gemäß § 1684 Abs. 3 BGB die für das Kindeswohl (§ 1697a BGB) maßgebenden Umstände zu berücksichtigen sein. Das Kindeswohl (§ 1697a BGB) steht bei der Ausgestaltung des Umgangsrechts im Vordergrund; es ist aber nicht alleiniger Entscheidungsmaßstab.⁷⁶ Einzubeziehen sind:⁷⁷

- die berechtigten Wünsche der Eltern
- der Wille des Kindes und die Intensität der Beziehungen zum Umgangsberechtigten
- das Alter und die Belastbarkeit des Kindes
- der Entwicklungs- und Gesundheitszustand des Kindes
- die Geschwisterbindung
- die räumliche Entfernung der Eltern und deren Verhältnis zueinander.

2. Kurzfristige Umgangseinschränkungen – 1684 Abs. 4 Satz 1 BGB

Kurzfristige Umgangseinschränkungen sind in der Regel in den Phasen typisch, in denen die Kinder unmittelbar aus der Herkunftsfamilie herausgenommen worden sind und in eine Pflegefamilie integriert werden sollen. Im Gegensatz zu längerfristigen Umgangseinschränkungen ist hierfür keine ansonsten bestehende Kindeswohlgefährdung erforderlich, sondern es ist ausreichend, dass das Kindeswohl eine solche Umgangseinschränkung erforderlich macht.⁷⁸

Wann eine „längerfristige“ Einschränkung des Umgangsrechts vorliegt, kann nur anhand der konkreten Umstände

⁶¹ BeckOK/Veit, BGB, 41. Edition, § 1684 Rn. 41; OLG Nürnberg FamRZ 2017, 298.

⁶² Palandt/Götz, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1684 Rn. 24; BVerfG FamRZ 2015, 1093; BVerfG FamRZ 2013, 361; OLG Naumburg FamRZ 2007, 665.

⁶³ Vgl. zu dieser Problematik OLG Schleswig FamRZ 2016, 1788.

⁶⁴ Vgl. BGH FamRZ 2017, 532 Rn. 16; Hammer, FamRZ 2016, 1433, 1435; OLG Schleswig FamRZ 2016, 1788 mwN.

⁶⁵ Vgl. BGH FamRZ 2017, 532.

⁶⁶ Palandt/Götz, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1684 Rn. 35, 36.

⁶⁷ OLG Schleswig FamRZ 2016, 1788.

⁶⁸ BGHZ 42, 364; Staudinger/Rauscher, BGB, Neubearbeitung 2014, § 1684 Rn. 30.

⁶⁹ Hammer, FamRZ 2016, 1790.

⁷⁰ Vgl. BGH FamRZ 2007, 105 Rn. 21.

⁷¹ Vgl. OLG Schleswig FamRZ 2016, 1788; OLG Saarbrücken ZKJ 2014, 75.

⁷² Vgl. BVerfG FamRZ 2007, 105; BVerfG FamRZ 2007, 1078.

⁷³ OLG Brandenburg FamRZ 2009, 61; vgl. BVerfG FF 2007, 103; vgl. OLG Naumburg FamRZ 2007, 665; vgl. KG FamRZ 2008, 810 Walter, FPR 2004, 415, 418; Hopp, FPR 2007, 279, 281.

⁷⁴ Salgo, FPR 2004, 419, 423, 425.

⁷⁵ Heilmann, ZKJ 2014, 48 mwN; vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.10.2015 – 5 UF 195/16 –, juris; vgl. OLG Koblenz FamRZ 2017, 301; OLG Hamm FamRZ 2016, 1778.

⁷⁶ Palandt/Götz, BGB, 74. Aufl. 2015, § 1684 Rn. 12.

⁷⁷ Völker/Clausius, Sorge- und Umgangsrecht in der Praxis, 5. Aufl., § 9, Rz. 50, jeweils mwN; Staudinger/Rauscher, BGB – Neubearbeitung 2014, § 1684 Rn. 178ff.; zur Berücksichtigung von Alter und Entwicklungsstand des Kindes bei der Ausgestaltung der Umgangskontakte: Balloff/Vogel, FF 2017, 98.

⁷⁸ BeckOK/Veit, BGB, 41. Edition, § 1684 Rn. 41; OLG Nürnberg FamRZ 2017, 298.

des jeweiligen Einzelfalls beurteilt werden.⁷⁹ Berücksichtigt werden muss das kindliche Zeitempfinden.⁸⁰ Dabei ist davon auszugehen, dass, je jünger das Kind ist, desto eher die Schwelle zu einer „längerfristigen“ Einschränkung des Umgangs erreicht ist, da eine Entfremdung von den leiblichen Eltern schneller eintritt.⁸¹ So hat das OLG Nürnberg die Grenze bei einem einjährigen Kind auf 3 Monate angesetzt.⁸²

Ansonsten kommen als Gründe für kurzfristige Umgangseinschränkungen die gleichen Umstände in Betracht, die auch eine längerfristige Einschränkung des Umgangsrechts rechtfertigen. Diese können insbesondere sein:⁸³

- Massive **Loyalitätskonflikte** des Kindes mit erheblichen Auswirkungen auf sein psychisches bzw. physisches Wohl⁸⁴
- Massive **Trennungs- und Verlustängste** des Kindes mit erheblichen Auswirkungen auf sein psychisches bzw. physisches Wohl
- **Gewalterfahrungen** des Kindes, wenn der Umgang mit den Herkunftseltern als „Trigger“, also Angstauslöser, fungiert
- Der entgegen gerichtete ernsthafte und nachhaltige **Wille des Kindes**.

Als kurzfristige Umgangseinschränkungen kommen insbesondere der begleitete Umgang oder ein sehr niederfrequenter Umgang (2 Stunden alle 3 bis 4 Wochen) in Betracht. **Entscheidend ist meines Erachtens, dass es auch bei kurzfristigen Einschränkungen des Umgangsrechts der leiblichen Eltern zu ihren fremduntergebrachten Kindern einer konkreten, auf den Einzelfall bezogenen Begründung bedarf.** Den rechtlichen Anforderungen genügen mehr oder minder pauschale Begründungen, wie z.B. die nicht näher begründete notwendige „Eingewöhnungsphase“ oder befürchtete „Irritationen“ des Kindes nicht.⁸⁵ Die Gefahr der drohenden Entfremdung des Kindes von seinen leiblichen Eltern und damit die deutliche Erschwerung einer möglichen Rückkehr muss gegen die zu befürchtenden Belastungen des Kindes durch den Umgang abgewogen werden.

Gerechtfertigt sind Umgangseinschränkungen, wenn es konkrete und belastbare Anhaltspunkte für erhebliche negative Auswirkungen des Umgangs auf das Kind gibt. **Hier ist es Aufgabe der Verfahrensbeteiligten und des zuständigen Familiengerichts, den Sachverhalt so gut wie möglich zu ermitteln.** Als aussagekräftig haben sich in der Praxis dabei insbesondere die Berichte der Bereitschaftspflegefamilien und etwaiger Umgangsbegleiter erwiesen. Die Einholung von familienpsychologischen Sachverständigengutachten dürfte bei kurzfristigen Umgangseinschränkungen aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit kaum in Frage kommen. Bevor ein kompletter Ausschluss des Umgangs in Betracht kommt, müssen mildere Maßnahmen, wie z.B. die Umgangsbegleitung oder eine Herabsetzung der Umgangsintervalle, auf ihre Eignung geprüft werden.⁸⁶

3. Längerfristige Einschränkung des Umgangsrechts – § 1684 Abs. 4 Satz 2 BGB

Längerfristige Einschränkungen des Umgangsrechts dürften im Zusammenhang mit der Regelung des Umgangs der leiblichen Eltern mit ihren fremduntergebrachten Kindern in der Praxis eher der Regelfall sein.

Häufig fehlt es an einer realistischen Rückkehrprognose.⁸⁷ Dies allein kann allerdings eine längerfristige Umgangseinschränkung nicht rechtfertigen. Erforderlich ist, dass andernfalls das Kindeswohl gefährdet wäre (§ 1684 Abs. 4 Satz 2 BGB).⁸⁸

Hinsichtlich der denkbaren Erscheinungsformen einer Kindeswohlgefährdung kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Wichtig ist auch hier, dass eine konkrete Einzelfallbetrachtung angestellt wird und mögliche Gefährdungen konkret benannt werden. Zur genauen Feststellung scheint mir in aller Regel – jedenfalls bei kleineren Kindern – die Einholung eines familienpsychologischen Sachverständigengutachtens geboten. Im Rahmen der Sachverhaltsermittlung kommt dann auch etwaigen Reaktionen der Pflegekinder vor und nach den Umgangskontakten besondere Bedeutung zu. Hierzu ist es regelmäßig geboten, die Pflegepersonen persönlich anzuhören (§ 161 Abs. 2 FamFG).

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Umgangseinschränkung sind in der Rechtsprechung sehr niederfrequente Umgangskontakte, die dann mit einer Umgangsbegleitung kombiniert werden, zu beobachten. So hat das OLG Hamm der Mutter eines 4-jährigen Kindes, das kurz nach der Geburt vom Jugendamt in Obhut genommen worden war und sich seit dem Alter von 3 Monaten in einer Pflegefamilie befand, lediglich begleitete Umgangskontakte von 1 bis 1 ½ Stunden an 6 Terminen im Jahr angeordnet.⁸⁹ Das OLG Koblenz hat einem Kindesvater mit seinem 8-jährigen Kind einen Umgang einmal im Monat begleitet für 3 Stunden zugesprochen.⁹⁰ Ebenso hat das OLG Hamm dem Vater eines 4-jährigen Kindes einen begleiteten Umgang einmal im Monat für 2 Stunden zugebilligt, um die Möglichkeit der Entwicklung einer persönlichen Beziehung zwischen dem leiblichen Vater und dem Kind aufrechtzuerhalten.⁹¹

Das OLG Köln hat dem Vater eines 6 Jahre alten Kindes begleiteten Umgang für 1 Stunde einmal im Monat eingeräumt.⁹² Aufgrund der hohen rechtlichen Anforderungen für eine Umgangseinschränkung bedürfen solche Entscheidungen einer möglichst umfangreichen und präzisen Sachverhaltsermittlung sowie einer präzisen Begründung.

V. Fazit

Für den die leiblichen Eltern vertretenden Rechtsanwalt erscheint es mir wichtig, zunächst im Rahmen seiner Möglichkeiten bei den leiblichen Eltern auf die Schaffung bzw. den Erhalt einer realistischen Rückkehrprognose hinzuwirken. Hierzu sollte den leiblichen Eltern deutlich gemacht werden, dass sie aktiv an der Verbesserung ihrer Erziehungskompetenz arbeiten müssen und es perspektivisch wenig Sinn macht, sich in wenig konstruktiven Auseinandersetzungen mit dem Jugendamt und den Pflegeeltern aufzureiben. Gerade bei einer realistischen Rückkehrprognose sollte versucht werden, regelmäßige Umgangskontakte zu installieren.

Die leiblichen Eltern sollten dazu angehalten werden, diese Umgangskontakte konstruktiv zu gestalten und alles zu unterlassen, was ihre Kinder in Loyalitätskonflikte stürzt. Auch übermäßiges Ausfragen der Kinder sollte vermieden werden. Gelingt es nicht, eine angemessene Umgangsregelung im Konsens zu installieren, sollte möglichst schnell ein Umgangsverfahren eingeleitet werden.

⁷⁹ OLG Nürnberg FamRZ 2017, 298 Rn. 44.

⁸⁰ Vgl. *Balloff*, FPR 2004, 431, 436.

⁸¹ Vgl. *Balloff*, FPR 2004, 431, 436; OLG Nürnberg FamRZ 2017, 298 Rn. 45.

⁸² OLG Nürnberg FamRZ 2017, 298.

⁸³ Übernommen aus *Heilmann*, ZKJ 2014, 48 ff.

⁸⁴ Vgl. OLG Koblenz FamRZ 2017, 301.

⁸⁵ Vgl. *Gottschalk/Heilmann*, ZKJ 2013, 113 ff.; vgl. BVerfG FamRZ 2010, 1622 Rn. 22; vgl. Verfassungsgericht des Landes Brandenburg NZFam 2014, 473.

⁸⁶ Vgl. BVerfG FamRZ 2010, 1622.

⁸⁷ Vgl. OLG Hamm FamRZ 2016, 1778; vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.10.2015 – 5 UF 195/16 –, juris; vgl. OLG Koblenz FamRZ 2017, 301.

⁸⁸ *Palandt/Götz*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1684 Rn. 24; BVerfG FamRZ 2015, 1093; BVerfG FamRZ 2013, 361; OLG Naumburg FamRZ 2007, 665.

⁸⁹ OLG Hamm FamRZ 2011, 826.

⁹⁰ OLG Koblenz FamRZ 2017, 301.

⁹¹ OLG Hamm FamRZ 2011, 1668.

⁹² OLG Köln FamRZ 2009, 1503.

Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht*

Prof. Stefan Leupertz, Essen**



I. Einführung

Am 1.1.2018 tritt das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren“ in Kraft.¹ In der Öffentlichkeit firmiert das Gesetz nicht ohne Grund als „neues gesetzliches Bauvertragsrecht“. Denn obwohl sein Regelungsgehalt weit über das eigentliche Bauvertragsrecht hinausgeht, verbirgt sich hinter dem etwas nebulösen Gesetzstitel zuvorderst der wohl bedeutsamste und schwerwiegendste Eingriff in das für die Abwicklung von Bauverträgen maßgebliche Regelungsgefüge seit Inkrafttreten des BGB.

Dieser Schritt war dringend erforderlich und lange überfällig. Er beruht auf der im täglichen Umgang mit der Abwicklung von Bauverträgen gewonnenen und in jahrelanger, sorgfältiger Vorarbeit des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) überprüften Erkenntnis, dass schlechte, nicht selten bewusst unklare Ausschreibungen, intransparente Kalkulations- und Abrechnungspraktiken sowie der Missbrauch des bauvertraglichen Regelungsgefüges zur Verweigerung fälliger Zahlungen Ausprägungen einer auf Konfrontation ausgelegten Vertragsunkultur sind, die letztlich darauf zurückzuführen ist, dass die rechtlichen Parameter, nach denen Bauverträge geschlossen und abgewickelt werden (können), im Gesetz unzureichend, in wichtigen Punkten überhaupt nicht geregelt sind. Die sich hieraus für die Praxis und die Rechtsfindung ergebenden Unsicherheiten sind zu gravierend, als dass sie weiterhin hingenommen werden könnten. Der Gesetzgeber hat sich deshalb entschlossen, eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, die den spezifischen Besonderheiten des Bauvertrages angemessen Rechnung trägt und solcherart als gesetzliches Leitbild des Bauvertrages Richtschnur für eine möglichst sachgerechte Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen sein kann. Ein solches Leitbild fehlte bisher. Es fand sich insbesondere nicht in den Bestimmungen der VOB/B, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen keine verbindlichen gesetzlichen Regelungen enthalten, sondern sich regelmäßig im Wege der Inhaltskontrolle an diesen messen lassen müssen.

II. Überblick / Struktur und Regelungsgehalt des Gesetzes

Bei näherer Betrachtung enthält das Gesetz neben einigen neuen Vorschriften zur kaufvertraglichen Mängelhaftung und moderaten Änderungen des allgemeinen Werkvertragsrechts vor allem völlig neue Sonderregeln für den Bauvertrag und den Verbraucherbauvertrag, darüber hinaus werden mit dem Architekten- und Ingenieurvertrag und dem Bauträgervertrag besondere Vertragstypen geschaffen, die auf einer Stufe mit den Bestimmungen zum allgemeinen Werkvertragsrecht (einschließlich des neuen Bau- und Verbraucherbauvertragsrechts) stehen und folgerichtig in eigenen Untertiteln des Titels 9 des BGB behandelt werden. Nach den medialen Verlautbarungen des BMJV könnte man zu der Auffassung

gelangen, dass der Verbraucherschutz im Mittelpunkt des Gesetzes stehe. Daran ist allenfalls richtig, dass die Intention der Regierungsparteien für das Gesetzgebungsverfahren laut Koalitionsvertrag darin bestand, den Verbraucherschutz in Bauvertragsangelegenheit voranzutreiben und zugleich die Belange der Handwerker in diesem Bereich zu stärken. Faktisch dürften sich die gravierendsten Neuerungen in Form gesetzlich vorgesehener Anordnungsrechte des Bestellers (§ 650b BGB n.F.) nebst Sonderregelungen für die Bemessung hieraus resultierenden Mehrvergütungsansprüche des Unternehmers (§ 650c BGB n.F.) gerade im unternehmerischen Bereich für gewerblich oder industriell tätige Bauvertragsparteien auswirken. In gewisser Weise revolutionär ist die Einführung eines eigenständigen Vertragstyps „Architekten- und Ingenieurvertrag“, die der Gesetzgeber mit einer völlig neuen Definition der typischen vertraglichen Leistungspflichten der Architekten und Ingenieure verknüpft hat. Die Vorschriften hierzu sind allerdings noch lückenhaft und unvollständig; sie werden – ebenso wie diejenigen zum Bauträgervertrag – in den nächsten Legislaturperioden zu einem kompletten, kohärenten Regelwerk verdichtet werden müssen. Die wichtigsten Neuerungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

III. Einzelheiten

1. Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Erklärtes Ziel der Änderungen im Kaufrecht ist es, insbesondere den handwerklich tätigen Werkunternehmer vor den Folgen einer derzeit bestehenden Regresslücke in der kaufvertraglichen Leistungskette zu bewahren. Deshalb soll parallel zur bestehenden Rechtslage beim Verbraucherkauf der Verkäufer von Baustoffen und Baumaterialien auch im unternehmerischen (iSv § 14 BGB) Geschäftsverkehr dem Käufer/Werkunternehmer im Rahmen seiner **Nacherfüllungspflicht** gemäß § 439 BGB über die (Nach-) Lieferung einer fehlerfreien Kaufsache hinaus zukünftig verschuldensunabhängig auch diejenigen Kosten erstatten müssen, die auf Seiten des Käufers/Werkunternehmers entstehen, weil der Einbau der mangelhaften Kaufsache zu einem Baumangel geführt hat, den er im Verhältnis zum Besteller gemäß §§ 634 Nr. 1, 635 BGB kostenlos durch den Austausch des fehlerhaften Baumaterials einschließlich Aus- und Wiedereinbau beseitigen muss. Die hierzu neu eingeführte Vorschrift in § 439 Abs. 3 BGB n.F. lautet:

„Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.“

Die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens heiß umkämpfte und mehrfach geänderte Vorschrift stellt nun in ihrer finalen Fassung klar, dass die Kostentragungspflicht des Verkäufers nicht an ein enges Verständnis des Einbaubegriffs geknüpft ist, sondern auch diejenigen Fälle erfasst, in denen die fehlerhafte Kaufsache lediglich an einer anderen Sache angebracht wurde. Die Gesetzesbegründung erwähnt hierzu beispielhaft die Anbringung von Dachrinnen, Leuchten o.ä. sowie die Erneuerung fehlerhafter Farb- und Lackanstriche.

Um Regresslücken zu vermeiden, hat der Gesetzgeber für die Rechtsbeziehungen in der oft mehrstufigen Lieferantenkette zwischen Hersteller und Letztverkäufer in §§ 445a und 445b BGB n. F. einen selbständigen, zweijähriger Verjährung unterliegenden und ebenfalls verschuldensunabhängigen Regressanspruch des jeweiligen Verkäufers gegen seinen Zulieferer

* Es handelt sich um einen in DRiZ 2017, 244ff. veröffentlichten Beitrag. Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Verlages C. H. Beck.

** Prof. Leupertz war ca. 9 Jahre Richter am OLG Düsseldorf und wurde im November 2008 zum Richter am BGH ernannt. Dort wurde er dem VII. Zivilsenat zugewiesen, der u.a. für das Bau- und Architektenrecht zuständig ist. Mit Ablauf des 31.12.2012 ist Prof. Leupertz auf eigenen Wunsch aus dem Dienst als Richter am Bundesgerichtshof ausgeschieden. Er betreibt seit dem 01.01.2013 als Freiberufler die Firma „Leupertz Baukonfliktmanagement“ mit Sitz in Essen. Hier ist er national und international als Schiedsrichter, Schlichter, Adjudikator und Rechtsgutachter in Bau- und Anlagensachen mit besonderem Augenmerk auf Verfahren zur baubegleitenden Streitvermeidung und Streitbeilegung tätig. Prof. Leupertz ist seit Mai 2012 Präsident des Deutschen Baugerichtstags e.V., dem er seit 2004 angehört. In dieser Funktion hat er das gesamte Gesetzgebungsverfahren zur Schaffung eines eigenständigen Bauvertragsrechts in beratender Funktion sowie als Sachverständiger im Verfahren vor dem Rechtsausschuss begleitet.

¹ BRDRs 199/17.

auf Erstattung der Aufwendungen geschaffen, die der Letztverkäufer im Verhältnis zum Käufer/Werkunternehmer gemäß § 439 Abs. 2, Abs. 3 BGB n. F. tragen muss und ggfls. seinerseits in der Lieferantenkette durchgestellt hat.

2. Allgemeines Werkvertragsrecht

Der Gesetzgeber stellt in § 632a BGB n.F. klar, was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Sache ohnehin schon galt: **Abschlagszahlungen** sind nicht, wie der bisherige Wortlaut der Vorschrift suggerierte, nach dem Wertzuwachs im Vermögen des Bestellers zu bemessen, sondern nach dem Vertragswert der vertragsgerecht erbrachten Leistungen. Neu und sehr zu begrüßen ist, dass die Unterscheidung zwischen „wesentlichen“ und „unwesentlichen“ Mängeln betreffend die Bemessung des berechtigten Einbehalts des Bestellers aufgegeben wird; er darf künftig unabhängig von der Qualität etwaiger Mängel stets nur noch einen „angemessenen Teil“ des Abschlags verweigern, der gem. § 632a Abs. 1 S. 4 BGB i.V.m. § 641 Abs. 3 BGB regelmäßig das Doppelte der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten betragen wird.

Die **fiktive Abnahme** wird in § 640 Abs. 2 BGB n.F. völlig neu geordnet. Das Gesetz stellt nun nicht mehr auf die Abnahmereife der Werkleistungen ab, sondern auf deren Fertigstellung, die nach der Gesetzesbegründung keine Mangelfreiheit voraussetzt. Neu ist der Gedanke, dass die Abnahmefiktion greift, wenn der Besteller die verlangte Abnahme nicht innerhalb der ihm hierfür gesetzten Frist unter „Angabe mindestens eines Mangels verweigert“. In diesem Zusammenhang dürfte es zukünftig für die Zerstörung der Fiktionswirkung grundsätzlich nicht mehr darauf ankommen, ob der zur Begründung der Abnahmeverweigerung behauptet Mangel (Mangelsymptom) tatsächlich vorliegt oder möglicherweise unwesentlich ist, andererseits wird die Fiktion durch die bloße (berechtigte) Verweigerung der Abnahme ohne Angabe von Mängeln nicht beseitigt.

Neu eingeführt wird der Tatbestand der **Kündigung aus wichtigem Grund** (§ 648a BGB n.F.), der von der Rechtsprechung allerdings ohnehin schon anerkannt wird. Hervorzuheben sind die Teilkündigungsmöglichkeit in Abs. 2, die an einen „abgrenzbaren Teil des Werkes“ anknüpft, sowie die obligatorische Verpflichtung zur gemeinsamen Zustandsfeststellung in Abs. 4.

3. Bauvertrag

a) Begriff

Für den **Begriff des Bauvertrages** wird auf die Herstellung, die Wiederherstellung und den Umbau eines Bauwerks abgestellt (§ 650a Abs. 1 BGB n.F.). Gemeint sind Bauvertragsleistungen, die für die Gesamtmaßnahme „Bauwerk“ erbracht werden, diese aber nicht insgesamt umfassen müssen. Nach § 650a Abs. 2 BGB n.F. sind auch Verträge über die Instandhaltung eines Werks Bauverträge in diesem Sinne, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung sind. Es geht also immer um „Substanzarbeiten“, deren stimmige Abgrenzung von normalen Werkleistungen mit Baubezug die Gerichte und damit auch die Kautelarpraxis über Jahre beschäftigt wird.

b) Anordnungsrechte und Preisanpassung

Besondere Relevanz erlangt die Unterscheidung zwischen Werk- und Bauverträgen, weil die Vorschriften zu den **Anordnungsrechten** des Bestellers (§ 650b BGB n.F.) und zu der daran anknüpfenden **Anpassung der Vertragspreise** (§ 650c BGB n.F.) nur für Bauverträge (und Verbraucherbauverträge) gelten. Entsprechende Regelungen gab es im gesetzlichen Werkvertragsrecht bisher nicht. Das hierfür nun vom Gesetzgeber gewählte Konzept unterscheidet sich von den bisher-

gen Usancen der Baupraxis und weicht stark ab vom Regelungsgehalt der insoweit bisher taktgebenden Bestimmungen in §§ 1, 2 VOB/B, die deshalb mit Blick auf die gem. § 307 gebotene Inhaltskontrolle unter erheblichen AGB-rechtlichen Rechtfertigungsdruck geraten dürften. Grob skizziert gilt: Der Besteller darf zusätzliche Leistungen, die zwar nicht ausgeschrieben und bepreist, für die Verwirklichung des unveränderten funktionalen Bauerfolgs aber erforderlich sind (§ 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F.), stets verlangen bzw. anordnen; der Unternehmer muss sie ausführen und erhält hierfür eine nach § 650c BGB n. F. zu bemessende Mehrvergütung. Anordnungen des Bestellers hingegen, durch die der vertraglich vereinbarte (funktionale) Bauerfolg verändert wird (§ 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.), muss er nur erbringen, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist (§ 650b Abs. 2 BGB n.F.). Im Zentrum steht mithin der unbestimmte Rechtsbegriff der „Zumutbarkeit“, den die Rechtsprechung im Laufe der nächsten Jahre näher definieren müssen. Die Vertragsparteien sollen sich gem. § 650b Abs. 1 BGB n.F. über die Zumutbarkeit einigen; gelingt das nicht innerhalb von 30 Tagen (§ 650b Abs. 2 BGB n.F.), kann gem. § 650d BGB n.F. im Rahmen eines eigens hierfür entschärften **einstweiligen Verfügungsverfahrens** (der Verfügungsgrund muss nach Baubeginn nicht mehr glaubhaft gemacht werden) zeitnah eine gerichtliche Klärung herbeigeführt werden. Offen geblieben ist, ob das Leistungsbestimmungsrecht des Bestellers auch zeitliche Anordnungen sowie solche umfasst, welche die Ausführung der Baumaßnahme betreffen. Darüber hinaus ist nicht klar, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer die Arbeiten im Streit um die Anordnung einstellen darf.

Für die anordnungsbedingten Mehrvergütungsansprüche des Unternehmers verabschiedet sich die maßgebliche Regelung in § 650c BGB n.F. von der traditionellen Methode der kalkulatorischen Preisfortschreibung. Maßgebend für die Bemessung des Mehrpreises sind im Ausgangspunkt (Abs. 1) nicht (mehr) die vom Unternehmer kalkulierten Preise, sondern die tatsächlich erforderlichen Kosten, womit nicht automatisch die übliche Vergütung gemeint ist. Allerdings darf der Unternehmer gem. Abs. 2 auf seine – vereinbarungsgemäß hinterlegte! – Urkalkulation zurückgreifen, von der widerlegbar vermutet wird, dass sie die tatsächlich erforderlichen Kosten enthält. Dieses Wahlrecht besteht für jeden Nachtrag gesondert. Im Ergebnis dürften mit diesem Regelungskonzept die Tage einer von kalkulatorischen Spekulationen geprägten Bauvertragspraxis gezählt sein. Wichtig für die Wahrung der Liquidität des Unternehmers ist in diesem Zusammenhang § 650c Abs. 3 BGB n.F., wonach dieser 80 % der in seinem Nachtragsangebot genannten Mehrvergütung als Abschlag verlangen kann, ohne dies näher begründen oder rechtfertigen zu müssen. Um einem naheliegenden Missbrauch entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber in § 650c Abs. 3 S. 3 BGB n.F. eine strenge Verzinsungspflicht (§§ 288 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 289) für einen mit Schlussabrechnung fällig werdenden Anspruch auf Rückgewähr überzahlter Beträge eingeführt. Streit über die Höhe der nach diesen Maßstäben zu ermittelnden Abschlagsforderung kann abermals im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB n.F. entschieden werden.

c) Weitere Neuerungen

Zu erwähnen sind neben einigen Kleinigkeiten schließlich die Neueinführung einer **„Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme“** (§ 650g Abs. 1 bis 3 BGB n.F.) sowie die Erteilung einer **prüffähigen Schlussrechnung als Fälligkeitserfordernis** (§ 650g Abs. 4 BGB n.F.).

4. Verbraucherbauvertrag

Der **Begriff des Verbraucherbauvertrages** in § 650i BGB n.F. knüpft an Art. 3 Abs. 3 lit. f der Verbraucherrechterichtlinie an und beschränkt den Anwendungsbereich der für diesen Vertragstyp maßgeblichen Vorschriften auf Verträge, welche die Errichtung eines kompletten neuen Gebäudes oder Substanz-

arbeiten am Bestand von gleichem Gewicht zum Gegenstand haben. Damit unterfallen faktisch nur GU-Verträge mit Verbrauchern und Fertighausverträge dem besonderen Schutz der verbraucherbauvertraglichen Bestimmungen, deren Besonderheit im Wesentlichen in der Einführung einer vorvertraglichen, in Art. 249 EGBGB näher definierten **Baubeschreibungspflicht** (§ 650j BGB n.F.) besteht, deren Inhalte mit Vertragsschluss gem. § 650k BGB n.F. zu vertraglich vereinbarten Beschaffenheiten erstarken. Darüberhinaus wird dem Verbraucher/Besteller in § 650l BGB n.F. ein **Widerrufsrecht** nach Maßgabe der §§ 355ff. BGB mit neu eingeführten Vorschriften zur Bemessung des Wertersatzes bei vollzogenem Widerruf zugebilligt.

5. Architekten- und Ingenieurvertrag

Das Gesetz überrascht in § 650p BGB n.F. mit eigenständigen Erwägungen zur **Leistungspflicht des Architekten**, für deren werkvertraglichen Erfolgsbezug zwischen Zielfindungsphase einerseits und Planungs- und Ausführungsphase andererseits unterschieden wird. Damit möchte der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass der Architekt in den frühen Stadien seiner Tätigkeit in erster Linie eine Bedarfsklärung vornimmt und die planerischen Grundlagen für die Umsetzung dieses Bedarfs schafft, ohne dass hierdurch eine Bezug zu einem konkreten Bauwerk bereits hergestellt ist. Erst wenn die Zielfindungsphase abgeschlossen ist, entsteht dieser Bezug durch eine Auswahlentscheidung des Bestellers, welchen der vom Architekten erarbeiteten Vorschläge er umgesetzt wissen möchte. Diese Zäsur in der Abwicklung eines typischen Architektenvertrages hat der Gesetzgeber in § 650r BGB n.F. mit einem beiderseitigen **Sonderkündigungsrecht** gekennzeichnet. Darüberhinaus kann der Architekt/Ingenieur nun gem. § 650s BGB n.F. ab der Abnahme des letzten Ausführungsgewerks

eine **Teilabnahme** seiner Leistungen verlangen. Mangelbedingten Schadensersatz für einen Überwachungsfehler kann er gem. § 650t BGB n.F. verweigern, solange der Besteller dem als **Gesamtschuldner mithaftenden Unternehmer** nicht erfolglos eine angemessene Frist zu **Nacherfüllung** gesetzt hat.

6. Prozessuales

Der Gesetzgeber hat nach jahrelangen Streitigkeiten nunmehr mit einem allgemein als segensreich empfundenen Eingriff ins GVG die flächendeckende Einführung von **Baukammern und Bausenaten** bei den Land- und Oberlandesgerichten beschlossen – § 72a Nr. 2 GVG; § 119a Nr. 2 GVG.

IV. Résumé

Das zur Einführung eines eigenständigen Bauvertragsrechts geschaffene Gesetz stellt trotz seiner im politischen Meinungsfindungsprozess eingesickerten Schwächen sowie kleinerer redaktioneller Unzulänglichkeiten im Ganzen ein mutiges, strukturell durchdachtes, konsistentes Regelwerk bereit, das sich jedenfalls in seinem Kern wohltuend von der üblichen „Anlassgesetzgebung“ abhebt. Die neuen Vorschriften sind – im Gegensatz zu vielen anderen Gesetzen jüngeren Datums – mit zumeist abstrakt-generellen Regelungsansätzen erfrischend knapp gefasst. Dafür muss die Praxis zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe in Kauf nehmen, deren genauer Inhalt und Regelungsbereich erst noch durch die Rechtsprechung geklärt werden muss. Das wird einige Jahre dauern. Ein Mühe, die man mit Blick auf die schon mittelfristig zu erwartenden positiven Auswirkungen des Gesetzes gerne in Kauf nimmt.

