

*Justizministerialblatt
für
Schleswig-Holstein*

Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Aus dem Inhalt

Friedhelm Röttger

Die Rechtsprechung zur „sittenwidrigen
Überforderung“ bei Bürgschaft und
Schuldmitübernahme

Peter Fölsch

Die Zusätzliche Gebühr Nr. 4141 VV RVG

Dr. Sönke Bahnsen

*Bereitschaftsdienst 2011 und 2012 im
Landgerichtsbezirk Flensburg*

SCHLHAGLICHT

Dr. Hartwig Martensen

Perspektiven am Verwaltungsgericht

Mai 2012

Inhalt

I. Aufsätze

Friedhelm Röttger	Die Rechtsprechung zur „sittenwidrigen Überforderung“ bei Bürgschaft und Schuldmitübernahme	161
Peter Fölsch	Die Zusätzliche Gebühr Nr. 4141 VV RVG	168
Dr. Sönke Bahnsen	Bereitschaftsdienst 2011 und 2012 im Landgerichtsbezirk Flensburg: Von „Breitensport“ und „Leistungsport“ ...	171

II. Amtliche Veröffentlichungen

Vfg. der Präsidentin SchIHOLG vom 9. März 2012 und 4. April 2012 – 3170-203 SH –	Schleswig-Holsteinischer Appellationsgerichtshof	173
Vfg. der Präsidentin SchIHOLG vom 17. April 2012 – 3170-203 SH –	Schleswig-Holsteinischer Appellationsgerichtshof	173

III. Personalnachrichten

173

IV. Ausschreibungen

174

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

SchIHOLG	16. 9.2011	14 U 129/10	Auslegung von Versicherungsbedingungen	175
SchIHOLG	29. 11.2011	11 U 26/10	Begriff der „Nettokaltmiete“	177
SchIHOLG	3. 8.2011	2 W 2/11	Belastung eines Sondernutzungsrechts	179
SchIHOLG	5. 12.2011	3 Wx 61/11	Erbrecht des Adoptivkindes in Altfällen	181
SchIHOLG	24. 11.2011	16 U 43/11	Leistungsumfang private Krankheitskostenversicherung	183
SchIHOLG	21. 11. 2011	3 W 75/11	Streitwert nach § 49a GKG wegen Verwalterabberufung	185
SchIHOLG	26. 10.2011	16 W 120/11	Vollstreckung nach § 888 ZPO	187

Familienrecht

AG Flensburg	21. 11.2011	2 F 246/10 GÜ und 92 F 246/10 UE	Zur richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen im Sinne von § 1408 BGB	187
SchIHOLG	23. 11.2011	12 UF 89/11	Verfahrenskostenhilfe für Ergänzungspfleger	190
SchIHOLG	28. 10.2011	10 WF 185/10	Anwaltsbeordnung im Sorgerechtsverfahren bei Kindeswohlgefährdung	190
SchIHOLG	4. 11.2011	12 WF 160/11	Streitwert bei Aufhebung Zugewinngemeinschaft	191

Verwaltungsgerichtsbarkeit

SchIHOVG	29. 3.2012	4 MB 22/12	Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein Demonstrationsverbot	191
----------	------------	------------	---	-----

Fortsetzung 3. Umschlagseite

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Terminankündigung

Josef Haslinger

liest aus seinem neuen Roman „Jáchymov“

Donnerstag, den 21. Juni 2012, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

Gesellschaftskritik und literarische Ästhetik. Das ist Josef Haslinger, Schriftsteller, Österreicher und Österreich-Kritiker. Bekannt geworden durch den Politthriller „Opernball“ – die Anatomie eines rechten Terroranschlags auf den Wiener Opernball –, lässt ihn das Doku-Drama nicht los: „Jáchymov“ (Joachimsthal) in Tschechien ist das älteste Radium-Heilbad der Welt, war aber mit seiner früheren Uranmine auch ein Zwangsarbeitslager, in dem im Kalten Krieg politische Häftlinge Uran für die sowjetische Atomindustrie abbauen mussten. So auch Bohumil Modry, früherer Nationaltorwart der legendären Eishockeymannschaft der CSSR, der 1950 mit der gesamten Mannschaft verhaftet und wegen Hochverrats zu 15 Jahren Haft verurteilt worden war. Nach fünf Jahren aus Jáchymov entlassen, starb er 1963 an Leukämie. Jahre später begegnet seine Tochter auf den Spuren ihres Vaters in Jáchymov einem Heilung suchenden Verleger und erzählt diesem ihre Familiengeschichte.

1955 in Zwettl (Niederösterreich) geboren, ist der promovierte Germanist Josef Haslinger sowohl Literat als auch Wissenschaftler, seit 1996 als Professor am Deutschen Literaturinstitut Leipzig. Wichtige Bücher: „Der Konviktskaktus“ (1980), „Hugo Sonnenschein“ (1984), „Opernball“ (1995), „Das Vaterspiel“ (2000), „Phi Phi Island. Ein Bericht“ (2007) und jetzt „Jáchymov“ (2011). Vielfältige Auszeichnungen: u.a. Theodor-Körner-Preis (1980), Österreichisches Staatsstipendium für Literatur (1982), Österreichisches Dramatikerstipendium (1988), Förderungspreis des Landes Niederösterreich für Literatur (1994), Literaturpreis der Stadt Wien (2000), Mainzer Stadtschreiber (2010), Rheingau-Literatur-Preis (2011).

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

Kartenreservierung: telefonisch ab 11. Juni 2012 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13.00–15.00 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden. Je Anrufer können bis zu zwei Karten reserviert werden.

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

22. August 2012: Lesung Judith Schalansky

25. Oktober 2012: Poetry Slam für junge Autorinnen und Autoren

20. November 2012: Neues auf dem Buchmarkt (mit Annemarie Stoltenberg)

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. – Spendenkonto Nr.: 50007294, Nospa BLZ 21750000

Die Rechtsprechung zur „sittenwidrigen Überforderung“ bei Bürgschaft und Schuldmitübernahme

von Friedhelm Röttger, Richter am Oberlandesgericht Schleswig*

Nach den Grundpfandrechten (Grundschild und Hypothek) ist die Bürgschaft in der Kreditpraxis das zweitwichtigste Sicherungsmittel überhaupt.¹ Gleichzeitig ist sie die bedeutendste Personalsicherheit. Sie wird bankseitig vor allem von Geschäftsführern und Gesellschaftern, von Personengesellschaften, Kaufleuten und Privatpersonen ohne Immobilienvermögen verlangt. Bei der Bürgschaft handelt es sich um eine Eventualverbindlichkeit, deren besondere Gefahr gerade darin besteht, dass die Zahlungsverpflichtung ungewiss ist und der Bürge in der Regel darauf vertraut, es „werde schon gutgehen“ und er werde im Ergebnis nicht zahlen müssen. Weil es sich bei der Bürgschaft damit um eines der gefährlichsten Geschäfte im Rechtsverkehr überhaupt handelt,² ist – gewissermaßen zur Warnung – zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags nach § 766 Abs. 1 BGB die Schriftform gesetzlich vorgeschrieben.

Juristische Probleme bereitet die Bürgschaft eigentlich immer erst im Haftungsfall, das heißt, wenn das Kreditengagement leitend und der Bürge von der Bank an seine Haftungserklärung erinnert und zur Zahlung aufgefordert wird. Neben Einwendungen aus dem Verbraucherschutzrecht (Verbraucherkreditgesetz, Haustürwiderrufgesetz, AGB-Kontrolle) wird in der Praxis am häufigsten der Einwand der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB erhoben. Dieser Beitrag soll die aktuelle Rechtsprechung des BGH und speziell des Oberlandesgerichts Schleswig zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften und Schuldmitübernahmen zusammenfassen.

Wie bei allen Verträgen so ist auch bei Bürgschaftsverträgen der Grundsatz der Privatautonomie zu beachten. Zivilgerichte haben allerdings nach Maßgabe der BVerfG³ „die Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind“. Was diese Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts für das Bürgschaftsrecht praktisch bedeutet, war Jahre lang selbst beim BGH umstritten. So galt nach der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats,⁴ der u.a. für das Bürgschaftsrecht zuständig war, allein das Interesse des Gläubigers sich vor Vermögensverschiebungen zu schützen als ausreichender Grund für die Wirksamkeit von Lebenspartnerbürgschaften, ohne dass es auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des Bürgen ankam. Nach Ansicht des XI. Zivilsenats⁵ hingegen hebt bei einem finanziell

krass überforderten Bürgen das Interesse des Gläubigers, einer Vermögensverschiebung entgegenzuwirken, nicht die Sittenwidrigkeit auf. Dieser Streit gipfelte in einem Vorlagebeschluss des XI. Zivilsenats vom 29.6.1999⁶ an den Großen Zivilsenat des BGH und einem Beschluss des IX. Zivilsenats vom 15.2.2000,⁷ der die Zulässigkeit dieser Vorlage in Frage stellte. Das Präsidium des BGH hat diesen Streit gelöst und seit dem 1.1.2001 auf Grundlage einer neuen Geschäftsverteilung die Bürgschaftssachen vom IX. auf den XI. Zivilsenat übertragen. Nunmehr liegt die Zuständigkeit für das Bürgschafts- und Schuldbeitrittsrecht allein beim XI. Zivilsenat, der seine Ansicht insoweit nicht geändert hat.

Anders als bei Austauschverträgen kommt bei einseitig verpflichtenden Bürgschaftsverträgen als Maßstab für die Sittenwidrigkeit ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gem. § 138 Abs. 2 BGB nicht in Betracht.⁸ Ein Bürgschaftsvertrag (§§ 765 ff. BGB) ist nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn dessen Gesamtcharakter nach Inhalt, Zweck und Beweggrund gegen die guten Sitten verstößt. Die sog. „Überforderungsrechtsprechung“ des BGH arbeitet mit bestimmten Verhaltenstypizitäten und Fallgruppen sowie prozessual im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast mit einer – widerleglichen – Vermutung: Liegen bei Abschluss der Haftungsvereinbarung (Bürgschaft oder Schuldmitübernahme) bestimmte, die Entschließungsfreiheit beeinträchtigende Umstände vor (krasse finanzielle, „ruinöse“ Überforderung; emotionale Verbundenheit mit dem Hauptschuldner), besteht die tatsächliche Vermutung, dass der Mithaftende seine Verpflichtung nur wegen dieser Umstände eingegangen ist und der andere Teil dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.⁹

1. Abgrenzung echter Mitdarlehensnehmer/Mithaftender

Die Unterscheidung zwischen echter Mitdarlehensnehmerschaft und bloßer Mithaftung ist notwendig, weil die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften finanziell überforderter Personen auch für bloße Mithaftende, nicht jedoch für echte Mitdarlehensnehmer gelten. Die beiden Personalsicherheiten Schuldmitübernahme (analog § 414 BGB) und Bürgschaft (§ 765 ff. BGB) sind funktionell austauschbar. Auch der Mithaftende geht eine einseitige Verpflichtung gegenüber dem Kreditgeber ohne jede Gegenleistung ein und ist deshalb genauso schutzwürdig wie der Bürge. Eine Gleichbehandlung zwischen Mithaftendem und Bürgen ist auch deshalb erforderlich, um ein Ausweichen der Kreditwirtschaft auf das Sicherungsmittel mit den geringeren Prüfungsobliegenheiten zu verhindern.

* Der Autor ist Richter am Oberlandesgericht Schleswig und dort tätig im 5. Zivilsenat („Bankensenat“). Er ist gelernter Bankkaufmann und war vor seiner Tätigkeit als Richter (seit 1994) Assessor bei einer deutschen Großbank in Berlin. Auf seinen Beitrag über „Die Rechtsprechung zu den sog. Schrottanlagen nach der Finanzkrise“ in SCHIHA, 2011, 256–264 wird hingewiesen.

¹ Derleder/Knops/Bamberger-Knops, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., 2008, § 25 Rn. 1, S. 782.

² Vgl. Dieter Giessen, Jura 1997, 64–71.

³ BVerfG Beschluss vom 19.10.1993, WM 1993, 2199–2204 = NJW 1994, 36–39.

⁴ BGH WM 1995, 237, 238; WM 1996, 1124, 1125; WM 1997, 467; WM 1998, 2327; WM 2000, 23, 24.

⁵ BGH WM 1999, 1556, 1558; WM 2002, 1347.

⁶ BGH WM 1999, 1556–1561 = NJW 1999, 2584–2588.

⁷ BGH WM 2000, 470–472 = NJW 2000, 1185–1186.

⁸ RiBGH Dr. Christian Grüneberg, Aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zur Bürgschaft, WM Sonderbeilage Nr. 2 zu Heft Nr. 43/2010, S. 4; BGH WM 2001, 1330 = ZIP 2001, 1190, 1191.

⁹ Nassall in juris PK-BGB, 5. Aufl. 2010, § 138 BGB Rn. 183 mwN.

a) BGH-Rechtsprechung

Die Qualifizierung der übernommenen Verpflichtung als echter Darlehensschuld (§ 488 BGB) oder als Beitrittsschuld (analog § 414 BGB) ist davon abhängig, ob der Verpflichtete als gleichberechtigter Vertragspartner neben dem eigentlichen (Haupt-) Darlehensnehmer einen Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta haben und deshalb auch zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet sein sollte oder ob er aus dem Darlehensvertrag keine eigenen Rechte erwerben, sondern der Bank nur zu Sicherungszwecken in Höhe der übernommenen Darlehensschuld haften sollte. Maßgebend für die Abgrenzung zwischen einer echten Mitdarlehensnehmerschaft und einer Mithaftungsübernahme ist die von den Vertragsparteien tatsächlich gewollte Rechtsfolge. Die Privatautonomie schließt – in den Grenzen der §§ 134 und 138 BGB – die Freiheit der Wahl der Rechtsfolgen und damit des vereinbarten Vertragstyps ein, umfasst allerdings nicht die Freiheit zu dessen beliebiger rechtlicher Qualifikation.¹⁰ Der Kreditgeber hat es deshalb nicht in der Hand durch eine im Darlehensvertrag einseitig gewählte Formulierung wie „Mitdarlehensnehmer“, „Mitantragsteller“, „Mitschuldner“ oder dergleichen einen materiell-bloß Mithaftenden zu einem gleichberechtigten Mitdarlehensnehmer zu machen und dadurch den weitreichenden Nichtigkeitfolgen des § 138 Abs. 1 BGB zu entgehen.¹¹

Maßgeblich ist der wirkliche Parteiwille bei Abschluss des Darlehensvertrages.¹² Dieser ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Vertragswortlaut¹³ unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessenlage der Vertragspartner.¹⁴ Die Vertragsauslegung kann zu einem vom Wortlaut abweichenden Ergebnis gelangen, wenn sich ein dies rechtfertigender, übereinstimmender Wille der Vertragspartner feststellen lässt (§ 133 BGB). Angesichts der Stärke der Verhandlungsposition der kreditgebenden Bank¹⁵ und der Verwendung von bankeigenen Kreditvertragsformularen ist allerdings dem Wortlaut von Bankdarlehensverträgen im Rahmen der Auslegung weniger Bedeutung beizumessen.

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH¹⁶ ist als echter Mitdarlehensnehmer daher ungeachtet der Vertragsbezeichnung in aller Regel nur derjenige anzusehen, der für den Darlehensgeber erkennbar ein eigenes – sachliches und/oder persönliches – Interesse an der Kreditaufnahme hat und als im Wesentlichen gleichberechtigter Partner über die Auszahlung bzw. Verwendung der Darlehensvaluta mitentscheiden darf. Dabei muss die kreditgebende Bank grundsätzlich darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen für eine echte Mitdarlehensnehmerschaft vorliegen. Spricht hierfür der Wortlaut des bankseitig vorformulierten Darlehensvertrages, hat der Schuldner nach den Regeln über die sekundäre Darlehenslast darzutun, dass er nicht das für eine echte Mitdarlehensnehmereigenschaft notwendige Eigeninteresse an der Kreditaufnahme besaß.¹⁷

b) Kritik an der BGH.-Rechtsprechung

Kritik erfährt vorstehende Rechtsprechung vor allem in methodischer und prozessualer Hinsicht.

aa) Methodik

Es soll zweifelhaft sein, ob die Ermittlung des Eigeninteresses des Mitverpflichteten als maßgebliches Abgrenzungskriterium

¹⁰ Nassall, aaO, § 138 BGB Rn. 183 m. H. a. BGH Urteil vom 23.3.2004, WM 2004, 1083, 1084 = NJW-RR 2004, 924, 925.

¹¹ Nassall in jurisPK-BGB, aaO, § 138 Rn. 183.

¹² BGH Urteil vom 4.12.2001 – IX ZR 56/01, MDR 2002, 374 = WM 2002, 223, 224; BGH vom 28.5.2002 – XI ZR 205/01, MDR 2002, 1202 = WM 2002, 1649, 1650; BGH Urteil vom 23.3.2004 – XI ZR 114/03, MDR 2004, 820 = WM 2004, 1083, 1084; BGH Urteil vom 25.1.2005 – XI ZR 325/03, WM 2005, 418–421 = NJW 2005, 973–976 = BGH Report 2005, 652, 653 mwN.

¹³ Ständige Rechtsprechung des BGH, u. a. BGH vom 10.12.1992, MDR 1993, 635; BGH vom 11.9.2000, WM 2000, 2371, 2372.

¹⁴ Ständige Rechtsprechung des BGH, u. a. Urteil vom 10.7.1998, MDR 1998, 1153 = WM 1998, 1883, 1886; BGH vom 27.6.2001, MDR 2001, 1281 = WM 2001, 1863, 1864.

¹⁵ Schimansky, WM 2002, 2437, 2438 f.

¹⁶ BGH Urteil v. 14.11.2000, MDR 2001, 403 = BGH Report 2001, 132; Urteil vom 4.12.2001, MDR 2002, 347 = WM 2002, 223, 224; Urteil vom 23.3.2004, MDR 2004, 820 = WM 2004, 1083, 1084; Urteil vom 25.1.2005 – XI ZR 325/03 = WM 2005, 418–421 = NJW 2005, 973–976 = BGH Report 2005, 652, 653 mwN.

¹⁷ BGH vom 16.12.2008 – XI ZR 454/07, WM 2009, 645–647 = ZIP 2009, 655–657 = NJW 2009, 1494–1496 = BGH Report 2009, 631–633.

eine Frage der Vertragsauslegung ist.¹⁸ Die Vertragsauslegung dient dazu, den wahren Inhalt der Erklärungen (§ 133 BGB) und Vereinbarungen (§ 157 BGB) der Vertragsparteien zu ermitteln. Die hier maßgebliche Frage (Eigeninteresse?) lautet aber nicht, was die Parteien vereinbart haben, sondern warum sie diese Vereinbarung getroffen haben. Es geht damit nicht – so die Kritik von Rechtsanwalt *Arne Maier*¹⁹ – um die Ermittlung des konkreten Vertragsinhalts sondern um die Ermittlung und Bewertung der Gesamtumstände, die zu diesem Vertragsabschluss geführt haben (u. a. Verwendungszweck des Darlehens, Beteiligung an den Vertragsverhandlungen, Empfänger der Darlehensvaluta, Anlass und eigenes Interesse an der Kreditaufnahme). Im Wege der Vertragsauslegung könne es nicht nur (einseitig) um die Interessensermittlung des Mitverpflichteten gehen, sondern es seien die Verhältnisse beider Vertragspartner (mithin auch der kreditgebenden Bank) zu berücksichtigen. Schließlich sei die Einordnung des Mitdarlehensnehmers als bloßer Mithaftender zwar im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung vorteilhaft, hinsichtlich weiterer Rechtsfolgen sei es hingegen für den Mitverpflichteten nachteilhaft, wenn er nicht „gleichberechtigt“ am Vertrag beteiligt und nur bloßer Mithaftender ohne primäre Vertragsrecht sei. Die Ermittlung des Eigeninteresses des Mitverpflichteten – als maßgebliches Abgrenzungskriterium – sei deshalb methodisch keine Frage der Vertragsauslegung, sondern beruhe auf einer Würdigung der Gesamtumstände, die zum Abschluss des Darlehensvertrages geführt haben.²⁰

bb) Darlegungs- und Beweislast

Nach der Rechtsprechung des BGH²¹ muss die kreditgebende Bank darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen für eine echte Mitdarlehensnehmereigenschaft vorliegen, obwohl grundsätzlich der Mitdarlehensnehmer den Einwand der Sittenwidrigkeit im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB darlegen und beweisen muss. Nach Ansicht des BGH ist das Eigeninteresse an der Kreditaufnahme Voraussetzung dafür, dass der Kunde die Rückzahlung des Kredits als (echter) Mitdarlehensnehmer i.S.v. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB schuldet. Entsprechend dem allgemeinen Grundsatz, dass diejenige Partei, die aus einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung einen Anspruch für sich herleitet, auch die tatsächlichen Umstände einer für sie günstigen Auslegung darzulegen und zu beweisen hat,²² obliegt deshalb der kreditgebenden Bank grundsätzlich auch der Beweis, dass der Kunde bei Abschluss des Darlehensvertrages das für eine echte Mitdarlehensnehmereigenschaft notwendige Eigeninteresse an der Kreditaufnahme besaß.²³ Selbst wenn der Wortlaut des Darlehensvertrages auf eine echte Mitdarlehensnehmereigenschaft hindeutet, führt dies noch nicht zu einer echten Beweislastumkehr zu Lasten des Darlehensnehmers. In einem solchen Fall – so der BGH²⁴ – obliegt dem Darlehensnehmer nach den allgemeinen Regeln über die sekundäre Darlegungslast lediglich entsprechender Vortrag, dass der Kredit ihm von Anfang an weder ganz noch teilweise unmittelbar zugute kommen sollte und dass der Vertragswortlaut nicht der Rechtswirklichkeit entsprach. Das Risiko eines „non liquet“, d.h. wenn sich das notwendige Eigeninteresse des Darlehensnehmers an der Kreditaufnahme nicht nachweisen lässt, geht damit zu Lasten der kreditgebenden Bank.

Diese Rechtsprechung könnte vor dem Hintergrund eines eindeutigen Vertragswortlauts zweifelhaft sein. Der BGH – so die Kritiker²⁵ – relativiere die Bedeutung des Vertragswortlauts, indem er gleichwohl die Nachweispflicht für das notwendige Eigeninteresse des Kunden an der Kreditaufnahme bei der Bank belasse. Dies

¹⁸ *Arne Maier*, Die Bedeutung des Vertragswortlauts für die Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur sittenwidrigen Angehörigenbürgschaft bei krasser finanzieller Überforderung auf Fälle vertraglicher Mitverpflichtung, WM 2009, 1971 ff.

¹⁹ *Arne Maier*, aaO, WM 2009, 1971 ff., 1972 m. H. a. *Schimansky*, WM 2002, 2437.

²⁰ *Maier* aaO, S. 1973.

²¹ Urteil vom 16.12.2008 – XI ZR 454/07, WM 2009, 645–647, NJW 2009, 1494–1496 = BGH Report 2009, 631–633.

²² Vgl. u. a. BGH Urteil vom 5.2.1999, V ZR 353/97, WM 1999, 965–967.

²³ BGH Urteil vom 16.12.2008, aaO; OLG Celle WM 2004, 1957, 1959.

²⁴ BGH Urteil vom 16.12.2008, aaO.

²⁵ U. a. Rechtsanwalt *Dr. Felix Podewils*, BGH EWIR § 138 BGB 1/09, 465; Rechtsanwalt *Dr. Jochen Richrath*, Anm. zu BGH Urteil v. 16.12.2008 – XI ZR 454/07 in WuB IV A., § 138 BGB, 1.09.

sei insbesondere deshalb unverständlich, weil die kreditgebende Bank bereits bei der Darlehensgewährung die Obliegenheit habe, sich nach dem Verwendungszweck des Darlehens zu erkundigen und deshalb gerade in Kenntnis der Interessenlage eine (echte) Schuldmitübernahme vereinbart habe.²⁶ Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die kreditgebende Bank bereits im eigenen wirtschaftlichen Interesse ihrer o.g. Obliegenheit nachgekommen ist und den Vertragswortlaut der Darlehensvereinbarung entsprechend dem bei Vertragsschluss geprüften Eigeninteresse des Schuldmitübernehmers gewählt hat, ist es m. E. auch vertretbar, dem Darlehensnehmer die Beweislast für das fehlende Eigeninteresse und damit den Einwand der bloßen Mithaft aufzuerlegen. Es ist in einem solchen Fall – zumal wenn zwischen Vertragsschluss und Inanspruchnahme aus dem notleidenden Kredit ein längerer Zeitraum liegt- dem Darlehensnehmer durchaus zuzumuten, die in seiner Sphäre liegenden Gesamtumstände bei der Kreditaufnahme darzulegen und ggf. auch nachzuweisen, dass er kein Eigeninteresse an dem Kredit hatte und nicht als gleichberechtigter Partner über die Verwendung der Darlehensvaluta mitentscheiden durfte, mithin der eindeutige Vertragswortlaut nicht der Rechtswirklichkeit entsprach.²⁷

c) Fallbeispiele aus der Rechtsprechung

Entsprechend den von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien (eigenes persönliches oder wirtschaftliches Interesse an der Darlehensgewährung; im Wesentlichen gleichberechtigte Entscheidungsmöglichkeit über die Verwendung der Darlehensvaluta) gibt es für die Gerichte bei der Entscheidung keine unzumutbaren Schwierigkeiten. Der Verwendungszweck des Darlehens ist vielfach im Darlehensvertrag dokumentiert und die Buchungsunterlagen ermöglichen den Nachweis über die tatsächliche Verwendung der Darlehensvaluta.

In nachfolgenden Fällen ist eine bloße Mithaftung angenommen worden:

- Mitverpflichtung der Ehefrau an einem Sparkassenprivatkredit in Höhe von 20 000,00 €, der allein dazu diente, einen Betriebsmittelkredit des Ehemannes, der ein Restaurant betrieb, auf dessen Geschäftskonto auszugleichen.²⁸
- Mitverpflichtung des Sohnes für ein Darlehen des Vaters über 35 000,00 DM, das dieser zur Ablösung von Grundpfandrechten anlässlich eines Grundstücksverkaufs aufnahm.²⁹
- Mitverpflichtung der Lebensgefährtin als „Kreditnehmerin“ für einen Betriebsmittelkredits ihres Lebenspartners über 105.000,00 DM, wovon knapp die Hälfte zur Ablösung eines Altkredits diente und der Rest auf das Geschäftskonto ausbezahlt wurden.³⁰
- Mitverpflichtung der Ehefrau für einen Kreditvertrag über 350 000,00 DM, der ausschließlich zur Ablösung von Verbindlichkeiten einer in Liquidation geratenen und bis dahin vom Ehemann und zwei weiteren Gesellschaftern betriebenen GmbH diente.³¹
- Mitverpflichtung der Lebensgefährtin als „Darlehensnehmerin“ für ein Darlehen über 302 000,00 DM, das ihr Lebensgefährte zur Finanzierung einer von ihm im Alleineigentum erworbenen (vermieteten) Eigentumswohnung aufnahm.³²
- Mitverpflichtung der Ehefrau für ein Umschuldungsdarlehen über 27 000,00 DM, das im Wesentlichen einen Kredit ablöste, den der Ehemann vor der Eheschließung zur Anschaffung eines PKW VW Golf für sich allein aufgenommen hatte.³³

In nachfolgenden Fällen ist hingegen eine echte Mitdarlehensnehmereigenschaft angenommen worden:

- Mitverpflichtung der Ehefrau für einen „easyCredit-Vertrag“ über netto 41 000,00 €, wo im Darlehensvertrag kein ausdrücklicher Verwendungszweck genannt war und die Darlehensvaluta auf ein gemeinschaftliches Konto der Eheleute ausgezahlt worden war und maßgeblich der Finanzierung eines PKW des Ehemannes diente.³⁴
- Mitverpflichtung der Ehefrau als „Kreditnehmerin“, wobei die Darlehensvaluta der Finanzierung eines zur Gestaltung des Familienlebens dienenden PKW diente und direkt an den Fahrzeughändler angewiesen wurde, obwohl die Ehefrau über keine eigene Fahrerlaubnis verfügte.³⁵
- Mitverpflichtung des Gesellschaftergeschäftsführers einer Einmann-GmbH, wenn das Darlehen zur Sanierung der GmbH bestimmt war und die Auszahlung der Darlehensvaluta vertragsgemäß auf ein Konto der GmbH erfolgt ist.³⁶

d) Teilnichtigkeit des Schuldbeitritts analog § 139 BGB

Ist der Schuldbeitritt nach den vorgenannten Grundsätzen als bloße Mithaftung anzusehen und liegen die weiteren Voraussetzungen vor, welche die Sittenwidrigkeit indizieren, so ist in der Regel der gesamte Schuldmitübernahmevertrag gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Dies gilt jedoch ausnahmsweise nicht in Fällen, in denen sich der Vertragsinhalt nach der Wertung des § 139 BGB in eindeutig abgrenzbarer Weise in einen nichtigen und einen von der Nichtigkeit nicht berührten Teil aufteilen lässt und die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen der Vertragspartner entspricht.³⁷ Der BGH³⁸ hatte über einen Fall zu entscheiden, bei dem es um den Schuldbeitritt einer vermögenslosen Ehefrau zu einem Darlehensvertrag über insgesamt 37 000,00 DM ging und die Darlehensvaluta teilweise i.H.v. von 6 000,00 DM zur Tilgung eines von ihrem geschiedenen Ehemann allein aufgenommenen Darlehens diente während der Restbetrag auf ein gemeinsames Girokonto der Eheleute überwiesen bzw. in bar ausgezahlt worden war. In diesem Fall gab es für die Annahme einer Gesamtnichtigkeit keinen Raum. Der BGH hat in analoger Anwendung des § 139 BGB eine echte Darlehensmitübernahme insoweit angenommen, als mit dem Kredit auch eigene Verbindlichkeiten der Ehefrau abgelöst werden sollten bzw. die Darlehensvaluta an beide Ehegatten gemeinsam ausgezahlt worden war. Bei Kenntnis der Teilnichtigkeit hätten die Prozessparteien mutmaßlich in dem o. g. Fall einen (wirksamen) Darlehensvertrag über 31 000,00 DM geschlossen, so dass nur teilweise von einem nichtigen Schuldbeitritt im Umfang von 6 000,00 DM auszugehen war.

2. Sittenwidrigkeit der Bürgschaft/Mithaftung wegen finanzieller Überforderung

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH hängt die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB auf von Kreditinstituten mit privaten Sicherungsgebern geschlossene Bürgschafts- und Mithaftungsverträge regelmäßig entscheidend von dem Grad des Missverhältnisses zwischen dem Verpflichtungsumfang und der finanziellen Leistungsfähigkeit des dem Hauptschuldner persönlich nahestehenden Bürgen oder Mitverpflichteten ab.³⁹ Zwar reicht selbst der Umstand, dass der Betroffene voraussichtlich nicht einmal den von den Darlehensvertragsparteien festgelegte Zinssatz aus dem pfändbaren Teil seines laufenden Einkommens und/oder Vermögens bei Eintritt des Sicherungsfalls dauerhaft allein tragen kann, regelmäßig nicht aus, um das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit zu begründen. In einem solchen Fall kras-

²⁶ OLG Celle, Urteil vom 21.4.2004, WM 2004, 1957–1959 = NJW 2004, 2598–2600.

²⁷ Vgl. auch Dr. Jochen Richrath, aaO, WuB IV A. § 138 BGB 1.09.

²⁸ OLG Schleswig Beschluss vom 14.2.2012 Az. 5 W 6/12.

²⁹ BGH WM 2002, 125–127 = NJW 2002, 746–747.

³⁰ BGH WM 2002, 223–225 = NJW 2002, 744–745.

³¹ BGH WM 2005, 418–421 = NJW 2005, 973–976 = BGH Report 2005, 652–655.

³² BGH WM 2009, 1460–1464 = NJW 2009, 2671–2674.

³³ OLG Koblenz Urteil vom 9.2.2004, WM 2005, 693 m. Anm. Rechtsanwalt Dr. Jochen Richrath, WuB I F1e-3.05 Kreditsicherungsrecht.

³⁴ OLG Schleswig Beschluss vom 8.11.2011, Az. 5 W 48/11.

³⁵ BGH WM 2004, 1083–1085 = NJW-RR 2004, 924–925.

³⁶ OLG Köln, WM 2003, 1714–1717 = GmbHR 2002, 1074–1076.

³⁷ BGHZ 107, 351, 355 f.; BGH WM 2009, 645–647 = ZIP 2009, 655–657.

³⁸ Urteil vom 16.12.2008 XI ZR 454/07, WM 2009, 645–647.

³⁹ BGH vom 18.9.1997, XI ZR 283/96, BGHZ 136, 347, 351; BGH vom 14.11.2000 – XI ZR 248/99, BGHZ 146, 37, 42 = MDR 2001, 403 = BGH Report 2001, 132; BGH vom 14.5.2002 – XI ZR 50/01, BGHZ 151, 34, 36 f. = BGH Report 2002, 688 = MDR 2002, 1018; BGH Urteil vom 11.2.2003, XI ZR 214/01, BGH Report 2003, 542 = ZIP 2003, 796, 797; BGH Urteil vom 14.10.2003, XI ZR 121/02, BGHZ 156, 302, 307 = MDR 2004, 162 = BGH Report 2004, 30 mwN; BGH vom 25.1.2005, XI ZR 325/03, WM 2005, 418–421 = NJW 2005, 973–976 = BGH Report 2005, 652–655; Dr. Christian Grüneberg, aaO, S. 5.

ser finanzieller Überforderung ist aber nach der allgemeinen Lebenserfahrung ohne Hinzutreten weiterer Umstände widerleglich zu vermuten, dass der Betroffene die ruinöse Bürgschaft oder Mithaftung allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.⁴⁰

Nach o. g. BGH-Rechtsprechung ist die Mithaftung gem. § 138 Abs. 1 BGB nur dann sittenwidrig, wenn durch weitere Umstände ein unerträgliches Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern hervorgerufen wird, welche die Mithaftung auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Gläubigers als rechtlich nicht hinnehmbar erscheinen lassen.⁴¹ Diese Voraussetzungen sind insbesondere dann gegeben, wenn die Entscheidungsfreiheit des Mitverpflichteten in rechtlich anstößiger Weise beeinträchtigt wurde und der Gläubiger sich dies zurechnen lassen muss. Das gilt z. B. dann, wenn der Kreditgeber das mit der Haftungsübernahme verbundene Risiko verharmlost oder verschleiert hat (z. B. Bezeichnung als „reine Formsache“⁴²) oder Fragen des Bürgen nach dem Haftungsrisiko falsch beantwortet wurden.⁴³ Gleiches gilt in Fällen, in denen der Hauptschuldner dem Bürgen bzw. Mithaftenden persönlich besonders nahe steht (s. u.).

a) Krasse finanzielle Überforderung des Bürgen/Mithaftenden

Eine krasse finanzielle Überforderung liegt bei nicht ganz geringen Bankschulden grundsätzlich nur vor, wenn der Haftende aufgrund seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht einmal in der Lage ist, die vertraglichen Zinsen aus dem pfändbaren Teil des gegenwärtigen und zukünftig zu erwartenden Einkommens und Vermögens bei Eintritt des Sicherungsfalls tragen kann.⁴⁴ Es obliegt der Bank, den Bürgen zu dessen finanzieller Leistungsfähigkeit zu befragen. Hat sie von entsprechenden Nachforschungen abgesehen, muss sie sich die objektiven Tatsachen als bekannt entgegenhalten lassen.⁴⁵

An diesen Maßstäben hält der XI. Zivilsenat⁴⁶ trotz der seit dem 1.1.1999 gem. §§ 286 ff InsO bestehenden Möglichkeit einer Restschuldbefreiung fest. Zwar beruht die Überforderungsrechtsprechung auf dem Gedanken, den Bürgen wegen des zeitlich unbegrenzten, freien Nachforderungsrechts des unbefriedigt gebliebenen Gläubigers vor einer lebenslangen Überschuldung zu schützen. Nunmehr besteht jedoch für den redlichen Schuldner nach Ablauf einer Wohlverhaltensperiode von 6 Jahren (§ 287 Abs. 2 InsO) die Möglichkeit, Restschuldbefreiung zu erlangen. Mit Rücksicht darauf gab es Stimmen in der Literatur,⁴⁷ die die engen Grenzen der Überforderungsrechtsprechung unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit nicht mehr für angezeigt hielten. Der Schutz des Schuldners gem. § 138 Abs. 1 BGB durch die Überforderungsrechtsprechung und die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung gem. §§ 286 ff. InsO haben jedoch sowohl inhaltlich als auch zeitlich unterschiedliche Ansätze. Während die Sittenwidrigkeit von vornherein einen wirksamen Vertragsschluss verhindern soll (und damit auch Präventivfunktion hat), beruht die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung auf sozialen Motiven, weil der (finanziell ruinierte) Schuldner wieder eine realistische Perspektive bekommen soll, sich aus der eingetretenen Verschuldungssituation zu befreien.

aa) Bagatellvorbehalt

Die Überforderungsrechtsprechung soll nur dann zur Anwendung kommen, wenn es sich um einen „nicht ganz geringfügigen Bankkredit“ handelt.⁴⁸ Bisher ist durch die Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs jedoch noch keine konkrete Bagatellgrenze festgelegt worden.⁴⁹ Das OLG Celle⁵⁰ geht bei einer Bürgschaft über 20.000 DM davon aus, dass eine krasse Überforderung eintreten kann. Insoweit ist nicht auf starre Betragsgrenzen abzustellen, sondern eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen.⁵¹ Meiner Ansicht nach kann es jedoch nicht auf den Grad der finanziellen Überforderung ankommen. Selbst wenn die Zinslast den pfändbaren Teil des Einkommens nur geringfügig übersteigt, steht zu erwarten, dass der Bürge gleichwohl nicht in der Lage sein wird, die Darlehensschuld jemals zu tilgen. Ein Bagatellvorbehalt wäre auch mit dem Schutzzweck der Überforderungsrechtsprechung bei Angehörigenbürgschaften, nämlich den Bürgen vor einer dauerhaften Überschuldung zu schützen,⁵² nicht vereinbar.

bb) Pfändbares Einkommen

Bei der Bürgschaft/Mithaft für eine Hauptverbindlichkeit des Darlehensnehmers ist – anders als bei echten Mitdarlehensnehmern⁵³ – lediglich das eigene Einkommen des Bürgenden bzw. Mithaftenden, nicht aber auch das laufende Einkommen des Ehegatten zu berücksichtigen. Anderenfalls bliebe nämlich unberücksichtigt, dass der Hauptschuldner bei Eintritt des Sicherungsfalls gewöhnlich zahlungsunfähig ist oder vergleichbare Leistungshindernisse vorliegen. Deshalb schließt auch der Umstand, dass die Zins- und Tilgungsraten von den Eheleuten jahrelang aus dem gemeinsamen Einnahmen und Vermögen geleistet worden sind, eine krasse finanzielle Überforderung des bürgenden Ehegatten nicht aus. Ein Gehalt, das der Bürge aufgrund seines Anstellungsverhältnisses vom Hauptschuldner bezieht, ist bei der Berechnung des pfändbaren Einkommens nicht anzusetzen, weil dieses im Fall der Insolvenz des Hauptschuldners uneinbringlich ist. Vielmehr ist in einem solchen Fall das Gehalt anzusetzen, das der Bürge bei lebensnaher Betrachtung unter Berücksichtigung seiner beruflichen Qualifikation, seines Alters usw. auf dem herrschenden Arbeitsmarkt erzielen könnte.⁵⁴

Unpfändbares Einkommen i. S. d. §§ 850 a ff. ZPO bleibt unberücksichtigt, da dies nicht angetastet werden darf. Kindergeld ist dem pfändbaren Arbeitseinkommen nach § 850 e Nr. 2 a S. 3 ZPO nicht zuzurechnen. Es verbleibt dem Schuldner neben den Erhöhungsbeträgen nach § 850 c ZPO.⁵⁵ Gleiches gilt für eine Aufwandsentschädigung als ehrenamtlicher Bürgermeister, die gemäß §§ 850 a Nr. 3, 850 e Nr. 1 ZPO ebenfalls pfandfrei bleibt.⁵⁶ Ein Anspruch auf Zahlung von Trennungsunterhalt gegen den Hauptschuldner-Ehegatten ist nicht zu berücksichtigen, weil er beim Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners aller Voraussicht nach entfallen oder erheblich herabgesetzt werden würde.⁵⁷ Im Übrigen können Unterhaltsansprüche des Mitverpflichteten die Annahme einer Überforderung nur dann ausschließen, wenn sie vom Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners unberührt bleiben.⁵⁸

Die Anhebung der Pfändungsfreigrenzen für Arbeitseinkommen (Grundfreibetrag) gem. § 850c Abs.1 ZPO von zunächst monatlich 1209 DM auf 930 € (2002), danach auf 985,15 € (seit dem 1.7.2005) und schließlich seit dem 1.7.2011 auf 1028,89 € hat die Schwelle zur krasen finanziellen Überforderung stark herabgesetzt mit der Folge, dass selbst Bürgen mit durchschnittlichem Einkommen auch bei verhältnismäßig kleinen Darlehen schnell

⁴⁹ Vgl. hierzu OLG Celle WM 2008, 296–299; OLG Dresden BKR 2007, 248–251; OLG Koblenz WM 2005, 693, 695.

⁵⁰ ZIP 2005, 1911–1913 = NJW-RR 2006, 131–133.

⁵¹ Vgl. OLG Nürnberg NJW-RR 2011, 265, 268 = WM 2011, 2348–2353.

⁵² Vgl. OLG Düsseldorf, OLGR Düsseldorf 2007, 498–500.

⁵³ Hier liegt eine krasse finanzielle Überforderung erst vor, wenn beide pfändbaren Einkommen zusammen nicht ausreichen, die laufenden Kreditzinsen zu tragen, vgl. BGH Urteil vom 23.3.2004, XI ZR 114/03, NJW-RR 2004, 924–925; OLG Schleswig Beschluss vom 8.11.2011 Az.: 5 W 48/11; BGH ZIP 2004, 1039; BGH ZIP 2005, 607, 610.

⁵⁴ BGH vom 25.1.2005 WM 2005, 418–421 = NJW 2005, 973–976 = BGH Report 2005, 652–655; Dr. Christian Grüneberg, aaO, WM Sonderbeilage Nr. 2 zu Heft 43/2010 S. 6 mwN.

⁵⁵ OLG Schleswig, Urteil vom 1.9.2011, Az.: 5 U 7/11; Zöller-Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 850 c, Rz. 12.

⁵⁶ OLG Schleswig, Urteil vom 1.9.2011, Az.: 5 U 7/11.

⁵⁷ OLG Naumburg vom 27.2.2003, Az. 2 U 70/02, ZIP 2003, 1929–1933.

⁵⁸ OLG Naumburg, aaO, ZIP 2003, 1929–1933; Nassall in juris PK-BGB, 5. Aufl. 2010, § 138 BGB Rn. 213.

⁴⁰ Ständige Rechtsprechung des BGH s. Fn. zuvor.

⁴¹ Nassall in juris PK-BGB, 5. Aufl. 2010, § 138 BGB Rn. 188 m. H. a. BGH Urteil vom 26.4.2001, IX ZR 337/98, NJW 2001, 2466, 2469.

⁴² BGH vom 28.5.2002, IX ZR 199/01 – LM BGB § 765 Nr. 170 (11/2002).

⁴³ Nassall in juris PK-BGB, aaO, Rn. 193.

⁴⁴ BGH Urteil vom 25.1.2005, WM 2005, 418–421 = NJW 2005, 973–976 = BGH Report 2005, 652–655; BGH WM 2010, 32, 33 Rn. 11 = ZIP 2010, 21–23; Dr. Christian Grüneberg, aaO, S. 5 mwN.

⁴⁵ BGH WM 1998, 2327, 2330.

⁴⁶ BGH WM 2009, 1460, 1463 Rn. 29 ff. = NJW 2009, 2671–2674.

⁴⁷ Wagner NJW 2005, 2956 Fn.12; Krüger MDR 2002, 856 f.; Medicus JuS 1999, 833, 835; Krüger, NJW 2009, 3408.

⁴⁸ BGH NJW 2009, 2671, 2672.

i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB „überfordert“ sein können. Es bleibt deshalb abzuwarten, ob vor diesem Hintergrund die engen Grenzen der bisher vom BGH geprägten Überforderungsrechtsprechung bestehen bleiben.⁵⁹

Im Rahmen der gebotenen Prognose muss der betroffene Bürge seine finanzielle Überforderung nicht nur zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses darlegen und beweisen, sondern auch dass – bei lebensnaher Betrachtung – nicht damit zu rechnen war, dies werde sich in absehbarer Zeit (vertraglich festgelegte Kreditlaufzeit) zum Positiven ändern.⁶⁰ Bei der gebotenen Prognose sind grundsätzlich alle erwerbsrelevanten Umstände und Verhältnisse – wie z. B. Alter, Schule, Ausbildung und Berufserfahrung – zu berücksichtigen, die ein Kreditinstitut bei realistischer Betrachtungsweise veranlassen könnte, mit einer Besserung der finanziellen Lage des Bürgen/Mithaftenden zu rechnen und deswegen in seiner persönlichen Mitverpflichtung eine die Kreditgewährung ermöglichende zusätzliche Sicherheit zu sehen. Soll der Mithaftende Einkünfte aus dem finanzierten Projekt erzielen, können die projizierten Einkünfte bei der Prognose nicht berücksichtigt werden, wenn ihre Schätzung auf einer unrealistischen Marktanalyse und Überschätzung der künftigen Ertragskraft des zu finanzierenden Unternehmens beruht.⁶¹ Lediglich theoretisch denkbare, jedoch ungewöhnliche spätere Entwicklungen, wie z. B. die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit durch den Bürgen, finden im Rahmen der Prognose keine Berücksichtigung.

bb) Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Bürgen

Unpfändbares Vermögen i. S. d. §§ 811 ff. ZPO bleibt bei der Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Haftenden außer Betracht. Sozialrechtliche Vorschriften über Schonvermögen kommen jedoch nicht zur Anwendung, d. h. das selbstgenutzte Eigenheim, das der Bürge beleihen oder veräußern kann, ist als Vermögen zu berücksichtigen.⁶² Dies bedeutet, dass auch bei einem sehr geringen Einkommen des Bürgen kein Fall der finanziellen Überforderung vorliegt, wenn der Verkehrswert der Immobilie die Bürgschaftssumme erreicht.⁶³ Auch der einkommensschwache Bürge ist finanziell nicht „krass überfordert“, wenn er die Bürgschaftsschuld voraussichtlich durch Verwertung des von ihm bewohnten Einfamilienheims zu tilgen vermag.⁶⁴ Bei Gemeinschaftseigentum ist nur der auf den Bürgen entfallende Anteil zu bewerten;⁶⁵ valutierende Grundpfandrechte sind vermögensmindernd zu berücksichtigen.⁶⁶ Eine Erbschaft, die der Bürge alsbald sicher zu erwarten hat, kann ebenfalls eine krasse finanzielle Überforderung entfallen lassen. Die kreditgebende Bank sollte jedoch in einem solchen Fall die Bürgenhaftung in der Weise einschränken, dass der Bürge bei Ausfall des Hauptschuldners nur dann in Anspruch genommen wird, wenn er die Erbschaft tatsächlich gemacht hat.⁶⁷

Die Berücksichtigung pfändbaren Vermögens des Bürgen bei der Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit erfolgt in der Weise, dass der ermittelte Wert des Vermögens von der Bürgschaftsschuld abgezogen wird und anschließend die auf den verbleibenden Betrag entfallenden laufenden Zinsen errechnet werden. Sodann ist zu prüfen, ob der Bürge diese Zinsen aus seinem Einkommen aufzubringen vermag.⁶⁸

Anderweitige Sicherheiten des Hauptschuldners sind im Rahmen der Prüfung der finanziellen Überforderung des Betroffenen nur dann zu berücksichtigen, wenn sie tatsächlich das Haf-

tungsrisiko des Bürgen/Mithaftenden beschränken und den Bürgen insoweit lediglich eine „Ausfallhaftung“ trifft. Dazu muss gewährleistet sein, dass der Gläubiger den Bürgen/Mithaftenden erst nach einer ordnungsgemäßen Verwertung der anderen Sicherheiten in Anspruch nimmt.⁶⁹

b) Emotionale Verbundenheit zum Hauptschuldner

Allein die krasse finanzielle Überforderung des Betroffenen reicht ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht aus, um die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft/Mithaftung für ein fremdes Darlehen zu begründen.

