

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

## Aus dem Inhalt

*Prof. Dr. Stephan Harbarth*

Festveranstaltung für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht

*Hendrik Haußmann*

Unterbringung, Besondere Sicherungsmaßnahmen und Ärztliche Zwangsmaßnahmen

*Thorsten Fürter*

Der Nutzungsausfall bei fiktiver Schadensabrechnung

September 2021

## I. Aufsätze

Prof. Dr. Stephan Harbarth	Festveranstaltung für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht	325
Hendrik Haußmann	Unterbringung, Besondere Sicherungsmaßnahmen und Ärztliche Zwangsmaßnahmen	329
Thorsten Fürter	Der Nutzungsausfall bei fiktiver Schadensabrechnung	334

## II. Amtliche Veröffentlichungen

Bek. des MJEV v. 3. August 2021 –232–2400–56–1	Prüfungsausschuss für die Laufbahn der Fachrichtung Justiz – Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt, Laufbahnzweige Allgemeiner Vollzugsdienst, Werkdienst und Verwaltungsdienst im Justizvollzug	336
Bek. d. MJEV v. 5. August 2021 – II 342/1440 – 5 –	Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten bei den Staats- und Anwaltschaften (StA-Statistik)	336
Vfg. d. Präs.in SchIHOLG v. 17. August 2021 – 3170-202 SH –	Schleswig-Holsteinischer Anwaltsgerichtshof	336

## III. Personalnachrichten

337

## IV. Ausschreibungen

338

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

SchIHOLG	26. 2.2020	9 U 125/19	Löschung von Beiträgen oder Sperren des Nutzerkontos wegen Verstoßes gegen Nutzungsbedingungen oder Gemeinschaftsstandards eines sozialen Netzwerks	338
SchIHOLG	29. 11.2019	17 U 80/19	Reichweite der Pflichten eines Steuerberaters bei Insolvenzgefahr wegen festgestellter bilanzieller Überschuldung	345
SchIHOLG	29. 5.2019	12 U 102/18	Zur unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen eines Kettenüberlassungsvertrags und den daraus resultierenden Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung. Zur Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit bei der Feststellung des Vorliegens einer vorsätzlich unerlaubten Handlung nach Abgabe der Vermögensauskunft gem. § 802c ZPO.	349

Fortsetzung 3. Umschlagseite

### Terminankündigung

#### Isabel Bogdan liest aus „Laufen“

Isabel Bogdan kann Ernstes unterhaltsam berichten. So konnten wir es im Oberlandesgericht 2017 bei ihrem Debütroman „Pfau“ feststellen. Aber sie kann auch Ernstes mit großer Sensibilität vermitteln. So liegt es bei ihrem 2019 erschienenen Roman „Laufen“, in dem eine Joggerin gegen einen Schicksalsschlag, die quälenden Selbstvorwürfe und die Einsamkeit buchstäblich anläuft: „Laufen ist super, so schön stumpf, man muss gar nicht denken, ich kann sowieso nur über das Laufen nachdenken und meinen Körper und gar nicht über den anderen Mist, weil das viel zu anstrengend ist, ich laufe mir die Grübelei weg.“ Aber dabei bleibt es nicht, unsere Joggerin läuft nicht nur ihre Runden, sondern wieder mitten ins Leben und seine Vielschichtigkeit hinein. Mehr wird uns Isabel Bogdan selbst erzählen.

#### Bereits feststehende weitere Veranstaltungen

- 19. Oktober 2021: Lesung mit Mareike Krügel
- 4. November 2021: Neues auf dem Buchmarkt (von und mit Annemarie Stoltenberg)
- 13. Januar 2022: Lesung mit Michael Göring

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

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

##### Montag, den 20. September 2021, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

1968 geboren, ist Isabel Bogdan seit ihrem Studium der Anglistik und Japanologie als vielgefragte Übersetzerin tätig, u.a. für Jonathan Safran Foer, Megan Abbott und Tamar Yellin. Daneben organisiert sie Literatursalons und eine Blogger-Lesereihe. Nach dem Erfahrungsbuch „Sachen machen. Was ich immer schon tun wollte“ (2012) erschienen „Der Pfau“ (2016), „Laufen“ (2019) und – ganz aktuell – „Mein Helgoland“ (2021). Isabel Bogdan erhielt 2006 den Hamburger Förderpreis für Übersetzung, 2011 den für Literatur und 2017 den Deutschen Hörbuchpreis Hörkules.

**Kartenreservierung:** telefonisch ab 13. September 2021 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13–15 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

*Aufgrund der Corona-Pandemie wird der Teilnehmerkreis auf 50 Personen reduziert und auf eine Bewirtung verzichtet. Weitere Zugangsvoraussetzungen werden bei Reservierung bzw. an der Abendkasse mitgeteilt.*

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

Spendenkonto Nospa IBAN: DE44 2175 0000 0050 0072 94, BIC: NOLADE21NOS  
<https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/Service/Termine/JustizKultur.html>

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein

Herausgegeben vom Ministerium für Justiz, Europa und Verbraucherschutz des Landes Schleswig-Holstein in Kiel, das die Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts mit der Schriftleitung und der Wahrnehmung der Aufgaben des Herausgebers beauftragt hat.

Früher im Verlag J.J. Augustin, Glückstadt – ISSN 1860-9643

ERSCHEINT SEIT 1750

AUSGEGEBEN IM SEPTEMBER 2021

TEIL A NUMMER 9

## Festveranstaltung für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht

am 14. Juni 2021 im Plenarsaal des Schleswig-Holsteinischen Landtages

Prof. Dr. Stephan Harbarth, LL.M. (Yale), Präsident des Bundesverfassungsgerichts



Quelle: Schleswig-Holsteinischer Landtag

*Erst seit 2008 verfügt Schleswig-Holstein über ein eigenes Landesverfassungsgericht – das jüngste bundesweit. Bis zu diesem Zeitpunkt waren landesverfassungsgerichtliche Streitigkeiten über nahezu vier Jahrzehnte dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung zugewiesen. Im Januar 2021 endete die erste volle Wahlperiode der Richterinnen und Richter des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichtes. Aus diesem Anlass hat der Landtag die seit Gründung des Gerichts geleistete Arbeit, aber auch die gesamtgesellschaftliche Integrationswirkung, die die Verfassungsrechtsprechung im politischen, rechtlichen und sozialen Diskurs entfaltet, gewürdigt. Die Festrede hielt der Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Prof. Dr. Stephan Harbarth. Es schloss sich ein Podiumsgespräch über die Herausforderungen für die Landesverfassungsgerichtsbarkeit in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft zwischen dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Prof. Dr. Stephan Harbarth, sowie dem derzeitigen und dem vorherigen Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts, Prof. Dr. Christoph Brüning und Dr. Bernhard Flor, unter der Moderation des Leiters des Politikressorts der ZEIT, Dr. Heinrich Wefing, an.*



Quelle: Schleswig-Holsteinischer Landtag

v.l.n.r.: Dr. Flor, Prof. Dr. Brüning, Prof. Dr. Harbarth, Dr. Wefing (Moderation)

Sehr geehrter Herr Landtagspräsident,  
sehr geehrter Herr Ministerpräsident,  
sehr geehrte Frau Ministerin Sütterlin-Waack,  
sehr geehrter Herr Minister Claussen,  
sehr geehrter Herr Präsident Professor Brüning,  
sehr geehrter Herr Präsident Dr. Flor,  
sehr geehrte Frau Vizepräsidentin Dr. Fuchsloch,  
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,  
sehr geehrte amtierende und ehemalige Mitglieder des Landesverfassungsgerichts,  
sehr geehrte Damen und Herren,

herzlichen Dank für die Einladung zur heutigen Festveranstaltung – herzlichen Dank für die Gelegenheit, gemeinsam mit Ihnen das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht zu feiern.

Und hierzu besteht wahrlich Anlass:

Die verfassungsrechtlichen Herausforderungen in Schleswig-Holstein sind seit jeher besondere. Auch wenn man gewissermaßen am anderen Ende Deutschlands die Schule besucht, lernt man dies bereits als Pennäler: Up ewig ungedeelt – Vertrag von Ripen.

So ist es kein Wunder, dass – wie Sie alle wissen – der Premierminister Lord Palmerston die Landesgeschichte rund um die Zugehörigkeit der Herzogtümer Schleswig und Holstein bereits 1864 mit den Worten kommentiert haben soll:

„Die Schleswig-Holsteinische Frage haben überhaupt nur drei Menschen verstanden. Der Prinzgemahl Albert, aber der ist tot. Ein deutscher Professor, aber der ist darüber verrückt geworden. Und ich. Aber ich habe alles vergessen.“

Auch in der Nachkriegszeit des 20. Jahrhunderts kam Schleswig-Holstein nicht zur Ruhe. Die politische und wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Landes wurde von manchen – wie wir wissen: zu Unrecht – in Zweifel gezogen. Der schleswig-holsteinische Landtag verabschiedete im Jahr 1949 die „Landessatzung für Schleswig-Holstein“, mit der der staatsrechtliche Status des Landes als Glied der Bundesrepublik Deutschland fixiert wurde. Aber erst im Jahr 1990 wurde diese Landessatzung durch die „Verfassung des Landes Schleswig-Holstein“ ersetzt. Es dauerte fast weitere 18 Jahre, bis Schleswig-Holstein als letztes Bundesland zum 1. Mai 2008 sein Verfassungsgericht errichtete.

Im Januar 2021 endete nun – und dies ist angesichts der großen Herausforderungen, die mit dem Aufbau eines Landesverfassungsgerichts verbunden sind, ein ebenso gewichtiger Grund zum Feiern – die erste volle Wahlperiode der Richterinnen und Richter des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichtes. Ich freue mich außerordentlich, dass Sie mich eingeladen haben, aus diesem Anlass die Entwicklung des Gerichts und die Verdienste seiner Mitglieder der ersten Stunde zu würdigen.

Sehr geehrter Herr Dr. Flor,  
sehr geehrter Herr Schmalz,  
sehr geehrte Frau Thomsen,  
sehr geehrte Frau Hillmann,  
sehr geehrter Herr Dr. Brock,  
sehr geehrter Herr Professor Welti und  
im Gedenken, Herr Prof. Dr. Samson,

den Verfassungsgerichten des Bundes und der Länder kommt in der Bundesrepublik Deutschland – jeweils für ihren Verfassungsraum – die letztverbindliche Hoheit über die rechtliche Grundordnung eines Staates zu. Es versteht sich von selbst, dass diese Aufgabe ungleich anspruchsvoller ist, wenn ein Gericht neu ist, wenn sich noch keine eigenständige Rechtsprechungstradition entwickeln konnte.

Es verdient vor diesem Hintergrund besondere Anerkennung, ein Verfassungsgericht aus der Taufe gehoben und von Grund auf etabliert zu haben. Als das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht im Jahr 2008 seine Amtsgeschäfte aufnahm, gab es keine ausgetretenen Pfade, denen Sie, seine Gründungsmitglieder, folgen konnten.

Auch die organisatorischen und strukturellen Voraussetzungen mussten geschaffen werden. Ihnen, Herr Dr. Flor, oblag die Aufgabe, die Abstimmung und Zusammenkunft der sieben Gerichtsmitglieder zu koordinieren, die allesamt mit verantwortungsvollen und zeitfüllenden juristischen Berufen im Hauptamt befasst waren – verteilt über ganz Schleswig-Holstein und die übrige Republik. Es galt, gleich zu Beginn eine funktionierende Beratungskultur zu entwickeln, um durch überzeugende Entscheidungen den hohen Erwartungen gerecht zu werden, die die Menschen an das neue Verfassungsgericht hatten. Sie alle, verehrte Richterinnen und Richter, nahmen Ihre neue ehrenamtliche Aufgabe mit großem Verantwortungsbewusstsein und Engagement wahr. Es spricht für sich, dass Ihnen zum zehnjährigen Jubiläum des Gerichts im Jahr 2018 durch Herrn Ministerpräsidenten Günther und Herrn

Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Landtages Schlie attestiert wurde, dass Sie die fehlende Tradition kompensiert, das Verfassungsgericht zu einer starken und schlagkräftigen Kontrollinstanz entwickelt und ihm zu Ansehen im Lande verholfen haben.<sup>1</sup>

## I. Rolle des Bundesverfassungsgerichts

Vor der Aufnahme der Amtsgeschäfte des Schleswig-Holsteinischen Verfassungsgerichts am 1. Mai 2008<sup>2</sup> beschritt Schleswig-Holstein bekanntlich einen in der Verfassungslandschaft der Bundesrepublik Deutschland einmaligen Sonderweg. Mehr als fünfeinhalb Jahrzehnte war das Bundesverfassungsgericht nach Art. 99 GG als Landesverfassungsgericht tätig.<sup>3</sup>

Zwar war das Bundesverfassungsgericht dabei bestrebt, seine Entscheidungen an den Verhältnissen in Schleswig-Holstein<sup>4</sup> vor dem Maßstab der Landesverfassung auszurichten.<sup>5</sup> Dennoch riefen die durch die hohe Anzahl der Eingänge beim Bundesverfassungsgericht bedingte lange Verfahrensdauer sowie die Tatsache, dass Karlsruhe nun einmal nicht direkt vor Ihrer Haustüre liegt, den verständlichen Wunsch des Landes nach einem eigenen Verfassungsgericht hervor. Neben schnelleren Entscheidungen versprach sich der schleswig-holsteinische Gesetzgeber eine Betonung der Eigenstaatlichkeit des Landes, eine Stärkung der Landesverfassung und eine mit der Ortsnähe einhergehende größere Sachnähe des Gerichts.<sup>6</sup> Dies veranschaulicht die Erwartungshaltung, mit der sich das junge Landesverfassungsgericht von Anfang an konfrontiert sah.

Die Schaffung eines eigenen Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts war zweifellos überfällig. Ohne eine eigene Verfassungsgerichtsbarkeit – so der Befund Klaus Sterns bereits im Jahr 1982 – ist die staatsorganisatorische Struktur eines Landes der Bundesrepublik Deutschland unvollständig.<sup>7</sup> Roman Herzog hielt es gar für „grundfalsch, ein Bundesorgan über die Auslegung von Landesverfassungsbestimmungen entscheiden zu lassen.“<sup>8</sup> Hans-Jürgen Papier äußerte anlässlich des 10jährigen Bestehens des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin im Jahr 2002, niemand behaupte heute noch ernsthaft, die Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder sei überflüssig, sie werde vielmehr als eine „verfassungs-

1 Vgl. Grußworte des Ministerpräsidenten Daniel Günther und des Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Landtages Klaus Schlie, Schleswig-Holsteinische Anzeigen, Sonderdruck Festveranstaltung aus Anlass des 10-jährigen Bestehens des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts am 2. Mai 2018, S. 6 f., abrufbar unter [https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/LVG/Presse/\\_documents/sonderdruck\\_10\\_jahre.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/LVG/Presse/_documents/sonderdruck_10_jahre.pdf?__blob=publicationFile&v=1) [zuletzt abgerufen am 15.01.21].

2 Zur Geschichte des Landesverfassungsgerichts siehe Waack, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack (Hrsg.), Festschrift für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht, 2008, S. 1 ff.

3 Zuweisung durch Art. 37 Landessatzung; ab 1990: Art. 44 Landesverfassung.

4 Vgl. nur BVerfGE 6, 104 (119 f.); 107, 286 (296); BVerfGE 120, 82 ff. [juris Rn. 144].

5 Vgl. nur BVerfGE 27, 240 (244); BVerfGE 120, 82 ff. Rn. 94 juris.; hierzu auch Ewer, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack (Hrsg.), Festschrift für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht, 2008, S. 55 (77).

6 Vgl. Erste Lesung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein (LT-Drs. 16/656), Plenarprotokoll 16/25, S. 1738 ff.; zusammenfassend Waack, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack (Hrsg.), Festschrift für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht, 2008, S. 1 (52 f.).

7 Stern, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Ländern, JA 1984, 385.

8 Herzog, in: Kluge/Wolnicki (Hrsg.), Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, 2. Auflage 1999, S. 221 (224).

rechtliche Notwendigkeit angesehen, ohne die die föderative Architektur des Grundgesetzes unvollständig wäre.“

Es steht ganz außer Frage: Die Errichtung eines eigenen Landesverfassungsgerichts basiert nicht nur auf der Eigenstaatlichkeit und Verfassungsautonomie der Länder,<sup>9</sup> sie ist zugleich ihr vornehmster Ausdruck. Landesverfassungsgerichte sind in einem föderalen Staatsaufbau, wie ihn das Grundgesetz mit dem Bundesstaatsprinzip vorsieht, als „Hüter“ der Landesverfassung kein Luxus, sondern eine Selbstverständlichkeit. Denn es gehört zu den elementaren Wesensmerkmalen des Verfassungsstaates, dass die Verfassung als Grundordnung einer Gemeinschaft nicht nur auf dem Papier steht, sondern auch durchsetzbar ist. Die Verfassungsautonomie der Länder bliebe unvollkommen, wenn die Letztinterpretation der Landesverfassung nicht in die Hände einer Landesinstitution gelegt würde. Und gerade das Schleswig-Holsteinische Verfassungsgericht hat gezeigt, wie ein Landesverfassungsgericht einer Landesverfassung Konturen und Profil verleihen kann.

## II. Ausgewählte Entscheidungen

Dadurch, dass die Durchsetzung der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein so lange Zeit dem Bundesverfassungsgericht anvertraut war, hat Karlsruhe die schleswig-holsteinische Verfassungsrechtsprechung mitgestaltet. Seit 1952 haben das Bundesverfassungsgericht und seit dem Jahr 2008 das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht eine Fülle bedeutender Entscheidungen in nahezu sämtlichen ihnen zugewiesenen Verfahrensarten getroffen: von Organstreitverfahren, abstrakten und konkreten Normenkontrollen über kommunale Verfassungsbeschwerden bis hin zu Wahlprüfungsverfahren. Der heutige Tag gibt Gelegenheit, anhand einer exemplarischen Auswahl nachzuvollziehen, wie beide Gerichte das Verfassungsleben in Schleswig-Holstein geprägt und sichtbare Impulse für das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland gesetzt haben. Dass ich mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts beginne, ist einzig der Chronologie geschuldet.

### 1. BVerfGE 1, 208 ff.: Verfassungswidrigkeit der 7,5 %-Sperrklausel

Gleich der ersten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als Schleswig-Holsteinisches Landesverfassungsgericht<sup>10</sup> sollte prägende Wirkung für das bundesdeutsche Wahlrecht insgesamt zukommen: In seinem Urteil vom 5. April 1952 entwickelte das Bundesverfassungsgericht die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit nach Zähl- und Erfolgswert der Stimmen<sup>11</sup> und begründete historisch und rechtsvergleichend die Zulässigkeit eines Quorums von fünf Prozent.<sup>12</sup> Die in Schleswig-Holstein damals eingeführte Sperrklausel von 7,5 Prozent wurde hingegen auch unter Berücksichtigung der tatsächlichen und wahlrechtlichen Besonderheiten für nicht gerechtfertigt erachtet.<sup>13</sup>

Erwähnenswert ist, dass das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung ausdrücklich Bezug auf kurz zuvor ergangene Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs<sup>14</sup> nahm und somit den sich entwickelnden – auch

heute so bedeutsamen – Verfassungsgerichtsverbund,<sup>15</sup> den Verbund mit den Landesverfassungsgerichten, in der jungen Bundesrepublik stärkte.

### 2. BVerfGE 120, 82 ff.: Verfassungswidrigkeit der 5 %-Sperrklausel bei Kommunalwahlen

Nach zahlreichen Entscheidungen insbesondere in Organstreitverfahren und zur kommunalen Selbstverwaltung betraf auch eine der letzten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als Schleswig-Holsteinisches Landesverfassungsgericht vom 13. Februar 2008 eine wahlrechtliche Sperrklausel.<sup>16</sup> In diesem Fall leitete das Bundesverfassungsgericht eine Rechtsprechungsänderung in Bezug auf Quoren bei Kommunalwahlen ein<sup>17</sup> und erklärte die Fünf-Prozent-Hürde bei den schleswig-holsteinischen Kommunalwahlen nach Einführung der Direktwahl von Bürgermeister und Landrat für unzulässig.<sup>18</sup>

Dabei nahm das Gericht umfangreich Bezug – und so schließt sich der Kreis – auf die in seinem ersten Urteil in dieser Funktion aus dem Jahr 1952 aufgestellten Grundsätze<sup>19</sup> und arbeitete zugleich die Unterschiede zwischen Landes- und Kommunalparlament heraus. Mit ausführlichen Verweisen auf die zwischenzeitlich ergangene landesverfassungsrechtliche Rechtsprechung<sup>20</sup> strebte das Bundesverfassungsgericht nach Homogenität der eigenen Rechtsprechung mit derjenigen der Verfassungsgerichte der Länder.

### 3. Ausgewählte Entscheidungen des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts

Ab dem 1. Mai 2008 haben Sie, verehrte Richterinnen und Richter, die Aufgabe des Gerichts als Hüter der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein übernommen. Ihre Urteile haben bundesweit Beachtung gefunden.

#### a) LVerfG 3/09 und 1/10: Regelungen zum Ausgleich von Überhangmandaten verfassungswidrig

Hervorzuheben sind zunächst zwei – in der Literatur kontrovers besprochene<sup>21</sup> – Urteile aus dem Jahr 2010.<sup>22</sup> In diesen stellt das Landesverfassungsgericht fest, dass die Regelungen des schleswig-holsteinischen Wahlrechts zum Ausgleich von Überhangmandaten verfassungswidrig sind.

Noch bemerkenswerter als die rechtliche Analyse ist die angeordnete Rechtsfolge: Das gerade einmal zwei Jahre junge Landesverfassungsgericht begrenzte aufgrund der Schwere des Verstoßes die Legislaturperiode und verpflichtete den Gesetzgeber zu Neuwahlen nach einem zu reformierenden Wahlrecht.

Die anstandslose Befolgung dieser Urteile durch die übrigen Verfassungsorgane des Landes ist die selbstverständliche Konsequenz rechtsstaatlicher Gewaltenteilung. Sie ist dennoch auch Ausdruck dessen, dass das junge Landesverfassungsgericht seine Rolle als Hüter der Landesverfassung

15 Zu diesem Begriff *Voßkuhle*, Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit im föderalen und europäischen Verfassungsgerichtsverbund, in: Häberle (Hrsg.), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 59, S. 215 ff.; ders., NVwZ 2010, 1 ff.

16 BVerfGE 120, 82 ff.

17 Zuvor vgl. u.a. BVerfGE 6, 104 [juris: Rn. 35 ff.], BVerfGE 11, 266 [juris: Rn. 36], BVerfGE 13, 243 [juris: Rn. 11], BVerfGE 47, 253 [juris: Rn. 53].

18 BVerfGE 120, 82 ff., [Urteil vom 13.02.2008 – 2 BvK 1/07 (juris)].

19 Rn. 99, 109, 112, 115 (juris).

20 u.a. Rn. 103, 121, 127, 132 (juris).

21 Vgl. nur *Kerssenbrock*, NordÖR 2011, 15; Meyer, NordÖR 2010, 421 ff.

22 Urteile des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts vom 30.08.2010 – LVerfG 3/09 und LVerfG 1/10.

9 Vgl. BVerfGE 96, 345, 368 f

10 BVerfGE 1, 208 ff.

11 BVerfGE 1, 208 (244 ff.).

12 BVerfGE 1, 208 (249 ff.); ausdrücklich dann BVerfGE 4, 31 ff.

13 BVerfGE 1, 208 (256 ff.).

14 BVerfGE 1, 208 (246).

unverzüglich und selbstbewusst ausgefüllt hat. Um es mit den Worten von *Hans Meyer* zu sagen, zeigen die Urteile „ein hoch ambitioniertes und fähiges Landesverfassungsgericht [...], das in seinen ersten Schritten dem Lande zur Ehre ge- reicht.“<sup>23</sup>

### **b) Minderheitenschutz im Wahlrecht, u.a. LVerfG 9/12: Befreiung einer Partei einer Minderheit von der Sperrklausel verfassungsgemäß**

Ein Charakteristikum des Landes Schleswig-Holstein, mit welcher Bundes- und Landesverfassungsgericht immer wieder befasst waren, sind der Schutz und die Integration der dänischen und friesischen Minderheiten. Das Land ist sich seiner besonderen Verantwortung für diese bereits seit seiner Gründung bewusst: Schon die Landessatzung von 1949 betont in Art. 5,<sup>24</sup> dass „das Bekenntnis zu einer nationalen Minderheit“ frei ist. Ergänzt wurde dies um einen allgemeinen Schutz- und Förderungsanspruch für nationale Minderheiten und Volksgruppen durch die Verfassungsreform von 1989/1990,<sup>25</sup> mit welchem das Land – in den Worten *Peter Häberle* – „vorbildlich Neuland betreten“ hat.<sup>26</sup>

Die Regelungen und Entscheidungen zum Minderheitenschutz im Wahlrecht zeigen beispielhaft, wie bestimmte Charakteristika im pluralistisch-föderalen Gefüge einem Bundesland und einer Landesverfassung eine eigene Prägung geben können. Mit der Entscheidung für ein eigenes Verfassungsgericht rückten derartige spezifisch schleswig-holsteinische Verfassungsfragen in den Blickpunkt. So trug das Landesverfassungsgericht dem besonderen Minderheitenschutz in einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 Rechnung, in welcher die Befreiung des Südschleswigschen Wählerverbandes von der Sperrklausel für verfassungsgemäß erachtet wurde.<sup>27</sup>

### **c) LVerfG 2/18: Fehlende Verbandskompetenz des Landes zur Durchführung einer Volksinitiative für ein Fracking-Verbot**

Die letzte Entscheidung, auf welche ich eingehen möchte, ist zugleich eine der letzten, die in die Amtszeit des ehemaligen Präsidenten *Dr. Flor* fällt. Mit Urteil vom 6. Dezember 2019 hat das Landesverfassungsgericht einer Volksinitiative, mit der ein generelles Verbot von Fracking zum Schutz des Wassers normiert werden sollte, die Zulässigkeit abgesprochen.<sup>28</sup>

Sie ist aus fachlicher Sicht erwähnenswert, weil über Art. 48 der Landesverfassung die grundgesetzlichen Kompetenznormen als Prüfungsmaßstab herangezogen wurden.<sup>29</sup> Zugleich betrifft sie mit Elementen der direkten Demokratie verfassungsrechtliche Fragen, deren Behandlung faktisch mangels entsprechender Institute auf Bundesebene im Grundsatz allein den Landesverfassungsgerichten zugewiesen ist.

Aus thematischer Sicht zeigt der Fall exemplarisch, wie Verfassungsgerichte zur Klärung politischer und gesellschaftlicher Grundlagenfragen berufen sind und wie sie mit wohl argumentierten Entscheidungen den Rechts- und Verfassungsstaat auf Landes- und Bundesebene stärken.

Sie alle, verehrte ehemalige Richterinnen und Richter des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichtes, haben in Ihrer Amtszeit maßgeblich dazu beigetragen, dass dieses Gericht seinen Platz als Hüter der Landesverfassung an- und eingenommen und damit die Landesverfassungsgerichtsbarkeit in ganz Deutschland vervollständigt und bereichert hat.

Den Grundstein für Ihre herausgehobene Rolle als Präsident eines Verfassungsorgans im Spannungsfeld von Recht und Politik haben Sie, sehr geehrter Herr Dr. Flor, bereits mit Ihrer Promotion gelegt, die unter dem Titel „Verfassungsrechtliche Aspekte des Demokratie- und Mandatsverständnisses der Grünen“<sup>30</sup> erschienen ist. Neben Ihrer langjährigen Erfahrung als Richter, Direktor des Amtsgerichts Pinneberg und Präsident des Landgerichts Itzehoe hat Ihnen Ihre Tätigkeit als Büroleiter zweier Justizminister sicherlich auch mit Blick auf die verfassungsrichterliche Tätigkeit Einblicke in das politische Tagesgeschäft verschafft. Sie haben das junge Landesverfassungsgericht nicht zuletzt durch zahlreiche Fachbeiträge insbesondere zu seinen Jubiläen repräsentiert und bei der Bevölkerung und in der Fachwelt etabliert.

Doch tatsächlich beweisen muss sich ein Gericht durch seine Rechtsprechung: Hier spricht es für die Professionalität, aber auch die Intensität der gerichtlichen Beratungen und das große Engagement des Präsidenten und aller Mitglieder, dass nahezu sämtliche Urteile des Landesverfassungsgerichts im Ergebnis einstimmig ergingen.<sup>31</sup>

Sie haben die außergewöhnliche Herausforderung, ein Verfassungsgericht vom Grunde auf zu errichten, gemeistert und sind den mit diesem Gericht verbundenen Erwartungen in vollem Umfang gerecht geworden. Es ist Ihnen gelungen, das junge Gericht als wirkmächtigen und durchsetzungsstarken Hüter der Landesverfassung gegenüber den anderen Gewalten und im Bewusstsein der Bevölkerung, aber auch als im Kreis der Landesverfassungsgerichte anerkannten Akteur zu etablieren. Und angesichts dieser beeindruckenden Leistungsbilanz wird die Debatte um die Einführung einer Landesverfassungsbeschwerde sicher nicht verstummen.

Mit Ihnen, sehr geehrter Herr *Professor Brüning*, hat das Landesverfassungsgericht nun einen Präsidenten, der neben seinem analytischen Blick aus der Wissenschaft gerade auch auf die Landesverfassung – der von Ihnen mitherausgegebene Kommentar zu dieser erschien im März 2021<sup>32</sup> – sowohl über Erfahrung als Verwaltungsrichter als auch als langjähriges Mitglied dieses Landesverfassungsgerichts verfügt. Ich bin überzeugt, dass Sie mit Ihrer vorzüglichen wissenschaftlichen und praktischen Expertise gemeinsam mit der in den vergangenen Jahren nach und nach hinzugestoßenen neuen Genera-

23 *Meyer*, NordÖR 2010, 421 (429).

24 Inzwischen Art. 6 Landesverfassung Schleswig-Holstein.

25 Art. 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 Landesverfassung.

26 *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 2002, S. 337.

27 Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts vom 13.09.2013 – LVerfG 9/12; vgl. auf Bundesebene § 6 Abs. 3 Satz 2 BWG.

28 Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts vom 06.12.2019 – LVerfG 2/18.

29 Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts vom 06.12.2019 – LVerfG 2/18 Rn. 63 ff.; anders noch das BVerfG auf Grundlage der zuvor geltenden Rechtslage, BVerfGE 103, 332 (356); hierzu bereits bei der Errichtung des Landesverfassungsgerichts *Caspar*, in: *Caspar/Ewer/Nolte/Vaak* (Hrsg.), Festschrift für das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht, 2008, S. 79 (82 ff.).

30 *Flor*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Demokratie- und Mandatsverständnisses der Grünen, Diss. Univ. Kiel 1986.

31 Vgl. *Flor*, Schleswig-Holsteinische Anzeigen, Sonderdruck Festveranstaltung aus Anlass des 10-jährigen Bestehens des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts am 2. Mai 2018, S. 11 (12), abrufbar unter [https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/LVG/Presse/\\_documents/sonderdruck\\_10\\_jahre.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/LVG/Presse/_documents/sonderdruck_10_jahre.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

32 *Becker/Brüning/Ewer/Schliesky* (Hrsg.), Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Handkommentar, 2021.

tion von Verfassungsrichterinnen und -richtern der Geschichte dieses Gerichts ein weiteres bemerkenswertes Kapitel hinzufügen werden.

Sehr geehrte Damen und Herren, das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht komplettiert und bereichert seit über dreizehn Jahren die Verfassungslandschaft der Bundesrepublik Deutschland. In dieser Zeit hat es die Rolle des Hüters der Landesverfassung selbstbewusst übernommen

und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fortgeschrieben und weiterentwickelt. Ich freue mich auf die weitere Kooperation und den Dialog im föderalen Verfassungsgerichtsverbund.

Das Landesverfassungsgericht mit seinen ehemaligen und jetzigen Mitgliedern, die weiteren Verfassungsorgane mit ihren Mitgliedern, insbesondere aber die Bürgerinnen und Bürger Schleswig-Holsteins begleiten meine besten Wünsche!

## Unterbringung, Besondere Sicherungsmaßnahmen und Ärztliche Zwangsmaßnahmen

nach dem Gesetz zur Hilfe und Unterbringung von Menschen mit Hilfebedarf infolge psychischer Störungen (PsychHG) des Landes Schleswig-Holstein vom 11. Dezember 2020

Richter am Amtsgericht Hendrik Haußmann\*



### Einleitung

Das am 24. Dezember 2020 als „besonderes Weihnachtsgeschenk“ nach umfangreichen schriftlichen und mündlichen Anhörungen in Kraft getretene Gesetz zur Hilfe und Unterbringung von Menschen mit Hilfebedarf infolge psychischer Störungen (PsychHG) des Landes Schleswig-Holstein vom 11. Dezember 2020 bringt insbesondere für den Praktiker einige bedeutende Änderungen mit sich. Hierbei wurde insbesondere im Lichte der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung vom 24. Juli 2018 zur Fixierung im Rahmen der Psychiatrieunterbringung nach den Landesgesetzen zur Unterbringung psychisch kranker Menschen die besondere Sicherungsmaßnahme der Fixierung im Rahmen der Unterbringung gesetzlich (neu) geregelt. Neben der Aufnahme des Sozialpsychiatrischen Dienstes der Gesundheitsämter mit seinem konkreten Aufgabenbereich in eine gesonderte Vorschrift wurden der Begriff der psychischen Erkrankung durch den heute gängigen Terminus psychische Störung ersetzt und der Unterbringungsbegriff klarer definiert. Damit wird nunmehr klargestellt, dass bei somatischen Erkrankungen die Unterbringung in einem dafür geeigneten Krankenhaus erfolgt. Neben einer Dokumentations- und Berichtspflicht zur Stärkung des Rechtsschutzes der Betroffenen<sup>1</sup> und als Instrument der Qualitätskontrolle wurden die Ziele der Hilfen und Hilfeformen konkretisiert und die Patientenrechte im Hinblick auf Freizeitbeschäftigung und Besuchsmöglichkeiten gestärkt.

Gleichwohl kommt es nach wie vor zu Unklarheiten und Auslegungsdifferenzen hinsichtlich der konkreten Voraussetzungen der einzelnen gesetzlich geregelten Maßnahmen bzw. deren Zulässigkeitsvoraussetzungen und der hiermit einhergehenden Verfahrensweisen in rechtlicher Hinsicht. Vorliegend soll ein zusätzliches Problembewusstsein geschaffen werden.

### Unterbringung, §§ 7 ff. PsychHG SH

Zunächst ist gemäß § 7 Abs. 1 PsychHG SH eine Unterbringung des Betroffenen gegen oder ohne seinen natürlichen Willen in einem geeigneten Krankenhaus zulässig, wenn und solange der Betroffene infolge seiner psychischen Störung sein Leben, seine Gesundheit oder bedeutende Rechtsgüter anderer erheblich gefährdet und die Gefahr nicht anders abgewendet werden kann. Eine Unterbringung liegt gemäß § 7 Abs. 2 PsychHG SH vor, wenn der Betroffene gegen seinen natürlichen Willen in den abgeschlossenen Teil einer geeigneten Einrichtung eingewiesen wird oder dort verbleiben soll. Sie liegt auch dann vor, wenn ihm untersagt wird, eine nicht abgeschlossene Einrichtung zu verlassen, oder wenn er daran gehindert wird.

Psychische Störungen im Sinne dieses Gesetzes sind nur solche, die nach medizinischer Einschätzung behandlungsbedürftig sind, unabhängig von ihrer Ursache, § 1 Abs. 2 PsychHG SH. Dabei wird ausweislich der Gesetzesbegründung im Gesetzestext nicht zwischen einzelnen Erscheinungsformen einer Krankheit unterschieden, sondern diese werden vielmehr vom Oberbegriff der psychischen Störung erfasst, wobei es unerheblich ist, inwieweit die psychische Störung auf einer Behinderung oder Abhängigkeitserkrankung beruht. Die Definition der psychischen Störung nach Absatz 2 umfasst die relevanten Störungen nach der ICD-10, die unabhängig von ihren Ursachen eine gewisse Erheblichkeit aufweisen und aus medizinischer Sicht behandlungsbedürftig sind. Hierbei ist einschränkend darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber dabei unstrittig nicht alleine auf eine geistige oder körperliche Behinderung als Voraussetzung abstellt, sondern zusätzlich auf das Vorliegen eines akuten behandlungsbedürftigen Ausnahmezustandes, welcher zum Schutz von Leib und/oder Leben des Betroffenen oder erheblich gefährdeter Rechtsgüter anderer eine Intervention gegen oder ohne den Willen des Betroffenen erforderlich macht, beispielsweise eine akute Exacerbation oder einen akuten psychiatrischen Erregungszustand.

Eine entsprechende Gefahr im Sinne von § 7 Abs. 1 besteht nach § 7 Abs. 3 PsychHG SH insbesondere dann, wenn sich die akute psychische Störung so auswirkt, dass ein schadenstiftendes Ereignis unmittelbar bevorsteht oder unvorhersehbar ist, jedoch wegen besonderer Umstände jederzeit

\* Der Verfasser, derzeit abgeordnet an das Ministerium für Justiz, Europa und Verbraucherschutz, ist Richter am Amtsgericht Oldenburg in Holstein und war über viele Jahre als Abteilungsleiter der Betreuungsabteilung sowie als Betreuungsrichter in Betreuungs- und Unterbringungsverfahren sowie im richterlichen Bereitschaftsdienst tätig.

<sup>1</sup> Aus Gründen der Vereinfachung soll nachfolgend geschlechtsneutral lediglich eine Form Verwendung finden; gemeint sind natürlich alle Geschlechter.

damit gerechnet werden muss, sodass – wie bisher – rein präventive Maßnahmen als klar unzulässig ausscheiden.

Gemäß § 8 Abs. 1 und 2 PsychHG SH kann die Unterbringung nur auf schriftlichen Antrag des Kreises oder der kreisfreien Stadt angeordnet werden, wobei dem Antrag eine ärztliche Stellungnahme eines auf dem Gebiet der Psychiatrie erfahrenen Arztes beizufügen ist, in der die Erfüllung der Voraussetzungen für die Unterbringung durch entsprechende Tatsachenfeststellungen bescheinigt wird. Diese ärztliche Stellungnahme muss auf einer persönlichen Begutachtung des Betroffenen beruhen.

