

# Monatsschrift für Deutsches Recht

# MDR

## Heft 19

6. Oktober 2017

S. 1093–1152

PVSt 4954

Zeitschrift  
für die  
Zivilrechtspraxis



BERATER-MODUL  
ZIVIL- UND  
ZIVILVERFAHRENSRECHT

### Aufsätze

**Vertragsrecht:** Änderungen im Werkvertragsrecht durch die Baurechtsreform (RA FABauRAR Hans Christian Schwenker/VorsRiOLG Dr. Markus Wessel) 1093

**Baurecht:** Neuregelungen zum Bauvertrag durch die Baurechtsreform (RA FABauRAR Hans Christian Schwenker/VorsRiOLG Dr. Markus Wessel) 1096

**Reiserecht:** Haftung von Reiseveranstalter und Fluggesellschaft bei Terroranschlägen (RA Kay P. Rodegra) 1102

**Außergerichtliche Streitbeilegung:** Das Güterichterverfahren – Große Chancen, zu wenig genutzt (RiBGH a.D. Prof. Dr. Reinhard Greger) 1107

### Prozessrechtaktiv

**Urkundenbeweis:** Beweis der Unrichtigkeit des auf dem Schriftsatz aufgebrachten Eingangsstempels (BGH v. 31.5.2017 – *Präsident des AG a.D. Dr. Hans-Willi Laumen*) 1111

**Wiedereinsetzung:** Ausgangskontrolle bei Telefax-Versand (BGH v. 23.5.2017 – *RiBGH Dr. Klaus Bacher*) 1112

**Klageschrift:** Bewertung der Konkretisierung eines unbestimmten Klageantrags als Hilfsantrag (BGH v. 2.5.2017 – *Vizepräsident des LG Dr. Karl-Werner Dörr*) 1113

### Rechtsprechung

**Baurecht:** Unwirksame Festpreisklausel in den AGB des Auftraggebers (BGH v. 20.7.2017) 1118

**Verkehrsrecht:** Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten bei der Schadensregulierung mit eigenem Kaskoversicherer (BGH v. 11.7.2017) 1119

**Erbrecht:** Erbrechtliche Stellung des nichtehelichen Kindes (BGH v. 12.7.2017) 1129

**Gesellschaftsrecht:** Altersklauseln in Anstellungsverträgen von Organen juristischer Personen (OLG Hamm v. 19.6.2017) 1131

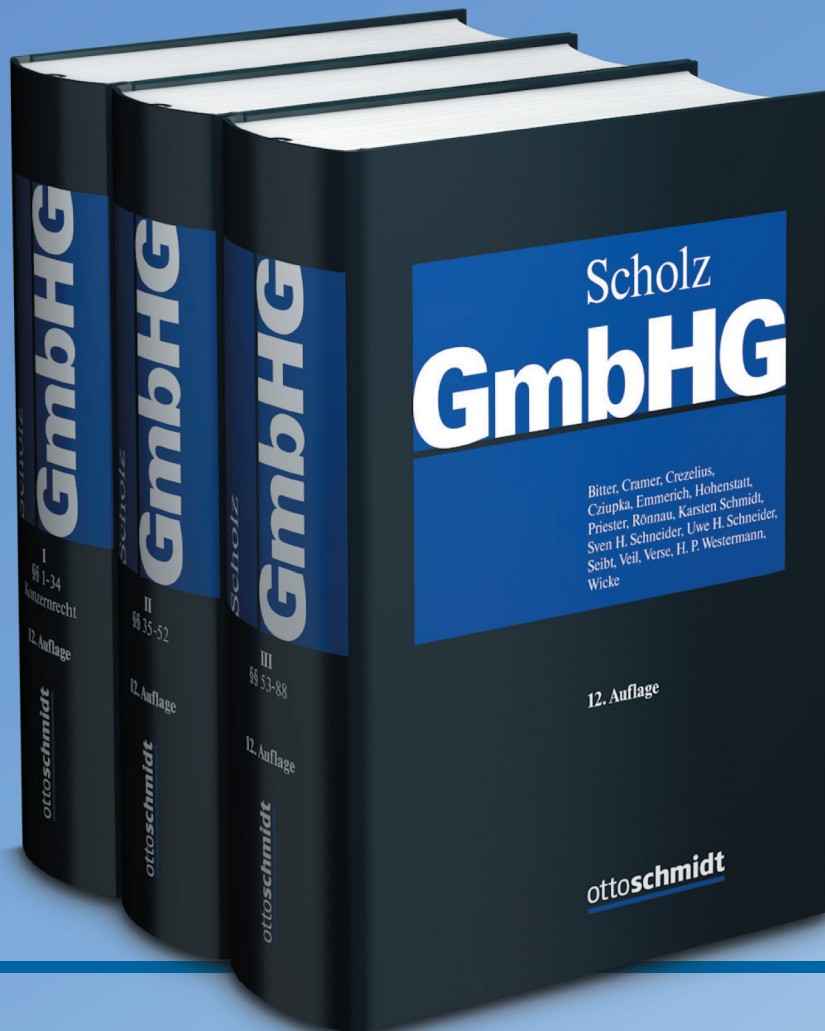
**Bankrecht:** AGB-Klausel zu Kosten einer smsTAN beim Online-Banking (BGH v. 25.7.2017) 1132