Stehen sich Hauptschuldner und Mithaftender/Bürge persönlich nahe, dann spricht – im Falle einer krassen finanziellen Überforderung – eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Verpflichtete sich hierbei nicht von seinen Interessen und von einer rationalen Einschätzung des wirtschaftlichen Risikos hat leiten lassen, sondern sich nur aufgrund emotionaler Bindung an den Hauptschuldner infolge mangelnder Geschäftsgewandtheit und Rechtskundigkeit eingelassen und der Kreditgeber dies in verwerflicher Weise ausgenutzt hat.⁷⁰ Eine solche persönliche Verbundenheit kann nur für Ehegatten, Lebenspartner, Lebensgefährten, enge Verwandte (insbesondere Kinder) oder enge Freunde angenommen werden.⁷¹ Die Intensität der emotionalen Bindung ist in diesen Fällen normalerweise so stark, dass davon auszugehen ist, dass der Bürgschaftsübernahme keine autonome Entscheidung zugrunde liegt. Ein solches Verhältnis kann auch zwischen anderen Personen bestehen, wie z. B. zwischen Geschwistern, Freunden oder Nachbarn. Hier besteht jedoch keine Vermutung, sondern der Bürge muss nachvollziehbar darlegen, dass er sich bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags in einer vergleichbaren Zwangslage befunden hat. Dies hat er bei einem Bestreiten durch das Kreditinstitut auch zu beweisen.⁷² Die bloße Hilfsbereitschaft des Mitverpflichteten/Bürgens aus moralischen oder nachbarschaftlichen Gründen genügt in der Regel nicht.

Die Indizwirkung des familienrechtlichen Status für eine enge persönliche Beziehung zwischen Mitverpflichtetem und Hauptschuldner kommt nach Scheidung einer Ehe nicht mehr in Betracht.⁷³

Fräglich ist, ob die Rechtsprechung zur Angehörigenbürgschaft auch auf sog. Arbeitnehmerbürgschaften übertragen werden kann. Der BGH hat über diese Frage noch nicht entschieden und mit Urteil vom 14.10.2003⁷⁴ hieran Zweifel angemeldet, weil zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in der Regel kein von Emotionen geprägtes Näheverhältnis besteht, sondern die häufig gegensätzlichen Interessen der Arbeitsvertragsparteien im Vordergrund stehen. Wenn der Bürge allerdings Arbeitnehmer des Hauptschuldners ist und durch die Übernahme der Bürgschaft finanziell krass überfordert ist, liegt Sittenwidrigkeit vor, wenn das Kreditinstitut dessen Sorge um den Arbeitsplatz ausgenutzt hat. In Zeiten der Arbeitslosigkeit besteht in diesem Fall eine Vermutung dafür, dass die Angst um den Arbeitsplatz und den Verlust der eigenen wirtschaftlichen Existenzgrundlage alleiniger Grund für die Bürgschaftsübernahme gewesen ist. Das Kreditinstitut hat dann die Möglichkeit, diese Vermutung, die keine gesetzliche ist, zu erschüttern. Die Vermutung gilt nicht, wenn der bürgende Arbeitnehmer an dem Unternehmen und damit auch an deren Erfolg beteiligt ist.⁷⁵

c) Widerlegung der Vermutung/Indizien gegen die Sittenwidrigkeit

Im Fall einer krassen finanziellen Überforderung des Bürgen/Mithaftenden und eines besonderen Näheverhältnisses zu dem

⁵⁹ Für eine Neudefinition: *Daniel Schnabl*, WM 2006, 706–714.

⁶⁰ OLG Schleswig, Urteil vom 1.9.2011, Az.: 5 U 7/11.

⁶¹ BGH Urteil vom 25.1.2005, WM 2005, 421–423 = NJW 2005, 973, 976 = BGH Report 2005, 652, 655.

⁶² RiOLG Dr. *Christoph Fellner*, Bankkredit – Sittenwidrigkeit und Verwirkung bei der Bürgschaft, MDR 2005, 368–371 mwN.

⁶³ BGH vom 26.4.2001, MDR 2001, 1180–1181 = NJW 2001, 2466–2469.

⁶⁴ OLG Schleswig Beschluss vom 13.10.2008, 5 W 34/08 m. H. a. BGH NJW 2002, 2633, 2634 mwN.

⁶⁵ BGH WM 2002, 1642–1643 = NJW 2002, 2633–2634; zur Berechnung der pfändungsfreien Beträge vgl. BGH v. 17.9.2002, XI ZR 306/01, ZIP 2002, 2249–2252.

⁶⁶ BGH WM 2002, 1642, 1643 = NJW 2002, 2634.

⁶⁷ BGH vom 8.10.1998, MDR 1999, 106 = NJW 1999, 58; *Dr. Christoph Fellner*, aaO, MDR 2005, 368 f.

⁶⁸ OLG Schleswig Hinweisbeschluss vom 13.12.2011, Az.: 5 U 110/11; *Dr. Christian Grüneberg*, aaO, WM Sonderbeilage 2010, Nr. 2 zu Heft 43, S. 6.

⁶⁹ *Dr. Christian Grüneberg*, aaO, S. 6 m. H. a. BGH vom 14.6.2009, XI ZR 539/07, zitiert in juris Rn. 21 f = WM 2009, 1460, 1462 = NJW 2009, 2671.

⁷⁰ *Nassall* in juris PK-BGB, 5. Aufl. 2010 § 138 BGB Rn. 190 m. H. a. BGH Urteil vom 28.5.2002 XI ZR 205/01 LM BGB § 138 (Bb) Nr. 107 (11/2002).

⁷¹ *Dr. Christian Grüneberg*, aaO WM Sonderbeilage Nr. 2 zu Heft 43/2010 S. 7 mwN.

⁷² *Dr. Christoph Fellner*, aaO MDR 2005, 368, 369 m. H. a. BGH Urteil vom 17.12.1997, BGHZ 137, 329, 335.

⁷³ *Nassall* in juris PK, aaO § 138 BGB, Rn. 191.

⁷⁴ XI ZR 121/02, WM 2003, 2379–2382 = NJW 2004, 162–163.

⁷⁵ Vgl. *Dr. Christoph Fellner*, aaO, MDR 2005, 368, 369 mwN.

Hauptschuldner wird – widerleglich – vermutet, dass die Haftung ausschließlich oder überwiegend aus emotionaler Verbundenheit zu dem Hauptschuldner und infolge dessen aufgrund eines fremdbestimmten Willensentschlusses übernommen worden ist und der Gläubiger dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat. Es handelt sich hierbei um eine tatsächliche Vermutung, die der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kreditgeber widerlegen bzw. entkräften kann.⁷⁶

aa) Schutz vor Vermögensverschiebung

Das Interesse der kreditgebenden Bank, sich mit Hilfe der Bürgschaft vor etwaigen Vermögensverschiebungen zwischen Ehegatten zu schützen, stellt grundsätzlich keinen die Sittenwidrigkeit ausschließenden Umstand dar.⁷⁷ In einem solchen Fall liegt nur dann keine Sittenwidrigkeit, wenn dieser beschränkte Zweck der Mithaftung durch eindeutige Erklärung zum Inhalt der den unterlegenen Vertragsteil sonst krass überfordernden Bürgschafts- oder Mithaftungsabrede gemacht worden ist.⁷⁸ Das gilt auch – entgegen der früheren Rechtsprechung des BGH – für vor dem 1.1.1999 übernommene Mithaftungen.⁷⁹

bb) Eigenes, persönliches oder wirtschaftliches Interesse des Bürgen an der Kreditaufnahme

Die Vermutung ist widerlegt, wenn der Bürge zusammen mit dem Hauptschuldner ein gemeinsames Interesse an der Darlehensgewährung hat oder ihm aus der Verwendung der Darlehensvaluta unmittelbare und ins Gewicht fallende geldwerte Vorteile erwachsen. In diesen Fällen besteht kein wesentlicher Unterschied zu den Fällen, in denen die Beteiligten den Kredit als Mitdarlehensnehmer gleichberechtigt aufgenommen haben.⁸⁰ Die Umstände, die ein Eigeninteresse des Bürgen an dem Kredit des Hauptschuldners begründen können, hat die Bank vorzutragen und im Streitfall zu beweisen.⁸¹

Bei Krediten, die der gemeinsamen Lebensführung dienen, ist ein wirtschaftliches Eigeninteresse des finanziell krass überforderten Partners nur dann zu bejahen, wenn er zusammen mit dem Hauptschuldner ein gemeinsames Interesse an der Kreditgewährung hat und dem Bürgen/Mithaftenden unmittelbare geldwerte Vorteile aus der Kreditaufnahme erwachsen sind.⁸² Problematisch ist die Abgrenzung mittelbarer bzw. unmittelbarer Vorteile. Selbst wenn der Betriebsmittelkredit den Wünschen und Interessen beider Ehepartner entsprach und der Gewerbebetrieb die wirtschaftliche Lebensgrundlage darstellte (Familienbetrieb), genügt dieser mittelbare Vorteil für den bürgenden Ehepartner nicht, wenn der Betrieb nur dem anderen Ehepartner allein gehört.⁸³ Mittelbare Vorteile, wie z. B. die Erwartung einer Steigerung des Lebensstandards, die Aussicht auf einen Arbeitsplatz, die geplante Übernahme des Betriebs durch den Bürgen oder die Errichtung eines gemeinsam zu bewohnenden Hauses ohne den Erwerb einer eigenen dinglichen Rechtsposition des Bürgen genügen grundsätzlich nicht.

Fälle, in denen ein hinreichendes Eigeninteresse des Bürgen/Mithaftenden bejaht wurden:

- Bei Bürgschaften eines Gesellschafters, der einen bedeutenden Gesellschaftsanteil hält oder die Geschäfte der kreditnehmenden Gesellschaft führt, kann die kreditgebende Bank im Allgemeinen davon ausgehen, dass das eigene wirtschaftliche Interesse im Vordergrund steht und er schon deshalb durch die Haftung kein unzumutbares Risiko auf sich

⁷⁶ BGH Urteil vom 25.1.2005, WM 2005, 418–421 = NJW 2005, 973–976 = BGH Report 2005, 652–655; BGH WM 2009, 1460, 1462 Rn. 19 = NJW 2009, 2671; BGH WM 2010, 32, 34 Rn. 20.

⁷⁷ BGH ZIP 2003, 796, 798 = BKR 2003, 288–290.

⁷⁸ Nassall in juris PK-BGB, aaO § 138 Rn. 206 m. H. a. BGH Urteil vom 14.5.2002, WM 2002, 1350–1352 = NJW 2002, 2230–2232.

⁷⁹ BGH Urteil vom 14.5.2002, aaO, WM 2002, 1350–1352.

⁸⁰ Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, Bankrechtshandbuch, 4. Aufl. 2001, § 91 Rn. 106; BGH NJW 2001, 815–818.

⁸¹ OLG Celle vom 21.4.2004 – 3 U 14/04, NJW 2004, 2598–2600 = WM 2004, 1957–1959.

⁸² BGH WM 2003, 1563, 1565; WM 2005, 421–423 = NJW 2005, 971–973.

⁸³ OLGR Frankfurt 2004, 265, 267 = NJW 2004, 2392–2394; anderer Auffassung OLG Köln WM 2002, 1549 f.; OLG Koblenz NJW-RR 2000, 639.

nimmt.⁸⁴ Dies gilt selbst dann, wenn der Gesellschafterbürge nur Minderheitsgesellschafter der kreditsuchenden GmbH ist und mit der Geschäftsführung nicht betraut ist.⁸⁵ Unerheblich ist dabei, ob der Bürge unmittelbar an der Hauptschuldnerin beteiligt ist oder mittelbar über eine andere Gesellschaft, für deren Verbindlichkeit er persönlich haftet.⁸⁶ Für denjenigen Gesellschafter, der sich für die Schulden „seiner Gesellschaft“ verbürgt, steht das eigene wirtschaftliche Interesse im Vordergrund. Er nimmt deshalb in der Regel kein unzumutbares Risiko auf sich.⁸⁷

- Gesellschafterbürgschaften gleich zu behandeln sind Fälle, in denen der Kreditnehmer ein Einzelunternehmer ist und in dessen Betrieb der Bürge eine unternehmerähnliche Stellung innehat und die Möglichkeit der geschäftlichen Einflussnahme auf den Betrieb hat.⁸⁸ Allgemein ist darauf abzustellen, ob der Bürge an dem finanzierten Objekt rechtlich beteiligt ist oder ob eine solche Beteiligung zumindest vorgesehen ist.⁸⁹ Entscheidend ist, ob der Bürge aufgrund konkreter und rechtlich hinreichend gesicherter Vereinbarungen mit dem Kreditnehmer an dem finanzierten Objekt in nennenswertem Umfang beteiligt werden sollte.⁹⁰

- Auch bei nichtgeschäftsführenden Gesellschaftern – selbst bei „Strohleuten“ – wird grundsätzlich ein Eigeninteresse an dem Firmenkredit unterstellt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn für das Kreditinstitut klar ersichtlich ist, dass derjenige, der die Mithaftung übernehmen soll, finanziell nicht beteiligt ist und die Stellung eines Gesellschafters ohne eigenes wirtschaftliches Interesse nur aus persönlicher Verbundenheit mit einer die Gesellschaft wirtschaftlich beherrschenden Person übernommen hat.⁹¹

- Ein Eigeninteresse des Bürgen am Kredit ist ferner anzunehmen, wenn damit ein gemeinsamer Hausstand oder ein aufwendiger gemeinsamer Lebensstil finanziert wird.⁹²

- Bei einer bürgenden Ehefrau, die offiziell Inhaberin einer vom Ehemann aus steuerlichen Gründen betriebenen Einzelirma ist, ist ein Eigeninteresse am Firmenkredit anzunehmen, wenn sie aufgrund der Zusammenveranlagung an den Steuerrückerstattungen beteiligt ist. Dies gilt umso mehr, wenn sie von sich aus die Bearbeitung der gemeinsamen Einkommenssteuererklärung bei dem Finanzamt angemahnt hat, weil sie eine erhebliche Steuerrückerstattung erwartete.⁹³

Fälle, in denen kein hinreichendes Eigeninteresse vorliegt:

- Der Erwerb bloßer mittelbarer Vorteile aus einem von dem Ehepartner aufgenommenen Betriebsmittelkredit für sein eigenes Unternehmen genügt nicht. Auch wenn sich durch den dem Ehepartner gewährten Betriebsmittelkredit die Einkommenssituation der Familie und damit auch des bürgenden Ehegatten allgemein verbessert haben mag, reicht dies nicht aus, um ein hinreichendes Eigeninteresse des mithaftenden Ehegatten zur Widerlegung der tatsächlichen Vermutung zu begründen.⁹⁴

- Gesellschafterbürgen, die sich für die Schulden „ihrer“ Gesellschaft verbürgen, haben nur dann kein hinreichendes Eigeninteresse, wenn es sich um unbedeutende Bagatell- und Splitterbeteiligungen handelt. Als unbedeutend in diesem Sinne kann jedoch eine Beteiligung in Höhe von 10 % nicht angesehen werden, weil sie gewöhnlich einen erheblichen Vermögenswert darstellt und einen nennenswerten Anteil am Gesell-

⁸⁴ OLG Schleswig, Beschluss vom 14.9.2009, Az.: 5 U 96/09 mwN.

⁸⁵ BGH WM 2003, 275–277 = NJW 2003, 967–969.

⁸⁶ BGH Urteil vom 9.12.2008, XI ZR 588/07, veröffentlicht in juris Rn. 22 = WM 2009, 213, 215.

⁸⁷ Vgl. OLG Rostock MDR 2009, 439, 440 Rn. 12; OLG Celle WM 2007, 928, 929.

⁸⁸ BGH Urteil vom 11.5.2000 IX ZR 396/99; OLG Dresden, Urteil vom 18.10.2001, 19 U 1064/01, WM 2003, 277–280.

⁸⁹ BGH Urteil vom 27.5.2003 IX ZR 283/99 = WM 2003, 1563–1566.

⁹⁰ Für den Fall der Bürgschaft eines Studenten für den elterlichen Betrieb, vgl. BGH Urteil vom 17.4.1997, IX ZR 135/96, NJW-RR 1997, 1199.

⁹¹ BGH vom 15.1.2002 XI ZR 98/01 = WM 2002, 436–438; BGH vom 17.12.1997, IV ZR 271/96, BGHZ 137, 329–343 = WM 1998, 239 ff.

⁹² „Hausstand“ BGH vom 6.10.1998 XI ZR 244/97, NJW 1999, 135–136; „aufwendiger Lebensstil“ vgl. Nobbe/Kirchof, Bürgschaften und Mithaftungsübernahmen finanziell überforderter Personen, BKR 2001, 5–15; Fellner, aaO, MDR 2005, 368, 370.

⁹³ OLG München vom 7.4.2004 – 19 W 1119/04, OLG Report München 2004, 255.

⁹⁴ OLG Schleswig Urteil vom 1.9.2011 Az.: 5 U 7/2011; BGH Urteil vom 14.11.2001, XI ZR 248/99, BGHZ 146, 37–49.

schaftskapital repräsentiert;⁹⁵ dies ergibt sich aus Wertung der §§ 50 GmbHG, 32 Abs. 3 S. 2 GmbHG a. F., 39 Abs. 5 InsO.

- Eine mitunternehmerähnliche Stellung des Bürgen/Mithaftenden liegt selbst dann nicht vor, wenn er täglich mehrere Kreditgespräche für den Unternehmensinhaber allein geführt hat

3. Verjährung

Hauptschuld und Bürgschaftsschuld verjähren selbständig. Im Falle seiner Inanspruchnahme kann der Bürge sich sowohl auf die Verjährung der Hauptschuld als auch auf die Verjährung der Bürgschaftsschuld berufen.

Die Bürgschaftsforderung unterliegt einer selbständigen Verjährung, das heißt, sie ist von der Verjährung der Hauptschuld unabhängig. Die Verjährung der Bürgschaftsforderung richtet sich nach §§ 195, 199 BGB. Die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung ist – soweit die Parteien des Bürgschaftsvertrages nichts anderes vereinbart haben – nicht von einer Leistungsaufforderung des Gläubigers abhängig, sondern tritt schon mit der Fälligkeit der Hauptschuld ein.⁹⁸ Dazu hat der BGH⁹⁹ Folgendes ausgeführt:

„Das Gesetz sieht eine Leistungsaufforderung des Gläubigers als Entstehungs- oder Fälligkeitsvoraussetzung der Bürgschaftsforderung nicht vor. Die Forderung aus der Bürgschaft gehört nicht zu den sog. verhaltenen Ansprüchen, deren Verjährung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (vgl. §§ 604 Abs. 5, 695 S. 2, 696 S. 3 BGB) erst mit ihrer Geltendmachung oder unter weiteren Voraussetzungen beginnt. Der Gesetzgeber ist bei der Neufassung des § 771 BGB durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) vielmehr ausdrücklich davon ausgegangen, dass „der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen gleichzeitig mit der Hauptforderung“ entsteht (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 09.10.2001, BT-Drucks. 14/7052, S. 206). Auch der Grundsatz der Akzessorietät, das heißt der Abhängigkeit der Forderung aus Bürgschaft von der Hauptschuld im Hinblick auf Entstehung, Durchsetzbarkeit und Erlöschen, spricht dafür, dass die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung mit der Fälligkeit der Hauptschuld eintritt. Außerdem dient das Rechtsinstitut der Verjährung dem Schutz des Schuldners und der Herstellung des Rechtsfriedens nach Ablauf der Verjährungsfrist. Mit dieser Schutzintention wäre es unvereinbar, die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung von einer Leistungsaufforderung des Gläubigers abhängig zu machen und diesem damit die Möglichkeit zu eröffnen, den Verjährungsbeginn und die Notwendigkeit verjährungsunterbrechender Maßnahmen beliebig hinauszuzögern. Demgegenüber fällt die Gefahr des Bürgen, frühzeitig in Verzug zu geraten, angesichts des § 286 Abs. 1 und 4 BGB nicht entscheidend ins Gewicht. Dass – hier nicht gegeben ist – längere Verjährungsfristen des gesicherten Anspruchs eine vorzeitige Inanspruchnahme des Bürgen erforderlich machen können, rechtfertigt es ebenfalls nicht, die Verjährung der Bürgschaftsforderung ohne entsprechende Parteibrede erst mit einer Leistungsaufforderung des Gläubigers beginnen zu lassen. Den Parteien steht es in diesen Fällen frei, die Geltendmachung der Forderung als vertragliche Fälligkeitsvoraussetzung zu vereinbaren. ...“

Es ist jedoch zulässig, einen abweichenden Fälligkeitstermin zu vereinbaren. Dies kann auch durch eine entsprechende Klausel in den Bürgschaftsbedingungen erfolgen. Das Oberlandesgericht Dresden hat am 3.11.2010¹⁰⁰ entschieden, dass nachfolgende Klausel auch im Hinblick auf §§ 225 a.F., 305 c, 307 BGB wirksam ist:

⁹⁵ Nassall in juris PK-BGB, aaO § 138 BGB Rn. 202.

⁹⁶ Nassall in juris PK aaO, § 138 BGB Rn. 204 m. H. a. BGH vom 3.12.2002, XI ZR 311/01, BKR 2003, 157–158; BGH vom 11.2.2003, XI ZR 214/01, ZIP 2003, 796–798.

⁹⁷ BGH Urteil vom 18.9.1997 IX ZR 283/96, BGHZ 136, 347 = MDR 1997, 1103.

⁹⁸ BGH Urteil vom 29.1.2008, Az. XI ZR 160/07, zitiert in juris Rn. 23 = BGHZ 175, 161 = ZfBR 2008, 469 bis 472; BGH Urteil vom 11.3.2008, XI ZR 81/07, zitiert in juris Rn. 11; BGH Urteil vom 23.9.2008, Az.: XI ZR 395/07, zitiert in juris Rn. 10 = ZIP 2008, 2167; OLG Schleswig Urteil vom 11.6.2009 Az.: 5 U 148/08 mwN.

⁹⁹ AAo, Urteil vom 29.1.2008, Az.: XI ZR 160/07.

¹⁰⁰ Az. 12 U 782/10, WM 2011, 65–69 = ZIP 2010, 2336–2339.

„Sind die durch die Bürgschaft gesicherten Ansprüche der Bank fällig und erfüllt der Hauptschuldner diese Ansprüche nicht, kann sich die Bank an den Bürgen wenden, der dann aufgrund seiner Haftung als Selbstschuldner nach Aufforderung durch die Bank Zahlung zu leisten hat. Die Bank ist nicht verpflichtet, zunächst gegen den Hauptschuldner gerichtlich vorzugehen, oder ihr gestellte Sicherheiten zu verwerten.“

Die Auslegung dieser Klausel ergibt, dass der Anspruch des Gläubigers aus der Bürgschaft erst fällig wird, wenn die Bank den Bürgen, weil die Hauptschuld trotz Fälligkeit nicht erfüllt wurde, zur Zahlung auffordert. Diese Regelung stellt keine unmittelbare Erschwerung der Verjährungsbestimmungen gemäß § 225 S. 1 BGB a. F. dar, vielmehr wird der Lauf der Verjährung durch die Bestimmung zur Fälligkeit lediglich mittelbar beeinflusst. Die Regelung ist weder unklar noch überraschend und hält auch der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. Eine unangemessene Benachteiligung liegt nicht vor. Die Klausel beschränkt sich nämlich nicht darauf, die Fälligkeit von einer Inanspruchnahme durch die Bank abhängig zu machen, sondern setzt des Weiteren voraus, dass die Bank den Hauptschuldner zunächst erfolglos in Anspruch genommen hat. Letzteres ist jedoch im Interesse des Bürgen und hat für ihn den Vorteil, dass er nur insoweit zu zahlen hat, als der Hauptschuldner seine Schuld tatsächlich nicht erfüllt. Infolge des Hinausschiebens der Fälligkeit werden auch Zinsansprüche gegen den Bürgen, die sich mitunter zu beträchtlichen Beträgen addieren, ausgeschlossen.¹⁰¹ Insoweit ist es zulässig, dass ein abweichender Fälligkeitszeitpunkt – auch formularmäßig – vereinbart werden kann.¹⁰²

4. Ausgleich zwischen Bürgen und anderen Sicherungsgebern

Es gibt grundsätzlich keine Pflicht des Gläubigers, zum Schutz des Bürgen vorrangig Immobiliarsicherheiten zu verwerten. Mangels anderweitiger Vereinbarung hat der Gläubiger im Außenverhältnis vielmehr ein Wahlrecht, welche Sicherheiten er zuerst in Anspruch nimmt.¹⁰³ Eine Vorzugsstellung des Bürgen gegenüber anderen Sicherungsgebern ist nicht gerechtfertigt.

Mehrere Sicherungsgeber stehen grundsätzlich – und soweit nichts anderes vereinbart ist – auf gleicher Stufe und sind einander nach den Regeln über die Gesamtschuld ausgleichspflichtig. Für Mitbürgen ergibt sich dies aus § 774 Abs. 2 BGB. Auf das Verhältnis zwischen Bürge und Grundschuldbesteller ist der hinter § 426 Abs. 1 BGB stehende allgemeine Rechtsgedanke einer anteiligen Haftung anwendbar.¹⁰⁴ Der Ausgleich im Innenverhältnis zwischen Mitbürgen richtet sich nach dem im Außenverhältnis gegenüber dem Gläubiger übernommenen Haftungsrisiko. Bei Höchstbetragsbürgschaften bestimmt sich, wenn nichts anderes vereinbart ist, der Innenausgleich zwischen den Bürgen daher nach dem Verhältnis der einzelnen Höchstbeträge.

Das gegenüber dem Gläubiger übernommene Haftungsrisiko wird nicht nur durch die Höchstbeträge der Bürgschaften und die Nominalbeträge der Grundpfandrechte, sondern auch durch die Höhe der gesicherten Forderungen gegen den Hauptschuldner begrenzt. Soweit Grundschulden auch Forderungen gegen andere Schuldner sichern, sind diese beim Gesamtschuldnerausgleich allerdings nicht zu berücksichtigen, weil sich der Ausgleich gemäß §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB nur auf Leistungen des Mitbürgen auf Ansprüche des Gläubigers gegen den Hauptschuldner bezieht.¹⁰⁵

¹⁰¹ Das Oberlandesgericht Dresden hat in seiner Entscheidung vom 3.11.2010 wegen grundsätzlicher Bedeutung die Revision zugelassen. Außerdem gibt es abweichende Entscheidungen des OLG Frankfurt vom 21.2.2007, WM 2007, 1369–1371 und des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 14.6.2007, Az.: 12 U 216/06, IJR 2008, 448, zitiert in juris Rz. 27.

¹⁰² Schimansky/Bunte/Lwowski-Nobbe, Bankrechtshandbuch Band II, 3. Aufl. 2007 Rn. 100; Prütting/Wegen/Weinrich, BGB, 4. Aufl. 2009 vor §§ 765 f. Rz. 42.

¹⁰³ Vgl. auch OLG Schleswig, 5 U 34/10, Beschluss vom 4.10.2010, WM 2010, 2260–2262 zitiert in juris Rz. 18; OLG München WM 1988, 1846–1849.

¹⁰⁴ BGH WM 1990, 1956, 1957; WM 1991, 399, 400.

¹⁰⁵ BGH WM 2009, 213–215 Rn. 17 = NJW 2009, 437–438; Dr. Christian Grüneberg, aaO, Sonderbeilage WM Nr. 2/ 2010, S. 27.

Die Zusätzliche Gebühr Nr. 4141 VV RVG

Peter Fölsch, Richter am Amtsgericht, Kiel*

Die Zusätzliche Gebühr Nr. 4141 VV RVG ist seit Inkrafttreten des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes 2004 immer wieder Gegenstand aktueller Rechtsprechung. Der Aufsatz soll einen Überblick über die Problembereiche der Gebührenschrift geben. In diesem Zusammenhang werden auch die nach dem Referentenentwurf für ein Zweites Kostenrechtsmodernisierungsgesetz geplanten Änderungen kurz angesprochen.

I. Grundlagen

Wird durch die anwaltliche Mitwirkung eine Hauptverhandlung entbehrlich, erhält der Anwalt eine Zusätzliche Gebühr nach Nr. 4141 VV RVG in Höhe der jeweiligen Verfahrensgebühr ohne Zuschlag. Die Zusätzliche Gebühr ist eine Erfolgsgebühr.¹ Sie kann in jedem Verfahrensstadium entstehen. Zweck der Zusätzlichen Gebühr ist es, für den Rechtsanwalt einen Gebührenanreiz zu schaffen, möglichst frühzeitig daran mitzuwirken, dass eine gerichtliche Hauptverhandlung entbehrlich werden kann. Im Grundansatz hängt die Zusätzliche Gebühr von zwei Voraussetzungen ab, nämlich der anwaltlichen Mitwirkung und dem sich ergebenden Entbehrlichwerden einer Hauptverhandlung im gerichtlichen Verfahren. Nr. 4141 VV RVG enthält zu diesen zwei Voraussetzungen konkretisierende und gleichzeitig einschränkende Anmerkungen.

II. Fälle der Nr. 4141 Anm. Abs. 1 VV RVG

Die Zusätzliche Gebühr fällt nur an, wenn die Hauptverhandlung im gerichtlichen Verfahren entbehrlich wird. Diese Voraussetzung wird durch Nr. 4141 Anm. Abs. 1 Nr. 1 bis 3 VV RVG präzisiert. Die Gebühr entsteht im strafrechtlichen Mandat.

1. Nicht nur vorläufige Einstellung

Die Zusätzliche Gebühr entsteht, wenn das Verfahren nicht nur vorläufig eingestellt wird (Nr. 4141 Anm. Abs. 1 Nr. 1 VV RVG). Das Verfahren muss sich durch die Einstellung im ganzen erledigen. Eine Teileinstellung des Verfahrens wegen einzelner Taten reicht nicht aus.² Ausreichend ist, wenn das Strafverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt und die Sache an die Bußgeldbehörde abgegeben wird (§ 43 OWiG).³ Denn Straf- und Bußgeldverfahren sind verschiedene gebührenrechtliche Angelegenheiten (§ 17 Nr. 10 RVG). Die Einstellung beendet das strafrechtliche Ermittlungsverfahren. Dass in der Sache weiterermittelt wird, ist unerheblich, da es sich insoweit um eine neue Angelegenheit handelt.⁴ Der BGH ist dieser Auffassung entgegengetreten.⁵ Sinn und Zweck von Nr. 4141 VV RVG würden eine endgültige Einstellung des „Verfahrens“ verlangen, also eine Erledigung der Sache ohne ein noch folgendes Bußgeldverfahren. Das Ziel der Entlastung der Gerichte sei bei einer Abgabe an die Bußgeldbehörde noch nicht erreicht. Nach dem Referentenentwurf für ein Zweites Kostenrechtsmodernisierungsgesetz soll in Nr. 4141 Anm. Abs. 1 Nr. 1

VV RVG das Wort „Verfahren“ durch das Wort „Strafverfahren“ ersetzt werden.⁶ Laut der Begründung des Referentenentwurfs trägt die Gebühr dem Zweck, den Anreiz zu erhöhen, Verfahren ohne Hauptverhandlung zu erledigen, auch dann Rechnung, wenn sich ein Bußgeldverfahren anschließt, von dem man nicht absehen kann, ob es später überhaupt noch gerichtlich anhängig sein wird.⁷ Mit der vorgeschlagenen Änderung soll erreicht werden, das Strafverfahren losgelöst von dem anschließenden Bußgeldverfahren betrachtet wird.⁸

Wird das gerichtliche Verfahren außerhalb der Hauptverhandlung eingestellt, fällt die Zusätzliche Gebühr an.⁹ Hierdurch wird die Hauptverhandlung entbehrlich. Die Gebühr entsteht aber nicht, wenn das Verfahren erst im Hauptverhandlungstermin eingestellt wird. Denn die Hauptverhandlung ist durch die Einstellung nicht entbehrlich geworden, sondern sie hat einschließlich der Einstellungsentscheidung stattgefunden.

Der Rechtsanwalt kann die Zusätzliche Gebühr auch verdienen, wenn bereits eine Hauptverhandlung, an der er teilgenommen hat, stattgefunden hat, dann die Hauptverhandlung ausgesetzt worden ist und erst danach das Verfahren eingestellt wird.¹⁰ Denn der Zweck der Zusätzlichen Gebühr, die besondere Honorierung der Vermeidung von Zeit- und Kostenaufwand für eine gerichtliche Hauptverhandlung, wird hier ebenso erfüllt.¹¹ Wird hingegen die Hauptverhandlung nur unterbrochen und infolge einer Einstellung des Verfahrens lediglich ein Fortsetzungstermin entbehrlich, so fällt die Zusätzliche Gebühr nicht an.¹² Denn es ist nicht die Hauptverhandlung als Einheit entbehrlich geworden, sondern nur ein einzelner Fortsetzungstermin.¹³ Dies würde zwar auch dem Sinn und Zweck der Zusätzlichen Gebühr entsprechen, ist aber mit dem Wortlaut der Nr. 4141 VV RVG nicht mehr vereinbar.

2. Nichteröffnung des Hauptverfahrens

Beschließt das Gericht, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen, so entsteht die Zusätzliche Gebühr nach Nr. 4141 Anm. Abs. 1 Nr. 2 VV RVG. Die Gebühr entsteht nicht schon mit der Bekanntmachung des Beschlusses, sondern erst ab dessen Unanfechtbarkeit.¹⁴ Denn die Zusätzliche Gebühr ist eine Erfolgsgebühr, die von einem Entbehrlichwerden der Hauptverhandlung abhängig ist. Die Hauptverhandlung wird aber nicht entbehrlich, soweit der Nichteröffnungsbeschluss aufgehoben wird oder noch aufgehoben werden kann.

3. Rücknahme des Einspruchs, der Berufung oder der Revision

Die Zusätzliche Gebühr entsteht nach Nr. 4141 Anm. Abs. 1 Nr. 3 VV RVG auch, wenn sich das gerichtliche Verfahren durch Rücknahme des Einspruchs gegen den Strafbefehl, der Berufung oder der Revision des Angeklagten oder eines anderen Verfahrensbeteiligten erledigt. Ist bereits ein Termin zur Hauptverhand-

* Der Verfasser ist Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Kiel.

¹ Vgl. *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 14; *Hartmann*, *Kostengesetze*, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 1.

² *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 18; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 37; *Hartmann*, *Kostengesetze*, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 3.

³ LG Osnabrück BeckRS 2009, 21001; AG Saarbrücken AGS 2007, 306; AG Stuttgart AGS 2007, 306; AG Gelnhausen AGS 2007, 453; AG Köln zfs 2006, 646; AG Regensburg AGS 2006, 125; AG Hannover AGS 2006, 235; AG Köln JurBüro 2007, 83; *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 16; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 20–22; *Burhoff*, *StV* 2006, 207; *Enders*, *JurBüro* 2006, 393 (394).

⁴ *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl., (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 21.

⁵ BGH NJW 2010, 1209; so auch schon: *Hartmann*, *Kostengesetze*, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 4; AG München JurBüro 2007, 84; vgl. auch *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 26 ff. zu den Auswirkungen der BGH-Entscheidung.

⁶ Referentenentwurf des BMJ vom 11.11.2011 für ein Zweites Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, S. 165.

⁷ Vgl. Referentenentwurf des BMJ vom 11.11.2011 für ein Zweites Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, S. 430.

⁸ Vgl. Referentenentwurf des BMJ vom 11.11.2011 für ein Zweites Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, S. 430.

⁹ *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 18; *Hartmann*, *Kostengesetze*, 41. Aufl., (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 3.

¹⁰ BGH NJW 2011, 3166 m.w.N. zu den gegenläufigen Ansichten; *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 21; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 59; str.

¹¹ *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl., (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 59.

¹² *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 21; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 59 f.

¹³ *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 21; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 60.

¹⁴ A.A.: *Hartmann*, *Kostengesetze*, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 5.

lung bestimmt, fällt die Zusätzliche Gebühr nur an, wenn der Einspruch, die Berufung oder die Revision früher als zwei Wochen vor Beginn des Tages, der für die Hauptverhandlung vorgesehen war, zurückgenommen wird.¹⁵ Die Rücknahme muss strafprozessual wirksam sein.¹⁶ Sie muss das Verfahren vollständig erledigen; eine Teilrücknahme genügt nicht.¹⁷

Schon aus dem Wortlaut der Nr. 3 („bereits“) ergibt sich, dass die Zusätzliche Gebühr im gerichtlichen Verfahren des ersten Rechtszugs immer anfällt, wenn noch gar kein Termin zur Hauptverhandlung bestimmt ist.¹⁸ Im Revisionsverfahren müssen dagegen konkrete Anhaltspunkte für die Durchführung einer Hauptverhandlung bestehen.¹⁹ Erst dann kann eine Erledigung der bevorstehenden Hauptverhandlung durch die Rücknahme der Revision in Betracht kommen. Ohne solche Anhaltspunkte entsteht die Zusätzliche Gebühr im Revisionsverfahren nicht.

Die Rücknahme des Einspruchs, der Berufung oder der Revision führt nicht zur Zusätzlichen Gebühr, wenn sie erst im Hauptverhandlungstermin selbst erklärt wird. Dies ergibt sich schon aus der Zwei-Wochen-Frist der Nr. 3. Zudem ist die Hauptverhandlung durch die Rücknahme nicht entbehrlich geworden, sondern sie hat einschließlich der Rücknahmeerklärung stattgefunden.

Wird der Termin zur Hauptverhandlung, gegebenenfalls auf Antrag des Anwalts, verlegt, so ist die Zwei-Wochen-Frist zu dem neuen Termin maßgebend.²⁰ Dabei ist unerheblich, ob der Verlegungsantrag und die Verlegung vor oder innerhalb der Zwei-Wochen-Frist in Bezug auf den verlegten Termin erfolgt.²¹

Beispiel: Zusätzliche Gebühr und Zwei-Wochen-Frist
Ein Termin zur Hauptverhandlung ist auf den 10.8. anberaumt. Am 3.8. beantragt der Verteidiger die Verlegung. Am 7.8. verlegt das Amtsgericht den Termin auf den 28.8. Am 12.8. erklärt der Verteidiger die Rücknahme des Einspruchs. Ist die Zusätzliche Gebühr entstanden?
Lösung: Der Verteidiger hat die Zusätzliche Gebühr nach Nr. 4141 Anm. Abs. 1 Nr. 3 VV RVG verdient. Er hat durch seine Erklärung an der Einspruchsrücknahme und damit dem Entbehrlichwerden der Hauptverhandlung mitgewirkt. Die Zusätzliche Gebühr scheidet nicht an der Zwei-Wochen-Frist der Nr. 3. Denn diese Frist hat der Verteidiger eingehalten. Zwischen seiner Erklärung vom 12.8. und dem Termin zur Hauptverhandlung am 28.8. liegen mehr als zwei Wochen. Es kommt nicht darauf an, dass der Verlegungsantrag und die Verlegungsentscheidung innerhalb der Zwei-Wochen-Frist in Bezug auf den verlegten Termin vom 10.8. erfolgt sind.

Hinweis

Der Anwalt darf gegenüber dem Mandanten und gegebenenfalls gegenüber dem Rechtsschutzversicherer nicht in der Weise handeln, dass er Einspruch einlegt und diesen dann wieder zurücknimmt, nur um die Zusätzliche Gebühr zu verdienen. Ein solches Handeln bedeutet einen Pflichtenverstoß gegen den Anwaltsvertrag. Es bedeutet zusätzlich eine Obliegenheitsverletzung gegen den Rechtsschutzversicherungsvertrag mit der Folge, dass der Rechtsschutzversicherer gegenüber dem Mandanten als Versicherungsnehmer nicht verpflichtet ist, die Kosten für die Zusätzliche Gebühr zu übernehmen.

Die Einlegung des Einspruchs muss genauso wie die spätere Rücknahme sachlich begründet sein. Erforderlich kann die Einlegung des Einspruchs nur sein, wenn auch Erfolgsaussichten bestanden haben. Konnten die Erfolgsaussichten während der Einspruchsfrist nicht geprüft werden, muss der Anwalt begründen, weshalb die Frist für die Prüfung nicht ausreichte.

Die Zusätzliche Gebühr entsteht auch dann, wenn bereits eine Hauptverhandlung stattgefunden hat, die Hauptverhandlung ausgesetzt worden ist und der Rechtsanwalt außerhalb der Zwei-Wochen-Frist in Bezug auf die neue Hauptverhandlung die Einspruchsrücknahme erklärt hat.²² Denn der Zweck der Zusätzlichen Gebühr, die besondere Honorierung der Vermeidung von Zeit- und Kostenaufwand für eine gerichtliche Hauptverhandlung, wird auch hier erfüllt.²³ Wird hingegen die Hauptverhandlung nur unterbrochen und nach der Einspruchsrücknahme lediglich ein Fortsetzungstermin entbehrlich, so fällt die Zusätzliche Gebühr nicht an.²⁴

In dem Referentenentwurf für ein Zweites Kostenrechtsmodernisierungsgesetz wird vorgeschlagen, dass Nr. 3 für den Beistand oder Vertreter des Privatklägers im Fall der Rücknahme der Privatklage entsprechend anzuwenden ist.²⁵

4. Weitere Fallkonstellationen im Strafbefehlsverfahren

Über die Fälle der Nr. 4141 Anm. Abs. 1 Nr. 1 bis 3 VV RVG hinaus kann die Zusätzliche Gebühr auch in weiteren Fallkonstellationen im Strafbefehlsverfahren in analoger Anwendung der Vorschrift in Betracht kommen.

Wird allerdings lediglich der Antrag auf Erlass eines Strafbefehls von der Staatsanwaltschaft zurückgenommen, liegt noch kein Fall einer analogen Anwendung von Nr. 4141 VV RVG vor,²⁶ weil das Strafverfahren mit der Rücknahme nicht beendet ist, sondern fortläuft. Erst wenn eine Einstellung des Strafverfahrens hinzukommt, entsteht die Zusätzliche Gebühr Nr. 4141 Anm. Abs. 1 Nr. 1 VV RVG in direkter Anwendung.²⁷ Entsprechendes gilt bei der Rücknahme einer Anklage; auch hier ist zusätzlich die Einstellung des Verfahrens für die Zusätzliche Gebühr erforderlich.

Wird auf den Erlass des Strafbefehls und den hiergegen eingelegten Einspruch hin die Anklage (§ 411 Abs. 3 S. 1 StPO) von der Staatsanwaltschaft zurückgenommen und ergeht auf ihren Antrag

¹⁵ Vgl. vertiefend zur Zwei-Wochen-Frist: *Schneider*, DAR 2007, 671.

¹⁶ *Hartmann*, Kostengesetze, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 6.

¹⁷ *Hartmann*, Kostengesetze, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 6.

¹⁸ *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 84; *Hartmann*, Kostengesetze, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 6.

¹⁹ OLG Hamburg BeckRS 2008, 17315; OLG Köln BeckRS 2008, 13595; OLG Brandenburg NSiZ-RR 2007, 288; OLG Hamm NSiZ-RR 2007, 160; OLG Saarbrücken JurBüro 2007, 28; OLG Stuttgart AGS 2007, 402; OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 6081; OLG Oldenburg NSiZ-RR 201196; aA: KG NSiZ 2006, 239; noch aA und ohne jegliche Einschränkungen die Zusätzliche Gebühr während: OLG Düsseldorf BeckRS 2005, 30362403; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 120–124; *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 35 f.; *Burhoff*, StV 2006, 207; *Burhoff*, StraFo 2007, 177 (180).

²⁰ *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, Nr. 4141 VV RVG, 6. Aufl. (2012), Rn. 99; *Schneider*, DAR 2007, 671; *Hartmann*, Kostengesetze, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 7; *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 29; AG Saarbrücken AGS 2009, 324.

²¹ Vgl. *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 29; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 99.

²² OLG Bamberg NSiZ-RR 2007, 159; LG Düsseldorf JurBüro 2007, 83; AG Wittlich JurBüro 2006, 590; *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 29; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 101; *Schneider*, DAR 2007, 671; *Enders*, JurBüro 2006, 449 (452); str.

²³ *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 101; *Schneider*, DAR 2007, 671; *Enders*, JurBüro 2006, 449 (452); str.

²⁴ *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 100.

²⁵ Vgl. Referentenentwurf des BMJ vom 11.11.2011 für ein Zweites Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, S. 165. Der Referentenentwurf schlägt gleichzeitig vor, dass in einem in Nr. 4141 Anm. Abs. 2 VV RVG anzufügenden Satz geregelt wird, dass die Gebühr Nr. 4141 VV RVG nicht neben der Einigungsgebühr Nr. 4147 VV RVG entsteht.

²⁶ So indes: AG Bad Urach JurBüro 2007, 361; *Hartmann*, Kostengesetze, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 4; vgl. auch *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 19.

²⁷ *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 103; vgl. auch: *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 19.

ein neuer Strafbefehl, der nicht mit dem Einspruch angegriffen wird, so entsteht für den mitwirkenden Verteidiger die Zusätzliche Gebühr nach Nr. 4141, 5115 Anm. Abs. 1 Nr. 2 VV RVG analog.²⁸ Die vergleichbare Fallsituation wird im Bußgeldverfahren nach Nr. 5115 Anm. Abs. 1 Nr. 2 VV RVG vergütet. Die Vorgehensweise lässt eine Hauptverhandlung entbehrlich werden, was das Entstehen der Zusätzlichen Gebühr rechtfertigen kann.

Die Zusätzliche Gebühr nach Nr. 4141 VV RVG analog fällt auch an, wenn nach Eröffnung des Hauptverfahrens auf Antrag der Staatsanwaltschaft und im Einvernehmen mit dem Verteidiger gemäß § 408a StPO ein Strafbefehl erlassen wird.²⁹ Das Verfahren wird so ohne eine Hauptverhandlung erledigt.

Nr. 4141 VV RVG ist schließlich auf die Fälle analog anzuwenden, in denen sich der Verteidiger für den Angeklagten mit einer Reduzierung der im Strafbefehl festgesetzten Geldstrafe im Wege des Beschlussverfahrens nach § 411 Abs. 1 S. 3 StPO einverstanden erklärt.³⁰ Die Entscheidung durch Beschluss im Einverständnis mit dem Angeklagten macht die Hauptverhandlung entbehrlich. Die Fallsituation ist im Ausgangspunkt vergleichbar zur Entscheidung nach § 72 Abs. 1 OWiG im Bußgeldverfahren, die zur Zusätzlichen Gebühr nach Nr. 5115 Anm. Abs. 1 Nr. 5 VV RVG führt. Der Referentenentwurf für ein Zweites Kostenrechtsmodernisierungsgesetz schlägt deshalb vor, Nr. 4141 Anm. Abs. 1 VV RVG um eine Nr. 4 „das Gericht nach § 411 Abs. 1 S. 3 StPO entscheidet“ zu ergänzen.³¹

III. Anwaltliche Mitwirkung

Der Rechtsanwalt erhält die Zusätzliche Gebühr gemäß Nr. 4141 VV RVG für seine Mitwirkung, die zum Entbehrlichwerden der gerichtlichen Hauptverhandlung führt. Die Tätigkeit des Rechtsanwalts muss in irgendeiner Weise mitursächlich für den Erfolgseintritt sein.³² Wenn jedoch eine auf die Förderung des Verfahrens gerichtete Tätigkeit nicht ersichtlich ist, entsteht nach Nr. 4141 Anm. Abs. 2 VV RVG die Gebühr nicht. Diese Formulierung enthält eine gesetzliche Vermutung zugunsten des Rechtsanwalts. Vermutet wird ein fördernder Beitrag des Rechtsanwalts. Es genügt hierfür jede Tätigkeit, die zur Förderung der Verfahrenserledigung geeignet ist.³³ Die Abgabe einer Einlassung mit Einstellungsantrag ist ausreichend.³⁴

Die Darlegungs- und Beweislast für die fehlende Förderung des Verfahrens beziehungsweise für die fehlende Mitwirkung an der Erledigung des Verfahrens liegt aufgrund der doppelten Verneinung bei dem Schuldner der Zusätzlichen Gebühr.³⁵

Eine Mitwirkung in der Form des anwaltlichen Rates an den Mandanten, sich zu den erhobenen Vorwürfen nicht zu äußern („gezieltes Schweigen“), löst die Zusätzliche Gebühr der Nr. 4141 VV RVG aus.³⁶ Entsprechendes gilt, wenn gegenüber der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht mitgeteilt wird, dass vom Schweigerecht Gebrauch gemacht werde.³⁷

Beispiel: Gezieltes Schweigen

Der Rechtsanwalt gibt seinem Mandanten den Rat, zu den Vorwürfen einer Straftat im Ermittlungsverfahren zu schweigen, das Schweigen gegenüber der Staatsanwaltschaft aber nicht kundzutun, um zusätzlich Zeit verstreichen zu lassen. Über diesen Rat fertigt der Rechtsanwalt einen Aktenvermerk. Mangels hinreichenden Tatverdachts stellt die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren ein. Erhält der Rechtsanwalt eine Zusätzliche Gebühr?

