

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

## Aus dem Inhalt

*Stefan Bachmor*

Zum Gegenstandswert für die Unfall-  
regulierung bei einem wirtschaftlichen  
Totalschaden

*Walter Koch*

Kopenhagen an der Elbe  
J. J. Augustin in Glückstadt, Hamburg  
und New York

Juni 2016

## I. Aufsätze

Stefan Bachmor	Zum Gegenstandswert für die Unfallregulierung bei einem wirtschaftlichen Totalschaden – Amtsgericht Norderstedt vs. Amtsgericht Hamburg –	199
Walter Koch	Kopenhagen an der Elbe – J. J. Augustin in Glückstadt, Hamburg und New York	200

## II. Amtliche Veröffentlichungen

Bek. d. MJKE v. 11. Mai 2016 – II 342/5413 E – 515 –	Verlust eines Dienstsiegels	204
--	-----------------------------	-----

## III. Personalnachrichten

## IV. Ausschreibungen

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

SchIHOLG	2. 7.2014	5 U 10/14	Zum Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 Satz 1 HWiG a. F. und zu den Voraussetzungen einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO	207
SchIHOLG	15. 10. 2015	5 U 91/15	Haftung einer als Kommissionärin tätigen Bank für Angaben auf der Wertpapierkaufabrechnung	209
SchIHOLG	18. 9. 2015	11 U 141/14	Keine Haftung des anderen Beteiligten bei Verletzung nach gemeinsam geplanter und durchgeführter gefährlicher Baumfällaktion	213
SchIHOLG	6. 7. 2015	3 Wx 38/15	Auslegung eines unter der Bedingung des Erblassertodes bei bestimmter Gelegenheit stehenden Testamentes	214
SchIHOLG	6. 7. 2015	3 Wx 41/15	Bestellung eines Ersatztestamentsvollstreckers aufgrund konkludenten Erblassersuchens	215
SchIHOLG	7. 8. 2015	3 Wx 61/15	Testamentsauslegung bei Berufung zum Erben eines Einzelgegenstandes	217
LG Lübeck	26. 11. 2015	14 S 86/15	Die versuchte Motor-Starthilfe mittels eines Kfz für ein anderes Kfz durch „Batterie-Überbrückung“ kann als „Gebrauch des Kfz“ im Sinne der AKB 2008 einzuordnen sein	219
SchIHOLG	30. 4. 2015	1 Verg 7/14	Anforderungen an die Bestimmtheit und Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung eines öffentlichen Auftraggebers	221
SchIHOLG	28. 8. 2015	1 Verg 1/15	Vergaberechtsrelevante Vertragsänderung durch Aufstockung eines bereits beauftragten Volumens im Wege einseitiger Leistungsbestimmung des Auftraggebers	225

### Familienrecht

SchIHOLG	22. 9. 2015	10 UF 105/15	Notwendigkeit der Einholung eines kinderpsychologischen Sachverständigengutachtens bei Anordnung eines Umgangsausschlusses; Gestaltung der Kindesanhörung für die zuverlässige Ermittlung des Kindeswillens	233
----------	-------------	--------------	---	-----

Fortsetzung 3. Umschlagseite

### Terminankündigung

#### **Michael Grosse**

liest **Karl Kraus**

**musikalisch untermalt von David Shamban**

Was Satire kann und darf? – Nicht erst heute, sondern auch vor gut 100 Jahren ein Thema bei Karl Kraus. Sprachkünstler, Satiriker, unerbittlicher Mahner, Großkritiker von allem und ziemlich jedem – all das und seine überbordende Wortgewalt sind Karl Kraus (1874–1936). Aus einer jüdisch-österreichischen Fabrikantenfamilie stammend wurde er nach kleinen Gehversuchen in der Rechtswissenschaft schnell Theaterkritiker, Essayist und feste Größe des Wiener Literaturbetriebs, aber auch dessen und der Presse größter Kritiker. Dem dienten auch seine eigene Zeitschrift, „Die Fackel“, seine öffentlichen „Vorlesungen“ und seine verbalen „Erledigungen“ diverser Gegner. Dies musste polarisieren: für Elias Canetti der „strengste und größte Mann“ Wiens, war er für Stefan Zweig nur der „Meister des giftigen Spotts“, für Alfred Kerr eine „Ein-Mann-Kirche“ Was bleibt? – Lassen Sie sich faszinieren von dieser interessanten Persönlichkeit, ihrer Vielschichtigkeit und ihrer Brillanz.

**Kartenreservierung:** telefonisch ab 4. Juli 2016 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13–15 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

#### **Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht**

**Montag, den 11. Juli 2016, 19.00 Uhr**

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

Anlass genug, so viel Wortgewalt wieder einmal mit einem anderen Wortmächtigen zusammen zu bringen und außerdem zu einem literarisch-musikalischen Dialog zu (ver-)führen. Texte von Karl Kraus werden gelesen von Michael Grosse (Jahrgang 1961), von 2000 bis 2010 Generalintendant des Schleswig-Holsteinischen Landestheaters und seither in gleicher Funktion bei den Städtischen Bühnen Krefeld und Mönchengladbach, einem Theatermacher, den es zu Vortrag und Gestaltung von Literatur immer wieder selbst auf die Bühne zieht. Immer wieder umjubelt und im Oberlandesgericht zum neunten Mal! Musikalisch umrahmt wird die Lesung durch den aus Israel stammenden Cellisten David Shamban (Jahrgang 1954), den es nach langer Karriere in den USA in das Land von Johann Sebastian Bach zog, dessen Cello-Suiten ihn immer wieder fasziniert haben.

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

#### **Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:**

22. Sept. 2016: Lesung mit Bov Bjerg

1. Nov. 2016: Neues auf dem Buchmarkt von und mit Annemarie Stoltenberg

23. Nov. 2016: Abend mit Elke Heidenreich

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

## Zum Gegenstandswert für die Unfallregulierung bei einem wirtschaftlichen Totalschaden – Amtsgericht Norderstedt vs. Amtsgericht Hamburg –

von Rechtsanwalt Stefan Bachmor, Hamburg\*

### 1. Problemaufriss

Grundsätzlich ist allgemein anerkannt, dass sich der Gegenstandswert für die Kostenerstattung der außergerichtlichen Anwaltsgebühren nach der Höhe des vom Haftpflichtversicherer des Unfallverursachers tatsächlich bezahlten Betrags richtet.

Im Fall eines wirtschaftlichen Totalschadens erhält der Geschädigte denjenigen Fahrzeugwert erstattet, den das Kfz zum Unfallzeitpunkt hatte (Wiederbeschaffungswert). Davon abzuziehen ist der Restwert, also derjenige Wert, den das Fahrzeug nach dem Unfall noch aufweist und den der Geschädigte üblicherweise durch Veräußerung des Unfallwracks erlässt.

In jüngerer Vergangenheit ist es insbesondere auf Amtsebene vermehrt zu Verfahren gekommen, die die Problematik betreffen, ob der Restwert bei der Berechnung des Gegenstandswerts zu berücksichtigen ist oder aber einzig der Wiederbeschaffungswert maßgeblich sein kann.

Zu diesem Themenkreis liegen nun zwei aktuelle Entscheidungen der Amtsgerichte Norderstedt und Hamburg vor, die zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.

### 2. Amtsgericht Norderstedt

Das Amtsgericht Norderstedt vertritt in seiner Entscheidung vom 15.9.2015, Az. 47 C 118/15 (NJW 2015, 3798), die Auffassung, dass der zu erzielende Restwert beim Gegenstandswert für die außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts keine Rolle spielen dürfe. Der gutachterlich ermittelte Wiederbeschaffungswert spiegele die Schadenhöhe für den Geschädigten im Unfallzeitpunkt wider. Überdies sei es Bestandteil der außergerichtlichen rechtsanwaltlichen Beratungstätigkeit, die Höhe des angesetzten Restwerts im Falle eines Totalschadens zu beurteilen. Dabei sei unschädlich, dass aufgrund dieser Betrachtungsweise gegebenenfalls ein geringerer Be-

trag durch den Versicherer auszuführen ist als für die Gebührenrechnung als Gegenstandswert angesetzt wird. Vielmehr trage der Ansatz des Wiederbeschaffungswerts im Gegensatz zum Wiederbeschaffungsaufwand dem Interesse des Geschädigten angemessene Rechnung.

### 3. Amtsgericht Hamburg

Das Amtsgericht Hamburg ist demgegenüber der Meinung, dass für die Berechnung der außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren derjenige Gegenstandswert anzusetzen sei, der der berechtigten Schadensersatzforderung entspricht (Urteil vom 13.5.2016 – 31c C 482/15).

Eine Kostenerstattung aufgrund des materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs könne der Geschädigte vom Schädiger grundsätzlich nur insoweit verlangen, als seine Forderung diesem gegenüber objektiv auch berechtigt ist. Denn Kosten, die dadurch entstehen, dass er einen Anwalt zur Durchsetzung eines unbegründeten Anspruchs beauftragt, können dem Schädiger nicht mehr als Folgen seines Verhaltens zugerechnet werden. Es liege in der Natur des Schadenersatzes bei Sachbeschädigungen, dass der konkrete Schaden bei Beauftragung eines Anwalts durch den Schädiger zahlenmäßig noch nicht feststeht. Das Risiko für den Geschädigten folge für den Schadenersatz bei Sachbeschädigungen aus den grundsätzlichen Regeln nach §§ 249 ff. BGB sowie den daraus entwickelten Institut des Wirtschaftlichkeitspostulats und des Bereicherungsverbots.

### 4. Eigene Stellungnahme

Der Rechtsauffassung, die auch das Amtsgericht Norderstedt vertritt, ist zugestehen, dass die Verrechnung des Restwertes nicht dazu führt, dass der Schaden von vornherein geringer eingetreten ist, sondern vielmehr dazu, dass er im Nachhinein kompensiert wird. Richtig ist auch, dass – wenigstens in der Theorie – der Rechtsanwalt auch hinsichtlich der Abwicklung und Beurteilung des Restwerts mandatiert ist, was zunächst dafür spricht, dass auch der insoweit thematisierte Restwert vollen Umfangs beim Gegenstandswert zu berücksichtigen ist (so ausdrücklich auch Schneider in DAR 2015, 177).

Im Ergebnis ist gleichwohl die Auffassung des Amtsgerichts Hamburg überzeugender, zumal sie sich streng an den Regeln der §§ 249 ff. BGB orientiert. Für die Ermittlung des Schadens steht das Interesse des Geschädigten an einer vollständigen Restitution im Vordergrund. Das Wirtschaftlichkeitspostulat und das Bereicherungsverbot begrenzen dieses Interesse.

\* Der Autor ist seit 2002 Rechtsanwalt und war bis 2005 Großschaden- und Prozessbearbeiter bei der Allianz Versicherung AG in Hamburg. Seit 2006 ist er als Rechtsanwalt in der Kanzlei Rocke & Partner (ADAC-Vertragskanzlei) in Hamburg tätig, seit 2009 Partner der Kanzlei sowie Fachanwalt für Verkehrsrecht und für Versicherungsrecht. Auf seine Beiträge „Die HWS-Verletzung als Primärverletzung in der gerichtlichen Praxis in den OLG Bezirken Hamburg und Schleswig-Holstein“ (SchlHA 2013, 94–102), „Schleswig-Holsteinische Haftungsquoten anhand ausgewählter Unfallkonstellationen“ (SchlHA 2013, 261–271), „Die Schleswig-Holsteinische Rechtsprechung zum Schadenersatz bei Verkehrsunfällen“ (SchlHA 2014, 128–133), „Der Haushaltsführungsschaden der verletzten Person als fiktive Schadenposition im Verkehrsunfallrecht“ (SchlHA 2014, 298–303) und „Die Rechtsprechung in Schleswig-Holstein zur Verweisung auf die Stundenverrechnungssätze freier Werkstätten im Lichte der Spruchpraxis des BGH“ (SchlHA 2015, 310–315) wird hingewiesen

Nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB sind bei der Beschädigung eines Kfz die Kosten für die Wiederbeschaffung eines gleichartigen und gleichwertigen Ersatzes auszugleichen. Entscheidend ist nach dem Restitutionsinteresse also zunächst der Wiederbeschaffungswert. Aufgrund des Bereicherungsverbots darf der Geschädigte jedoch nicht die vollen Wiederbeschaffungskosten verlangen und daneben das beschädigte Kfz mit Restwert behalten. Er muss sich den Restwert anrechnen lassen und darf nur den Wiederbeschaffungsaufwand reklamieren. Wahlweise kann er dem Schädiger das zerstörte Kfz herausgeben und den vollen Wiederbeschaffungswert verlangen. Entsprechend des Wirtschaftlichkeitsgebots muss der Geschädigte den günstigsten, ihm zumutbaren Weg wählen. Ein erhöhtes Restwertangebot durch den Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer muss der Geschädigte nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB akzeptieren, sofern es konkret und zumutbar ist. Sofern der Geschädigte bei einer eigenhändigen Verwertung des Unfallfahrzeugs einen Mehrerlös im Vergleich zum Sachverständigengutachten erzielt, ist dieser auf den Schaden anzurechnen, es sei denn, er beruht auf überobligatorischen Anstrengungen, die den Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer nicht entlasten dürfen. An alledem wird deutlich, dass der konkrete Schaden zum Unfallzeitpunkt üblicherweise noch nicht feststeht und in seiner Höhe erst nach dem schadenauslösenden Ereignis bestimmt werden kann.

Im Ergebnis ist nach eigener Auffassung der vorhandene Restwert stets in den Schaden einzubeziehen. Der Schaden entsteht daher in Fällen des wirtschaftlichen Totalschadens nie in voller Höhe der Wiederbeschaffungskosten, sondern immer nur in Höhe des Wiederbeschaffungsaufwands, so dass der Restwert selbst nicht Gegenstand der Berechnung der Rechtsanwaltsgebühren ist.

Dass dieses Ergebnis richtig ist, zeigt auch die folgende Kontrollüberlegung: Wenn Wiederbeschaffungswert und Restwert identisch sind, nach der schadenrechtlichen Differenzhypothese also überhaupt kein Schaden entstanden ist, könnte der Rechtsanwalt unter Zugrundelegung derjenigen Auffassung, der auch das Amtsgericht Norderstedt folgt, gegenüber dem nicht erstattungspflichtigen Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer gleichwohl Gebühren nach Höhe des Wiederbeschaffungswerts liquidieren. Dass dies nicht angehen kann, dürfte auf der Hand liegen.

Richtigerweise hat das Amtsgericht Hamburg – dies hatten beide Parteien auch beantragt – die Berufung zugelassen, § 511 Abs. 4 Nr. 1 ZPO: Der Streit wird bei jedem Verkehrsunfall mit wirtschaftlichem Totalschaden virulent, so dass die Angelegenheit sowohl grundsätzliche Bedeutung hat als auch der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient.

## Kopenhagen an der Elbe

J.J. Augustin in Glückstadt, Hamburg und New York

von Walter Koch, Hannover\*

### Glückstadt – eine periphere Annäherung

In ignoranter Distanz ziehen überdimensionierte Containerschiffe, England-Fähren, Airlines, aber auch die Datenströme an Glückstadt vorbei. Nur die im 19. Jahrhundert terrassierte Schnellzuglinie Hamburg – Westerland erreicht über einen deutlichen Umweg die Stadt. Wenn man dann, noch am Elbufer stehend, den Blick abwendet vom Himmel, vom gezeitengeprägten Strom, wenn man sich aus den virtuellen Räumen des eigenen iPad lösen kann, erschließt sich dem Besucher ein Idyll des 17. Jahrhunderts, eine *halbgelungene* Stadt, die hier in ihrer Hafenzeile an den Nyhavn von Kopenhagen erinnert und doch nur *ein* Flussufer einfasst. Die radiale Gestalt Glückstadts bleibt am Südufer des Rhin-Hafens unausgeführt. In Kopenhagen dagegen findet sich das Erbe Christian des IV., dänischer König von 1588 bis 1648, ganz anders: als harmonische und die Metropole prägende Architektur. In Schleswig-Holstein – genauer gesagt – am bis 1864 dänisch verwalteten Elbufer erblicken wir das Gegenteil einer gelungenen Residenz; zu viel hatte der Monarch in „Glückstadt“ gewagt und dann doch verloren: erst vor wenigen Jahren (2004) wurde hier die Admiralität seiner Marine dem Erdboden gleichgemacht. Nach dieser von der Stadtverwaltung durchgesetzten Zerstörung entfuhr dem langjährigen Vorsitzenden der örtlichen Historiker-Gesellschaft (Detlefsen-Gesellschaft) das zornige Bonmot:



**Christian IV. in Siegerpose,  
Pieter Isaacsz 1569–1625**

man solle dem Gemeinwesen seinen schönen Namen wieder entziehen und es, sozusagen als Summe seiner Geschichte, besser in „Pechstadt“ umbenennen (Klaus-Joachim Lorenzen-Schmidt).

### Fortuna oder der strategische Blick auf den Atlantik

Auch Dänemark legitimierte seinen *äußeren* Anspruch als Staatsmacht zunächst durch Eroberungen fremder Territorien und im geradezu machiavellistischen Willen, Hamburg entweder zu besitzen oder es aber niederzuringen, um auf dieser Basis nichts Geringeres zu versuchen als (im Wettstreit mit anderen Mächten) den neu entdeckten Kontinent Amerika zu kolonisieren. Für Christian den IV. war die Gründung Glückstadts im Jahr 1617, die Anrufung „Fortunas“ der Kern eines *transatlantischen* Projektes, das hier, am Elbufer, seinen Ausgangspunkt nehmen sollte. Hier setzte er den aus ganz Nordeuropa zusammengeströmten Bewohnern, gerade auch den Christen, die antike Schönheit, eine die Welt regierende römische Gottheit auf den Turm ihrer Stadtkirche, eine bezwingende Kraft, die der Monarch als Lenkerin seiner Politik beschwörend anrief und gleichermaßen als Unterpfand für seinen Erfolg beanspruchte: Das weltliche Glück aller ihm unterworfenen „Subjekte“ verschmolz so mit seiner eigenen Souveränität als Akteur und Eroberer: Die Gewinnung Hamburgs, Bremens, Verdens und weiter Teile Niedersachsens sollten das Schwergewicht Dänemarks nach Süden verlagern und dessen westlich-atlantische Orientierung besiegeln. Die als Festung errichtete Stadt Glückstadt wurde in den Planungen des Monarchen zum Inbegriff und Zentrum des gesamten Staatsprojektes sowohl für die Eroberung neuer überseeischer Territorien als auch im Hinblick auf die Verteidigung und Arrondierung des dänischen Kernlandes.

### Der Schock des Scheiterns

Tatsächlich sind die den christianschen Versprechungen folgenden Immigranten (u. a. Mennoniten, Katholiken und Sepharden aus Portugal) an diesem Kunst-Ort einem geradezu pompejanisch anmutenden Unglück ausgesetzt worden. Ver-

\* Der Autor ist Historiker und Politologe. Er leitet die „Hannah-Arendt-Bibliothek-Hannover und ist Vorstandsvorsitzender des Trägervereins „Hannah Arendt Haus. Internationaler Bibliotheks- und Medienverbund e.V.“. Der hier veröffentlichte Beitrag ist die vom Autor überarbeitete Fassung von „Kopenhagen an der Elbe“, Leinebogen 4, Glückstadt 2015.

flachung bzw. Verschlickung und Versandung des Ufers und der Zugangswege, nicht zuletzt aber vielfältige politische Katastrophen (die dänischen Niederlagen in den Kriegen des 17. Jahrhunderts) verlangen nach einem drastischen Gegenbild zur Vision des Souveräns. Wenn sie dem intendierten, ausgemalten, allzu geplanten Glück nahe kommen, wenn sie „das Göttliche“ entdecken und dessen nur in Siegesfahnen gehüllte Schönheit bestaunen, wenn die den Globus bezwingende „Fortuna“ ihr eigener Fixstern wird, widerfährt den begehrenden Menschen die meist folgende Untergangsgeschichte als „choc“: Christian IV., in Dänemark auch heute noch beliebte und bewunderte historische Figur konnte am Ende ihrer Regentschaft, also am Ende des 30-jährigen Krieges, kaum noch das Brennholz für die Öfen seines Kopenhagener Stammhauses (Schloss Rosenborg) bezahlen. Kurz, dem König und den von ihm nach „Glückstadt“ berufenen Gründungsbewohnern stand schon bald die bittere Erkenntnis vor Augen: an ein „Neu-Kopenhagen“, an eine aufblühende zweite, besonders erfolgreiche Reichs-Metropole war überhaupt nicht mehr zu denken ...



**Die versandete Elbe vor Glückstadt**

Im Nachhinein aber hat man die Frage, was von Dänemarks einst so zielstrebigem Wirken am Elbufer bleibt, nie richtig beantwortet: Ist es nur die Erinnerung an die teilweise gelingende militärische Rettung des Landes durch die von Kopenhagen aus gesehen weit vorgeschobene Festungsstadt im Krieg von 1628 bzw. 1644/45? Oder sind es die gegenüber den eingewanderten „Nationen“ (Niederländer, Portugiesen) verbrieften *inneren* Freiheiten bzw. die weltanschauliche Toleranz, die es Juden, Protestanten, Katholiken, Mennoniten und Freigeistern ermöglichte, gleiche Bürger eines Gemeinwesens zu sein, dessen Gründungsverfassung weit in die Zukunft verwies?

Als in der 2. Hälfte des 17. Jahrhunderts der untergeordnete Rang Dänemarks deutlich wurde (schwächer als England, Schweden oder auch die Niederlande), haben es Christians Nachfolger vermieden, Glückstadt zur Residenz zu wählen. Nach seinem Tod begann in der gerade erst gegründeten Stadt der Verfall, die Stagnation. Zunächst bricht man die Schlosskirche, dann das Schloss ab. Später werden die königlichen Gärten und die Admiralität zerstört und heute erinnert nur noch das „Proviathanhaus“ an das Regierungsviertel: Wenn zu Beginn des neuzeitlichen „take-offs“ ein produktives „Eroberungsprogramm“ zur Gründung führte, Handel, Handwerk, Seefahrt und Militär/ Flotte angesiedelt werden, und man dies alles *einem* politischen Entschluss zurechnen kann, differenzieren sich die Projekte des königlichen Willens im Laufe der Baugeschichte zu historischer Vielfalt, die auch heute noch, wenn auch oft unverstanden, im Stadtbild nachklingen (Befestigungen, Rathaus, Palais, Gießhaus, Druckerei, Bürgerhäuser, Kirchen, etc.). Uns Heutigen bleiben die zu dechiffrierenden Relikte und Hinweise auf einen längst verdrängten Plan<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Auch die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ gehen auf diese königlich-dänische Staatsplanung zurück. 1750 erstmals erschienen, ging der Druckauftrag nach Glückstadt, an ein bereits damals traditionsreiches Unternehmen. Mehr als hundert Jahren vor den „Anzeigen“ wurde bereits von hier aus Öffentlichkeit organisiert. Das königliche Privileg für den Drucker Andreas Koch datiert aus 1632. Bereits ab 1740 kam die „Fortuna“, Schleswig-Holsteins älteste Zeitung, in der Festung ihrer Majestät heraus und der Auftragnehmer Johann Jacob Pabst, wie auch sein Lehrling Jakob Johann Augustin erweiterten diese unternehmerischen Anfänge zu einem Verlag, der sein Profil zwischen Wissenschaft, Regierungskreisen und Nachrichtenwesen entwickelte.

## **Weltzuwendung: J. J. Augustin in Glückstadt, Hamburg und New York**

Die Unternehmen der Glückstädter bleiben substantiell und historisch voneinander isolierte Einzelprojekte. Nur ein Unternehmen des 20. Jahrhunderts nötigt uns zu genauerer Betrachtung. Das Bild bescheidener Provinzialität, das Hafen und Wirtschaft lange prägten, scheint gleich nach der Wende zum 20. Jahrhundert nicht mehr angemessen zu sein. Eine 1632 von Christian IV. privilegierte Firma verbindet sich fast über Nacht mit dem, was wir „Fortschritt der Menschheit“ nennen.

Im 18. und 19. Jahrhundert hatten amerikanische, französische, ja europäische Revolutionen die industriell unternehmerischen Bürger zu „Königen“ gemacht, auch in Dänemark und in Deutschland. Sie, die mit ihren Produkten zahlungsfähige Bedürfnisse bedienten, hatten sich neue, dynamische Reichtumsquellen erschlossen: die freie, an Marktbedürfnissen orientierte Kombination von Arbeit und Kapital. Etwas verspätet und auch nur für wenige Jahrzehnte schreibt sich Glückstadt in die Annalen von Wissenschaft und Technologie ein. Ab 1905 stößt ein junger Firmenerbe einen derartigen Wachstumsprozess an. Ihm gelingt es, das faktische „Fremdsprachen-Monopol“ der Missions- und Staatsdruckereien zu überwinden. Es geht um einen weltzugewandten Spross aus der seit 1775 in Glückstadt ansässigen Familie Augustin. Vor der Übernahme dieses im Familienbesitz befindliche Unternehmens durch Heinrich Wilhelm Augustin (1878–1938) gab es in Deutschland kaum private Fremdsprachen-Setzereien und Verlage. Heinrich Wilhelm aber entdeckte die Mängel in den Monopolen und orientiert seinen Betrieb an den Bedürfnissen und Aufträgen universitärer Sprach-, Kultur- und Kunstwissenschaftler. Sein Wunsch war es, Forscher zu publizieren, die sprachlichen Besonderheiten „fremder“ Menschen nachgingen. Für derartige Forschungen hatte sich der junge Heinrich Wilhelm Augustin bereits während seiner Lehr- und Wanderzeit (1898–1905) interessiert. Notizen aus der Feldforschung öffentlich zu machen, wurde eine der besonderen Leistungen der schnell wachsenden Firma. Im Weltverständnis



**Heinrich Wilhelm Augustin, 1878–1938**

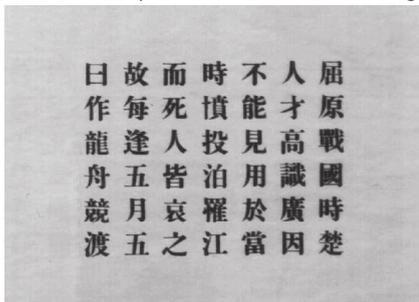
Ab 1775 führte das Unternehmen den Namen „J. J. Augustin“. Der ehemalige päpstliche Lehrling Johann Jakob hatte in diesem Jahr das Unternehmen für 1000 Rtl. aufgekauft. Auch heute ist der Firmennahme nicht erloschen und die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ sind diesem bereits von Christian IV. „outgescoursten“ Unternehmen noch immer verbunden. Ob die Glückstädter Verlagsdrucker als Familienbetrieb oder als Weltunternehmen mit 160 Mitarbeitern agierten, es gab einen durchgängigen Anspruch: Die J. J. Augustin war nie ganz Staatsverlag und nie reines Privatunternehmen, und diese merkwürdige Zwitterexistenz ist ein deutlicher Hinweis dafür, dass es sich lohnt, nicht nur die Geschichte der Drucktechnologie, sondern den „Zivilisationsprozess“ insgesamt (N. Elias) anhand der sich über Jahrhunderte hin entwickelnden (Betriebs-) Geschichte neu zu überdenken. Die Schleswig-Holsteinischen Anzeigen – am 4. Mai 1750 mit königlich dänischem Privileg erstmals bei der Königlichen Buchdruckerei Johannes Jacob Babst in Glückstadt erschienen - sind mit der Firmengeschichte der Verlagsdruckerei J.J. Augustin in Glückstadt eng verbunden. Im Jahr 1775 hatte der ehemalige Buchdruckerlehrling Jakob Johann Augustin die Königliche Buchdruckerei in Glückstadt von J.J. Babst für 1000 Reichstaler gekauft. Bis heute hin werden die Schleswig-Holsteinischen Anzeigen, die zu den ältesten Rechtszeitschriften Deutschlands gehören, bei J.J. Augustin in Glückstadt gedruckt. Nach dem zweiten Weltkrieg erhielt der damalige Präsident des Oberlandesgerichts Kiel, Dr. Kuhnt, von der britischen Militärregierung die Lizenz zur Herausgabe der Schleswig-Holsteinischen Anzeigen als Amtsblatt der Justizverwaltung. So kam es, dass seit Anfang des Jahres 1946 die Firma J.J. Augustin in Glückstadt die Anzeigen nur noch druckt, aber nicht mehr verlegt.

nis bzw. in seiner produktiven Aneignungsart durchaus mit Christian IV. vergleichbar, begann Heinrich Wilhelm einer neuartigen Nachfrage nach typografischem Spezialwissen, publizistischer Dienstleistung und industriellem Buchdruck gerecht zu werden.

### Feste der Völker, verdunkelt

Die Publikation derartiger Forschungen war im Zusammenhang mit dem reichsdeutschen Kolonialprojekt zwar verwertbar, ihr aufklärerischer Ansatz aber konnte, je nach theoretischem Konzept, auch als humanistische Struktur- und Basiserkenntnis der Völkerverständigung gedeutet werden. Im Zusammenhang einer wachsenden Ausdifferenzierung akademisch geprägter Fachkenntnisse (beginnend mit den Altertumswissenschaften bis hin zur Sinologie) lieferten Verlag und Druckerei J. J. Augustin wichtige Voraussetzungen und Beiträge für Anthropologie, Philosophie, Soziologie und Politikwissenschaft. Bisher ist nicht untersucht worden, ob das Profil des Verlages und der Druckerei mehr und mehr durch den bewussten Aufbau dieses neuartigen Projektes bestimmt wurde oder durch eine fast beliebige Vielfalt und Flexibilität. Also, ob man betriebsgeschichtlich von einer „Akzidenzdruckerei“ sprechen muss, der die Goethe-Gesamtausgabe von 1947 ebenso gelegen kam wie der Formulardruck für die Reichsmarine (ab 1931). Wir können ja fragen, wie sich derartige Beliebigkeit verträglich mit dem anderen Bild eines „Autoren-Verlages“, der Professoren europäischer und nordamerikanischer „Orchideenfächer“ zu Projektleitern macht, den Staatsdruckereien die Fremdsprachen-Aufträge entzieht und für universitäre Veröffentlichungen das publizistisch-kulturelle Umfeld, das Know-how, die Koordination und die technische Realisierung liefert?

Wenn man eines der schönsten Zeugnisse des Buchdrucks, die Augustin-Festschrift aus dem Jahr 1932 zum 300. Jubiläum des königlichen Druckprivilegs, als Dokument der Firmenorientierung interpretiert, wäre das politische Urteil eindeutig. Das Unternehmen, in das ab 1928 auch der Sohn Johannes Jakob eintrat, expandiert nach Hamburg und New York. Allein in Glückstadt wurden über hundert Mitarbeiter beschäftigt und eigentlich konnte man sich längst die Auftraggeber aussuchen. Die stolze Liste der Künstler und Forscher, die ihr globalisiertes Material aus Kultur und Sprache „der Fremden“ für die Jubiläumspublikation „Feste der Völker“ bereitgestellt hatten, belegt die „Weltzuwendung“ der Eigner deutlich, lässt die polyglotte und liberale Positionierung der Augustins klar erkennen. Erst eine genauere Analyse *anderer* Veröffentlichungen könnte das Gewicht von national-liberalen, kolonialistisch oder deutsch-national orientierten Kunden verstärken und das vielschichtige Bild auch wieder verdunkeln. In diesem Zusammenhang werden akademische Untersuchungen (z. B. medienwissenschaftliche) über Auseinandersetzungen und Entwicklungen im Unternehmen selbst entstehen müssen, so, dass die gesellschaftspolitischen Absichten der Akteure (in den Konvulsionen der europäischen und deutschen Kämpfe um die Existenz der Weimarer Republik bzw. um Widerstand und Kollaboration ab 1933) deutlich werden.



Chinesische Textprobe aus der Festschrift Feste der Völker 1932

### Glückstadt–New York: eine lebensrettende Passage

Paradigmatisch für mögliche politische Positionen darf man die erstaunliche Beziehung der Augustins zur jüdischen Kunsthistorikerin Lou Straus-Ernst (1893–1944), der geschiedenen Frau von Max Ernst, auffassen. Es gelingt ihnen gemeinsam, den Sohn aus ihrer Ehe mit Max, Jimmy Ernst, vor der Verfol-

gung durch das NS-Regime zu retten. Lou Straus schickt Jimmy als Setzer-Lehrling mitten in der Nazi-Zeit von Köln nach Glückstadt. Sie selbst und Johannes Augustin emigrieren nach Frankreich. Für Johannes bedeutet Paris nur eine Durchgangsstation auf dem Weg nach New York, während Lou Frankreich eigentlich wie eine Wahlheimat betrachtet. Jimmy bleibt zunächst in Deutschland, wird von Heinrich Wilhelm in die Druckerei aufgenommen. Dabei ging es nicht so sehr um ein berufspädagogisches Ansinnen, sondern um reale Möglichkeiten für eine Flucht über den Atlantik ... Das Bündnis seiner Mutter mit den Augustins ermöglicht eine Amerika-Passage „innerhalb“ des augustinschen Betriebes, eine Flucht, die Jimmy sehr anschaulich in seinen Memoiren schildert, und die dann wiederum zu einem bedenkenswert modernen Zeichen von Glück und Tragödie wurde: Der Tod Heinrich Wilhelm Augustins im eigenen Wagen (Sommer 1938), wenige Wochen nach dem rettenden Eintreffen von Jimmy in New York, nach der gelungenen transatlantischen Flucht, dieser tödliche Autounfall des „Königs der Drucker“ weist, ebenso wie das ärmliche Ende Christian des IV., auf die Nähe von Scheitern und Gelingen hin: Das Glück des Widerstandes, das Heinrich Wilhelm erlebte, endete in einem Zusammenprall von Privatwagen und Eisenbahn.



Lou Strauss-Ernst und Jimmy Ernst in Köln, um 1928

Sein Tod markiert das Ende der bürgerrechtlichen Impulse beim deutschen Zweig von J. J. Augustin. Und so lenkt dieses Ende unseren Blick noch einmal auf die Ursprünge im 17. Jahrhundert zurück: Mit der Stadtgründung hatte der skandinavische Souverän seit 1617 Chancen für Migranten und Flüchtlinge in Holstein ermöglicht. Christian IV. eröffnete während vieler Jahre *hier* Lebensperspektiven für die vor der Inquisition und vor protestantischer Intoleranz fliehenden Sepharden. 300 Jahre später, am gleichen Ort, verhilft der Unternehmer und sein Sohn einem einzigen von den Nationalsozialisten bedrohten „halbjüdischen“ Lehrling zur Flucht in die nicht-faschistische Welt, so wie er bereits im ersten Weltkrieg einen – russische Pogrome fliehenden – Buchbinder aufnimmt. Maß, Tempo und die Richtung des Rettungsprojektes hatten sich dynamisiert bzw. verändert.

Dieser Teil der Firmengeschichte in ihren humanen Impulsen kann noch heute in einer Weise erzählt werden, als würden die Stimmen der vier Akteure, Lou Straus-Ernst, die beiden Augustins und Jimmy über das Glück der realisierten Befreiung sprechen. Sie würden uns dann berichten, wie in der Nacht der totalitären Diktatur unter Verschworenen „Souveränität“ entsteht, wie der Übermacht Handlungsmöglichkeiten abgerungen werden. Jimmy und Lou haben das in ihren Memoiren auch getan. Aber am Ende müssen *wir* davon berichten, wie das „innere Glückstädter Exil“ Heinrich Wilhelm umbringt und das französische Exil Lou Straus nicht mehr schützen kann: *sie* wird denunziert (1944) und über Drancy nach Auschwitz verschleppt, ohne Rückkehr.

### Rahmenbedingungen für technische und kulturelle Revolutionen: Die Verantwortung staatlicher Instanzen

Die Stadt des Scheiterns und des Glücks wird inzwischen nur noch von knapp 12000 Einwohner bewohnt. Sie ist aber kein

Allerweltsort im Großraum Hamburg geworden, und das, trotz der fast vollständigen Aufgabe, Beendigung, ja Zerstörung der historischen Spuren der dänisch-atlantischen Gründungsambitionen. Der Königsbezirk wurde bis vor kurzem wie eine Industriebrache „Wilkins-Gelände“ genannt. Nicht weit davon droht nun der nächste Epochenverlust: vergessene „Zeichen der Welt“ auf dem nahen Verlags- und Fabrikationsgelände J. J. Augustin in überdimensionierten und doch wohlgeordneten Setzkästen, die als Magazin und Arbeitsort der (Fremdsprachen-) Setzer einzigartig sind, konfrontieren uns Zeitgenossen mit Fragen an die Zukunft: zwar sind die heutigen Eigner der Druckerei (Familie Prüss-Reimers) vor dem Eintritt in die virtuelle Publikations-, Kommunikations- und Vernetzungswelt zurückgewichen. Aber sie haben die technischen Zeugnisse der Blei-Epoche, die Jahrhunderte umspannende Bibliothek und das Ensemble der Familien- und Firmenbauten bewahrt. Niemand hat hier das Werk vieler Generationen von Verlegern und Druckern mutwillig abgeräumt, zerstört oder missachtet. Unter dem „Flugrost“ der Jahrzehnte überdauern die Maschinen der 20er Jahre technische und mediale Revolutionen, koexistieren mit den bescheidenen Investitionen der 80iger und der 90er Jahre (Fotosatz). Und so bestätigen uns – wenn wir „Gegenwart“ als Zeitort des Handelns begreifen – derartige fast verlassene Real-Orte in unserer Kraft, nicht nur Entwicklungen zu ertragen und zu erkennen, sondern diese auch zu gestalten, zu steuern, kurz, im Sinne einer gelingenden Politik „zu handeln“. Die Verantwortung für ein Eingreifen des Bundesland Schleswig-Holstein liegt auf der Hand. Die technisch um virtuelle „Territorien“ erweiterten Real-Orte der Druckkunst könnten glaubhaft machen, dass die amerikanische Firma



**J. J. Augustin Glückstadt: Texterfassung durch Monotype-Taster; um 1928**

„Unicode“ das typographische Kind des „Stempelschnitts“ ist, dass 550 Jahre früher der Probe- und Beschleunigung und dem Lampenfieber der Moderne ausgesetzt hat (Gutenberg ...) und dass das materielle Erbe dieser Kunst insgesamt (z. B. Linotype-Setz- und Gießmaschinen, die augustinschen Weltmagazine, die man irrtümlich „Chinesischer Zirkel“ nennt und die doch unter der Oberfläche tausender chinesischer Zeichen die Alphabete aller anderen Völker bereithalten) auf kommende Zeichensysteme der Sprachverständigung verweisen. Derartige Innovationen, die, als glückstädter Leistung, von Heinrich Wilhelm Augustin von Anfang an geradezu programmatisch beabsichtigt waren, prägten auch die spätere Vielfalt virtueller Programme. Der universelle Anspruch der glückstädter Technologie der 20er Jahre wiederholt sich in den 90er Jahren im Schritt von „ASCII-Code“ zum tatsächlich global vernetzten „Unicode“.

Die Leistung dieser Steuerungsdaten wurde vom System der Blei-Zeichen der Rund-Setzkästen der 20er Jahre im Stammhaus der Augustins präfiguriert und ermöglichen virtuell jetzt das, was bereits die Auftraggeber des analogen Druck verlangten: Sprachen und Phoneme der Welt, menschliche Stimmen in sich revolutionierenden Medien zeichnerhaft so zu fixieren, dass die Vielfalt der „Laute“ und die „Musik“ der Weltkommunikation objektiviert werden können und ihr Klang schriftlich reproduzierbar bleibt.

### **Partizipative Kooperation von Staat, Freiwilligen und Eigentümern**

Eine derartige Synthese von wegbereitender, historischer und aktueller Technologieentwicklung sollte aus dieser still-

gelegten Werkstatt und ihrer Bibliothek einen aktiven und lebendigen Ort des Sprach-Erlebens und der Erkenntnis machen. Kulturzentren und Museen als Seismographen des politischen Umbruchs lassen uns das technische Zusammenwachsen von Wissens- und Kommunikationswelt erleben: Ein „Staat“ ohne Grenzen, der die hoffenden Flüchtlinge und Migranten zu „Reisenden“ macht und ihnen erlaubt, *anderen Reisenden so zu begegnen*, als würde eine „Fortuna der Vielfalt“ nicht Sieg und Niederlage kündend, das Licht der Welt erblicken. Der Staatsaufbau (Stadt, Land, Bund und EU) schafft die Rahmenbedingungen dafür, dass Künste, Wissenschaften und technologische Erfindungen bzw. Erzeugnisse zu geglücktem Arbeits- und Spielmaterial in nachhaltigen Kombinationen von Realitätselementen werden. Deren Produktionsorte sind nun nicht mehr nur industriell (wie im 19. und 20. Jahrhundert) geprägt, sondern können überall und grenzenlos, auch im virtuellen Raum erzeugt werden.



**Das augustinische Weltmagazin (sog. Chinesischer Zirkel)**

„Real-Orte“ aber, Stadt-Plätze, auf denen sich die Menschen *tatsächlich* versammeln, werden, mehr noch als in der Epoche der Nationalstaaten, zu Konstitutionsorten von Weltbürgerlichkeit, wenn das Archivstudium, die Netzkommunikation, der Bibliotheksbesuch oder die Facebook-Seite zu intendierten *Real-Begegnungen* führt. Die überraschendsten „Text-übergänge“ aus der virtuellen Menschenrechts- und Bürgerarbeit waren im Jahr 2011 die Revolutionen von Tunis und Kairo ... Im umgekehrten, d.h. katastrophalen Sinne folgten dann die überraschenden Enthüllungen zur NSA-Affaire (2013 ff.).

Das öffentliche Glück der aktiven Staatsbürger, die in ihrer Subversion von Überwältigung die subjektive Seite der Demokratie sichern, hängt davon ab, Fremdheit zu überwinden, so, dass sie die Sinn-Fragen der Wissensgesellschaft nicht zurückweisen, nur weil diese bereits in anderen Staaten, an anderen Orten z. T. höchst problematisch bearbeitet wurden (Kopenhagen mit seinem Rechtspopulismus, New York in seinen skandalösen Sozialverwerfungen, Silicon Valley als „startup“ des virtuellen Netzes, Shanghai als begüterte, aber immer noch parteigesteuerte Wirtschafts-Metropole).

### **Szenographie: das Weltkulturerbe und sein analoger Ort**

Zwar „ziehen“ die globalen Daten- und Wissensströme in ihrer unendlichen Vielfalt an der Christianschen Gründung „vorbei“, aber ganz, so hat uns die Geschichte der Stadt belehrt, stimmt diese Eingangsaussage nun nicht mehr. Diese 12000 Menschen nicht marginalisiert leben, auch „Elbuferand-Bewohner“ betreten die Virtualität, diese unendlich umfangreichen Orte des 21. Jahrhunderts, problemlos mit dem berühmten „mouse-click“.



**Rhin-Hafen (Binnenhafen) in Glückstadt**

Wenn sie und wir alle lernen, mit derartiger Delokalisierung produktionsphilosophisch richtig umzugehen, würden wir die Überalterung und Verprovinzialisierung unserer StadtDenkmäler nicht mehr achselzuckend hinnehmen. Es würde Glück-

stadt fördern, wenn der „weltweite Netzort“ J. J. Augustin wieder anschaulich, spürbar und begehbar gemacht wird, als eine besondere Erlebnisdruckerei für die Völker der Welt in Gang gesetzt und als *Realort* die virtuellen Orte von Bildung und Produktion „versinnlichen“ könnte. Hier, in diesem *holsteinischen* Haus wurden die Zeichen der menschlichen Kommunikation mitgeprägt, hier, in diesem phonetischen Kabinett kann man die Ewe-Sprache lernen!

Mit der szenographischen Umsetzung unseres Erlebniskonzeptes soll sowohl die überlieferte analoge Produktionstechnologie (Handschrift, Bleiletttern etc.) als auch die virtuelle Technologie der Gegenwart (Unicode-Zeichen) nacherlebbar gemacht werden. Darüber hinaus könnte ein zukünftiges Museum die Produktion des traditionellen Schriftmediums zeigen (Papier) und, als zusätzlicher Bauabschnitts, einen begehbaren, interaktiven Computer schaffen, damit deutlich wird, wie der neueste Epochen-Bruch unsere aktuelle Produktionsverfahren verändert („Schnittstellen“ von Virtualität und analoger Realität, interaktives web 2.0, künstliche Intelligenz, binäre Codierung, Arbeiten und Speichern in raumlosen Welten).

### Neu-Kopenhagen – Methapher des gesellschaftlichen Wandels

Die Sitte, den Namen des Herkunftsortes von Einwanderern und Flüchtlingen (z. B. aus York) weiterleben zu lassen und ihm, weit entfernt, als „New-York“ zur Bedeutung zu verhelfen, diesen „dänischen“ Neuanfang hier am Elbufer zu wagen, würde vom Königshaus in „Alt-Kopenhagen“, wenn es um die Zukunft ehemaliger Besitzungen geht, sicherlich mit einem Lächeln sanktioniert ... Allerdings, der blühenden Øresund-Stadt würde so tatsächlich ein westlich-atlantisches Pendant an der Elbe zuwachsen ... „Neu-Kopenhagen“, als Metapher gesellschaftlichen Wandels formuliert, wird dann nicht nur ein traditionelles Jubiläumsfest der 400 jährigen Stadtgründung . Das Programm dieses von allen getragene Medienzentrums könnte auch eine nach innen kooperative, nach außen cosmopolitische Gesellschaft anregen, einen gesellschaftlichen Habitus, der die politische Konstituierung Europas inklusiv, integrativ realisiert. Das Gewerbe von neu angesiedelten Nachbarn (z. B. von Medienexperten und Druckern aus Syrien) würde alle zu „winnern“ machen und Nachahmer anregen.



Nyhavn in Kopenhagen

Das Versprechen welthaltiges Glück ins Leben zu rufen, materialisiert sich in Europa kaum so sehr wie im Umfeld dieser über Jahrhunderte hin verzögerten baulichen *Willenserklärung* . Der populistisch zerissene Kontinent, in seinen aktuellen politischen Gründungskämpfen, bekäme zu Recht *Jacob Grimms* Territorial-Definition, seine vergessene menschenrechtliche Präambel zur deutschen Reichsverfassung

gel hat einen Durchmesser von 35 mm. In der Mitte des runden Siegels ist das Landeswappen abgebildet. Um dem Wappenschild steht die Inschrift „Amtsgericht Bad Schwartau“. Unter dem Wappen befindet sich die Kennziffer 16. Das verloren gegangene Dienstsiegel wird für ungültig erklärt.

von 1848, in den Blick, würde sie international erweitern und dann auch durchsetzen: „Europäische Völker sind frei, europäischer Boden duldet keine Knechtschaft. Fremde Unfreie, die auf ihm (europäischem Boden) weilen, macht er frei“.

Darin liegt das Geheimnis der griechischen polis, das Geheimnis einer wachsenden Nation und einer als große Menschheit wirklich vereinten Welt.