**Zwangsvollstreckungsrecht:** Zwangsvollstreckung gegen die Erben des Betreuers (BGH v. 26.7.2017) 1145

## ottoschmidt

mdr-recht.de

# Der Scholz: 12. Auflage startet in 2017!



**Die Institution im  
GmbH-Recht**

Im November startet der Scholz mit Erscheinen des ersten Bandes in die 12. Auflage. Wie eh und je meinungsbildend, tiefgehend und souverän. Mit allem, was Sie zum GmbH-Recht wissen müssen. Mit fundierter Analyse aller Rechtsentwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur aus den letzten fünf Jahren. Und top-aktuell mit Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie!

Scholz, **GmbH-Gesetz**, Kommentar, 12. neu bearbeitete und erweiterte Auflage in drei Bänden.

Band I §§ 1 – 34, 2018, ca. 1800 Seiten, Lexikonformat, gbd. Erscheint im November.

Band II und III in Vorbereitung für 2018/2019. Gesamtabnahmeverpflichtung für alle drei Bände ca. 570,- € (je Band ca. 190,- €). ISBN 978-3-504-32567-1.

Profitieren Sie auch in Zukunft vom Scholz und bestellen Sie gleich unter [www.otto-schmidt.de/scholz12](http://www.otto-schmidt.de/scholz12)

**ottoschmidt**

# Die Themen

*RA FABauRAR Schwenker/VorsRIOLG Dr. Wessel*

## Änderungen im Werkvertragsrecht durch die Baurechtsreform



Das (noch) geltende Werkvertragsrecht enthält nur wenige Vorschriften speziell bauvertraglichen Charakters. Dies ändert sich ab dem 1.1.2018. Hans Christian Schwenker und Markus Wessel geben einen Überblick über die durch das Bauvertragsgesetz in das Werkvertragsrecht des BGB eingefügten Vorschriften und befassen sich insbesondere mit den Änderungen der allgemeinen werkvertraglichen Regelungen.

**S. 1093**

*RA FABauRAR Schwenker/VorsRIOLG Dr. Wessel*

## Neuregelungen zum Bauvertrag durch die Baurechtsreform



Die Autoren erläutern die durch das Bauvertragsgesetz in das Werkvertragsrecht des BGB eingefügten Vorschriften und behandeln im Schwerpunkt den Bauvertrag. Weitere Aufsätze zum Verbraucherbauvertrag, Architekten- und Ingenieurvertrag und zum Bauträgervertrag folgen in den Heften 20 und 21 der MDR.

**S. 1096**

*RA Kay P. Rodegra*

## Haftung von Reiseveranstalter u. Fluggesellschaft bei Terroranschlägen



Auch auf Urlaubsreisen kann sich die weltweite Gefahr, Opfer eines Terroranschlages oder Betroffener einer terroristischen Bedrohungslage zu werden, realisieren. Kay P. Rodegra zeigt auf, welche Ansprüche sich für einen Urlauber auf einer Flugpauschalreise ergeben, wenn er in irgendeiner Form vom Terrorismus betroffen ist. Dabei werden nur Fälle behandelt, in denen Personen Terroranschläge verüben, die keine Mitarbeiter bzw. Leistungsträger des Reiseveranstalters oder Personal der Fluggesellschaft sind.