Gemäß § 9 PsychHG SH besteht eine Zuständigkeit der Amtsgerichte, hinsichtlich deren Verfahren § 10 PsychHG SH auf die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) verweist.

Zuletzt ist der Kreis oder die kreisfreie Stadt ermächtigt, für den Fall, dass eine gerichtliche Entscheidung nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann, die Unterbringung im Rahmen des Art. 104 Abs. 2 GG vorläufig, jedoch längstens bis zum Ablauf des auf die Unterbringung folgenden Tages, vorzunehmen, wobei unverzüglich die gerichtliche Unterbringungsanordnung zu beantragen ist.

### Das ärztliche Zeugnis

Dabei gilt im Falle des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung – in der Praxis der Regelfall – bezüglich der erforderlichen Psychiatrieerfahrung der die gerichtliche Anhörung begleitenden Ärzte, dass der das Zeugnis – in der Regel mündlich – erstattende Arzt weder Arzt für Psychiatrie sein, noch Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie haben muss, § 10 PsychHG SH in Verbindung mit § 331 S. 1 Nr. 2 und § 312 Nr. 4 FamFG. Die hier in der Praxis immer wieder geforderte mehrmonatige Psychiatrieerfahrung des die Anhörung begleitenden Arztes entbehrt damit einer gesetzlichen Grundlage. Im Falle eines Hauptsacheverfahrens genügt für eine landesrechtliche Unterbringungsmaßnahme nach dem PsychHG SH entgegen § 321 Abs. 1 S. 1 FamFG, welcher für Unterbringungsmaßnahmen – beispielsweise nach dem BGB und solange es sich nicht um solche gemäß § 312 Nr. 2 FamFG, mithin unterbringungsähnliche Maßnahmen nach § 1906 Abs. 4 BGB, handelt – vor der Unterbringungsmaßnahme eine förmliche Beweisaufnahme durch Einholung eines Gutachtens über die Notwendigkeit der Maßnahme fordert, gemäß § 321 Abs. 2 FamFG die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses. Hierbei – im Falle des Hauptsacheverfahrens – gilt allerdings, dass der ausstellende Arzt gemäß § 321 Abs. 1 S. 4 FamFG Arzt für Psychiatrie sein soll, jedenfalls aber über Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie verfügen muss.

Zwar statuiert § 8 Abs. 2 PsychHG SH, dass dem Unterbringungsantrag eine ärztliche Stellungnahme eines auf dem Gebiet der Psychiatrie erfahrenen Arztes beizufügen ist, in der – das Gesetz spricht, offenbar auf Grund eines Redaktionsversehens, von „dem“ – die Erfüllung der Voraussetzungen für die Unterbringung durch entsprechende Tatsachenfeststellungen bescheinigt wird und die auf einer persönlichen Begutachtung des betroffenen Menschen beruhen muss. Allerdings ist hier zu unterscheiden zwischen dem schriftlichen Unterbringungsantrag nebst diesem beigefügtem ärztlichem Zeugnis, und der im Rahmen der gerichtlichen Anhörung des Betroffenen erfolgenden Anhörung des (behandelnden) Arztes, welcher insoweit ein – neues – mündliches ärztliches Zeugnis

erstattet.<sup>2</sup> Letzteres dürfte jedenfalls dann erforderlich sein, wenn man die Auffassung vertritt, dass das dem Unterbringungsantrag gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 PsychHG SH beigefügte ärztliche Zeugnis – das Gesetz spricht in § 8 Abs. 2 S. 1 PsychHG SH von einer „ärztlichen Stellungnahme“ – mit der Antragstellung „verbraucht“ ist,<sup>3</sup> weshalb in der Folge noch seitens des Gerichtes ein ärztliches Zeugnis gemäß § 321 Abs. 2 bzw. § 331 S. 1 Nr. 2 FamFG einzuholen ist.

Zusammenfassend bedarf damit im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nur der Arzt, welcher das dem Unterbringungsantrag beigefügte ärztliche Zeugnis erstattet, der Psychiatrieerfahrung, nicht der im Rahmen der gerichtlichen Anhörung mündlich ein ärztliches Zeugnis erstattende Arzt. Gemäß § 3 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 1 Nr. 1 PsychKGVO SH<sup>4</sup> muss es sich bei dem das antragsbegleitende Zeugnis erstattenden um einen Arzt handeln, welcher befähigt ist, den Sozialpsychiatrischen Dienst zu leiten oder der mindestens sechs Monate als Psychiater tätig war, davon mindestens drei Monate in einer stationären Psychiatrie. In der Praxis kann und wird es allerdings ausreichen (müssen), dass nach Erstellung des Zeugnisses ein jedenfalls qualifizierter Arzt, beispielsweise ein Fach- oder Amtsarzt, durch seine Unterschrift bzw. die Benutzung des Zeugnisses selbiges für zutreffend befindet. Im Hauptsacheverfahren gilt hinsichtlich des dem Unterbringungsantrag beigefügten ärztlichen Zeugnisses nichts anderes. Sodann bedarf es – wenn man vom Verbrauch des bei Antragstellung eingereichten ärztlichen Zeugnisses ausgeht – der (weiteren) Einholung eines ärztlichen Zeugnisses durch das Gericht, wobei nunmehr der – meist mündlich – ausstellende bzw. erstattende Arzt gemäß § 321 Abs. 1 S. 4 FamFG Arzt für Psychiatrie sein soll, jedenfalls aber über Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie verfügen muss.

Damit stellt sich im Hauptsacheverfahren die Frage nach einer ausreichenden Qualifikation des letztgenannten Arztes. Ist dieser nicht ausreichend qualifiziert, darf sein Gutachten nicht verwertet werden.<sup>5</sup> Die Auswahl des Sachverständigen steht dabei im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Der Sachverständige soll in der Regel Arzt für Psychiatrie (= abgeschlossene Facharztausbildung) sein; jedenfalls muss er (approbierter) Arzt mit Erfahrung<sup>6</sup> auf dem Gebiet der Psychiatrie sein.<sup>7</sup> Hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen.<sup>8</sup> Nach den Weiterbildungsordnungen der Ärztekammern umfasst das Gebiet der Psychiatrie die Vorbeugung, Erkennung und somatotherapeutische sowie sozial-psychiatrische Behandlung und Rehabilitation von psychischen Erkrankungen und psychischen Störungen im Zusammenhang mit körperlichen Erkran-

2 Vgl. dazu schon *Haußmann*, Unterbringung und Fixierung nach dem PsychKG, SchIHA 6/2019, S. 219.

3 Vgl. *Dornis*, in: Dornis, PsychKG Schleswig-Holstein, Praxiskommentar, Stuttgart 2012, § 8 Rn. 3 (zum bisherigen, am 24. Dezember 2020 außer Kraft getretenen PsychKG SH).

4 Eine Überarbeitung dieser Verordnung ist bislang nicht erfolgt, die Verordnung tritt jedoch gemäß § 4 PsychKGVO SH mit Ablauf des 31. Dezember 2021 außer Kraft.

5 BGH NJW-RR 2011, 649 = FamRZ 2011, 637; NJW 2011, 520 = FamRZ 2010, 1726, Rn. 16.

6 Vgl. BGH 15.9.2010 – XII ZB 383/10, FamRZ 2010, 1726 f.; 19.1.2011 – XII ZB 256/10, FamRZ 2011, 637; s. zur Problematik der Qualifikation auch BayObLG 179.1992 – 3Z BR 112/92, BtPrax 1993, 30 f.; 24.8.2001 – 3Z BR 246/01, BtPrax 2002, 38; KG 20.12.1994 – 1 W 6687/94, FamRZ 1995, 1379; OLG Zweibrücken 18.2.2005 – 3 W 17/05, OLGReport 2005, 437.

7 BeckOK FamFG, *Hahne/Schlögel/Schlünder*, § 321 Rn. 11.

8 KG BeckRS 2007, 02423; nicht ohne weiteres: Vertragsärzte der Bezirkskrankenhäuser, BayObLG BeckRS 1998, 31389806; *Haußleiter*, FamFG, § 321 Rn. 4.

kungen und toxischen Schädigungen unter Berücksichtigung ihrer psychosozialen Anteile, psychosomatischen Bezüge und forensischen Aspekte.<sup>9</sup>

Ärzte mit Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie sind solche, die sich in der Facharztausbildung befinden, die als Amtsärzte tätig sind oder Ärzte von Gesundheitsämtern, die als gerichtliche Sachverständige Erfahrung gewonnen haben<sup>10</sup> oder die als Assistenzärzte tätig sind, wobei in diesem Falle die Sachkunde besonderer Feststellungen in der Entscheidung bedarf.<sup>11</sup>

Als in der Psychiatrie erfahren gelten solche Ärzte, die im Rahmen ihrer ärztlichen Tätigkeit psychische und Suchtkrankheiten behandeln und entsprechende Leistungen abrechnen können oder Ärzte, die im Rahmen von Weiterbildungen entsprechende Erfahrungen erworben haben:<sup>12</sup>

- Erstere sind Ärzte mit der Fachbezeichnung Neurologie, Psychotherapie oder –analyse, Allgemeinmedizin, innere Medizin, öffentliches Gesundheitswesen, Geriatrie, psychosomatische oder suchtmmedizinische Grundversorgung, Rettungsdienst oder Ärzte, die eine mehr als sechsmonatige Tätigkeit innerhalb einer Station eines psychiatrischen Krankenhauses, einer psychiatrischen Fachabteilung oder einer vergleichbaren Einrichtung aufweisen können.<sup>13</sup>
- Letztere sind Ärzte, die sich seit mehr als drei Monaten in einer Weiterbildung zum Arzt für Psychiatrie und/ oder Neurologie, Psychotherapie oder –analyse befinden, wobei diese Weiterbildung innerhalb einer anerkannten Weiterbildungseinrichtung erfolgt.<sup>14</sup>

Die Feststellung der Qualifikation ist eine Einzelfallentscheidung; der Arzt im Praktikum verfügt jedenfalls nicht über ausreichende Erfahrungen.<sup>15</sup> Dabei muss das Gericht die erforderliche sachliche Qualifikation des Sachverständigen, so sich diese nicht bereits unmittelbar aus der Facharzt- oder Berufsbezeichnung ergibt, in seiner (Einzelfall-)Entscheidung näher begründen<sup>16</sup> und die Sachkunde ausdrücklich feststellen;<sup>17</sup> Standards gibt es hierfür (leider) nicht.<sup>18</sup> Dies gilt auch bei Assistenzärzten.<sup>19</sup>

Vor dem Hintergrund, dass es sich bei Assistenzärzten in den psychiatrischen Kliniken entweder um Fachärzte für Psychiatrie oder Neurologie (die als solche automatisch über die erforderliche Psychiatrieerfahrung verfügen) oder um Ärzte in der Weiterbildung (zum Facharzt) handelt, wobei letztere innerhalb der Kliniken üblicherweise frühestens ab einer Psychiatrieerfahrung von drei Monaten Bereitschaftsdienste versehen dürfen und damit bspw. des nachts oder am Wochenende alleine für die gesamte Klinik im Vordergrund zuständig sind, verfügt jedenfalls ein Assistenzarzt in der Weiterbildung, der bereits drei Monate in der Psychiatrie tätig war, nach Feststellung seiner individuellen Sachkunde/Befähigung (soweit dies dem Gericht überhaupt möglich ist) über die Voraussetzungen

eines Arztes mit Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie im Sinne von § 321 Abs. 1 S. 4 FamFG.<sup>20</sup>

### Besondere Sicherungsmaßnahmen, § 28 PsychHG SH

Besteht die Gefahr, dass der Betroffene gegen Personen gewalttätig wird oder sich selbst tötet oder erheblich verletzt, dürfen zeitweise besondere Sicherungsmaßnahmen – unter Beachtung der Maßgaben des § 27 PsychHG SH – angeordnet werden. Hierbei ist zu beachten, dass im Gegensatz zur Unterbringung nach § 7 Abs. 1 PsychHG SH die erhebliche Gefährdung bedeutender Rechtsgüter anderer keine besonderen Sicherungsmaßnahmen rechtfertigt.

Gemäß § 28 Abs. 2 PsychHG SH handelt es sich bei den besonderen Sicherungsmaßnahmen um die Unterbringung in einem besonderen Raum ohne gefährdende Gegenstände (Kriseninterventionsraum), eine sedierende Medikation oder die Fixierung durch mechanische Hilfsmittel, welche die Fortbewegungsfreiheit des betroffenen Menschen nach jeder Richtung hin vollständig aufhebt, einschließlich der hiermit medizinisch notwendig verbundenen Medikation (Fixierungsmaßnahme). Nicht umfasst ist dabei ausdrücklich die Fixierung an weniger als zwei Gliedern (sogenannte 1-Punkt-Fixierung) zur Sicherstellung einer laufenden somatischen Behandlung.

Dabei ist einerseits zu beachten, dass es sich nicht bei jedem Krankenzimmer, in welchem ein Zimmereinschluss erfolgt, um einen Kriseninterventionsraum handelt, sodass ein einfacher Einschluss im regulären Krankenzimmer bereits keine besondere Sicherungsmaßnahme im Sinne von § 28 Abs. 3 Nr. 1 PsychHG SH darstellen dürfte, andererseits ausweislich § 28 Abs. 5 S. 1 PsychHG SH lediglich eine (nicht nur kurzfristige) Fixierungsmaßnahme einer gerichtlichen Anordnung – hinsichtlich der Antragstellung unter Beifügung eines ärztlichen Zeugnisses nebst ärztlicher Qualifikation kann nach oben verwiesen werden – bedarf. Dies ergibt sich aus der ausdrücklichen Normierung in § 28 Abs. 5 S. 1 PsychHG SH, welcher hinsichtlich des Erfordernisses einer gerichtlichen Anordnung gerade nicht auf die übrigen besonderen Sicherungsmaßnahmen in Form der Unterbringung in einem Kriseninterventionsraum oder der Gabe einer – vorrangig – sedierenden Medikation verweist. Damit löst die zeitweise Unterbringung im Kriseninterventionsraum zwar im Gegensatz zum zeitweisen Einschluss im Krankenzimmer die sich aus § 28 Abs. 8 ergebenden Dokumentationspflichten aus, wiewohl der Betroffene gemäß § 28 Abs. 4 S. 1 PsychHG SH in besonderem Maße zu bewachen und betreuen ist – die Eins-zu-eins-Betreuung bezieht sich ebenfalls nur auf die Fixierung –, ein Erfordernis einer gerichtlichen Anordnung besteht hingegen nicht. Gleichwohl dürfte den Kliniken auch im Falle des einfachen – mithin im Rahmen einer gerichtlich angeordneten Unterbringung – zu vollziehenden Zimmereinschlusses eine lückenlose und ausführliche Dokumentation nebst ausreichender Überwachung und Betreuung des Betroffenen anzuraten sein.

Gemäß § 28 Abs. 6 PsychHG SH darf eine Fixierungsmaßnahme bei Gefahr im Verzug auch von einem Arzt auf Grund eigener Untersuchung angeordnet werden, wobei in der Folge unverzüglich der Kreis oder die kreisfreie Stadt zu informieren ist, damit eine gerichtliche Entscheidung beantragt wird.

Inwieweit sich aus § 28 Abs. 3 Nr. 3 S. 2 PsychHG SH ergibt, dass nunmehr jede Fixierung mit Ausnahme der 1-Punkt-

9 Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, § 321 Rn. 9.

10 Jürgens, Betreuungsrecht, § 321 FamFG Rn. 3.

11 BGH FamRZ 2010, 1726.

12 Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, § 321 Rn. 10.

13 BayObLG FamRZ 1997, 1565.

14 Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, § 321 Rn. 11.

15 KG BeckRS 2007 02423; JLMW Rn. 647.

16 BGH NJW-RR 2012, 962 = FamRZ 2012, 1207 Rn. 13 – Ärztin; FamRZ 2012, 1796 Rn. 10 – Diplom-Mediziner; NJW-RR 2011, 649 = FamRZ 2011, 637 Rn. 18 – Arzt für öffentliches Gesundheitswesen, Psychiatrie und Sozialmedizin.

17 Jurgeleit, Betreuungsrecht, § 321 Rdnr. 2; Schmidt-Recla, in: MünchKomm, FamFG, § 321 Rn. 6.

18 Jürgens, Betreuungsrecht, § 321 Rn. 3.

19 Vgl. BayObLG 17.9.1992 – 3Z BR 112/92, FamRZ 1993, 351 f.

20 Vgl. Budde, in: Keidel, FamFG, § 321 Rdnr. 11; Schmidt-Recla, in: MünchKomm, FamFG, § 280 Rn. 9.

Fixierung an nur einem Körperglied dem gerichtlichen Anordnungserfordernis unterfällt, ist derzeit noch nicht näher geklärt. Der Wortlaut und die Gesetzesbegründung könnten für eine solch enge Auslegung sprechen.<sup>21</sup> Andererseits dient die Kodifikation der Fixierungsvoraussetzungen im neuen PsychHG SH in erster Linie der Umsetzung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung vom 24. Juli 2018,<sup>22</sup> ausweislich derer jedenfalls eine 5- oder 7-Punkt-Fixierung, bei der sämtliche Gliedmaßen des Betroffenen mit Gurten am Bett festgebunden werden, eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 2 GG darstellt, so diese nicht lediglich kurzfristig, mithin für eine Dauer von weniger als einer halben Stunde, erfolgt. Da die Gesetzesbegründung hierzu auf die vorgenannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verweist, dürfte hinsichtlich der Frage, wann eine Fixierungsmaßnahme nicht nur kurzfristig erfolgt und damit der gerichtlichen Anordnung bedarf, auf die Dauer von einer halben Stunde oder mehr abzustellen sein. Da das Bundesverfassungsgericht bis dato lediglich die 5- und Mehr-Punkt-Fixierung für einer gerichtlichen Entscheidung bedürftig erklärt hat, ließe sich gegebenenfalls nach wie vor vertreten, die 2- bis 4-Punkt-Fixierung trotz der sich aus dem Gesetzeswortlaut ergebenden ausschließlichen Herausnahme der 1-Punkt-Fixierung für nicht der gerichtlichen Anordnung bedürftig zu erachten, zumal der Gesetzeswortlaut ausdrücklich auf eine laufende somatische Behandlung abstellt. Sodann ergibt sich aus § 28 Abs. 3 Nr. 3 S. 1 PsychHG SH, dass eine Fixierung lediglich dann vorliegt, wenn die Fortbewegungsfreiheit des betroffenen Menschen nach jeder Richtung hin vollständig aufgehoben wird, was bei einer 2-, ggf. auch 3- oder 4-Punkt-Fixierung noch nicht zwingend der Fall sein müsste.<sup>23</sup> Allerdings wurden bei Neuregelung der Fixierungsvorschrift im Maßregelvollzug im Verlaufe des parallel geführten Gesetzgebungsverfahrens in § 30 Abs. 3 Nr. 3 MVollzG SH die Worte „die Fortbewegungsfreiheit des betroffenen Menschen nach jeder Richtung hin vollständig aufhebt“ nicht mehr aufgenommen. Hier wird die weitere Rechtsprechung abzuwarten sein.

Hinsichtlich der im Falle der Fixierung – hier differenziert das Gesetz nicht zwischen verschiedenen Fixierungsformen oder -dauern – durch hinreichend geschultes Krankenhauspersonal sicherzustellenden Eins-zu-eins-Betreuung entspricht § 28 Abs. 7 S. 1 PsychHG SH nunmehr im Wesentlichen den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Unstreitig bedarf ein fixierter Betroffener zur Vermeidung psychischer wie auch insbesondere physischer Schädigung (Verletzungsgefahr) der kontinuierlichen Überwachung.<sup>24</sup> Ungeklärt bleibt, ob es nach wie vor zulässig ist, wenn eine Pflegekraft oder sonstige geschulte Person des Krankenhauses nicht lediglich einen, sondern mehrere Betroffene in einem Raum – ggf. getrennt durch sogenannte Spanische Wände – überwacht. Damit wäre die unmittelbare räumliche Anwesenheit, auf die gemäß § 28 Abs. 7 S. 2 PsychHG SH lediglich auf Wunsch des betroffenen Menschen oder in medizinisch oder therapeutisch begründeten Ausnahmefällen verzichtet werden darf, wobei eine ständige Betreuung trotzdem sicherzustellen ist, gegeben. Hiergegen könnte allerdings § 28 Abs. 7 S. 3 PsychHG SH, ausweislich dessen Fixierungsmaßnahmen – und Isolierungsmaßnahmen, vgl. oben! – in gesonderten Räumen so durchgeführt werden

müssen, dass die Privatsphäre des Betroffenen soweit wie möglich gewahrt wird, sprechen. Ungeachtet dessen, dass seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2018 inzwischen mehrere Jahre vergangen sind, stellt sich in der Praxis – zumindest teilweise – nach wie vor die Problematik einer Vorhaltung ausreichenden Personals, um jeden von einer Fixierungsmaßnahme Betroffenen einzeln überwachen zu können.<sup>25</sup>

Ist der Einsatz von technischen Hilfsmitteln (Videoüberwachung) ausweislich der Gesetzesbegründung grundsätzlich unzulässig, so dürfen diese jedoch in den vorgenannten Ausnahmefällen (Wunsch des betroffenen Menschen, medizinische oder therapeutische Ausnahmefälle) zur Anwendung kommen. Dieses ergibt sich aus § 28 Abs. 7 S. 2 PsychHG SH und bedarf damit auch keiner gesonderten gerichtlichen Tenorierung.<sup>26</sup> Damit bleibt jedoch klargestellt, dass grundsätzlich eine Eins-zu-eins-Betreuung durch persönliche Begleitung in Form unmittelbar und ununterbrochen in der Nähe des fixierten Menschen befindlichen Personals mit persönlichem Kontakt sicherzustellen ist. Da der Betroffene ausweislich der Gesetzesbegründung „von andere Patientinnen und Patienten sowie Besucherinnen und Besuchern“ abzuschirmen ist, scheint die Auslegung, dass die Überwachung mehrerer Betroffener durch ein und dieselbe Überwachungsperson im selben Zimmer unzulässig sein könnte, jedenfalls nicht abwegig.

Die mit der Fixierung notwendige Medikation in Form der Thromboseprophylaxe sowie der Sedierung des Betroffenen ist nunmehr eingedenk der Aufnahme in den Gesetzestext – als der Zulässigkeit der mit der Fixierung medizinisch notwendig einhergehenden Medikation – sowie der bereits ausgeführten Tatsache, dass eine Sedierung als besondere Sicherungsmaßnahme nicht der gerichtlichen Anordnung bedarf, unproblematisch zulässig, allerdings regelmäßig dokumentationspflichtig.

### Ärztliche Zwangsmaßnahmen, § 29 PsychHG SH

Gemäß § 29 Abs. 1 PsychHG SH ist eine ärztliche Zwangsmaßnahme, also eine Behandlung gegen den – insbesondere vom freien abzugrenzenden – natürlichen Willen des Betroffenen mit dem Ziel, die fortdauernde oder wiederkehrende Notwendigkeit einer Unterbringung nach § 7 PsychHG SH zu beseitigen, zulässig, wenn der Betroffene aufgrund einer psychischen Störung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann, sie im Hinblick auf das Behandlungsziel, das ihren Einsatz rechtfertigt, Erfolg verspricht, mildere Mittel, insbesondere eine weniger eingreifende Behandlung, aussichtslos sind und der zu erwartende Nutzen der Behandlung die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich feststellbar überwiegt. Die durch einen Arzt durchzuführende, der vorherigen gerichtlichen Anordnung bedürftige Behandlung ist zu überwachen und zu dokumentieren, muss jederzeit verhältnismäßig sein und setzt neben der vorherigen Information nebst Überzeugungsversuchen eine Ankündigung gegenüber dem Betroffenen voraus. Gemäß § 29 Abs. 4 S. 3 PsychHG SH ist bis zum Ablauf des auf die Zwangsmaßnahme folgenden Tages eine vorläufige Vornahme zulässig, wenn eine gerichtliche Entscheidung nicht rechtzeitig herbeigeführt werden kann, allerdings unverzüglich

21 Vgl. LT-Drucksache 19/1901, S. 57.

22 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16.

23 Vgl. hierzu LG Lübeck, Beschluss vom 22. Januar 2021 – 7 T 28/21 –, bei juris, Rn. 30.

24 Vgl. Fogel D., Steinert T., Aggressive und gewalttätige Patienten – Fixierung. Lege artis – Das Magazin zur ärztlichen Weiterbildung 2012; 2: 28–33.

25 Vgl. zur Problematik auch Goerdeler, Richtervorbehalt und 1:1-Betreuungen für Fixierungen, R&P (2018) 36, 199–205.

26 Anders LG Lübeck, Beschluss vom 22. Januar 2021 – 7 T 28/21 –, bei juris, Rn. 42.

lich beantragt wird. Hinsichtlich des erforderlichen Bestehens einer Gefahr und dem zu stellenden Antrag unter Beifügung eines ärztlichen Zeugnisses wird auf die Unterbringungsverfahren verwiesen.

Gemäß § 29 Abs. 3 PsychHG SH setzt eine ärztliche Zwangsmaßnahme voraus, dass durch den behandelnden Arzt eine – dokumentierte – den Verständnismöglichkeiten des Betroffenen entsprechende Information über die beabsichtigte Behandlung und ihre Wirkungen vorausgegangen ist, vor Beginn der Behandlung ernsthaft eine auf Vertrauen gegründete, freiwillige Zustimmung des Betroffenen zu erreichen versucht und dem Betroffenen nach Scheitern des Gesprächs die Beantragung der gerichtlichen Anordnung nebst der Möglichkeit der Durchführung einer ärztlichen Zwangsmaßnahme, im Falle der vorläufigen ärztlichen Zwangsmaßnahme ohne vorherige gerichtliche Anordnung, angekündigt worden ist.

Dies bedeutet, dass ein ernsthafter, mit dem nötigen – mithin ausreichenden – Zeitaufwand und insbesondere ohne unzulässige<sup>27</sup> Druckausübung vorgenommener Versuch vorgeschaltet wird, bei dem Betroffenen ein Therapieverständnis nebst Einwilligung zu erreichen,<sup>28</sup> wobei die Ausgestaltung im Einzelfall stark von „dem Krankheits- und Behinderungsbild des Betroffenen“ abhängt.<sup>29</sup> Dabei muss das Vorliegen eines ausreichenden Versuchs zur Erzielung eines Therapieverständnisses im Einzelfall konkret festgestellt und vom Gericht in seiner Entscheidung dargelegt werden.<sup>30</sup> Inwieweit eine dergestalt erreichte Einwilligung vor dem Hintergrund, dass die Zwangsbehandlung nur im Rahmen der geschlossenen Unterbringung zulässig ist und der Betroffene nur untergebracht werden kann, wenn er nicht einwilligungsfähig ist, tatsächlich rechtserheblich ist, bleibt allerdings zu bezweifeln.<sup>31</sup> Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet hier die positive Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme von der Vetofähigkeit des Betroffenen.<sup>32</sup> Hinsichtlich des Zeitraumes des Überzeugungsversuches wird in der Regel von einem solchen von 10 bis 14 Tagen<sup>33</sup> nach der Unterbringung ausgegangen, wobei in dem Fall, dass der Betroffene verbal nicht erreichbar ist, sich Therapiegesprächen entzieht oder in seiner Auffassung bzw. Realitätswahrnehmung krankheitsbedingt massiv beeinträchtigt ist, ein kürzerer Zeitraum ausreichend sein kann.<sup>34</sup> Eine solche Notwendigkeit einer Verkürzung des Zeitraums kann insbesondere aus einer drohenden Realisierung von Gefahren einer erheblichen Selbstgefährdung erwachsen.<sup>35</sup> Dabei soll der nicht einwilligungsfähige Betroffene, selbst wenn er nicht wirksam ärztlich aufgeklärt werden kann, über das Ob und Wie der ärztlichen Behandlung nicht im Unklaren verbleiben.<sup>36</sup> Lediglich wenn jedwede Art der Kommunikation ausgeschlossen ist, kann ggf. auf einen Überzeugungsversuch verzichtet werden.<sup>37</sup> Sodann erwartet das Bundesverfassungsgericht, dass

sich aus der Stellungnahme des Arztes ergibt, wie sich der Überzeugungsversuch hinsichtlich Zeitpunkt, äußerem Rahmen, Person der Beteiligten, Umfang und Inhalt dargestellt hat.<sup>38</sup>

### **Abgrenzung zwischen der Sedierung als besonderer Sicherungsmaßnahme und ärztlichen Zwangsmaßnahmen**

In der Praxis sind die – keiner gerichtlichen Anordnung bedürftige – besondere Sicherungsmaßnahme der Gabe einer sedierenden Medikation im Sinne von § 28 Abs. 3 Nr. 2 PsychHG SH und die ärztlichen Zwangsmaßnahmen im Sinne von § 29 Abs. 1 PsychHG SH voneinander abzugrenzen. Ausweislich der Gesetzesbegründung wurde nunmehr ein Bezug zur medizinischen Begrifflichkeit für den Umstand der Ruhigstellung durch Medikamente hergestellt. Der sedierenden Medikation als besonderer Sicherungsmaßnahme, die dabei lediglich in Akutsituationen zur Gefahrenabwehr einzusetzen ist und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vielfach das gegenüber einer Fixierung mildere Mittel darstellen dürfte, liegt der Grundgedanke der schnellen Krisenbewältigung bzw. Gefahrenabwehr zu Grunde, wohingegen bei der ärztlichen Zwangsbehandlung die Behandlungskomponente im Vordergrund steht. Die ärztliche Zwangsbehandlung erstreckt sich (meist) über einen längeren Zeitraum mit dem Ziel, die angestrebten Behandlungsziele zu erreichen. Dabei kann eine Abgrenzung im Einzelfall tatsächlich schwierig sein, da durchaus mancher primär der Behandlung dienenden Medikation (auch) eine sedierende Komponente zukommt. Dient die Medikation jedoch auch oder gar vordringlich der Behandlung im Sinne einer Verhinderung nicht nur der fortdauernden, sondern auch wiederkehrender Notwendigkeiten einer Unterbringung nach diesem Gesetz durch gesundheitliche Zustandsverbesserung, die sich nicht in einer bloßen Sedierung erschöpft, dürfte nicht mehr von einer besonderen Sicherungsmaßnahme, sondern vielmehr von einer ärztlichen Zwangsbehandlung auszugehen sein. Im Gegensatz zu der die akute Krisenbewältigung verfolgenden Gabe sedierender Medikation verfolgt die Behandlung neben der Abwendung einer Eigen- und/ oder Fremdgefährdung das langfristige Ziel der (Wieder-)Herstellung der Einsichts- und Handlungsfähigkeit des Betroffenen und damit der Wiederherstellung der freien Selbstbestimmung.

### **Fazit**

Der vorliegende Problemaufriss dürfte deutlich gemacht haben, dass nach wie vor ein nicht unerhebliches Maß offener Fragen besteht. Dies betrifft beispielsweise auch die Frage einer ordnungsgemäßen und insbesondere ausreichenden Belehrung des Betroffenen, welche sich aus der im Gerichtsbeschluss (an dessen Ende) enthaltenen und gemäß § 12 Abs. 2 PsychHG SH erforderlichen Rechtsbehelfsbelehrung ergeben dürfte, sodass beispielsweise keine weiteren Hinweise auf einzelne Rechtsbehelfe im – ohnehin bereits hochgradig „kopflastigen“ Tenor erforderlich sein dürften.<sup>39</sup>

Im Ergebnis vermochte auch die gesetzliche Neuregelung durch Erlass des PsychHG SH nicht alle bereits vorher bestehenden Unklarheiten oder Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden; teils sind neue Fragen aufgetreten, die einer weiteren Auslegung und ggf. höhergerichtlichen Entscheidung vorbe-

27 BeckOGK/Brilla, 1.2.2021, BGB § 1906a Rn. 35.

28 Zu Einzelheiten BGH NJW-RR 2016, 258 (zu § 1906a BGB); Dodegge/Zimmermann, PsychKG NRW Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten, Praxiskommentar, 4. Aufl. 2018, München/ Stuttgart/ Hannover/ Weimar/ Dresden, § 18 Rn. 6.

29 BGH NJW 2014, 2497 Rn. 20 = FamRZ 2014, 1358; MüKoBGB/Schneider, 8. Aufl. 2020, BGB § 1906a Rn. 22.

30 BGH NZFam 2017, 1072 (zu § 1906a BGB).

31 Schmidt-Recla MedR 2013, 567, 568.

32 BVerfG NJW 2013, 2337, 2338.

33 Vgl. BeckOGK/Brilla, 1.2.2021, BGB § 1906a Rn. 35.

34 Dodegge/Zimmermann, PsychKG NRW Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten, Praxiskommentar, 4. Aufl. 2018, München/ Stuttgart/ Hannover/ Weimar/ Dresden, § 18 Rn. 6.

35 Spickhoff FamRZ 2017, 1633, 1637.

36 BVerfG NJW 2011, 2113, 2116 (dies verlangt auch § 630e Abs. 5 BGB).

37 BeckOGK/Brilla, 1.2.2021, BGB § 1906a Rn. 33.

38 BVerfG BeckRS 2015, 52111 Rn. 32 = FamRZ 2015, 1589.

39 Anders LG Lübeck, Beschluss vom 22. Januar 2021 – 7 T 28/21 –, bei juris, Rn. 43.

halten bleiben; jedenfalls dürfte es lohnend sein, den Diskurs aufrecht zu erhalten und zwischen allen Verfahrensbeteiligten, seien es nun Betroffene, Gerichte, Kliniken oder übrige Verfahrensbeteiligte, auf Augenhöhe zu diskutieren, um auch im

praktisch immer wieder neue Probleme mit sich bringenden Einzelfall zu für alle Beteiligten zufriedenstellenden Lösungen zu gelangen.

## Der Nutzungsausfall bei fiktiver Schadensabrechnung

Thorsten Fürter, Richter am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht\*

Bei der Regulierung von Verkehrsunfällen wird von den Geschädigten häufig der Ersatz für die fehlende Nutzungsmöglichkeit des beschädigten Fahrzeugs verlangt. Diese im Grundsatz anerkannte Schadensposition wirft dann Fragen auf, wenn der Geschädigte seinen Schaden auf der Basis fiktiver Reparaturkosten abrechnet.

### 1. Nutzungsausfallentschädigung

#### a) Grundsätzliche Ersatzfähigkeit

Dem Geschädigten eines Verkehrsunfalls steht gegen den Halter des den Unfall verursachenden Fahrzeugs ein Anspruch aus § 7 StVG zu. Der Schadensumfang richtet sich für den Sachschaden nach den allgemeinen Schadensregeln in §§ 249 ff. BGB.<sup>1</sup>

Seit der Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1963<sup>2</sup> kann der Geschädigte vom Unfallgegner als Position des Sachschadens den Ersatz des Nutzungsausfalls auch dann verlangen, wenn er für die Dauer der fehlenden Nutzungsmöglichkeit des beschädigten Kraftfahrzeugs kein Ersatzfahrzeug angemietet hat. Die Benutzungsmöglichkeit eines Kraftfahrzeugs sei in aller Regel nur durch entsprechende Vermögensaufwendungen „erkauft“ worden und in diesem Sinn „kommerzialisiert“, so dass eine Beeinträchtigung der Benutzungsmöglichkeit auch eine Beeinträchtigung des – mit den gemachten Vermögensaufwendungen erstrebten – vermögenswerten Äquivalentes darstelle.<sup>3</sup> Im Anschluss an einen Beschluss des Großen Senats aus dem Jahr 1986<sup>4</sup> wurden Kriterien für die Berechtigung der Entschädigung des Nutzungsausfalls von (anderen) Sachen entwickelt. Der Geschädigte kann hiernach nur dann Ersatz für den bloßen Nutzungsausfall verlangen, wenn er auf die Verfügbarkeit der Sache für die eigenwirtschaftliche Lebensführung typischerweise angewiesen ist.<sup>5</sup>

Eine solche zentrale Bedeutung ist in der Folge für weitere Sachen anerkannt worden, etwa den Fernseher<sup>6</sup> und den Internet-Anschluss.<sup>7</sup> Die für die Rechtspraxis wichtigste Fallgruppe dürfte gleichwohl weiterhin die Nutzungsentschädigung für Kraftfahrzeuge darstellen. Sie wird vom Bundes-

gerichtshof in ständiger Rechtsprechung für grundsätzlich zulässig gehalten.<sup>8</sup>

#### b) Beschränkung der Ersatzfähigkeit

An die Annahme einer zentralen Bedeutung des beschädigten Kraftfahrzeugs für die tägliche Lebensführung des Geschädigten hat die Rechtsprechung im Anschluss an die Entscheidung des Großen Senats Kriterien entwickelt. Dem liegt das Bemühen zugrunde, einen Ersatz für immaterielle Schäden außerhalb der durch § 253 BGB gezogenen Grenzen zu vermeiden.<sup>9</sup>

Die Entschädigung ist von Benutzungsmöglichkeit und Benutzungswille des Geschädigten abhängig. Die Entbehrung des Nutzungsausfalls muss für den Geschädigten zudem „fühlbar“ sein, weil er das Fahrzeug für seine alltägliche Lebensführung tatsächlich gebraucht hätte.<sup>10</sup>

An der Benutzungsmöglichkeit fehlt es, wenn der Geschädigte aus gesundheitlichen Gründen kein Kraftfahrzeug nutzen kann, zum Beispiel weil er aufgrund des Unfalls bettlägerig ist.<sup>11</sup> Allerdings sollte nicht vorschnell aus dem Vorliegen einer Krankschreibung auf die fehlende Nutzungsmöglichkeit geschlossen werden.<sup>12</sup> Vielmehr muss die gesundheitliche Beeinträchtigung so gravierend sein, dass dem Geschädigten die Möglichkeit zur Nutzung eines Kraftfahrzeugs schlechthin fehlt.

Der Benutzungswille ist vor allem dann fraglich, wenn der Geschädigte über einen längeren Zeitraum kein Ersatzfahrzeug anmietet. Im Falle eines Zuwartens mit der Wiederherstellung der Mobilität über mehrere Monate spricht eine Vermutung gegen den Nutzungswillen des Unfallgeschädigten.<sup>13</sup> Dies gilt allerdings nicht, wenn die unterbliebene Ersatzbeschaffung nur auf fehlende finanzielle Mittel zurückzuführen ist.<sup>14</sup>

Eine mangelnde „Fühlbarkeit“ der Beeinträchtigung kommt zum Tragen, wenn der Geschädigte über andere Möglichkei-



\* RiOLG Fürter ist Mitglied des 7. Zivilsenats des SCHIOLG, zu dessen Sonderzuständigkeit u.a. das Verkehrsunfallrecht gehört. Der Beitrag stellt die persönliche Meinung des Autors dar.