#### Literatur:

- Agamben, Giorgio, Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Torino 1995. / Homo Sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben. Frankfurt/M 2002
- [http://www.alemannia-judaica.de/glueckstadt\\_friedhof.htm](http://www.alemannia-judaica.de/glueckstadt_friedhof.htm)
- Arendt, Hannah, On Revolution, New York 1963/ Über die Revolution, München 1965
- Asmussen, Karl, Die politischen, wirtschaftlichen und militärischen Pläne Christian des IV. als Anlass zur Gründung Glückstadts, in: Stadt Glückstadt (Hg.), Glückstadt im Wandel der Zeit Bd. 1, Glückstadt 1963, darin auch weitere Aufsätze zur „Baugeschichte“; zur „Festung“ und zum „Hafen“
- Augustin, Heinrich Wilhelm; Augustin, Johannes Jakob (Hg.), 300 Jahre Buchdrucker in Glückstadt („Feste der Völker“), Glückstadt 1932
- Bau, Christian; Diekhoff, Artur, Zwiebfische, Jimmy Ernst, Glückstadt – New York, Hamburg 2010
- Benjamin, Walter, Über den Begriff der Geschichte, in: Gesammelte Werke, herausgegeben von Hermann Schweppenhäuser und Rolf Tiedemann, Band I/2, Frankfurt/M 1991
- Bloch, Ernst, Das Prinzip Hoffnung, Frankfurt/M 1958
- F. Bricka; J.A. Fridericia (Hg.): Kong Christian den fjerdes egenhaendige breve, 7 Bde., Kopenhagen 1878-1891 [ND Kopenhagen 1969–1970]
- Brückner, Peter, Das Abseits als sicherer Ort. Kindheit und Jugend zwischen 1933 und 1945, Berlin 1980
- Elias, Norbert, Die Gesellschaft der Individuen, Frankfurt/M 2001
- Ernst, Jimmy, Nicht gerade ein Stilleben, Köln 1985
- Frandsen, Karl-Erik: Christian IVs Udenrigspolitik i Nyt Lys [Die Außenpolitik Christians IV. in einem neuen Licht], in: Historik Tidsskrift 98/1 (1998), S. 99–108
- <http://www.ha-bib.de/debatte/texte/norddeutscherundschau.pdf>
- Hannah – Arendt – Bibliothek Hannover, Aktenbestände Glückstadt, J. J. Augustin, Dethlefsen-Gesellschaft
- Hirche, Bernhard, Hafen-City-Universität Hamburg, Verein Proviauthaus e. V. (Hg.), Proviauthaus Glückstadt. Studentischer Architekturwettbewerb, Katalog zur Ausstellung 2009, Hamburg o. J.
- Grimm, Jacob, Antrag zur Beratung der Grundrechte des deutschen Volkes in der deutschen Nationalversammlung 1848, Handschrift, Brüder Grimm Museum, Graphische Sammlung, Autograph 361
- Maritime Landschaft Unterelbe: <http://maritime-elbe.de>
- Meinert, Ernst-Adolf, König Christian IV. (1588–1648) und die Elbmarschen, in: Vorträge der Detlefsen-Gesellschaft Heft 1, Glückstadt 1998
- Möller, Hans-Reimer, Glückstadt, Ein Führer durch das Stadtzentrum und seine Geschichte, Glückstadt 1996
- Möller, Hans-Reimer, Landeshauptstadt Glückstadt – was ist geblieben?, in: Glückstädter Monatsspiegel, Teil 1 (September 2011), Teil 2 (Oktober 2011), Teil 3 (November 2011)
- Nätverket Ingen människa är illegal (Stockholm) <http://www.ingenillegal.org/no-one-illegal-world-without-borders>
- Nissen, Karl, 350 Jahre Buchdrucker in Glückstadt, Glückstadt 1982
- Politikens Danmarkshistorie, Kopenhagen 1988-91
- Simmel, Georg: Exkurs über den Fremden, Der Raum und die räumlichen Ordnungen der Gesellschaft, in: ders., Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, S. 509–512, Berlin 1908
- Steinbeiß-Papier Glückstadt, [www.stp.de](http://www.stp.de)
- Straus-Ernst, Louise: Nomadengut (Autobiografie 1914–1942), (Hrsg.) Ulrich Krempel, Hannover: Sprengel-Museum, 1999
- Ullmann, Wolfgang, Freiheit und Menschenwürde im Zeitalter der Migration, in: Europa zwischen Alltag und Vision, Neun Beiträge von Abgeordneten des europäischen Parlaments und ein Szenario aus dem dritten Jahrtausend, Frankfurt/M 1996
- Warburg, Aby, Der Bilderatlas Mnemosyne, (Hrsg.) Martin Warnke und Claudia Brink, Berlin 2000
- Weber, Christoph, Andreas Koch. Glückstadts erster Drucker 1632- 1656, Breslau 1932
- ders.: 300 Jahre Buchdruckerei in Glückstadt, Bordesholm 1933
- Unicode Consortium, <http://www.unicode.org>, Mountain View, Kalifornien

## II. Amtliche Veröffentlichungen

### Verlust eines Dienstsiegels

Bek. d. MJKE v. 11. Mai 2016 – II 342/5413 E – 515 –  
(SchiHA 2016 S. 204)

Bei dem aufgelösten Amtsgericht Bad Schwartau ist ein Dienstsiegel – Farbdruksiegel – verloren gegangen. Das Sie-

gel hat einen Durchmesser von 35 mm. In der Mitte des runden Siegels ist das Landeswappen abgebildet. Um dem Wappenschild steht die Inschrift „Amtsgericht Bad Schwartau“. Unter dem Wappen befindet sich die Kennziffer 16. Das verloren gegangene Dienstsiegel wird für ungültig erklärt.

### III. Personalnachrichten

#### Oberlandesgericht

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht: Richter am Oberlandesgericht *Friedhelm Röttger*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht.  
Zum Richter am Oberlandesgericht: Richter am Landgericht *Thomas Bick*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht.  
Eintritt in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht *Volker Meinert* bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig.

#### Gerichte

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Landgericht: Richter am Landgericht *Dr. Bernhard Henneberg*, Landgericht Itzehoe.  
Zum Richter am Landgericht: Richter *Johann Kümmerl*, Landgericht Kiel.  
Zur Richterin am Landgericht: Richterin *Isabel Krafft-Schmaggold*, Landgericht Kiel.  
Im Rahmen der Versetzung ernannt zur Richterin am Landgericht: Richterin am Amtsgericht *Angela Besemann*, Landgericht Itzehoe.  
Zum Richter am Amtsgericht als ständiger Vertreter der Direktorin oder des Direktors: Richter am Amtsgericht *Sven Nauermann*, Amtsgericht Plön.  
Zur Richterin am Amtsgericht: Richterin *Dr. Mareike Gauer*, Amtsgericht Norderstedt.  
Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Dirk Rosen*, Amtsgericht Rendsburg.  
Zum Justizobersekretär: Justizhauptwachtmeister *Kay Jellenitzky*, Landgericht Lübeck.  
Zum Justizhauptwachtmeister: Justizoberwachtmeister *Nils Lundström*, Amtsgericht Meldorf.  
Versetzt: Justizobersekretärin *Mira Ludley* vom Amtsgericht Plön an das Amtsgericht Kiel.  
Leitender Erster Justizhauptwachtmeister *Rudolf Jönsson* vom Amtsgericht Lübeck an die Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Versetzung in den Ruhestand: Vorsitzende Richterin am Landgericht *Christiane Wüstefeld* bei dem Landgericht Flensburg.

#### Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: Zur Richterin am Landessozialgericht: Richterin am Sozialgericht *Katrin Gebhardt*, Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht; Richterin am Sozialgericht *Silke Weselski*, Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht.

Zum Richter am Sozialgericht: Richter *Lars Kretschmann*, Sozialgericht Kiel.  
Zur Richterin am Sozialgericht: Richterin *Jenny Siegmund*, Sozialgericht Itzehoe.  
Eintritt in den Ruhestand: Richter am Landessozialgericht *Dr. Johannes Namgalies* bei dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht.

#### Arbeitsgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Direktor des Arbeitsgerichts: Richter am Arbeitsgericht *Dr. Gregor Steidle*, Arbeitsgericht Lübeck.

#### Verwaltungsgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht: Richter am Verwaltungsgericht *Henning Lütke*, Verwaltungsgericht Schleswig.

#### Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zum Oberstaatsanwalt – als ständiger Vertreter der Leitenden Oberstaatsanwältin oder des Leitenden Oberstaatsanwalts –: Oberstaatsanwalt *Axel Bieler*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Oberstaatsanwalt *Carsten Ohlrogge*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe; Oberstaatsanwalt *Malte Sebelefsky*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.  
Versetzt: EJHW *Frank Wollatz*, vom Landgericht Flensburg an die Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.  
Eintritt in den Ruhestand: Leitender Oberstaatsanwalt *Thomas Michael Hoffmann*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.  
Versetzung in den Ruhestand: Justizamtsinspektor *Horst Witt*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

#### Notare

Ernannt: *Dr. Stephan Schröder*, Kiel; *Dr. Klaas Ziervogel*, Kiel; *Dr. Modest von Bockum*, Kiel; *Dr. Oliver Buss*, Kiel; *Stephan Fitsch*, Kiel; *Dr. Stefan Kornmacher*, Kiel; *David Blumberg*, Kiel; *Dr. Martin Keden*, Kiel; *Frank Beckröge*, Kronshagen; *Jessica Preuße*, Ahrensburg; *Andreas Held*, Rellingen; *Martin Issel*, Flensburg; *Inken Tietje-Schulz*, Norderstedt; *Sonja Richter*, Norderstedt; *Annkatri Tietgen*, Norderstedt.  
Notaramt erloschen: *Jürgen von Bergner*, Quickborn; *Rolf Bruhn*, Oststeinbek; *Jürgen Müller-Schönemann*, Norderstedt; *Dolores Wörner*, Wedel.

### V. Ausschreibungen

Bek. d. MJKE vom 6. Juni 2016 – II 332 /5112 E 1–4  
(SchIHA 2016 S. 205)

#### 1. Bekanntmachung

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der BesGr. R 2 mit einer Amtszulage nach Anlage 8 SHBesG für eine Direktorin oder einen Direktor des Amtsgerichts bei dem Amtsgericht Husum

Die Stelle ist mit einer Richterin oder einem Richter zu besetzen, die oder der sich in der Rechtsprechung, insbesondere in den Aufgabenbereichen eines Amtsgerichts, in besonderer Weise bewährt hat und über Erfahrungen in der Gerichtsverwaltung verfügt.

Gesucht wird eine engagierte und verantwortungsbewusste Persönlichkeit, die den anstehenden und durchgeführten Strukturveränderungen der Justiz aufgeschlossen gegenübersteht und in der Lage ist, diese aktiv gestaltend voran zu treiben.

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

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung. Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 (SchIHA S. 206), geändert durch Allgemeine 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 2 für eine Direktorin oder einen Direktor des Arbeitsgerichts bei dem Arbeitsgericht Kiel

Die Stelle ist mit einer Richterin oder einem Richter zu besetzen, die oder der sich in der Rechtsprechung an einem Arbeitsgericht in besonderer Weise bewährt hat und über Erfahrungen in der Gerichtsverwaltung verfügt.

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

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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

Bewerbungen werden 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 Arbeitsgericht bei dem Arbeitsgericht Kiel

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit.

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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

Bewerbungen werden 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

2 Stellen der BesGr. R 2 für eine Oberstaatsanwältin oder einen Oberstaatsanwalt – als Abteilungsleiterin oder Abteilungsleiter bei einer Staatsanwaltschaft bei einem Landgericht – bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel

1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Oberstaatsanwältin oder einen Oberstaatsanwalt – als Abteilungsleiterin oder Abteilungsleiter bei einer Staatsanwaltschaft bei einem Landgericht – bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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

Bewerbungen werden erbeten **binnen drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

---

Bekanntmachung der Präsidentin des LAG Schleswig-Holstein vom 11. Mai 2016 – Az. 200 Ea –  
(SchlHA 2016 S. 206)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der Besoldungsgruppe A 11 SHBesG für eine Justizamtfrau oder einen Justizamtmann bei den Gerichten der Arbeitsgerichtsbarkeit.

Beabsichtigt ist u.a. der Einsatz als Organisationsreferent/in im Bereich der Verwaltung des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein in Kiel.

Die Bewerberin oder der Bewerber muss den anstehenden Strukturveränderungen in der Justiz aufgeschlossen gegenüberstehen und in der Lage sein, diese aktiv gestaltend voranzutreiben. Unverzichtbar ist ein ausgeprägtes Organisationsvermögen.

Wünschenswert sind Verwaltungserfahrung und –kenntnisse, insbesondere in den Bereichen Personalverwaltung, Haushaltsrecht, Modernisierungsprojekte und elektronische Datenverarbeitung.

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

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen.

Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Es besteht die Möglichkeit der Teilzeitbeschäftigung.

Bewerbungen sind bis zum **15. Juni 2016** auf dem Dienstweg zu richten an:

Präsidentin des  
Landesarbeitsgerichts  
Schleswig-Holstein  
Deliusstraße 22  
24114 Kiel

Gleichzeitig wird um Mitteilung der aktuellen Privatschrift gebeten.

---

Bek. d. Generalstaatsanwalts v. 27. Mai 2016 – 201 E – 1149 –  
(SchlHA 2016 S. 207)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle – fliegend – der BesGr. A 13 für Oberamtsanwältinnen und Oberamtsanwälte bei den Staatsanwaltschaften;

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

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

Bewerbungen werden erbeten bis zum 31. Juli 2016.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

An der **Norddeutschen Hochschule für Rechtspflege** in Hildesheim ist zum nächstmöglichen Zeitpunkt

**eine Professur**  
(BesGr. W 2)

für die Lehrgebiete

- **Strafrecht und Strafvollstreckungsrecht**
- **Einführung in die Rechtswissenschaften**
- **Familien- und Erbrecht**

zu besetzen.

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

- ein abgeschlossenes Hochschulstudium
- durch praktische Erfahrungen bestätigte pädagogisch-didaktische Eignung
- die besondere Befähigung zu vertiefter selbständiger wissenschaftlicher Arbeit, die in der Regel durch eine überdurchschnittliche Promotion nachgewiesen wird, und

- besondere Leistungen bei der Anwendung oder Entwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden in einer mindestens fünfjährigen beruflichen Praxis, von der mindestens drei Jahre außerhalb des Hochschulbereichs ausgeübt worden sein müssen. Dabei sind insbesondere Tätigkeiten als Strafrichter/in und oder Staatsanwältin/-anwalt sowie praktische Erfahrungen im Familien- und/oder Erbrecht von Vorteil.

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

Die Stelle ist teilzeitgeeignet.

Schwerbehinderte werden bei gleicher Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Anfragen richten Sie bitte an den

Rektor Prof. Dr. Schöpflin

(Tel.: 05121/1791021;

E-Mail: [Martin.Schoepflin@justiz.niedersachsen.de](mailto:Martin.Schoepflin@justiz.niedersachsen.de))

Bewerbungen mit den üblichen Unterlagen werden **bis zum 11.7.2016** an den Rektor der Norddeutschen Hochschule für Rechtspflege, Godehardsplatz 6, 31134 Hildesheim erbeten.

Weitere Informationen zur Norddeutschen Hochschule für Rechtspflege finden Sie unter [www.hr-nord.niedersachsen.de](http://www.hr-nord.niedersachsen.de).

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

**BGB a. F. §§ 199, 361a I 1; HWiG a. F. § 1 I 1; ZPO §§ 141, 448**

- Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG besteht das in § 1 Abs. 1 Satz 1 HWiG eröffnete Widerrufsrecht nicht, wenn die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Abschluss des Vertrags beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind. Diese Ausnahmeregelung steht in einem engen Zusammenhang mit dem Zweck des Widerrufsrechts bei „Haustürgeschäften“. Bei mehreren „Haustür-Gesprächen“ ist maßgebend, ob das Überraschungsmoment noch fortwirkt und der Kunde in seiner Entschließungsfreiheit beeinträchtigt wird**
- Bei einem streitigen Vier-Augen-Gespräch erfordert der Grundsatz der Waffengleichheit, der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Recht auf Gewährleistung eines fairen Prozesses und eines wirkungsvollen Rechtsschutzes, dass die in Beweisnot befindliche Partei gemäß § 448 ZPO vernommen oder zumindest gemäß § 141 ZPO angehört wird. Dies setzt jedoch voraus, dass der zur Verfügung stehende Zeuge ausschließlich im Lager der Gegenpartei steht und dass sich die Gegenseite überhaupt auf die Vernehmung dieses Zeugen beruft.**
- Im Rahmen der Prüfung des Verjährungsbeginns nach § 199 BGB ist das Wissen und die grob fahrlässige Unkenntnis des beauftragten Rechtsanwalts in den Grenzen des erteilten Mandats dem Gläubiger ab dem Zeitpunkt der Beauftragung zuzurechnen. Sofern das Mandat die Prüfung etwaiger Schadenersatzansprüche gegen die Berater und gegen die beklagte Bank zum Inhalt hatte und die erst später (nach Ablauf der Verjährung) gerügten Pflichtverletzungen im Zuge der anwaltlichen Prüfung unbekannt geblieben sind, ist dies grob fahrlässig.**

SchlH OLG, 5. Zivilsenat, Beschluss vom 2. Juli 2014 – 5 U 10/14 –, Rö.

Der 1976 geborene Kl. begehrt die Feststellung, dass die Bekl. aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Kreditvertrag keine Rechte mehr gegen ihn herleiten kann sowie Schadensersatz aus behaupteten Beratungsverschulden im Zusammenhang mit der Finanzierung der Beteiligung an der B. Investitions- und Beteiligungsgesellschaft mbH (nachfolgend B.), die sich die Bekl. im Verbund zurechnen lassen soll und aufgrund der behaupteten Verletzung von eigenen Aufklärungspflichten der Bekl..

Unternehmensgegenstand der B. ist der Erwerb und die Veräußerung, die Verpachtung, die Verwaltung und die sonstige Nutzung von Immobilien inklusive Neu-, An- und Umbau und aller mit der Erfüllung dieses Geschäfts verbundenen Rechtsgeschäfte. Sie firmierte ursprünglich als C. bevor sie sich im Jahr 2001 zur B. umbenannte.

Die Bekl. hat dem Kl. mit dem streitgegenständlichen Kredit die Beteiligung als atypisch stiller Teilnehmer an der B. finanziert. Die Bekl. ist laut Emissionsprospekt gleichzeitig Mittelverwendungskontrolleur der B..

Die atypisch stillen Beteiligungen an der B. wurden fast ausschließlich von der Bekl. über Darlehensverträge finanziert.

In dem Kreditvertrag vom 19.7.2001 mit dem Kl. weist die Bekl. darauf hin, dass für den Fall, dass bis zur Fälligkeit der Leistungsrate bereits Zahlungen, insbesondere aus Gewinnausschüttungen der B. beteiligt, auf das Darlehenskonto erfolgt sein sollten, noch der Restbetrag bis zur Höhe der vereinbarten monatlichen Leistungsrate eingezogen wird. In der Widerrufsbelehrung wird u.a. ausgeführt:

„Im Falle des Widerrufs kommt auch der verbundene Vertrag über den Beitritt als atypisch stiller Gesellschafter der B. nicht wirksam zustande.“

Die B. bietet als Beteiligungsgesellschaft atypisch stille Beteiligungen für Kleinanleger an. Die Anleger müssen eine Mindesteinlage von 5112,92 € zeichnen; das Gesamtemissionsvolumen der B. beträgt laut Prospekt 20,45 Millionen €. Bei der Beteiligung handelt es sich um eine unternehmerische Beteiligung.

Am 19.7.2001 erwarb der Kl. eine atypisch stille Beteiligung an der B. in Höhe von 27609,76 € inklusive eines Aufgeldes in Höhe von 8 Prozent als Einmalanlage unter der Vertragsnummer xxxx. In der Beitrittserklärung unterzeichnete der Kl. u.a. folgende Abschnitte:

„Bei diesem Angebot zur Beteiligung als atypisch stiller Gesellschafter handelt es sich nicht um eine sogenannte mündelsichere Kapitalanlage, sondern um eine Unternehmensbeteiligung mit den im Prospekt beschriebenen Chancen und Risiken.“

„Der Emissionsprospekt der B.GmbH, insbesondere die dortigen Anlageverhalte und die Risikohinweise sind Geschäftsgrundlage dieses Vertrages und mir bekannt. Ich habe zur Kenntnis genommen, dass bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung, § 14 des Gesellschaftsvertrages über eine atypisch stille Beteiligung zur Anwendung kommt, wonach ich mit anteiligen Emissions- und Verwaltungskosten belastet werde. Weiterhin ist mir bekannt, dass ich für den Fall der verschuldeten, nicht rechtzeitigen Zahlung, d.h. innerhalb von 14 Tagen nach

Unterschriftsleistung, in Verzug gerate mit der Folge, dass ich Verzugszinsen in Höhe von 3 % über dem jeweiligen Diskontsatz zu entrichten habe....“

Der Kl. schloss in Vollziehung des Erwerbs der Beteiligung am 19.7.2001 mit der Bekl. einen Kreditvertrag in Höhe von 54.000,00 DM. Die Bekl. teilte dem Kl. mit Schreiben vom 28.8.2001 die Zusage mit. Der Kl. leistet monatliche Kreditzinsen in Höhe von 75,88 €. Bis zum 22.5.2012 zahlte der Kl. Kreditzinsen in Höhe von 9681,58 €.

Der Kl. erwarb die Beteiligung aufgrund der Empfehlung des für die B. handelnden Beraters L..

Anfang Juli 2001 traf der Berater L. den Kl. und fragte ihn nach den finanziellen Verhältnissen und Anlagezielen. Am 19.7.2001 kam es zu einem zweiten Gespräch zwischen dem Berater und dem Kl., in dessen Verlauf der Kl. die streitige Beteiligung zeichnete.

Mit Schreiben vom 18.5.2009 und vom 30.6.2009 ließ der Kl. den Widerruf des streitgegenständlichen Kreditvertrages erklären und forderte die Rückzahlung der an die Bekl. gezahlten Zinsen sowie die Freistellung aus der B.-Beteiligung. Im Schreiben vom 30.06.2009 ließ der Kl. vortragen, dass er im Jahr 2007 erfahren habe, dass er falsch beraten worden sei. Dies lehnte die Bekl. mit Schreiben vom 23.5.2009 ab.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt: Der Antrag zu 5, mit dem der Kl. „die Herausgabe der im Zuge der Vermittlung erlangten Zuwendungen“ verlangt hat, sei bereits unzulässig. Denn dem Antrag fehle es an der erforderlichen Bestimmtheit. Im Übrigen sei die Klage unbegründet, weil eine Rückabwicklung des Darlehensvertrages nach den Vorschriften des HWiG nicht in Betracht komme. Die zur Zeichnung der „atypischen“ stillen Beteiligung führenden Verhandlungen beruhten auf einer vorhergehenden Einbestellung des Beraters L., selbst wenn dieser den Kl. zunächst telefonisch angesprochen habe. Das Widerrufsrecht nach dem VerbrKrG sei nach Ablauf eines Jahres erloschen; die teleologische Reduktion des Erlöschensstatbestandes nach der Heinger-Entscheidung des EuGH komme nicht in Betracht, weil gerade kein Haustürgeschäft vorliege. Eine fehlerhafte Beratung des Beraters L. müsse die Bekl. sich im Verhältnis zum Kl. nicht zurechnen lassen, weil sie ihm aus dem Darlehensvertrag keine Beratung schulde. Es bestehe keine allgemeine Pflicht der finanzierenden Bank, für den Kunden die Risiken einer Kapitalanlage abzuschätzen. Dass die Bekl. gegenüber dem Kl. einen die Aufklärungspflicht begründenden Wissensvorsprung gehabt habe, stehe ebenfalls nicht fest. Dass die Bekl. in institutionalisierter Weise mit dem Anlagevermittler/-berater zusammengewirkt und dieser den Kl. evident vorsätzlich oder arglistig geschädigt hätte, lasse sich nicht feststellen. Ansprüche des Kl. seien auch nach den §§ 195, 199 BGB verjährt.

Dies greift der Kl. mit der Berufung an: Die Beteiligung an der B. sei als Haustürgeschäft einzustufen. Dem stehe es nicht entgegen, dass der Kl. den Berater telefonisch einbestellt habe. Denn als erstes habe der Berater telefonisch den Kontakt mit dem Kl. hergestellt. Das Widerrufsrecht sei nicht erloschen, weil die Widerrufsbelehrung intransparent sei. Sie mache nicht hinreichend deutlich, wann die Widerrufsfrist zu laufen beginne. Denn der Kunde könne nicht wissen, wann die Bekl. den Kreditvertrag angenommen habe. Der Berater sei auch Erfüllungshelfer der Bekl. gewesen, so dass diese sich dessen Verschulden zurechnen lassen müsse. Die Bekl. habe auch eigene Beratungspflichten verletzt, weil sie institutionell mit dem Berater zusammengearbeitet habe und der Kl. das Darlehen und die unternehmerische Beteiligung als Einheit gezeichnet habe. Der Berater habe Unterlagen der Bekl. verwendet. Da verbundene Geschäfte vorlägen, könne der Bekl. den Darlehensvertrag unmittelbar anfechten. Der Berater habe aus reinem Provisionsinteresse und damit vorsätzlich gehandelt. Die Bekl. sei aufgrund ihres Wissens um die Fehlerhaftigkeit des Prospekts zur Aufklärung des Kl. verpflichtet gewesen. Sie habe gewusst, dass der Vorstand der B. identisch mit der O. AG gewesen sei, so dass beim Ankauf der Grundstücke ein Interessenkonflikt bestanden habe. Sie habe außerdem gewusst, dass eine Insolvenz der B. auch die Privatinsolvenz des Kl. nach sich gezogen hätte. Die Verjährung der Schadensersatzforderungen habe auch nicht kenntnisabhängig zu laufen begonnen; hierzu fehle es an Vortrag der Bekl.. Überdies habe das Landgericht diesbezüglich nicht zwischen den einzelnen in Rede stehenden Pflichtverletzungen unterschieden, die alle unabhängig voneinander verjährt. Der Senat hat die Berufung durch einstimmigen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

### Aus den Gründen

Soweit der Kl. mit seiner Berufung den Antrag auf Herausgabe nicht näher bezeichneter „Zuwendungen“ weiterverfolgt, ist die Berufung bereits unzulässig. Zu diesem Punkt enthält die Berufungsbegründung schon keinen sachlich begründeten Angriff gegen das erstinstanzliche Urteil.

Im Übrigen hat die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 ZPO). Dem Kl. steht weder ein Widerrufsrecht noch ein Schadensersatzanspruch zu.

1. Das Landgericht hat ein Recht des Kl., den Darlehensvertrag nach § 1 Abs. 1 Satz 1 HWiG a. F. in Verbindung mit § 361a Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. zu widerrufen, mit zutreffender Begründung zu Recht verneint.

Ein etwaiges Widerrufsrecht des Kl. ist nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG ausgeschlossen. Überdies hat der Kl. für die von ihm behauptete Haustürsituation keinen tauglichen Beweis angeboten.

a) Ein Widerrufsrecht ist nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG ausgeschlossen.

aa) Ein Widerrufsrecht im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG a. F. setzt voraus, dass der Kunde durch mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung zu seiner späteren Vertrags-

erklärung bestimmt worden ist. Dabei genügt eine Haustürsituation bei der Vertragsanbahnung, die für den späteren Vertragsschluss ursächlich ist

(BGH, Urt. v. 9. Mai 2006 – XI ZR 119/05, juris-Rn. 14; Urt. v. 24. März 2009 – XI ZR 456/07, juris-Rn. 17).

Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG besteht das in § 1 Abs. 1 Satz 1 HWiG eröffnete Widerrufsrecht jedoch nicht, wenn die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Abschluss des Vertrags beruht, auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind. Diese Ausnahmeregelung steht in einem engen Zusammenhang mit dem Zweck des Widerrufsrechts bei „Haustürgeschäften“ Dieser liegt in dem Schutz des Verbrauchers vor einem übereilten und unüberlegten Vertragsschluss und somit in der Gewährleistung seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit. In den in § 1 Abs. 1 HWiG beschriebenen „Haustürsituationen“ fehlt dem Verbraucher typischerweise die bei Ladengeschäften übliche Umkehrmöglichkeit und Überlegungszeit, die ihm insbesondere auch einen Preisvergleich gestatten; er läuft in diesen besonderen, mit einem „Überraschungsmoment“ verbundenen, Verhandlungssituationen Gefahr, zu einem unbedachten Geschäftsabschluss veranlasst und in diesem Sinne „übrumpelt“ zu werden. Die solchermaßen typischerweise - durch eine „situative Übrumpelung“

(BGH, Urt. v. 10. Januar 2006 – XI ZR 169/05, BGHZ 165, 363, 370, juris-Rn. 19; Urt. v. 15. April 2010 – III ZR 218/09, BGHZ 185, 192 f. Rn. 13) –

beeinträchtigte Entschließungsfreiheit des Verbrauchers soll durch die Einräumung des Widerrufsrechts wiederhergestellt werden. Demgegenüber erscheint der Verbraucher nicht (in gleichem Maße) schutzwürdig, wenn der Anstoß zu den Vertragsverhandlungen in der Privatwohnung von ihm selbst ausgeht; denn dies ähnelt einer Situation, in der ein Verbraucher von sich aus ein Vertriebsgeschäft aufsucht, und es ist ihm insbesondere auch ohne weiteres möglich, vor den Verhandlungen Vergleichsangebote zu prüfen. An diesem Gesetzeszweck hat sich die Auslegung von § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG zu orientieren

(BGH, Urt. v. 1. März 1990 – VII ZR 159/89, BGHZ 110, 308, 309, juris-Rn. 15; Urt. v. 15. April 2010 – III ZR 218/09, BGHZ 185, 192 f. Rn. 13).

Dementsprechend ist eine „vorhergehende Bestellung“ des Verbrauchers im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG zu verneinen, wenn die Einladung vom Unternehmer „proviziert“ worden ist, etwa dadurch, dass der Unternehmer sich unverlangt und unerwartet telefonisch an den Verbraucher gewandt und diesen zu der „Einladung“ bewogen hat

(BGH, Urt. v. 25. Oktober 1989 – VIII ZR 345/88, BGHZ 109, 127, 131, juris-Rn. 17; Urt. v. 15. April 2010 – III ZR 218/09, BGHZ 185, 192 f. Rn. 14).

Die vom Verbraucher ausgesprochene Einladung in die Privatwohnung muss sich gerade auch auf die Durchführung von Vertragsverhandlungen beziehen. Die „vorhergehende Bestellung“ des Verbrauchers muss zudem den Gegenstand der Verhandlung hinreichend konkret bezeichnen und sich auf eine bestimmte Art von Leistungen beziehen, damit der Verbraucher in der Lage ist, sich auf das Angebot des Unternehmers vorzubereiten, und nicht der für „Haustürsituationen“ typischen „Übrumpelungsgefahr“ ausgesetzt wird

(BGH, Urt. v. 1. März 1990 – VII ZR 159/89, BGHZ 110, 308, 309, juris-Rn. 15; Urt. v. 15. April 2010 – III ZR 218/09, BGHZ 185, 192 f. Rn. 13).

So kann zum Beispiel die Aufforderung des Kunden zur Abgabe eines Angebotes die Einleitung von Vertragsverhandlungen bedeuten. Bringt der Kunde diese Aufforderung klar und eindeutig zum Ausdruck, so wird häufig ein Wunsch nach Abgabe einer die andere Vertragspartei bindenden rechtsgeschäftlichen Erklärung und damit der Auftakt zu Vertragsverhandlungen vorliegen. In diesem Fall muss der Kunde redlicherweise damit rechnen, dass der Anbieter über das gewünschte Angebot verhandelt und einen Vertrag schließen will; er wird mithin nicht überraschend und unvorbereitet mit einem Vertragsangebot konfrontiert

(BGH, Urt. v. 1. März 1990 – VII ZR 159/89, BGHZ 110, 308, 309, juris-Rn. 15).

bb) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist ein etwaiges Widerrufsrecht des Kl. nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG ausgeschlossen. Der Kl. hat die beiden Berater zu dem zweiten Gespräch Mitte Juli 2001 in seine Wohnung bestellt. Der Kl. hat in

seiner Anhörung vor dem Landgericht selbst angegeben, dass die beiden Berater – Herr L. und ein Herr, dessen Namen er nicht erinnere – in dem ersten Gespräch mit ihm über die Anlage und deren Finanzierung durch ein Darlehen gesprochen hätten. Es sei dann ein zweiter Termin vereinbart worden, in dem die genauen Werte für die Beteiligung besprochen worden seien. Mit der Vereinbarung des zweiten Termins hatte der Kl. den Wunsch nach einer weiteren Beratung klar und deutlich zum Ausdruck gebracht. Er musste damit rechnen, dass in diesem weiteren Gespräch über die Beteiligung und das zu ihrer Finanzierung zu schließende Darlehen verhandelt werden und ihm Vertragsangebote unterbreitet würden. Er ist nicht überraschend und unvorbereitet mit einem Vertragsangebot konfrontiert worden. Vielmehr hatte er nach seinem eigenen Vortrag zwei Wochen Zeit, sich auf das Treffen vorzubereiten.

Auf die Frage, ob in dem ersten Gespräch eine Haustürsituation vorlag, kommt es nicht an. Maßgebend ist insoweit, ob das Überraschungsmoment noch fortwirkt, und der Kunde in seiner Entschließungsfreiheit beeinträchtigt wird

(BGH, Urt. v. 26. Oktober 1993 – XI ZR 42/93, NJW 1994, 262, juris-Rn. 37).

Daran fehlt es vorliegend. Die ursprüngliche Haustürsituation ist durch den Ablauf von zwei Wochen und die Vereinbarung eines erneuten Treffens nach Ablauf dieser Zeit für den Vertragsabschluss jedenfalls nicht kausal mehr geworden.

b) Vor allem aber hat der Kl. für die von ihm behauptete Haustürsituation keinen tauglichen Beweis angeboten. Er hat allein angeboten, ihn als Partei zu vernehmen. Die Voraussetzungen des § 447 ZPO liegen nicht vor; die Bekl. hat der Vernehmung des Kl. widersprochen.

Der Kl. ist auch nicht von Amts wegen als Partei zu vernehmen. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilverfahrensrechts müssen bestrittene, erhebliche Parteibehauptungen in der Regel mit den in der ZPO vorgesehenen Beweismitteln bewiesen werden. Die Frage, ob der Tatrichter seine Entscheidung auf bestrittenes Vorbringen einer Partei im Wege der Anhörung nach § 141 ZPO oder der Vernehmung nach § 448 ZPO stützen kann, stellt sich grundsätzlich nur, wenn die Partei sich in Beweisnot befindet, ihr also keine Beweismittel zur Verfügung stehen oder diese nicht ausreichen

(BGH, Urteil vom 26.3.1997 – IV ZR 91/96, NJW 1997, 1988, juris-Rn. 8).

Allerdings erfordern es der Grundsatz der Waffengleichheit, der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Recht auf Gewährleistung eines fairen Prozesses und eines wirkungsvollen Rechtsschutzes, dass einer Partei, die - wie der Kläger - für ein Vier-Augen-Gespräch keinen Zeugen hat, Gelegenheit gegeben wird, ihre Darstellung des Gesprächs in den Prozess persönlich einzubringen. Zu diesem Zweck ist die Partei gemäß § 448 ZPO zu vernehmen oder gemäß § 141 ZPO anzuhören

(BGH, Urt. v. 27. September 2005 – XI ZR 216/04, juris-Rn. 31; Urt. v. 14. Mai 2013 – VI ZR 325/11, Rn. 10 mwN).

Dies setzt aber voraus, dass der zur Verfügung stehende Zeuge ausschließlich im Lager einer Partei steht

(BGH, Beschl. v. 30. September 2004 – III ZR 369/03, juris-Rn. 3; vgl. auch EGMR, Urt. v. 27. Oktober 1993 – 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413, 1414, Rn. 34)

und dass sich die Gegenseite überhaupt auf die Vernehmung des Zeugen beruft

(vgl. EGMR, Urt. v. 27. Oktober 1993 – 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413, 1414, Rn. 34).

Die Voraussetzungen eines Vier-Augen-Gesprächs liegen hier nicht vor. Die beiden Berater, von denen nur Herr L. namentlich bekannt ist, stehen nicht ausschließlich im Lager der Bekl.. Sie sind Vermittler. Dass eine von ihnen begangene Pflichtverletzung der Bekl. unter den Voraussetzungen eines institutionalisierten Zusammenwirkens zuzurechnen wäre, führt nicht dazu, sie als in ihrem Lager der Bekl. stehend anzusehen. Überdies hat die Bekl. die Voraussetzungen eines institutionalisierten Zusammenwirkens im Einzelnen substantiiert bestritten. Mithin stehen dessen Voraussetzungen nicht fest. Auch aus diesem Grund kommt eine Anwendung der Grundsätze über das Vier-Augen-Gespräch nicht in Betracht. Überdies ist der Grundsatz der Waffengleichheit vorliegend gar nicht einschlägig. Der Kl. erstrebt nicht etwa, seine Version der Dinge

in den Rechtsstreit einzubringen, um seine Aussage der eines im Lager der Bekl. stehenden Zeugen entgegenzusetzen. Der Kl. will sich vielmehr beweisrechtliche Vorteile verschaffen und den Grundsatz der Waffengleichheit gerade zu seinen Gunsten aushebeln. An den beiden Gesprächen haben drei Personen teilgenommen. Der eine Berater ist bereits namentlich unbekannt, dass der Berater L. nach über zehn Jahren noch unproblematisch aufzufinden wäre, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Die beiden Berater sind auch zu keiner Zeit Angestellte der Bekl. gewesen. Es ist nicht zu erkennen, wie die Bekl. sie ohne größere Anstrengungen finden sollte. In dieser Situation will der Kl. sich zu Lasten der Bekl., die die beiden Berater erst einmal finden muss, beweisrechtliche Vorteile verschaffen. Das auch noch vor dem Hintergrund, dass das institutionelle Zusammenwirken keinesfalls feststeht und von dem Kl. nur behauptet wird. Auch zu dessen Voraussetzungen beruft er sich ausschließlich auf seine eigene Vernehmung als Partei, so dass die Bekl. sich insoweit in einem Teufelskreis befindet.

2. Das Landgericht hat auch einen Schadensersatzanspruch mit Recht verneint.

Etwaige Schadensersatzansprüche sind verjährt. Verjährung ist spätestens mit Ablauf des 31. Dezember 2010 eingetreten. Der Schaden entsteht mit der Zeichnung (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Der Kl. ist von seinen Prozessbevollmächtigten im Jahr 2007 über ihm etwa zustehende Schadensersatzansprüche gegen die Berater aufgeklärt worden, die auf folgenden Umständen beruhen: Erhebliches Verlustrisiko, keine Handelbarkeit, keine Tauglichkeit zu Altersvorsorge und Vermögensbildung, Totalverlustrisiko, Rückvergütungen. Überdies ist er von seinen Prozessbevollmächtigten darüber aufgeklärt worden, dass ihm Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. zustünden, weil auch diese ihn auf die erheblichen Risiken der Beteiligung hätte hinweisen müssen. Diese Pflichtverletzungen waren ihm mithin spätestens seit 2007 bekannt (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Soweit der Kl. meint, die Berater hätten darüber hinausgehend noch weitere Pflichten verletzt, kann das dahinstehen. Auch auf derartigen weitergehenden Pflichtverletzungen beruhende Schadensersatzansprüche wären verjährt. Das Wissen und die grob fahrlässige Unkenntnis eines von dem Gläubiger beauftragten Rechtsanwalts ist ihm in den Grenzen des erteilten Mandats ab dem Zeitpunkt der Beauftragung zuzurechnen

(BGH, Urt. v. 27. Mai 2008 – XI ZR 132/07, Rn. 40; Urt. v. 23. Juni 2009 – XI ZR 171/08, Rn. 26; Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. § 199 Rn. 24).

Der Kl. hatte seinen Prozessbevollmächtigten im Jahr 2007 offensichtlich mit der Prüfung etwaiger Schadensersatzansprüche gegen die Berater und gegen die Bekl. beauftragt. Soweit diesem die von ihm nunmehr gerügten Pflichtverletzungen im Zuge seiner Prüfung unbekannt geblieben sein sollten, wäre dies grob fahrlässig gewesen. Denn die nunmehr gerügten Pflichtverletzungen – keine Belehrung über das Risiko der Kreditfinanzierung, keine Belehrung über Verlustrisiken, keine rechtzeitige Übergabe des Prospekts –, sind, wenn überhaupt, nur Teilaspekte der dem Kl. ausdrücklich mitgeteilten Pflichtverletzungen. Die Klage ist erst am 30. Dezember 2011 und damit nahezu ein Jahr nach Eintritt der Verjährung bei Gericht eingegangen.

Überdies hat der Kl. für die von ihm behaupteten Pflichtverletzungen wiederum keinen tauglichen Beweis angeboten. Er beruft sich wiederum nur auf seine Vernehmung als Partei, insoweit gilt das zuvor Gesagte entsprechend.

## HGB § 384 II; WpHG § 31 XIII; WpDVerOV § 8 II Nr. 7

- Eine Pflicht, Angaben über den Charakter der gekauften Ware, hier des Anlageproduktes zu machen, folgt nicht aus § 384 Abs. 2 HGB. Diese Norm bezieht sich lediglich auf die Informationen zur Ausführung des Kommissionsgeschäfts, nicht hingegen auf die „richtige“ Bezeichnung des in Auftrag gegebenen Wertpapierprodukts.**
- Eine Pflicht, den Kunden auf der Abrechnung vollständig über den Charakter und die Einzelheiten der ge-**

**tätigten Anlage zu informieren, ergibt sich weder aus § 31 Abs. 8 WpHG noch aus § 8 Abs. 2 Nr. 7 WpDVVerOV.**

**3. Die Auskunft auf den Kaufabrechnungen dient nicht dem Zweck, weitere Anlageentscheidungen vorzubereiten, sondern hat den Zweck, den Kunden über den ausgeführten und zu diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Kaufauftrag zu informieren.**

SchlHOLG, 5. Zivilsenat, Urteil vom 15. Oktober 2015 – 5 U 91/15 –, Kr.

Der Kl. begehrt Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Erwerb von Wertpapieren.

Die Bekl. ist eine Direktbank. Der Kl. war und ist Kunde der Bekl.; er unterhält bei ihr ein Wertpapierdepot sowie ein korrespondierendes Geldverrechnungskonto. Die Ehefrau des Kl. (Zedentin), die ihre Ansprüche an diesen abtrat, unterhält bei der Bekl. ebenfalls ein Wertpapierdepot sowie ein korrespondierendes Geldverrechnungskonto.

Die Bekl. stellt ihren Kunden im Internet sogenannte „informer“ zur Verfügung. Auf dieser Internetseite findet sich eine Suchmaske, mit deren Hilfe die Kunden Informationen zu ca. 1.170.000 Wertpapieren abfragen können. Der Kl. nutzte für den Abschluss der Wertpapiergeschäfte den „informer“. Er fand dort unter den aufgeführten Anleihen eine Information zu einer Anleihe der Commerzbank AG AAL Classic 11.12 CBK. Unter den Stammdaten wurde der Typ des Finanzinstruments mit „Anleihe“ angegeben. Der Rückzahlungskurs wurde mit „100 %“ beziffert. Tatsächlich handelt es sich dabei um eine Aktienanleihe, die die Emittentin berechtigt, am Fälligkeitstag statt des Darlehensnennbetrages Aktien der Emittentin auf der Grundlage eines bestimmten Basiswertes zu liefern. Angaben zu einem etwaigen Bezugswert, enthielt die Wertpapierkurzbeschreibung nicht. Insbesondere befand sich in der Beschreibung auf dem „informer“ kein Hinweis darauf, dass der Emittent diese Anleihe unter bestimmten Bedingungen nicht in Geld, sondern in Aktien zurückzahlen konnte.

Kunden der Bekl., die sich mit Ihren Zugangsdaten eingelogg haben, gelangen nach Anklicken des Buttons „Kaufen“ auf dem informer sogleich auf die entsprechende Ordermaske, auf der die Kurzbeschreibung des jeweiligen Wertpapiers bereits voreingegeben ist. Der Auftrag wird sodann von dort aus unmittelbar erteilt.

Im Zeitraum zwischen dem 20.6.2011 und dem 13.11.2012 erwarb der Kl. in Form einer Vielzahl von Einzeltranchen insgesamt nom. 211000,00 Euro der Anleihe zum ausmachenden Betrag vor Steuern von insgesamt 148379,94 Euro, nachdem er aus den im informer aufgeführten Anleihen die streitgegenständliche ausgewählt und anschließend über den entsprechenden Button geordert hatte. Die Zedentin erwarb insgesamt nom. 100000,00 Euro der Anleihe zum ausmachenden Betrag vor Steuern von insgesamt 85816,92 Euro. Bei den von der Zedentin getätigten Wertpapiergeschäften wurden diese durch den Kl. als Bevollmächtigten in gleicher Weise geordert. In sämtlichen Effektenabrechnungen des Kl. und der Zedentin fand sich unter der Rubrik „Fälligkeit“ der Hinweis: „Gesamtfälligkeit am 22.11.2012 zum Kurs von 100,00“.

Angaben zu einem Umtauschverhältnis oder zu einem Basiswert enthielten die Abrechnungen nicht. Zum weiteren Inhalt der Abrechnungen wird auf die Anlage 2 verwiesen.

Am 25.11.2011 wurden die Angaben zu dem streitgegenständlichen Finanzinstrument auf der Internetseite der Bekl. sowohl im informer als auch auf den Abrechnungen geändert. Während der Name weiterhin auf „Commerzbank AG AAL Classic 11.12 CBK“ lautete, wurde der Typ des Finanzinstruments unter den Stammdaten nunmehr mit „Aktienanleihe“ gekennzeichnet. Zudem fehlten fortan Angaben zum Rückzahlungskurs. Stattdessen beschrieb das Wertpapierprofil zutreffend, dass das Finanzinstrument als Basiswert die Aktie der Commerzbank AG hatte. Auf den Abrechnungen war nunmehr „Rückzahlung gem. Bedingungen“ angeführt. Der Kl. stellte daraufhin den Erwerb weiterer Stücke des Wertpapiers sogleich ein.

Der Kl. erzielte während der Laufzeit Zinsen in Höhe von 24660,00 Euro. Er verkaufte die an ihn gelieferten Aktien am 21.12.2012 sowie am 5.2.2013 und erzielte dabei einen Erlös von 85148,73 Euro. Die Zedentin erwirtschaftete Zinsen in Höhe von 13200,00 Euro und erhielt durch die Verkäufe einen Erlös von 34476,25 Euro.