**S. 1102**

*RIBGH a.D. Prof. Dr. Reinhard Greger*

## Das Güterichterverfahren – Große Chancen, zu wenig genutzt



Auch fünf Jahre nach seiner gesetzlichen Einführung wird das Güterichterverfahren nur an einzelnen Gerichten in sachgerechtem Umfang genutzt. Dadurch werden nicht nur viele Chancen für eine rasche und interessengerechte Beilegung belastender Rechtsstreitigkeiten vergeben, sondern es wird auch ein mit dem Grundsatz der Gleichheit vor Gericht unvereinbarer Zustand geschaffen. Reinhard Greger untersucht, woran dies liegt und was zur Abhilfe zu geschehen hätte.

**S. 1107**

# So geht Fortbildung heute!

## Online-Seminare – Termine 2017 Familienrecht

### **Elterliche Sorge und Umgang**

Dr. Michael Giers  
08.11.2017

### **Vollstreckung von Unterhaltstiteln**

Dr. Michael Giers  
06.12.2017

### **Der „Digitale Nachlass“**

Notar Dr. Tobias Kappler  
12.12.2017

### **Überlassung der Ehemohnung zur Allein- nutzung**

Dr. Isabell Götz  
16.11.2017

### **Haftungsfallen im Güter- und Versorgungs- ausgleichsrecht**

Dr. Rainer Kemper  
27.11.2017

**Mit Zertifikat  
nach § 15 FAO**

### **Die Vorteile der Online-Fachseminare:**

- Interaktion mit Referent und zwischen Teilnehmern
- Nachweis der durchgängigen Teilnahme
- Fortbildungsnachweis nach § 15FAO
- Bewährte Referenten des Verlages Dr. Otto Schmidt und der DATEV
- Keine Reisezeiten und Reisekosten
- Sicherer und vertraulicher Zugang dank DATEV
- günstiger Preis 95€
- bis 2 Stunden vor Seminarbeginn buchbar

Alle Termine, Anmeldung und  
kostenloser Newsletter unter  
[www.otto-schmidt.de/telelex](http://www.otto-schmidt.de/telelex)

**ottoschmidt**



# Monatsschrift für Deutsches Recht

**MDR** Zeitschrift für die  
Zivilrechtspraxis

71. Jahrgang · Heft 19/2017 · S. 1093–1152

## Herausgeber-Beirat

RiBGH Dr. Klaus Bacher  
RA Dr. Hubert W. van Bühren  
RiOLG a.D. Peter David  
RA Dietrich Freyberger  
RA Stephan Göcken  
Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz  
Prof. Dr. Wolfgang Hau  
RA Prof. Dr. Stefan Hertwig  
VorsRiOLG a.D. Lothar Jaeger  
RA Prof. Dr. Matthias Kilian  
VorsRiOLG a.D. Dr. Wolfgang Kramer  
RA Dr. Wilhelm Moll, LL.M.  
RA Dr. Hartmut v. Rechenberg  
RA Prof. Dr. Martin Rehborn  
RA Prof. Dr. Günter Schmeel  
VorsRiLG a.D. Prof. Dr. Friedemann Sternel  
Prof. Dr. Michael Timme  
RiAG Dr. Christopher Woitkewitsch  
RA am BGH Prof. Dr. Volkert Vorwerk  
RA Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen

## Aufsätze

- RA FABauRAR Hans Christian  
Schwenker/VorsRiOLG Dr. Markus  
Wessel**  
Der Werkvertrag  
Die allgemeinen Regelungen nach der  
Reform des Bauvertragsrechts 2018 1093
- RA FABauRAR Hans Christian  
Schwenker/VorsRiOLG Dr. Markus  
Wessel**  
Der Bauvertrag  
Die Neuregelungen durch die Reform des  
Bauvertragsrechts 2018 1096
- RA Kay P. Rodegra**  
Haftung von Reiseveranstalter und Flugge-  
sellschaft bei Terroranschlägen 1102
- RiBGH a.D. Prof. Dr. Reinhard Greger**  
Das Güterichterverfahren – Große Chancen,  
zu wenig genutzt 1107