1 BeckOGK/Walter, 1.9.2019, StVG § 7 Rn. 147.  
2 BGH, NJW 1964, 542 ff.  
3 BGH, NJW 1964, 542, 543.  
4 BGH, NJW 1987, 50 ff.  
5 BGH, NJW 1987, 50, 52.  
6 OLG München, NJW-RR 2010, 1112, 1113.  
7 BGH, NJW 2013, 1072, 1074.

8 Aus jüngerer Zeit etwa BGH, NJW 2018, 1393 ff.; weitere Nachweise bei Palandt/Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2021, § 249 Rn. 40.

9 BGH, NJW-RR 2008, 1198.  
10 BGH, NJW 2018, 1393, 1394.  
11 KG, NZV 2006, 157, 158.  
12 So auch *Berz/Burmann* StraßenverkehrsR-HdB, 5. C. Weitere Schäden Rn. 59.  
13 OLG Köln, VersR 2004, 1332, OLG Saarbrücken, BeckRS 2017, 135524 Rn. 31 (Beck Online).  
14 OLG München, BeckRS 2020, 10636 Rn. 10 (Beck Online).

ten der Kraftfahrzeugnutzung verfügt.<sup>15</sup> Den Geschädigten trifft im Prozess sogar im Hinblick auf die Verfügbarkeit eines Ersatzfahrzeugs eine sekundäre Darlegungslast.<sup>16</sup>

## 2. Fiktive Schadensabrechnung von Verkehrsunfällen

Gemäß § 249 Abs. 1 BGB hat der Schädiger den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Geschädigte gem. § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen (sog. Ersetzungsbefugnis „*faculta alternativa*“ des Gläubigers).<sup>17</sup> Für die Berechnung von Kraftfahrzeugschäden steht dem Geschädigten unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots<sup>18</sup> neben der Anschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs unter Realisierung des Restwerts die Möglichkeit zur Verfügung, das Unfallfahrzeug reparieren zu lassen.

Dem Geschädigten kommt insoweit bei der Verwendung der Mittel, die er vom Schädiger beanspruchen kann, eine Dispositionsfreiheit zu. Er ist nicht dazu verpflichtet, sein Fahrzeug reparieren zu lassen, sondern kann auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens grundsätzlich fiktiv abrechnen und über die Mittel frei verfügen.<sup>19</sup> Den Geschädigten trifft bei der fiktiven Abrechnung auch keine Verpflichtung, die von ihm tatsächlich veranlassten oder auch nicht veranlassten Herstellungsmaßnahmen konkret vorzutragen.<sup>20</sup> Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Haftpflichtschadensrecht sieht hierbei – ohne sich mit der Frage ausdrücklich in den Entscheidungsgründen zu befassen – weiterhin keinen Anlass, die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung in Zweifel zu ziehen, obwohl der VII. Zivilsenat für das Werkvertragsrecht<sup>21</sup> eine Abrechnung fiktiver Mängelbeseitigungskosten abgelehnt hatte.<sup>22</sup>

Die Möglichkeit zur fiktiven Abrechnung des Unfallschadens ist für den Geschädigten in einigen Fällen durch die Rechtsprechung eingeschränkt worden: Demjenigen, der sein Fahrzeug alsbald nach dem Unfall unrepariert weiterveräußert, soll die Möglichkeit zur fiktiven Abrechnung von Reparaturkosten ebenso verwehrt werden<sup>23</sup> wie demjenigen, der sein Fahrzeug sach- und fachgerecht in einer Fachwerkstatt reparieren lässt.<sup>24</sup> Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass auch der fiktiv abrechnende Geschädigte sich am Schadensfall nicht bereichern soll.<sup>25</sup>

## 3. Die Geltendmachung der Nutzungsausfallentschädigung bei fiktiver Abrechnung

Die Anwendung der vorgenannten Rechtsgrundsätze kollidiert erkennbar, wenn sie zusammentreffen, also eine Abrechnung auf fiktiver Reparaturkostenbasis erfolgt und als

eine Schadensposition der Nutzungsausfallschaden begehrt wird. Denn eine nur „fiktive“ Abrechnung kann nicht zugleich die Anforderung erfüllen, die „fühlbare“ Beeinträchtigung des Geschädigten durch den Nutzungsausfall darzulegen. In der Praxis des für Verkehrsunfallsachen zuständigen Senats am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht stellen die Haftpflichtversicherer in der überwiegenden Zahl der Fälle den Nutzungsausfallschaden bei fiktiver Abrechnung nicht in Frage, wenn er sich an der Reparaturdauer im Schadensgutachten orientiert. Dies ist möglicherweise Folge der im Unfallschadensrecht häufig anzutreffenden und durchaus zu begrüßenden Praxis, aus Gründen der Prozessökonomie den Streit auf die wesentlichen Punkte zu beschränken. Dogmatisch lässt sich aus einer solchen Praxis der Haftpflichtversicherer allerdings für die Berechtigung des Anspruchs nichts herleiten.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder der Oberlandesgerichte zur Frage ist uneinheitlich. Das Oberlandesgericht Nürnberg hat einem Geschädigten, der fiktiv abrechnete, die Möglichkeit verwehrt, abweichend von der fiktiven Abrechnung den Nutzungsausfall konkret zu bestimmen und insoweit auf den im Gutachten angenommenen Ausfall verwiesen.<sup>26</sup> Auch das Oberlandesgericht Hamburg billigt die Möglichkeit zur Abrechnung des fiktiven Nutzungsausfalls zu.<sup>27</sup>

Strenger dagegen argumentieren das Oberlandesgericht Brandenburg<sup>28</sup> und das Kammergericht.<sup>29</sup> Die Nutzung eines Fahrzeugs müsse dem Geschädigten unfallbedingt tatsächlich entzogen sein, woran es fehle, wenn er das Fahrzeug unrepariert weiternutze. Nutzungsentschädigung sei nur für tatsächliche Ausfallzeit zuzubilligen, nicht für die gedachte Dauer der Reparatur. Folglich müsse etwa der selbst das Fahrzeug reparierende Geschädigte, die Dauer des Nutzungsausfalls konkret darlegen und gegebenenfalls nachweisen.

## 4. Stellungnahme

Es ist gerechtfertigt, den Nutzungsausfall bei der fiktiven Schadensabrechnung anders zu behandeln als die Reparaturkosten im engeren Sinn. Wer das beschädigte Fahrzeug weiter nutzt und die fiktiven Reparaturkosten spart, der verzeichnet zwar durch den Zufluss des Schadensersatzes einerseits eine Liquiditätserhöhung; andererseits nimmt er – im Gegenzug – die Fortdauer der Wertminderung seines Fahrzeugs in Kauf. Ein solches Äquivalent für die Liquiditätserhöhung fehlt allerdings bei der Nutzungsentschädigung. Bei fiktiver Abrechnung und (vom Geschädigten gewählter) Weiternutzung des unreparierten Fahrzeugs wäre der Geschädigte durch eine fiktive Nutzungsentschädigung bei fiktiver Abrechnung wirtschaftlich unzulässig bereichert. Er würde die Nutzungsentschädigung kassieren, ohne zugleich einen Nachteil bei der Nutzungsmöglichkeit hinnehmen zu müssen.

Nun ist die Weiternutzung des beschädigten Fahrzeugs nicht die einzige dem Geschädigten zur Verfügung stehende Option im Rahmen der fiktiven Abrechnung. Wenn er das Fahrzeug billig und/oder selbst instandsetzt, hat er im Gegensatz zum Fall der Weiternutzung des unreparierten Fahrzeugs tatsächlich einen Nutzungsausfall zu verzeichnen. In diesen Fällen sollte ihm trotz fiktiver Abrechnung die Möglichkeit zur

15 BGH, NJW 1976, 286.

16 OLG München, BeckRS 2017, 119489 Rn. 8 (Beck Online).

17 BGH, NJW 1952, 619.

18 BGH, NJW 2005, 2541, 2542.

19 BGH, NJW 2017, 2401; BGH, NJW 2020, 236.

20 BGH, NJW 2020, 236; OLG München, NJW-RR 2021, 340, 341.

21 BGH, NJW 2018, 1463.

22 So auch schon die Befunde bei *Lemcke*, r + s 2019, 231, 232 zu BGH, r+s 2019, 228 und *Geigel* Haftpflichtprozess/Katzenstein, 28. Aufl. 2020, Kap. 3 Rn. 45.

23 BGH, NJW 2005, 2541, 2542; OLG Koblenz, NJW-RR 2020, 349, 351.

24 BGH, NJW 2014, 535, 536.

25 BGH, NJW 2014, 535, 536; BGH, NJW 2005, 2541, 2542.

26 OLG Nürnberg, BeckRS 2020, 31265 (Beck Online) unter Hinweis auf BGH, NJW 2003, 3480.

27 OLG Hamburg, BeckRS 2004, 18523 (Beck Online).

28 NJW-RR 2019, 343.

29 SVR 2018, 380, 381.

Verfügung stehen, diesen geltend zu machen. Hierzu ist dann die Darlegung der Gründe und der Dauer des Nutzungsausfalls nötig.

Der Angabe der prognostizierten Nutzungsausfallzeit im Schadensgutachten käme gleichwohl weiterhin eine Bedeutung zu. Zum einen gibt sie einen Anhaltspunkt, welche Reparaturdauer als angemessen angesehen werden kann. Zum anderen dürfte bei der fiktiven Abrechnung die Reparaturdauer bzw. die Dauer der Wiederbeschaffung im Schadensgutachten die äußere Grenze der Anspruchsberechtigung darstellen. Dies lässt sich aus dem Verbot der Kombination der fiktiven mit der konkreten Abrechnung herleiten.<sup>30</sup> Dass es geboten

ist, die Angaben im Schadensgutachten bei fiktiver Abrechnung trotz des Erfordernisses konkreter Darlegung weiter zu berücksichtigen, sei an folgendem Beispiel erläutert: Wer sein Fahrzeug etwa in Eigenarbeit selbst repariert, mag hierfür Zeiträume beanspruchen, die über die Reparaturdauer in einer Fachwerkstatt möglicherweise deutlich hinausgehen. Der Geschädigte kann aber nicht auf der einen Seite trotz sparsamer Eigenreparatur die vollen fiktiven Reparaturkosten beanspruchen und auf der anderen Seite beim Nutzungsausfall die längere Dauer der Eigenreparatur in Ansatz bringen. Vielmehr bliebe er in einem solchen Fall auf die fiktive Reparaturdauer im Schadensgutachten beschränkt. Dies folgt aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot.

30 BGH, NJW-RR 2019, 144 m.w.N.

## II. Amtliche Veröffentlichungen

### **Prüfungsausschuss für die Laufbahn der Fachrichtung Justiz – Laufbahn- gruppe 1, zweites Einstiegsamt, Laufbahnzweige Allgemeiner Vollzugsdienst, Werkdienst und Verwaltungsdienst im Justizvollzug**

Bek. des MJEV vom 3. August 2021 – 232-2400-56-1  
(SchlHA 2021 S. 336 )

Der Prüfungsausschuss für die Laufbahn der Fachrichtung Justiz – Laufbahngruppe 1, zweites Einstiegsamt, Laufbahnzweige Allgemeiner Vollzugsdienst, Werkdienst und Verwaltungsdienst im Justizvollzug wird gem. § 22 LAPO JV-LG1/2 vom 26.11.2012 für die Jahre 2021 bis 2024 wie folgt gebildet:

#### Vorsitzende:

*Uta Heiser, MJEV*

#### Stellvertretende Vorsitzende:

*Yvonne Radetzki, JVA Neumünster  
Jens Helbing, JVA Neumünster  
Dr. Hilde van den Boogaart, JVA Lübeck  
Jens Franke, JVA Lübeck  
Jan Rusch, JVA Lübeck  
Antje Ott, JA*

#### Weitere Mitglieder:

*Dr. Silvia Müller, MJEV  
Elke Sellnau, JVA Kiel  
Dr. Frithjof Staude-Müller, JVA Neumünster  
Ulrike Bublies, JVA Neumünster  
Vera Splittgerber, JVA Neumünster  
Carola Diehnelt, JVA Neumünster  
Thies Truelsen, MJEV  
Udo Ninow, MJEV  
Thomas Hänsel, JVA Lübeck  
Dirk Koepke, MJEV  
Meike Hirsch, MJEV  
Britta Meier, JVA Neumünster  
Jörg Westphal, JVA Kiel  
Klaus Genske, MJEV  
Sascha Storbeck, JVA Neumünster  
Torsten Haase, JVA Lübeck  
Rüdiger König, JVA Lübeck*

*Eileen Bolln, JVA Neumünster  
Rüdiger Franz, JVA Neumünster  
Jan Claußen, JVA Neumünster*

Kiel, 3. August 2021

gez. Wilfried Hoops  
Staatssekretär

### **Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten bei den Staats- und Anwaltschaften (StA-Statistik)**

Bek. d. MJEV v. 5. August 2021 – II 342/1440 – 5 –  
(SchlHA 2021 S. 336 )

Die Landesjustizverwaltungen haben beschlossen, die Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten bei den Staats- und Anwaltschaften (StA-Statistik) (Bekanntmachung v. 18. Dezember 2019 – II 342 /1440 – 5 – <SchlHA 2020 S. 19 >) zu ändern. Aus diesem Grund wird die Anordnung neu gefasst und es wird ein neuer Sonderdruck dieser Anordnung – Stand: 1. Januar 2022 – herausgegeben. Den Staatsanwaltschaften wird der Sonderdruck in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.

Diese Bekanntmachung tritt am 1. Januar 2022 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten bei den Staats- und Anwaltschaften (StA-Statistik) (Bekanntmachung v. 18. Dezember 2019 – II 342 /1440 – 5 – <SchlHA 2020 S. 19 >) außer Kraft.

### **Schleswig-Holsteinischer Anwaltsgerichtshof**

Vfg. d. Präs.in SchlHOLG vom 17. August 2021 – 3170-202 SH –

Bestellt mit Wirkung zum 1. Oktober 2021 für die Dauer von fünf Jahren nebenamtlich zum berufsrichterlichen Mitglied des Schleswig-Holsteinischen Anwaltsgerichtshofs ist der Richter am Oberlandesgericht *Dr. Dirk Rost*.

# III. Personalnachrichten

## MJEV

Eintritt in den Ruhestand mit Ablauf des 31.08.2021: Ministerialrat (BesGr. B 2) *Klaus Dietrich Neuhausen*, Ministerium für Justiz, Europa und Verbraucherschutz.

## Oberlandesgericht

Versetzt: Richter am Oberlandesgericht *Alfred Rust* vom Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht an den Bundesgerichtshof in Karlsruhe.

## Gerichte

Ernannt: Zum Direktor des Amtsgerichts: Richter am Amtsgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors – *Christoph Salamon*, Amtsgericht Niebüll.

Zum Direktor des Amtsgerichts: Richter am Landgericht *Dr. Carl-Sebastian Zoellner*, Amtsgericht Rendsburg.

Zur Vorsitzenden Richterinnen am Landgericht: Richterinnen am Landgericht *Dr. Inken Südel*, Landgericht Flensburg.

Zum Vorsitzenden Richter am Landgericht: Richter am Amtsgericht *Dr. Tim Neelmeier*, Landgericht Itzehoe.

Zur Richterinnen am Landgericht: Richterinnen *Dr. Lisa Borrmann*, Landgericht Kiel; Richterinnen *Dr. Catharina Haunost*, Landgericht Kiel; Richterinnen *Jana Blöcker*, Landgericht Kiel.

Zum Richter am Amtsgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors -: Richter am Amtsgericht *Dr. Michael Hagedorn*, Amtsgericht Schwarzenbek.

Zur Richterinnen am Amtsgericht: Richterinnen *Yvonne Gantschow*, Amtsgericht Schleswig; Richterinnen *Nina Kleine*, Amtsgericht Schleswig; Richterinnen *Mirja Paulini*, Amtsgericht Meldorf.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Kyra Mareen Aßmann*, Amtsgericht Pinneberg.

Zur Justizobersekretärin: Justizobersekretärin *Kendra Masuhr*, Amtsgericht Rendsburg; Justizobersekretärin *Cora-Lee Greiser*, Amtsgericht Lübeck; Justizobersekretärin *Lisa-Marie Hochbruck*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Svea Knutzen*, Amtsgericht Pinneberg; Justizobersekretärin *Jenny Kowalski*, Amtsgericht Itzehoe; Justizobersekretärin *Marie Lemke*, Landgericht Lübeck; Justizobersekretärin *Julia Naumann*, Landgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Marie Christin Ott*, Amtsgericht Pinneberg; Justizobersekretärin *Vivien Rohr*, Amtsgericht Rendsburg; Justizobersekretärin *Laura Anna Rose*, Amtsgericht Schleswig; Justizobersekretärin *Nina Christin Rudies*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Lenina Agnetha Urban*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Katja Stang*, Amtsgericht Norderstedt; Justizobersekretärin *Kathleen Schulke*, Amtsgericht Neumünster; Justizobersekretärin *Isabelle Baginski*, Amtsgericht Reinbek; Justizobersekretärin *Angelina Burnaschow*, Amtsgericht Ahrensburg; Justizobersekretärin *Lea May Goedke*, Amtsgericht Bad Segeberg; Justizobersekretärin *Nathalie Chmielewski*, Amtsgericht Reinbek; Justizobersekretärin *Anna-Catherine Indroy*, Amtsgericht Ahrensburg; Justizobersekretärin *Michelle-Marie Nalezinski*, Amtsgericht Itzehoe; Justizobersekretärin *Cheyenne Vanessa Schacht*, Amtsgericht Schwarzenbek; Justizobersekretärin *Duygu Oral*, Amtsgericht Norderstedt.

Zum Justizobersekretär: Justizobersekretär *Lennart*

*Kühl*, Amtsgericht Rendsburg; Justizobersekretärin *Jarek Hoffmann*, Amtsgericht Meldorf.

Versetzt: Richterinnen am Amtsgericht *Nadine Oltmanns* vom Amtsgericht Niebüll an das Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Bianca Baasch*, Amtsgericht Kiel, versetzt an das Amtsgericht Ahrensburg; Justizobersekretärin *Lena Hakim*, Amtsgericht Meldorf, versetzt an das Amtsgericht Husum; Justizobersekretärin *Heinke Marie Dau*, Landgericht Flensburg, versetzt an das Amtsgericht Norderstedt; Justizobersekretärin *Vanessa Dummer*, Amtsgericht Ahrensburg, versetzt an das Amtsgericht Plön; Justizobersekretärin *Michelle-Celine Henningsen*, Amtsgericht Ahrensburg, versetzt an das Amtsgericht Neumünster; Justizobersekretärin *Stephanie Pohl*, Amtsgericht Alfeld/Leine, versetzt an das Amtsgericht Flensburg.

Versetzung in den Ruhestand: Richterinnen am Amtsgericht – als weitere aufsichtführende Richterinnen – *Andrea Vaagt*, Amtsgericht Pinneberg.

Eintritt in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Landgericht *Dr. Johannes Lindgen*, Landgericht Itzehoe; Direktorin des Amtsgerichts *Rine Peters*, Amtsgericht Rendsburg.

## Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht: Richter am Sozialgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors – *Heiko Siebel-Huffmann*, Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht.

Zur Direktorin des Sozialgerichts: Richterinnen am Sozialgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors – *Dr. Stephanie Göller*, Sozialgericht Lübeck.

Zur Richterinnen am Landessozialgericht: Richterinnen am Sozialgericht *Victoria Todt*, Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht.

Zum Richter am Sozialgericht: Richter *Lukas Dresler*, Sozialgericht Itzehoe.

Eintritt in den Ruhestand: Direktor des Sozialgerichts *Johann-Wolfgang Otten*, Sozialgericht Lübeck.

## Finanzgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Finanzgericht: Richter am Finanzgericht *Dr. Ralf Paetsch*.

## Verwaltungsgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Richter am Obergericht: Richter am Verwaltungsgericht *Johannes Modest*, Schleswig-Holsteinisches Obergericht.

Zum Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht: Richter am Verwaltungsgericht *Thies Untiedt*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht.

Zum Richter am Verwaltungsgericht: Richter *Julius Pauls*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht; Richter *Daniel Müller*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht; Richter *Stefan Jaschar Stölting*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht.

Versetzung in den Ruhestand: Richterinnen am Verwaltungsgericht *Helga Kusterka*; Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht.

## Staatsanwaltschaften

Versetzung in den Ruhestand: Justizoberamtsrätin *Doris Martensen*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

## Vollzugsanstalten

Ernannt: Zum Justizamtsinspektor mit Amtszulage: Justizamtsinspektor *Hartmut Tobies*, JVA Itzehoe; Justizamtsinspektor *Jan Studt*, JVA Itzehoe.

Versetzung in den Ruhestand: Justizoberamtsrat *Dr. Reinhard Spieß*, JVA Boostedt.

Eintritt in den Ruhestand: Justizamtsinspektor *Rüdiger Höft*, JVA Lübeck; Justizamtsinspektor *Thorsten Schwarzstock*, JVA Kiel.

# IV. Ausschreibungen

Bek. d. MJEV vom 1. September 2021 – II 332/5112–E–1–66  
(SchlHA 2021 S. 338)

### Allgemeine Hinweise

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

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

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Allgemeine Verfügung über Stellenausschreibungen und Bewerbungen im Bereich der Gerichte und Staatsanwaltschaften vom 25. März 2020 (SchlHA 2020, S. 142) verwiesen.

Bewerbungen für die nachfolgend genannte(n) Planstelle(n) werden erbeten binnen **drei Wochen** ab Datum dieser Bekanntmachung, soweit nicht anders angegeben. Gleichzeitig wird um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift gebeten.

### 1. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Be-

setzung von

1 Stelle der BesGr. R 1 mit Amtszulage für eine Erste Staatsanwältin oder einen Ersten Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, die sich langjährig in den ihnen zugewiesenen Dezernaten in besonderer Weise bewährt haben.

### 2. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Be-

setzung von

1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Sozialgericht bei dem Sozialgericht Kiel,

1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Sozialgericht bei dem Sozialgericht Itzehoe,

1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Sozialgericht bei dem Sozialgericht Schleswig.

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

# V. Entscheidungen

## Zivilrecht und Zivilverfahren

**§ 241 Abs. 2 BGB, § 305 BGB, § 307 BGB, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG**

- 1. Rechte und Pflichten des privatrechtlichen Betreibers eines sozialen Netzwerks gegenüber dessen Nutzern sind grundsätzlich am Grundrecht auf Meinungsfreiheit der Nutzer aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zu messen. Insoweit kommt dem Grundrecht mittelbare Wirkung auf das Privatrecht zu.**
- 2. Der Betreiber eines sozialen Netzwerks kann die von den Nutzern geschuldeten Pflichten wirksam durch Aufstellen von Nutzungsbedingungen oder Gemeinschaftsstandards konkretisieren und deren Verletzung durch Löschung des betreffenden Beitrags oder Sperren des Nutzerkontos durchsetzen.**
- 3. Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Sanktionen des Betreibers gegenüber dem Nutzer ist das Recht des Nutzers auf Meinungsfreiheit gegen die Grundrechte des Betreibers abzuwägen. Dabei kann der Meinungsfreiheit des Nutzers gegenüber den Belangen des Betreibers ein geringeres Gewicht als gegenüber vergleichbaren staatlichen Eingriffen zukommen.**
- 4. Eine Verletzung der Meinungsfreiheit des Nutzers scheidet aus, wenn die Sanktionen bedingungsgemäß nicht willkürlich vorgenommen werden und der Nutzer nicht vorschnell oder dauerhaft gesperrt wird.**

SchlHOLG, 9. Zivilsenat, Urteil vom 26. Februar 2020 – 9 U 125/19 –, Ru  
Die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers hat der BGH am 17.12.2020 als unzulässig verworfen – III ZR 60/20

*Der Kl. wendet sich mit verschiedenen Ansprüchen gegen die Sperrung eines Beitrags im sozialen Netzwerk ....*

*Das soziale Netzwerk ... wird von der Muttergesellschaft der Bekl. mit Sitz in den Vereinigten Staaten von Amerika betrieben. Für Nutzer in Europa ist die Bekl. Anbieterin und Vertragspartnerin. In Deutschland nutzen derzeit etwa 31 Mio. Menschen das Netzwerk. Die Nutzung des Netzwerks wird unter anderem durch die Nutzungsbedingungen und Gemeinschaftsstandards der Bekl. geregelt. Wegen der Einzelheiten wird auf die bei den Gerichtsakten befindlichen Kopien der Nutzungsbedingungen (Anlage B1) und der Gemeinschaftsstandards (Anlage B2) verwiesen.*

*Der Kl. ist Nutzer des von der Bekl. angebotenen Dienstes und unterhält dort ein privates Nutzerkonto. Am 22. August 2018 stellte er auf der Plattform der Bekl. unter Nutzung seines Nutzerkontos einen Beitrag unter einem Link zu einem externen Zeitungsartikel der Seite ... Die Überschrift des Artikels lautete:*

*„Nach der Attacke auf zwei Polizisten in Plauen ermittelt die Polizei gegen drei Männer aus Mazedonien, Libyen und Kroatien. Ihnen wird unter anderem gefährliche Körperverletzung*

vorgeworfen. Sie hatten den Einsatz gegen einen libyschen Sex-Täter behindert. Ein Video von dem Vorfall lässt nun Rufe nach einem härteren Durchgreifen der Polizei laut werden.“

Darüber hinaus enthielt der Link ein Video, das das Geschehen in Plauen zeigte.

Der Kl. kommentierte in seinem Beitrag den Link mit: „Warum wird auf die Angreifer nicht geschossen?“

Die Bekl. sperrte daraufhin das Nutzerkonto des Kl. für 30 Tage mit der Begründung, der Beitrag verstoße gegen ihre Gemeinschaftsstandards. Während der Sperre war das Konto des Klägers in einen Lesemodus („Read-only-Modus“) versetzt. Der Kl. konnte auf sein Konto zugreifen und Inhalte einsehen, war aber daran gehindert, seinerseits Inhalte zu veröffentlichen.

Der Kl. hat erstinstanzlich die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Sperre seines Kontos, die Freischaltung seines gelöschten Beitrags, die Verurteilung der Bekl. zum Unterlassen einer erneuten Kontensperrung wegen dieses Beitrags verlangt sowie die Bekl. auf Auskunft und Schadensersatz in Anspruch genommen. Er hat behauptet, die Bekl. habe auch während der Sperrung die Möglichkeit, seine Daten kommerziell zu nutzen. Der Kl. hat die Ansicht vertreten, die vorübergehende Sperrung seines Nutzerkontos und die Löschung seines Beitrags seien rechtswidrig und könnten insbesondere nicht auf die Nutzungsbedingungen und Gemeinschaftsstandards der Bekl. gestützt werden. Der relevante Bereich der politischen oder persönlichen Auseinandersetzung sei in Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards unter dem Begriff der sogenannten Hassrede geregelt. Die der Bekl. in ihren Nutzungsbedingungen und Gemeinschaftsstandards eingeräumte Befugnis zur Sperrung und Löschung halte jedoch einer Kontrolle am Maßstab des § 307 BGB nicht stand. Gemeinschaftsstandards und Nutzungsbedingungen seien intransparent. Sie benachteiligten zudem Nutzer der Bekl., weil sie der Bekl. die Löschung von Beiträgen und die Sperrung von Nutzerkonten auch im Fall nicht strafbarer oder rechtswidriger Beiträge erlaubten. Zudem vereitelten die Nutzungsbedingungen den vereinbarten Vertragszweck, wonach Nutzer die Plattform der Bekl. im Rahmen der freien Meinungsäußerung und ohne Sorge vor einer Zensur nutzen dürften. Unwirksam sei zudem die Änderung der Nutzungsbedingungen der Bekl. im Frühjahr 2018. Die eine Änderung der Nutzungsbedingungen regelnden Bestimmungen in Nr. 13 der Altbedingungen und Nr. 3 der Sonderbedingungen für Deutschland hielten ihrerseits einer Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht stand. Im Übrigen handele es sich bei dem klägerischen Beitrag um eine zulässige und damit geschützte Meinungsäußerung. Auch stelle die vorübergehende Sperrung des Nutzerkontos einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kl. dar. Sie führe zu einem Verlust von Authentizität und Ehre, weil der Kläger während der Kontensperrung keine Kenntnis von seiner Selbstdarstellung widersprechenden Beiträgen anderer Nutzer nehmen und diese Beiträge daher weder kommentieren noch unterbinden könne.

Die Bekl. hat behauptet, sie habe anlässlich der Änderung ihrer Nutzungsbedingungen E-Mails an ihre Nutzer verschickt. Zudem habe sie in der Desktop-Version ihrer Plattform in einem sogenannten Pop-Up-Fenster und in der auf Mobilfunkgeräten installierten App in einer den Bildschirm ausfüllenden Benachrichtigung über die Änderungen aufgeklärt und die Nutzer zur Zustimmung mittels einer mit „Ich stimme zu“ bezeichneten Schaltfläche gebeten. Die Nutzer hätten die Plattform der Beklagten im Anschluss nur bei Zustimmung zu den neuen Bedingungen weiternutzen können. Auch der Kl. habe diesen Prozess durchlaufen und am 24. April 2018 ausdrücklich seine Zustimmung erklärt. In der Sache hat die Bekl.

die Ansicht vertreten, der Beitrag des Kl. habe als verbotene Äußerung glaubhafter Gewaltabsichten gegen Teil I. Nr. 1 der Gemeinschaftsstandards sowie als verbotenes koordiniertes Zufügen von Schaden gegen Teil I. Nr. 4 der Gemeinschaftsbedingungen verstoßen, weshalb sie zur vorübergehenden Sperrung berechtigt gewesen sei.

Das Landgericht hat ... die Klage abgewiesen. Die Bekl. habe die Sperrung des klägerischen Zugangs auf Nr. 3.2 der Nutzungsbedingungen stützen können, weil der Beitrag des Kl. gegen das Verbot glaubhafter Gewaltabsichten im Sinne von Teil I. Nr. 1 der Gemeinschaftsstandards verstoße. Die dieses Verbot enthaltenden Bestimmungen der Gemeinschaftsstandards hielten einer Kontrolle anhand des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen stand und seien insbesondere mit Blick auf die Ausstrahlung der Grundrechte auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nicht zu beanstanden. Der Kommentar des Kl. habe bei der gebotenen verständigen und unvoreingenommene Betrachtung so verstanden werden können, dass der Kl. den Einsatz von Schusswaffen gegen die im Video gezeigten Angreifer fordere. Mangels Rechtswidrigkeit der Sperrung bestünden auch die weiteren geltend gemachten Ansprüche nicht.

Dagegen richtet sich die Berufung des Kl., mit der er seine erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt. Das Landgericht habe zu Unrecht einen Verstoß gegen die Gemeinschaftsstandards der Bekl. angenommen. Bei seiner Auslegung des klägerischen Kommentars habe es rechtsfehlerhaft die für den Kl. nachteiligste, zudem frei erfundene Auslegung zugrunde gelegt. Bei der Bewertung habe es zudem Voraussetzungen und Grenzen der Meinungsfreiheit missachtet. Als Ergebnis der vorzunehmenden Abwägung könnten nur solche Kommentare zu einer Sperrung führen, die zugleich Straftatbestände erfüllten. Richtigerweise könne der klägerische Beitrag nicht als direkter Aufruf zu Gewalt im Sinne des Teil I. Nr. 1 der Gemeinschaftsstandards verstanden werden, da es sich um eine bloße Frage handelte, die zudem einen abgeschlossenen Sachverhalt betreffe. Im Vordergrund stehe eine wertende Betrachtung polizeilicher Gefahrenabwehrmaßnahmen. Der Kl. habe lediglich zum Ausdruck gebracht, ein härteres Vorgehen der Polizeibeamten im konkreten Fall für angemessen zu halten. Ziel des Verbots von Gewalt und kriminellen Verhalten sei demgegenüber, tatsächlichen Gefahren außerhalb des sozialen Netzwerks der Bekl. zu begegnen. Nicht untersagt werden sollten dagegen in einem bestimmten Zusammenhang abgegebene saloppe Bemerkungen. Das Bestehen eines Verstoßes gegen die Gemeinschaftsbedingungen unterstellt, habe das Landgericht zudem die von der Bekl. vorgenommene Kontensperrung nicht der gebotenen Angemessenheitsprüfung unterzogen.

Die Bekl. verteidigt das angefochtene Urteil und meint, ein flüchtiger Durchschnittsleser verstehe die Frage im klägerischen Beitrag als Aufforderung zur Anwendung von Schusswaffen gegen die im verlinkten Video abgebildeten Personen. Vorfälle, wie der im Video abgebildete, könnten erneut auftreten und der klägerische Beitrag könne zur Eskalation solcher Situationen führen. Es erscheine möglich, dass jemand die im Video gezeigten Angreifer identifiziere und durch den klägerischen Beitrag motiviert werde, den Gewaltaufruf des Kl. in die Tat umzusetzen. Der Kl. habe nicht lediglich Polizisten ermutigen wollen, gezielter zu handeln. Das Erschießen von Angreifern, wie sie im Video zu sehen seien, sei eindeutig rechtswidrig. Das Landgericht habe auch die betroffenen Grundrechte ordnungsgemäß gewürdigt. Zweck des mit der Bekl. geschlossenen Vertrags sei nicht die grenzenlose Meinungsäußerung, sondern die Kundgabe von Meinungen innerhalb des durch die Nutzungsbedingungen und Gemeinschafts-

standards vorgegebenen Regeln. Die Bekl. habe als privates Unternehmen von dem ihr zustehenden Recht Gebrauch gemacht, bestimmte Arten von Inhalten auf seinen Diensten zum Schutz der übrigen Nutzer einzuschränken. Das Interesse des Kl. an der Veröffentlichung seines Beitrags überwiege das Interesse der Bekl. an einer zivilisierten Kommunikationskultur nicht, auf die die Bekl. hinarbeite, um ihren Nutzern eine Kommunikationsplattform zur Verfügung zu stellen, auf der diese sich sicher und geschützt fühlten. Darüber hinaus beinträchtigten Beiträge mit andere Nutzer einschüchternder Wirkung die Bekl. auch in ihren Grundrechten aus Art. 12 GG und Art. 14 GG.

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz hat sich der Kl. gegen die im Termin zur mündlichen Verhandlung vertretene vorläufige Rechtsauffassung des Senats gewandt. Die Einschätzung, dass der klägerische Beitrag gegen das Verbot der Hassrede in Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards verstoße, sei nicht nur falsch, sondern unvertretbar und als politische Entgleisung mit der Bindung des Gerichts an Gesetz und Verfassung unvereinbar. Das Gericht unterstelle dem Kl. bei Veröffentlichung seines Beitrags eine Absicht, ohne hierfür irgendeinen Anhaltspunkt nennen zu können. Wenn die Gemeinschaftsstandards der Bekl. schlechterdings jede Auseinandersetzung mit Ausländergewalt und Ausländerkriminalität verböten, wären sie offenkundig rechtswidrig. Eine Plattform, die Nutzern ermögliche, sich mit jedem beliebigen Thema zu befassen, dürfte schon vertragsrechtlich keine Themen vorgeben oder ausschließen. Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsbedingungen lasse zudem ausdrücklich Kritik an Einwanderungsgesetzen und Diskussionen über die Einschränkung dieser Gesetze zu. Darüber hinaus scheide ein Berufen der Bekl. auf das Verbot der Hassrede aus, nachdem sie sich im Rechtsstreit von Anfang an festgelegt und die Aussage als angebliche Gewaltandrohung eingestuft habe.

### Aus den Gründen

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Die landgerichtliche Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die in der Berufungsinstanz zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

I. Die Klage ist zulässig.

1. Deutsche Gerichte sind für die Klage international zuständig. § 513 Abs. 2 ZPO sperrt die Prüfung der internationalen Zuständigkeit in der Berufungsinstanz nicht

(BGH, Urteil vom 17. März 2015 - VI ZR 11/14, NJW-RR 2015, S. 941, 942 Rn. 17).

Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ergibt sich aus Art. 7 Nr. 1 Buchst. a, Art. 17 Abs. 1 Buchst. c, Art. 18 der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelsachen (EuGVVO). Die Klage eines Verbrauchers kann gegenüber der anderen Vertragspartei, die ihre Tätigkeit auf den Mitgliedsstaat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, ausrichtet, nach Art. 18 Abs. 1 EuGVVO vor dem Gericht seines Wohnsitzes erhoben werden. So liegt es hier.

2. Eines Feststellungsinteresses für die mit dem ursprünglichen Klagantrag zu 1., dem Berufungsantrag zu 2., begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit der Sperrung des Nutzerkontos bedarf es nicht, da die Voraussetzungen des § 256 Abs. 2 ZPO vorliegen. Mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Kontensperrung begehrt der Kl. eine Entscheidung über ein für seine im Übrigen geltend gemachten Ansprüche vorgreifliches Rechtsverhältnis. Diese Zwischenfeststellungsklage kann über den Wortlaut der Vorschrift hinaus zugleich

mit der Hauptklage

(MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, 5. Aufl., § 256 Rn. 88)

und auch in solchen Fällen erhoben werden, in denen bereits vor dem Prozess Streit über das Rechtsverhältnis bestanden hat

(MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, a.a.O. Rn. 82).

II. Die Klage ist jedoch unbegründet.

1. Die am 22. August 2018 vorgenommene Sperrung des klägerischen Nutzerkontos durch die Beklagte ist nicht rechtswidrig gewesen.

a) Auf den zwischen den Parteien bestehenden Vertrag über die Nutzung des sozialen Netzwerks der Bekl. findet gemäß Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) aufgrund der in Nr. 4.4 Abs. 2 Satz 1 der Nutzungsbedingungen getroffenen Rechtswahl deutsches Recht Anwendung.