Der Wegfall der Betriebsgefahr bei sicherungsübereigneten Kraftfahrzeugen

– Warum Unfälle unter Beteiligung von sicherungsübereigneten (und geleasteten) Fahrzeugen teuer werden können –

von Dr. Holger Fahl, LL.M. (LSE)*



Einführung

Mit seiner Entscheidung vom 7. März 2017 (VI ZR 125/16) setzt der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zum Schadensersatzanspruch des nichthaltenden Eigentümers eines Kraftfahrzeugs aus § 7 Abs. 1 StVG fort.¹ Ausgangspunkt des Verfahrens war ein Verkehrsunfall, an dem ein sicherungsübereignetes Fahrzeug beteiligt war, und dessen Hergang sich nicht aufklären ließ. Der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer des Unfallgegners regulierte mit einer Haftungsquote von 50 zu 50, was bei unaufklärbarem Unfallhergang zunächst auch naheliegt.

Der Halter des sicherungsübereigneten Fahrzeugs ließ sich von seiner Bank und Sicherungsnehmerin ermächtigen, ihre Ansprüche im Wege gewillkürter Prozessstandschaft geltend zu machen, und verlangte die vollständige Zahlung der fahrzeugbezogenen Positionen Sachschaden, Sachverständigenkosten und Minderwert. Das Amtsgericht ging von einer hälftigen Schadensteilung aus. Vor dem Berufungsgericht und dem Bundesgerichtshof obsiegte der Kläger mit seiner auf vollständige Zahlung gerichteten Klage. Der Unfallgegner muss trotz unaufklärbarem Hergang den gesamten Sachschaden tragen.

* Der Autor ist Richter am Amtsgericht in Kiel, derzeit abgeordnet als wissenschaftlicher Mitarbeiter an den Bundesgerichtshof.

¹ BGH, Urteile vom 30. März 1965 – VI ZR 257/63, NJW 1965, 1273; vom 10. Juli 2007 – VI ZR 199/06, BGHZ 173, 182; vom 7. Dezember 2010 – VI ZR 288/09, BGHZ 187, 379.

Das Fehlen einer Zurechnungsnorm

Das Ergebnis erscheint wenig sachgerecht und mag auf den ersten Blick überraschen, ist aber die schlichte Konsequenz gesetzgeberischen Wegsehens. Im Einzelnen:

Den Schadensersatzansprüchen der das Fahrzeug nicht haltenden Sicherungseigentümers kann der Unfallgegner die Betriebsgefahr des klägerischen Fahrzeugs mangels Zurechnungsnorm nicht entgegenhalten. Der Ausgangspunkt für eine Regulierung auf Basis einer Haftungsquote von 50 zu 50 fällt weg.

Eine Zurechnung der Betriebsgefahr nach § 17 StVG scheidet aus. Der Bundesgerichtshof hatte erst 2007 seine Auffassung wiederholt und bekräftigt, dass § 17 StVG nur anzuwenden sei, wenn auch der Geschädigte nach den Bestimmungen des Straßenverkehrsgesetzes hafte.² Da die geschädigte Sicherungseigentümers nicht nach Vorschriften des StVG haftet, ist der Anwendungsbereich des § 17 StVG nicht eröffnet. Und spätestens seitdem der Gesetzgeber im Jahr 2002 mit dem 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. Juli 2002 (BGBl I, S. 2674) in Kenntnis der Problematik des Auseinanderfallens von Halter- und Eigentümerstellung³ keine Änderungen vorgenommen hat, verbietet sich die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke. Der Weg zu einer analogen Anwendung ist versperrt.

² BGH, Urteil vom 10. Juli 2007 – VI ZR 199/06, BGHZ 173, 182 Rn. 8 mit Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 30. März 1965 – VI ZR 257/63, NJW 1965, 1273, 1274.

³ Vgl. BT-Drucks 14/8780, S. 22 f.

Auch § 9 StVG und § 254 BGB scheiden als Zurechnungsnormen aus. § 254 BGB findet mangels deliktischer Haftung – ein Verschulden ist ja gerade nicht festgestellt – keine Anwendung. Und ohne festgestelltes Verschulden des Fahrzeugführers des klägerischen Fahrzeugs sind die Anwendungsvoraussetzungen des § 9 StVG gleichfalls nicht gegeben. Ein bloß vermutetes Verschulden genügt nicht. Die mitwirkende Betriebsgefahr des Fahrzeugs kann dem nicht haltenden Eigentümer nach dem Straßenverkehrsgesetz damit nicht zugerechnet werden.⁴

Um gleichwohl zu dem – als billig und gerecht angesehenen – Ergebnis einer Schadensteilung zu gelangen, böte sich die Konstruktion einer vertraglichen oder sonstigen rechtlichen Sonderverbindung zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer mit einer daran anschließenden Regressmöglichkeit des Unfallgegners nach § 426 Abs. 1 BGB an.⁵ Die Verletzung einer der Sonderverbindung innewohnenden Pflicht – etwa bei der Teilnahme im Straßenverkehr sorgfältig mit dem Fahrzeug umzugehen⁶ – würde eine Zurechnungsmöglichkeit ermöglichen. Der Bundesgerichtshof wollte diesen Weg aber schon 2007 nicht gehen⁷ und er will ihn auch jetzt nicht beschreiten.⁸ Die Teilnahme am Straßenverkehr betreffe keine Tätigkeit aus dem Pflichtenkreis des Sicherungsverhältnisses.

Geltendmachung des Schadens durch den Halter in Prozessstandschaft

Der Bundesgerichtshof sah es im vorliegenden Fall aufgrund der zivilprozessualen Dispositionsmaxime sowie der Parteiherrschaft über das Verfahren (§ 253 Abs. 2 Nr. 2, § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO) als zulässig an, dass der Halter und Sicherungsgeber die Ansprüche der Bank im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft geltend macht.⁹ Das wirtschaftliche Interesse des Sicherungsnehmers an der Prozessführung genüge insoweit.¹⁰ Durch das Einrücken des Fahrzeughalters in die Klägerposition entstehe dem Unfallgegner kein wirtschaftlicher oder prozessualer Nachteil, denn die sicherungsnehmende Bank könne mit gleichem Ergebnis selbst klagen.¹¹

Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt, dass nach gegenwärtiger Gesetzeslage und höchstrichterlicher Rechtsprechung die Situation für den

Unfallgegner eines sicherungsübereigneten Fahrzeugs unbefriedigend bleibt. Der Halter des sicherungsübereigneten Fahrzeugs kann in Fällen eines unaufkläraren Unfallhergangs die Betriebsgefahr auf den Unfallgegner abwälzen, wenn der Sicherungseigentümer seine ungeschmäleren Ersatzansprüche geltend macht. Der Bundesgerichtshof akzeptiert die Geltendmachung des vollständigen Sachschadens durch den Sicherungseigentümer.¹²

Leasingfahrzeuge

Die gleiche Problematik stellt sich bei geleasteten Fahrzeugen.¹³ Auch hier fallen Eigentümer- und Halterstellung auseinander. Der insoweit maßgeblichen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. Dezember 2010¹⁴ lag ein Verkehrsunfallgeschehen mit einem Leasingfahrzeug zugrunde, dessen Hergang im Verfahren ebenfalls nicht zu klären war. Die Unfallgegnerin regulierte den Schaden am geleasteten Fahrzeug zu 100% gegenüber der Leasinggeberin und verlangte im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs die Hälfte der regulierten Kosten von der Halterin und Leasingnehmerin des Fahrzeugs. Dies hätte der „üblichen“ Regulierung auf Basis einer Haftungsquote von 50 zu 50 bei einem unaufkläraren Unfallgeschehen entsprochen. Der Bundesgerichtshof entschied, dass der Halter eines Kraftfahrzeugs dem Eigentümer nicht nach § 7 Abs. 1 StVG auf Schadensersatz hafte, wenn ein Verschulden nicht festgestellt werden könne. Die Haftung des Halters erstreckte sich nicht auf das Fahrzeug selbst. Ein Gesamtschuldverhältnis, aus dem regressiert werden könnte, bestehe zwischen dem Halter des Leasingfahrzeugs und dem Unfallgegner nicht.

Änderungsbedarf

Eine Änderung des Ergebnisses kann nur der Gesetzgeber herbeiführen, den der Deutsche Verkehrsgerichtstag bereits 2011 auf entsprechenden Bedarf hingewiesen hatte.¹⁵ Angesichts der großen Zahl der sicherungsübereigneten und geleasteten Kraftfahrzeuge sollte der Gesetzgeber die bekannte Kritik ernst nehmen und nunmehr verstärkt über eine Reform nachdenken. Es ist in der Sache kaum zu erklären, warum bei einem nicht aufkläraren Unfallgeschehen mit vollfinanzierten Fahrzeugen die Regulierung regelmäßig 50 zu 50 ausgeht, bei geleasteten und sicherungsübereigneten Fahrzeugen der Unfallgegner aber den gesamten Sachschaden des sicherungsübereigneten oder geleasteten Fahrzeugs tragen muss, weil die Banken und Leasinggeber die Betriebsgefahr auf den Unfallgegner abwälzen und so zu Gunsten der Halter die Regulierungsquote nachhaltig beeinflussen können.

⁴ BGH, Urteile vom 30. März 1965 – VI ZR 257/63, NJW 1965, 1273, 1274; vom 30. Mai 1972 – VI ZR 38/71, NJW 1972, 1415 f.; Eggert, in: Ludovisy/Eggert/Burhoff, Praxis des Straßenverkehrsrechts, 6. Aufl., § 2 Rn. 303; König, in: König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl., § 9 StVG Rn. 17; ebenso Schröder/Hoffmann-Benz, in: Müller/Bachmeier/Starkgraff, Fachanwaltskommentar Verkehrsrecht, 2. Aufl., § 9 StVG Rn. 1; Heß, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 24. Aufl., § 9 StVG Rn. 9b; Lemcke, in: van Büren/Lemcke/Jahnke, Anwaltslexikon Verkehrsrecht, 2. Aufl., Rz. 215 f.; ders., r+s 2014, 579; ders., r+s 2011, 134; Rietmeyer, NJW-Spezial 2014, 393; a.A. Tomson, NZV 2009, 577, 579.

⁵ Vgl. etwa Nugel, jurisPK-VerKR 13/2011 Anm. 1, lit. D.

⁶ Vgl. Nugel, jurisPK-VerKR 13/2011 Anm. 1.

⁷ BGH, Urteil vom 10. Juli 2007 – VI ZR 199/06.

⁸ BGH, Urteil vom 7. März 2017 – VI ZR 125/16, juris Rn. 17.

⁹ BGH, Urteil vom 7. März 2017 – VI ZR 125/16, juris Rn. 8 ff.

¹⁰ BGH, Urteil vom 7. März 2017 – VI ZR 125/16, juris Rn. 8 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 24. August 2016 – VIII ZR 182/15, NJW 2017, 487, 488; BGH, Urteil vom 19. September 1995 – VI ZR 166/94, NJW 1995, 3186; BGH, Urteil vom 23. September 1992 – I ZR 251/90, BGHZ 119, 237, 242; BGH, Urteil vom 30. Oktober 1985 – VIII ZR 251/84, BGHZ 96, 182, 185.

¹¹ BGH, Urteil vom 7. März 2017 – VI ZR 125/16, juris Rn. 12.

¹² Für die Annahme einer gemeinsamen Gläubigerschaft nach §§ 432, 1281 BGB, bei der jeder Gläubiger die gesamte Leistung fordern, die Leistungserbringung aber nur an beide gemeinschaftlich erfolgen könne, plädieren Soergel/Henssler, 2002, § 929 Anh. Rn. 81; Wiegand, in: Staudinger, Anh zu § 929 Rn. 238 f.; Klinck, in: BeckOGK, Stand 9/2016, § 930 Rn. 201.

In seinen Entscheidungen vom 25. Januar 1957 – VI ZR 319/55, VersR 1957, 297, 298 und vom 11. November 1970 – VIII ZR 242/68, BGHZ 55, 20, 31 f. stellte der Bundesgerichtshof noch auf den wirtschaftlichen Wert des Sicherungseigentums ab.

¹³ Vgl. Nugel, jurisPK-VerKR 13/2011, Anm. 1 und Lemcke, r+s 2011, 134.

¹⁴ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010 – VI ZR 288/09, BGHZ 187, 379.

¹⁵ Reinking, Veröffentlichung des 49. Deutschen Verkehrsgerichtstages, 29, 31.

II. Amtliche Veröffentlichungen

Geschäftsordnung des

Schleswig-Holsteinischen Richterwahlausschusses

Bek. d. MJEVG v. 10. November 2017

II 332/2016 – 54 SH –

(SchIHA 2017 S. 456)

Hiermit wird gemäß § 28 des Landesrichtergesetzes die in der konstituierenden Sitzung des Richterwahlausschusses am 10. November 2017 beschlossene Geschäftsordnung des Richterwahlausschusses genehmigt.

Mit dem Inkrafttreten der nachfolgenden Geschäftsordnung wird die mit Bekanntmachung des Ministeriums für Jus-

tiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein vom 28. Januar 2013 – II 332/2016 – 54 SH – (SchIHA S. 60) veröffentlichte Geschäftsordnung gegenstandslos.

Geschäftsordnung des

Schleswig-Holsteinischen Richterwahlausschusses

Aufgrund des § 28 des Landesrichtergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 1992 (GVBl. Schl.-H. S. 46), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. September 2012 (GVBl. Schl.-H. S. 642), gibt sich der Richterwahlausschuss folgende Geschäftsordnung:

I Berichterstattung

(1) Für jede durch den Richterwahlausschuss zu besetzende Stelle und für jede Entscheidung oder Anhörung nach § 23 Abs. 2 und 4 des Landesrichtergesetzes werden die Berichterstatterin oder Berichterstatter und die Mitberichterstatterin oder der Mitberichterstatter in der Reihenfolge bestellt, in der die Ministerin oder der Minister für Justiz, Europa, Verbraucherschutz und Gleichstellung die einzelnen Vorgänge auf die Tagesordnung einer Sitzung des Richterwahlausschusses setzt. Die Besetzung mehrerer gleichartiger Stellen bei demselben Gericht kann als ein Tagesordnungspunkt (gleiche Berichterstattung und Mitberichterstattung) behandelt werden. Legt die Ministerin oder der Minister für Justiz, Europa, Verbraucherschutz und Gleichstellung die Unterlagen einer Richterin oder eines Richters zusammen mit deren oder dessen Bewerbung um eine bestimmte Richterstelle auch vor, damit der Ausschuss nach § 23 Abs. 2 oder 4 des Landesrichtergesetzes entscheidet, falls die Richterin oder der Richter auf ihre oder seine Bewerbung nicht gewählt wird, so sind die Berichterstatterin oder der Berichterstatter und die Mitberichterstatterin oder der Mitberichterstatter für die zu besetzende Stelle auch für diesen Vorgang zuständig.

(2) Zu Berichterstatterinnen oder Berichterstattern werden eine Abgeordnete oder ein Abgeordneter und eine Richterin oder ein Richter im Wechsel aus je einer alphabetisch geordneten Liste der Abgeordneten sowie der ständigen richterlichen Mitglieder und des nichtständigen Mitglieds der ordentlichen Gerichtsbarkeit bestimmt, beginnend mit der oder dem in der Liste ersten Abgeordneten. Es folgt die oder der in der Liste erste Richterin oder Richter.

(3) Mitberichterstatterinnen oder Mitberichterstatter werden in der alphabetischen Reihenfolge, beginnend mit der oder dem Letzten der Liste, eine Richterin oder ein Richter, wenn eine Abgeordnete oder ein Abgeordneter Bericht erstattet und eine Abgeordnete oder ein Abgeordneter, wenn ein richterliches Mitglied Bericht erstattet; jedoch wird in der Reihenfolge der richterlichen Mitberichterstattung jeweils eine Richterin oder ein Richter übersprungen.

(4) Abweichend von Absatz 2 und 3 wird für Vorgänge aus den Fachgerichtsbarkeiten das nichtständige Mitglied der betroffenen Gerichtsbarkeit zur Berichterstattung oder Mitberichterstattung herangezogen, wenn nach der Reihenfolge des Absatzes 2 ein richterliches Mitglied zur Berichterstattung oder Mitberichterstattung zu bestellen ist; zur Berichterstattung und Mitberichterstattung über Vorgänge in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit werden, soweit diese durch Abgeordnete erfolgt, lediglich Abgeordnete nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 des Landesrichtergesetzes herangezogen. Die Reihenfolge der richterlichen Berichterstattung und Mitberichterstattung für Vorgänge der ordentlichen Gerichtsbarkeit bleibt unberührt.

(5) Ist ein Mitglied in der Sitzung des Ausschusses oder in einem Vorgang ausgeschlossen oder verhindert, übernimmt die zuständige Vertreterin oder der zuständige Vertreter die Berichterstattung oder die Mitberichterstattung. Ist keine Vertreterin oder kein Vertreter vorhanden oder sind auch die Vertreterin oder der Vertreter und etwaige weitere Vertreterinnen oder Vertreter ausgeschlossen oder verhindert, wird eine neue Berichterstatterin oder ein neuer Berichterstatter oder eine neue Mitberichterstatterin oder ein neuer Mitberichterstatter für die Sitzung oder für den Vorgang nach den Absätzen 2 und 3 bestimmt.

II Beschlussfassung

(1) Ist nur über eine Bewerbung zu entscheiden oder betrifft die Beschlussfassung einen Fall des § 23 des Landesrichtergesetzes, so stimmen die Mitglieder auf dem Wahlzettel mit „ja“ oder „nein“.

(2) Über mehrere Bewerbungen um eine Richterstelle wird

in einem Wahlgang abgestimmt. Die Mitglieder kreuzen in diesem Fall auf dem Stimmzettel den Namen der Bewerberin oder des Bewerbers an.

(3) Ergibt die Abstimmung nach Absatz 2 auch bei Wiederholung keine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen für eine Bewerbung, so scheiden in der weiteren Wahl alle Bewerbungen aus, für die im zweiten Wahlgang keine Stimmen abgegeben wurden. Dies gilt nicht in Fällen des § 22 Abs. 3 des Landesrichtergesetzes.

(4) Über die nach Absatz 3 noch zur Wahl stehenden Bewerbungen wird in einem dritten Wahlgang abgestimmt. Ergibt auch diese Abstimmung keine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen für eine Bewerbung, wählt der Ausschuss durch Einzelabstimmung (Absatz 1). Über die einzelnen Bewerbungen wird in der Reihenfolge der im dritten Wahlgang erreichten Stimmen abgestimmt, beginnend mit der Bewerbung, die die wenigsten Stimmen erhalten hat. Bei Stimmengleichheit richtet sich die Reihenfolge nach dem Alphabet.

III Personalunterlagen

(1) Die Vertraulichkeit der Personalunterlagen ist zu wahren. Aus Personalakten und Personalübersichten sollen deshalb grundsätzlich keine Abschriften oder Kopien hergestellt werden. Personalaktendaten die elektronisch übermittelt werden dürfen nicht weitergeleitet, elektronisch kopiert oder auf einem weiteren Medium gespeichert werden.

(2) Die zur Vorbereitung der Sitzung versandten Personalübersichten und weiteren Unterlagen beziehungsweise die entsprechenden elektronischen Datenträger werden nach der Entscheidung des Richterwahlausschusses in derselben Sitzung an die Ministerin oder den Minister für Justiz, Europa, Verbraucherschutz und Gleichstellung des Landes Schleswig-Holstein zurückgegeben. Angefertigte Ausdrucke der elektronischen Personalaktendaten sind nach der Sitzung des Richterwahlausschusses zu vernichten.

IV

Die Geschäftsordnung ist am 10. November 2017 in Kraft getreten.

Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Zivilsachen (ZP-Statistik)

Bek. d. MJEVG v. 17. November 2017 – II 342/1440 – 2 – (SchIHA 2017 S. 457)

I

Die Landesjustizverwaltungen haben beschlossen, die Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Zivilsachen (ZP-Statistik) (Bekanntmachung v. 17. November 2016 – II 342/1440 – 2 – <SchIHA 2016 S. 460 >) zu ändern. Aus diesem Grund wird die Anordnung neu gefasst und es wird ein neuer Sonderdruck dieser Anordnung – Stand: 1. Januar 2018 – herausgegeben. Den Gerichten wird der Sonderdruck in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.

II

Diese Bekanntmachung tritt am 1. Januar 2018 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Zivilsachen (ZP-Statistik) (Bekanntmachung v. 17. November 2016 – II 342/1440 – 2 – <SchIHA 2016 S. 460 >) außer Kraft.

Änderung der Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (VwG-Statistik)

Bek. d. MJEVG v. 20. November 2017 – II 342/1440 – 6 – (SchIHA 2017 S. 457)

I

Die Landesjustizverwaltungen haben die Änderung der Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (VwG-Statistik) (Bekanntmachung vom 20. Oktober 2016 – II 342/1440 – 6 – <SchIHA 2016, S. 418 >) beschlossen. Aus diesem Grund wird die Anordnung neu gefasst und es wird ein neuer Sonderdruck „Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (VwG-Statistik)“ – Stand: 1. Januar 2018 – herausgegeben. Dem Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgericht wird der Sonderdruck in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.

II

Die Neufassung tritt am 1. Januar 2018 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (VwG-Statistik) (Bekanntmachung vom 20. Oktober 2016 – II 342/1440 – 6 – <SchIHA 2016, S. 418 >) außer Kraft.

Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in der Arbeitsgerichtsbarkeit (ArbG-Statistik)

Bek. d. MJEVG v. 21. November 2017 – II 342/1440 – 9 – (SchIHA 2017 S. 458)

I

Die für die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständigen obersten Landesbehörden haben beschlossen, die Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in der Arbeitsgerichtsbarkeit (Bekanntmachung vom 2. Dezember 2015 – II 342/1440 – 9 – <SchIHA 2016 S. 11>) zu ändern. Aus diesem Grund wird die Anordnung neu gefasst und es wird ein neuer Sonderdruck der Anordnung – Stand: 1. Januar 2018 – herausgegeben. Den Arbeitsgerichten wird der Sonderdruck in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.

II

Diese Bekanntmachung tritt am 1. Januar 2018 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in der Arbeitsgerichtsbarkeit (Bekanntmachung vom 2. Dezember 2015 – II 342/1440 – 9 – <SchIHA 2016 S. 11>) außer Kraft.

Änderung der Durchführungsbestimmungen zum Gerichtsvollzieherkostengesetz (DB-GvKostG)

AV d. MJEVG v. 27. November 2017 – 312/5653 – 2 – 1 – (SchIHA 2017 S. 458)

I

Die Landesjustizverwaltungen haben folgende bundeseinheitliche Änderungen der Durchführungsbestimmungen zum Gerichtsvollzieherkostengesetz (Allgemeine Verfügung vom 23. Mai 2001 – II 312/5653 – 58 SH – <SchIHA S. 161>, zuletzt geändert durch Allgemeine Verfügung vom 19. Dezember 2013 – II 312/5653 – 58 SH – <SchIHA 2014 S. 8>) vereinbart:

Abschnitt A wird wie folgt geändert:

1. Nummer 2 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 2 Satz 2 wird die Angabe „§ 3 Abs. 2 Nr. 3 GvKostG“ durch die Angabe „§ 3 Abs. 2 Satz 2 GvKostG“ ersetzt.
- b) Dem Absatz 5 wird der folgende Satz 3 angefügt:
„Satz 1 gilt für die Zustellung eines Europäischen Beschlusses zur vorläufigen Kontenpfändung entsprechend.“

2. In Nummer 9 Abs. 2 Satz 3 wird nach dem Wort „versehen“ ein Komma und die Worte „der auch maschinell erzeugt sein kann“ eingefügt.

II

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. Januar 2018 in Kraft.

Inanspruchnahme von Informanten, Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen), Verdeckter Ermittler und nicht offen ermittelnder Polizeibeamter im Rahmen der Strafverfolgung

Gemeinsamer Runderlass des MJEVG und des MILI vom 27. November 2017
– II 302/4100 – 307 SH – IV 433/ 1461 – (SchIHA 2017 S. 458)

Die Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister und die Ständige Konferenz der Innenminister der Länder haben die nachfolgenden Richtlinien beschlossen. Sie werden hiermit für Schleswig-Holstein in Kraft gesetzt:

I

Inanspruchnahme von Informanten und Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) im Rahmen der Strafverfolgung

1. Grundsätzliches

1.1 Zur Erfüllung ihrer Aufgaben sind Polizei und Staatsanwaltschaft in zunehmendem Maße auf Informationen und Hinweise aus der Öffentlichkeit angewiesen. Diese lassen sich oft nur gegen Zusicherung der Vertraulichkeit gewinnen.

1.2 Darüber hinaus ist bei bestimmten Erscheinungsformen der Kriminalität der Einsatz von V-Personen erforderlich. Sie können regelmäßig nur dann für eine Mitarbeit gewonnen werden, wenn ihnen die Geheimhaltung ihrer Identität zugesichert wird.

1.3 Die Inanspruchnahme von Informanten und der Einsatz von V-Personen sind als zulässige Mittel der Strafverfolgung in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesgerichtshofs und der Obergerichte anerkannt.

1.4 Der Zeugenbeweis ist eines der wichtigsten Beweismittel, das die Strafprozessordnung zur Wahrheitserforschung zur Verfügung stellt. Die besondere Natur dieses Beweismittels gebietet es grundsätzlich, dass der Zeuge vor der Staatsanwaltschaft und/oder dem Gericht aussagt. Daher kann Informanten und V-Personen nur nach den folgenden Grundsätzen Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung zugesichert werden.

2. Begriffsbestimmung

2.1 Informant ist eine Person, die im Einzelfall bereit ist, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde Informationen zu geben.

2.2 V-Person ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten in der Regel auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird.

3. Voraussetzungen der Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung

3.1 Die Inanspruchnahme von Informanten und der Einsatz von V-Personen gebieten eine Abwägung der strafprozessualen Erfordernisse der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und der vollständigen Sachverhaltserforschung einerseits und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung andererseits. Hierbei ist der Grundsatz des rechtsstaatlichen fairen Verfahrens zu beachten.

3.1.1 Die Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung kommt im Bereich der Schwerekriminalität, der organisierten Kriminalität, des illegalen Betäubungsmittel- und Waffenhandels, der Falschgeldkriminalität und der Staatsschutzdelikte in Betracht.

3.1.2 Im Bereich der mittleren Kriminalität bedarf es einer besonders sorgfältigen Prüfung des Einzelfalles. Die Zusiche-

zung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung wird ausnahmsweise dann in Betracht kommen, wenn durch eine Massierung gleichartiger Straftaten ein die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder die Allgemeinheit ernsthaft gefährdender Schaden eintreten kann.

3.1.3 In Verfahren der Bagatelldelinquenz kommt die Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung nicht in Betracht.

3.2 Informanten dürfen nur in Anspruch genommen, V-Personen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Werden sie in Anspruch genommen bzw. eingesetzt, so ist Ziel der weiteren Ermittlungen das Beschaffen von Beweismitteln, die den strafprozessualen Erfordernissen der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme entsprechen und einen Rückgriff auf diese Personen erübrigen.

3.3 Einem Informanten darf Vertraulichkeit nur zugesichert werden, wenn dieser bei Bekanntwerden seiner Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden erheblich gefährdet wäre oder unzumutbare Nachteile zu erwarten hätte.

3.4 Der Einsatz von Minderjährigen als V-Personen ist nicht zulässig.

4. Umfang und Folgen der Zusicherung

Staatsanwaltschaft und Polizei sind an die Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung gebunden. Die Bindung entfällt grundsätzlich, wenn

- a) die Information wissentlich oder leichtfertig falsch gegeben wird,
- b) die V-Person von einer Weisung vorwerfbar abweicht,
- c) sich eine strafbare Tatbeteiligung des Empfängers der Zusicherung herausstellt,
- d) die V-Person sich bei ihrer Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden strafbar macht,
- e) die V-Person sich sonst als unzuverlässig erweist.

Hierauf ist der Informant/die V-Person vor jeder Zusicherung hinzuweisen.

5. Verfahren

5.1 Über die Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung entscheidet im Bereich der Staatsanwaltschaft der Behördenleiter oder ein von ihm besonders bezeichneter Staatsanwalt, bei Gefahr im Verzug der Dezernent. Im Polizeibereich werden Regelungen getroffen, die die Entscheidung auf einer möglichst hohen Ebene vorsehen, mindestens auf der Ebene des Leiters der sachbearbeitenden Organisationseinheit.

5.2 Vor der Zusicherung der Vertraulichkeit gegenüber einem Informanten ist die Einwilligung der Staatsanwaltschaft herbeizuführen, es sei denn, dass der Untersuchungszweck gefährdet würde.

Ist die Einwilligung nach Satz 1 nicht herbeigeführt worden, so ist die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu unterrichten.

5.3 Soll eine V-Person in einem Ermittlungsverfahren gezielt eingesetzt werden, so ist zur Bestätigung der zugesicherten Geheimhaltung für diesen Einsatz die Einwilligung der Staatsanwaltschaft herbeizuführen. Kann die Einwilligung nicht rechtzeitig herbeigeführt werden, so ist die Staatsanwaltschaft unverzüglich über den Einsatz zu unterrichten.

5.4 In begründeten Ausnahmefällen unterrichtet die Polizei die Staatsanwaltschaft auch über die Identität des Informanten/der V-Person. Vertraulichkeit/Geheimhaltung ist zu gewährleisten.

5.5 Die Zusage der Vertraulichkeit/Geheimhaltung umfasst neben den Personalien auch die Verbindung zu Strafverfolgungsbehörden sowie alle Umstände, aus denen Rückschlüsse auf die Eigenschaft als Informant/V-Person gezogen werden könnten.

5.6 Die Staatsanwaltschaft fertigt über das Gespräch mit der Polizei über die Mitwirkung des Informanten/der V-Person und über die getroffene Entscheidung ohne Nennung des Na-

mens einen Vermerk zu den Generalakten 4110. Vertrauliche Behandlung ist sicherzustellen. Die Polizei verfährt entsprechend.

6. Zuständigkeit für die Entscheidung über die Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung

Über die Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung entscheidet für den Bereich der Polizei der Direktor des Landeskriminalamtes. Die Befugnis kann auf eine besonders beauftragte Person übertragen werden.

II

Einsatz Verdeckter Ermittler und sonstiger nicht offen ermittelnder Polizeibeamter im Rahmen der Strafverfolgung

1. Grundsätzliches

1.1 Die qualitativen Veränderungen der Erscheinungsformen der Kriminalität, insbesondere der organisierten Kriminalität, erfordern dieser Entwicklung angepasste Methoden der Verbrechenbekämpfung.

1.2 Zu ihnen gehört neben der Inanspruchnahme von Informanten und V-Personen auch der operative Einsatz Verdeckter Ermittler und sonstiger nicht offen ermittelnder Polizeibeamter.

2. Voraussetzungen und Verfahren

2.1 Der Einsatz Verdeckter Ermittler richtet sich nach den §§ 110a bis 110c und § 101 StPO.

2.2 Verdeckte Ermittler dürfen keine Straftaten begehen. Eingriffe in Rechte Dritter sind ihnen nur im Rahmen der geltenden Gesetze gestattet. Als gesetzliche Generalermächtigung kann § 34 StGB nicht herangezogen werden. Unberührt bleibt in Ausnahmefällen eine Rechtfertigung oder Entschuldigung des Verhaltens des einzelnen Polizeibeamten zum Beispiel unter den Voraussetzungen der §§ 34, 35 StGB.

2.3 Bei Verletzung von Rechtsgütern, die zur Disposition des Berechtigten stehen, kann die Rechtswidrigkeit auch unter dem Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung entfallen.

2.4 Die Entscheidung über die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zum Einsatz Verdeckter Ermittler trifft der Behördenleiter oder eine von ihm besonders bezeichnete Staatsanwältin oder ein von ihm besonders bezeichneter Staatsanwalt. Im Polizeibereich werden Regelungen getroffen, die die Entscheidung über den Einsatz auf einer möglichst hohen Ebene vorsehen, mindestens auf der Ebene des Leiters der sachbearbeitenden Organisationseinheit.

2.5 Beim Einsatz auftretender materiell- oder verfahrensrechtlicher Probleme trägt die Polizei diese an die Staatsanwaltschaft heran. Die Staatsanwaltschaft trifft ihre Entscheidung in enger und vertrauensvoller Zusammenarbeit mit der Polizei.

2.6 Der Verdeckte Ermittler ist von der Strafverfolgungspflicht gemäß § 163 StPO nicht befreit.

2.6.1 Aus kriminaltaktischen Erwägungen können Ermittlungsmaßnahmen, die in den Auftrag des Verdeckten Ermittlers fallen, zurückgestellt werden.

2.6.2 Neu hinzukommenden zureichenden Anhaltspunkten für strafbare Handlungen braucht der Verdeckte Ermittler solange nicht nachzugehen, als dies ohne Gefährdung seiner Ermittlungen nicht möglich ist; dies gilt nicht, wenn sofortige Ermittlungsmaßnahmen wegen der Schwere der neu entdeckten Tat geboten sind.

2.6.3 In den Fällen der Nummern 2.6.1 und 2.6.2 ist die Zustimmung der Staatsanwaltschaft herbeizuführen. Kann die Zustimmung nicht rechtzeitig herbeigeführt werden, so ist die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu unterrichten. Nummer 2.5 gilt entsprechend.

2.7 Die Staatsanwaltschaft fertigt über die Gespräche mit der Polizei, über die Mitwirkung des Verdeckten Ermittlers und über die getroffenen Entscheidungen – ohne Nennung des Namens des Verdeckten Ermittlers – Vermerke, die gesondert zu verwahren sind. Vertrauliche Behandlung ist sicherzustellen. Die Polizei verfährt entsprechend.