Lösung: Der Rechtsanwalt hat die Zusätzliche Gebühr nach Nr. 4141 Anm. Abs. 2 VV RVG verdient. Der Rechtsanwalt hat eine Tätigkeit entfaltet, nämlich einen Rat zum gezielten Schweigen erteilt. Die gesetzliche Vermutung der Nr. 4141 Anm. Abs. 2 VV RVG ist nicht widerlegt. Bei dem gezielten Schweigen handelt es sich um die Förderung des Verfahrens. Geht mit dem Schweigen des Mandanten der Staatsanwaltschaft das einzige Aufklärungsmittel verloren und muss deshalb das Ermittlungsverfahren mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt werden, dann kann eine Mitwirkung des Anwalts nicht verneint werden.

Der Rechtsanwalt sollte seine auf das gezielte Schweigen entfaltete Tätigkeit zum Zwecke des Nachweises dokumentieren. Dieses kann durch einen Aktenvermerk oder aber durch die schriftliche Mitteilung an die Staatsanwaltschaft oder das Gericht geschehen. Auf diese Weise kann er einen etwaigen Vorwurf des Nichtstuns widerlegen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die gesetzliche Vermutung in Nr. 4141 Anm. Abs. 2 VV RVG. Darlegungs- und beweisbelastet ist derjenige, der von einer fehlenden Förderung ausgehen will.

Hinweis

Nach Auffassung des BGH kann die erforderliche Mitwirkung an der Erledigung des Verfahrens gegeben sein, wenn der Verteidiger seinem Mandanten rät, zu dem erhobenen Vorwurf zu schweigen, und er die entsprechende Entschließung seines Mandanten der Behörde mitteilt.³⁸ Die Behörde wisse nach einer solchen Mitteilung, dass sie einen Tatvorwurf nicht auf eine Einlassung des Mandanten stützen könne, sondern sich darüber klar werde müsse, ob die übrigen Beweismittel ausreichen würden.³⁹

Die Tätigkeit des Rechtsanwalts im Zusammenhang mit einem gezielten Schweigen seines Mandanten lasse jedoch keine Zusätzliche Gebühr entstehen, wenn die Behörde das Verfahren unabhängig von einer diesbezüglichen Erklärung einstellt, weil aus anderen Gründen offenkundig ist, dass der Mandant des Anwalts die ihm vorgeworfene Tat nicht begangen haben kann.⁴⁰ Dann sei eine auf die Förderung des Verfahrens gerichtete Tätigkeit des Verteidigers nicht ersichtlich.⁴¹

Für eine Mitwirkung ist die reine Verteidigerbestellung und Akteneinsicht nicht ausreichend,⁴² wenn jedenfalls nicht auch ein anwaltlicher Rat zu einem gezielten Schweigen erteilt wurde. In dem einfachen Bestreiten der Begehung der Tat kann hingegen ohne weiteres eine Förderung des Verfahrens gesehen werden.⁴³ Denn die anwaltliche Mitwirkung muss sich nicht auf die Aufklärung einer Tat beziehen. Sie kann ohne weiteres auch auf das Gegenteil, die Verhinderung der Aufklärung, gerichtet sein.

IV. Gebührenhöhe

Die Zusätzliche Gebühr fällt in Höhe der jeweiligen Verfahrensgebühr an. Die Höhe der Zusätzlichen Gebühr richtet sich nach dem Rechtszug, in dem die Hauptverhandlung vermieden wurde (Nr. 4141 Anm. Abs. 3 Satz 1 VV RVG). Maßgebend ist die Gebühr

²⁸ So auch: *Schneider*, AGS 2006, 416.

²⁹ AG Bautzen AGS 2007, 307; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 133; vgl. auch *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 30.

³⁰ AG Köln AGS 2008, 284; AG Darmstadt AGS 2008, 344; *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 30; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 131 f.; *Hartmann*, Kostengesetze, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 7; *Schneider*, AnwBl. 2006, 274; a.A.: OLG Frankfurt NSTZ-RR 2008, 360.

³¹ Vgl. Referentenentwurf des BMJ vom 11.11.2011 für ein Zweites Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, S. 165.

³² KG BeckRS 2009, 21120; aA: OLG Stuttgart AGS 2010, 292; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 41 ff.; *Hartmann*, Kostengesetze, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 8.

³³ BGH NJW 2009, 368 zur vergleichbaren Vorschrift Nr. 5115 VV RVG.

³⁴ BGH NJW 2009, 368 zur vergleichbaren Vorschrift Nr. 5115 VV RVG.

³⁵ *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 12; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 12.

³⁶ *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 8; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 47–50; *Enders*, JurBüro 2006, 79; aA: *Hartmann*, Kostengesetze, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 10.

³⁷ *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 8; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 47–50; *Burhoff*, StraFo 2007, 177 (179).

³⁸ BGH NJW 2011, 1605 zur vergleichbaren Vorschrift Nr. 5115 VV RVG.

³⁹ BGH NJW 2011, 1605 zur vergleichbaren Vorschrift Nr. 5115 VV RVG.

⁴⁰ BGH NJW 2011, 1605 zur vergleichbaren Vorschrift Nr. 5115 VV RVG; insoweit krit.: *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 50.

⁴¹ BGH NJW 2011, 1605 zur vergleichbaren Vorschrift Nr. 5115 VV RVG; insoweit krit.: *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 50.

⁴² AG Hannover JurBüro 2006, 313; vgl. auch OLG Stuttgart AGS 2010, 292.

⁴³ AG Halle AGS 2007, 77.

desjenigen Verfahrensstadiums, in dem sich die Sache erledigt hat.⁴⁴ Wird die Sache im Ermittlungsverfahren erledigt, ist auf die hypothetische Verfahrensgebühr für den ersten Rechtszug abzustellen, weil – mangels Hauptverhandlung im Ermittlungsverfahren – die Hauptverhandlung des ersten (gerichtlichen) Rechtszugs vermieden wurde.⁴⁵

Für den Wahlanwalt bemisst sich die Zusätzliche Gebühr nach der Rahmenmitte der Verfahrensgebühr (Nr. 4141 Anm. Abs. 3 Satz 2 VV RVG). Insoweit handelt es sich schon nach dem Wortlaut um eine Festgebühr und nicht um eine Rahmengebühr. Eine Gebührenbemessung im Einzelfall (§ 14 Abs. 1 RVG) findet nicht statt.⁴⁶ Nach einer – wohl vereinzelt gebliebenen – Gegenmeinung ist die Annahme einer Festgebühr dem System des VV RVG fremd.⁴⁷ Vielmehr sei von einer Rahmengebühr auszugehen, die im Einzelfall nach § 14 Abs. 1 RVG zu bestimmen sei. Zudem falle die Zusätzliche Gebühr gemäß Nr. 4141 VV RVG „in Höhe der jeweiligen Verfahrensgebühr“ an.

⁴⁴ *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 146.

⁴⁵ *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 37; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 146 mit Darstellung der (teilweisen) Gebührenunterschiede.

⁴⁶ *Burhoff* in: *Gerold/Schmidt*, 19. Aufl. (2010), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 38; *Schneider* in: *Schneider/Wolf*, 6. Aufl. (2012), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 143 f.; *Hartmann*, *Kostengesetze*, 41. Aufl. (2011), Nr. 4141 VV RVG, Rn. 12.

⁴⁷ LG Koblenz JurBüro 2010, 34.

Hinweis

Die Zusätzliche Gebühr Nr. 4141 VV RVG kann im Vergütungsfestsetzungsverfahren nach § 11 RVG gegen den eigenen Mandanten festgesetzt werden. Voraussetzung für einen Antrag nach § 11 RVG ist allerdings, dass ein gerichtliches Verfahren anhängig gewesen ist. § 11 Abs. 8 RVG steht diesem Vorgehen nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift können Rahmengebühren, wie sie meistens in Strafsachen vorzufinden sind, nur festgesetzt werden, wenn Mindestgebühren geltend gemacht werden oder wenn der Mandant ausdrücklich der Gebührenhöhe zugestimmt hat. Da aber die Zusätzliche Gebühr eine Festgebühr ist,⁴⁸ ist § 11 Abs. 8 RVG gar nicht einschlägig. Als Festgebühr ist die Zusätzliche Gebühr nach § 11 Abs. 1 bis 7 RVG grundsätzlich vergütungsfestsetzungsfähig. An die Vergütungsfestsetzungsentscheidung des Gerichts ist übrigens ein Rechtsschutzversicherer des Mandanten gebunden.⁴⁹ Er muss den Mandanten von den titulierten Vergütungsansprüchen des Anwalts freihalten.

⁴⁸ H.M., siehe oben.

⁴⁹ *Harbauer*, *ARB*, 7. Aufl. (2004), § 18 ARB 75, Rn. 20.

Bereitschaftsdienst 2011 und 2012 im Landgerichtsbezirk Flensburg: Von „Breitensport“ und „Leistungssport“...

von RiAG Dr. Sönke Bahnsen, Flensburg*

Die Ausgangslage zum 1. Januar 2011

Mit dem Inkrafttreten der „Landesverordnung über den gemeinsamen Bereitschaftsdienst bei Amtsgerichten“ am 1. Januar 2011 waren auch im Landgerichtsbezirk Flensburg strukturelle Veränderungen verbunden. So sind durch die Verordnung zunächst die Bereitschaftsdienste der Amtsgerichte Husum und Niebüll auf der einen sowie Flensburg und Schleswig auf der anderen Seite zusammengelegt worden. Die geographische Ost-West-Teilung des Bezirks ist das Ergebnis entsprechender Vorüberlegungen der Arbeitsgruppe Bereitschaftsdienst gewesen, die sich insbesondere an der Lage der psychiatrischen Kliniken in Bredstedt und Breklum einerseits und in Schleswig und Flensburg andererseits orientiert hatte und die unangemessen lange Fahrzeiten der diensthabenden Richterinnen und Richter möglichst vermeiden wollte.

Darüber hinaus ist in der Verordnung die Heranziehung der Richterinnen und Richter des Landgerichts Flensburg zum gemeinsamen Bereitschaftsdienst der Amtsgerichte Flensburg und Schleswig geregelt worden. Die Entscheidung des Ordnungsgebers ist von den Kolleginnen und Kollegen des Landgerichts ohne nennenswerten Widerstand akzeptiert worden und hat dadurch zur Solidarität innerhalb der Richterschaft des Landgerichtsbezirks positiv beigetragen.

Organisation des Bereitschaftsdienstes der Amtsgerichte Niebüll und Husum

Die beiden an der Westküste gelegenen Bezirke Niebüll und Husum haben den Bereitschaftsdienst von Beginn an auf alle Schultern verteilt, so dass die dort beschäftigten Kolleginnen und Kollegen entsprechend der Verteilung ihrer Arbeitskraftanteile den Bereitschaftsdienst im wöchentlichen Wechsel umschichtig wahrnehmen. Dieses Modell hat sich dort gut bewährt. Die Beteiligten empfinden es als Erleichterung, dass sich die Zahl der Bereitschaftsdienstwochen der einzelnen Kollegen dadurch in etwa halbiert hat, auch wenn gleichzeitig natürlich die Anzahl der im Bereitschaftsdienst wahrzunehmenden Geschäfte entsprechend angestiegen ist. Den Schwerpunkt der Dienstgeschäfte im Bereitschaftsdienst an der Westküste bilden Unterbringungsanträge

* Der Autor ist weiterer aufsichtsführender Richter am Amtsgericht Flensburg.

nach dem PsychKG. Hinzu kommen gelegentlich Gewahrsamsnahmen nach dem Landesverwaltungsgesetz. Strafprozessuale Geschäfte sind dort hingegen selten, da die Staatsanwaltschaft ihren Sitz im Bezirk des Amtsgerichts Flensburg hat. Die Erreichbarkeit des Bereitschaftsdienstes ist werktags zwischen 6.00 Uhr und 8.00 Uhr und zwischen 16.00 Uhr und 21.00 Uhr sowie samstags, sonntags und feiertags zwischen 6.00 Uhr und 21.00 Uhr durch den Einsatz eines mobilen Telefons sichergestellt. Zu den Anhörungsterminen fahren die Kolleginnen und Kollegen gewöhnlich mit dem eigenen Fahrzeug bei üblicher Reisekostenerstattung.

Ausgangslage der östlichen Gerichte in Flensburg und Schleswig

Der gemeinsame Bereitschaftsdienst der Amtsgerichte Flensburg und Schleswig ist von Januar bis August 2011 nach dem gleichen Modell wie an der Westküste organisiert worden. Auch hier sind zunächst alle Kolleginnen und Kollegen – erstmals auch die des Landgerichts Flensburg – im wöchentlichen Wechsel mit den Aufgaben des Bereitschaftsdienstes befasst gewesen. Der in der Überschrift verwendete Begriff „Breitensport“ ist keineswegs despektierlich gemeint, sondern soll ein wenig plakativ das subjektive Empfinden erhellen, das gelegentlich aufgekommen sein kann, wenn 50 bis 60 Kolleginnen und Kollegen nacheinander im wöchentlichen Wechsel zum Bereitschaftsdienst „an den Start“ gehen. Zumal sich darunter eine nennenswerte Anzahl von Richterinnen und Richtern des Landgerichts befand, die noch nie oder doch jedenfalls nur während ihrer schon länger zurückliegenden Probezeit einmal mit den Aufgaben des Bereitschaftsrichters in Berührung gekommen waren. Erleichtert worden ist ihnen der Einstieg durch eine Liste mit privaten Telefonnummern von Kolleginnen und Kollegen des Amtsgerichts Flensburg, die für das jeweils einschlägige Sachgebiet (Betreuungsrecht, Strafrecht, Zivilrecht, Familienrecht) ihren fachlichen Rat als „Telefonjoker“ zugesagt hatten. Gelegentlich soll hiervon auch Gebrauch gemacht worden sein.

Einführung des Spezialistenmodells im östlichen Pool

Bei einer so großen Anzahl an beteiligten Richterinnen und Richtern führt das Modell „Breitensport“ zwar zu einer – im Ver-

gleich zur früheren Situation – deutlichen Reduzierung der Anzahl der Dienste pro Jahr für den Einzelnen. Der Nachteil einer solchen Lösung liegt jedoch auf der Hand: Die seltene Inanspruchnahme des Einzelnen, der plötzlich nicht mehr alle drei Monate Bereitschaftsdienst hat, sondern nur noch ein- bis zweimal im Jahr, lässt Erfahrung und Routine kaum aufkommen. Die Nervosität vor dem Beginn einer Bereitschaftsdienstwoche und insbesondere vor dem Wochenende steigt bei vielen unnötig an und mag vielleicht auch die Fehlerquote erhöhen. Die beteiligten Präsidien haben deshalb von Beginn an auch eine Spezialistenlösung in die Überlegungen einbezogen, die nach Anpassung der entsprechenden Personalplanung und -ausstattung der beteiligten Gerichte ab dem 1. September 2011 umgesetzt worden ist und seitdem erfolgreich praktiziert wird.

Der gemeinsame Bereitschaftsdienst für die Amtsgerichte Schleswig und Flensburg wird nunmehr ausschließlich von vier namentlich bezeichneten Kollegen wahrgenommen, die derzeit beim Amtsgericht Flensburg beschäftigt sind. Die in der Landesverordnung geregelte Beteiligung des Amtsgerichts Schleswig und des Landgerichts Flensburg erfolgt durch die bezirksinterne Zuweisung von entsprechend höherem anteiligem Richterpersonal an das Amtsgericht Flensburg. Diesem für die Wahrnehmung des gemeinsamen Bereitschaftsdienstes erforderlichen zusätzlichen Personalbedarf des Amtsgerichts Flensburg liegt ein entsprechender Konsens der beteiligten Präsidien und Behördenleiter zugrunde. Die etwas bessere bezirksinterne Personalausstattung hat es dem Amtsgericht Flensburg wiederum ermöglicht, den derzeit vier Spezialisten den Einsatz als Bereitschaftsrichter mit 0,4 bzw. 0,5 Arbeitskraftanteilen auf ihre sonstige Tätigkeit anzurechnen, so dass es letztlich gelungen ist, vier Kollegen zur Übernahme dieser Geschäfte zu motivieren.

Seitdem wird der Bereitschaftsdienst von den vier Kollegen im wöchentlichen Wechsel wahrgenommen, so dass jeder von ihnen praktisch eine Woche im Monat Bereitschaftsdienst hat. Die gleichmäßige Verteilung der Dienste auf die 52 Wochen des Jahres einschließlich sämtlicher Ferienzeiten und Feiertage haben die Spezialisten selbständig abgesprochen und ihren Jahresplamentwurf dem Präsidium zur Beschlussfassung vorgelegt.

Ergänzt wird dieses Spezialistenmodell durch ebenfalls auf den Bereitschaftsdienst spezialisierte Service-Einheiten. Insgesamt fünf Mitarbeiterinnen des Amtsgerichts Flensburg teilen sich derzeit die Aufgaben der Geschäftsstelle und der Protokollführung im Bereitschaftsdienst untereinander auf. Ihnen allen wird diese Tätigkeit mit jeweils 0,2 auf ihre sonstige Tätigkeit angerechnet.

Seit dem 1. September 2011 gibt es zudem nur noch eine einheitliche Rufnummer für den richterlichen Bereitschaftsdienst der Amtsgerichte Flensburg und Schleswig. Es handelt sich dabei um einen Festnetzapparat innerhalb des Telefonnetzes von Land- und Amtsgericht mit einer einfach zu merkenden, fünfstelligen Anschlussnummer. Von diesem Apparat aus ist eine Rufumleitung auf das aktuell vom Bereitschaftsrichter verwendete Mobiltelefon geschaltet. Möchte oder muss er ein anderes Gerät verwenden, wird dies der Telefonzentrale nur mitgeteilt und die Weiterleitung entsprechend geändert.

Dem diensthabenden Bereitschaftsrichter steht darüber hinaus über das Wochenende ein Selbstfahrer-Dienstwagen (VW Polo) zur Verfügung, der in der Praxis hauptsächlich für die samstags und sonntags anfallenden Fahrten zur Fachklinik nach Schleswig genutzt wird.

Erfahrungen mit dem Spezialistenmodell

Die Bandbreite der Geschäfte ist im Bezirk Schleswig/Flensburg größer als an der Westküste. Zu der auch hier nennenswerten Anzahl von Unterbringungssachen kommen wegen des Sitzes der Staatsanwaltschaft die strafprozessualen Maßnahmen, insbesondere Genehmigung von Blutproben, Anordnung von Durchsuchungsbeschlüssen oder Haftvorführungen. Hinzu treten außerdem aufgrund der Nähe zur Grenze eine nicht geringe Anzahl von Abschiebehaftanträgen oder – meist im Vorfeld – Gewahrsamnahmen nach dem Bundespolizeigesetz bzw.

dem Landesverwaltungsgesetz. Da es für die Spezialisten keine weitere Unterteilung in Vormittags- und Nachmittagsdienst gibt, kommt es nicht selten vor, dass der Richter am Wochenende die ersten Anrufe ab 6.00 Uhr entgegennimmt, sich um 10.00 Uhr in das Gerichtsgebäude begibt, um dort im Rahmen der Präsenzbereitschaft zum Beispiel einen oder mehrere (Abschiebe-) Haftvorführung/en abzuwickeln, um anschließend zu den Anhörungsterminen in Unterbringungssachen die Kliniken in Schleswig und Flensburg aufzusuchen. Je nach Arbeitsorganisation müssen noch die Anhörungsvermerke und Unterbringungsbeschlüsse geschrieben oder diktiert werden. Wenn dann zusätzlich eine Anhörung im Polizeigewahrsam ansteht oder eine Haftvorführung am Nachmittag oder Abend beantragt wird, kann der Dienst sich bis in die späten Abendstunden hinziehen. Und dies wiederholt sich für die Spezialisten alle vier Wochen. Da sie selbst am Abend vorher nie genau wissen, wie viele Geschäfte am kommenden Samstag oder Sonntag anstehen, ist die damit verbundene Einschränkung für das private Umfeld nicht unerheblich.

Die Vorteile der Spezialistenlösung überwiegen aus Sicht der Beteiligten dennoch die Nachteile. Die Anrechnung des Bereitschaftsdienstes in dem angegebenen Umfang lässt den Arbeitsdruck für die Spezialisten außerhalb der Bereitschaftsdienstzeiten natürlich sinken, wobei von allen Spezialisten letztlich erwartet wird, dass sie neben dem Bereitschaftsdienst noch ein Spruchrichterdezernat bearbeiten. Vor allem aber ermöglicht die Spezialisierung den betroffenen Kollegen eine intensive Einarbeitung und viel Erfahrung im Umgang mit den im Bereitschaftsdienst anfallenden Geschäften sowie den logistischen Besonderheiten und dem hohen Entscheidungsdruck am Wochenende, wo die eingehenden Anträge in aller Regel sofort bearbeitet werden müssen, Kollegen zum Nachfragen aber nicht vor Ort sind. Auch eher „exotische“ Anträge, mit denen sonst allenfalls mal der Ermittlungsrichter zu tun hat, müssen am Telefon oder vor Ort zielführend abgearbeitet werden. Insbesondere strafprozessuale Vorgänge mit Auslandsberührung seien hier beispielhaft genannt, die im Grenzgebiet auch schon einmal den Bereitschaftsdienst beschäftigen können.

Die in Flensburg tätigen Spezialisten sind nach wie vor hoch motiviert und profitieren zunehmend von ihrem eigenen Erfahrungswissen und der Kenntnis der Abläufe, Örtlichkeiten und beteiligten Personen. Es ist zumindest der Eindruck entstanden, dass sich das praktizierte Spezialistenmodell auch bei den übrigen Beteiligten, z. B. Staatsanwaltschaft, Bundes- und Landespolizei, Gesundheitsbehörden und psychiatrischen Kliniken, herumgesprochen hat und positiv bewertet wird. Die Zahl der Ansprechpartner ist überschaubar geworden, „man kennt sich“ untereinander und man weiß, wie man miteinander umzugehen hat.

Fazit

Bereitschaftsdienst als „Breitensport“ hat sich insbesondere dort bewährt, wo die Anzahl der insgesamt beteiligten Richterinnen und Richter bei etwa 20 oder 25 liegt. Der oder die Einzelne kommt dann zwei bis dreimal im Jahr dran, oft genug, um sich etwas Routine und Erfahrung zu bewahren, aber nicht so häufig, dass die mit dem Dienst verbundenen Einschränkungen Überhand nehmen. Alle werden zudem gleichmäßig belastet, die Suche nach Freiwilligen entfällt.

Bereitschaftsdienst als „Leistungssport“, wahrgenommen von besonders motivierten Spezialisten, ist hingegen dort eine ernst zu nehmende Alternative, wo die Zahl der insgesamt beteiligten Richterinnen und Richter noch größer ist. Dieses Modell ermöglicht es den Spezialisten, ihr Erfahrungswissen deutlich zu erhöhen, Verfahrensabläufe effizienter zu gestalten und eine mitunter abwechslungsreiche und interessante Tätigkeit in kurzen Intervallen „rückstandsfrei“ zu übernehmen und zu übergeben. Die große Zahl der übrigen Kolleginnen und Kollegen ist von der oft als große Lästigkeit empfundenen mehrmonatigen Wiederkehr der Dienste demgegenüber dauerhaft frei und leistet ihren Beitrag statt dessen im eigenen Stammdezernat durch entsprechende Mehrarbeit, die im Rahmen der angesprochenen Freistellungen für die Spezialisten wiederum von allen Kollegen (einschließlich der Spezialisten selbst) als Solidargemeinschaft getragen wird.

II. Amtliche Veröffentlichungen

Schleswig-Holsteinischer Anwaltsgerichtshof

Vfg. der Präsidentin SchLHOLG vom 9. März 2012 und
4. April 2012 – 3170-203 SH –
(SchIHA 2012 S. 173)

Ernannt mit Wirkung zum 18. April 2012 für die Dauer von fünf Jahren unter Berufung in das Richterverhältnis als ehrenamtliche Richterin zum Mitglied des Schleswig-Holsteinischen Anwaltsgerichtshofs ist Rechtsanwältin und Notarin *Christiane Paulsen* in Rendsburg.

Ernannt mit Wirkung zum 18. April 2012 für die Dauer von fünf Jahren unter Berufung in das Richterverhältnis als ehrenamtliche Richterin zum Mitglied des Schleswig-Holsteinischen Anwaltsgerichtshofs ist Rechtsanwältin und Notarin *Ruth Ellrodt* in Ahrensburg.

Ernannt mit Wirkung zum 18. April 2012 für die Dauer von fünf Jahren unter Berufung in das Richterverhältnis als ehrenamtlicher Richter zum Mitglied des Schleswig-Holsteinischen Anwaltsgerichtshofs ist Rechtsanwalt *Dr. Thorsten Hahn* in Kronshagen.

Schleswig-Holsteinischer Anwaltsgerichtshof

Vfg. der Präsidentin SchLHOLG vom 17. April 2012 – 3170
– 203 SH –
(SchIHA 2012 S. 173)

Ernannt mit Wirkung zum 18. April 2012 für die Dauer von fünf Jahren unter Berufung in das Richterverhältnis als ehrenamtliche Richterin zur Präsidentin und Vorsitzenden eines Senats des Schleswig-Holsteinischen Anwaltsgerichtshofs ist Rechtsanwältin und Notarin *Birgitta Brunner* in Mölln.

Ernannt mit Wirkung zum 18. April 2012 für die Dauer von fünf Jahren unter Berufung in das Richterverhältnis als ehrenamtlicher Richter zum Vorsitzenden eines Senats des Schleswig-Holsteinischen Anwaltsgerichtshofs ist Rechtsanwalt und Notar *Dr. Jürgen Christoph* in Ratzeburg.

III. Personalmeldungen

MJGI

Ernannt: Zur Regierungsamtfrau: Regierungsoberinspektorin *Melanie Hansen*, Ministerium für Justiz, Gleichstellung und Integration; Regierungsoberinspektorin *Sabrina Rehbein*, Ministerium für Justiz, Gleichstellung und Integration.

Eintritt in den Ruhestand: Ministerialrat *Gunter Schwelle*, Ministerium für Justiz, Gleichstellung und Integration; Ministerialdirigent *Ingo Hurlin*, Ministerium für Justiz, Gleichstellung und Integration.

Oberlandesgericht

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht: Vorsitzender Richter am Landgericht *Matthias Wardeck*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht.

Zum Justizoberwachmeister: Justizoberwachmeisteranwärter *Oliver Thomsen*.

Eintritt in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht *Dr. Jörg Schomaker*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht.

Gerichte

Ernannt: Zur Richterin am Landgericht: Richterin *Dr. Daniela Trachsler*, Landgericht Itzehoe.

Zur Richterin am Amtsgericht: Richterin *Dr. Annemarie Fritzsche-Brandt*, Amtsgericht Neumünster; Richterin *Andrea Meurer*, Amtsgericht Kiel; Richterin kraft Auftrags *Heike Mrozek*, Amtsgericht Lübeck; Richterin *Dr. Christa Treptau*, Amtsgericht Neumünster.

Zum Richter am Amtsgericht: Richter *Gerrit Morische*, Amtsgericht Ahrensburg; Richter *Marc Petit*, Amtsgericht Oldenburg i. H.; Richter kraft Auftrags *Dr. Marcel Welzel*, Amtsgericht Oldenburg i. H.

Zur Justizoberamtsrätin: Justizamtsrätin *Naency Borghardt*, Landgericht Kiel.

Zum/r Justizoberinspektor/in: Justizinspektor *Florian Spethmann*, Amtsgericht Norderstedt; Justizinspektor *Simon Wisian*, Amtsgericht Kiel; Justizinspektor *Jan Patrick Krüger*, Amtsgericht Schwarzenbek; Justizinspektorin *Katharina Becker*, Amtsgericht Kiel; Justizinspektorin *Marianne Koldrack*, Amtsgericht Schleswig; Justizinspektorin *Stefanie Krüger*, Amtsgericht Schwarzenbek; Justizinspektorin *Inga Nielsen*, Amtsgericht Schleswig.

Zum Sozialinspektor: *Timo Breitenfeld*, Landgericht Lübeck.

Zur Justizinspektorin: Justizobersekretärin *Bianca Wenderoth*, Amtsgericht Schleswig.

Zum Justizobersekretär: Justizsekretär *Jörg Meier*, Amtsgericht Itzehoe.

Zum Ersten Justizhauptwachmeister (A6): Erster Justizhauptwachmeister *Gerrit Brenke*, Landgericht Lübeck.

Versetzung in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Landgericht *Wolfgang Köhler*, Landgericht Flensburg; Richter am Amtsgericht *Ernst Hinrichsen*, Amtsgericht Niebüll.

Eintritt in den Ruhestand: Justizoberamtsrat *Wilfried Surrey*, Landgericht Flensburg.

Verstorben: Richter am Amtsgericht *Kai Waller*, Amtsgericht Rendsburg.

Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: Zur Richterin am Sozialgericht: Richterin *Iris Ahmadi*, Sozialgericht Itzehoe; Richterin *Marlies Seyen*, Sozialgericht Schleswig.

Zum Richter am Sozialgericht: Richter *Hendrik Jensen*, Sozialgericht Kiel; Richter *Dr. Phillip Kämper*, Sozialgericht Schleswig.

Staatsanwaltschaften

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

Zum Staatsanwalt – als Gruppenleiter –: Staatsanwalt *Dr. Matthias Daxenberger*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zum Staatsanwalt: Richter *Matthias Rampp*; Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg; Richter *Timo Beck*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Richter *Lars-Oliver Brandt*; Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Richter *Thomas Feldmann*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Richter *Niels-Broder Greve*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck; Richter *David Rademacher*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Eintritt in den Ruhestand: Staatsanwalt *Jürgen Ziegler*; Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Auf eigenen Antrag entlassen: Richterin *Nina Braumann*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Vollzugsanstalten

Ernannt: Zum/r Justizoberinspektor/in: Justizinspektorin *Anke Wiederhöft*, Jugendanstalt Schleswig; Justizinspektorin *Britta Kanning*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizinspektorin *Nadine Steffen*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizinspektor *Michael Behr*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Zum Verwaltungsoberinspektor: Verwaltungsinspektor *Hauke Hammerich*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Torsten Zinn*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Versetzt: Justizoberinspektorin *Tordis Battmer*, Justizvollzugsanstalt Neumünster an die Berufsbildenden Schulen Buxtehude des Landes Niedersachsen.

Versetzung in den Ruhestand: Justizhauptsekretär *Peter Groth*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretärin *Ute Krause*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Eintritt in den Ruhestand: Justizamtsinspektor *Jürgen Hans Weniger*, Justizvollzugsanstalt Kiel; Justizamtsinspektor *Walter Siegner*, Justizvollzugsanstalt Flensburg; Justizamtsinspektor *Bernhard Desler*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Notare

Ernannt: *Dr. Matthias Zillmer*, Kiel; *Thorsten Hardekopf*, Mölln; *Dr. Lars Koltermann*, Friedrichstadt; *Börje Schneider*, Kiel.

Notaramt erloschen: *Niels Bergemann*, Bad Malente-Gremsmühlen; *Franz-Joachim Gudat*, Büsum; *Holger Otten*, Kiel; *Telse Mathilde Stade-Roolfs*, Büsum.

IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJGI vom 4. Mai 2012 – II 332/5112 Ea – 1788 –
(SchIHA 2012 S. 174)

I

1. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

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

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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 binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

2. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Eckernförde,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Rendsburg,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Ahrensburg,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Ratzeburg.

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

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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 binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

3. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

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

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an bereits geplante schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter der BesGr. R 1 in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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 binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

4. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 mit einer Amtszulage nach Anlage IX BBesO für eine Staatsanwältin als Gruppenleiterin oder einen Staatsanwalt als Gruppenleiter bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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 binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

VVG §§ 60, 61, 63; ABN 2008 § 2 Nr. 4 b

- Allgemeine Versicherungsbedingungen sind so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse sie bei verständiger Würdigung, aufmerkamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhanges verstehen muss.**
- Will ein Versicherungsnehmer Versicherungsschutz betreffend das Bauherrenhaftpflichtrisiko bei einem Umbau insbesondere für den Fall, dass trotz ordnungsgemäßer Abplanung durch Extremwetterlagen Regenwasser eindringt und entspricht dem der Versicherungsausschluss in § 2 Nr. 4 b ABN 2008 (keine Entschädigung für Schäden durch jahreszeitbedingt normale Witterungseinflüsse), erwartet der durchschnittliche Versicherungsnehmer von vornherein nicht, dass dieser Ausschluss durch weitere einbezogene Zusatzbedingungen für Altbauten wieder aufgehoben wird, auch wenn dort der Ausschluss nicht noch einmal gesondert aufgeführt wird.**

SchlHOLG, 14. Zivilsenat, Urteil vom 16. September 2011 – 14 U 129/10 –, Ko.

Der Kl. verlangt Schadensersatz wegen fehlerhafter Beratung anlässlich eines mit der Bekl. geschlossenen Versicherungsmaklervertrags.

Der Kl. plante, im Sommer 2008 das Dach seines im Jahre 1970 gebauten Bungalows mit einem Dachstuhl versehen zu lassen. Er wollte das Bauleistungs- und das Bauherrenhaftpflichtrisiko für die Umbaumaßnahme abdecken und wandte sich diesbezüglich an die Bekl., die ihm mit E-Mail vom 16. Juli 2008 ein Angebot unterbreitete. Nachdem der Kl. nach dem konkreten Versicherungsumfang nachgefragt hatte, erhielt er eine E-Mail der Bekl. vom 17. Juli 2008, der als Information über den Versicherungsumfang die Versicherungsbedingungen der ...Versicherungs-AG („Versicherung von Neu- und Umbauten durch Auftraggeber nach ABN 2008 mit Einzelanmeldung“) beigefügt waren. Mit E-Mail vom selben Tage schilderte der Kl. der Bekl. noch einmal Umfang und Kosten des von ihm geplanten Bauvorhabens und teilte mit, dass er Versicherungsschutz insbesondere für den Fall benötige, dass trotz ordnungsgemäßer Abplanung durch Extremwetterlagen Regenwasser durch die Decke eindringe und Wand- und Bodenbeläge oder die vorhandenen Einbauten beschädige. Er bat um entsprechende Platzierung der Bauleistungs- und auch der Bauherrenhaftpflichtversicherung, sofern das Angebot der Bekl. diese Fälle abdecken würde. Anschließend sorgte die Bekl. für den Abschluss der Versicherung.

Am 7. August 2008 kam es infolge Regens zu einem Wassereintrich durch das offenstehende, aber vom Dachdecker abgeplante Dach. Dabei kam es zu Beschädigungen des Gebäudes und des festen Mobiliars. Der Haftpflichtversicherer des Dachdeckers zahlte darauf lediglich den „Zeitwertschaden“. Den Differenzschaden meldete der Kl. bei der Bekl. zur Regulierung an. Die Versicherung lehnte die Schadensregulierung jedoch ab, da Schäden an der Altsubstanz nicht versichert waren. Die ...Haftpflichtversicherung der Bekl. lehnte eine Ersatzleistung ab mit der Begründung, dass das Schadensereignis auch bei Wahl der richtigen Versicherung vom Versicherungsschutz nicht umfasst gewesen wäre.

Der Kl. hat vorgetragen, bei dem Regen habe es sich um einen seltenen Starkregen gehandelt, ein außergewöhnliches nicht vorhersehbares Ereignis. Er hätte die Versicherung trotz der höheren Versicherungsprämie abgeschlossen. Es liege jedenfalls ein Schaden vor, der bei Auswahl der richtigen Versicherung reguliert worden wäre.

Die Bekl. hat vorgetragen, eine fehlerhafte Beratung sei nicht kausal für den Schaden geworden, da dem Kl. auch bei Wahl der richtigen Versicherung kein Versicherungsschutz zugestanden hätte. Die Wetterlage zur Schadenszeit sei nicht so ungewöhnlich gewesen, dass sie vom Versicherungsumfang gedeckt gewesen wäre. Es habe sich bei der Wetterlage am Schadenstag am Schadensort um normale Witterungseinflüsse gehandelt, mit denen wegen der Jahreszeit und der örtlichen Verhältnisse hätte gerechnet werden müssen.

Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens des Deutschen Wetterdienstes im Wesentlichen abgewiesen. Die Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung des Kl. ist unbegründet. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch gemäß §§ 63 i. V. m. 60, 61 VVG bzw. 98 HGB oder §§ 280 Abs. 1, 652 BGB i. V. m. den einschlägigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen steht dem Kl. nicht zu. Denn der eingetretene Schadensfall wäre durch den Abschluss einer den Vorstellungen des Kl. entsprechenden Versicherung nicht gedeckt gewesen. Zwar hat die Bekl. den Kl. hinsichtlich der abzuschließenden Versicherung nicht richtig beraten. Diese Pflichtverletzung war – wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat – jedoch nicht ursächlich für den eingetretenen Schaden.

Nach § 63 Abs. 1 S. 1 VVG ist der Versicherungsmittler – das sind nach § 59 Abs. 1 VVG sowohl der Versicherungsvertreter

als auch der Versicherungsmakler – zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Versicherungsnehmer durch die Verletzung einer Pflicht nach § 60 oder § 61 VVG entsteht. Nach § 60 Abs. 1 S. 1 VVG muss er nach fachlichen Kriterien eine Empfehlung dahin abgeben, welcher Versicherungsvertrag geeignet ist, die Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zu erfüllen. Nach § 61 Abs. 1 S. 1 VVG hat er den Versicherungsnehmer nach seinen Wünschen und Bedürfnissen ggf. zu befragen und zu beraten. Die Pflichten des Versicherungsmaklers gehen demnach weit. Er hat als Vertrauter und Berater des Versicherungsnehmers individuellen, für das betreffende Objekt passenden Versicherungsschutz zu besorgen. Er muss von sich aus das Risiko untersuchen, das Objekt prüfen und den Versicherungsnehmer als seinen Auftraggeber ständig, unverzüglich und ungefragt über die für ihn wichtigen Zwischen- und Endergebnisse seiner Bemühungen, das aufgegebenes Risiko zu platzieren, unterrichten. Wegen dieser umfassenden Pflichten kann der Versicherungsmakler für den Bereich der Versicherungsverhältnisse des von ihm betreuten Versicherungsnehmers als dessen treuhänderähnlicher Sachwalter bezeichnet werden

(BGHZ 94, 356, 359 = BGH NJW 1985, 2595).

Im vorliegenden Fall geht es darum, ob die Bekl. dafür gesorgt hat, dass das von dem Kl. benannte Risiko entsprechend versichert und damit abgesichert wurde. Die Umstände, die die Leistungspflicht des Versicherers auslösen und näher bestimmen, ergeben sich aus den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) und ggf. den sie ergänzenden oder abändernden Individualvereinbarungen der Vertragspartner

(Prölls/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl., § 1 Rn. 112).

AVB sind die AGB der Versicherer

(ders. aaO, Vorbem. I Rn. 13).

Nach heutiger Rechtslage muss der Versicherer für die Einbeziehung der AVB grundsätzlich die Voraussetzungen von § 305 Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB beachten

(ders. aaO, Rn. 24),

was in diesem Fall nicht problematisch ist. Für ihn entscheidend ist allerdings nicht der konkret abgeschlossene Versicherungsvertrag mit der ...Versicherungs-AG (...); die Versicherungspolice insoweit liegt auch nicht vor. Denn zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Versicherer – wohl zutreffend – die Schadensregulierung abgelehnt hat, weil Schäden an der Altsubstanz nicht versichert waren. Die Frage ist daher dahingehend zu stellen, ob unter Berücksichtigung der geäußerten Interessen des Kl. es möglich gewesen wäre, eine Versicherung abzuschließen, die das tatsächlich eingetretene Risiko abgedeckt hätte. Das heißt, dass auch die Altbausubstanz (nur die ist hier beschädigt worden) mit hätte versichert sein müssen. Die Versicherung hätte den konkreten Schadensfall (Eindringen von Regenwasser durch die Dachabplanung bei Regen) umfassen und die Versicherungsleistung hätte ohne einen Abzug von „neu für alt“ erfolgen müssen.

Das Landgericht hat ohne Prüfung der weiteren Voraussetzungen bereits die haftungsausfüllende Kausalität, also den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden, verneint, weil die Witterungsverhältnisse am 7. August 2008 keine versicherte Gefahr im Sinne der AVB dargestellt hätten. Dies ergebe sich aus Ziffer 2.1., 2.1.1. und 2.4.2. der Versicherungsbedingungen der ..., sowie aus § 2 Nr. 4 b der Allgemeinen Bedingungen für die Bauleistungsversicherung durch Auftraggeber

(ABN 2008; Bl. 240 d. A., BB 1).

Der Senat ist gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an diese der Entscheidung des Landgerichts zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen gebunden. Denn das Landgericht hat seiner Entscheidung die einschlägigen AVB zugrunde gelegt und bei deren Anwendung bezüglich der darin enthaltenen Risikoausschlüsse die Wetterlage am Schadenstage zutreffend ermittelt und eingeordnet.

Was das die zugrunde zu legenden AVB anbelangt, so sind zunächst die der ... heranzuziehen, da der Versicherungsvertrag mit eben dieser Versicherung geschlossen werden sollte. Diese sind,

wie ein Vergleich zwischen ihnen und den Musterbedingungen der ABN 2008 zeigt, in den hier entscheidenden Gesichtspunkten weitgehend gleich. Nach Nr. 2.1. der AVB der ...i (AVB ...) leistet der Versicherer Entschädigung für unvorhergesehene eintretende Beschädigungen und Zerstörungen an versicherten Sachen (Sachschaden). Unvorhergesehen sind Schäden, die der Auftraggeber oder die beauftragten Unternehmen oder deren Repräsentanten weder rechtzeitig vorhergesehen haben, noch mit dem jeweils erforderlichen Fachwissen hätten vorhersehen müssen, wobei nur grobe Fahrlässigkeit schadet. Dies entspricht überwiegend wörtlich § 2 Nr. 1 ABN 2008. Was unvorhergesehene Schäden sind, wird in den AVB in Ziffer 2.1.1. dahingehend konkretisiert, dass Entschädigung insbesondere bei folgenden Schadensursachen geleistet wird: ungewöhnliche und außergewöhnliche Witterungseinflüsse. Eine entsprechende Regelung findet sich in den ABN 2008 nicht. Hinsichtlich nicht versicherter Risiken heißt es in den AVB ... unter 2.4.2., dass der Versicherer ohne Rücksicht auf mitwirkende Ursachen keine Entschädigung für folgende Schäden leistet: normale Witterungseinflüsse, mit denen wegen der Jahreszeit und der örtlichen Verhältnisse gerechnet werden muss. Das entspricht nahezu wörtlich der Regelung in § 2 Nr. 4 b ABN 2008. Bei der Regelung des § 2 Nr. 4 ABN 2008 (und damit auch 2.4.2. AVB ...) handelt es sich eindeutig um Risikoausschlüsse

(vgl. Beckmann/Matusche-Beckmann/von Rintelen, Versicherungsrechtshandbuch, 2. Aufl., § 36 RdNr. 59 a; BGHZ 23, 355, 359; OLG Hamburg VersR 1991, 544, 545).

Normale Witterungseinflüsse im Sinne obiger Ausführungen sind solche, mit denen nach der Jahreszeit und den örtlichen Verhältnissen gerechnet werden muss. Sie liegen vor, wenn sie sich im Rahmen der Normalwerte der letzten 10 Jahre bewegen. Sie sind auch dann nicht versichert, wenn der Versicherungsnehmer z. B. aufgrund einer Wettervorhersage nicht mit Regen gerechnet hat. Der Ausschluss soll ja gerade den Grundtatbestand des A § 2 Nr. 1 ABN einschränken. Der Versicherungsnehmer muss daher übliche Schutzmaßnahmen treffen. Demgegenüber fallen ungewöhnliche Witterungsverhältnisse, die außerhalb der Normalspannbreiten liegen, unter den Versicherungsschutz. Bei außergewöhnlichen Witterungseinflüssen, das heißt, wenn die Wetterverhältnisse die Höchstwerte der letzten 20 Jahre überschreiten, liegt regelmäßig höhere Gewalt vor. Auch hier greift der Ausschluss nicht

(Beckmann/Matusche-Beckmann/von Rintelen, aaO, Rn. 60).

Die Ausschlüsse gelten ohne Rücksicht auf mitwirkende Ursachen. Die allgemeine Auslegungsregel, dass beim Zusammentreffen von Ausschlüssen mit gedeckten Ursachen der Ausschluss im Zweifel vorgeht, wird hiermit verbindlich festgeschrieben. Der Ausschluss greift also bereits dann, wenn es sich um eine adäquate Ursache des Schadens handelt. Es muss aber weder die wesentliche Ursache noch die zeitlich letzte Ursache sein

(ders. aaO, Rn. 62a).

Die Interpretation des Landgerichts, dass entsprechend den genannten AVB die Witterungsverhältnisse am 7. August 2008 keinesfalls als ungewöhnlich, sondern als normal zu bezeichnen waren, will der Kl. nicht gelten lassen.

Dies schon deswegen nicht, weil sein Anspruch nicht nach § 2 Nr. 4 b ABN 2008 ausgeschlossen sei. Denn diese Vorschrift finde neben der Klausel TK 5181 keine Anwendung. Das ist nicht richtig. Diese zu den ABN 2008 als Zusatzklausel vorgesehene Allgemeine Geschäftsbedingung bezieht sich auf die Mitversicherung von Altbauten gegen Sachschäden. Unabhängig von der Frage, ob hier der Bungalow als Altbau schon mitversichert war oder nicht, muss es jedenfalls möglich sein, ihn nach TK 5181 mitzuversichern. Dies ergibt sich auch aus Ziffer 1.2.4. AVB ..., denn auch danach konnten gemäß Einzelabsprache Altbauten gemäß der Klausel TK 5181 gegen Sachschaden versichert werden. Der Kl. ist der unzutreffenden Auffassung, dass der Versicherungsausschluss gemäß § 2 Nr. 4 b ABN 2008 (normale Witterungseinflüsse) nicht greife, weil auch die TK 5181 Versicherungsausschlüsse vorsehe, nämlich unter 2. b) und c), ein Versicherungsausschluss für normale Witterungseinflüsse dort jedoch nicht genannt sei. TK 5181 müsse daher als abschließende Regelung verstanden werden, sodass der Ausschluss gemäß § 2 Nr.4 b) ABN 2008

nicht greife. Zwar trifft zu, dass der Risikoausschluss insoweit nicht besonders benannt ist in der TK 5181. Auch ist richtig, dass die AVB so auszulegen sind, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer die Allgemeinen Bedingungen bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit – auch – auf seine Interessen an

(BGH VersR 1993, 957; BGH VersR 2007, 388).