Dem steht § 3 Abs. 2 Satz 1 TMG nicht entgegen. Zwar wird danach der freie Dienstleistungsverkehr von Telemedien, die in Deutschland von Diensteanbietern geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden, die in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinien 2000/31/EG und 89/552/EWG niedergelassen sind, nicht eingeschränkt. Es handelt sich aber nicht um eine kollisionsrechtliche Bestimmung. Vielmehr ist materiell-rechtlich zu gewährleisten, dass das nach den Vorschriften des nationalen Kollisionsrechts anwendbare Recht inhaltlich dergestalt abgeändert wird, dass es die Anforderungen des Rechts des Niederlassungsstaats des Diensteanbieters nicht überschreitet

(BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 – VI ZR 217/08, juris Rn. 23 ff.; OLG München, Beschluss vom 17. September 2018 – 18 W 1383/18, juris Rn. 15).

b) Mit der Sperrung des klägerischen Kontos hat die Bekl. ihre vertraglichen Pflichten gegenüber dem Kl. nicht verletzt. Sie hat die Sperrung auf Nr. 3.2 ihrer Nutzungsbedingungen stützen können, weil der klägerische Beitrag gegen das in Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards der Bekl. geregelte Verbot der Hassrede verstößt.

aa) Der Vertrag zwischen Nutzer und Plattformbetreiber verpflichtet gemäß § 241 Abs. 2 BGB seinem Inhalt nach beide Vertragsparteien zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils. Insoweit kann ein Betreiber eines sozialen Netzwerks grundsätzlich die von den Nutzern geschuldeten Pflichten durch das Aufstellen von Verhaltensregeln konkretisieren und deren Verletzung auch durch Sperrung des Nutzerkontos durchsetzen

(OLG München, Beschluss vom 17. September 2018 – 18 W 1383/18, juris Rn. 20).

Die von der Bekl. bereitgestellte Plattform dient nach Nr. 1 ihrer Nutzungsbedingungen dazu, den Nutzer mit Menschen, Gruppen, Unternehmen und Organisationen zu verbinden sich auszutauschen und zu informieren. Die Plattform soll den bei der Bekl. angemeldeten Nutzern eine ihnen zugängliche Möglichkeit (virtueller „öffentlicher Marktplatz“) für Informationen und Meinungs austausch verschaffen

(OLG München, Beschluss vom 17. September 2018 – 18 W 1383/18, juris Rn. 21; OLG Frankfurt, Urteil vom 10. August 2017 – 16 U 255/16, juris Rn. 28).

Vor diesem Hintergrund sind die vertraglich begründeten Rechte und Pflichten insbesondere am Grundrecht auf Meinungsfreiheit der Nutzer aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zu messen.

Zwar handelt es sich bei der Bekl. um ein Privatunternehmen. Grundrechten kommt aber eine mittelbare Wirkung auf das Privatrecht zu, soweit das Grundgesetz in seinem Grund-

rechtsabschnitt zugleich Elemente objektiver Ordnung aufstellt, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung haben, mithin auch das Privatrecht beeinflussen

(BVerfG, Beschlüsse vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, juris Rn. 32; vom 22. Oktober 2014 – 2 BvR 661/12, juris Rn. 109; vom 23. April 1986 – 2 BvR 487/80, juris Rn. 25 st. Rspr. seit BVerfG, Urteil vom 15. Januar 1958 – 1 BvR 400/51, juris Rn. 26 ff.).

Im Privatrechtsverhältnis zielen sie nicht auf eine möglichst konsequente Minimierung von freiheitsbeschränkenden Eingriffen ab, sondern sind als Grundsatzentscheidungen im Ausgleich gleichberechtigter Freiheit zu entfalten. Die Freiheit der einen ist dabei mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen. Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden

(BVerfG, Beschlüsse vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09, juris Rn. 32; vom 31. Mai 2016 – 1 BvR 1585/13, juris Rn. 82; vom 23. Oktober 2013 – 1 BvR 1842 u.w., juris Rn. 68; st. Rspr.).

Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektive Normen entfaltet sich im Privatrecht mittels der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften, insbesondere der Generalklauseln und sonstigen auslegungsfähigen und -bedürftigen Begriffe, die im Sinne dieses Rechtsgehalts ausgelegt werden müssen

(BVerfG, Beschlüsse vom 31. Mai 2016 – 1 BvR 1585/13, juris Rn. 82; vom 19. Juli 2011 – 1 BvR 1916/09, juris Rn. 86; vom 23. April 1986 – 2 BvR 487/80, juris Rn. 25).

Danach ist hier im Rahmen der Bestimmung der vertraglichen Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB dem vom Kläger geltend gemachten Grundrecht auf freie Meinungsäußerung Rechnung zu tragen.

bb) Gemessen daran hat sich die Bekl. in Nr. 3.2 ihrer Nutzungsbedingungen wirksam das Recht vorbehalten, ein Nutzerkonto zu sperren, wenn von diesem ein gegen die Gemeinschaftsstandards der Bekl. verstoßender Beitrag eingestellt worden ist.

(1) Die aktuellen Nutzungsbedingungen der Bekl. sind Bestandteil des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags.

Offenbleiben kann, ob der Bekl. – wie der Kl. meint – ein wirksames Einbeziehen dieser Bedingungen auf der Grundlage der Änderungsklausel in Nr. 13 der Nutzungsbedingungen in ihrer vorherigen Fassung in Verbindung mit Nr. 3 der Sonderbedingungen für Deutschland wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 308 Nr. 4 BGB verwehrt gewesen ist. Die geänderten Nutzungsbestimmungen sind jedenfalls aufgrund der Zustimmung des Kl. durch Anklicken der entsprechenden Schaltfläche wirksam geworden.

Der entsprechende Vortrag der Bekl. ist nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen, weil der Kl. ihm nicht entgegen getreten ist und aus seinen Rechtsausführungen zur Unwirksamkeit der Bedingungsänderung nicht die Absicht hervorgeht, das tatsächliche Vorbringen der Bekl. zu bestreiten. Die danach allen Nutzern bei Aufruf des Dienstes der Bekl. zugegangene Mitteilung über die beabsichtigte Änderung der Nutzungsbedingungen in Verbindung mit der Aufforderung, die mit „Ich stimme zu“ bezeichnete Schaltfläche anzuklicken, ist dabei als an den einzelnen Nutzer gerichtetes Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages im Sinne von § 145 BGB zu sehen. Ein durch Anklicken erfolgter Vertragsabschluss hat grundsätzlich individuellen Charakter, auch wenn die Willenserklärungen, aus denen er sich zusammensetzt, vorformulierte Bestandteile besitzen. Die Neufassung der Bedingungen wird in einem solchen Fall nicht aufgrund einer vorformulierten Änderungsklausel, sondern aufgrund

eines nach allgemeinen Regeln über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte zwischen den Parteien geschlossenen Änderungsvertrages einbezogen

(OLG Dresden, Beschluss vom 19. November 2019 – 4 U 1471/19, juris Rn. 3).

Daher unterliegen solche Erklärungen auch dann keiner Kontrolle anhand der Vorschriften des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn sie ihrerseits teilweise vorformuliert gewesen sind

(BGH, Urteil vom 7. November 2001 – VIII ZR 13/01, juris Rn. 42 f.; MüKo-BGB/Basedow, 8. Aufl., § 305 Rn. 86).

Dieses Angebot hat der Kl. durch Anklicken der Schaltfläche angenommen.

Das Einbeziehen der Nutzungsbedingungen in der neuen Fassung ist auch nicht deswegen unwirksam, weil die Beklagte den Kl. vor die Wahl gestellt hat, die neuen Bedingungen anzunehmen oder das Vertragsverhältnis mit der Bekl. zu beenden. Auch wenn die Plattform der Bekl. im Bereich der sozialen Netzwerke in Deutschland eine bedeutende Stellung einnimmt, unterliegt die Bekl. im Rahmen allgemeiner Diskriminierungsverbote keinem Kontrahierungszwang

(OLG Dresden, Beschluss vom 19. November 2019 – 4 U 1471/19, juris Rn. 4).

Einer Kontrolle anhand der Vorschriften des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegt die Vorgehensweise der Beklagten – entgegen der Ansicht des Kl. – bereits deswegen nicht, weil das Einbeziehen der neuen Nutzungsbedingungen auf einer Willenserklärung des Kl. und nicht auf einer Regelung in den Nutzungsbedingungen alter Fassung beruht.

(2) Eine Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB ergibt, dass sich die Bekl. mit Nr. 3.2 Abs. 2 der Nutzungsbedingungen das Recht hat verschaffen wollen, bei Verstößen gegen die Gemeinschaftsstandards den entsprechenden Beitrag zu löschen und gegebenenfalls das Konto des betroffenen Nutzers zu sperren. Für das Lösungsrecht ergibt sich dies bereits aus Wortlaut und Systematik der Nutzungsbedingungen. Nr. 3.2 Abs. 2 Satz 1 spricht ausdrücklich von „Inhalte entfernen“, die unter Verstoß gegen „diese Bestimmungen“ geteilt worden sind. Nr. 3.2 Abs. 2 der Nutzungsbedingungen unmittelbar vorangestellt ist wiederum in Nr. 3.2 Abs. 1 Nr. 1 Spiegelstrich der Nutzungsbedingungen das Verbot von Beiträgen, die unter anderem gegen die Gemeinschaftsstandards der Bekl. verstoßen.

Dass ein Verstoß gegen die Gemeinschaftsstandards auch zu einer Sperre des Nutzerkontos berechtigen soll, ergibt sich aus der Nr. 3.2 Abs. 2 der Nutzungsbedingungen nachfolgenden Nr. 3.2 Abs. 3 der Nutzungsbedingungen. Ein objektiver Nutzer wird Nr. 3.2 Abs. 2 der Nutzungsbedingungen dahingehend verstehen, dass zu den nachfolgend beschriebenen Gründen, bei denen sich die Bekl. Maßnahmen betreffend das Nutzerkonto vorbehalten möchte, jedenfalls auch Verstöße gegen ihre Gemeinschaftsstandards gehören. Nach Nr. 3.2 Abs. 3 der Nutzungsbedingungen sagt die Bekl. zu, den Nutzer soweit wie möglich davon in Kenntnis zu setzen, wenn sie Inhalte wegen eines Verstoßes gegen Gemeinschaftsstandards entfernt. Auch in Nr. 3.2 Abs. 4 der Nutzungsbedingungen, in der die Bekl. ihre Nutzer zum Melden von unzulässigen Inhalten ermuntert, wird als meldenswerter Inhalt ausdrücklich ein Verstoß gegen Nutzungsbedingungen und Richtlinien der Bekl. genannt. Dass unter Richtlinien in diesem Sinne auch die Gemeinschaftsstandards der Bekl. zu verstehen sein sollen, ergibt sich bereits daraus, dass die einzelnen Nummern der Gemeinschaftsstandards jeweils ausdrücklich als Richtlinie bezeichnet werden. Aus Nr. 3.2 Abs. 2 Satz 2 der Nutzungsbe-

dingungen folgt, dass als Maßnahme auch die vorübergehende Sperrung des Nutzerkontos erfolgen kann. Denn die Bekl. hat sich das Recht vorbehalten, bei wiederholten Verletzungen des geistigen Eigentums anderer ein Konto zu deaktivieren. Das lässt erkennen, dass die Bekl. unter Maßnahmen bezüglich des Nutzerkontos in Nr. 3.2 Abs. 2 Satz 1 der Nutzungsbedingungen auch solche verstehen möchte, die die Nutzung des Kontos zeitweilig einschränken oder aufheben

(ebenso OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28. Februar 2019 – 6W 81/18, juris Rn. 45; OLG Dresden, Beschluss vom 8. August 2018 – 4 W 577/18, juris Rn. 15; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 17. September 2018 – 18 W 1383/18, juris Rn. 35).

Zudem findet sich in Nr. 1 der Nutzungsbedingungen im sechsten Absatz unter der Überschrift „Wir bekämpfen schädliches Verhalten und schützen und unterstützen unsere Gemeinschaft“ in Satz 3 der ausdrückliche Hinweis, dass als geeignete Maßnahme auch der „Zugriff auf bestimmte Features“ gesperrt oder ein Konto deaktiviert werden kann.

(3) Nr. 3.2 der Nutzungsbedingungen und der hier einschlägige Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards sind nicht nach § 306 BGB unwirksam.

Diese Bestimmungen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Sie sind für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Vertragsbedingungen

(OLG Dresden, Beschluss vom 8. August 2018 – 4 W 577/18, juris Rn. 17; Elsaß/Labusga/Tichy, CR 2017, S. 234, 237).

Die Bestimmungen unterliegen nach § 307 Abs. 3 BGB der vollständigen Inhaltskontrolle, weil sie die gesetzlichen Vorschriften ergänzende Regelungen betreffend die Sperrung von Beiträgen enthalten.

Nr. 3.2 der Nutzungsbedingungen und Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards halten einer Inhaltskontrolle stand.

Nr. 3.2 der Nutzungsbedingungen verstößt insbesondere nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Bestimmung ist hinreichend klar und verständlich. Sie knüpft die dort geregelten Sanktionen an einen objektiv nachprüfbaren Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen, die Gemeinschaftsstandards und sonstige Bedingungen und Richtlinien der Bekl. Die Verweisung auf die weiteren Bedingungen der Bekl. macht die Klausel ebenfalls nicht intransparent. Eine – auch dynamische – Verweisung auf weitere Regelwerke steht der Transparenz einer Regelung nicht entgegen, soweit die im Zeitpunkt der Anwendung geltenden Regeln – wie hier – bestimmbar sind

(BAG, Urteil vom 30. November 2010 – 3 AZR 798/08, juris Rn. 29; OLG Dresden, Beschluss vom 8. August 2018 – 4 W 577/18, juris Rn. 18; MüKo-BGB/Wurmnest, 8. Aufl., § 307 Rn. 61).

Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards der Bekl. verletzt § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ebenfalls nicht. Er enthält eine trotz ihres Umfangs verständliche Definition des aus der englischen Sprache übernommenen Begriffes der Hassrede. Der Klarheit oder Verständlichkeit der Bestimmung steht es nicht entgegen, dass nach Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards als Hassrede nicht ausschließlich nach deutschem Recht von der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nicht umfasste Formalbeleidigungen und Schmähkritik, sondern auch unterhalb dieser Schwelle liegende Äußerungen erfasst werden. Vielmehr entnimmt ein objektiver Nutzer Teil III Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards schon dem Wortlaut nach, dass jede Art von gewalttätiger und entmenslichender Sprache mit einer Sanktion geahndet werden kann, weil weder Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards noch Nr. 3.2 der Nutzungsbedingungen eine diesbezügliche Einschränkung vorsieht

(OLG Dresden, Beschluss vom 8. August 2018 – 4 W 577/18, juris Rn. 19).

Die Einteilung der Hassrede in drei Schweregrade macht Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards nicht unklar oder

unverständlich, obwohl weder nach den Gemeinschaftsstandards noch aufgrund der Nutzungsbedingungen der Bekl. ein an dieser Abstufung orientiertes Rechtsfolgensystem vorgesehen ist. Dessen ungeachtet vermittelt sich einem objektiven Nutzer noch hinreichend deutlich, dass ein die Voraussetzungen der Hassrede erfüllender Beitrag die Bekl. ungeachtet des jeweils betroffenen Schweregrades zu einer Sanktion berechtigen soll

(im Ergebnis ebenso OLG Dresden, Beschluss vom 8. August 2018 – 4 W 577/18, juris Rn. 19).

cc) Der Beitrag des Kl. verletzt die Gemeinschaftsstandards der Bekl.

(1) Er fällt unter den Begriff der Hassrede in Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards der Bekl.

(a) Für die Ermittlung des Inhalts des klägerischen Beitrags ist, auch mit Blick auf die betroffene Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, auf den objektiven Sinn aus der Sicht unvoreingenommener und verständiger Adressaten abzustellen. Der Beitrag muss ausgehend von dem Verständnis eines unbefangenen Durchschnittslesers und dem allgemeinen Sprachgebrauch in dem Gesamtzusammenhang beurteilt werden, in dem er eingestellt worden ist. Der Inhalt des Beitrags darf nicht aus dem ihn betreffenden Kontext herausgelöst und einer isolierten Betrachtung zugeführt werden

(BGH, Urteile vom 16. Januar 2018 – VI ZR 498/16, juris Rn. 20; vom 4. April 2017 – VI ZR 123/16, juris Rn. 30; vom 12. April 2016 – VI ZR 505/14, juris Rn. 11; st. Rspr.).

Dabei scheiden fernliegende Deutungen aus. Ist der Sinn einer Äußerung unter Zugrundelegung des vorstehend erörterten Maßstabs eindeutig, ist er der weiteren Prüfung zugrunde zu legen. Zeigt sich dagegen, dass ein unvoreingenommenes und verständiges Publikum die Äußerung als mehrdeutig wahrnimmt, oder verstehen erhebliche Teile des Publikums den Inhalt jeweils unterschiedlich, ist von einem mehrdeutigen Inhalt auszugehen

(BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 2005 – 1 BvR 1696/98, juris Rn. 31).

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Sanktion gegen den Äußernden müssen in diesem Fall diejenigen in Betracht kommenden Deutungen mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen werden, die die Sanktion nicht zu rechtfertigen vermögen

(BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober 2005 – 1 BvR 1696/98, juris Rn. 33; im Strafrecht: BGH, Urteil vom 20. September 2011 – 4 StR 129/11, juris Rn. 24; OLG Celle, Urteil vom 16. August 2019 – 2 Ss 55/19, juris Rn. 27; im Verwaltungsrecht: OVG Thüringen, Beschluss vom 22. Oktober 2019 – 3 EO 715/19, juris Rn. 5).

(b) Auch bei Anlegen dieser Maßstäbe ist der klägerische Beitrag dahingehend auszulegen, dass es sich um Hassrede im Sinne des Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards handelt.

(aa) Jedwede gewalttätige Äußerung im Sinne des ersten Unterpunkts des Schweregrads 1 der Hassrede ist nach dem zugrunde zu legenden Verständnis eines objektiven Nutzers bereits dann erfüllt, wenn ein Beitrag in Bezug auf durch Hassrede geschützte Personen zu Gewalt aufruft oder hinreichend deutlich erkennen lässt, dass er diese Gewalt billigt. Dem entspricht der Beitrag des Kl.

Es handelt sich um einen Angriff auf durch Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards geschützte Personen. Darunter fällt unter anderem ein Angriff auf Personen aufgrund ihrer nationalen Herkunft. So liegt es den Umständen nach auch hier. Die im klägerischen Beitrag gestellte Frage „Warum wird auf die Angreifer nicht geschossen?“ ist im Zusammenhang mit der vom Landgericht festgestellten Überschrift des Zeitungsartikels der ..., auf die sich der klägerische Beitrag bezog, und dem verlinkten Video zu beurteilen. Danach kann der kläge-

rische Beitrag objektiv nur dahingehend verstanden werden, dass der Kl. den Einsatz von Schusswaffen durch Polizeibeamte für gezielte Schüsse auf ausländische Personen billigt. Die klägerische Frage bezieht sich ihrem Wortlaut nach eindeutig auf „die Angreifer“, bei denen es sich nach der Überschrift des Zeitungsartikels um Personen aus Mazedonien, Libyen und Kroatien handelt. Mit der Erwähnung der Herkunft in der Artikelüberschrift und die gleichzeitige Nennung der Staatsangehörigkeit des von den Angreifern personenverschiedenen „Sex-Täters“, dem der polizeiliche Einsatz galt, misst der Zeitungsartikel der Nationalität beziehungsweise Herkunft der Beteiligten ein erkennbares Gewicht bei. In diesem Zusammenhang ist auch die vom Kl. gestellte Frage dahingehend zu verstehen, warum auf die Angreifer ausländischer Herkunft nicht geschossen worden ist.

Aus der gewählten Formulierung im Zusammenhang mit der Artikelüberschrift und dem verlinkten Video wird auch deutlich, dass der Kl. den Schusswaffengebrauch gegen die Angreifer nicht ergebnisoffen diskutieren möchte. Die Frage nach dem Grund des unterbliebenen Schusswaffengebrauchs zeigt vielmehr, dass der Kl. den Gebrauch grundsätzlich billigt. Die Frage ist ihrem Inhalt nach auch nicht auf das Erlangen von Informationen gerichtet, sondern weist auf eine im Vergleich zu dem Geschehen im verlinkten Video abweichende Handlungsmöglichkeit hin. Obwohl in Frageform formuliert, ist der Beitrag des Kl. daher dahingehend zu verstehen, dass er den Gebrauch einer Schusswaffe im Zusammenhang mit dem Geschehen im verlinkten Video vorschlägt. Letztlich enthält der Beitrag damit die in Frageform gekleidete Aufforderung zum Einsatz einer Schusswaffe.

Die Verwendung des bestimmten Artikels in Bezug auf die Angreifer lässt erkennen, dass sich der klägerische Beitrag nicht auf möglichen Schusswaffengebrauch im Allgemeinen, sondern im Zusammenhang mit dem im Zeitungsartikel behandelten Vorfall beziehen soll. Die Verwendung des Präsens in dem Beitrag löst allerdings die klägerische Billigung des Schusswaffeneinsatzes von den konkreten Umständen des Vorfalls. Dies deutet zusätzlich darauf hin, dass der Kl. den Schusswaffeneinsatz insbesondere im Hinblick auf die Personen der Angreifer billigt, wodurch auch für einen objektiven Leser deren im Zeitungsartikel herausgestellte ausländische Herkunft in den Blickpunkt rückt.

Der klägerische Beitrag kann – entgegen dem Vorbringen des Klägers in seiner Anhörung vor dem Landgericht – nicht dahingehend verstanden werden, dass der Kl. lediglich ein härteres Durchgreifen der Polizei befürwortet. Ebenso wenig ist dem Beitrag eine Aufforderung zur Abgabe eines Warnschusses zu entnehmen. Dem Wortlaut des Beitrags ist vielmehr eindeutig zu entnehmen, dass es um Schüsse „auf“ die Angreifer geht. Darunter lässt sich aus der gebotenen objektiven Sicht weder ein lediglich pauschal härteres Vorgehen noch die Abgabe von Warnschüssen verstehen.

Der Einordnung als Hassrede im Sinne des ersten Unterpunkts des Schweregrads 1 steht nicht entgegen, dass die klägerische Frage auf einen Schusswaffeneinsatz durch die beteiligten Polizeibeamten abzielt. Dem Wortlaut nach umfasst Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards auch Äußerungen, die von staatlicher Seite ausgehende Gewalt gegen geschützte Personen befürworten. Das gilt jedenfalls insoweit, als die befürwortete Gewalt unrechtmäßig ist, also ein rechtswidriges Handeln staatlicher Organe im Raum steht. So liegt es hier, weil nach den der Artikelüberschrift zu entnehmenden Umständen der vom Kl. angesprochene Schusswaffeneinsatz unmittelbar gegen die Angreifer ungeachtet deren vorangegangenen Verhaltens unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt

zulässig oder nur gerechtfertigt gewesen wäre.

(bb) Dementsprechend ist der klägerische Beitrag auch als bestimmter entmenslichender Vergleich in schriftlicher Form im Sinne des letzten Unterpunkts des Schweregrads 1 anzusehen. Ist die Frage mit Blick auf den Zeitungsartikel dahingehend zu verstehen, dass der Kl. bei Angreifern mit ausländischem Hintergrund einen gezielten Schusswaffengebrauch befürwortet, liegt darin jedenfalls eine Entmenslichung, weil die Angreifer unverhältnismäßiger staatlicher Gewalt ausgesetzt und damit nicht mehr als Subjekt staatlichen Handelns angesehen werden sollen.

(cc) Schließlich erfüllt der klägerische Beitrag auch die Voraussetzungen der Hassrede des Schweregrads 3.

Die gewählte Formulierung in Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards lässt erkennen, dass der Begriff des Angriffs, der zum Ausschluss oder der Isolation einer Person oder Personengruppe aufgrund einer geschützten Eigenschaft aufruft, weit zu verstehen sein soll. Ausschluss oder Isolation sind nicht ausschließlich gegenständiglich, sondern im übertragenen Sinne zu verstehen. Danach genügt es, dass der jeweilige Beitrag eine Person oder einen Personengruppe gerade deshalb abweichend von anderen behandeln möchte, weil dieser eine nach Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards geschützte Eigenschaft aufweisen. So verstanden liegt mit dem klägerischen Beitrag ein Angriff des Schweregrads 3 vor. Wie bereits ausgeführt, ist den Umständen seiner Frage hinreichend zu entnehmen, dass er den Gebrauch von Schusswaffen gegen die drei Angreifer deshalb befürwortet, weil diese ausländischer Herkunft sind. Mit der Erwähnung der Herkunft in der Artikelüberschrift und die gleichzeitige Nennung der Staatsangehörigkeit des „Sex-Täters“, dem der polizeiliche Einsatz galt, misst der in Bezug genommene Zeitungsartikel der Nationalität beziehungsweise Herkunft der Beteiligten ein für Leser des klägerischen Beitrags erkennbares Gewicht bei.

Das Vorliegen einer Hassrede scheidet auch nicht deshalb aus, weil nach Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsstandards der Bekl. bei Schweregrad 3 Kritik an Einwanderungsgesetzen und Diskussionen über die Einschränkung dieser Gesetze zugelassen sind. Der Beitrag des Kl. überschreitet auch bei Zulassen überspitzter Meinungsäußerungen die Grenze der Kritik an Einwanderung oder den ihr zugrundeliegenden Gesetzen. Das Befürworten des Schusswaffengebrauchs durch die Polizei gegen ausländische Angreifer leistet über das Abprechen des Existenzrechts der Ausländer hinaus zu einer Diskussion über Zuwanderung keinerlei Beitrag.

(2) Eine auf Teil III. Nr. 12 der Gemeinschaftsbedingungen gestützte Rechtfertigung der Sperrung scheidet nicht deshalb aus, weil sich die Bekl. im Rechtsstreit zunächst nicht auf das Verbot der Hassrede, sondern auf das Vorliegen glaubhafter Gewaltabsichten oder das koordinierte Zufügen von Schaden berufen hat. Die entsprechenden Rechtsausführungen der Bekl. hindern das Gericht entgegen der im nicht nachgelassenen Schriftsatz zum Ausdruck kommenden Auffassung des Kl. nicht daran, die Rechtmäßigkeit der vorgenommenen Sperrung auf der Grundlage sämtlicher vorgetragener Vertragsbedingungen zu prüfen. Eine Bindung der Bekl. an einen sich aus ihren Gemeinschaftsbedingungen ergebenden Grund für die Kontensperrung scheidet bereits deshalb aus, weil diese sich gegenüber dem Kl. zur Begründung ihrer Sperrung lediglich pauschal auf einen Verstoß gegen ihre Gemeinschaftsstandards und nicht auf deren einzelne Teile berufen hat.

(3) Die grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit des Kl. gebietet kein abweichendes Ergebnis.

(a) Der Beitrag des Kl. enthält eine in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG fallende Meinungsäußerung. Er

genießt den Schutz der Meinungsfreiheit, ohne dass es dabei auf die Begründetheit, Werthaltigkeit oder Richtigkeit der vertretenen Ansicht ankommt. Eine Meinung verliert ihren Schutz auch dann nicht, wenn sie scharf und überzogen geäußert wird

(BVerfG, Beschlüsse vom 8. Februar 2017 – 1 BvR 2973/14, juris Rn. 14; vom 4. Februar 2010 – 1 BvR 369/04 u.w., juris Rn. 25; Beschluss vom 13. April 1994 – 1 BvR 23/94, juris Rn. 26; st. Rspr.).

Geschützt sind damit – in den Schranken des Grundgesetzes – auch solche Meinungen, die den Wertsetzungen des Grundgesetzes widersprechen. Vielmehr schützt die Meinungsäußerungsfreiheit auch, grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage zu stellen oder die Änderung tragender Prinzipien zu fordern

(BVerfG, Beschlüsse vom 28. November 2011 – 1 BvR 917/09, juris Rn. 18; vom 4. Februar 2010 – 1 BvR 369/04 u.w., juris Rn. 36; vom 4. November 2009 – 1 BvR 2150/08, juris Rn. 49).

(b) Der Eingriff ist aber gerechtfertigt. Dafür ist – entgegen der Auffassung des Kl. – nicht erforderlich, dass sein Beitrag den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt. Vorliegend sind nicht die Rechtsbeziehungen zwischen dem Äußernden und dem Adressaten des Werturteils, sondern diejenigen des Äußernden gegenüber der Bekl. als privatrechtlicher Plattformbetreiberin betroffen.

(aa) Grundsätzlich können Private durch die Grundrechte ähnlich oder genauso weit wie der Staat gebunden sein, wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt dies für den Schutz der Kommunikation insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die – wie die Sicherstellung der Post- und Telekommunikationsdienstleistungen – früher in der Praxis allein dem Staat zugewiesen gewesen sind

(BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15, juris Rn. 6; Urteil vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 699/19, juris Rn. 56, 59).

Dies trifft auf die Bekl. aber nicht zu. Das Bundesverfassungsgericht hat seine Aussage im Rahmen eines Vergleichs von öffentlich beherrschten Unternehmen des Privatrechts und privaten Unternehmen getroffen. Die von ihm angeführte vergleichbare Grundrechtsbindung beruht auf einer angenommenen vergleichbaren Interessenlage bei in öffentlicher Hand geführten Privatunternehmen und privatisierten, ehemals öffentlich organisierten Unternehmen. Danach betrifft die Aussage solche Privatunternehmen der Post- und Telekommunikation, die die Kommunikationsinfrastruktur sichernde Aufgaben der ehemals staatlichen Bundespost übernommen haben

(ebenso Elsaß/Labusga/Tichy, CR 2017, S. 234, 239).

Darunter fällt die Beklagte nicht.

(bb) Im Verhältnis zwischen privatrechtlichen Plattformbetreibern und ihren Nutzern ist stattdessen die Meinungsäußerungsfreiheit des einzelnen Nutzers gegen die dem Plattformanbieter seinerseits im Rahmen seiner wirtschaftlichen Betätigung zustehenden Grundrechte abzuwägen

(OLG Dresden, Beschluss vom 8. August 2018 – 4 W 577/18, juris Rn. 23; Holznel, CR 2018, S. 369, 371 Rn. 20).

Dies sind hier Art. 14 Abs. 1 GG und der für ausländische juristische Personen an die Stelle des Art. 12 Abs. 1 GG tretende Art. 2 Abs. 1 GG, jeweils in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG. Dabei ist insbesondere das berechnete Interesse des Plattformbetreibers anzuerkennen, einer Verrohung der Sitten in den eingestellten Beiträgen entgegenzuwirken, weil diese zum einen geeignet ist, sich generell auf das Geschäftsmodell des Plattformbetreibers nachteilig auszuwirken

(OLG Dresden, Beschluss vom 8. August 2018 – a.a.O Rn. 25).

Darüber hinaus können sich entsprechende Beiträge mit als unangemessen empfundenen, wenngleich nicht strafbaren Inhalten auch auf den Meinungsaustausch über Plattformen sozialer Netzwerke nachteilig auswirken, indem sie andere Nutzer von der Benutzung der Plattform abhalten

(OLG Dresden, Beschluss vom 8. August 2018 – a.a.O Rn. 25).

Insofern wirkt auch die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zugunsten der Bekl., weil Sanktionen für als unangemessen empfundene Beiträge den Meinungsaustausch zwischen anderen Nutzern über die Plattform der Bekl. fördern.

Vor diesem Hintergrund scheidet eine der öffentlichen Gewalt vergleichbare Bindung der Bekl. an die Meinungsfreiheit aus. Sie würde die gebotene Unterscheidung von mittelbarer und unmittelbarer Grundrechtsbindung ebnen. Dies widerspricht den nur mittelbaren Grundrechtswirkungen im Privatrecht und behindert zudem die ebenfalls grundrechtlich geschützte Sicherung eines Raums privatautonomer Entfaltung

(Holznel, CR 2018, S. 369, 371 f. Rn. 21).

Dabei geht es nicht darum, der Bekl. ein „virtuelles Hausrecht“

(vgl. VG München Urteil vom 27. Oktober 2017 – M 26 K 16.5928, juris Rn. 19)

losgelöst von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zuzugestehen. Vielmehr kann der Meinungsäußerungsfreiheit des Nutzers bei der gebotenen Abwägung mit den entgegenstehenden Grundrechten des privaten Plattformbetreibers im Ergebnis ein geringerer Stellenwert zukommen, als dies gegenüber Maßnahmen der öffentlichen Gewalt der Fall wäre

(OLG Dresden, Beschlüsse vom 19. November 2019 – 4 U 1471/19, juris Rn. 5; vom 8. August 2018 – 4 W 577/18, juris Rn. 24; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28. Februar 2019 – 6 W 81/18, juris Rn. 55; OLG München, Beschluss vom 30. November 2018 – 24 W 1771/18, n.v.).

Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem Grad der Marktbeherrschung, der der von der Bekl. betriebenen Plattform zukommt. Zwar ist dieser bei der Bestimmung der Reichweite der den Nutzern zukommenden Meinungsfreiheit gegenüber der Bekl. zu berücksichtigen

(BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 2019 – 1 BvQ 42/19, juris Rn. 16).

Auch wirkmächtige Plattformen, die wie die Bekl. in Deutschland nahezu eine Monopolstellung im Bereich der sozialen Netzwerke haben, müssen sich aber nur relativ nahe an Art. 5 Abs. 1 GG bewegen. Sie dürften abstrakt politische Inhalte nicht verbieten, haben aber bei hasserfüllten Inhalten einen Gestaltungsspielraum, auch wenn die Äußerung im Verhältnis zur öffentlichen Gewalt von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt wäre

(OLG Dresden, Beschlüsse vom 19. November 2019 – 4 U 1471/19, juris Rn. 5; vom 8. August 2018 – 4 W 577/18, juris Rn. 24; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28. Februar 2019 – 6 W 81/18, juris Rn. 55 f.; Holznel, CR 2018, S. 369, 372 Rn. 21).

Zudem darf eine Sperre nicht willkürlich festgesetzt und vor schnell oder dauerhaft verhängt werden

(OLG Dresden, Beschlüsse vom 19. November 2019 – a.a.O. Rn. 8; vom 8. August 2018 – a.a.O. Rn. 25; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28. Februar 2019 – a.a.O.; Holznel, CR 2018, S. 369, 372 Rn. 22).

(cc) Gemessen daran verletzt die gegen den Kl. verhängte Sperre seines Nutzerkontos bei der Bekl. die Meinungsfreiheit des Kl. nicht. Nach den obigen Ausführungen geht der Inhalt des klägerischen Beitrages über abstrakt politische Inhalte hinaus. Der aus der Sicht eines objektiven Nutzers auf Herabsetzung der in dem verlinkten Zeitungsartikel genannten Personen mit ausländischem Hintergrund gerichteten Äußerungen fallen in den Grenzbereich zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und strafbarer Äußerung.

Das Verhängen einer 30-tägigen Sperre ist auch nicht un-

verhältnismäßig. Die Sperre ist weder willkürlich festgesetzt worden noch wird der Kl. hierdurch grundlos oder dauerhaft gesperrt. Abs. 8 Satz 2 der Einleitung der Gemeinschaftsstandards legt vielmehr fest, dass die bei Verletzung der Gemeinschaftsstandards zu verhängenden Rechtsfolgen nur abhängig von der Schwere des Verstoßes und vom bisherigen Verhalten des Nutzers getroffen werden sollen. Als mögliche Rechtsfolgen werden eine Verwarnung, die vorliegend verhängte Beschränkung des Zugriffsrechts und schließlich die Deaktivierung des Nutzerkontos angeführt. Dem darin zum Ausdruck kommenden Prinzip der Verhältnismäßigkeit hat die Bekl. vorliegend mit ihrer auf 30 Tage begrenzten Sperre angemessen Rechnung getragen

(vgl. OLG Dresden, Beschlüsse vom 19. November 2019 – 4 U 1471/19, juris Rn. 8; vom 8. August 2018 – 4 W 577/18, juris Rn. 25; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28. Februar 2019 – 6 W 81/18, juris Rn. 56).

Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der Kl. durch die Sperre einen wirtschaftlichen Schaden erlitten hat oder abgesehen von der Möglichkeit der aktiven Kommunikation über die Plattform der Bekl. in seinen sonstigen Rechten durch die Sperre beeinträchtigt gewesen ist. Insbesondere ist er durch die Sperre der Bekl., die sein Nutzerkonto in einen Lesemodus versetzt hat, an der Wahrnehmung von Beiträgen anderer Nutzer auch während der Dauer der Sperrung nicht gehindert gewesen.

c) Einer etwaigen Korrektur des nach dem anwendbaren deutschen Sachrecht gefundenen Ergebnisses zugunsten der Bekl. nach § 3 Abs. 2 Satz 1 TMG mit Blick auf das in ihrem Niederlassungsstaat geltende irische Recht bedarf es danach nicht, weil der Anspruch des Kl. bereits nach deutschem Recht nicht besteht.

2. Die weiteren geltend gemachten Ansprüche bestehen ebenfalls nicht.

Der Kl. hat gegen die Bekl. keinen Anspruch, den am 22. August 2019 gelöschten Beitrag wieder freizuschalten. Insbesondere besteht kein solcher Anspruch aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Nutzungsvertrag. Nach Nr. 3.2 Abs. 2 Satz 1 der Nutzungsbedingungen darf die Bekl. Inhalte entfernen, die ein Nutzer unter Verstoß gegen ihre Gemeinschaftsstandards eingestellt hat.

Der geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung zukünftiger Löschungen des klägerischen Beitrags entfällt, weil die Bekl. mit der vorgenommenen Löschung keine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kl. verletzt hat

(ebenso OLG München, Beschluss vom 17. September 2018 – 18 W 1383/18, juris Rn. 55).

Die beiden geltend gemachten Auskunftsansprüche bestehen ebenfalls nicht. Aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Nutzungsvertrag in Verbindung mit den Nutzungsbedingungen der Bekl. lassen sich die geltend gemachten Auskunftsansprüche nicht ableiten. Ein Auskunftsanspruch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben besteht nicht. Der Kl. hat nicht ausreichend dargelegt, dass ihm die dafür erforderlichen

(BGH, Urteil vom 1. August 2013 – VII ZR 268/11, juris Rn. 20)

Ansprüche gegen die von ihm genannten Dritten zustehen. Wegen der von der Bekl. veranlassten Sperrung des Nutzerkontos des Kl. können diesem ausschließlich Ansprüche gegen die Bekl. zustehen. In einer Sperrung seines Nutzerkontos kann auch keine Verletzung absoluter Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB liegen, die eine deliktische Haftung Dritter begründen könnte. Das gilt sowohl in Bezug auf etwaige Dritte, die die Sperre des Nutzerkontos im Auftrag der Bekl. durchgeführt haben könnten, als auch für die Bundesregierung oder nachgeordnete Dienststellen mit Blick auf etwaige Weisun-

gen, Hinweise, Ratschläge oder anderweitige Vorschläge.