## Prozessrecht*aktiv*

- Vollständige Übersicht auf R4 1111–1114

## Rechtsprechung

- Vollständige Übersicht auf R4 und R5 1114–1152

## Ständige Mitarbeiter

VorsRiOLG a.D. Rolf Alpes  
RiOLG Manfred Aps  
RAin Gisela Goebel  
RiOLG Ralf Kremer  
RAin Natalie Malcolm  
RAin Dr. Jeanette Nolte  
VorsRiOLG a.D. E. Schütt  
RiOLG a.D. Rolf M. Spannuth  
VorsRiLG Roland Zickler

## MDR-Report

- In eigener Sache R7  
Rechtsprechung aktuell R7  
Buchbesprechung R16  
Neuauflagen R17  
Impressum R19  
Recht bildlich R20

## Prozessrecht*aktiv*

BGH	31.5.2017	VIII ZR 224/16	Urkundenbeweis: Beweis der Unrichtigkeit des auf dem Schriftsatz auf- gebrachten Eingangsstempels	1111
BGH	23.5.2017	II ZB 19/16	Wiedereinsetzung: Ausgangskontrolle bei Telefax-Versand	1112
BGH	2.5.2017	VI ZR 85/16	Klageschrift: Bewertung der Konkretisierung eines unbestimmten Kla- geantrags als Hilfsantrag	1113

### Vertragsrecht

BGH	19.7.2017	VIII ZR 268/15	Preisanpassungsklausel in den AGB eines Fernwärmelieferanten	1114
BGH	5.7.2017	VIII ZR 163/16	Entgeltänderungen in Stromlieferungsverträgen	1115

### Miet- und WEG-Recht

BGH	19.7.2017	VIII ZR 3/17	Formelle Ordnungsgemäßheit einer Betriebskostenabrechnung	1116
BGH	10.5.2017	VIII ZR 79/16	Betriebskostenabrechnung: Umlage der Grundsteuer bei gemischt genutztem Grundstück	1117

### Baurecht

BGH	20.7.2017	VII ZR 259/16	Unwirksame Festpreisklausel in den AGB des Auftraggebers	1118
OLG Celle	18.5.2017	7 U 168/16	Haftungsverteilung bei Schadensverursachung durch Architekten und Bau- unternehmer	1119

### Kfz- und Verkehrsrecht

BGH	11.7.2017	VI ZR 90/17	Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten bei der Schadensregulie- rung mit eigenem Kaskoversicherer	1119
OLG Düsseldorf	25.4.2017	I-1 U 147/16	Unfall nach Vorbeifahren an einer Fahrzeugschlange	1121

### Haftungsrecht

BGH	27.7.2017	III ZR 440/16	Klage gegen Sachverständigen wegen unrichtigen Gerichtsgutachtens	1121
OLG Saarbrücken	30.6.2017	5 U 17/16	Identifizierende Berichterstattung über den Urheber von Hassbotschaften im Internet	1122

### Versicherungsrecht

BGH	19.7.2017	IV ZR 535/15	BU-Versicherung: Ermittlung des konkreten Grades der Berufsunfähigkeit	1123
BGH	5.7.2017	IV ZR 121/15	BU-Versicherung: Anforderungen an eine wirksame Schweigepflichtentbin- dung des Versicherungsnehmers	1123
OLG Hamm	22.5.2017	I-6 U 51/17	Haftpflichtversicherung: Beschädigung von Wohnräumen durch übermäßige Beanspruchung	1124

### Familienrecht

BGH	2.8.2017	XII ZB 502/16	Zum Aufgabenkreis des Kontrollbetreuers	1125
BGH	26.7.2017	XII ZB 143/17	Kontrollbetreuung bei Belastung Vorsorgebevollmächtigter als Erbe mit Ver- mächtnis zugunsten Betroffenen	1126
KG	23.6.2017	13 WF 97/17, 13 WF 96/17	Einschalten der Bundespolizei zur Verhinderung eines gerichtlich gebilligten Ferienumgangs	1127
OLG Bremen	20.6.2017	4 UF 20/17	Rückführung des Kindes nach Durchführung eines HKÜ-Verfahrens als Verfah- renshindernis für Sorgerechtsentscheidung	1127
OLG Frankfurt	12.6.2017	3 UF 278/16	Ausschluss des Umgangs mit den Großeltern	1128