2.8 Die Entscheidungen nach § 101 Absatz 2 und Absatz 4 Satz 1 Nummer 8 sowie Absatz 5 bis Absatz 7 StPO trifft die Staatsanwaltschaft im Benehmen mit der Polizei. Nummer 2.4 Satz 1 gilt entsprechend. Die Staatsanwaltschaft setzt die Polizei von ihrer Entscheidung vor deren Ausführung in Kenntnis.

2.9 Die Ermittlungstätigkeit sonstiger nicht offen ermittelnder Polizeibeamter richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen. Ergibt sich im Einzelfall die Notwendigkeit, deren Identität im Strafverfahren geheim zu halten, so ist für den Einsatz die Zustimmung der Staatsanwaltschaft einzuholen. Ist diese nicht rechtzeitig zu erlangen, ist die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu unterrichten; sie entscheidet, ob der Einsatz fortgeführt werden soll. Der Staatsanwalt, der für die

Entscheidung über die Zustimmung zu dem Einsatz zuständig ist, kann verlangen, dass ihm gegenüber die Identität des nicht offen ermittelnden Polizeibeamten offenbart wird. Geheimhaltung ist zu gewährleisten.

3. Zuständigkeit zur Entscheidung über den Einsatz Verdeckter Ermittler im Polizeibereich

Gemäß Abschnitt II. Ziffer 2.4 wird für den Polizeibereich folgende Regelung getroffen:

Über den Einsatz Verdeckter Ermittler entscheidet der Direktor des Landeskriminalamtes oder eine von ihm besonders beauftragte Person.

III Inkrafttreten

Dieser Gemeinsame Runderlass tritt mit sofortiger Wirkung in Kraft.

Gleichzeitig tritt der Gemeinsame Erlass des Ministeriums für Justiz, Kultur und Europa und des Innenministeriums vom 25. November 2013 – II 302/4100-307 SH/IV 424 – 14.61 – außer Kraft

III. Personalnachrichten

Gerichte

Ernannt: Zur Justizoberamtsrätin mit Amtszulage: Justizoberamtsrätin *Ulrike Schmuck-Bertram*, Amtsgericht Ahrensburg.

Zum Justizamtsrat: Sozialamtmann *Stefan Möller*, Landgericht Kiel.

Zur Justizamtsfrau: Justizoberinspektorin *Katharina Becker*, Amtsgericht Kiel; Justizoberinspektorin *Anja Pfeifer*, Amtsgericht Kiel; Justizoberinspektorin *Anne Skirde*, Amtsgericht Kiel; Justizoberinspektorin *Sabrina Bettendorf*, Amtsgericht Kiel.

Zum Justizamtsmann: Justizoberinspektor *Marko Grell*, Amtsgericht Kiel; Justizoberinspektor *Torsten Beyer*, Amtsgericht Kiel.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Anna Lenhoff*, Amtsgericht Bad Segeberg; Justizinspektorin *Jessica Kell*, Amtsgericht Ratzeburg; Justizinspektorin *Britta Gehrke*, Amtsgericht Pinneberg; Justizinspektorin *Anna Schindler*, Amtsgericht Eckernförde; Justizinspektorin *Julia Schumann*, Amtsgericht Reinbek; Justizinspektorin *Julia Bender*, Amtsgericht Pinneberg.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Matthias Weber*, Amtsgericht Pinneberg.

Zur Justizinspektorin: Rechtspflegeranwärterin *Imke Först*, Amtsgericht Kiel; Rechtspflegeranwärterin *Julia Otto*, Amtsgericht Kiel; Rechtspflegeranwärterin *Linda-Marie Boye*, Amtsgericht Norderstedt; Rechtspflegeranwärterin *Ruth Mandelkau*, Amtsgericht Meldorf; Rechtspflegeranwärterin *Lieza Rebuschat*, Amtsgericht Pinneberg; Rechtspflegeranwärterin *Nina Dankert*, Amtsgericht Neumünster; Rechtspflegeranwärterin *Amrei Ludwig*, Amtsgericht Neumünster; Rechtspflegeranwärterin *Sabrina Magdzack*, Amtsgericht Rendsburg.

Zum Justizinspektor: Rechtspflegeranwärter *Joscha Niklas Friebus*, Amtsgericht Niebüll; Rechtspflegeranwärter *Sören Kunz*, Amtsgericht Neumünster.

Zur Sozialinspektorin: Beschäftigte *Tanja Esselmann*, Landgericht Kiel; Beschäftigte *Marlene Soßdorf*, Landgericht Kiel.

Zum Ersten Justizhauptwachmeister: Justizhauptwachmeister *Marcel Minor*, Amtsgericht Neumünster.

Versetzt: Justizamtsfrau *Nicole Schreier* von dem Amtsgericht Reinbek an das Amtsgericht Norderstedt; Justizinspektorin *Marlen Bankonier* von dem Amtsgericht Norderstedt an das Sozialgericht Schleswig.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtsinspektor *Norbert Kahl*, Amtsgericht Oldenburg/H.

Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zur Ersten Staatsanwältin: Staatsanwältin *Dagmar Staack*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Zum Ersten Staatsanwalt: Staatsanwalt *Dirk Stücker*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

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

Zur Justizamtsfrau: Justizoberinspektorin *Cathrin Wangelin*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Justizoberinspektorin *Sandra Holst-Oldenburg*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Zum Justizamtsmann: Justizoberinspektor *Björn Lehmann*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.

Zur Justizamtsinspektorin mit Zulage: Justizamtsinspektorin *Sabine Fentzahn-Lumbeck*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg; Justizamtsinspektorin *Silke Petersen*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Justizamtsinspektorin *Anka Jezorke*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Zum Justizamtsinspektor mit Zulage: Justizamtsinspektor *Jens Tams*, Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig.

Eintritt in den Ruhestand: Oberstaatsanwalt *Dr. Dietmar Pickert*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Vollzugsanstalten

Ernannt: Mit Wirkung vom 1. Oktober 2017 zur Sozialamtsfrau: Sozialoberinspektorin *Majken Krause*, JVA Neumünster.

Mit Wirkung vom 1. Oktober 2017 zur Justizamtsinspektorin: Justizhauptsekretärin *Anja Bouchard*, JVA Kiel.

Mit Wirkung vom 1. Oktober 2017 zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Matthias Storch*, JVA Lübeck; Justizhauptsekretär *Heiko Kreft*, JVA Kiel.

Versetzung an die Justizvollzugsanstalt Kiel mit Wirkung vom 1. Oktober 2017: Justizamtsrätin *Nicole Knapp*, JVA Neumünster.

Versetzung an die Justizvollzugsanstalt Neumünster mit Wirkung vom 1. Oktober 2017: Justizhauptsekretär *Jens Behrens*, JVA Lübeck.

Eintritt in den Ruhestand mit Ablauf des Monats September 2017: Justizamtsrätin *Christa Laßmann*, JAA Moltsfelde; Justizamtsinspektor *Lutz Romanski*, JVA Lübeck; Justizamtsinspektor *Jürgen Maß*, JVA Kiel.

Versetzung in den Ruhestand mit Ablauf des Monats September 2017: Justizhauptsekretär *Arne Pfeifer*, JVA Lübeck.

Notare

Notaramt erloschen: *Matthias Uhing*, Elmshorn; *Wolfgang Tietgen*, Norderstedt; *Hermann Stamer*, Lübeck; *Walter De-loy*, Kiel.

IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJEVG vom 1. Dezember 2017
– II 332/5112 – E – 1 – 22
(SchIHA 2017 S. 461)

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 (SchIHA S. 206), geändert durch Allgemeine Verfügung vom 30. Dezember 1971 (SchIHA 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 Privatanschriften gebeten.

1. Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 3 für die Stelle einer Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgericht in Schleswig.
- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Richterin oder eines Richters am Amtsgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors – bei dem Amtsgericht Meldorf.
- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Landgericht bei dem Landgericht Itzehoe
- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Landgericht bei dem Landgericht Flensburg
- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Landgericht bei dem Landgericht Kiel.

2. Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.
- 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 die im staatsanwaltschaftlichen Dienst des Landes tätigen Richterinnen und Richter auf Probe.

3. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 2 Stellen der BesGr. R 1 für je eine Richterin oder einen Richter am Landgericht bei dem Landgericht Itzehoe.
- 3 Stellen der BesGr. R 1 für je eine Richterin oder einen Richter am Landgericht bei dem Landgericht Kiel.
- 2 Stellen der BesGr. R 1 für je eine Richterin oder einen Richter am Landgericht bei dem Landgericht Lübeck.

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

4. Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

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

„Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe / kraft Auftrags in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Den Richterinnen und Richtern auf Probe / kraft Auftrags stehen gleich die mit dem Ziel der Versetzung nach Schleswig-Holstein abgeordneten Richterinnen und Richter in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.“

Bek. d. Präs. d. SchlHOLG vom 21. November 2017
– 5112 Eb – 317 –
(SchIHA 2017 S. 461)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

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

Zu den Aufgaben der Geschäftsleitung gehören die Leitung und Koordinierung folgender Aufgabenbereiche: Personalangelegenheiten, Haushaltsangelegenheiten, Initiierung und Durchführung von Projekten zur Reorganisation von Geschäftsabläufen, Hausverwaltung und Bauangelegenheiten.

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

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

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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

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

Bewerbungen werden erbeten bis zum **31. Dezember 2017**. Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift.

Bek. der Präsidentin des LAG Schleswig-Holstein vom
3. November 2017 – 200 Ea –
(SchIHA 2017 S. 462)

In der Arbeitsgerichtsbarkeit des Landes Schleswig-Holstein ist zum 1. April 2018

eine Stelle der Besoldungsgruppe A 12 für eine Justizamtsrätin oder einen Justizamtsrat (als Geschäftsleiterin oder als Geschäftsleiter) bei dem Arbeitsgericht Kiel planmäßig zu besetzen.

Das Aufgabengebiet umfasst im Wesentlichen

die Leitung und Koordinierung folgender Aufgabenbereiche:

- Personalangelegenheiten (soweit nicht zentral vom LAG Schleswig-Holstein wahrgenommen),
- Haushaltsangelegenheiten (soweit nicht zentral vom LAG Schleswig-Holstein wahrgenommen)
- Initiierung und Durchführung von Projekten zur Reorganisation von Geschäftsabläufen (eAkte Pilotierung),
- Hausverwaltung und
- Bauangelegenheiten
- Rechtspflegegeschäfte bei den Arbeitsgerichten

Das Anforderungsprofil

- Aufgeschlossenheit gegenüber anstehenden Strukturveränderungen in der Justiz und die Fähigkeit, diese aktiv gestaltend voranzutreiben, insbesondere Pilotierung eAkte
- ausgeprägtes Organisationsvermögen,
- besondere Befähigung zur Personalführung (gefordert ist ein kooperativer Führungsstil, der bei den Mitarbeiter/innen die notwendige Akzeptanz der bevorstehenden technischen und organisatorischen Veränderungen schafft und sie zur verantwortlichen Mitgestaltung motiviert),
- Teamfähigkeit,
- Flexibilität,
- hohe Eigeninitiative und Verantwortungsbewusstsein

Für die Bewerbung von Vorteil sind

- Verwaltungserfahrung /-kenntnisse, insbesondere in den Bereichen Personalverwaltung, Haushaltsrecht, Modernisierungsprojekte und elektronische Datenverarbeitung

- Erfahrung im Bereich der Arbeitsgerichte / im Arbeitsrecht
- Informations- und Kommunikationsfähigkeit
- Entscheidungs- und Durchsetzungsfähigkeit

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

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

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

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

Ihre Bewerbung und eine Einverständniserklärung zur Einsichtnahme in Ihre Personalakte unter gleichzeitiger Angabe Ihrer Privatanschrift, richten Sie bitte auf dem Dienstweg bis zum

31.1.2018

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@arbgh.landsh.de oder Tel. 0431/604/4148), gern zur Verfügung.

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

§§ 346, 432, 437, 443, 444 BGB

- 1. Die Parteien eines Privatkaufvertrages können durch Individualvereinbarung sämtliche Gewährleistungsansprüche wirksam ausschließen. Die Formulierung in einem ebay-Inserat Kaufvertrag, dass „selbstverständlich ohne Garantie“ verkauft werden solle, kann auch von einem juristischen Laien nur in dieser Weise verstanden werden.**
- 2. In der Annoncierung des Fahrzeugs als „fahrbereit“ liegt dann keine zur Anfechtung des Kaufvertrags berechtigende Täuschung, wenn es tatsächlich erst nach einigen Startproblemen anspringt und nicht schneller als 40 km/h fährt, wenn die Käuferin vor Vertragschluss die Möglichkeit hatte, eine Probefahrt zu unternehmen, diese aber nicht genutzt hat.**
- 3. Bei der Angabe Internet-Inserat, „: ... und Dank dem bestehenden TÜV kann es losgehen“, handelt es sich lediglich um eine einschlägige Werbung anpreisender Art, die keine Garantieübernahme für eine konkrete Beschaffenheit im Sinne von § 443 BGB bedeutet.**

LG Itzehoe, Urteil vom 28. Juli 2017 – 1 S 5/16 –, Ra Ba

Die Kl.in verlangt die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über einen LKW aus ehemaligen NVA-Beständen.

Die Kl.in und der Bekl. schlossen nach einer ebay-Versteigerung einen von der Kl.in vorbereiteten schriftlichen Kaufvertrag über das Fahrzeug unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung. Das Fahrzeug des Baujahres 1984 war vor Unterzeichnung des Kaufvertrages gestartet und warmgefahren worden. Kurz nach der Unterzeichnung des Vertrages ging der Motor aus und ließ sich zunächst

nicht mehr starten. Der Lebensgefährte der Kl.in erklärte, dass man das Fahrzeug trotzdem nehme. Der Bekl. meinte, die Kl.in solle sich bei ihm melden, wenn es weitere Probleme gebe.

Die Kl.in konnte das Fahrzeug nach einiger Wartezeit starten, es fährt allerdings max. 40 km/h.

Die Kl.in verlangte daraufhin die Rückabwicklung des Kaufvertrages, weil der Bekl. ihr zugesagt habe, ihr zu helfen. Sie hat die Auffassung vertreten, sie sei jedenfalls durch die Anpreisung des Fahrzeuges als fahrbereit arglistig getäuscht worden.

Der Bekl. hat sich auf einen Gewährleistungsausschluss berufen und vorgetragen, sein Hilfsangebot habe sich nur auf technische Tipps bezogen, für den Fall, dass das Fahrzeug nicht anspringe.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen, die Kl.in hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt.

Aus den Gründen

Die Berufung der Kl.in, die mit dem Rechtsmittel weiterhin die Rückabwicklung des Kfz-Kaufvertrages mit dem Bekl. vom 23.7.2015 begehrt, ist zulässig, aber unbegründet.

Rechtsfehlerfrei hat das Amtsgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass die Voraussetzungen für eine Rückabwicklung des Vertrages aus den §§ 346, 432, 437 BGB nicht erfüllt sind und auch ein Anfechtungsgrund nicht gegeben ist.

Hierbei ist das Amtsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Parteien Gewährleistungsansprüche gegen den Bekl. wirksam ausgeschlossen haben. Dies ergibt sich nicht nur unzweifelhaft aus dem am 23.7.2015 von den Parteien unterzeichneten schriftlichen Kaufvertrag, sondern auch schon aus der Anzeige des Bekl., wie sie in der Internet-Plattform ebay inseriert war und in der der eindeutige Hinweis enthalten war,

dass „selbstverständlich ohne Garantie“ verkauft werden sollte, was auch von einem juristischen Laien nicht anders verstanden werden kann als der Ausschluss jedweder Gewährleistungsansprüche gegen den Bekl.

Auf diesen Gewährleistungsausschluss kann sich der Bekl. berufen, da die Ausnahmetatbestände des § 444 BGB nicht vorliegen.

Abgesehen davon, dass streitig geblieben ist, ob überhaupt ein Mangel in der behaupteten Art an der Kupplung des streitgegenständlichen Fahrzeugs vorliegt, ist auch nicht ersichtlich, dass der Bekl. als privater Verkäufer diesen gekannt oder für möglich gehalten hat und daher hierüber die Kl.in hätte aufklären müssen. Unstreitig stand der „Robur“ aus dem Jahre 1984 mit laufendem Motor für eine Probefahrt bereit, als die Kl.in das Fahrzeug persönlich gemeinsam mit einem Begleiter in Augenschein nehmen wollte. Wenn sie dann aber nach ihren eigenen Angaben den Kaufvertrag unterzeichnet hat, ohne dass überhaupt eine Probefahrt stattgefunden hat, bei der sie sich über die Fahrbereitschaft und Fahreigenschaften Gewissheit hätte verschaffen können, geht dies auf ihr eigenes Risiko, lässt aber nicht ansatzweise auf eine betrügerische Absicht des Bekl. schließen. Denn der Motor ist auch nach dem Vortrag der Kl.in nicht durch den Bekl. abgeschaltet worden, um z.B. eine Probefahrt absichtlich zu verhindern.

Auch eine Garantie für irgendeine konkrete Beschaffenheit des „Robur“ im Sinne von § 443 BGB hat der Bekl. nicht übernommen. Dafür fehlt es bereits an einer Erklärung des Bekl., er wolle in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für eine bestimmte Beschaffenheit übernehmen und damit für alle Folgen des Fehlens einstehen

(vgl. z.B. Palandt/Weidenkaff, § 443 Rn. 5 mwN).

Vergeblich stützt sich die Kl.in für ihren Standpunkt auf das Internet-Inserat, in welchem unter anderem formuliert ist: „... und dank dem bestehenden TÜV kann es losgehen.“ Hierbei handelt es sich im Zusammenhang mit dem gesamten Inhalt des Internet-Inserats ersichtlich lediglich um eine „einschlägige Werbung“ anpreisender Art, die nach allgemeiner Auffassung allein eine Garantieverpflichtung keinesfalls zu begründen geeignet ist

(vgl. Palandt/Weidenkaff aaO, Rn. 6).

Immerhin ist, sofern es der Kl.in um die grundsätzliche Fahrbereitschaft gehen sollte, darauf hinzuweisen, dass das Fahrzeug auch nach ihren eigenen Angaben durchaus mit eigener Motorkraft bewegt werden kann, auch wenn nicht mit der Geschwindigkeit, welche sich die Kl.in erwünscht, wobei in diesem Rechtsstreit dahingestellt sein kann, was die genaue Ursache hierfür ist.

BGB §§ 823 ff.; SGB VII § 106 III

- 1. Der Begriff der „gemeinsamen Betriebsstätte“ erfasst betriebliche Aktivitäten von Versicherten mehrerer Unternehmen, die bewusst und gewollt bei einzelnen Maßnahmen ineinander greifen, miteinander verknüpft sind, sich ergänzen oder unterstützen, wobei es ausreicht, dass die gegenseitige Verständigung stillschweigend durch bloßes Tun erfolgt. Erforderlich ist ein bewusstes Miteinander im Betriebsablauf, das sich zumindest tatsächlich als ein aufeinander bezogenes betriebliches Zusammenwirken mehrerer Unternehmen darstellt.**
- 2. Die arbeitsteile Beladung eines Lkw mit Bauschutt kann eine Gefahrengemeinschaft im Zuge des Beladevorgangs, und damit eine „gemeinsame Betriebsstätte“ im Rechtssinne darstellen. Dafür genügt es, wenn eine Firma mit einem mobilen Bagger Bauschutt auf einen LKW lädt und die Mitarbeiter der anderen (Transport-)Firma den Baggerfahrer einweisen bzw. sich um die Ladungssicherheit kümmern.**

SchlH OLG, 7. Zivilsenat, Beschluss v. 13. Februar 2017 – 7 U 126/16 –, Rö. (Anm. d. Redaktion: Die Berufung ist am 2. März 2017 zurückgenommen worden)

Der Kl. beansprucht von der Bekl. die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes in Höhe von mindestens 3000,00 € sowie Feststellung der Ver-

pflichtung zum Ersatz aller materiellen und immateriellen Schäden aus einem Unfall, der sich am 14.4.2014 auf der Baustelle S-Weg in T. ereignet hat. Die Bekl. hatte den Auftrag, mit einem Bagger eine Betonplatte inklusive Streifenfundamente aufzustemmen und den entstandenen Bauschutt zu verladen. Die Firma S. GmbH, bei der der Kl. als Lkw-Fahrer angestellt ist, war mit der Abfuhr des Bauschutts beauftragt. Der Bauschutt sollte zur Firma H. nach A. gefahren und dort entladen werden. Vor dem Unfall hatte es bereits ca. 3–4 Touren gegeben. Ein Beladevorgang dauerte ca. 20–30 Minuten. Kurz vor Beendigung des letzten Beladevorgangs kam es zu einem Unfall.

Der Kl. hatte sich mit einer Schaufel zu seinem Lkw begeben, um den restlichen Schutt hinter den LKW-Rädern zu entfernen und eine hindernisfreie Abfahrt zu ermöglichen. Zu diesem Zeitpunkt fehlten noch ca. 1–2 Baggerschaufeln, die Lkw-Mulde war bereits fast voll. Der Zeuge G., der seinerzeit als Praktikant bei der Firma S. GmbH tätig war, hatte dem Geschäftsführer der Bekl. (der den Bagger selbst fuhr) entsprechend eingewiesen. Es war noch nicht ganz klar war, ob der restliche Bauschutt noch auf den Lkw passen würde. Beim Fahren des Baggers geriet der Kl. mit seinem rechten Fuß unter die Laufkette des Baggers und wurde dabei nicht unerheblich verletzt (schweres Anpralltrauma des rechten oberen Sprunggelenkes und des Rückfußes). Im Rahmen seiner persönlichen Anhörung im Termin am 11.4.2016 erklärte der Kl., dass er immer noch „permanent Schmerzen“ habe und diese bei Belastungen zunehmen. Er sei auf die tägliche Einnahme von Schmerzmitteln (Novalgin 2 x 2 und Arcoxia) angewiesen, außerdem mache er Physiotherapie.

Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Bekl. das Haftungsprivileg gemäß § 106 Abs. 3 SGB VII zugutekommt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass zugunsten der Bekl. das Haftungsprivileg des § 106 Abs. 3 Fall 3 SGB VII eingreife, weil es sich bei der Baustelle in T. um eine „gemeinsame Betriebsstätte“ gehandelt habe.

Dagegen richtet sich die Berufung des Kl. Er ist der Auffassung, es handele sich nicht um eine „gemeinsame Betriebsstätte“, sondern um das bloße Zusammentreffen von Risikosphären mehrerer Unternehmen. Außerdem sei zum Unfallzeitpunkt die eigentliche Lkw-Beladung bereits beendet gewesen.

Der Kl. beansprucht die Änderung des angefochtenen Urteils und die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes in Höhe von mindestens in Höhe von 3000,00 € soie die Feststellung, dass die Bekl. verpflichtet ist, ihm sämtliche materiellen und immateriellen Schäden aus dem Unfall vom 14.4.2014 zu zahlen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind.

Der Senat hat mit einstimmigem Beschluss vom 13.2.2017 darauf hingewiesen, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. Der Kl. hat daraufhin seine Berufung mit Schriftsatz vom 2.3.2017 zurückgenommen.

Aus den Gründen

Die Berufung hat im Sinne von § 522 Abs. 2 ZPO offensichtlich keinen Erfolg. Die Ausführungen des Kl. aus der Berufungsbegründung vom 7.12.2016 rechtfertigen keine andere Entscheidung.

Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen, weil der Bekl. die Haftungsprivilegierung gemäß § 106 Abs. 3 SGB VII zugutekommt. Es greift hier die sich aus § 104 SGB VII ergebende Haftungsbeschränkung für Unternehmer (u.a. Haftung nur bei vorsätzlicher Verursachung des Versicherungsfalls), weil sich der Unfall im Rahmen betrieblicher Aktivitäten von Versicherten mehrerer Unternehmen auf einer „gemeinsamen Betriebsstätte“ ereignet hat.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(BGH, VI ZR 483/12, Urteil vom 23.9.2014, juris Rn. 18 mwN)

erfasst der Begriff der „gemeinsamen Betriebsstätte“ betriebliche Aktivitäten von Versicherten mehrerer Unternehmen, die bewusst und gewollt bei einzelnen Maßnahmen ineinander greifen, miteinander verknüpft sind, sich ergänzen oder unterstützen, wobei es ausreicht, dass die gegenseitige Verständigung stillschweigend durch bloßes Tun erfolgt. Erforderlich ist aber ein bewusstes Miteinander im Betriebsablauf, das sich zumindest tatsächlich als ein aufeinander bezogenes betriebliches Zusammenwirken mehrerer Unternehmen darstellt. § 106 Abs. 3 Alt. 3 SGB VII ist nicht schon dann anwendbar, wenn Versicherte zweier Unternehmen auf derselben Betriebsstätte aufeinandertreffen. Eine „gemeinsame Betriebsstätte“ ist nach allgemeinem Verständnis vielmehr als „dieselbe Betriebsstätte“ zu verstehen. Das bloße Zusammentreffen von Risikosphären mehrerer Unternehmen erfüllt den Tatbestand der Norm nicht. Parallele Tätigkeiten, die sich beziehungslos nebeneinander vollziehen, genügen ebenso wenig, wie eine bloße Arbeitsberührung. Erforderlich ist vielmehr eine gewisse Verbindung zwischen den Tätigkeiten als solche in der konkreten Unfallsituation, die eine Bewertung als „gemeinsame“ Betriebsstätte rechtfertigt. Der Haftungsausschluss nach § 106 Abs. 3 Alt. 3 SGB VII ist (nur) im Hinblick auf die zwischen den Tätigkeiten verschiedener Unternehmen bestehende Gefahrengemeinschaft gerechtfertigt. Eine Gefahrengemeinschaft

ist dadurch gekennzeichnet, das typischerweise jeder der (in enger Berührung mit anderen) Tätigen gleichermaßen zum Schädiger und Geschädigten werden kann. Der Haftungsausschluss knüpft daran an, dass eine gewisse Verbindung zwischen den Tätigen bei konkreten Arbeitsvorgängen in der konkreten Unfallsituation gegeben ist, die die „gemeinsame Betriebsstätte“ kennzeichnet. Dies ist z. B. beim arbeitsteiligen Beladen eines Lkws mit tonnenschweren Papierrollen mittels eines Gabelstaplers der Fall

(vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 15.09.2016, NJW-Spezial 2016, 681 mwN).

Gemessen daran lag in der konkreten Unfallsituation hier eine „gemeinsame Betriebsstätte“ zwischen dem Arbeitgeber des Kl. (Firma S. GmbH) und der Bekl. vor.

Bereits auf Grund des unstreitigen Tatbestands steht fest, dass der Kl. und der Geschäftsführer der Bekl. beim Beladen des Lkw's arbeitsteilig vorgegangen sind. Während der Geschäftsführer der Bekl. mit einem mobilen Bagger den Bauschutt auf die Lkw-Mulde lud und der Zeuge G. (Praktikant der Firma S.) den Baggerfahrer einwies, kümmerte sich der Kl. um die Ladungssicherheit. Er passte z. B. auf, dass die Plane beim Beladen nicht beschädigt wurde. Entsprechend war auch bei den vorangegangenen Lkw-Touren verfahren worden. Es handelte sich deshalb nicht um das bloße, zufällige Zusammentreffen von Risikosphären mehrerer Unternehmen, sondern um die arbeitsteilige Beladung eines Lkw mit Bauschutt. Damit lag auch eine sog. Gefahrengemeinschaft im Zuge des Beladevorgangs vor.

Entgegen der Auffassung des Kl. war zum Unfallzeitpunkt der Beladevorgang auch nicht beendet. Der Kl. hat im Rahmen seiner persönlichen Anhörung im Termin am 11.4.2016 selbst angegeben, dass unmittelbar vor dem Unfall noch „ein bis zwei Schaufeln fehlten“, um den Beladevorgang abzuschließen. Auch der Geschäftsführer der Bekl. gab an, dass zum Unfallzeitpunkt „vor dem Bagger noch ein bisschen Material war“, das noch verladen werden musste. Schließlich hat auch der Zeuge G. erklärt, dass sich der Unfall in dem Moment ereignete, als der Bagger nach hinten fahren wollte, um auch noch die hintere Mulde zu beladen. Damit steht fest, dass zum Unfallzeitpunkt die sogenannte Gefahrengemeinschaft noch bestand und der Beladevorgang noch nicht abgeschlossen war.

Nach alledem ist die Berufung offensichtlich unbegründet.

StVG §§ 7, 9, 18; StVO § 1 II

- 1. Auf einem Tankstellengelände, das eine einem Parkplatz vergleichbare Verkehrsfläche darstellt, gilt grundsätzlich das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme, § 1 Abs. 2 StVO. Jeder Verkehrsteilnehmer muss dort mit niedriger Geschwindigkeit, hoher Aufmerksamkeit und genereller Bremsbereitschaft sein Kraftfahrzeug führen.**
- 2. Kommt es in dieser Weise zur Kollision zwischen einem gerade anfahrenden Pkw und einem Fahrzeug, welches mit wenigstens 15 km/h auf das Tankstellengelände einfährt, ist eine hälftige Schadenteilung sachgerecht.**

LG Lübeck, Urteil vom 28. Juli 2017 – 6 O 67/15 –, Ra Ba.

Der Kl. verlangt die Zahlung weiteren Schadensersatzes nach einem Verkehrsunfall,

Am 19.10.2014 ereignete sich in O auf dem Tankstellengelände der Firma A, ein Verkehrsunfall zwischen dem vom Kl. gesteuerten Pkw und dem von der verstorbenen Bekl. zu 2) gesteuerten Pkw. Die verstorbene Bekl. zu 2) war Halterin des von ihr gesteuerten Fahrzeugs. Dieses war bei der Bekl. zu 1) haftpflichtversichert. Der Kl. war Halter des von ihm gesteuerten Fahrzeugs. Eigentümerin dieses Fahrzeugs war die I. Diese hatte das Fahrzeug an die A zur Sicherung übereignet. Die A ermächtigte die I, „die sich aus dem Verkehrsunfall ergebenden Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen und einzuziehen“. Die I wiederum trat „sämtliche Schadensersatzansprüche aus dem Unfallereignis vom 18.8.2015“ an den Kl. ab und ermächtigte ihn zusätzlich, „diese Ansprüche im eigenen Namen und auf eigene Kosten gerichtlich geltend zu machen“. Nachdem der Kl. mit verschiedenen Anlagen dies in den Rechtsstreit eingeführt hatte, haben die Bekl. seine Aktivlegitimation unstreitig gestellt.

Das Kraftfahrzeug der verstorbenen Bekl. zu 2) stand auf einem Parkstreifen, der sich zwischen den Tanksäulen und einer Grünfläche befindet, die das Tank-

stellengelände gegen die Straße abgrenzt. Der Kl. war im Begriff, mit seinem Kraftfahrzeug den Parkstreifen anzusteuern und das Fahrzeug vor dasjenige der verstorbenen Bekl. zu 2) zu setzen. Die Verstorbene Bekl. zu 2) schickte sich an, das Tankstellengelände mit ihrem Fahrzeug zu verlassen. Als der Kl. rechtsseitig am Beklagtenfahrzeug vorbeifuhr, kam es zur Kollision.

Durch die Kollision wurden beide Kraftfahrzeuge beschädigt, das klägerische Fahrzeug linksseitig und das Beklagtenfahrzeug im Bereich des rechten vorderen Kotflügels. Die geltend gemachten Schadenspositionen sind der Höhe nach unstreitig. Der Gesamtschaden beläuft sich danach auf 11 491,76 €. Darauf zahlte die Bekl. zu 1) unter Annahme einer Haftungsverteilung von jeweils 50 % die Hälfte, d. h. 5745,88 €. Die nicht gezahlte Hälfte ist Klagegegenstand.

Der Kl. behauptet, die verstorbene Bekl. zu 2) habe ihr Fahrzeug mit nach rechts eingeschlagenen Rädern in dem Moment in Bewegung gesetzt, als er sich mit seinem Fahrzeug bereits auf ihrer Höhe befunden habe.

Die Bekl. behaupten, die Bekl. zu 2) sei, nachdem sie durch einen Blick in alle drei Rückspiegel und auch über die Schulter nach rechts Rückschau gehalten habe, gerade im Begriff gewesen, geradeaus fahrend das Tankstellengelände zu verlassen, als der Kl. von hinten schnei! hergekommen und die Bekl. zu 2) geschnitten habe, um sich mit seinem Fahrzeug vor sie zu setzen. Ihr Fahrzeug habe aber zum Kollisionszeitpunkt noch mit geradeaus gerichteten Vorderrädern gestanden. Das vom Kl. gelenkte Fahrzeug sei mit einer Mindestgeschwindigkeit von 25 km/h seitlich schneidend dagegen gefahren.

Aus den Gründen

Die zulässige Klage ist nicht begründet.

Der Kl. hat aus abgetretenem Recht der I gegen die verstorbene Bekl. zu 2) keinen Anspruch auf Zahlung von 5316,55 € aus § 7 Abs. 1 StVG gehabt bzw. hat gegen ihren Rechtsnachfolger keinen solchen Anspruch.