Ein solcher durchschnittlicher Versicherungsnehmer an Stelle des Kl. hätte die Versicherungsbedingungen jedoch nicht dahingehend verstanden, dass vorliegend ein Versicherungsausschluss für normale Witterungseinflüsse nicht gelte. Der Kl. selbst wollte ausweislich seiner E-Mail vom 17. Juli 2008 Versicherungsschutz insbesondere für den Fall, dass trotz ordnungsgemäßer Abplanung durch Extremwetterlagen Regenwasser eindringe. Dem entsprach der Versicherungsausschluss gemäß § 2 Nr. 4 b) ABN 2008. In dieser Situation erwartete ein Versicherungsnehmer von vornherein nicht, dass dieser Ausschluss durch weitere einbezogene Zusatzbedingungen für Altbauten wieder aufgehoben würde. Dieses schon deswegen nicht, weil aus seiner Sicht für eine solche Aufhebung des Ausschlusses ein Grund gar nicht erkennbar war. Auch die von dem Kl. gerügten angeblichen Unklarheiten oder Widersprüche zwischen ABN 2008 und der TK 5181 führen zu keiner anderen Sichtweise. Zwar ist richtig, dass in der TK 5181 unter Ziffer 2. einen Versicherungsausschluss für normale Witterungsverhältnisse nicht mehr genannt ist. Damit war aber ersichtlich nicht eine Einschränkung der ABN 2008 zu Lasten der Versicherung gemeint. Die Aufzählung in Ziffer 2. TK 5181 ist im Vergleich zur ABN 2008 offensichtlich nicht abschließend, denn der in § 2 Nr. 4 b) genannte Ausschluss für Vorsatz des Versicherungsnehmers oder dessen Repräsentanten ist ebenfalls in Ziffer 2. TK 5181 nicht genannt, hat aber zweifellos nicht aufgehoben werden sollen. Dass also die Erweiterung des Versicherungsschutzes auf einen Altbau zugleich eine Verringerung bestimmter Risikoausschlüsse mit sich hätte führen sollen, wurde von einem durchschnittlichen Versicherungsnehmer in der Lage des Kl. auch unter Berücksichtigung seiner Interessen sicherlich nicht erwartet.

Wendet man also § 2 Nr. 4 b) ABN 2008 an, fragt sich, ob es bei der schadenstiftenden Ursache um „normale Witterungseinflüsse“ gegangen ist, wie dies das Landgericht nach Einholung eines Gutachtens des Deutschen Wetterdienstes (DWD) vom 5. Oktober 2009 festgestellt hat. Das Urteil gibt in den entscheidungserheblichen Teilen (S. 5) den Inhalt des schriftlichen Gutachtens in den entscheidenden Teilen zutreffend wieder. Dies gilt auch für die dort erörterten Schwellenwerte für Unwetterwarnungen, wobei ergänzend auszuführen ist, dass es in dem Gutachten heißt, dass im Fall von Starkregen mehr als 25 mm in einer Stunde bzw. mehr als 35 mm in 6 Stunden fallen müssen. Das war hier offensichtlich nicht der Fall.

Gegenüber diesen Feststellungen des Landgerichts begründen die Ausführungen des Kl. sowohl im ersten Rechtszug als auch im zweiten Rechtszug durchgreifende Zweifel nicht. Der Kl. greift das Gutachten und die Feststellungen des Landgerichts in erster Linie damit an, dass entscheidend sei die Niederschlagsmenge am Schadensort, das wäre der ..., und dass ferner entscheidend sei der konkrete Vergleichszeitraum, das wäre der Monat August im Vergleich zu den Vorjahren. Nun ist sicher richtig, dass bei Wetterlagen, wie sie am Schadenstag herrschten, durchaus auf relativ engem Raum deutliche Unterschiede in der Niederschlagshöhe auftreten können, wie auch aus dem Gutachten des DWD folgt. Nach dem Inhalt des Gutachtens (ebenda) ergibt sich aber aus den zur Begutachtung herangezogenen Radarbildern nichts, was auf eine höhere Niederschlagsintensität am Schadensort hindeutet. Ohne Erfolg beruft sich der Kl. insoweit auch auf Presseberichte für den fraglichen Schadenstag, was das hier in Rede stehende über Schleswig-Holstein hinweg gezogene Tief „Christine“ angeht. Denn auch wenn sich aus diesen Presseberichten ergibt, dass sich heftige Unwetter abgespielt haben und der Norden sich im Ausnahmezustand befunden haben soll, so betrifft die Presseberichterstattung nicht konkret ... – diese

örtliche Einengung aber hält der Kl. selbst für entscheidend –, sondern z. B. die Orte Heide, Husum, St. Peter-Ording, Schleswig und andere. So sollen z. B. in St. Peter-Ording 50 l/m² in 30 Minuten gefallen sein. Auch das von dem Kl. vorgelegte – private – Niederschlagsgutachten der Meteogroup vom 8. Juli 2009 ergibt nichts anderes. Es heißt dort zwar, dass zur Beurteilung der Niederschlagsverhältnisse in ... am 7. und 8. August 2008 die Meldungen der nächstgelegenen offiziellen Wetterstation in ... berücksichtigt sowie eine Analyse der Wetterlage vorgenommen worden seien. Danach sei über den gesamten Tag eine Niederschlagsmenge von ca. 31 l/m² gemessen worden. Die dazu eingereichte Tabelle spiegelt jedoch nicht wieder, dass eine solche Menge überhaupt gefallen ist, lässt auch nicht erkennen, ob hier eine Zusammenrechnung der Stationen erfolgt sein könnte (was eher unsinnig sein dürfte). Jedenfalls errechnet sich die behauptete Regengesamtmenge aus den dort angegebenen Niederschlagsmengen nicht. Als Summe für den 7. August ergibt sich aus der Aufstellung Bl. 52 nur 19,4 l. Das ist jedenfalls nicht mehr als aus dem Gutachten des DWD ersichtlich. Auch aus einer Bestätigung des Wasserbeschaffungsverbandes „...“ vom 8. Juli 2009 folgt nichts anderes. Aus der dort beigefügten Tabelle ergibt sich für den 8. Juli 2008 lediglich eine Niederschlagshöhe von 20 mm, das heißt 20 l/m². Auch das spricht also nicht gegen das Gutachten des DWD. Entsprechendes gilt für den vom Kl. eingereichten Einsatzbericht der Freiwilligen Feuerwehr Daraus ergibt sich lediglich, dass am 7. August 2008 ein Einsatz erfolgte, weil die ...straße überflutet war und ein Keller voll zu laufen drohte. Dies sagt hinreichend Konkretes über die Niederschlagsmenge nicht aus.

Auch wenn die Bekl. für den Risikoausschluss beweispflichtig ist, so ändert das an den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts nichts, das die tatsächlichen Voraussetzungen des Risikoausschlusses als bewiesen angesehen hat. Dies auch nicht deswegen, weil der Gutachter des DWD ... geführt hat, dass für einen einzelnen Monat, insbesondere auch den streitgegenständlichen Monat August, keine derartigen Statistiken, die Monatsvergleiche ermöglichen, geführt werden. Dass hier mit Jahresdurchschnittswerten gearbeitet worden ist, ändert nämlich nichts daran, dass – gerichtsbekannt – im Monat August in Schleswig-Holstein mit derartigen Niederschlägen gerechnet werden muss. Mit Schnee an Tagen im Winter und Regen während des ganzen Jahres muss in Deutschland immer gerechnet werden. Es gibt allerdings auch außergewöhnlich starke Regenfälle, wie sie z. B. zu der berüchtigten Oderflut geführt haben

(van Bühren, aaO, § 23 Rn. 51).

Solche starken Regenfälle aber lagen hier – wie oben ausgeführt – nicht vor. Was die Ausführungen des Sachverständigen dahingehend anbelangt, dass die räumliche Auflösung der verwendeten Radarbilder 2 km horizontal betrage und daher die Zuordnung eines einzelnen Bildpunktes zu einem genau definierten Ort am Erdboden aber wohl nicht möglich sei, so ändert auch das nichts an den zutreffenden Feststellungen im Gutachten und im Urteil. Denn es ergibt sich aus den Ausführungen des Sachverständigen zur Auswertung der Radarbilder gerade nichts, was auf eine erhöhte Regenintensität am Schadensort im Vergleich zu anderen Orten schließen lässt.

Greift somit der Risikoausschluss nach § 2 Nr. 4 b) ABN 2008, und wäre damit ein Versicherer dem Kl. zum Ersatz seines Schadens nicht verpflichtet, so ist auch die Bekl. dem Kl. nicht Schadensersatzpflichtig.

Weitere Anspruchsgrundlagen aus den AVB stehen dem Kl. nicht zur Seite. Der Kl. will seinen Anspruch auch auf § 2 Nr. 4 b) 2 HS. ABN 2008 stützen. Danach wird – trotz Risikoausschlusses für normale Witterungseinflüsse – Entschädigung dennoch geleistet, wenn der Witterungsschaden infolge eines anderen entschädigungspflichtigen Schadens entstanden ist. Dies will der Kl. darin sehen, dass die unsachgemäße Abplanung des Flachdachs – bei ordnungsgemäßer Abplanung wäre es nicht zu dem eingetretenen Schaden gekommen – einen entschädigungspflichtigen Schaden in diesem Sinne darstellt. Das trifft nicht zu. Die nicht ordnungsgemäße Abplanung ist kein „anderer entschädigungspflichtiger Schaden“, sondern mitwirkende Ursache für einen sodann eingetretenen Schaden.

Auch eine Entschädigungspflicht nach § 7 Nr. 1 b) ABN 2008 besteht nicht. Dies soll nach Meinung des Kl. unter Hinweis auf einschlägige Kommentierungen

(Beckmann/Matusche-Beckmann, aaO, § 36 RN. 51)

sogar dann der Fall sein, wenn ein Mangel zu einem entschädigungspflichtigen Schaden an den mangelhaften Teilen selbst führt. Das sei dann der Fall, wenn der Mangel durch äußere Ereignisse vergrößert werde. Dies folgt nicht aus § 7 Nr. 1 b), denn dort heißt es: „Führt ein Mangel zu einem entschädigungspflichtigen Schaden, so leistet der Versicherer Entschädigung unter Abzug der Kosten, die zusätzlich aufgewendet werden müssen, damit der Mangel nicht erneut entsteht“. Darum geht es hier nicht. Für § 7 Nr. 1 b) ABN gilt, was bei van Bühren zu § 23 Rn. 29 ausgeführt ist: Die Vorschrift – eine ähnliche frühere – bedeutet, dass auch bei Vorliegen eines Leistungsmangels ausnahmsweise Versicherungsschutz besteht, nämlich dann, wenn der Mangel zu einem entschädigungspflichtigen Schaden an den mangelhaften Teilen der Bauleistung führt. Als Beispiel sei auf eine fehlerhaft hergestellte Stahlbetondecke hingewiesen, deren Mangel darin besteht, dass zu wenig Stahl eingezogen worden ist. Wird dieser Mangel erkannt, bevor ein Schaden eingetreten ist, muss der Unternehmer ihn auf seine Kosten beseitigen. Bricht aber die Betondecke ein, weil sie stark belastet worden ist, liegt ein entschädigungspflichtiger Schaden an der Betondecke vor. Ein solcher oder ein ähnlicher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Insbesondere ist ein Schaden an der mangelhaften Abdeckung nicht entstanden....

BGB §§ 133, 157, 434, 437, 441, 280

- 1. Der Begriff der „Nettokaltmiete“ ist nicht immer eindeutig und kann im Einzelfall der Auslegung bedürfen.**
- 2. Von der Auslegung hängt es ab, ob eine zum Schadensersatz oder Minderung berechtigende Beschaffenheit vereinbart wurde**

SchlHOLG, 11. Zivilsenat, Urteil vom 29. November 2011 – 11 U 26/10 –, Scho.

Die Parteien streiten um Minderung und Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Kauf eines mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und diese Entscheidung darauf gestützt, dass die behauptete Zusicherung eines Mietereinertrages, also eines Nettomietereinertrages, von dem nicht noch Betriebskosten abzuziehen seien, vom Kläger nicht bewiesen worden sei. Mit der Berufung macht der Kl. geltend, dass sich aus dem Kaufvertrag nebst der dazugehörigen Mietaufstellung ein vereinbarter und zugesicherter Nettokaltmietereinertrag, von dem keine Betriebskosten mehr abzuziehen seien, in Höhe von 37.212,00 € ergäbe, während diese Jahresnettokaltmiete beim Vertragsschluss tatsächlich lediglich 32.664,00 € betragen habe. Hieraus errechne sich ein Minderungs- bzw. Schadensersatzbetrag in Höhe der Klagforderung.

Die Bekl. wollen die in der Anlage zum Kaufvertrag aufgelistete Netto-Kaltmiete als eine solche verstanden wissen, von der noch nicht umgelegte Betriebskosten abzuziehen seien, und behaupten, der Kl. sei vor Vertragsschluss auch ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass von den angegebenen Nettokaltmieten nicht umgelegte Betriebskosten noch abzuziehen seien, um danach den verbleibenden Nettokaltmietereinertrag ermitteln zu können.

Die Berufung blieb ohne Erfolg

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Kaufsache hätte ein zur Minderung oder Schadensersatz gem. §§ 434, 437, 441, 280 BGB berechtigender Mangel angehaftet, eine vereinbarte Beschaffenheit gefehlt, wenn die Parteien sich beim Vertragsschluss darauf geeinigt hätten, dass der Jahresnettokaltmietereinertrag nach Abzug aller Betriebskosten 37.212,00 €, oder aber zumindest mehr als 32.664,00 € beträgt.

Auf eine derartige Vereinbarung deutet zwar – wie vom Senat bereits in der mündlichen Verhandlung vom 28.9.2010 angenommen und in den Beschlüssen vom 30.9.2010 und 11.1.2011 wiederholt – die zum notariellen Kaufvertrag gehörende Mietaufstellung hin, die in der Spalte „Nettokalt-Miete“ einen monatlichen Gesamtbetrag von 3101,00 € aufweist, aus dem sich für das Jahr ein Gesamtbetrag von 37.212,00 € errechnen lässt. Doch bleiben dem Senat Zweifel, dass die Parteien sich auf einen Mietertrag verständigten, von dem sämtliche umgelegten und nicht umgelegten Betriebskosten abgezogen waren.

Zum einen wird auf diese Mietaufstellung im Kaufvertrag selbst unter § 3 nur insoweit Bezug genommen, als es dort heißt: „Die

Verkäufer weisen ausdrücklich darauf hin, dass ab dem 1.1.2008 alle Wohnungen vermietet sind.“ Ob damit auch die enthaltenen Betragsangaben in den Kaufvertrag einbezogen werden sollten, ist bereits fraglich.

Zum anderen ist der Begriff „Nettokalt-Miete“ nicht eindeutig.

Er wird teilweise als Mietertrag verstanden, von dem sämtliche, und zwar umlagefähige und nicht umlagefähige, Betriebskosten abgezogen sind

(vgl. Lützenkirchen, Anwaltshandbuch, Mietrecht, 3. Aufl., S. 519),

und teilweise als von den Mietern gezahlte Miete ohne die von diesen zu tragenden Betriebskosten

(vgl. Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 535 Rn. 55, § 558 Rn. 55.).

Der von den Parteien verwendete Begriff bedarf deshalb der Auslegung.

Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist nach § 133 BGB der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Verträge sind nach § 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen sind auch die Begleitumstände zu berücksichtigen. Das Gesamtbild der Vertragsverhandlungen kann eine vom üblichen Wortsinn abweichende Auslegung rechtfertigen. Entsprechendes gilt für die Äußerung der Parteien über den Inhalt des Rechtsgeschäfts

(vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., §§ 133 Rn. 15, § 157 Rn. 1 jeweils mwN zur Rspr.).

Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass in der Mietaufstellung zum notariellen Vertrag die Nettokaltmieten für die einzelnen Wohnungen aufgeführt sind, ohne irgendeine Andeutung, dass hiervon auch nicht umgelegte Betriebskostenanteile abgezogen seien, und zwar auch nicht von der Summe der angegebenen monatlichen Nettokaltmieten. Die Summe der Nettokaltmieten hätte danach nur dann der um sämtliche Betriebskosten gekürzte Nettokaltmietertrag sein können, wenn es keinerlei nicht umlagefähige Betriebskosten gegeben hätte. Dass aber sämtliche Betriebskosten für das Mehrfamilienhaus in der ... umlagefähig waren und sogar nach der in der Mietaufstellung aufgeführten Größe der einzelnen Mietwohnungen in Quadratmetern auch umgelegt worden waren, konnte der Kl. nicht erwarten, weil bei der Wohnraummieta nicht sämtliche Betriebskosten nach dem Anteil der Wohnfläche umgelegt werden können

(vgl. §§ 556, 556a BGB; BGH, NJW 93, 1061; Bieber, aaO § 535 Rn. 55; Palandt/Weidenkauf, BGB, 69. Aufl., § 535 Rn 88 ff., jeweils mwN).

Deshalb durfte die Angabe einer Nettokaltmiete mit der Summe von 3101,00 € von einem objektiven Empfänger dieser Willenserklärung bzw. Information auch nicht dahin verstanden werden, dass dieser Betrag schon um sämtliche Betriebskosten bereinigt war.

Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme kann der Senat keine abweichende Feststellung treffen, insbesondere nicht, dass der Kl. den Bekl. vor Abschluss des Kaufvertrages verdeutlichte, ihm komme es auf die Bezifferung der Nettokaltmieterträge nach Abzug sämtlicher Betriebskosten an.

Der vom Kl. benannte, als Zeuge vernommene beurkundende Notar St. hat zwar ausgesagt, dass er gewusst habe, dass es dem Kl. darauf angekommen sei, welche Beträge ihm aus den Mietzahlungen für die Finanzierung zur Verfügung stehen und dass deshalb nochmal eine Nettomietenaufstellung vom Makler gefordert worden sei. Der Zeuge St. hat aber auch auf die Frage, ob mit seiner an die Streithelferin gerichteten Bitte um eine Aufstellung der Nettomiete oder Nettokaltmiete die Angabe des Nettokaltmietertrags gemeint gewesen sei, also die nach Abzug der Betriebskosten verbleibenden Mittel, die dem Eigentümer tatsächlich für die Finanzierung zur Verfügung ständen, oder ob möglicherweise von den Nettomieten oder Nettokaltmieten noch Betriebskosten zu bezahlen wären, die nicht auf die Mieter umgelegt waren, geantwortet, dieser Unterschied sei gesprächsweise nicht erläutert worden. Er könne nichts dazu sagen, ob dem Kl. aus Vorgesprächen bekannt gewesen sei, dass die Nettokaltmiete bzw. die Nettomiete nicht schon der um umlagefähige Betriebskosten bereinigte Betrag sei.

Auch die als Zeugin vernommene Ehefrau des Kl., Frau S., hat zwar bekundet, dass es für den Kl. und sie als Käufer entscheidend sei, was sie für die Finanzierung zur Verfügung hätten und dass sie dafür das Wort „Nettokaltmiete“ gebraucht hätten. Wenn das Gericht versuche, ihr zu erklären, was der Unterschied zwischen einer Nettokaltmiete und einem Nettokaltmietertrag möglicherweise sein könne und wie dieser Unterschied von verschiedenen Menschen verstanden werde, dann sage sie, „ihnen sei es darauf angekommen, was unterm Strich übrigbleibe“. Sie hat aber schließlich auf die Frage, ob ihr Mann der Gegenseite erläutert habe, dass es ihm bei der Information über die Nettokaltmiete darauf ankomme, was bei ihnen unterm Strich übrigbleibe, ausweichend und nur allgemein geantwortet, das sei die Standardfrage. Schimmel im Keller usw., das seien alles Standardfragen.

Damit ist nicht zur Überzeugung des Senats die Frage beantwortet worden, ob den Bekl. vom Kl. erläutert worden sei, dass es ihm bei der Information über die Nettokaltmiete auf den nach Abzug aller Betriebskosten verbleibenden Nettokaltmietertrag ankomme.

Es ist schon nach den vorzitierten Aussagen der vom Kl. benannten Zeugen nicht mit der für eine Überzeugungsbildung erforderlichen Sicherheit auszuschließen, dass zwar der Kl. mit seiner Frage nach der Nettokaltmiete diesen Begriff so verstanden wissen wollte, dass damit der nach Abzug sämtlicher Betriebskosten verbleibende Nettokaltmietertrag gemeint war, dass er dies aber einem objektiven Empfänger seiner Frage und auch den Bekl. nicht ausreichend deutlich machte. Es ist nicht auszuschließen, dass ein objektiver Empfänger der Kl.ischen Erklärungen und auch die Bekl. diese als Frage nach den aus den Mietverträgen ersichtlichen Nettokaltmieten, also die Miete abzüglich der die auf die Mieter umgelegten Betriebskosten, verstehen durften und verstanden, und zwar unabhängig von den nicht auf die Mieter umgelegten und möglicherweise auch nicht umlagefähigen Betriebskosten, und dass der Kl. die Informationen der Bekl. deshalb auch nur so verstehen durfte.

Hinzukommt, dass der Zeuge R. detailliert nach Zeit, Ort und Umständen und damit glaubhaft bekundet hat, dass dem Kl. schon vor Vertragsschluss erklärt worden sei, dass die von den Mietern gezahlte Nettomiete nicht der Ertrag sei, der dem Käufer aus den Mieten verbleibe, sondern dass er von dem Betrag, der ihm dann schließlich zur Verfügung stehe für die Finanzierung oder Sonstiges, nochmal die Betriebskostenanteile abziehen müsse, die auf die Mieter nicht umgelegt seien, und dass dabei auch erwähnt worden sei, dass es sich hier bei diesem Objekt um Beträge zwischen 3000,00 und 4000,00 € p.a. handeln würde. Es können deshalb nicht ernsthafte Zweifel daran ausgeschlossen werden, dass dies so dem Kl. erklärt worden war.

Die Anhörung der Parteien hat keinen weiteren Aufschluss gegeben.

Die nach der Erhebung von Urkunden- und Zeugenbeweisen, aber auch der Anhörung der Parteien verbleibende Unsicherheit, ob die Parteien für das gekaufte Objekt ein um sämtliche Betriebskostenanteile bereinigten Nettokaltmietertrag vereinbarten bzw. ein solcher von den Bekl. zugesichert wurde, wirkt zu Lasten des Kl.s. Dem Kl. obliegt die Beweislast für die seinen Anspruch stützenden Tatsachen, seine Behauptung, dass eine Beschaffenheit der Kaufsache vereinbart oder zugesichert worden war, die tatsächlich aber nicht gegeben war.

Der Ansicht und Bewertung des Kl.s, dass der Kaufvertrag nebst Anlage als Urkunde seine vorbeschriebenen Behauptungen beweist und es danach den Bekl. obliegt, diesen Beweis durch Zeugenaussagen zu erschüttern oder zu widerlegen, kann nicht gefolgt werden.

Urkunden und Zeugenaussagen sowie auch die Erklärungen der Parteien in ihrer persönlichen Anhörung, letztlich aber auch jede sonstige Wahrnehmung aus der mündlichen Verhandlung sind die Grundlage der Beweiswürdigung nach § 286 ZPO

(vgl. Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 286 Rn. 2 mwN).

Sie sind in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Diese Würdigung führt nicht zu einer Überzeugungsbildung im Sinne der Kl.ischen Behauptungen. Es verbleiben ernsthafte Zweifel, die einer solchen Überzeugungsbildung entgegenstehen.

BGB §§ 1018, 5 IV, WEG § 10 III

Ein einzelner Wohnungseigentümer kann ein durch Vereinbarung begründetes Sondernutzungsrecht an einem Gegenstand außerhalb der Wohnung (hier: einem Pkw-Stellplatz) nicht mit einer Grunddienbarkeit belasten.

SchiHOLG, 2.Zivilsenat, Beschluss vom 3. August 2011 – 2 W 2/11 –, Wi.

Die Beteiligten begehren die Eintragung einer Grunddienbarkeit, die sich auf ein den Beteiligten zu 1. zustehendes Sondernutzungsrecht an einem Carport-Stellplatz bezieht.

Das Grundbuchamt hat den Beteiligten zunächst mit Schreiben vom 20. Oktober 2010 den Hinweis erteilt, ein einzelnes Wohnungseigentum könne nicht mit einer Dienstbarkeit belastet werden, deren Ausübungsbereich das Sondernutzungsrecht des Wohnungseigentümers am gemeinschaftlichen Eigentum sei. Sodann hat das Grundbuchamt durch Beschluss vom 7. Dezember 2010 den Antrag vom 13. Oktober 2010 mit dieser Begründung zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die Beschwerde, die der Notar beim Grundbuchamt eingelegt hat. Zur Begründung haben sich die Beschwerdeführer auf ein beigefügtes Gutachten des Deutschen Notarinstituts (DNotI-Report 1999, S. 165 f.) bezogen. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht vorgelegt. Die Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Die Beschwerde ist nach §§ 71 ff. GBO zulässig. (...)

2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag vom 13. Oktober 2010 zu Recht nach Gewährung rechtlichen Gehörs zurückgewiesen, weil ein nicht behebbares Eintragungshindernis vorliegt. Ein einzelnes Wohnungseigentum kann nicht mit einer Dienstbarkeit belastet werden, deren Ausübungsbereich ausschließlich ein dem Wohnungseigentum zugeordnetes Sondernutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum ist.

a) Nach § 1018 1. Alt. BGB kann ein Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, dass dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf. Dabei kann die Dienstbarkeit nur durch Belastung des Gesamtgrundstücks und nicht lediglich eines Miteigentumsanteils bestellt werden

(BGHZ 36, 187; vgl. auch die Nachweise bei BayObLG, NJW 1975, S. 59 f., juris Rn. 16).

Dementsprechend bedarf es zur Bestellung einer Grunddienbarkeit am gemeinschaftlichen Eigentum einer Wohnungseigentümergeinschaft grundsätzlich der Bewilligung sämtlicher Miteigentümer und der Belastung des ganzen Grundstücks durch Eintragung in allen Wohnungsgrundbüchern

(vgl. nur BayObLG, aaO).

Dagegen kann der einzelne Eigentümer an seinem Wohnungseigentum durchaus selbständig einem Dritten ein Wohnungsrecht bestellen. Damit wird dem Berechtigten zugleich die alleinige Nutzungsbefugnis an dem zur Sondernutzung zugewiesenen Teil des gemeinschaftlichen Eigentums übertragen

(BayObLG, Rpfleger 1998, S. 68; OLG Hamm, NJW-RR 2000, S. 1403 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Auflage, Rn. 2952).

b) In Rechtsprechung und Literatur ist jedoch streitig, ob die Belastung des Gemeinschaftseigentums einer Wohnungseigentümergeinschaft nur durch Eintragung in sämtlichen Wohnungsgrundbüchern und mit Bewilligung aller Eigentümer erfolgen kann, wenn sich die Ausübung der Dienstbarkeit – wie hier – ausschließlich auf das einem einzelnen Wohnungseigentümer eingeräumte Sondernutzungsrecht beziehen soll.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung sowie in Teilen des Schrifttums wird dies für erforderlich gehalten

(BayObLG, NJW 1975, S. 59 f.; DNotZ 1990, S. 496 ff.; NJW-RR 1997, S. 1236 f.; Rpfleger 1998, S. 68; OLG Karlsruhe, Rpfleger 1975, S. 356 f., m. kritischer Anm. Noack, der allerdings für den Fall eines Sondernutzungsrechts an einem Pkw-Stellplatz die Rechtsprechung des BayObLG billigt; KG, Rpfleger 1976, S. 180 f.; OLG Düsseldorf, DNotZ 1988, S. 31 f.; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1999, S. 1389; OLG Hamm, NJW-RR 2000, S. 1403 ff.; OLG Hamburg, ZMR 2001, S. 380 f.; ZMR 2004, S. 616 f.; Schöner/Stöber, aaO, Rn. 2952; Demharter, aaO, Anhang § 3 Rn. 68; Böhringer in: Meikel, GBO, 10. Auflage, § 48 Rn. 19; Grziwotz in: Jennißen, Wohnungseigentumsgesetz, 2. Auflage, § 5 Rn. 59; Palandt-Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, § 6 WEG Rn. 9; Zimmermann, Rpfleger 1981, S. 333 ff., 335 ff.; Ertl, DNotZ 1988, S. 4 ff., S. 13 ff.; Darstellung des Streitstandes auch bei Schneider, Rpfleger 1998, S. 53 ff., 58).

Nach der in der Literatur vertretenen Gegenauffassung soll dagegen die Bestellung einer Dienstbarkeit, die ausschließlich zum

Gebrauch von Gemeinschaftseigentum im Sondernutzungsrecht eines Wohnungseigentümers berechtigt, möglich sein. Einzelne Vertreter dieser Auffassung wollen dabei lediglich die Bestellung einer derartigen Dienstbarkeit für Mitglieder der betreffenden Eigentümergemeinschaft zulassen

(Röll, Rpfleger 1978, S. 352 f.; Amann, DNotZ 1990, S. 498 ff.).

Andere Autoren nehmen diese Einschränkung nicht vor

(Ott, DNotZ 1998, S. 128 ff.; von Oefele, DNotZ 2001, S. 220 ff.; Mayer in: Staudinger, 2009, § 1018 BGB Rn. 60).

Nach dem von den Beteiligten vorgelegten Gutachten des Deutschen Notarinstituts

(DNotI-Report 1999, S. 165 f.)

soll die herrschende Meinung „zumindest erschüttert“ sein.

c) Höchststrichterliche Rechtsprechung ist zu einem Fall, der dem vorliegenden entspricht, bisher nicht ergangen.

Der Bundesgerichtshof hat allerdings bereits entschieden, dass für die Frage, ob eine Belastung aller Wohnungseigentumseinheiten mit einer Dienstbarkeit erforderlich ist oder ob die Belastung eines einzelnen Wohnungseigentums ausreicht, nicht darauf abzustellen ist, ob der von der Ausübung der Dienstbarkeit betroffene Gegenstand dem Gemeinschafts- oder dem Sondereigentum zuzurechnen ist

(BGHZ 107, 289).

Es genügt danach vielmehr, wenn durch die Dienstbarkeit allein aus dem Sondereigentum fließende Befugnisse betroffen sind

(BGH, aaO).

Im konkreten Fall hatte der Bundesgerichtshof darüber zu entscheiden, ob das Wohnungseigentum eines einzelnen Eigentümers zugunsten des jeweiligen Eigentümers einer anderen Wohnung mit einer Dienstbarkeit belastet werden kann, wonach der Eigentümer der belasteten Wohnung ein bestimmtes Fenster in seiner Wohnung ständig geschlossen zu halten hat. Dabei hat der Bundesgerichtshof es als nicht entscheidend angesehen, ob das Fenster in den Räumen der Wohnung seinerseits auch zum Sondereigentum oder aber zum Gemeinschaftseigentum gehört. Nur die jeweiligen Wohnungseigentümer selbst seien befugt, die Fenster in ihrer Wohnung nach Belieben zu öffnen und zu schließen. Die Rechte der anderen Miteigentümer würden daher jedenfalls nicht von der Belastung betroffen, die sich allein auf die Nutzung der einzelnen Wohnung beziehe, so dass es nicht der Bestellung einer entsprechenden Dienstbarkeit in sämtlichen Wohnungsgrundbüchern bedürfe

(BGH, aaO).

Es komme auch nicht darauf an, ob der Wohnungseigentümer sein alleiniges Gebrauchsrecht an den Fenstern durch die Bestellung eines Wohnungsrechts (also über die gesamte Wohnung) an den Berechtigten mit übertrage oder ob ausschließlich diese Befugnis zum Gegenstand der Belastung gemacht werde

(BGH, aaO).

Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung jedoch ausdrücklich betont, dass es für den konkreten Fall auf die streitige Rechtsfrage der Belastbarkeit eines Wohnungseigentums in Bezug auf vereinbarte Sondernutzungsrechte am Gemeinschaftseigentum nicht ankomme. Im dort zu entscheidenden Fall sei kein durch Vereinbarung begründetes Sondernutzungsrecht an einem Gegenstand außerhalb der Wohnung betroffen

(BGH, aaO).

So aber liegt es hier. Betroffen ist ein Carport-Stellplatz, der sich außerhalb der Wohnung der Beteiligten zu 1. befindet. Die Wohnungen der Beteiligten zu 1. (dienendes Grundstück) und der Beteiligten zu 2. (herrschendes Grundstück) befinden sich dabei in verschiedenen Wohnungseigentumsanlagen. Die begehrte Eintragung könnte hier daher nur dann erfolgen, wenn die Bestellung einer Dienstbarkeit, die allein zum Gebrauch von Gemeinschaftseigentum im Sondernutzungsrecht eines Wohnungseigentümers berechtigt, ohne Einschränkung möglich wäre.

d) Dies ist jedoch nach Auffassung des Senats nicht der Fall. Der oben dargestellten herrschenden Meinung ist zuzustimmen.

Diese geht zunächst zu Recht davon aus, dass im Hinblick auf die gebotene Klarheit des Grundbuchs keine wirtschaftliche Betrachtungsweise, sondern eine formal sachenrechtliche anzustellen ist

(OLG Karlsruhe, Rpfleger 1975, S. 356 f.; ähnlich OLG Hamburg, ZMR 2004, S. 616 ff., unter Hinweis auf den numerus clausus des Sachenrechts).

Die bereits oben zitierten Vertreter dieser Auffassung stellen zutreffend darauf ab, dass Nutzungs- und Belastungsgegenstand in Fällen wie dem vorliegenden das gemeinschaftliche Grundstück ist, während das Sondernutzungsrecht kein selbständiges, für sich belastbares dingliches Recht darstellt. Die Gegenmeinung weist zwar im Ansatz zutreffend darauf hin, dass auch ein im Grundbuch eingetragenes Sondernutzungsrecht dingliche und nicht nur schuldrechtliche Wirkung habe

(Röll, Rpfleger 1978, S. 352 f.).

Das eingetragene Sondernutzungsrecht hat dingliche Wirkung jedoch nur in der Weise, dass es nach § 10 Abs. 3 WEG n. F. (= Abs. 2 a. F.) zum Inhalt des Sondereigentums wird und damit für und gegen die Rechtsnachfolger der einzelnen Wohnungseigentümer wirkt. Ein selbständiges dingliches Recht ist es jedoch nicht

(vgl. BGHZ 73, 145).

Im Ergebnis führt diese formale Betrachtungsweise zwar dazu, dass alle Wohnungseigentümer bei der Bestellung einer Dienstbarkeit mitwirken müssen, die faktisch nur für die Eigentümer der Wohnung Auswirkungen hat, der das betroffene Sondernutzungsrecht am Stellplatz zugeordnet ist. Die anderen Eigentümer dürften den Stellplatz ohnehin nicht nutzen. Die Gegenauffassung wirft der herrschenden Meinung daher vor, sich an „Strukturvorstellungen“ zu orientieren und nicht an dem einfachen Grundsatz, dass niemand mehr Rechte übertragen könne, als er selber habe

(Röll, Rpfleger 1978, S. 352 f.).

Eine Dienstbarkeit könne bestellt werden, sofern ihr Ausübungsbereich nur nicht den Ausübungsbereich des Sondernutzungsrechts überschreite

(von Oefele, DNotZ 2001, S. 222).

Maßgeblich sei, wessen Befugnisse die Ausübung der Dienstbarkeit berühre

(Amann, DNotZ 1990, S. 499).

Die nur auf Teilhabe an einem Sondernutzungsrecht gerichtete Dienstbarkeit erhalte keine überzeugendere Entstehungsgrundlage, wenn sie auch durch diejenigen Personen bestellt werde, die von der Nutzung für immer ausgeschlossen seien; ihre insoweit befugnislose Miteigentümerstellung genüge dafür nicht

(Amann, aaO, S. 501).

Die herrschende Meinung verharre zu sehr in konstruktiv-dogmatischen Überlegungen

(Mayer in: Staudinger, aaO, § 1018 BGB Rn. 60).

Es ist auch durchaus nachvollziehbar, dass die Beteiligten zu 2. eine dingliche Absicherung ihrer Position wünschen. Diese können nie einfach dadurch erlangen, dass die Beteiligten zu 1. ihnen das Sondernutzungsrecht übertragen. Die Übertragung eines Sondernutzungsrechts kann jedenfalls nur an Mitglieder der jeweiligen Wohnungseigentümergeinschaft erfolgen und nicht an Wohnungseigentümer einer benachbarten Anlage. Ein praktisches Bedürfnis an der Umsetzung der gewählten Konstruktion kann daher durchaus bestehen

(anders OLG Hamburg, ZMR 2001, S. 381).

Gleichwohl rechtfertigt dieses praktische Bedürfnis es grundsätzlich nicht, unter Verstoß gegen sachenrechtliche Grundsätze ein dingliches Recht zu bestellen.

Gerade für die Frage, ob eine dingliche Absicherung eines Nutzungsrechts (hier: für die Beteiligten zu 2.) möglich ist, ist nicht auf praktische Bedürfnisse abzustellen. Vielmehr ist die im Gesetz vorgesehene, sachenrechtliche Lage maßgeblich. Danach kann aber weder das Sondernutzungsrecht als solches Belastungsgegenstand sein, noch das gesamte Grundstück ohne Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer mit einer Dienstbarkeit belastet werden. Die Belastung des Sondernutzungsrechts selbst ist, wie bereits ausgeführt, schon deshalb nicht möglich, weil das Sondernutzungsrecht kein dingliches Recht ist. Der Gesetzgeber hat im Übrigen bei der Neufassung des § 5 Abs. 4 S. 2 WEG zum 1. Juli 2007 auch nur die Möglichkeiten genannt, dass ein Sondernutzungsrecht aufgehoben, geändert oder übertragen wird. Von einer Belastung des Sondernutzungsrechts als solchem ist dort nicht die Rede. Wenn die Belastung sich dagegen

auf das gemeinschaftliche Eigentum an den Stellplatzflächen bezieht, bedarf es dafür der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer, und zwar selbst dann, wenn sich der Ausübungsbereich auf den Bereich eines Sondernutzungsrechts beschränkt.

Grundsätzlich müssen Wohnungseigentümer, die die Ausübung von Sondernutzungsrechten über die Grenzen der eigenen Anlage hinaus wünschen, dementsprechend auf die Möglichkeit langfristiger schuldrechtlicher Vereinbarungen verwiesen werden. Diese können auch Klauseln enthalten, wonach die wechselseitigen Verpflichtungen auf die jeweiligen Rechtsnachfolger übertragen werden müssen. Falls eine Wohnungseigentümergeinschaft über zu wenig Stellplätze verfügt, besteht durchaus auch die Möglichkeit, dass der Eigentümer benachbarter Flächen (ggf. alle Eigentümer einer benachbarten Wohnungseigentümergeinschaft) die Eintragung einer Dienstbarkeit zu Gunsten der jeweils anderen Gemeinschaft bewilligen.

Eine andere Beurteilung ergibt sich für den vorliegenden Fall auch nicht aus der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes

(BHZ 107, 289).

Es kann nicht bereits darauf abgestellt werden, dass das dieser Entscheidung zugrunde liegende „faktische“ Sondernutzungsrecht innerhalb einer einzelnen Wohnung mit dem hier vorliegenden eines vereinbarten Sondernutzungsrechts an einem Stellplatz vergleichbar sei

(so Amann, DNotZ 1990, S. 499, 500; Ott, DNotZ 1998, S. 129, 130).

Der Bundesgerichtshof hatte über den Sonderfall zu entscheiden, dass eine Dienstbarkeit in Bezug auf ein Fenster werden sollte, das sich im räumlich abgegrenzten, gegenständlichen Bereich des Sondereigentums befand

(auf diesen Unterschied stellen ebenfalls ausdrücklich ab BayObLG, DNotZ 1990, S. 496 ff.; NJW-RR 1997, S. 1236 f.; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1999, S. 1389; OLG Hamburg, ZMR 2001, S. 380 f.).

Es bestand dort ein besonderes Regelungsbedürfnis dafür, zu vermeiden, dass die Möglichkeit der Belastung eines einzelnen Wohnungseigentums letztlich von der Frage abhängt, ob ein Gegenstand innerhalb der einzelnen Wohnung auch rechtlich zum Sondereigentum gehört oder – sei es wegen fehlender Sondereigentumsfähigkeit, sei es im Hinblick auf die Regelung in der Teilungserklärung – zum Gemeinschaftseigentum.

Dass eine Dienstbarkeit ausschließlich in Bezug auf einen im Gemeinschaftseigentum befindlichen Stellplatz nur für ein einzelnes Wohnungseigentum bestellt werden kann, folgt im Übrigen auch nicht daraus, dass die Belastung des jeweiligen Wohnungseigentums (insgesamt) mit einem Wohnungsrecht möglich ist

(BayObLG, DNotZ 1990, S. 496 ff.; NJW-RR 1997, S. 1236 f.).

Aus dem Wohnungsrecht ergibt sich dann zwar für den Berechtigten zugleich die Befugnis, die für das Wohnungseigentum bestellten Sondernutzungsrechte am gemeinschaftlichen Eigentum auszuüben. Dies bedeutet aber nicht zwingend, dass das einzelne Wohnungseigentum auch in der Weise belastet werden kann, dass nur der Bereich des Sondernutzungsrechts zum Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit gemacht wird. Der Berechtigte eines Wohnungsrechts darf auch die nicht von einem Sondernutzungsrecht erfassten Bereiche des Gemeinschaftseigentums in gleicher Weise nutzen, wie der Wohnungseigentümer es sonst dürfte. Gleichwohl kann unzweifelhaft keine Dienstbarkeit bestellt werden, die nur diesen Inhalt hat.

Den Befürwortern einer isolierten Belastung nur in Bezug auf das Sondernutzungsrecht ist zwar zuzugeben, dass die anderen Wohnungseigentümer von einer Belastung des Gemeinschaftseigentums tatsächlich nicht betroffen sind, wenn sich diese nur auf den Bereich eines Sondernutzungsrechts bezieht. Diese Erwägung ist aber im Regelfall – wenn kein ganz speziell gelagerter Fall wie derjenige vorliegt, über den der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte – kein ausreichender Grund, von der formal sachenrechtlichen Betrachtungsweise abzuweichen.

3. Den Geschäftswert hat der Senat nach §§ 131 Abs. 4, 30 KostO festgesetzt. Dabei ist hier der auch in erster Instanz zugrunde zu legende Wert der Hauptsache maßgeblich, da die Eintragung einer Dienstbarkeit nach § 62 Abs. 1 KostO mit der vollen Gebühr belegt ist und der gesamte Verfahrensgegenstand auch Gegenstand der Beschwerde ist

(vgl. dazu Lappe in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Auflage, § 131 Rn. 28).

Die Beteiligten haben den Wert der Dienstbarkeit in Ziffer 2. des Vertrages vom 12. Oktober 2010 mit 5,00 € monatlich, also 60,00 € jährlich, angegeben. Der anzusetzende Geschäftswert ist dabei nach §§ 22, 24 Abs. 1 b) KostO das Fünfundzwanzigfache des Jahreswertes

(vgl. dazu BayObLG, FGPrax 2000, S. 254 f.; Schwarz in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, aaO § 22 Rn. 3, § 24 Rn. 14, 35a).

Hier ergibt sich dementsprechend ein Wert von 1500,00 €.

Eine Kostenentscheidung ist im Hinblick auf die gesetzliche Kostenfolge (§ 131 Abs. 1 KostO) nicht veranlasst.

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde folgt aus § 78 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GBO. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung. Die in Rechtsprechung und Literatur streitige Rechtsfrage, ob ein durch Vereinbarung begründetes Sondernutzungsrecht an einem Gegenstand außerhalb der Wohnung mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden kann, kann in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen auftreten.

GG Art. 3, 6, 14; AdoptG Art. 12 § 1

Der in den Übergangsbestimmungen des Art. 12 § 1 Abs. 1, 4 AdoptG bestimmte Erhalt des gesetzlichen Erbrechtes des Adoptivkindes gegenüber seinen leiblichen Eltern für Erbfälle nach dem 1. Januar 1977 und zu diesem Zeitpunkt bereits volljährigen Angenommenen begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Art. 3, 6, 14 GG.

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Beschluss vom 5. Dezember 2011 – 3 Wx 61/11 –, Te.

Die Beteiligten sind Kinder der Erblasserin und in einem gemeinschaftlichen Erbschein des Amtsgerichts vom 20. Dezember 2010 als gesetzliche Erben nach der Erblasserin zu jeweils $\frac{1}{2}$ Anteil bezeichnet. Der Beteiligte zu 1. begehrt die Einziehung dieses gemeinschaftlichen Erbscheins und beantragt einen Erbschein dahingehend, dass die Erblasserin nur von ihm und dem Beteiligten zu 2. zu jeweils $\frac{1}{2}$ Anteil beerbt worden ist.

Die Erblasserin, die verwitwet und ohne Hinterlassung eines Testaments verstorben ist, hatte vier Kinder, nämlich die Beteiligten zu 1. bis 3. und ein weiteres, kinderlos vorverstorbenes Kind.

Der am 9. Juli 1951 geborene Beteiligte zu 3. ist von der Erblasserin zur Adoption freigegeben worden. Gemäß Kindesannahmevertrag vom 20. Oktober 1951 haben die Eheleute X den Beteiligten zu 3. als gemeinschaftliches Kind an Kindesstatt angenommen. Den nach damaligem Recht (§ 1767 Abs. 1 BGB a.F.) möglichen Ausschluss des Erbrechtes des Kindes nach den Annehmenden enthält dieser Kindesannahmevertrag nicht.

Der Beteiligte zu 1. hat darauf hingewiesen, dass in Bezug auf den Beteiligten zu 3. am 20. Oktober 1951 eine Volladoption durchgeführt worden sei. Dadurch habe der Beteiligte zu 3. gemäß § 1754 BGB die rechtliche Stellung eines Kindes der Annehmenden erlangt. Das angenommene Kind besitze auch die erbrechtliche Position eines leiblichen Kindes der Annehmenden. Von der vor der Adoptionsrechtsreform vom 1. Januar 1977 bestehenden Möglichkeit, das gesetzliche Erbrecht nach den Annehmenden auszuschließen, sei kein Gebrauch gemacht worden. Mithin habe der Beteiligte zu 3. kein gesetzliches Erbrecht nach seiner ursprünglichen leiblichen Mutter mehr. Das ergebe sich auch aus Art. 12 Abs. 4 des Adoptionsgesetzes vom 1. Januar 1977, wonach es nämlich nur für die Erbfälle vor dem 1. Januar 1977 bei der bisherigen gesetzlichen Regelung verbleibe.

Diesem Antrag ist der Beteiligte zu 3. entgegen getreten und hat geltend gemacht, er sei am 1. Januar 1977 bereits volljährig gewesen. Gemäß Art. 12 § 1 Abs. 1 des Adoptionsgesetzes seien dann aber die Vorschriften über die Annahme Volljähriger anzuwenden. Insofern seien die erbrechtlichen Bindungen des adoptierten Kindes gegenüber seinen leiblichen Eltern gemäß § 1770 Abs. 2 BGB bestehen geblieben.

Mit Beschluss vom 14. April 2011 hat das Amtsgericht den Antrag des Beteiligten zu 1., den gemeinschaftlichen Erbschein einzuziehen sowie einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, der die Beteiligten zu 1. und 2. als Erben ausweist, zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen

Die Beschwerde ist nach den §§ 58 ff. FamFG zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt worden.

Über die Beschwerde kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden. Gemäß § 68 Abs. 3 FamFG ist die Durchführung eines Termins durch das Beschwerdegericht ungeachtet des missverständlichen Wortlauts der Norm nicht erforderlich, wenn sie verfahrensmäßig nicht zwingend vorgesehen ist, nämlich gemäß den §§ 68 Abs. 3 S. 1, 32 ff. FamFG erstinstanzlich ein Termin oder eine Anhörung von Gesetzes wegen nicht erforderlich war und weiterer Aufklärungsbedarf in der Sache nicht besteht

(Senat, Beschluss vom 14.1.2010, 3 Wx 92/09, FGPrax 2010, 106 ff. = SchlHA 2010, 145 = FamRZ 2010, 1178 ff; zustimmend KG, Beschluss vom 29.6.2010, 1 W 161/10 bei juris Rn. 9 ff.; Sternal FGPrax 2010, 108; ders. nun auch in Keidel, FamFG, 17. A. 2011, § 68 Rn. 58 und 58 a; Reichhold in Thomas/Putzo, ZPO, 31. A. 2010, § 68 FamFG Rn. 22; Abramenko in Prütting/Helms, FamFG, 3. A. 2011, § 68 Rn. 21 f, 24, 27; ders. auch in FGPrax 2010, 217, 219; Bumiller/Harders, FamFG, 10. A. 2011, § 68 Rn. 7; Haußleiter, FamFG, 2011, § 68 Rn. 11).