Der geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz steht dem Kl. schließlich, ungeachtet des Vorliegens der weiteren Voraussetzungen, bereits deswegen nicht zu, weil die Bekl. mit der Sperre des Nutzerkontos keine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kl. verletzt hat. Aus diesem Grund kann der Kl. auch keine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verlangen.

## BGB § 280

- 1. Ein Steuerberater, der mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragt ist, muss einen Vermögenstatus im Sinne einer Überschuldungsbilanz nur auf gesonderten Auftrag erstellen. Kraft seines überlegenen Wissens trifft ihn allerdings die Nebenpflicht, seinen Mandanten auf eine drohende Insolvenz und damit erforderliche Prüfungen hinzuweisen (Fortführung von Senat, Urteil vom 2. September 2011 – 17 U 14/11 -, SchIHA 2012, 54 = NZG 2012, 307). Die Erforderlichkeit, bei fehlender positiver Fortführungsprognose den Jahresabschluss ggf. nach Liquidationswerten zu erstellen (hierzu BGH, Urteil vom 26. Januar 2017 – IX ZR 285/14 -, bei juris) bleibt hiervon unberührt.**
- 2. Der Hinweispflicht wird genügt, wenn der Steuerberater unmissverständlich die – zunächst bilanzielle – Überschuldung feststellt und seinen Mandanten auf die gesetzliche Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrags hinweist. Entscheidet sich der Mandant gleichwohl zur Fortführung seines Unternehmens, ist der Steuerberater zu weiteren Maßnahmen nicht verpflichtet, insbesondere nicht dazu, den Mandanten an dessen Tätigkeit zu hindern, oder dazu, seine Tätigkeit für den Mandanten einzustellen.**
- 3. Aus monatlichen Betriebswirtschaftlichen Auswertungen (BWA) allein werden sich in aller Regel keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Überschuldung eines Unternehmens entnehmen lassen.**

SchIHOLG, 17. Zivilsenat, Urteil vom 29. November 2019 – 17 U 80/19 –, Dr. Pr.

*Der Kl. macht als Insolvenzverwalter über das Vermögen der X. GmbH gegen die Bekl. – eine Steuerberaterin – Ansprüche aus Insolvenzanfechtung und Steuerberaterhaftung geltend.*

*Über das Vermögen der 2008 gegründeten X. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) wurde mit Beschluss vom 10. März 2014 das Insolvenzverfahren vor dem Amtsgericht Hamburg eröffnet. Der Kl. wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Die Eröffnung folgte aufgrund des am 6. Februar 2014 bei Gericht eingegangenen Insolvenzantrages der Schuldnerin. Die Schuldnerin war vor Insolvenzantragstellung im Bereich der Distribution sowie dem Verkauf von digitalen Medien als „Startup“-Unternehmen tätig. Die Bekl. erbrachte im Rahmen eines Dauermandates seit dem Geschäftsjahr 2008 Steuerberatungs- und Buchführungsleistungen für die Schuldnerin. Das Mandat umfasste neben der vollständigen Finanzbuchhaltung und der Erstellung von Steuererklärungen auch die Erstellung von Jahresabschlüssen.*

*Der Kl. verlangt mit seinem Zahlungsantrag die Rückzahlung von Beträgen, die die Bekl. auf in Rechnung gestellte Honorare im Zeitraum vom 23. Juni 2009 bis 17. August 2011 erhielt, und zwar*

Datum	Betrag (€)
23.06.2009	795,12
14.09.2009	17,14

24.09.2009	828,24
05.10.2009	34,27
07.11.2009	34,27
23.11.2009	414,12
04.12.2009	227,06
06.01.2010	34,27
15.03.2010	241,34
23.03.2010	414,12
25.03.2010	1032,33
06.04.2010	17,14
03.05.2010	17,14
03.05.2010	198,50
11.08.2010	215,64
13.09.2010	17,14
21.10.2010	215,64
16.11.2010	17,14
30.11.2010	215,64
06.04.2011	198,50
12.05.2011	198,50
22.07.2011	198,50
17.08.2011	<u>198,50</u>
Summe:	<u>5780,26</u>

Die Schuldnerin war jedenfalls seit dem 31. Dezember 2009 bilanziell überschuldet. Der insoweit von der Bekl. am 24.3.2010 für 2009 erstellte Jahresabschluss (K2) wies einen nicht durch das Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 74 159,53 € aus. Dieser Fehlbetrag erhöhte sich bis zum 31. Dezember 2010 ausweislich der von der Bekl. am 31. Mai 2011 erstellten Bilanz für das Jahr 2010 (K3) auf 134 735,60 €. Im von der Bekl. am 10. September 2013 erstellten Jahresabschluss für das Jahr 2011 (K4) wurde ein gesteigerter Fehlbetrag in Höhe von 240 950,23 € ausgewiesen. Die Schuldnerin verfügte nicht über stille Reserven. Im Jahr 2010 erteilte die Y.GmbH (Y) der Schuldnerin eine Zusage für eine Beteiligung in Höhe von 100 000 € in Form einer typischen stillen Beteiligung und zahlte der Schuldnerin diese Beteiligungssumme auch aus.

Unter dem 24. März 2010 schrieb die Bekl. an die Schuldnerin wie folgt (K5):

„Die Gesellschaft ist zum 31.12.2009 in Höhe von 74 159,53 € buchmäßig überschuldet. Da die buchmäßige Überschuldung gegenwärtig nicht beseitigt ist und stille Reserven nicht bestehen, ist die Gesellschaft auch tatsächlich überschuldet. Gemäß § 64 GmbHG besteht für Sie daher die Verpflichtung, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen.“

Mit weiteren Schreiben vom 31. Mai 2011 (K6) und 10. März 2013 (K7) erteilte die Bekl. für die Geschäftsjahre 2010 und 2011 jeweils einen wortgleichen Hinweis.

Der Zeuge Z. – damaliger Geschäftsführer der Schuldnerin – stellte der Bekl. zu nicht mehr nachvollziehbaren Zeitpunkten eine „Roadmap 2012“ vom 6. November 2011 (B2) sowie einen Business-Plan (Anlage B3) zur Verfügung. Diese Unterlagen sollten die Unternehmensstrategie der Schuldnerin verdeutlichen. Die Bekl. erstellte weiterhin bis zum Jahresabschluss für 2011 vom 10. September 2013 die Buchführung für die Schuldnerin, hinsichtlich der Bezahlung vertröstete der Zeuge Z. die Bekl. seit seiner letzten Zahlung vom 17. August 2011 immer wieder.

Der Kl. hat behauptet, die Schuldnerin habe zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Zahlungen jeweils mit dem Vorsatz zur Benachteiligung von Insolvenzgläubigern gehandelt, was der Bekl. bewusst gewesen sei. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass die Bekl. nicht nur die Jahresabschlüsse der Schuldnerin erstellt habe, sondern auch unabhängig hiervon unterjäh-

rig die Finanzbuchführung der Schuldnerin abgewickelt habe. Die Schuldnerin habe seit Januar 2009 fortlaufend verlustbringend gewirtschaftet. Hieran habe selbst die stille Beteiligung nichts geändert, da sie als Fremdkapital zu bilanzieren gewesen sei und deshalb auf die Überschuldung der Gesellschaft keinen Einfluss gehabt habe. Jedenfalls seit dem 31.12.2009 habe die Bekl. den Jahresabschluss nicht mehr unter der Annahme der Fortführungsprämisse erstellen dürfen. Wäre nicht nach Fortführungswerten bilanziert worden, hätte nach Darstellung des Kl. bereits für 2010 ein noch größerer Fehlbetrag, nämlich 211 997,60 €, ausgewiesen werden müssen (K 13). Auch habe die Bekl. die ihr obliegenden Hinweis- und Warnpflichten verletzt, da die Hinweise in den Hinweisschreiben zu allgemein gehalten gewesen seien. Hätte vielmehr die Bekl. eine positive Fortführungsprognose verlangt, hätte der Zeuge Z. schon Anfang 2010 einen Insolvenzantrag stellen müssen. Unmittelbar hätte jedenfalls eine fachlich qualifizierte private Prüfung in Auftrag gegeben werden müssen. Da bis 8. Juli 2018 insgesamt 178 662,44 € zur Insolvenzmasse angemeldet worden seien, sei mit einem voraussichtlichen Insolvenverzögerungsschaden in Höhe von etwa 200 000 € zu rechnen. Die endgültige Schadenshöhe stehe noch nicht fest, weshalb ein Feststellungsantrag zulässig sei.

Die Bekl. hat behauptet, dass vor Fertigstellung des Jahresabschlusses für 2009 am 24. März 2010 das für eine Beurteilung erforderliche Gesamtbild gefehlt habe. Auch habe der Zeuge Z. ihr in der Bilanzbesprechung vom 25. März 2010 mitgeteilt, dass es ihm gelungen sei, Beteiligungskapital in Höhe von 100 000 € zu akquirieren, weshalb nach Auffassung des Zeugen Z. kein Grund für die Stellung eines Insolvenzantrages bestanden habe. Dies habe sie – die Bekl. – zunächst auch so gesehen, weil sie von Eigenkapital ausgegangen sei. Erst bei der nächsten Bilanzbesprechung am 8. Juni 2011 für 2010 sei deutlich geworden, dass es sich lediglich um nachrangiges Fremdkapital gehandelt habe. Zudem hätten die nachfolgend behaupteten Rangrücktritte dazu führen müssen, dass der Zahlbetrag der Y in Höhe von 100 000 €, das vom Geschäftsführer und Zeugen Z. persönlich gegebene Darlehen von 28 287,36 € und weitere Beträge in Höhe von 15 000 € sowie 383,52 € und 226,64 € nicht im Überschuldungsstatus hätten aufgeführt werden müssen. Erst später habe sie festgestellt, dass die Rangrücktritte nicht belegt worden seien. Die Bekl. hat außerdem die Auffassung vertreten, als bloße Steuerberaterin keine allgemeine Rechtsberatung geschuldet zu haben. Aber auch seien bei Startups anfängliche Fehlbeträge nicht immer gleich ein Ansatzpunkt für eine fehlende positive Fortführungsprognose. Insbesondere habe der Geschäftsführer letztlich um die Situation gewusst und gleichwohl keinen Insolvenzantrag gestellt. Von daher werde behauptet, dass selbst ein etwaiger Bilanzierungsfehler nicht zur unterlassenen Insolvenzantragstellung geführt habe. Die Bekl. hat zudem die Einrede der Verjährung erhoben, da das Mandat – was jedenfalls im Berufungsverfahren unstrittig geworden ist – seit Ende 2013 beendet sei.

Das Landgericht, auf dessen Urteil gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hinsichtlich weiterer Einzelheiten verwiesen wird, hat der Insolvenzanfechtung teilweise stattgegeben, die Feststellungsklage aus Steuerberatungshaftung aber abgewiesen. Von Verjährung sei nicht auszugehen, da die erst mit Schluss des Jahres der Insolvenzverfahrenseröffnung zu laufen begonnene Verjährungsfrist durch Klagerhebung rechtzeitig gehemmt worden sei. Soweit der Insolvenzanfechtung stattgegeben worden sei, sei berücksichtigt worden, dass die Bekl. ab dem 23.3.2010 von nicht durch Eigenkapital gedecktem Fehlbetrag in Höhe von 74 159,53 € gewusst habe. Was

den Zeitraum zuvor anbelange, habe die Bekl. lediglich die negativen Monatsergebnisse gekannt, die aber lediglich Momentaufnahmen erlaubt hätten. Insoweit sei die Insolvenzanfechtungsklage daher abzuweisen gewesen. Was die Haftung aus Steuerberatung anbelange, könne unterstellt werden, dass die Bekl. zu Unrecht den streitgegenständlichen Jahresabschlüssen Fortführungswerte zugrunde gelegt habe. Der Zeuge Z. – den das Landgericht vernommen hat – habe aber darauf hingewiesen, dass selbst intensivere Hinweise ihn in seinem Verhalten nicht beeinflusst hätten, weil er sich darauf konzentriert habe, alles dafür zu tun, um seinem Startup zum Erfolg zu verhelfen.

Gegen dieses Urteil hat der Kl. eine statthafte und zulässige Berufung eingelegt, die er wie folgt begründet:

- Das Landgericht hätte von einer Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung seitens der Schuldnerin durch den Bekl. schon auch für den früheren Zeitraum ab Juni 2009 ausgehen müssen. Schon die betriebswirtschaftlichen Auswertungen Januar bis März 2009 hätten hinreichende Anhaltspunkte für die tatsächlich wirtschaftlich schlechte Situation der Schuldnerin aufgezeigt. Anders als das Landgericht angenommen habe, handele es sich hierbei nicht um „schlichte Buchführungsleistungen“, sondern sowohl die Schuldnerin und deren Geschäftsführer als auch die Bekl. hätten hieraus mehr erkennen können. Schließlich sei das Stammkapital bereits im April 2009 vollständig verzehrt gewesen, wie sich aus den entsprechenden Auswertungen ergebe. Mit diesen habe sich das Landgericht zu wenig auseinandergesetzt.
- Daher hätte die Schuldnerin seit März 2009 nicht mehr nur in der Annahme der Fortführung bilanzieren dürfen, sondern unter Zerschlagungswerten bilanzieren müssen. Dies habe die Bekl. gewusst, weil jedenfalls jeder objektive Dritte dies hätte wissen müssen.
- Aber auch von Kreditunwürdigkeit als Indiz für einen bei der Schuldnerin vorhandenen Benachteiligungsvorsatz sei auszugehen gewesen. Nicht erst nach dem 23. März 2010, sondern auch schon für den Zeitraum zuvor – nämlich seit dem März 2009 – hätte die mangelnde Kreditwürdigkeit auch aus den betriebswirtschaftlichen Auswertungen erkannt werden können und müssen.
- Was die Steuerberaterhaftung anbelange, habe das Landgericht versäumt konkret festzustellen, dass und welche Jahresabschlüsse der Schuldnerin fehlerhaft erstellt worden seien. Daher seien auch die von der Steuerberaterin jeweils erteilten Bescheinigungen falsch gewesen.
- Auch hätte die Bekl. erkennen müssen, dass schon das Begehren auf Erstellung eines Jahresabschlusses zu Fortführungswerten die Annahme hätte nahelegen müssen, dass der Zeuge Z. die entsprechenden Hinweise nicht berücksichtigt hatte. Wenn die Bekl. fehlerhafte Jahresabschlüsse erstelle, obwohl sie zuvor oder im Nachhinein entsprechende Hinweise erteilte, konterkariere sie diese Hinweise selbst. Daher könne sie sich nicht darauf berufen, Hinweise erteilt zu haben.

Die Bekl. verteidigt das landgerichtliche Urteil und vertieft ihr bisheriges Vorbringen namentlich wie folgt:

- Vor dem 23. März 2010 habe sie weder tatsächliche Kenntnis noch vermutete Kenntnis von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin besessen. Aus den vorgelegten betriebswirtschaftlichen Auswertungen habe sich die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nicht erkennen lassen. Auf die Veränderbarkeit im Rahmen des Jahresabschlusses habe ein entsprechender Vermerk auch hingewiesen. Der Zeuge Z. habe das Unternehmen anfänglich

durch Eigenkapital finanzieren wollen, aber auch durch ein selbst aufgenommenes Darlehen sowie durch zu gewinnende Investoren.

- Auch sei im Gegensatz zur Auffassung des Kl. schon deshalb nicht nach Zerschlagungswerten zu bilanzieren gewesen, weil keineswegs mit der Stilllegung des Unternehmens habe gerechnet werden müssen; hierzu habe der Kl. auch nichts vorgetragen.
- Jedenfalls habe sie – die Bekl. – seinerzeit nicht schuldhaft gehandelt, weil sie die insoweit einschlägige Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. Januar 2017 (BGH IX ZR 285/14) noch nicht habe kennen können.
- Nicht nachvollziehbar sei, weshalb der – angesichts seiner erstinstanzlichen Aussage nur auf die Förderung seiner Geschäftsidee fixierte – Zeuge Z. als Geschäftsführer der Schuldnerin bei einer Bilanzierung nach Zerschlagungswerten eher einen Insolvenzantrag gestellt hätte.
- Auch sei das Feststellungsbegehren nicht mehr zulässig, weil nicht ersichtlich sei, weshalb ein Schaden jetzt nicht beziffert werden könne.

### Aus den Gründen

Die zulässige Berufung des klagenden Insolvenzverwalters hat in der Sache keinen Erfolg.

Das Landgericht hat zu Recht über den von ihm bereits ausgeurteilten Betrag hinaus eine weitere Pflicht der Bekl. zur Rückerstattung vereinnahmter Honorare abgelehnt (1.). Ebenso zutreffend hat das Landgericht das Begehren des Kl. auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Bekl. aus Steuerberatung zurückgewiesen (2.).

1. Im Ausgangspunkt noch zu Recht beruft sich der Kl. auf eine Anfechtung gemäß § 133 InsO wegen vorsätzlicher Benachteiligung anderer Insolvenzgläubiger, weil und soweit die Entgegennahme von Honoraren zu einem Zeitpunkt, wo der empfangende Gläubiger und Anfechtungsgegner den Beteiligungsvorsatz des Schuldners gekannt hatte, zur Rückgewähr empfangener Leistungen an die Masse führen muss. Allerdings sieht der Senat nicht, dass die Bekl. von einem derartigen Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin oder zumindest von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO) als Fall einer gesetzlichen Vermutung der Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes auch schon für den im Berufungsverfahren allein noch in Betracht kommenden Zeitraum vor dem 23. März 2010 ausgehen musste.

Aus der Kenntnis einer bilanziellen Überschuldung konnte sich eine derartige Kenntnis bereits deshalb nicht herleiten, weil die Bilanz für das Kalenderjahr 2009 erst am 24. März 2010 aufgestellt worden war (K2). Drohende Zahlungsunfähigkeit musste die Bekl. für den vom Kl. im zweiten Rechtszug noch geltend gemachten Zeitraum bis zum 22. März 2010 ebenfalls nicht annehmen, weil von entsprechenden Engpässen nichts bekannt ist und ausweislich der als Anlage K10 vorgelegten laufenden betriebswirtschaftlichen Auswertungen (BWAs) von der Buchung von tatsächlichen Auszahlungsvorgängen auszugehen ist, mithin Forderungen beglichen werden konnten.

Insoweit sieht der Senat im Gegensatz zur Einschätzung des Kl. auch nicht, dass die Bekl. im Verlaufe des Kalender- und Geschäftsjahres 2009 oder in den ersten Monaten des Jahres 2010 schon aus diesen BWAs tatsächliche Anhaltspunkte für die Insolvenzureife des Unternehmens hätte entnehmen müssen. Zwar ist es richtig, dass für diesen Zeitraum ausweislich der monatlichen Auswertungen in der Anlage K10 kontinuierliche negative Betriebsergebnisse zu verzeichnen waren, weil vorhandenen Ausgaben erheblich geringere und bestenfalls

sporadische Einnahmen gegenüber standen. Dies erklärt sich allerdings unschwer aus der Situation der Insolvenzschuldnerin X. GmbH in einer „Startup“-Phase, also Gründungsphase. Typischerweise werden in einer derartigen Phase Gewinne erst allmählich generiert, so dass bis dahin eine Anlaufphase überbrückt werden muss. Zwar sind auch „Startup“-Unternehmen nicht davon frei, bei der Eingehung von Verbindlichkeiten sicherstellen zu müssen, dass sie diese bei Fälligkeit auch bedienen können

(so mit Recht LG Bremen, Urteil vom 9. November 2017 – 6 O 1312/16 –, NZI 2018, 356 ff.).

Allerdings erfolgt die Finanzierung einer derartigen Gründungsphase typischerweise teils durch Eigenkapital, teils durch aufgenommene Darlehen oder teils durch Fremdkapital von Investoren. Soweit es allein hierdurch zu einer anfänglich rechnerischen Überschuldung kommt, muss dies für sich genommen nicht einer günstigen Fortführungsprognose entgegen stehen.

So lag es auch im vorliegenden Fall. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Bekl. ausgeführt, dass gerade durch Eigenkapital, Darlehen oder auch zu gewinnende Investoren - in dieser Hinsicht sei der Zeuge Z. als Geschäftsführer sehr aktiv gewesen - aus ihrer Sicht die Finanzierung bis zur Gewinnphase sichergestellt gewesen sei. Zudem ist zu bedenken, dass sich auch nach Auffassung des Senats den BWAs über erkennbare Zahlungsflüsse und Anzeichen für die Profitabilität eines Unternehmens hinaus keine hinreichend sicheren Hinweise auf den Vermögensstatus eines Unternehmens entnehmen lassen, weil monatliche BWAs offene Forderungen, künftige Geschäfte oder auch ggf. Lagerbestände nicht zwingend erfassen müssen. Damit wird deutlich, dass die Bekl. selbst aus der von ihr durchgeführten Finanzbuchhaltung einschließlich der BWAs keine Anhaltspunkte auf eine schon bis zum 22. März 2010 signifikante Überschuldung oder gar drohende Zahlungsunfähigkeit entnehmen konnte. Schon damit fehlt es aber einer Absichtsanfechtung im Sinne des § 133 InsO an der notwendigen Substanz.

2. Aber auch dem Begehren auf Feststellung einer Schadenersatzverpflichtung aus Steuerberaterhaftung kann nicht entsprochen werden. Mag das Feststellungsbegehren bei interessengerechter Auslegung noch zulässig sein (a) und ein Steuerberater auch generell zum Hinweis auf eine mögliche Insolvenzreife und zu veranlassende Maßnahmen verpflichtet sein (b), ist doch nicht ersichtlich, dass die Bekl. im konkreten Fall diese Pflichten vernachlässigt hätte (c). Dessen ungeachtet kann nicht davon ausgegangen werden, dass noch drastischere Warnhinweise der Bekl. überhaupt zur früheren Stellung eines Insolvenzantrags geführt hätten (d).

a) Was den Inhalt des Feststellungsbegehrens anbelangt, richtet sich dies ersichtlich auf die Verantwortung für eine Verschlechterung der Vermögenssituation der Insolvenzschuldnerin in der Zeit zwischen gebotener Insolvenzantragstellung und späterer tatsächlicher Insolvenzantragstellung. In dieser Zeit können weitere Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufgebaut worden sein, während vorhandenes Vermögen weiter abgefließen ist.

Der Senat hält ein derartiges Feststellungsbegehren trotz Kritik der Bekl. auch derzeit noch für zulässig, weil eine abschließende Bezifferung des so zu ermittelnden Schadens vor Abschluss des Insolvenzverfahrens nur der Dimension nach möglich ist, aber nicht nach der konkreten Höhe.

Soweit einzelne Schadensarten - etwa die notwendigen Kosten für die Neuerstellung von Bilanzen nicht mehr zu Fortführungs-, sondern zu Liquidationswerten - schon jetzt bezifferbar wären, wäre insoweit ein Feststellungsbegehren

allerdings nicht mehr zulässig. Allerdings sieht der Senat nicht, dass der Kl. derartige Schadenspositionen bisher gegenüber der Bekl. geltend machen will.

b) Was die Pflichten eines Steuerberaters bei für ihn wahrnehmbarer Insolvenzgefahr anbelangt, hat der erkennende Senat schon in der Vergangenheit ausgesprochen, dass ein Steuerberater außerhalb eines sich gerade hierauf erstreckenden Mandats nicht von sich aus zur Erstellung einer Fortführungsprognose und insbesondere einer - unter Umständen kostenaufwendigen - Überschuldungsbilanz verpflichtet ist, wohl aber zum Hinweis auf eine drohende Insolvenzgefahr und zur Erforderlichkeit entsprechender näherer Prüfungen unter dem Gesichtspunkt einer vertraglichen Nebenpflicht kraft überlegenen Wissens

(Senat, Urteil vom 2. September 2011 – 17 U 14/11 –, NZG 2012, 307 ff.; bei Juris, Rn. 44 f.).

Soweit der Bundesgerichtshof eine derartige Verpflichtung zunächst noch in Abrede gestellt hatte

(Urteil vom 7. März 2013 – IX 64/12 –, DStR 213, 1151 f, bei Juris, Rn. 19),

hat er spätestens mit Urteil vom 26. Januar 2017

(IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 ff., bei Juris, Rn. 43 ff.)

seine bisherige Zurückhaltung aufgegeben und geht ebenfalls von einer entsprechenden Hinweis- und Warnpflicht aus. Allerdings hat der BGH in dieser neueren Entscheidung betont, dass ein lediglich abstrakter Hinweis auf die Prüfungspflichten eines Geschäftsführers gerade nicht genügt, sondern es erforderlich ist, „dass der Steuerberater die maßgeblichen Umstände gegenüber seinem Mandanten im Einzelnen bezeichnet und ihn konkret darauf hinweist, dass diese Umstände Anlass zu einer Prüfung einer möglichen Insolvenzreife“ geben

(aaO, Rn. 49).

Dieser Auffassung schließt sich der Senat an. Im Übrigen verbleibt es dabei, dass der Steuerberater nicht verpflichtet ist, von sich aus eine Überschuldungsprüfung vorzunehmen, auch nicht von sich aus kontinuierlich die Zahlungsfähigkeit zu überprüfen, weil beides originäre Aufgaben des Geschäftsführers selbst sind

(so mit Recht BGH aaO, Rn. 47).

Dessen ungeachtet könne – so der BGH in der erwähnten Entscheidung weiter – der bilanzerstellende Steuerberater auch bei Erstellung der Handelsbilanz nicht ungeprüft Fortführungswerte zugrunde legen. Wisse er aufgrund seiner Kenntnis, dass die entsprechende Vermutung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB widerlegt sei oder dass zumindest ernsthafte Zweifel an der Ansetzbarkeit von Fortführungswerten beständen, sei eine weiterhin erfolgende Bilanzierung nach Fortführungswerten mangelhaft, dies gerade auch im Sinne der mit der Bilanzierung übernommenen werkvertraglichen Verpflichtung. Anderes gelte nur, wenn der Steuerberater zuvor mit seinem Mandanten abgeklärt habe, ob entweder tatsächlich von einer positiven Fortführungsprognose auszugehen sei oder er jedenfalls nach Weisung der Gesellschaft von Fortführungswerten auszugehen habe

(BGH aaO, Rn. 29, 31 f, 38).

c) Im Ergebnis kann der Kl. aus diesen Anforderungen gegen die Bekl. nichts im Sinne seines Feststellungsbegehrens herleiten. Allerdings ist bei der Frage, ob die Bekl. den dargestellten Anforderungen gerecht geworden ist, zu differenzieren:

aa) Was die reine Warn- und Hinweispflicht anbelangt, unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt von der vom BGH in seiner Entscheidung am 26. Januar 2017 zu beurteilenden Konstellation gerade dadurch, dass die Bekl.

sowohl mit Schreiben vom 24. März 2010 (K5) als auch vom 31. Mai 2011 (K6) und vom 10. September 2013 (K7) den Zeugen Z. als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin jeweils auf den von ihr übermittelten buchmäßigen Überschuldungsstand hingewiesen, das Nichtbestehen stiller Reserven angesprochen und den Zeugen auf die aus § 64 GmbHG ergebenden Verpflichtungen zur Antragstellung eines Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens hingewiesen hatte.

Dies ist deutlich und zureichend, wobei die veraltete Terminologie „Konkursverfahren“ anstatt „Insolvenzverfahren“ unschädlich ist. Überdies konnte der Anhörung der Bekl. noch zusätzlich entnommen werden, dass sie über diese Fragestellung mit dem Zeugen Z. gesprochen hatte, allerdings den Eindruck gewonnen hatte, dass dieser von seiner unternehmerischen Idee beseelt weitermachen wollte und hierfür auch konkrete Planungen hatte. Trotz bilanzieller Überschuldung ist die Bekl. daher sowohl vom Fortführungswillen als auch von einer Fortführungsprognose ausgegangen.

Für die Situation Frühjahr 2010 – also nach Bilanzerstellung für das Jahr 2009 – und noch 2011 – also für die Zeit nach bis zur Bilanzerstellung für das Jahr 2010 – erscheint dies noch plausibel, weil sich insbesondere der Investor ... beteiligen wollte und der Zeuge Z. gegenüber der Bekl. nach deren Darstellung von existenten Rangrücktrittserklärungen gesprochen haben soll. Nicht mehr so eindeutig ist für den Senat die Plausibilität des Verhaltens der Bekl. für deren nachfolgende Tätigkeit, weil und soweit die erwähnten Rangrücktrittserklärungen tatsächlich nicht vorgelegt wurden. Andererseits übernimmt ein Steuerberater unter dem Aspekt der von ihm zu beachtenden Warn- und Hinweispflichten nicht die Verantwortung dafür, dass der beratene Mandant sich an die erteilten Warnungen und Hinweise auch tatsächlich hält. Es ist nicht Aufgabe des Steuerberaters, dem Mandanten die Geschäftsführung abzunehmen und ihn notfalls zur Insolvenzantragstellung zu zwingen.

Von daher kann der Kl. auch nicht mit dem Vorwurf gehört werden, dass die Bekl. durch die jedenfalls ihren Warnschreiben vom 24. März 2010 und vom 31. Mai 2011 noch nachfolgende Tätigkeit – nach dem letzten Warnschreiben vom September 2013 unter vorausgegangener Erstellung des Jahresabschlusses für 2011 endete die Tätigkeit der Bekl. ohnehin – ihre Warnhinweise gewissermaßen „konterkariert“ hätte. Der Senat vermag zwar nicht auszuschließen, dass der eine oder andere Mandant tatsächlich eine weitere Tätigkeit des Steuerberaters dahin deuten könnte, dass die Lage wohl doch nicht ganz so hoffnungslos sei. Allerdings müssen und dürfen die Rechtsordnung und der mandatierte Steuerberater von der Autonomiefähigkeit und Handlungsfähigkeit eines durchschnittlichen Mandanten ausgehen, der Steuerberater ist nicht „Lebensberater“ seines Mandanten. Ungeachtet dessen hätte diese Sicht zur Konsequenz, dass den Steuerberater von in einer Krise befindlichen Unternehmen ab einem bestimmten Grad der Krise faktisch ein Tätigkeitsverbot treffen würde. Dies ist aber mit Artikel 12 GG nicht zu vereinbaren. Der Steuerberater kann aus wohlverstandenen Eigeninteresse in einer solchen Situation nach Maßgabe des § 627 BGB grundsätzlich das Mandat kündigen, er muss es aber nicht.

bb) Eine andere Frage ist es, wie lange die Bekl. vorliegend noch nach Fortführungswerten die Jahresbilanzen erstellen durfte. Diese Frage kann zu Recht hinsichtlich der – ohnehin deutlich verspätet, nämlich erst in 2013 – erstellten Bilanz für 2011 gestellt werden. Andererseits sind die möglichen Neuerstellungskosten für eine nach Liquidationswerten zu erstellende Bilanz für 2011 ebenso wenig Streitgegenstand, wie unter dem Aspekt des Hinweises an den Mandanten der Mehrwert lediglich im Ausweis einer quantitativ noch größeren Über-

schuldung bestanden hätte. Die Verpflichtung des Zeugen Z. zur Insolvenzantragstellung wäre aber hierdurch keine andere geworden.

d) Fehlt es somit bereits an einer zur Verschlechterung des Vermögensstatus der Insolvenzschuldnerin führenden Pflichtverletzung der Bekl., ist überdies – obwohl es hierauf schon nicht mehr ankommt – überaus zweifelhaft, ob der Zeuge Z. selbst auf noch deutlichere Warnungen und Verdeutlichungen überhaupt im Sinne eines notwendigen Kausalzusammenhangs mit der frühzeitigeren Stellung eines Insolvenzantrages reagiert hätte. Der Senat kann nicht beanstanden, dass das Landgericht nach Vernehmung des Zeugen Z. den Eindruck einer gewissen Unbelehrbarkeit gewonnen hat. Nämlich dahin, dass der Zeuge Z. – ein von seiner Geschäftsidee überzeugter Unternehmer – letztlich solange am Markt bleiben wollte, wie es irgend ging. In der auch dem Senat durchaus bekannten Praxis heißt dies: zumindest solange, wie die Liquidität des Unternehmens es noch hergibt. Dies setzt einen Geschäftsführer einer entsprechenden Haftung und ggf. auch strafrechtlichen Verantwortung aus, ist aber nicht mit einer Verantwortung des Steuerberaters für dieses Eigenverhalten des Mandanten gleichzusetzen.

Nach alledem musste es bei dem bereits vom Landgericht ausgeurteilten Ergebnis verbleiben.

#### **BGB § 812, AÜG §§ 9 I Nr. 1 1. Halbs., 1 I 3; ZPO § 802c**

- 1. Die Abgrenzung einer (hier unerlaubten) Arbeitnehmerüberlassung gegenüber einem Dienst- oder Werkvertrag erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der auch für das übrige Zivilrecht zu folgen ist, nach folgenden Kriterien (vgl. zuletzt LAG Niedersachsen, Urteil vom 19.12.2015 – 8 SA 643/14 mit zahlreichen Nachweisen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung):**
  - **Eine Überlassung zur Arbeitsleistung i. S. v. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.**
  - **Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausübung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungshelfen.**
  - **Über die rechtliche Einordnung des Vertrags zwi-**

- schen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht.
2. Eine Arbeitnehmerüberlassung ist gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG unerlaubt, wenn die Kl.in selbst vorträgt, zur Arbeitnehmerüberlassung nicht berechtigt zu sein
  3. Sie ist auch gemäß dem zum 1.4.2017 eingeführten § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG als sog. Kettenüberlassung verboten, wenn zwischen der Kl.in als Verleiherin und den ausgeliehenen Arbeitnehmern kein Arbeitsverhältnis besteht.
  4. Rechtsfolge schon des Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG ist, dass der Vertrag zwischen den Parteien unwirksam ist und die Kl.in nicht die vereinbarte Vergütung verlangen, sondern lediglich Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Bekl. geltend machen kann (vgl. nur BGH, Urteil vom 18.7.2000 – X ZR 62/98).
  5. Dabei stellt der Senat nicht auf einen Wertersatz für die von den Leiharbeitnehmern beim Bekl. geleisteten Dienste ab, denn ein solcher Wertersatz soll dem (unerlaubten) Verleiher ausdrücklich nicht zustehen (vgl. BGH, Urteil v. 25.6.2002 – X ZR 83/00).
  6. In den vom BGH entschiedenen Fällen (vgl. auch BGH, Urteil v. 8.11.1979 – VII ZR 337/78) ging es stets um eine „einstufige“ Arbeitnehmerüberlassung, bei der § 10 AÜG das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer fingiert. Bei der „einstufigen“ Überlassung – so der BGH – soll es dem Verleiher nicht verwehrt sein, die Vergütung, die er selbst anstelle des Entleihers an den Leiharbeitnehmer gezahlt hat, von dem Entleiher zurückzuverlangen, weil dieser sonst ungerechtfertigt bereichert wäre.
  7. Vergleichbar aber zu den Aufwendungen, die der Entleiher bei einer „einstufigen“ Arbeitnehmerüberlassung gehabt hätte, hat aber auch der Bekl. im Rahmen der hier vorliegenden Ketten-Arbeitnehmerüberlassung Vergütungsaufwendungen erspart, nämlich diejenigen, die er – hätte er selbst direkt die eingesetzten Mitarbeiter ausgeliehen – an den ursprünglichen Verleiher hätte zahlen müssen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Bekl. für die erhaltene Arbeitsleistung nicht wenigstens diese ersparten Aufwendungen zahlen sollte, während die Kl.in anderenfalls nicht nur keine Werkvergütung erhielte, sondern zusätzlich auch noch zur Zahlung der Vergütung für die Leiharbeitnehmer an die Verleihfirma verpflichtet wäre. Eine übermäßige Sanktionierung des (unerlaubten) Verleihers im Verhältnis zum Entleiher entspricht nicht der Gesetzesintention entspricht (vgl. BGH, Urteil v. 8.11.1979 – VII ZR 337/78). Diese Bereicherung durch ersparte Aufwendungen kann die Kl.in von dem Bekl. verlangen.
  8. Betreffend die Feststellung zum Vorliegen einer vorsätzlich unerlaubten Handlung (hier: Eingehungsbetrug gemäß § 263 StGB) rechtfertigt die Abgabe der Vermögensauskunft gem. § 802c ZPO durch den Bekl. grundsätzlich den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit auch im Zeitpunkt der Beauftragung der Kl.in wenige Monate später. Zwar ist es grundsätzlich Sache der Kl.in, die Zahlungsunfähigkeit des Bekl. im Zeitpunkt der Beauftragung zu beweisen. Darlegungsbelastet dafür, dass seine Vermögensverhältnisse sich in den Monaten nach der Vermögensauskunft derart

entwickelt haben, dass er wieder zahlungsfähig war, war allerdings der Bekl.. Dafür hätte er als derjenige, der im Gegensatz zur Kl.in über die erforderlichen Kenntnisse verfügt, sich so dezidiert einlassen müssen, dass die Kl.in auch die Chance gehabt hätte, ihrer Beweislast nachzukommen (vgl. KG Berlin, Urteil vom 21.11.2008 – 7 U 47/08; AG Bremen, Urteil vom 5.2.2009 – 5 C 88/08).

SchlHOLG, 12. Zivilsenat, Urteil v. 29. Mai 2019 – 12 U 102/18 –, rk.Ve.