Der Kl. hat behauptet, dass bei den von ihm getätigten Transaktionen – und zwar sowohl im Rahmen seiner Eigengeschäfte als auch anlässlich der von ihm als Stellvertreter für seine Ehefrau getätigten Transaktionen – nicht erkennbar gewesen sei, dass es sich bei dem erworbenen Wertpapier nicht um eine Anleihe, sondern tatsächlich um eine Aktienanleihe gehandelt habe. Die fehlende Erkennbarkeit resultiere nicht nur aus dem „informer“, sondern insbesondere aus dem Inhalt der zugehörigen Wertpapierkaufabrechnungen.

Der Kl. hat gemeint, die Bekl. sei ihm aus diesem Grunde zum Ersatz der Differenz zwischen seinem bzw. dem der Zedentin eingebrachten Betrag und den entsprechenden Erlösen bei Fälligkeit der Anleihe verpflichtet.

Mit der Klage hat der Kl. Schadensersatz von 100009,56 Euro begehrt.

Die Bekl. hat behauptet, der Kl. habe als erfahrener Wertpapierhändler trotz der fehlerhaften Angaben in den Wertpapierkaufabrechnungen erkennen müssen, dass es sich nicht um eine klassische Anleihe, sondern um eine hochspekulative Aktienanleihe gehandelt habe. Er meint, dass den Kl. insoweit jedenfalls ein erhebliches Mitverschulden treffe.

Das Landgericht hat die Bekl. zur Zahlung von 7304746 verurteilt.

Dem Kl. stehe gegen die Bekl. ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Verletzung von Pflichten aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß §§ 280, 241 Abs. 2 BGB zu. Eine Pflichtverletzung seitens der Bekl. liege vor. Denn die von der Bekl. in den Wertpapierkaufabrechnungen angegebenen Informationen „Gesamtfälligkeit am 22.11.2012 zum Kurs von 100,00“ stelle eine offenkundig unrichtige Information dar. Zwar erfasse der in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. vereinbarte Haftungsausschluss die identischen Angaben in dem „Informer“. Dieser Haftungsausschluss erfasse jedoch nicht solche Unrichtigkeiten, die den Inhalt der Abrechnungen betreffen. Der fehlerhafte Hinweis in den Wertpapierkaufabrechnungen habe den Eindruck erweckt und verstärkt, es handele sich bei dem Wertpapier um eine klassische Anleihe mit einem festen und unbedingten Rückzahlungsanspruch, obwohl tatsächlich kein Rückzahlungs-

kurs von 100% bestanden habe. Die Bekl. habe die Pflichtverletzung auch zu vertreten. Insbesondere greife auch nicht der Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit den die Bekl. in Ziffer 20.3 Seite 3 ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen erkläre. Denn der dem Kl. und der Zedentin entstandene Schaden sei kausal sowie entsprechend dieser Ziffer dieser allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bekl. vertragstypisch und vorhersehbar. Ein Mitverschulden treffe den Kl. nicht.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Bekl..

*Aus den Gründen*

Die Berufung ist zulässig und hat in der Sache Erfolg. Die Klage ist abzuweisen. Sie ist zulässig jedoch unbegründet. Dem Kl. steht gegen die Bekl. kein Schadensersatzanspruch zu.

1. Dem Kl. steht gegen die Bekl. kein Anspruch aus Prospekthaftung zu.

Sowohl gesetzliche als auch richterrechtliche Ansprüche aus Prospekthaftung setzen voraus, dass der Kl. einen Prospekt erhalten hat. Prospekt in diesem Sinne ist eine marktbezogene schriftliche Erklärung, die für die Beurteilung der angebotenen Anlage erhebliche Angaben enthält oder den Anschein eines solchen Inhalts erweckt. Sie muss dabei tatsächlich oder zumindest dem von ihr vermittelten Eindruck nach den Anspruch erheben, eine das Publikum umfassend informierende Beschreibung der Anlage zu sein

(BGH, Urteil vom 7. November 2011 – III ZR 103/10, Rn. 21).

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist weder die Beschreibung der streitgegenständlichen Anleihe in dem „informer“ noch auf der Abrechnung der Bekl. ersichtlich ein Prospekt. Sie erweckt nicht im Ansatz den Anschein, die Anlage umfassend zu beschreiben.

2. Dem Kl. steht gegen die Bekl. kein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Verletzung von Pflichten aus einem im Rahmen eines Anlagevermittlungsverhältnisses geschlossenen Auskunftsvertrag zu (§ 280 Abs. 1 BGB). Weder zwischen den Parteien noch zwischen der Zedentin und der Bekl. ist ein Auskunftsvertrag zustande gekommen.

Ein derartiger Auskunftsvertrag mit Haftungsfolgen kommt im Rahmen der Anlagevermittlung stillschweigend zustande, wenn der Interessent deutlich macht, dass er, auf eine bestimmte Anlageentscheidung bezogen, die besonderen Kenntnisse und Verbindungen des Vermittlers in Anspruch nehmen will und der Anlagevermittler die gewünschte Tätigkeit beginnt. Ein solcher Vertrag verpflichtet den Vermittler zu richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind

(BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 – III ZR 100/06, Rn. 7).

Vorliegend fehlt es an einem Angebot der Bekl. auf Abschluss eines derartigen Auskunftsvertrages. Die Auslegung des „informer“ der Bekl. sowie der dort in Bezug genommenen Nutzungsbedingungen in Zusammenhang mit den Depotöffnungsanträgen des Kl. und der Zedentin sowie den in Bezug genommenen Allgemeinen und Produktbezogenen Geschäftsbedingungen von einem objektivierten Empfängerhorizont her ergibt, dass die dort erteilten Auskünfte ersichtlich nicht abschließend sein sollen und die Bekl. für die Richtigkeit der dort niedergelegten Informationen zu über 1 Mio. Anlagen ersichtlich nicht haften will. Im dritten Absatz der ersten Seite und dem ersten Absatz zum „Disclaimer zu Wertpapieranalysen“ der Nutzungsbedingungen macht die Bekl. deutlich, für die Richtigkeit der Informationen keine Gewähr zu übernehmen. Sie weist ausdrücklich darauf hin, dass die im „Informer“ enthaltenen Daten und Ergebnisse ausschließlich der Information dienen und keine Anlageberatung darstellen. Aus den „Ausführungsgrundsätzen“ (letzte Seite) und Ziffer 20.2 der Produktbezogenen Geschäftsbedingungen ergibt sich, dass die Bekl. die Aufträge beratungsfrei ausführt und dem Kunden Informationen von Dritten ohne Gewähr für Vollständigkeit, Richtigkeit und Genauigkeit zur Verfügung stellt. Da es insoweit bereits an einem Auskunftsvertrag fehlt, kommt es auf das Verschulden nicht an.

3. Die Bekl. haftet dem Kl. auch nicht wegen der Verletzung einer Warnpflicht aus dem zwischen ihnen bestehenden Geschäftsbesorgungsvertrag (Kommissionsvertrag).

Bei einem Kommissionsvertrag übernimmt es der eine Teil (Kommissionär), gewerbsmäßig Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (Kommittent) zu kaufen oder zu verkaufen (§ 383 Abs.1 HGB). So liegt es hier. Der Kl. und die Zedentin haben die Bekl. aufgrund der geschlossenen Depotverträge in Zusammenhang mit den produktbezogenen Geschäftsbedingungen (dort Ziffer 1.2) beauftragt, für ihre Rechnung Wertpapiere zu kaufen.

Eine Warnpflicht als Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) besteht nach den Umständen des Einzelfalls dann, wenn der Discount-Broker, hier also die Bekl., erkennt, dass die Aufträge des Kunden von dessen zuvor erklärten Zielvorstellungen deutlich abweichen, wenn für ihn klar erkennbar ist, dass Tragweite und Risiko des Auftrags falsch eingeschätzt werden oder wenn der Discount-Broker eine tatsächlich bestehende Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden erkennt oder aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht erkannt hat

(BGH, Urt. v. 19. März 2013 – XI ZR 431/11, Rn. 25).

Diese Voraussetzungen liegen allesamt nicht vor.

Der Erwerb der Anleihe wich nicht von den zuvor erklärten Zielvorstellungen des Kl. oder der Zedentin ab. Sowohl der Kl. als auch die Zedentin hatten sich bei Eröffnung ihrer Konten am 3. November 1998 und am 20. März 2004 als „risikobewusst“ (zweithöchste Kategorie E) eingestuft. Hierzu passt der Erwerb der Anleihen. Dass sie ihre Risikoeinstufung in einer Erklärung gegenüber der Bekl. geändert hätten, hat der Kl. substantiiert nicht dargetan.

Dass für die Bekl. klar erkennbar gewesen wäre, dass der Kl. Tragweite und Risiko der Anleihe falsch einschätzte, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

Die Bekl. verkannte auch die tatsächlich bestehende Aufklärungsbedürftigkeit des Kl. über die Rückzahlungsmodalitäten der Anleihe nicht aufgrund grober Fahrlässigkeit. Zwar behauptet der Kl. insoweit, die Bekl. habe die unzureichende oder gar falsche Information in dem „informer“ und auf der Abrechnung grob fahrlässig zu verantworten. Damit trägt er aber nicht vor, dass sie die unrichtige Darstellung in dem „informer“ bei Ausführung des Auftrags grob fahrlässig nicht bemerkte. Eine Verpflichtung der Bekl., vor Ausführung des Auftrags ihre eigenen Informationen zu der in Rede stehenden Anlage in dem „informer“ zu überprüfen, besteht nicht. Doch selbst wenn eine derartige Verpflichtung bestünde, hätte die Bekl. sie nicht grob fahrlässig verletzt. Der insoweit darlegungs- und beweissbelastete Kl. trägt keine Umstände vor, die für grob fahrlässiges Verhalten der Bekl. – bei Ausführung des Auftrags – sprechen. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die verkehrserforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird, schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt werden und das nicht beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem einleuchten musste

(Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl. § 277 Rn. 5).

Ein derartiges Fehlverhalten der Bekl. ist vorliegend nicht zu erkennen. Denn die Vielzahl von über 1 Mio. Informationen zu verschiedenen Anlagen lässt sich von vornherein und von jedem nicht sicher überblicken.

Die Bekl. hat hierzu unbestritten vorgetragen, dass sie sämtliche Informationen, die sie zu gehandelten Wertpapieren veröffentlicht, von einem externen Dienstleister erhält. Die Bekl. durfte sich auf die Richtigkeit der übermittelten Wertpapierbezeichnung und die Angabe „Gesamtfällig am 22.11.2012 zum Kurs von 100,00“ verlassen. Die Bekl. hat die entsprechenden Daten uneingeschränkt und ohne Veränderungen übernommen. Das ist im Online-Massenverkehr auch nichts Ungewöhnliches. Zwar heißt es unter Ziffer 16 der Sonderbedingungen für das Trading, „Werden in den ‘Wertpapier-Mitteilungen’ Informationen veröffentlicht, die die Wertpapiere des Kunden betreffen, oder werden der comdirect bank AG solche Informationen vom Emittenten ... übermittelt, so wird die comdirect bank AG dem Kunden diese Informationen zur Kenntnis geben, soweit sich diese auf die Rechtsposition des Kunden erheblich auswirken können und die Benachrichtigung des Kunden zur Wahrung seiner Interessen erforderlich ist....“ Allerdings ist schon vom Anwendungsbereich her zweifelhaft, ob diese Informationspflicht den Sachverhalt im Zuge der An-

bahnung eines Kommissionsgeschäfts betrifft. Eine gesonderte Prüfung der von dem externen Dienstleister übermittelten Daten oder gar eine händische Korrektur dieser Daten durch die Bekl. war jedenfalls nicht geschuldet

(BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 – III ZR 100/06, Rn. 7).

In den Nutzungsbedingungen (Absatz 2) auf der Internetseite der Bekl. werden die Daten für den Informationsservicedienst „Informer“ von der „Interactive Data Managed Solutions AG“ zur Verfügung gestellt. In den Nutzungsbedingungen (Absatz 3 und 4) heißt es, dass sich die Bekl. die Inhalte dieser Informationen (Börsen- und Wirtschaftsdaten, Kurse, Indices, Preise, Nachrichten und allgemeine Marktdaten) ausdrücklich nicht zu eigen macht und sie auch nicht die Meinung der Bekl. darstellen. Auch insoweit durfte die Bekl. darauf vertrauen, dass sich die Anleger vor Vertragsschluss hinreichend über den Inhalt des gekauften Produkts informiert haben.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts erfasst der Haftungsausschluss auch die Angaben auf den Kaufabrechnungen. Es handelt sich bei den Informationen auf den Kaufabrechnungen, die identisch sind mit denen auf dem „informer“ ebenfalls um Informationen von Dritten im Sinne der Klausel 20.3 der produktbezogenen Geschäftsbedingungen für das „Trading“. Feststellungen des Landgerichts, warum es sich bei diesen Angaben um Angaben der Bekl. selbst handelt, fehlen. Die Tatsache dass es sich bei der Abrechnung um eine Abrechnung der Bekl. handelt, führt nicht automatisch dazu, dass die dort vorhandenen Angaben auch von der Bekl. stammen. Da es sich um ein Kommissionsgeschäft handelt und die Bekl. Wertpapiere eines Dritten verkauft, sind die Angaben in der Geschäftsabrechnung genauso wie die im „Informer“ keine eigene Angaben sondern Informationen von Dritten.

Anhaltspunkte für grob fahrlässiges Verhalten der Bekl. in Bezug auf die streitgegenständliche Angabe auf den Kaufabrechnungen sind weder ersichtlich noch vorgetragen.

4. Die Bekl. haftet dem Kl. auch nicht wegen einer Pflichtverletzung des geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages (Kommissionsvertrag) aufgrund der Angabe auf den Geschäftsabrechnungen zur Fälligkeit „Gesamtfällig am 22.11.2012 zum Kurs von 100,00“.

a) Es fehlt es an einer Pflichtverletzung der Bekl.. Die Angabe auf den Geschäftsabrechnungen entspricht den gesetzlichen und vertraglichen Anforderungen.

aa) Im Rahmen eines Beratungsvertrages ist die beratende Bank zwar zu einer objektgerechten Beratung verpflichtet. Vorliegend lag jedoch weder ein Beratungs- noch ein im Rahmen eines Anlagevermittlungsverhältnisses geschlossener Auskunftsvertrag vor (vgl. oben).

Aus dem Kommissionsvertrag ergeben sich derartige Pflichten nicht. Der Kommissionsvertrag ist geregelt in den §§ 383-406 HGB. Die Pflichten ergeben sich insbesondere aus § 384 HGB. Sie umfassen die sorgfältige Ausführung des übernommenen Geschäftes, Informationen über die Ausführung der Kommission und über das Geschäft sowie Herausgabepflichten. Pflichten, den Kunden über das getätigte Anlagegeschäft zu beraten, ergeben sich weder aus § 384 BGB noch sonst aus dem Charakter des Kommissionsvertrages.

§ 384 Abs. 2 HGB erfasst die Angaben, die auf der Kaufabrechnung von der Bekl. als Kommissionärin zu machen sind. Sie ist verpflichtet über das Geschäft Rechenschaft abzulegen und von der Ausführung der Kommission unverzüglich Anzeige zu machen.

Der Anspruch auf Rechenschafts- oder Rechnungslegung erfasst immer nur die zur Ermittlung des mit der Auskunft verfolgten weiteren Anspruchs erforderlichen Umstände (BGH, Urteil vom 23. März 1966 – VIII ZR 295/63, juris-Rn. 19). Um im Rahmen eines Kommissionsvertrages die Ansprüche auf Herausgabe des aus der Kommission Erlangten (§ 384 Abs. 2 HGB), des zur Ausführung der Kommission Erhaltenen (§ 667 Var. 1 BGB) und etwaige Schadensersatzansprüche ermitteln zu können, benötigt der Kommittent umfassende Auskünfte über die Abwicklung des Kommissionsverhältnisses

(BGH, Urteil vom 1. Februar 1988 – II ZR 152/87, juris-Rn. 13; OLG München, Urteil vom 18. September 2007 – 5 U 2012/07, juris-Rn. 15; Koller in: Staub, HGB, 5. Aufl. § 384 Rn. 99).

Hierzu gehören in geordneter Aufstellung für die einzelnen Geschäftsvorfälle Zeitpunkt oder Zeitraum der Durchführung

(BGH, Urteil vom 1. Februar 1988 – II ZR 152/87, juris-Rn. 13),

Bruttoverkaufspreise, diesbezügliche Provisions- und gegebenenfalls Aufwendungsersatzansprüche des Kommissionärs und die sich hieraus ergebenden Nettoverkaufspreise sowie Angaben zu den empfangenen, aber nicht verkauften Waren

(OLG München, Urteil vom 13. Juni 2012 – 7 U 3031/11, juris-Rn. 14).

Ferner sind regelmäßig Angaben dazu geschuldet, wann, in welcher Höhe und in welcher Weise der Kommissionär dem Kommittenten den Erlös gutgebracht hat

(OLG München, Urt. vom 18. September 2007 – 5 U 2012/07, juris-Rn. 16).

Danach ergibt sich eine Pflicht, Angaben über den Charakter der gekauften Ware, hier des Anlageproduktes zu machen, aus § 384 Abs. 2 HGB nicht.

Das hat der Senat

(Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 5. November 2012 – 5 U 10/12, juris Rn. 69)

bereits entschieden: „In § 384 HGB sind die wesentlichen Vertragspflichten des Kommissionärs gesetzlich niedergelegt. Gem. § 384 Abs. 2 HGB hat der Kommissionär dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben. Dies bezieht sich lediglich auf die Informationen zur Ausführung des Kommissionsgeschäfts, nicht hingegen auf die „richtige“ Bezeichnung des in Auftrag gegebenen Wertpapierprodukts. Die Bekl. unterliegt als Online-Brokerin und Kommissionärin nur einer eingeschränkten Aufklärungs- und Informationspflicht, der sie bereits durch Übersendung der Basisinformationen nachgekommen ist.“

bb) Eine Pflicht, den Kunden auf der Abrechnung vollständig über den Charakter und die Einzelheiten der getätigten Anlage zu informieren, ergibt sich weder aus § 31 Abs. 8 WpHG noch aus § 8 Abs. 2 Nr. 7 WpDVerOV. § 31 Abs. 8 WpHG enthält die Verpflichtung, den Kunden in geeigneter Form über die ausgeführten Geschäfte zu berichten. Eine weitergehende Verpflichtung zu einzelnen Konditionen der Anleihe ergibt sich hieraus nicht. Die streitgegenständliche Anleihe ist kein Finanzinstrument i.S. § 8 Abs. 2 Nr. 7 WpDVerOV. Eine Anleihe fällt nicht unter § 2 Abs. 2, Abs. 1 WpHG.

cc) Auch Ziffer 3.2 der produktbezogenen Geschäftsbedingungen I. Trading (B2 Blatt 67 GA) enthält eine derartige Verpflichtung nicht.

Aus der von dem Kl. zitierten Ziffer 11.4 der von der Bekl. verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen „Prüfung und Einwendungen bei Mitteilung der Bank“ ergibt sich nichts anderes. Denn die Prüfungspflicht des Kunden bezieht sich dort auch nur auf Informationen und Anzeigen über die Ausführung der Aufträge und nicht über den Charakter und die Einzelheiten der getätigten Anlage.

b) Selbst bei Annahme einer entsprechenden Nebenpflicht für einen Hinweis auf die genaue Anleiheform fehlt es an einem Verschulden i.S. v. §§ 280, 276 BGB. Das hat der Senat ebenfalls bereits entschieden

(Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 5. November 2012 – 5 U 10/12, juris Rn. 69-74):

Gem. 20.3 der produktbezogenen Geschäftsbedingungen für das „Trading“) haftet die Bekl. nicht für die Vollständigkeit, Richtigkeit und Genauigkeit der an den Kunden weitergeleiteten Börsen- und Wirtschaftsinformationen, sofern die Haftung nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht. Sofern die Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht vorliegt, haftet die Bekl. nur und begrenzt auf den vertragstypischen vorhersehbaren Schaden, soweit die Verletzung nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht. Diese AGB-Haftungsreduzierung ist – entgegen der Auffassung des Kl. – nicht nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam. AGB-Bestimmungen sind nur dann unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen, was im Zweifel dann anzunehmen ist, wenn wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Hier liegt jedoch keine Verletzung einer vertragswesentlichen Pflicht vor. Die einzelnen Kaufordern des Kl. und der Zedentin

beinhalten kein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages sondern zum Abschluss eines Kommissionsvertrages (§ 383 ff. HGB). Aus den produktbezogenen Geschäftsbedingungen der Bekl. ergibt sich, dass sie die Wertpapieraufträge nicht im Wege der sog. Selbstausführung als Käuferin/Verkäuferin ausführt, sondern als Kommissionärin. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Bank – wie hier – nicht Emittentin des Papiers ist. In § 384 HGB sind die wesentlichen Vertragspflichten des Kommissionärs gesetzlich niedergelegt. Gem. § 384 Abs. 2 HGB hat der Kommissionär dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben. Dies bezieht sich lediglich auf die Informationen zur Ausführung des Kommissionsgeschäfts, nicht hingegen auf die „richtige“ Bezeichnung des in Auftrag gegebenen Wertpapierprodukts. Die Bekl. unterliegt als Online-Brokerin und Kommissionärin nur einer eingeschränkten Aufklärungs- und Informationspflicht, der sie bereits durch Übersendung der Basisinformationen nachgekommen ist. Die Reduzierung des Verschuldensmaßstabs für eine mögliche Pflichtverletzung wegen der „Richtigkeit“ der zusätzlich auf der Onlineplattform zur Verfügung gestellten Informationen (hier Wertpapierbezeichnung und Stammdaten) berührt mithin keine wesentlichen vertraglichen Kommissionärspflichten und ist deshalb zulässig. Eine mögliche Nebenpflichtverletzung (falsche bzw. irreführende Bezeichnung des Finanzprodukts oder Verletzung einer entsprechenden Prüfungspflicht) müsste mithin nach der vertraglich zulässigen Haftungsbegrenzung grob fahrlässig verschuldet worden sein. Das ist hier nicht der Fall.

c) Die vom Kl. behauptete möglicherweise unvollständige Information ist nicht ursächlich für den geltend gemachten Schaden.

aa) Der Kl. hat nicht bewiesen, dass der Schaden eingetreten ist, weil die Bekl. auf den Kaufabrechnungen eine möglicherweise unvollständige Information gegeben hat. Die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ greift vorliegend nicht ein. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat, beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte, der Geschädigte den Rat oder Hinweis also unbeachtet gelassen hätte. Diese sogenannte „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ gilt für alle Aufklärungs- und Beratungsfehler eines Anlageberaters

(BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 – XI ZR 262/10, Rn. 28).

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Vorliegend geht es nicht um die Verletzung von vertraglichen oder vorvertraglichen Aufklärungspflichten sondern um eine Informationspflicht nach Abschluss einer getätigten Anlage zur Vorbereitung von weiteren Anlagen. Es gelten für die Kausalität die normalen Beweisregeln.

Den Beweis hat der Kl. nicht geführt. Zwar hat der Kl. vorgebracht, er habe seine Kaufentscheidungen sowohl auf die kurze Beschreibung des Formats als auch auf den Inhalt der Wertpapierkaufabrechnungen gestützt und sich zum Beweis dafür auf seine informatorische Anhörung berufen.

Zum einen ist der pauschale Vortrag weder schlüssig noch nachvollziehbar. Zum anderen hat der Kl. diesen Vortrag in der mündlichen Verhandlung nicht bestätigt. Er hat zunächst ausführlich geschildert, dass er sich im „informer“ informiert habe. Dass er sich an den Wertpapierabrechnungen orientiert habe, hat er in der mündlichen Verhandlung an keiner Stelle erklärt. Er hat nur darauf hingewiesen, dass auf den Wertpapierabrechnungen der Hinweis „Anleihe zu 100 %“ gestanden habe. Überdies schließen sich die vom Kl. in seiner Anhörung vor dem Senat genannten Möglichkeiten aus. Er hat erklärt, er hätte entweder keine weiteren Anleihen gekauft oder die bereits gekauften sofort wieder verkauft. Widersprüchlich ist insoweit seine Angabe vor dem Landgericht, er habe am 25.11. festgestellt, dass es sich um eine Aktienanleihe handle. Denn auch danach hat der Kl. die Anleihen nicht verkauft. Zudem macht der Kl. den hieraus resultierenden Differenzschaden nicht geltend.

Außerdem entfällt die Kausalität auch deshalb, da der Kl. in der mündlichen Verhandlung angegeben hat, dass er davon

ausgegangen sei, dass die Commerzbank in jedem Fall gerettet werde und deshalb die 100%ige Auszahlung gegeben sein würde. Diese Angabe zeigt meines Erachtens eindeutig, dass dem Kl. bei Kauf der Anleihe bewusst war, dass es auch eine andere Möglichkeit als die 100%ige Auszahlung geben könnte.

bb) Selbst wenn man eine schuldhaftige Pflichtverletzung der Bekl. bejahen würde, so fällt der hier geltend gemachte Schaden nicht unter den Schutzzweck der verletzten Normen. Eine Schadensersatzpflicht besteht nur dann, wenn der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt; es muss sich also um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist.

(Grüneberg in: Palandt, BGB 74. Auflage 2015, Vorb v § 249 Rn. 29/ stRspr. BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 –VI ZR 381713, Rn. 10).

Eine Ersatzpflicht entfällt, wenn die Auskunft nicht für den angegebenen, sondern für einen anderen Zweck verwandt wird

(BGH, Urteil vom 18. Juni 1991 – XI ZR 282/90, juris Rn. 9).

An diesen Maßstäben gemessen entfällt der geltend gemachte Schaden nicht unter den Schutzzweck der verletzten Norm. Das ergibt sich bereits aus den obigen Ausführungen zu den in Betracht kommenden Normen. Überdies dient die Auskunft auf den Kaufabrechnungen nicht dem Zweck, weitere Anlageentscheidungen vorzubereiten, sondern hat den Zweck, den Kunden über den ausgeführten und zu diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Kaufauftrag zu informieren.

5. Der Kl. kann nur den Schaden geltend machen, der ihm bis zum 25.11.2011 entstanden ist, dem Zeitpunkt, zu dem der Kl. festgestellt hat, dass es sich um eine Aktienanleihe handelt. Dieser Schaden wird nicht geltend gemacht. Zudem fehlt Vortrag des Kl. hierzu.

Nach den Schadensberechnungen des Kl. entfällt die erste getätigte Anlage als Schadensposition. Hierfür können die Angaben selbst auf der ersten Abrechnung, zu deren Zeitpunkt die Anlage bereits getätigt war, nicht ursächlich gewesen sein. Die Revision wird nicht zugelassen (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Rechtsstreit hat seinen Schwerpunkt in den tatsächlichen Feststellungen.

## BGB § 823

- 1. Eine Verantwortung für einen Schaden besteht dann nicht, wenn die Mitwirkung eines Schädigers bei einer gemeinsamen gefährlichen Handlung – hier gemeinsam geplante und unter Missachtung von Sorgfaltsanforderungen durchgeführte Baumfällaktion – keinen zusätzlichen Gefahrenkreis für die Schädigung eröffnet hat. Der Geschädigte verletzt das aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgende Verbot des Selbstwiderspruchs, wenn er in einem solchen Fall dennoch die finanziellen Folgen seiner Körperbeschädigung auf den weiteren Beteiligten abwälzen will.**
- 2. Bei Baumfällarbeiten ist nicht der Grundstückseigentümer als Veranlasser, sondern ist vielmehr derjenige, der die Arbeiten eigenständig durchführt, für die Sicherheit dieser Arbeiten und die Einhaltung von Unfallverhütungsvorschriften verantwortlich, bei deren Missachtung er den Grundstückseigentümer mithin nicht aus dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherungspflicht in Anspruch nehmen kann.**

SchlHOLG, 11. Zivilsenat, Urteil vom 18. September 2015 – 11 U 141/14 –, Ro.

Der Kl. macht materiellen und immateriellen Schadenersatz wegen eines Unfalls bei Baumfällarbeiten auf dem Grundstück der Bekl. zu 1. geltend. An den Baumfällarbeiten war der Bekl. zu 2. beteiligt.

Der Kl. und der Bekl. zu 2. verabredeten sich im Frühjahr 2011 zu einer gemeinsamen Baumfällaktion. Sie hatten jeweils schon in der Vergangenheit Säge- und Fällarbeiten durchgeführt und gingen nach einem gemeinsamen, zuvor besprochenen Plan arbeitsteilig vor. Der Kl. hatte Motorsäge, Seile und andere Utensilien mitgebracht. Der Bekl. zu 2. hatte einen Hubwagen und einen Traktor ge-

liehen. Der Hubwagen wurde unter einer Linde positioniert und der Kl. auf der Hebebühne in Höhe der Baumkrone hochgefahren. Der Kl. befestigte an einem in der Krone der Linde befindlichen Ast ein Seil. Der Bekl. zu 2. und ein dritter Beteiligter verlängerten das Ende des Seils, indem sie hieran weitere Seile knöteten. Sie befestigten das letzte Ende am Traktor. Der Bekl. zu 2. befand sich im Traktor und hielt mit diesen die aneinandergelöteten Seile auf Spannung. Der Kl. begann auf der ausgefahrenen Hebebühne mit der Motorsäge den Ast abzusägen, der Bekl. zu 2. fuhr mit dem Traktor an. Als oder nachdem sich der Ast vom Baum löste, wurde der Kl. durch den Ast aus der Kanzel der Hebebühne geschleudert und stürzte aus etwa 8 m Höhe zu Boden, wobei er sich schwer verletzte. Bei diesem Vorgang riss eines der Seile kurz hinter dem Traktor. Die Verknotung der Seile selbst löste sich nicht. Der Kl. nimmt die Bekl. auf materiellen Schadensersatz und Schmerzensgeld in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung blieb erfolglos.

### Aus den Gründen

Die zulässige Berufung des Kl. hat keinen Erfolg. Die Bekl. haften für die bei den Baumfällarbeiten dem Kl. erlittenen materiellen und immateriellen Schäden nicht. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

1. Haftung des Bekl. zu 2.

Der Bekl. zu 2. haftet nicht deshalb nach § 823 Abs. 1 BGB, weil er fahrlässig den Körper des Kl. widerrechtlich verletzt hat. Zwar handelte der Bekl. zu 2. fahrlässig und verletzte durch den Kl. (a). Die schweren Verletzungen sind diesen fahrlässigen Handlungen aber nicht zuzurechnen (b). Außerdem überwiegt das unfallursächliche Mitverschulden des Kl. die Verschuldensanteile des Bekl. zu 2. derart, dass diese als unmaßgeblich in den Hintergrund treten (c).

a) Als haftungsbegründende Verletzungshandlung reicht die Beteiligung an den gefährlichen Baumfällarbeiten durch Beschaffung und Aufstellung der Hebebühne sowie Zurverfügungstellen und Spannen der Seile durch Anfahren des Traktors aus. Der Bekl. zu 2. hat dadurch den Unfall zumindest mitverursacht.

Er handelte auch fahrlässig. Der vom Kl. und dem Bekl. zu 2. vorgesehene Ablauf, wonach der Kl. von der Hubbühne aus den Ast absägte und dieser dann im Fallen durch das Seil weggezogen wird, war extrem gefährlich und sorgfaltswidrig. Der Kl. hat in seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht erklärt, es sei geplant gewesen, den Ast im Fallen wegzuziehen („Wenn er kommt, dann ziehst du ihn weg“). Dieser Plan war schon deshalb nicht gefahrlos umsetzbar, weil eine Kommunikation zwischen dem Kl. und dem Bekl. zu 2. fast ausgeschlossen war. Der Kl. hielt schließlich die Motorsäge und befand sich neben der Baumkrone, der Bekl. zu 2. in einem Traktor mit laufendem Motor. Auf welche Weise dem Bekl. zu 2. das Fallen des Astes mitgeteilt werden sollte, ist nicht erkennbar. Außerdem bestand offensichtlich die Gefahr, dass durch den Sturz oder Seitbewegungen des Astes der Kl. oder die Hebebühne getroffen würden. Der Ast konnte auf die Hebebühne fallen, wenn er nicht rechtzeitig aufgefangen wurde oder das Seil riss. Diese Arbeitsweise ist auch ohne Berücksichtigung der Anweisungen für den Gartenbau der Gartenbauberufsgenossenschaft zu Baumarbeiten, die den Einsatz von Seilen nur zum Abseilen vorsehen, höchst sorgfaltswidrig.

Das fahrlässige Verhalten des Bekl. zu 2. war grundsätzlich auch ursächlich für den Unfall. Hätten die Parteien die Arbeiten sorgfältig gestaltet, indem sie den Ast stückweise entfernt hätten, oder hätten sie ganz auf die Arbeiten verzichtet, wäre es nicht zu dem Unfall gekommen.

b) Mit dem angefochtenen Urteil ist aber im Rahmen der Kausalitätsbewertung die Zurechenbarkeit des Schadens zu verneinen. Eine Verantwortung für einen Schaden besteht dann nicht, wenn die Mitwirkung eines Schädigers bei einer gemeinsamen gefährlichen Handlung keinen zusätzlichen Gefahrenkreis für die Schädigung eröffnet hat. Der Kl. verletzt das aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgende Verbot des Selbstwiderspruchs (*venire contra factum proprium*), wenn er die finanziellen Folgen seiner Körperbeschädigung teilweise auf den Bekl. abwälzen will, obwohl er selbst es war, der sich aus freiem Entschluß und eigener Sorglosigkeit in die gefährliche Situation begeben und dabei selbst verletzt hat

(vgl. BGH NJW 1986, 1865, 1866).

Der Kl. hat freiwillig bei der gefährlichen Arbeitsweise mitge-

wirkt und handelte dabei höchst sorgfaltswidrig und sorglos. Die geplante Arbeitsweise und die damit verbundenen Gefahren waren für den Kl. ohne weiteres erkennbar. Der Kl. hatte zuvor bereits Holzfällarbeiten vorgenommen, wusste also, dass von Bäumen und Fällwerkzeugen erhebliche Gefahren ausgehen können. Selbst Personen, die wenig Erfahrung mit Fällarbeiten haben, konnten erkennen, dass besondere Gefahren bei der Arbeit in großer Höhe, unangeseilt mit einer Motorsäge und schwierigen Kommunikationsverhältnissen bestanden. Der Kl. konnte aus seiner Position auf dem Hubwagen in rund acht Metern Höhe die Gefährlichkeit der Situation sogar deutlich besser erkennen als der Bekl. zu 2. Ihm musste die Fallhöhe bewusst sein, er hatte es in der Hand, sich anzuseilen, und konnte die Größe und Position des Astes einschätzen. Dadurch, dass er die Säge selbst geführt hat, hatte allein er es in der Hand, die gefährliche Arbeitsweise jederzeit zu beenden. Diese offensichtlichen Gefahrumstände haben nicht dazu geführt, dass er weitere Vorsichtsmaßnahmen ergriff oder von dem Vorhaben absah. Einen zusätzlichen Gefahrenkreis im Sinne der oben genannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(BGH NJW 1986, 1865, 1866)

hat der Bekl. zu 2. auch nicht dadurch geschaffen, dass er an dem Ast zog. Damit schuf er keine zusätzlichen Gefahren. Vielmehr entsprach diese Arbeitsteilung dem gemeinsamen Vorhaben der Parteien. Sowohl der Bekl. zu 2. als auch der Kl. hätten die jeweils andere Rolle im Rahmen der Arbeitsteilung ausüben können, der Kl. war nicht auf besondere Kenntnisse und Fähigkeiten des Bekl. zu 2. angewiesen.

Etwas anderes würde gelten, wenn der Bekl. zu 2. durch die Inanspruchnahme einer übergeordneten Rolle als Experte und Wortführer im Verhältnis zum Kl. die Durchführung des Unternehmens übernommen und einen zusätzlichen Gefahrenkreis dadurch eröffnet hätte. Nach den zutreffenden Sachverhaltsermittlungen des Landgerichts, die der Senat nach § 529 Abs.1 Nr.1 ZPO seiner Entscheidung zugrundelegt, waren die Beiträge zu den Fällarbeiten im Wesentlichen gleichwertig. Die Parteien haben einander keine Anweisungen zu einem bestimmten Arbeitsablauf gegeben. Der Kl. hatte auch ein erhebliches Eigeninteresse an den Fällarbeiten, da er das Holz zu einem günstigen Preis erwerben wollte. Nicht der Bekl. zu 2. hat danach eine Gefahrensituation geschaffen, sondern er und der Kl. gemeinsam haben dies getan.

c) Selbst wenn man einen Zurechnungszusammenhang zwischen den Schäden und der Fahrlässigkeit des Bekl. zu 2) annehmen wollte, haftet dieser nicht. Aus den oben genannten Gründen überwiegt das Mitverschulden des Kl. so sehr, dass es Schadensersatzansprüche ausschließt. Dies gilt vor allem deshalb, weil es der Kl. mit seiner besonderen Nähe zu der gefährlichen Situation in der Hand hatte, die unmittelbaren Gefahren zu erkennen und zu beenden. Wenn er sich wissentlich und sorglos in diese gefährliche Situation begibt, hat er für die bei ihm entstandenen Schäden selbst einzustehen.

2. Haftung der Bekl. zu 1.

Das Landgericht hat auch die Klage gegen die Bekl. zu 1. als Grundstückseigentümerin zu Recht abgewiesen.

Zwar hat auf Baustellen der Bauherr oder sonstige Auftraggeber dafür zu sorgen, dass von einem Vorhaben keine Gefahren ausgehen, durch die Dritte Schaden erleiden können. Diese Grundsätze gelten auch für Baumfällarbeiten. Dabei ist bei Bauarbeiten grundsätzlich der Bauherr als Veranlasser des Bauvorhabens verkehrssicherungspflichtig und als solcher auch deliktisch einstandspflichtig

(vgl. BGH MDR 1993, 517/518).

Er ist es in erster Linie, der die Gefahrenquelle eröffnet. Demgemäß hat er dafür zu sorgen, dass von seinem Bauvorhaben keine Gefahren ausgehen, durch die Dritte Schäden erleiden können. Dies gilt jedoch im Verhältnis des Bauherrn zu dem von ihm beauftragten Unternehmer nicht uneingeschränkt, soweit es um die Sicherheit der Baustelle geht. Für die Sicherheit der Baustelle ist in erster Linie der Unternehmer selbst verantwortlich. Die Unfallverhütungsvorschriften wenden sich nur an ihn

(vgl. BGHZ 68, 175/176).

Daraus folgt, dass der Mitarbeiter eines von dem Bauherrn beauftragten Unternehmers, welcher Mitarbeiter bei der Ausführung von Bauarbeiten infolge der Nichtbeachtung von Unfallverhütungsvorschriften zu Schaden kommt, den Bauherrn dafür regelmäßig nicht haftbar machen kann.

Dies gilt erst recht dann, wenn der beauftragte Unternehmer oder Handwerker, der selbst sorgfaltswidrig handelt, verletzt wird. Der Bekl. zu 2. und der Kl. haben eigenständig die Arbeiten durchgeführt. Eine Verpflichtung, die Arbeiten darüber hinaus zum Schutz der Handelnden vor sich selbst noch zu überwachen war dagegen nicht gegeben. Die Bekl. zu 1. konnte die Gefahren der Baumfällarbeiten nicht besser einschätzen als der Bekl. zu 2. und der Kl. ...

## BGB §§ 158, 2074, 2231 f, 2247

**1. Eine letztwillige Verfügung ist dann unter eine zulässige echte Bedingung gestellt worden – hier durch eine Bezugnahme des Erblassers auf seinen Tod bei einer bestimmten Gelegenheit, nämlich bei einer Reise nach Russland – wenn im Wege der Auslegung der Wille des Erblassers erkennbar wird, die Wirksamkeit der Verfügung mit dem angegebenen, für ungewiss gehaltenen Umstand unmittelbar zu verknüpfen.**

**2. Ist der Tod bei der im Testament zur Bedingung erhobenen Gelegenheit nicht eingetreten, muss der etwa später gebildete Wille, das Testament dennoch und nunmehr ohne die Bedingung fortgelten zu lassen, formgerecht – §§ 2231 f, 2247 BGB – verlautbart werden.**

SchiHOLG, 3. Zivilsenat, Beschl. vom 6. Juli 2015 – 3 Wx 38/15 –, Na.

Der 2014 verstorbene Erblasser (E) errichtete am 19. Februar 1994 kurz vor einer Reise nach Russland ein eigenhändig geschriebenes, von ihm unterschriebenes Testament. Zu diesem Zeitpunkt war die Beteiligte zu 1. (B) seine Lebensgefährtin; sie schlossen später die Ehe. Das Testament hat u.a. folgenden Inhalt:

„...Hiermit wird B geb. am ... meine Nachfolgerin für mein Haus in ... Sie bekommt ein lebenslanges Wohnrecht in ihrer jetzigen Wohnung kostenlos. Mein Bruder X geb. am ... wird mit den Fachlichen und Finanziellen Regelungen betraut. Dafür wird sein Sohn Y das Gebäude ... erben nach dem Ableben von seinem Vater und B.... Dies Testament gilt nur bei einem Unfall oder sollte ich nicht aus Rußland wiederkommen ...“

Der Erblasser verstarb 20 Jahre später nach schwerer Krankheit. Die Beteiligte zu 1. (B) hat am 5. Dezember 2014 bei dem Nachlassgericht die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin ausweist. Da ihr der Erblasser mit dem Hausgrundstück den einzigen werthaltigen Vermögensgegenstand vermacht habe, sei sie – so ihre Ansicht – seine Alleinerbin geworden. Die Regelung am Ende des Testamentes, wonach es nur bei einem Unfall oder nicht erfolgter Rückkehr des Erblassers aus Russland gelten solle, sei keine einschränkende Bedingung, sondern die Kundgabe des Anlasses für die Errichtung des Testamentes.

Das Nachlassgericht hat den Erbscheinantrag als unbegründet zurückgewiesen. Die Beschwerde der B blieb erfolglos.

### Aus den Gründen

Die form- und fristgerecht als – statthaftes Rechtsmittel der – Beschwerde (§ 58 Abs. 1 FamFG) auszulegende „Erinnerung“ ist unbegründet.

Die Entscheidung konnte im schriftlichen Verfahren getroffen werden. Weiterer Bedarf zur Aufklärung in der Sache besteht nicht. Die Sache wirft auch keine grundsätzlichen oder schwierigen Rechtsfragen auf, die der mündlichen Erörterung bedürft hätten.

1. Das Nachlassgericht hat den Erbscheinantrag der Beteiligten zu 1. zu Recht als unbegründet zurückgewiesen. Es kann dahinstehen, ob sie auf Grund der letztwilligen Verfügungen des Erblassers vom 19. Februar 1994 als seine Alleinerbin anzusehen wäre, weil die Verfügungen zum Erbfallzeitpunkt keine Gültigkeit mehr entfalteteten. Das Nachlassgericht hat die Formulierungen am Ende des Testamentes („Dies Testament gilt nur bei einem Unfall oder sollte ich nicht aus Rußland wiederkommen. Ein Totenschein braucht nicht vorliegen“) zutreffend als (aufschiebende) Bedingung gemäß §§ 158 Abs. 1,

2074 BGB und nicht als bloßes Motiv für seine Errichtung ausgelegt.

2. Letztwillige Verfügungen können gemäß §§ 158 Abs. 1, 2074 BGB unter eine (aufschiebende) Bedingung gestellt werden

(Lenz-Brendel in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 2074, Rn. 4 und 6; BayObLGZ 1993, 248/251, in juris).

So kann etwa in der in einem Testament enthaltenen Bezugnahme des Erblassers auf seinen Tod bei einer bestimmten Gelegenheit eine echte Bedingung für die in dem Testament verfügte Zuwendung liegen

(BayObLG, Beschluss vom 20.7.1993 – 1Z BR 63/92, in juris).

Entscheidend ist die Auslegung. Ist der Wille des Erblassers erkennbar, die Wirksamkeit der Verfügung mit dem angegebenen, für ungewiss gehaltenen Umstand unmittelbar zu verknüpfen, handelt es sich um eine echte Bedingung. Lässt der Inhalt der Anordnungen dagegen keinen Zusammenhang mit der Todesart oder dem Todeszeitpunkt des Erblassers erkennen, ist anzunehmen, dass die Anordnungen auch gelten sollen, wenn der Erblasser unter anderen Umständen stirbt als denen, die Anlass zur Errichtung des Testaments waren

(Staudinger/Gerhard Otte (2013), BGB § 2074, Rn. 12).

3. Der Erblasser hat vorliegend klar und unmissverständlich letztwillig verfügt, „dies Testament“ solle „nur“ unter den näher bezeichneten Umständen „gelten.“ Allein die Wortwahl und der Umstand, dass sich die in Rede stehende Formulierung am Ende des Testaments (vor der Unterschrift) befindet und nicht als Einleitungssatz fungiert, sprechen gegen die Auslegung der Beschwerde, welche hierin lediglich ein Motiv für die Testamentserrichtung sieht.

4. Aus der – seitens der Beschwerde für ihre Ansicht – zitierten Rechtsprechung folgt nichts anderes.

a) In dem vom Oberlandesgericht München

(Beschluss vom 15.5.2012 – 31 Wx 244/11, in juris)

entschiedenen Fall hatte der Erblasser mit den einleitenden Worten, „Sollte mir bei der Gallenoperation etwas zustoßen (...)“ letztwillig verfügt, dass seine langjährige Lebensgefährtin - in näher bezeichneter Weise – bedacht werde sollte. Hierin hat das Oberlandesgericht München – in Abgrenzung zu einer Bedingung – zu Recht ein bloßes Motiv für die Testamentserrichtung gesehen. Dieser Sachverhalt ist allerdings mit vorliegender Konstellation nicht vergleichbar. Zum einen enthält die dortige Regelung keine Geltungsanordnung (etwa in der Form „Dies soll nur gelten, wenn ich bei der Gallenoperation versterbe“). Zum anderen befindet sich der maßgebliche Passus am Beginn der letztwilligen Verfügung und nicht – wie vorliegend – am Ende des Testaments.

Hinzu kommt (auch dies unterscheidet den vorliegenden Sachverhalt von dem Fall, den das Oberlandesgericht München zu entscheiden hatte), dass der Erblasser in seinen letztwilligen Verfügungen vom 19. Februar 1994 (und dem dortigen Zusatz) auf seine konkrete Vermögenssituation Bezug nimmt und diese offensichtlich im Falle eines – etwaig alsbaldigen – Ablebens zu regeln beabsichtigte, einschließlich der „Enterbung“ seiner Geschwister, „da das Haus noch belastet ist.“ Auch diesen Umstand hat das Nachlassgericht zutreffend bei seiner Entscheidung vom 5. Februar 2015 berücksichtigt.

b) Entsprechend verhält es sich mit der zitierten Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichtes (Beschluss vom 3.9.1981 – BReg 1 Z 56/81; „Sollte mir während meines Urlaubs etwas passieren ...“). Auch der dort entschiedene Sachverhalt ist mit dem vorliegenden – aus denselben Gründen – nicht vergleichbar.

c) Soweit die Beschwerde für ihre Ansicht die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichtes (Beschluss vom 24.1.2003 – 1Z BR 14/02; („Sollte jedoch was Unvorhergesehenes passieren ...“)) heranzieht, trägt diese ihr Auslegungsergebnis gerade nicht. Im Gegenteil wurde dort die betreffende Formulierung nicht als bloßer Beweggrund für die Testamentserrichtung betrachtet, sondern als echte Bedingung angesehen.