Die genannte Vorschrift kommt als Anspruchsgrundlage in Betracht. Bei dem Unfallort, einem Tankstellengelände, handelt es sich zwar um ein privates, jedoch bestimmungsgemäß jedermann zugängliches Gelände. Deswegen gilt dort die Straßenverkehrsordnung und bestimmt sich die Haftung nach den Vorschriften der §§ 7 ff StVG

(vgl. Landgericht Itzehoe, Urteil vom 23.3.2017, 4 O 116/16, Rz. 17 bei Juris).

Nach § 7 Abs. 1 StVG ist der Halter eines Kraftfahrzeugs, bei dessen Betrieb eine Sache beschädigt wird, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die verstorbene Bekl. zu 2) war Halterin des von ihr gesteuerten Kraftfahrzeugs. Bei dessen Betrieb ist an dem vom Kl. gesteuerten Kraftfahrzeug ein Schaden entstanden. Unabhängig davon, ob im Kollisionszeitpunkt das Beklagtenfahrzeug bereits in Bewegung gesetzt worden war, stand die im Fahrzeug auf dem Fahrersitz bereits befindliche verstorbene Bekl. zu 2) im Begriff, das Fahrzeug in Bewegung zu setzen und es vom Tankstellengelände auf die davor verlaufende Straße zu lenken. Diese Handlungsweise der Bekl. zu 2) ist bereits zum Betrieb des Kraftfahrzeugs zu rechnen

(vgl. König in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 44. Aufl., Rn. 5 zu § 7 StVG).

An dem klägerischen Fahrzeug ist ein linksseitiger Substanzschaden entstanden. Damit ist die Haftung nach § 7 Abs. 1 StVG grundsätzlich eröffnet.

Eine Abwägung mit dem vom Kl. verwirklichten Verursachungsbeitrags führt dazu, dass der Kl. aus abgetretenem Recht der I nicht mehr als die Hälfte des entstandenen Schadens ersetzt verlangen kann.

Die Abwägung ist allerdings nicht nach § 17 Abs. 1 und 2 StVG vorzunehmen. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Kl., der Halter des von ihm gesteuerten Kraftfahrzeugs ist, zugleich auch Geschädigter wäre, also im Falle seines Eigentums an dem Fahrzeug. Er ist indes unstreitig nicht Eigentümer des Kraftfahrzeugs, sondern geht aus abgetretenem Recht der I vor. Diese wiederum ist nicht Halterin des Kraftfahrzeugs, so dass ihr gegenüber eine Abwägung nach § 17 Abs. 1 und 2 StVG nicht in Betracht kommt

(vgl. BGH, Urteil vom 10.7.2007, VI 2R 199/06, NJW 2007, 3120, 3121).

§ 17 StVG findet nur dann Anwendung, wenn auch der Geschädigte nach den Bestimmungen des StVG haftet (vom hier nicht gegebenen Fall des § 17 Abs. 3 S. 3 StVG einmal abgesehen).

Vielmehr hat die Abwägung nach § 9 StVG stattzufinden. Diese Vorschrift gilt für Ansprüche eines selbst nicht nach dem StVG haftenden Geschädigten aus Gefährdungshaftung

(vgl. BGH aaO).

Nach dieser Bestimmung finden, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat, die Vorschriften des § 254 BGB mit der Maßgabe Anwendung, dass im Fall der Beschädigung einer Sache das Verschulden desjenigen, welcher die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, dem Verschulden des Verletzten gleichsteht.

Damit hat sich die Eigentümerin als ursprüngliche Anspruchsinhaberin das Verschulden des Kl., der zum Unfallzeitpunkt die tatsächliche Gewalt über das Kraftfahrzeug ausübte, zurechnen zu lassen.

Für die anzustellende Abwägung sind nur die tatsächlich feststehenden, also die unstreitigen, zugestandenen oder nach § 286 ZPO bewiesenen unfallursächlichen Umstände heranzuziehen.

Ausgangspunkt der Betrachtung muss sein, dass auf einem Tankstellengelände, das eine einem Parkplatz vergleichbare Verkehrsfläche darstellt, grundsätzlich das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme aus § 1 Abs. 2 StVO gilt. Jeder Verkehrsteilnehmer muss dort mit niedriger Geschwindigkeit, hoher Aufmerksamkeit und genereller Bremsbereitschaft sein Kraftfahrzeug führen.

Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme stehen Verschuldensbeiträge auf Seiten des Kl. und der verstorbenen Bekl. zu 2) einander gegenüber, die gleichrangig zu beurteilen sind und deswegen zu einer hälftigen Schadensteilung führen.

Nach dem überzeugenden Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. F ist das Beklagtenfahrzeug bereits in der Vorwärtsbewegung gewesen, als die Fahrzeuge kollidierten. Das erklärt sich daraus, dass anderenfalls die Eindringtiefe am klägerischen Fahrzeug höher gewesen sein müsste (Ziff. 3.3, S. 6/7 des Gutachtens). Nicht bewiesen ist hingegen die Behauptung des Kl., die Bekl. zu 2) habe das Fahrzeug nach rechts weggelenkt. Zwar hat der Zeuge C diese Behauptung des Kl. bestätigt. Dieser Beweis ist aber durch die entgegenstehenden Feststellungen des Sachverständigen zu diesem Punkt erschüttert. Denn der Sachverständige hat überzeugend aus dem Schadensbild am Beklagtenfahrzeug hergeleitet, dass ein deutlicher Lenkeinschlag nach rechts nicht im Kollisionszeitpunkt gegeben gewesen sein kann, da andernfalls ein Kontakt des rechten Vorderrades mit der linken Karosserieseite des klägerischen Fahrzeugs stattgefunden hätte (vgl. Ziff. 3.2, S. 6 des Gutachtens). Die Bekl. zu 2) muss aber ihrer Rückschaupflicht nicht genügend nachgekommen sein, denn andernfalls hätte sie das von hinten herannahende klägerische Fahrzeug wahrgenommen und abwarten müssen, wohin dieses gelenkt wurde, bevor sie vorwärts fahrend den Parkstreifen verlassen durfte.

Auf Seiten des Kl. ist als zu vertretender Verursachungsbeitrag eine überhöhte Geschwindigkeit von mindestens 15 km/h zu berücksichtigen. Dabei handelt es sich nach den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen um die plausible Mindestgeschwindigkeit des klägerischen Fahrzeugs angesichts der an ihm entstandenen Schäden, insbesondere angesichts der dort vorhandenen Kontaktpurenlänge (Ziff. 3.4, S. 9 des Gutachtens). Nicht jedoch ist die von den Bekl. behauptete Geschwindigkeit des klägerischen Fahrzeugs von 25 km/h bewiesen.

Eine solche Kollisionsgeschwindigkeit hat der Sachverständige zwar anhand des ihm zu Verfügung stehenden Materials nicht ausgeschlossen, von technischer Seite her aber nicht nachweisen können (Ziff. 3.4 am Ende, S. 9 des Gutachtens). Außerdem muss dem Kl. angelastet werden, dass er ohne ausreichende Beachtung des Beklagtenfahrzeugs unter Beachtung der gebotenen besonderen Aufmerksamkeit auf einem Tankstellengelände vor dieses eingeschert ist. Wäre der Kl. mit der notwendigen erhöhten Aufmerksamkeit neben das Beklagtenfahrzeug langsam herangefahren, hätte er dessen eingesetzte Vorwärtsbewegung wahrgenommen und von einem Einscheren abgesehen.

Beide Verhaltensweisen bewertet das Gericht als gleichrangig für die Entstehung des Verkehrsunfalls, woraus sich eine hälftige Schadensteilung ergibt.

Damit hat der Kl. aus abgetretenem Recht keinen weitergehenden Zahlungsanspruch aus § 7 Abs. 1 StVG.

Ebenso wenig ergibt sich ein solcher Anspruch aus § 18 Abs. 1 StVG gegen die verstorbene Bekl. zu 2) bzw. deren Rechtsnachfolger. Auch insofern ist die Abwägung nicht nach § 18 Abs. 3, 17 StVG durchzuführen, sondern nach § 9 StVG und führt zum selben Ergebnis wie oben ausgeführt.

Ein weitergehender Anspruch ergibt sich für den Kl. aus abgetretenem Recht der I auch nicht aus § 823 Abs. 1 BGB. Zwar ist dessen Haftungstatbestand von der Bekl. zu 2) verwirklicht worden. Die insoweit anzustellende Abwägung der beiderseitigen Verschuldensbeiträge nach § 254 BGB führt aber zu demselben Ergebnis. Denn anders als in dem vom BGH in der genannten Entscheidung zu beurteilenden Sachverhalt

(BGH, Urteil vom 10.7.2007, VI ZR 199/06, NJW 2007, 3120)

hat sich die I als Zedentin hier das Verschulden des Kl. zurechnen zu lassen. Zwar findet mangels einer rechtlichen Sonderverbindung zwischen der und der Bekl. zu 2) die Vorschrift des § 278 BGB keine entsprechende Anwendung

(vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 76, Aufl., Rn. 48 zu § 254 mwN).

Die Zurechnung findet hier aber, da es sich um eine Handelsgesellschaft handelt, gemäß § 31 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit statt

(vgl. derselbe aaO und Rn. 49 zu § 254 BGB).

Denn der Kl. ist der Komplementär-Geschäftsführer der Eigentümerin. Damit führt die Abwägung nach § 254 BGB zum selben Ergebnis wie oben ausgeführt.

Anders verhielte es sich mit Ansprüchen der A, die sich das Verhalten des Kl. im Rahmen der Abwägung nach §§ 823 Abs. 1, 254 BGB nicht zurechnen lassen müsste. Aber der Kl. kann nicht Ansprüche der A geltend machen. Die A hat nämlich lediglich ihre Vertragspartnerin, die I, ermächtigt, Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen und einzuziehen. Das schließt eine Ermächtigung zur Weiterermächtigung des Kl. durch die I nicht von selbst ein. Auch eine durchgehende Kette von Abtretungen von der A über die I bis zum Kl. ist nicht dargelegt.

Mangels eines Anspruchs gegen die Versicherungsnehmerin, die Bekl. zu 2), entfällt auch der Direktanspruch gegen die Bekl. zu 1) aus § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG.

Art. 34 GG; BGB §§ 839, 249 I; StVO § 12 IV und V; StrWG SH § 10 Abs. 4

- 1. Die Verpflichtung des Verkehrssicherungspflichtigen zum sofortigen Einschreiten kann vollständig entfallen, wenn es sich um eine Gefahr handelt, die ein Verkehrsteilnehmer, der die erforderliche Sorgfalt anwendet, rechtzeitig erkennen und sein Verhalten ohne weiteres danach ausrichten kann**
- 2. Ein Granitblock mit einer Größe von etwa 15x15 cm kann bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt im Zusammenhang mit dem vorsichtigen Einparken am rechten Bordstein realisiert werden.**

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Beschluss v. 7. Februar 2017 – 7 U 114/16 –, Rö.

Die Kl.in nimmt die Bekl. Gemeinde wegen der Verletzung der Straßenverkehrssicherungspflicht auf Schadenersatz in Anspruch. Beim Einparken vor dem Haus H-Straße 11 in M. durch den Ehemann der Kl.in am 14.4.2016 gegen 14 Uhr wurde der klägerische PKW beschädigt. Nach dem Vortrag der Kl.in soll ein Steinblock von 15x15 cm auf der Fahrbahn gelegen haben. Nach dem Überfahren des Steinblocks mit dem rechten Vorderreifen soll der Wagen nochmals auch mit dem Hinterreifen den Steinblock berührt haben.

Das Landgericht hat die Klage mit dem angefochtenen Urteil abgewiesen. Mit nachfolgender Begründung hat der Senat darauf hingewiesen, dass die Berufung i.S.v. § 522 Abs. 2 ZPO offensichtlich keinen Erfolg hat. Die Kl.in hat daraufhin mit Schriftsatz vom 13.3.2017 ihre Berufung zurückgenommen.

Aus den Gründen

Die Berufung hat im Sinne von § 522 Abs. 2 ZPO offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Ausführungen der Kl.in aus der Berufungsbegründung vom 8. Dezember 2016 rechtfertigen keine andere Entscheidung.

Zu Recht hat das Landgericht eine Haftung der Bekl. gemäß §§ 839, 249 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG und § 10 Abs. 4

Straßen- und Wegegesetz des Landes Schleswig-Holstein verneint. Ein Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflicht der Bekl. liegt nicht vor. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass der Ehemann der Kl.in am 14.4.2016 gegen 14 Uhr beim Einparken vor dem Haus H-Straße 11 in M. das erforderliche Maß an Eigenvorsorge und Aufmerksamkeit nicht beachtet hat. Nach dem eigenen Vortrag der Kl.in soll ein Steinblock von 15x15 cm auf der Fahrbahn gelegen haben. Unter Berücksichtigung der Straßen- und Sichtverhältnisse (gegen 14 Uhr, gute Sicht) hätte der Ehemann der Kl.in den Steinblock sehen müssen, zumindest hätte er nach dem Überfahren mit dem rechten Vorderreifen den Steinblock nicht nochmals auch noch mit dem Hinterreifen berühren dürfen. Ergänzend wird auf Folgendes hingewiesen:

1. Unstreitig gehört die Überwachung der Verkehrssicherheit einer öffentlichen Straße zu den Amtspflichten des jeweiligen Trägers der Straßenbaulast gemäß § 10 Abs. 4 Straßen- und Wegegesetz Schleswig-Holstein (StrWG SH). Der Verkehrssicherungspflichtige hat die Verkehrsteilnehmer vor den durch die Benutzung der Straße ausgehenden Gefahren zu schützen und dafür zu sorgen, dass sie sich in einem ordnungsgemäßen Zustand befindet. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Straßen, Wege und sonstige Verkehrsflächen praktisch völlig gefahrlos sein müssen. Vielmehr ist er Verkehrssicherungspflichtige lediglich verpflichtet, einen mit zumutbaren Mitteln erreichbaren, ordnungsgemäßen Zustand der Straße zu schaffen

(vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 11.11.1999, 11 U 136/98, NordÖR 2000, 77–78).

Die Benutzer von Straßen, Wegen und sonstigen Verkehrsflächen müssen sich den gegebenen Verkehrsverhältnissen anpassen und diese so hinnehmen, wie sie sich ihnen erkennbar darbieten. Der Verkehrssicherungspflichtige muss in geeigneter und objektiv zumutbarer Weise alle, aber auch nur diejenigen Gefahren ausräumen bzw. erforderlichenfalls vor ihnen warnen, die bei sorgfältiger Benutzung nicht erkennbar sind und auf die der Benutzer sich nicht einrichten kann. Die Beantwortung der Frage, ob ein Verkehrsweg sich in einem ausreichend sicheren Zustand befindet, richtet sich nach der Art und der Häufigkeit der Benutzung sowie der Bedeutung des Verkehrsweges

(BGH NJW 1989, 2808 f.).

Die Verpflichtung des Verkehrssicherungspflichtigen zum sofortigen Einschreiten kann vollständig entfallen, wenn es sich um eine Gefahr handelt, die ein Verkehrsteilnehmer, der die erforderliche Sorgfalt anwendet, rechtzeitig erkennen und sein Verhalten ohne weiteres danach ausrichten kann

(OLG Schleswig, Urteil vom 11.11.1999 aaO; BGH VersR 1983, 39 mwN).

So liegt der Fall hier.

Die Kl.in hat nochmals mit der Berufung ausdrücklich klargestellt, dass es sich um einen 15x15 cm großen Steinblock auf der Straße handelte, der sich offenkundig aus dem Bordstein herausgelöst hatte. Die Kl.in und ihr Ehemann sind ortsansässig (wohnhafte H-Straße 8 in M.) und haben schon nicht dargelegt, ob und inwieweit die Bekl. ihre Überwachungspflicht überhaupt verletzt hat. Insoweit käme es nämlich auf die Erkennbarkeit der Beschädigung des Bordsteins an. Bei der H-Straße handelt es sich um eine Anliegerstraße mit mäßigem Verkehrsaufkommen. Es ist schon nicht nachvollziehbar dargelegt, ob und ggf. wann die Beschädigung des Bordsteins eingetreten ist bzw. für die Bekl. erkennbar gewesen sein soll. Im Übrigen entfällt die Haftung der Bekl. bereits deshalb, weil ein Granitblock mit einer Größe von etwa 15x15 cm bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt im Zusammenhang mit dem Einparken am rechten Bordstein hätte realisiert werden müssen. Üblicherweise erfolgt das Einparken mit ohnehin reduzierter Geschwindigkeit. Gemäß § 12 Abs. 4 und Abs. 5 StVO ist außerdem platzsparend zu parken und bei fehlendem Seiten- oder Parkstreifen an den rechten Fahrbahnrand heranzufahren. Dies geschieht in der Regel vorsichtig und unter Beachtung der verkehrserforderlichen Sorgfalt. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb der Ehemann der Kl.in zunächst mit dem vorderen rechten Reifen und anschließend

auch noch mit dem Hinterreifen über den 15x15 cm großen Granitblock gefahren ist.

Nach alledem ist die Berufung offensichtlich unbegründet.

BGB §§ 1940, 2194, 2196, 253; GG Art. 9

- 1. Macht die Behörde nach § 2194 BGB den Anspruch auf Vollziehung einer im öffentlichen Interesse liegenden testamentarischen Auflage geltend, so richtet sich die Bestimmtheit des Klagantrags nach dem Inhalt der Auflage. Ist die Art und Weise der zweckgerichteten Aufлагenerfüllung dem beschwerten Erben überlassen, muss ggf. in Kauf genommen werden, dass sich der eigentliche Streit in das Vollstreckungsverfahren verlagert.**
- 2. Mit dem Einwand, er habe die Erbschaftsmittel auflagengemäß verwandt, macht der Erbe die Einrede der Erfüllung der Auflage geltend. Dementsprechend liegt die Darlegungs- und Beweislast hierfür bei ihm.**
- 3. Der mit der Auflage beschwerte Erbe kann sich nicht darauf berufen, die Erfüllung der Auflage sei ihm unmöglich geworden, weil die Nachlassmittel verbraucht seien. Da der Nachlass aufgrund des Erbfalls mit seinem sonstigen Vermögen zu einer Einheit verschmolzen ist, kann Unmöglichkeit der Aufлагenerfüllung jedenfalls so lange nicht eintreten, als der Erbe vermögend ist.**

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Urteil vom 8. September 2017 – 3 U 16/17 (n.r.kr.) –, Hi.

Das klagende Ministerium ist unter anderem für die Unterstützung blinder und sehbehinderter Menschen zuständig. Der Bekl. ist nach § 2 seiner Satzung ein gemeinnütziger Verein mit demselben Ziel. Der Bekl. ist in rechtlich unselbständige Bezirksgruppen gegliedert. Sein 2009 verstorbenes Mitglied S gehörte der Bezirksgruppe R an. Er errichtete 2007 ein notarielles Testament, in dem er den Bekl. zu seinem Erben bestimmte, verschiedene Vermächtnisse aussetzte und im Übrigen eine Verwendung seines Vermögens zugunsten der Bezirksgruppe R anordnete.

Die Kl.in wirft dem Bekl. eine auflagenwidrige Verwendung des Nachlasses vor. Sie gewährt ihm deshalb derzeit keine Zuschüsse. Hierüber schwebt ein Verwaltungsrechtsstreit zwischen den Parteien. Vor der Kl.in hatte bereits ein Herr N im Jahr 2011 einen in die gleiche Richtung gehenden Vorwurf erhoben. Der Bekl. hatte ihn gerichtlich auf Unterlassung in Anspruch genommen, unterlag jedoch.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Kl.in gegen den Bekl. Stufenklage auf Erteilung von Auskunft über Bestand und Verwendung des Nachlasses und auf auflagenmäßige Verwendung der sich aus der Auskunft ergebenden Vermögenswerte erhoben. Nach Anerkenntnis des Gutachtens ist ein entsprechendes Teilerkenntnisurteil ergangen. Der Bekl. erteilte Auskunft durch Einholung eines Gutachtens der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft E. Auf der Grundlage des Gutachtens hat die Kl.in die Leistungsstufe der Stufenklage aufgerufen und beantragt, den Bekl. zu verurteilen, ein nachlasszugehöriges Grundstück in W nebst den daraus folgenden Erträgen und ein liquides Vermögen in Höhe von 231030,57 € ausschließlich zum Vollzug der testamentarischen Auflage zu verwenden. Klagerweiternd hat sie die Verurteilung zu regelmäßiger Rechenschaftslegung des Bekl. über den Vollzug der Auflage beantragt. Der Bekl. ist der Klage entgegengetreten. Er hat die Aktivlegitimation der Kl.in in Abrede gestellt, jedoch auch eine auflagenmäßige Verwendung behauptet und sich auf Verjährung eines etwaigen Vollziehungsanspruchs der Kl.in berufen.

In den Entscheidungsgründen hat das Landgericht ausgeführt, dass die Kl.in von dem Bekl. gemäß § 2194 Satz 2 BGB die Vollziehung der testamentarischen Auflage in dem aus dem Urteilstenor ersichtlichen Umfang verlangen könne. Sie sei kraft landesrechtlicher Verordnung im Sinne des § 2194 Satz 2 BGB zuständig. Die Vollziehung der Auflage liege im öffentlichen Interesse. Die Förderung von Blinden und Sehbehinderten gehöre zu den öffentlichen Aufgaben des Staates. Für das Bundesland Schleswig-Holstein ergebe sich das Sozialstaatsprinzip sowohl aus Art. 20 Abs. 1 GG als auch aus der Landesverfassung. Der Anspruch auf Vollziehung der Auflage sei nicht verjährt. Nach dem Vorbringen des Bekl. bestünde Kenntnis bei der Kl.in von den streitgegenständlichen Vorgängen seit April 2011. Zumindest zwischen April 2014 und April 2015 sei die Verjährung jedoch durch Verhandlungen gehemmt gewesen. Damit sei der Vollziehungsanspruch bei Eingang der Klage am 9.6.2015 eindeutig noch nicht verjährt gewesen.

Der Vollziehungsanspruch der Kl.in bestünde in Höhe eines Betrages von 231030,57 €. In Höhe dieses Betrages sei nach dem von dem Bekl. vorgelegten Gutachten eine auflagenmäßige Verwendung der Nachlassmittel nicht erfolgt. Eine solche sei nur gegeben, wenn das Vermögen aus der Erbschaft ausschließlich der Bezirksgruppe R zufließe. Der nicht auslegungsfähige Begriff „ausschließlich“ bedeute, dass jede Verwendung der Nachlassmittel, die anderen Mitgliedern des Bekl. als denen der Bezirksgruppe R zugute käme, keine auflagenmäßige Verwendung darstelle. Aus dem Bericht der E ergebe sich, dass der Bekl. nur einen Betrag in Höhe von 6000,- € ausschließlich der Bezirksgruppe R zur Verfügung gestellt habe, dies aber nicht für die Verwendung der weiteren Mittel gelte. Auch die verschiedenen aus dem Bericht ersichtlichen Aufwendungen seien – wie das Landgericht näher darlegt – nur teilweise Kosten für die Verwaltung des Nachlasses. Entgegen der Ansicht des Bekl. gehe es

auch nicht darum, einen Betrag in Höhe von 128434,87 € dem Erbschaftsvermögen wieder zuzuführen. Insoweit gehe es nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen Anspruch auf Vollziehung der Auflage, der nur dann nicht bestünde, wenn er unmöglich geworden oder die Auflage unwirksam sei. Beides sei nicht der Fall. Dadurch, dass der Bekl. den Betrag aus dem Erbschaftsvermögen bereits ausgegeben habe, komme nur eine nachträglich subjektive Unmöglichkeit in Frage, die bei Geldschulden an der fortbestehenden Leistungspflicht des Schuldners allerdings nichts ändere.

Der Auskunftsanspruch ergebe sich aus § 242 BGB. Zwischen den Parteien bestünde aus § 2194 BGB eine Rechtsbeziehung, bei der die Kl.in in entschuldbarer Weise im Ungewissen über die aufлагerechte Verwendung des Nachlasses sei, während es für den Bekl. keine unbillige Belastung darstelle, jährlich Auskunft über die Mittelverwendung zu erteilen. In der Berufung rügt der Bekl.:

Entgegen der Auffassung des Landgerichts fehle es bereits an einem öffentlichen Interesse im Sinn des § 2194 Satz 2 BGB. Ein solches bestünde zwar am „ob“ der Verwendung der Mittel zu sozialen Zwecken. Dass er die Mittel jedoch satzungsgemäß zur Förderung blinder und sehbehinderter Menschen eingesetzt habe, bestreite die Kl.in aber nicht. Die Auflage diene aber auch nicht diesem Zweck. Sie beziehe sich ausschließlich auf die räumliche Verteilung der Mittel innerhalb des Bekl. sowie auf bestimmte Entscheidungswege. Dies betreffe nur das „wie“ der Mittelverwendung, das nicht im öffentlichen Interesse liege. Die Kl.in dürfe mit Rücksicht auf Art. 9 Abs. 1 GG auch keinen Einfluss darauf nehmen, welche vereinsinternen Gremien an die Stelle des testamentarisch zur Entscheidung vorgesehenen, tatsächlich aber nicht vorhandenen Gremiums treten dürften. Es sei auch kein öffentliches Interesse daran erkennbar, welche Stelle innerhalb des Vereins das Vermögen verwalte und ob die bisherige – ausschließliche – Verwendung der Mittel im räumlichen Einzugsbereich der Bezirksgruppe R der testamentarischen Auflage genüge. Ihre ausschließliche und unmittelbare Verwendung zur Förderung von Menschen mit Blindheit und Sehbehinderung oder davon bedrohten Menschen sei unstreitig.

Der Anspruch auf Vollziehung der Auflage sei verjährt. Wie erstinstanzlich ausführlich vorgetragen, habe die Kl.in bereits seit April 2011 von den streitgegenständlichen Vorgängen Kenntnis erlangt. Verjährungshemmende Verhandlungen habe es nicht gegeben und seien von der Kl.in auch nicht substantiiert vorgetragen und unter Beweis gestellt worden.

Die im angefochtenen Urteil vertretene Auslegung der Auflage dahin, dass jede Verwendung der Nachlassmittel zugunsten von Mitgliedern des Bekl., die keine Mitglieder der Bezirksgruppe R seien, keine aufлагengemäße Verwendung sei, werde nicht einmal von der Kl.in vertreten. Mittel aus der Erbschaft seien niemals irgendwelchen Mitgliedern zugute gekommen; dies verbiete § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO. Der Erblasser habe sein Vermögen nicht den Mitgliedern der Bezirksgruppe R, sondern ihm, dem Bekl., als gemeinnütziger Organisation zugewandt. Die Auflage wäre anderenfalls wegen Verstoßes gegen § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO nichtig. Unzutreffend sei auch die Auslegung der Auflage in dem Hinweisbeschluss des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts vom 5.2.2013, dass die Verwaltung des liquiden Erbschaftsvermögens innerhalb des Vereins durch die Bezirksgruppe R erfolgen müsse. Dass richtigerweise der Landesverband das Vermögen zu verwalten habe, ergebe sich nicht nur aus der Aufwandsersatzungsregelung in Satz 3 der Auflage, sondern auch aus ihrer Zweckbestimmung. Dieser werde erst und nur durch die Verwendung der Mittel, nicht aber durch die bis zur Verwendung notwendige Verwaltung derselben Genüge getan. Letztlich führte aber auch die Auslegung des Oberlandesgerichts zu keinem anderen Ergebnis. Bis auf einen Restbetrag von derzeit rund 90000,- € seien die Erbschaftsmittel bereits für die satzungsgemäßen gemeinnützigen Zwecke verwendet worden. Mit der Verwendung entfalle der Verwaltungsbedarf. Die Auflage dürfe richtigerweise dahin auszulegen sein, dass die Verwendung der Erbschaftsmittel innerhalb des Einzugsbereichs der Bezirksgruppe R zu erfolgen habe. Dem entspreche jede Verwendung der Mittel im Landkreis R-E zugunsten Blinden, Sehbehinderter oder entsprechend bedrohter Menschen.

Der Bekl. hält den Klagantrag und den ihm folgenden Urteilstenor für zu unbestimmt. Die Parteien vertreten unterschiedliche Auffassungen dazu, ob bestimmte Verwendungen der Erbschaftsmittel der testamentarischen Auflage entsprächen oder nicht. Weder aus dem angefochtenen Urteil noch aus dem klägerischen Vortrag ergebe sich, dass die Tatsache der aufлагengerechten Verwendung an sich streitig sei. Bei diesem Sach- und Streitstand habe der Urteilsanspruch keinen vollstreckungsfähigen Inhalt. Die Frage, welche Verwendung aufлагengerecht sei, werde in das Vollstreckungsverfahren verlagert, was aber nicht dessen Aufgabe sei. Die bloße wörtliche Wiedergabe des Wortlauts des Satzes 1 der Auflage helfe nicht weiter. Er, der Bekl., habe die Erbschaftsmittel zunächst für eine mobile Beratungsstelle im Kreis R-E verwendet und werde sie derzeit nach einer Befragung der Mitglieder der Bezirksgruppe R für eine stationäre Beratungsstelle in der dortigen Innenstadt. Beides halte die Kl.in für falsch, es bleibe aber unklar, was richtig sein solle. Hinzu komme, dass mit einer so allgemein gehaltenen Formulierung des Klagantrags einerseits die Rechtsverteidigung erschwert und andererseits der Kl.in das Kostenrisiko genommen werde.

Einen Anspruch, bereits verbrauchte Vermögenspositionen wieder zuzuführen, kenne § 2194 BGB nicht. Ein etwaiger Anspruch aus § 2194 BGB erstrecke sich nur auf die zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung noch vorhandenen Mittel. Er, der Bekl., verwalte die Erbschaftsmittel getrennt von seinem sonstigen Vermögen. Zum Stichtag der Auskunftserteilung habe das Erbschaftsvermögen einen liquiden Bestand in Höhe von 102595,70 € aufgewiesen; gegenwärtig seien es rund 90000,- €. Das angefochtene Urteil verpflichte den Bekl. somit dazu, rund 141000,- € dem gesonderten Erbschaftsvermögen wieder zuzuführen. Es verkenne damit aber, dass § 2194 BGB nach richtiger Auffassung keine Sekundäransprüche einräume. Der Anspruch der Behörde sei ausschließlich in die Zukunft gerichtet und eine Aufarbeitung der Vergangenheit sei ausgeschlossen. Folge man der Auslegung des Oberlandesgerichts, wonach das Erbschaftsvermögen in bestimmter Art und Weise verwaltet werden müsse, so wäre mit der Verwendung der Erbschaftsmittel Unmöglichkeit eingetreten; Sekundäransprüche schließe § 2194 Satz 2 BGB aus. Folge man hingegen der – wohl richtigen – Auslegung, wonach die Auflage auf die Verwendung der Erbschaftsmittel abziele, so komme eine Wiederauffüllung der Erbschaft nicht in Betracht. Durch die Ausgaben zunächst für die mobile

Beratungsstelle und später für die stationäre Beratungsstelle in der Rer Innenstadt seien sowohl er, der Bekl., als auch die ihm zugehörige Bezirksgruppe R bereichert im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB. Der Einwand der Kl.in, sie habe die Anschaffung des Beratungsmobils aus Zuwendungen gefördert, sei unerheblich. Das wirklich teure an der mobilen Beratungsstelle sei nicht die Anschaffung des Fahrzeugs, sondern der Betrieb der Beratungsstelle als solches. Dies gelte umso mehr für die stationäre Beratungsstelle in der Rer Innenstadt. Dafür hätte er, der Bekl., aus allgemeinen Betriebsmitteln niemals Gelder zur Verfügung gestellt. Wenn sich in einer ex post-Beurteilung ergebe, dass die Mittelverwendung nicht aufлагengerecht gewesen sei, hafte er nicht. Seine Haftung ergebe sich nur aus den §§ 812 ff. BGB, die mit § 819 BGB eine ausreichende Grundlage biete, Extremfällen zu begegnen. Er unterliege der verschärften Haftung nicht, weil er bei der Mittelverwendung dem Rat seiner steuerlichen und rechtlichen Berater gefolgt sei. Es gebe bis heute auch keine bedenkenwerten anderweitigen Vorschläge. Soweit teilweise eine Zuwendung an die Bezirksgruppenmitglieder in R persönlich verlangt werde, sei dies ausgeschlossen. Es gebe bis heute auch keinen nachvollziehbaren Vorschlag, wer anstelle der fehlenden Bezirksgruppenleitung in R entscheidungsbefugt sein solle.