*Die Parteien streiten um Vergütungsansprüche im Zusammenhang mit Arbeiten, die die Kl.in für den Bekl. im Rahmen eines Bauvorhabens durchgeführt hat.*

*Für den Sachverhalt wird zunächst auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).*

*Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Die Kl.in könne Zahlung des verlangten Werklohns gemäß § 631 Abs. 1 2. Halbsatz BGB verlangen. Das Vertragsverhältnis sei als Werkvertrag zu qualifizieren, da jeweils einzelne Tätigkeiten nach vorheriger Absprache übernommen worden seien und daher ein Werkerfolg geschuldet gewesen sei. Unstreitig seien Beschäftigte der Kl.in auf der Baustelle für Arbeiten aus dem Aufgabenkreis des Bekl. eingesetzt worden. Der inhaltlich nicht bestrittene Umfang der Tätigkeit ergebe sich aus den vom Kl. abgezeichneten Stundenzetteln. Insofern sei auch dem Beweisangebot zur Vernehmung des Zeugen A. gemäß Schriftsatz vom 17.7.2018 nicht nachzugehen, da letztlich die genaue Art der ausgeführten Tätigkeiten für den Anspruch keine Rolle spiele. Der geltend gemachte Stundenverrechnungssatz erscheine angemessen.*

*Unerheblich sei, ob dem Bekl. sozialversicherungsrechtliche Nachweise sowie Nachweise über den Mindestlohn vorgelegt worden seien. Denn jedenfalls ergebe sich auch aus dem Fehlen derartiger Nachweise ein Zurückbehaltungsrecht des Bekl. nicht (vgl. OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.1.2014 – 10 U 7/13, zitiert nach juris).*

*Die in der Klageerwiderung angerissene angebliche Mängel der Arbeiten der klägerischen Mitarbeiter seien in keiner Weise nachvollziehbar dargelegt und blieben völlig im Dunkeln, so dass das entsprechende Vorbringen dem klägerischen Anspruch nicht entgegenstehe.*

*Darüber hinaus sei auch die begehrte Feststellung zu treffen, dass der Anspruch auf unerlaubter Handlung beruhe. Der Umstand, dass der Bekl. wenige Monate vor Auftragserteilung an die Kl.in vor dem Amtsgericht X. die Vermögensauskunft abgegeben habe, lege nahe, dass auch im Spätherbst 2017, bei Eingehung der entsprechenden Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Kl.in, eine Zahlungsfähigkeit nicht gegeben gewesen sei, was sich letztlich auch im späteren Verhalten des Bekl. widerspiegeln.*

*Hiergegen hat der Bekl. Berufung eingelegt, die er wie folgt begründet:*

*Zu Unrecht habe das Landgericht der Klage auf Zahlung einer Vergütung für Werkleistungen stattgegeben, ohne den Zeugen A. zu vernehmen.*

*Fälschlich gehe das Gericht davon aus, dass die genaue Art der ausgeführten Tätigkeiten für den Anspruch keine Rolle spiele. Diese hätten hier festgestellt werden müssen, da die Mitarbeiter der Kl.in für den Bekl. Baudienstleistungen – und nicht etwa Reinigungsarbeiten – erbracht hätten. Baudienstleistungen unterlägen besonderen sozial- und steuerrechtlichen Vorschriften, insbesondere § 48 a EStG und § 13 b UStG. Durch die Aussage des Zeugen A. würde bewiesen werden, dass es sich um Baudienstleistungen gehandelt habe. Die durch die Kl.in gestellte Rechnung sei daher nach § 13 b Abs. 5 S. 2 UStG fehlerhaft ausgestellt und zu monieren ge-*

wesen.

Ebenso sei die Entscheidung zum Tenor zu 2) fehlerhaft. Es sei falsch im landgerichtlichen Tatbestand aufgenommen worden, dass der Bekl. vor dem Amtsgericht X. am 22.5.2017 die Vermögensauskunft abgegeben habe, wie sich aus dem nunmehr erhaltenen Schreiben der damaligen Gerichtsvollzieherin vom 2.1.2019 (Bl. 157 d.A.) ergebe.

Die durch das Gericht hergeleitete Begründung des Tenors zu 2) trage zudem auch nicht. Der Anspruch auf Feststellung werde nicht begründet, sondern es werde lediglich darüber spekuliert. Die Vermögensauskunft könne nur den Vermögensstand zur Zeit der Abgabe widerspiegeln, nicht jedoch ein uneingeschränktes Präjudiz für die Zukunft darstellen. Der Umstand, dass der Bekl. in unternehmerischer Absicht und mit einem Auftrag des Generalunternehmers auf der Baustelle tätig gewesen sei und der Auftrag durch den Bekl. an die Kl.in erst auf der Baustelle erteilt worden sei, widerlege die Absicht, die Verpflichtung aus dem Werkvertrag von vornherein nicht erfüllen zu wollen. Denn – selbst wenn eine Vermögensauskunft vorgelegen hätte – hätte der Bekl. einen Anspruch auf Vergütung gegen seinen Generalunternehmer, durch deren Erfüllung er Mittel erlangt hätte, mit denen er die Verpflichtungen gegenüber der Kl.in hätte erfüllen können. Zu rügen sei auch der Schluss des Gerichts, Einwendungen gegen die Forderung der Kl.in würden die Zahlungsunfähigkeit bzw. Unwilligkeit des Bekl. widerspiegeln.

Offen bleibe noch die Frage, ob die Kl.in aufgrund der Tatsache, dass es sich bei „ihren“ Mitarbeitern ihrerseits um Leiharbeiter von Zeitarbeitsfirmen gehandelt habe, überhaupt berechtigt gewesen sei, diese an den Bekl. weiterzuverleihen. Der Zeuge B. habe ausgesagt, dass er nicht in der Tiefgarage gewesen sei und „seine“ Mitarbeiter auch nicht überwacht habe. Hingegen hätten die Mitarbeiter der Kl.in den Weisungen des Mitarbeiters des Bekl. unterstanden, seien also in seinen Beschichtungsbetrieb eingebunden gewesen.

Nach Ansicht der Kl.in ist das Urteil richtig ergangen.

Mit Verfügung vom 21.2.2019 (Bl. 160 f. d. A.) hat der Senat darauf hingewiesen, dass ein Verstoß gegen § 9 Abs 1 Nr. 1 1. Halbs. AÜG zu prüfen sei, da sich aus dem Vortrag beider Parteien Indizien dafür ergäben, dass kein Werk- oder Dienstvertrag über eine Reinigung der Baustelle geschlossen worden sei, sondern lediglich Mitarbeiter für Reinigungs- oder auch andere Zwecke zur Verfügung gestellt worden seien. Die Folgen einer möglichen unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung wäre, dass die Kl.in keine Vergütung verlangen, sondern lediglich Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Bekl. geltend machen könne (vgl. BGH, Urteil vom 18.7.2000 – X ZR 62/98).

Auf diesen Hinweis hat die Kl.in mit Schriftsatz vom 5.4.2019 (Bl. 169 f. d. A.) mitgeteilt, dass sie bei ihrer Rechtsauffassung bleibe, dass die Parteien einen Werkvertrag geschlossen hätten, bei dem eine Vergütung nach Aufwand zu einem Stundenhonorar in Höhe von 24,50 € netto vereinbart gewesen sei. Dies sei durch die Einvernahme des Zeugen B. bestätigt worden. Vorsorglich hat sie dargelegt, welche Mitarbeiter mit der Ausführung der Arbeiten bei dem Bekl. tätig gewesen seien und welche Stundenhonorare sie dafür an die Verleihfirma gezahlt habe. Insgesamt ergäben sich daraus 222 für den Bekl. erbrachte Stunden mit einer insgesamt gezahlten Vergütung von 3848,04 € netto und 4579,17 € brutto.

Der Bekl. hat demgegenüber in der mündlichen Verhandlung sowie mit Schriftsatz vom 28.5.2019 darauf hingewiesen, dass nach dem Gesetzeszweck Folge einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung nicht der Ausgleich über eine ungerechtfertigte Bereicherung sein könne. Die vom Senat zitierte

Entscheidung des BGH beruhe auf einer Spezialkonstellation zum Schutz der Leiharbeiter, die hier nicht einschlägig sei. Sollte der Senat dem nicht folgen, werde die Zulassung der Revision beantragt.

### Aus den Gründen

Die Berufung ist teilweise begründet. Zwar hat die Kl.in gegen den Bekl. keinen Anspruch auf Zahlung einer Vergütung aus Werkvertrag, wohl aber einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 BGB.

1. Zwischen den Parteien ist – anders als das Landgericht meint – kein wirksamer Vertrag zustande gekommen. Vielmehr liegt eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vor.

a) Die Abgrenzung einer (hier unerlaubten) Arbeitnehmerüberlassung gegenüber einem Dienst- oder Werkvertrag erfolgt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der der Senat folgt, nach folgenden Kriterien

(vgl. zuletzt LAG Niedersachsen, Urteil vom 19.1.2015 – 8 SA 643/14 mit zahlreichen Nachweisen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung):

- Eine Überlassung zur Arbeitsleistung i. S. v. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.
- Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausübung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen.
- Über die rechtliche Einordnung des Vertrags zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht.

Vorliegend handelt es sich nach Ansicht des Senats um eine Arbeitnehmerüberlassung.

So ist die Kl.in von dem Bekl. nicht etwa damit beauftragt worden, Reinigungs- oder andere Arbeiten für den Bekl. durchzuführen, wie es für einen Dienst- oder Werkvertrag erforderlich wäre, sondern es gab nach der Auftragsbestätigung vom 19.11.2017 (Anlage B2, Bl. 60 d. A.) lediglich eine Vereinbarung darüber, dass zunächst drei Arbeitskräfte – die die Kl.in selbst auch nur ausgeliehen hatte – zur Verfügung gestellt werden sollten, für die ein Stundenlohn von 24,50 € gezahlt werden sollte. Aus einer weiteren E-Mail vom 26.11.2017 (Anlage K 1, Bl. 11 d. A.) ergibt sich, dass im weiteren Verlauf des Einsatzes von Beklagtenseite weitere zwei Mitarbeiter angefordert wurden. Nach eigenem Vortrag der Kl.in wurden diese Mitarbeiter „nach Anweisung des Bekl.“ eingesetzt (siehe Klagschrift Bl. 7 d. A.), was sich auch mit den eingereichten Wochenberichten deckt, in denen es beispielsweise im Wochenbericht

für die KW 47 heißt, dass die Aufgabenstellung „nach Auftrag der Firma Y“, d. h. des Bekl., erfolgte. Auch der für die Kl.in tätige Zeuge B. hat in seiner Vernehmung am 17.7.2018 vor dem Landgericht ausgesagt, dass der Bekl. „ab und zu zu ihm ... gekommen“ sei und gesagt habe, „er brauche fünf Leute oder so, die Reinigungsarbeiten für ihn erledigen sollten. Das war immer unterschiedlich. Er kam dann mal und wollte zwei oder drei Leute für ein paar Tage haben. Das brach dann auch wieder ab.“ (Bl. 53 d. A.). Schließlich erfolgte eine Abrechnung zwischen den Parteien auch nicht etwa für ein Werk wie „für Reinigungsarbeiten“ oder Ähnliches, sondern exakt nach den Stunden, für die die Mitarbeiter dem Bekl. überlassen worden waren (siehe Rechnung vom 14.12.2017, Anlage K 2, Bl. 12 d. A.).

Dieser Bewertung, die der Senat den Parteien bereits in der Verfügung vom 21.1.2019 vorgestellt hatte, ist die Kl.in nicht substantiiert entgegengetreten. Allein die Behauptung, dass nach der Aussage des Zeugen B. ein Werkvertrag geschlossen worden sei, genügt angesichts der genannten Indizien für einen Werkvertrag und der zitierten - dem entgegenstehenden - Äußerungen des Zeugen über die praktische Durchführung des Vertrags dafür nicht.

b) Eine solche Arbeitnehmerüberlassung ist zum einen gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG unerlaubt, da die Kl.in selbst vorträgt, zur Arbeitnehmerüberlassung nicht berechtigt zu sein; zum anderen ist sie auch gemäß dem zum 1.4.2017 eingeführten § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG als sog. Kettenüberlassung verboten, weil zwischen der Kl.in als Verleiherin und den ausgeliehenen Arbeitnehmern kein Arbeitsverhältnis besteht.

c) Rechtsfolge schon des Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG ist, dass der Vertrag zwischen den Parteien unwirksam ist und die Kl.in nicht die vereinbarte Vergütung verlangen, sondern lediglich Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Bekl. geltend machen kann

(vgl. nur BGH, Urteil vom 18.7.2000 – X ZR 62/98).

Soweit der Bekl. sich in der mündlichen Verhandlung darauf berufen hat, dass es angesichts der Verschärfung der gesetzlichen Vorschriften nicht mehr der aktuellen Ansicht des BGH entsprechen könne, bei Vorliegen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung trotz Unwirksamkeit des Vertrags eine ungerechtfertigte Bereicherung zuzusprechen, ist dem nicht zu folgen, denn tatsächlich war die Gesetzeslage bei Erlass des zitierten BGH-Urteils schon dieselbe wie heute. Der BGH hat damals seine Ansicht, es sei eine ungerechtfertigte Bereicherung zuzusprechen, wie folgt begründet:

„b) Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, der auf Wertersatz gerichtete Bereicherungsanspruch der Kl.in werde von den Sonderregelungen des AÜG verdrängt. Das Fehlen einer nach § 1 AÜG erforderlichen Erlaubnis führt zwar zur Unwirksamkeit des zwischen Ver- und Entleiher geschlossenen Vertrages (§ 9 Nr. 1 AÜG). Dies bedeutet allerdings nicht, daß deshalb ein Bereicherungsausgleich zwischen dem Ver- und Entleiher der Arbeitskräfte ausgeschlossen sein müßte. Hat der Verleiher durch Verleihen von Arbeitnehmern Leistungen bei dem Entleiher erbracht, so begründet dies einen Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Altern. 1, 818 Abs. 2 BGB, der sich auf den Ersatz der beim Entleiher objektiv eingetretenen Bereicherung richtet, sofern eine solche im Hinblick auf § 10 Abs. 1 AÜG festgestellt werden kann.“

Es liegt hier – anders als der Bekl. in seinem Schriftsatz vom 28.5.2019 meint – auch eine Bereicherung auf seiner Seite vor.

Zwar ist es richtig, dass die vom BGH bislang zur Frage einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung und ungerechtfertigter Bereicherung entschiedenen Fälle einer anderen Per-

sonenkonstellation unterliegen, als sie hier streitgegenständlich ist. In den vom BGH entschiedenen Fällen

(vgl. auch BGH, Urteil v. 8.11.1979 – VII ZR 337/78)

ging es stets um eine „einstufige“ Arbeitnehmerüberlassung, bei der § 10 AÜG das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer fingiert, während hier eine sog. Kettenüberlassung in Rede steht, bei der das Arbeitsverhältnis zwischen dem ursprünglichen Entleiher und dem ausgeliehenen Arbeitnehmer weiterbesteht. Bei der „einstufigen“ Überlassung – so der BGH – soll es dem Verleiher nicht verwehrt sein, die Vergütung, die er selbst anstelle des Entleihers an den Leiharbeitnehmer gezahlt hat, von dem Entleiher zurückzuverlangen, weil dieser sonst ungerechtfertigt bereichert wäre. Eine solche Situation liegt hier nicht vor, denn der Entleiher, hier der Bekl., hat keine Aufwendungen dadurch erspart, dass der Verleiher, hier die Kl.in, Lohn an die ausgeliehenen Arbeitnehmer gezahlt hätte, wozu eigentlich er – der Bekl. – im Rahmen des neu entstandenen Arbeitsverhältnisses verpflichtet gewesen wäre.

Trotzdem fehlt es auch hier nicht an einer ungerechtfertigten Bereicherung. Dabei stellt der Senat nicht auf einen Wertersatz für die von den Leiharbeitnehmern beim Bekl. geleisteten Dienste ab, denn ein solcher Wertersatz soll dem (unerlaubten) Verleiher ausdrücklich nicht zustehen

(vgl. BGH, Urteil v. 25.6.2002 – X ZR 83/00).

Vergleichbar aber zu den Aufwendungen, die der Entleiher bei einer „einstufigen“ Arbeitnehmerüberlassung gehabt hätte, hat aber auch hier der Bekl. Vergütungsaufwendungen erspart, nämlich diejenigen, die er – hätte er selbst direkt die eingesetzten Mitarbeiter ausgeliehen – an den ursprünglichen Verleiher hätte zahlen müssen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Bekl. für die erhaltene Arbeitsleistung nicht wenigstens diese ersparten Aufwendungen zahlen sollte, während die Kl.in anderenfalls nicht nur keine Werkvergütung erhielte, sondern zusätzlich auch noch zur Zahlung der Vergütung für die Leiharbeitnehmer an die Verleihfirma verpflichtet wäre. Dass eine übermäßige Sanktionierung des (unerlaubten) Verleihers im Verhältnis zum Entleiher nicht der Gesetzesintention entspricht, hat der BGH bereits in seinem Urteil v. 8.11.1979 – VII ZR 337/78 – ausgeführt:

„Es genügt, wenn gegen den Verleiher wegen der von ihm begangenen Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße verhängt wird und er aus der verbotenen Arbeitnehmerüberlassung keinen Gewinn ziehen kann, weil er wegen der Nichtigkeit des Vertrags mit dem Entleiher von diesem nicht die vereinbarte Vergütung und auch keinen Wertersatz für die von den zur Verfügung gestellten Arbeitern geleisteten Dienste verlangen kann. Ungerechtfertigt wäre es aber, wenn er nicht wenigstens das erstattet verlangen könnte, was er dem Entleiher dadurch erspart hat, daß er die Arbeitskräfte entlohnt hat. Es besteht kein Grund, dem Entleiher auf diese Weise einen weiteren Vorteil aus der verbotenen Überlassung der Arbeitskräfte zukommen zu lassen, die er in seinem Betrieb auch tatsächlich beschäftigt hat. In der Beschränkung des Verleihers auf den Ersatzanspruch gemäß §§ 267, 812 BGB liegt vielmehr ein angemessener und damit billiger Ausgleich der widerstrebenden Interessen.“

Diese Bereicherung durch ersparte Aufwendungen kann die Kl.in von dem Bekl. verlangen.

d) Auf den Hinweis des Senats vom 21.1.2019 hat die Kl.in zu den Zahlungen, die sie selbst an die ursprüngliche Verleihfirma zu leisten hatte, Ausführungen gemacht, die von dem Bekl. nicht angegriffen worden sind. Danach hatte die Kl.in Aufwendungen in Höhe von 4579,17 € brutto. Dieser Betrag ist von dem Bekl. auch einschließlich Mehrwertsteuer zu zah-

len, da die Kl.in ihrerseits nach ihren unbestrittenen Angaben in der mündlichen Verhandlung die Zahlungen an die Verleihfirma brutto vorgenommen hat.

e) Weitere Einwendungen des Bekl. stehen dem Anspruch nicht entgegen.

(1) Soweit der Bekl. sich auf § 13 b Abs. 5 S. 2 UStG berufen hat, wonach die Kl.in keine Umsatzsteuer auf ihre Vergütung verlangen könnte, wenn es sich um Bauleistungen handelte, spielt dies bei der (unerlaubten) Arbeitnehmerüberlassung keine Rolle, da hier kein Werkvertrag über Bauleistungen geschlossen wurde, sondern lediglich Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt wurden (so ausdrücklich Schreiben des Bundesministeriums für Finanzen vom 31.3.2004, Der Betrieb 2004, 785 unter II. 1. (7)).

(2) Ebenso wenig kann sich der Bekl. auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen fehlender Freistellungsbescheinigung gemäß § 48 b EStG berufen. Zum einen kommt auch hier zum Tragen, dass es gar nicht um Bauleistungen geht, sondern um Arbeitnehmerüberlassung, bei der die Freistellungsbescheinigung keine Rolle spielt (so ausdrücklich Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums für Finanzen vom 1.11.2001, BB Beilage 2002, Nr. 2, 3–16 unter 1.1 Ziff. 7). Außerdem wurde die Bescheinigung im Laufe des Verfahrens unstreitig vorgelegt (Bl. 97 d. A.). Und schließlich wäre der Anspruch auf Vergütung auch unberührt, solange der Bekl. die Bauabzugssteuer nicht ans Finanzamt abgeführt hätte, was nicht vorgetragen ist

(vgl. OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil v. 6.3.2013 – 13 U 545/12, zit. nach OLG München BauR 2005, 1188).

(3) Schließlich besteht auch kein Zurückbehaltungsrecht des Bekl., weil die Kl.in keine Bescheinigungen zur Sozialversicherung der von ihr überlassenen Mitarbeiter vorgelegt hätte. Auch hier ist zunächst entscheidend, dass es nicht um Bauleistungen, sondern um Arbeitnehmerüberlassung geht. Außerdem wurde die Bescheinigung inzwischen vorgelegt und nach der Rechtsprechung des OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.1.2014, der auch der Senat folgt, führte die fehlende Vorlage ohnehin nicht zu einem Zurückbehaltungsrecht. Etwas anderes folgt hier auch nicht aus einer vertraglichen Vereinbarung. Die Anlage B 2, Bl. 60 d. A., auf die sich der Bekl. insoweit bezieht, stellt keine solche vertragliche Vereinbarung dar, sondern eine einseitige Forderung des Bekl., da es dort lediglich heißt, dass um Rücksendung der Nachweise gebeten werde.

2. Nach Ansicht des Senats sind auch die Angriffe der Berufung gegen den Feststellungsausspruch des Landgerichts zum Vorliegen einer vorsätzlich unerlaubten Handlung (hier: Eingehungsbetrug gemäß § 263 StGB) erfolglos.

Zunächst ist für die Berufung nach wie vor davon auszugehen, dass der Bekl. am 22.5.2017 die Vermögensauskunft gemäß § 802 c ZPO abgegeben hat. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass er jetzt eine Bescheinigung der zuständigen Gerichtsvollzieherin vorgelegt hat, nach der er zu einem angesetzten Termin an diesem Datum zur Abgabe nicht erschienen ist. Denn sowohl die Tatsache der Abgabe als auch das Datum ergeben sich für den Senat zwingend aus dem unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils, hinsichtlich dessen ein Tatbestandsberichtigungsantrag nicht gestellt worden ist.

Dieser Umstand rechtfertigt grundsätzlich den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit auch im Zeitpunkt der Beauftragung der Kl.in, die bereits wenige Monate später – nämlich am 19.11.2017 – erfolgte.

Der Bekl. weist zwar zu Recht darauf hin, dass es Sache der Kl.in sei, seine Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt der Beauftragung zu beweisen. Darlegungsbelastet dafür, dass

seine Vermögensverhältnisse sich in den Monaten nach der Vermögensauskunft derart entwickelt haben, dass er wieder zahlungsfähig war, war allerdings der Bekl.. Dafür hätte er als derjenige, der im Gegensatz zur Kl.in über die erforderlichen Kenntnisse verfügt, sich so dezidiert einlassen müssen, dass die Kl.in auch die Chance gehabt hätte, ihrer Beweislast nachzukommen

(vgl. KG Berlin, Urteil vom 21.11.2008 – 7 U 47/08; AG Bremen, Urteil vom 5.2.2009 – 5 C 88/08).

Die erforderliche Darlegung hätte auch bereits in erster Instanz erfolgen müssen, nachdem dem Bekl. durch die Erörterung in der mündlichen Verhandlung zu seiner Vermögensauskunft und zum vorgeschlagenen Abschluss eines sogenannten Monte-Carlo-Vergleichs verdeutlicht worden war, dass das Gericht gerade nicht von einer entscheidenden Verbesserung seiner finanziellen Verhältnisse ausging. Der in der Berufungsinstanz gehaltene Vortrag des Bekl. ist aus diesem Grund verspätet und – da die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen – für den Senat unbeachtlich.

Ergänzend hat der Senat in seinem Beschluss vom 17.10.2018 darauf hingewiesen, dass der Vortrag auch unzureichend ist, da aus einer einzigen – vorgetragenen – Forderung des Bekl. aus einem – zahlenmäßig nicht einmal bezifferten – Vergütungsanspruch gegen den Generalunternehmer wegen der von ihm auf der Baustelle zum damaligen Zeitpunkt entfalteten Tätigkeit nicht geschlossen werden kann, dass er aus einem daraus erhaltenen Geldbetrag gerade auch die Forderung der Kl.in – und nicht etwa ältere, möglicherweise mehr „drückende“ Verbindlichkeiten – befriedigen würde. Diese Einlassung des Bekl. ist daher nicht ausreichend, um den Schluss auf eine im Zeitpunkt der Beauftragung der Kl.in noch bestehende (oder ernsthaft drohende) Zahlungsunfähigkeit des Bekl. zu entkräften.

3. Soweit dem klägerischen Zahlungsantrag stattgegeben wurde, kann die Kl.in auch vorgerichtliche Mahn- und Inkassokosten geltend machen, in der Höhe jedoch beschränkt auf entsprechende vorgerichtliche Anwaltskosten. ...

... Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht. Der Senat bewegt sich mit seiner Entscheidung zur Frage einer ungerechtfertigten Bereicherung bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung auf dem Boden der BGH-Rechtsprechung zur unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung und der allgemeinen Grundsätze zu einem Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung.

## **RVG § 32 II; GKG §§ 68 I 3, 63 III 2; ZPO §§ 3, 850 f II**

- 1. Die Abänderungsmöglichkeit hinsichtlich einer Streitwertfestsetzung besteht grundsätzlich nur innerhalb von 6 Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder sich das Verfahren anderweitig erledigt hat. Diese Frist beginnt bei einer Klagrücknahme bereits mit dem Eingang der Rücknahmeerklärung.**
- 2. Bei einer Zug-um-Zug-Verurteilung bleibt grundsätzlich der Wert der Gegenleistung außer Betracht und wird nicht in Abzug gebracht. Das gilt jedoch ausnahmsweise dann nicht, wenn eine Zahlungsklage erhoben und gleichzeitig als Zug-um-Zug-Leistung eine konkrete Geldzahlung angeboten wird, die im Wege der Vorteilsausgleichung ohnehin von Amts wegen zu berücksichtigen wäre.**
- 3. Bei einer Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe eines Fahrzeugs und Zahlung eines Nutzungsentgeltes reduziert sich der Streitwert**

**der Zahlungsklage um den Wert der angebotenen Nutzungsentschädigung.**

**4. Ein Antrag nach § 850 f Abs. 2 ZPO (auf Feststellung, dass der Zahlungsanspruch aus einer vorsätzlich unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt) kann gem. § 5 ZPO streitwerterhöhend wirken. Insoweit ist jedoch gem. §§ 3 ZPO 184 InsO nicht auf den Nominalwert der Klagforderung abzustellen, sondern auf die späteren Vollstreckungsaussichten des Insolvenzgläubigers nach Beendigung eines etwaigen Insolvenzverfahrens und Erteilung der Restschuldbefreiung.**

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Beschluss v. 5. Januar 2021 – 7 W 40/20 –, Rö.

*Die Kl.in beansprucht wegen des Kaufs eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Diesel-Fahrzeugs von der Herstellerin die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw und Zahlung eines Nutzungsentgeltes. Am 8.5.2020 (Eingang beim Gericht) hat sie ihre Klage beim Landgericht zurückgenommen. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 8.5.2020 den Streitwert für das Verfahren auf bis zu 8000 € festgesetzt. Dagegen richtet sich die aus eigenem Recht erhobene Streitwertbeschwerde des Klägersvertreters vom 7.12.2020, mit der er eine Streitwertfestsetzung auf 16800 € beansprucht.*

#### **Aus den Gründen**

1. Die von den Prozessbevollmächtigten der Kl.in aus eigenem Recht erhobene Streitwertbeschwerde ist bereits gem. §§ 32 Abs. 2 RVG, 68 Abs. 1 S. 3 i.V.m. 63 Abs. 3 S. 2 GKG unzulässig. Die Beschwerdefrist ist nicht eingehalten. Die Abänderungsmöglichkeit besteht grundsätzlich nur innerhalb von 6 Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder sich das Verfahren anderweitig erledigt hat (§ 63 Abs. 3 S. 2 GKG). Die Frist beginnt im Falle einer Klagrücknahme bereits mit der Rücknahmeerklärung

(vgl. Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2017, § 63 GKG, Rn. 92).

In diesem Fall begann die sechsmonatige Beschwerdefrist mit dem Eingang der Klagrücknahme am 8.5.2020. Die Frist war mithin am 8.11.2020 abgelaufen. Die Streitwertbeschwerde der Beschwerdeführer ist hingegen erst am 7.12.2020 beim Landgericht eingegangen, obwohl der angefochtene Streitwertbeschluss vom 8.5.2020 dort bereits am 12.6.2020 vorlag.

2. Im Übrigen ist die Streitwertbeschwerde aber auch unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht den Streitwert für das zugrundeliegende Verfahren auf bis zu 8000 € festgesetzt. Bei einer Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw und Zahlung eines Nutzungsentgeltes reduziert sich der Streitwert der Zahlungsklage um den Wert der angebotenen Nutzungsentschädigung

(OLG Bamberg, Beschluss vom 3.7.2019, 4 W 46/19, NJW-Spezial, 2019, 635).

Es ist zwar zutreffend, dass bei einer Zug-um-Zug-Verurteilung der Wert der Gegenleistung grundsätzlich außer Betracht bleibt und nicht in Abzug zu bringen ist

(BGH, Beschluss vom 13.2.2019, V ZR 68/17; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 28.9.2020, 2 W 23/20).

Das gilt jedoch ausnahmsweise dann nicht, wenn eine Zahlungsklage erhoben und gleichzeitig als Zug-um-Zug-Leistung eine konkrete Geldzahlung angeboten wird, die im Wege der Vorteilsausgleichung ohnehin von Amts wegen zu berücksichtigen wäre

(OLG Bamberg, a.a.O.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.3.2020, 17 U 122/19; OLG Koblenz, Urteil vom 30.6.2020, 3 U 1869/19).

Das ist hier der Fall. Die Kl.in hat sowohl mit der Klagschrift vom 5.3.2019 als auch im Folgenden mit der Klagerweiterung vom 1.10.2019 als Zug-um-Zug-Leistung die Anrechnung eines konkreten Nutzungsvorteils in Höhe von 9693,05 € angeboten. Diese Nutzungsentschädigung wäre vom zurückzahlenden Kaufpreis (hier: 16800 €) in Abzug zu bringen. Faktisch hat die Kl.in (nach Saldierung) mithin lediglich einen Zahlbetrag in Höhe von 7106,95 € (16800 € ./. 9693,05 € Nutzungsvorteil) Zug um Zug gegen Herausgabe des Pkw geltend gemacht. Ließe man diese Betrachtung außer Ansatz, würde dies dazu führen, dass bei einer Geldforderung Zug um Zug gegen Rückzahlung eines anderen Geldbetrages die Kosten des Rechtsstreites vom wirtschaftlichen Interesse des Kl. entkoppelt würden. Deshalb war die hier von der Kl.in selbst angebotene Nutzungsentschädigung in Höhe von 9693,05 € von dem Kaufpreis in Abzug zu bringen.

Soweit die Beschwerdeführer wegen des angekündigten Antrags zu Ziffer 4 (= Feststellung, dass der Zahlungsanspruch aus einer vorsätzlich unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt; § 850 f Abs. 2 ZPO) gem. § 5 ZPO eine Erhöhung des vorgenannten Streitwertes von 840 € (= 5 % von 16800 €) beanspruchen, liegt keine Beschwerde vor. Selbst wenn man diesen Betrag mit dem berechtigten Wert von 7106,95 € (s.o.) addiert, ergäbe sich kein höherer Streitwert als 8000 €. Im Übrigen wäre insoweit gem. §§ 3 ZPO 184 InsO – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer – wohl nicht auf den Nominalwert der Klagforderung abzustellen, sondern auf die späteren Vollstreckungsaussichten des Insolvenzgläubigers nach Beendigung eines etwaigen Insolvenzverfahrens und Erteilung der Restschuldbefreiung. Es käme mithin für die Bemessung des Streitwerts maßgeblich darauf an, wie hoch oder gering das Risiko einer tatsächlichen Inanspruchnahme durch den Feststellungskläger wäre

(BGH, Beschluss vom 22.1.2009; IX ZR 235/08, NJW 2009, 920, 921).

Dazu fehlt jedoch jeglicher Vortrag der Beschwerdeführer.

#### **ZPO §§ 517, 310 I 2**

- 1. Es ist unverzichtbar, dass innerhalb der Fünfmonatsfrist des § 517 ZPO ein beweiskräftiges Protokoll über die Verkündung eines Urteils auf der Grundlage einer schriftlich fixierten Urteilsformel erstellt wird.**
- 2. Die Verkündung eines Urteils ist wirksam, auch wenn das Urteil entgegen § 310 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht innerhalb der Regelfrist von drei Wochen nach Schluss der mündlichen Verhandlung verkündet worden ist.**
- 3. Das Urteil ist auch dann wirksam verkündet worden, wenn das Urteil in dem zur Verkündung anberaumten Termin noch nicht in vollständiger Form abgefasst war. Tatbestand und Entscheidungsgründe sind nicht wesensmäßige Voraussetzungen eines Urteils.**
- 4. Der Beginn der einmonatigen Berufungsfrist mit Ablauf von fünf Monaten seit Erlass der Entscheidung greift auch dann, wenn die Zustellung unterblieben ist oder die zugestellte Ausfertigung der gerichtlichen Entscheidung vom Original abweicht.**
- 5. Es hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Verkündung, dass beim Ablauf der Fünfmonatsfrist noch nicht die vollständige Entscheidung vorgelegen hat. Der letzte Halbsatz des § 517 ZPO verhindert, dass deswegen nie Rechtskraft eintritt. Entsprechend der Ratio der Regelung, die an die Verkündung anknüpft, genügt es, dass diese wirksam war, mangelfrei muss sie nicht sein.**
- 6. Muss eine Partei mit dem Erlass einer Entscheidung**

**nicht rechnen und kann es ihr deshalb nicht zugemutet werden, sich danach zu erkundigen, ob und mit welchem Inhalt eine solche Entscheidung ergangen ist, kann ausnahmsweise die Fünfmonatsfrist nicht zu laufen beginnen, was etwa dann in Betracht kommt, wenn die beschwerte Partei im Verhandlungstermin nicht vertreten und zu diesem Termin auch nicht ordnungsgemäß geladen war.**

**7. Wenn grob verfahrensfehlerhaft nach der Verkündung eines Urteils ein schriftliches Verfahren beschlossen und ein weiteres Urteil verkündet wird, kann der Begründetheit der Berufung gegen das weitere Urteil die Rechtskraft des ursprünglichen Urteils entgegenstehen.**

SchlHOLG, 5. Zivilsenat, Beschluss vom 23. Juni 2021 – 5 U 58/21 –, Bi.  
Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist anhängig – III ZR 45/21

*Die Kl.in verlangt von der Bekl. Schadensersatz aufgrund vermeintlich fehlerhafter Anlageberatung.*

*Das Landgericht hat mit Verfügung vom 25. März 2019 Termin zur Güteverhandlung und mündlichen Verhandlung für den 25. Juni 2019 anberaumt. Dieser Termin ist mit Verfügung vom 20. Juni 2019 auf den 1. Oktober 2019, sodann nochmals mit Verfügung vom 19. August 2019 auf den 25. November 2019 und schließlich mit Verfügung vom 28. Oktober 2019 auf den 25. Februar 2020 verlegt worden. Am 25. Februar 2020 hat gemäß Protokoll vom selben Tag die mündliche Verhandlung stattgefunden. In dieser ist Termin zur Verkündung einer Entscheidung bestimmt worden auf den 7. April 2020. Mit Verfügung vom 7. April 2020 ist dieser Termin zur Verkündung einer Entscheidung verlegt worden auf den 28. April 2020. Durch Beschluss vom 28. April 2020 ist dieser Verkündungstermin erneut verlegt worden auf den 12. Mai 2020.*

*Am 12. Mai 2020 hat das Landgericht gemäß von der entscheidenden Einzelrichterin unterschriebenen Protokolls vom selben Tage ein Urteil verkündet. Dieses Urteil, das allein einen klageabweisenden Tenor und eine Streitwertfestsetzung enthält, hat die Richterin unterschrieben, liegt dem Verkündungsprotokoll an und ist ausweislich eines hierauf befindlichen Stempels am 12. Mai 2020 bei der Serviceeinheit eingegangen. Offenbar sind aber weder Verkündungsprotokoll noch Urteil an die Parteien zugestellt worden.*

*Nachdem beide Parteivertreter um Übersendung der Entscheidung vom 12. Mai 2020 gebeten hatten, haben die Prozessbevollmächtigten der Kl.in mit Schriftsätzen vom 28. September 2020 und 4. November 2020 um Anberaumung eines neuen Verkündungstermins gebeten. Mit Beschluss vom 18. November 2020 hat das Landgericht sodann darauf hingewiesen, dass die Akte im richterlichen Bereich bedauerlicherweise außer Kontrolle geraten sei. Es sei bisher keine Entscheidung abgefasst worden und es werde um Mitteilung gebeten, ob das Einverständnis mit dem schriftlichen Verfahren erklärt werde. Nach Zustimmung der Parteien hat sodann das Landgericht mit Beschluss vom 25. November 2020 das schriftliche Verfahren angeordnet, den Zeitpunkt, der dem Schluss der mündlichen Verhandlung entspricht, auf den 23. Dezember 2020 bestimmt und Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 15. Januar 2021. Am 15. Januar 2021 hat das Landgericht sodann das hier angegriffene Urteil verkündet.*

*Hinsichtlich der Einzelheiten des Sachverhalts und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird im Übrigen auf die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.*

*Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.*

*Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kl.in stehe zum Teil*

*aufgrund Verjährung und zum Teil mangels Pflichtverletzung kein Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit einem Anlageberatungsvertrag aufgrund fehlerhafter Anlageberatung hinsichtlich der streitgegenständlichen Fonds zu.*

*Hiergegen richtet sich die Berufung der Kl.in, zu deren Begründung sie ausführt, das Landgericht habe gegen den Beschleunigungsgrundsatz verstoßen, während die Prozessbevollmächtigten der Kl.in das Verfahren ständig betrieben hätten. Es liege ein Verstoß gegen den effektiven Rechtsschutz und gegen das Rechtsstaatsprinzip vor. Im Übrigen bestünden die geltend gemachten Ansprüche. Sie seien auch nicht verjährt.*

### **Aus den Gründen**

II. Die Berufung der Kl.in hat nach einstimmiger Auffassung des Senats im Sinne von § 522 Abs. 2 ZPO offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen.

Der Senat hat die Parteien mit einstimmigem Beschluss vom 2. Juni 2021 auf die mangelnde Erfolgsaussicht der Berufung hingewiesen und dabei folgendes ausgeführt:

„1. Die zulässige Berufung gegen das am 15. Januar 2021 verkündete Urteil des Landgerichts ist unbegründet.

a) Einer etwaigen Begründetheit steht schon die Rechtskraft des am 12. Mai 2020 verkündeten Urteils entgegen.

aa) Die Berufungsfrist ist abgelaufen. Sie beträgt gemäß § 517 ZPO einen Monat, ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

(1) Das Urteil ist am 12. Mai 2020 verkündet worden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es unverzichtbar, dass innerhalb der Fünfmonatsfrist des § 517 ZPO ein beweiskräftiges Protokoll über die Verkündung eines Urteils auf der Grundlage einer schriftlich fixierten Urteilsformel erstellt wird. Allein durch das Protokoll kann bewiesen werden, dass und mit welchem Inhalt ein Urteil verkündet worden ist. Vom Zeitpunkt der Verkündung hängt wiederum der Lauf der Berufungsfrist ab, wenn das Urteil erst nach dem Ablauf der Fünfmonatsfrist zugestellt worden ist. Hierüber muss vor Ablauf der Fünfmonatsfrist aus den Akten Klarheit zu gewinnen sein. Ebenso muss feststellbar sein, ob das Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, weil – wie hier – nicht innerhalb der spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung beginnenden Rechtsmittelfrist Berufung eingelegt worden ist

(BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 131/09, Rn. 20; BGH, Beschluss vom 13. März 2012 – VIII ZB 104/11, Rn. 12).