Daher hat das Nachlassgericht – entgegen der Ansicht der Beschwerde – den vorzitierten Beschluss zutreffend zur Begründung seiner Entscheidung herangezogen.

5. Der Erblasser hat demnach – formgerecht (§ 2247 BGB) – (nur) Regelungen getroffen, falls er während seiner Russlandreise tödlich verunfallt oder dort anderweitig ums Leben kommt. Offenbar machte er sich für diesen Fall auch Gedanken darüber, dass sein Ableben in Russland - möglicherweise wegen der seinerzeit unübersichtlichen politischen Verhältnisse dort – nicht hinreichend dokumentiert werden könne, sodass für einen entsprechenden Nachweis „ein Totenschein“ nicht vorzuliegen brauche.

a) Wenn er diese Einschränkung (keine Wiederkehr von der Russlandreise) zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung (19.2.1994) nicht gewollt, sondern eine unbeschränkte Geltung seiner letztwilligen Verfügungen beabsichtigt hätte, wäre naheliegender gewesen, sie von vornherein wegzulassen.

b) Sollte der Erblasser zu einem späteren Zeitpunkt nach der Rückkehr von seiner Russlandreise den Willen gebildet haben, dass sein Testament vom 19. Februar 1994 weiterhin gelten solle, hätte er dies – formgerecht (§§ 2231 f, 2247 BGB) – durch eine weitere letztwillige Verfügung regeln müssen, wofür ein Änderungsvermerk ausreichend, aber auch mindestens erforderlich gewesen wäre. Sollte er gemeint haben, eine solche Regelung sei wegen seines Testaments vom 19. Februar 1994 entbehrlich, wäre hierin ein unbeachtlicher Rechtsirrtum zu sehen.

c) Ob das Testament in den Konstellationen, welche die Beschwerde diskutiert (Versterben des Erblassers zwischen seiner Errichtung und Antritt der Reise nach Russland oder sein Versterben unmittelbar nach der Rückkehr aus Russland), hätte Geltung beanspruchen können, kann dahinstehen. Der Erblasser ist über zwanzig Jahre nach Errichtung des Testaments eines natürlichen Todes in ... gestorben. Jedenfalls bei dieser Sachlage kann es ersichtlich nicht gelten....

## BGB §§ 133, 2084, 2200

**1. Das Ersuchen des Erblassers um gerichtliche Bestellung eines Testamentsvollstreckers nach § 2200 BGB muss nicht ausdrücklich erfolgen. Es genügt, dass sich durch – ggf. ergänzende – Testamentsauslegung ein darauf gerichteter Erblasserwille ermitteln lässt.**

**2. Hat der Erblasser eine Testamentsvollstreckung angeordnet und nimmt die im Testament bestimmte Person das Amt nach dem Erbfall nicht an, genügt für die gerichtliche Bestellung eines Ersatztestamentsvollstreckers nach § 2200 BGB der erkennbare Wille des Erblassers, die Testamentsvollstreckung auch bei Wegfall der von ihm benannten Person fortbestehen zu lassen; an die Feststellung des stillschweigenden Ersuchens sind dann keine überspannten Anforderungen zu stellen.**

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Beschl. vom 6. Juli 2015 – 3 Wx 41/15 –, Na.

Der unverheiratete und kinderlose Erblasser errichtete am 21. November 2013 zwei, inhaltlich identische, handschriftliche und eigenhändige – von ihm unterzeichnete – Testamente folgenden Inhalts:

„...Da ich gegenwärtig eine lebensbedrohliche Erkrankung habe, wünsche ich im Falle meines Ablebens, dass mein Vermögen wie folgt zu verteilen ist.

1. Meine Immobilie mit Inventar und Auto, s.o.a. Adresse soll erhalten: ... (Bet. zu 1)

Miteigentümer der Immobilie mit dem Wert von je 20000,- € sollen werden:

- A
- B
- C
- D....

Bargeld in Höhe von 30000,- € soll erhalten: E

Rest Bargeld abzüglich Beerdigungskosten und Testamentsvollstreckungskosten soll erhalten: ... (Bet. zu 1)

Die Beerdigung soll erfolgen durch: ... (Bet. zu 1)

5. Die Testamentsvollstreckung soll erfolgen durch: Herrn X

(Unterschrift)

Nach dem Erbfall nahm der testamentarisch bestimmte X das Testamentsvollstreckeramts nicht an. Daraufhin bestellte das Nachlassgericht den Beteiligten zu 2 zum Testamentsvollstrecker, der das Amt annahm. Hiergegen richtete sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1. Das Nachlassgericht half der Beschwerde nicht ab und führte aus, ein Ersatztestamentsvollstrecker sei zu bestimmen gewesen, obgleich ein solcher nicht testamentarisch benannt und auch nicht ausdrücklich letztwillig verfügt sei, dass das Nachlassgericht einen solchen bestimmen solle. Hätte der Erblasser jedoch vorausgesehen, dass der von ihm bestimmte Testamentsvollstrecker das Amt ablehne – dies ergebe eine ergänzende Auslegung seiner Testamente vom 21. November 2013 – hätte er selbst

einen Ersatztestamentsvollstrecker bestimmt oder das Nachlassgericht um Bestimmung eines solchen gebeten. Dem Erblasser sei offenbar daran gelegen gewesen, dass seine Anordnungen von einem nicht bedachten Dritten durchgeführt werden.

Die Beschwerde hatte keinen Erfolg.

### Aus den Gründen

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist unbegründet.

Die Entscheidung konnte im schriftlichen Verfahren getroffen werden. Weiterer Bedarf zur Aufklärung in der Sache besteht nicht. Sie wirft auch keine grundsätzlichen oder schwierigen Rechtsfragen auf, die der mündlichen Erörterung bedürftig hätten.

1. Das Nachlassgericht hat zu Recht mit Beschluss vom 27. Januar 2015 den Beteiligten zu 2 als Ersatztestamentsvollstrecker bestellt.

Zwar hat der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung vom 21. November 2013 keinen Ersatztestamentsvollstrecker (§ 2197 Abs. 2 BGB) bestimmt und auch kein ausdrückliches Ersuchen zur Ernennung eines solchen an das Nachlassgericht gerichtet, § 2200 Abs. 1 BGB. Sein Testament ist jedoch ergänzend dergestalt auszulegen (§§ 2084, 133 BGB), dass er das Nachlassgericht entsprechend ersucht haben würde, wenn er die Ablehnung des von ihm bestimmten Testamentsvollstreckers X vorausgesehen hätte.

a) Dass das Nachlassgericht vor Ernennung des Beteiligten zu 2 als Testamentsvollstrecker eine Anhörung im Sinne des § 2200 Abs. 2 BGB unterlassen hat, führt zu keinem anderen Ergebnis. Bei § 2200 Abs. 2 BGB handelt es sich um eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung die Wirksamkeit der Ernennung nicht beeinträchtigt

(M. Schmidt in: Erman BGB, Kommentar, § 2200, Rn. 3; Staudinger/Wolfgang Reimann (2012) BGB § 2200, Rn. 12).

Die Beschwerde macht im Übrigen auch nicht geltend, dass die Auswahl des Beteiligten zu 2 als Ersatztestamentsvollstrecker fehlerhaft, er etwa ungeeignet sei, das Testamentsvollstreckeramt auszuüben.

b) Nach § 2200 Abs. 1 BGB kann das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker ernennen, wenn der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung darum ersucht hat. Das Ersuchen (§ 2200 BGB) muss allerdings nicht ausdrücklich erfolgt sein. Es genügt, dass sich durch – ggf. ergänzende – Auslegung des Testamentes (§§ 133, 2084 BGB) ein darauf gerichteter Erblasserwille ermitteln lässt.

Hat der Erblasser eine Testamentsvollstreckung angeordnet und ist der von ihm eingesetzte Testamentsvollstrecker – wie vorliegend – wegen Nichtannahme des Amtes weggefallen, ist zu erforschen, ob das Testament in seiner Gesamtheit den Willen des Erblassers erkennen lässt, die Testamentsvollstreckung auch bei einem solchen Wegfall fortzuwirken zu lassen

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 16. März 2006 – 3 W 42/06 – in juris).

Zwar liegt in der Bestimmung eines Testamentsvollstreckers durch den Erblasser nicht ohne weiteres ein Ersuchen an das Nachlassgericht gemäß § 2200 Abs. 1 BGB, wenn die testamentarisch ausgewählte Person das Amt nicht annimmt. Die vorgenannte Norm bildet gerade keinen automatischen Auffangtatbestand

(M. Schmidt in: Erman BGB, Kommentar, § 2200 BGB, Rn. 1).

Allerdings sind an die Feststellung eines solchen stillschweigenden Ersuchens (§ 2200 Abs. 1 BGB) keine überspannten Anforderungen zu stellen. Wenn der Erblasser eine Testamentsvollstreckung angeordnet hat, genügt sein – erkennbarer – Wille, diese auch nach dem Wegfall der von ihm benannten Person fortzuwirken zu lassen

(OLG Zweibrücken, aaO).

Ob die letztwillige Verfügung eine solche Regelungslücke enthält, die mit der Regelung des § 2200 Abs. 1 BGB zu schließen ist, richtet sich nach dem im Testament angeklungenen mutmaßlichen Willen des Erblassers

(M. Schmidt in: Erman aaO).

Ein solcher Wille muss also bei Errichtung der letztwilligen Verfügung nicht wirklich vorhanden bzw. dem Erblasser bewusst gewesen sein. Er ist nach allgemeinen Grundsätzen über die

ergänzende Testamentsauslegung bereits anzunehmen, wenn der Erblasser bei Berücksichtigung der später eingetretenen Sachlage mutmaßlich die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht gewünscht hätte

(OLG Zweibrücken, aaO).

Maßgeblich ist, welche Gründe den Erblasser zur Anordnung der Testamentsvollstreckung bewogen haben und ob die Gründe nach dem Wegfall der im Testament benannten Person fortbestehen, insbesondere, ob noch Aufgaben des Testamentsvollstreckers zu erfüllen sind. Es muss dem Erblasser auf die Bindung des Nachlasses an die Testamentsvollstreckung angekommen sein, ohne die Entscheidung letztlich von einer bestimmten Person, die das Testamentsvollstreckeramt ausübt, abhängig zu machen. Dies ist z.B. anzunehmen, wenn Minderjährige letztwillig bedacht werden

(M. Schmidt in: Erman aaO).

Zur Feststellung des mutmaßlichen Erblasserwillens sowie der Gründe, die ihn zur Anordnung der Testamentsvollstreckung bewogen haben, muss der gesamte Inhalt der Erklärung einschließlich aller Nebenumstände, ferner solcher, die außerhalb der Testamentsurkunde liegen, gewürdigt werden; auch die allgemeine Lebenserfahrung ist zu berücksichtigen

(vgl. zum Ganzen: OLG Hamm, Beschluss vom 6. November 2000 – 15 W 188/00 –, juris, Rz. 24; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 1. Oktober 2002 – 1Z BR 83/02 –, juris, Rz. 17 mwN; Palandt/Weidlich, BGB 73. Aufl., § 2200 Rn. 2).

c) Nach vorstehenden Maßstäben sind die letztwilligen Verfügungen des Erblassers vom 21. November 2013 mit nachfolgenden Erwägungen ergänzend im Sinne eines Ersuchens des Erblassers an das Nachlassgericht zur Bestimmung eines Ersatztestamentsvollstreckers auszulegen:

aa) Das Testament enthält diverse Anordnungen, die noch – vollständig – zur Durchführung zu bringen sind und die für einen erkennbaren mutmaßlichen Willen des Erblassers sprechen, die Testamentsvollstreckung auch nach dem Wegfall des ursprünglich ernannten Testamentsvollstreckers fortzuwirken zu lassen. Neben zwei Geldvermächtnissen (Ziffern 2 und 3 des Testamentes) enthält es eine recht komplizierte Regelung zu der nachlasszugehörigen Immobilie in ..., die eine quotaler Beteiligung hieran von insgesamt fünf Personen vorsieht (die Beteiligten zu 1, deren Lebensgefährte A und deren minderjährige Kinder B, C und D).

Der Senat teilt daher nicht die Einschätzung der Beschwerde, der Erblasser habe nicht erwartet, dass der eingesetzte Testamentsvollstrecker umfangreich tätig werden müsse. Jedenfalls die Auslegung und Umsetzung der testamentarischen Regelung zur nachlasszugehörigen Immobilie (Ziffer 1 des Testamentes) dürfte mit einem gewissen Aufwand verbunden sein, der eine Testamentsvollstreckung – auch bei Wegfall des ursprünglich vorgesehenen Testamentsvollstreckers X – objektiv sinnvoll erscheinen lässt. Zwar wird für die Umsetzung (der Ziffer 1 des Testamentes) wohl ein Notar einzuschalten sein, sodass sich die Frage stellt, ob es zu dieser Aufgabenerfüllung überhaupt eines Testamentsvollstreckers bedarf, nachdem Herr X das Testamentsvollstreckeramt abgelehnt hat. Ein Notar wird allerdings nur bei eindeutiger Testamentsauslegung und entsprechend klarer Auftragserteilung tätig werden.

Eine solche Eindeutigkeit liegt hier indessen nicht vor, wie bereits dem Erbscheinantrag der Beteiligten zu 1 vom 2. Dezember 2014 (Bl. 3 der Erbscheinakte) einerseits, und dem Vermerk der Geschäftsstelle des Nachlassgerichts vom 17. November 2014 (Bl. 1 der Erbscheinakte) sowie dem Vermerk der Nachlassrichterin vom 2. März 2015 (Bl. 15 der Erbscheinakte) andererseits, zu entnehmen ist.

In der Tat ist Ziffer 1 des Testamentes (im Hinblick auf die Frage „Erbeneinsetzung/Vermächtnisnehmer“) auslegungsbedürftig, wobei das Auslegungsergebnis maßgeblich von dem – ggf. durch ein Sachverständigengutachten – zu ermittelnden Wert der nachlasszugehörigen Immobilie abhängen dürfte. Nur wenn die Angaben der Beteiligten zu 1 zu dem Grundstückswert („ca. 180 000,00 bis 200 000,00 Euro“) in etwa zutreffen (Bl. 3 der Erbscheinakte), dürfte Ziffer 1 des Testamentes – auch angesichts der weiteren dortigen Regelungen – so auszulegen sein, dass die „Miteigentumsanteile“ im „Wert von je

20.000,00 Euro“ Vermächnisse (§§ 2087 Abs. 2, 1939, 2174 BGB) darstellen, die dort genannten Personen mithin jeweils einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Beteiligte zu 1 als Alleinerbin auf quotale Eigentumsverschaffung an dem nachlasszugehörigen Grundstück haben (§§ 2174, 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB). Sollte das nachlasszugehörige Grundstück indessen einen (erheblich) niedrigeren Wert haben, wäre an eine Miterbenstellung dieser Personen (Ziffer 1 des Testaments) zu denken.

Zum Pflichtenkreis des Testamentsvollstreckers gehört, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ermittlung seines wahren Willens in eigener Verantwortung auszulegen

(BeckOK BGB/J. Mayer BGB § 2203 Rn. 8).

Zwar ist er zu einer allseits verbindlichen (authentischen) Interpretation nicht befugt, falls er nicht zusätzlich testamentarisch zum Schiedsrichter berufen ist. Bei Streit über Gültigkeit und Tragweite einer Verfügung von Todes wegen kann er allerdings ggf. Feststellungsklage nach § 256 ZPO erheben

(BeckOK BGB/J. Mayer aaO).

Damit verbleibt für den Beteiligten zu 2 als Testamentsvollstrecker vorliegend – ungeachtet der etwaigen Erforderlichkeit eines Notars – ein sinnvoller Aufgabenbereich (neben der Umsetzung der Ziffern 2 und 3 auch die Auslegung der Ziffer 1 des Testaments; ggf. Einholung eines Sachverständigengutachtens).

bb) Darauf, ob der Erblasser – wie die Beschwerde vorträgt – einen Streit der Bedachten nicht erwartet habe, kommt es hingegen nicht notwendig an. Für die Anordnung einer Testamentsvollstreckung sind vielfältige Motive denkbar. Streitbare Erben/Vermächtnisnehmer können zwar ein Grund hierfür sein. Vornehmlicher Anlass für eine solche Anordnung dürfte jedoch der Wunsch des Erblassers nach einer geordneten Nachlassabwicklung sein, die dann – gleichsam als Nebeneffekt – durchaus auch der Streitvermeidung unter den Bedachten dienen kann.

cc) Dass der Erblasser – wie die Beschwerde vorträgt – lediglich seine Wertschätzung für den vermögenden X (der daher nicht testamentarisch habe bedacht zu werden brauchen) kundtun wollte, indem er ihn zum Testamentsvollstrecker bestimmte und er daher bewusst davon abgesehen habe, eine Regelung zur Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers zu treffen, ist nicht feststellbar. Die Beschwerde trägt nicht einmal vor, dass der Erblasser dies Dritten gegenüber geäußert habe. Auch findet sich hierfür keine Andeutung in seinem Testament.

dd) Für einen mutmaßlichen Willen des Erblassers im Sinne einer Regelung zur Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers finden sich hingegen solche Andeutungen.

Der Umstand, dass der Erblasser dem Testamentsvollstrecker offensichtlich die anfallenden Testamentsvollstreckergebühren („Testamentsvollstreckerkosten“) als Entlohnung seiner Tätigkeit zugestanden hat, deutet in zweifacher Hinsicht an, dass die Testamentsvollstreckung nicht an die Person des ursprünglich benannten X gebunden sein sollte. Wäre es nämlich dem Erblasser mit der Ernennung des Herrn X – wie die Beschwerde vorträgt – lediglich um seine Wertschätzung gegangen, hätte es nahegelegen, dem ohnehin vermögenden X die – abhängig von Nachlasswert ggf. beachtlichen – Testamentsvollstreckergebühren nicht zukommen zu lassen, weil er auf die Entlohnung seiner Tätigkeit nicht angewiesen gewesen wäre. Andererseits klingt mit der Erwähnung der „Testamentsvollstreckerkosten“ an, dass dem Erblasser seine – zum Teil – komplizierten Regelungen, ggf. auch die mögliche Interessenkollision der Beteiligten zu 1 zu ihren minderjährigen Kindern, bewusst waren, mithin, dass die Testamentsvollstreckung durch einen gewissen Aufwand gekennzeichnet sein würde, der eine Entlohnung des Testamentsvollstreckers erforderlich machte. Dies spräche aber ebenso für einen mutmaßlichen Erblasserwillen im Sinne eines Ersatztestamentsvollstreckers wie der Umstand, dass die „Testamentsvollstreckerkosten“ nicht zusammen mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung selbst geregelt wurden, sondern – an anderer Stelle des Testaments – als Abzugsposten im Rahmen der Vermächtnisanordnung für die Beteiligte zu 1 (Ziffer 3 des Testaments).

ee) Auch die gewählte Formulierung des Erblassers zur Anordnung der Testamentsvollstreckung („Die Testamentsvollstreckung soll erfolgen durch: Herrn X (...)“ deutet seinen mutmaßlichen Willen an, dass sie nicht an eine bestimmte Person gebunden sein sollte. Der Erblasser hat den Begriff „Testamentsvollstreckung“ (also das Amt) und nicht „Testamentsvollstrecker“ (also die Person) gewählt, mithin das Testamentsvollstreckeramt in den Vordergrund gestellt.

d) Das gemäß § 2200 Abs. 1 BGB auszuübende Ermessen führt dazu, von dem – im Wege ergänzender Auslegung ermittelten – Ersuchen des Erblassers Gebrauch zu machen und einen Ersatztestamentsvollstrecker zu bestimmen. Zur Begründung kann im Wesentlichen auf die vorstehenden Ausführungen des Senats verwiesen werden, insbesondere auf die erforderlich werdende Auslegung der Ziffer 1 des Testaments sowie die Minderjährigkeit von drei Bedachten, die gleichzeitig die Kinder der Beteiligten zu 1 sind.

Gegen den Beteiligten zu 2 sind keine Bedenken in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker vorgetragen worden; solche sind auch nicht ersichtlich.

2...

## BGB §§ 133, 2084, 2087

- 1. In der testamentarischen Zuwendung eines Einzelgegenstandes kann entgegen der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB die Berufung des Bedachten zum Alleinerben liegen, wenn der Gegenstand den wesentlichen Wert des Nachlasses ausmacht. Ein festes Wertverhältnis zum Rest des Nachlasses kann dafür nicht genannt werden, denn es kommt auf die weiteren Umstände des Einzelfalles an.**
- 2. Bei Einsetzung der Bedachten „als Erbin meiner Wohnung“ – deren Wert 78 % des Nachlasses ausmacht – und gleichzeitiger Berufung von 2 Testamentsvollstreckern können Zweifel an der Berufung der Bedachten zur Alleinerbin bestehen.**

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Beschl. vom 7. August 2015 – 3 Wx 61/15 –, Te.

Die am 8. Dezember 2014 verstorbene Erblasserin war ledig und kinderlos. Die Antragstellerin (A.) und die Beteiligte zu 3. – ihrerseits Geschwister – sind die Nichten der Erblasserin, die Beteiligte zu 3. ist zudem ihr Patenkind. Die Mutter der Beteiligten zu 1. und 3. – Schwester der Erblasserin – ist vorverstorben. Der Beteiligte zu 2. ist der Bruder der Erblasserin.

Die Erblasserin verfasste kurz vor ihrem Tod, bereits schwer erkrankt, am 5. Dezember 2014 ein Testament mit folgendem Wortlaut:

Mein Testament  
Testamentsvollstreckerin: A.  
Testamentsvollstrecker: B.  
Ich setze A. als Erbin meiner Wohnung in ... mit allem Inventar ein.  
(es folgen Datum und Unterschrift)

Die Erblasserin hat eine Wohnung mit einem Wert von ca. 90.000,00 € und Inventar mit einem Wert von ca. 2.000,00 € hinterlassen. Des Weiteren besteht ihr Nachlass aus Kontoguthaben im Wert von rd. 19.000,00 € und Bausparkasenguthaben im Wert von rd. 7.000,00 €. Es existiert wohl auch eine Lebensversicherung, deren Höhe und deren Bezugsberechtigung nicht geklärt sind.

Die Beteiligte zu 1. hat gestützt auf das genannte Testament einen Erbschein dahingehend beantragt, dass sie die Erblasserin als Alleinerbin beerbt habe. Die Beteiligte zu 3. stimmt diesem Antrag zu. Der Beteiligte zu 2. ist dem Antrag entgegen getreten.

Das Amtsgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss vom 16. März 2015 die Tatsachen, die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlich sind, für festgestellt erachtet und die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses ausgesetzt sowie die Erteilung des Erbscheins bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt. Es hat zur Begründung ausgeführt, die Beteiligte zu 1. sei gemäß § 2087 Abs. 1 BGB als Alleinerbin anzusehen. Sie sei zwar nicht ausdrücklich als Alleinerbin eingesetzt worden, sondern nur im Hinblick auf die Eigentumswohnung der Erblasserin. Die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB, wonach die Zuwendung einzelner Gegenstände im Zweifel nicht zur Erbeinsetzung führe, sei dennoch nicht anzuwenden, weil der zugewendete Gegenstand dem Wert nach im Wesentlichen den Nachlass ausmache. Hier sei zu berücksichtigen, dass die Erblasserin der Beteiligten zu 1. nicht nur ihren Hauptvermögensteil zugewandt habe, sondern sie zugleich auch als Testamentsvollstreckerin eingesetzt habe. Somit habe die Beteiligte zu 1. alle Nachlassangelegenheiten zu regeln und zu regulieren. Im Übrigen sei als wesentlicher Vermögensgegenstand nach der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in FamRZ 1997, 1177 auch z. B. ein Grundvermögen anzusehen, wenn es drei Viertel des Nachlasses ausmache, das verbleibende Geld dagegen nur ein Viertel. Ähnlich sei es hier im vorliegenden Fall, denn von dem Nachlasswert in Höhe von 118.000,00 € sei ein Wert in Höhe von 92.000,00 € – Wohnung nebst Inventar – der Beteiligten zu 1. zugewiesen worden, also rund 78 %.

Die gegen diesen Beschluss von der Beteiligten zu 2. eingelegte Beschwerde hatte Erfolg.

### Aus den Gründen

Die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist nach den §§ 58 ff FamFG zulässig. Über sie kann der Senat ohne mündliche Verhandlung entscheiden

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

Die Beteiligten sind vom Amtsgericht sorgfältig angehört worden, wie der Sitzungsniederschrift vom 12. März 2015 entnommen werden kann. Ansatzpunkte für die Notwendigkeit und Möglichkeit einer weiteren Aufklärung finden sich nicht.

Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Die Beteiligte zu 1. ist nicht Alleinerbin der Erblasserin geworden. Für ihren Erbscheinsantrag stützt sie sich auf das handschriftliche Testament der Erblasserin vom 5. Dezember 2014. Dieses Testament ist formwirksam errichtet worden und begegnet auch im Übrigen keinen Wirksamkeitsbedenken. Indes ist die Beteiligte zu 1. in diesem Testament – nach dessen notwendiger Auslegung – nicht zur Alleinerbin berufen worden. Weil sie auch nach gesetzlicher Erbfolge nicht Alleinerbin ist – solches macht sie auch nicht geltend – kann ihr Erbscheinsantrag vom 22. Dezember 2014 keinen Erfolg haben und ist zurückzuweisen.

1. Die Auslegung des Testamentes nach den §§ 2084, 133 BGB hat am Wortlaut anzusetzen. Dem Wortlaut nach ist die Beteiligte zu 1. – nur – „als Erbin meiner Wohnung in ...“ eingesetzt worden. Da die Erblasserin unstreitig über weiteres Vermögen verfügte, ergibt sich aus dem Wortlaut allein keine Einsetzung der Beteiligten zu 1. als Alleinerbin.

2. Das Amtsgericht meint, die Optik des Testamentes zeige, dass die Erblasserin nur noch schwer in der Lage gewesen sei, etwas schriftlich niederzulegen. Es sei daher nicht verwunderlich, dass sie sich auf das Wesentliche, das auch früher im Gespräch gewesen sei, nämlich die Wohnung, mit der Ergänzung beschränkt habe, dass die Beteiligte zu 1. sich als Testamentsvollstreckerin um alles kümmern solle. Dieses Argument ist aber nicht überzeugend, worauf der Beteiligte zu 2. zu Recht aufmerksam macht. Denn eine Einsetzung der Beteiligten zu 1. als Alleinerbin – wäre sie denn gewollt gewesen – hätte die Erblasserin mit weniger Aufwand und weniger Worten formulieren können. Die äußeren Umstände der Testamenterrichtung – gerade wegen der Mühe des Schreibens für die schwer erkrankte Erblasserin – sprechen mithin nicht dafür, dass sie die Beteiligte zu 1. mit ihrem Testament zur Alleinerbin berufen wollte.

3. Für die Auslegung von Bedeutung ist der Umstand, dass die Erblasserin – auch dies wiederum trotz der Mühe des Schreibens – zwei Testamentsvollstrecker bestimmt hat, nämlich die Beteiligte zu 1. selbst und Herrn B. Dieser Umstand spricht aber dafür, dass die Beteiligte zu 1. zwar als Erbin die Wohnung erhalten, im Übrigen aber gesetzliche Erbfolge gelten sollte. Das ergibt sich aus Folgendem:

Die Einsetzung eines Alleinerben zum Testamentsvollstrecker wäre nur dann zulässig, wenn es nicht allein um die Verwaltung des eigenen, dem Alleinerben zugewiesenen Nachlasses geht. Das kann z. B. dann der Fall sein, wenn Pflichtteile oder Vermächtnisse zu erledigen wären

(vgl. dazu Palandt/Weidlich BGB, 74. Auflage 2015, § 2197 Rn. 5 mwN).

Der Senat hat vor diesem Hintergrund die Möglichkeit bedacht, dass die Erblasserin den Begriff des Testamentsvollstreckers nicht richtig erfasst haben könnte und tatsächlich nur die Zuständigkeit der Beteiligten zu 1. für den – gesamten – Nachlass hat deutlich machen wollen. Dagegen spricht indes bereits deutlich, dass sie noch einen zweiten Testamentsvollstrecker berufen hat. Der übersichtliche Umfang des Nachlasses (eine Eigentumswohnung mit nicht sehr werthaltigem Inventar, Kontovermögen bei der Postbank von rund 19000 € und bei der Bausparkasse von gut 7000 € sowie offenbar noch eine Lebensversicherung) lässt nicht erkennen, dass hier – auch aus Sicht eines juristischen Laien – eine Testamentsvollstreckung im Falle der Berufung der Beteiligten zu 1. zur Alleinerbin sinnvoll gewesen wäre. Verbindlichkeiten hat die Erblasserin nach dem von der Beteiligten zu 1. eingereichten Wertfragebogen nicht gehabt. Pflichtteilsansprüche fallen nicht an, ein Vermächtnis für dritte Personen ist in dem Tes-

tament nicht ausgesetzt. Eine sinnvolle Aufgabe für die beiden Testamentsvollstrecker wäre im Falle einer unterstellten Einsetzung der Beteiligten zu 1. als Alleinerbin mithin nicht ersichtlich. Anders liegt es aber dann, wenn die Erblasserin an gesetzliche Erbfolge gedacht hätte, weil in diesem Fall ihr Nachlass unter Berücksichtigung der ausdrücklichen Verfügung über die Eigentumswohnung zu Gunsten der Beteiligte zu 1. auf mehrere Erben zu verteilen ist.

4. Die Anhörung der Beteiligten unterstützt die Auslegung des Testamentes dahin, dass die Beteiligte zu 1. nicht zur Alleinerbin berufen sein soll, sondern dass gesetzliche Erbfolge gilt.

a) Die Beteiligten zu 1. und 2. haben deutlich ausgeführt, dass die Erblasserin gerade nicht im Einzelnen darüber gesprochen hat, was mit ihrem Nachlass geschehen und wer etwas bekommen soll. Die Beteiligte zu 1. hat einschränkend lediglich angegeben, die Erblasserin habe ihr am Ende ihres Lebens gesagt, dass sie die Wohnung bekommen solle. Die Beteiligte zu 3. will Letzteres auch schon vorher gewusst oder gehört haben. Jedenfalls ging es – wenn überhaupt etwas Konkretes von der Erblasserin gesagt worden ist – nur um die Wohnung, die die Beteiligte zu 1. übernehmen sollte. Das entspricht dem Wortlaut des Testamentes. Aus der Anhörung ist insoweit deutlich geworden, dass es der Erblasserin wichtig war, dass die Beteiligte zu 1. aus ihrem Nachlass gerade die fragliche Wohnung erhalten sollte, denn sie hatte der Beteiligten zu 1. diese Wohnung schon zu Lebzeiten zur Nutzung als Rückzugsraum zur Verfügung gestellt. Es liegt deshalb nahe, dass es der Erblasserin darum ging, im Hinblick auf ihren bevorstehenden Tod durch die testamentarische Verfügung über die Wohnung sicherzustellen, dass dieser Nachlassgegenstand an die Beteiligte zu 1. fällt. Vor diesem Hintergrund mag vieles dafür sprechen, dass die Erblasserin der Beteiligten zu 1. die fragliche Wohnung als Erbin ohne weitere Beschränkung – und damit im Wege des Vorausvermächtnisses und nicht als bloße Teilungsanordnung – zuweisen wollte. Diese Frage ist im Erbscheinsverfahren allerdings nicht abschließend zu entscheiden. Der testamentarischen Verfügung allein über die Wohnung kann vor dem genannten Hintergrund – und das ist hier entscheidend – jedenfalls nicht entnommen werden, dass die Beteiligte zu 1. auch im Übrigen über den restlichen Nachlass allein verfügen können sollte.

b) Aus der Anhörung hat sich nach übereinstimmendem Bericht der Beteiligten ergeben, dass die Erblasserin über eine hohe Pension verfügte, ihr Geld aber weitgehend regelmäßig ausgegeben hat, vor allem im Wege von Spenden. Das Amtsgericht meint, angesichts einer Pensionshöhe von 5000,00 € bis 6000,00 € monatlich einerseits und des im Nachlass vorgefundenen Geldvermögens in Höhe von rund 26200,00 € andererseits werde deutlich, dass die Eigentumswohnung (Wert 90000 € zzgl. 2000 € Inventar) für die Erblasserin der wesentliche Wert ihres Nachlasses gewesen sei. Diese Schlussfolgerung überzeugt nicht. Denn gegenüber einem Wohnungswert von 92000,00 € stellt ein Sparvermögen von mindestens 26200,00 € durchaus einen nicht unbedeutenden Wert dar. Hinzu kommt möglicherweise auch noch der Wert der Lebensversicherung, soweit sie in den Nachlass gefallen wäre, was aber für die hier zu treffende Entscheidung nicht aufgeklärt werden muss.

c) Das Amtsgericht meint, aus dem gesamten Verhalten der Erblasserin sei nicht ersichtlich, dass sie im Übrigen gesetzliche Erbfolge gewünscht hätte. Auch dem kann der Senat nicht folgen. In der mündlichen Verhandlung ist zwar deutlich geworden, dass die Erblasserin eine durchaus enge Beziehung gerade zu der Beteiligten zu 1. hatte. Die Erblasserin ist im höheren Alter noch von X. nach Y. gezogen und hat Anschluss an die Familie der Beteiligten zu 1. gesucht und gefunden. Indes ist unbestritten geblieben und ebenfalls in der Anhörung deutlich geworden, dass die Erblasserin auch zu der Beteiligten zu 3., den Kindern der Beteiligten zu 1. und nicht zuletzt auch zu ihrem Bruder, dem Beteiligten zu 2. sowie dessen Kindern ein gutes Verhältnis hatte. Die Anhörung hat zwar nicht ergeben, dass die Erblasserin zu Lebzeiten den Beteiligten bzw. den Abkömmlingen der Beteiligten zu 1. und zu 2. etwas Nennenswertes hat zukommen lassen. Das gilt allerdings auch für die

Beteiligte zu 1., der sie nur ermöglicht hat, die von ihr nicht mehr regelmäßig bewohnte Eigentumswohnung zum Rückzug zu nutzen.

Das insoweit in der Anhörung deutlich gewordene Verhalten der Erblasserin lässt mithin weder einen positiven noch einen negativen Rückschluss darauf zu, ob sie im Übrigen – d. h. außer der ausdrücklich erfolgten Zuweisung der Wohnung an die Beteiligten zu 1. – gewollt hat, dass die Beteiligte zu 1. Ihre Alleinerbin wird.

5) Soweit noch Zweifel verbleiben, ergibt jedenfalls die Heranziehung der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB, dass die Beteiligte zu 1. nicht Alleinerbin geworden ist. Sind dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet, ist nach dieser Norm im Zweifel nicht anzunehmen, dass er Erbe sein soll, auch wenn er als Erbe bezeichnet ist. Die Auslegungsregel bedeutet auf den vorliegenden Fall angewandt, dass die Beteiligte zu 1. im Zweifel jedenfalls nicht zur Alleinerbin berufen ist.

Zu dieser Auslegungsregel ist allerdings anerkannt, dass sie nicht anzuwenden ist, wenn die zugewendeten Gegenstände ihrem Wert nach den wesentlichen Wert des Nachlasses ausmachen. In solchen Fällen wird regelmäßig eine Erbeinsetzung gewollt sein. Zwingend ist dies freilich nicht. Einem Erblasser kann auch daran gelegen sein, dass der Bedachte die Gegenstände ungeschmälert von Nachlassverbindlichkeiten und damit als Vermächtnis erhält. Eine Erbeinsetzung ist bei der Zuwendung einzelner Gegenstände nur anzunehmen, wenn der Erblasser dem Bedachten unmittelbar die materielle Rechtszuständigkeit und die Abwicklung des Nachlasses, insbesondere die dazu erforderliche Verfügungsbefugnis übertragen wollte

(Senat, Beschluss vom 15. Januar 2014, 3 Wx 92/13; Rudy in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2013, § 2087 Rn. 7 f; Staudinger/Otte, BGB, Neubearbeitung 2013, § 2087 Rn. 19 i. V. m. Rn. 7).

Im vorliegenden Fall ist dem Testament – wie dargestellt – nicht unmittelbar zu entnehmen, dass die Beteiligte zu 1. nach der Vorstellung der Erblasserin deren wirtschaftliche Stellung eins zu eins fortsetzen und insgesamt – allein – für den Nachlass und etwaige Nachlassschulden zuständig sein sollte. Dagegen spricht bereits deutlich der Umstand, dass sie zwar auch aber eben nicht allein zur Testamentsvollstreckerin eingesetzt worden ist.

Das Amtsgericht hat sich mit der Frage befasst, wann ein in einem Testament zugewiesener Einzelgegenstand – oder mehrere dort genannte und zugewiesene Einzelgegenstände – im Wesentlichen das Vermögen des Erblassers ausmacht und dann ggf. § 2087 Abs. 2 BGB nicht anzuwenden ist. Dazu gibt es indes naheliegend keinen festen Wert, denn es kommt auch auf die weiteren Umstände des Einzelfalles an. Staudinger/Otte weist

(aaO § 2087 Rn. 21)

auf eine Entscheidung des Kammergerichts hin, wo der zugewendete Einzelgegenstand – ein Haus – 80 % des Vermögens des Erblassers ausmacht und die Auslegungsregel nicht angewandt worden ist. Ehm meint

(in jurisPK-BGB 7. Auflage 2014, § 2087 Rn. 12),

es könne zwar keine genaue prozentuale Grenze angegeben werden, indes werde in der Literatur bei dem Fehlen anderer Anhaltspunkte eine Quote von 90 % gefordert. Er stützt sich dabei auf Litztenburger, der

(im Beck'schen Onlinekommentar BGB – Bamberger/Roth, Stand 1.5.2015, § 2087 Rn. 13)

unter Auswertung einschlägiger Rechtsprechung fordert, dass der so zugewendete Wert mindestens 90 % des gesamten Vermögens ausschöpfen müsse. Die von ihm zitierte Rechtsprechung nimmt allerdings je nach den besonderen Umständen des Einzelfalles durchaus auch bei zugewendeten Werten unter 90 % bereits eine Erbeinsetzung entgegen der Zweifelsregel an (BGH ZEV 2000, 195 f – § 2087 Abs. 2 BGB angewendet, obwohl der Erblasser rund 85 % des beträchtlichen Gesamtvermögens zugewendet hatte; BayObLG NJW-RR 2000, 888 f – 88,4 % im Testament verteiltes Vermögen reichen dort für die Annahme der Erbeinsetzung der

im Testament genannten Miterben; BayObLG FamRZ 1999, 1392 ff. – 77 % des Vermögens konkret an zwei Personen zugewiesen führten dort bei Heranziehung weiterer Umstände zur Miterbschaft zu je 1/2.; OLG Celle OLGR 2002, 246 ff. – Zuwendung von Grundstücken, die 83 % des Nachlasses ausmachen, führt zur Erbeinsetzung; OLG Celle MDR 2003 89 f – Zuwendung von Grundstücken, die 83 % – 84 % des Nachlasses ausmachen, führt zur Erbeinsetzung). Das Amtsgericht hat auf die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 19.12.1996 FamRZ 1997, 1177 ff. abgestellt. Dort war das Grundvermögen – Wert im Testierzeitpunkt rund 150.000,00 DM – einer der Beteiligten zugewiesen worden und das Geldvermögen – Wert im Testierzeitpunkt 50.000,00 DM – vier weiteren Verwandten. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat dieses Testament unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles dahin ausgelegt, dass die mit dem Grundvermögen bedachte Person Alleinerbin sein soll und die übrigen mit Geld bedachten weiteren Verwandten nur Vermächtnisnehmer. Die fragliche Konstellation weicht von dem vorliegenden Fall allerdings deutlich ab, weil hier zu dem Geldvermögen keine ausdrückliche Aussage getroffen wird und ausdrücklich nur die Immobilie der Beteiligten zu 1. als Erbin zugewiesen wird.

Im vorliegenden Fall hat das Amtsgericht die Wertverhältnisse zwischen dem Grundvermögen mit Inventar und dem sonstigen Vermögen mit 78 % zu 22 % ermittelt. Dabei konnte allerdings noch nicht die Lebensversicherung berücksichtigt werden, von der die Beteiligte zu 1. dem Amtsgericht erst nach Erlass des Beschlusses berichtet hat. Indes bedarf es keiner weiteren Klärung, ob sich das Wertverhältnis der im Testament allein angesprochenen Wohnung mit Inventar zu dem sonstigen Vermögen wegen der Lebensversicherung noch weiter verschlechtert. Denn die aufgezählten Umstände – insbesondere die Berufung von zwei Testamentsvollstreckern; der Wortlaut des Testamentes trotz krankheitsbedingter Mühe des Schreibens; die sich im Hinblick auf die Wohnung aus der Anhörung der Beteiligten ergebenden Anhaltspunkte – sprechen sämtlich dafür, dass die Beteiligte zu 1. durch das Testament nicht zur Alleinerbin berufen ist, weshalb auch bei einem Wertverhältnis von 78 % zu 22 % mindestens Zweifel verbleiben, so dass die Beteiligte zu 1. dann auch bei Heranziehung von § 2087 Abs. 2 BGB nicht zur Alleinerbin berufen ist....

## AKB (2008) § A. 1.1

- 1. Der Einsatz eines Kraftfahrzeugs zur Gewährung von Starthilfe/Überbrückung kann als „Gebrauch des Kfz“ im Sinne der AKB 2008 einzuordnen sein.**
- 2. Das Erfordernis, dass neben der Batterie auch Zündung und Motor des Starthilfe leistenden Kfz eingesetzt werden müssen, und der Umstand, dass die Starthilfefunktion in den Betriebsanleitungen der Fahrzeughersteller beschrieben und erläutert wird, spricht dafür, dass es sich um einen kraftfahrzeugtypischen Nutzungszweck handelt.**

LG Lüneburg, 14. Zivilkammer, Urteil vom 26. November 2015 – 14 S 86/15 – (AG AKB, Urteil v. 19. März 2015 – 14 C 635/14 – *Anm. der Redaktion*: Der Sachverhalt ist dem angefochtenen Urteil entnommen) –, Dr. Ba.

Der Kl. begehrt Zahlung aus einer Kfz-Haftpflichtversicherung. Der BMW des Kl. ist bei der Bekl. haftpflichtversichert. Dem Versicherungsvertrag liegen die Allgemeinen Bedingungen zur Kraftfahrt (AKB) zugrunde. Nach § 10 AKB ist die Bekl. zur Befriedigung begründeter Schadenersatzansprüche verpflichtet, die auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts gegen den Kl. erhoben werden, wenn durch den Gebrauch des Kraftfahrzeugs Sachen beschädigt werden. Am 23.10.2013 zeigte der Kl. bei der Bekl. einen Schaden über ca. 3100,00 € an. Zuvor hatte sich der Kl. wegen dieses Schadens vergeblich an seine private Haftpflichtversicherung gewandt. Die Bekl. lehnte eine Eintrittspflicht mit Schreiben vom 25.10.2013 ab. Der Kl. behauptet, dass er dem Zeugen X am 30.7.2013 Starthilfe an dessen Fahrzeug gegeben habe. Das Fahrzeug des Zeugen sei nicht mehr angesprungen. Der Zeuge und er seien von einer leeren Batterie ausgegangen. Der Kl. habe daher die Batterie seines Kraftfahrzeugs mittels eines Überbrückungskabels mit der Batterie im Fahrzeug des Zeugen verbunden und sein Fahrzeug mehrfach gestartet. Das Fahrzeug des Zeugen sei jedoch jeweils nicht angesprungen. Durch die Startversuche sei es zu einem Überspannungsschaden am Fahrzeug des Zeugen gekommen. Beschädigt worden seien die Starterbox, die Lichtmaschine, die Autobatterie, eine Sicherungsbox im Kofferraum und der Lüfter zur

Zuführung von Frischluft zum Katalysator. Teile der Elektronik seien „durchgeschmort“. Die Firma M. GmbH habe das Fahrzeug des Zeugen abgeschleppt, den Schaden diagnostiziert und eine Kurzfehlerbehebung vorgenommen. Hierdurch seien Kosten in Höhe von 779,47 € entstanden, die dem Zeugen in Rechnung gestellt worden sein. Die Reparaturkosten hätten dann weitere 2312,11 € betragen. Er, der Kl., habe die Forderungen der Werkstätten gegenüber dem Zeugen durch direkte Zahlungen an die Werkstätten beglichen, bevor er sich an die Bekl. gewendet habe. Den Anspruch des Zeugen habe er damit außergerichtlich anerkannt. Der Kl. meint, dass der geltend gemachte Schaden bei Gebrauch seines Fahrzeugs entstanden sei. Der Begriff des Gebrauchs sei weiter auszulegen als der des Betriebes. Die vorliegende Konstellation einer Starthilfe werde von dem Begriff noch erfasst. Der Schaden habe seinen Ursprung schließlich in der latenten Gefahr des Fahrzeugs selbst gehabt, von dem aus Starthilfe gegeben wurde. Der Kl. beansprucht von der beklagten Versicherung die Zahlung von 3091,58 € nebst Zinsen sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 413,64 €.

Die Bekl. bestreitet die behauptete Starthilfe und ihre Folgen mit Nichtwissen. Sie ist der Ansicht, dass in der Starthilfe jedenfalls kein Gebrauch des versicherten Fahrzeugs gelegen hätte. Es hätte sich in diesem Fall kein Risiko realisiert, das gerade vom Fahrzeug selbst ausgehe ... (wird weiter ausgeführt). Das Amtsgericht hat den Kl. zur behaupteten Starthilfe am Fahrzeug des Zeugen X sowie den behaupteten Folgen hieraus persönlich angehört sowie den Zeugen X hierzu vernommen.