### Erbrecht

BGH	12.7.2017	IV ZB 6/15	Erbrechtliche Stellung des nichtehelichen Kindes	1129
KG	18.7.2017	1 AR 36/17	Örtliche Zuständigkeit in Verfahren über die amtliche Verwahrung von Testa- menten	1130

## Rechtsprechung

## Gesellschaftsrecht

KG	20.7.2017	2 AR 24/17	Zuständigkeit für Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse der Vertreterversammlung einer Genossenschaft	1130
<b>OLG Hamm</b>	<b>19.6.2017</b>	<b>I-8 U 18/17</b>	<b>Altersklauseln in Anstellungsverträgen von Organen juristischer Personen</b>	<b>1131</b>

## Bank- und Kreditsicherungsrecht

<b>BGH</b>	<b>25.7.2017</b>	<b>XI ZR 260/15</b>	<b>AGB-Klausel zu Kosten einer smsTAN beim Online-Banking</b>	<b>1132</b>
OLG München	24.4.2017	19 U 4269/16	Darlehensvertrag: Beginn des Zehnjahreszeitraums im Fall einer Forward-Prorogation	1133

## Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz

BGH	27.4.2017	I ZR 247/15	Kunstwerk öffentlich wahrnehmbar am Bug eines Kreuzfahrtschiffes	1134
BGH	16.3.2017	I ZR 13/16	Auskunftsanspruch bei Beherrschung durch öffentliche Hand: Wahlkampffinanzierung	1136
BGH	2.3.2017	I ZR 45/16	Keine Verhandlungspflicht zu Vergütungsregeln	1136
BGH	26.1.2017	I ZR 217/15	Anwaltsaktion gegen Immobilienfonds-Anbieter ohne Wettbewerbsbezug	1137

## Verfahrensrecht

BVerfG	6.6.2017	1 BvQ 16/17, 1 BvQ 17/17, 1 BvR 764/17, 1 BvR 770/17	Unmittelbare Verfassungsbeschwerde gegen presserechtliche Unterlassungsanordnungen	1138
BGH	19.7.2017	XII ZB 183/17	Vollständige Zuverfügungstellung des Unterbringungsgutachtens an den Betroffenen	1139
BGH	12.7.2017	XII ZB 88/17	Bestellung des Sachverständigen vor der Untersuchung des Betroffenen	1140
BGH	4.7.2017	XI ZR 470/15	Erneute Anordnung des schriftlichen Verfahrens	1140
BGH	20.6.2017	VI ZR 505/16	Darlegungs- und Beweislast im Fall einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung	1141
BGH	31.5.2017	XII ZB 122/16	Kein fristgebundener Begründungszwang bei Beschwerden nach § 43 AUG	1141
BGH	16.3.2017	I ZR 205/15	Antrag auf Vorlage einer Unterschrift für eine Schriftvergleichung zum Beweis der Echtheit	1142
KG	11.7.2017	21 U 100/16	Parteihörnung als Beweismittel	1144

## Zwangsvollstreckungsrecht

<b>BGH</b>	<b>26.7.2017</b>	<b>XII ZB 515/16</b>	<b>Zwangsvollstreckung gegen die Erben des Betreuers</b>	<b>1145</b>
OLG Koblenz	4.5.2017	9 W 650/16	Vollziehung einer Beschlussverfügung	1146

## Insolvenzrecht

BGH	20.7.2017	IX ZB 69/16	Masseschätzung/Eigentumslagenbewertung bzgl. Auslands-Grundstück nach InsO-Verfahrenseinstellung	1146
BGH	4.5.2017	IX ZB 92/16	Sperrfrist bei Kostenstundungsaufhebung und Verfahrenseinstellung wegen Mitwirkungspflichtverletzung	1147
BGH	20.4.2017	IX ZR 189/16	InsO-Anfechtung: Garantierte Verzinsung auf Kommanditeinlage	1148

## Gebührenrecht

BGH	19.7.2017	XII ZB 162/17	Betreuervergütung bei zu geringem zeitlichem Umfang der Ausbildung	1149
OLG Braunschweig	7.8.2017	2 W 92/17	Anspruch des beigeordneten RA auf Erstattung der Umsatzsteuer durch die Staatskasse	1150