Das Verkündungsprotokoll ist vorliegend von der zuständigen Richterin unterschrieben worden, datiert von diesem Tag und befindet sich auch an der richtigen Stelle der Akte. Dazu befindet sich auf dem unmittelbar danach in der Akte befindlichen Urteil mit einer schriftlich fixierten Urteilsformel der Stempel der Geschäftsstelle, dass das Urteil am 12. Mai 2020 zur Geschäftsstelle gelangt ist.

(2) Das genannte Urteil ist nie in vollständiger Form abgefasst worden (sondern es ist im später anberaumten schriftlichen Verfahren am 15. Januar 2021 ein weiteres Urteil verkündet worden, gegen das nunmehr Berufung eingelegt wird). Auch handelt es sich nicht um eine Urteilsergänzung im Sinne des § 518 ZPO. Damit hat die Berufungsfrist mit dem Ablauf von sechs Monaten nach der Verkündung, d. h. am 12. November 2020 geendet. Binnen dieser Frist ist keine Berufung gegen das Urteil vom 12. Mai 2020 bei dem

Berufungsgericht (§ 519 Abs. 1 ZPO), dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, eingegangen.

(3) Die Verkündung des Urteils war wirksam, obwohl das Urteil entgegen § 310 Abs. 1 Satz 2 ZPO – nach mehrfacher Verlegung des Verkündungstermins – nicht innerhalb der Regelfrist von drei Wochen nach Schluss der mündlichen Verhandlung verkündet worden ist. Die Vorschrift des § 310 Abs. 1 Satz 2 ZPO ist eine bloße Ordnungsvorschrift

(BGH, Beschluss vom 6. Dezember 1988 – VI ZB 27/88, juris Rn. 4; BGH, Beschluss vom 29. September 1998 – KZB 11/98, juris Rn. 8).

Das Urteil ist auch dann wirksam verkündet worden, wenn das Urteil in dem zur Verkündung anberaumten Termin noch nicht in vollständiger Form abgefasst war (wie hier). Tatbestand und Entscheidungsgründe sind nicht wesensmäßige Voraussetzungen eines Urteils

(BGH, Beschluss vom 29. September 1998 – KZB 11/98, juris Rn. 9 mwN; BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 131/09, Rn. 16; BGH, Beschluss vom 21. April 2015 – VI ZR 132/13, Rn. 10).

Der Beginn der einmonatigen Berufungsfrist mit Ablauf von fünf Monaten seit Erlass der Entscheidung greift auch dann, wenn die Zustellung unterblieben ist oder die zugestellte Ausfertigung der gerichtlichen Entscheidung vom Original abweicht

(für die Beschwerdefrist nach § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG: BGH, Beschluss vom 22. April 2020 – XII ZB 131/19, Rn. 13; Ball in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 517 Rn. 8).

(4) Ebenso wenig hatte es Einfluss auf die Wirksamkeit der Verkündung, dass beim Ablauf der Fünfmonatsfrist noch nicht die vollständige Entscheidung vorgelegen hat. Auch bei Fehlen von Gründen liegt eine wirksame Entscheidung vor, die nur auf ein zulässiges Rechtsmittel hin aufgehoben werden kann

(BGH, Beschluss vom 29. September 1998 – KZB 11/98, juris Rn. 10 mwN; Heßler in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 511 Rn. 1, § 517 Rn. 2).

Die durch das Urteil beschwerte Partei erleidet dadurch auch keinen unzumutbaren Nachteil. Sie muss zwar spätestens binnen sechs Monaten nach der Verkündung eine Entscheidung darüber treffen, ob sie das Urteil anfechten will und in diesem Fall Berufung einlegen. Sie hat es aber in der Hand, rechtzeitig nach § 520 Abs. 2 Satz 2 ZPO eine Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist zu erwirken (BGH, Beschluss vom 29. September 1998 – KZB 11/98, juris Rn. 10 mwN).

(5) Besondere Umstände, die es zulassen würden, eine Ausnahme von der Bestimmung des § 517 ZPO anzunehmen, sind nicht gegeben.

Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass eine Partei, die vor Gericht streitig verhandelt hat, mit dem Erlass einer Entscheidung rechnen muss und dass es ihr deshalb zugemutet werden kann, sich danach zu erkundigen, ob und mit welchem Inhalt eine solche Entscheidung ergangen ist. Trifft dieser Grundgedanke im Einzelfall nicht zu, kann ausnahmsweise die Fünfmonatsfrist nicht zu laufen beginnen, was etwa dann in Betracht kommt, wenn die beschwerte Partei im Verhandlungstermin nicht vertreten und zu diesem Termin auch nicht ordnungsgemäß geladen war

(BGH, Beschluss vom 1. März 1994 – XI ZB 23/93, juris Rn. 7 mwN; BGH, Beschluss vom 29. September 1998 – KZB 11/98, juris Rn. 11 mwN; BGH, Beschluss vom 18. November 2003 – LwZB 1/03, juris Rn. 7).

Im vorliegenden Fall war der Kl.in jedoch, wie sie selbst vorgebracht hat, bekannt, dass – nach zweifacher Verlegung des Verkündungstermins – am 12. Mai 2020 ein Urteil verkündet werden sollte (und wurde). Die Unterbevollmächtigte der Klägervertreter war in der mündlichen Verhandlung, an deren Ende der Verkündungstermin zunächst auf den 7. April 2020 angesetzt worden ist, anwesend. Den Kläger-

vertretern sind die beiden Verlegungen des Verkündungstermins auf den 28. April 2020 und sodann auf den 12. Mai 2020 durch Übersendung der entsprechenden Beschlüsse bekannt geworden. Zu den jeweils angesetzten Verkündungsterminen brauchte die Kl.in nicht geladen zu werden (§ 218 ZPO).

Der Tenor der am 12. Mai 2020 verkündeten Entscheidung hätte dem Klägervertreter etwa fernmündlich bekanntgegeben werden können. Ungeachtet der Fehler, die im Zusammenhang mit der Verkündung des angefochtenen Urteils im Bereich des Landgerichts gemacht worden sind (keine Gründe, keine Zustellung), wäre es daher unter den gegebenen Umständen Sache der durch das Sachurteil beschwerten Kl.in gewesen, sich rechtzeitig über den Fortgang des Verfahrens zu unterrichten

(vgl. BGH, Beschluss vom 1. März 1994 – XI ZB 23/93, juris Rn. 7; BGH, Beschluss vom 29. September 1998 – KZB 11/98, juris Rn. 11 mwN).

Ohne Zustellung (oder Heilung des Zustellungsmangels gemäß § 189 ZPO) des Urteils – wie hier – läuft zwar zunächst die Berufungsfrist nicht. Der letzte Halbsatz des § 517 ZPO verhindert aber, dass deswegen nie Rechtskraft eintritt. Entsprechend der Ratio der Regelung, die an die Verkündung anknüpft, genügt es, dass diese wirksam war, mangelfrei muss sie nicht sein

(Heßler in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 517 Rn. 17 mwN).

bb) Da die Klage mit Urteil vom 12. Mai 2020 vollständig abgewiesen worden ist, ist die Entscheidung über den vollständigen Streitgegenstand in Rechtskraft erwachsen.

b) Auch im Übrigen dürfte nach summarischer Prüfung die Berufung gegen das am 15. Januar 2021 verkündete Urteil im Übrigen keine Aussicht auf Erfolg haben.

2. Eine Berufung gegen das am 12. Mai 2020 verkündete Urteil des Landgerichts ist unzulässig.

Eine Berufung gegen das Urteil liegt nicht vor. Selbst wenn man in der Berufung gegen das am 15. Januar 2021 verkündete Urteil – nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung (Heßler in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, vor § 511, Rn. 30) – gleichzeitig eine solche gegen das am 12. Mai 2020 verkündete Urteil sehen wollte, wäre diese unzulässig. Die Berufungsfrist ist verstrichen. Hierzu kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

3. ...

Die ergänzenden Ausführungen der Kl.in aus dem Schriftsatz vom 18. Juni 2021 rechtfertigen keine andere Entscheidung. Hierin werden im Wesentlichen Argumente vorgebracht, welche der Senat bei seinem Hinweisbeschluss bereits berücksichtigt hat. Im Einzelnen:

1. Im genannten Hinweisbeschluss ist ausführlich ausgeführt worden, warum die Rechtskraft des am 12. Mai 2020 verkündeten Urteils einem Erfolg der Berufung entgegensteht. ...

2. Ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Versäumung der Berufungsfrist gegen das am 12. Mai 2020 verkündete Urteil liegt nicht vor. Da spätestens mit dem Hinweis des Senats vom 2. Juni 2021 (zugestellt am 4. Juni 2021) das Hindernis für die Einlegung der Berufung behoben gewesen ist (§ 234 Abs. 2 ZPO), ist ein solcher innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 234 Abs. 1 Satz 1 ZPO auch nicht mehr möglich.

Eine Wiedereinsetzung war auch nicht von Amts wegen zu gewähren, da zum einen bereits eine Nachholung der Prozesshandlung der Berufungseinlegung gegen dieses Urteil nicht vorliegt (vgl. § 236 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO) und zum anderen ein Wiedereinsetzungsgrund (fehlendes Verschulden hinsichtlich der Versäumung der Notfrist zur Einlegung der Be-

rufung) weder dargelegt noch glaubhaft gemacht worden ist. Insbesondere lag die Möglichkeit der fernmündlichen Erkundigung oder der Akteneinsicht gerade nach den unbeantworteten schriftlichen Nachfragen beim Landgericht äußerst nahe.

## FamFG § 62

### **Ein in der Hauptsache erledigtes Verfahren auf Anordnung einer Fixierung kann die die Fixierungsanordnung (erfolglos) beantragende Justizvollzugsanstalt nicht mit dem Feststellungsantrag nach § 62 FamFG fortsetzen.**

LG Lübeck, Beschluss vom 29. September 2020 – 7 T 375/20 –, Fö.

*Die Ast.in begehrt die Feststellung, dass die mit dem angefochtenen Beschluss erfolgte Ablehnung ihres Antrages auf Anordnung von besonderen Sicherungsmaßnahmen gegen den Betroffenen sie in ihren Rechten verletzt hat.*

*Der Betroffene befindet sich seit dem 3. Juli 2020 in Untersuchungshaft, welche zunächst in der ... vollzogen wurde. Am 30. August 2020 griff der Betroffene einen Bediensteten der ... mit einem gefährlichen Gegenstand an und verletzte ihn. Er wurde daraufhin unter Fesselung am 31. August 2020 zur Ast.in verlegt, wo er zunächst einen ruhigen und kooperativen Eindruck machte. Als ihm allerdings die Handfesseln abgenommen wurden, schlug er auf die umstehenden Bediensteten der Ast.in ein. Er wurde daraufhin erneut gefesselt und in den besonders gesicherten Haftraum gebracht. Als ihm dort erneut die Handfesseln abgenommen wurden, wurde er wieder aggressiv und versuchte die Bediensteten der Ast.in körperlich zu attackieren. Er wurde daraufhin um 12.50 Uhr fixiert.*

*Die Ast.in hat am gleichen Tag um 14 Uhr beim Amtsgericht Lübeck den nicht unterschriebenen Antrag gestellt, gegen den Betroffenen die Fixierung als besondere Sicherungsmaßnahme anzuordnen.*

*Der zuständige Richter des Amtsgerichts hat den Betroffenen in Anwesenheit des Verfahrenspflegers am 31. August 2020 persönlich angehört. Mit Beschluss vom gleichen Tage, welcher gegen Ende der persönlichen Anhörung mündlich bekannt gegeben und für sofort wirksam erklärt worden ist, hat das Amtsgericht den Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat das Amtsgericht ausgeführt, dass es für die freiheitsentziehende Maßnahme der Fixierung an einer gesetzlichen Grundlage im Untersuchungshaftvollzugsgesetz S.-H. fehle.*

*Der Betroffene wurde danach entfixiert.*

*Der Beschluss ist der Ast.in am 3. September 2020 zugestellt worden.*

*Mit Schriftsatz vom 17. September 2020, beim Amtsgericht am 18. September 2020 eingegangen, hat die Ast.in Beschwerde eingelegt mit den Anträgen, den Beschluss des Amtsgerichts vom 31. August 2020 aufzuheben und festzustellen, dass die Fixierung des Betroffenen antragsgemäß anzuordnen gewesen sei.*

*Das Amtsgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 25. September 2020 nicht abgeholfen und die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt.*

### **Aus den Gründen**

Die Beschwerde ist unzulässig.

Die Beschwerde der Ast.in ist als Feststellungsantrag gemäß § 62 Abs. 1 FamFG auszulegen, also als Antrag auf Feststellung, dass die angefochtene Entscheidung des Amtsgerichts die Ast.in in ihren Rechten verletzt hat. Nicht anders können die Anträge der Ast.in in ihrem Beschwerdeschriftsatz vom 17. September 2020, den Beschluss des Amtsgerichts

vom 31. August 2020 aufzuheben und festzustellen, dass die Fixierung des Betroffenen antragsgemäß anzuordnen gewesen sei, verstanden werden. Die Ast.in hat in ihrem weiteren Schriftsatz vom 23. September 2020 ergänzt, es handle sich um einen „Feststellungsantrag nach § 62 Abs. 2 FamFG“; und die Ast.in begehre eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Beschlusses.

Die Beschwerde dürfte statthaft sein, weil sich die angefochtene Entscheidung des Amtsgerichts in der Hauptsache erledigt hat, nachdem die Ast.in den Betroffenen sogleich wieder entfixiert hat und nach ihrem Vorbringen auch aktuell nicht beabsichtigt, den Betroffenen erneut zu fixieren.

Die Ast.in ist aber nicht antragsberechtigt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt § 62 FamFG nur für Rechtsmittel des Betroffenen oder des Verfahrensbeistands bzw. Verfahrenspflegers, nicht aber für das Rechtsmittel einer beteiligten Behörde

(vgl. BGH, Beschluss vom 16. Januar 2019, XII ZB 429/18, NJW-RR 2019, 450–451, zitiert nach juris, Rn. 11, mwN).

Es fehlt jedenfalls an dem gemäß § 62 Abs. 1 FamFG erforderlichen berechtigten Interesse der Ast.in an der Feststellung. Ein solches liegt gemäß § 62 Abs. 2 FamFG in der Regel vor, wenn schwerwiegende Grundrechtseingriffe vorliegen oder eine Wiederholung konkret zu erwarten ist. Hier ist weder eines der im Gesetz genannten Regelbeispiele erfüllt, noch steht der Ast.in ein berechtigtes Feststellungsinteresse aus einem anderen Grund zu. Soweit das Amtsgericht in seinem Nichtabhilfebeschluss vom 25. September 2020 ausgeführt hat, die Ast.in sei nicht Grundrechtsträgerin und könne demzufolge nicht in eigenen Rechten verletzt werden, ist einschränkend auf die auch der Ast.in zustehenden grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und Art. 103 Abs. 1 GG hinzuweisen. Eine etwaige Verletzung dieser grundrechtsgleichen Rechte der Ast.in steht hier aber nicht im Raum und könnte selbst dann, wenn sie vorläge, nicht das Feststellungsinteresse gemäß § 62 Abs. 1 FamFG begründen. Der Bundesgerichtshof hat dazu in seinem Beschluss vom 29. Juni 2017

(V ZB 84/17, FGPrax 2017, 231-232, zitiert nach juris, Rn. 8, mwN)

ausgeführt:

*Gegenstand der nach § 62 Abs. 1 FamFG zutreffenden Feststellung ist nämlich nicht die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung, im Fall eines Antrags der beteiligten Behörde also der (teilweisen) Zurückweisung des Haftantrags oder der Aufhebung der Haftanordnung, sondern die aus dieser Entscheidung folgende Verletzung des (Rechts-)Beschwerdeführers in seinen Rechten [...]. Der Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte kann zwar zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führen. Eine Verletzung von Freiheitsrechten folgt aus der Rechtswidrigkeit der Entscheidung aber nur im Verhältnis zum Betroffenen, nicht im Verhältnis zur beteiligten Behörde. Ein berechtigtes Interesse an der isolierten Feststellung der Verletzung von Verfahrensgrundrechten könnte jedenfalls auch als unbenannter Fall nur zugelassen werden, wenn sie für sich genommen und unabhängig von dem Inhalt der dann ergehenden Entscheidung ein der Verletzung von Freiheitsrechten vergleichbares Rehabilitationsinteresse auslöst [...]. Das ist bei der Verletzung von Verfahrensgrundrechten gegenüber einer Behörde mangels eines personalen Bezugs nicht der Fall.*

Es besteht auch nicht die von der Ast.in ins Feld geführte Wiederholungsgefahr. Vielmehr begehrt die Ast.in die abstrakte und generelle Klärung der Rechtsfrage, ob § 49 UVollzG eine materielle Rechtsgrundlage für die Fixierung enthält. Zwar ist nicht unwahrscheinlich, dass das Amtsgericht Lü-

beck, welches für Anträge auf Anordnung von besonderen Sicherungsmaßnahmen durch die Ast.in jeweils sachlich und örtlich zuständig ist, auch künftig Fixierungsanträge betreffend Untersuchungsgefangene mit der Begründung zurückweisen wird, § 49 Abs. 2 Nr. 6 UVollzG umfasst nicht auch die Fixierung. Dieses Interesse der Ast.in wird von § 62 FamFG aber gerade nicht geschützt

(vgl. BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2015, V ZB 169/14, FGPrax 2016, 34–35, zitiert nach juris, Rn. 12).

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Das Beschwerdeverfahren ist in Unterbringungssachen gerichtsfreien

(vgl. BGH BeckRS 2015, 2244; BGH NJW-RR 2014, 897).

Darüber hinaus sieht die Kammer keine Veranlassung, Auslagen der Kammer oder außergerichtliche Kosten einem der Beteiligten aufzuerlegen.

Gründe, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, bestehen nicht.

## Familienrecht

### **BGB § 107, §§ 1822 Nr. 3, 1915 I 1; HGB §§ 161, 105**

- 1. Für die Frage, ob die gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines Minderjährigen an einem Erwerbsgeschäft nach § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsbedürftig ist, kommt es allein auf die mit der Beteiligung an der Gesellschaft verbundenen abstrakten Gefahren für das Vermögen des Minderjährigen an.**
- 2. § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB erfasst deshalb auch den Erwerb der Beteiligung an einer bestehenden Kommanditgesellschaft durch einen Minderjährigen, wenn die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt.**
- 3. Ob der Beteiligungserwerb im konkreten Fall und im Hinblick auf die jeweilige Ausgestaltung des Erwerbsvorgangs und der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an der Gesellschaft ein wirtschaftliches Risiko für den Minderjährigen mit sich bringt, ist erst bei der Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit im Rahmen der Gesamtabwägung aller mit dem Erwerbsvorgang verbundenen Vor- und Nachteile von Bedeutung.**

SchlHOLG, 5. Familiensenat, Beschluss v. 27. Januar 2020 – 15 WF 70/19 – Rei.,rk

*Der Ast. ist der am ... 2004 geborene Sohn der weiteren Beteiligten. Er begehrt die familiengerichtliche Genehmigung der schenkweisen Übertragung einer Gesellschaftsbeteiligung seines Vaters auf ihn.*

*Der Kindesvater ist gemeinsam mit seinem Bruder ... Kommanditist der ... GmbH & Co. KG (nachfolgend: Gesellschaft), die im Handelsregister des Amtsgerichts ... unter der Nummer ... eingetragen und zugleich Alleingesellschafterin der Komplementärin, der ... Verwaltungsgesellschaft mbH, ist. Nach § 3 Abs. 3 des zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrages (nachfolgend „GV“) beträgt die Hafteinlage jeweils ... €. Gesellschafter kann nur ein Angehöriger der Familienstämme ... sein (§ 10 Abs. 1 GV). Dementsprechend ist die Ausübung von Stimm- und Zustimmungrechten an den jeweiligen Familienstamm gebunden (§ 10 Abs. 2 ff. GV) und die Verfügung über Geschäftsanteile auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt (§ 15 GV). Die Gesellschaft ist auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 14 Abs. 1 Satz 1 GV). Der ordentliche Austritt aus der Gesellschaft ist erstmals mit Ablauf des zehnten Geschäftsjahres als Gesellschafter zulässig (§ 14 GV). Der Eintritt der Volljährigkeit berechtigt den Gesellschafter zur Kündigung aus wichtigem Grund (§ 16 Abs. 8 GV). Gesellschaftszweck ist nach § 2 GV die Verwaltung eigenen Vermögens, insbesondere die Beteiligung an anderen Gesellschaften sowie die Tätigkeit als geschäftsleitende (Familien-) Holding. Die Gesellschaft ist alleinige Kommanditistin der Elektro ... GmbH & Co. KG, der Hotel ... GmbH & Co. KG und der ... Immobilien GmbH & Co. KG. Bei diesen Gesellschaften handelt es sich um Besitzgesellschaften, in denen sich der jeweilige Immobilienbestand befindet. Die drei Kommanditgesellschaften sind zudem alleinige Gesellschafterinnen der jeweiligen Komplementär-GmbH. Die Elektro ... GmbH ist als Elektroinstalla-*

*tionsbetrieb mit Elektrofachhandel tätig. Die Hotel ... GmbH betreibt ein Hotel mit Restaurant. Die ... Immobilien GmbH & Co. KG ist im Bereich der Immobilienvermietung tätig. Die drei Kommanditgesellschaften erzielten im Jahr 2018 aus Vermietung und Verpachtung einen Gewinn in Höhe von insgesamt ... €; die Gesellschaft selbst erzielte einen Gewinn in Höhe von ... €. Am Gewinn und Verlust der Gesellschaft nehmen die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Kapitalanteile teil (§ 21 Abs. 1 GV). Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den eingereichten Gesellschaftsvertrag Bezug genommen.*

*Mit Schreiben vom 15. Januar 2019 hat der für das minderjährige Kind bestellte Ergänzungspfleger die familiengerichtliche Genehmigung des an demselben Tag geschlossenen Übertragungsvertrages beantragt, mit dem der Kindesvater seinem Sohn, dem Ast., aus seiner Beteiligung an der Gesellschaft einen Anteil am Kommanditkapital (Hafteinlage) schenkweise als Maßnahme vorweggenommener Erbfolge überträgt. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 des Übertragungsvertrages entspricht dieser Anteil einer Kommanditeinlage in Höhe von ... €, die zugleich Haftsumme und Kapitalanteil des Ast. darstellt. Das eingetragene Haftkapital des Kindesvaters in Höhe von ... € ist voll eingezahlt sowie durch Verluste oder Entnahmen nicht gemindert (Präambel des Übertragungsvertrages). Die Kommanditeinlage des Ast. wird nach § 1 Abs. 2 des Übertragungsvertrages in der Weise erbracht, dass der Betrag zu Lasten des Kapitalanteils des Kindesvaters der Kommanditeinlage des Ast. gutgeschrieben wird. Die Übertragung erfolgt aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt, in dem die Eintragung des Ast. als Kommanditist sowie ein entsprechender Rechtsnachfolgevermerk im Handelsregister erfolgt bzw. eingetragen ist (§ 1 Abs. 3 Übertragungsvertrag). Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den eingereichten Übertragungsvertrag vom 15. Januar 2019 (...) verwiesen.*

*Das Amtsgericht – Familiengericht – Schleswig hat mit Beschluss vom 20. Februar 2019 festgestellt, dass der Vertrag keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedürfe, weil die Gesellschaft nicht den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts im Sinne von § 1822 Nr. 3 BGB bezwecke; Gegenstand sei die Verwaltung eigenen Vermögens.*

*Hiergegen richtet sich die am 8. März 2019 eingegangene Beschwerde des durch den Ergänzungspfleger vertretenen Kindes, mit dem die Aufhebung des familiengerichtlichen Beschlusses und die Erteilung der Genehmigung begehrt wird. Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Frage einer Genehmigungsbedürftigkeit der Übertragung von Kommanditanteilen auf Minderjährige obergerichtlich unterschiedlich beurteilt werde. Jedenfalls sei zumindest vorsorglich die familiengerichtliche Genehmigung zu erteilen, um dem Interesse des Ast. Rechnung zu tragen.*

*Auf Nachfrage des Senats hat der Ast. im Beschwerdeverfahren weitere Angaben zu den Beteiligungen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Gesellschaft gemacht.*

## Aus den Gründen

Die Beschwerde des Ast. ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

1. Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist gemäß § 111 Nr. 2, § 151 Nr. 5, § 58 Abs. 1 FamFG statthaft. Da es sich um ein Verfahren handelt, das die Pflegschaft für einen Minderjährigen betrifft, sind die Vorschriften des Verfahrens in Kindschaftssachen anzuwenden und ausschließlich die Familiengerichte zuständig

(MünchKomm-BGB/Schwab, 7. Aufl., § 1915 Rn. 9).

Die Verweigerung der Genehmigung im Sinne der § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1822 Nr. 3 BGB ist als Endentscheidung des Familiengerichts mit der Beschwerde anfechtbar

(vgl. Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 22. März 2013 – 2 WF 26/13, FamRZ 2014, 140 – juris Rn. 11).

Beschwerdeberechtigt ist gemäß § 59 Abs. 1, § 60 FamFG auch das Kind, das – wie hier – wirksam vertreten durch den Ergänzungspfleger Beschwerde einlegen kann

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14. Juni 2012 – 6 UF 148/11, FamRZ 2012, 1961 – juris Rn. 8 f.).

Die gemäß § 61 Abs. 1 FamFG erforderliche Beschwerdesumme ist erreicht. Die angefochtene Entscheidung beschwert den Ast. in Höhe von mehr als 600 €. Die familiengerichtliche Feststellung, dass der Anteilserwerb nicht genehmigungsbedürftig sei (sog. Negativattest), steht der familiengerichtlichen Genehmigung nicht gleich

(BGH, Urteil vom 30. November 1965 – V ZR 58/63, BGHZ 44, 325, 327 f. – juris Rn. 26 ff.).

Sie hat keinen Einfluss auf die materielle Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts

(MüKo-BGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl., § 1828 Rn. 24; jurisPK-BGB/Lafontaine, 9. Aufl., § 1828 Rn. 119).

Ihr kommt auch keine Tatbestandswirkung zu, so dass es nicht ausgeschlossen ist, dass die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit nachfolgend abweichend beurteilt und das Rechtsgeschäft wegen Fehlens einer Genehmigung als unwirksam bewertet wird

(Staudinger/Veit, BGB, 2014, § 1828 Rn. 49 f.; vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14. Januar 1999 – 3 W 253/98, FamRZ 2000, 117, 119).

Das negativ beschiedene Interesse des Ast. an der Genehmigung des Anteilserwerbs bemisst sich nicht nach dem Nennbetrag des zu übertragenden Kommanditanteils von ... €, sondern nach den mit der Beteiligung an der Gesellschaft verbundenen Vermögensvorteilen. Diese schätzt der Senat im Hinblick darauf, dass die Gesellschaft nach den Angaben des Ast. über nicht unerhebliches Immobilienvermögen verfügt, darunter auch gewerblich nutzbare Immobilien, auf einen Betrag von jedenfalls mehr als 600 €.

2. Die Beschwerde des Ast. ist begründet. Die schenkweise Übertragung des Kommanditanteils an der Gesellschaft vom Kindesvater auf den Ast. mit Vertrag vom 15. Januar 2019 ist gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB genehmigungsbedürftig. Die familiengerichtliche Genehmigung ist zu erteilen.

a) Der Abschluss des Vertrages über den Erwerb der Beteiligung an der bestehenden Gesellschaft bedarf der familiengerichtlichen Genehmigung. Der Ast. geht hiermit einen Gesellschaftsvertrag zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts im Sinne des § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB ein. Dass mit dem Beteiligungserwerb aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Erwerbsvorgangs und der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an der Gesellschaft nur ein geringes wirtschaftliches Risiko für den Ast. verbunden ist, hat allein auf der Rechtsfolgenseite bei der Frage der Genehmigungsfähigkeit im Rahmen der Gesamtabwägung aller mit dem Erwerbsvorgang verbundenen

Vor- und Nachteile Bedeutung.

aa) Die Gesellschaft, an der die Beteiligung erworben wird, betreibt ein Erwerbsgeschäft im Sinne des § 1822 Nr. 3 BGB. (1) Maßgeblich ist, ob der Gesellschaftsvertrag inhaltlich auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist

(OLG München, Beschluss vom 4. Januar 2018 – 2 WF 1509/17, juris Rn. 14; OLG Dresden, Beschluss vom 25. April 2018 – 17 W 160/18, NZG 2018, 1108 – juris Rn. 10 mwN).

Ein Erwerbsgeschäft ist jede regelmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit

(jurisPK-BGB/Lafontaine, 9. Aufl., § 1822 Rn. 40; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 15. Aufl., § 1822 Rn. 5a)

unabhängig von ihrer Art

(RGRK-BGB/Dickescheid, 12. Aufl., § 1822 Rn. 11),

die mit dem Willen zur Gewinnerzielung erfolgt und auf eine gewisse Dauer angelegt ist

(BayObLG, Beschluss vom 6. Juli 1995 – 1Z BR 157/94, FamRZ 1996, 119, 121 – juris Rn. 15; OLG München, Beschluss vom 6. November 2008 – 31 Wx 76/08, NZG 2009, 104 – juris Rn. 7; OLG München, Beschluss vom 4. Januar 2018, aaO – juris Rn. 14).

Die Voraussetzungen sind bei der Verwaltung privaten Vermögens, insbesondere Grundbesitzes, nicht in jedem Fall gegeben. Anders liegt es bei einer Gesellschaft, deren Gegenstand die Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert ist

(OLG München, Beschluss vom 6. November 2008, aaO).

(2) Nach diesem Maßstab ist ein Erwerbsgeschäft gegeben. Die Gesellschaft hält neben den Anteilen an ihrer Komplementärin entsprechend ihrem Gesellschaftszweck 100 %-ige Beteiligungen an drei Kommanditgesellschaften, die ihrerseits Immobilien besitzen, verpachten und vermieten. Die ... Immobilien GmbH & Co. KG ist im Bereich der Immobilienvermietung tätig und erzielte hieraus in 2018 einen Gewinn in Höhe von ... €. Die Elektro ... GmbH ist ein Elektroinstallationsbetrieb mit Elektrofachhandel; an ihr ist die Gesellschaft vermittelt durch die 100 %-ige Kommanditistenstellung in der Elektro ... GmbH & Co. KG beteiligt. Der Gewinn dieser Kommanditgesellschaft betrug im Jahr 2018 ... €. Die Hotel ... GmbH betreibt ein Hotel mit Restaurant; an ihr ist die Gesellschaft vermittelt durch die 100 %-ige Kommanditistenstellung in der Hotel ... GmbH & Co. KG beteiligt. Der Gewinn dieser Kommanditgesellschaft belief sich im Jahr 2018 auf ... €. Die Verwaltung solcher Vermögenswerte sowie die – mittelbar – betriebene operative wirtschaftliche Tätigkeit überschreitet eine bloße private Vermögensverwaltung. Sie kommt nach Art und Umfang einer geschäftsmäßigen, beruflichen Tätigkeit gleich und erfordert den Abschluss von Rechtsgeschäften mit den daraus folgenden – abstrakten – Haftungsrisiken

(vgl. BayObLG, Beschluss vom 5. März 1997 – 1Z B 210/96, FamRZ 1997, 842 – juris Rn. 16; LG Aachen, Beschluss vom 21. Juni 1993 – 3 T 128/93, NJW-RR 1994, 1319, 1321; OLG München, Beschluss vom 6. November 2008, aaO – juris Rn. 7; Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 22. März 2013 – 2 WF 26/13, FamRZ 2014, 140 – juris Rn. 24 und 35; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16. Dezember 2014 – 11 WF 1415/14, FamRZ 2015, 1407 – juris Rn. 26; OLG Dresden, Beschluss vom 25. April 2018 – 17 W 160/18, NZG 2018, 1108 – juris Rn. 12; OLG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2019 – 12 W 53/19, NZG 2019, 1059 – juris Rn. 15; Lüdecke, NJOZ 2018, 681, 684; Staudinger/Veit, BGB, 2014, § 1822 Rn. 75 f. mwN; jurisPK-BGB/Lafontaine, aaO § 1822 Rn. 46 ff.; für Familiengrundstücksgesellschaften BeckOK-BGB/Bettin, Stand 1. August 2019, § 1822 Rn. 12).

bb) Mit Annahme der ihm schenkweise überlassenen Beteiligung geht der Ast. einen Gesellschaftsvertrag mit den anderen Gesellschaftern der Gesellschaft im Sinne des § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB ein.

(1) Ob unter den Begriff der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages auch vertragliche Erklärungen fallen, als deren Folge der Minderjährige Gesellschafter einer bereits bestehenden

Gesellschaft wird, ist höchststrichterlich noch nicht geklärt. Die Frage ist bei Auslegung des § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB nach Wortlaut, Gesetzgebungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck jedenfalls für Personengesellschaften wie die Kommanditgesellschaft zu bejahen

(wie hier OLG Bremen, Beschluss vom 24. Februar 1999 – 4 UF 16/99, NZG 1999, 588 – juris Rn. 2; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. Mai 2008 – 20 W 123/08, NZG 2008, 749 – juris Rn. 7; OLG Oldenburg, aaO – juris Rn. 14; für den Eintritt in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts LG Aachen, Beschluss vom 21. Juni 1993 – 3T 128/93, NJW-RR 1994, 1319, 1321; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14. Januar 1999 – 3 W 253/98, FamRZ 2000, 117, 119; für analoge Anwendung OLG München, Beschluss vom 4. Januar 2018 – 2 WF 1509/17, juris Rn. 13; letztlich offengelassen von OLG Dresden, aaO – juris Rn. 9 f.; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl., § 1822 Rn. 22; BeckOK-BGB/Bettin, aaO § 1822 Rn. 12 – für Beitritt; wohl auch Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl., § 1822 Rn. 22 – jedenfalls bei Gesellschafterwechsel durch Vertrag; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 15. Aufl., § 1822 Rn. 13b – Beitritt zu Personengesellschaft genehmigungsbedürftig; skeptisch jurisPK-BGB/Lafontaine, aaO § 1822 Rn. 84; Staudinger/Veit, aaO § 1822 Rn. 80; ablehnend Damrau, ZEV 2000, 209, 210 und Wachter GmbHR 2019, 1122, 1125 f.).

(a) Nach seinem Wortlaut erfasst § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB die Eingehung eines Gesellschaftsvertrages, also die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet auf den Abschluss eines Vertrages, durch den sich – wie § 705 BGB legal definiert – die Gesellschafter gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks – hier der gemeinsame Betrieb eines Erwerbsgeschäfts – in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Die Rechtsposition eines (Mit-) Gesellschafters mit den daran anknüpfenden Rechten und Pflichten gegenüber den anderen Gesellschaftern erlangt der Minderjährige als Folge seiner Willenserklärung nicht ausschließlich dann, wenn er an der Errichtung der Gesellschaft mitwirkt, sondern in gleicher Weise, wenn er die Erklärung zu einem späteren Zeitpunkt abgibt, zu dem die Gesellschaft bereits errichtet ist. (b) Der tatbestandlichen Anknüpfung von § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB an die „Eingehung“ eines Gesellschaftsvertrages lässt sich auch bei historischer Auslegung nicht entnehmen, dass der Eintritt des Minderjährigen in eine Personengesellschaft infolge eines Gesellschafterwechsels von der gesetzlichen Regelung bewusst nicht erfasst sein sollte. Die Gesetzgebungsmaterialien (vgl. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899, IV. Band, S. 607 zu § 1674 Nr. 14 des Entwurfs) treffen insoweit keine Aussage.

(aa) Zwar stellt die auch bei der Personengesellschaft mögliche Anteilsübertragung als solche keinen Gesellschaftsvertrag mit den vorhandenen Gesellschaftern dar, sondern ein Verfügungsgeschäft zwischen dem Altgesellschafter und dem Neugesellschafter nach §§ 398, 413 BGB, kraft dessen der Altgesellschafter seine Mitgliedschaft auf den Neugesellschafter überträgt

(hierzu MünchKomm-HGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 104 Rn. 210).

Allerdings fand der historische Gesetzgeber das damals herrschende gesellschaftsrechtliche Verständnis vor, wonach sich ein Gesellschafterwechsel bei der Personengesellschaft mittels getrennter vertraglicher Vereinbarungen der übrigen Gesellschafter mit dem ausscheidenden Gesellschafter und mit dem neu eintretenden Gesellschafter vollzieht, die in Form eines Doppelvertrages miteinander verbunden werden können

(vgl. Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl., § 105 Rn. 288; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 45 III 2. a); jeweils mwN).

Der Eintritt des Minderjährigen infolge eines Gesellschafterwechsels setzte jedenfalls auch den Abschluss eines Vertrages durch den Minderjährigen mit den anderen Gesellschaftern voraus.

Zudem erfordert die Übertragung der Beteiligung an einer Personengesellschaft auf eine andere Person auch nach dem neueren Verständnis wegen des höchstpersönlichen Charak-

ters des Zusammenschlusses, dem durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Vertrauensverhältnis und zum Schutz der übrigen Gesellschafter, denen der einzelne Gesellschafter nicht an seiner Stelle einen Dritten als Vertragspartner aufzwingen können soll, stets eine Willensübereinstimmung aller Gesellschafter, sofern diese nicht einvernehmlich abweichendes geregelt haben

(bereits BGH, Urteil vom 28. April 1954 – II ZR 8/53, BGHZ 13, 179, 183 f. – juris Rn. 11 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 8. November 1965 – II ZR 223/64, BGHZ 44, 229, 231 – juris Rn. 11; für die GbR jurisPK-BGB/Bergmann, 9. Aufl., § 719 Rn. 7; für die oHG Staub/Schäfer, aaO § 105 Rn. 294; für die KG Staub/Casper, aaO § 161 Rn. 56; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, aaO § 105 Rn. 213 und § 173 Rn. 24; allgemein Wertbruch, aaO Rn. 215; hierauf stellt für § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB auch ab OLG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2019 – 12 W 53/19, NZG 2019, 1059 – juris Rn. 6 und 14).