Mit dem angefochtenen Urteil vom 19. März 2015 hat das Amtsgericht die Klage abgewiesen und zu Begründung ausgeführt, dass dem Kl. kein Anspruch auf Zahlung in Höhe von 3091,58 € aus dem Versicherungsvertrag (§ 10 AKB) zustehe. Ein Versicherungsfall sei nicht eingetreten. Zwar habe das Gericht nach der persönlichen Anhörung des Kl. sowie der Vernehmung des Zeugen X keine Zweifel daran, dass der Kl. dem Zeugen X am 30.7.2013 Starthilfe für dessen Fahrzeug unter Einsatz eines Überbrückungskabels gegeben habe. Das Amtsgericht teilte jedoch die Rechtsauffassung der Bekl., wonach die durch den Versuch einer Starthilfe mittels Einsatzes eines Überbrückungskabels behaupteten Schäden am Fahrzeug des Zeugen nicht mehr von der Kfz Haftpflichtversicherung des Kl. umfasst seien. Die Bekl. sei nach dem Versicherungsvertrag (§ 10 AKB) nur zur Befriedigung solcher Schadenersatzansprüche verpflichtet, die auf den Gebrauch des Fahrzeugs des Kl. zurückzuführen seien. Die Schäden am Fahrzeug des Zeugen X beruhten nicht auf einem solchen Gebrauch ... (wird weiter ausgeführt). Die Batterie im Fahrzeug des Kl. sei nicht speziell dafür vorgesehen, unter Zuhilfenahme eines Überbrückungskabels anderen Fahrzeugen Starthilfe geben zu können. Hierbei handele es sich um keine typische Nutzung der Batterie und des klägerischen Fahrzeugs (vgl. AG Fürstenfeldbruck, UrT. V. 173.2011, Az. 5 C 1779/10). Hinzu komme, dass die behaupteten Schäden vorliegend nicht unmittelbar örtlich durch die Batterie des klägerischen Fahrzeugs verursacht worden seien. Zu den behaupteten Schäden habe es nämlich nur durch den Einsatz eines Überbrückungskabels kommen können, das als solches nicht zu den Einrichtungsgegenständen im Fahrzeug des Kl. gehörte. Im Ergebnis sei der Schaden damit auf eine fahrzeugfremde Ursache zurückzuführen, nämlich den unsachgemäßen Einsatz oder die unsachgemäße Verwendung des Überbrückungskabels. ... (wird weiter ausgeführt).

Dagegen richtet sich die Berufung des Kl.. Die Kammer hat das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung an das Amtsgericht R. zurückverwiesen.

### Aus den Gründen

Die zulässige Berufung des Kl. hat in der Sache insoweit Erfolg, als die erstinstanzliche Entscheidung einschließlich des zugrundeliegenden Verfahrens aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung an das Amtsgericht R. zurückzuverweisen ist (§ 538 Abs. 1 Ziffer 4 ZPO).

Streitgegenständlich ist hier ein nach Grund und Betrag streitiger Anspruch, über den das Amtsgericht R. mit der angefochtenen Entscheidung durch Klagabweisung entschieden hat. Das Amtsgericht R. hat dabei die Klagabweisung allein auf das Verneinen des Gebrauchs eines Kraftfahrzeugs im Sinne von § A 1.1 AKB gestützt und sich mit der weiteren Frage des Schadensumfangs und der Schadenskausalität – aus seiner Sicht folgerichtig – nicht weiter auseinandergesetzt.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die vom Amtsgericht R. insoweit zugrunde gelegte Definition des „Gebrauchs“ eines Kraftfahrzeugs auch und gerade unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu eng. Nach Auffassung des Berufungsgerichts liegt hier – geht man von einer versuchten Starthilfe/Überbrückung seitens des Kl. mit seinem Kraftfahrzeug für das Kraftfahrzeug des Zeugen X aus – ein Gebrauch des Kraftfahrzeugs des Kl. im Sinne von § A. 1.1 AKB vor (dazu sogleich unter 1.). Die Beantwortung dieser Rechtsfrage ist auch für den Rechtsstreit entscheidungsrelevant (dazu sogleich unter 2.).

1. Das Merkmal des „Gebrauchs des Fahrzeugs“ dient einerseits der Abgrenzung zwischen Kfz-Haftpflichtversicherung und allgemeiner Haftpflichtversicherung, andererseits geht der Begriff des Gebrauchs des Kraftfahrzeugs im Sinne der AKB über den Begriff des Betriebs im Sinne von § 7 Abs. 1 StVG hinaus, wobei jeder Betrieb im Sinne des § 7 StVG auch einen Gebrauch des Fahrzeugs im Sinne der AKB darstellt

(Prölls/Martin, AKB 2008, § A 1.1. Rn. 7).

Entscheidend ist, ob der Schadensfall mit dem für ein Kfz typischen Gefahrenbereich in einem haftpflichtrechtlich relevanten Zusammenhang steht. Es müssen sich typische, vom Gebrauch des Kfz selbst und unmittelbar ausgehende Gefahren verknüpft haben. Dafür muss das Kfz nicht bewegt worden sein. Es muss sich auch nicht im öffentlichen Verkehrsraum befinden, es reicht aus, wenn typische Funktionen in Tätigkeit gesetzt werden

(Prölls/Martin aaO).

Danach können Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, welche die Halterhaftung aus Betriebsgefahr betreffen – bei Bejahung der Betriebsgefahr – auch zur Definition des Gebrauchs des Kraftfahrzeugs im Sinne von § A 1.1 AKB herangezogen werden. Zur Auslegung des Merkmals der Betriebsgefahr ist aus jüngerer Zeit insbesondere auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21. Januar 2014, Az: VI ZR 253/13, zitiert nach juris, dort insbesondere Rn. 5, 6, zu rekurrieren, wonach es auf den nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang des Unfalls mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs ankomme, um eine Betriebsgefahr zurechnen zu können. Maßgeblich für die vorgenannte weite Definition des Bundesgerichtshofs in der genannten Entscheidung ist eine am Schutzzweck orientierte Auslegung des § 7 Abs. 1 StVG. Danach ist es stets erforderlich, dass es sich bei dem Schaden, für den Ersatz verlangt wird, um eine Auswirkung derjenigen Gefahren handelt, hinsichtlich derer der Verkehr nach dem Sinn der Haftungsvorschrift schadlos gehalten werden soll, d. h. die Schadensfolge muss in den Bereich der Gefahr fallen, um deren Willen die Rechtsnorm erlassen worden ist.

Unter Berücksichtigung dieser wertenden Betrachtungsweise liegt hier – ausgehend von dem vom Amtsgericht R. zu seiner Überzeugung durch die Beweisaufnahme festgestellten Sachverhalt – ein Fall des Gebrauchs des Kraftfahrzeugs in Gestalt der versuchten Starthilfe/Überbrückung seitens des Kl. unter Einsatz seines Kraftfahrzeugs für das Kraftfahrzeug des Zeugen X vor. Die Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung des Amtsgerichts in tatsächlicher Hinsicht insoweit ist berufsrechtlich nicht zu beanstanden. Legt man demgemäß den vom Amtsgericht R. festgestellten Sachverhalt zugrunde, so handelt es sich nicht nur um die Benutzung der Batterie des klägerischen Fahrzeuges und eines Überbrückungskabels, das nicht unmittelbar zur Ausstattung des klägerischen Fahrzeugs gehört, sondern auch um die Verwendung der Zündung und des Motors des klägerischen Fahrzeuges. Der Kl. betätigte nämlich – nach den Feststellungen des Amtsgerichts, wie sie sich mittelbar aus den Entscheidungsgründen der angefochtenen Entscheidung ergeben – die Zündung seines Kraftfahrzeugs, um den Motor seines Kraftfahrzeugs zu starten und für die Starthilfe am Motor des Kraftfahrzeugs des Zeugen X zu nutzen. Damit setzte der Kl. auch den Motor seines Kraftfahrzeugs – neben der Batterie – bei dem Starthilfe-/Überbrückungsversuch ein. Die von dem Kl. behaupteten Überspannungsschäden, sollten sie denn beim dem Kraftfahrzeug des Zeugen X aufgrund des Starthilfe-/Überbrückungsversuchs tatsächlich eingetreten sein, stellen sich dann auch als Realisierung der Gefahr dar, die aus dem Zusammenwirken von Batterie, Zündung und Motor des klägerischen Kraftfahrzeugs und der damit verbundenen Erzeugung elektrischer Energie begründet wird. Bei dem Einsatz eines Kraftfahrzeugs zur Gewährung von Starthilfe/Überbrückung handelt es sich auch um einen bestimmungsgemäßen Gebrauch von Zündung, Motor und Batterie, wie sich allein daraus ergibt, dass Gewährung von Starthilfe durch Überbrückung sowie die Art und Weise des dabei gebotenen Vorgehens gerichtsbekannt regelmäßig in den Betriebsanleitungen der Kraftfahrzeughersteller für die jeweiligen Kraftfahrzeuge ausführlich thematisiert wird. Bei der gebotenen wertenden Betrachtungsweise spielt es dabei keine Rolle, dass das dafür benötigte Überbrückungskabel regelmäßig nicht zur Standardausstattung bzw. zum Lieferumfang von Kraftfahrzeugen gehört, sondern als Zubehörteil zu erwerben ist.

Geht man von den Feststellungen des Amtsgerichts aus, so unterscheidet sich die vorliegende Fallkonstellation auch deutlich von dem Fall, dass die Stromquelle für die Starthilfe nicht durch ein anderes Kraftfahrzeug gestellt wird, sondern durch eine Stromquelle in einer Wohnung, von der dann ein Kabel zu dem Kraftfahrzeug mit Motorstartproblemen geführt wird. Die vorliegende Sachverhaltskonstellation unterscheidet sich auch deutlich von dem Fall, dass ein in ein Kraftfahrzeug gestellter Heizlüfter mit externer Stromquelle über das gewünschte Erwärmen und Abtauen der Scheiben hinaus zu einem Brand in dem Kraftfahrzeug führt. Auch die Berücksichtigung der von der Bekl. herangezogenen Entscheidung des 6. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 24.3.2015 (Az. VI ZR 265/14), zitiert nach juris, führt – schon aufgrund der erheblichen Unterschiede der jeweils zu beurteilenden Sachverhalte – nicht zu einer anderen Beurteilung: Dort hatte sich der Bundesgerichtshof mit der Frage auseinandersetzen, ob ein von einem Kreiselschwader abgefallener Metallzinken zu einer Bejahung der Betriebsgefahr des den Kreiselschwader ziehenden Traktors führen solle, wenn durch das abgefallene Bauteil (Metallzinken) später ein des weiteren gezogener Grashäcksler beschädigt wird.

Die Ausführungen des Amtsgerichts Fürstfeldbruck in seinem Urteil vom 17.3.2011 zum Az. 5 C 1779/10

(vgl. Ausdruck der juris-Veröffentlichung des Urteils als Anlage 1 zur Klagerwiderung, Blatt 47 ff.)

überzeugen die Kammer nicht. Gerade das Erfordernis, dass neben der Batterie auch Zündung und Motor des Starthilfe leistenden Kfz eingesetzt werden müssen und die Starthilfefunktion in den Betriebsanleitungen der Fahrzeughersteller beschrieben und erläutert wird, spricht dafür, dass es sich um einen kraftfahrzeugtypischen Nutzungszweck handelt. Hinzu kommt, dass das Kraftfahrzeug, das Starthilfe leistet, regelmäßig zuvor unter Einsatz seines Motors in die Nähe des die Starthilfe benötigenden Kraftfahrzeugs bewegt wird, um dann mit dem Überbrückungskabel Starthilfe leisten zu können. So war es nach dem Klägervortrag ausweislich der persönlichen Anhörung des Kl. auch hier. Damit ist auch ein innerer Zusammenhang zwischen versuchter Starthilfe und der Fortbewegungsfunktion des Starthilfe gebenden Kraftfahrzeugs ersichtlich.

2. Die Frage der Definition des Gebrauchs des Fahrzeugs im Sinne des § A 1.1 AKB ist hier auch entscheidungserheblich. Zwar hat der Kl. den Versicherungsfall der Bekl. erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung angezeigt und – so das Ergebnis der persönlichen Anhörung des Kl. vor dem Amtsgericht R. – auch bereits vor der Anzeige die Werkstattkosten für den Zeugen X direkt gegenüber der Werkstatt bezahlt. Dies führt jedoch unter Berücksichtigung der AKB, dort insbesondere § E.6.1 i.V.m. § 28 VVG nicht automatisch zu einem Haftungsausschluss der Bekl. Es könnte hier allenfalls, bei Annahme grober Fahrlässigkeit des Kl. – zu einer Haftungsbeschränkung der Bekl. kommen. Angesichts der strikten Ablehnung einer eigenen Haftung aufgrund der Verneinung eines Fahrzeuggebrauchs im Sinne des § A 1.1 AKB seitens der Bekl. spricht hier im Übrigen sehr viel gegen eine Kausalität einer möglichen Obliegenheitsverletzung des Kl. (vgl. dazu § E.6.2 AKB).

Mangels Entscheidungsreife und des Erfordernisses weiterer tatsächlicher Feststellungen ist – unter Berücksichtigung des Hilfsantrags des Kl. – die Aufhebung und Zurückverweisung der Sache geboten.

Derzeit ist eine Kostenentscheidung nicht möglich, sie ist dem Schlussurteil vorzubehalten.

## **BGB §§ 133, 157; GWB §§ 97, 123; EG VOL/A §§ 2, 8**

- 1. Die Leistungsbeschreibung genügt den Anforderungen nach § 8 Abs. 1 EG VOL/A, wenn der öffentliche Auftraggeber die jeweils gewünschten Leistungsmittel bzw. –merkmale dort so bestimmt, dass die angesprochenen fachkundigen Bieter dies im gleichen Sinne verstehen und insbesondere die für die Angebotserstellung wesentlichen Beschaffungsziele erkennen können.**
- 2. Soweit eine Leistungsbeschreibung wettbewerbsrelevante Auslegungsfragen aufwirft, sind diese gemäß**

**§§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont zu klären, also aus der Sicht eines potentiellen Bieters. Allein der subjektive „Horizont“ einzelner Bieter belegt weder eine Unklarheit der Leistungsbeschreibung noch eine (genau) deren Textverständnis entsprechende Vergabeanforderung.**

- 3. Von der im allgemeinen Prozessrecht geltenden Regel, nicht über den Umfang des Antrags hinauszugehen, können im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren Ausnahmen zulässig sein, weil das Beschwerdegericht nicht strikt an den Beschwerdeantrag gebunden ist. Eine vom Antrag losgelöste und über dessen Wortlaut hinausgehende Sachentscheidung kann aber nur ausnahmsweise in Betracht kommen. Es ist nicht Aufgabe der Nachprüfungsinstanzen, an Stelle der Vergabestelle eine abschließende Vergabeentscheidung zu treffen, es sei denn, dass nach Prüfung der Eignungs- und Leistungsanforderungen und der darauf beruhenden Angebotswertung eindeutig nur eine einzige Vergabeentscheidung in Betracht kommt.**

SchlHOLG, Vergabesenat, Beschl. vom 30. April 2015 – 1 Verg 7/14 –, Wi.

Die Beschwerdeführerin und die Beigeladene bewerben sich um einen Auftrag des Beschwerdegegners zur Abfuhr von Rest- und Biomüll sowie von Pappe, Papier und Kartonagen (PPK). Der Beschwerdegegner schrieb den Auftrag Ende März 2014 im offenen Verfahren in vier Losen aus; streitgegenständlich ist vorliegend allein das Los 1.

Nach Ziff. III.2.2 der Vergabebekanntmachung waren zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Bieter für die letzten 3 Geschäftsjahre Erklärungen „über den Gesamtumsatz des Unternehmens mit ähnlichen Leistungen für jedes angebotene Los“ gefordert. In Ziff. III.2.3 lit. h (Nr. 1) wurde zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit u. a. eine „Eigenerklärung“ (Referenz) verlangt, wonach der Bieter ähnliche Leistungen („... im Kommunalauftrag“) bereits durchgeführt hat, wobei der Auftragsgegenstand (Abfallart, Menge), der Auftraggeber und die Leistungszeit anzugeben waren. In der Leistungsbeschreibung – Ziff. 3.6.2 (7) – heißt es zur Abfuhr und Ladetechnik:

„Es steht dem AN frei, für die Abfuhr Hecklader, Seiten- oder Frontladerfahrzeuge mit oder ohne Wechselsystem einzusetzen. Er hat jedoch die Behälter einschl. Säcke aller drei Fraktionen mit derselben Ladetechnik abzufahren, damit die Behälter von den Benutzern einheitlich gestellt werden. Fahrzeuge mit 2-Kammer-Technik sind zugelassen.“

Auf eine – allen Ausschreibungsteilnehmern zugängliche – Anfrage der Beschwerdeführerin vom 17.04.2014 hat der Beschwerdegegner in seinem „Bieter Rundschreiben Nr. 1“ vom 21.4.2014 geantwortet, eine „einheitliche Ladetechnik“ sei „unverzichtbar“.

Nach Ablauf der Angebotsfrist am 21.05.2014 lagen dem Beschwerdegegner vier Angebote für Los 1 vor; die Beigeladene gab für Los 1 das niedrigste Angebot (1 554 598,15 €) und die Beschwerdeführerin das zweitbeste Angebot (2 724 267,00 €) ab.

Zum Angebot der Beigeladenen erfragte der Beschwerdegegner im Rahmen einer Angebotsaufklärung den beabsichtigten Fahrzeugeinsatz und die vorgesehene Ladetechnik der Beigeladenen, die sowohl Fahrzeuge mit Seiten- als auch mit Hecklader einsetzen wollte. Die Beigeladene erklärte daraufhin, dass auch auf der Grundlage ihres Angebots von den Benutzern die Behälter für alle drei Abfallfraktionen einheitlich gestellt werden könnten.

Mit Schreiben vom 15.8.2014 teilte der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin mit, dass die Beauftragung der Beigeladenen beabsichtigt sei.

Die Beschwerdeführerin erhob dagegen – erfolglos – Vergaberügen und stellte am 6.10.2014 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.

Sie hat die Ansicht vertreten, das Angebot der Beigeladenen sei zwingend von der Vergabe auszuschließen, da diese keine Referenzen „im Kommunalauftrag“ vorgelegt habe, sondern nur solche, die eine Tätigkeit als Subunternehmer belegten. Zudem habe die Beigeladene keine einheitliche Ladetechnik angeboten.

Der Beschwerdegegner hat entgegnet, die Beschwerdeführerin verstehe das Erfordernis einer Tätigkeit „im Kommunalauftrag“ zu eng. Die Ausschreibung erfordere keinen einheitlichen Fahrzeugtyp, sondern nur eine einheitliche Ladetechnik, die von der Beigeladenen angeboten werde.

Die Beigeladene hat sich i. w. dem Vorbringen des Beschwerdegegners angeschlossen.

Mit Beschluss vom 2.12.2014 hat die Vergabekammer den Beschwerdegegner verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Verdingungsunterlagen zurückzusetzen. Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet, weil das Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung missachtet worden sei. Die in Ziff. 3.6.2 (7) der Vergabebekanntmachung verwendeten Begriffe „Ladetechnik“ und „Ladefahrzeug“ enthielten keine objektiv eindeutige Vorgabe; ein Angebotsausschluss könne darauf nicht gestützt werden. Ohne dass es für die Entscheidung noch darauf ankomme, sei anzumerken, dass auch im Bereich der Eignungsnachweise eindeutige Forderungen fehlten: Die Formulierung „im Kommunalauftrag“ sei auslegungsbefürftigt.

Gegen den am 4.12.2014 zugestellten Beschluss hat die Beschwerdeführerin am 16.12.2014 sofortige Beschwerde eingelegt.

### *Aus den Gründen*

1. Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete sofortige Beschwerde (§§ 116, 117 GWB) ist zulässig (1.). Sie hat

in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Der Beschluss der Vergabekammer ist aufzuheben, soweit diese den Beschwerdegegner verpflichtet hat, das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen (2.). Der Beschwerdegegner ist – dem Beschwerdeantrag zu 2. folgend – verpflichtet, die Auswertung der vorliegenden Angebote zu wiederholen (3.).

Der Ansicht des Beschwerdegegners, die Beschwerdeführerin könne im Beschwerdeverfahren kein Verbot der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Versand der Verdingungsunterlagen erreichen, ist nicht zu folgen. Die Beschwerdeführerin hat im Verfahren vor der Vergabekammer mit ihrem Hauptantrag beantragt, die Angebotsauswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen (Antragsschrift vom 25.8.2014, S. 2). Die Vergabekammer ist in ihrem Beschluss gemäß § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB über diesen Antrag hinausgegangen

(vgl. dazu BayObLG, Beschl. v. 24.11.2003, Verg 16/03, ZfBR 2004, 307 [Ls. 2])

und hat den Beschwerdegegner zur Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Versand der Verdingungsunterlagen verpflichtet. Die Beschwerdeführerin ist im Umfang der Abweichung von ihrem Antrag bei der Vergabekammer beschwert und kann im gerichtlichen Verfahren die Überprüfung beanspruchen, ob die Zurückversetzung in dem genannten Umfang rechtmäßig ist. Ihre Beschwer ergibt sich auch daraus, dass – anders, als es bei einem Erfolg ihres Hauptantrages der Fall gewesen wäre – nach der Zurückversetzung in dem von der Vergabekammer beschlossenen Sinn eine neue „Angebotsrunde“ eröffnet würde, die zum Verlust der mit dem bisherigen Angebot erlangten Wettbewerbsposition führen würde. Der Beschwerdeführerin ging und geht es – erkennbar – darum, die erstrebte neue Wertung auf die bereits eingereichten Angebote zu beschränken; sie „bekämpft“ die Möglichkeit, auf neu versandte Verdingungsunterlagen hin neue Angebote einzureichen.

Soweit die Beschwerdeführerin – auch – beantragt, dem Beschwerdegegner eine Zuschlagserteilung an die Beigeladene zu untersagen, ist dies nicht in dem Sinne zu verstehen, dass sie damit eine Entscheidung über den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen (auch) für den Fall einer Wiederholung der Angebotswertung erstrebt. Der – in diesem Sinne schon bei der Vergabekammer gestellte – Antrag ist vielmehr vor dem Hintergrund der Vergabemitteilung vom 15.8.2014 zu verstehen, der zufolge der Beschwerdegegner eine Zuschlagserteilung an die Beigeladene angekündigt hatte. Die Frage, ob das Angebot der Beigeladenen im Rahmen einer – aus der Sicht der Beschwerdeführerin bisher fehlerhaft durchgeführten – Prüfung und Wertung auszuschließen ist, ist nach dem erkennbaren Ziel des (Nachprüfungs- und) Beschwerdeantrags, die „Auswertung zu wiederholen“, im Rahmen dieser Wiederholung zu entscheiden. Dabei ist die Frage des Ausschlusses von Angeboten nur eines von mehreren „Elementen“ der – neu – zu treffenden Vergabeentscheidung. In der mündlichen Verhandlung ist der Beschwerdeantrag ausführlich erörtert worden. Die von der Beigeladenen geäußerten Befürchtung, die erstrebte Beschwerdeentscheidung ziele auf ihren Ausschluss aus dem weiteren Vergabeverfahren und der erstrebten (neuen) „Auswertung“ der Angebote ab, hat die Beschwerdeführerin nicht nur nicht bestätigt, sie hat vielmehr das o. g. Verständnis ihres Beschwerdeantrags der weiteren rechtlichen Erörterung zugrundegelegt. Hätte sie in Bezug auf einen Angebotsausschluss eine Entscheidung erreichen wollen, hätte sie dies in ihrem Beschwerdeantrag in dem Sinne zum Ausdruck bringen müssen, dass die erstrebte Wiederholung der „Auswertung“ zugleich mit der Vorgabe erfolgen solle, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen. Das ist nicht geschehen und i. ü. nach der Erörterung der gestellten Anträge auch nicht als Ziel der Beschwerde deutlich geworden.

Der Beschwerde fehlt entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Er hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass er den Beschluss der Vergabekammer (nach Ablauf der aufschiebenden Wirkung

der dagegen eingelegten Beschwerde gem. § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB) noch nicht vollzogen oder umgesetzt habe. Für die Position der Beschwerdeführerin im Bieterwettbewerb bedeutet es einen wesentlichen Unterschied, ob die Wertung aufgrund der vorliegenden Angebote erfolgt oder ob – nach geänderten Vergabebedingungen – eine neue „Runde“ für die Abgabe von Angeboten eröffnet wird. Die Frage, ob eine Rückversetzung in dem von der Vergabekammer tenorierten Umfang wegen nicht behebbarer Unklarheiten in den Vergabeunterlagen geboten ist, unterliegt der Nachprüfung im vorliegenden Verfahren. Die Beschwerdeführerin kann darauf durch eine entsprechende Antragstellung hinwirken. Soweit der Beschwerdegegner einwendet, eine diesbezügliche Nachprüfung könne die Beschwerdeführerin erst beanspruchen, nachdem eine Entscheidung über („fehlergeheilte“) neue Vergabebedingungen getroffen worden sei, ist dem nicht zu folgen. Vorrangig ist die Frage, ob (überhaupt) Fehler vorliegen, die eine „Heilung“ durch neue Vergabebedingungen erfordern. Die Beschwerdeführerin würde diese Überprüfungsmöglichkeit verlieren, wenn sie sich – dem Tenor des Beschlusses der Vergabekammer folgend – auf eine neue „Angebotsrunde“ auf der Grundlage geänderter Vergabebedingungen einlasse.

2. Die Beschwerde ist im beantragten Umfang begründet. Die Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Versendung der Verdingungsunterlagen wäre bei (hier gegebener) fortbestehender Beschaffungsabsicht rechtmäßig, wenn die der Ausschreibung zugrundeliegende Leistungsbeschreibung nicht geeignet wäre, einem fairen, transparenten und die Bieter gleich behandelnden Wettbewerb als Grundlage zu dienen (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB). In diesem Fall wäre – im Grundsatz – eine „Rückversetzung“ möglich, um einen Rechtsfehler der Vergabeunterlagen zu korrigieren. Einer Fehlerkorrektur ist auch nach Submission zulässig, soweit dadurch keine Manipulationsgefahr entsteht

(vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.1.2015 – VII-Verg 29/14, Rn. 23, juris).

Voraussetzung einer „Rückversetzung“ ist somit das Vorliegen eines (Rechts-) Fehlers der Vergabeunterlagen. Ein solcher liegt hier nicht vor.

2.1 Der – entscheidungstragenden – Annahme der Vergabekammer, die Leistungsbeschreibung sei in Nr. 3.6.2. (7) nicht „eindeutig“ und verstoße gegen das nach § 8 Abs. 1 EG VOL/A geltende Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, ist nicht zu folgen.

2.1.1 In der Leistungsbeschreibung definiert der öffentliche Auftraggeber, was er mit der Ausschreibung „beschaffen“ will. Das kann – je nach Beschaffungsgegenstand – in unterschiedlicher Weise erfolgen; geht es – wie hier – um einen Dienstleistungsauftrag, muss die Leistungsbeschreibung die wesentlichen Merkmale der gewünschten Dienstleistung angeben. Welche Leistung in welcher Form gefordert wird, muss sich für die Bieter ohne ein zeitintensives „Herausfiltern von Informationen“ bzw. intensive Auslegungsbemühungen ergeben

(vgl. OLG München, Beschl. v. 20.3.2014, Verg 17/13, NZBau 2014, 456 [bei Juris Rn. 159–160], mwN).

Die Anforderungen an die zu erbringende Leistung können durch die zur Dienstleistungserbringung einzusetzenden personellen oder sachlichen (technischen) Mittel bestimmt werden, aber auch dadurch, dass Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder eine bestimmte „Servicequalität“ bei der Leistungserbringung gefordert werden; möglich ist auch eine Kombination, die den Einsatz bestimmter Dienstleistungsmittel und die Erfüllung von qualitativen Anforderungen bei der Leistungserbringung fordert (vgl. § 8 Abs. 2 EG VOL/A). Es ist Sache des öffentlichen Auftraggebers, die jeweils gewünschten Leistungsmittel bzw. -merkmale in der Leistungsbeschreibung so zu bestimmen, dass die angesprochenen – fachkundigen – Bieter dies im gleichen Sinne verstehen und – insbesondere – die für die Angebotserstellung wesentlichen Beschaffungsziele erkennen können.

2.1.2 Ausgehend von diesen Maßstäben genügt die Leistungsanforderung in Nr. 3.6.2 (7) der Leistungsbeschreibung den Anforderungen nach § 8 Abs. 1 EG VOL/A.

2.1.2.1 Aus dem Wortlaut dieser Vorgabe (Satz 1) ist klar zu entnehmen, dass den Bietern der Einsatz von drei verschiedenen Fahrzeugtypen für die Abfuhr freigestellt wird („Hecklader, Seiten- oder Frontladerfahrzeuge“). Die Leistungsbeschreibung enthält – mit anderen Worten – keine Vorgabe zu dem für die Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistung einzusetzenden Mittel (Fahrzeugtyp, -system).

2.1.2.2 Nach Satz 2 der Nr. 3.6.2.(7) der Leistungsbeschreibung hat die Abfuhr der Abfälle so zu erfolgen, dass „die Behälter von den Benutzern einheitlich gestellt werden“ können. Damit wird kein Dienstleistungsmittel, sondern eine bestimmte qualitative Anforderung an die Leistungserbringung formuliert. Für die fachkundigen Bieter ist daraus – klar – zu entnehmen, worauf es dem öffentlichen Auftraggeber ankommt, nämlich auf die Erbringung einer Abfuhrleistung, die gewährleistet, dass die Benutzer die unterschiedlichen Behälter einheitlich bereitstellen. Das ist für die möglichst reibungslose Abwicklung der Abfallabfuhr im kommunalen Bereich auch ohne Weiteres einleuchtend.

Aus der finalen Satzverbindung („damit“) in Satz 2 der Nr. 3.6.2.(7) wird das gewünschte „Ziel“ der ausgeschriebenen Dienstleistung deutlich; die in der ersten Satzhälfte angesprochene „Ladetechnik“ beschreibt nur die Modalität, mit der das in der zweiten Satzhälfte angegebene Beschaffungsziel erreicht werden soll. Dieser – aus der grammatischen Struktur des Satzes 2 der Nr. 3.6.2.(7) abzuleitende – Aussageinhalt wird bestätigt durch die Beantwortung der Frage der Beschwerdeführerin vom 17.4.2014 im „Bieterrundschreiben Nr. 1“ vom 24.4.2014. Dort wird – nochmals – betont, dass den Bürgern nicht zugemutet werden solle, die „Restmülltonne anders bereitzustellen als die Bio- und Papiertonne“ (Ausrichtung, Straßenseite) und dass deshalb „eine einheitliche Ladetechnik unverzichtbar“ sei. Mit dieser allen Bietern – vor Angebotsabgabe – zugänglichen Information ist die bereits der Nr. 3.6.2.(7) zu entnehmende Anforderung endgültig klargestellt worden: Nicht der Modus („Ladetechnik“), sondern das Ziel der Gewährleistung einer einheitlichen Behältergestaltung sollte das für die Angebotsbearbeitung und die spätere Angebotswertung maßgebliche Leistungskriterium sein. Die Leistungsbeschreibung enthält insoweit – rechtlich zulässig – ein funktionales Element, indem sie den Bietern das Leistungsziel vorgibt und die Frage, mit welchen technischen, personellen oder organisatorischen Mitteln dieses Ziel erreicht wird, dem Wettbewerb überlässt.

2.1.2.3 Dem Modus „derselben Ladetechnik“ käme für die – maßgebliche – Frage, ob die Leistungsbeschreibung einen eindeutigen und von allen Bietern im gleichen Sinne zu verstehenden Inhalt hat, allenfalls dann eine für die Angebotswertung maßgebliche Bedeutung zu, wenn dieser Begriff nach dem objektiven Empfängerhorizont der fachkundigen Bieter einen eindeutigen Inhalt – etwa – in dem Sinne hätte, dass die Abfuhr „ladetechnisch“ nur durch den Einsatz bestimmter technischer Mittel oder Verfahrensweisen oder durch eine bestimmte technische Arbeitsweise erbracht werden soll. Das ist indes nicht festzustellen:

Der Begriff der „Ladetechnik“ ist im allgemeinen Sprachverständnis nicht selbsterklärend. Sein Bedeutungsgehalt muss aus dem Zusammenhang heraus geklärt werden, in dem die Vergabestelle den Begriff in der vorliegenden Leistungsbeschreibung verwendet hat.

Da es den Bietern nach Satz 1 der Nr. 3.6.2.(7) der Leistungsbeschreibung freisteht, welche Fahrzeugtypen/-systeme („Hecklader, Seiten- oder Frontladerfahrzeuge“) sie zur Leistungserbringung einsetzen, kann der Begriff der „Ladetechnik“ nicht fahrzeugbezogen verstanden werden. Nach dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung kann auch bei unterschiedlichen Fahrzeugtypen/-systemen „dieselbe Ladetechnik“ vorliegen, indem eine bestimmte Arbeitstechnik oder -organisation des Abfuhrvorgangs angeboten wird. Dem Beschwerdegegner ist zuzustimmen, indem er darauf verweist, dass die Wortverbindung „Ladetechnik“ nicht auf maschinen- oder gerätebezogene Vorgänge verengt werden darf. Die Leistungsbeschreibung zeigt durch die finale Satzverbindung („damit“) in Satz 2 der Nr. 3.6.2.(7), dass die „Ladetechnik“

instrumentellen Charakter hat und – maßgeblich – die Möglichkeit der einheitlichen Bereitstellung der Abfallbehälter sein soll.

Der Senat hat – überdies – nicht feststellen können, dass sich in der Abfallwirtschaft bzw. der Entsorgungsbranche „fachsprachlich“ eine bestimmte Bedeutung des Wortes „Ladetechnik“ herausgebildet hat. Das ist von allen Beteiligten in der mündlichen Verhandlung bestätigt worden. Weder in technischen Normen (DIN 30706-1, DIN 1501-1-5) noch in Fachveröffentlichungen der Entsorgungswirtschaft (Merkblatt des BDE/VKU: „Fahrzeuge und Behälter – technische Übersicht und Standards“ [veröff. im Internet]) wird der Begriff der „Ladetechnik“ gebraucht oder (gar) definiert. Die fachkundigen Bieter konnten der Verwendung dieses Begriffes somit nicht entnehmen, dass nur bestimmte technische Mittel, Funktionen oder Abläufe angeboten werden durften; die Forderung nach „derselben“ Ladetechnik begründet auch nicht die Annahme, dass die eingesetzten technischen Mittel (insbesondere Fahrzeuge) im gesamten Abfuhrbereich dem selben Typus oder System entsprechen mussten.

2.1.2.4 Soweit die Vergabekammer in ihrem Beschluss (S. 9 - 10 des Beschl.-Abdrucks) eine Definition des Begriffes der „Ladetechnik“ in der Leistungsbeschreibung vermisst und – deshalb – eine „nicht unerhebliche“ Intransparenz beanstandet, vermag dies nicht zu überzeugen. Die Vergabekammer sieht, dass es dem Beschwerdegegner „in erster Linie ... auf die faktische Erfüllung“ des Zwecks der einheitlichen Ladetechnik ankommen sei. Wenn dem aber so ist, kommt es für die Bieter nicht auf eine Definition der „Ladetechnik“ an, sondern darauf, dass die angebotene (Technik der) Abfuhr eine für alle Benutzer gleiche Art der Behältergestaltung ermöglicht.

2.1.2.5 Der Umstand, dass sich im Laufe des vorliegenden Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahrens zum Verständnis der Nr. 3.6.2.(7) der Leistungsbeschreibung und – insbesondere – zum Begriff der „Ladetechnik“ ein (zunehmend) umfangreicher Streit entwickelt hat, kann nicht als „Beleg“ für eine mangelnde Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung i. S. d. § 8 Abs. 1 EG VOL/A herangezogen werden. Soweit die Leistungsbeschreibung überhaupt wettbewerbsrelevante Auslegungsfragen aufwirft, sind diese gemäß §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont zu klären, also aus der Sicht eines potentiellen Bieters. Allein der subjektive „Horizont“ einzelner Bieter belegt weder eine Unklarheit der Leistungsbeschreibung noch eine (genau) deren Textverständnis entsprechende Vergabeanforderung.

Das gilt auch dann, wenn sich im Laufe des Verfahrens ein von dem finalen Beschaffungsziel – einheitliche Behältergestaltung – losgelöster Streit um den Begriff der „Ladetechnik“ entwickelt. Selbst wenn es für die Angebotswertung – maßgeblich – auf den Begriff der „Ladetechnik“ ankäme, ergäbe sich allein aus der Verwendung dieses Begriffes in der Leistungsbeschreibung noch keine Unklarheit i. S. d. § 8 Abs. 1 EG VOL/A, die zur Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens veranlasst. Ein Auslegungsbedürfnis, das sich auch bei sorgfältig(st)er Erstellung der Leistungsbeschreibung nie völlig ausschließen lässt, stellt keinen Verstoß gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung dar. Andernfalls würde die Gefahr befördert, dass die Bieter durch geschickte Argumentation nachträglich Unklarheiten in die Leistungsbeschreibung hineininterpretieren

(vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.7.2014, 15 Verg 4/14, Juris [Rn. 34]).

2.1.2.6 Der Inhalt der Leistungsanforderung ist nach alledem in Nr. 3.6.2.(7) der Leistungsbeschreibung für alle Bieter hinreichend klar bestimmt worden. Die Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Versendung der Verdingungsunterlagen ist deshalb nicht gerechtfertigt.

2.2 Die Vergabekammer hat (in einem obiter dictum) angenommen, der Beschwerdegegner habe „auch im Bereich der geforderten Eignungsnachweise“ keine eindeutigen Forderungen aufgestellt“ (S. 10–11 des Beschl.-Abdr.). Sie bezieht sich dabei auf die in Nr. III.2.3 lit. h der Vergabebekanntmachung zur „technischen Leistungsfähigkeit“ des Bieters statuierte Eignungsanforderung i. S. d. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB bzw. § 2 Abs. 1 EG VOL/A.

Eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Versendung der Verdingungsunterlagen in dem von der Vergabekammer beschlossenen Sinne könnte mit einer nicht „eindeutigen“ Eignungsanforderung nicht begründet werden. Der Beschwerdegegner weist vielmehr – zu Recht – darauf hin, dass unklare Eignungsanforderungen dazu führen, dass damit ein Ausschluss eines Bieters aus dem Vergabewettbewerb nicht begründet werden könnte.

2.3 Die Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Versendung der Verdingungsunterlagen kann damit weder auf die in Nr. 3.6.2 (7) der Leistungsbeschreibung enthaltene Anforderung noch auf eine „nicht eindeutige“ Fassung der Nr. III.2.3 lit. h der Vergabebekanntmachung gestützt werden. Anzumerken bleibt insoweit, dass die von der Vergabekammer beschlossene – maximale – Rückversetzung die „ultima ratio“ der Reaktion auf Fehler der Ausschreibung darstellt

(Prieß, in Kulartz u. a., Kommentar zur VOL/A, 2014, § 8 EG VOL/A, Rn. 36),

weil damit eine neue „Angebotsrunde“ eröffnet wird mit der Folge, dass im bisherigen Vergabeverfahren erlangte Wettbewerbspositionen verloren gehen.

2.4 Die in Nr. III.2.3. lit. i der Vergabebekanntmachung enthaltene Anforderung, die sog. Abfuhrlogistik zu erläutern, gilt „im Auftragsfall“. Sie kann als Eignungsanforderung nur die Bedeutung haben, wie sie der Beschwerdegegner in der mündlichen Verhandlung erläutert hat: Die Bieter sollen damit ihr Abfuhrkonzept darlegen, um insoweit ihre fachliche Leistungsfähigkeit zu belegen. Gegen die – in diesem Sinne verstundene – Anforderung sind von keiner Seite Einwände erhoben worden; solche sind auch der Sicht des Senats nicht veranlasst.

3. Der Antrag der Beschwerdeführerin, die Auswertung der Angebote zu wiederholen, hat Erfolg. Der Senat kann im Rahmen seiner Entscheidung „in der Sache“ (§ 123 S. 2 [1. Alt.] GWB) den Beschwerdegegner zur Wiederholung der Angebotswertung unter Beachtung seiner Rechtsauffassung verpflichten.

3.1 In Betracht käme – grundsätzlich – auch eine weitergehende Entscheidung. Der Senat hat bei seiner Entscheidung nach § 123 GWB im Rahmen des Beschwerdegegenstandes und des Rechtsmittelziels die gleichen Befugnisse wie die Vergabekammer

(vgl. § 114 Abs. 1 S. 2 GWB; vgl. Summa, in: jurisPK-Vergaberecht, 2013, § 123 GWB Rn. 30; Vavra, in: Dreher/Motzke, Vergaberechtskommentar, 2013, § 123 GWB Rn. 5).

Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeantrag – ausdrücklich – auf eine Wiederholung der Angebotswertung beschränkt ist, also keine bestimmte Zuschlagsentscheidung begehrt wird. Von der im allgemeinen Prozessrecht geltenden Regel, nicht über den Umfang des Antrags hinauszugehen („ne ultra petita“, § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO; vgl. Beschl. des Senats v. 8.9.2006, 1 Verg 6/06, Juris [Rn. 72]), können im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren Ausnahmen zulässig sein, weil das Beschwerdegericht nicht strikt an den Beschwerdeantrag gebunden ist, doch kann eine – vom Antrag losgelöste und über dessen Wortlaut hinausgehende – Sachentscheidung nur ausnahmsweise in Betracht kommen. Es ist nicht Aufgabe der Nachprüfungsinstanzen, an Stelle der Vergabestelle eine abschließende Vergabeentscheidung zu treffen, es sei denn, dass nach Prüfung der Eignungs- und Leistungsanforderungen und der – darauf beruhenden – Angebotswertung – eindeutig – nur eine einzige Vergabeentscheidung in Betracht kommt

(vgl. Summa, aaO, § 123 GWB Rn. 31).

Vorrangig ist insoweit die (Detail-) Prüfung der Vergabestelle. Der Senat beschränkt deshalb seine Entscheidung darauf, den Beschwerdegegner zu einer Neubewertung der vorliegenden Angebote unter Beachtung der – nachfolgend dargelegten – Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten.

3.2 Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen wird im Rahmen der zu wiederholenden Angebotswertung im Hinblick auf die – nach der Vergabebekanntmachung geltenden – Eignungsanforderungen nicht in Betracht kommen.

3.2.1 Wird angenommen, dass die Eignungsanforderung in Nr. III.2.3 lit. h der Vergabebekanntmachung inhaltlich unklar ist, trägt sie einen Angebotsausschluss nicht (s. o. 2.2).

3.2.2 Ein Ausschluss wäre nur zu begründen, wenn die Eignungsanforderung zum Merkmal „im Kommunalauftrag“ nur so verstanden werden könnte, dass allein (Referenz-) Tätigkeiten im unmittelbaren Kommunalauftrag anerkannt werden können. Das ist indes nicht der Fall:

Der Referenzanforderung in Ziff. III.2.3 lit. h der Vergabebekanntmachung kann auch durch Aufträge entsprochen werden, die „indirekt“ für Kommunalkörperschaften erbracht worden sind, also auch durch Subunternehmeraufträge. Der Wortlaut der Ziff. III.2.3 lit. h steht dem nicht entgegen. Die Zuordnung der Referenzanforderung zum Eignungsmerkmal der „technischen“ Leistungsfähigkeit (§ 97 Abs. 4 Satz 1 GWB; § 7 Abs. 1, Abs. 3 lit. a EG VOL/A) spricht dafür, dass der Beschwerdegegner mit deren Abfrage nicht erkunden wollte, in wessen Auftrag Abfallentsorgungsleistungen erbracht worden sind, sondern eine Beurteilungsgrundlage zum technischen „Know How“ in Bezug auf eine kommunale Abfallentsorgung gewinnen wollte. Ein solches Erkenntnisinteresse ist nicht auf kommunale Direktaufträge begrenzt. Aus der Vergabebekanntmachung war erkennbar, dass es – inhaltlich – um die kommunale „Abfuhr von Umleerbehältern“ ging, in Bezug darauf wurde eine technisch und fachlich klar abgegrenzte Eigenerklärung verlangt. Die „technische“ Leistungsfähigkeit ist nicht davon abhängig, in wessen Auftrag Abfallabfuhr durchgeführt worden sind, sondern wird davon bestimmt, ob die Abfuhr speziellen Anforderungen ausgesetzt sind oder – allgemein – der Entsorgung von Haushalten im kommunalen Bereich dienen. Der sachliche Kontext der abgefragten Eignungsanforderung belegt, dass die Beurteilung der „technischen“ Leistungsfähigkeit auf der Grundlage von Referenzleistungen im direkten oder im „indirekten“ (Subunternehmer-) Auftrag erfolgen kann.

3.3 Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen kann auch nicht mit der Begründung erfolgen, die von ihm benannten Referenzaufträge seien mit dem Schwierigkeitsgrad bzw. der Größenordnung des ausgeschriebenen Auftrags nicht vergleichbar. Nach Nr. III.2.3 lit. h (Nr. 1) der Vergabebekanntmachung sind von den Bietern nur Angaben über „ähnliche“ Leistungen sowie über den Gegenstand, die Leistungszeit und den Auftraggeber der Referenzaufträge verlangt worden. Der Beschwerdegegner weist zutreffend darauf hin (Schriftsatz vom 22.1.2015, Rn. 91 f.), dass darüber hinaus keine quantitative oder qualitative „Vergleichbarkeit“ der Referenzen nach dem Inhalt der Vergabebekanntmachung – etwa anhand bestimmter „Kenngrößen“ – zu fordern ist.

Ein Angebot darf im Hinblick auf bieterbezogene Eignungsanforderungen gemäß § 19 Abs. 3 lit. a, Abs. 5 EG VOL/A nur ausgeschlossen werden, wenn die – insoweit maßgebliche – Vergabebekanntmachung klare Mindestanforderungen an die Bieter richtet; die Schärfe der „Sanktion“ (Ausschluss) ist nur auf der Grundlage einer präzisen Anforderung gerechtfertigt. Eine Mindestanforderung in Bezug auf die „Vergleichbarkeit“ der angegebenen Referenzaufträge – in Bezug auf die Größe der Entsorgungsaufgabe oder des Abfuhrgebietes – enthält die Vergabebekanntmachung nicht. Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen kann deshalb mit dieser Begründung nicht erfolgen.

Unabhängig davon steht dem Beschwerdegegner bei der Prüfung der von den Bietern angegebenen Referenzen ein Beurteilungsspielraum zu. Dessen Grenzen und die Anwendung auf den jeweiligen Einzelfall bestimmt die Vergabestelle, um die technische Leistungsfähigkeit des Bieters zur ordnungsgemäßen Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags zu beurteilen. Es geht – mit anderen Worten – nicht in erster Linie um eine Bewertung der bisherigen Tätigkeit des Bieters, sondern um eine Prognose über die künftige technische Leistungsfähigkeit für den ausgeschriebenen Auftrag. Grundlage dieser Prognose kann grundsätzlich auch ein „kleinerer“ Auftrag sein.

3.4 Ein Angebotsausschluss wird – schließlich – auch nicht mit einer fehlenden „Aktualität“ des von der Beigeladenen vorgelegten Handelsregisterauszuges zu begründen sein, wenn der vorgelegte Auszug den aktuellen Registerstand wiedergibt.

4. Der Beschwerdegegner wird im Rahmen der vorzunehmenden – zu wiederholenden – Angebotsprüfung und -wer-

tung die Rechtsauffassung des Senats zu den Eignungsanforderungen (oben 3.2.2) und zu den Anforderungen an die zu „beschaffende“ Abfuhr-Dienstleistung (oben 2.1.2) zu berücksichtigen haben. ...