Dieser Fall liegt hier vor.

Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Amtsgericht hat das einfache Recht zutreffend angewandt, was auch die Beschwerde nicht mehr in Abrede nimmt. Der Beteiligte zu 3. ist als Minderjähriger noch in seinem Geburtsjahr 1951 adoptiert worden. In Bezug auf das zum 1. Januar 1977 neu geregelte Adoptionsrecht ist er mithin ein sogenannter Altfall, auf den die Übergangsvorschriften nach Art. 12 des Adoptionsgesetzes anzuwenden sind. Ist der Angenommene zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Adoptionsgesetzes am 1. Januar 1977 volljährig und tritt der Erbfall erst nach Inkrafttreten dieses Gesetzes ein – wie hier –, so werden auf das Annahmeverhältnis auch für die erbrechtlichen Verhältnisse gemäß Art. 12 § 1 Abs. 1 und 4 Adoptionsgesetz die Vorschriften dieses Gesetzes über die Annahme Volljähriger angewandt. Dann aber ist insbesondere § 1770 BGB n.F. anzuwenden und verbleibt dem Angenommenen mithin das gesetzliche Erbrecht gegenüber den leiblichen Verwandten (§ 1770 Abs. 2 BGB). Er ist zudem gegenüber dem Annehmenden erbberechtigt, nicht jedoch gegenüber den Verwandten des Annehmenden (§ 1770 Abs. 1 BGB).

2. Entgegen der Auffassung der Beschwerde ist diese Altfall-Regelung, nach denen hier der Beteiligte zu 3. das gesetzliche Erbrecht nach seiner leiblichen Mutter – der Erblasserin – behalten hat, nicht verfassungswidrig. Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass Art. 12 § 1 Abs. 1 und 4 AdoptG gegen Art. 3 oder Art. 6 GG – ebensowenig gegen die Erbrechtsgarantie in Art. 14 GG – verstößt. Die Sache ist deshalb auch nicht nach Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.

Allerdings war Zielrichtung der Reform des Adoptionsrechtes zum 1. Januar 1977, das adoptierte Kind auch rechtlich ganz aus der alten Familie zu lösen und voll in die neue Familie der Annehmenden einzugliedern. Diesem Ziel sollte u.a. die vollständige erbrechtliche Gleichstellung des Adoptivkindes mit den leiblichen Kindern der Annehmenden dienen

(BT-Drs. 7/3061, Seite 19; BVerfG NJW 2003, 2600, 2601; Dittmann, Rechtspfleger 1978, 277).

Indes hat der Gesetzgeber bei jeder grundlegenden Gesetzesänderung zu bedenken, wie und auf welche Weise mit Altfällen zu verfahren ist, inwieweit insbesondere Dispositions- und Vertrauensschutz zu gewähren ist. Vor diesem Hintergrund sind die Übergangsvorschriften in Art. 12 AdoptG zu bewerten.

Das alte Recht war dadurch gekennzeichnet, dass die verwandtschaftlichen Beziehungen des angenommenen Kindes zu seinen leiblichen Eltern und den weiteren Verwandten gemäß § 1764 BGB a.F. bestehen blieben, die Adoptivkinder deshalb gemäß § 1924 BGB auch ein Erbrecht gegenüber ihren leiblichen Eltern behielten. Gleichzeitig erhielt der Angenommene aber auch schon nach dem alten Recht die Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden (§ 1757 BGB a.F.). Die daraus im Hinblick auf die neue Familie des adoptierten Kindes gezogenen erbrechtlichen Konsequenzen blieben aber beschränkt. Zwar hatte das Kind und auch seine Abkömmlinge grundsätzlich ein gesetzliches Erbrecht nach dem Annehmenden selbst, dass sich aber nicht auf dessen Verwandte erstreckte (§ 1763 BGB a.F.). Dieses Erbrecht des Adoptivkindes gegenüber seinen Adoptiveltern konnte in dem Kindschaftsannahmevertrag gemäß § 1767 BGB a.F. ausgeschlossen werden. Der Annehmende seinerseits beerbte das Adoptivkind nicht

(§ 1759 BGB a.F.; vgl. zum Erbrecht bei Adoptionen nach altem Recht: Kemp, DNotZ 1976, 646, 647; Haegele DNotZ 1969, 457, 458; Stein in Soergel, BGB, 13. Auflage 2001, § 1924 Rn. 28).

Indem Art. 12 § 1 Abs. 1 und 4 Adoptionsgesetz die neuen Regelungen über die Volljährigen-Adoptionen auch im Hinblick auf die erbrechtlichen Verhältnisse für anwendbar erklärt, wenn der Erbfall nach dem 1. Januar 1977 eingetreten ist und der Angenommene zu diesem Zeitpunkt bereits volljährig war, hat sich der Gesetzgeber für eine Übergangsregelung entschieden, die

für den genannten Personenkreis in weitem Umfang Vertrauensschutz realisiert, weil im Ergebnis wesentliche Teile der alten Rechtslage erhalten bleiben

(gute tabellarische Übersicht zur Rechtslage nach altem und neuem Recht bei Tanck, in Damrau, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Auflage 2011, § 1924 nach Rn. 21).

Denn für diese Altfälle bleibt wegen § 1770 BGB n.F. das Erbrecht des adoptierten Kindes gegenüber seinen leiblichen Eltern bestehen, ebenso aber auch das Erbrecht gegenüber den Adoptiveltern unter Ausschluss der Verwandten der Adoptiveltern. Neu ist für diese Altfälle lediglich, dass umgekehrt nun auch ein Erbrecht des Annehmenden gegenüber dem Adoptivkind entsteht. War allerdings in dem vor der Reform abgeschlossenen Annahmevertrag nach altem Recht das Erbrecht des angenommenen Kindes dem Annehmenden gegenüber ausgeschlossen (Fall des § 1767 BGB a.F.) bestimmt insoweit die Überleitungsregelung in Art. 12 § 1 Abs. 5 AdoptG, dass eine derartige Vereinbarung durch die Überleitung in neues Recht unberührt bleibt, in diesem Fall dann aber auch der Annehmende kein Erbrecht nach dem angenommenen Kind hat.

Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, solche Altfälle, bei denen die Adoptierten am 1. Januar 1977 bereits volljährig waren, nicht den Vorschriften über die Annahme Minderjähriger, also den neuen Regeln der Volladoption zu unterstellen, um insoweit einen gewissen Vertrauens- und Dispositionsschutz zu erreichen

(vgl. BT-Drs. 7/3061 Seite 69).

Es ist nicht ersichtlich und wird in der umfangreich durchgesehenen Rechtsprechung und Literatur – sei es im Umfeld der Entstehung des Adoptionsgesetzes oder in jüngerer Zeit – nicht vertreten, dass der begrenzte Erhalt des gesetzlichen Erbrechtes des Angenommenen gegenüber seinen leiblichen Eltern für Erbfälle nach dem 1. Januar 1977 und zu diesem Zeitpunkt bereits volljährige Angenommene verfassungswidrig sein sollte

(vgl. auch ausdrücklich etwa OLG Hamm NJW-RR 2002, 1375, 1376, das darauf hinweist, dass ohnehin in der Literatur zu den Überleitungsregelungen des Adoptionsgesetzes keine Stimmen zu finden sind, die die gesetzliche Regelung explizit für verfassungswidrig halten; s. auch BVerfG aaO; BayObLG FamRZ 1994, 853, 854; OLG Frankfurt FamRZ 1995, 1087; aus der Literatur zur Einführung des AdoptG – dort speziell zu den Übergangsvorschriften – Kemp DNotZ 1976, 646 ff.; Dittmann, Rechtspfleger 1978, 277, 284; Engler FamRZ 1976, 584, 593 f.; aus der aktuellen Literatur Damrau, aaO, § 1924 Rn. 15 bis 21; Maurer in MüKo-BGB, 5. A. 2008; Anhang nach § 1772, Kommentierung der Übergangsregelungen zu Art. 12 § 1 AdoptG; Leipold in MüKo-BGB, 5. A. 2010, § 1924 Rn. 22 ff.; Werner in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2008, vor §§ 1924–1936 Rn. 47; Stein in Soergel, aaO, § 1924 Rn. 27 f.; Müller/Sieghörner/Emmerling de Oliviera, Adoptionsrecht in der Praxis, 2. A. 2011, S. 134 f.).

Unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 und Art. 14 GG ist im Übrigen auch der langjährige, oben dargestellte frühere Rechtszustand des BGB – also vor dem Adoptionsgesetz – nicht für verfassungswidrig gehalten worden

(vgl. etwa BGH FamRZ 1972, 449, 450).

Die Überleitungsregeln des Adoptionsgesetzes sind vielmehr nur unter zwei besonderen Gesichtspunkten im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit immerhin diskutiert worden:

Dies betrifft zunächst die Regelung in Art. 12 § 2 Abs. 2 AdoptG. Danach entfällt für Altfälle betreffend angenommene Kinder, die am 1. Januar 1977 noch minderjährig waren, nach einer Übergangszeit von einem Jahr – also ab 1. Januar 1978 – ein zuvor nach § 1767 BGB a.F. vereinbarter Ausschluss des Erbrechtes gegenüber dem Annehmenden, wenn nicht der Annehmende nach Art. 12 § 2 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 AdoptG zur Fortgeltung des alten Rechtszustandes befristet eine ausdrücklich notariell beurkundete Erklärung abgibt, dass die neuen Vorschriften über die Annahme Minderjähriger nicht angewandt werden sollen. Mit dieser Übergangsvorschrift hat sich das Bundesverfassungsgericht befasst und sie für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten

(BVerfG NJW 2003, 2600 f.).

Das Bundesverfassungsgericht hat damit zugleich allerdings auch die grundsätzliche verfassungsmäßige Rechtmäßigkeit von Übergangsvorschriften in diesem Bereich, nämlich unter zulässiger Berücksichtigung von Vertrauensschutzgesichtspunkten für Altfälle bestätigt

(ebenso schon OLG Hamm NJW-RR 2002, 1375, 1376).

Der zweite verfassungsrechtliche Diskussionspunkt im Zusammenhang mit den Überleitungsregeln nach dem Adoptionsgesetz 1977 bezieht sich darauf, dass wegen des auch für Altfälle nunmehr geltenden Erbrechtes des Annehmenden gegenüber dem angenommenen Kind die Möglichkeit besteht, dass der Annehmende im Falle des Vorversterbens dieses Kindes als Miterbe neben dessen leibliche Eltern tritt. Der Gesetzgeber hat diese denkbare Situation durchaus gesehen und sie auch unter dem Aspekt geprüft, dass damit das Erbrecht der leiblichen Eltern geschmälert wird. Er hat darin aber keinen Eingriff in eine verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition gesehen

(BT-Drs. 7/3061 Seite 69; s.a. Dittmann, Rechtspfleger 1978, 277, 284).

In der Tat bestehen insoweit keine verfassungsrechtlichen Bedenken und zwar weder unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 GG, noch unter dem Gesichtspunkt der Erbschutzgarantie aus Art. 14 GG.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist nämlich seit langem anerkannt, dass das gesetzliche Verwandtenerbrecht insoweit an der Erbschutzgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG teilnimmt, als es nahen Familienangehörigen das Recht auf einen angemessenen Anteil am Nachlass gewährt, das im gesetzlichen Pflichtteilsrecht seinen Ausdruck findet

(BVerfG NJW 1985, 1455 bei juris Rn. 36; OLG Hamm, aaO).

Weder die Regelung in Art. 12 § 2 Abs. 2 AdoptG noch die im vorliegenden Fall einschlägige Überleitungsregelung in Art. 12 § 1 Abs. 1 und 4 Adoptionsgesetz erscheint deshalb verfassungsrechtlich bedenklich. Das Recht hier gerade der Beteiligten zu 1. und 2. an einem angemessenen Anteil an dem Nachlass nach ihrer leiblichen Mutter wird durch das ebenfalls bestehende gesetzliche Erbrecht ihres adoptierten Bruders, des Beteiligten zu 3., nicht verletzt.

Sofern der Beteiligte zu 1. eine Verletzung von Art. 6 GG – Recht der Familie – offenbar in Bezug auf die Familie der leiblichen Eltern des Angenommenen sieht, weil für den vorliegenden Altfall das gesetzliche Erbrecht des Angenommenen nach den leiblichen Eltern bestehen bleibt, ist darauf hinzuweisen, dass es in der Hand der leiblichen Eltern liegt, das adoptierte Kind ggf. zu enterben und auf diese Weise dafür zu sorgen, dass eine Erbengemeinschaft des adoptierten Kindes mit etwa verbleibenden weiteren leiblichen Abkömmlingen nicht entsteht.

Der Senat vermag auch eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 GG nicht zu erkennen. Der Beschwerdeführer möchte ihn offenbar darin sehen, dass der Beteiligte zu 3. über die genannte Altfallregelung nicht nur erbberechtigt nach seinen Adoptiveltern, sondern auch nach seiner leiblichen Mutter geblieben ist, indes aber – anders als er selbst – Unterhaltspflichten gegenüber seiner leiblichen Mutter nicht zu erfüllen hatte. Weil für den Beteiligten zu 3. aber nach den Übergangsvorschriften wie aufgezeigt die neuen Vorschriften über die Annahme Volljähriger angewandt werden, mithin gemäß § 1770 Abs. 2 BGB n.F. die Rechte und Pflichten aus dem Verwandtschaftsverhältnis zu seinen leiblichen Eltern bestehen geblieben sind, ist auch seine etwaige Unterhaltspflicht gegenüber der Erblasserin bestehen geblieben

(vgl. Palandt/Diederichsen, BGB, 70. ff. 2011, § 1770 Rn. 2).

Im Übrigen ist zu bedenken, dass die gesetzliche Unterhaltspflicht, soweit sie Kinder gegenüber ihren leiblichen Eltern trifft, im Grundsatz das Spiegelbild des Umstandes ist, dass die Kinder ihrerseits einen umfassenden Unterhaltsanspruch gegenüber ihren Eltern haben bzw. hatten. Wird dieser Aspekt bedacht, so liegt auf der Hand, dass eine Ungleichbehandlung im Hinblick auf die genannte erbrechtliche Regelung dieses Altfalles nach den Übergangsregelungen des Adoptionsgesetzes zu Lasten des Beteiligten zu 1. nicht vorliegt. Während nämlich die Erblasserin dem Beteiligten zu 1. gegenüber ihrerseits umfassend Unterhaltspflichten zu erfüllen hatte, galt für den Beteiligten zu 3. nach seiner Adoption als Kleinkind § 1765 BGB a.F., wonach der Annehmende dem Kind vor den leiblichen Verwandten zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet war, die Erblasserin Unterhaltsaufwendungen für den Beteiligten zu 3. angesichts ausreichender Vermögensverhältnisse der Adoptiveltern also gerade vermeiden konnte. Entsprechendes galt für den Beteiligten zu 3. über die Altfallregelung auch nach Inkrafttreten des Adoptionsge-

setzes wegen des dann anzuwendenden § 1770 Abs. 3 BGB.

Gerade unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 GG hatte der Gesetzgeber des Adoptionsgesetzes im Übrigen zu beachten, dass bei Altfällen unter Berücksichtigung der langjährigen alten Rechtslage andere, zusätzliche Gesichtspunkte (nämlich insbesondere solche des Dispositions- und Vertrauensschutzes) zu bedenken waren, als für künftige Adoptionsfälle. Der Gesetzgeber war deshalb – wie vom Bundesverfassungsgericht in der zitierten Entscheidung auch ohne weiteres als richtig zugrunde gelegt – keinesfalls gehalten, sämtliche Altfälle ab dem 1. Januar 1977 wie künftige Adoptionsfälle zu behandeln, sie etwa durchweg den neuen Regeln über die Volladoption zu unterstellen und den Betroffenen durchweg das bis dahin bestehende Erbrecht nach den leiblichen Eltern zu entziehen...

MB/KK §§ 1, 4, VVG § 192, SGB V § 37

Kosten der ambulanten Medikamentengabe durch einen Pflegedienst sind in der privaten Krankheitskostenversicherung nicht versichert.

SchlHOLG, 16. Zivilsenat, Urteil vom 24. November 2011 – 16 U 43/11 –, De.

Die Parteien streiten im Wege von Berufung und Anschlussberufung um die Kostenerstattung aus einer privaten Krankheitskostenversicherung wegen der in den Jahren 2009 und 2010 monatlich angefallenen Kosten für die Arzneimittelgabe durch den Pflegedienst des Wohnstifts, in dem die Kl.in im sog. betreuten Wohnen lebt, sowie um die Kostenerstattung für ein spezielles Sitzkissen zu dem von der Kl.in benötigten Rollstuhl.

Das Landgericht hatte der Klage nur hinsichtlich des Sitzkissens stattgegeben. Die Berufung der Kl.in hatte keinen Erfolg, auf die Anschlussberufung ist die Klage insgesamt abgewiesen worden.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung der Kl.in ist nicht begründet (A). Die zulässige Anschlussberufung ist begründet (B).

A) Berufung der Kl.in

1. Zu Recht hat das Landgericht die Klage auf Erstattung der in den Jahren 2009 und 2010 monatlich angefallenen Kosten für die Arzneimittelgabe durch den Pflegedienst des Wohnstifts, in dem die Kl.in lebt, abgewiesen. Der zwischen den Parteien geschlossene Krankheitskostenversicherungsvertrag sieht einen entsprechenden Anspruch nicht vor. Die ambulante Medikamentengabe ist keine versicherte Leistung. Sie ist im vorliegenden Fall auch keine ärztliche Leistung im Sinne der Versicherungsbedingungen.

Der Kl.in, die die Pflegestufe 1 hat, werden in dem Wohnstift, in dem sie in einem sog. betreuten Wohnen, d.h. in einer Privatwohnung und nicht in einem Pflegeheim, lebt, bis zu dreimal täglich Medikamente verabreicht und für jede Verabreichung 9,02 € berechnet, d.h. ausweislich der Rechnung für Dezember 2009 bis zu 829,84 € im Monat. Die Bekl. hat als freiwillige Leistung teilweise pro Verabreichung 1,72 € gezahlt, d.h. ausweislich der Abrechnung für Dezember 2009 bis zu 158,24 € im Monat.

Der Umfang des Versicherungsschutzes ergibt sich aus dem Versicherungsvertrag, den zugrunde liegenden Versicherungsbedingungen, den diese ergänzenden Tarifen mit Tarifbedingungen sowie aus gesetzlichen Vorschriften

(BGH VersR 1999, 745, Rn 13, 21, 26 bei juris).

Gemäß § 1 Teil I Abs. 1 MB/KK bietet der Versicherer Versicherungsschutz für Krankheiten, Unfälle und andere im Vertrag genannte Ereignisse. Er erbringt, sofern vereinbart, damit unmittelbar zusammenhängende zusätzliche Dienstleistungen. Im Versicherungsfall erbringt der Versicherer in der Krankheitskostenversicherung Ersatz von Aufwendungen für Heilbehandlung und sonst vereinbarte Leistungen. Versicherungsfall ist die medizinisch notwendige Heilbehandlung einer versicherten Person wegen Krankheit oder Unfallfolgen (§ 192 VVG). Heilbehandlung ist jede ärztliche Tätigkeit, die durch die betreffende Krankheit verursacht worden ist, sofern die Leistung des Arztes oder sonstigen Behandlers von ihrer Art her in den Rahmen der medizinisch notwendigen Krankenpflege fällt und auf Heilung oder Linderung einer Krankheit abzielt (Langheid/Wandt-Kalis, VVG, § 192 Rn 17 unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs).

Der Versicherungsfall ist eingetreten. Die Kl.in leidet nach der Verordnung häuslicher Krankenpflege vom 6. April 2009 an den Krankheiten Hypertonus, reaktive Depression, Rechtsherzinsuffizienz, Autoimmunhyperthyreose (Schilddrüsenüberfunktion) und Anämie. Medizinisch notwendige Heilbehandlung im Sinne einer ärztlichen Tätigkeit im Sinne der oben angeführten Definition ist die Untersuchung der Kl.in zwecks Beobachtung des Krankheitsverlaufs und das Verschreiben von Medikamenten.

Gemäß § 4 Teil I Abs. 1 MB/KK ergeben sich Art und Höhe der Versicherungsleistungen aus dem Tarif mit Tarifbedingungen. Gemäß § 4 Teil I Abs. 3 MB/KK müssen Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmittel von den in Abs. 2 genannten Behandlern verordnet, Arzneimittel außerdem aus der Apotheke bezogen werden. Nach den in § 4 Teil I Abs. 1 MB/KK in Bezug genommenen Tarifbedingungen werden Aufwendungen für ambulante Heilbehandlung und für Arzneimittel mit den tariflichen Sätzen erstattet (Nr. 2.1 der Tarifbedingungen) und sind bei medizinisch notwendiger Heilbehandlung die Aufwendungen für Arzneimittel erstattungsfähig (Nr. 3 d der Tarifbedingungen).

Für die Auslegung von Versicherungsbedingungen ist maßgeblich die Verständnismöglichkeit des durchschnittlichen Versicherungsnehmers in dem betreffenden Versicherungszweig ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse, der die Versicherungsbedingungen aufmerksam liest und verständlich – unter Abwägung der Interessen der beteiligten Kreise und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs – würdigt

(BGH VersR 2004, 1035; Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl., Vorbem. III Rn. 2 mwN).

Wenn bei medizinisch notwendiger Heilbehandlung die Aufwendungen für Arzneimittel erstattungsfähig sind, dann sind das nach dem Wortlaut die Kosten des Arzneimittels als solchem und nicht Kosten, die mit der Einnahme des Arzneimittels verbunden sind. Dies entspricht auch der Verständnismöglichkeit des durchschnittlichen Versicherungsnehmers. Es entspricht dem allgemeinen Sprachverständnis, dass Arzneimittel vom Arzt verschrieben, in der Apotheke gekauft und – nach Anweisung des Arztes oder nach den Vorgaben des Beipackzettels – vom Versicherungsnehmer selbstständig eingenommen werden. Es handelt sich dabei um eine Tätigkeit, die vom Versicherungsnehmer grundsätzlich ganz selbstverständlich ohne fachliche Hilfe vorgenommen wird. Es ist ferner sozialüblich und entspricht deshalb ebenso dem normalen Sprachverständnis, dass, wenn der Versicherungsnehmer die Einnahme nicht mehr selbst vornehmen kann, Mitbewohner des Haushalts Hilfestellung leisten. Hieraus folgt zugleich, dass es sich bei der Medikamenteneinnahme – bzw. der Medikamentengabe – nicht um eine ambulante Heilbehandlung im Sinne von Nr. 2.1 der Tarifbedingungen handelt. Es fällt aber auch nicht unter die zusätzlichen Dienstleistungen im Sinne von § 1 Teil I Abs. 1 MB/KK, zu denen insbesondere Service- und Beratungsleistungen zählen (§ 192 Abs. 3 VVG), wäre insoweit aber ohnehin nicht vereinbart. Es könnte eine „sonst vereinbarte Leistung“ im Sinne von § 1 Teil I Abs. 1 a) MB/KK sein; insoweit fehlt aber ebenfalls eine Vereinbarung. Die Versicherungsbedingungen in Verbindung mit den Tarifbedingungen enthalten keine ausdrückliche Regelung für den Fall, dass der Versicherungsnehmer wegen einer geistigen oder körperlichen Erkrankung die Medikamenteneinnahme nicht selbst vornehmen kann und ihm in seinem Haushalt keine Personen zur Verfügung stehen, die ihm hierbei kostenfrei Hilfestellung geben.

Der vorstehenden Auslegung steht nicht entgegen, dass gesetzlich Krankenversicherte gemäß § 37 SGB V Anspruch auf häusliche Krankenpflege in Form der Grund- und Behandlungspflege sowie der hauswirtschaftlichen Versorgung haben, wobei die Behandlungspflege die Medikamentengabe umfasst. Diese Regelung entspricht nämlich gerade nicht dem allgemeinen Verständnis von selbstverständlichen Krankenversicherungsleistungen. Die Regelungen zur Krankenhausersatzpflege gemäß § 37 Abs. 1 SGB V sind 1989, die zur Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V sind 1990 in Kraft getreten

(vgl. BSGE 106, 173, Daten unter Rn 12 bei juris; Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, Krankenversicherungsrecht, § 22 Rn 309).

Es handelt sich dabei, wie aus den Voraussetzungen folgt, um Regelungen zur Kostenreduzierung im Gesundheitswesen. Für Behandlungspflege ist nach § 37 Abs. 1 SGB V (= Kranken-

hausersatzpflege) Voraussetzung, dass Krankenhausbehandlung geboten, aber nicht ausführbar ist, oder durch die häusliche Krankenpflege vermieden oder verkürzt wird; für die Behandlungssicherungspflege ist nach § 37 Abs. 2 SGB V Voraussetzung, dass diese zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist. Beide Arten der häuslichen Krankenpflege dienen der Vermeidung der Krankenhauspflege

(Schulin, aaO, § 22 Rn 310).

Ferner besteht der Anspruch auf häusliche Krankenpflege nach § 37 Abs. 3 SGB V nur, soweit eine im Haushalt lebende Person den Kranken in dem erforderlichen Umfang nicht pflegen und versorgen kann. Es sind nichtärztliche Heilhilfsleistungen, z. B. Verabreichung von Medikamenten und die von Heilhilfspersonen zu erbringenden Injektionen oder auch Verbandswechsel

(Schulin, aaO, § 22 Rn 321).

Hinzu kommt, dass, wer eine private Krankenversicherung abschließt, nicht erwarten kann, dass er damit so versichert ist, wie er es als Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse wäre. Dem stehen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(BGH VersR 1991, 911 Rn. 11 bei juris)

grundlegende Strukturunterschiede zwischen dem System der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung von vornherein entgegen. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der Versicherungsnehmer in Anbetracht des mit dem Hauptleistungsversprechen in § 1 MB/KK weit gesteckten Leistungsrahmens davon ausgeht, dass dieses Leistungsversprechen näherer Ausgestaltung bedarf, die auch Einschränkungen nicht ausschließt

(BGH VersR 2004, 1035 – Schlafapnoegerät als nicht versichertes Hilfsmittel; BGH VersR 1991, 911; BGH VersR 1999, 745, Rn. 26 bei juris).

Die Kl.in kann deshalb keine Gleichstellung mit einem in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten beanspruchen.

Die Kl.in wird durch diese gegenüber § 37 SGB V einschränkende Regelung nicht im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt

(vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH VersR 2004, 1035, Rn. 29 bei juris).

Es wird nicht im Sinne der von der Kl.in angeführten Entscheidung des Landgerichts Bonn

(Urteil vom 26. November 2009 – 9 O 230/09 –, Rn. 27 bei juris, 24-stündige Überwachung der Beatmung durch fachkompetente, intensivmedizinisch ausgebildete Personen)

der Vertragszweck ausgehöhlt und der Vertrag in Bezug auf das versicherte Risiko zwecklos. Eine Tarifikalkulation mit vertretbarer Prämiengestaltung liegt auch im Interesse des Versicherungsnehmers

(BGH VersR 2009, 930).

Es handelt sich um die Sondersituation eines Alleinstehenden, für dessen Situation es eine übliche Regelung gibt, nämlich den Umzug in ein Pflegeheim. Dies gilt angesichts der Möglichkeiten der sog. Kurzzeitpflege auch dann, wenn es sich, wie die Kl.in behauptet, wegen einer aushelenden Hüftoperation möglicherweise nur um ein vorübergehendes Phänomen handelt. Ist der geistige und körperliche Zustand eines allein lebenden Versicherungsnehmers derart, dass ihm die Medikamenteneinnahme nicht mehr möglich ist, so dürfte ein Wechsel in ein Pflegeheim oder ggf. ein stationärer Aufenthalt in einem Krankenhaus erforderlich sein, wobei es für eine durch Pflegebedürftigkeit bedingte Unterbringung keine Leistungspflicht in der Krankenversicherung gibt (§ 5 Teil I Abs. 1 g MB/KK). In beiden Fällen ist die Medikamentengabe Teil des Pflegesatzes (§§ 84 ff. SGB XI, § 17 KHG). Ist dies – sei es wegen der damit trotz der Pflegeversicherung verbundenen Kosten, sei es aus anderen Gründen – nicht gewünscht, so muss der Versicherungsnehmer sich selbst um eine für ihn finanzierbare Hilfestellung bemühen, die zum Beispiel darin liegen kann, dass er sich ein betreutes Wohnen in der Form sucht, dass die Medikamentengabe zu einem tragbaren Entgelt im Vertrag enthalten ist und nicht bis zu dreimal täglich (vgl. beispielhaft 92-mal die Position „Arzneien verabreichen und überwachen“ im Dezember 2009 = 829,84 €) zum Einzelpreis von 9,02 € berechnet wird.

b) Der geltend gemachte Anspruch stände der Kl.in aber auch dann nicht zu, wenn die Medikamentengabe eine versicherte Leistung wäre. Die Medikamentengabe durch den Pflegedienst

des Wohnstifts ist keine ärztliche Leistung im Sinne der Versicherungsbedingungen.

Die Versicherungsbedingungen sehen Kostenerstattung nur für Heilbehandlung durch Ärzte, Zahnärzte und Heilpraktiker vor (§ 4 Teil I Abs. 2 MB/KK). Dies wird man wohl, wie in den von der Kl.in angeführten Regelungen der §§ 15, 28 SGB V und § 4 Abs. 2 GOÄ, dahin auslegen müssen, dass auch Hilfeleistungen anderer Personen erfasst werden, soweit sie vom Arzt angeordnet und von ihm verantwortet werden. Das betrifft Tätigkeiten seiner Praxismitarbeiter, wie das Setzen von Spritzen und das Anlegen von Verbänden. Selbstständige Hausbesuche der Praxismitarbeiter wären danach schon keine ärztliche Heilbehandlung mehr, weil das Erfordernis der Verantwortung durch den Arzt eine unmittelbare Kontroll- und erforderlichenfalls Eingriffsmöglichkeit voraussetzt. Jedenfalls ist die selbstständige Tätigkeit eines Pflegedienstes im Wohnstift keine ärztliche Heilbehandlung. Der Arzt verantwortet diese Tätigkeit nicht, weil er sie nicht kontrolliert und aus der Ferne auch nicht kontrollieren kann. Nur ergänzend wird darauf hingewiesen, dass das OLG Karlsruhe über Ansprüche aus der GOÄ hinausgehende Ansprüche aus der Krankenversicherung für den Fall verneint hat, dass der Arzt die Heimdialyse nicht selbst durchführt, sondern durch die Ehefrau, die ausgebildete Dialysefachkraft ist, durchführen lässt und sie dafür bezahlt (VersR 2007, 679).

Die Überlegung, dass die Medikamentengabe ebenso gut und zudem kostengünstiger durch den Pflegedienst als durch den Arzt im Rahmen von Hausbesuchen – wenn man denn überhaupt einen Arzt findet, der dreimal täglich einen Hausbesuch macht – erfolgen kann, ist dem Krankheitskostenversicherungsrecht fremd.

B) Anschlussberufung der Bekl.

Die Kl.in hat keinen Anspruch auf Zahlung weiterer 334,86 € für ein Sitzkissen für einen Rollstuhl.

Die Bekl. hat der Kl.in die Mietkosten für einen Rollstuhl erstattet. Auf den Rechnungsbetrag von 534,86 € für ein von ihrem Arzt mit der Diagnose „Hautläsion präasacral“ verordnetes Dekubitus-Sitzkissen für den vorhandenen Rollstuhl hat die Bekl. aus Kulanzgründen mit Abrechnung vom 17. August 2009 200,00 € gezahlt.

Gemäß § 1 Teil I Abs. 1 a) MB/KK erbringt der Versicherer in der Krankheitskostenversicherung Ersatz von Aufwendungen für Heilbehandlung und sonst vereinbarte Leistungen. Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmittel müssen verordnet werden, § 4 Teil I Abs. 3 MB/KK.

Ein Sitzkissen ist keine Heilbehandlung, die nach der Definition eine ärztliche Tätigkeit voraussetzt, und deshalb nur erstattungsfähig, wenn es unter die Aufzählung Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmittel gemäß § 4 Teil I Abs. 3 MB/KK fällt. Diese werden in Ziff. 3 der Tarifbedingungen definiert und bei medizinisch notwendiger Heilbehandlung erstattet. Arznei- und Verbandmittel scheiden von vornherein aus. Nach dem Wortlaut könnte ein Dekubitus-Sitzkissen ein Heilmittel sein, weil durch die Entlastung durch das Sitzkissen auch vorhandene Rötungen zurückgehen werden. Heilmittel sind aber zu Ziff. 3 e) der Tarifbedingungen definiert als physikalisch-medizinische Leistungen, wenn sie von einem Arzt, Heilpraktiker oder von Angehörigen staatlich anerkannter medizinischer Assistenzberufe erbracht werden.

Es spricht einiges dafür, dass das Dekubitus-Sitzkissen ein Hilfsmittel ist. Hilfsmittel sind dadurch gekennzeichnet, dass sie körperliche Defekte über längere Zeit auszugleichen suchen und damit unmittelbar eine Ersatzfunktion für ein krankes Organ wahrnehmen sollen, ohne dessen Funktionsfähigkeit wiederherzustellen

(BGH VersR 2009, 1106).

Hilfsmittel werden in Ziff. 3 f) der Tarifbedingungen aber abschließend aufgezählt. Danach gelten als Hilfsmittel Hörgeräte, Sprechgeräte (elektronischer Kehlkopf), Geh- und Stützapparate, Kunstglieder, Stoma-Versorgungsartikel, Bruchbänder, Leibbinden, Gummi- und Kompressionsstrümpfe, orthopädische Einlagen. Bei Rollstühlen, Sauerstoffkonzentratoren und Herz- und Atemmonitoren übernimmt der Versicherer die Aufwendungen für Leihgeräte. Aus dieser abschließenden Aufzählung folgt, dass Dekubitus-Kissen als solche nicht zu den erstattungsfähigen

Hilfsmittel zählen. D.h. wer ein Dekubitus-Kissen verordnet bekommt und nicht zugleich Rollstuhlfahrer ist, hat nach dem klaren Wortlaut keinen Anspruch auf Leistungen aus der Krankenversicherung. Einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für ein Dekubitus-Kissen könnte man deshalb nur dann bejahen, wenn es wesentlicher Bestandteil eines Rollstuhls wäre.

Zwar spricht einiges dafür, dass ein Dekubitus-Kissen Teil der Funktionseinheit Rollstuhl ist, weil niemand einen Rollstuhl nutzt, ohne zugleich ein auf seinen Bedarf zugeschnittenes Kissen zu erwerben. Andererseits werden bei Rollstühlen nur Aufwendungen für Leihgeräte ersetzt, während die Kl.in ein speziell für sie angepasstes Sitzkissen erworben hat. Hinzu kommt, wie dargelegt, dass Dekubitus-Sitzkissen für sich allein überhaupt nicht zu den Heilmitteln zählen. Daraus folgt in der Zusammenschau, dass Ziff. 3 f) der Tarifbedingungen nur so ausgelegt werden kann, dass allenfalls Anspruch auf ein „normales“ Kissen besteht, dass unabdingbar notwendig ist, um den Rollstuhl nutzen zu können, um ihn bestimmungsgemäß funktionsfähig zu machen. Ein solches Kissen kostet wesentlich weniger als das von der Kl.in erworbene spezielle Dekubitus-Sitzkissen.

Daraus folgt, dass die Bekl. mit der Zahlung von 200,00 € ihrer Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrag selbst dann nachgekommen ist, wenn man Rollstuhl und Kissen als Funktionseinheit auffasst. Es kann deshalb offen bleiben, ob sie zu Recht nur aus Kulanz gezahlt hat...

GKG § 49a I

Für die Bewertung des Einzelinteresses des Wohnungseigentümers i.S.d. § 49a Abs. 1 S. 2 GKG, der im Klageweg die Ablehnung der Abberufung des Verwalters durch die Eigentümerversammlung angreift, ist der dreifache Betrag des auf ihn entfallenden Anteils an dem Honorar des Verwalters für dessen noch verbleibende Amtszeit eine praktikable Bemessungsgrundlage, die das Klägerinteresse sowohl bei einer kleineren als auch bei einer großen Zahl von Wohnungseigentümern angemessen abbildet und zugleich dem Justizgewährungsanspruch des einzelnen Wohnungseigentümers nicht entgegensteht.

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Beschluss vom 21. November 2011 – 3 W 75/11 –, Te.

Die Beschwerdeführerin ist Wohnungseigentümerin einer Wohnanlage mit rund 60 Eigentumswohnungen. Sie hat Klage gegen alle weiteren Wohn- und Teileigentümer der Liegenschaft mit dem Antrag angekündigt, einen Beschluss der Eigentümerversammlung über die Ablehnung der Abberufung der Verwalterin für ungültig zu erklären und die Verwalterin gerichtlich abzuverufen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht haben die Parteien einen Vergleich geschlossen.

Das Amtsgericht hat den Streitwert auf 3594,80 € festgesetzt. Es ist dabei von den Angaben der Kl.in ausgegangen, wonach sie im Wohnungsgrundbuch mit einem Miteigentumsanteil von 164/10000 am gemeinschaftlichen Eigentum und einem Teileigentum von 2/10000 der genannten Liegenschaft eingetragen sei. Die Kl.in hat weiter angegeben, der Verwaltervertrag laufe noch bis zum 31. Dezember 2012 und die Einzelinteressen betragen nach den Jahresverwaltungskosten für ihre Wohnung 255,85 € sowie 41,65 € für das Teileigentum, mithin 297,50 €/jährlich und somit für die Jahre 2011 und 2012 sowie anteilig für noch zu zahlende fünf Monate des Jahres 2010 insgesamt 718,96 €. Das Fünffache dieses Betrages ergibt den vom Amtsgericht festgesetzten Streitwert von 3594,80 €.

Gegen diesen Streitwertbeschluss haben die Beklagten Beschwerde eingelegt und geltend gemacht, der Streitwert sei unter Berücksichtigung von § 49a Abs. 1 GKG auf 23026,50 € festzusetzen, nämlich 50 % des Verwalterhonorars für die Restlaufzeit des Verwaltervertrages. Dieser Beschwerde hat die 11. Zivilkammer des LG Itzehoe stattgegeben und den Streitwert auf 23026,50 € festgesetzt. Ausgangspunkt für die Streitwertbemessung sei gem. § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG das Interesse der Parteien und Beigeladenen, wobei der Streitwert auf 50 % dieses Interesses festzusetzen sei. Das Interesse der Parteien und Beigeladenen im Verfahren zur Verwalterabberufung bestimme sich nach dem Honorar des Verwalters für die Restlaufzeit des Verwaltervertrags, hier 46053 €. 50 % davon – gemäß § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG – würden 23026,50 € ergeben. Allerdings sei dieser Wert wiederum begrenzt durch das Fünffache Einzelinteresse des Kl. (§ 49a Abs. 1 Satz 2 GKG). Eine Bemessung des Einzelinteresses dürfe nicht allein anhand des Anteils der Kl.in am Verwalterhonorar vorgenommen werden, wie aber vom Amtsgericht bei seiner Streitwertbestimmung zugrunde gelegt. Das Einzelinteresse des Kl. an der Abberufung eines Verwalters sei umso höher, je länger der Verwaltervertrag und die Bestellung noch andauern würden und je höher die Kosten des Verwalters seien. Deshalb müsse für die Streitwertbestimmung ebenfalls die Höhe des Verwalterhonorars für die Restlaufzeit ausschlaggebend sein. Nach der Entscheidung des OLG Celle in NJW 2010, 1154 und des LG München I in NZM 2009, 625 f. könne das Einzelinteresse regelmäßig mit 10 % des Gesamtinteresses angesetzt werden. Damit verbleibe es dann wegen der Grenze des § 49a Abs. 1 Satz 2 GKG (5-faches Kl.interesse) im Ergebnis bei der Regel des § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG, also 50 % des restlichen Verwalterhonorars, hier 23026,50 €.

Die vom Landgericht zugelassene weitere Beschwerde gegen diese Entscheidung hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen

Die vom Landgericht zugelassene weitere Beschwerde hat teilweise Erfolg. Die Überprüfung der angefochtenen Entscheidung durch den Senat ist auf Rechtsfehler beschränkt (§§ 68 Abs. 1 S. 5, 66 Abs. 4 S.2 GKG, 546 ZPO). Die Festsetzung des Streitwertes mit letztlich 50 % des Gesamtinteresses ist rechtsfehlerhaft, weil § 49 a Abs. 1 S. 2 GKG dabei im Ergebnis nicht angewendet und die den Streitwert der Höhe nach begrenzende sowie die Justizgewährungspflicht sichernde Funktion dieser Norm nicht beachtet worden ist.

Gem. § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG ist der Streitwert in Wohnungseigentumsachen auf 50 % des Interesses der Parteien und aller Beigeladenen an der Entscheidung festzusetzen. Er darf allerdings – Satz 2 dieser Norm – das Interesse des Kl. und der auf seiner Seite Beigetretene an der Entscheidung nicht unterschreiten und das 5-Fache des Wertes ihres Interesses nicht überschreiten.

Mithin ist zunächst maßgeblich nach Satz 1 der Norm das Interesse der Parteien und aller Beigeladenen. Insoweit besteht noch Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur darüber, dass für die Anfechtung eines Beschlusses betreffend die beantragte Abberufung eines Verwalters auf die Gesamtvergütung abzustellen ist, die dieser Verwalter noch für die Restlaufzeit seiner Bestellung beziehen würde

(vgl. OLG München, NJW-RR 2009, 1615 f, bei juris Rnr. 11; LG Karlsruhe, ZWE 2010, 409 f, bei juris Rnr. 9; Monschau in Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 13. Aufl. 2011, Rnr. 6274 f.).

Von diesem Wert ist dann in Anwendung von § 49 a Abs. 1 Satz 1 GKG 50 % anzusetzen. Diesem plausiblen Ansatz folgt auch der Senat für den vorliegenden Fall.

Indes ist gemäß Satz 2 dieser Vorschrift sodann nach dem Einzelinteresse des jeweiligen Kl. zu fragen. Streitig ist, wie dieses Interesse bestimmt werden soll. Das Landgericht München I hat in seinem Beschluss vom 3. Juni 2009

(NZM 2009, 625 f.)

ausgeführt, es erscheine angemessen, das klägerische Interesse unabhängig von seinem konkreten Anteil am Verwalterhonorar mit jedenfalls 10 % des gesamten Verwalterhonorars für die Restlaufzeit zu bemessen. Nicht richtig sei dagegen die Begrenzung anhand des konkreten Anteils des jeweiligen Kl. an diesem Verwalterhonorar, weil sich das Interesse des Kl. eben nicht darauf richte, seinen Anteil am Verwalterhonorar nicht zu bezahlen. Auch nach Abberufung des konkreten Verwalters bleibe die WEG schließlich nicht verwalterlos und müsse der Kläger ein Verwalterhonorar anteilig bezahlen. Es gehe ihm bei seinem Abberufungsverlangen regelmäßig darum, einen bestimmten Verwalter gerade loszuwerden, mithin nicht um seinen Honoraranteil, sondern um die Person des Verwalters. Deshalb wäre die Bemessung an dem Verwalterhonorar für die Restlaufzeit – hiervon mindestens 10 % – angemessen und verbliebe es dann wegen der Grenze des 5-fachen Klägerinteresses in der Regel im Ergebnis bei der Grundregel des § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG, also 50 % des Honorars des Verwalters für die Restlaufzeit seiner Bestellung als Streitwert.

Dieser Begründung ist indes das OLG München in der den zitierten Beschluss ändernden Entscheidung vom 25. August 2009

(aaO)

mit der knappen Argumentation entgegengetreten, die Annahme, das Einzelinteresse betrage mind. 10 % des Gesamtinteresses, sei willkürlich. Es liege auf der Hand, dass ein nur mit einer geringeren Quote beteiligter Eigentümer auch ein deutlich geringeres Interesse an der Verwalterabberufung habe, als ein im größeren Umfang Beteiligter. Deshalb bemesse sich die Auswirkung des Handelns eines unerwünschten Verwalters nach der Beteiligung des Einzelnen, also nach der Höhe seiner Miteigentumsquote und dem sich daraus ergebenden Anteil an der Verwaltervergütung, so dass der Streitwert dann nach § 49a Abs. 1 Satz 2 GKG auf das 5-Fache dieses Betrages festzusetzen sei.

Der genannte Beschluss des OLG München hat in der Literatur einige Kritik gefunden. So spricht Müller in der Urteilsanmerkung in ZMR 2010, 139 f. davon, diese Entscheidung sei in ihrer Verallgemeinerung „inakzeptabel“, weil das OLG „völlig unreflektiert... das Interesse des Kl. mit seinem rein wirtschaftlichen Interesse“

gleichsetze. An seine Miteigentumsquote könne nicht angeknüpft werden. Ausführlich begründet Monschau in Schneider/Herget

(a aO, Rn. 6274 ff.),

warum eine Begrenzung anhand des Anteils des Einzelnen am Verwalterhonorar fragwürdig erscheine. Das Einzelinteresse richte sich nicht auf diesen Anteil am Verwalterhonorar, nämlich nicht darauf, keinen Anteil am Verwalterhonorar bezahlen zu müssen. Vielmehr gehe es darum, sich von dem unliebsamen Verwalter endgültig zu trennen und einen anderen einzusetzen. Weil dieses eigene Interesse aber nicht zwingend mit dem Gesamthonorar für die Restlaufzeit des Verwaltervertrages identisch erscheine, sei es angemessen, das klägerische Interesse unabhängig von seinem konkreten Anteil mit jedenfalls 10 % des gesamten Verwalterhonorars für die Restlaufzeit zu bemessen. Eine Streitwertbemessung nur am anteiligen Verwalterhonorar des jeweiligen Kl. für die Restlaufzeit des Verwaltervertrages würde demgegenüber zu überproportional niedrigen Streitwerten für Angelegenheiten führen würden, die sowohl für den Einzelnen als auch für die Gemeinschaft von erheblicher Bedeutung seien, zumal auch das Gerichtsverfahren i.d.R. umfangreich und aufwendig sei.

Auch das OLG Celle

(aaO)

hat sich der Auffassung angeschlossen, dass für das Einzelinteresse des Kl. nicht auf seinen Anteil am Verwalterhonorar abgestellt werden könne, weil sein Rechtsschutzziel nicht an diesem Verwalterhonorar orientiert und kein rein finanzielles sei, sondern eben auf die Abberufung eines Wohnungsverwalters gerichtet sei. Das Einzelinteresse der „Unzufriedenheit“ mit dem gegenwärtigen Verwalter werde deshalb in der Regel zwar geringer als das ausstehende restliche Honorar dieses Verwalters sein, aber höher als der Anteil des jeweiligen Kl. als einzelner Wohnungseigentümer. Das OLG Celle bezieht sich insoweit auf die entsprechende Auffassung des LG Lüneburg in der Vorinstanz und des LG München I in ZMR 2009, 625. Das OLG Celle meint, wenn die Vorinstanz 10 % des Gesamtverwalterhonorars als Klägerinteresse zugrunde lege, sei der genannte Prozentsatz jedenfalls nicht willkürlich. Es handle sich vielmehr um eine jeder Schätzung innewohnende, notwendigerweise nicht auf die genaue Prozentzahl greifbare Wertung.

In der Bewertung dieses Streites muss aus Sicht des Senats im Ausgangspunkt der Wortlaut von § 49a Abs. 1 Satz 2 GKG beachtet werden, der auf das „Interesse des Kl...an der Entscheidung“ abstellt. In jeder Hinsicht zutreffend und nachvollziehbar heben das OLG Celle und zuvor das LG Lüneburg bzw. auch das LG München I sowie die zitierte Literatur (Müller, Monschau) hervor, dass dieses Interesse bei der geltend gemachten Abberufung eines Verwalters nicht darauf abzielt, den eigenen Anteil am Verwalterhonorar nicht zahlen zu müssen. Es geht vielmehr um ein davon unabhängiges, im Ausgangspunkt durchaus ideelles Interesse mit Auswirkungen allerdings auch auf die wirtschaftlichen Interessen des jeweiligen Kl., der nämlich diesen Verwalter nicht mehr in seinem Amt belassen sehen will. Deshalb erscheint es kaum angemessen, dieses Interesse wertmäßig gleichzusetzen mit seinem sich aus der Miteigentumsquote berechnenden Anteil am restlichen Verwalterhonorar.