Da die Erbschaft aufлагengemäß verwendet worden sei, bestünde für das klagende Ministerium kein Rechtsschutzinteresse und die Klage sei insgesamt abzuweisen. Der Feststellung im angefochtenen Urteil, die Mittel seien - bis auf ein Handgeld in Höhe von 6000,- € - nicht ausschließlich der Bezirksgruppe R zugute gekommen, fehle es an jeder Begründung. Sie sei auch nicht richtig. Aus dem Gutachten der E ergebe sich, dass die aufgewandten Kosten für die mobile Beratungsstelle nur in dem Umfang aus dem Erbschaftsvermögen entnommen worden seien, als diese unmittelbar blinden und sehbehinderten Menschen und solchen, die davon bedroht seien, im Einzugsbereich der Bezirksgruppe R zugute gekommen sei. Aus den Unterlagen sei auch ersichtlich, dass die mobile Beratungsstelle anfangs zu 80 % im Bereich R-E eingesetzt worden sei. Daraus werde deutlich, dass dieses Projekt ohne die Erbschaftsmittel nicht hätte begonnen werden können und, dem Willen des Erblassers entsprechend, den blinden und sehbehinderten Menschen sowie den davon Bedrohten im Bereich R-E zusätzliche Unterstützung gebracht habe. Die derzeit laufende Verwendung, nämlich zur Finanzierung einer stationären Beratungsstelle in R, beruhe überdies auf einer Mitgliederbefragung der Bezirksgruppe R. Er, der Bekl., habe auch den zweiten Teil der Auflage nicht verletzt, dass nämlich die Entscheidung über die Verwendung der Erbschaftsmittel allein dem Vorstand der Bezirksgruppe R obliegen solle. Da es ein solches Organ nicht gebe und derzeit auch keine Bezirksgruppenleitung, und ferner die Auflage keine Aussage darüber treffe, welcher Entscheidungsträger in einem solchen Fall berufen sei, sei das Organ mit der satzungsmäßigen Aufgahkompetenz auch im Rahmen der Auflage entscheidungsbefugt. Dies sei nach § 11 Abs. 1 der Satzung der Vorstand des Bekl.

Schließlich bestünde kein Auskunftsanspruch. § 2194 BGB sei durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass der Anspruch nur in die Zukunft und nicht in die Vergangenheit gerichtet sei. Insofern fehle es an einer Grundlage für den im angefochtenen Urteil auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestützten Auskunftsanspruch. Einer erweiternden Auslegung des § 2194 BGB bedürfe es nicht, da im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast im Zivilprozess das klagende Ministerium ausreichend Möglichkeiten habe, seine Rechte geltend zu machen. Der Vorwurf fehlender Bereitwilligkeit zur aufлагengemäßen Mittelverwendung sei eine bloße Unterstellung. Der einzige konkrete Hinweis über die Art und Weise der aufлагengemäßen Verwendung sei im Hinweisbeschluss des Oberlandesgerichts vom 5.2.2013 erfolgt. Soweit es dabei um die Verwendung der Erbschaftsmittel gegangen sei, sei er, der Bekl., diesem Hinweis gefolgt. Insbesondere habe er durch die E den auf den Einzugsbereich der Bezirksgruppe R entfallenden Kostenanteil berechnen lassen und nur diesen Anteil der Erbschaft entnommen. Auch habe er aufgrund des Hinweisbeschlusses eine Mitgliederbefragung der Bezirksgruppenmitglieder in R durchgeführt.

Die Kl.in verteidigt das angefochtene Urteil. Zur Fassung des Klagantrags weist sie darauf hin, dass sie dem Bekl. keine Vorgaben und Hinweise für die Art und Weise, in der er die Mittel aufлагengemäß zu verwenden habe, geben dürfe. Darin läge ein Verstoß gegen den von dem Bekl. selbst herangezogenen Art. 9 Abs. 1 GG. Das öffentliche Interesse an der grundsätzlich aufлагengemäßen Verwendung der Erbschaft liege jedenfalls vor. Auch die Einhaltung der vom Erblasser angeordneten örtlichen Bindung der Mittelverwendung begründe ein öffentliches Interesse. Es entspreche ihrer, der Kl.in, Aufgabe, die Einhaltung des Rechts im gesamten Land zu überprüfen, allerdings nicht nur im Land als solchem. Sie dürfe und müsse auch die örtliche Zweckbindung an den Raum R und die dortigen öffentlichen Interessen überwachen. Hätte das Landesrecht die Überwachung derartiger Auflagen den Kreisen, Ämtern oder Gemeinden zugewiesen, bestünden keinerlei Zweifel am öffentlichen Interesse betreffend die räumliche Verwendung. Nichts anderes könne gelten, wenn die Zuständigkeit zentral bei einer Landesbehörde liege. Überdies ergebe sich das öffentliche Interesse an der ordnungsgemäßen Verwendung der Erbschaftsmittel daraus, dass der Bekl. von ihr Zuschüsse verlange, die sie ihm derzeit wegen fehlender Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung nicht gewähre. Der Bekl. könne die Verbindlichkeit der Auflage, soweit sie seine innere Organisation betreffe, nicht unter Hinweis auf Art. 9 Abs. 1 GG in Frage stellen. Eine staatliche Einflussnahme, die unter den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG falle, liege nicht vor und werde auch von ihr, der Kl.in, nicht vorgenommen. Sie verfolge mit der Klage nur die Durchsetzung eines privatrechtlichen Anspruchs.

Die bisherige Mittelverwendung durch den Bekl., so die Kl.in weiter, entspreche nicht der Auflage. Die landgerichtliche Entscheidung sei entgegen der Auffassung des Bekl. nicht so zu verstehen, dass dieser die Mittel zugunsten der einzelnen Mitglieder der Bezirksgruppe R persönlich verwenden solle. Die Klage verfolge ausschließlich den Zweck, die räumliche – und gemeinnützige – Verwendung der aufлагengemäßen Mittel zugunsten der Bezirksgruppe R sicher zu stellen. Ergänzend weist die Kl.in darauf hin, dass der Bekl., wenn er in der aufлагengemäßen Verwendung der Mittel einen Widerspruch zur Gemeinnützigkeit sehe, vor der Wahl gestanden hätte, die Erbschaft anzunehmen oder ggf. die Gemeinnützigkeit aufzugeben. Die Kl.in verweist ferner darauf, dass sie keine Kontoführung „durch“ die Bezirksgruppe R verlange. Sie habe darauf keinen Anspruch. Nach dem eigenen Vorbringen des Bekl. komme der Bezirksgruppe R keine Rechtspersönlichkeit zu, sie könne daher auch kein eigenes Konto führen.

Rechtsträger sei und bleibe auch bei separater Kontoführung stets der Bekl., weshalb ihm auflagentgemäß auch die entsprechenden Verwaltungskosten zu ersetzen seien.

Den Vortrag des Bekl., dass nur noch rd. 90 000,- € liquide Mittel zur Verfügung stünden, und ferner, dass der Bekl. nunmehr eine stationäre Beratung in der Rer Innenstadt unterhalte, rügt die Kl.in als verspätet. Sie bestreitet ihn zudem mit Nichtwissen. Sie wiederholt ihren Vortrag, dass nicht jede Ausgabe im räumlichen Einzugsbereich des Landkreises R-E auflagentgerecht wäre. Soweit Mittel nicht auflagentgerecht verwendet worden seien, mache sie keineswegs einen „Anspruch auf Wiederzuführung“ geltend, wie der Bekl. meine. Es gehe vielmehr insoweit nach der Terminologie des Landgerichts um unbeachtliche Unmöglichkeit, oder nach der von ihr, der Kl.in, für vorzugswürdig erachteten Terminologie um Entreicherung im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB. Insgesamt bleibe der Vortrag des Bekl. zu den Ausgaben unsubstantiiert. Die – erstmals in der Berufung vorgetragene – Behauptung, es wären Ausgaben getätigt worden, welche ohne die Erbschaft nicht getätigt worden wären, werde bestritten.

Die Kl.in stellt weiterhin eine Verjährung des Anspruchs in Abrede. Eine unspezifische Kenntnis ihrerseits von Rechtsstreitigkeiten zwischen Herrn N und dem Bekl. habe die Verjährung nicht in Gang setzen können. Außerdem hätten zwischen den Parteien verjährungshemmende Verhandlungen in der Zeit vom 11.4.2014 bis zum 9.4.2015 stattgefunden. Ihren Vortrag hierzu hätte sie nicht näher substantiiert müssen, da der Bekl. ihn nicht bestritten habe. Die Kl.in verweist schließlich auf ein Schreiben des vormaligen Bevollmächtigten des Bekl. vom 11.11.2014, das sie als verjährungshemmendes Anerkenntnis auslegt.

Die Zuerkennung des Auskunftsanspruchs durch das Landgericht verteidigt die Kl.in damit, dass sie der Auskunft bedürfe, um eine Bewertung treffen zu können, in welcher Höhe noch auflagebehaftetes Vermögen vorhanden sei. Dementsprechend hingen auch Auskunftsansprüche ihrerseits nicht mit bisherig auflagewidriger Verwendung zusammen. Sie benötige die Auskunft, um die Geltendmachung eines Anspruchs aus § 2194 BGB prüfen und einen solchen Anspruch durchsetzen zu können.

Aus den Gründen

Die Berufung hat keinen Erfolg.

Das Landgericht hat der Klage mit beiden Anträgen zu Recht stattgegeben.

A. Die Klage ist zulässig.

1. Der Klagantrag ist hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Hinreichend bestimmt ist ein Klagantrag, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der begehrten Entscheidung erkennen lässt (§ 322 ZPO), das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeiten auf den Bekl. abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil oder eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt

(BGH NJW 1999, 954; Becker-Eberhardt in Müko ZPO, 5. Aufl. 2016, § 253 Rn. 88; Greger in Zöller, 31. Aufl. 2016, § 253 Rn. 13).

Gemessen an diesem Maßstab hatte der hiesige 11. Zivilsenat einen Antrag für zu unbestimmt gehalten, mit dem dem Bekl. der Verkauf eines Grundstücks nur unter der Voraussetzung eines – so wörtlich – „offenen, transparenten und diskriminierungsfreien“ Bieterverfahrens gestattet werden sollte

(Urteil vom 13.4.2017 – 11 U 125/16 – UA Seite 7);

auf dieses Urteil verweist die Berufungsbegründung (Seite 9, Bl. 162 d.A.). Indes kann ein Klagantrag nicht genauer gefasst werden als der Anspruch, dessen Durchsetzung er dient. Daraus folgt etwa für den Klagantrag auf Beseitigung einer Störung (§ 1004 BGB) oder auf Herstellung eines bestimmten Zustands, dass er nur auf Herbeiführung des Erfolgs gerichtet sein muss und kann. Die Wahl einer geeigneten Maßnahme ist Sache des Schuldners; eine im Klagantrag vorgegebene genaue Maßnahme machte die Klage unbegründet

(Müko ZPO/Becker-Eberhardt, § 253 Rn. 140; Zöller-Greger § 253 Rn. 13 c).

Nichts anderes gilt hier. Der Anspruch der Behörde auf Vollziehung der Auflage nach § 2194 BGB ist auf nichts weiter als auf Vollziehung der Auflage gerichtet. Damit ergibt sich der Antrag einer Klage nach § 2194 BGB aus dem Inhalt der Auflage

(Daragan in Damrau/Tanck, 3. Aufl. 2014, § 2194 Rn. 30; Rudy in Müko BGB, 7. Aufl. 2017, § 2194 Rn. 10).

Maßgeblich im Rechtsstreit ist die Auflage in Ziffer 2.1 der letztwilligen Verfügung S. Sie lautet:

„Das Vermögen, das meine Erbschaft darstellt, soll ausschließlich der Bezirksgruppe R des Vereins zufließen. Aus diesem Grund entscheidet auch nur der Vorstand der Bezirksgruppe R über die Verwendung. Dem Landesverband sind allerdings die anfallenden Verwaltungskosten zu ersetzen.“

In der Präambel der Urkunde erläutert der Erblasser den Hintergrund der Auflage. Er habe wegen seiner starken Sehbehinderung viel Unterstützung durch die Bezirksgruppe R erfahren und wolle diese an die Bezirksgruppe zurückgeben. Weder dort noch an anderer Stelle der Urkunde finden sich jedoch nähere Vorgaben zur Umsetzung der Auflage. Daraus folgt nicht, dass der Bekl. in der Verwendung der Erbschaftsmittel frei wäre. Der von der Auflage gezogene Rahmen kann jedoch auf verschiedene Weise ausgefüllt werden. Varianten auflagentgemäßer Mittelverwendung hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts in seinem Hinweisbeschluss vom 5.2.2013 im Verfahren 9 U 100/12 aufgezeigt. Der Kl.in steht demnach kein Anspruch auf Vornahme bestimmter Maßnahmen zur Aufgabenerfüllung zu. Eine dahingehende Klage wäre unbegründet. Ihr Anspruch geht nur auf Umsetzung der in Ziffer 2.1 des Testaments enthaltenen Auflage. Entsprechend ist ihr Antrag formuliert, wobei er keine wörtliche Wiedergabe der Auflage, sondern den Verweis auf Ziffer 2.1 enthält. Eine genauere Fassung des Klagantrags, der der materiellen Rechtslage gerecht wäre, ist schlicht nicht möglich.

Daran ändert es nichts, dass eine antragsgemäße Verurteilung keine Entscheidung über die unterschiedlichen Auffassungen der Parteien zur bisherigen Mittelverwendung enthält, worauf der Bekl. zutreffend verweist. Der Anlass des Streits einerseits und der Inhalt des streitgegenständlichen Anspruchs andererseits müssen auseinandergehalten werden. Der Streitgegenstand ist durch den Inhalt des Vollziehungsanspruchs vorgegeben, der die Kl.in nicht zur Durchsetzung einer bestimmten Art und Weise der Mittelverwendung berechtigt.

Da der Klagantrag nicht genauer gefasst werden kann, kann ihm auch nicht entgegengehalten werden, dass die Kl.in mit der Antragsfassung durch vermeidbare Ungenauigkeiten das Prozessrisiko ungerechtfertigt auf den Bekl. verlagere. Die Ungenauigkeit ist nicht vermeidbar. Unvermeidbar ist deshalb auch, dass sich der Streit zwischen den Parteien über die ordnungsgemäße Art und Weise der Aufgabenerfüllung im Vollstreckungsverfahren fortzusetzen droht.

2. Der Klage fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Das Gesetz weist die Befugnis zur Durchsetzung einer testamentarischen Auflage bestimmten Berechtigten – sog. Vollziehungsberechtigten – zu. Der Vollziehungsanspruch tritt an die Stelle des dem Aufgabenerfüllenden fehlenden Anspruchs. Die gesetzliche Zuweisung des Vollziehungsanspruchs an den Berechtigten trägt das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage zur Durchsetzung der zugewiesenen Aufgabe in sich. Wer sich eines Anspruchs berührt und meint, dieser sei nicht ordnungsgemäß erfüllt worden, darf gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen; er muss es sogar, wenn er den Anspruch durchsetzen will. Deshalb stünde außer Zweifel, dass etwa der Vermächtnisnehmer aus § 2174 BGB auf Erfüllung des Vermächtnisses klagten kann und der Einwand der Erfüllung erst in der Begründetheit zu prüfen wäre. Gleiches gilt für den Vollziehungsanspruch.

Daraus folgt nicht, dass eine nach § 2194 Satz 2 BGB vollziehungsberechtigte Behörde den Beschwerkten grundlos mit einer Klage überziehen könnte. Auch hier gelten die allgemeinen Grundsätze. Besteht, worauf sich der Bekl. beruft, an der klageweisen Durchsetzung des Vollziehungsanspruchs kein Bedürfnis, weil die Auflage ordnungsgemäß erfüllt und die Verpflichtung durch den Beschwerkten nicht bestritten wird, so mag das Rechtsschutzbedürfnis zwar fraglich sein. Diese Ausprägung ausnahmsweise fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses hat im Gesetz aber seinen Niederschlag gefunden. Sie wird von § 93 ZPO erfasst, der es dem leistungswilligen und -bereiten Schuldner ermöglicht, durch sofortiges Anerkenntnis die Kosten einer erhobenen Klage auf den klagenden Gläubiger abzuwälzen. Von dieser Möglichkeit hat der Bekl. gegenüber dem zunächst erhobenen Auskunftsanspruch Gebrauch gemacht. Kostenrechtlich wirkt sich dies nur deshalb nicht aus, weil die Ausurteilung des anerkannten Auskunftsanspruchs neben dem Urteil über die später aufgerufene Leistungsstufe keine eigenen Gerichts- und Anwaltskosten auslöst. Der Bekl. hätte auf der Leistungsstufe gleicherart verfahren können. Diese Überlegung wird nicht dadurch in Frage

gestellt, dass dem Bekl. auch im Falle eines vollumfänglichen Anerkenntnisses eine Verurteilung in die Kosten drohte, wenn er Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hatte. In einem solchen Fall bestünde allerdings auch am Rechtsschutzbedürfnis kein Zweifel.

B. Der Vollziehungsanspruch ist aus § 2194 BGB begründet. Nach § 2194 BGB kann die zuständige Behörde von demjenigen, der durch letztwillige Verfügung mit einer Auflage beschwert wurde, die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Der Anspruch ist gegeben, wenn eine wirksam durch letztwillige Verfügung angeordnete Auflage nicht erfüllt oder durch Unmöglichkeit untergegangen (§ 2196 BGB) ist und ihm auch die Verjährungseinrede nicht entgegengehalten werden kann. Sämtliche Voraussetzungen liegen vor.

1. Eine wirksame Auflage im Sinne des § 1940 BGB liegt mit der Anordnung in Ziffer 2.1 des notariellen Testaments S vom 02.07.2007 vor. An der Wirksamkeit des Testaments bestehen keine Zweifel, aber auch nicht an der Wirksamkeit der Auflage selbst. Inhalt einer Auflage kann jegliches Tun oder Unterlassen sein. Unwirksam ist sie nur im Falle der Sitten- oder Gesetzeswidrigkeit oder der Unmöglichkeit der angeordneten Leistung

(Damrau/Tanck/Seiler-Schopp § 1940 Rn. 6; Müko BGB/Leipold § 1940 Rn. 5).

Nichts dergleichen steht in Rede. Auf Unmöglichkeit der Aufgabenerfüllung hat sich der Bekl. zwar im vorangegangenen Rechtsstreit berufen (s. seinen dortigen Schriftsatz vom 27.12.2012 Seite 7, Bl. 190 d. BA.). Er hat zur Begründung darauf verwiesen, dass der Nachlass nicht der Bezirksgruppe zufließen könne, weil diese nicht rechtsfähig sei, und dass es seine Satzung nicht gestatte, einer Bezirksgruppe Bargeldbestände über einer bestimmten Höhe zur Verfügung zu stellen. Beide Bedenken lassen sich durch eine wohlwollende Auslegung der letztwilligen Verfügung nach § 2084 BGB ausräumen. Der Verein kann den Nachlass treuhänderisch für die Bezirksgruppe verwalten und dabei andere Wege als eine Barauszahlung der Gelder an die Bezirksgruppe finden, oder aber regelmäßige Barauszahlungen im satzungsmäßig zulässigen Umfang über Jahre hinweg erstrecken. Von grundsätzlicher Möglichkeit der Aufgabenerfüllung geht der Bekl. erkennbar nunmehr selbst aus.

2. Die Kl.in ist die nach § 2194 Satz 2 BGB zuständige Behörde. Dies ergibt sich aus § 28 Abs. 1 LVwG i.V.m. § 1 LVO vom 9.9.1975. Zuständig ist danach das Ministerium, dessen Geschäftsbereich nach dem Zweck der Auflage betroffen wird. Ersichtlich ist dies hier das Sozialministerium. Dieses kann ein öffentliches Interesse an der Vollziehung der Auflage geltend machen. Ein solches besteht, wenn die Vollziehung einem Zweck dient, den zu fördern Aufgabe des Staates oder einer sonstigen Person des öffentlichen Rechts ist

(J. Mayer in Anwaltskommentar, 2. Aufl. 2007, § 2194 Rn. 11; Staudinger/Otte § 2194 BGB).

Ob die Annahme eines öffentlichen Interesses durch die Behörde durch das Gericht nur eingeschränkt auf Einhaltung des Ermessensspielraums überprüft werden kann

(so die Kl.in, Klagschrift Seite 9 f.; dafür Anwaltskommentar/J. Mayer § 2194 Rn. 11; Staudinger/Otte § 2194 BGB Rn. 10),

oder ob eine uneingeschränkte gerichtliche Prüfungsbefugnis besteht

(jedenfalls keine ausdrückliche Einschränkung in der weiteren Kommentarliteratur zu § 2194, s. etwa Burandt in ders./Rojahn, 2. Aufl. 2014, Rn. 6; Damrau/Tanck/Daragan Rn. 16; Müko BGB/Rudy Rn. 8; Diekmann in Soergel, 13. Aufl. 2003, Rn. 5),

bedarf hier keiner Entscheidung. Die Entscheidung der Kl.in hält auch der vollen gerichtlichen Nachprüfung stand.

Dass die Unterstützung von Blinden und Sehbehinderten aufgrund des Sozialstaatsprinzips staatliche Aufgabe ist, zieht der Bekl. nicht in Zweifel. Er stellt aber in Abrede, dass ein öffentliches Interesse daran bestünde, diese Unterstützung gerade den Betroffenen in einem bestimmten räumlichen Gebiet zukommen zu lassen. Er meint, dass die Kl.in daran kein besonderes Interesse haben könne, und macht wohl auch in diesem Zusammenhang geltend, dass eine Einflussnahme

ihrerseits auf die räumliche Mittelverwendung gegen die Vereinsfreiheit aus Artikel 9 Abs. 1 GG verstieße. Mit diesen Einwänden dringt er jedoch nicht durch.

Mit dem ersten Einwand verkennt der Bekl., dass das öffentliche Interesse nicht zwingend dasjenige des Landes sein muss. Öffentlichkeit gibt es auf jeder Ebene. Dementsprechend gibt es auch auf jeder Ebene schutzwürdige öffentliche Interessen. Folgerichtig kann sich die Zuständigkeit zur Durchsetzung einer Auflage nicht nur aus Bundes- oder Landesrecht, sondern auch aus gemeindlichem oder kirchlichem Recht ergeben

(Anwaltskommentar/J. Mayer § 2194 Rn. 11).

Das Schutzbedürfnis der jeweils bedachten Öffentlichkeit ist auch unabhängig davon, ob der Beschwerter die Erfüllung der Auflage aus eigennützigen Motiven verweigert, oder weil er meint, dass die Interessen einer anderen Öffentlichkeit vorrangig wären. Wären die Interessen einer örtlich begrenzten Öffentlichkeit von einer nach gemeindlichem Recht zuständigen Behörde zu wahren, stünde außer Frage, dass diese sich nicht mit einer Mittelverwendung zugunsten einer Öffentlichkeit außerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs - etwa einer anderen Gemeinde - zufrieden geben müsste. An dieser Betrachtung kann sich nichts ändern, wenn aufgrund der Verwaltungsorganisation der Vollziehungsanspruch nicht dezentralisiert einzelnen Gemeinden oder Kreisen zugewiesen wird, sondern einer Landesbehörde. Die landesrechtliche Zuständigkeitsregelung kann schon aufgrund der Normenhierarchie nichts am materiellen Inhalt des Anspruchs aus dem BGB ändern, der schlicht auf Durchsetzung der Interessen der jeweils bedachten Öffentlichkeit gerichtet ist.

Will die Kl.in eine Mittelverwendung zugunsten einer einzelnen Bezirksgruppe des Bekl. - der Bezirksgruppe R - erzwingen, liegt darin kein Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Vereinsfreiheit. Das in Art. 9 Abs. 1 GG grundgesetzlich verbriefte Recht zur Vereinsfreiheit schützt Vereine vor eigenmächtiger staatlicher Einflussnahme. Darum geht es im Rechtsstreit aber nicht. Die Kl.in nimmt den Bekl. nicht als Hoheitsträgerin auf Erfüllung einer staatlich angeordneten Auflage in Anspruch. Ihr ist vielmehr nach § 2194 Satz 2 BGB gleichsam treuhänderisch für den Begünstigten, der keinen eigenen Vollziehungsanspruch hat, die Sorge für die Umsetzung der Auflage zu seinen Gunsten übertragen. Die durchzusetzende Auflage beruht nicht auf staatlicher Anordnung, sondern auf einer privatrechtlichen letztwilligen Verfügung. Auch der Anspruch auf Vollziehung ist rein privatrechtlicher Natur, wie schon daraus erhellt, dass er neben der Behörde auch Privaten - dem Erben, Miterben oder sonst Begünstigten - zustehen kann. § 2194 BGB räumt dem jeweils Berechtigten nur das Recht ein, durch Klage und Zwangsvollstreckung die Vollziehung der Auflage zu erzwingen

(BGH NJW 1993, 2168, 2170; Damrau/Tanck/Daragan § 2194 Rn. 2).

Eine eigene Eingriffsbefugnis enthält die Vorschrift nicht.

3. Der Vollziehungsanspruch ist nicht durch Erfüllung ganz oder teilweise erloschen.

a) In diesem Zusammenhang erlangt der Streit zwischen den Parteien über die Rechtmäßigkeit der bisherigen Verwendung der Erbschaft Bedeutung. Er betrifft das Erlöschen des Vollziehungsanspruchs. Soweit der Beschwerter die Auflage umgesetzt hat, kann kein Vollziehungsanspruch mehr bestehen. Wie bei jedem rechtshindernden Einwand trifft die Darlegungs- und Beweislast denjenigen, der sich darauf beruft. Demnach hat nicht die Kl.in einen Auflagenverstoß darzulegen und zu beweisen, vielmehr der Bekl. den Einsatz des Nachlasses im Sinne der Auflage.

b) Maßstab der Prüfung einer aufлагengerechten Verwendung der Erbschaft sind die im Testament dazu gemachten Vorgaben. Ihnen ist auch zu entnehmen, wie weitreichend die gerichtliche Überprüfungsbeugnis ist. Hat der Erblasser die Art und Weise der Aufgabenerfüllung in das billige Ermessen des Beschwerter gestellt, gilt für die gerichtliche Überprüfung der Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB. Ein dem Beschwerter eingeräumtes freies Ermessen hingegen ist nur in sehr engen Grenzen gerichtlich überprüfbar

Im vorliegenden Fall ist zu unterscheiden: Die Bezirksgruppe R unterliegt in der Entscheidung über die Mittelverwendung keinerlei Beschränkung. Dem Bekl. als dem mit der Auflage Beschwerten hingegen hat der Erblasser klar vorgegeben, in welchem Rahmen sich die Mittelverwendung halten müsse. Insoweit ist das Ermessen des Bekl. gebunden und gerichtlich überprüfbar.

Dem Bekl. gegenüber hat der Erblasser angeordnet, dass der Nachlass ausschließlich der Bezirksgruppe R zufließen solle und aus diesem Grunde auch nur deren Vorstand über die Verwendung entscheiden solle. Unterstrichen wird die Vorgabe durch die Erläuterung in der Präambel, dass der Erblasser durch diese Bezirksgruppe viel Unterstützung erfahren habe und er diese Unterstützung an die Bezirksgruppe zurückgeben wolle. Weiter heißt es im Rahmen der Auflage, dass dem Landesverband die anfallenden Verwaltungskosten zu ersetzen seien.

Die Vorgaben sind in mehrerer Hinsicht eindeutig. Eindeutig ist zunächst, dass der Nachlass der Bezirksgruppe zufließen solle, also einerseits weder dem Bekl. zur eigenen Verwendung und andererseits auch nicht den einzelnen Mitgliedern persönlich. Ersichtlich kam es dem Erblasser darauf an, der vor Ort institutionalisierten Selbsthilfegruppe die erhaltene Unterstützung zurückzugeben. Insofern erübrigen sich die Ausführungen des Bekl. zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO. Zuwendungen unmittelbar an die Mitglieder der Bezirksgruppe stehen nicht in Rede, sondern nur eine Zuwendung an die Bezirksgruppe selbst. In diesen Zusammenhang gehört auch, dass der Erblasser bei der Auswahl des Zuwendungsempfängers die örtliche Gliederung des Bekl. vor Augen hatte und nicht etwa die kommunale Gliederung des Landes Schleswig-Holstein. Er bedachte die Bezirksgruppe R und nicht etwa weitere Bezirksamtsgruppen des Bekl. im Kreis R-E. In diesen Zusammenhang gehört weiter, dass der Erblasser die Bezirksgruppe bedachte und nicht allgemein blinde und sehbehinderte Menschen in R oder solche, die aus eigener oder familiärer Betroffenheit in diesem Zusammenhang Rat suchten. Das schließt es zwar nicht aus, dass die Bezirksgruppe selbst sich für eine Mittelverwendung zur öffentlichen Aufklärungs- und Beratungsarbeit entscheiden könnte; sie ist, wie ausgeführt, in ihrer Entscheidung frei. Jedoch ist auch nur sie zu dieser Entscheidung befugt. Der Bekl. ist an die Vorgabe einer Mittelverwendung zu Gunsten der Bezirksgruppe R gebunden. Dass er den Nachlass - unter Abzug der Vermächtnisse und des ihm zugestanden Abzugs für Verwaltungskosten - „ausschließlich“ zu deren Gunsten zu verwenden hat, ist, wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat, nicht auslegungsfähig. Seinem eindeutigen Wortsinn nach bedeutet der Begriff „ausschließlich“ den Ausschluss jeder anderen Verwendung.

c) Eine auflagentreue Verwendung der Mittel nach diesem Maßstab hat der Bekl. nicht dargelegt.

aa) Der Bekl. hat sich zum Beleg der auflagentreuen Verwendung der Mittel auf den Bericht der E GmbH und hieraus wiederum auf die aus der Anlage 4 des Berichts ersichtliche Berechnung gestützt. Diese Berechnung geht von einem dem Bekl. zugeflossenen Nachlass in Höhe von 349 168,08 € aus (s. hierzu die Anlage 2 des Berichts). Von diesem Betrag seien 61 386,50 € für die Vermögensverwaltung und 110 475 €, die bereits zugunsten der Bezirksgruppe R verwendet worden seien (näher hierzu s. Anlage 3), abzuziehen. Der Verkehrswert des noch vorhandenen - derzeit nicht verwertbaren - nießbrauchsbelasteten Nachlassgrundstücks betrage 74 710,88 €. Es verblieben liquide 102 595,70 €.

bb) Die Betrags- und Wertangaben sind unstrittig. Die Kl.in hat auf ihrer Grundlage jedoch eine andere Berechnung aufgestellt (Schriftsatz vom 20.5.2016 Seite 6):

Liquides Vermögen	102 595,70
Mittelverwendung für das B Mobil	110 475,00
Nicht abzugsfähige sonstige Verwaltungskosten	14 052,49
Nicht abzugsfähige Anwalts- und Steuer-	

beratkungskosten
Insgesamt

3 907,38
231 030,57

Widerum eine andere Berechnung macht das Landgericht auf. Ausgehend von einem nicht genannten Ausgangsbetrag prüft es die Berechtigung verschiedener Abzüge. Dabei geht es davon aus, dass nach dem eigenen Vorbringen des Bekl. nur ein Betrag in Höhe von 6000,- € auflagentreue Verwendung verwendet worden sei. Dies ergebe sich aus dem Bericht der E. Dies ist so nicht richtig. Aus dem Bericht der E ergibt sich eine auflagentreue Verwendung der 6000,- € gerade nicht, der Bekl. hat sich auch nicht darauf berufen. Eine entsprechende Überweisung ungenannten Datums wird in der Anlage 3 des Berichts zwar aufgeführt, dies jedoch mit dem Bemerkung, dass es hierfür an einem nachgewiesenen Verwendungszweck fehle. Dementsprechend wird diese Überweisung bei der Ermittlung der auflagentreuen Mittelverwendung (Anlage 3 lit. B) gerade nicht als auflagentreue Verwendung zugunsten der Bezirksgruppe R berücksichtigt; sie wird mit „0“ angesetzt. In dem Bericht der E GmbH wird ausschließlich die Mittelverwendung im Zusammenhang mit der mobilen Beratungsstelle „X“ (B-Mobil) als Mittelverwendung zu Gunsten der Bezirksgruppe R aufgeführt (Bericht Seite 12). Nur darauf hat sich der Bekl. im ersten Rechtszug auch berufen. Letztlich legt jedoch auch das Landgericht seiner Entscheidung mit der Kl.in einen zur Aufлагenerfüllung noch vorhandenen Betrag von 231 030,57 € zugrunde.

cc) Die Berechnung der Kl.in erweist sich als richtig. Als vorhandenes liquides Vermögen aus dem Nachlass kann nicht nur das Guthaben bei der Sparkasse L angesetzt werden, wie es im Bericht der E geschieht (102 595,70 €, s.o.). Die E hat verschiedene Ausgaben des Bekl. zu Lasten des Nachlasses berücksichtigt, die nicht hätten berücksichtigt werden dürfen.

aaa) Dies betrifft zum Einen die von der Kl.in nicht anerkannten Abzüge für Kosten der Vermögensverwaltung, Anwalts- und Steuerberatung. Eine Berechtigung zur Entnahme dieser Kosten aus dem Nachlass hat der Bekl. nicht darlegen können. In der Anlage 3 des Berichts der E werden sonstige Verwaltungskosten pauschal mit 14 052,49 € zu Lasten der Erbschaft angesetzt. Nach den vorangehenden Erläuterungen auf Seite 11 des Berichts hätten es nur 13 775,35 € sein dürfen; diesen Betrag hat zunächst auch die Kl.in in ihre schriftsätzliche Darstellung übernommen (Schriftsatz vom 20.5.2016 Seite 5). Entscheidend ist aber letztlich der Betrag, der in die Berechnung der E eingeflossen ist und den die Kl.in als unberechtigten Abzug zugunsten des Bekl. beanstandet; dies sind 14 052,49 €. Die Kl.in hat gerügt, dass es sich dabei um reine Verwaltungskosten des Bekl. ohne Bezug zur auflagentreuen Verwendung des Nachlasses gehandelt habe. Bei sog. Sowiekosten des Bekl. handele es sich nicht um abzugsfähige Verwaltungskosten bei Erfüllung der Auflage. Der Einwand der Kl.in gegen die Abzugsfähigkeit ist schlüssig. Der Bekl. ist ihm weder in rechtlicher noch tatsächlicher Hinsicht entgegengetreten.