**GWB §§ 99, 100, 101b, 117; §§ 2 und 3; AEUV Art. 267; Richtlinie 2014/24/EU Art. 72**

- 1. Die Neuvergabe eines Auftrags, die – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – nicht wirksam ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erfolgen kann (§ 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB), liegt auch im Falle der Aufstockung eines bereits beauftragten Volumens vor, wenn das bisherige Auftragsvolumen durch eine einseitige Leistungsbestimmung oder Option in einem solchen großen Umfang erweitert wird, dass es nicht mehr von dem ursprünglich geschlossenen Vertrag erfasst wird und wenn das einseitige Leistungsbestimmungsrecht im Ursprungsvertrag nicht hinreichend qualitativ oder quantitativ definiert oder begrenzt worden ist.**
- 2. Sieht ein Vertrag über die Durchführung des Rettungsdienstes vor, dass der den Auftrag erteilende Kreis „über Anzahl und Einsatzbereitschaft von Rettungsmitteln“ entscheidet, ist die Reichweite der damit bestehenden Entscheidungsbefugnis des Kreises über das Kriterium der Bedarfsgerechtigkeit nicht hinreichend bestimmbar und begrenzt, weil dieses Kriterium allenfalls eine generell-abstrakte Orientierung zur Bestimmung des Leistungsumfangs beschreibt.**
- 3. Die Befugnis zur einseitigen, nicht begrenzten und vergaberechtsfreien Aufstockung der Rettungsmittelvorhaltung ergibt sich für den Kreis in einem solchen Fall auch nicht aus seiner gesetzlichen Aufgabe, die Notfallrettung und den Krankentransport bedarfsgerecht sicherzustellen, weil diese gesetzliche Aufgabe von ihrer Umsetzung zu unterscheiden ist, bei der die vergaberechtlichen Regeln zu beachten sind.**
- 4. Eine Erweiterung der Rettungsmittelvorhaltung ist als wesentliche Vertragsänderung anzusehen, wenn der Wert der Aufstockung den Schwellenwert deutlich übersteigt und unabhängig davon der Leistungsumfang um 16 % erweitert wird. Beruhen mehrere zeitlich hintereinandergeschaltete Aufstockungen auf einem einheitlichen, sukzessive vervollständigten Gutachten, ist für die Beurteilung der Wesentlichkeit der Gesamtwert der aus dem Gutachten abgeleiteten Aufstockungen zugrunde zu legen.**
- 5. Die Frage, ob eine vergaberelevante Vertragsänderung auch durch eine einseitige „Anordnung“ oder Leistungsbestimmung des Auftraggebers im Rahmen einer im Ursprungsvertrag nicht limitierten, allein an den jeweils angenommenen Bedarf anknüpfenden Vertragsbestimmung erfolgen kann, gibt keine Veranlassung, eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen, weil die neue Richtlinie 2014/24/EU die Frage in Art. 72 Abs. 1, 2 und 5 ausreichend beantwortet.**

SchlHOLG, Vergabesenat, Beschl. vom 28. August 2015 – 1 Verg 1/15 –, Wi.

Die Beschwerdeführerin ist eine Gesellschaft im Konzernverbund der X. Sie wendet sich gegen eine sogenannte „Aufstockung“ von Vorhalteleistungen für den Rettungsdienst (Notfallrettung und Krankentransport) im Kreis Y im Umfang von 49 Rettungsmittelwochenstunden, die der Beschwerdegegner gegenüber dem Beigeladenen Z veranlasst hat.

Der Beigeladene ist aufgrund eines Vertrages vom 31. Mai 1978 mit der Durchführung des Rettungsdienstes im Kreis Y beauftragt (mit Ausnahme des ... Umlandes und der Bereiche ...). Nach § 3 des Vertrages führt der Beigeladene den Rettungsdienst nach den Vorschriften des Rettungsdienstgesetzes des Landes Schleswig-Holstein vom 29.11.1991 (GVObI. SH S. 579) und der dazugehörigen Landesverordnung (derzeit in der Fassung vom 22.10.2013 [GVObI. SH S. 418]) durch, wozu „insbesondere die Sicherstellung der ordnungsgemäßen personellen und sächlichen Ausstattung der Rettungswachen“ gehören. Dem Beschwerdegegner obliegt die Aufsicht über die Durchführung (§ 4). Der Vertrag hat am 1. März 1983 einen ersten, am 18. Juni 1998 einen zweiten und am 2. November 2001 einen dritten Nachtrag erhalten. In § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtrages heißt es:

*„Über Anzahl und Einsatzbereitschaft von Rettungsmitteln in den Rettungswachen entscheidet der Kreis nach Anhörung des Z. Gleiches gilt für den Fall von Veränderungen in der Stationierung von Rettungsmitteln.“*

Der Beigeladene erbrachte bis zum Jahr 2012 auf der Grundlage dieser Verträge Rettungsdienstleistungen in einem Umfang von 1.637 Rettungsmittelwochenstunden (RMWStd).

Der Beschwerdegegner veranlasste Ende 2011 die Erstellung eines Gutachtens zur Überprüfung der Rettungsmittelvorhaltung im Kreisgebiet. Im Jahr 2012 wurde ein zusätzlicher Bedarf von 212 RMWStd ermittelt. Der Beschwerdegegner bat daraufhin den Beigeladenen zur „Umsetzung“ um eine Erhöhung der Rettungsmittelvorhaltung um „zunächst“ 194 RMWStd. Die Beschwerdeführerin rügte diesen Vorgang als eine „rechtswidrige de-facto-Vergabe“ und beantragte dessen vergaberechtliche Nachprüfung. Ihr Nachprüfungsantrag wurde von der Vergabekammer Schleswig-Holstein mit Beschluss vom 5. Mai 2014 abgewiesen (VK-SH 04/14); die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde blieb erfolglos (Beschluss des Senats vom 04. November 2014, 1 Verg 1/14 NZBau 2015, 186). Mitte Dezember 2014 erfolgte eine „endgültige“ Ermittlung der bedarfsgerechten Regelvorhaltung von Rettungsmitteln. Der Kreistag des Beschwerdegegners beschloss daraufhin am 17. Dezember 2014, dem Beigeladenen weitere 49 RMWStd „im Rahmen des bestehenden Vertragsverhältnisses zu übertragen.“ Die genannte „Aufstockung“ wurde dem Beigeladenen mit Schreiben vom 22. Dezember 2014 mitgeteilt.

Die Beschwerdeführerin erhob dagegen – erfolglos – Rügen und beantragte am 12. Januar 2015 die vergaberechtliche Nachprüfung der „Aufstockung“ bei der Vergabekammer Schleswig-Holstein.

Sie hat die Ansicht vertreten, die „Aufstockung“ sei eine vergaberechtswidrige de-facto-Vergabe und umgehe das Vergaberecht. Durch die Leistungserweiterung sei der Vertrag „wesentlich“ geändert worden. Dies sei auch sittenwidrig. Das Vertragsverhältnis zum Beigeladenen müsse beendet werden.

Der Beschwerdegegner und der Beigeladene sind dem entgegen getreten.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag – nach Verlängerung der Entscheidungsfrist zuletzt bis zum 5. März 2015 – durch Beschluss vom 5. März 2015 zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei gemäß § 101 b Abs. 1 S. 2 GWB zulässig, da die „Aufstockung“ den maßgeblichen Schwellenwert überschreite. Es fehle aber am Vorliegen eines „öffentlichen Auftrags“. Der Ursprungsvertrag vom 31. Mai 1978 und dessen zweiter Nachtrag vom 18. Juni 1998 seien vergaberechtlich nicht mehr angreifbar. Das Schreiben an den Beigeladenen vom 22. Dezember 2014 enthalte keinen öffentlichen Auftrag im Sinne einer „wesentlichen“ Vertragsänderung. Das ergebe sich schon daraus, dass das Schriftformerfordernis nach § 129 LVwG i. V. m. § 126 Abs. 2 S. 1 BGB verfehlt worden sei. Es fehle zudem an übereinstimmenden Willenserklärungen. Das Schreiben vom 22. Dezember 2014 enthalte eine einseitige Anordnung im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses. Eine Annahmeerklärung des Beigeladenen sei nicht erbeten worden. Einer solchen habe es auch nicht bedurft, da es lediglich darum gegangen sei, die weiteren RMWStd „umzusetzen“. Aus § 4 Abs. 2 S. 1 des zweiten Nachtrages ergebe sich, dass der Beigeladene insoweit kein Mitsprache- oder Vetorecht, sondern nur ein Anhörungsrecht habe. Die Entscheidungsbefugnis liege allein beim Beschwerdegegner. Ein funktionales Verständnis des Auftragsbegriffes führe zu keinem anderen Ergebnis. Aus insoweit werde ein Einverständnis über die Leistungserbringung vorausgesetzt. Die „Aufstockung“ sei jedenfalls nicht als „wesentliche“ Vertragsänderung einzustufen. Dagegen spreche bereits die verhältnismäßig geringe Steigerung des Auftragsvolumens von 3,6 %, die die Einsatzzeit eines Rettungswagens nicht einmal für ein Drittel einer Woche abdecke. Es liege auch keine Leistungserweiterung auf ursprünglich nicht vorgesehene Leistungen vor. Die „aufgestockten“ Leistungen seien schon im Ursprungsvertrag vorgesehen gewesen. In jenem Vertrag sei eine Dynamik zur Anpassung der Leistung an den sich verändernden Bedarf geregelt worden. Durch die „Aufstockung“ sei die Leistungspflicht lediglich an den festgestellten Beschaffungsbedarf angepasst worden. Die Vertragsänderung sei nicht der freien Entscheidung des Kreises entsprungen, sondern auf der Grundlage der gutachterlichen Ermittlung eines erhöhten Bedarfs erfolgt. Die Haushaltseffizienz werde durch das externe Regulativ einer Prüfung durch die Krankenkassen gewahrt. Das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages sei nicht verändert worden, denn es sei in keiner Weise in die vertragliche Äquivalenz eingegriffen worden. Eine Verpflichtung zur Beendigung des laufenden Vertragsverhältnisses bestehe nicht. Jedenfalls könne sich ein Dritter auf eine solche Pflicht nicht berufen. Es habe bisher kein Erfordernis bestanden, Leistungen des qualifizierten Rettungsdienstes auszusprechen, wie sich aus den EU-Richtlinien ergebe. Das sei auch künftig nicht der Fall. „Freiwilligenorganisationen“ könnten mit Krankentransport- und Notfallkrankentransportleistungen im Wege einer Direktvergabe beauftragt werden. Der Abschluss von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auf unbestimmte Dauer sei gemeinschaftsrechtlich nicht verboten. Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners sei „im Regelfall“ anzuerkennen; ein Ausnahmefall liege hier nicht vor.

Gegen den am 5. März 2015 zugestellten Beschluss hat die Beschwerdeführerin am 17. März 2015 (per Fax) sofortige Beschwerde erhoben.

Sie ist der Ansicht, die Antragsbefugnis werde bereits durch die Möglichkeit begründet, dass ein Vergabeverfahren zu Unrecht unterblieben sei. Ob ein öffentlicher Auftrag vorliege, sei – entgegen der Vergabekammer – erst in der Begründetheit zu prüfen. Die Frist gemäß § 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB sei eingehalten worden.

Die vergaberechtswidrige Beauftragung des Beigeladenen habe sich durch eine rechtswidrige de-facto-Vergabe, die „Aufstockung“, und eine kollusive Umgehung des Vergaberechts verfestigt. Der Beschwerdegegner habe außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens mit dem Beigeladenen verhandelt und damit die Pflicht zur Ausschreibung der – binnenmarktrelevanten – Rettungsdienstleistungen missachtet. Der neuen Richtlinie 2014/24/EU sei keine gegenteilige „Vorwirkung“ zu entnehmen. Für Rettungsdienstleistungen bestehe danach keine den „normalen“ Rettungs- und den Krankentransportdienst umfassende Bereichsausnahme. Der Vergabe komme insbesondere wegen der Nähe zu Dänemark Binnenmarktrelevanz zu. Eine völlige „Vergabefreiheit“ sei sowohl europarechts- als auch verfassungswidrig. Für den bestehenden Vertrag mit dem Beigeladenen bestehe ein Verbot der Vertragserweiterung als „Minus“ zu einer Vertragsbeendigungspflicht. Die erneut erfolgte „Aufstockung“ von Rettungsdienstleistungen ohne ein Vergabeverfahren führe auch zur Sittenwidrigkeit des gewählten Vertragskonstrukts. Sie – die Beschwerdeführerin – werde

ein günstigeres Angebot abgeben als der Beigeladene; die Vergabe an diesen begründe einen offensichtlichen und zu Lasten der Allgemeinheit gehenden haushaltsrechtlichen Verstoß, was zur Sittenwidrigkeit führe. Die „Aufstockung“ werde nicht von dem Ursprungsvertrag in der Fassung des zweiten Nachtrags abgedeckt. Ein „dynamischer“ Vertrag liege nicht vor. Ein Vertragsschluss könne auch durch konkludentes Verhalten erfolgen, was in Form der Übernahme „der Aufstockung“ durch den Beigeladenen gegeben sei. Die „Aufstockung“ sei eine „wesentliche“ Vertragsänderung, denn ihr Volumen liege oberhalb des maßgeblichen Schwellenwertes von 207.000,00 €. Auf das prozentuale Verhältnis der Leistungserweiterung zum Ursprungsantrag komme es nicht an. Zu berücksichtigen sei, dass die weiteren 49 RMWStD nur ein „Teillos“ des gesamten Umsetzungsbedarfs aus dem vom Beschwerdegegner beauftragten Gutachten seien. Dieser Gesamtbedarf sei für die Wesentlichkeit mit zu berücksichtigen, da der Bedarf zuvor nur vorläufig ermittelt worden sei. Durch die Leistungserweiterung hätte ein anderer Bieterkreis zugelassen werden müssen. Im Falle einer öffentlichen Ausschreibung der 49 RMWStD mit einer neuen Rettungswache (in B.) hätte sich insgesamt die Annahme eines anderen Angebotes mit 20 bis 30 % günstigeren Preisen ergeben. Die sittenwidrige wesentliche Änderung des bestehenden Vertrages schlage auf das gesamte Vertragswerk durch und begründe zudem die Nichteignung und Unzuverlässigkeit des Beigeladenen, der in dieser Weise Geschäfte betreibe. Das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages habe sich ebenfalls verändert. Der Beschwerdegegner habe gemäß § 97 Abs. 7 GWB auch den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Haushaltseffizienz zu beachten. Direkte Beauftragungen dürften missbräuchliche Praktiken von „Freiwilligenorganisationen“ nicht decken. Dies habe die Vergabekammer unzureichend geprüft. Der Beigeladene sei mit Gewinnerzielungsabsicht in einem 50 Jahre andauernden Monopol tätig. Das sei mit EU-Primärrecht nicht zu vereinbaren. Auch das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 SGB V werde durch die Vergabe missachtet. Gegen den Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung werde verstoßen. Die Kostenträger bzw. die Versicherungsgemeinschaft könnten eine marktgerechte Leistungserbringung beanspruchen. Die permanente Verweigerung einer Ausschreibung führe zur Sittenwidrigkeit, da der haushaltsrechtliche Verstoß offensichtlich zu Lasten der Allgemeinheit gehe. Die Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit ergebe sich auch aus dem kollusiven Zusammenwirken des Beschwerdegegners und des Beigeladenen zur bewussten und bösgläubigen Missachtung des Vergaberechts. Für eine freihändige Vergabe fehle eine besondere Dringlichkeit, auch liege kein Fall einer nur geringfügigen Nachbestellung vor. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für den Beschwerdegegner habe die Vergabekammer zu Unrecht als notwendig anerkannt.

Der Beschwerdegegner hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig, da es vorliegend keinen „öffentlichen Auftrag“ gebe. Mit dem Schreiben vom 22. Dezember 2014 sei weder ein Vertrag noch eine „wesentliche“ Vertragsänderung verbunden. Der bestehende Vertrag habe zu einer einseitigen Anordnung – wie geschehen – ermächtigt. Dieser Vertrag sei vergaberechtlich nicht mehr angreifbar und wirksam. Es bestehe auch keine im Nachprüfungsverfahren zu beachtende Vertragsbeendigungspflicht. Eine Verletzung des EU-Vertrages sei vorliegend nicht festgestellt worden. De-facto vergebene Vertragsverhältnisse dürften „auf ewig“ fortgesetzt werden, zumal dann, wenn für deren Abschluss noch keine EU-vergaberechtlichen Anforderungen bestanden hätten. Rettungsdienstleistungen seien nach bisherigem und auch nach künftigem EU-Recht nicht ausschreibungspflichtig. Ein Verstoß gegen primärrechtliche Pflichten liege nicht vor; ein solcher würde die Nichtigkeit des Vertrages auch nicht begründen. Der Auftrag habe 1978 (noch) keine Binnenmarktrelevanz gehabt. Eine solche sei auch heute zweifelhaft. Hilfsorganisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht könnten ohne ex-ante-Transparenz beauftragt werden. Eine Pflicht zur Beendigung eines solchen Vertrages könne nicht Gegenstand eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens sein, da ein solches Begehren mit der Vergabe nicht zusammenhänge. Die „Aufstockung“ gemäß Schreiben vom 22. Dezember 2014 sei kein öffentlicher Auftrag, denn es fehlten Angebot und Annahme. Im Hinblick auf die Formerfordernisse nach § 129 LVwG i. V. m. § 126 Abs. 2 BGB könne es auch keinen „konkludenten“ Vertragsschluss geben, ebenso auch keinen Vertragsschluss durch „Briefwechsel“. Der Beigeladene habe durch die Ausführung der Anordnung keine konkludente Willenserklärung abgegeben. Dafür habe ihm das Erklärungsbewusstsein gefehlt. Eine „funktionale“ Beauftragung sei abzulehnen. Die „Aufstockung“ sei auf der Grundlage der im Ursprungsvertrag und der in den Nachträgen enthaltenden Gesamtbedarfsdeckungsklausel erfolgt. Für Änderungen des Leistungsumfanges bedürfe es lediglich einer einseitigen Entscheidung des Kreises nach Anhörung des Beigeladenen. Von einer Zustimmung des Beigeladenen sei diese nicht abhängig. Hinsichtlich der „Aufstockung“ fehle es schon an einer Vertragsänderung, die Ursprungsverträge seien unverändert geblieben. Es verändere sich nur das, was diese für die tatsächliche Leistungserbringung bedeuteten. Die Vertragsänderung habe auch nicht zu einem anderen Bieterkreis oder zu einem anderweitigen Zuschlag führen können, weil der Ursprungsvertrag nicht ausgeschrieben worden sei und dies auch nicht werden musste. Auch das wirtschaftliche Gleichgewicht bleibe unverändert. Die Kostenabrechnungsregeln seien nicht geändert worden. Es sei zweifelhaft, ob die „Aufstockung“ um 2,6 % bzw. 3,6 % einen „großen“ Umfang habe. Sie sei unabhängig davon bereits in dem dynamischen Ursprungsvertrag und den dazu vorliegenden Nachträgen vorgesehen gewesen. Darin sei die Zahl der RMWStD weder fixiert noch beschränkt gewesen. Die vertraglich vereinbarte Anpassungsklausel sei auch hinreichend konkret. Sie eröffne keine beliebige Änderung zu irgendwelchen neuen Leistungen, es gehe nur um eine Anpassung an einen geänderten Vorhaltungbedarf im Rahmen des gesetzlichen Sicherstellungsauftrages. Die „Aufstockung“ sei aufgrund einer objektiven fachkundigen Bedarfsfeststellung erfolgt. Die Anpassungsklausel habe auch wirksam vereinbart werden können. Die Annahme, eine Bedarfsänderung von 2,6 % bzw. 3,6 % sei von einer Beauftragung aufgrund des Vertrages nicht erfasst, sei lebensfremd, zumal eine Vereinbarung ohne eine gewisse Dynamik nicht sinnvoll getroffen werden könne. Auf den gesamten Umsetzungsbedarf könne nicht abgestellt werden, denn es seien zwei Nachbemessungen im Abstand von zwei Jahren erfolgt. Bei der Umsetzung der Nachbemessung im Umfang von 194 RMWStD sei noch nicht absehbar gewesen, zu welchem Ergebnis die spätere endgültige Nachbemessung kommen würde. Die Ende 2011 erfolgte „Aufstockung“ um 194 RMWStD dürfe vorliegend nicht einbezogen werden,

da darüber bereits bestandskräftig entschieden worden sei. Auf den absoluten Wert der „Aufstockung“ – oberhalb des EU-Schwellenwertes – komme es nicht an, da es hier nicht um eine Vertragsänderung gehe, sondern um eine einseitig angeordnete Bedarfsanpassung im Rahmen eines unveränderten Auftrags. Die „Aufstockung“ sei auch nicht aus Gründen der „Haushaltseffizienz“ oder wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Es dürfe nicht unterstellt werden, der Rettungsdienst werde „zu teuer“ eingekauft. Auf Haushaltsrecht, das Binnenrecht sei, könne sich die Beschwerdeführerin nicht berufen. Einen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der „Haushaltseffizienz“ gebe es nicht. Auch ein Verstoß gegen EU-Grundfreiheiten, der – läge er vor – nicht zur Vertragsnichtigkeit führe, liege nicht vor, ebenso keine Sittenwidrigkeit der „Aufstockung“ oder des „Vertragskontrahats“ oder ein kollusives Zusammenwirken zwischen dem Kreis und dem Beigeladenen. Der Nachprüfungsantrag sei mangels Vorliegens eines öffentlichen Auftrages auch unbegründet. Zur Frage, ob die Ausübung eines von vornherein im Ausgangsvertrag vorgesehenen Rechts zur Anordnung der Erhöhung des Umfangs der Dienstleistungen zwecks Anpassung an einen geänderten Bedarf überhaupt als Vertragsänderung anzusehen ist, sei – soweit entscheidungserheblich – eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs erforderlich. Die Vergabekammer habe die Beziehung des Bevollmächtigten des Beschwerdegegners im Nachprüfungsverfahren zu Recht für notwendig erachtet. Der Beigeladene hat sich dem Vortrag des Beschwerdegegners angeschlossen.

#### Aus den Gründen

1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig (1.) und begründet (2.)

Die sofortige Beschwerde gegen den am 5.3.2015 zugestellten Beschluss der Vergabekammer ist am 17.8.2015 form- und fristgerecht eingelegt und zugleich begründet worden (§ 117 Abs. 1 u. 2 GWB). Den schriftsätzlich angekündigten Antrag, den Beschwerdegegner bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zur Vergabe nach einem „gemeinschaftsrechtskonformen Vergabeverfahren“ zu verpflichten, hat die Beschwerdeführerin nicht (mehr) gestellt

(vgl. dazu Beschl. des Senats v. 15.03.2013, 1 Verg 4/12, VergabeR 2013, 577 [bei Juris Rn. 54]).

Das Gleiche gilt für den hilfsweisen Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits „an das zuständige Verwaltungsgericht“ bzw. an das „zuständige Landgericht.“

2. Die Beschwerde ist begründet. Auf die Anträge der Beschwerdeführerin ist der Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und festzustellen, dass die unmittelbare Beauftragung des Beigeladenen mit 49 weiteren Rettungsmittelwochenstunden (sog. „Aufstockung“) von Anfang an unwirksam ist (§ 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB).

2.1 Die Einwendungen des Beschwerdegegners und des Beigeladenen gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags greifen nicht durch.

2.1.1 Hinsichtlich der „allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen“ – Auftraggebereignis des Beschwerdegegners und Antragsbefugnis – ist den Ausführungen im Beschluss der Vergabekammer (S. 7–8 d. Abdr.) zu folgen.

2.1.2 Soweit der Beschwerdegegner und der Beigeladene den Nachprüfungsantrag für unzulässig halten, weil es bereits an einem (angreifbaren) öffentlichen Auftrag fehle, ist dem nicht zu folgen.

Die „Aufstockung“ betrifft die Erbringung zusätzlicher Dienstleistungen, deren Vergabe im Rahmen eines Dienstleistungsauftrags (§ 99 Abs. 1, 4 GWB) erfolgt. Die Beschwerdeführerin hat schlüssig dargelegt, dass der Beschwerdegegner den Beigeladenen durch das Schreiben vom 22.12.2014 im Umfang von 49 weiteren RMWStD beauftragt hat. Ob die gegen die Einordnung dieses Vorgangs als öffentlicher Auftrag vorgebrachten Einwände des Beschwerdegegners und des Beigeladenen rechtlich durchgreifen, ist nicht im Rahmen der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags zu entscheiden, sondern eine Frage der Begründetheit.

2.1.3 Der Beschwerdeführerin steht für den Nachprüfungsantrag auch ein Rechtsschutzbedürfnis zur Seite. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners unterliegt die Vergabe von Aufträgen über Rettungsdienstleistungen im sog. Submissionsmodell der Ausschreibungspflicht

(Beschluss des Senats vom 4.11.2014, a.a.O.; vgl. auch BGH, Beschl. v. 01.12.2008, X ZB 31/08, NZBau 2009, 201 sowie OLG Naumburg, Beschl. v. 22.12.2012, 2 Verg 10/11, NZBau 2012, 258/263).

Das gilt unbeschadet dessen, dass die beauftragten Rettungsdienstleistungen als sog. nachrangige Dienstleistungen, also Dienstleistungen nach Anhang I B der VOL/A anzusehen sind. Bei der Ausschreibung solcher Dienstleistungen sind zwar

nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV nur einzelne Bestimmungen der VOL/A anzuwenden, daneben aber auch diejenigen des ersten Abschnitts der VOL/A mit Ausnahme des § 7 zur Leistungsbeschreibung, die durch § 8 EG VOL/A verdrängt wird. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 VOL/A sind Dienstleistungsaufträge grundsätzlich öffentlich auszuschreiben. Gründe für eine Direktvergabe ohne jeden Wettbewerb sind für Aufträge dieser Art nicht ersichtlich.

Soweit der Beschwerdegegner meint, die Vergabe von Rettungsdienstleistungen unterliege (künftig) keiner Pflicht zur öffentlichen (EU-weiten) Ausschreibung (mehr), wird damit das Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellt.

Zwar verweist der Beschwerdegegner auf Art. 10 lit. h der (neuen, seit Anfang 2014 in Kraft getretenen) EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU, wonach „Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen ... erbracht werden“ und die unter (u. a.) die CPV-Codes 75252000-7 („Rettungsdienste“) bzw. 85143000-3 („Einsatz von Krankenwagen“) mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Personenbeförderung fallen, nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden. Sollten die hier „aufgestockten“ Leistungen davon erfasst sein, würde – nach Umsetzung der Richtlinie (fristgerecht) zum 18.4.2016 (Art. 90 Abs. 1 der RL 2014/24/EU), wie sie sich bereits im vorliegenden Referentenentwurf eines Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes vom 30.4.2014 (§ 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB-E) abzeichnet – die Ausschreibungspflicht entfallen. Das Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerin würde damit indes nicht beseitigt, denn es kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdegegner bei einer evtl. Feststellung der Unwirksamkeit der „Aufstockung“ mit einer Vergabe der entsprechenden Leistungen mehr als sieben Monate bis zum 18.4.2016 (oder länger) zuwartet. Das widerspricht seinem Gewährleistungs- und Sicherstellungsauftrag gem. § 6 Abs. 1 RDG SH, den er für die hier erfolgte „Aufstockung“ – zu Recht – reklamiert hat.

Unabhängig davon kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass die – grundsätzlich eng auszulegenden – Regelungen in Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU bzw. eines entsprechenden deutschen Umsetzungsgesetzes

(vgl. den vorliegenden Entwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes [BR-Drucksache 367/15] § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB-E)

die hier betroffenen Leistungen des sog. „Regel-Rettungsdienstes“ und anderer (auch anderen CPV-Codes unterfallender) Leistungen von der (EU-)Ausschreibungspflicht vollständig ausnehmen wird. Das Gleiche gilt für die Frage, ob – etwa bzgl. des Beigeladenen – die (gemeinschaftsrechtlich geforderten) Anforderungen an eine gemeinnützige Organisation erfüllt sind

(vgl. dazu ausführlich: Prieß, NZBau 2015, 343/346 f.; Antweiler, Vergaber 2015, 275 ff.).

Nach dem Erwägungsgrund 28 der Richtlinie 2014/24/EU soll die Bereichsausnahme in Art. 10 lit. h der Richtlinie „nicht über das notwendigste Maß hinaus“ ausgeweitet werden; Krankenwagen zur Patientenbeförderung sollten nicht ausgenommen werden.

2.2 Die unmittelbare Beauftragung des Beigeladenen mit 49 weiteren Rettungsmittelwochenstunden (sog. „Aufstockung“) ist gem. § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam. Die Beschwerdeführerin hat fristgerecht und zu Recht geltend gemacht, dass die in „Gestalt“ des Schreibens des Beschwerdegegners vom 22.12.2014 erfolgte „Aufstockung“ der vom Beigeladenen zu erbringenden sog. Vorhalteleistung von 49 Rettungsmittelwochenstunden als Vergabe eines öffentlichen Auftrags anzusehen ist, die ohne ein rechtlich erforderliches Vergabeverfahren erfolgt ist.

2.2.1 Die Frist zur Geltendmachung des Vergaberechtsverstößes von 30 Kalendertagen ab Kenntnis ist von der Beschwerdeführerin eingehalten worden: Sie hat nach der „Aufstockung“ durch das Schreiben des Beschwerdegegners vom 22.12.2014 am 12.1.2015 die vergaberechtliche Nachprüfung beantragt, mithin rechtzeitig i. S. d. § 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.2.2 Die „Aufstockung“ gem. Schreiben vom 22.12.2014 ist als ein – vergaberechtsrelevanter – öffentlicher Auftrag anzusehen, dessen Wert den Schwellenwert nach § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 3 Abs. 4 VgV übersteigt.

2.2.2.1 Die Überschreitung des Schwellenwerts durch die „Aufstockung“ hat die Vergabekammer – zutreffend – festgestellt: Der Auftragswert der „Aufstockung“ um 49 RMWStd. beträgt pro Jahr 115 566,03 Euro; da diese unbefristet erfolgt ist, gilt gemäß § 3 Abs. 4 VgV für den Schwellenwert der 48-fache Monatswert, so dass sich ein Betrag von 462 264,00 Euro ergibt. Dieser liegt oberhalb des Schwellenwerts nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB, § 2 Abs. 1 Satz 1 VgV i. V. m. Art. 2 Nr. 1 b der VO(EU) Nr. 1336/2013.

2.2.2.2 Die „Aufstockung“ ist als öffentlicher Auftrag i. S. d. § 99 Abs. 1, Abs. 4 GWB anzusehen. Soweit der Beschwerdegegner und der Beigeladene dagegen einwenden, es fehle an einer „Vertragsänderung“, da die Verträge aus 1978, 1983, 1998 und 2001 unverändert geblieben und „dynamisch“ angelegt seien, was im Rahmen einer Gesamtbedarfsdeckung auch die hier vorgenommene „Aufstockung“ umfasse, steht dies dem Vorliegen eines öffentlichen Auftrags nicht entgegen. Das Gleiche gilt für den Einwand, die „Aufstockung“ sei nicht im Wege kongruenter oder konkludenter Angebots- und Annahmeerklärungen, sondern durch eine einseitige, von den Ursprungsverträgen gedeckte Anordnung des Beschwerdegegners zustande gekommen.

2.2.2.1 Dem Beschwerdegegner ist – im Ausgangspunkt – darin zu folgen, dass die 1978, 1983, 1998 und 2001 geschlossenen Verträge mit dem Beigeladenen vergaberechtlich nicht mehr angreifbar sind. Das liegt in Bezug auf die fristgebundenen Anforderungen des § 101 b GWB bzw. der Vorgängervorschrift in § 13 VgV a. F. auf der Hand. Insoweit kann (ergänzend) auf den Beschluss des Senats vom 4.11.2014

(aaO, S. 190, zu 2.4 a. E.)

verwiesen werden.

Soweit die Beschwerdeführerin meint, im Hinblick auf einen fehlenden materiellen „Bestandsschutz“ der o. g. Verträge könne – jedenfalls – deren Kündigung beansprucht werden, liegt dies außerhalb der im Beschwerdeverfahren gestellten Anträge. Im vergaberechtlichen Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren könnte die Beschwerdeführerin eine Kündigung oder anderweitige Beendigung (möglicherweise) vergaberechtswidriger Verträge nicht beanspruchen

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.2.2011, VII-Verg 17/11, Juris).

Unabhängig davon hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 4.11.2014

(aaO, S. 190/191)

festgestellt, dass ein fehlender materieller „Bestandsschutz“ der Altverträge nicht zu deren Nichtigkeit führt. Soweit es dort – weiter – heißt, dass der „öffentliche Auftraggeber ... gemeinschaftsrechtlich verpflichtet“ ist, geeignete Maßnahmen zur Vertragsbeendigung in die Wege zu leiten, ist klarzustellen, dass diese – objektiv-rechtliche – Pflicht des öffentlichen Auftraggebers jedenfalls dann nicht durch einen entsprechenden subjektiven vergaberechtlichen Anspruch von (potentiellen) Bietern unterstützt wird, wenn die „Altverträge“ und ihre maßgeblichen vergaberechtsrelevanten Bestimmungen – wie hier – lange vor Geltung (schon) der europäischen Vergaberichtlinien (1989 bzw. 1992) abgeschlossen worden sind. Ob – wie der Beschwerdegegner meint – für einen durchsetzbaren Kündigungsanspruch zusätzlich zu fordern wäre, dass die Vergaberechtswidrigkeit der (auf „ewig“ abgeschlossenen) Altverträge zuvor durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs festgestellt worden sein muss, ist bislang nicht entschieden; in dem im Senatsbeschluss vom 4.11.2014 zitierten Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18.7.2007

(C-503/04, NZBau 2007, 594 ff. [Rn. 36 f.]

ist nur entschieden worden, dass sich der öffentliche Auftraggeber der „Behebung“ einer Verletzung des europäischen Gemeinschaftsrechts durch Vertragsbeendigung nicht dadurch entziehen kann, dass er den Altvertrag für „bestandsgeschützt“ hält. Allein der Umstand, dass ein ohne Vergabeverfahren zustande gekommener Altvertrag vom öffentlichen

Auftraggeber weiter durchgeführt wird, begründet keinen Anspruch des Bieters darauf, dass der öffentliche Auftraggeber den Vertrag beendet. Das gilt auch dann, wenn dadurch ein (objektiv) vergaberechtswidriger Zustand aufrechterhalten wird

(OLG Brandenburg, Beschl. v. 6.3.2012, Verg W 15/11, Juris Rn. 41; KG Berlin, Beschl. v. 19.4.2012, Verg 7/11, VergabeR 2012, 783 [bei Juris Rn. 95 f.]).

Eine andere – hier nicht entscheidungserhebliche – Frage ist, ob eine Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Vertragsbeendigung gegenüber der Europäischen Union bestehen kann

(vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.4.2009, VII-Verg 50/08, Juris, Rn. 10 mwN).

2.2.2.2.2 Dem Beschwerdegegner und der Beigeladenen ist – weiterhin – darin zu folgen, dass die durch das Schreiben vom 22.12.2014 erfolgte „Aufstockung“ ohne eine – ausdrücklich zwischen den Vertragsparteien vereinbarte – Änderung der bestehenden Verträge „angeordnet“ worden ist.

Eine wirksame Vertragsänderung nach §§ 145 ff. BGB durch ein ausdrückliches Angebot und dessen kongruente Annahme ist nicht festzustellen.

Zu erwägen wäre allerdings eine konkludente Vertragsänderung, die – einerseits – durch die Zusendung des Schreibens des Beschwerdegegners über die „Aufstockung“ vom 22.12.2014 (Angebot) und – andererseits – durch eine stillschweigende Annahme i. S. d. § 151 S. 1 BGB oder durch eine konkludente Annahme durch Ausführung der „aufgestockten“ Leistungen

(vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 22.12.2011, 2 Verg 10/11, NZBau 2012, 258/259)

entstanden ist. Das Verhalten der Vertragsparteien spricht dafür, dass beide den erweiterten Vertrag als verbindlich ansehen wollten, indem sie den um die „Aufstockung“ erweiterten Vertrag einvernehmlich fortgesetzt haben. Dafür spricht auch die Vorgeschichte, insbesondere die bereits in gleicher Weise erfolgte „Aufstockung“ um 194 RMWStd.. Der Einwand des Beschwerdegegners, für eine konkludente Vertragsannahme habe dem Beigeladenen das „Erklärungsbewusstsein“ gefehlt, übersieht, dass auch bei fehlendem Erklärungsbewusstsein eine rechtswirksame konkludente Willenserklärung vorliegen kann, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat

(BGH, Urt. v. 7.6.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, 329 f. sowie Urt. v. 2.11.1989, IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171, 177).

Eine konkludente Vertragsänderung wäre allerdings formunwirksam (§ 125 BGB). Das Vertragsverhältnis zwischen dem Beschwerdegegner und dem Beigeladenen wird von allen Beteiligten als öffentlich-rechtlicher Vertrag eingeordnet, was der (landes-)gesetzlichen Vorgabe in § 6 Abs. 3 Satz 2 RDG SH entspricht. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag kann gemäß § 124 LVwG i. V. m. § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB nur durch Beachtung der Schriftform „auf derselben Urkunde“ geändert werden. Dieses gesetzliche Formerfordernis gilt für die Vertragserklärungen beider Vertragsparteien. Die konkludente Annahme eines Angebots ist mangels Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht möglich

(Staudinger/Christian Hertel, BGB [2012], § 126, Rn. 81).

Ein insoweit erfolgreicher Verstoß führt zur Nichtigkeit – jedenfalls – der Vertragsänderung

(„Aufstockung“; vgl. Spieth, in: Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 2015, § 57 Rn. 18).

Im Unterschied zur Rechtslage beim Abschluss privatrechtlicher Verträge können die Vertragsparteien das gesetzliche Formerfordernis nicht einvernehmlich (konkludent) aufheben. Eine konkludente Vertragsänderung ist deshalb nicht möglich.

2.2.2.3 Eine vergaberechtsrelevante Vertragsänderung kommt auch in Betracht, wenn keine (vereinbarte) Änderung der 1978, 1983, 1998 und 2001 geschlossenen Verträge stattgefunden hat.

Das kann den – hier gegebenen – Fall einer Erweiterung des beauftragten Volumens betreffen, wenn das bisherige Auf-

tragsvolumen durch eine einseitige Leistungsbestimmung oder Option in einem solch „großen Umfang“ erweitert wird, dass es nicht mehr von dem ursprünglich geschlossenen Vertrag erfasst wird.

Vergaberechtlich ist insoweit zu unterscheiden zwischen Fällen, in denen das einseitige Leistungsbestimmungsrecht im Ursprungsvertrag vereinbart und qualitativ oder quantitativ hinreichend definiert oder begrenzt ist und Fällen, in denen dies nicht der Fall ist.

(vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.7.2011, VII-Verg 20/11, NZBau 2012, 50 ff. [bei Juris Rn. 103]; Eschenbruch, in: Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2014, § 99 GWB Rn. 276 f.).

In den erstgenannten Fällen ist die Leistungserweiterung ein von vornherein eingeräumtes und bei der ursprünglichen Beauftragung bereits berücksichtigtes Recht; das Recht zur Leistungserweiterung ist – mit anderen Worten – bereits mit dem Ursprungsvertrag vergeben worden. Ist das Leistungsbestimmungsrecht dagegen nicht begrenzt oder definiert, oder bewegt es sich (gar) außerhalb der ursprünglichen Vereinbarung, wird mit der Leistungserweiterung – erstmals – etwas beauftragt, was von dem ursprünglichen Vertrag nicht umfasst war. In diesem Fall liegt eine Neuvergabe vor, die – bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – nicht wirksam ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erfolgen darf (§ 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB).

2.2.2.3.1 Die Verträge zwischen dem Beschwerdegegner und dem Beigeladenen enthalten keine Bestimmung über eine Leistungserweiterung bzw. Anpassungsklausel mit einer vorab klar definierten Reichweite.

Zwar enthält § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtrags eine Entscheidungsbefugnis des Beschwerdegegners über „Anzahl und Einsatzbereitschaft von Rettungsmitteln“, die – im Sinne der obigen Grundsätze – als ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht anzusehen ist. Dieses Recht ist allerdings (sehr) allgemein gehalten und – insbesondere – weder limitiert noch hinsichtlich seiner „Reichweite“ bestimmbar.

Weder aus § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtrages noch aus den übrigen Bestimmungen der vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Beschwerdegegner und dem Beigeladenen ist zu entnehmen, welche Art von Rettungsmitteln wo und – vor allem – in welchem Umfang vorgehalten werden sollen. Die beauftragte Leistungsmenge ist (allein) anhand des Wortlauts der Verträge aus den Jahren 1978, 1983, 1998 und 2001 nicht zu quantifizieren. Das räumt der Beschwerdegegner selbst ein, indem er vorträgt, dass im Ursprungsvertrag und in den Nachträgen die Zahl der vorzuhaltenden RMWStd. weder fixiert noch beschränkt worden sei. Diese Zahl ist aufgrund der Verträge auch in ihrer Größenordnung nicht bestimmbar.

Der vereinbarten Entgeltregelung kommt insoweit keine limitierende Bedeutung zu. Sie knüpft an den Leistungsumfang an, den der Beschwerdegegner bestimmt hat und der vom Beigeladenen der Jahresrechnung bzw. dem Wirtschaftsplan (jeweils durch „Selbstkostenblatt“) zugrunde gelegt wird (§§ 7, 8 des zweiten Nachtrags). Die Entgeltregelung ist m. a. W. „akzessorisch“ zur Möglichkeit der Bestimmung des Leistungsumfangs durch den Beschwerdegegner.

2.2.2.3.2 Der Auffassung, die beauftragte Leistungsmenge sei anhand des gesetzlichen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 RDG SH) und des vertraglichen (§ 1 Satz 1 des zweiten Nachtrages) Kriteriums der Bedarfsgerechtigkeit bestimmbar, ist nicht zu folgen. Die notwendige Anzahl von Rettungswachen und ihre Ausstattung mag in anderen Ländern (landes-)gesetzlich bestimmt sein

(vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.07.2010, Verg W 4/09, Juris Rn. 68),

in Schleswig-Holstein ist demgegenüber dem Rettungsdienstgesetz bzw. der dazu erlassenen Durchführungsverordnung vom 22.10.2013

(GVOBl. SH S. 418)

keine vergleichbare Definition oder sonstige Vorgabe dazu, wie eine bedarfsgerechte Rettungsmittelvorhaltung zu bemessen ist, zu entnehmen.

2.2.2.3.3 Das Kriterium der Bedarfsgerechtigkeit beschreibt allenfalls eine generell-abstrakte Orientierung zur Bestimmung des Leistungsumfangs. Die Reichweite der nach § 4 Abs. 2

des zweiten Nachtrags bestehenden Entscheidungsbefugnis des Beschwerdegegners über die „Anzahl und Einsatzbereitschaft von Rettungsmitteln“ gegenüber einem einzelnen Leistungserbringer – hier: dem Beigeladenen – ist damit aber nicht bestimmbar. Das bestätigen vier Überlegungen:

Wenn Bedarfsgerechtigkeit eine Abdeckung des Gesamtumfangs der erforderlichen zu erbringenden Rettungsdienstleistungen meint, ist die „Anzahl ... von Rettungsmitteln“ i. S. des § 4 Abs. 2 nur ausgehend von einer – dem Träger im Rahmen seiner Organisationshoheit obliegenden – Festlegung von Bemessungskriterien zu bestimmen. Die genannte Anzahl ergibt sich aus der Menge der Einsätze und aus der notwendigen Vorhaltung von sachlichen, personellen und organisatorischen Rettungsdienstmitteln. Die Menge der Einsätze mag schätzungsweise auf der Basis von Erfahrungswerten und Prognosen quantifizierbar sein, der Umfang der Vorhalteleistung bemisst sich hingegen in Abhängigkeit von der Definition des „Sicherheitsniveaus“, der Bestimmung von „kalkulatorischen“ Ansätzen zur risiko- und frequenzabhängigen Bemessung von Rettungsmitteln bzw. Reserven und von Optimierungspotentialen unter Berücksichtigung einer „wirtschaftlichen Gesamtvorhaltung“

(vgl. Gutachten zur Rettungsmittelvorhaltung vom 15.12.2014, S. 8, 15 f.).

Die genannten Bemessungsfaktoren können in unterschiedlicher Weise konkretisiert werden; die Bestimmung dessen, was bedarfsgerecht ist und die der „Anzahl ... von Rettungsmitteln“ i. S. des § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtrags sind davon abhängig.

Die Bestimmung der bedarfsgerechten „Anzahl ... von Rettungsmitteln“ hängt – zweitens – von der Organisation, Ausstattung und Struktur des Dienstleistungserbringers ab. Die bedarfsgerechte Anzahl kann sich also ändern, wenn der Bedarfsermittlung eine andere Organisation, Ausstattung etc. oder ein oder mehrere andere Dienstleistungserbringer zugrunde gelegt werden. Sitzt nur ein Leistungserbringer am Tisch, ist nicht auszuschließen, dass der Bedarf orientiert an dessen Organisation und Ausstattung bemessen wird.

Die bedarfsgerechte „Anzahl ... von Rettungsmitteln“ ist – drittens – für die einzelnen Leistungsbereiche des Rettungsdienstes

(Notfallrettung, Notarzteininsatz, Krankentransport [nah/fern] u. a.; § 1 des Vertrages vom 31.05.1978; vgl. auch § 1 RDG SH)

differenziert zu bestimmen. Die genannten Bereiche werden nicht überall gleichermaßen vom Beigeladenen bedient, sondern (auch) von anderen Leistungserbringern. Die Bemessung des dafür jeweils von einem Leistungserbringer (dem Beigeladenen) vorzuhaltenden Umfangs ist vertraglich nicht geregelt und aus der Ermittlung des Gesamtbedarfs der Rettungsmittelvorhaltung nicht eindeutig abzuleiten.

Schließlich lässt sich – viertens – aus der Regelung in § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtrags nicht ableiten, wie ein ermittelter (Gesamt-)Vorhaltebedarf auf die verschiedenen Leistungserbringer im Kreisgebiet verteilt wird. Die zur Bedarfsdeckung erfolgende „Aufstockung“ der „Anzahl ... von Rettungsmitteln“ kann sowohl in der Weise erfolgen, dass einem Leistungserbringer das gesamte Aufstockungsvolumen übertragen wird, als auch in der Weise, dass andere Leistungserbringer berücksichtigt werden. Die Frage, ob der – durch das Gutachten vom 15.12.2014 ermittelte – Gesamt-Vorhaltebedarf ganz oder nur zu einem Teil durch eine Erhöhung der „Anzahl ... von Rettungsmitteln“, die der Beigeladene zu erbringen hat, abgedeckt wird, ist aufgrund des § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtrags nicht zu beantworten. Wie der Beschwerdegegner die „Aufstockung“ auf die im Kreisgebiet tätigen Leistungserbringer verteilt, ist unregelt.