Indes darf auch der Sinn und Zweck der den Streitwert begrenzenden Regelung in § 49a Abs. 1 Satz 2 GKG nicht verfehlt werden. Der Streitwert ist nach dieser Norm deshalb begrenzt, um den Justizgewährungsanspruch einzelner Wohnungseigentümer – insbesondere auch im Fall von Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse bei größeren Wohnungseigentumsgemeinschaften – zu gewährleisten. Mit dem Reformgesetz zur Änderung des WEG und anderer Gesetze vom 26. März 2007

(BGBl I S. 370)

wollte der Gesetzgeber u. a. die Gerichtsverfahren durch Erstreckung der Vorschriften der ZPO auf die Verfahren in Wohnungseigentumssachen harmonisieren. Eine der Folgen ist allerdings, dass die Gerichtskosten sich deshalb nicht mehr nach der Kostenordnung sondern nach dem Gerichtskostengesetz richten und dies im Grundsatz dazu führt, dass sich das Prozesskostenrisiko für die Beteiligten gegenüber der früheren Rechtslage wesentlich erhöht. Bei WEG-Sachen muss allerdings beachtet werden, dass sich die Rechtskraft des Urteils nicht nur auf die Parteien,

sondern auf alle beigeladenen Wohnungseigentümer erstreckt und deshalb im Unterschied zu anderen Verfahren nach der ZPO nicht allein das Interesse des Kl. an der Entscheidung für den Streitwert maßgebend sein kann. Es muss vielmehr einerseits die über das subjektive Interesse des einzelnen klagenden Wohnungseigentümers hinaus gehende Wirkung des Verfahrens auf die anderen Parteien und Beigeladenen bei der Wertfestsetzung berücksichtigt werden – dafür soll im Ausgangspunkt § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG sorgen –, andererseits muss gerade dann, wenn es um größere Wohnungseigentumsgemeinschaften geht, verhindert werden, dass der einzelne Wohnungseigentümer wegen des Prozesskostenrisikos von einer Klage gänzlich abgehalten wird und sein Justizgewährungsanspruch deshalb in Gefahr gerät. Für Letzteres soll § 49a Abs. 1 Satz 2 GKG sorgen, indem er auf das Interesse des einzelnen Kl. an der Entscheidung abstellt und den Streitwert der Höhe nach auf das 5-Fache des Wertes dieses Einzelinteresses begrenzt

(vgl. zu diesem Sinn und Zweck von § 49a Abs. 1 GKG nur Oestreich u. a., GKG, Loseblatt Stand 2010, § 49 a GKG Rn. 1 ff.; Meyer, GKG, 11. Aufl. 2009, § 49 a GKG Rn. 2 f.).

Hält man sich diesen Sinn und Zweck der Norm sowie Wortlaut und gesetzgeberischen Hintergrund vor Augen so wird deutlich, dass dem die Auslegung des LG München I und des LG Lüneburg sowie auch des OLG Celle und der ihm folgenden Literatur nicht gerecht wird. Denn wenn man auch und gerade bei größeren Wohnungseigentumsgemeinschaften (im Falle des OLG Celle waren es über 100 Wohneinheiten) das Einzelinteresse des Kl. bei jedenfalls 10 % des Gesamtinteresses (Höhe des Verwalterhonorars für die Restlaufzeit) ansetzt, dann führt das wegen der Verfünfachung dieses Wertes dazu, dass letztlich der Streitwert in Anwendung von § 49 a Abs. 1 Satz 1 GKG auf 50 % des Interesses sämtlicher Parteien und Beigeladenen festgesetzt wird. Im Ergebnis wirkt sich dann § 49 a Abs. 1 Satz 2 GKG entgegen der gesetzgeberischen Absicht nicht mehr streitwertbegrenzend aus. Zudem wird dann nicht berücksichtigt, dass das Einzelinteresse eines Kl., der mit einer größeren Miteigentumsquote an einer Eigentümergemeinschaft beteiligt ist, auch jeweils höher ist als das eines Eigentümers mit geringerem Anteil.

Gerade wenn es um die wichtige Frage der Verwalterabberufung geht und wenn es sich um größere Wohnungseigentumsanlagen sowie eine längere Verwalterlaufzeit handelt, liegt auf der Hand, dass dann sehr erhebliche Streitwerte zustande kommen. Indes dürfte das Interesse des einzelnen Kl. an der Verwalterabberufung weitgehend unabhängig von der Größe der Wohnungseigentumsanlage als solche sein. Entgegen der Auffassung gerade der Einzelrichterin des Landgericht in dem Beschluss vom 23. März 2011 S. 7 (die sich die Kammer zu eigen gemacht hat) ist nicht ersichtlich, dass das Einzelinteresse des jeweiligen Kl. grundsätzlich umso höher ist, je höher die Kosten des Verwalters sind. Die Kosten werden zwar auch durch die Restlaufzeit der Verwalterbestellung bestimmt, die ihrerseits für das Interesses des einzelnen Wohnungseigentümers an seiner Abberufung von Bedeutung sein werden (je länger die Restlaufzeit, umso größer das Abberufungsinteresse). Sie werden im Übrigen aber auch wesentlich von der Größe der Wohnungseigentumsanlage bestimmt, die indes keine durchschlagend wesentliche Auswirkung auf das Interesse des einzelnen Wohnungseigentümers an der Verwalterabberufung hat.

Deshalb ist nicht das Gesamthonorar des Verwalters für die Restlaufzeit, sondern eben doch der Anteil des einzelnen Miteigentümers entsprechend seiner Miteigentumsquote an diesem Verwalterhonorar ein im Ansatz immerhin deutlich näher liegender Bezugspunkt für die Bestimmung des Einzelinteresses i.S.v. § 49a Abs. 1 S. 2 GKG in derartigen Fällen.

Es bleibt dann aber das Problem, dass die Bewertung des einzelnen Kl.interestes an der Verwalterabberufung allein mit seinem aus der Miteigentumsquote entspringenden Anteil am Verwalterhonorar der Restlaufzeit zu gering bemessen erscheint und das eigentliche Rechtsschutzziel der klagenden Partei, einen bestimmten Verwalter los zu werden (und nicht seinen Honoraranteil nicht zu bezahlen), noch nicht ausreichend streitwertmäßig abbildet. Vor diesem Hintergrund erscheint dem Senat die sorgfältig begründete Entscheidung des Landgerichts Karlsruhe

(ZWE 2010, 409 f.)

bedenkenswert. Das Landgericht Karlsruhe hat dort als „praktikable Bemessungsgrundlage“ für die Bewertung des Einzelinteresses des Kl. an der Anfechtung der Verwalterbestellung den zweifachen Betrag des auf ihnen entfallenden Verwalterhonorars für angemessen gehalten. Der Senat ist allerdings der Auffassung, dass das im Ausgangspunkt ideelle Interesse des jeweiligen Kl. in einem solchen Fall – mit den angesprochenen Auswirkungen auf seine wirtschaftlichen Interessen – mit dem zweifachen Betrag des auf ihn entfallenden Verwalterhonorars noch nicht ausreichend erfasst wird und legt deshalb den dreifachen Betrag zugrunde. Dem Senat ist bewusst, dass auch diese Einordnung nicht gänzlich zwingend erscheint, was aber bei der Entscheidung einer Streitwertfrage wie der vorliegenden wohl auch nicht erreicht werden kann. Der Ansatz des Senats erscheint aber geeignet, sowohl bei kleinen als auch bei sehr großen Wohnungseigentümergeinschaften in Anwendung der Regelungen des § 49a Abs. 1 S. 1 und 2 GKG zu angemessenen Ergebnissen zu kommen, die Wortlaut sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung gerecht werden.

Dann aber ist hier der Anteil der Kl.in an dem Verwalterhonorar für die noch verbleibenden zwei Jahre und fünf Monate Laufzeit des Verwaltervertrages von 718,96 € zu verdreifachen und würde sich das Einzelinteresse der Kl.in i.S.v. § 49a Abs. 1 S. 2 GKG somit auf 2156,88 € belaufen. Der 5-fache Betrag dieses Einzelinteresses ergibt 10784,40 €. Diese Summe liegt unter dem hälftigen Gesamtinteresse von 23026,50 € und stellt deshalb den maßgeblichen Streitwert dar.

ZPO §§ 887, 888, 894

Wenn nach einem gerichtlichen Vergleich der Gläubiger einen von ihm auf das Geschäftskonto des Anwalts des Schuldners eingezahlten Betrag unter bestimmten Voraussetzungen zurückerhalten soll, ist der Schuldner durch Zwangsgeld nach § 888 ZPO dazu anzuhalten, seinen Anwalt zur Auszahlung anzuweisen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.

SchlHOLG, 16. Zivilsenat, Beschluss vom 26. Oktober 2011 – 16 W 120/11 –, Or.

Aus den Gründen

Die zulässige sofortige Beschwerde des Gläubigers führt zur Rückgabe der Sache an das Landgericht, dem gem. § 572 Abs. 3 ZPO die erforderlichen Anordnungen übertragen werden.

Die vom Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO ist zulässig. Nach Ziffer 1 b des Vergleichs vom 2. Februar 2011 soll der Prozessbevollmächtigte der Schuldnerin die vom Gläubiger auf sein Geschäftskonto eingezahlten 4000,00 € an diesen zurückzahlen, wenn bestimmte Ausfallerscheinungen an dessen Fahrzeug bis zum 30. März 2011 wieder auftreten. Wenn dies der Fall ist, muss die Schuldnerin ihren Prozessbevollmächtigten zur Auszahlung des Geldes anweisen. Tut sie dies nicht freiwillig, richtet sich die Vollstreckung nach § 888 ZPO. Denn die Anweisung an den Prozessbevollmächtigten kann nicht durch einen Dritten, sondern nur durch die Schuldnerin selbst erfolgen

(vgl. BGH JurBüro 2008, 104, Rn. 9 nach juris).

Ob der Gläubiger statt oder neben einer Vollstreckung nach § 888 ZPO die Schuldnerin auf Erteilung der Weisung (§ 894 ZPO) verklagen kann, muss hier nicht entschieden werden

(vgl. BGH aaO, Rn. 8 nach juris).

Denn hier hat sich der Gläubiger für die im jeden Fall zulässige Vollstreckung nach § 888 ZPO aus dem Vergleich entschieden.

Nach dem Vergleich sind die Auszahlungsvoraussetzungen erfüllt, wenn die in der Antragschrift unter den näher bezeichneten Daten aufgeführten Ausfallerscheinungen (entladene Batterie) des Fahrzeugs wieder auftreten und die Schuldnerin Gelegenheit erhält, das Fahrzeug zu untersuchen, und innerhalb eines Tages die Ausfallerscheinungen bestätigt. Entscheidende „Ausfallerscheinung“ des Fahrzeuges ist nach dem zur Auslegung heranzuziehenden Inhalt der Antragschrift der Umstand, dass das Fahrzeug sich nicht starten lässt, weil sich die Batterie aus ungeklärten Gründen entlädt.

Der Gläubiger behauptet, dass sich das Fahrzeug am 29. März 2011 – also innerhalb der Frist von Ziffer 1 b des Vergleichs – wiederum nicht starten ließ. Die Schuldnerin hat mit Schreiben vom 30. März 2011 bestätigt, dass das Fahrzeug sich am 30. März 2011 nicht starten ließ. Weiter heißt es, dass sich nach Prüfung ergeben habe, dass die Batterie leer sei. Weiter heißt es:

„Diagnose: Evtl. defekte Batterie, nehmen Test nach aufgeladener Batterie vor. Fehler voraussichtlich nicht abgeschalteter Stromverbrauch im Stand z. B. Standlicht, Standheizung etc.“

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist es nicht Voraussetzung für die Rückzahlungsverpflichtung, dass sich bei dem Fahrzeug, das sich nicht starten lässt, bei Betätigung des Zündschlüssels der Scheibenwischer, das Radio und das Licht in Bewegung setzen und sich die Wegfahrsperrung aktiviert. Nach dem Vergleichstext wird auch Bezug genommen auf den 17. Mai 2010. Zu diesem Zeitpunkt heißt es aber in der Antragschrift lediglich, dass der Pkw sich nicht starten ließ und die Schuldnerin eine neue Batterie eingebaut habe. Das entscheidende Problem des Fahrzeugs war und blieb, dass es sich nicht starten ließ, weil sich die Batterie entlud. Auch aus der eidesstattlichen Versicherung des Werkstattleiters der Schuldnerin K. vom 3. Januar 2011 ergibt sich, dass die entscheidende Frage war, ob sich das Fahrzeug starten ließ oder nicht. Die Voraussetzungen der Auszahlungspflicht sind aber dann nicht erfüllt, wenn sich – was die Schuldnerin zu beweisen hat (§ 162 Abs. 2 BGB analog) – die Batterie deshalb entleert hat, weil der Gläubiger oder andere Nutzer des Fahrzeuges bestimmte Verbraucher vorsätzlich oder fahrlässig nicht ausgeschaltet haben. Dass das so war, behauptet die Schuldnerin, wie sich schon aus ihrem Schreiben vom 30. März 2011 ergibt. Allein aus dem Umstand, dass sich seit dem 30. März 2011 erneute Startprobleme des Fahrzeugs nicht ergeben haben, ergibt sich ein sicherer Beleg dafür, dass nur ein fahrlässiges oder vorsätzliches Nichtabschalten von Verbrauchern die Ursache der Batterieentleerung sein konnte, nicht. Denn auch zuvor trat das Phänomen durchaus in längeren Zeitabständen auf. Demzufolge ist diese streitige Tatsachenfrage weiter aufzuklären. Die Schuldnerin hat sich für ihre Behauptung, dass allein nicht ausgeschaltete Verbraucher zur Entleerung der Batterie geführt haben können, auf das Gutachten eines Sachverständigen bezogen. Der Gläubiger beruft sich für seine gegenteilige Behauptung ebenfalls auf das Gutachten eines Sachverständigen, auf Einnahme des Augenscheins und das Zeugnis seiner Ehefrau.

Der Senat hält dafür, dass die weitere Sachaufklärung gem. § 572 Abs. 3 ZPO dem erstinstanzlichen Gericht übertragen wird. Das Landgericht hat dabei auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden, da dessen Ergebnis nach dem jetzigen Verfahrensstand offen ist.

Familienrecht

BGB §§ 1408, 138, 242

Eheverträge im Sinne von § 1408 BGB unterliegen einer richterlichen Inhaltskontrolle, die zum einen als Wirksamkeitskontrolle und zum anderen als Ausübungskontrolle durchzuführen ist.

Vertragliche Benachteiligungen von Ehepartnern in Eheverträgen sind grundsätzlich von der Vertragsfreiheit erfasst

und führen nicht stets zur Sittenwidrigkeit des Vertrages. Erforderlich sind vielmehr weitere Umstände, die der Vereinbarung vorangehen. Das Ausnutzen einer Zwangslage oder ein nicht hinzunehmendes Ungleichgewicht der Verhandlungspositionen kann im Rahmen des zu überprüfenden Ehevertrages zu einer Annahme der Sittenwidrigkeit führen. Soweit eine Vereinbarung wirksam ist, kann die Berufung auf diese im Rahmen der Ausübungskontrolle gleichwohl

zu einem Verstoß gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB gereichen und zu einer Vertragsanpassung führen. Ob ein Festhalten am vertraglichen Ausschluss von Scheidungsfolgen unzumutbar ist, entscheidet sich unter Berücksichtigung des Ranges der Scheidungsfolge, wobei die Schwere des Eingriffs in Rechtspositionen des Verzichtenden allein noch nicht zur Anwendung des § 242 BGB führt.

AG Flensburg, Beschluss vom 21. November 2011 – 92 F 246/10 GÜ und 92 F 246/10 UE –, Dr. Rad.

Der Ag. begehrt Verfahrenskostenhilfe für die Folgesachen Ehegattenunterhalt und güterrechtlichen Ausgleich. Er ist morphinsüchtig und infolge seiner Sucht – wobei die Einzelheiten streitig sind – seit 2007 arbeitslos und ohne eigene Einkünfte.

Die Beteiligten sind getrennt lebende Eheleute. Im Jahr 2007 zog der Ag. aus der ehelichen Wohnung zu seiner Mutter. Hintergrund des Auszuges war die Abhängigkeit des Ag. von Medikamenten und die Forderung der Ast.in, dass der Ag. sich stationär behandeln lassen soll. Nach dem Auszug erfolgten nur noch wenige Begegnungen zwischen den Beteiligten, wobei der Ag. dann äußerte, er sei „clean“ und befände sich in ärztlicher Behandlung.

Die Ehe war insbesondere durch die Einkünfte des Ag. als Arzt geprägt. Die Ast.in ist Lehrerin. Aus der Ehe gingen die Kinder S. (geb. 1988) und J. (geb. 1991) hervor.

Die Beteiligten erklärten im Fragebogen zum Versorgungsausgleich folgende Beschäftigungszeiten (... wird ausgeführt)..... Ag.1. April 2001 bis 30. März 2007 Dänisches Gesundheitswesen.

Der Ag. bezog ab 6. Juni 2008 – wobei die Bezugsdauer unklar ist – sowie im Zeitraum 7. Juli 2009 bis 08. August 2009 Arbeitslosengeld.

Ende 2009 wandte sich der Ag. wegen der beabsichtigten Vermögensauseinandersetzung an die Ast.in, da er – was streitig ist – in Dänemark in eine Gemeinschaftspraxis einsteigen wollte. Am 7. Januar 2010 unterbreitete die Bevollmächtigte der Ast.in dem Ag. einen Vergleichsvorschlag, woraufhin er am 5. Februar 2010 gegenüber der Bevollmächtigten ankündigte, selbst einen Anwalt zu beauftragen. Am 6. Mai 2010 teilte der Ast. der Bevollmächtigten mit, dass er mit dem Vergleichsvorschlag einverstanden sei (wird weiter ausgeführt).

Am 3. Juni 2010 schlossen die Beteiligten vor dem Notar M. einen Vertrag zur Vermögensauseinandersetzung und Vereinbarung im Rahmen der Ehescheidung.

Auf Seite 6 unter Ziffer 2 verzichteten die Beteiligten wechselseitig auf nachehelichen Unterhalt, und zwar auch für den Fall des Notbedarfs und veränderter Umstände und nahmen den Verzicht wechselseitig an. Die Beteiligten erklärten, dass der wechselseitige Unterhaltsverzicht ihren Interessen für die Regelung nach Beendigung der Ehe entspricht und beide in der Lage sind, ihren Lebensunterhalt aus dem jeweiligen Einkommen zu sichern und beide der Überzeugung sind, dass dies auch in Zukunft so sein wird. Auf Seite 7 des Vertrages schlossen die Beteiligten den Zugewinnausgleich aus, nachdem sie die Vermögensauseinandersetzung auf Seite 2 bis 5 vertraglich vereinbarten, indem der Ag. seinen ideellen Miteigentumsanteil an die Ast.in übertrug gegen Zahlung einer Gegenleistung in Höhe von 10000,00 €, Schuldübernahme von Forderungen in Höhe von 1990,28 € und Übereignung von Wertgegenständen an ihn. Sie erklärten unter § 3 Absatz 2 des Vertrages, dass der zu zahlende Betrag, die Ablösebeträge und die weiteren Vermögensgegenstände dem Wert des übertragenen ¼ Miteigentumsanteil entsprechen. Unter § 8 des Vertrages gaben die Beteiligten den Wert des Miteigentumsanteils mit 45000,00 € an.

Der Ag. ist der Ansicht, der wechselseitige Unterhaltsverzicht vom 3. Juni 2010 sei im Wege der gerichtlichen Inhaltskontrolle dahin abzuändern, dass jedenfalls seine Grundversorgung im Rahmen der Leistungsfähigkeit der Ast.in sicherzustellen sei. (... wird weiter ausgeführt).

Mit Antragschrift vom 23.12.2010 kündigt der Ag. ferner einen Folgeantrag auf Zahlung nachehelichen Ehegattenunterhalts (an Basisunterhalt in Höhe von 942,72 €, Krankenvorsorgeunterhalt in Höhe von 121,79 € und Altersvorsorgeunterhalt in Höhe von 180,04 € monatlich) und begehrt insoweit die Gewährung von Verfahrenskostenhilfe.

Mit Antragschrift vom 23.12.2010 kündigt der Ag. weiterhin einen Folgeantrag auf Regelung des güterrechtlichen Ausgleichs an und begehrt Verfahrenskostenhilfe für den angekündigten Antrag auf Vermögensaukunft und nach Auskunftserteilung auf Zahlung eines Zugewinnausgleichs in noch zu beziffernden Höhe nebst 5% über dem Basiszinssatz ab Zustellung des Antrages

Die Ast.in trägt vor, der Ag. sei nach seiner Beschäftigung in Dänemark in 2007 und danach als Arzt in B. beschäftigt gewesen. Von der bestehenden Morphinsucht habe sie erst durch die anwaltliche Korrespondenz im Jahr 2010 erfahren. Sie sei vielmehr von einer seit 2006/2007 bestehenden Medikamentenabhängigkeit ausgegangen.

Das Amtsgericht hat den Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg (OLG Schleswig, Beschluss vom 13.12.2011, Az. 14 WF 3/11).

Aus den Gründen

Der begehrten Rechtsverfolgung fehlt die, für die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe erforderliche, hinreichende Erfolgswahrscheinlichkeit.

Die Erfolgsaussichten der begehrten Verfahrenskostenhilfe hängen im Wesentlichen von der Wirksamkeit des notariellen Vertrages vom 3. Juni 2010 ab. Ausgehend von dem Vorbringen der Beteiligten ist der notarielle Vertrag wirksam, insbesondere nicht sittenwidrig und die Berufung auf die Wirksamkeit verstößt nicht gegen Treu und Glauben.

1. Dem Vortrag ist nicht entnehmen, dass der Ag. die Nichtigkeit seiner Willenserklärungen im Rahmen des notariellen Vertrages behauptet. Zwar war und – wohl – ist er morphiumabhän-

gig, jedoch wird nicht dargelegt, dass er sich zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung am 3. Juni 2010 im Zustand des § 105 Abs. 2 BGB befunden hat. Für die tatsächlichen Voraussetzungen der Nichtigkeit wäre der Ag. aber darlegungs- und beweisbelastet

(Ellenberger in: Palandt, 70. Aufl. § 105 BGB Rn. 4).

Anfechtungsgründe im Sinne von § 119 BGB werden ebenfalls nicht behauptet.

2. Eheverträge im Sinne von § 1408 BGB unterliegen einer richterlichen Inhaltskontrolle, die zum einen als Wirksamkeitskontrolle und zum anderen als Ausübungskontrolle auszuüben ist.

2.1. Die Wirksamkeitskontrolle überprüft, ob Teile der Vereinbarung sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB sind. Prüfungsmaßstab ist hierbei der Gesamtcharakter des Vertrages, also Inhalt, Beweggründe und Zweck. Objektiv ist eine Gesamtwürdigung durchzuführen, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, also insbesondere auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den beabsichtigten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie sonstige Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen

(vgl. BGH, NJW 2004, 930).

Die Beurteilung hat zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses anzusetzen

(vgl. BGH, NJW 1991, 913).

Spätere Umstände können nur die Geschäftsgrundlage berühren oder zu einer unzulässigen Rechtsausübung gereichen.

Voraussetzung für die Annahme von Sittenwidrigkeit ist zunächst eine einseitige Benachteiligung, zum Beispiel eine einseitige Verteilung von Lasten und Vorteilen. Eine Benachteiligung ergibt sich insbesondere aus dem Verzicht auf Positionen, die dem Ehegatten kraft Gesetzes während der Ehe zustehen oder bei Scheidung zuständen

(vgl. BVerfG, FamRZ 2001, 343; Brudermüller in: Palandt, 70. Aufl. § 1408 BGB Rn. 9).

Der Umfang des Verzichts ist nach der Kernbereichslehre des BGH zunächst nach dem Gewicht der aufgegebenen Position im System des Scheidungsfolgenrechts zu bestimmen

(Brudermüller in: Palandt, 70. Aufl. § 1408 BGB Rn. 9).

Da die Benachteiligung als solche grundsätzlich von der Vertragsfreiheit gedeckt ist, kommt eine Sittenwidrigkeit nur bei Hinzutreten weiterer, zusätzlicher Umstände in Betracht. Solche Umstände können auf der Schädigung Dritter beruhen. Bestehende oder vorausgesehene Sozialhilfebedürftigkeit genügt jedoch für sich gesehen nicht; es bedarf des Hinzutretens weiterer Umstände, zum Beispiel des Unterhaltsauschlusses auch bei konkret zu befürchtenden ehelichen Nachteilen

(Brudermüller in: Palandt, 70. Aufl. § 1408 BGB Rn. 10 mwN).

Eine Benachteiligung kann auch ohne Drittbeteiligung angenommen werden, wenn die zu überprüfende Vereinbarung das Ergebnis einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition ist. Beruht das Nachgeben eines Ehegatten, selbst im Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts weder auf Unferahrenheit, Unterlegenheit oder einer anderweitig begründeten erheblich schwächeren Verhandlungsposition, ist der Vertrag wirksam

(vgl. OLG Celle, NJW-RR 2009, 1302).

Diese Voraussetzungen vorangestellt ergeben sich aufgrund des Vortrages keine Anhaltspunkte für die Annahme einer Sittenwidrigkeit der notariellen Vereinbarung vom 3. Juni 2010.

Ausgehend von den individuellen Verhältnissen der Beteiligten bei Vertragsschluss war die Ast.in nach langer Erziehungspause im Rahmen eines befristeten Arbeitsvertrages beim Land S.-H. in Teilzeit als Lehrerin beschäftigt. Der Ag. ist Arzt und war beschäftigungslos. Arbeitslosengeld bezog er letztmalig bis zum 8. August 2009. Die Ehegatten schlossen am 22.7.1985 die Ehe. Sie trennten sich im Februar 2007 infolge der Abhängigkeit und fehlenden Therapiebereitschaft des Ag.. Soweit ersichtlich bestand das Vermögen der Beteiligten in den jeweils ¼ ideellen Eigen-

tumsanteilen und Wertgegenständen (z.B. Grafiken und Münzsammlung). Mit der vertraglichen Vermögensauseinandersetzung wurde letztlich nur die ohnehin schon seit 3 Jahren andauernde Trennung zementiert. Die gemeinsamen Kinder waren zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses 22. und 19. Jahre alt und wohnten bei der Ast.in. Der Ag. leistete keinen Unterhalt an die Ast.in oder die Kinder. Der Ag. trat Ende 2009, mithin während über zweijähriger Trennungszeit an die Ast.in heran, um bat um die vorzeitige Vermögensauseinandersetzung zwischen den Beteiligten, da er finanzielle Mittel benötigte. Seinem Ansinnen entsprach die Ast.in und unterbreitete im Januar 2010 über ihre Bevollmächtigte ein Vergleichsangebot, welches der Ag. letztlich im Mai 2010 akzeptierte und sodann zur Beurkundung am 3. Juni 2010 gezeichnete.

In dem Vertrag vom 3. Juni 2010 regelten die Beteiligten unter Ziffer I. ihre vorzeitige Vermögensauseinandersetzung und unter Ziffer II. Vereinbarungen in Verbindung mit der Ehescheidung.

Unter Ziffer II. 2. erklärten die Beteiligten den wechselseitigen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt. Nach der Rechtsprechung des BGH gehört zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts in erster Linie der Betreuungsunterhalt

(vgl. BGH, FamRZ 2004, 601 ff. – Rn. 40),

der durch die Individualvereinbarung der Beteiligten nicht betroffen ist. Ihm folgen Krankheitsunterhalt und Unterhalt wegen Alters. Die Unterhaltspflicht wegen Erwerbslosigkeit oder zur Aufstockung ist nachrangig und wird gefolgt von Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt. Am ehesten verzichtbar erscheinen Ansprüche auf Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt. Die Rangabstufung innerhalb des Kernbereichs bemisst sich danach, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben

(BGH, FamRZ 2004, 601 ff. – Rn. 41).

Der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt wiegt für den abhängigen Ag. schwerer als für die Ast.in, die sich – anders als der Ag. – in einem Beschäftigungsverhältnis befand und hierdurch ihren Lebensunterhalt bestreiten konnte und kann.

Allerdings führt die Benachteiligung des Ag. infolge seines Rechtsverzichts nicht zu einer evidenten Lastenverteilung sondern ist als Individualvereinbarung von der Privatautonomie der Beteiligten umfasst. Insbesondere ist nicht dargelegt, dass der wechselseitige Verzicht auf nachehelichen Unterhalt auf einer Zwangslage des Ag. beruht oder einem nicht hinzunehmenden Ungleichgewicht in den Verhandlungspositionen. Zwar war der Ag. wohl auch zum Zeitpunkt der Verhandlungen und späteren Beurkundung morphinabhängig, jedoch besagt dieser Umstand nichts, ob diese Abhängigkeitserkrankung seine Verhandlungsposition nachhaltig geschwächt hat.

Gegen diese Annahme spricht bereits der Verhandlungsablauf: Es war der Ag., der eine vorzeitige Vermögensauseinandersetzung erreichen wollte. Das ihm übersandte Vergleichsangebot prüfte er im Zeitraum von Januar bis Mai 2010. Dass auf ihn Druck ausgeübt worden ist oder er im Rahmen der Verhandlungen inhaltliche nicht hinzunehmende Zugeständnisse gemacht hat, ist nicht dargelegt worden. Weiterhin wusste die Ast.in unstreitig von der Medikamentenabhängigkeit des Ag., ging aber nach ihrem Vortrag, dem der Ag. inhaltlich nicht erheblich entgegengetreten ist, davon aus, dass er sich in Therapie befunden hatte. Dass die Ast.in, die von ihm seit 2007 getrennt legte, genau über seinen gesundheitlichen Zustand informiert war, hat der Ag. nicht dargelegt. Ebenso genügt der Umstand, dass der Ag. durch den Verzicht auf nachehelichen Unterhalt im Falle der Scheidung ggf. einkommenslos wird isoliert nicht zur Annahme von Sittenwidrigkeit. Zwar kann eine Unterhaltsabrede sittenwidrig sein, wenn die Ehegatten damit auf der Ehe beruhende Familienlasten objektiv zum Nachteil des Sozialleistungsträgers regeln

(BGH, FamRZ 2007, 197),

jedoch bedarf es weiterer Umstände, um für die Annahme der Sittenwidrigkeit

(Brudermüller in: Palandt, 70. Aufl. § 1408 BGB Rn. 10 mwN).

Solche Umstände, wie etwa die spätere Bedürftigkeit infolge einer überhöhten Leistungspflicht

(hierzu: BGH, FamRZ 2009, 198 ff.)

sind indes vom Ag. nicht aufgezeigt worden. Weiterhin ist nicht aufgezeigt worden, dass die Beteiligten insgesamt von der wirtschaftlichen Situation des Ag. positive Kenntnis hatten oder die Ast.in sich dieser Erkenntnis grob fahrlässig verschlossen hat.

Unter Ziffer I. des notariellen Vertrages vom 3. Juni 2010 setzten die Beteiligten ihr Vermögen auseinander und erklärten unter Ziffer II. 5 einen Zugewinnausgleich nach Aufhebung des Güterstandes des Zugewinnausgleichs für erledigt.

Die Vermögensauseinandersetzung ist – entgegen der Ansicht des Ag. – nicht evident einseitig. Im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung übertrug der Ag. der Ast.in seinen ideellen Miteigentumsanteil von $\frac{1}{4}$ und erhielt als Gegenleistung einen Betrag in Höhe von 10000,00 €. Weiterhin übernahm die Ast.in Verbindlichkeiten des Ag. im Wert von € 1.990,28 und übertrug Wertgegenstände, wie Grafiken, Münzen und ähnliches dem Ag.. Unter § 3 des Vertrages erklärten die Beteiligten, dass der zu zahlende Betrag, die Ablösebeträge und die weiteren Vermögensgegenstände dem Wert des übertragenen $\frac{1}{4}$ Miteigentumsanteils entsprechen. Unter § 8 des Vertrages gaben die Beteiligten den Wert der Miteigentumshälfte mit 45000,00 € an. Außerprozessual teilte die Ast.in mit Schreiben vom 19.8.2010 mit, dass der Ag. nach der Trennung der Beteiligten in 2007 familiäres Vermögen in erheblichen Umfang, wie z.B. eine Münzsammlung im Wert von ca. 30000,00 € sowie Goldbarren und Kunstwerke, veräußert hat. Soweit die Beteiligten – wofür die unpräzise Bezeichnung im Vertrag vom 3. Juni 2010 spricht – insgesamt eine Vermögensauseinandersetzung auch für die Vergangenheit vereinbart haben, erklärt dieser Umstand eine etwaige rechnerische Differenz zwischen dem übertragenen Miteigentumsanteil und dem Zahlungsbetrag.

2.2. Soweit eine Vereinbarung wirksam ist, kann die Berufung auf diese im Rahmen der Ausübungskontrolle gleichwohl zu einem Verstoß gegen Treu und Glauben reichen und zu einer Vertragsanpassung führen. Ob ein Festhalten am vertraglichen Ausschluss von Scheidungsfolgen unzumutbar ist, entscheidet sich unter Berücksichtigung des Ranges der Scheidungsfolgen

(BGH, NJW 2005, 2391; Brudermüller in: Palandt, 70. Aufl. § 1408 BGB Rn. 11),

wobei die Schwere des Eingriffs in Rechtspositionen des Verzichtenden allein noch nicht zur Anwendung des § 242 BGB führt

(Brudermüller in: Palandt, 70. Aufl. § 1408 BGB Rn. 12).

Es ist der Ast.in auch im Rahmen der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB nicht verwehrt, sich auf die Gültigkeit des wechselseitigen Verzichts auf nachehelichen Unterhalt und der Durchführung des vorzeitigen Zugewinnausgleichs zu berufen.

Die Ausübungskontrolle richtet sich in erster Linie nach dem Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe

(vgl. BGH, FamRZ 2004, 601 ff.).

Maßgebend ist insoweit eine evidente einseitige Lastenverteilung sowie ein Missbrauch der im Vertrag eingeräumten Rechtsmacht, was insbesondere gilt, wenn die tatsächliche Gestaltung der Ehe von der Eheplanung abweicht und/oder wenn Vereinbarungen aus dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts zu Lasten Dritter getroffen werden

(Maier in: Handbuch des FA, 8. Aufl. § 6 Rn. 711).

Wie bereits ausgeführt erfolgte der Abschluss des Vertrages vom 3. Juni 2010 nach über dreijähriger Trennung der Beteiligten auf Wunsch des Ag.. Von der Äußerung des Wunsches zur vorzeitigen Vermögensauseinandersetzung bis zum notariellen Vertrag vergingen über sechs Monate. Es erscheint vor diesem Hintergrund auch nicht treuwidrig, dass die Ast.in sich auf den vertraglich vereinbarten zulässigen wechselseitigen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt beruft. Ebenso erscheint die Durchführung des vorzeitigen Vermögensausgleichs und die spätere Berufung der Ast.in auf den wirksamen Ausschluss des Zugewinnausgleichs nicht treuwidrig, zumal der Vortrag des Ag. keine evidente ungleiche Lastenverteilung aufzeigt.

Zusatz der Redaktion: Das Oberlandesgericht Schleswig hat mit Beschluss vom 13.12.2011 die sofortige Beschwerde des Ag. zurückgewiesen und zur Begründung Folgendes ausgeführt:

„...Der Senat folgt wegen der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle den Ausführungen des Familiengerichts in seinem Ausgangsbeschluss und in dem Nichtabhilfebeschluss vom 29. November 2011, mit denen das Beschwerdevorbringen vollumfänglich ausgeschöpft wird. Der Ag. geht fehl in der Annahme, die Sittenwidrigkeit ergebe sich unmittelbar aus den in ihrer Gesamtheit ihn benachteiligenden Bestimmungen. Wie das Familiengericht zutreffend dargestellt hat, reicht dies allein nicht aus, denn mit der Beschwerde wird eine etwaige Zwangslage des Ag. oder ein nicht hinzunehmendes Ungleichgewicht der Verhandlungspositionen nicht aufgezeigt. Hiervon könnte nur ausgegangen werden, wenn der Ag. etwa aufgrund seiner Erkrankung bei der Beurkundung nicht geschäftsfähig gewesen wäre

(vgl. OLG Naumburg FamRZ 2008, 619),

wofür auch unter Berücksichtigung der mit Schriftsatz vom 8. Dezember 2011 vorgelegten nervenärztlichen Bescheinigung nichts ersichtlich ist.“

FamFG §§ 76, 78

Einem Rechtsanwalt, der zum Ergänzungspfleger eines Minderjährigen bestellt worden ist, ist im Regelfall in einer Kindschaftssache keine Verfahrenskostenhilfe unter Beordnung seiner selbst zu bewilligen.

SchlHOLG, 3. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 23. November 2011 – 12 UF 89/11 –, vK.

Aus den Gründen

Das Familiengericht hat der alleinsorgeberechtigten Kindesmutter das Aufenthaltsbestimmungs- und Erziehungsrecht sowie das Recht der Gesundheitsvorsorge, der Regelung schulischer Angelegenheiten und der Stellung von Anträgen nach SGB XII entzogen und insoweit die weitere Beteiligte zu 4) als Ergänzungspflegerin eingesetzt. Die Ergänzungspflegerin ist Mitglied der Rechtsanwaltssozietät X. Ihr Antrag, ihr Verfahrenskostenhilfe unter Beordnung der Rechtsanwaltskanzlei X zu gewähren, ist zurückzuweisen.

Die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe richtet sich nach §§ 76 Abs. 1, 78 Abs. 2 FamFG, 114 ff. ZPO. Dabei ist das Unvermögen, die Kosten der Verfahrensführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufzubringen (§ 114 Satz 1 ZPO), nicht nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Ergänzungspflegerin, sondern nach denjenigen des vertretenen Kindes zu beurteilen, denn die Ergänzungspflegerin ist zwar Verfahrensbeteiligte nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG, allerdings mit der Besonderheit, dass sie ähnlich einer Partei kraft Amtes nur die Belange anderer vertritt. Wie bei einer Partei kraft Amtes ist daher auch bei ihr für die Beantwortung der Frage nach der Bedürftigkeit auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des offenkundig mittellosen Kindes ... abzustellen

(vgl. dazu BGH, Beschluss vom 19. Januar 2011 – XII ZB 322/10, Rn. 16 ff.).

Anders als in der von der Ergänzungspflegerin herangezogenen vorgenannten Entscheidung des BGH ergibt sich die Notwendigkeit einer anwaltlichen Beordnung hier jedoch nicht bereits wegen der anwaltlichen Vertretung anderer Beteiligter, denn der Grundsatz der Waffengleichheit, der die anwaltliche Beordnung bereits dann gebietet, wenn eine andere Partei anwaltlich vertreten ist (§ 121 Abs. 2 ZPO), gilt im Rahmen des § 78 Abs. 2 FamFG gerade nicht. Abzustellen ist vielmehr auf die objektive Schwierigkeit der Sach- und/oder Rechtslage und – über den Wortlaut des Gesetzes hinaus – auf die Fähigkeiten des Beteiligten, sich mündlich oder schriftlich auszudrücken

(vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2010 – XII ZB 232/09, Rn. 21 ff.).

Ob es auf dem Boden dieser geänderten, seit dem 1. September 2009 gültigen Rechtslage im Geltungsbereich des § 78 Abs. 2 FamFG noch bei der Auffassung bleiben kann, ein als Berufsbetreuer und entsprechend ein als Berufsergänzungspfleger bestellter Rechtsanwalt dürfe nach anwaltlichem Gebührenrecht abrechnen, wenn sich die zu bewältigende Aufgabe als eine für den Beruf des Rechtsanwalts spezifische Tätigkeit darstelle

(BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2006 – XII ZB 118/03, Rn. 14)

und ob daraus der Schluss gezogen werden darf, es sei in diesem Falle einem Anwaltsergänzungspfleger ein personengleicher

Rechtsanwalt beizuordnen, erscheint zweifelhaft und eher zu verneinen, bedarf hier aber keiner Entscheidung: Die Tätigkeit als Ergänzungspfleger stellt nämlich in aller Regel keine spezifische rechtsanwaltliche Dienstleistung dar. Die Aufgaben eines Ergänzungspflegers nehmen nach den Erfahrungen des Senats in Kindschaftssachen überwiegend sozialpädagogisch geschulte oder lebenserfahrene und tüchtige Personen ohne besondere Ausbildungen wahr. Rechtskenntnisse, über die nur ein Anwalt verfügt, sind durchweg und insbesondere in diesem Fall nicht erforderlich, so dass eine Beordnung ausscheidet. Damit entfällt zugleich ein Anlass, Verfahrenskostenhilfe ohne Anwaltsbeordnung zu bewilligen, denn die Kosten des Verfahrens dürfen einem Ergänzungspfleger, der Kindesbelange wahrnimmt und in noch engerem rechtlichem Verhältnis zum Kind steht als ein Verfahrensbeistand, in Analogie zu §§ 81 Abs. 3, 158 Abs. 8 FamFG nicht auferlegt werden, eine (bloße) Verfahrenskostenhilfebewilligung liefe mithin ins Leere.

Der Senat lässt zur Klärung, unter welchen Voraussetzungen ein Anwaltsergänzungspfleger sich selbst als Rechtsanwalt beizuordnen ist, die Rechtsbeschwerde zu.

FamFG §§ 78 Abs. 2, 157, BGB §§ 1666, 1666a

- 1. Im Rahmen eines familiengerichtlichen Sorgerechtsverfahrens zur Prüfung einer möglichen Kindeswohlgefährdung im Sinne des §§ 1666, 1666a BGB ist dem sorgeberechtigten Elternteil in der Regel ein Rechtsanwalt beizuordnen. Denn auch ein bemittelter Beteiligter wird dabei im Regelfall wegen der Bedeutung der Sache einen Anwalt hinzuziehen. Dies gilt auch im Rahmen eines Erörterungstermins gemäß § 157 FamFG.**
- 2. Bei der Prüfung der Notwendigkeit einer Anwaltsbeordnung sind auch die subjektiven Fähigkeiten des sorgeberechtigten Elternteils zu berücksichtigen**

SchlHOLG, 2. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 28. Oktober 2011 – 10 WF 185/10 –, Sp.

Aus den Gründen

Die nach § 76 Abs. 2 FamFG i.V.m. § 127 Abs. 2 ZPO statthafte und im Übrigen zulässige sofortige Beschwerde der Kindesmutter hat in der Sache Erfolg.

Der Kindesmutter ist im Rahmen der bewilligten Verfahrenskostenhilfe auch ein Rechtsanwalt beizuordnen.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um ein Kindschaftsverfahren, so dass eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht vorgeschrieben ist, § 78 Abs. 2 FamFG. Ein Anwalt wird in solchen Verfahren gemäß § 78 Abs. 2 FamFG nur beigeordnet, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint.

Hierbei ist entscheidend darauf abzustellen, ob ein bemittelter Rechtssuchender in der Lage des Unbemittelten vernünftigerweise einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte. Hierbei sind auch die subjektiven Fähigkeiten des betroffenen Beteiligten zu berücksichtigen

(vgl. BGH FamRZ 2010, Seite 1427 ff.).

Unter der Berücksichtigung dieser Umstände erscheint im vorliegenden Fall die Beordnung eines Rechtsanwaltes geboten

(vgl. OLG Frankfurt, FamRZ 2010, Seite 1094 f.).

Im vorliegenden Verfahren erging am 22. Juli 2011 eine Gefährdungsmittelteil des Jugendamtes gemäß § 8 a Abs. 3 SGB VIII. Nach dem neu geschaffenen § 157 FamFG hat das Familiengericht in Verfahren nach §§ 1666, 1666 a BGB mit den Eltern zur Erörterung, wie einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls, insbesondere durch öffentliche Hilfen, begegnet werden und welche Folgen die Nichtannahme öffentlicher Hilfen haben kann.

Um einen solchen Termin zur Erörterung hat es sich vorliegend gehandelt.

Es dürfte sich hier auch um eine schwierige Sach- und Rechtslage handeln, die eine Vertretung durch einen Anwalt geboten erscheinen lässt.

Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass wohl zumindest der Anfangstatbestand einer Kindeswohlgefährdung schon vorlag, da es ansonsten nicht zu einer Gefährdungsmitteilung des Jugendamtes gekommen wäre.

Zu beachten sind auch die massiven Folgen, die sich dann für die Kindesmutter im Rahmen eines solchen Verfahrens ergeben können. Zum einen hat das Familiengericht die Möglichkeit, Weisungen und Auflagen zu erteilen, § 1666 Abs. 1, 3 BGB. Insbesondere wenn und soweit diese Weisungen und Auflagen nicht befolgt werden, kann bei Fortbestehen der erheblichen Kindeswohlgefährdung ein Entzug des Sorgerechts oder Teile des Sorgerechts in Betracht kommen. Gerade im Hinblick auf den dann im Raum stehenden erheblichen Eingriff in das Elternrecht gemäß Art. 6 GG erscheint die Vertretung durch einen Rechtsanwalt regelmäßig geboten, da wegen der Bedeutung der Angelegenheit auch ein bemittelter Rechtssuchender regelmäßig einen Anwalt beauftragt hätte.

Ergänzend ist auch zu berücksichtigen, dass das Familiengericht (wohl auf freiwilliger Basis) mit Zustimmung der Kindesmutter Auflagen zur Inanspruchnahme öffentlicher Hilfe erteilt hat. Eine solche Maßnahme setzt grundsätzlich auch eine drohende Kindeswohlgefährdung i.S.d. § 1666 BGB voraus, so dass der Annahme des Familiengerichts, das hier überhaupt keine Kindeswohlgefährdung im Raum stand, nicht gefolgt werden kann.

Aufgrund der in der Mitteilung des Jugendamtes vom 22. Juli 2011 geschilderten Erziehungsschwierigkeiten spricht auch einiges dafür, dass auch unter Berücksichtigung der subjektiven Fähigkeiten der Kindesmutter diese wohl nicht in der Lage ist, ohne ausreichende anwaltliche Beratung die Tragweite des Verfahrens und insbesondere die Folgen einer Nichtzusammenarbeit mit dem Jugendamt und angebotenen öffentlichen Hilfen zu erkennen

(vgl. so zum ganzen OLG Frankfurt, FamRZ 2010, Seite 1094 ff.).

Der Wert eines Verfahrens zur Aufhebung der Zugewinnungsgemeinschaft ist bei Ungewissheit über die Höhe der Zugewinnausgleichsforderung und über die Zeitspanne zwischen der vorzeitigen Beendigung und einer Beendigung mit Rechtskraft der Scheidung nach § 42 Abs. 3 FamGKG auf 3000 € festzusetzen.

SchlHOLG, 3. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 4. November 2011 – 12 WF 160/11 –, v.K.

Aus den Gründen

Mit Versäumnisbeschluss vom 17. Juni 2011 hat das Familiengericht die Aufhebung der Zugewinnungsgemeinschaft zwischen der Ast.in und dem Ag. ausgesprochen und den Verfahrenswert auf 34560,00 € festgesetzt. Gegen diese Wertfestsetzung richten sich die Beschwerden des Ag.s und der Verfahrensbevollmächtigten der Ast.in. In seiner Nichtabhilfeentscheidung vom 8. August 2011 hat das Familiengericht den Wert auf 37500,00 € korrigiert und ihn mit einem Viertel der Ausgleichsforderung von 150000,00 €, deren sich die Ast.in berührt, bemessen. Den ursprünglich verfolgten Ansatz, den Verfahrenswert nach dem Zinsverlust zu bemessen, der in der Zeitspanne zwischen einer vorzeitigen Aufhebung der Zugewinnungsgemeinschaft und einer Auflösung durch Scheidung entstehen kann, hat das Familien-

gericht in seiner Nichtabhilfeentscheidung aufgegeben und ausgeführt, diese Berechnung führe, weil sich die Dauer des Zugewinnausgleichsverfahrens (im Scheidungsverbund) nicht annähernd bestimmen lasse, nur scheinbar zu einer größeren Genauigkeit.