Bei den von der E zu Lasten der Erbschaft berücksichtigten Anwalts- und Steuerberatungskosten (3 907,38 €) hat die Kl.in ebenfalls einen Bezug zur Vollziehung der Auflage bestritten. Der Verwendungszweck dieser Kosten sei unbekannt. Auch dem ist der Bekl. nicht entgegengetreten.

bbb) Nach Auffassung der E - der sich der Bekl. anschließt - soll in Höhe von 110 475,- € eine auflagentreue Mittelverwendung zu Gunsten der Bezirksgruppe R vorliegen. Auch dies ist nicht anzuerkennen.

Bei dieser Position handelt es sich um anteilige Kosten für die Unterhaltung einer mobilen Beratungsstelle („B-Mobil“). Diese soll in den Jahren 2011 und 2012 zu 80 %, im Jahr 2013 zu 60 % und in den Jahren 2014 und 2015 zu 25 % im Kreis R-E eingesetzt worden sein, was, so die E, dem regionalen Einzugsbereich der Bezirksgruppe R entspreche (Bericht Seite 12). Nur der diesem Prozentsatz entsprechende Anteil an den Kosten des Beratungsmobils werde als Verwendung zugunsten der Bezirksgruppe R angesetzt. Insoweit allerdings sei dies auch gerechtfertigt, weil das Beratungsmobil im Sinne der Auflage der Bezirksgruppe R zugute gekommen sei. Die

E selbst argumentiert hier widersprüchlich. Einerseits stellt sie eingangs ihres Berichts klar, dass sie sich von einer abschließlich wirtschaftlichen Fragestellung leiten lasse und insbesondere nicht beurteile, wie die Verfügung des Erblassers auszulegen sei (Bericht Seite 7). Andererseits stellt sie später auf den angeblichen Willen des Erblassers ab (ebd. Seite 13), was zwingend eine Auslegung seines Testaments voraussetzt. Diese Unschlüssigkeit kann auf sich beruhen. Jedenfalls im Rechtsstreit ist der Wille des Erblassers die entscheidende Richtlinie. Ihr zufolge ist die Verwendung der Mittel für das Beratungsmobil nicht auflagentgemäß. Mehrererlei spricht dagegen.

Ein bevorzugter Einsatz im Raum R-E ist schon deshalb nicht berücksichtigungsfähig, weil er rechtswidrig ist. Er verstößt gegen die Verpflichtung des Bekl. aus dem Subventionsbescheid, so wörtlich – „darauf zu achten, dass die mobile Beratung in allen Regionen Schleswig-Holsteins gleichmäßig eingesetzt“ werde (Bescheid vom 21.9.2010 Seite 2, Anl. K 3, Bl. 44–46 d.A.). Hätte der Erblasser dem Bekl. aufgegeben, den Nachlass den Vorgaben des Subventionsbescheids zuwider einzusetzen, wäre dies eine Aufforderung zum Rechtsbruch gewesen. Es steht außer Zweifel, dass eine solche Auflage nichtig gewesen wäre. Es kann dann auch nicht als ordnungsgemäße Erfüllung der Auflage angesehen werden, wenn sich der Beschwerter aus freien Stücken für eine entsprechende Verwendung entscheidet. Aus diesem Grunde kann der Bekl. auch nicht mit dem Vortrag seines Geschäftsführers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gehört werden, dass der bevorzugte Einsatz des Beratungsmobils im Bereich R auf einer Mitgliederversammlung dort im Juni 2011 besprochen und zustimmend zur Kenntnis genommen worden sei. Ebenso wenig beachtlich ist der im vorangegangenen Verfahren gebrachte Vortrag des Bekl., dass bei einem Einsatz von zwei Tagen in der Woche im Kreis R-E genug Möglichkeiten bestünden, das Beratungsmobil unter Berücksichtigung des fünfjährigen Förderungszeitraums in den übrigen Kreisen einzusetzen (Schriftsatz vom 31.7.2012 Seite 11, Bl. 102 d.BA.). Er greift diesen Vortrag wohl auch nicht mehr auf, denn selbst wenn die geschilderte Vorgehensweise mit den Vorgaben aus dem Subventionsbescheid vereinbar wäre, hätte der Bekl. sich jedenfalls nicht daran gehalten. Nach den Feststellungen der E ist es auch bei einer Gesamtbetrachtung des Fünfjahreszeitraums nicht zu einem landesweit gleichmäßigen Einsatz des Beratungsmobils gekommen.

Der Bezirksgruppe R können auch nicht anteilig die Kosten in Rechnung gestellt werden, die bei einem gleichmäßigen Einsatz des Beratungsmobils im Lande auf sie entfielen. Eben weil das Beratungsmobil landesweit eingesetzt werden muss, hat die Bezirksgruppe R davon keinen besonderen Vorteil, der es rechtfertigen könnte, sie mit Kosten zu belasten, die andere Bezirksgruppen nicht träfen. Der Bekl. hat nie vorgetragen, dass anderen Bezirksgruppen der Einsatz des Beratungsmobils in ihrem Gebiet in Rechnung gestellt worden sei. Er kann dann auch nicht die Bezirksgruppe R zur Kostenbeteiligung heranziehen, denn es war nicht der Sinn der Auflage, diese gegenüber den anderen Bezirksgruppen zu benachteiligen.

An der Bewertung der Ausgaben für das Beratungsmobil als auflagenwidrig vermag der Vortrag des Bekl. nichts zu ändern, dass der entscheidende Kostenaufwand beim Betrieb der Beratungsstelle „der Betrieb als solcher“ sei (BB Seite 12, Bl. 165 d.A.). Der Vortrag dürfte sich vor dem Vortrag aus dem vorangegangenen Rechtsstreit verstehen, dass das Land nur das Beratungsmobil als solches finanziert habe, er, der Bekl., aber die laufenden Kosten und das Personal tragen müsse (dortiger Schriftsatz vom 31.7.2012 Seite 10 f, Bl. 101 f d.BA.). Es kommt nicht darauf an. Wie auch immer sich die von dem Bekl. für das Beratungsmobil aufgebrachten Kosten zusammensetzen, sie können aus den oben genannten Gründen bei auflagentgemäßer Mittelverwendung jedenfalls nicht zu Lasten der Bezirksgruppe R gehen.

Unabhängig von den dargelegten Einwänden gegen die auflagentgemäße Mittelverwendung belegt ein Einsatz des Beratungsmobils im Raum R-E nicht einmal, dass er ausschließlich

der Bezirksgruppe R zu Gute gekommen sei. Unstreitig gibt es auch eine eigene Bezirksgruppe E. In welchem Umfang das Beratungsmobil im Einzugsbereich der einen oder der anderen Bezirksgruppe eingesetzt wurde, ist unbekannt.

Letztlich liegt die Arbeit des Beratungsmobils inhaltlich nicht per se im Interesse der Bezirksgruppe R. Die Beratung richtet sich an alle Menschen, die Beratungsbedarf in Bezug auf Blindheit oder Sehbehinderung haben, also an Menschen, die gerade noch keine Mitglieder des Bekl. sind. Sie kommt deshalb nicht den Mitgliedern der Bezirksgruppe R zu Gute. Nachvollziehbar zwar hat der Geschäftsführer des Bekl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeführt, dass Aufklärungs- und Beratungsarbeit gegenüber Betroffenen, die – noch – keine Vereinsmitglieder seien, zum Selbstverständnis des Vereins gehöre. Gerade deshalb darf der Bekl. insoweit nicht auf den Nachlass zurückgreifen. Die Aufklärungs- und Beratungsarbeit ist Teil der Aufgaben, die der Verein im ganzen Land wahrzunehmen hat. Es handelt sich nicht um einen darüber hinausgehenden Vorteil, wie er der Bezirksgruppe R mit den Mitteln des Nachlasses zufließen soll. Nachvollziehbar ist zwar auch die weitere Erklärung des Geschäftsführers des Bekl., dass das von ihm geschilderte Selbstverständnis auch dem der Mitglieder der Bezirksgruppe R entspreche. Daraus folgt jedoch nur, dass diese sich seiner Einschätzung nach auch aus freien Stücken zur Einrichtung einer solchen Beratungsstelle hätten entschließen können. Letztlich obliegt diese Entscheidung jedoch ausschließlich der Bezirksgruppe R. Erst nach entsprechender Beschlussfassung wäre der Betrieb des Beratungsmobils eine Mittelverwendung in ihrem Interesse. Dass es derzeit keine Leitung der Bezirksgruppe R gibt, heißt nicht, dass die Wünsche der Bezirksgruppe nun übergangen werden könnten. Es hat vielmehr nur zur Folge, dass es keinen Vertreter der Bezirksgruppe R gibt, der den Betrieb des Beratungsmobils billigen konnte, und dass die Mittelverwendung deshalb keine solche in ihrem Sinne ist. Im Übrigen sei noch einmal hervorgehoben, dass auch die Bezirksgruppe R keinen subventionswidrigen Einsatz des Beratungsmobils beschließen dürfte.

Weil nach Allem schon der Sache nach nicht dargetan ist, dass die Beteiligung des Nachlasses an den Kosten für das Beratungsmobil eine auflagentgemäße Mittelverwendung darstellen könnten, kommt es nicht darauf an, ob auch der Entscheidungsprozess auflagenwidrig wäre. Insoweit käme es darauf an, wer an die Stelle des derzeit nicht vorhandenen Vorstands der Bezirksgruppe treten sollte. Sollte dies der Vorstand des Bekl. sein (und nicht – was nicht fern läge – die Gesamtheit der Mitglieder der Bezirksgruppe R, die etwa im Rahmen einer Vollversammlung oder auf andere Weise zu befragen wäre), könnte er nur entweder eine Mittelverwendung im Interesse der Bezirksgruppe R beschließen oder aber sich in irgend einer Form von den Mitgliedern der Bezirksgruppe R eine nicht in ihrem Sinne liegende Mittelverwendung genehmigen zu lassen. Eine Mittelverwendung im Interesse der Bezirksgruppe R ist jedoch nicht dargelegt. Eine Rücksprache mit ihren Mitgliedern wegen der Kosten des Beratungsmobils ist erstmals in der Berufung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat von dem Geschäftsführer des Bekl. behauptet worden. Selbst wenn der Prozessbevollmächtigte des Bekl. sich diesen Vortrag hätte zu eigen machen und in den Rechtsstreit einführen wollen, wäre er unbeachtlich, weil er verspätet wäre (§ 531 Satz 1 Nr. 3 ZPO).

ccc) Keine Berücksichtigung kann der Vortrag des Bekl. finden, derzeit werde eine stationäre Beratungsstelle in R finanziert, die auf einer Mitgliederbefragung der Bezirksgruppe R beruhe (BB Seite 14). Der Vortrag ist neu und der Bekl. hat nicht dargelegt, weshalb er ihn im ersten Rechtszug nicht hat bringen können. Da die Kl.in ihn mit Nichtwissen bestreitet (BE Seite 8, Bl. 228 d.A.), ist er nach § 531 Abs. 1 Nr. 3 ZPO zurückzuweisen. Der Bekl. hat nicht vorgetragen, dass er an erstinstanzlichem Vortrag gehindert gewesen wäre, weil der Sachverhalt erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 20.12.2016 entstanden ist. Im Gegenteil hat der Geschäftsführer des Bekl. in der mündlichen

Verhandlung vor dem Senat erklärt, dass die Einrichtung der stationären Beratungsstelle auf einer Mitgliederversammlung in R im Herbst 2015 besprochen worden sei. Abgesehen davon, dass der Vortrag demnach aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigungsfähig ist, begegnet er auch Schlüssigkeitsbedenken. Es ist nicht dargelegt, dass es sich nicht etwa um eine Leistung handelt, die der Bekl. so oder ähnlich auch in anderen Orten anbietet. Gerade angesichts des von ihm geschilderten Selbstverständnisses wäre dies naheliegend. Wie aber bereits ausgeführt, kann die Auflage nicht dazu führen, dass die Ortsgruppe R für Leistungen des Bekl. bezahlen soll, die dieser andernorts ohne Kostenbelastung der Bezirksgruppen ebenfalls anbietet.

4. Der Vollziehungsanspruch der Kl.in ist nicht durch Unmöglichkeit der Aufлагenerfüllung untergegangen.

a) Unmöglichkeit käme dem Bekl. im Verhältnis zur Kl.in allerdings zugute. Hat er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, wäre er nach § 275 BGB von seiner Pflicht gegenüber dem Aufлагengebünstigten frei geworden

(Staudinger/Otte § 2196 Rn. 2; Hausmann/Hohloch/Wellenhofer Kap. 12 Rn. 57).

Dann kann auch kein Vollziehungsanspruch mehr bestehen. Aber auch im Falle des Vertretenmüssens wäre der Anspruch der Kl.in ersatzlos untergegangen. Die Folgen einer von dem Beschwerzten zu vertretenden Unmöglichkeit sind in § 2196 BGB geregelt. Die Vorschrift räumt demjenigen, dem der Wegfall des zunächst Beschwerzten unmittelbar zu statten käme, einen Bereicherungsanspruch gegen den Beschwerzten ein. Ausschließlich diese Personen haben den Anspruch aus § 2196 BGB. Nicht anspruchsberechtigt ist damit u. a. die vollziehungsberechtigte Behörde

(Staudinger/Otte § 2196 Rn. 3; Hausmann/Hohloch/Wellenhofer Kap. 12 Rn. 58).

Auch ein Schadensersatzanspruch steht ihr – ebenso wenig wie sonst einem Vollziehungsberechtigten – zu

(Staudinger/Otte § 2194 Rn. 15; Hausmann/Hohloch/Wellenhofer Kap. 12 Rn. 58).

Unmöglich ist eine Leistung, die tatsächlich nicht erbracht werden kann. Um bestimmen zu können, ob dies der Fall ist, muss zunächst bestimmt werden, welcher Leistungsgegenstand geschuldet ist

(Caspers in Staudinger, Bearb. 2014, § 275 Rn. 12).

Besteht die Leistung in einer Gattungsschuld, ist sie so lange möglich, wie diese noch nicht nach § 243 Abs. 2 oder 300 Abs. 2 BGB konkretisiert ist, es sei denn, die Gattung insgesamt ist untergegangen. In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, wie die Parteien den Umfang der Gattung bestimmt haben. Haben sie eine größere Gattung in bestimmter Weise eingegrenzt, besteht der Anspruch auf die Leistung so lange, wie die Leistung aus der begrenzten Gattung möglich ist

(Staudinger/Caspers § 275 Rn. 20 f.).

b) Demnach ist zu bestimmen, an welchem Leistungsgegenstand die Auflage zu vollziehen ist. Der von der Auflage umfasste Nachlass bestand aus zwei Grundstücken, Wertpapieren und Geldvermögen. Ein Grundstück – XX in W – ist nach wie vor vorhanden. Es kann außer Betracht bleiben. Wegen des Nießbrauchs für die Lebensgefährtin des Erblassers ist es derzeit nicht verwertbar, weshalb die Kl.in insoweit auch keinen Vollziehungsanspruch geltend macht. Das andere Grundstück – XX in N – und die Wertpapiere hat der Bekl. verkauft. Von dem Grundstück in W abgesehen, besteht der Nachlass demnach nurmehr aus Geldvermögen. Dieses müsste nach der oben dargestellten Berechnung in Höhe von 231030,57 € noch zur Erfüllung der Auflage zur Verfügung stehen. Soweit der Bekl. Gelder entnommen haben will, war dies, wie ebenfalls dargelegt, nicht aufлагengerecht.

c) Die Erfüllung der Auflage an dem aus Geldvermögen bestehenden Gegenstand der Auflage ist infolge der Entnahmen weder ganz noch teilweise unmöglich geworden.

aa) Dies lässt sich einerseits mit dem Landgericht damit begründen, dass die Erfüllung einer Geldschuld nicht unmöglich werden kann. Dabei ist allerdings darauf zu achten, dass dies

nicht aus einem grundsätzlich anzunehmenden Vertretenmüssen finanzieller Leistungsfähigkeit hergeleitet werden darf. Darauf hat das Reichsgericht in dem vom Landgericht in Bezug genommenen Urteil (RGZ 106, 177, 181) abgestellt. Der mit einer Auflage Beschwerzte wird jedoch auch bei zu vertretenmüssender Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht frei (s.o.). Entscheidend ist vielmehr, dass die Erfüllung einer Geldschuld nicht unmöglich werden kann und § 275 BGB auf die Geldschuld keine Anwendung findet. Dies ergibt sich nicht erst aus dem früher aus § 279 BGB a.F. hergeleiteten Grundsatz „Geld hat man zu haben“, sondern daraus, dass die Unmöglichkeitsregeln verschuldensunabhängig auf Geldschulden keine Anwendung finden. Es handelt sich bei Geldschulden weder um Sach- noch um Gattungsschulden. Für sie gelten anstelle der Unmöglichkeitsanordnung des § 275 BGB vorrangig zwangsvollstreckungs- und insolvenzrechtliche Regelungen

(Ernst in MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 275 Rn. 13; Grüneberg in Palandt, 76. Aufl. 2017, § 275 Rn. 3; Omlor in Staudinger, Bearb. 2016, vor §§ 244–248, Rn. B 57 – B 59).

bb) Unmöglichkeit ist andererseits aber schon nicht schlüssig dargelegt. Der Bekl. ist Erbe des Erblassers geworden, und zwar Vollerbe, nicht nur Vorerbe, weshalb das Nachlassvermögen mit dem Anfall der Erbschaft in seinem sonstigen Vermögen des Bekl. aufgegangen ist. Es ist rechtlich nicht mehr selbständig. Das gilt unabhängig davon, dass das Nachlassvermögen mit einer Auflage belastet ist. Die aufgabenbelastete Zuwendung lässt sich als sog. unselbständige Stiftung beschreiben. Diese unterscheidet sich von der rechtsfähigen Stiftung vor allem dadurch, dass sie keine eigene Rechtspersönlichkeit hat und keiner Stiftungsaufsicht unterliegt. Sie besteht vielmehr darin, dass einem Rechtsträger durch letztwillige Zuwendung – sei es Erbeinsetzung oder Vermächtniszugewendung – Vermögen zugewandt wird mit der Maßgabe, dass dieser nur entsprechend den Vorgaben verfügen darf, die in der Auflage bestimmt werden. Im Eigentum des Beschwerzten entsteht dadurch Zweckvermögen ohne eigene juristische Persönlichkeit, das ihm zur Verwaltung übertragen ist

(RGZ 75, 379, 380; Anwaltskommentar/J. Mayer vor §§ 2192 Rn. 21).

Hinsichtlich des Geldvermögens folgt aus der Verschmelzung von Nachlass- und Eigenvermögen des Bekl., dass das aus dem Nachlass stammende Geldvermögen so lange in seinem Vermögen vorhanden ist, solange er über ein entsprechend hohes Geldvermögen verfügt. Daran ändert es nichts, wenn der Bekl. das Nachlassvermögen getrennt verwalten sollte. Es handelte sich dann nur um eine verwaltungsmäßige Trennung, die den praktischen Vorteil hätte, den Umgang mit dem Nachlassvermögen besser überblicken zu können. Rechtlich hätte sie keine Auswirkung, weil das ererbte und das vorhandene Vermögen eine rechtliche Einheit bilden. Der Bekl. kann sich deshalb nicht darauf berufen, dass ihm die Erfüllung der Auflage dadurch unmöglich geworden sei, dass er Ausgaben buchungstechnisch auf dem Nachlasskonto erfasst hat. Tatsächlich möglich ist ihm der Einsatz eines Geldvermögens in Höhe von 231030,57 € nach wie vor, und nur auf tatsächliche Unmöglichkeit kommt es bei dem Begriff der Unmöglichkeit an. Anderes gälte, wenn das Geldvermögen des Bekl. mittlerweile auf einen insgesamt geringeren Wert gesunken wäre. Das allerdings macht der Bekl. nicht geltend, so dass es auch keiner Betrachtung bedarf, inwieweit er sich nach § 242 BGB darauf berufen dürfte.

Da es auf die von dem Bekl. behauptete getrennte Vermögensverwaltung somit nicht ankommt, kann dahinstehen, ob der Bekl. mit der erstmals in der Berufungsbegründung (dort Seite 10, Bl. 163 d.A.) vorgebrachten Behauptung noch gehört werden kann. Ebenfalls kann dahinstehen, ob der Vortrag des Bekl. zur getrennten Vermögensverwaltung so richtig sein kann. Er wäre nur dann stimmig, wenn der Bekl. die aus seiner Sicht dem Nachlassvermögen zur Last fallenden Kosten stets dem Nachlassvermögen entnommen hätte und die nicht abzugsfähigen Gelder seinem sonstigen Vermögen. Das ist jedoch nicht nachvollziehbar. Weder aus dem Bericht der E noch aus dem schriftsätzlichen Vortrag des Bekl. ergibt sich,

dass er die monatlichen Kosten für das Beratungsmobil teilweise aus dem Nachlasskonto und teilweise aus Konten, auf denen er sein sonstiges Vermögen verwaltet, entnommen habe. So hätte er bei getrennter Vermögensverwaltung vorgehen müssen und beispielsweise für das Jahr 2011 80 % der Kosten dem Nachlassvermögen entnehmen müssen und 20 % seinem sonstigen Vermögen. Dass das kaum der Fall war, ergibt sich schon daraus, dass die anteilmäßige Verteilung auch für den Bekl. erst aus der von der E im Jahr 2015 angestellten Berechnung offenbar wurde. Entsprechendes gilt für die Verwaltungskosten, Anwalts-, Steuerberatungskosten. 5. Der Vollziehungsanspruch ist nicht verjährt. Die Verjährungsfrist betrug vor der Reform des Erb- und Verjährungsrechts nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. 30 Jahre; nunmehr unterliegt er der Regelverjährung von drei Jahren nach § 195 BGB. Diese Frist ist nach Art. 229 § 23 EG BGB seit dem 1.1.2010 im vorliegenden Fall maßgeblich.

a) Die Verjährungsfrist beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB (alte und neue Fassung) mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Danach wäre eine Verjährung hier zwar nicht ausgeschlossen. Der Bekl. hat unter Beweisantritt vorgebracht, dass der Sachverhalt bei der Kl.in bereits im Jahr 2011 jedenfalls auf Abteilungsleiterebene bekannt gewesen sei. Die dreijährige Verjährungsfrist hätte dann Ende 2014 geendet. Erst am 9. Juni 2015 ist die Klage jedoch bei Gericht eingegangen. Diesen Vortrag als richtig unterstellt, wäre aber gleichwohl keine Verjährung eingetreten.

aa) Der Verjährung steht schon entgegen, dass die Frist durch einjährige Verhandlungen nach § 203 BGB gehemmt war. Davon hat der Senat aufgrund der Tatbestandswirkung der im angefochtenen Urteil enthaltenen Feststellungen auszugehen (§ 314 ZPO). Im eigentlichen Urteilstatbestand werden zwar nur „Gespräche“ erwähnt. In den Entscheidungsgründen heißt es aber genauer, dass die Parteien unbestritten im Anschluss an das Schreiben der Kl.in vom 11. April 2014 bis zur Ankündigung der Klageerhebung am 9. April 2015 Verhandlungen geführt hätten (UA Seite 6). Diese Aussage enthält eine eindeutige tatbestandliche Feststellung, indem sie den im Folgenden rechtlich im Sinne des § 203 BGB gewürdigten Sachverhalt wiedergibt. Auch solche tatbestandlichen Feststellungen in den Entscheidungsgründen nehmen an der Tatbestandswirkung des § 314 ZPO teil

(Zöller/Vollkommer § 314 Rn. 1).

Aufgrund der einjährigen Hemmung der Verjährung erfolgte die neuerliche Hemmung durch Klageerhebung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) im Juni 2015 noch innerhalb laufender Frist.

bb) Der Senat weist ergänzend darauf hin, dass die Verjährung auch aufgrund Anerkenntnisses des Bekl. gehemmt gewesen wäre. Bei einer Verpflichtung zu wiederholtem oder dauerndem Handeln liegt in jeder Erfüllungshandlung ein Anerkenntnis nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB, das die Verjährung neu beginnen lässt

(Damrau/Tanck/Daragan § 2194 Rn. 6; Burandt/Rojahn/Burandt § 2194 Rn. 8; Staudinger/Otte in § 2194 Rn. 14).

Dies führt dazu, dass die Begründung einer dauernden durchsetzbaren Verpflichtung und somit eine der Stiftung ähnliche Dauerwirkung durch Auflage erzielbar ist

(Staudinger/Otte § 2194 Rn. 14; Hausmann/Hohloch/Wellenhofer Kap. 12 Rn. 45).

Verjährungshemmende Anerkenntniserklärungen dieser Art liegen vor. Ein Anerkenntnis ist nicht nur im Schreiben der vormaligen anwaltlichen Bevollmächtigten des Bekl. vom 11. November 2014 erfolgt, in dem es auf Seite 3 (Bl. 237 d.A.) heißt, dass kein Streit über die Verpflichtung des Bekl. zur Erfüllung der Auflage bestünde. Das Schreiben hat die Kl.in zwar erst im Berufungsverfahren eingeführt, es ist aber unstrittig geblieben und damit nach den §§ 529, 531 ZPO zu berücksichtigen. Anerkenntniserklärungen liegen aber auch in jeder der monatlichen Ausgaben des Bekl. für das Beratungsmobil ab dem Jahr 2011, denn der Bekl. vertritt den Standpunkt, dass

er die Ausgaben zur Erfüllung der Auflage leiste. Auf diesen Standpunkt hat er sich nicht erst im jetzigen, im Jahr 2015 anhängig gemachten Rechtsstreit gestellt. Er hat schon im vorangegangenen Rechtsstreit im Jahr 2012 deutlich gemacht, dass er die monatlichen Zuwendungen an die B-GmbH als ordnungsgemäße Aufлагenerfüllung ansehe (s. etwa seinen dortigen Schriftsatz vom 31.7.2012 Seite 8, Bl. 99 d.BA.). Diese Auffassung ist zwar nicht richtig, doch kommt es darauf in diesem Zusammenhang nicht an. Entscheidend ist, dass der Bekl. mit jeder – aus seiner Sicht – auflagengemäßen Verwendung seine Verpflichtung aus der Auflage anerkannt hat. Damit liegt in jeder Mittelverwendung ein Anerkenntnis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

C. Auch den Auskunftsanspruch hat das Landgericht zu Recht zuerkannt. Nach gefestigter Rechtsprechung ergibt sich aus § 242 BGB eine Auskunftspflicht, wenn die zwischen den Parteien bestehende Rechtsbeziehung es mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer geben kann

(s. statt Vieler Palandt/Grüneberg § 260 Rn. 4).

Das ist hier der Fall. Der Einwand des Bekl., eine aus § 242 BGB begründete Auskunftspflicht könne nicht bestehen, weil der Vollziehungsanspruch in die Zukunft gerichtet sei, verfängt nicht. Die Kl.in bedarf der Auskunft, um beurteilen zu können, ob ihr der Vollziehungsanspruch noch zusteht oder ob er erfüllt ist. Im Gegenteil erlangt der Auskunftsanspruch gerade deshalb so große Bedeutung für sie, weil sie einer zweckwidrigen Mittelverwendung in der Vergangenheit ersatzlos ausgesetzt wäre, sofern diese bei Vermögenslosigkeit des Bekl. zur Unmöglichkeit führte.

ZPO §§ 114, 485 II

Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe im Beweissicherungsverfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO ist unzulässig. Jedenfalls ist ein selbständiges Beweisverfahren hier mutwillig.

AG Norderstedt, Beschluss vom 4. August 2017 – 47 H 6/17 –, Ker.

Der Ast. begehrt Prozesskostenhilfe für ein selbständiges Beweisverfahren.

Aus den Gründen

Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für ein isoliertes Beweissicherungsverfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO ist unzulässig. Das Gericht macht sich die überzeugenden Ausführungen des LG Bonn

(Beschl. vom 18. Januar 1985 – 5T 221/84 –, MDR 1985, 415-415, juris)

voll zu Eigen:

„Nach § 114 ZPO ist eine Kostenhilfe nur möglich zur Befreiung von den „Kosten der Prozeßführung.“ Die Vorschrift setzt demgemäß – wie auch schon das Wort Prozeßkostenhilfe zeigt – voraus, daß ein Prozeß vorliegen muß. Ziel eines Prozesses ist aber im weitesten Sinne die Durchsetzung und Feststellung materiellen Rechts. Die Bestimmungen des §§ 114 ff. ZPO sind nur auf Rechtsstreitigkeiten zugeschnitten, in denen das Gericht über geltend gemachte Ansprüche und Rechte – wenn auch nur vorläufig – entscheiden soll und muß. Unter Prozeß kann hier demnach nur ein streitiges Verfahren verstanden werden, das zu einer gerichtlichen Entscheidung zugunsten oder zum Nachteil einer bedürftigen Partei führt.

Dies folgt auch daraus, daß einer mittellosen Partei PKH nur zu gewähren ist, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Der Erfolg muß nach dem Sach- und Streitstand eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich haben. Bei einem Beweissicherungsverfahren gibt es einen Erfolg in diesem Sinne nicht. Im einem Beweissicherungsverfahren geht es nur um die neutrale und wertungsfreie Sicherung von Beweisen, so etwa um die Feststellung des gegenwärtigen Zustandes einer Sache. Das für das Beweissicherungsverfahren zuständige Gericht kann aufgrund

eines Beweissicherungsantrages – zumindest sofern er außerhalb eines bereits anhängigen Rechtsstreits gestellt wird – nicht prüfen, ob eine Klage eine hinreichende Aussicht auf Erfolg hätte. Andererseits kann aber nicht PKH für ein unter Umständen kostspieliges Beweissicherungsverfahren bewilligt werden, ohne daß der Bezug dieses Verfahrens auf eine beabsichtigte und hinreichend aussichtsreiche Rechtswirklichung dargetan ist und geprüft werden kann (Wussow, Das gerichtliche Beweissicherungsverfahren in Bausachen, S. 143).

Letztlich ist dieses Ergebnis nicht unbillig. Die Partei, die die Kosten eines Beweissicherungsverfahrens nicht aufbringen kann, kann zunächst PKH für einen anhängig zu machenden Rechtsstreit beantragen und sodann zusätzlich um Bewilligung von PKH für eine Beweissicherung nachsuchen (Wussow aaO. S. 40).“

Für das Erfordernis eines kontradiktorischen Verfahrens als Voraussetzung für die Gewährung von Prozesskostenhilfe spricht im Übrigen auch, dass die Kosten für das eingeholte Sachverständigengutachten ansonsten – unabhängig vom Ergebnis der Begutachtung – im Ergebnis stets die Staatskasse tragen muss. Dies unterscheidet Prozesskostenhilfe für ein selbständiges Beweisverfahren von Prozesskostenhilfe in kontradiktorischen Verfahren, bei denen die Gerichtskosten von der unterlegenen Partei zu tragen sind, die keine Prozesskostenhilfe erhalten hat.

In einem Streitverfahren gibt es eine Kostengrundscheidungsentscheidung, bei der die (anteilig) unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits – und damit die Sachverständigenkosten als Gerichtskosten – (anteilig) zu tragen hat. In dem Fall, in dem die Prognoseentscheidung des Gerichts zutreffend ist, wonach die Rechtsverfolgung Aussicht auf Erfolg hat, fallen die Kosten daher dem Gegner zu Last und die Staatskasse wird entlastet. In einem selbständigen Beweisverfahren gibt es eine derartige Kostengrundscheidungsentscheidung nicht. Beide Parteien können eine solche nur durch die Einleitung eines Hauptsacheverfahrens herbeiführen. Dies ist grundsätzlich nicht gewollt, da das selbständige Beweisverfahren gerade den Zweck hat, einen Rechtsstreit zu vermeiden, vgl. § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

Wenn die gerichtliche Beweisaufnahme im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens eindeutig zu Lasten des Antragsgegners ausgeht, wird dieser in vielen Fällen die begehrte Handlung vornehmen. Zudem wird er vom Ast. aufgefordert werden, die Auslagen für das selbständige Beweisverfahren zu erstatten, um einen Folgeprozess zu vermeiden. Sofern das selbständige Beweisverfahren durch Prozesskostenhilfe finanziert wurde, hat der Ast. keine Auslagen, die er geltend machen kann und die Staatskasse keinen Anspruch gegen eine der Parteien. Prozesskostenhilfe für ein selbständiges Beweisverfahren bietet Parteien die Möglichkeit einer Beweisaufnahme ohne jedes Kostenrisiko und ohne jede Prüfung der Erfolgsaussicht als Korrektiv. Dies stellt eine erhebliche Missbrauchsgefahr dar, der man auch durch eine strengere Mutwilligkeitsprüfung nicht angemessen begegnen kann. Die Möglichkeit bei Gewährung von Prozesskostenhilfe ausnahmsweise eine Kostengrundscheidungsentscheidung im selbständigen Beweisverfahren durchzuführen ist ausgeschlossen, da das Gericht bei einer bloßen Beweiserhebung ohne Prüfung einer Anspruchsgrundlage keinen Maßstab für eine Kostengrundscheidungsentscheidung hat.