Denn die Abtretung eines Gesellschaftsanteils greift in ein bestehendes Vertragsverhältnis ein

(BGH, Urteil vom 28. April 1954, aaO S. 184 – juris Rn. 12);

sie betrifft die Bestimmung der Mitgesellschafter als Vertragspartner und damit eine wesentliche Vertragsbedingung

(OLG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2019 – juris Rn. 6).

Eine solche Änderung des Vertragsverhältnisses bedarf, wenn hierzu nicht schon im Gesellschaftsvertrag eine generelle Zustimmung oder eine Zustimmung für besondere Fälle erteilt wurde, der Zustimmung der davon betroffenen Vertragspartner

(BGH, Urteil vom 28. April 1954, aaO S. 184 – juris Rn. 12).

(bb) Mit dem Erfordernis einer allseitigen Zustimmung unterscheidet sich die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Personengesellschaft von der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, für die der Bundesgerichtshof die Anwendbarkeit des § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB verneint hat. Da bei den körperschaftlich strukturierten Kapitalgesellschaften die Geschäftsanteile grundsätzlich frei übertragbar sind und eine Zustimmung der Gesellschafter nur ausnahmsweise erforderlich ist

(Vinkulierung nach § 15 Abs. 5 GmbHG, § 68 Abs. 2 AktG; Wertbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 105 Rn. 215),

können die Erwägungen des Bundesgerichtshofs nicht auf die Personengesellschaft übertragen werden

(so auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. Mai 2008 – 20 W 123/08, NZG 2008, 749 – juris Rn. 8).

(c) Sinn und Zweck der Regelung in § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB erfordern die gerichtliche Prüfung jedenfalls auch beim Eintritt des Minderjährigen in eine Personengesellschaft wie die Kommanditgesellschaft im Streitfall. Der vom Gesetzgeber mit dem Genehmigungserfordernis bezweckte besondere Schutz des Minderjährigen im Zusammenhang mit dem gemeinschaftlichen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ist in gleicher Weise geboten, wenn der Minderjährige die gesellschaftsvertragliche Verpflichtung erst nach Errichtung der Gesellschaft eingeht.

(aa) § 1822 Nr. 3 BGB soll das mit dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts verbundene – abstrakte – Risiko von Schäden oder Nachteilen für das Vermögen des Mündels bzw. Minderjährigen erfassen

(BGH, Urteil vom 28. Januar 1957 – III ZR 155/55, WM 1957, 426 ff. – juris Rn. 27; vgl. auch BGH, Urteil vom 28. Januar 2003 – X ZR 199/99, DNotZ 2004, 152 – juris Rn. 29).

Die §§ 1822 f. BGB greifen eine Reihe besonders bezeichneter Geschäfte im Hinblick auf ihre – abstrakt – gefährliche oder sonst bedenkliche Natur oder im Hinblick auf die Wichtigkeit des betroffenen Vermögensgegenstandes als genehmigungspflichtig heraus

(vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160, 163 – juris Rn. 11; vom 20. Februar 1989 – II ZR 148/88, BGHZ 107, 24, 30 – juris

Rn. 13; für die Regelung insgesamt Mugdan, aaO S. 575 f. zu § 1649 des Entwurfs und S. 602 zu § 1674 des Entwurfs).

Es handelt sich um Geschäfte, die wegen ihrer Wichtigkeit für das Wohl des Mündels bzw. des Minderjährigen einer besonders sorgfältigen Prüfung bedürfen

(Mugdan, aaO S. 1095 Prot. zu § 1674).

Der Schutz Minderjähriger durch das Erfordernis der Genehmigung bezieht sich nur auf diese abstrakt umschriebenen bedeutsamen Geschäfte; bei konkreten Gefahren für das Kindesvermögen besteht eine Befugnis des Gerichts zum Einschreiten auf der Grundlage des § 1667 BGB

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Mai 1986 – 1 BvR 1542/84, NJW 1986, 1859, 1860 f.).

(bb) Diesem Schutzzweck entsprechend zählt § 1822 Nr. 3 BGB bestimmte vom Gesetzgeber als genehmigungsbedürftig angesehene Kategorien von Rechtsgeschäften

(vgl. Mugdan, aaO S. 602)

mit Bezug zum Erwerbsgeschäft auf (entgeltlicher Erwerb, Veräußerung, Eingehung eines Gesellschaftsvertrages). Mit dem 3. Fall – der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts – soll die besondere Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen im Hinblick auf die dauerhafte gesellschaftsrechtliche Bindung von Person und Vermögen des Minderjährigen und das besondere Haftungsrisiko erfasst werden, das sich aus der gemeinsamen unternehmerischen Tätigkeit mit anderen sowie aus der gegenüber Dritten unbeschränkten Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter ergibt

(vgl. BayObLG, Beschluss vom 6. Juli 1995, aaO – juris Rn. 16; jurisPK-BGB/Lafontaine, aaO § 1822 Rn. 70).

Deshalb unterscheidet Nr. 3 Fall 3 für die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit auch nicht danach, ob sich die Eingehung des Gesellschaftsvertrages selbst für den Minderjährigen entgeltlich oder unentgeltlich gestaltet

(jurisPK-BGB/Lafontaine, aaO).

(cc) Das mit dem gemeinschaftlichen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erfasste abstrakte Risiko besteht für den Minderjährigen unabhängig davon, ab welchem Zeitpunkt dieser gemeinschaftliche Betrieb aufgenommen wird. Die Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen hängt insbesondere nicht von dem – zufälligen – Zeitpunkt des Erwerbs seiner Stellung als Mitgesellschafter ab. Maßgeblich ist, ob dem Minderjährigen infolge der Eingehung von gesellschaftsrechtlichen Bindungen bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein gewisses Unternehmerrisiko aufgebürdet wird

(BayObLG, Beschluss vom 6. Juli 1995 – 1Z BR 157/94, FamRZ 1996, 119, 121 – juris Rn. 16),

ob er also als Mitinhaber des Erwerbsgeschäfts erscheint, d. h. am wirtschaftlichen Risiko des Betriebes (abstrakt) beteiligt wird

(vgl. BGH, Urteil vom 30. April 1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160, 164 f. – juris Rn. 13; vom 28. Januar 1957, aaO – juris Rn. 26 f.).

(dd) Dieses abstrakte Risiko besteht auch bei dem Eintritt in eine bestehende Kommanditgesellschaft, ohne dass es auf die konkrete Ausgestaltung der Beteiligung ankäme

(vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 27. Mai 2008 – 20 W 123/08, NZG 2008, 749 – juris Rn. 6 für die unentgeltliche Übertragung eines KG-Anteils).

Der Bundesgerichtshof hat bereits frühzeitig betont, dass sich die Stellung eines Kommanditisten angesichts der vielfältigen Erscheinungsformen der Kommanditgesellschaften im Wirtschaftsleben nicht auf eine reine (einmalige) Kapitalbeteiligung beschränken lässt

(BGH, Urteil vom 30. April 1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160, 163 f. – juris Rn. 12 f.; RGRK-BGB/Dickescheid, 12. Aufl., 1999, § 1822 Rn. 24).

Für die Anwendbarkeit des § 1822 Nr. 3 BGB kommt es aber nicht darauf an, wie die Kommanditgesellschaft oder der zum Anteilserwerb führende rechtsgeschäftliche Übertragungsvorgang im jeweiligen Einzelfall ausgestaltet ist. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hätte eine differenzierte, auf den jeweiligen Einzelfall abstellende Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der Rechtsunsicherheit für das Rechts- und Wirtschaftsleben unheilbare Folgen und stünde mit dem Grundgedanken dieser Bestimmungen nicht im Einklang

(BGH, Urteil vom 30. April 1955, aaO S. 163 – juris Rn. 11).

Das entscheidende Gewicht bei der Anwendung und Auslegung der §§ 1822 f. BGB ist deshalb darauf zu legen, dass sie für den Rechtsverkehr eine praktisch klare Handhabung ermöglichen

(grundlegend BGH, Urteil vom 30. April 1955, aaO S. 163 – juris Rn. 11).

Der Kreis der genehmigungspflichtigen Geschäfte ist formal und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu bestimmen

(BGH, Urteil vom 20. Februar 1989 – II ZR 148/88, BGHZ 107, 24, 30 – juris Rn. 13; vom 28. Januar 2003 – X ZR 199/99, DNotZ 2004, 152 – juris Rn. 29).

Ob und in welchem Ausmaß sich das abstrakte Risiko etwa im Hinblick auf eine Verlustbeteiligung aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Erwerbsvorgangs und der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung im Einzelfall überhaupt realisieren kann, ist deshalb nicht bei den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1822 Nr. 3 BGB zu untersuchen

(in diesem Sinne auch OLG Dresden, Beschluss vom 25. April 2018 – 17 W 160/18, NZG 2018, 1108 – juris Rn. 13; anders aber im Ergebnis OLG Bremen, Beschluss vom 16. Juni 2008 – 2 W 38/08, FamRZ 2009, 621 – juris Rn. 21, das bereits die Genehmigungspflicht verneint; ähnlich OLG Jena, Beschluss vom 22. März 2013 – 2 WF 26/13, FamRZ 2014, 140 – juris Rn. 19; OLG Köln, Beschluss vom 26. März 2018 – 4 Wx 2/18, NZG 2018, 1187 Rn. 8 ff).

Im Interesse des mit § 1822 BGB verfolgten Minderjährigenschutzes bedarf es vielmehr einer sorgfältigen gerichtlichen Prüfung, die auf der Rechtsfolgenseite im Rahmen der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit vorzunehmen ist

(vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2003, aaO – juris Rn. 30; OLG Dresden, Beschluss vom 25. April 2018, aaO – juris Rn. 13).

Die mit dem Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung verbundene Beschränkung der rechtlichen Handlungs- und Entscheidungsbefugnis von Vormund und Kindeseltern ist geringfügig und zum Schutz des Minderjährigen verfassungsrechtlich geboten

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Mai 1986, aaO).

Auch in Fällen, in denen das betreffende Rechtsgeschäft aufgrund seiner konkreten Ausgestaltung kein wirtschaftliches oder rechtliches Risiko für den Minderjährigen bedeutet, wird der Vermögensstatus der Beteiligten nicht dadurch beeinträchtigt, dass die gerichtliche Entscheidung über die Genehmigung abgewartet werden muss

(vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 1984 – II ZR 223/83, BGHZ 92, 259, 267 – juris Rn. 24).

(2) Nach diesem Maßstab unterfällt im Streitfall die Übertragung des Kommanditanteils an der Gesellschaft vom Vater des Ast. auf diesen dem Begriff der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages im Sinne des § 1822 Nr. 3 Fall 3 BGB.

Die Übertragung erfolgt gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 GV mit allen dazu gehörenden Rechten und Pflichten. Der Ast. erwirbt die Stellung als Kommanditist der gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 GV auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft. Er nimmt nach § 21 Abs. 1 GV an Gewinn und Verlust im Verhältnis seines Kapitalanteils unter Berücksichtigung der Haftungsbeschränkung als Kommanditist teil.

Die gesellschaftsvertraglichen Regelungen spiegeln im Streitfall den höchstpersönlichen Charakter des Zusammenschlusses, das bestehende Vertrauensverhältnis als Grundlage der Zusammenarbeit und den mit den Regeln bezweckten Schutz der übrigen Gesellschafter wider. So sieht § 10 GV vor, dass Gesellschafter nur ein Angehöriger der beiden Familienstämme sein kann und trifft besondere Regelungen zur Ausübung von Stimm- und Zustimmungrechten in Anknüpfung an den jeweiligen Familienstamm. § 15 Abs. 1 GV ermöglicht die Übertragung der Geschäftsanteile – ohne dass über die Eingehung des Gesellschaftsvertrages hinaus nochmals eine Zustimmung zum konkreten Rechtsgeschäft erforderlich wäre – nur unter bestimmten engen Vorgaben und nur im Hinblick auf einen festgelegten Personenkreis (Erben erster Ordnung, Familienstamm). § 15 Abs. 2 GV knüpft andere Verfügungen an das Erfordernis eines einstimmigen Gesellschaftsbeschlusses. § 15 Abs. 3 GV erstreckt diese Regelungen auf sich aus dem Gesellschaftsverhältnis gegenüber der Gesellschaft oder anderen Gesellschaftern ergebende Einzelsprüche. Nach § 9 Abs. 1 GV sind die mit der Stellung als Gesellschafter verbundenen Belange grundsätzlich persönlich durch den Gesellschafter auszuüben.

b) Die familiengerichtliche Genehmigung ist zu erteilen. Der Erwerb der Beteiligung an der Gesellschaft ist mit vermögensrechtlichen Vorteilen verbunden, denen aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Erwerbsvorgangs und des Beteiligungsverhältnisses keine wirtschaftlichen Risiken zu Lasten des Ast. gegenüberstehen.

aa) Die Entscheidung, ob ein Geschäft im Sinne der §§ 1821 f. BGB zu genehmigen ist, obliegt dem pflichtgemäßen Ermessen des Familiengerichts und des gemäß § 69 Abs. 1 Satz 1 FamFG an seine Stelle tretenden Beschwerdegerichts bei Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls

(BGH, Urteil vom 22. Mai 1986 – III ZR 237/84, NJW 1986, 2829, 2830 – juris Rn. 23; BayObLG, Beschluss vom 6. Juli 1995, aaO S. 121 f. – juris Rn. 20 und 23; vom 5. März 1997, aaO S. 844 – juris Rn. 22; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 2. März 2000 – UF 4/00, FamRZ 2001, 181 – juris Rn. 11).

Maßgeblich ist, ob das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft bei Abwägung aller konkreten Vor- und Nachteile zum Zeitpunkt der Entscheidung insgesamt dem Interesse und Wohl des Kindes entspricht

(BGH, Urteil vom 28. Januar 2003 – X ZR 199/99, DNotZ 2004, 152 – juris Rn. 31; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16. Dezember 2014 – 11 WF 1415/14, FamRZ 2015, 1407 – juris Rn. 28).

Die Erwägungen sind vom Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Volljährigen aus vorzunehmen

(BayObLG, Beschluss vom 5. März 1997, aaO S. 844 – juris Rn. 23; OLG Jena, Beschluss vom 22. März 2013 – 2 WF 26/13, FamRZ 2014, 140 – juris Rn. 27).

Bei Eingehung eines Gesellschaftsvertrages ist eine Prognose geboten, bei der unternehmerische und wirtschaftliche Risiken unter Einbeziehung von Zweckmäßigkeitserwägungen zu bewerten sind

(BayObLG, Beschluss vom 5. März 1997, aaO S. 844 – juris Rn. 25; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16. Dezember 2014, aaO Rn. 28).

Dabei ist allerdings nicht jedes mit der Beteiligung an einem Erwerbsgeschäft verbundene wirtschaftliche Risiko vom Minderjährigen fernzuhalten

(BayObLG, Beschluss vom 6. Juli 1995, aaO S. 122 – juris Rn. 21).

Es genügt, wenn im Ganzen gesehen das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen vorteilhaft ist

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 2. März 2000 – 5 UF 4/00, FamRZ 2001, 181 Rn. 11).

bb) Nach diesem Maßstab entspricht die Beteiligung des Ast. an der Gesellschaft als Kommanditist insgesamt seinem

Interesse und Wohl. Das wirtschaftliche Risiko beschränkt sich für den Ast. mit seinem Eintritt als Kommanditist auf den Verlust der bereits von seinem Vater erbrachten Kommanditeinlage, was allenfalls die möglichen Vorteile der unentgeltlichen Anteilsübertragung verringert, diese aber nicht rechtlich nachteilig oder risikobehaftet macht

(vgl. auch BGH, Urteil vom 20. Februar 1989 – II ZR 148/88, BGHZ 107, 24, 30 – juris Rn. 13).

(1) Die Übertragung des Kapitalanteils ist mit einem unmittelbaren Vermögenszuwachs beim Ast. verbunden. Der Ast. kann seinen Geschäftsanteil wegen der Beschränkungen in §§ 10, 15 GV zwar nicht frei verwerten und damit als Vermögenswert beliebig einsetzen. Allerdings hat die Beteiligung selbst einen wirtschaftlichen Wert, der sich wiederum unter Berücksichtigung der von der Gesellschaft gehaltenen Beteiligungen bemisst. Der Ast. nimmt zudem nach § 21 Abs. 1 GV am Gewinn im Verhältnis seines Kapitalanteils teil, erhält also eine Einkunftsquelle, ohne dass er – weil die Übertragung schenkweise erfolgt – hierfür eigenes Vermögen einsetzen musste. Die Übertragung ist ausweislich der Präambel des Übertragungsvertrages Teil der vom Vater des Ast. bezweckten Sicherstellung der Nachfolge innerhalb der Familie und der vorweggenommenen Erbfolge. Sie dient damit erkennbar der vermögensrechtlichen Begünstigung des Ast. durch seinen Vater. Auch wenn § 14 Abs. 3 Satz 1 GV einen ordentlichen Austritt als Gesellschafter grundsätzlich erstmals nach 10 Jahren Mitgliedschaft erlaubt, trägt das Sonderkündigungsrecht bei Eintritt der Volljährigkeit nach § 16 Abs. 8 GV dem schutzwürdigen Interesse des Ast. Rechnung, nicht mit unzumutbaren Belastungen in die Volljährigkeit entlassen zu werden. Im Falle seines Ausscheidens erhält der Ast. nach § 19 GV eine Abfindung.

(2) Die den Ast. als Kommanditisten gegenüber der Gesellschaft treffende Verpflichtung zur Leistung der Kommanditeinlage ist mit der bereits voll erbrachten Einzahlung durch seinen Vater gemäß § 362 BGB erloschen. Zwar könnte die Einlagepflicht des Ast. gemäß § 172 Abs. 4 HGB wieder auflieben mit der Folge einer unmittelbaren Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft nach § 171 Abs. 1 Hs. 1, § 172 Abs. 1 HGB. Jedoch folgt dies nicht aus dem Erwerb der Kommanditistenstellung selbst, sondern knüpft an weitere Handlungen wie die Rückzahlung der Einlage oder die Entnahme eines Gewinnanteils an, die vom minderjährigen Ast. allein nicht wirksam vorgenommen werden könnten, weil sie rechtlich nicht lediglich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB sind

(vgl. OLG Köln, Beschluss vom 26. März 2018 – 4 Wx 2/18, NZG 2018, 1187 Rn. 10).

Zudem träfe den Ast. dieses Risiko nur in dem Umfang, in dem die Rückzahlung an ihn selbst erfolgt ist, und beschränkt auf den für ihn eingetragenen Betrag der Kommanditeinlage

(vgl. OLG Bremen, Beschluss vom 16. Juni 2008 – 2 W 38/08, FamRZ 2009, 621 – juris Rn. 18; jurisPK-BGB/Lafontaine, 9. Aufl., § 1795 Rn. 93; Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025, 3026).

Eine Nachschusspflicht sieht der eingereichte Gesellschaftsvertrag nicht vor. Auch soweit in der Rückzahlung der Kommanditeinlage unter Umständen zugleich eine Einlagenrückgewähr bei der Komplementär-GmbH gesehen werden könnte, bestünde das Risiko für den Ast. allenfalls in Höhe des Betrages, der ihm zugeflossen ist. Mangels eigener unmittelbarer Beteiligung an der Komplementär-GmbH scheidet für ihn als Kommanditisten zudem das Risiko einer Ausfallhaftung gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG aus

(vgl. Maier-Reimer/Marx, aaO S. 3026 mwN).

(3) Die Gefahr einer persönlichen Haftung des Ast. für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung in

das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäß § 176 Abs. 2 HGB besteht nicht, weil der Erwerb der Kommanditbeteiligung nach § 1 Abs. 3 des Übertragungsvertrages nur unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Ast. und eines auf die Sonderrechtsnachfolge hinweisenden zusätzlichen Vermerks in das Handelsregister erfolgt. Der Senat geht davon aus, dass der Kindesvater sowie die persönlich haftende Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft die für die Eintragung dieses Vermerks erforderliche Erklärung noch abgeben werden, dass der Kindesvater im Zusammenhang mit seinem teilweisen Ausscheiden aus der Gesellschaft weder seine Einlage noch sonstige Leistungen oder Versprechungen der Gesellschaft erhalten hat

(sog. negative Abfindungsversicherung; vgl. BGH, Beschluss vom 19. September 2005 – II ZB 11/04, NZG 2006, 15 unter III. 2.; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 747 ff.).

(4) Nach § 3 Abs. 6 GV bestehen weitere Beitragspflichten der Kommanditisten nicht. Auch das Risiko einer Ausfallhaftung für die anderen Gesellschafter trifft den Ast. bei Erwerb einer Kommanditbeteiligung nicht

(vgl. Maier-Reimer/Marx, aaO S. 3026).

Dafür, dass sich aus der jeden Gesellschafter treffenden Treuepflicht für das Vermögen des Ast. ein mehr als nur unerheb-

liches Gefährdungspotential ergeben könnte

(vgl. hierzu OLG Köln, aaO Rn. 10; Lüdecke, NJOZ 2018, 681, 686 f),

bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte. Im Übrigen beschränken die Treuepflichten den Ast. nur in der Wahrnehmung der erworbenen Gesellschafterrechte und begründen keine Verpflichtungen, die über die geschenkte Beteiligung hinausreichen

(vgl. Maier-Reimer/Marx, aaO S. 3026).

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 20 FamGKG, § 81 Abs. 1 FamFG. Der Verfahrenswert bemisst sich gemäß § 36 Abs. 1 FamGKG nach dem Verkehrswert der übertragenen Kommanditbeteiligung

(vgl. BeckOK-BGB/Veit, aaO Rn. 29; N. Schneider, NZFam 2018, 412),

wobei die Bewertungsvorschriften des GNotKG anzuwenden sind. Mangels ergänzender Angaben der Beteiligten ist der Wert gemäß § 36 Abs. 1 und 3 GNotKG auf 5000 € festzusetzen.

Die Rechtsbeschwerde ist im Hinblick auf die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung und wegen Grundsatzbedeutung zuzulassen. Die Frage, ob die Übertragung des Geschäftsanteils an einer Kommanditgesellschaft auf einen Minderjährigen im Sinne des § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsbedürftig ist, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden.

## VI. Mitteilungen der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer

### **Änderung der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer**

Aufgrund des Beschlusses der ordentlichen Mitgliederversammlung der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer vom 16. Juni 2021 werden die Richtlinien der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer vom 19. Mai 1999 (Schl.Anz. XII/1999, 318), zuletzt geändert durch Beschluss der Mitgliederversammlung der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer vom 06. Juni 2018 (SchlHAnz. 8/2018, 307), wie folgt geändert:

Ziffer VII.1.1 erhält folgende Fassung:

VII: Auftreten des Notars in der Öffentlichkeit und Werbung  
1.1. Der Notar darf mittels analoger und digitaler Kommunikationsmittel über die Aufgaben, Befugnisse und Tätigkeitsbereiche der Notare öffentlich wirksam unterrichten, auch durch Veröffentlichungen, Vorträge und Äußerungen in den Medien.

Ziffer VII.1.3. b) erhält folgende Fassung:

Mit dem Amt des Notars unvereinbar ist ein Verhalten insbesondere, wenn  
b) es durch Form, Inhalt, Häufigkeit oder auf sonstige Weise den Eindruck der Gewerblichkeit vermittelt, insbesondere den Notar oder seine Dienste reklamehaft herausstellt,

Ziffer VII.1.4. erhält folgende Fassung:

1.4. Der Notar muss darauf hinwirken, dass eine dem öffentlichen Amt widersprechende Werbung durch Dritte unterlassen wird. Amtswidrige Drittwerbung kann zum Anschein der Abhängigkeit und Parteilichkeit des Notars führen.

In Ziffer VII.2.1. wird das Wort Professortitel in Professorentitel geändert.

Ziffer VII.2.2. erhält folgende Fassung:

2.2. Hinweise auf bestehende oder ehemalige weitere Tätigkeiten i. S. von § 8 Abs. 1, 3 und 4 BNotO und Ehrenämter sowie auf Auszeichnungen sind im Zusammenhang mit der unmittelbaren Amtsausübung unzulässig.

Ziffer VII.3. erhält folgende Fassung:

3. Der Notar darf sich nur in solch allgemein zugängliche Verzeichnisse aufnehmen lassen, die allen im Verbreitungsgebiet des Verzeichnisses ansässigen Notaren gleichermaßen offen stehen. Weitere Maßnahmen zur Verbesserung seiner Auffindbarkeit, insbesondere auch Zusatzleistungen zur bloßen Eintragung, darf der Notar nur insoweit ergreifen bzw. in Anspruch nehmen, als diese einer unbegrenzten Anzahl von Leistungsempfängern zur Verfügung stehen. Für elektronische Veröffentlichungen, insbesondere Suchmaschinen, gelten die vorstehenden Grundsätze entsprechend.

Ziffer VII.4. wird gestrichen.

Die derzeit geltende Ziffer VII.5. wird zu VII.4. Sie erhält folgende Fassung:

4. Der Notar darf sich an Informationsveranstaltungen in Präsenz sowie über analoge und digitale Kommunikationsmittel jeder Art, bei denen er in Kontakt mit dem rechtssuchenden Publikum tritt, beteiligen. Er hat dabei die Regelungen der Nr. 1 und 2 zu beachten.

Aus Ziffer VII.6. wird Ziffer VII. 5. Sie erhält folgende Fassung:

5. Der Notar darf Broschüren, Faltblätter und sonstige Informationsmittel über seine Tätigkeit und zu den Aufgaben und Befugnissen der Notare in der Geschäftsstelle bereithalten. Zulässig ist auch das Bereithalten dieser Informationen im Internet. Die Verteilung oder Versendung von Informationen ohne Aufforderung ist nur an bisherige Auftraggeber zulässig und bedarf eines sachlichen Grundes.

Aus Ziffer VII.7. wird VII.6.

Aus Ziffer VII.8.1. wird VII.7.1.

Aus Ziffer VII.8.2. wird VII.7.2.

Aus Ziffer VII.9. wird VII.8. Diese erhält folgende Fassung:

8. Der Notar darf in Internet-Domainnamen keine notarbezogenen Gattungsbegriffe ohne individualisierenden Zusatz verwenden. Die alleinige Verwendung der Bezeichnung von Gemeinden oder sonstigen geographischen oder politischen Einheiten zur Individualisierung ist untersagt, es sei denn, die angegebene Gemeinde oder Einheit liegt im

Amtsbereich keines anderen Notars.

Die Änderungen treten mit Ihrer Bekanntmachung in Kraft. Gemäß § 67 Abs. 2 Satz 2, § 66 Abs. 1 Satz 2 BNotO genehmigt durch das Ministerium für Justiz, Europa und Verbraucherschutz des Landes Schleswig-Holstein am 16.08.2021. Ausgefertigt am 27.08.2021

Dr. Claus Cornelius  
Präsident der  
Schleswig-Holsteinischen  
Notarkammer

## Rezension

(Stand 23.6.2021)

# Stichwortkommentar Nachbarrecht

## Zivilrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht

### Alphabetische Gesamtdarstellung

Jeromin, Klose, Ring, Schulte-Beerbühl (Hrsg.)

1. Auflage (erschienen am 31. Mai 2021), Hardcover gebunden, 1357 Seiten, 128,00 €, ISBN: 978-3-8487-6516-4 erschienen im Nomos Verlag, Baden-Baden 2021

Der Streit unter Nachbarn ist in der Lebenswirklichkeit, in der anwaltlichen Beratung und in der Gerichtspraxis ein alltägliches Phänomen mit durchaus hoher gesellschaftlicher Relevanz. Bislang fehlte ein einheitlich kodifiziertes Nachbarrecht für die gesamte Rechtsordnung. Damit ist nun Schluss. Der neu erschienene Stichwortkommentar schließt diese Lücke und nimmt sich der Schwierigkeiten des vorhandenen „Flickenteppichs“ an. Die Regelungen des privaten und öffentlichen Nachbarrechts sowie des entsprechenden Strafrechts stehen in der Praxis – verbunden mit gespaltenen Rechtswegen zur Verwaltungs- und zur ordentlichen Gerichtsbarkeit – häufig nebeneinander. Darüber hinaus gibt es unterschiedliche Regelungen auf dem Gebiet des Bundesrechts und des jeweiligen Landesrechts. Der neue Kommentar löst dieses Praxisproblem, die entscheidenden Beratungshinweise in den verstreuten Gesetzen aufzufinden und führt die komplexe Rechtsmaterie einer rechtsgebietsübergreifenden Darstellung zu. Dies geschieht über Stichworte, die ganz bewusst keiner gesetzssystematischen Zuordnung folgen, sondern konkreten Lebenssachverhalten.

Der Kommentar

- filtert die typischen Beratungsthemen in 134 Stichworten
- bietet zitierfähige juristische Lösungen auf Kommentarniveau
- verknüpft alle Rechtsgebiete sowie Bundes- und Landesrecht bei jedem Stichwort
- bietet dem Praktiker konkrete Verfahrenshinweise und Musterformulierungen an.
- ist gut gegliedert, mit Stichworten z. B. zu den Themen Lärm, Hecke und Tierhaltung.

Die Herausgeber und Autoren sind allesamt hochqualifizierte und spezialisierte Richter, Rechtsanwälte oder Universitätsgelehrte mit großer praktischer Erfahrung. Der Kommentar ist auf dem aktuellen Stand (Dezember 2020), die Reform des Wohnungseigentumsrechts ist vollumfänglich berücksichtigt. Allein die Kommentierung des „Heckenrechts“ (Seite 557–569) umfasst 12 Seiten, das Thema „Hund“ wird von Ri-OLG Dr. Martin Marx (Seite 569–579) umfassend erörtert. Dabei wird z.B. auch zwischen Nachbarn als Eigentümer oder als Mieter differenziert. Das große Thema „Lärm“ (Seite 666–717) wird nach den unterschiedlichen Emissionsquellen (Allgemein; Baustelle, Flugzeug, Freizeit, Gewerbe und Industrie, Sport, Straßenverkehr) gegliedert und ausführlich sowie sehr gut nachvollziehbar dargestellt.

Das Werk erspart die Anschaffung von Spezialkommentaren und die zeitaufwändige Recherche in den verschiedenen Landesgesetzen. Es ermöglicht einen schnellen und fundierten Zugriff auf das gesamte Nachbarrecht einschließlich der aktuell einschlägigen Rechtsprechung.

Der Stichwortkommentar Nachbarrecht von Jeromin u.a. gibt einen guten Überblick über die komplexen, nachbarrechtlichen Probleme und stellt sich als jederzeit greifbare Alternative zu den Kommentierungen zahlreicher Einzelgesetze mit nachbarrechtlichem Bezug dar (z.B. LBO; BauGB; GfRL; LärmSchG, NachbG der Länder etc.). Der Kommentar wird sich nach meiner festen Überzeugung in Zukunft als „Palandt des Nachbarrechts“ auf dem bundesdeutschen Markt etablieren. Er gehört in die Bibliothek aller mit nachbarrechtlichen Fragen befassten Personenkreise: Rechtsanwälte, Gerichte, Immobilienwirtschaft und Verbände.

Schleswig, den 23. Juni 2021

Friedhelm Röttger

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht (OLG Schleswig)

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

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

Richterin am Oberlandesgericht Susanne Veit, 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 -/608685, 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. -2150, 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.

SchiHOLG	5.	1.2021	7 W 40/20	Zur Streitwertfestsetzung bei einer Zahlungsklage, wenn gleichzeitig als Zug-um-Zug-Leistung eine konkrete Geldzahlung angeboten wird	353
SchiHOLG	23.	6.2021	5 U 58/21	Berufungsfrist gem. § 517 ZPO	354
LG Lübeck	29.	9.2020	7 T 375/20	(Un-)Zulässigkeit eines Feststellungsantrags nach § 62 FamFG durch die Justizvollzugsanstalt bei erledigtem Verfahren auf Anordnung einer Fixierung	357
<i>Familienrecht</i>					
SchiHOLG	27.	1.2020	15 WF 70/19	Zur familiengerichtlichen Genehmigung des Beteiligungserwerbs an einer bestehenden Kommanditgesellschaft durch einen Minderjährigen	358

## VI. Mitteilungen der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer

Änderung der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Schleswig-Holsteinischen Notarkammer	363
--	-----

## Rezension

Friedhelm Röttger	StichwortKommentar Nachbarrecht	364
-------------------	---------------------------------	-----

### Buchanzeige

Christiane Siemes

### Die Whistleblowing-Richtlinie der EU

1. Auflage, 1. Juni 2021, kartoniert, 155 Seiten, 24,80 €, ISBN 3415070212

erschienen im Richard Boorberg Verlag, Stuttgart

Der Schutz von Whistleblowern durch die EU-Whistleblowing-Richtlinie. Im Oktober 2019 hat die Europäische Union nach intensiver politischer Debatte die sog. Whistleblowing-Richtlinie verabschiedet. Die Frist für die Umsetzung in nationales Recht endet im Wesentlichen am 17.12.2021. Erstmals auf Unionsebene sieht die Richtlinie – wenn auch sachlich begrenzt auf Verstöße gegen EU-Recht – eine breit angelegte Regulierung des Schutzes von Whistleblowern vor. Dieser Schutz stellt nach dem verfolgten Regelungsansatz hauptsächlich ein Mittel zur besseren Durchsetzung von Unionsrecht dar.

Kompetente Darstellung zur anstehenden Umsetzung in deutsches Recht. Das Buch trägt zum besseren Verständnis der Whistleblowing-Richtlinie und zur Diskussion über die Umsetzung bei. Es setzt an bei der für die EU-Initiative bedeutsamen Ausgangslage auf unionaler, internationaler und nationaler Ebene. Außerdem werden die Entstehungsgeschichte, die im einzelnen angestrebten Ziele und die kompetenziellen Abstützung näher erläutert.

Komplexe Materie detailliert aufbereitet. Die Verfasserin gibt einen Überblick über die Inhalte der Richtlinie, darunter über

- den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich,
- die Schutzvoraussetzungen,
- die internen und externen Meldekanäle und Verfahren,
- die Schutzmaßnahmen und
- das Verhältnis zu sektorspezifischen Unionsrechtsakten.

Internationale Standards und nationale Whistleblowing-Gesetze sowie die Frage der Kohärenz mit dem gewählten Rechtsdurchsetzungsansatz werden miteinbezogen. Zugleich unterbreitet die Autorin Vorschläge für die Auslegung und Umsetzung der Richtlinie, beispielsweise zu der nicht leicht verständlichen Bestimmung des Art. 7 Abs. 2 WBRL (Ermutigung zur Meldung über interne Meldekanäle).

Mit umfangreichem Anhang. Zum besseren Verständnis und zur Vertiefung der Materie dient ein Anhang. Dieser umfasst

- wichtige Erwägungsgründe und Bestimmungen der Richtlinie,
- andere in Bezug genommene Regelungen,
- Dokumente des Rates der Europäischen Union, die für die Entstehungsgeschichte der Richtlinie und das Verständnis bedeutsam sind,
- ein Verzeichnis der einbezogenen Whistleblowing-Gesetze nationaler Rechtsordnungen.

### Buchanzeige

Dehn | Wolf

### Kommunalverfassungsgesetze Schleswig-Holstein

16. Auflage 2021, 330 Seiten, kartoniert, 19,80 €, ISBN 978-3-8293-1657-6

erschienen im Kommunal- und Schul-Verlag, Wiesbaden

Die Neuauflage berücksichtigt die zuletzt beschlossenen Gesetzesänderungen. Der Band enthält neben einem ausführlichen Stichwortverzeichnis eine vorangestellte allgemeine Einführung, die einen Überblick über die Grundlagen und die Entwicklung des Kommunalverfassungsrechts geben. Der Titel ist somit eine Hilfe für u.a. alle kommunalen Funktionsträger, Fraktionen, Verbände, Verwaltungsgerichte, Verwaltungsschulen sowie alle kommunalen Institutionen und Verwaltungen.

Buchanzeige

Jakob Efe

## Regelungsstrukturen der Verwaltung in England und Deutschland

Legitimation und Organisation sowie Akteure und Bewirkungsformen im Lichte von »Good Governance«

1. Auflage, 12. Mai 2021, kartoniert, 330 Seiten, 48,- €, ISBN 3415070255

erschienen im Richard Boorberg Verlag, Stuttgart

Umfassende rechtsvergleichende Analyse

Die »Neue Verwaltungsrechtswissenschaft« hat das öffentlich-rechtliche Erkenntnisinteresse zu einer Governance-Perspektive erweitert, welche die Diversität an Akteuren im Verwaltungsstaat sowie deren Beziehungen ganzheitlich in den Blick nimmt.

Regelungsstrukturen als Kategorisierungsinstrument

Das sozialwissenschaftliche Governance-Konzept wurde dabei unter dem Begriff »Regelungsstrukturen« rechtswissenschaftlich fruchtbar gemacht. Der Autor baut hierauf auf, indem er durch seine »vergleichende Regelungsstrukturanalyse« der deutsch-englischen Staats- und Rechtsvergleichung neue Blickwinkel eröffnet. Sein umfassender Ansatz beleuchtet verschiedene Regelungsstrukturtypen, die auf die Zentralverwaltungen der Vergleichsländer einwirken: Legitimationsstruktur und Organisationsstruktur sowie fünf akteurzentrierte Regelungsstrukturen (parlamentarische, exekutive, externe, öffentliche und justizielle Regelungsstruktur).

Die Vielfalt normativer Handlungsorientierungen

Über diese breitangelegte Betrachtungsweise werden zudem landesspezifische Interaktionsmuster zwischen den Regelungsstrukturtypen im jeweiligen Gesamtsystem herausgearbeitet und kontextbewusst interpretiert. Auch bei seinen Bewertungskriterien knüpft der Verfasser an Prämissen der »Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft« an, die auf eine über klassische Rechtsmaßstäbe hinausgehende tatsächliche Vielfalt normativer Handlungsorientierungen hinweist, die es immerfort zu optimieren gilt.

Das Leitbild der »Good Governance«

Ein rechtsordnungsübergreifendes konzeptionelles Dach hierzu bietet das gemeinwohlorientierte Leitbild »Good Governance«, das in diesem Buch in mehreren Dimensionen vermessen wird, entlang derer die Beschaffenheit der Regelungsstrukturen diskutiert, gegenseitige Lernpotenziale offengelegt und Innovationen angeregt werden.

Empfohlen für:

Verwaltungsrechtler, Rechtswissenschaftler, Verwaltungsleiter