Der Ag. ist der Auffassung, der Verfahrenswert sei auf maximal 500,00 € festzusetzen, weil die Ast.in (bis zur Einlegung seiner Beschwerde) eine Bezifferung ihres angeblichen Zugewinnausgleichsanspruchs nicht vorgenommen habe und er davon ausgehe, seinerseits ausgleichsberechtigt zu sein. – Die Verfahrensbevollmächtigte der Ast.in legt mit ihrer Beschwerdebegründung ein Zahlenwerk vor, nach dem sich eine Ausgleichsforderung ihrer Mandantin von mindestens 231464,00 € ergibt. Bei einem Zinssatz von jährlich 5,12 % und einer Vorverlegung der Entstehung des Ausgleichsanspruches um 4,5 Jahre errechne sich danach ein Verfahrenswert von 52992,00 €, auf den der Wert zu korrigieren sei.

Die nach § 59 FamGKG zulässige Beschwerde des Ag.s ist begründet. Die nach §§ 32 Abs. 2 RVG, 59 FamGKG zulässige Beschwerde der Verfahrensbevollmächtigten der Ast.in ist unbegründet.

Die Frage, wie der Verfahrenswert für einen Antrag auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinnungsgemeinschaft zu bemessen ist, wird – soweit ersichtlich – entweder dahin beantwortet, dass ein Bruchteil des zu erwartenden Zugewinnausgleichs maßgebend sei

(BGH, NJW 1973, 50)

oder dass auf die Höhe der (Verzugs- oder Anlage-)Zinsen abzustellen sei, die der antragstellende Ehegatte in der Zeitspanne zwischen vorzeitiger Beendigung der Zugewinnungsgemeinschaft und einer Beendigung mit Scheidung werde ziehen können

(OLG Stuttgart, FamRZ 2009, 1621; zum Meinungsstand und mit einer Stellungnahme im Sinne des OLG Stuttgart Thiel in Schneider/Herget, Streitwert-Kommentar, 13. Aufl., Rdnrn. 9117 ff.).

Die Erwägungen des Familiengerichts zeigen, dass beide Lösungsansätze wegen einer Berechnung mit (gänzlich) ungeklärten Einsatzbeträgen bzw. Zeiträumen nicht zu befriedigen vermögen. Weder wird sich in den meisten Fällen eine jedenfalls einigermaßen plausible Aussage zur Höhe einer Zugewinnausgleichsforderung treffen lassen noch wird mit einiger Sicherheit abgeschätzt werden können, um welche Zeitspanne der Einsatzzeitpunkt für die Verzinsungspflicht vorgezogen werden kann. Es kommt hinzu, dass bei dem vom BGH gewählten Ansatz die Höhe des anzunehmenden Bruchteils mit einem Viertel wenig Überzeugungskraft besitzt und das Dezinonistisch-Aleatorische nicht ohne einen Rest von Fragwürdigkeit zu streifen scheint. Bei einer Festsetzung, wie sie das OLG Stuttgart vornimmt, werden sich sowohl die Zinshöhe als auch die Zinsdauer nur mit großen Unsicherheiten mehr erahnen als verlässlich prognostizieren lassen. Zu berücksichtigen ist schließlich auch, dass im vorliegenden Fall die Möglichkeit bestanden hätte, die Abtrennung der Folgesache Zugewinnausgleich aus dem Scheidungsverbund zu beantragen und auf diese Weise die Scheidung deutlich vor Ablauf des Zeitraums von vier bis fünf Jahren, den die Ast.in zugrunde legt, herbeizuführen.

Genügende Anhaltspunkte für eine Wertfestsetzung anhand objektiver Kriterien fehlt danach, sodass es der Senat hier für angemessen erachtet, gemäß der Auffangbestimmung des § 42 Abs. 3 FamGKG den Wert auf 3000,00 € festzusetzen.

Verwaltungsgerichtsbarkeit

GG Art. 8; Versammlungsgesetz (VersG) § 15 Abs. 1

- 1. Beim Erlass von Einschränkungen gegenüber Versammlungen darf die Behörde aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 8 Abs. 1 GG) an die Gefahrenprognose keine zu geringen Anforderungen stellen. Es sind konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte erforderlich, bloße Verdachtsmomente oder Vermutungen reichen für ein Verbot der Versammlung nicht aus.**
- 2. Die Versammlungsbehörde trägt die die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Gründen für ein Verbot**

- oder eine Auflage. Sie muss deshalb hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorzutragen, dass sich das Verhalten von nach den bisherigen Erfahrungen friedlich an Versammlungen teilnehmenden Personen bzw. Personengruppen – auch wenn sie als „Wolf im Schafspelz“, gleichsam mit der „Maske des Biedermanns“ auftreten mögen – auf der konkret geplanten Veranstaltung in einer rechtsgutsgefährdenden Weise ändern wird, welche Beschränkungen der Versammlungsfreiheit rechtfertigt.**
- 3. Eine Versammlung verliert den Schutz des Art. 8 GG grundsätzlich nur bei kollektiver Unfriedlichkeit, mithin wenn sie**

im Ganzen einen unfriedlichen Verlauf nimmt oder der Veranstalter und sein Anhang einen solchen Verlauf anstreben oder zumindest billigen.

SchlHOVG, 4. Senat, Beschluss vom 29. März 2012 – 4 MB 22/12 (VG Schleswig 3 B 39/12) –, Dr. Ru.

Der Ast. meldete mit Schreiben vom 5.9.2010 Versammlungen in der Form von Aufzügen in der Stadt Lübeck an für den 26.3.2011, 31.3.2012, 30.3.2013, 29.3.2014 und 28.3.2015 mit dem Motto „Bomben für den Frieden? – Im Gedenken an den alliierten Bombenterror vom 28./29. März 1942“. Inzwischen ist als Versammlungsleiter Herr x. benannt worden.

Gleichartige „Trauermärsche“ haben in Lübeck seit dem Jahre 2006 bisher jährlich stattgefunden. Für die Versammlung im Vorjahr – am 26.3.2011 – ordnete die Ag.in als Versammlungsbehörde – wie schon in den Jahren zuvor – Auflagen an, die vom Ast. und den übrigen Versammlungsteilnehmern akzeptiert und im Wesentlichen beachtet wurden. Zu Verurteilungen der Versammlungsteilnehmer wegen Straftaten im Zusammenhang mit der Versammlung oder den Versammlungen in den Jahren 2006, 2007, 2008, 2009 und 2010 ist es bisher nicht gekommen; es sind auch keine Strafverfahren anhängig.

Mit Bescheid vom 16.3.2012 verbot die Ag.in die diesjährige Versammlung des Antragstellers auf der Grundlage von § 15 Abs. 1 Versammlungsgesetz u.a. zur Verhinderung von Straftaten nach § 130 Abs. 4 StGB und ordnete die sofortige Vollziehung der Verfügung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO an.

Der Ast. hat gegen das Versammlungsverbot Widerspruch eingelegt und um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Er meint, die Voraussetzungen einer Verbotsverfügung nach § 15 Versammlungsgesetz lägen nicht vor. Die Entscheidung der Ag.in sei mit Art. 8 GG nicht vereinbar. Es gebe keinen hinreichenden Anlass, die Begehung von Straftaten zu befürchten, zumal es in den Vorjahren nicht zu entsprechenden Verstößen gekommen sei. Die Kollision mit anderen Versammlungen dürfe die Ag.in nicht zum Anlass eines Verbots der Versammlung nehmen, vielmehr sei dafür zu sorgen, dass das Versammlungsrecht nicht beeinträchtigt werde. Die von der Ag.in genannten Probleme hätten durch Auflagen bewältigt werden können.

Das zuständige VG hat mit Beschluss vom 27.3.2012 (3 B 39/12) das von der Behörde erlassene Demonstrationsverbot unter Auflagen aufgehoben. Die gebotene Interessenabwägung zwischen dem privaten Aufschubinteresse des Ast. einerseits und dem öffentlichen Vollzugsinteresse andererseits (vgl. hierzu OVG Schleswig, Beschluss vom 6.8.1991, 4 M 109/91) gehe zu Lasten der Ag.in, denn ihre auf § 15 Abs. 1 Versammlungsgesetz (VersG) gestützte Verbotsverfügung sei rechtswidrig und verletze den Ast. in seinem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG). Dagegen richtet sich die Beschwerde der Ag.in.

Das OVG hat die Entscheidung des VG im Wesentlichen bestätigt, allerdings auf den Hilfsantrag der Ag.in eine deutliche Verkürzung der Wegstrecke angeordnet.

Aus den Gründen

Die zulässige Beschwerde der Ag.in gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 27. März 2012 ist hinsichtlich des Hauptantrages unbegründet, der die räumliche Beschränkung der Versammlung betreffende Hilfsantrag ist dagegen erfolgreich.

Der Senat teilt die ausführlich begründete Bewertung des Verwaltungsgerichts, dass das von der Ag.in verfügte vollständige Verbot der vom Ast. angemeldeten Versammlung aus verfassungsrechtlichen Gründen (nämlich des gebotenen Schutzes der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 i.V.m. der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 und 2 GG) rechtswidrig ist. Er nimmt gemäß § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO auf die Gründe der angefochtenen erstinstanzlichen Entscheidung Bezug und schließt sich ihnen ausdrücklich an. Ergänzend ist im Hinblick auf das Beschwerdeverfahren, das allein Gegenstand der Überprüfung des Senats ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), Folgendes auszuführen:

Die Ag.in trägt in ihrer Beschwerde vor, es lägen für die diesjährige streitgegenständliche Versammlung hinreichende, ein Verbot nach § 15 Abs. 1 Versammlungsgesetz (VersG) rechtfertigende unmittelbare Gefahren für die öffentliche Sicherheit vor, weil eine gegenüber den Vorjahren besondere und neue Situation eingetreten sei. Diese sei durch einen verstärkten „Verbalradikalismus“ der rechtsextremen Szene, die Gefahr einer Wiederholung von im Internet aufzufindenden Äußerungen dieser Szene auf der bevorstehenden Versammlung, durch die nach der letztjährigen Lübecker Versammlung durch einen gewalttätigen Angriff seitens verummter Rechtsextremer auf einer DGB-Kundgebung in H. dokumentierte allgemeine Gewaltbereitschaft der Szene und durch einen besonderen Rechtfertigungsdruck wegen der bekannt gewordenen Taten des NSU gekennzeichnet.

Die von der Ag.in angeführten Gesichtspunkte belegen nicht mit der für ein Versammlungsverbot nach § 15 Abs. 1 VersG erforderlichen Wahrscheinlichkeit, dass wegen einer gegenüber den Vorjahren geänderten Sicherheitslage von der hier streitgegenständlichen Versammlung eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht.

Das Bundesverfassungsgericht weist in ständiger Rechtsprechung darauf hin, dass die Versammlungsbehörde beim Erlass

von Einschränkungen gegenüber Versammlungen unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG an die Gefahrenprognose keine zu geringen Anforderungen stellen darf. Als Grundlage der Gefahrenprognose sind konkrete und nachvollziehbare tatsächliche Anhaltspunkte erforderlich; bloße Verdachtsmomente oder Vermutungen reichen hierzu nicht aus

(BVerfG, Beschl. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04 –, NVwZ-RR 2010, 625; Beschl. v. 4.9.2010 – 1 BvR 2298/10 –, Juris; Beschl. v. 4.9.2009 – 1 BvR 2147/09 –, NJW 2010, 141; BVerfGE 69, 315 (353 f.)).

Zu prüfen ist insbesondere auch, ob die von der Behörde herangezogenen Gesichtspunkte einen Bezug zu der konkret geplanten Versammlung haben. Allgemeine und ohne einen solchen Bezug zu der in Streit stehenden Versammlung getätigte Äußerungen etwa im Internet, die darauf schließen lassen, dass für die Versammlung auch bestimmte abstrakt gewaltbereite Teilnehmerkreise mobilisiert werden können, sind hierbei qualitativ nicht vergleichbar mit der Konstellation, dass über das Internet von Einzelpersonen oder Gruppierungen oder gar von den Veranstaltern selbst auf die konkrete Versammlung bezogene Äußerungen und Aufrufe verbreitet werden, in denen eine Gewaltanwendung in Aussicht gestellt wird

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.9.2009 – 1 BvR2147/09 –, aaO, Juris Rn. 11 f.).

Eine Gefahrenprognose, die sich allein auf die Annahme einer von der konkreten Versammlung unabhängigen erhöhten Gewaltbereitschaft der rechten Szene allgemein aufgrund einer emotionalisierten Stimmung stützt, ist insoweit nicht hinreichend tatsächengestützt und bewegt sich im Bereich von Vermutungen, die für ein Verbot der Versammlung nicht ausreichen

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.9.2010, aaO, Juris Rn. 7).

Für die Gefahrenprognose können Ereignisse im Zusammenhang mit früheren Versammlungen als Indizien herangezogen werden, soweit sie bezüglich des Mottos, des Ortes, des Datums sowie des Teilnehmer- und Organisatorenkreises Ähnlichkeiten zu der geplanten Versammlung aufweisen

(BVerfG, Beschl. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04 –, aaO, Juris Rn. 17).

Haben sich bei Veranstaltungen an anderen Orten mit anderen Beteiligten Gefahren verwirklicht, so müssen besondere, von der Behörde bezeichnete Umstände die Annahme rechtfertigen, dass ihre Verwirklichung ebenfalls bei der nunmehr geplanten Veranstaltung zu befürchten sei

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.9.2009 – 1 BvR 2147/09 –, aaO, Juris Rn. 13).

Gibt es neben Anhaltspunkten für die von der Behörde zu Grunde gelegte Gefahrenprognose auch Gegenindizien, so hat sich die Behörde auch mit diesen in einer den Grundrechtsschutz hinreichend berücksichtigenden Weise auseinanderzusetzen

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.9.2009 – 1 BvR 2147/09 –, aaO, Juris Rn. 9).

Auch insoweit sind die Verläufe früherer ähnlicher Versammlungen in den Blick zu nehmen.

Ausgehend von diesen Maßstäben tragen auch die in der Beschwerde angeführten Gesichtspunkte ein Verbot der Versammlung nicht. Zunächst einmal ist es fehlerhaft, dass die Ag.in meint, bei ihrer Gefahrenprognose nicht auf Erfahrungen aus den letzten Jahren zurückgreifen zu können, und den – wie das Verwaltungsgericht (...) ausführlich dargelegt hat – unbeanstandeten Verlauf der Versammlungen gleichen Ortes, Datums und Organisatoren – wie wohl auch Teilnehmerkreises insbesondere von 2009 bis 2011 in keiner Weise berücksichtigt. Dies wird der verfassungsrechtlichen Verpflichtung der Versammlungsbehörde, versammlungsfreundlich zu verfahren und nicht ohne zureichenden Grund hinter bewährten Erfahrungen zurückzubleiben, nicht gerecht. Was den im Jahr 2011 verstärkten Verbalradikalismus rechtsextremer Kreise insbesondere im Internet anbelangt, so trägt die Ag.in gerade keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Wiederholung von Äußerungen, die als Verstoß gegen Strafgesetze (insbesondere gegen § 130 Abs. 4 StGB) einzuordnen wären, auf der streitgegenständlichen Versammlung zu befürchten ist. Bloße Vermutungen reichen aber nach den oben dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht aus, um einen Bezug zwischen im Internet vorgefundenen Äußerungen mutmaßlicher Teilnehmerkreise und dieser Versammlung selbst herzustellen. Dies gilt auch für die von der Beschwerde angeführte Gewaltbereitschaft rechtsextremer Kreise. Konkrete Ankündigungen

von Gewalt oder in den Bereich der Strafbarkeit hineinreichenden Meinungsäußerungen für diese Versammlung sind nach dem Vortrag der Ag.in, den vorliegenden Verwaltungsvorgängen und den sonstigen allgemein zugänglichen Erkenntnissen des Senats weder für die Veranstalter und Organisatoren der Veranstaltung noch für mutmaßliche Teilnehmerkreise ersichtlich. Anderweitige tragfähige Anhaltspunkte für die Gefahr, dass es gerade während der Versammlung zu solchen Rechtsverstößen kommen könnte, lassen sich aus dem von der Beschwerde in Bezug genommenen Material ebenfalls nicht ableiten. Die Ag.in setzt sich nicht mit der Problematik auseinander, dass das Verhalten von Veranstaltern sowie an einer Versammlung teilnehmende Gruppierungen und Einzelpersonen auf der Versammlung einerseits und in anderen Zusammenhängen - insbesondere durch Äußerungen im Internet - andererseits deutlich auseinanderfallen kann, schon um sich die Chance der Grundrechtsausübung durch eine friedliche Versammlungsteilnahme zu erhalten. Es obliegt aber der Versammlungsbehörde, die die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Gründen für ein Verbot oder eine Auflage trägt

(vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 12.5.2010 – 1 BvR 2636/04 –, aaO, Juris Rn. 19 mwN),

hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorzutragen, dass sich das Verhalten von nach den bisherigen Erfahrungen friedlich an Versammlungen teilnehmenden Personen bzw. Personenkreisen – auch wenn sie als „Wolf im Schafspelz“, gleichsam mit der „Maske des Biedermanns“ auftreten mögen – auf der konkret geplanten Veranstaltung in einer rechtsgutsgefährdenden Weise ändern wird, welche Beschränkungen der Versammlungsfreiheit rechtfertigt. Im vorliegenden Fall sind hierfür keine durchgreifenden Erwägungen vorgetragen worden. Soweit die Ag.in sich auf den vor einigen Tagen (am 20. März 2012) vom Innenministerium vorgestellten Verfassungsschutzbericht 2011 bezieht, lassen sich weder aus den hieraus zitierten Passagen noch aus dem sich mit rechtsextremistischen Bestrebungen befassenden Kapitel des Berichts insgesamt auch nur annähernd für ein Versammlungsverbot tragfähige tatsächliche Anhaltspunkte ableiten. Der Verfassungsschutzbericht behandelt die als geschichtsrevisionistisch und für die insgesamt kaum noch „kampagnenfähige“ rechtsextreme Szene in Schleswig-Holstein als besonders bedeutsam eingeordnete alljährliche Lübecker Demonstration an verschiedenen Stellen, ohne auch nur ansatzweise auf ein gesteigertes Gefahrenpotential in Bezug auf diese Veranstaltung für das Jahr 2012 oder künftige Jahre hinzuweisen. Zu der Versammlung am 26. März 2011 werden keinerlei Rechtsverstöße seitens der Teilnehmer berichtet. Das für den Bericht federführende Innenministerium hebt den in der Beschwerdebegründung der Ag.in genannten Vorfall eines gewalttätigen Angriffs Rechtsextremer auf die DGB-Kundgebung in Husum im Mai 2011 als „Besonderheit“ hervor, weil es sich um eine geplante Aktion gehandelt habe; insofern bleibe abzuwarten, ob die Frustration der rechtsextremistischen Szene u.a. über ausbleibende Erfolge zu einer erhöhten Gewaltbereitschaft führen werde. Einzelne Verlautbarungen und Handlungen zeigten allerdings, dass in der schleswig-holsteinischen Szene ein hohes Gewaltpotential vorhanden sei.

Der beinahe tagesaktuelle Verfassungsschutzbericht des Innenministeriums lässt sich demgemäß nicht als hinreichender tatsächlicher Beleg einer auf die streitgegenständliche Versammlung bezogenen Prognose einer unmittelbaren Gefahr heranziehen.

Eine gegenüber den Vorjahren veränderte Gefahrenprognose mit konkretem Bezug zur geplanten Lübecker Veranstaltung lässt sich auch aus dem gewalttätigen Angriff auf die Husumer Mai-Kundgebung des DGB nicht ableiten, weil es insoweit wegen der Verkehrung der Rollen der Veranstalter und Gegner an der Ähnlichkeit bzw. Vergleichbarkeit der Situation fehlt. Im Übrigen kann das gewalttätige Verhalten lediglich einzelner Versammlungsteilnehmer einer ansonsten friedlichen Versammlung nicht den verfassungsrechtlichen Schutz nehmen, solange die Versammlung selbst insgesamt nicht die Schwelle zur Gewaltanwendung überschreitet. Eine Versammlung verliert den Schutz des Art. 8 GG grundsätzlich nur bei kollektiver Unfriedlichkeit, mithin wenn sie im Ganzen einen unfriedlichen Verlauf nimmt oder der Veranstalter und sein Anhang einen solchen Verlauf anstreben oder zumindest billigen

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.12.2010 – 1 BvR 1402/06 –, NVwZ 2011, 422, Juris Rn. 20; Beschl. v. 4.9.2010 – 1 BvR 2298/10 –, aaO, Juris Rn. 8).

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang unter anderem, inwieweit die Veranstalter und Organisatoren im Vorfeld deutliche auf Gewaltfreiheit ausgerichtete Signale setzen und sich in dem Versammlungsaufwurf von Gewaltanwendung distanzieren und Anstrengungen unternehmen, die auf einen gewaltfreien Verlauf abzielen

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.9.2009 – 1 BvR 2147/09 –, aaO, Juris Rn. 15).

Nach diesen Kriterien ist ein insgesamt unfriedlicher Verlauf der Versammlung jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht zu erwarten. Der Ast. hat in seiner Gegenerklärung zur Beschwerde angeführt, er sei nicht gewaltbereit und der von ihm benannte Versammlungsleiter sei nach langjährigen Erfahrungen in der Lage, auf etwaige unfriedliche Versammlungsteilnehmer einzuwirken. Auch wenn dies noch keine im Vorfeld der Versammlung an die potentiellen Teilnehmerkreise gerichteten Bemühungen um Gewaltfreiheit belegt, steht dies zusammengenommen mit den Erfahrungen mit der Lübecker Veranstaltung des Ast. in den letzten Jahren einer mit ausreichender Gewissheit zu stellenden Prognose entgegen, dass die diesjährige Veranstaltung insgesamt einen verbotsrelevanten unfriedlichen Verlauf nehmen könnte.

Soweit die Beschwerde auf eine Situationsveränderung gegenüber den Vorjahren wegen der in den letzten Monaten bekannt gewordenen Gewalttaten des NSU verweist, liegt hierin sicherlich eine gewisse Gefahr der Zuspitzung der Situation anlässlich eines Auftretens rechter Gruppierungen wie der vorliegend streitgegenständlichen Versammlung. Insbesondere für die mit dem Schutz der angemeldeten Versammlungen betraute Polizei wird hierin eine besondere Herausforderung liegen, die eine kluge Polizeitaktik, größtmögliche Kooperation mit allen Veranstaltern sowie besonnene und klare Reaktionsweisen bei auftretenden Störungen erfordert. Gerade unter diesem Aspekt wäre im Vorfeld des diesjährigen Gedenktages eine frühzeitige, auf Kooperation und Ermöglichung von Grundrechtswahrnehmung bei gleichzeitiger Gefahrenminimierung ausgerichtete Handlungsweise der Versammlungsbehörde verfassungsrechtlich geboten gewesen. Einen hinreichend konkreten Bezug zu der vom Ast. angemeldeten Versammlung, der ein Verbot rechtfertigte, ergeben jedoch auch die jüngst bekannt gewordenen NSU-Mordtaten und in diesem Kontext die vermuteten Bezüge zu anderen rechtsextremen Kräften einschließlich der NPD nach derzeitiger Erkenntnislage nicht. Der Verfassungsschutzbericht 2011 sieht bislang keine Hinweise auf eine Verwicklung schleswig-holsteinischer Rechtsextremisten in diese Verbrechen des NSU.

Die Beschwerde verweist neben Belangen der öffentlichen Sicherheit eindringlich auf die Gefahr einer Störung der öffentlichen Ordnung wegen der besonderen Bedeutung des diesjährigen 70. Jahrestages der alliierten Bombenangriffe auf Lübeck in der Nacht zu Palmarum und der in diesem Zusammenhang stattfindenden Trauerveranstaltungen, an welchen auch noch lebende Zeitzeugen teilnahmen. Diesbezüglich ist auch nach Auffassung des Senats bei der Entscheidung darüber, ob und inwieweit die Veranstaltung des Ast. mit Einschränkungen belegt werden soll, nicht nur den Grundrechten der Teilnehmer der anderen angemeldeten, friedlichen Veranstaltungen auf Versammlungsfreiheit, sondern auch dem Grundrecht der kirchlichen Veranstaltungsteilnehmer auf ungestörte Religionsausübung aus Art. 4 GG, soweit dieses durch die streitgegenständliche Versammlung betroffen ist, der ihm im Rahmen praktischer Konkordanz zukommende Entfaltungsräume einzuräumen. Eine hinreichend tragfähige Begründung für ein Versammlungsverbot für den Ast. ergibt sich hieraus jedoch auch bei Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens nicht. Vielmehr ist durch Auflagen sicherzustellen, dass die Art und Weise der Durchführung dieser Versammlung einschließlich der von ihr einzuhaltenden räumlichen Beschränkungen zu einem Ausgleich der Grundrechtspositionen aller friedlichen Veranstaltungsteilnehmer an diesem Gedenktag beiträgt. Grundsätzlich kann eine bloße Gefährdung der öffentlichen Ordnung ein Versammlungsverbot nicht rechtfertigen

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.6.2007 – 1 BvR 1423/07 – BVerfGK 11, 298, Juris Rn. 26);

für Einschränkungen des Versammlungsrechts unterhalb der Verbotsschwelle kommt die öffentliche Ordnung hingegen in Betracht

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.1.2001 – 1 BvQ 9/01 –, NJW 2001, 1409, Juris Rn. 15).

Die Ag.in stützt ihr Versammlungsverbot hier mit Nachdruck auch auf das Ziel des Schutzes eines Gedenktages mit gewichtiger Symbolkraft und beruft sich in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Januar 2001, die eine sog. Auflage – nämlich diejenige der zeitlichen Verschiebung einer Versammlung um einen Tag – anlässlich des Holocaust-Gedenktages am 27. Januar 2001 betraf. Eine zeitliche Verschiebung der im vorliegenden Verfahren streitgegenständlichen Versammlung steht seitens der Beteiligten nicht in Rede, ist in der polizeifachlichen Stellungnahme der Polizeidirektion Lübeck als gefahren erhöhend ausgeschlossen worden und in der Entscheidung des Verwaltungsgerichts bereits mit zutreffenden Erwägungen, was die zeitliche Steuerung des Planungsprozesses seitens der Versammlungsbehörde im Vorfeld der hier angegriffenen Verbotsverfügung angeht, abgelehnt worden. Der Senat hält die unmittelbare Vergleichbarkeit der vorliegenden Konstellation des vom Ast. als „Trauermarsch“ angemeldeten Versammlung aus Anlass der alliierten Bombenangriffe auf Lübeck unabhängig von der Frage, ob mit diesem Aufmarsch schwerpunktmäßig andere Inhalte rechts-extremer Versammlungsteilnehmer als diejenigen einer Trauer um Kriegsgesopfer transportiert werden sollen, mit der Konstellation eines Aufmarsches Rechtsextremer an einem Holocaustgedenktage, welcher dem Gedenken an die millionenfachen Opfer der nationalsozialistischen Willkürherrschaft gewidmet ist, für zweifelhaft. Jedenfalls sind aus Sicht des Senats im Ergebnis die hohen Anforderungen an ein im Ausnahmefall auch von Verfassungen wegen grundsätzlich nicht ausgeschlossen Versammlungsverbot zum Schutze eines solchen Gedenktages nicht erfüllt:

Das Bundesverfassungsgericht hat auch in einer aktuellen Entscheidung betont, dass – streitgegenständlich war wiederum eine bloße Auflage der zeitlichen Verschiebung der Versammlung – die öffentliche Ordnung betroffen sein kann, wenn einem bestimmten Tag ein in der Gesellschaft eindeutiger Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt, der bei der Durchführung eines Aufzugs an diesem Tag in einer Weise angegriffen wird, dass dadurch zugleich grundlegende soziale oder ethische Anschauungen in erheblicher Weise verletzt werden. Die Entscheidung vom 26. Januar 2001 – zum Holocaust-Gedenktage – ist als auf eine konkrete Situation bezogene Einzelfallentscheidung ergangen und erlaubt nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts keinesfalls den pauschalen Rückschluss, dass an Gedenktagen Versammlungen bereits dann nicht durchgeführt werden dürfen, wenn diese in irgendeinem Sinne als dem Gedenken entgegenlaufend zu beurteilen sind. Vielmehr ist die Feststellung erforderlich, dass von der konkreten Art und Weise der Durchführung der Versammlung Provokationen ausgehen, die das sittliche Empfinden der Bürgerinnen und Bürger erheblich beeinträchtigen

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.1.2012 – 1 BvQ 4/12 –, Juris Rn. 7).

Auch in vorhergehenden Entscheidungen, die den Gedanken des Schutzes eines Gedenktages mit eindeutigem Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft aufgegriffen haben, hat sich das Bundesverfassungsgerichts stets auf die Art und Weise der Durchführung einer Versammlung bezogen, von denen Provokationen ausgehen müssen

(vgl. nur Beschl. v. 19.12.2007 – 1 BvR 2793/04 –, BVerfGK 13, 82, Juris Rn. 31).

In erster Linie sind zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Ordnung an einem solchen Gedenktage Auflagen in Betracht zu ziehen; lediglich für den Fall, dass sie nicht ausreichen, hat das Bundesverfassungsgericht ein Verbot in Erwägung gezogen

(BVerfG, Beschl. v. 23.6.2004 – 1 BvQ 19/04 –, BVerfGE 111, 147),

jedoch bislang – soweit ersichtlich – noch in keinem Fall hierauf gestützt für verfassungsgemäß gehalten.

Angesichts der vom Verwaltungsgericht angeordneten Maßgaben für die Art und Weise der Durchführung der streitgegenständlichen Versammlung, welche insbesondere ein paramilitärisches Auftreten verhindern sollen, und der entsprechend dem Hilfsantrag der vorliegenden Beschwerde vorgenommenen Verkürzung der Wegstrecke, welche im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz aller betroffener Grundrechtspositionen gleichzeitig eine weitestgehende Rücksichtnahme auf die von anderen Veranstaltern angemeldeten Trauerveranstaltungen zum Gedenken an die Ereignisse an Palmarum ermöglicht, bleibt für ein Versammlungsverbot nach den oben dargestellten verfassungsrechtlichen Maßstäben kein Raum. Die Ag.in stützt ihre Bedenken hinsichtlich des Schutzes des Lübecker Gedenktages ausschließlich auf die Tatsache der beabsichtigten Durchführung einer Versammlung durch rechte Kräfte, nicht jedoch auf eine provozierende Art und Weise der Durchführung dieser Veranstaltung. Dies reicht für ein Versammlungsverbot jedoch nicht aus. Zwar ist der Unterschied der geschichtlichen Einordnung der Bombenangriffe von Palmarum in der geschichtswissenschaftlich nicht haltbaren, unausgewogenen Sichtweise der vom Ast. geplanten Veranstaltung einerseits und in der auch die Opfer der nationalsozialistischen Deportationen und Kriegsführung in den Blick nehmenden Sichtweise anderer Veranstalter am 31. März 2012 eklatant und es liegt auf der Hand, dass die Tatsache rechtsextremer Aufmärsche gerade an einem solchen Gedenktage von Zeitzeugen und der ganz überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung als schmerzlich und unangebracht empfunden wird. Dieses ist im grundgesetzlichen Rahmen jedoch grundsätzlich, so auch vorliegend, als unausweichliche Folge unserer auf grundrechtliche Freiheiten ausgerichteten Verfassung auszuhalten und dem bürgerschaftlichen Engagement in Wahrnehmung der Versammlungs- und Meinungsfreiheit anvertraut.

Fehlt es somit vor dem hier zu beachtenden verfassungsrechtlichen Hintergrund auch aus der Sicht des Senats an den Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 VersG für ein Totalverbot der streitgegenständlichen Versammlung, so erscheinen die verbleibenden Gefahren für eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch einzelne Demonstrationsteilnehmer oder durch die Art und Weise der Durchführung der Versammlung durch die Auflagen, die das Verwaltungsgericht der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs des Ast. als Maßgaben beigegeben hat, in ausreichender Weise minimiert.

Der Senat hält es allerdings für unumgänglich, die Wegstrecke deutlich zu verkürzen (*... wird weiter ausgeführt*).

Deshalb verbleibt nur die von der Ag.in in ihrem Hilfsantrag benannte Streckenführung.

Der Senat weist allerdings für künftige ähnliche Versammlungslagen ausdrücklich darauf hin, dass es Aufgabe einer frühzeitigen und kooperativen Moderation und Steuerung der Versammlungsbehörde gemeinsam mit der Polizei und den Veranstaltern aller angemeldeten friedlichen Versammlungen ist, für alle Grundrechtsträger eine weitestmögliche Verwirklichung der für die Demokratie besonders grundlegenden und konstitutiven Grundrechte der Versammlungs- und Meinungsfreiheit zu gewährleisten

(vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 –, BVerfGE 69, 315).

Eine mit dem Selbstbestimmungsrecht der Versammlungsteilnehmer nur in einer Ausnahmesituation vereinbare Reduktion der Versammlungsfreiheit auf einen lediglich geringen Teil der beabsichtigten Veranstaltung ist im vorliegenden Fall angesichts des absehbaren Auslaufens der zur verantwortlichen Vorbereitung und Begleitung der gesamten Gemengelage mehrerer angekündigter Versammlungen zur Verfügung stehenden Zeit aus Sicht des Senats zwar geboten, um Gefahren abzuwehren. Die Versammlungsbehörde muss jedoch unparteiische Wächterin des Versammlungsgrundrechts sein. In den kommenden Jahren hat die Ag.in zuvörderst alles zu unternehmen, um eine derartige Zeitknappheit, in der eine grundrechtsfreundliche Gestaltung der Situation kaum noch möglich ist, zu vermeiden.

Arbeitsgerichtsbarkeit

ZPO §§ 120 IV, 124 Ziffer 2, 127 II, 567, 569, 329 572; BGB § 140

- 1. Im Falle noch laufender Beschwerdefrist sind Eingaben, die Übermittlung von Unterlagen und/ oder Anträge einer Partei, die eine gerichtliche Entscheidung abwehren sollen, als sofortige Beschwerde einzuordnen, wenn ihnen auch nur ansatzweise inhaltliches tatsächliches oder rechtlich relevantes Vorbringen entnommen werden kann.**
- 2. Im Rahmen sachdienlicher Auslegung ist aus der Einreichung einer Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse regelmäßig der erkennbare Wille zu entnehmen, dass z.B. eine Aufhebungsentscheidung nach § 120 Abs. 4 ZPO durch die Darlegung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse verhindert oder aus der Welt geschaffen werden soll.**
- 3. Gehen Eingaben, Unterlagen oder sonstige Erklärungen einer Partei zwischen Erlass und Zustellung einer gerichtlichen Entscheidung ein, ist mit ihrem Eingang bei Gericht das Rechtsmittel – hier der sofortigen Beschwerde gem. §§ 127 Abs. 2, 567 ZPO – als fristwährend eingelegt zu betrachten. Das hat zur Folge, dass dieses Rechtsmittel gem. § 572 ZPO zu bescheiden ist, ohne dass die Partei dieses nochmals ausdrücklich verlangen muss.**

SchlHLAG, 3. Kammer, Beschluss vom 20. Juli 2011 – 3 Ta 117/11 –, Hei.

Mit seinen Beschwerden wendet sich der Kl. gegen die Aufhebung der ihm gewährten Prozesskostenhilfe, die bereits mit Beschluss vom 4.8.2009 erfolgte. Dem aus P... stammenden Kl. war im Rahmen einer Kündigungsschutzklage mit Beschluss vom 9.10.2008 Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlungsanordnung bewilligt worden. Mit Verfügung vom 6.5.2009 war er vom Arbeitsgericht aufgefordert worden, innerhalb einer Frist von 4 Wochen mitzuteilen, ob und ggf. wie sich die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse seither geändert haben. Nachdem eine Erinnerung vom 23.6.2009 erfolglos war, hat die Rechtspflegerin mit Beschluss vom 4.8.2009 die Prozesskostenhilfe wegen fehlender Mitwirkung aufgehoben.

Dieser Beschluss ist zur Post gegeben worden am 5.8.2009.

Am gleichen Tag – 5.8.2009 – ging bei dem Arbeitsgericht ein auf den 4.8.2009 datiertes Anschreiben des Kl. und ein ausgefüllter Vordruck über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nebst einer Vielzahl von Belegen ein. Der Aufhebungsbeschluss wurde dem Klägervertreter am 6.8.2009 zugestellt. Mit gerichtlicher Verfügung vom 25.9.2009 wurde beim Kl. unter nicht näher spezifiziertem Hinweis, der Vordruck sei unvollständig ausgefüllt, angefragt, ob dieses Schreiben als eine Beschwerde gelten solle. In dem Fall sei es notwendig, die Beschwerde binnen zwei Wochen ausreichend zu begründen und die Erklärung zu vervollständigen. Nach fruchtlosem Fristablauf werde die Sache als erledigt angesehen und die Kosten zum Soll gestellt. Der Kl. reagierte hierauf nicht. Das Arbeitsgericht stellte die Kosten zum Soll.

Am 25. Mai 2011 übermittelte der Kl. unaufgefordert erneut eine neue Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nebst Belegen. Er wurde mit Verfügung vom 3.6.2011 darauf hingewiesen, dass die Bewilligung von Prozesskostenhilfe bereits mit Beschluss vom 4.8.2009 aufgehoben wurde und dieser Beschluss rechtskräftig geworden sei. Der Kl. wies darauf hin, er sei nach wie vor nicht zahlungsfähig. Daraufhin wertete das Arbeitsgericht seine Schreiben als Beschwerde und half ihr unter Hinweis auf die Rechtskraft des Beschlusses vom 4.8.2009 nicht ab. Sodann legte das Arbeitsgericht unter Bezugnahme auf seinen Nichtabhilfebeschluss vom 17.6.2011 die Akte dem Landesarbeitsgericht am 21.6.2011 zur Entscheidung vor.

Die Kammer hat den angefochtenen Beschluss aufgehoben und die Beschwerden zur erneuten Nichtabhilfeprüfung an das Arbeitsgericht zurückgegeben.

Aus den Gründen

Die einheitlich als Beschwerden gegen den Prozesskostenhilfe aufhebenden Bescheid des Arbeitsgerichts vom 4.8.2009 auszuliegenden Schreiben des Kl. vom 4.8.2009 und vom 25.5.2011 haben teilweise Erfolg. Über die Beschwerde des Kl. vom 4.8.2009 ist seitens des Arbeitsgerichts rechtsfehlerhaft bis heute nicht entschieden worden. Damit ist der Bescheid des Arbeitsgerichts vom 4.8.2009 nicht rechtskräftig. Das ist in der durch das erneute Schreiben des Kl. vom 25.5.2011 ausgelösten Nichtabhilfeprüfung vom 3.6.2011 nicht hinreichend berücksichtigt worden.

1. Das Arbeitsgericht hätte das Schreiben des – selbständigen – Kl. vom 4.8.2009, mit dem er unter Hinweis auf den späten Erhalt der Gewinnermittlung für das Vorjahr eine neue Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nebst Belegen zur Akte gereicht hat, als Beschwerde behandeln und den Kl. nach inhaltlicher Prüfung bescheiden müssen. Das ergibt sich im Rahmen der gebotenen deutenden Auslegung von Eingaben einer Partei entsprechend § 140 BGB in Verbindung mit §§ 127 Abs. 2 Satz 2, 567 ZPO.

a) Im Falle noch laufender Beschwerdefrist sind Eingaben, die Übermittlung von Unterlagen und/oder Anträge einer Partei, die eine gerichtliche Entscheidung abwehren sollen, als sofortige Beschwerde einzuordnen, wenn ihnen auch nur ansatzweise inhaltliches tatsächliches oder rechtlich relevantes Vorbringen entnommen werden kann.

(1) Die Einlegung einer Beschwerde geschieht zwar grundsätzlich durch Einreichung einer Beschwerdeschrift. Die unrichtige Bezeichnung eines Rechtsmittels ist aber stets unschädlich, solange der Wille zum Ausdruck gebracht wird, die angefochtene Entscheidung möge sachlich geprüft werden. Bei nicht anwaltlich vertretener Partei ist entgegenkommende großzügige Auslegung geboten

(Zöller-Häßler, Kommentar zur ZPO, Rz. 7 und 7a zu § 570 ZPO).

(2) Im Verfahrensrecht gilt der Grundsatz, dass eine Parteihandlung mit einem prozessrechtlichen Gehalt auszulegen und als bestimmte Handlungsform – ggf. analog § 140 BGB – zu deuten oder umzudeuten ist, wenn sie die Voraussetzungen der Prozesshandlung erfüllt und ein entsprechender maßgeblicher Parteiwille zu erkennen ist

(LAG Rheinland-Pfalz vom 13.1.2005 – 2 Ta 281/04 – zitiert nach Juris, Rz. 8 mwN).

Dabei ist dem erkennbaren Parteiwillen Rechnung zu tragen, eine gerichtliche Entscheidung nicht akzeptieren zu wollen, weil sie der Rechtslage nicht entspreche

(LAG Rheinland-Pfalz, aaO).

Das Rechtsstaatsprinzip gebietet es, den Zugang zu Rechtsbehelfsverfahren nicht in unzumutbarer Weise zu erschweren

(BVerfG NJW 1993, 1380).

Deshalb hat ein Gericht den Vortrag sachdienlich so auszulegen, dass die Erreichung des regelmäßig gewünschten Ziels, eine günstige anderweitige Entscheidung zu erreichen, möglich ist. Alle Anträge gegen getroffene Entscheidungen bis zum Ablauf der Beschwerdefrist sind grundsätzlich als Beschwerde aufzufassen, da mit der Beschwerde sowohl die Unrichtigkeit der getroffenen Entscheidung als auch eine zwischenzeitliche Veränderung bis zum Erlass der Beschwerdeentscheidung geltend gemacht werden können

(Kalthoener/ Büttner, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 5. Auflage 2010, Rz. 861).

Auch bloße Eingaben oder Gegenvorstellungen sind in Fällen noch möglicher sofortiger Beschwerde als solche aufzufassen

(Künzl/Koller, Prozesskostenhilfe, 2. Auflage, Rz. 516).

Im Rahmen sachdienlicher Auslegung ist der Einreichung einer Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse regelmäßig der erkennbare Wille zu entnehmen, dass z.B. eine Aufhebungsentscheidung nach § 120 Abs. 4 ZPO durch die Darlegung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse verhindert oder aus der Welt geschaffen werden soll.

b) Gehen Eingaben, Unterlagen oder sonstige Erklärungen einer Partei zwischen Erlass und Zustellung einer gerichtlichen Entscheidung ein, ist mit ihrem Eingang bei Gericht das Rechtsmittel – hier der sofortigen Beschwerde gem. §§ 127 Abs. 2, 567 ZPO – als fristwährend eingelegt zu betrachten. Das hat zur Folge, dass dieses Rechtsmittel gem. § 572 ZPO zu bescheiden ist, ohne dass die Partei dieses nochmals ausdrücklich verlangen muss.

(1) Die sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen im Verfahren über die Prozesskostenhilfe ist gem. § 127 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 569 Abs. 1 ZPO binnen einer Notfrist von einem Monat einzulegen. Die Frist beginnt mit der Bekanntgabe des Beschlusses (§ 127 Abs. 3 S. 3 ZPO). Das ist regelmäßig die Zustellung des Beschlusses nach § 329 Abs. 3 ZPO. Die sofortige Beschwerde kann erst ab Erlass der Entscheidung, aber schon vor dem Beginn der Frist eingelegt werden. Erlassen ist die Entscheidung mangels Verkündung mit der ersten Hinausgabe aus dem inneren Gerichtsbetrieb

(Thomas/ Putzo-Reichold, Kommentar zur ZPO, Rz. 3 zu § 569 und Rz. 5 zu § 329 ZPO).

Das ist beispielsweise das Einlegen in das RA- oder Abtragfach

der Geschäftsstelle. Damit ist der Beschluss existent. Bis dahin eingehende Schriftstücke sind bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen

(Putzo-Reichold, Rz. 5 zu § 329 ZPO).

(2) Angesichts dieser klaren gesetzlichen Vorgaben ist es unzulässig, Schriftstücke, die zwischen Erlass der Entscheidung und dessen Zustellung eingehen, einerseits nicht mehr bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen und gleichzeitig andererseits nicht als rechtlich relevant einzuordnen. Derartige Eingänge sind in jedem Fall zu bescheiden. Ist bei deren Eingang die gerichtliche Entscheidung bereits existent, muss daher das Abhilfeverfahren nach § 572 ZPO durchgeführt werden, es sei denn die Partei nimmt das als Rechtsmittel auszuliegende Anliegen definitiv schriftlich zurück.

c) Vor diesem rechtlichen Hintergrund war das Verhalten des Kl., nämlich die mit Schreiben vom 4.8.2009 erfolgte Übermittlung des ausgefüllten Vordrucks über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Sinne des § 117 Abs. 4 ZPO nebst Belegen als sofortige Beschwerde einzuordnen. Bei Eingang dieser Unterlagen am 5.8.2009 war die die Prozesskostenhilfe wegen fehlender Mitwirkung gem. § 124 Abs. 2 ZPO aufhebende Entscheidung bereits existent. Der Beschluss ist am 4.8.2009 ergangen und ausweislich des „Ab-Vermerks“ am 5.8.2009 zur Post gegeben worden. Damit hat der Kl. bereits zwischen Erlass und Zustellung des Aufhebungsbeschlusses das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde eingelegt. Das Arbeitsgericht durfte entgegen seiner Verfügung vom 25.9.2009 diesen Rechtsbehelf weder von einer Rückäußerung abhängig machen noch schlicht als erledigt ansehen. Es hätte das Abhilfeverfahren gem. § 572 ZPO betreiben müssen. Das ist bis heute nicht geschehen, so dass der Aufhebungsbescheid vom 4.8.2009 bis dato nicht rechtskräftig geworden ist.

2. Diese sofortige Beschwerde vom 4.8.2009, eingegangen am 5.8.2009, ist auch zulässig. Sie ist der Beschwer nach statthaft, innerhalb der Beschwerdefrist des § 127 Abs. 2 ZPO eingelegt und auch hinreichend begründet worden. Abgesehen davon, dass gem. § 571 Abs. 1 ZPO die Beschwerde nicht begründet werden muss, sondern nur begründet werden soll, ist hier entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts in der Verfügung vom 25.9.2009 auch vom Vorliegen einer Begründung auszugehen. Das Anliegen des Kl. ist hinreichend deutlich geworden. Etwas

anderes konnte er als Begründung nicht vorbringen. Der Kl. hat seine Einkommensverhältnisse und Vermögensverhältnisse dargelegt. Er hat außerdem Belege zur Akte gereicht und insbesondere unter Hinweis auf den späten Eingang der Gewinnermittlung die Verspätung entschuldigt. Die Gewinnermittlung trägt das Erstellungsdatum 7. Juli 2009. Die an den Klägervertreter gerichtete Auflage vom 23.6.2009 zur Beibringung von Unterlagen binnen der Frist von nur einer Woche ist unverhältnismäßig kurz, konnte vom Kl. in dieser Frist auch schon deshalb nicht erfüllt werden, weil die Einkommensnachweise erst nach Ablauf dieser Woche erstellt wurden.

3. Da der Beschluss des Arbeitsgerichts vom 4.8.2009 entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts nicht rechtskräftig geworden ist, weil gegen ihn wirksam Beschwerde eingelegt wurde, über die noch nicht entschieden worden ist, war der anlässlich der erneuten Einreichung von aktuellen Einkommensnachweisen nur auf formelle Gründe gestützte Nichtabhilfebeschluss vom 17.6.2011 rechtsfehlerhaft und deshalb aufzuheben. Es hätten die wirtschaftlichen Verhältnisse geprüft werden müssen.