Entgegen vielfach geäußelter Ansicht, steht die Annahme, Prozesskostenhilfe könne für ein selbständiges Beweisverfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO nicht gewährt werden auch nicht im Widerspruch zu § 48 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 RVG. Aus der RVG-Vorschrift folgt zwar, dass der Gesetzgeber die Gewährung von Prozesskostenhilfe für ein selbständiges Beweis-

verfahren grundsätzlich für möglich hält. Nicht entschieden ist aber, ob dies nur für ein Beweissicherungsverfahren nach § 485 Abs. 1 ZPO oder auch für das Verfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO gilt. Auch das erkennende Gericht ist davon überzeugt, dass aus Billigkeitsgründen die Gewährung von Prozesskostenhilfe für ein Beweissicherungsverfahren möglich sein muss, da in diesem Fall der bedürftigen Partei die Möglichkeit einer Geltendmachung im Streitverfahren nicht als gleichwertige Alternative offen steht. Die Tatbestandsmerkmale des Beweisverlustes oder Beweiserschwerung dienen als Korrektiv vor einer missbräuchlichen Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe.

Das Gericht kann auch ausdrücklich offen lassen, ob dann, wenn besondere Gründe dafür vorliegen, dass ein Ast. statt eines streitigen Verfahrens ein selbständiges Beweisverfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO durchführen muss, ausnahmsweise Prozesskostenhilfe für ein solches gewährt werden kann. Derartige besondere Umstände sind weder dargetan noch ersichtlich.

III. Selbst wenn man aber – mit der herrschenden Ansicht

(MüKoZPO/Wache ZPO § 114 Rn. 30, beck-online; BeckOK ZPO/Reichling ZPO § 114 Rn. 1, beck-online; Musielak/Voit ZPO/Fischer ZPO § 114 Rn. 8, beck-online jeweils mwN) –

davon ausgeht, dass die Gewährung von Prozesskostenhilfe im selbständigen Beweisverfahren möglich ist, wäre sie hier als mutwillig abzulehnen. Eine Partei, die keine Prozesskostenhilfe beansprucht, würde bei verständiger Würdigung aller Umstände, von der Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens absehen, vgl. § 114 Abs. 2 ZPO. Gerade wenn man davon ausgeht, dass Prozesskostenhilfe auch für ein selbständiges Beweisverfahren gewährt werden kann, bedarf es einer besonderen Prüfung, ob Mutwilligkeit vorliegt

(Musiellak/Voit ZPO/Fischer ZPO § 114 Rn. 8, beck-online).

Nicht mutwillig handelt danach, wer eine zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Einzelfall notwendige Maßnahme beabsichtigt

(BWGS PKH/VKH, 1. Teil. Prozess- und Verfahrenskostenhilfe Rn. 525–527, beck-online).

Die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens ist derzeit weder zweckentsprechend noch notwendig.

Der Ast. trägt noch nicht einmal vor, dass in seiner Wohnung Schimmel optisch wahrnehmbar ist. Er schließt aus der zeitlichen Korrelation von Feuchtigkeiterscheinungen in seiner Wohnung bzw. in der darüber liegenden Wohnung mit bei ihm auftretenden Gesundheitsbeeinträchtigungen auf vorhandenen Schimmel und von diesem auf eine Kausalität mit seiner Gesundheitsbeeinträchtigung. Es liegen keine weiteren Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Schimmel, geschweige denn für einen kausalen Zusammenhang mit den behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Ast. vor.

Der Ast. begehrt hier Feststellungen, die nur durch ein Sachverständigengutachten und anschließend durch ein medizinisches Sachverständigengutachten geklärt werden können. Es sollen daher zwei Gutachten eingeholt werden, die erfahrungsgemäß besonders hohe Kosten verursachen. Eine vernünftige Partei würde ein derartiges Kostenrisiko nur eingehen, wenn sie außergerichtlich weitere objektive Anhaltspunkte für Schimmel, für die eigene Krankheit und für eine mögliche kausale Verknüpfung gefunden hat. Nicht ausreichend ist insbesondere das Parteigutachten vom 1.4.2017. Dieses beschränkt sich darauf festzustellen, dass sich Schimmel gebildet haben könnte. Der Gutachter stellt selber keinerlei Schimmelbefall fest sondern beschränkt sich auf die allgemeine Erkenntnis, dass bei Feuchtigkeit Schimmel nicht ausgeschlossen werden kann.

Verwaltungsgerichtsbarkeit

GG Art. 33 Abs. 2,

1. Trotz formal gleichem Gesamturteil ist ein Beamter oder Richter, der im höheren statusrechtlichen Amt be-

urteilt worden ist, besser beurteilt worden als ein Beamter oder Richter im niedrigeren Amt.

2. Zwar kann in besonderen Einzelfällen, eine Ausnahme vom Grundsatz vom höheren Statusamt zu machen

sein. Eine solche ist bei der Auswahl für die Stelle eines Leitenden Oberstaatsanwalts bei der Staatsanwaltschaft bei einem Landgericht nicht zu erkennen.

SchlHOVG, Beschluss vom 29. September 2017 – 2 MB 13/17 –, Th.

Gründe:

1. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist ein Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 1. Juni 2017, mit dem dieses dem Ag. einstweilen untersagt hat, die Beigeladene zur Leitenden Oberstaatsanwältin als Leiterin der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht ... (BesGr. R 3) zu befördern. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht im Wesentlichen ausgeführt, die Auswahlentscheidung des Ag.s verletze den Bewerbungsverfahrensanspruch der Ast.in, da der Ag. nicht nachvollziehbar und schlüssig dokumentiert habe, warum der Beigeladenen ein Eignungsvorsprung gegenüber der Ast.in zukomme, obgleich diese bei gleichem Gesamturteil nach formaler Betrachtung aufgrund ihres höheren Statusamtes besser beurteilt worden sei als die Beigeladene. Die Ast.in ist seit dem 15. Juni 2000 Oberstaatsanwältin als ständige Vertreterin des Leitenden Oberstaatsanwalts bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht ... (BesGr. R 2 mit Amtszulage nach Fußnote 6 zur BesGr. R 2), die Beigeladene ist seit dem 1. März 2005 Oberstaatsanwältin als Dezernentin bei der Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht (BesGr. R 2). Die dienstlichen Beurteilungen der beiden Bewerberinnen schlossen jeweils mit dem Gesamturteil hervorragend geeignet, wobei die Ast.in – mit Ausnahme des Einzelmerkmals Behauptungsvermögen (dort mit sehr gut übertroffen) – in neun der zehn Einzelmerkmale, die Beigeladene in allen Einzelmerkmalen mit hervorragend übertroffen beurteilt worden ist.

2. Die gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts gerichtete Beschwerde des Ag. ist unbegründet. Die zu ihrer Begründung dargelegten Gründe, die allein Gegenstand der Prüfung durch den Senat sind (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), stellen das Ergebnis des angegriffenen Beschlusses nicht in Frage.

a) Der Ag. ist der Auffassung, der Ast.in komme kein Vorsprung aufgrund ihres höheren Statusamtes zu. Es komme maßgeblich auf die Ausschreibung an, in der in bewusster Abgrenzung zu vorangegangenen Auswahlverfahren für die Behördenleitungen anderer schleswig-holsteinischer Staatsanwaltschaften sowie der Generalstaatsanwaltschaft auf das Kriterium verzichtet worden sei, dass es sich um Erfahrungen handeln müsse, die „in einer herausgehobenen Leitungsposition“ innerhalb einer Staatsanwaltschaft erworben worden seien, da es anderenfalls außer der Ast.in keine Bewerberinnen und damit keine Auswahl gegeben hätte. Aufgrund des geänderten Anforderungsprofils sei selbst bei einem beurteilungsrelevanten Vorsprung eines Bewerbers um einen herausgehobenen Dienstposten demjenigen Bewerber der Vorrang zu geben, der das Anforderungsprofil am besten erfülle, wenn der Umstand, der die Höherwertigkeit des Statusamtes begründe, im Anforderungsprofil gerade nicht benannt werde

(unter Verweis auf einen Beschluss des BayVG vom 1. August 2006 – 3 CE 06.1241 – Rn. 41).

So verhalte es sich hier. Soweit daher das Verwaltungsgericht aus der Funktion der Ast.in als ständige Vertreterin des Leitenden Oberstaatsanwaltes einen Eignungsvorsprung hergeleitet habe, setze es sich in Widerspruch zur bewussten Festlegung der Ausschreibungskriterien durch den Dienstherrn, mit der er deutlich gemacht habe, dass er die Innehabung der Vertreterstellung nicht höher bewerte als andere Leitungsfunktionen und damit allein aus der aus der Vertreterstellung folgenden Höherwertigkeit des statusrechtlichen Amtes der Ast.in nicht auf einen Leistungsvorsprung geschlossen werden könne.

Mit diesem Vorbringen vermag der Ag. nicht durchzudringen. Dahinstehen kann, ob – so die Ast.in – die Veränderung des Ausschreibungstextes nicht plausibel begründet ist. Denn durch die Änderung des Ausschreibungstextes konnte die Höherwertigkeit des Amtes der Ast.in gegenüber demjenigen der Beigeladenen beim Vergleich der dienstlichen Beurteilungen nicht relativiert werden.

Die insoweit maßgebliche Passage im Ausschreibungstext lautet:

„Die Stelle ist mit einer Staatsanwältin oder einem Staatsanwalt zu besetzen, die oder der sich in besonderer Weise bewährt und darüber hinaus Erfahrungen in einer herausgehobenen Position innerhalb einer Staatsanwaltschaft erworben hat.“

Nach Art. 33 Abs. 2 GG dürfen öffentliche Ämter im statusrechtlichen Sinne nur nach Kriterien vergeben werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen. Hierbei handelt es sich um Gesichtspunkte, die darüber Aufschluss geben, in welchem Maße der Beamte oder Richter den Anforderungen seines Amtes genügt und sich in einem höheren Amt voraussichtlich bewähren wird. Auswahlentscheidungen sind danach grundsätzlich anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen vorzunehmen, die auf das Statusamt bezogen sind und eine Aussage dazu treffen, ob und in welchem Maße der Beamte den Anforderungen seines Amtes und dessen Laufbahn gewachsen ist und sich im nächsthöheren Amt voraussichtlich bewähren wird

(stRspr. vgl. BVerwG, zuletzt Urteile vom 26. Januar 2012 – 2 A 709 – juris Rn. 176, vom 4. November 2010 – 2 C 16.09 – juris Rn. 46 und vom 30. Juni 2011 – 2 C 19.10 – juris Rn. 15 f., Beschluss vom 21. Dezember 2016 – 2 VR 1.16 – juris Rn. 23 m.w.N.; BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. August 2016 – 2 BvR 1287/16 – juris Rn. 75 mwN).

Art. 33 Abs. 2 GG greift aber erst ein, wenn sich der Dienstherr entschieden hat, ein öffentliches Amt zur Verfügung zu stellen. Dies ist abhängig vom Vorhandensein einer freien (Beförderungs-)Planstelle im Haushaltsplan. Zudem unterliegt es dem Organisationsermessen des Dienstherrn, ob eine freie Stelle durch Umsetzung oder Versetzung eines Beamten oder mit einem Beförderungsbewerber besetzt werden soll

(vgl. zum dem Art. 33 Abs. 2 GG vorgeschalteten Organisationsermessen: BVerwG, Beschluss vom 27. April 2016 – 2 B 104/15 – juris Rn. 11 f. mwN).

Insofern ist die Ausschreibung sowohl an Versetzungs- als auch an Beförderungsbewerber gerichtet. Es lässt sich ihr allerdings eine ebenfalls dem vorgeschalteten Organisationsermessen zuzurechnende Einschränkung dahingehend entnehmen, dass sich nur Staatsanwältinnen und Staatsanwälte bewerben können, und zwar nur solche, die sich bereits in einem Beförderungsamte befinden, denn es werden „Erfahrungen in einer herausgehobenen Position innerhalb einer Staatsanwaltschaft“ gefordert. Dementsprechend unterscheidet sich der Ausschreibungstext von den vorherigen Ausschreibungen gleicher Stellen, in denen „Erfahrungen in einer herausgehobenen Leitungsposition innerhalb einer Staatsanwaltschaft“ gefordert wurden, die sich damit nur an Bewerberinnen und Bewerber in höheren Beförderungsrängen, die zugleich mit einer entsprechenden Leitungsposition verbunden waren (Leitende Oberstaatsanwältinnen und Oberstaatsanwältinnen als Ständige Vertreter/Innen des Leitenden Oberstaatsanwalts) richteten. Damit hat der Ag. im Rahmen seines ihm zustehenden Organisationsermessens das Bewerberfeld – im Vergleich zu vorherigen Ausschreibungen – erweitert. Eine Einschränkung des Vorrangs des Art. 33 Abs. 2 GG und damit der Auswahl anhand der aktuellen dienstlichen Beurteilungen bei der Bewerberauswahl innerhalb des derart erweiterten Bewerberfeldes ist damit nicht verbunden.

Der im Ausschreibungstext ebenfalls geforderten „besonderen Bewährung“ kommt daneben keine den Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG einschränkende Bedeutung zu, da hiermit von vornherein nur Bewerberinnen und Bewerber mit herausragender Beurteilung in die Auswahl genommen werden sollen

(zur Berechtigung des Abbruchs, wenn kein Bewerber diese Voraussetzungen erfüllt: BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 – 2 C 6.11 – juris Rn. 17).

Zwar kann ausnahmsweise das Bewerberfeld durch eine Ausschreibung auch mit der Folge, dass besser beurteilte Bewerber nicht in die Auswahl einbezogen werden können/brauchen, eingeengt werden, etwa, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben eines Dienstpostens zwingend besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten voraussetzt, die ein Laufbahnbewerber regelmäßig nicht mitbringt und sich in angemessener Zeit und

ohne unzumutbare Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung auch nicht verschaffen kann, wie dies insbesondere bei zwingend notwendigen Fachausbildungen der Fall sein kann

(zum Ganzen: BVerwG, Beschlüsse vom 20. Juni 2013 – 2 VR 1.13 – juris Rn. 18, 31 ff. mwN <dort: Befähigung zum Richteramt, Rn: 38> und vom 19. Dezember 2014 – 2 VR 1.14 – juris Rn. 20, 26 ff. mwN <dort: Informatik- oder Mathematikstudium oder Studium der Ingenieurwissenschaften>).

Eine solche Einschränkung enthält der Ausschreibungstext nicht. Sie wäre auch nur schwerlich mit den tatsächlichen Anforderungen an die zu vergebende Stelle (Leitende/r Oberstaatsanwält/in bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht...), die sich insoweit von dem zu vergebenden Amt (Leitende/r Oberstaatsanwält/in bei der Staatsanwaltschaft bei einem Landgericht) nicht aufgrund irgendwelcher Besonderheiten unterscheidet, zu vereinbaren.

Verbleibt es danach dabei, dass die Auswahlentscheidung grundsätzlich anhand der aktuellen dienstlichen Beurteilungen vorzunehmen ist, sind bei der Auswahlentscheidung vom Dienstherrn die Beurteilungen, soweit sie aussagekräftig sind, in ihrer Gesamtheit zugrunde zu legen. Maßgeblich ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil, welches anhand einer Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte gebildet wurde

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 – 2 BvR 1958/13 – juris Rn. 58, Kammerbeschlüsse vom 14. Oktober 2012 – 2 BvR 1120/12 – juris Rn. 12 und vom 9. August 2016 – 2 BvR 1287/16 – juris Rn. 79).

In bestimmten Fällen lässt es Art. 33 Abs. 2 GG zu, dass der Dienstherr die Kandidaten im Anschluss an den Vergleich der Gesamturteile anhand der für das Beförderungsamts wesentlichen Einzelaussagen der dienstlichen Beurteilungen weiter vergleicht. Dies kommt insbesondere bei wesentlich gleichem Gesamtergebnis in Betracht. Gerade dann kommt den Einzelaussagen nach dem Sinn und Zweck der dienstlichen Beurteilungen, über Leistung und Eignung der Beamten ein differenziertes Bild zu geben, besondere Bedeutung zu. Insoweit gibt der Ausschreibungstext mit den weiteren dort genannten Anforderungen vor, welchen Kriterien bei der Auswahlentscheidung bei gleichen Gesamturteilen besondere Bedeutung zukommt

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 – 2 BvR 1958/13 – juris Rn. 32, Kammerbeschluss vom 9. August 2016 – 2 BvR 1287/16 – juris Rn. 76; zum wertenden Vergleich von Beurteilungen anhand des Anforderungsprofils vgl. auch BVerwG, Beschlüsse vom 22. November 2012 – 2 VR 5.12 – juris Rn. 36, vom 20. Juni 2013 – 2 VR 1.13 – juris Rn. 45 ff. und vom 19. Dezember 2014 – 2 VR 1.14 – juris Rn. 36 ff.).

Ist danach eine weitere Einzelausschöpfung nur bei im wesentlichen gleichen Gesamturteilen zulässig, ist vorrangig zu ermitteln, ob die Bewerberinnen im wesentlichen gleich beurteilt sind. Zwar sind die Beigeladene und die Ast.in formal gleich beurteilt worden. Ob nach ihrem Gesamtergebnis wesentlich gleiche Beurteilungen vorliegen, die einen solchen weiteren Vergleich ermöglichen, richtet sich aber nicht allein nach dem formalen Gesamturteil. Vielmehr sind – davon ist das Verwaltungsgericht zutreffend ausgegangen – auch etwaige Unterschiede im Maßstab der Beurteilung der Bewerber zu berücksichtigen. Solche Unterschiede kommen etwa dann in Betracht, wenn sich bei konkurrierenden Bewerbern die dienstlichen Beurteilungen auf unterschiedliche Statusämter beziehen, da an Inhaber eines höheren statusrechtlichen Amtes von vornherein höhere Erwartungen zu stellen sind als an Inhaber eines niedrigeren statusrechtlichen Amtes

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 – 2 BvR 1958/13 – juris Rn. 59, Kammerbeschlüsse vom 9. August 2016 – 2 BvR 1287/16 – juris Rn. 80, vom 20. März 2013 – 2 BvR 2470/06 – juris, vom 4. Oktober 2012 – 2 BvR 1120/12 – juris Rn. 13 und vom 20. März 2007 – 2 BvR 2470/06 – juris Rn. 15 <unter Verweis auf den vom Ag. zitierten Beschluss des BayVGH vom 1. August 2006 – 3 CE 06.1241–>, jeweils mwN).

Damit ist die Ast.in, da sie im höheren statusrechtlichen Amt beurteilt worden ist, trotz formal gleichem Gesamturteil besser beurteilt worden als die Beigeladene.

Der Einwand des Ag., die Ast.in habe keinen Bewertungsvorsprung aufgrund des höheren statusrechtlichen Amtes, da die Höherwertigkeit des Amtes nicht aus einer unterschiedlichen Besoldungsgruppe, sondern allein aus einer Vertreterzulage folge, übersieht die besoldungs- und insbesondere

statusrechtliche Relevanz der Amtszulage und blendet zudem ihre Amtsbezeichnung aus. Das Amt im statusrechtlichen Sinn ist gekennzeichnet durch die Amtsbezeichnung, die Zugehörigkeit zu einer Laufbahn und die Zuordnung zu einer Besoldungsgruppe. Die Ast.in ist Inhaberin eines höheren Statusamtes. Sie ist nicht Oberstaatsanwältin und daneben Vertreterin, sondern sie ist „Oberstaatsanwältin als ständige Vertreterin einer Leitenden Oberstaatsanwältin oder eines Leitenden Oberstaatsanwalts bei einer Staatsanwaltschaft bei einem Landgericht“ (Amtsbezeichnung) und erhält in diesem Amt nicht etwa eine bloße Vertreterzulage, sondern eine besoldungs- und versorgungsrechtlich relevante Amtszulage (BesGr. R 2 mit Amtszulage nach Fußnote 6 zur BesGr. R 2). Amtszulagen sind Bestandteil des Grundgehalts (§ 46 Abs. 2 Satz 2 BesG); eine Besoldung mit Amtszulage ist statusrechtlich eine andere Besoldungsgruppe als diejenige ohne Amtszulage.

Auch wenn der Grundsatz vom höheren Statusamt nicht schematisch auf jeden Fall einer Beförderungskonkurrenz zwischen zwei Beamten oder Richtern unterschiedlicher Statusämter angewendet werden kann, sondern das zusätzlich zu berücksichtigende Gewicht der in einem höheren Statusamt erteilten Beurteilung von den Umständen des Einzelfalls abhängt

(BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. März 2007 – 2 BvR 2470/06 – juris Rn. 17),

sind solche Umstände des Einzelfalls vorliegend nicht ersichtlich, zumindest nicht – so das Verwaltungsgericht – nachvollziehbar und schlüssig dokumentiert.

So kam es in der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Kammerbeschluss vom 20. März 2007 aaO) für die dort ausgeschriebene Stelle vorrangig auf die Rechtsprechungs- und nicht auf die Verwaltungstätigkeit mit der Folge an, dass die statusrechtliche Besserstellung, die ausschließlich auf der höheren Zahl der Richterplanstellen im Gerichtsbezirk des Bewerbers und damit auf seiner Verwaltungstätigkeit beruhte, nicht entscheidend war

(vgl. auch BVerfG aaO Rn. 23).

Um einen solchen Fall, in dem diejenige Tätigkeit, die die statusrechtliche Besserstellung eines Bewerbers begründet, für das ausgeschriebene Amt nur von nachrangiger Bedeutung ist, geht es hier indes nicht.

Anerkannt ist des Weiteren, dass bei nicht wesentlich gleichen Beurteilungen der unmittelbare Vergleich einzelner Feststellungen („Ausschöpfung“ beziehungsweise „Ausschärfung“) ausnahmsweise bei Vorliegen zwingender Gründe zulässig ist

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 – 2 BvR 1958/13 – juris Rn. 60, 63).

Solche zwingenden Gründe führen ebenfalls zur Durchbrechung des Grundsatzes vom höheren Statusamt und sind angenommen worden, wenn dem besseren Gesamturteil ein geringerer Aussagewert zukommt, weil die Tätigkeit im angestrebten Amt in einem solchen Ausmaß von einzelnen ganz spezifischen Anforderungen geprägt oder insgesamt von der bisherigen Tätigkeit der Bewerber so weit entfernt ist, dass das Gewicht des Gesamturteils im Bewerbervergleich zurücktreten muss

(vgl. BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 9. August 2016 – 2 BvR 1287/16 – juris Rn. 81 mwN und vom 4. Oktober 2012 – 2 BvR 1120/12 – juris Rn. 14).

Auch um einen solchen Fall geht es hier nicht.

Im Gegenteil ist die Tätigkeit der Ast.in, die ihre statusrechtliche Besserstellung gegenüber der Beigeladenen begründet, für das ausgeschriebene Amt von zentraler Bedeutung. Die Tätigkeit im angestrebten Amt ist auch nicht von einzelnen ganz spezifischen Anforderungen geprägt oder insgesamt mit der bisherigen Tätigkeit der Bewerberinnen nicht im Ansatz zu vergleichen, sondern baut auf der bisherigen Tätigkeit der Bewerberinnen auf. Insoweit heißt es im Ausschreibungstext weiter:

„Gesucht wird eine engagierte und verantwortungsbewusste Persönlichkeit, die den durchgeführten und anstehenden Veränderungen in der Justiz aufgeschlossen gegenübersteht und in der Lage ist, diese aktiv gestaltend voranzutreiben.“

Unverzichtbar sind ein ausgeprägtes Organisationsvermögen sowie die besondere Befähigung zur Personalführung; gefordert ist ein kooperativer Führungsstil, der insbesondere die für die neuen Techniken und Organisationsformen notwendige Akzeptanz aller in der Justiz Tätigen schafft und sie zur verantwortlichen Mitgestaltung im Interesse des Ansehens der Justiz in der Öffentlichkeit motiviert.“

Gefordert werden danach wegen der das ausgeschriebene Amt ausmachenden Behördenleiterfunktion Fähigkeiten und Kenntnisse im Bereich der Verwaltung und Leitung einer Behörde.

Beide Bewerberinnen sind sowohl als Oberstaatsanwältinnen tätig, insofern also Dezernentinnen wie andere Staatsanwältinnen auch, wobei die Ast.in, da sie Oberstaatsanwältin in einer Staatsanwaltschaft bei einem Landgericht ist, zugleich Leitungsaufgaben als Abteilungsleiterin hat. Die Beigeladene ist als Oberstaatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht grundsätzlich nicht Abteilungsleiterin (dies sind dort die Leitenden Oberstaatsanwältinnen). In ihre Zuständigkeit fallen allerdings Verwaltungstätigkeiten, bei denen sie die Behördenleitung zu vertreten hat („verwaltungsleitende Aufgaben“). Die Ast.in ist aber nicht nur Oberstaatsanwältin bei einer Staatsanwaltschaft bei einem Landgericht, sondern zugleich die Ständige Vertreterin des Leitenden Oberstaatsanwalts bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht ... und damit zugleich stellvertretende Behördenleiterin. Zu dem mit ihrem Amt verbundenen Aufgabenbereich gehören insoweit nicht nur Stellvertreterstätigkeit, sondern auch – wie bei den Vizepräsidentinnen und Vizepräsidenten der Gerichte – ihr vom Behördenleiter zur eigenständigen Wahrnehmung übertragene Verwaltungs-/Leitungsaufgaben.

Sind danach (bislang) weder zwingende Umstände ersichtlich noch sonst dargetan, die auch bei unterschiedlich zu gewichtenden Beurteilungen einen Rückgriff auf die Einzelfeststellungen begründen könnten, verbleibt es bei dem Leistungsvorsprung der Ast.in aufgrund formal gleicher Bewertung im höheren Statusamt.

b) Die weiteren Einwände des Ag., die sich gegen die dienstliche Beurteilung der Ast.in richten, vermögen der Beschwerde ebenfalls nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Insoweit ist voranzuschicken, dass sich nach Nr. 4.2 der Richtlinien für die Beurteilung der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte des Landes Schleswig-Holstein (AV des MJAE vom 10. Juni 2005 – II 160/2010 – 230 –, SchlHA 2005 S. 224) die Bewertung von Befähigung und fachlicher Leistung im Hinblick auf die einzelnen Beurteilungsmerkmale nach den Anforderungen der im Beurteilungszeitraum wahrgenommenen Aufgaben richtet. Nach Nr. 4.3 der Beurteilungsrichtlinie ist die dienstliche Beurteilung mit einem Gesamturteil abzuschließen, das eine zusammenfassende Bewertung der Eignung für die im Beurteilungszeitraum wahrgenommenen Aufgaben enthält.

Wollte man die sich danach auf die „wahrgenommenen Aufgaben“ beziehenden dienstlichen Beurteilungen als stets auf das Amt im konkret funktionellen Sinn (den Dienstposten) beschränkte Beurteilungen verstehen, gäbe es derzeit keine Beurteilungen, die eine ausreichende Grundlage für eine Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG sein könnten, und das Verfahren wäre bereits aus diesem Grunde solange abzubrechen, bis der Ag. neue Richtlinien erstellt hat, aufgrund derer die Bewerber/innen neu beurteilt worden sind. Wie bereits eingangs ausgeführt, sind Auswahlentscheidungen grundsätzlich anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen vorzunehmen, die auf das Statusamt bezogen sind und eine Aussage dazu treffen, ob und in welchem Maße der Beamte den Anforderungen seines (Status-)Amtes und dessen Laufbahn gewachsen ist und sich im nächsthöheren Amt voraussichtlich bewähren wird

(stRSpr. vgl. BVerwG, zuletzt Urteile vom 26. Januar 2012 – 2 A 709 – juris Rn. 176, vom 4. November 2010 – 2 C 16.09 – juris Rn. 46 und vom 30. Juni 2011 – 2 C 19.10 – juris Rn. 15 f., Beschluss vom 21. Dezember 2016 – 2 VR 1.16 – juris Rn. 23 mwN; BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. August 2016 – 2 BvR 1287/16 – juris Rn. 75 mwN).

Dementsprechend ist die Bezugnahme auf die „wahrgenommenen Aufgaben“ in Nr. 4.2 und 4.3 der Richtlinien dahingehend zu verstehen, dass diese Aufgaben einerseits Ausgangspunkt der auf das Statusamt bezogenen dienstlichen Beurteilung sind, andererseits aber damit zugleich vorgegeben ist, dass Staatsanwältinnen oder Staatsanwälte, die sich in der sogenannten Erprobungsabordnung beim Generalstaatsanwalt befinden, dort an den (strengeren) Maßstäben des wahrgenommenen höherwertigen Amtes beurteilt werden sollen. Dieses Verständnis entspricht auch der bisherigen Beurteilungspraxis in Schleswig-Holstein.

Sollte daher – so der Vortrag des Ag. – die Ast.in tatsächlich nur in Bezug auf die von ihr wahrgenommenen Aufgaben, nicht aber in Bezug auf das von ihr im Beurteilungszeitraum innegehabte höhere Statusamt beurteilt worden sein, läge eine fehlerhafte dienstliche Beurteilung vor. In einem solchen Fall hätte der Ag. die als fehlerhaft erkannte – weil auf einem unzutreffenden Maßstab beruhende – Beurteilung zurückgeben müssen, damit nach Erstellung einer ordnungsgemäßen Beurteilung für die Ast.in der Auswahlvorgang fort-gesetzt werden kann.

Ausgehend von dem – wie dargelegt – unzutreffenden Ansatz, Bezugspunkt der dienstlichen Beurteilung sei die Tätigkeit der Ast.in als Oberstaatsanwältin, da diese die Vertretung nur im Vertretungsfall wahrzunehmen habe, meint der Ag., dass es keinen Bewertungsvorsprung der Ast.in gebe, da sich ihre Beurteilung nicht auf die Vertretung des Behördenleiters beziehe, was ein Vergleich der Aufgaben eines Leitenden Oberstaatsanwaltes einer Staatsanwaltschaft mit ihrer Beurteilung ergebe. Die Beurteilung differenziere zudem erkennbar zwischen den Aufgaben, die die Ast.in in ihrer Funktion als Oberstaatsanwältin ausgeübt habe, sowie den Aufgaben, die sie als Vertreterin des Leitenden Oberstaatsanwaltes wahrgenommen habe, wobei die Beurteilung hinsichtlich letzterer deutliche Einschränkungen enthalte. So folge aus den Ausführungen auf S. 8 der Beurteilung (die letzten beiden Absätze zur Begründung des Einzelmerkmals „Fachkenntnisse“), dass sich die herausragende Gesamtbeurteilung gerade nicht auf die Stellvertreterstätigkeit der Ast.in beziehe, sondern im Gegenteil in diesem Bereich auf Schwächen hingewiesen werde. Auch im Gesamturteil werde insoweit sehr feinsinnig differenziert. Im dritten Absatz der Begründung des Gesamturteils (S. 14) werde zwar verbal auf die stellvertretende Behördenleitung abgestellt, tatsächlich gehe es aber um den kollegialen Umgang mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, was Aufgabe einer jeden Vorgesetzten und nicht nur der stellvertretenden Behördenleiterin sei. Allein hierauf beziehe sich das Wort „so“; die die Amtszulage rechtfertigende Stellvertreterstätigkeit werde in den nachfolgenden Ausführungen der Begründung des Gesamturteils gerade nicht aufgegriffen. Insgesamt sei festzustellen, dass die Ast.in gerade in der Vertreterfunktion keine herausragende Beurteilung erhalten habe. Selbst wenn man dem unzutreffenden Ansatz des Ag.s folgend die Beurteilung nach den in ihrer Gesamtheit zum mit dem innegehabten Amt verbundenen einzelnen Aufgaben der Ast.in zerlegen wollte, kann der Ag. mit diesen Argumenten nicht durchdringen. Im Einzelnen:

Die Beurteilung der Ast.in bezieht sich ebenfalls auf die Vertretung des Behördenleiters und kommt auch hinsichtlich dieser Aufgaben zu einem hervorragenden Ergebnis. Dies ergibt sich zunächst einmal aus dem Gesamturteil. Dort heißt es auf S. 14 einleitend:

„Oberstaatsanwältin ... hat sich seit ihrer Ernennung zur Oberstaatsanwältin als ständige Vertreterin des Leitenden Oberstaatsanwaltes bei der Staatsanwaltschaft ... insgesamt hervorragend bewährt.“

Bereits die Formulierung, dass sie sich „insgesamt hervorragend bewährt hat“ und das „als ständige Vertreterin des Leitenden Oberstaatsanwaltes“, verdeutlicht, dass sich ihre Beurteilung auf das höhere Statusamt bezieht.

Im dritten Absatz des Gesamturteils heißt es:

„Als stellvertretende Behördenleiterin sucht sie mit größtem Engagement stets achtungs- und verständnisvoll die Zusam-

menarbeit mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Behörde....“

Es mag zutreffen, dass der kollegiale Umgang mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Aufgabe eines jeden Vorgesetzten ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich die Begründung des Gesamturteils eben (auch) auf die stellvertretende Behördenleitung bezieht und dort das Engagement und die Zusammenarbeit mit den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen noch einmal ausdrücklich hervorhebt.