Wird die Regelung in § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtrags – wie der Beschwerdegegner meint – als eine „Gesamtbedarfsdeckungsklausel“ verstanden, die eine vertraglich angelegte „Dynamik“ enthalte, bestätigt dies die fehlende Begrenzung der Befugnis zu einer Leistungserweiterung gegenüber den einzelnen Leistungserbringern. Das Gleiche gilt für die Sichtweise des Beschwerdegegners, in den bestehenden Verträgen sei die Zahl der RMWStd. weder fixiert noch beschränkt gewesen. Damit ist für das aus § 4 Abs. 2 des zweiten Nach-

trags abgeleitete Recht zur „Anordnung“ bzw. zu einer einseitigen Leistungsbestimmung durch den Beschwerdegegner gegenüber dessen Vertragspartner keine quantitative Grenze feststellbar. Bei vergaberechtlicher Betrachtung läuft dies auf einen vergaberechtlichen „Freibrief“ hinaus.

2.2.2.3.4 Eine Befugnis zur einseitigen „Anordnung“ einer Leistungserweiterung nach § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtrags verbleibt dem Beschwerdegegner, wenn diese den Rahmen des in den Verträgen aus den Jahren 1978, 1983, 1998 und 2001 Vereinbarten wahrt. Das kann – entsprechend § 2 VOL/B – für Leistungsänderungen zutreffen. Daneben ist diese Möglichkeit – im Hinblick auf die im Vorhinein nicht exakt bezifferbare Leistungsmenge – auch für Anpassungen an den Bedarf (nach „oben“ oder „unten“) anzuerkennen, die im Rahmen einer normalen, langjährigen „Schwankungsbreite“ liegen und sich damit noch „innerhalb“ des vereinbarten Volumens der bestehenden Verträge bewegen.

Die mit Schreiben vom 22.12.2014 vorgenommene „Aufstockung um 49 RMWStd.“ liegt außerhalb der langjährigen Schwankungsbreite im genannten Sinne. Der Beschwerdegegner hat die „Aufstockung“ nicht wegen einer Leistungsschwankung vorgenommen, sondern zur abschließenden Umsetzung der in dem Gutachten vom 15.12.2014 (S. 27) – auf der Grundlage einer neuen, ausführlichen Analyse, Prognose und Bewertung des Bedarfs – empfohlenen Rettungsmittelvorhaltung. In gleicher Weise hatte der Beschwerdegegner schon Ende 2012 – im Vorgriff auf die endgültigen Ergebnisse des Gutachtens zur Überprüfung der Rettungsmittelvorhaltung im Kreisgebiet – „Aufstockungen“ vorgenommen

(vgl. Beschl. des Senats vom 4.11.2014, aaO).

Dem Beweisantrag des Beschwerdegegners dahingehend, dass „die zusätzlich angeordneten Rettungsmittelwochenstunden aufgrund der Nachträge von 2012 und 2014 ausschließlich auf Veränderungen in der Entwicklung der Hilfsfristen zurückzuführen sind“, war nicht nachzugehen. Was die einzuhaltenen Hilfsfristen (d. h. die Zeiten zwischen dem Eingang einer Notfallmeldung bei der Rettungsleitstelle und dem Erreichen des Einsatzortes) anbetrifft, sind die dafür geltenden gesetzlichen Vorgaben seit langer Zeit unverändert geblieben

(vgl. § 7 Abs. 2 RDG-DVO i. d. F. vom 22.11.1993 [GVOBl. SH S. 601] bzw. i. d. F. vom 22.10.2013 [GVOBl. SH S. 448]; 12 Minuten).

Soweit die geforderten Hilfsfristen mit den vor der „Aufstockung“ vorgehaltenen Rettungsmittelwochenstunden nicht eingehalten werden konnten, wäre die „Aufstockung“ nicht zur Abdeckung einer Schwankungsbreite, sondern zur Deckung einer bisher in einem erheblichen Umfang nicht sichergestellten Rettungsdienstvorhaltung erfolgt. In diesem Falle hätte die „Aufstockung“ zwar der Erreichung einer bedarfsgerechten Rettungsmittelvorhaltung gedient, hätte sich aber nicht mehr im Rahmen des bis dahin beauftragten Leistungsvolumens des Beigeladenen gehalten.

Anzumerken bleibt, dass für den Bereich des Beschwerdegegners (anders als für andere Kreise in Schleswig-Holstein) nur für das Jahr 2013 Zahlen über die Einhaltung der Hilfsfristen durch den Rettungsdienst vorliegen

(vgl. LT-Drucksache 18/2465 vom 28.11.2014, Seite 2).

2.2.2.4 Der Versuch des Beschwerdegegners, die Befugnis zur einseitigen – nicht begrenzten und vergaberechtsfreien – „Aufstockung“ aus seiner gesetzlichen (§ 6 Abs. 1 S. 1 RDG SH) und in den Verträgen (§ 3 Satz 2 des Vertrages vom 31.5.1978, § 1 des zweiten Nachtrages) – wiederholend – angeführten Aufgabe abzuleiten, die Notfallrettung und den Krankentransport bedarfsgerecht sicherzustellen, vermag nicht zu überzeugen.

Dem Gesetz sind, wie ausgeführt, keine für den Einzelfall – das Verhältnis zwischen dem Aufgabenträger und dem Leistungserbringer – operable Kriterien für die Bedarfsgerechtigkeit zu entnehmen (s. o. 3.2.2.3.1). Unabhängig davon wäre der Landesgesetzgeber nicht befugt, von der bundesrechtlich geregelten Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts zu dispensieren.

Durch die Anknüpfung des Beschwerdegegners an seine gesetzliche Aufgabe und – zugleich – an die vertraglichen Bestim-

mung werden – zudem – zwei Fragen miteinander vermengt, die voneinander zu trennende Entscheidungsebenen betreffen: Den gesetzlichen Auftrag zur „bedarfsgerechten und leistungsfähigen Sicherstellung von Notfallrettung und Krankentransport“ hat der Beschwerdegegner im Rahmen seiner öffentlich-rechtlichen Trägerverantwortung durch Vorgaben zur Bemessung der Rettungsmittelvorhaltung sowie durch eine fortlaufende Nachsteuerung und Kontrolle der ggf. beauftragten Leistungserbringer umzusetzen. Diese Umsetzung erfolgt – anschließend – auf einer „zweiten“ Ebene nach den Regeln, die (insbesondere) vergabe- und vertragsrechtlich zu beachten sind. Dazu gehört die Frage, ob eine Änderung vertraglicher Leistungen nach Art und/oder Umfang (noch) durch eine Kündigung, Beendigung oder „Anpassung“ bestehender Verträge oder alternativ durch eine ergänzende oder neue (Ausschreibung und) Vergabe von Rettungsdienstleistungen zu erfolgen hat. Werden die Rettungsdienstleistungen – wie hier – von Privaten auf der Grundlage von Dienstleistungsaufträgen erbracht, gelten für Leistungsänderungen vertrags- und vergaberechtliche Anforderungen. Daraus folgt, dass eine – noch dazu sehr allgemein gehaltene – (vom Beschwerdegegner als solche verstandene) vertragliche „Gesamtbedarfsdeckungsklausel“ keine losgelöst von jeder (beliebigen) Änderung der Art oder des Umfangs der zu erbringenden Leistungen wirkende Automatik dahingehend begründet, dass Leistungsänderungen im Wege einer vergaberechtsfreien „Anordnung“ unmittelbar Vertragsinhalt werden. Ein solches Verständnis würde die Möglichkeit eröffnen, dass der öffentliche Auftraggeber die unlimitierte „Gesamtbedarfsdeckungsklausel“ dazu nutzt, Aufträge am Vergaberecht vorbei zu vergeben

(vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.7.2011, VII-Verg 20/11, NZBau 2012, 50 [bei Juris Rn. 103]).

Eine Konkordanz zwischen der öffentlich-rechtlichen (Gewährleistungs-) Aufgabe des Beschwerdegegners gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 RDG SH einerseits und der vergaberechtlich korrekten vertraglichen Umsetzung der Durchführung des Rettungsdienstes (§ 6 Abs. 3 RDG SH) andererseits wird erreicht, wenn der Kreis in allen Fällen von Leistungsänderungen prüft, ob sich diese ihrer Art oder ihrem Volumen nach noch im Rahmen des ursprünglich erteilten Auftrags halten und – soweit dies nicht (mehr) der Fall ist – die notwendigen Schritte zur Ausschreibung und Vergabe der betroffenen Leistungen einleitet.

Eine Prüfung in diesem Sinne ist im vorliegenden Fall unterblieben: Der Beschwerdegegner hat seiner öffentlich-rechtlichen (Gewährleistungs-) Aufgabe entsprechend – zwar – eine Überprüfung und Neubestimmung des Bedarfs veranlasst und sich dazu einer gutachterlichen Expertise bedient. Insofern war er bei der Neubestimmung des Bedarfs nicht „frei“, weil er gem. § 6 Abs. 1 Satz 1 RDG SH ein bedarfsgerechtes Angebot sicherzustellen hat. In Anbetracht des abschließend ermittelten Mehrbedarfs an Rettungsmittelvorhalteleistungen hätte der Beschwerdegegner – sodann – aber überprüfen müssen, ob dieser noch im Rahmen des ab 1978 beauftragten Leistungsvolumens lag oder nicht (mehr). Zum Zeitpunkt der durch das Schreiben vom 22.12.2014 erfolgten „Aufstockung“ waren vom Beschwerdegegner – einem öffentlichen Auftraggeber – die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung möglicher Bieter zu beachten. Das gilt auch für eine Vertragsanpassung im Wege einer einseitigen „Anordnung“

(vgl. EuGH, Urt. v. 19.06.2008, C-454/06 [presstext], NZBau 2008, 518/522, Rn. 60),

die nur insoweit vergaberechtsfrei erfolgen könnte, als die „Aufstockung“ noch im Rahmen der – inzwischen (seit 1978) 36 Jahre bzw. (seit 1998) 16 Jahre zurückliegenden – „alten“ Verträgen liegt. Das ist nicht allein deshalb der Fall, weil der Dienstleistungsauftrag in diesen Verträgen „gebietsabdeckend“ erteilt worden ist, denn damit werden Art und Umfang der in dem Gebiet (Kreis) zu erbringenden Leistungen nicht bestimmt. Was den Umfang anbetrifft, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der (zu deckende) Bedarf bei Abschluss des Ursprungsvertrages vom 31.5.1978 bzw. des zweiten Nachtrages vom 18.6.1998 seiner Art und Struktur

und den zu erfüllenden Anforderungen nach den Bedarf „in alle Zukunft“ prägt. Aus allgemein zugänglichen Quellen sind nicht nur deutliche Veränderungen für bestimmte Einsatzanlässe des Rettungsdienstes (Verkehrs-, Arbeitsunfälle, sonstige Unfälle, internistische/sonstige Notfälle, Krankentransporte) zu entnehmen, sondern auch veränderte demographische Indikatoren und ein verändertes Verhalten bei der Inanspruchnahme des Rettungsdienstes

(vgl. „Gesundheitsberichterstattung des Bundes“; im Internet unter [www.gbe-bund.de](http://www.gbe-bund.de); RKISH – KLN 2025: „Wie verändert der demografische und strukturelle Wandel den Rettungsdienst in Schleswig-Holstein bis zum Jahr 2025?“, S. 11 f.).

In Schleswig-Holstein ist die Gesamtzahl der bodengebundenen Notarzt-, Rettungswagen- und Krankentransportwageneinsätze von 2001 bis 2013 um 44,3 Prozent gestiegen, was – aus Sicht der Landesregierung – auf die demographische Entwicklung (relative Zunahme älterer Menschen mit altersspezifischen Krankheitsbildern und abnehmender Mobilität), strukturell bedingte Steigerungseffekte (zunehmender Anteil von Ein- und Zweipersonenhaushalten, Einrichtung von sog. Anlaufpraxen zumeist an Krankenhäusern, Steigerung insbesondere von Sekundär- bzw. Verlegungseinsätzen), besondere Beförderungsnotwendigkeiten (schwergewichtige Patientinnen und Patienten, Intensivtransporte), ein verändertes Anspruchsverhalten sowie auf Werbemaßnahmen für die Nutzung der Notrufnummer „112“ zurückzuführen ist

(s. LT-Drucksache 18/2283 vom 23.9.2014, S. 2–3 sowie LT-Drucksache 18/2749 vom 6.3.2015).

Die Annahme, dass die – sehr vage – Regelung in § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtragsvertrages vom 18.6.1998 und der – im Vertrag in Bezug genommene (s. o.) – gesetzliche Sicherstellungsauftrag des Kreises derartige Veränderungen losgelöst von der Bedarfssituation bei Vertragsschluss mit abdeckt, überdehnt die Grenzen rechtlich vertretbarer Vertragsauslegung. Der Senat übersieht dabei nicht, dass der durch Rettungsdienstleistungen abzudeckende Bedarf nicht im Vorhinein exakt bestimmt werden kann; möglich – aber auch nötig – ist aber eine vor Auftragserteilung erfolgende Bestimmung der maßgeblichen Vorgaben zum zeitlichen und räumlichen Bereich der Leistungserbringung sowie zur voraussichtlichen Zahl der Einsätze. Auf dieser Grundlage kann das Bestimmungsrecht des Kreises im Rahmen einer „bedarfsgerechten und leistungsfähigen Sicherstellung“ (§ 1 des zweiten Nachtrags) ausgeübt werden; es umfasst dann in Bezug auf den Leistungsumfang auch den Fall üblicher, im Laufe der Jahre oder auch saisonal auftretender „Schwankungsbreiten“ (die in der Praxis z. T. bereits über die Rettungsleitstelle des Kreises erfasst werden können [§ 2 Abs. 2, § 4 Abs. 3 des zweiten Nachtrags]), oder die Abdeckung evtl. Spitzenbelastungen im Notfallaufkommen.

2.2.2.5 Die „Aufstockung“ wird nach alledem von der Entscheidungsbefugnis des Beschwerdegegners in § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtrags nicht gedeckt. Die gegenüber dem Beigeladenen „angeordnete“ Leistungserweiterung im Umfang von weiteren 49 RMWStd. liegt außerhalb der bestehenden Verträge (s. o. 2.2.2.3). Die „Anordnung“ ist wie ein neues Vertragsangebot zu behandeln. Wird dies – wie hier – zwar nicht „schriftförmlich“ angenommen, aber in dem Sinne faktisch akzeptiert, dass der neuen Leistungsbestimmung entsprochen wird, entspricht dies einer faktischen Auftragsänderung, die vergaberechtlich nur hingenommen werden kann, wenn insoweit die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht vorgeschrieben ist.

2.2.3 Die durch die „Aufstockung“ bewirkte Änderung des Vertrages der Beschwerdegegnerin mit dem Beigeladenen ist auch als „wesentlich“ anzusehen; sie hätte deshalb nur auf der Grundlage eines Vergabeverfahrens erfolgen dürfen. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 19.6.2008

(aaO, S. 520, Rn. 34–37)

ist eine Vertragsänderung u. a. dann „wesentlich“, wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert.

2.2.3.1 Eine solche Erweiterung liegt nicht nur bei einer Vergrößerung des Vertragsgebiets oder dann vor, wenn der Vertrag der „Art“ nach auf Dienstleistungen erstreckt wird, die bisher nicht beauftragt waren, sondern auch dann, wenn – wie hier – eine große quantitative Erweiterung der bisher beauftragten Notfallrettungs-, Notarzt- oder Krankentransport-Dienstleistungen erfolgt. Auch in einem solchen Fall wird das (früher) bereits Vereinbarte nicht allein näher ausgestaltet, sondern etwas geregelt, was von den früheren Vereinbarungen nicht umfasst war. Das ist hier der Fall, nachdem auf der Grundlage einer neuen (gutachterlichen) Bedarfsermittlung ein erheblicher „Sprung“ hinsichtlich der beauftragten Leistungsmenge zu verzeichnen ist.

2.2.3.2 Die Erweiterung ist im Hinblick auf ihren „großen Umfang“ als wesentliche Vertragsänderung zu bewerten.

2.2.3.2.1 Bereits der Umstand, dass der Wert der „Aufstockung“ um 49 RMWStd. den Schwellenwert im Hinblick auf die unbefristete Vertragslaufzeit deutlich übersteigt (s. o. 3.2.2.1), indiziert die Wesentlichkeit der Vertragsänderung

(OLG Celle, Beschl. v. 29.10.2009, 13 Verg 8/09, OLGR 2009, Anm. 7; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.7.2011, VII-Verg 20/11, NZBau 2012, 50 [bei Juris Rn. 97]).

Das entspricht auch der neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU, die in Art. 72 Abs. 2 Satz 1 (i) eine Vertragsänderung, deren Wert die maßgeblichen Schwellenwerte übersteigt, nicht von einer Ausschreibungspflicht freistellt

(vgl. auch den Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Vergaberechtsmodernisierungsgesetz [BR-Drucksache 367/15]; § 132 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB-E).

2.2.3.2.2 Soweit der Beschwerdegegner einwendet, eine Vertragsänderung könne nicht als „wesentlich“ angesehen werden, wenn die Leistungen um (lediglich) 2,6 % (unter Zugrundelegung von 49 RMWStd.) bzw. 3,6 % (unter Zugrundelegung von 67 RMWStd.) erweitert würden und nicht einmal einem Drittel einer Woche eines Rettungswageneinsatzes entspreche, ist dem aus mehreren Gründen nicht zu folgen.

Die Bezugnahme auf das „Zeitbudget“ eines Rettungswagens übergeht, dass die vorzuhaltenden Rettungsmittel auch andere Leistungsformen (Notarzt, Krankentransport) betreffen. Abgesehen davon ist der Berechnungsweise des Beschwerdegegners – im Grundansatz – nicht zu folgen, weil sie nur die zuletzt erfolgte (Volumen-) Steigerung um 49 (bzw. 67) RMWStd. berücksichtigt, nicht aber – auch – die zuvor („bestandskräftig“) beauftragte Volumensteigerung um 194 RMWStd. sowie um weitere 18 RMWStd. Rechnerisch ergibt sich folgendes Bild:

	Veränderung		RMWStd.
(1) Ursprüngliche RMWStd.	–	1.637	–
(2) „Aufstockung“ 02.11.2012	+ 194	1.831	+ 11,85 %
(3) „Aufstockung“	+ 18	1.849	+ 12,95 %
(4) <b>„Aufstockung“ 22.12.2014</b>	+ 49	1.898	<b>+ 15,94 %</b>

Insgesamt ist der Leistungsumfang somit um fast 16 % erweitert worden.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners und des Beigeladenen ist die Ende 2012 erfolgte „Aufstockung“ im vorliegenden Zusammenhang mit zu berücksichtigen. Die „Bestandskraft“ der dazu erfolgten Vergabeentscheidung des Beschwerdegegners steht dem nicht entgegen. Sie bewirkt nur, dass diese Entscheidung nach Erschöpfung des Vergaberechtsweges von einem Bieter nicht mehr angegriffen werden kann. Die „Bestandskraft“ hindert es aber nicht, im Rahmen der „Wesentlichkeit“ einer Erweiterung des Leistungsvolumens nach schrittweise erfolgten „Aufstockungen“ auch zuvor realisierte Leistungserweiterungen einzubeziehen. Maßgeblich ist – mit anderen Worten – der Gesamtumfang aller vom Beschwerdegegner auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens vorgenommenen „Aufstockungen“.

Der Beschwerdegegner hat die Leistungserweiterung 2012 selbst nur aus einer vorläufigen Ermittlung des Bedarfs abgeleitet, wie sich (z. B.) aus einem Vermerk vom 6.11.2014 (VV Bl. 2), einer Sitzungsniederschrift des Gesundheits- und Brand-

schutzausschusses des Kreistages vom 10.11.2014 (VV Bl. 88) und einer Vorlage für diesen Ausschuss vom 17.11.2014 (VV Bl. 127) ergibt. Der Beschwerdegegner hat sich seinerzeit und auch in der Folgezeit mit den z. T. schwierig zu gewinnenden Datengrundlagen und den Bedarfsannahmen des eingeholten Sachverständigengutachtens weiter befasst. Auf dieser Grundlage ist das Leistungsvolumen in einem schrittweisen Entscheidungsprozess zunächst um 194, sodann um 18 und schließlich um die (hier streitgegenständlichen) 49 weiteren RMWStd. „aufgestockt“ worden; der Beschwerdegegner sieht die „Aufstockung“ damit (erst) jetzt – insgesamt – als abgeschlossen an. Vor diesem Hintergrund wäre es sachwidrig, für die „Wesentlichkeit“ der Vertragsänderung nicht auf das Gesamtvolumen der Leistungserweiterung abzustellen.

Der Beschwerdeführerin ist darin zuzustimmen, dass die vorliegende „Aufstockung“ nur eine Teilloosvergabe darstellt (vgl. § 2 Abs. 2 VOL/A: in der Menge aufgeteilte Leistungen). Für die Schwellenwertermittlung sieht § 3 Abs. 7 VgV vor, dass der Wert aller Lose zugrunde zu legen ist. Im gleichen Sinne hat auch zur Beurteilung der „Wesentlichkeit“ (des Umfangs) einer Vertragsänderung eine Zusammenrechnung des Wertes der Teillose zu erfolgen. Der Beurteilung ist folglich nicht nur der (zufällige) Wert der letzten „Aufstockung“, sondern der Gesamtwert der aus den vom Beschwerdegegner aus dem Sachverständigengutachten abgeleiteten „Aufstockungen“ zugrunde zu legen ist, also knapp 16 % (s. o.). Damit wird zugleich der Gefahr entgegengewirkt, durch eine „salamiartige“ Stückelung der einzelnen „Aufstockungen“ deren Vergabe dem Vergaberecht zu entziehen (vgl. § 3 Abs. 2 VgV). Für die Zugrundelegung des Gesamtvolumens der „Aufstockungen“ spricht – schließlich – auch der Gedanke einer effizienten Wirksamkeit des europäischen Vergaberechts

(vgl. Art. 5 Abs. 8, Art. 18 Abs. 1 Satz 2 der – bereits in Kraft getretenen – neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU).

Zur Relevanz von mehreren aufeinander folgenden Auftragsänderungen bestimmt Art. 72 Abs. 2 Satz 3 RL 2014/24/EU:

„Im Falle mehrerer aufeinander folgender Änderungen wird deren Wert auf der Grundlage des kumulierten Nettowerts der aufeinander folgenden Änderungen bestimmt.“

Im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht soll eine entsprechende Bestimmung geschaffen werden

(§ 132 Abs. 3 Satz 2 GWB-E, BR-Drucksache 367/15).

Die Regelung in Art. 72 Abs. 2 Satz 3 der Richtlinie 2014/24/EU entfaltet schon vor ihrer Umsetzung in innerstaatliches Recht eine – auch von den Nachprüfungsinstanzen zu beachtende – Vorwirkung. Die Richtlinienbestimmung ist hinreichend bestimmt und enthält bezüglich ihrer Umsetzung zur vorliegenden Frage keinen Spielraum, so dass der nationalen Gesetzgebung nicht vorgegriffen wird

(vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.2014, VII-Verg 30/14, NZS 2015, 68 [bei Juris Rn. 13]; Müller/Kellermann, ZfBR 2015, 347 ff.; Oberndorfer/Lehmann, BB 2015, 1027/1033 [zu V.]).

Insgesamt ist somit auf den Gesamtumfang der „Aufstockungen“ abzustellen. Dieser überschreitet im Hinblick auf den quantitativen „Sprung“ eines um fast 16 % erhöhten Leistungsvolumens das Leistungsgefüge der Ursprungsverträge erheblich.

Die Vertragsänderung ist damit als „wesentlich“ anzusehen.

2.2.4 Der Beschwerdegegner durfte den in der „Aufstockung“ vom 22.12.2014 verkörperten erweiterten Leistungsumfang nicht unmittelbar an den Beigeladenen vergeben.

2.2.4.1 Die „Aufstockung“ war ihrem Gegenstand (s. o. 2.1.3) und ihrem Umfang (s. o. 3.2.2) nach ausschreibungspflichtig; sie hätte nur nach Durchführung eines (EU-weiten) Vergabeverfahrens vergeben werden dürfen.

Die Annahme des Beschwerdegegners, die Vergabe von Rettungsdienstleistungen werde vom Anwendungsbereich des nationalen Vergaberechts bzw. der europäischen Vergaberichtlinien nicht erfasst, ist unzutreffend (s. o. 2.1.3).

2.2.4.2 Eine gesetzliche Norm, die im vorliegenden Fall das Erfordernis eines Vergabeverfahrens entfallen ließe, ist nicht ersichtlich.

Insofern unterscheidet sich die Rechtslage von derjenigen, die der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 11.12.2014 – C-113/3 – „Spezzino“ (ZfBR 2015, 297) – zum italienischen Recht – zu beurteilen hatte. Nach dieser Entscheidung steht die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit (Art. 49, 56 AEUV) einer nationalen Vorschrift nicht entgegen, die die Vergabe von dringenden Krankentransport- und Notfallkrankentransportdiensten vorrangig im Wege der Direktvergabe an sog. Freiwilligenorganisationen vorsieht. Eine solche (im italienischen Recht vorhandene) nationale Vorschrift existiert in Deutschland weder auf Bundes- noch auf Landesebene. Abgesehen davon war vorliegend die Vergabe nicht auf „dringende“ Krankentransportleistungen bzw. Notfallkrankentransportdienste beschränkt, sondern umfasste auch „normale“ Krankentransporte und Notarzteinsätze.

2.2.4.3 Der Beschwerdegegner hätte andere Bieter an dem Verfahren zur Vergabe der „aufgestockten“ Leistung beteiligen müssen.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die „Aufstockung“ im Wege einer freihändigen Vergabe erfolgen durfte. Der Beschwerdegegner hat nach seinem eigenen Vorbringen keine freihändige Vergabe durchgeführt, sondern überhaupt keine Vergabe.

Unabhängig davon ist auch eine freihändige Vergabe ein Vergabeverfahren i. S. d. § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB, an dem gem. § 3 Abs. 1 Satz 4 VOL/A in der Regel mehrere Bieter – mindestens drei – zu beteiligen sind. Eine freihändige Direktvergabe der Leistungen an den Beigeladenen wäre damit entgegen der Annahme des Beschwerdegegners nicht zulässig.

Die „aufgestockten“ Leistungen hätten im Übrigen nicht freihändig vergeben werden dürfen, weil die dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht vorlagen: Es bestand keine besondere Dringlichkeit i. S. d. § 3 Abs. 5 lit. g VOL/A (i. V. m. § 1 Abs. 3 EG-VOL/A und § 4 Abs. 4 VgV). Eine „geringfügige Nachbestellung“ i. S. d. § 3 Abs. 5 lit. d VOL/A wäre nur „im Anschluss an einen bestehenden Vertrag“ gegeben; die „Aufstockung“ ist demgegenüber innerhalb eines bestehenden Vertrages mit dem Beigeladenen erfolgt.

2.2.5 Einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs nach Art. 267 AEUV bedarf es nicht.

2.2.5.1 Die vom Beschwerdegegner im Schriftsatz vom 16.04.2015 formulierte Vorlagefrage geht davon aus, dass seine Befugnis, eine „einseitige Anweisung“ zur Ausgestaltung der Leistungen oder zur Erhöhung ihres Umfangs zu erteilen, im Rahmen eines „von vornherein eingeräumten vertraglichen Rechts“ erfolge. Dieser Ausgangspunkt ist rechtlich unzutreffend, da die „Anweisung“ – wie hier – Leistungserweiterungen betrifft, die das 1978, 1983, 1998 und 2001 Vereinbarte jenseits einer nach § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtrags zu erfassenden Schwankungsbreite überschreiten (s. o. 3.2.2.4). Die vom Beschwerdegegner bemühte Vorschrift in § 4 Abs. 2 des zweiten Nachtrags und die übrigen vertraglichen Bestimmungen enthalten kein „von vornherein eingeräumtes vertragliches Recht“ zu einer weitergehenden „Aufstockung“.

2.2.5.2 Die vom Beschwerdegegner formulierte Vorlagefrage bezieht sich auf Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG und eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 19.6.2008

(aaO)

zur Auslegung dieser Bestimmung. Die genannte Richtlinie ist inzwischen außer Kraft getreten; an ihrer Stelle gilt die Richtlinie 2014/24/EU (a.a.O.). Eine Frage zur Auslegung der nicht mehr geltenden Richtlinie 2004/18/EG kann dem Europäischen Gerichtshof nicht vorgelegt werden.

2.2.5.3 Eine (den Ausführungen zu 2.2.5.1 Rechnung tragende) geänderte Fassung der Vorlagefrage könnte lauten, ob eine vergaberelevante Vertragsänderung auch durch eine einseitige „Anordnung“ oder Leistungsbestimmung des Auftraggebers im Rahmen einer im Ursprungsvertrag nicht limitierten, allein an den jeweils angenommenen Bedarf anknüpfenden Vertragsbestimmung erfolgen kann, also ohne eine zweiseitige Änderung. Auch eine solche Frage gibt keine Veranlassung, eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen.

Die einseitige Ausübung eines in den ursprünglichen Auftragsunterlagen eingeräumten und seinem Umgang nach bestimmbareren Leistungsbestimmungsrechts führt zu einer Vertragsänderung, die – wenn sie die Grenzen des vorab Vereinbarten wahr – zu keiner Ausschreibungspflicht führt. Bereits dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 19.6.2008 ist zu entnehmen, dass eine Erhöhung des Umfangs der Leistungen im Vertrag „ausdrücklich erlaubt“ sein muss

(vgl. EuGH, Urt. v. 19.6.2008, aaO, Rn. 60);

ein weder limitiertes noch – bestimmbar – begrenztes Anordnungsrecht genügt für eine solche Erlaubnis nicht. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung knüpft Art. 72 Abs. 1 lit. a der neuen Richtlinie 2014/24/EU die Zulässigkeit von Auftragsänderungen zu Umfang und Art der Leistungen an die Voraussetzung klarer, präziser und eindeutiger Vorgaben in den ursprünglichen Auftragsunterlagen. Gerade solche Vorgaben fehlen hier.

Eine „Anweisung“ oder Leistungsbestimmung, die den Umfang des ursprünglich Vereinbarten überschreitet, ist wie ein neues Vertragsangebot zu behandeln, das jedenfalls dann, wenn die erweiterten Leistungen erbracht werden und die Vertragsparteien von einer rechtsverbindlich erweiterten Leistungspflicht ausgehen, einer faktischen Auftragsänderung entspricht. Nach Art. 72 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2014/24/EU kann eine damit verbundene Verletzung des Vergaberechts nur hingenommen werden, wenn die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht vorgeschrieben ist.

Die Fallgestaltungen ohne Ausschreibungspflicht werden in der genannten Richtlinienbestimmung „katalogartig“ definiert. Bei Anwendung dieser Bestimmungen auf den vorliegenden Fall ist eine Ausschreibungsfreiheit der „Aufstockung“ nicht gegeben, weil in den Verträgen aus 1978, 1983, 1998 und 2001 keine klaren, präzisen und eindeutigen Optionen bzw. Leistungsbestimmungsrechte des Beschwerdegegners enthalten waren (Art. 72 Abs. 1 lit. a), ein Auftragnehmerwechsel nicht ausgeschlossen (lit. b) und die Bedarfserhöhung nicht unvorhersehbar war (lit. c). Da der Wert der Aufstockung oberhalb des maßgeblichen Schwellenwertes liegt und auch 10 % des ursprünglichen Auftragswerts übersteigt, scheidet eine Vergabefreiheit auch nach Art. 72 Abs. 2 der Richtlinie aus.

Damit gilt Art. 72 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach ein neues Vergabeverfahren bei „allen anderen Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags ... während seiner ... Laufzeit“ erforderlich ist. Die neue Richtlinie 2014/24/EU ist gem. Art. 93 am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU Nr. L 94/65 vom 28.03.2014 in Kraft getreten; sie galt also schon, als die „Aufstockung“ mit Schreiben vom 22.12.2014 erfolgte. Folglich war szt. ein neues Vergabeverfahren erforderlich.

2.3 Ob die „Aufstockung“ zu Gunsten des Beigeladenen auch gegen die Grundfreiheiten des EU-Vertrages verstößt, kann im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen offen bleiben. Das Gleiche gilt für die weiteren von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen, ob die Vergabe wegen Verletzung der „Haushaltseffizienz“ oder das Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V) rechtsunwirksam ist. Anzumerken ist insoweit, dass die Grundfreiheiten des EU-Vertrages keine Verbotsgesetze sind, die eine Vertragsnichtigkeit begründen

(vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 23.7.2012, 8 B 484/12, Juris Rn. 28).

Auf – nur „binnenrechtlich“ geltende – haushaltsrechtliche Vorschriften oder Grundsätze kann sich die Beschwerdeführerin nicht berufen. Für das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot gilt im Ergebnis das Gleiche; es bindet die Sozialleistungsträger, vermittelt aber keine Bieterrechte

(vgl. BSG, Urt. v. 23.7.2002, B 3 KR 63/01 R, BSGE 89, 294 f.).

Die Missachtung der Vergabepflichtigkeit der Auftragsvergabe führt gemäß § 101b GWB zur Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages. Als „Vertrag“ ist insoweit die streitgegenständliche „Aufstockung“ gemäß Schreiben vom 22.12.2014 anzusehen.

Die Beschwerde hat insoweit Erfolg. Der Beschluss der Vergabekammer ist aufzuheben....

### FamFG §§ 26, 69 I 3, 159 II

1. **Je schwerwiegender durch eine familiengerichtliche Entscheidung – hier Anordnung eines vollständigen Umgangsausschlusses – in Rechte von Verfahrensbeiliegten eingegriffen wird, desto eher ist zur Sachverhaltsaufklärung die Einholung eines kinderpsychologischen Sachverständigengutachtens geboten.**
2. **Vor der Anordnung eines vollständigen Umgangsausschlusses sind mildere Maßnahmen wie z.B. die Anordnung von begleiteten Umgangskontakten zu prüfen.**
3. **Eine gemeinsame Anhörung von vier Kindern in einem Alter von 5 bis zu 11 Jahren erscheint nicht geeignet, um zuverlässig bei jedem Kind einen beachtlichen ablehnenden Kindeswillen hinsichtlich von Umgangskontakten zu ermitteln.**
4. **Die Ermittlung eines beachtlichen ablehnenden Kindeswillens zur Begründung eines vollständigen Umgangsausschlusses macht insbesondere bei kleineren Kindern häufig die Einholung eines kinderpsychologischen Sachverständigengutachtens erforderlich.**

SchiHOLG, 2. Senat für Familiensachen, Beschluss vom 22. September 2015 –, 10 UF 105/15, Sp.

Frau K. und Herr H. sind die Eltern der beteiligten minderjährigen Kinder. Die Kindeseltern waren verheiratet, sie trennten sich Ende September 2007. Die Kinder leben seit der Zeit bei der Kindesmutter. Die Ehe der Kindeseltern wurde am 3.2.2010 rechtskräftig geschieden.

Die Eltern lebten zunächst getrennt in B. Vor dem Amtsgericht – Familiengericht – in B. kam es zu verschiedenen Verfahren, unter anderem einem Gewaltschutzverfahren (AG Bremen, ...) und zwei Umgangsverfahren. Das Umgangsverfahren zum Aktenzeichen ... endete am 14.2.2008 mit einer Umgangsvereinbarung. Ein weiteres Verfahren zum Aktenzeichen ... AG B. wurde durch Antrag der Kindesmutter vom 10. Januar 2011 eingeleitet. Darin beantragte die Kindesmutter, den Umgang des Kindesvaters mit den Kindern unbefristet auszusetzen. In diesem Verfahren wurde ein Verfahrensbeistand bestellt. Außerdem wurde ein Gutachten eingeholt. Die bestellte Gutachterin, Frau Diplom-Psychologin A., legte unter dem 12.7.2011 ihr Gutachten vor. Nach Vorlage eines Gutachtens wurde in einer mündlichen Verhandlung vom 13.6.2012 erörtert, dass der Kindesvater „gewisse Voraussetzungen“ erfüllen müsse, bevor ein begleiteter Umgang umgesetzt werden könne. Dazu gehörten ein Anti-Aggressions-Training sowie eine Verbesserung seiner Deutschkenntnisse.

In der Folgezeit absolvierte der Kindesvater ein Anti-Aggressionstraining und die Beteiligten des damaligen Verfahrens kamen überein, dass ein begleiteter Umgang stattfinden könne. Die Kindesmutter war zwischenzeitlich mit den Kindern nach L. verzogen. Es bestand deswegen Einigkeit, dass der begleitete Umgang in L. über den freien Träger „S. e.V.“ durchgeführt werden sollte. Mit Beschluss des Amtsgerichts B. vom 6.2.2013 wurde sodann angeordnet:

- „1. Der Kindesvater sieht die gemeinsamen Kinder der Beteiligten im Rahmen eines begleiteten Umgangs einmal im Monat für jeweils zwei Stunden.
2. Der begleitete Umgang wird vom Träger „S. e.V.“, Wahnstraße 43–45, in L. durchgeführt. Die konkreten Umgangskontakte werden in eigener Verantwortung des Trägers mit den Kindeseltern abgesprochen und umgesetzt. (...).“

Unter dem 22.7.2013 berichtete der freie Träger „S. e.V.“ durch seine Mitarbeiterin M., über den begleiteten Umgang. Im Ergebnis wurde darin ein unbegleiteter Umgang des Kindesvaters mit seinen Kindern sowie dessen langsame Ausweitung zum Herbst 2013 befürwortet.

In der Folgezeit kam es zu unbegleiteten Umgängen. Die Kinder haben den Kindesvater in Bremen besucht. Dies geschah auch während der Schulferien 2014 in der Zeit vom 18.4. bis 2.5.2014 sowie vom 25.7. bis 22.8.2014.

Unter dem 9.2.2015 leitete die Kindesmutter das vorliegende Umgangsverfahren ein.

Sie trägt vor, dass während des Aufenthaltes der Kinder beim Kindesvater im April/Mai 2014 der Kindesvater den Kindern verboten habe, die Kindesmutter anzurufen. Gleichzeitig habe er ihnen erzählt, dass die Kindesmutter eine Schlampe sei. Dies habe die Kinder tiefst verletzt und den Wunsch bei den Kindern hervorgeufen, den Umgangskontakt vorzeitig zu beenden. Dies habe der Kindesvater aber verboten.

Während des Umgangskontaktes in den Sommerferien sei es zu mehreren erheblichen gewaltsamen Übergriffen des Kindesvaters gegenüber den Töchtern M. und L. gekommen. Dies sei aus nichtigem Anlass erfolgt. Der Kindesvater habe die Kinder angeschrien und M. anschließend geschlagen, wobei das Kind erhebliche Schmerzen erlitten habe. Beim gemeinsamen Fernsehen habe der Kindesvater M. geschlagen und anschließend im Beisein ihrer Geschwister eine halbe Stunde in die Ecke gestellt. Danach habe er M. ins Schlafzimmer geschleift, sie aufs Bett geworfen, ihr auf den Rücken geschlagen und ihr ins Gesicht gespuckt.

Auch L. sei bei den Umgangskontakten von dem Kindesvater geschlagen worden. Er habe sie so fest auf den Po geschlagen, dass noch längere Zeit ein roter Abdruck zu sehen gewesen sei. Anschließend habe der Kindesvater den Kindern verboten, hiervon etwas zu erzählen.

Diese Vorfälle steckten den Kindern noch in den Knochen, sie seien nicht bereit, weitere Umgänge mit dem Kindesvater durchzuführen. Die Kinder kämen zur Ruhe, wenn kein Umgang mehr durchgeführt werde. Deswegen sei ein Umgangsausschluss notwendig.

Die Kindesmutter hat beantragt, unter Abänderung des Beschlusses des Amtsgerichts B. vom 6.2.2013 den Umgang des Kindesvaters mit seinen Kindern auszusetzen.

Der Kindesvater hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

Er trägt vor, dass er die Kinder nicht bespuckt habe. Es sei allerdings früher durchaus mal so gewesen, dass er selbst als Kind auch in die Ecke gestellt worden sei. Das sei aber von seinem Vater nicht böse gemeint gewesen. Geschlagen habe er M. allenfalls mit einem „Klaps auf den Po“. Er habe nicht vorgehabt, ihr in irgendeiner Form wehzutun. M. sei bei einem Streit mit einem anderen Kind damals einfach nicht ruhig gewesen, obwohl er sie mehrfach dazu aufgefordert habe. Aus seiner Sicht seien die Kinder nach den Umgängen in keiner Weise in irgendeiner Form verändert gewesen. Sie hätten gut mit sich und mit anderen gespielt. Er habe ihnen auch nicht verboten, mit der Kindesmutter zu reden. Diese habe vielmehr sehr häufig Kontakt auch über Skype gehabt.

Der Kindesvater hat angegeben, die Kinder nicht zum Umgang zwingen zu wollen. Nach seiner Ansicht müsse durch ein Sachverständigengutachten geklärt werden, warum die Kinder keinen Umgang wollen.

Der in diesem Verfahren eingesetzte Verfahrensbeistand hat schriftlich unter dem 5.3.2015 berichtet. Frau B. hat mitgeteilt, dass die Kinder ihr gegenüber sehr deutlich mitgeteilt hätten, dass sie keinen Kontakt zum Vater haben wollten. Der Verfahrensbeistand hat derzeit einen Umgangsausschluss für erforderlich gehalten.

Das Jugendamt hat aufgrund der Belastung der Kinder wegen der Vorkommnisse bei den Umgängen 2014 ebenfalls einen Umgangsausschluss für erforderlich gehalten.

Die Situation ist ausführlich mit den Beteiligten durch das Amtsgericht – Familiengericht – am 19.3.2015 erörtert worden. Am 23.3.2015 sind die Kinder persönlich angehört worden. Der Vermerk über die Anhörung ist den Beteiligten zur Kenntnis mit Gelegenheit zur Stellungnahme übersandt worden.

Das Familiengericht hat sodann durch Beschluss vom 8. Mai 2015 den persönlichen Umgang des Kindesvaters mit den Kindern bis zum 31. September 2016 ausgeschlossen.

Der Kindesvater wendet sich mit seiner Beschwerde gegen den Beschluss des Familiengerichts. Er hält zur hinreichenden Aufklärung des Sachverhalts die Einholung eines Sachverständigengutachtens für erforderlich.

Er beantragt,

das Verfahren an das Familiengericht Lübeck zurückzuweisen.

Das Jugendamt wendet sich gegen die Einholung eines Sachverständigengutachtens.

Den übrigen Verfahrensbeiliegten ist Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Der Senat hat darauf hingewiesen, dass beabsichtigt ist, den Beschluss des Familiengerichts aufzuheben und das Verfahren an das Familiengericht zurückzuweisen. Der Senat hat angeköndigt, ohne erneute persönliche Anhörung der Verfahrensbeiliegten zu entscheiden.

### Aus den Gründen

Die nach den §§ 58 ff. FamFG zulässige und im Übrigen statthafte Beschwerde des Kindesvaters hat in der Sache vorläufigen Erfolg und führt unter – vom Kindesvater beantragten – Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zur Zurückverweisung der Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Familiengericht. Denn das Verfahren des Familiengerichts leidet an einem wesentlichen Mangel und bei einer Entscheidung des Senats wären aufwendige Ermittlungen in Form der Einholung eines Sachverständigengutachtens und der erneuten persönlichen Anhörung der vier Kinder notwendig (§ 69 Abs. 1 S. 3 FamFG).

1. Das Familiengericht hat verfahrensfehlerhaft seiner Pflicht, den entscheidungserheblichen Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln (§ 26 FamFG), nicht ausreichend genügt. Insbesondere ist der Senat der Auffassung, dass zur Entscheidung des Verfahrens die Einholung eines aktuellen kinderpsychologischen Sachverständigengutachtens erforderlich ist. Das mehr als vier Jahre alte im Verfahren vor dem Amtsgericht – Familiengericht – Bremen eingeholte Gutachten genügt den Anforderungen an den notwendigen amtswegigen Ermittlungen aufgrund des Zeitablaufs und den inzwischen eingetretenen Veränderungen nicht. So haben inzwischen begleitete wie auch unbegleitete Umgangskontakte stattgefunden. Im Übrigen stützt das Familiengericht seine Entscheidung maßgeblich auf einen aktuellen ablehnenden Willen der Kinder. Hierzu kann ein vier Jahre altes Gutachten keine Aussage treffen.

Der Umfang der vom Familiengericht zu fordernden Ermittlungen richtet sich wesentlich nach den materiell-rechtlichen Anforderungen der zu treffenden Entscheidung und ist anhand des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Deshalb muss das Gericht insbesondere die zur Verfügung stehenden Aufklärungs- und Prüfungsmöglichkeiten hinsichtlich entscheidungserheblicher Tatsachen ausschöpfen und sein Verfahren so gestalten, dass es möglichst zuverlässig die Grundlage einer am Kindeswohl orientierten Entscheidung erkennen kann

(vgl. zum Ganzen BVerfG FamRZ 2010, 1622; 2009, 291, 399 und 1897; 2007, 105; BGH FF 2012, 67 m. Anm. Völker; BGH FamRZ 2010, 720).

2. Das Familiengericht hat in seiner Entscheidung den Umgang des Kindesvaters bis zum 31. September 2016 ausgesetzt und ihm darüber hinaus untersagt, direkten persönlichen Kontakt oder Kontakte über Telefon/Internet aufzunehmen. Hierbei handelt es sich um einen Ausschluss des Umgangs für längere Zeit, der sich nach § 1684 Abs. 4 S. 2 BGB richtet. Eine solche Einschränkung ist nur gestattet, wenn andernfalls das Wohl des Kindes konkret gefährdet wäre

(BVerfG FamRZ 2010, 1622; BVerfG 2009, 399; Palandt/Götz, BGB, 74. Auflage 2015, 1684 Rn. 24; OLG Brandenburg ZKJ 2012, 356; OLG Oldenburg FamRZ 2005, 925).

Umgangseinschränkungen müssen sich dabei in der besonderen Weise am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen (BVerfG FamRZ 2009, 399).

Vor einem vollständigen Ausschluss des Umgangsrechts sind mildere Maßnahmen wie z. B. der begleitete Umgang, Auflagen und zeitliche Einschränkungen des Umgangs zu prüfen

(Bundesverfassungsgericht, FamRZ 2008, 856; Staudinger/Rauscher, BGB – Neubearbeitung 2014, 1684 Rn. 272 ff.).

Soweit das Familiengericht hier zur Begründung seiner Entscheidung über den Ausschluss des Umgangs unter anderem auf die in Rede stehenden Misshandlungen der Kinder abstellt, sind dies Gründe, die grundsätzlich geeignet sind, eine erhebliche Einschränkung oder sogar einen Ausschluss des Umgangs zu rechtfertigen

(vgl. Johansen/Henrich, Familienrecht, 6. Auflage 2015, 1684 Rn. 36).