4. Im Rahmen der erneuten Überprüfung der Begründetheit des Vorbringens des Kl. vom 4.8.2009 und vom 25.5.2011 wird zu berücksichtigen sein, dass die Nichtabgabe der Erklärung im Rahmen einer Nachprüfung nach § 120 Abs. 4 Satz 2 ZPO nicht mit einer derart starken Sanktion versehen ist wie die Nichtabgabe im Rahmen einer erstmaligen Bewilligung. Zwar ist gem. § 124 Ziffer 2 ZPO eine Aufhebung für den Fall der ausbleibenden Erklärung vorgesehen, jedoch besteht im Rahmen des § 571 Abs. 2 Satz 1 ZPO die Möglichkeit des Vorbringens neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel. Eine Nachreichung von Unterlagen ist daher im Nachprüfungsverfahren noch bis zur Nichtabhilfeentscheidung des Arbeitsgerichts möglich

(LAG S.-H. vom 2.6.2003 – 2 Ta 93/03).

Die Angaben und Belege des Kl. sind daher in der Nichtabhilfeprüfung noch zu berücksichtigen. Soweit mit Verfügung vom 25.9.2009 moniert wurde, der Vordruck sei unvollständig ausgefüllt, wird dieses zu konkretisieren sein. Im Übrigen ist unvollständiges Ausfüllen unschädlich, wenn Lücken durch eine beigefügte zusätzliche Erklärung oder beigefügte Belege geschlossen werden können

(LAG S.-H. vom 16.9.2010 – 4 Ta 133/10; Zöller-Philippi, Rz. 16 zu § 117 ZPO mwN).

Sozialgerichtsbarkeit

SGB V § 144 III iVm. § 172 I, SGB V § 207 II a und III, SGB X § 12 II, SGG § 131 II 3, SGG § 29 II Nr. 2, SGG § 54 I u. IV

Bescheide, die die Genehmigung der Fusion von Krankenkassen zum Inhalt haben, können nicht von Dritten angefochten werden. Insbesondere sind die Verbände der beteiligten Krankenkassen und andere Krankenkassen, die nicht Adressat des Bescheides sind, nicht klagebefugt.

SchlHLSG, 5. Senat, Urteil vom 8. September 2011 – L 5 KR 24/10 KL –, Se.

Die Kl. wenden sich gegen die Fusion der AOK N. mit der IKK-N. zu der „AOK – Die Gesundheitskasse für N.“ (= Beigeladene zu 1). Dabei geht es vorrangig um die Frage, ob die Klage wegen einer fehlenden Klagebefugnis bzw. eines fehlenden Feststellungsinteresses zulässig ist.

Im Jahre 2007 fusionierten der IKK-Landesverband Nord und der IKK-Landesverband N. zum IKK Landesverband Nord (= Kl. zu 1). Dabei umfasste der neue Landesverband die Bundesländer Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen. Ihm gehörten zunächst die IKK-Direkt, die IKK-N., die IKK-Weser/Ems und die IKK Nord (= Kl.in zu 2) an. Im Jahre 2008 fusionierten die IKK-Weser/Ems mit der HKK-Bremen zur heutigen HKK und im Jahre 2009 die IKK-Direkt mit der Techniker Krankenkasse zur heutigen Techniker Krankenkasse. Damit gehören dem Kl. zu 1) seit 2009 nur noch die Kl.in zu 2) und die IKK-N. an.

Am 29. Januar und 4. Februar 2010 fassten die Verwaltungsräte der IKK-N. und der AOK N. gleichlautende Vereinigungsbeschlüsse, jeweils unter dem Vorbehalt des Ergebnisses der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle, und beantragten die Genehmigung der Fusion bei den Bekl.. Die Bekl. zu 1) informierte daraufhin den Kl. zu 1) über die mit Wirkung zum 1. April 2010 beantragte Vereinigung und gab Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Kl. zu 1) wies darauf hin, dass die Fusion seine Auflösung und die Rechtsnachfolge durch die Kl.in zu 2) zur Folge habe. Es bedürften noch diverse Sachverhalte der Klärung.

Die Bekl. zu 1) genehmigte die Fusion mit Bescheid vom 12. März 2010, der Bekl. zu 2) mit Bescheid vom 17. März 2010. Letzterer erfolgte unter dem Vorbehalt der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle. Der Bescheid der Bekl. zu 1) wies auf die

Unbedenklichkeit des Vorbehalts der kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle in dem Beschluss der Verwaltungsräte hin. Zwar seien Vereinigungsbeschlüsse unbeding und vorbehaltlos zu treffen. Da jedoch ausweislich der vorliegenden Bewertung des Bundeskartellamtes vom 5. März 2010 keine Gründe für eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens vorlägen und die Beteiligten damit den angesprochenen Vorbehalt als gegenstandslos ansähen, bleibe nunmehr für Zweifel über den Bestand des Vereinigungsbeschlusses kein Raum mehr.

Hiergegen richtet sich die von den Kl.in zu 1) und zu 2) am 31. März 2010 beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht zunächst als Anfechtungsklage erhobene Klage. Parallel dazu hatten die Kl. zu 1) und zu 2) beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt mit dem Ziel, festzustellen, dass die oben genannten Fusionsgenehmigungsbescheide nichtig seien und dass ihre Klage aufschiebende Wirkung habe. Dieser Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes wurde vom Senat durch Beschluss vom 9. Juli 2010 aufgrund der fehlenden Antragsbefugnis der Antragsteller zurückgewiesen

Zur Begründung ihrer Klage machen die Kl. geltend, dass sie klagebefugt seien. Der Kl. zu 1) verweist darauf, dass er als Verband über eigene Rechte verfüge. Dies zeigten die §§ 207 Abs. 2 Satz 3, 211 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch (SGB V) und § 12 Abs. 2 Sozialgesetzbuch, Zehntes Buch (SGB X). Obgleich er nicht Adressat der Fusionsgenehmigungsbescheide sei, liege ein Eingriff in seine rechtlich geschützten Interessen vor. Er sei in seinem Bestandsinteresse betroffen, da er durch das Hinausfusionieren der IKK-N. als vorletzte Mitgliedskasse untergehe. Er hätte zwingend an dem Verfahren beteiligt werden müssen, da dessen Ausgang rechtsgestaltende Wirkung für ihn habe. Die von ihm im Rahmen der Anhörung aufgeworfenen Fragen und Einwände seien ignoriert worden, so dass kein ordnungsgemäßes Anhörungsverfahren stattgefunden habe. Er sei daher befugt, Beteiligungsrechte nun im gerichtlichen Verfahren geltend zu machen.

Die Klagebefugnis der Kl.in zu 2) folge aus ihrer Verpflichtung als Rechtsnachfolgerin des untergegangenen Kl. zu 1), dessen Verbindlichkeiten von über 20 Millionen Euro übernehmen zu müssen. Sie habe daher die gleichen Beteiligungsrechte wie der Kl. zu 1). In der Sache sei die Klage begründet, da die angefochtene Fusion unwirksam bzw. nichtig sei. Wegen der zwischenzeitlich vollzogenen Fusion der IKK-Niedersachsen mit der AOK Niedersachsen werde der Anfechtungsantrag gemäß §§ 131 Abs. 1 Satz 3, 199 Abs. 3 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) umgestellt. Eine Klageänderung liege nicht vor.

Die Kl. möchten festgestellt wissen, dass die Fusionsgenehmigungsbescheide des Bekl. zu 1) vom 12. März 2010 und des Bekl. zu 2) vom 17. März 2010 rechtswidrig sind. Außerdem soll der Bekl. zu 2) verpflichtet werden, die AOK N. zu schließen.

Die Bekl. zu 1) ist der Auffassung, dass die Klage bereits unzulässig sei. Sie sei aber auch unbegründet. Beide Kl. seien nicht klagebefugt. Die Fusionsgenehmigungsbescheide wirkten allein im Verhältnis zwischen den betroffenen Krankenkassen, hier der IKK-N. sowie der Beigeladenen zu 1), und den für sie zuständigen staatlichen Aufsichtsbehörden. Die Regelungen des Aufsichtsrechts dienten nicht dem Individualinteresse Einzelner, sondern vielmehr allein dem öffentlichen Interesse, und zielten damit nicht auf die Veränderung einer Rechtsverletzung Dritter außerhalb des konkreten Aufsichtsverhältnisses. Den Rechten der Kl. sei durch die Anhörung des Kl. zu 1) im Vorfeld der Genehmigung in vollem Umfang und abschließend Rechnung getragen worden. Der Fortbestand eines Landesverbandes liege ausschließlich in den Händen seiner Mitgliedskassen, so dass ein solcher auch dann nicht rechtserheblich im Sinne des § 54 Abs. 1 SGG von einer Vereinigung zweier Krankenkassen betroffen sei, wenn er durch deren Vollzug untergehe. Entgegen der Auffassung der Kl. komme es auch nicht durch den Untergang des Kl. zu 1) zu einer Gesamtrechtsnachfolge durch die Kl.in zu 2). Das setze voraus, dass der Kl. zu 1) infolge einer Vereinigung aller seiner früheren Mitglieder untergegangen sei. Das sei hier jedoch nicht der Fall. Die Haftung für in der Vergangenheit entstandene Verbindlichkeiten der IKK-Niedersachsen gegenüber dem früheren IKK-Landesverband Nord sei nunmehr zwischen der Kl.in zu 2) und der Beigeladenen zu 1) zu klären. Gleiches gelte für etwaige Verbindlichkeiten der früheren IKK-N. gegenüber der Kl.in zu 2). Hierbei wirke sich zu Gunsten der Kl.in zu 2) die in § 144 Abs. 4 Satz 2 SGB V vorgesehene Gesamtrechtsnachfolge der aus der Vereinigung hervorgegangenen neuen Krankenkasse für ihre Vorgängerkassen aus. Zudem sei auf die Haftungsregelungen im SGB V zu verweisen, mit denen eine Haftung der neu errichteten Krankenkasse für Verbindlichkeiten ihrer Vorgängerkassen zusätzlich abgesichert werde. Die Haftung der Landesverbände bei Schließung einer Krankenkasse sei im Übrigen abgeschafft worden. Auch sonst sei die Genehmigung des Fusionsbeschlusses wirksam. Den Kl. hätten die Fusionsgenehmigungsbescheide nicht bekanntgegeben werden müssen, da sie nicht Beteiligte des aufsichtsrechtlichen Genehmigungsverfahrens seien. Im Übrigen sei der Kl. zu 1) schon deswegen nicht beteiligungsfähig, da er nicht mehr existiere.

Der Bekl. zu 2) begründet seinen Abweisungsantrag damit, dass es den Kl. schon am Rechtsschutzbedürfnis fehle, gegen seinen Genehmigungsbescheid Klage zu erheben, da sie in keinen eigenen Rechten verletzt seien. Nicht ausreichend sei dafür eine bloße Reflexwirkung in dem Sinne, dass sie in irgendeiner Form durch die Fusion betroffen seien. Es könne nicht seine Sache als Genehmigungsbehörde sein, etwaige Rechtsfolgen für die Kl. durch die Fusion zu untersuchen. Insoweit fehle es an einer entsprechenden Aufsichtszuständigkeit. Der Genehmigungsbescheid sei daher auch den Kl. nicht bekanntgegeben worden. Im Übrigen schließt er sich den Ausführungen der Bekl. zu 1) an.

Auf den Vorlagebeschluss des Senats vom 18. Mai 2010 zur Bestimmung des zuständigen Gerichts hat das Bundessozialgericht mit Beschluss vom 28. Juni 2010 (B 12 SF 5/10 S) das Schleswig-Holsteinische Landessozialgericht zum örtlich zuständigen Gericht bestimmt.

Aus den Gründen

Die Klage ist unzulässig.

Das Schleswig-Holsteinische Landessozialgericht ist für dieses Klageverfahren örtlich und sachlich zuständig. Es wurde bindend durch Beschluss des Bundessozialgerichts vom 28. Juni 2010 zum örtlich zuständigen Gericht (§ 57 SGG) bestimmt. Über die Klage entscheidet das Landessozialgericht gemäß § 29 Abs. 2 Nr. 2 SGG im ersten Rechtszug.

Die Kl. haben ihre ursprünglich gemäß § 54 Abs. 1 SGG als Anfechtungsklage erhobene Klage im laufenden Verfahren durch Änderung ihrer Anträge in eine kombinierte Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 131 Abs. 1 SGG) und Verpflichtungsklage (§ 54 Abs. 4 SGG) umgestellt. Sie gehen zutreffend davon aus, dass durch die zwischenzeitlich erfolgte Fusion der AOK N. mit der IKK N. die darauf gerichteten Genehmigungsbescheide vollzogen sind und ihre Anfechtung daher unzulässig wäre

(vgl. insoweit auch Landessozialgericht Hamburg, Urteil vom 18. März 2009, L 1 KR 35/08 KL, bei einer vergleichbaren Sachlage).

Nach § 131 Abs. 1 Satz 3 SGG spricht das Gericht, sofern sich der Verwaltungsakt erledigt hat, auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, wenn der Kl. ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Für diesen Ausspruch bedarf es neben der Feststellung eines besonderen Interesses und des Eintritts der Erledigung des Vorliegens der für die ursprünglich erhobene Klage erforderlichen besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Diese müssen weiterhin vorliegen. Daran fehlt es hier, denn den Kl.n fehlt schon für die ursprünglich erhobene Anfechtungsklage die Klagebefugnis. Klagebefugigt ist grundsätzlich nur derjenige, der geltend machen kann, durch ein behördliches Handeln in eigenen Rechten verletzt zu sein. Das ist regelmäßig der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts. Die Kl. sind aber nicht Adressat der angefochtenen Genehmigungsbescheide.

Die Verletzung eigener Rechtspositionen ist jedoch auch bei Verwaltungsakten möglich, die gegen Dritte ergangen sind, sofern diese wenigstens mittelbar in eigene rechtlich geschützte Interessen der Kl. eingreifen. Es müssen allerdings rechtlich ge-

schützte Interessen berührt sein, nicht nur berechnete Interessen. Finanzielle, wirtschaftliche oder ideelle Interessen genügen nicht. Es ist zu fragen, ob die Rechtsvorschrift, auf die sich die Kl. berufen, auch ihre Individualinteressen zu schützen bestimmt ist

(vgl. Meyer-Ladewig/Keller, SGG, § 54 Rn. 14 mwN).

Das ist hier im Hinblick auf § 144 Abs. 3 in Verbindung mit § 172 Abs. 1, § 207 Abs. 2a, Abs. 3 SGB V und § 12 Abs. 2 SGB X, auf die die Kl. sich berufen, zu verneinen. Es sind auch keine anderen Normen mit entsprechender drittschützender Wirkung zu erkennen.

Die Annahme einer möglichen Rechtsverletzung Dritter in einem Aufsichtsverfahren würde dem Charakter dieses Verfahrens widersprechen. Denn Staatsaufsicht erschöpft sich regelmäßig allein in der Wahrung der Gleichgewichtslage zwischen Staat und einer Selbstverwaltungskörperschaft und dient nicht dem Individualinteresse Dritter, auch nicht dem anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften. Ebenso wenig wie ein Dritter daher Ansprüche gegen eine Aufsichtsbehörde auf ein aktives Einschreiten gegen die der Aufsicht unterstellte Krankenkasse daraus ableiten kann, dass über den Inhalt materiell-rechtlicher Normen gestritten wird, die (möglicherweise auch) den Schutz des Dritten zum Gegenstand haben, kann sich der Dritte gegen einen Bescheid der Aufsichtsbehörde wenden, mit dem der Krankenkasse ein bestimmtes Handeln abverlangt wird

(Bundessozialgericht, SozR 4-2400 § 35a Nr. 1).

Nichts anderes gilt im Verhältnis der Krankenkassen untereinander. Diese stehen zwar in einem besonderen Verhältnis zueinander. Die dadurch entstehenden Rechte und Pflichten werden aber umfassend durch die Normen des SGB V geregelt, die auch gegebenenfalls Rechtsschutzmöglichkeiten einräumen. In diesem Zusammenhang verdeutlicht das SGB V, dass rechtlich geschützte Individualinteressen der Kl. nicht bestehen bzw. durch die hier streitgegenständlichen Genehmigungsbescheide nicht berührt werden. Dessen Vorschriften (§§ 147 ff. SGB V) räumen allein dem Landesverband, also dem Kl. zu 1), nach § 172 Abs. 1 SGB V ein Anhörungsrecht vor Errichtung, Vereinigung, Öffnung, Auflösung, Schließung oder Verlegung des Sitzes einer Krankenkasse in dem Bezirk eines anderen Verbandes ein. Er wird dadurch aber nicht Beteiligter des Verfahrens. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 172 Abs. 1 SGB V, der von den Verbänden der beteiligten Krankenkassen spricht und ihn damit von der Beteiligteigenschaft ausdrücklich ausnimmt. Die Vorschrift dient nach der seit 1. Juli 2008 geltenden Rechtslage mit dem Wegfall der Haftung der Verbände nunmehr allein der vollständigen Sachverhaltsermittlung im Sinne des § 21 SGB X; der Verband wird damit nicht Beteiligter im Sinne von § 12 SGB X

(Landessozialgericht Hamburg, ebenda mwN).

Als Norm des allgemeinen Verfahrensrechts hat § 12 Abs. 2 SGB X, anders als die Kl. meinen, keinen drittschützenden Charakter und gibt daher auch kein subjektives Recht für Dritte im Sinne einer Klagebefugnis für nicht an sie adressierte Verwaltungsakte.

Der Genehmigungsbescheid für die Fusion zu der Beigeladenen zu 1) ist nicht gegenüber den Kl. ergangen. Daraus folgt, dass sie durch den angefochtenen Verwaltungsakt jedenfalls nicht unmittelbar in ihren Rechten betroffen sein können. Das gilt umso mehr für die Kl.in zu 2), da dieser nicht einmal ein Anhörungsrecht vom Gesetz eingeräumt wird.

Die Fusionsgenehmigungsbescheide greifen auch sonst nicht in Rechte der Kl. ein. Deren Auffassung, sie erlitten Rechtsverluste durch die Fusion, indem der Kl. zu 1) untergehe und die Kl.in zu 2) die Verpflichtungen des Kl. zu 1) übernehmen müsse, führen insoweit nicht zu einer Rechtsverletzung mit der Befugnis, aus dieser gegen die Genehmigungsbescheide klagen zu können. Zwar verliert der Kl. zu 1) durch die Fusion ein Mitglied. Nach dem SGB V hat ein Landesverband aber keinen Anspruch darauf, dass in seinem Bezirk bestimmte (hier Innungs-)Krankenkassen vorhanden sind, denn die Errichtung, Vereinigung, Auflösung oder Schließung von Mitgliedskassen ist ausschließlich Sache der im Gesetz bezeichneten Stellen, zu denen die Landesverbände nicht gehören

(so bereits zu § 414 RVO die Entscheidung des Bayerischen Landessozialgerichts vom 6. Juli 1960, Kr.113/56 in Breithaupt 49 (1960), Seite 963).

Zudem enthält das SGB V keine grundsätzlichen Hindernisse einer freiwilligen Vereinigung (anders noch § 157 Abs. 2 Nr. 3 SGB V in der Fassung bis 1995), das heißt, an die freiwillige Fusion werden keine besonderen Anforderungen gestellt

(§ 44 SGB V; siehe auch Peters in Kasseler Kommentar, § 174 SGB V Rn. 3).

Ebenso wie die grundsätzlich freie Wahl ihres Sitzes ist auch dies Ausfluss des Selbstverwaltungsrechts als tragendes Organisationsprinzip des Sozialversicherungsrechts

(vgl. Landessozialgericht Hamburg ebenda).

Beteiligt ist in allen Verfahren die Krankenkasse, auf die sich die organisatorische Änderung unmittelbar bezieht. Das waren nach der Rechtslage bis 31. Dezember 1995 auch die Krankenkassen, die wegen der Errichtung oder Ausdehnung einer Krankenkasse Mitglieder verloren (vgl. §§ 147 Abs. 1 Nr. 3, 149 in Verbindung mit 173, 174, 157 Abs. 2 Nr. 3 SGB V). Aufgrund der seit 1996 grundsätzlich freien Kassenwahl für alle Versicherten sieht das Gesetz solche Regelungen nicht mehr vor. Das bedeutet, dass andere Kassen auch grundsätzlich nicht mehr beteiligt im Sinne von § 172 SGB V sind

(Engelhard in Hauck/Noftz, SGB V, K§ 172 Rn. 8).

Wenn der Gesetzgeber ein subjektives Recht des Landesverbandes gewollt hätte, hätte es außerdem nicht der ausdrücklichen Bestimmung des Anhörungsrechts in § 172 Abs. 1 Satz 2 SGB V bedurft, da in diesem Fall eine Anhörungspflicht nach § 24 SGB X ohnehin bestanden hätte.

Selbst wenn die Anhörung – wie der Kl. zu 1) meint – deshalb „fehlerhaft“ wäre, weil sein Vorbringen im Anhörungsverfahren nicht berücksichtigt wurde, ändert das nichts daran, dass es sich nicht um eine Beteiligtenanhörung gemäß der §§ 12, 24, 42 Satz 2 SGB X handelt. Da § 172 SGB V schwerlich als Vorschrift zum Schutz subjektiver Rechte gedeutet werden kann, kann mithin allein aufgrund eines Anhörungsmangels die Aufhebung der Genehmigung nicht verlangt werden

(so auch Hänlein in LPK-SGB V § 172 Rn. 4; Krauskopf-Baier, Soziale Krankenversicherung, § 172 SGB V Rn. 5).

Allerdings sieht auch der Senat die möglicherweise nicht unerheblichen Folgen in Bezug auf die Situation der Antragsteller durch die Fusion. Da insoweit noch Verhandlungen zwischen den Betroffenen stattfinden, lassen sich diese im Einzelnen gegenwärtig nicht abschätzen. Dem misst der Gesetzgeber aber offenbar keine Bedeutung zu bzw. er sieht sie durch die Bestimmungen im SGB V ausreichend und umfassend geregelt. Insoweit handelt es sich lediglich um eine gesetzliche Reflexwirkung, die allein und für sich keinen Rechtsschutz bzw. subjektives Recht begründet

(vgl. BVerfGE 31, 33 ff.)

und die Landesverbände und die ihm angehörenden Krankenkassen stets trifft, wenn eine Krankenkasse den Verband verlässt.

Mangels möglicher Rechtsverletzung waren die Bekl. auch nicht verpflichtet, den Kl. die Genehmigungsbescheide bekanntzugeben bzw. zuzustellen. Nach § 37 Abs. 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt demjenigen Beteiligten bekanntzugeben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird. Betroffen ist derjenige, in dessen Rechte oder rechtlich geschützte Interessen der Verwaltungsakt eingreift. Dieses Eingreifen richtet sich nach materiellem Recht und nach dem Schutzzweck der jeweiligen Norm. Maßgebend ist, ob der Verwaltungsakt in die materiellen Rechte im Sinne eines schutzwürdigen Individualinteresses einer anderen Person als der des Adressaten eingreift. Nur wirtschaftliche oder ideelle Interessen begründen keine Betroffenheit in diesem Sinne. Eine solche Betroffenheit liegt hier aus o. g. Gründen, die sich insbesondere auf § 172 Abs. 1 SGB V und § 12 Abs. 2 SGB X beziehen, nicht vor. Drittschützenden Charakter haben diese Normen auch nicht in ihrem Kontext mit § 144 Abs. 3 und § 207 Abs. 2a und Abs. 3 SGB V.

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich des Umstandes, dass der unterliegende Teil die Kosten trägt, auf § 197a SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Da das streitige Rechtsverhältnis den Kl.n gegenüber nur einheitlich entschieden werden kann, können (Ermessensentscheidung des Senats) ihnen die Kosten als Gesamtschuldner auferlegt werden (§ 197a SGG in Verbindung mit § 159 Satz 2 VwGO). Davon macht der Senat Gebrauch, weil der Kl. zu 1) nicht mehr existiert

(so auch Landessozialgericht Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 18. Mai 2011, L 6 ER 14/10).

Der Senat hat dabei berücksichtigt, dass die Kl. das Verfahren mit einheitlichen Schriftsätzen gemeinsam betrieben haben. Da die Beigeladenen keine Anträge gestellt haben, waren ihnen gemäß § 197a SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 3 VwGO keine Kosten aufzuerlegen und es entspricht dann auf der anderen Seite auch nicht der Billigkeit gemäß § 197a SGG in Verbindung mit § 162 Abs. 3 VwGO, dass ihre Kosten erstattungsfähig sind.

Der Senat lässt die Revision gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG zu, weil er der Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Dritte an Krankenkassen gerichtete Fusionsgenehmigungsbescheide anfechten können, grundsätzliche Bedeutung beimisst.

Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG in Verbindung mit § 52 Abs. 1 Gerichtskostengesetz (GKG). Die Kl. haben den Streitwert mit 2500000,00 Euro angegeben, dies jedoch vor dem Hintergrund des in § 52 Abs. 4 GKG bestimmten Höchstbetrags in dieser Höhe. Die von den Kl. tatsächlich geltend gemachte Beschwerde liegt weit über diesem Betrag.

Rezension

Architektenrecht

Praxishandbuch zu Honorar und Haftung

Löffelmann/Fleischmann

Prof. Peter Löffelmann, Rechtsanwalt in Stuttgart; Martin Ihle, Vors. Richter am Landgericht Mosbach; Johann Rohrmüller, Revisionsdirektor in München; Imelda Thaler-Noelle, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht in Stuttgart
Praxishandbuch zu Honorar und Haftung, 6. Auflage 2012, 1358 Seiten, gebunden lieferbar 149,00 Euro
Bücher Werner Verlag, ISBN 978-3-8041-4770-6

Das bereits in der 6. Auflage erscheinende Standardwerk enthält nicht nur eine ausführliche Kommentierung der einschlägigen Vorschriften des speziellen Honorarrechtes für Architekten und Ingenieure in Form der HOAI. Es behandelt darüber hinaus in systematischer Form die zentralen Rechtsprobleme des Arbeitsfeldes der genannten Berufsgruppen. Es ist daher sowohl für den vertieft Suchenden eine wertvolle Hilfe bei der Falllösung als auch für alle Einsteiger in das Rechtsgebiet. Gerade durch

die Einordnung der nicht immer übersichtlich geregelten Honorarfragen in den systematischen Zusammenhang lassen sich die auftretenden Probleme für die Praxis deutlicher herausarbeiten.

Hilfreich sind dabei die am Ende eines jeden der nach thematischen Schwerpunkten geordneten Kapitel angefügten Rechtsprechungsübersichten, in denen stichwortartig der Inhalt leitender Entscheidungen wiedergegeben ist.

Abgerundet wird der Band durch ein besonderes, den Änderungen der HOAI in der Fassung 2009 gewidmetes Kapitel.

Aus der Sicht des täglich mit Fragen des privaten Baurechtes Befassten ist das Werk sehr zu empfehlen. Sämtliche relevanten Fragen aus dem Bereich des Architekten- und Ingenieurrechtes sind umfassend erörtert.

VorsRiOLG Oliver William
1. Zivilsenat, Oberlandesgericht Schleswig

Rezension

AGB-Banken und Sonderbedingungen

mit AGB-Sparkassen und AGB-Postbank

Bunte

Prof. Dr. Hermann-Josef Bunte, AGB-Banken und Sonderbedingungen, Kommentar, 3. vollständig überarbeitete Auflage, 2011, Verlag C. H. Beck, München, Buch XXXIX, 872 Seiten in Leinen, 118,- €, ISBN: 978-3-406-61200-8.

Die Grundlage der Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken (AGB-Banken). Die dritte Auflage des Kommentars von Prof. Dr. Bunte (Stand November 2010) ist schon zwei Jahre nach dem Erscheinen der zweiten Auflage notwendig geworden durch die Neufassung der AGB-Banken und der AGB-Sparkassen, sowie der Sonderbedingungen zum Zahlungsverkehr zum 31. 10.2009. Im Bereich der Sonderbedingungen sind insbesondere die Bedingungen für den Überweisungsverkehr den gesetzlichen Vorgaben angepasst worden, ebenso die Bedingungen für den Lastschriftverkehr. Die Änderungen der AGB und Sonderbedingungen zum 31.10.2009 haben insbesondere zu einer wichtigen Änderung im Überweisungsrecht geführt, weil nunmehr die Maßgeblichkeit der Kundenkennung, und hier die Kundenkennung durch Kontonummer und Bankleitzahl, eingeführt wurde. Dadurch entfällt der früher notwendige Abgleich mit dem Namen des Zahlungsempfängers.

In der 3. Auflage wurde das in der zweiten Auflage erarbeitete Konzept beibehalten, insbesondere die eigenständige Kommen-

tierung der AGB-Sparkassen und die eigenständige Kommentierung der Sonderbedingungen. Der Kommentar behandelt die einzelnen Klauseln der Allgemeinen sowie der Sonderbedingungen nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung und Literatur. Im Blickpunkt der 3. Auflage steht insbesondere das neue Zahlungsdiensterecht nach der Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinie. Die neuen Regelungen haben Auswirkungen auf alle Zahlungsdienste, die entsprechenden Sonderbedingungen zum Überweisungsverkehr, Onlinebanking, Girocard mit Geldkarte, Lastschriften- und Wertpapiergeschäfte.

Der Kommentar erweist sich als praktisches und zuverlässiges sowie aktuelles Nachschlagewerk. Hervorzuheben ist auch die Übersichtlichkeit, wie z.B. die Kommentierung zu den „Nicht entgeltfähigen Leistungen“ i.S.v. Nr. 12 Abs. 3 AGB-Banken (vgl. AGB Banken 1, Randnummer 287, Seite 172 bis 183). Der Kommentar bietet einen guten und praxisnahen Überblick über die jeweiligen Bedingungswerke sowie eine Lösung auf viele offene Fragen des Praktikers. Das Werk hat bereits heute seinen festen Platz in der Alltagsarbeit eines jeden Bankrechtspraktikers, der sich als Richter, Rechtsanwalt oder Bankjurist mit Bankvertragsrecht, was im Wesentlichen AGB-Recht ist, beschäftigt.

RiOLG Friedhelm Röttger,
5. Zivilsenat, Oberlandesgericht Schleswig

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Gleichstellung und Integration des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendam 35, 24103 Kiel, im Eigenverlag.

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

Richter am Oberlandesgericht Friedhelm Röttger, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.

Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen in zwei Ausgaben, Teil A (Justizministerialblatt und Rechtszeitschrift) und Teil B (Justizministerialblatt, nur Anzeigen bzw. gerichtl. Bekanntmachungen enthaltend), Teil A erscheint monatlich einmal, Teil B monatlich zweimal. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 51 €, für Teil B 28 €. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 12,00 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur bei Druckerei Verlag J.J. Augustin GmbH, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax 4709, E-Mail: augustinverlag@t-online.de, bestellen.

Beiträge sind an die Redaktion der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden; Tel. 04621/86-1279 bzw. -1302, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: redaktion-schlha@olg.landsh.de.

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

Druck: Verlag J.J. Augustin GmbH, Glückstadt – ISSN 1860-9643.

Meinungen | Thesen | Aspekte

Perspektiven am Verwaltungsgericht

Das Verwaltungsgericht kann sich nach langjährigem Personalabbau jetzt glücklicherweise wieder mit Neueinstellungen befassen. Von einstmalig 16 Kammern und 57 am Verwaltungsgericht tätigen Richterinnen und Richtern im Spitzenjahr 1996 sind dem Verwaltungsgericht 11 Kammern mit 34 Kolleginnen und Kollegen verblieben. Die Zahl der Richterplanstellen reduzierte sich von ursprünglich 60 auf nunmehr 38, so dass die richterliche Personalausstattung des VG wieder dem Stand von 1977 entspricht. Dieser Personalabbau war die notwendige Folge des Rückganges der Eingangszahlen von ca. 10000 im Jahr 1996 auf ca. 5000 im Jahre 2011 und des Rückganges der Bestände von rund 9000 im Jahre 1996 auf ca. 3500 Sachen Ende 2011. Die Reduzierung des Geschäftsanfalls ist im Wesentlichen durch die Zuständigkeitsverlagerung der Sozialhilfe in die Sozialgerichtsbarkeit, dem Rückgang der Asylbewerberzahlen und der Verringerung des fachbehördlichen Einschreitens gegen Rechtsverstöße begründet. Die jetzige Personalausstattung führt nach Pebbß zu einem Deckungsgrad des Personalbedarfs in richterlichen Geschäften von etwa 95 %. Die der Verwaltungsgerichtsbarkeit im letzten Jahrzehnt, zu Recht, verordnete „Schrumpfkur“ hat jedoch zu einem ungünstigen Altersaufbau in der Richterschaft und zwangsläufig auch zu einem Beförderungsstau geführt. Es sollen zwar in den nächsten Haushaltsjahren noch einige Planstellen eingespart werden, eine weitere Verkleinerung des Gerichts ist in absehbarer Zeit aber wohl nicht mehr zu erwarten. Vielmehr steht ein Generationswechsel in der Richterschaft bevor, der wieder eine positive Personalentwicklungsplanung ermöglicht. So sind in den letzten Monaten vier Vorsitzendenstellen am VG und zwei am OVG, sowie eine Beisitzer-Stelle am OVG ausgeschrieben und zwei Proberichterinnen neu eingestellt worden. Darüber hinaus hoffen wir in 2012 noch auf zwei weitere Neueinstellungen. In der Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht jedoch auch in den nächsten Jahren absehbar Bedarf für junge Kolleginnen und Kollegen; entsprechend der Größe dieser Gerichtsbarkeit zwar immer nur in Einzelfällen, aber doch kontinuierlich. Es gestaltet sich allerdings nicht ganz einfach, geeignete Nachwuchskräfte zu finden, weil wir sowohl fachlich als auch geographisch nicht im Zentrum des Interesses liegen. Darüber hinaus, wird gerade in Zeiten des wirtschaftlichen Booms und der allgemeinen Suche nach Fachkräften, der öffentliche Dienst von jungen Leuten nicht so sehr als attraktiver Arbeitgeber wahrgenommen, so dass wir uns meines Erachtens um junge Kolleginnen und Kollegen besonders bemühen müssen. Es wird auf Dauer nicht ausreichen, den Eingang von Bewerbungen abzuwarten. In einem ersten Schritt gilt es, die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Ausbildungsstation wieder mehr in das Bewusstsein der Referendarinnen und Referendare zu rücken, eine größere Anzahl Interessierter kennenzulernen und zugleich in geeigneten Einzelfällen eine Anregung für die Berufswahl geben zu können. Es wird deshalb nach einem ersten Gespräch jetzt regelmäßig Kontakt zum Referendarrat gehalten und zugleich ein Konzept zur stärkeren Präsenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Referendarausbildung entwickelt. Wenn dann von einzelnen Auszubildenden eine Tätigkeit in der Justiz in Erwägung gezogen wird, wollen wir eine interessante und abwechslungsreiche berufliche Verwendung in Aussicht stellen. Dazu gehört es auch, die von Herrn Präsidenten des Landgerichts i. R. Böttcher aufgezeigten beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten (Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2011, S. 220 ff.) zu nutzen und den jungen Kolleginnen und Kollegen deutlich zu machen, dass sie sich nicht lebenslanglich an ein „Provinzgericht“ binden müssen, sondern eine gute Grundlage für eine interessante Berufslaufbahn schaffen. Dementsprechend freut es mich auch, dass die Möglichkeit zur Abordnung in die Kreisverwaltung Schleswig-Flensburg wieder eröffnet werden konnte. Darüber hinaus wollen wir, nicht nur den jungen Kolleginnen und Kollegen, eine Arbeitsplatzgestaltung mit aktuellem Standard und ein attraktives Arbeitsumfeld bieten. Wir werden unser Interesse an gut qualifizierten Berufsanfängern, gerne mit bewegtem Lebenslauf und an Juristen und Juristinnen mit erster Berufserfahrung außerhalb der Justiz deutlicher verlautbaren und aktiv für uns werben müssen, um zukünftig hinreichend geeignete junge Kolleginnen und Kollegen zu gewinnen.



PräsVG
Dr. Hartwig Martensen,
51 Jahre alt.

Nach dem Abitur in Flensburg landwirtschaftliche Berufsausbildung und parallel zum Jura-Studium Absolvierung der Landwirtschaftsschule. 1989 Promotion; nach kurzer Tätigkeit als Rechtsanwalt seit 1991 Richter. Die Tätigkeit am Verwaltungsgericht wurde unterbrochen durch Abordnungen an die Kreisverwaltung Schleswig-Flensburg, das Schleswig-Holsteinische Finanzgericht und das Schleswig-Holsteinische Oberverwaltungsgericht. Seit 2008 Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht. Seit dem 1. April 2011 Präsident des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts.

Arbeitsgerichtsbarkeit

SchiHLAG	20. 7.2011	3 Ta 117/11	Auslegung einer Parteihandlung als sofortige Beschwerde – Aufhebungsbeschluss der PKH-Bewilligung	195
----------	------------	-------------	---	-----

Sozialgerichtsbarkeit

SchiHLSG	8. 9.2011	L 5 KR 24/10 KL	Zur Klagebefugnis von regionalen Krankenkassenverbänden gegen Fusionsgenehmigungsbescheide, die die Auflösung einer Mitgliedskasse zur Folge haben	196
----------	-----------	-----------------	--	-----

Rezensionen

Oliver William	Löffelmann/Fleischmann: Architektenrecht	199
Friedhelm Röttger	Bunte: AGB-Banken und Sonderbedingungen	199

SCHLHA@LICHT

Dr. Hartwig Martensen	Perspektiven am Verwaltungsgericht	200
-----------------------	------------------------------------	-----

23. Mai – Tag des Grundgesetzes

Geben und Nehmen

Von den Schwierigkeiten einer Neuordnung der föderalen Finanzverfassung

Prof. Dr. Lerke Osterloh, Bundesverfassungsrichterin a.D.

Mittwoch, 23. Mai 2012, 18 Uhr, St. Petri zu Lübeck, Eintritt frei

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland ist am 23. Mai 1949 verkündet worden und mit Ablauf dieses Tages in Kraft getreten. Das St.-Petri-Kuratorium will mit der Feier des „Verfassungstages“ unsere freiheitliche, immer wieder mit Leben zu erfüllende Verfassung stärker ins Bewusstsein heben. Wir wollen mit der Feier des Verfassungstages zugleich an eine Tradition aus der Weimarer Republik erinnern und anknüpfen, die Prof. Dr. Gustav Radbruch, dem aus Lübeck stammenden großen demokratischen Juristen und Rechtspolitiker, ganz besonders am Herzen lag.

Die 1944 geborene **diesjährige Referentin** Prof. Dr. Lerke Osterloh ist Juristin und war als Professorin für Öffentliches Recht und Steuerrecht an den Universitäten Trier und Frankfurt am Main tätig, zuvor als Assistenzprofessorin an der Freien Universität Berlin. Neben ihren Veröffentlichungen zum Abgaben- und Steuerrecht sind ihre Arbeiten zur Gleichberechtigung wichtig.

Von 1998 bis 2010 war Lerke Osterloh Bundesverfassungsrichterin.

Das **Thema** berührt jede Bürgerin und jeden Bürger und ist überdies brandaktuell: Alle reden vom „Euro-Rettungsschirm“

für andere EU-Länder. Aber wer redet sachkundig von der bundesdeutschen Finanzverfassung, von der politischen Ökonomie des Grundgesetzes? Von der täglichen, monatlichen und jährlichen Verteilung des Steueraufkommens zwischen den Ländern und dem Bund und unter den Ländern (innerhalb der Länder entsprechend)?

Lerke Osterloh wird also im Jahr der Wissenschaften in Lübeck vor der demokratischen Öffentlichkeit einen Beitrag für jedermann zur „Aufklärung über die Verfassung“ leisten und einen weithin unbekanntem, aber lebenswichtigen Teil des Grundgesetzes beleuchten, der alle angeht.

Zur Einführung und zum Ausklang des Vortrags gibt es angemessene **Musik**: Prof. Barbara Westphal (Viola) und Christian Ruvolo (Klavier) von der Musikhochschule Lübeck spielen:

– „Convergence“ von Andrea Clearfield (**Uraufführung**) und
– die Sätze zwei (Menuett) und drei (Fuge) aus der Sonate e-moll op. 38 von Johannes Brahms (original für Violoncello und Klavier).

Rückfragen: Hans-Ernst Böttcher, über Büro St. Petri oder Tel. 7070761; mobil 0170/3190861.

Buchanzeige

Klaus Lindloh

Der Handelsrichter und sein Amt

6., völlig neu konzipierte Auflage, 2012, VIII, 103 Seiten, kartoniert, 13,90 €, ISBN 978-3-8006-3861-1

Verlag Franz Vahlen

Der Leitfaden bietet eine knappe Einführung in die rechtlichen Grundlagen des ehrenamtlichen Richters in Handelssachen. Darüber hinaus wird ein knapper Überblick über die Arbeit des Handelsrichters selbst gegeben.

An eine Einführung in die geschichtliche Entwicklung schließt sich die Darstellung der gesetzlichen Regelungen an, die sich mit dem Handelsrichter befassen. Erläutert werden die Besonderheiten der Tätigkeit als Richter und konkret als ehrenamtlicher Handelsrichter bei den Kammern für Handelssachen. Der Leitfaden gibt Antwort auf die Fragen, wer Handelsrichter werden kann, wie man Handelsrichter wird, an welchen Entscheidungen Handelsrichter mitwirken und wie der Gang des gerichtlichen Verfahrens ist. Das letzte Kapitel behandelt die berufliche Praxis in einer Kammer für Handelssachen am Beispiel Hamburgs und gibt wertvolle Hilfestellung im Gerichtsalltag.

Im Anhang sind die im Leitfaden zitierten Gesetzestexte abgedruckt. Enthalten sind im Auszug wichtige Vorschriften zu Grundgesetz, Bürgerliches Gesetzbuch, Deutsches Richterrecht, Gerichtsverfassungsgesetz, Handelsgesetzbuch und Zivilprozessordnung. Die Neuauflage behandelt den Gesetzentwurf zur Einführung von Kammern für Internationale Handelssachen mit Verhandlung in englischer Sprache.

Klaus Lindloh, Vors. Richter am Landgericht i.R., bringt seine Berufserfahrung ein, die er in fast 25 Jahren als Vorsitzender einer Kammer für Handelssachen in Hamburg gewonnen hat.

Das Werk wendet sich an alle angehenden ehrenamtlichen Handelsrichter, Mitarbeiter von Industrie- und Handelskammern, Rechtsanwälte und Richter, aber auch an interessierte Laien.

Buchanzeige

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Einführung in Rechtsfragen und Gestaltung

von Dr. Jürgen Niebling, Rechtsanwalt

2011, 9., überarbeitete Auflage, 237 Seiten; 24,80 €, Das Recht der Wirtschaft, Band 175, ISBN 978-3-415-04766-2

erschienen im Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG

Wer sich im Wirtschaftsleben betätigt, sei es als Unternehmer, sei es als Berater, muss sich mit dem »Kleingedruckten« auskennen. Dies betrifft zum einen die Beurteilung von Einzelklauseln, zum anderen aber auch die Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

Die Broschüre gibt eine klare Übersicht über die vielen Rechtsfragen, die sich bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. So empfiehlt es sich z.B., zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Verbraucherverträgen zugrunde liegen, und solchen, die bei Verträgen zwischen Unternehmern gelten, zu unterscheiden.

Eine Vielzahl von in den Text eingestreuten Klauseln verdeutlicht, was zulässig und was unzulässig ist. Der Autor erleichtert damit das notwendige Verständnis für Gestaltung und Wirksamkeitsbeurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ein wertvoller Band für jeden, der mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu tun hat.

3. Schleswig-Holsteinischer Sozialrechtstag

am 6. September 2012 in Schleswig

Im Dickicht von Rehabilitation und Teilhabe

Seit gut einem Jahrzehnt widmet das Sozialgesetzbuch der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen mit dem SGB IX ein eigenes Buch, das vom hohen gesellschaftlichen Stellenwert dieser Aufgabe zeugt. Die Normen des SGB IX sind allerdings im Kern verfahrensrechtlicher Natur. Die Leistungsgesetze der Arbeitsförderung, der Kranken-, Renten- und Unfallversicherung, der Sozial- und Jugendhilfe vermitteln die eigentlichen Ansprüche auf Rehabilitations- und Eingliederungsleistungen. Behinderte Menschen stehen angesichts unübersichtlicher Konkurrenzregelungen einer Vielzahl potenziell leistungspflichtiger Träger nicht selten orientierungslos gegenüber. Die Klärung von Zuständigkeiten und die Bestimmung der Reichweite von Leistungspflichten sind aber auch für Behörden und Gerichte herausfordernde Aufgaben, zumal die Regelungen des SGB IX oftmals mehr Fragen aufwerfen als beantworten.

Der Schleswig-Holsteinische Sozialrechtstag, der in der Tradition der früheren Nordischen Sozialrechtstage seit 2008 in einem zweijährigen Turnus stattfindet, will diesmal einen Beitrag dazu leisten, das skizzierte Dickicht des Rehabilitationsrechts zu lichten. Als Hauptreferent wird sich *Prof. Dr. Felix Welti* (Universität Kassel) der für die Klärung der Zuständigkeiten zentralen Vorschrift des § 14 SGB IX widmen. Daran knüpft *Dr. Stephan Gutzler* (Landessozialgericht Rheinland-Pfalz) mit einem Referat zu digitalen Hörgeräten als Reha-Leistungen in unterschiedlichen Versicherungszweigen unmittelbar an. *Franz Dillmann* (Landschaftsverband Rheinland) wird das Verhältnis zwischen Leistungen der medizinischer Rehabilitation und zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts beleuchten, während Rechtsanwalt *Dr. Oliver Tolmein* auf die für die Auslegung des nationalen Rechts immer bedeutsamer werdende UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen eingehen wird.

Die abschließende Podiumsdiskussion (Moderation *Jörg Wilhelmy* vom NDR) soll die provokante Frage beantworten, ob angesichts des komplizierten Leistungsgeflechts *Leistungsberechtigte zwischen allen Stühlen* stehen. Eingeladen zur Podiumsdiskussion sind Repräsentanten von Sozialhilfe-, Renten- und Krankenversicherungsträgern, aus der Richterschaft und der Anwaltschaft sowie die Bürgerbeauftragte des Landes Schleswig-Holstein *Birgit Wille*.

Die Veranstaltung wird am **Donnerstag, dem 6. September 2012** im Plenarsaal des Oberlandesgerichts in 24837 Schleswig, Gottorfstraße 2, stattfinden und von 9.30 bis ca. 18.00 Uhr dauern.

Die Tagung richtet sich an alle, die sozialpolitisch interessiert und/oder professionell mit dem Sozialrecht befasst sind, sei es an den Gerichten, in der Sozialverwaltung und der Anwaltschaft, bei Verbänden und im Bereich der Hochschulen. Ziel der Tagung ist es, Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit aktuellen sozialrechtlichen und sozialpolitischen Fragen zu geben und einen Beitrag zur Gestaltung des Sozialrechts zu leisten. Dabei wird dem Erfahrungsaustausch ein großer Stellenwert eingeräumt.

Es wird ein Tagungsbeitrag von 50,00 Euro erhoben. Dieser umfasst einen Mittagsimbiss, Pausengetränke, Kaffee und Gebäck. Es handelt sich um eine **Fortbildungsveranstaltung für Fachanwälte für Sozialrecht**, die gemäß § 15 FAO anerkennungsfähig ist. Auf Antrag wird – ohne zusätzliche Gebühr – eine Bescheinigung über die Teilnahme mit Nachweis von 5 Zeitstunden erstellt.

Das genaue Tagungsprogramm können Sie in Kürze auf der Internetseite des Landessozialgerichts (www.landessozialgericht.schleswig-holstein.de) einsehen.

Anmeldungen bitte bis zum **15. August 2012** an

Katrin Hagge Ellhöft,

Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig
Telefon: 04621 – 861386/Fax: 04621 – 861025, E-Mail: fortbildung@lsg.landsh.de

unter Einzahlung des Tagungsbeitrages auf folgendes Konto bei der Nordostsee-Sparkasse

Landessozialgericht
KontoNr.: 164252819, BLZ: 21750000.

PS: Schleswig und die Schleiregion sind immer eine Reise wert. Auswärtige Teilnehmer, die aus Anlass der Tagung in Schleswig übernachten wollen, erhalten weitere Information über die Tourismusinformation der Stadt Schleswig, Plessenstraße 7, 24837 Schleswig (www.ostseefjordschlei.de).