Darüber hinaus enthält die gesamte Beurteilung bei den einzelnen Merkmalen immer wieder Passagen, die sich gerade mit der Vertretung des Behördenleiters befassen. So heißt es z.B. auf S. 11 bei dem Merkmal Kooperation:

„Sowohl im eigenen Dezernat, als auch als Abteilungsleiterin und als ständige Vertreterin des Behördenleiters begegnet Frau ... allen Behördenangehörigen respektvoll, freundlich und aufgeschlossen für jedwede Probleme, bei deren Lösung sie sich regelmäßig mit bestem Erfolg engagiert und dabei gleichzeitig auf eine aufgabenbezogene und zielgerichtete Planung achtet“

Lediglich bei zwei Beurteilungsmerkmalen auf S. 8 und 9 wird nicht zusätzlich auf die Stellvertretung eingegangen. Dies führt jedoch nicht dazu, dass sich die Beurteilung nicht auf das höhere Statusamt bezieht, sondern verdeutlicht vielmehr, dass es eben keine Differenzierung zwischen den einzelnen Aufgaben gibt, sondern es sich um eine einheitliche Beurteilung aller mit dem Amt zusammenhängenden Aufgaben der Ast.in handelt.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Ast.in nicht alle Aufgaben des Behördenleiters wahrgenommen hat. Es ist die zwangsläufige Folge einer Vertretung, dass nicht alle Aufgaben wahrgenommen werden, sondern nur die übertragenen Leitungsaufgaben und die im Rahmen der Urlaubs- und Krankheitsvertretung anfallenden. Diese Einschränkung führt jedoch nur dazu, dass die Ast.in nicht alle Kenntnisse eines Behördenleiters im Rahmen ihrer Aufgabe als Stellvertreterin unter Beweis stellen konnte, es bedeutet jedoch nicht, dass sie Schwächen hinsichtlich dieser Aufgaben aufweist. Andernfalls würde eine solche Sichtweise dazu führen, dass sämtliche Kenntnisse eines angestrebten Amtes vor einer Beförderung unter Beweis gestellt werden müssten und dies nur möglich wäre, indem man das Amt an sich schon ausübte.

Dass sich aus der Beurteilung Schwächen in der Ausübung der Funktion eines Behördenleiters ergeben sollen, ist ebenfalls nicht nachvollziehbar. So ergibt sich aus S. 7, letzter Ab-

satz, dass die Ast.in über ein großes Organisationsgeschick verfügt, „dass sie in ihrer weiteren Aufgabe als ständige Vertreterin des Behördenleiters an den Tag legt.“ Auf S. 10 unter dem Merkmal Arbeitsplanung heißt es:

„So gelingt es ihr, ihre vielfältigen Aufgaben im Dezernat, aber auch bei der Vertretung des Behördenleiters, insbesondere der Erarbeitung der Geschäftsverteilung im höheren Dienst und bei der Regelung der Vertretung, so zu strukturieren, dass keine Reibungs- und Zeitverluste entstehen.“

Weiter heißt es auf S. 11 unter dem Merkmal Verhandlungsgeschick:

„In ihrem Dezernat und als stellvertretende Behördenleiterin beweist Frau ... ein großes Verhandlungsgeschick.“

Aus diesen Passagen der Beurteilung und aus der Einleitung des Gesamturteils wird hinreichend deutlich, dass auch die Aufgabe der stellvertretenden Behördenleiterin Bezugspunkt für die hervorragende Beurteilung war. Eine Schwäche oder eine andere – schlechtere – Beurteilung des Amtes der Stellvertretenden Behördenleiterin kann nicht darin gesehen werden, dass die Ast.in einige Aufgaben nicht wahrgenommen hat. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beurteilung eine dahingehende Differenzierung vornimmt.

c) Soweit der Ag. schließlich meint, er habe die Auswahlentscheidung auch ausreichend begründet, beziehen sich seine Ausführungen auf die gerichtliche Überprüfung von Auswahlentscheidungen bei im wesentlichen gleich beurteilten Bewerbern. Darum geht es jedoch vorliegend nicht, sondern darum, ob der Ag. nachvollziehbare Umstände des Einzelfalles dargelegt hat, die eine Ausnahme von dem Grundsatz des Eignungsvorsprungs bei formal gleicher Beurteilung im höheren Statusamt rechtfertigen können. Fehlt es daran – und etwas Gegenteiliges ist bislang nicht dargelegt –, ist weder eine Ausschöpfung des Gesamturteils noch ein Rückgriff auf Einzelfeststellungen zulässig.

d) Abschließend gibt das vorliegende Verfahren aufgrund der sich erheblich unterscheidenden Beurteilungszeiträume (über elf Jahre und fünf einhalb Jahre) Anlass zu dem Hinweis, dass es Zweifeln unterliegt, ob Beurteilungen bei derart unterschiedlichen Zeiträumen noch miteinander vergleichbar und damit geeignete Auswahlgrundlage sein können. Eine (mögliche) Angleichung derart unterschiedlicher Beurteilungszeiträume bei Anlassbeurteilungen im Auswahlverfahren (oder im Vorwege) ist hier aber nicht entscheidungserheblich, da beide Bewerberinnen für ihr jeweiliges Amt die höchstmögliche Bewertung erhalten haben.

Sozialgerichtsbarkeit

SGB IV § 7 Abs. 1 S. 2

- 1. Nur im Gesellschaftsvertrag geregelte Minderheitenrechte haben sozialversicherungsrechtliche Bedeutung.**
- 2. Vereinbarungen außerhalb des Gesellschaftsvertrages (hier: Stimmrechtsvereinbarung), die nicht notariell beurkundet und nicht ins Handelsregister eingetragen sind, haben hingegen keine sozialversicherungsrechtliche Bedeutung.**

SchIHLSG, Urteil vom 29. Juni 2017 – L 5 KR 20/15 –, Sel.

Streitig ist zwischen den Beteiligten die Versicherungspflicht des Kl. in mehreren Zweigen der Sozialversicherung im Rahmen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1).

Der Kl. ist Geschäftsführer und Mitgesellschafter der Beigeladenen zu 1), an der er ein Drittel der Gesellschaftsanteile hält. Der notariell beurkundete und entsprechend ins Handelsregister eingetragene Gesellschaftsvertrag sieht u. a. die Alleinvertretungsbefugnis des Geschäftsführers vor, wobei allerdings für bestimmte Geschäfte eine Zustimmung der Gesellschafter bestimmt ist. Gesellschaftsbeschlüsse werden mit einfacher Mehrheit getroffen, Spermioritäten sind nicht vorgesehen. Mit der Beigeladenen zu 1) hat der Kl. einen Geschäftsführervertrag abgeschlossen. Dieser sieht u. a. eine monatliche Vergütung in Höhe von zunächst 550,00 Euro brutto nebst Prämien mit späteren Erhöhungen auf 850,00 Euro (1. Juni 2011), 2200,00 Euro (1. Dezember 2011) und 2800,00 Euro (1. Juli 2012), Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und einen festen Urlaubsanspruch vor. Die Kündigung durch die Beigeladene zu 1) ist nur aus wichtigem Grund möglich, der Kl. ist im Wesentlichen alleinvertretungsbefugt und bedarf nur für bestimmte Geschäfte der Zustimmung der Gesell-

schafterversammlung. Für Änderungen des Vertrages ist eine schriftliche Form vorgesehen.

Im April 2011 beantragte der Kl. bei der Bekl. die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status.

Mit Bescheid vom 28. Juli 2011 stellte die Bekl. fest, dass der Kl. in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 7 SGB IV bei der Beigeladenen zu 1) stehe und somit der Versicherungspflicht in der Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung unterliege. Er sei abhängig beschäftigt, da er ein regelmäßiges Entgelt für seine Arbeitskraft erhalte und keinen ausreichend großen Anteil an der GmbH halte, um entscheidenden Einfluss ausüben zu können. Dass er im Wesentlichen weisungsfrei arbeite und alleinvertretungsbefugt sei, reiche insoweit für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit nicht aus.

Mit dem Widerspruch machte der Kl. geltend, es liege eine selbstständige Tätigkeit vor. Insofern sei zu beachten, dass er das Unternehmen faktisch selbstständig und weisungsfrei führe. Er könne auch Beschlüsse der Gesellschaft verhindern, da eine Beschlussfähigkeit erst bei Anwesenheit von 75 % der Stimmrechte vorgesehen sei. Außerdem stehe das wirtschaftliche Risiko durch seine Gesellschafterstellung gegenüber dem geringen Entgelt deutlich im Vordergrund, da er Bürgschaften für die Beigeladene zu 1) in Höhe von 120000,00 Euro übernommen habe.

Diesem Widerspruch wies die Bekl. im Wesentlichen aus den Gründen des Ausgangsbescheides zurück. Es stehe außer Zweifel, dass das Beschäftigungsverhältnis Merkmale einer Selbstständigkeit aufweise, diese seien aber auch bei Fremdgeschäftsführern üblich, so dass sie bei der Gesamtbeurteilung nur eine untergeordnete Bedeutung hätten.

Mit seiner Klage hat der Kl. sein Begehren weiterverfolgt. Die Einschätzung seines sozialversicherungsrechtlichen Status durch die Bekl. sei falsch. Der Gesellschaftsvertrag sei nie so gelebt worden, wie er notariell beurkundet worden sei. So hätten die Gesellschafter bereits am Tag danach im Rahmen einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung beschlossen, dass Entscheidungen

durch die Gesellschafter nur einstimmig erfolgen könnten. Dies sei am 2014 erneut bestätigt und dann ins Handelsregister eingetragen worden. Die Änderung sei aber auch ohne die Eintragung schon wirksam gewesen, da nach der Rechtsprechung des BGH auch außerhalb der Satzung eine schuldrechtliche Bindung der Gesellschafter möglich sei. Außerdem seien die finanziellen Verpflichtungen des Kl. in Form der übernommenen Bürgschaft und seine besondere Fachkompetenz zu berücksichtigen. Die Bekl. hat den Anspruch des Kl. ab dem Tag der Registereintragung anerkannt, der Kl. seinen Anspruch auf den davor liegenden Zeitraum beschränkt.

Die Bekl. hat vorgetragen, mit der Eintragung des Gesellschafterbeschlusses ins Handelsregister habe der Kl. formal eine Stellung bei der Beigeladenen zu 1) erreicht, mit der er einen ausreichend großen Einfluss ausüben könne, ihm unliebsame Entscheidungen zu verhindern.

Das Sozialgericht hat die vom Kl. angefochtenen Bescheide der Bekl. aufgehoben und festgestellt, dass der Kl. auch im Zeitraum vom 1. März 2011 bis 5. Juni 2014 in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH nicht als abhängiger Beschäftigter versicherungspflichtig gewesen sei. Zur Begründung hat das Sozialgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass auch ein Gesellschafter einer GmbH zu dieser grundsätzlich gleichzeitig in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehen könne. Dies sei regelmäßig nur dann ausgeschlossen, wenn der Gesellschafter auf die Willensbildung der Gesellschaft einen maßgeblichen rechtlichen oder tatsächlichen Einfluss ausübe und damit Einzelanweisungen jederzeit verhindern könne. Eine entscheidende Rechtsmacht hätten GmbH-Gesellschafter regelmäßig dann, wenn sie zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft seien und mindestens 50 % des Stammkapitals innehätten oder über eine Sperrminorität verfügten. Beides sei beim Kl. nach dem Gesellschaftsvertrag nicht der Fall. Gleichwohl hätte der Kl. auch vor der Eintragung des Beschlusses der Gesellschafter vom 2. März 2011 ins Handelsregister bereits eine Rechtsposition gehabt, mit der er einen ausreichend großen Einfluss auf die Geschicke der Beigeladenen zu 1) gehabt hätte, um sämtliche Entscheidungen maßgeblich zu beeinflussen. Zwar sei nach § 54 Abs. 3 GmbHG eine Änderung des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich nur dann rechtlich wirksam, wenn sie ins Handelsregister eingetragen sei. Dies gelte aber nicht ohne Weiteres für den gesamten Inhalt des Gesellschaftsvertrages. Nach der Rechtsprechung des BGH sei es grundsätzlich zulässig, dass Gesellschafter auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages schuldrechtlich bindende von der Satzung abweichende Vereinbarungen träfen. Hier liege ein wirksamer Stimmbindungsvertrag vor. Denn Stimmbindungsvereinbarungen seien grundsätzlich rechtlich zulässig. Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit der hier getroffenen Vereinbarung lägen nicht vor. Das GmbHG enthalte keine diesbezüglichen Verbote. An eine besondere Form (etwa notarielle Beurkundung) seien solche Vereinbarungen nicht gebunden. Hätten sich – wie hier – alle Gesellschafter einer GmbH außerhalb der Satzung durch Vertrag verpflichtet, Gesellschafterbeschlüsse nur übereinstimmend zu fassen, hätten Minderheitsgesellschafter die Rechtsmacht, ihnen nicht genehme Beschlüsse und Weisungen der Gesellschafterversammlung abzuwenden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Bekl. Zur Begründung führt die Bekl. aus, dass das Urteil nicht im Einklang mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung stehe. Nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrages verfüge der Kl. weder über die erforderliche Mehrheit der Stimmen noch über eine umfassende Sperrminorität und somit nicht über die Rechtsmacht, maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft zu nehmen. Das Sozialgericht gehe auch davon aus, dass der Kl. aufgrund seiner Einlage in Höhe von lediglich einem Drittel an den Geschäftsanteilen der Beigeladenen zu 1) keine Sperrminorität und damit einhergehender Möglichkeit gehabt habe, ihm unliebsame Beschlüsse zu verhindern. Im Weiteren habe es jedoch unzutreffend festgestellt, dass der Kl. aufgrund der Stimmrechtsvereinbarung die tatsächliche Rechtsmacht gehabt habe, ihm unangenehme Beschlüsse zu verhindern. Eine außerhalb des Gesellschaftsvertrages geschlossene Stimmbindungsvereinbarung sei grundsätzlich nicht geeignet, eine sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebende, nicht wirksam abbedungene Rechtsmacht zu negieren. Die im Geschäftsführeranstellungsvertrag getroffene Regelung führe vielmehr allenfalls zu einer so genannten „Schönwetter-selbstständigkeit“, die für die vorausschauende beitragsrechtliche Beurteilung des Kl. als Gesellschaftergeschäftsführer der GmbH aber nicht ausschlaggebend sei. Das Bundessozialgericht messe jedenfalls einer durch einen der betroffenen Gesellschafter jederzeit kündbaren Stimmrechtsvereinbarung nicht die Bedeutung bei, die im Ergebnis dazu führen könne, für einen Minderheitsgesellschafter ohne Sperrminorität einen maßgeblichen Einfluss auf die Belange der Gesellschaft zu bejahen. Eine Stimmrechtsvereinbarung, die stets eine abgestimmte und damit einstimmige Beschlussfassung verlange, greife nicht in Konfliktsituationen, insbesondere nicht im Fall der Abberufung des Minderheitsgesellschafters als Geschäftsführer. Bei einem Zerwürfnis der Gesellschafter dürfe der zum Geschäftsführer bestellte Minderheitsgesellschafter nicht abstimmen, sofern seine eigene Abberufung im Raume stehe. Einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss zu verhindern, sei ihm daher nicht möglich. Daneben könne die Stimmrechtsvereinbarung von den übrigen Gesellschaftern zumindest aus wichtigem Grund jederzeit gekündigt werden. Eine Stimmrechtsvereinbarung sei von ihrer rechtlichen Qualität her im Ergebnis damit nicht anders zu bewerten als eine vom Gesellschaftsvertrag abweichende praktische Handhabung. In allen Fällen bleibe die im Gesellschaftsvertrag verankerte Rechtsmacht unangetastet.

Der Kl. hält das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend. Unabhängig von der rechtlichen Bewertung der Stimmbindungsvereinbarung ergebe sich aus dem Geschäftsführervertrag ein Überwiegen der Indizien für eine selbstständige Tätigkeit.

Aus den Gründen

Die insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig und begründet.

Das Sozialgericht hat für den noch streitigen Zeitraum vom 1. März 2011 bis 5. Juni 2014 zu Unrecht die genannte Feststellung getroffen und den Bescheid der Bekl. vom 28. Juli

2011 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 18. Juni 2012 insoweit aufgehoben. Entgegen der Ansicht des Sozialgerichts unterlag der Kl. der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung, Krankenversicherung und Pflegeversicherung. Die Bekl. war auch gemäß § 7a Abs. 2 SGB IV berufen, über den Antrag des Kl. auf Statusfeststellung zu entscheiden.

Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, in der Rentenversicherung nach § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI, in der Arbeitslosenversicherung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III und in der Pflegeversicherung nach § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts

(Urteil vom 19. August 2015, B 12 KR 9/14 R, in juris, Rn. 19 mwN)

setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein eigener Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine in Widerspruch zur ursprüngliche getroffenen Vereinbarung stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht nur der formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht

(BSG, Urteil vom 8. Dezember 1994, 11 RA 49/94, in juris, Rn. 20).

In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen

(BSG, Urteil vom 10. August 2000, B 12 KR 21/98 R, in juris, Rn. 17 mwN).

Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist

(BSG, Urteil vom 29. August 2012, B 12 KR 25/10 R, in juris, Rn. 16).

Nach diesen Grundsätzen beurteilt sich auch, ob der Gesellschafter einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht. Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits durch die Stellung des Betroffenen als Gesellschafter ausgeschlossen. Bei einem am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer ist der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß der sich daraus für ihn ergebenden Einflussmöglichkeit auf die Gesellschaft

ein wesentliches Merkmal

(BSG, Urteil vom 4. Juli 2007, B 11a AL 5/06 R, in juris, Rn. 16).

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt nicht vor, wenn der Geschäftsführer an der Gesellschaft beteiligt ist und allein oder jedenfalls mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann

(BSG, Urteil vom 24. September 1992, 7 RAr 12/92, in juris, Rn. 18).

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ist daher vom BSG verneint worden, wenn der Geschäftsführer Alleingesellschafter ist

(BSG, Urteil vom 24. November 2005, B 12 RA 1/14 R, in juris, Rn. 13),

wenn der Geschäftsführer über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügt

(BSG, Urteil vom 17. Mai 2001, B 12 KR 34/00 R, in juris, Rn. 15)

und wenn der Geschäftsführer über eine Sperrminorität verfügt, um ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschaft zu verhindern

(BSG, Urteil vom 30. April 2013, B 12 KR 19/11 R, in juris, Rn. 16 mwN).

Bei Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung in diesem Sinne hat die Rechtsprechung des BSG bereits früher eine abhängige Beschäftigung nur in sehr begrenzten Einzelfällen angenommen, etwa bei Familienunternehmen (sog. „Kopf und Seele“-Rechtsprechung). Diese Rechtsprechung hat der für Statusentscheidungen zuständige 12. Senat des BSG inzwischen zu Gunsten einer streng am Vorliegen von Rechtsmacht orientierten Normanwendung aufgegeben. Eine vom rein faktischen, nicht rechtlich gebundenen und daher jederzeit änderbaren Verhalten der Beteiligten abhängige Statuszuordnung sei mit dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht vereinbar

(BSG, Urteile vom 29. Juli 2015, B 12 KR 23/13 R und B 12 R 1/15 R, in juris, Rn. 26, 30, sowie Urteil vom 11. November 2015, B 12 KR 10/14 R, in juris, Rn. 31).

Ausgehend von diesen Grundsätzen war der Kl. im streitigen Zeitraum abhängig beschäftigt. Ihm kam nach dem Gesellschaftsvertrag keine Rechtsmacht zu, Weisungen der Gesellschafter zu verhindern. Der Gesellschaftsvertrag sah eine Entscheidung mit einfacher Mehrheit vor. Der Kl. besaß nur ein Drittel der Stimmanteile und keine Sperrminorität. Der außerhalb des Gesellschaftsvertrages getroffenen Stimmrechtsvereinbarung vom 2. März 2011 kommt nicht die vom Sozialgericht angenommene Bedeutung zu. Zunächst einmal ist festzustellen, dass es sich bei dieser Vereinbarung nicht um eine schuldrechtliche Stimmbindungsvereinbarung handelt, wie sie von den Beteiligten und dem Sozialgericht stellenweise genannt wurde. Inhalt der Vereinbarung war, dass Entscheidungen durch die Gesellschafter nur einstimmig erfolgen können und nicht, dass Gesellschafter ihr Abstimmungsverhalten an das Abstimmungsverhalten anderer Gesellschafter binden. Daher ist in der Vereinbarung eine Stimmrechtsvereinbarung zu sehen. Diese mag auch ohne notarielle Beurkundung und Eintragung in das Handelsregister gesellschaftsrechtlich zulässig sein. Sozialversicherungsrechtlich entfaltet sie jedoch

keine Relevanz, weil sie außerhalb des Gesellschaftsvertrages getroffen wurde und ihr ohne Beurkundung und Eintragung in das Handelsregister die insoweit erforderliche Publizität fehlt. Sozialversicherungsrechtlich ist bedeutsam, dass im Gesellschaftsvertrag eingeräumte Minderheitenrechte eine ganz andere Stellung des Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers vermitteln als im vorliegenden Fall. Die Anforderungen an die Aufhebung gesellschaftsvertraglicher Regelungen sind nämlich ungleich höher als bei einer bloßen „einfachen“ Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund. Der Beschluss über eine Änderung des Gesellschaftsvertrages muss nach § 53 Abs. 2 GmbHG notariell beurkundet werden und bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Wer als Minderheitsgesellschafter über eine solche ihm im Gesellschaftsvertrag eingeräumte Sperrminorität verfügt, kann sich deshalb im Konfliktfall gegen eine Entziehung seiner Sperrminorität wehren und diese nicht – insbesondere nicht anlassbezogen – allein schon durch die Ausübung eines fremden Kündigungsrechts wieder verlieren. Nur im Gesellschaftsvertrag selbst vereinbarte Minderheitenrechte können deshalb für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Gesamtbildes ihrer Tätigkeit verlässlich bedeutsam sein, soweit daraus eine Selbstständigkeit hergeleitet werden soll

(BSG, Urteil vom 11. November 2015, B 12 KR 10/14 R, in juris, Rn. 32).

Sie können auf keinen Fall von der Entscheidung der Gesellschafter abhängig sein, ob sie nicht beurkundete und nicht eingetragene Vereinbarungen außerhalb des Gesellschaftsvertrages in Verkehr bringen oder nicht.

Angesichts der dem Kl. fehlenden Rechtsmacht, ihm unliebsame Entscheidungen abzuwehren, fallen im Rahmen der Gesamtabwägung für eine selbstständige Tätigkeit sprechende Indizien nicht ins Gewicht. Die für und gegen eine selbstständige Tätigkeit sprechenden Indizien sind ihrer Bedeutung entsprechend zu gewichten. Die fehlende Rechtsmacht hat dabei eine herausragende Bedeutung. Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall und ein Urlaubsanspruch sprechen ebenfalls für eine abhängige Beschäftigung. Das (am Anfang) verhältnismäßig geringe feste monatliche Gehalt spricht jedenfalls nicht für eine selbstständige Tätigkeit. Dies gilt auch für die vom Kl. für die Beigeladene zu 1) übernommene Bürgschaft. Denn die Übernahme von Bürgschaften führt zu keiner unmittelbaren Einflussnahme auf die Gesellschaft, weil sie in der Regel nur zur Absicherung weiterer Verbindlichkeit dient und selbst im Falle ihrer Kündigung bzw. Rücknahme allenfalls mittelbare Auswirkungen haben kann

(vgl. BSG, Urteil vom 29. Juli 2015, B 12 KR 23/13 R; Thüringer Landessozialgericht, Urteil vom 20. Dezember 2016, L 6 KR 1417/13).

Im Hinblick darauf fallen die dem Kl. eingeräumten Befugnisse als Geschäftsführer (z. B. Einzelvertretungsbefugnis, Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB) nicht ins Gewicht. Leitende Angestellte verfügen regelmäßig über derartige Freiheiten und Befugnisse, ohne dass dies den Charakter als abhängige Beschäftigung berühren würde

(BSG, Urteil vom 17. Dezember 2014, B 12 R 13/13 R, in juris, Rn. 13, Urteil vom 30. März 2013, B 12 KR 19/11 R, in juris, Rn. 29 mwN).

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Europa, Verbraucherschutz und Gleichstellung des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 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.

SchIHOLG	7.	2.2017	7 U 114/16	Keine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, wenn das Fahrzeug beim Einparken in einer dem Verkehrsteilnehmer bekannten Anliegerstraße durch einen ca. 15 x 15 cm großen Granitblock auf der Straße beschädigt wird	465
SchIHOLG	8.	9. 2017	3 U 16/17	Sozialministerium kann die auflagentgemäße Verwendung eines testamentarisch zugewandten Geldbetrages verlangen	466
AG Norderstedt	4.	8.2017	47 H 6/17	Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe im Beweissicherungsverfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO ist unzulässig	473
<i>Verwaltungsgerichtsbarkeit</i>					
SchHOVG	29.	9.2017	2 MB 13/17	Beurteilung bei höherem statusrechtlichem Amt	474
<i>Sozialgerichtsbarkeit</i>					
SchHLSG	29.	6.2017	L 5 KR 20/15	Versicherungspflicht des Geschäftsführers einer GmbH	478

Buchanzeige

Johanna Fechtenkötter

Familienmediation in Schleswig-Holstein

229 Seiten, 49,80 €; ISBN 978-3-8440-5388-3

erschienen im Shaker-Verlag, Herzogenrath

„Familienmediation in Schleswig-Holstein“ stellt die in Schleswig-Holstein praktizierten Formen der Familienmediation vor, klärt über mögliche Vorurteile gegenüber dieser Art der Streitschlichtung auf und möchte vor allem den Dialog zwischen den verschiedenen Gruppen von Familienmediatorinnen und -mediatoren anregen. Hierzu wurde eine Erhebung anhand von Fragebögen im außergerichtlichen Bereich durchgeführt, aus der nicht nur eine bisher einmalig durchgeführte Statistik über die Person des Familienmediators und seine Arbeitsweise herausgearbeitet werden konnte, sondern auch eine Vielzahl subjektiver Einschätzungen zum familienmediativen Geschehen in Schleswig-Holstein gewonnen wurde. Diese beziehen sich zum einen auf das Verhältnis von Anwaltsmediatoren zu nichtjuristischen Familienmediatoren im außergerichtlichen Bereich als auch auf das Angebot der Justiz „Mediation beim Güterichter.“ Letzteres wird explizit vorgestellt und im Vergleich zum außergerichtlichen Angebot betrachtet. Dabei konnten Ansätze der gegenseitigen Unterstützung und damit verbundener, gemeinsam verfolgter Bekanntmachung der Mediation als alternativer Streitbeilegungsmethode entwickelt werden.

Buchanzeige

Dr. Torsten Bettinger (Hrsg.)

Handbuch des Domainrechts

2. Auflage 2017, 1808 Seiten, gebunden, 238,00 €, ISBN 978-3-452-28261-3

erschienen im Verlag Wolters Kluwer, Neuwied

Das Handbuch des Domainrechts bietet eine in dieser Form einzigartige Darstellung des nationalen und internationalen Domainrechts. Praktiker finden in diesem Werk eine ausführliche Darstellung des Domainrechts in Deutschland, den EU-Mitgliedstaaten und weiteren wichtigen Industrienationen sowie eine umfassende Analyse und Erläuterung der von der ICANN etablierten außergerichtlichen Rechtsschutzsysteme und Streitbeilegungsverfahren.

Aus dem Inhalt:

- Ausführliche, systematische Erläuterung des deutschen Domainrechts
- Analyse und Erläuterung der nationalen Rechtsprechung, Registrierverfahren und außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren in den Mitgliedsstaaten der EU und weiteren wichtigen Industriestaaten wie den USA, Japan, China, Russland und der Schweiz
- Darstellung der Organisationsstruktur der ICANN sowie der Rechtsschutzverfahren gegen Entscheidungen und Maßnahmen der ICANN
- umfassende Erläuterung des von der ICANN etablierten »New gTLD Program« sowie der »Rights Protection Mechanisms« im Bereich der neuen gTLDs

Darstellung der Organisationsstruktur der ICANN sowie der Rechtsschutzverfahren gegen deren Maßnahmen und Entscheidungen

- Erläuterung der Verfahren zur Hinterlegung von Marken beim Trademark Clearinghouse (TMCH) sowie der Rechtsschutzverfahren gegen Entscheidungen des TMCH
- Analyse und Erläuterung des alternativen Streitbeilegungsverfahrens im Bereich der gTLDs, insbesondere der Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP), des Uniform Rapid Suspension Systems und der Sunrise Dispute Resolution Policy (SDRP)
- Darstellung des außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens im Bereich der europäischen Top-Level Domain .EU mit umfassender Analyse der Entscheidungspraxis
- Anhang mit den relevanten Texten, Verordnungen und Richtlinien
- ein Glossar der wichtigsten Internet-Organisationen und technischen Begriffe
- ein Fälleverzeichnis der deutschen Rechtsprechung zum Domainrecht (nach Domainnamen geordnet) mit über 1000 Entscheidungen.

Buchanzeige

Renate Baronin von König

Zivilprozess- und Kostenrecht

Praxiskurzlehrbuch

3., völlig neu bearbeitete Auflage, (Juli) 2017, brosch. XXXVI und 425 Seiten, 59,00 € [D], ISBN 978-3-7694-1153-9

erschienen im Gieseking Verlag, Bielefeld

Kostenrecht ist immer abhängig vom jeweiligen Verfahrensrecht. Auf dieses Zusammenspiel ist das Praxiskurzlehrbuch gezielt ausgerichtet. Dargestellt werden Zivilprozess *und* begleitend das Kostenverfahren. Es geht u.a. um ...

... wesentliche Prozessgrundsätze, register-/aktenmäßige Behandlung der Klage, Einführung in die Kosten des Rechtsstreits, weitere Prozessvoraussetzungen, Ablauf des Prozesses, gerichtliche Entscheidungen, Besonderheiten des Versäumnisverfahrens, Rechtsmittel, Streitgenossenschaft, Kosten- und Vergütungsfestsetzung, Gebühren eines weiteren Anwalts/Erstattungsfähigkeit, PKH/VKH, Mahnverfahren.

Dazu zahlreiche Beispiele, Fälle, Übersichten, Entscheidungsentwürfe.

Das 2. KostRModG sowie die Reform des PKH- und Beratungshilferechts haben zu tiefgreifenden Änderungen geführt. Dies sowie die umfangreiche neue Rechtsprechung machten eine grundlegende Überarbeitung sämtlicher Kapitel notwendig.

Buchanzeige

Dieter Henrich

Internationales Scheidungsrecht

– einschließlich Scheidungsfolgen –

4., völlig neu bearbeitete Auflage (August) 2017, XV und 133 Seiten, brosch., € [D] 44,00, ISBN 978-3-7694-1182-9

erschienen im Gieseking Verlag, Bielefeld

Eine zuverlässige und prägnante Orientierung in dem komplizierten Normgefüge von Verordnungen, Staatsverträgen und nationalen Regelungen bietet das bewährte FamRZ-Buch, „meisterlich in einer klaren Sprache“ (Ri’in KG a.D. Dr. Uta Ehinger, FPR 2013, 227, zur Vorauf.). Mit wertvollen Informationen (z.B. zur neuen Europäischen Güterrechts-VO) wird der Praktiker in Sachen Scheidung, Unterhalt, Güterrecht, Versorgungsausgleich sowie Elterliche Sorge/Umgang direkt auf den richtigen Weg gebracht.

Für (Fach-)Anwälte, Richter, Notare, Rechtspfleger, Universitäten.

Buchanzeige

Kopp/Ramsauer

Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG

18., vollständig überarbeitete Auflage 2017; XXXII und 1990 S., in Leinen., 62,- €, ISBN 978-3-406-71056-8

erschienen im Verlag C. H. Beck, München

Der erfolgreiche Handkommentar erläutert das Verwaltungsverfahrensgesetz zuverlässig, prägnant und gut verständlich. Die Kommentierung ist so aufgebaut, dass im Anschluss an die Erläuterungen der einzelnen Vorschriften, soweit zweckmäßig, jeweils in einem eigenen Abschnitt Besonderheiten des Landesrechts behandelt werden. Entwicklungen des europäischen Verwaltungsverfahrenrechts werden berücksichtigt. Besonderer Wert wird auf die inhaltliche Abstimmung mit dem Parallelwerk Kopp/Schenke, VwGO, gelegt.

Vorteile auf einen Blick: Referenzwerk für das Verwaltungsverfahren, absatzstärkster VwVfG-Kommentar, Preis-Leistungs-Verhältnis.

Zur Neuauflage: Die Kommentierung berücksichtigt das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18.7.2016, mit dem die §§ 24 und 41 VwVfG geändert und ein neuer § 35a VwVfG (Vollständiger automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes) eingefügt wurde. Die aktuelle Rechtsprechung und Literatur wird sorgfältig und zuverlässig eingearbeitet. Berücksichtigt sind z.B. neue Entscheidungen zum Planfeststellungsrecht sowie neue Entwicklungen im Informationsfreiheitsrecht und im Recht der Umweltverträglichkeitsprüfung.

Zielgruppe: Für Rechtsanwälte, Syndikusanwälte, Verbandsjuristen, Richter, Referenten in Bundes-, Landes- und Kommunalbehörden, Referendare, Studierende und Professoren.