Nicht ausreichend sind allerdings die Ausführungen und die Feststellungen des Familiengerichts zu der Frage, ob auch die Durchführung von begleiteten Umgangskontakten das Wohl der Kinder gefährdet. Denn die unmittelbaren Gefährdungen der Kinder durch körperliche Übergriffe oder die verbale Herabsetzung der Kindesmutter können durch die Durchführung von begleiteten Umgangskontakten abgewendet werden.

3. Zwar ist ein wesentlicher Aspekt bei der Prüfung des Kindeswohls, § 1697 a BGB, der Kindeswille

(vgl. zuletzt Bundesverfassungsgericht, FamRZ 2015, 1093).

Der Wille des Kindes ist Ausdruck seiner Selbstbestimmung und ein Bindungsindiz, wobei die Bindung und der tatsächlich geäußerte Wille nicht übereinstimmen müssen

(Staudinger/Rauscher, BGB, Neubearbeitung 2014, 1684 Rn. 286).

Das Persönlichkeitsrecht des Kindes erfordert es, seine Wünsche und Interessen bei der Umgangsregelung zu berücksichtigen; wobei mit zunehmendem Alter dem geäußerten Willen des Kindes immer stärkere Bedeutung zukommt (Bundesverfassungsgericht, FamRZ 2015, 1093; vgl. Johansen/Henrich, Familienrecht, 6. Auflage 2015, § 1684 Rn. 39). Ab einem Alter von ca. 11-13 Jahren dürfte die Anordnung eines Umgangs gegen einen gefestigten Willen des Kindes nicht mehr in Betracht kommen

(Staudinger Rauscher, aaO Rn. 295).

Allerdings kommt dem Willen des Kindes kein absoluter Vorrang zu. Vielmehr ist er gegen die Interessen des Umgangsberechtigten abzuwägen.

Wenn und soweit – wie hier – die Kinder verbal den Umgang ablehnen, ist das Familiengericht verpflichtet, nähere Feststellungen zu den Gründen für die Ablehnung und insbesondere zur Qualität des Kindeswillens zu treffen. Ein Kindeswille ist dabei grundsätzlich beachtlich, wenn er autonom, intensiv, stabil und zielorientiert ist

(Kammergericht, FamRZ 2013, 709).

Wenn der Kindeswille eine derartige Qualität hat, ist ein Übergehen des Kindeswillens in aller Regel Kindeswohlgefährdend, da dieses Übergehen zu einem Verlust von Selbstwirksamkeitsüberzeugung des Kindes führen würde

(vgl. BVerfG FamRZ 2015, 1093 Rn. 21).

Dieser Fall ist von dem zu unterscheiden, bei dem das Kind zwar eine erhebliche Ablehnungshaltung hat, dieser ablehnende Wille aber durch die vom betreuenden Kindeselternteil grundsätzlich zu fordernde erzieherische Einwirkung ohne Kindeswohlgefährdung überwunden werden kann

(vgl. Burschel, NZFam 2015, 623; vgl. Staudinger/Rauscher, BGB, Neubearbeitung 2014, 1684 Rn. 295).

4. Die bisherigen Feststellungen des Familiengerichts tragen lediglich die Entscheidung über den Ausschluss von unbegleiteten Umgangskontakten.

Für einen Ausschluss von begleiteten Umgangskontakten reichen die bisherigen Feststellungen nicht aus. Zwar ist auch in den Fällen des Umgangsausschlusses nicht zwingend die Einholung eines kinderpsychologischen Sachverständigengutachtens geboten

(vgl. OLG Bremen, NJW 2013, 2603 ff.: Entgegenstehende Wille eines 13 und 15-jährigen Kindes; vgl. auch OLG Saarbrücken, NZFam 2015, 44: 11-jähriges Kind).

Insbesondere bei älteren Kindern

(ab ca. 11–13 Jahren; vgl. Johansen/Henrich, Familienrecht, 6. Auflage 2015, 1684 Rn. 39, 41),

die in einem stärkeren Maß als jüngere Kinder zu einer autonomen unbeeinflussten Willensbildung in der Lage sind, dürfte häufig ein Sachverständigengutachten entbehrlich sein und eine aussagekräftige Kindesanhörung genügen. Dafür spricht insbesondere der Umstand, dass die vom betreuenden Elternteil zu fordernde erzieherische Einwirkung bei einem verfestigten Kindeswillen in diesem Alter regelmäßig nicht mehr zum Erfolg führen dürfte

(vgl. Johansen/Henrich, Familienrecht, 6. Auflage 2015, 1684 Rn. 39, 41).

Bei einer von jüngeren Kindern geäußerten Ablehnung des Umgangs dürfte hingegen zur Feststellung der Voraussetzungen für einen vollständigen Umgangsausschluss häufig ein kinderpsychologisches Sachverständigengutachten erforderlich sein

(vgl. Johansen/Henrich, Familienrecht, 6. Auflage 2015, 1684 Rn. 41; vgl. Staudinger/Rauscher, BGB, Neubearbeitung 2014, 1684 Rn. 410; vgl. BGH FamRZ 2010, 1060 Rn. 34).

So liegt der Fall nach Auffassung des Senats hier.

Das älteste Kind M. ist 11 Jahre alt, das Kind Le. wird 6 Jahre, das Kind O. 8 und das Kind L. 10 Jahre. Jedenfalls bei den Kindern Le. und O. kann nicht ohne weiteres von einem verfestigten Kindeswillen und der Erfolglosigkeit von erzieherischen Einwirkungen auf das Kind zur Wahrnehmung von Umgangskontakten ausgegangen werden.

Die bisherigen Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts hält der Senat im vorliegenden Fall nicht für geeignet, um die rechtlichen Voraussetzungen für den Ausschluss auch von begleiteten Umgangskontakten hinreichend zu klären.

Die Gestaltung der Kindesanhörung durch das Familiengericht trägt dem Erfordernis einer möglichst aussagekräftigen Ermittlung des Kindeswillens nicht hinreichend Rechnung. Aufgrund des verschiedenen Alters/Entwicklungsstandes der Kinder und ihrer ggf. unterschiedlichen Wahrnehmung und Verarbeitung der verfahrensgegenständlichen Vorgänge erscheint es nicht sachgerecht, alle vier Kinder zusammen persönlich anzuhören. Insbesondere ergibt sich dann nach Erfahrung des Senats, dass je nach Persönlichkeitsstruktur der einzelnen Kinder ein Teil der Kinder sich den Äußerungen von Geschwisterkindern ohne weiteres anschließen. Der autonome Wille der einzelnen Kinder wird dann nicht hinreichend deutlich. Dieser Umstand ist auch von der Verfahrensbeiständin in ihrer Stellungnahme vom 5. März 2015 thematisiert worden. Dort heißt es u.a.: „Wobei sich Le. an den Äußerungen der älteren Geschwister orientiert, da sie sich nicht erinnert, wann sie den Vater zuletzt gesehen hat und wie der Kontakt war.“ Dieser Umstand spricht bei dem Kind Le. eher gegen einen autonomen gefestigten Willen. Bei ihrer Ablehnung dürfte eher eine etwaige Beeinflussung durch die Geschwisterkinder im Vordergrund stehen.

Auch der Umstand, dass im Jahre 2013/14 begleitete Umgangskontakte und danach sogar unbegleitete Umgangskontakte durchgeführt wurden, die zum Teil auf den Wunsch der Kinder zurückgingen, spricht gegen eine stark verfestigte Ablehnungshaltung der Kinder.

5. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Das Familiengericht wird zunächst ein kinderpsychologisches Sachverständigengutachten dahingehend einzuholen haben, ob Umgangskontakte und insbesondere auch begleitete Umgangskontakte das Wohl der Kinder konkret und erheblich

gefährden. Im Rahmen dieses Sachverständigengutachtens sollte insbesondere auf die Qualität des jeweiligen Kindeswillens eingegangen werden und auf die Frage, ob durch die von der Kindesmutter grundsätzlich zu fordernden erzieherischen Einwirkungen begleitete Umgangskontakte ohne Kindeswohlgefährdung durchgeführt werden können. Weiterhin ist zu prüfen, ob im Rahmen der zu treffenden Entscheidung des Familiengerichts der Maßstab für eine Abänderung des Beschlusses des Amtsgerichts – Familiengericht – Bremen aus § 1696 Abs. 2 BGB zu entnehmen ist. In diesem Beschluss sind begleitete Umgangskontakte angeordnet.

## Arbeitsgerichtsbarkeit

### **SGB IX § 82 S. 2 und Satz 3; AGG §§ 15, 22**

**Eignungstests sind regelmäßig Bestandteil des Auswahlverfahrens. Schwerbehinderte Einstellungsbewerber, die dem Anforderungsprofil entsprechen, werden vom öffentlichen Arbeitgeber benachteiligt, wenn sie nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen werden, weil sie einen Eignungstest nicht bestanden haben**

SchlHLAG, 3. Kammer, Urteil vom 9. September 2015 – 3 Sa 36/15 –, Hei.

Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch des Kl. wegen Diskriminierung bei der Bewerbung aufgrund einer Behinderung. Der Kl. hat einen Fachhochschulabschluss und eine Ausbildung im Ausbildungsberuf „Verwaltungsfachangestellte/r“ beim H... erfolgreich absolviert. Zurzeit ist er als Angestellter bei der Bekl. in deren Generaldirektion in M... beschäftigt. Der Kl. hat einen Grad der Behinderung von 70. Am 27.1.2014 schrieb das K... in F... zum 1.8.2014 Ausbildungsplätze im dualen Studium zur Verwaltungsinformatikerin/zum Verwaltungsinformatiker – Diplom (FH) aus. Die Vergütung hätte im ersten Ausbildungsjahr 793,26 € brutto betragen.

In der Ausschreibung heißt es u.a. wie folgt:

**„Voraussetzung:** Mindestens vollwertige Fachhochschulreife.“

Den vollständigen Ausschreibungstext mit ausführlichen Informationen zu den Anforderungen erhalten Sie über das Internet unter ....

#### **Infos zum Auswahlverfahren:**

Das Auswahlverfahren beginnt mit einem Eignungstest. Dieser ist in zwei Prüfungsteile gegliedert. Im weiteren Auswahlverfahren werden sich dann noch mündliche und praktische Teile anschließen. Bitte beachten Sie, dass jeder Teil des Auswahlverfahrens das erfolgreiche Absolvieren des vorangegangenen Testteils voraussetzt.“

Das dem Testverfahren nachfolgende Vorstellungsgespräch wird beim K... von einem 7-köpfigen Auswahlausschuss geführt.

Der Kl. bewarb sich am 27.2.2014 und fügte als Anlagen seine Zeugnisse und einen Lebenslauf nebst Schwerbehindertenausweis bei. Am 25.3.2014 bearbeitete er den ersten Eignungstest. Als Ausgleich etwaiger auf seine Behinderung zurückzuführender Nachteile wurde ihm für den Test ein gesonderter Raum zugewiesen und mehr Zeit eingeräumt. Er wurde in diesem Zusammenhang von der Ausbildungsleiterin Frau K... R... betreut. Der Kl. bestand diesen Test nicht. Das K... erteilte ihm deshalb mit Schreiben vom 31.3.2014 eine Absage.

Auf den Studienplatz hatten sich inklusive des Kl. 98 Bewerber beworben. Das K... hat eine Schwerbehindertenquote von fast 15 %.

Mit Schreiben vom 16.4.2014 machte der Kl. unter Hinweis auf § 82 S. 2 SGB IX einen Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 AGG in Höhe von drei Monatsvergütungen geltend. Nachdem das K... mit Schreiben vom 22.5.2014 eine Entschädigungszahlung ablehnte, erhob der Kl. am 25.6.2014 die vorliegende Zahlungsklage.

Er hat stets vorgetragen, es bestehe die Vermutung seiner Diskriminierung wegen einer Behinderung, da er nicht entsprechend der Verpflichtung in § 82 S. 2 SGB IX zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei. Er erfülle die Voraussetzungen des Anforderungsprofils und sei nicht offensichtlich ungeeignet. Auch mit einem schlechten Testergebnis habe das K... ihn einladen müssen, denn § 82 S.2 SGB IX schreibe insoweit eine Privilegierung von Schwerbehinderten fest.

Die Bekl. hat stets gemeint, sie habe den Kl. nicht zum Vorstellungsgespräch einladen müssen. Infolge des Nichtbestehens des Tests sei der Kl. offensichtlich ungeeignet, so dass eine Einladung entbehrlich gewesen sei. Das Bestehen des Tests sei Teil des Anforderungsprofils gewesen.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 4.12.2014 der Klage teilweise stattgegeben und die Bekl. zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 2 Monatsgehältern verurteilt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Gegen diese Entscheidung hat die Bekl. Berufung eingelegt. Sie beansprucht, das angefochtene Urteil des Arbeitsgerichts zu ändern und die Klage abzuweisen.

Der Kl. hält das angefochtene Urteil sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend.

Die Kammer hat im Ergebnis die Berufung der Bekl. zurückgewiesen.

#### *Aus den Gründen*

Die Berufung ist unbegründet. Mit ausführlicher, überzeugender Begründung hat das Arbeitsgericht die Bekl. zur Zahlung einer Entschädigung von zwei Monatsgehältern verurteilt.

Zwar steht es den Eltern frei – wie hier geschehen – im Konsens von dieser Regelung abzuweichen. Dieser Konsens hat aber spätestens mit dem Antrag der Kindesmutter auf Aussetzung des Umgangs ihr Ende gefunden.

Im Hinblick auf die weitere zu erwartende Verfahrensdauer wird das Familiengericht auch den Erlass einer einstweiligen Anordnung im Hinblick auf das Umgangsrecht (vgl. § 156 Abs. 3 FamFG) zu prüfen haben.

Die Nichterhebung von Gerichtskosten und gerichtlichen Auslagen beruht auf § 20 FamGKG. Die Festsetzung des Verfahrenswertes auf § 45 Abs. 1 Nr. 2 FamGKG.

Dabei ist es davon ausgegangen, dass die Einladung des Kl. zum Vorstellungsgespräch nicht entbehrlich gewesen sei, da er das Anforderungsprofil erfülle und deshalb nicht offensichtlich ungeeignet gewesen sei. Die Nichteinladung trotz Kenntnis von der Schwerbehinderung indiziere gem. § 22 AGG die Benachteiligung wegen der Behinderung. Dieses Indiz habe die Bekl. nicht widerlegt. Das Bestehen des Tests habe sie nicht zur Voraussetzung für die Einladung zum Vorstellungsgespräch machen dürfen. Die Betreuung während des Tests durch eine Mitarbeiterin ersetze nicht das Gespräch vor dem Auswahlausschuss. Die Zahlung einer Entschädigung in Höhe von zwei Monatsgehältern sei ausreichend, aber auch angemessen. Dem folgt das Berufungsgericht. Zur Vermeidung überflüssiger Wiederholungen wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Lediglich ergänzend und auf den neuen Vortrag der Parteien eingehend, wird Folgendes ausgeführt:

1. Der Anspruch des Kl. auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung in Höhe von 1586,52 € ergibt sich aus § 81 Abs. 2 S. 1 und 2, § 82 S. 2 und 3 SGB IX i.V.m. §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 S. 1, § 6 Abs. 1 S. 2, § 15 Abs. 2, § 22 AGG. Danach kann der benachteiligte schwerbehinderte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, wenn er bei der Begründung eines Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses wegen seiner Behinderung benachteiligt worden ist. Einstellungsbewerber werden im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt, wenn ein öffentlicher Arbeitgeber ihnen die in § 82 Satz 2 SGB IX angeordnete Besserstellung gegenüber nicht schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerbern durch Einladung zu einem Vorstellungsgespräch vorenthält, obwohl ihnen im Sinne von § 82 Satz 3 SGB IX die fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt

(ständige Rechtsprechung: BVerwG vom 3.3.2011 – 5 C 16/10 – Juris, LS 2 und Rz. 18; BAG vom 12.9.2006 – 9 AZR 807/05 – Juris, Rz. 24 mwN).

2. Der Kl. fällt als Bewerber mit einem GdB von 70, wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, unter den Anwendungsbereich der § 15 Abs. 2 S. 1, § 6 Abs. 1 und Abs. 2, §§ 1 und 2 AGG. Er hat Tatsachen glaubhaft gemacht, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, denn er ist nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden, obwohl er über die in der Ausschreibung geforderte vollwertige Fachhochschulreife verfügt. Die Bekl. hat die Vermutung der Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung nicht entkräftet.

a) Nach § 82 Satz 2 SGB IX hat der öffentliche Arbeitgeber den sich bewerbenden schwerbehinderten Menschen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Diese Pflicht besteht nur dann nicht, wenn dem schwerbehinderten Menschen die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Das bedeutet, dass der öffentliche Arbeitgeber einem schwerbehinderten Bewerber die Chance eines Vorstellungsgesprächs gewähren muss, wenn seine fachliche Eignung zwar zweifelhaft ist, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. Der schwerbehinderte Bewerber soll im Rahmen des Vorstellungsgesprächs die Chance haben, den Arbeitgeber von seiner Eignung zu überzeugen

(BAG vom 12.9.2006 – 9 AZR 807/05 – Rz. 24).

Insoweit handelt es sich um eine gesetzlich angeordnete Besserstellung

(BVerwG vom 3.3.2011 – 5 C 16/10 Rz. 18).

b) Die Bekl. hat den Kl. jedoch nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Das ist ein klassisches Indiz für eine Benachteiligung. Damit greift die Beweislastregelung des § 22 AGG. Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Die Bekl. beruft sich ohne Erfolg darauf, sie habe den Kl. nicht zu einem Vorstellungsgespräch einladen müssen, weil er offensichtlich nicht geeignet gewesen sei, da er schon den ersten Teil des Eignungstestes nicht bestanden habe.

c) Entgegen der Ansicht der Bekl. fehlte dem Kl. nicht offensichtlich die fachliche Eignung für die zu besetzende Stelle im Sinne des § 82 Satz 2 SGB IX.

Ob dies der Fall ist, ist anhand eines Vergleichs zwischen dem Anforderungsprofil dieser Stelle und dem Leistungsprofil der Bewerberin oder des Bewerbers zu ermitteln

(BAG vom 21.7.2009 – 9 AZR 431/08; BAG vom 16.2.2012, – 8 AZR 697/10 – Rz. 36).

Mit der Bestimmung des Anforderungsprofils für die zu vergebende Stelle legt der Dienstherr die Kriterien für die Auswahl der Bewerber fest; an ihm werden die Eigenschaften und Fähigkeiten der Bewerber gemessen

(BVerfG v. 8.10.2007 – 2 BvR 1846/07; BAG vom 16.2.2012, 8 AZR 697/10 – Rz. 38 mwN; BVerwG vom 20.6.2013 – 2 VR 1/13 – Rz. 27 mwN).

Der öffentliche Arbeitgeber hat im Anforderungsprofil die formalen Voraussetzungen, fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie die außerfachlichen Kompetenzen zu beschreiben, die für eine erfolgreiche Bewerbung benötigt werden

(BVerwG vom 3.3.2011 – 5 C 16/10 – Rz. 21 mwN).

Das Anforderungsprofil ist ausschließlich nach objektiven Kriterien anzufertigen. Mit der Festlegung des Anforderungsprofils wird ein wesentlicher Teil der Auswahlentscheidung vorweggenommen. Zugleich bestimmt der öffentliche Arbeitgeber mit der Festlegung des Anforderungsprofils den Umfang seiner der eigentlichen Auswahlentscheidung vorgelagerten verfahrensrechtlichen Verpflichtung nach § 82 Satz 2 und Satz 3 SGB IX. Denn schwerbehinderte Menschen, die nach den schriftlichen Bewerbungsunterlagen eine ihrerseits diskriminierungsfrei bestimmte fachliche Eignungsvoraussetzung, die im Anforderungsprofil ausdrücklich und eindeutig bezeichnet ist, nicht erfüllen, müssen nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden

(BVerwG aaO, Rz. 22 mwN).

Der öffentliche Arbeitgeber muss das Anforderungsprofil dokumentieren, damit die Gründe für seine Entscheidung transparent sind und es so nicht möglich ist, Eignungsmerkmale nachzuschieben, die das Absehen von einer Einladung zu einem Vorstellungsgespräch rechtfertigen

(BVerwG aaO Rz. 23).

d) Vor diesem rechtlichen Hintergrund hat der Kl. das von der Bekl. festgelegte Anforderungsprofil erfüllt.

aa) Ausweislich der Ausschreibung ist Voraussetzung für den Erhalt eines Ausbildungsplatzes der Nachweis, dass mindestens eine vollwertige Fachhochschulreife vorliegt. Weitere formale Voraussetzungen enthält das Anforderungsprofil nicht. Die Fachhochschulreife besitzt der Kl., wie sich aus dem eingereichten Fachhochschulzeugnis der berufsbildenden Schule III M... ergibt. Zweifel an seiner körperlichen Eignung sind nicht vorhanden.

bb) Die Bekl. kann sich nicht darauf berufen, dass der Kl. den Eignungstest nicht bestanden hat, denn insoweit befand sich dieser bereits im Auswahlverfahren. Das Bestehen der Eignungstests war bereits ausweislich der Ausschreibung der Bekl. nicht Gegenstand des Anforderungsprofils, sondern Gegenstand des Auswahlverfahrens. Das ergibt sich bereits eindeutig aus dem Wortlaut der Ausschreibung. Danach beginnt das Auswahlverfahren mit einem Eignungstest. Die Bekl. hat mithin, entgegen ihrem Vorbringen, gerade nicht das Bestehen eines Eignungstests zum Gegenstand des Anforderungsprofils gemacht.

cc) In diesem Stadium des Auswahlverfahrens – erfolgreiches Bestehen aller Tests – wird bereits Schritt für Schritt die eigentliche Auswahlentscheidung erarbeitet. Das Offensichtlichkeitserfordernis des § 82 Satz 3 SGB IX muss sich jedoch nach Maßgabe des Anforderungsprofils bereits objektiv nach Durchsicht der Bewerbungsunterlagen ergeben. Ist das nicht der Fall, greift § 82 Satz 2 SGB IX, wonach die Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers/ einer schwerbehinderten Bewerberin zum Vorstellungsgespräch zu erfolgen hat. Aufgrund des konkreten Ausschreibungstextes kann hier dahingestellt werden, ob es überhaupt zulässig ist, das Bestehen eines Eignungstests zum Gegenstand eines „Anforderungsprofils“ zu machen.

dd) Ungeachtet dessen ist die Vorgehensweise der Bekl. auch insoweit rechtlich unzulässig, als keinerlei Festlegung der definitiv in den Eignungstests zu erzielenden Ergebnisse erfolgt ist. Entgegen der oben genannten rechtlichen Vorgaben ist nicht ansatzweise dokumentiert und nachvollziehbar, nach welchen Kriterien und Maßstäben die Bekl. die einzelnen Tests als „bestanden“ oder „nicht bestanden“ ansieht. Auch das zeigt, dass sich die Bekl. nicht mehr im „Anforderungsprofil“ befindet, sondern bereits im Stadium des Auswahlverfahrens. Ihre Vorgehensweise ist weder transparent noch objektivierbar. Schon angesichts des Fehlens einer Festlegung der notwendigen Punktzahl sind die Einstellungsvoraussetzungen auch nicht ansatzweise hinreichend konkretisiert und überprüfbar, wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat. Danach ist genau das Nachschieben von Eignungsmerkmalen und Testergebnissen möglich, was dem öffentlichen Arbeitgeber nach Rechtsprechung und Gesetz jedoch untersagt ist.

ee) Letztendlich hat das Arbeitsgericht auch zutreffend festgestellt, dass der mögliche persönliche Eindruck, den Frau R... durch die Beobachtung des Kl. beim Eignungstest gewonnen hat, weder mit dem Vorstellungs- und Auswahlgespräch vor dem 7-köpfigen Gremium vergleichbar ist noch dieses ersetzen kann.

3. Da der Kl. seinen Anspruch auch innerhalb der Fristen des § 15 Abs. 4 AGG und des § 61 b Abs. 1 ArbGG geltend gemacht hat, ist vorliegend nur noch die Frage der Angemessenheit der ausgerichteten Entschädigung festzustellen. Insoweit sind jedoch keine Abwägungsfehler erkennbar, im Übrigen auch nicht seitens der Bekl. substantiiert vorgetragen. Die Berufungskammer schließt sich den überzeugenden Ausführungen des Arbeitsgerichts an.

4. Nach alledem ist dem Kl. zu Recht eine Entschädigung in Höhe von zwei Bruttomonatsgehältern auf Grund einer vermuteten Diskriminierung wegen einer Behinderung zugesprochen worden. Die Berufung war daher zurückzuweisen.

## Rezensionen

# Strafvollzugsgesetze

Laubenthal / Nestler / Neubacher / Verrel

C.H. Beck – München, 2015, 1459 S., 119,- Euro

Es ist sieben Jahre her, dass der „Beck'sche Kurzkomentar“ zum Strafvollzugsgesetz des Bundes in der elften Auflage erschien. Damals und in den elf Voraufgaben wurde er von zwei der bekanntesten wissenschaftlichen Autoren im Bereich des Strafvollzugsrechts herausgegeben: Rolf-Peter Callies und Heinz Müller-Dietz. Dieses Werk haben nun die vier als Herausgeber fungierenden und dem Kommentar seinen Namen gebenden Hochschullehrer sowie die beiden Hochschulwissenschaftler Bachmann und Koranyi übernommen.

Bereits vor der letzten Auflage wurden durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006 (BGBl I 2034, Föderalismusreformgesetz) die Aufgaben des Strafvollzugs und des Untersuchungshaftvollzugs den Gegenständen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 74 I Nr. 1 GG entnommen. Es gilt zwar das Bundesstrafvollzugsgesetz gemäß Art. 125a I GG als partikulares Bundesrecht fort, die Bundesländer besitzen jedoch die Kompetenz zur Verabschiedung jeweils eigener Landes-Strafvollzugsgesetze. Hiervon haben nunmehr bis Anfang November 2015 außer Berlin, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein alle Bundesländer Gebrauch gemacht, in Schleswig-Holstein befindet sich der Entwurf eines „Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe in Schleswig-Holstein und zur Schaffung eines Justizvollzugsdatenschutzgesetzes“ (LTags-Drs 18/3153) im parlamentarischen Verfahren. Diese Änderung weg von einem Strafvollzugsgesetz des Bundes hin zu zahlreichen Landesgesetzen stellt jede Kommentierung vor das Problem, wie die Erläuterungen systematisch aufgebaut werden sollen. Während Arloth in seinem Kommentar zu den Strafvollzugsgesetzen (3. Auflage, 2011) zunächst und am ausführlichsten die einzelnen Normen des Bundesstrafvollzugsgesetzes kommentiert, um sodann fünf Ländergesetze zu erläutern, geht das Autorenteam des hier besprochenen Werks nicht nach Gesetzesparagrafen, sondern nach Themen vor: Von Teil „A. Einleitung“ über „B. Vollzugsgrundsätze“ bis hin zu „P. Rechtsbehelfe“ und schließlich „Q. Besondere Vollzugsformen“. Während der von Arloth gewählte Aufbau die Vertrautheit der Paragraphenreihenfolge des Bundesstrafvollzugsgesetzes für sich hat, werden im nun vorgelegten Kommentar zu einem Themenkreis alle vorhandenen Ländergesetze konzentriert dargestellt, was einen vergleichenden Blick erleichtert.

Die Erläuterungen erfolgen wissenschaftlich fundiert, gleichwohl unter Berücksichtigung der praktisch relevanten Problemstellungen, in einer Weise, die sowohl Praktiker in den Justizvollzugsanstalten und Vollzugsabteilungen der Ministerien, im Strafvollzugsrecht tätige Staatsanwälte und Richter, aber auch Studierende und Lehrende der Hochschulen gewinnbringend nutzen können. Dies soll an zwei Themenbeispielen erläutert werden. Gar nicht zu überschätzen sind die jeweils zu Beginn der einzelnen Gesetze befindlichen Regelungen zum Ziel des Strafvollzuges. Hierbei handelt es sich keineswegs allein um politische Programmsätze des Gesetzgebers, vielmehr haben die Definitionen der Vollzugsziele bei der Anwendung einzelner Normen in Form von deren Auslegung sowie bei Ermessensentscheidungen erhebliche Bedeutung. Entsprechend relevant sind die Erläuterungen zu diesen Normen. Nach § 2 Satz 1 des Bundesstrafvollzugsgesetzes besteht das Vollzugsziel darin, dass der Gefangene die Fähigkeit erlangt, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen. Nach Satz 2 dient der Vollzug auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten. Allgemeine Meinung im Schrifttum ist es, dass es sich bei der Resozialisierung nach Satz 1 um das alleinige Ziel des Vollzuges handelt. Dies arbeitet Neubacher unter umfassender Angabe von Nachweisen aus dem Schrifttum unter Abgrenzung gegenüber der Aufgabe des Schutzes der Allgemeinheit heraus (Teil B, Rn.28). Im Bayerischen Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe, der Jugendstrafe, der Sicherungsverwahrung und des Strafarrestes in Justizvollzugsanstalten vom 10.12.2007 (GVBl. 2007, 866) regelt – ab-

weichend vom Bundesstrafvollzugsgesetz - Art. 2 nach dessen amtlicher Überschrift die „Aufgaben des Vollzugs“. Nach Satz 1 der Norm dient der Vollzug der Freiheitsstrafe dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten. Nach Satz 2 soll er die Gefangenen befähigen, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Behandlungsauftrag). Nach der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 15/8101, S. 49) soll durch die Formulierung des Art. 2 klargestellt werden, dass der Schutz der Allgemeinheit nicht der Resozialisierungsaufgabe nachgeordnet ist. Eine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage nach dem Bundesstrafvollzugsgesetz sei damit nicht verbunden und der Bayerische Verfassungsgerichtshof (FS 2009, 267) hat diese Norm als vereinbar mit Art. 100, 101 der Bayerischen Verfassung angesehen. Abweichend davon sieht aber Neubacher (Teil B., Rn.37) diese Norm unter Auswertung des entsprechenden Schrifttums (leider ohne Nachweis der genannten Entscheidung des BayVerfGH) und Hinweis auf neu heraufbeschworene, vom Gesetzgeber unbeantwortete Zielkonflikte zutreffend als verfassungswidrig (näher dazu Rose, Festschrift für Ostendorf, 2015, S.721).

Ein zweites ebenso rechtlich wie praktisch bedeutsames Thema ist der offene Vollzug. Diese Thematik wird im vorliegenden Kommentar an gleich drei Stellen von ebenso vielen Autoren behandelt (A 21, Neubacher; D 3, Verrel; L 9, 10, 12, Nestler). Während nach § 10 Abs.1 Bundesstrafvollzugsgesetz der offene Vollzug die Regel war, haben viele Ländergesetze den geschlossenen Vollzug zur Regel gemacht, so etwa Art. 12 Abs. 1 BayStVollzG, oder auf eine Regelangabe vollständig verzichtet, so etwa § 15 Abs.1 SächsStVollzG. Über die unterschiedlichen Landes- und Bundesregelungen gibt Verrel in seinen Erläuterungen (D Rn.4) einen sehr guten Überblick und weist auch unter Angabe kriminologischer Untersuchungen darauf hin, dass die Vollzugspraxis bereits in vielen Bundesländern auch unter Geltung des Bundesstrafvollzugsgesetzes der geschlossene Vollzug die Regel war, allerdings mit erheblich abweichenden Anteilen unter den Ländern. Sehr gut herausgearbeitet (D Rn.3) ist auch die hohe Bedeutung des offenen Vollzuges im Lichte des Angleichungs- und Gegensteuerungsgrundsatzes (vgl. § 3 Abs. 1 und 2 Bundesstrafvollzugsgesetzes), letztendlich im Hinblick auf eine gelungene Resozialisierung. Auch wenn wie von Verrel (D Rn.3) zu Recht bemerkt wenig kriminologische Forschung zur Auswirkung des offenen Vollzuges auf die Rückfallwahrscheinlichkeit vorliegt, wäre eine Konkretisierung in dem Sinne sinnvoll gewesen, dass vor allem streitig ist, ob weniger Rückfälle im offenen Vollzug nicht wesentlich auf einer positiven Selektion von Gefangenen mit ohnehin günstigerer Prognose als im geschlossenen Vollzug beruhen (näher Arloth, aaO, § 10, Rn.1.). Für die Vollzugspraxis wichtig und äußerst hilfreich ist die ausführliche Erläuterung unter umfassender Anführung von Rechtsprechung, wann eine Unterbringung im geschlossenen Vollzug oder aber eine Rückverlegung vom offenen in den geschlossenen Vollzug zu erfolgen hat (D Rn.14–20).

Insgesamt hinterlässt der Laubenthal/Nestler/Neubacher/Verrel bei mir den Eindruck eines wissenschaftlich fundierten, aber auch die Fragestellungen der Praxis durchaus aufgreifenden Kommentars, der das Spektrum der übrigen Strafvollzugskommentare gut ergänzt. Aufgrund seiner relativen Kürze von 1459 Seiten und des Preises von knapp über 100,- EUR verbunden mit einer guten Übersichtlichkeit und engem Rechtsprechungsbezug dürfte er für die Praxis eine gute Option sein. Aufgrund der konzentrierten Darstellung der Ländernormen und des Bundesstrafvollzugsgesetzes sowie Nachweisen wissenschaftlicher Quellen ermöglicht er aber auch Studierenden einen guten Zugang zu dem innerhalb der juristischen Ausbildung etwas verborgenen, aber ebenso verfassungs- wie einfachrechtlich äußerst interessanten Gebiet des Strafvollzugsrechts.

Prof. Dr. Frank Rose, Direktor des Amtsgerichts Ratzeburg, Honorarprofessor an der Christian-Albrechts-Universität Kiel

# Miete/WEG/ Nachbarschaft

Klein-Blenkers/Heinemann/Ring (Hrsg.).

Spezialkommentar zu den §§ 535 ff. BGB, dem gesamten WEG und den §§ 903 ff. BGB.

1. Auflage 2016, 1520 Seiten, gebunden, 118,-€ (Subskriptionspreis 98,-€, gültig bis 29.2.2016), ISBN 978-3-8487-2623-3  
Erschienen im NOMOS-Verlag, Baden-Baden.

Eigentums-, Miet- und Nachbarschaftsstreitigkeiten haben einen hohen Anteil an allen zivilrechtlichen Auseinandersetzungen in Deutschland. Dem Wunsch, das Recht von Miete, Wohnungseigentum und Nachbarschaft in einem Band handlich zusammenzufassen, ist der NOMOS-Verlag nunmehr mit diesem Spezialkommentar nachgekommen. Die Herausgeber und Autoren sind allesamt besonders sachkundige und erfahrene Juristen. Professor Dr. Friedrich Klein-Blenkers ist nach diversen Rechtsanwaltschaftstätigkeiten in Freiburg i.Br. und Köln seit 1995 Professor für Wirtschafts- und Steuerrecht zunächst an der Fachhochschule Hildesheim/Holzminde/Göttingen und seit 2002 für Bürgerliches Recht und Steuerrecht an der Technischen Hochschule Köln. Dr. Jörn Heinemann bringt neben seiner wissenschaftlichen Erfahrung als Assistent an der Universität Erlangen insbesondere auch seine praktischen Erfahrungen als Notar bei mit der Gestaltung von Grundstückskaufverträgen ein. Professor Dr. Gerhard Ring ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht sowie Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht an der TU Bergakademie Freiberg und ist gleichzeitig geschäftsführender Direktor des Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Umweltrecht. Die Kommentierungen in diesem Sonderband entstammen den Bänden Schuldrecht (herausgegeben von Dauner-Lieb/Langen) und Sachenrecht (herausgegeben von Grziwotz/Keukenschrijver/Ring) des insgesamt sechsbändigen NOMOS-Großkommentars zum BGB.

In die Kommentierung eingearbeitet ist das Mietrechtsnovellierungsgesetz 2015, das eine ganze Reihe von Gesetzesänderungen beinhaltet. Im Mietrecht wird insbesondere die Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Schönheitsreparaturklauseln in Mietverträgen erörtert (§ 535 BGB RN 252 ff.). Die Harmonisierung von Wohnungseigentumsrecht und Mietrecht wird zu Recht angemahnt. Das WEG-Recht, kommentiert von Heinemann und Schultzy, bietet einen guten Überblick über die komplexe Materie des Wohnungseigentums. Das Nachbarrecht, kommentiert von Ring, beschäftigt sich insbesondere mit den nachbarschaftsrechtlichen Ansprüchen wegen Lärm, Feinstaub, Überwuchs oder Schattenwurf. Alle Autoren stehen für Praxisnähe und eine klare, verständliche Sprache. Die übersichtliche Gliederung in drei Teile (Teil 1 Mietrecht, Seite 19 bis 838; Teil 2 Wohnungseigentumsrecht, Seite 842 bis 1177 und Teil 3 Nachbarrecht, Seite 1181 bis 1481) erleichtert die Systematik. Das umfangreiche Stichwortverzeichnis (Seite 1483 bis 1520) hilft auch dem Berufsanfänger, sich in der Dogmatik und den Verästelungen aller drei Rechtsgebiete besser zu Recht zu finden. Fachanwälte für Miet- und Wohnungseigentumsrecht finden in einem einzigen Band alles, was sie für eine effiziente Mandatsbearbeitung benötigen. Auch WEG-Verwalter, die täglich sowohl mit dem Mietrecht als auch speziellen WEG-Fragen konfrontiert werden, wird dieser Spezialkommentar eine gute Hilfe sein. Der Kommentar gehört in die Bibliothek aller Fachanwälte für Miet- und Wohnungseigentumsrecht sowie aller am Miet- und Nachbarschaftsrecht interessierten Juristen.

Friedhelm Röttger, Richter am Oberlandesgericht in Schleswig, Januar 2016.

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 35, 24103 Kiel, im Eigenverlag.

Verantwortlich i.S.d. § 7 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Friedhelm Röttger, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.

Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen als Justizministerialblatt in zwei Ausgaben, Teil A (Fachzeitschrift mit Bekanntmachungsteil) und Teil B (Bekanntmachungen der Gerichte). Teil A erscheint monatlich einmal zum 20. und Teil B monatlich einmal zum 30. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 51,-€. Teil B steht online zum kostenlosen Download auf der Website [www.justizministerialblatt.schleswig-holstein.de](http://www.justizministerialblatt.schleswig-holstein.de) oder als Printausgabe zum Jahrespreis von 50,-€ zur Verfügung. Einzelhefte von Teil B kosten 5,80 € plus Porto. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 12,00 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur bei

Druckerei Verlag J.J. Augustin GmbH, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax 4709, E-Mail: [augustinverlag@t-online.de](mailto: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](mailto: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.

Rezensionen

Prof. Dr. Frank Rose

Laubenthal/Nestler/Neubacher/Verrel  
Strafvollzugsgesetze

237

Friedhelm Röttger

Klein-Blenkers/Heinemann/Ring (Hrsg.)  
Miete/WEG/Nachbarschaft

238

Buchanzeige

Martin Soutier (Hrsg.)

## Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung

1. Auflage 2015, 374 Seiten, Broschur, 79,- €, ISBN 978-3-452-28445-7

(= Schriften der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Band 43)

Erschienen im Carl Heymanns Verlag, Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln

Vertrieb über PR-Direkt GmbH, Postfach 4122, 50217 Frechen

Am 17.8.2015 sind die wesentlichen Bestimmungen der Europäischen Erbrechtsverordnung in Kraft getreten. Das Werk untersucht, welche Regelungen sich besonders auf die deutsche Rechtspraxis auswirken und geht hierbei auf zahlreiche Problemkreise ein.

Erhebliche Bedeutung werden die Anknüpfung des anwendbaren Erbrechts an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers sowie die Einführung einer Rechtswahlmöglichkeit haben. Die Arbeit beleuchtet, welche Herausforderungen, aber auch Chancen und Gestaltungsmöglichkeiten hierdurch für Erblasser, Rechtsberater und Gerichte eintreten. Weiterhin widmet sich die Arbeit zahlreichen umstrittenen und komplex geregelten Fragen, wie beispielsweise die Einordnung deutscher Erbverträge und gemeinschaftlicher Testamente in die neuen Regelungen, sowie die Auswirkungen der Verordnung auf wesentliche Strukturprinzipien des deutschen Rechts. Hierbei sind insbesondere das Pflichtteilsrecht, das Verhältnis des Europäischen Nachlasszeugnisses zum deutschen Erbschein sowie die Frage der Anerkennung von ausländischen Rechtsinstituten relevant.

Die Arbeit zeichnet sich dadurch aus, dass sie die dogmatische Tiefe eines wissenschaftlichen Werkes mit konkreten und an der praktischen Anwendung orientierten Rechtsfragen vereint. Sie wendet sich daher neben wissenschaftlich interessierten Lesern insbesondere an diejenigen Berufsgruppen wie Notare, Rechtsanwälte, Rechtspfleger und Richter, die mit der Anwendung der EuErbVO im Berufsalltag befasst sind und hierfür konkrete Handlungsempfehlungen suchen.

Buchanzeige

Bracker/Dehn/Wolf (Hrsg.)

## Gemeindeordnung Schleswig-Holstein

Kommentar, 12. Auflage 2015, 806 Seiten, gebunden, 79,- € inkl. MwSt, sofort lieferbar, ISBN 978-3-8293-1205-9

Erschienen im Kommunal- und Schul-Verlag

Das kommunale Verfassungsrecht ist in den vergangenen Jahren grundlegend geändert worden. Dazu gibt es eine Fülle aktueller Rechtsprechung und Praxiserfahrungen.

Die Neuauflage behandelt alle rechtlichen und verfahrensmäßigen Fragen anschaulich und verständlich.

Schwerpunkte des Kommentars sind die Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte der Einwohner/innen und Bürger/innen, die Rechtsstellung der Vorsitzenden der Gemeindevertretung, Rechte und Pflichten der Gemeindevertreter/innen und Ausschussmitglieder, Aufgaben und Arbeitsweise der Gemeindevertretung, des Hauptausschusses und der Fachausschüsse, das Berichtswesen, und die Wahl, Rechtsstellung und Aufgaben der ehren- und hauptamtlichen Bürgermeister/innen und das Gemeindefinanzrecht sowie die Vorschriften über die Kommunalaufsicht.

Die 12. Auflage beinhaltet die aktuelle Rechtsprechung und die neuesten Praxis-Erfahrungen. Damit liegt ein geschlossener Überblick über die Verwaltungs- und Verfahrensrechtsprechung zur Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein vor.

Das Erläuterungswerk ist ein Praktiker-Kommentar, der Hilfen für die tägliche Arbeit gibt. Es ist besonders geeignet für Gemeindevertreter/innen, Gemeinde-, Stadt-, Amtsverwaltungen, kommunale Verbände und Institutionen, Gerichte, Rechtsanwälte, Lehrkräfte, Studierende, Auszubildende, interessierte Bürger/innen.

Reimer Bracker war langjähriger Leiter der Kommunalabteilung und Bauabteilung im Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein; Klaus-Dieter Dehn, nach über 10-jähriger Tätigkeit im Innenministerium 20 Jahre Stv. Geschäftsführer des Schleswig-Holsteinischen Landkreistages, ist heute Kommunalberater sowie Verfasser zahlreicher kommunalrechtlicher Veröffentlichungen. Nach dem Ausscheiden von Reimer Bracker mit dem Erscheinen der 10. Auflage aus dem Autorenteam wirkt als neuer Autor Thorsten Ingo Wolf mit, der beim Kreis Segeberg als Kreisoberverwaltungsrat tätig ist.

Buchanzeige

Kopicki/Irlenbusch

## Umzugskostenrecht des Bundes

– einschließlich Trennungsgeld –

Kommentar, begründet von Alfons Kopicki und Willi Irlenbusch, fortgeführt von Diplom-Finanzwirt Rolf Biel

Loseblattausgabe, Stand 98. Ergänzungslieferung (März 2015), Grundwerk 2928 Seiten, Seitenformat DIN A 5, in zwei Ordnern, 128,- €, bei Fortsetzungsbezug (209,- € bei Einzelbezug), ISBN 978-3-7922-0154-1

Erschienen im Verlag W. Reckinger, Siegburg

Der bereits seit über 50 Jahren bewährte Kommentar zum Umzugskostenrecht – einschließlich Trennungsgeld – bietet den Praktikern in allen Zweigen der Bundesverwaltung und in allen anderen Verwaltungen, die das Bundesrecht anwenden, wertvolle Informationen und Hilfen zur Fallbearbeitung. Die Darstellung ist klar und übersichtlich, so dass auch der unter Zeitdruck stehende Benutzer das für ihn Wichtige rasch findet.

Der Kommentar ist von Praktikern verfasst, die das Umzugskosten- und Trennungsgeldrecht in all seinen Verästelungen überschauen, ohne dabei den Gesamtkontext zu verlieren. Zweifelsfragen werden nicht ausgewalzt, sondern schlüssig und aufschlussreich beantwortet. Der Benutzer profitiert davon, auch wenn er Umzugskosten- und Trennungsgeldrecht der Länder anwendet.

Die laufende Aktualisierung erfolgt durch Ergänzungslieferungen. Das Werk wird somit regelmäßig auf den neuesten Stand der Gesetzgebung und der Rechtsprechung gebracht.

Buchanzeige

Bischof/Jungbauer/Bräuer/Curkovic/Klipstein/Klüsener/Uher (Hrsg.)

## RVG

Kommentar

7. Auflage 2016, 1460 Seiten, Hardcover, 139,- €, ISBN 978-3-472-08925-4

Erschienen im Luchterhand Verlag, Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln

Vertrieb über PR-Direkt GmbH, Postfach 4122, 50217 Frechen

Das Werk bietet dem Leser eine praxisnahe Kommentierung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes. Das Autorenteam besteht aus Spezialisten, die allesamt in der anwaltlichen oder richterlichen Praxis arbeiten und damit ihr fundiertes Wissen einbringen können. Im Zentrum der Neuauflage stehen die Auswirkungen des am 1.8.2013 in Kraft getretenen 2. KostRModG auf die Praxis. Zahlreiche Beispiele, Musterrechnungen und Anwendungshinweise runden das auf die Bedürfnisse von Rechtsanwälten, Richtern und Rechtsanwaltsfachangestellten zugeschnittene Werk ab. Markenzeichen dieses Kommentars ist seine praxisorientierte Ausrichtung. Hierfür bürgt schon das Autorenteam, welches Fachwissen der richterlichen Seite, der rechtsanwaltlichen Seite wie auch der der Fachangestellten zusammenführt. Das Werk gewährleistet den schnellen Zugriff auf die einschlägige Norm und gibt fundierte Antworten auf gebührenrechtliche Fragestellungen, die praktikabel sind und auch ohne ein vertiefendes Nachlesen im Großkommentar auskommen. Die Kommentierung ist kompakt und wird durch Beispiele und praktische Handlungsanweisungen ergänzt. Die aktuelle Rechtsprechung zum RVG ist selbstverständlich berücksichtigt.