## Berufsrecht

BGH	24.7.2017	NotSt(Brfg) 2/17	Notar: Pflicht zur Versagung der Amtstätigkeit bei Verdacht auf strafbare Handlungen	1151
BGH	24.7.2017	NotSt(Brfg) 2/16	Aufklärungspflichten des Notars bei der Beurkundung einer Erbauseinandersetzung	1152

# Zukunftssicher.



**Topaktuell - mit  
vielen Mustern!**

Reithmann/Terbrack

**Kauf vom Bauträger**

Herausgegeben von Notar Prof. Dr. Christoph Terbrack. Bearbeitet von Notar Dr. Alexander Gebele, LL.M., RA Dr. Alexander Martius, LL.M., RA Guido Meyer, Notar Dr. Thomas Schiffner, Notar Prof. Dr. Christoph Terbrack, RA Prof. Dr. Kurt Vogel. 8. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2017, ca. 600 Seiten Lexikonformat, gbd. 99,- €. Erscheint im Oktober. ISBN 978-3-504-64857-2

Kaum ist die Umgestaltung des Bauvertrags- und Bauträgerrechts abgeschlossen, gibt es schon das passende Handbuch dazu: Die Neuauflage des Klassikers von *Reithmann* ist jetzt der *Reithmann/Terbrack*. Das vollkommen neu geschriebene Werk erläutert auf allerneuestem Stand alle praxisrelevanten Themen des Bauträgerrechts, das den Beteiligten ab 2018 eine Vielzahl von Neuerungen bringt. Vom Vertragsabschluss über die Erbringung der Bauleistung, die Abnahme, den Besitzübergang, die Kaufpreiszahlung, die Haftung des Bauträgers, Finanzierung und Insolvenz.

**Besonders wichtig:** Die brandaktuelle Reform des Werkvertrags-, Bauvertrags- und Bauträgerrechts mit den §§ 632a, 648a und 650a bis 650v BGB ist bereits voll eingearbeitet! Alles angereichert mit vielen Musterformulierungen. So bekommen Sie für alle Fälle sichere Hilfestellungen im Umgang mit dem neuen Bauträgerrecht.

Probe lesen oder gleich bestellen unter [www.otto-schmidt.de/rb8](http://www.otto-schmidt.de/rb8)

**otto schmidt**



## In eigener Sache

### Baurechtsreform – Beitragsserie und Synopse zu den Änderungen

Ab dem 1.1.2018 gilt das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“. Neben dem bisherigen Werkvertrag finden sich numehr spezifische Regelungen zum Bauvertrag, zum sog. Verbraucherbauvertrag, zum Architekten- und Ingenieurvertrag sowie zum Bauträgervertrag.

Die Autoren FABauRAR *Hans Christian Schwenker*/VorsRiOLG *Dr. Markus Wessel* haben die besondere Ausgestaltung der Verträge für die MDR in verschiedenen Aufsätzen aufbereitet. In Heft 19 werden der Werkvertrag und der Bauvertrag behandelt. In den Heft 20 und 21 finden sich Aufsätze zu Architekten- und Ingenieurvertrag bzw. Verbraucherbauvertrag und Bauträgervertrag. Außerdem steht im Berater-Modul Zivil- und Zivilverfahrensrecht eine Synopse zu den Regelungen des BGB alt/neu unter Bibliothek»Zeitschriften»Monatsschrift für Deutsches Recht»2017»Heft 19 zur Verfügung.

## Rechtsprechung aktuell

### EuGH – Keine höhere Entschädigung bei Flugverbindungen mit Anschlussflügen

*Der Ausgleich, der Fluggästen im Fall der Annullierung oder einer großen Verspätung eines Flugs mit Anschlussflügen zu zahlen ist, ist nach der Luftlinienentfernung zwischen dem Startflughafen und dem Zielflughafen zu berechnen. Der Umstand, dass die tatsächlich zurückgelegte Flugstrecke wegen des Anschlussflugs die Entfernung zwischen Start- und Zielflughafen übersteigt, hat keine Auswirkungen auf die Berechnung des Ausgleichs.*

Die Kläger waren mit einem Flug der Brussels Airlines von Rom über Brüssel nach Hamburg gereist. Da ihr Flug in Hamburg mit einer Verspätung von drei Stunden und fünfzig Minuten gegenüber der ursprünglich vorgesehenen Ankunftszeit angekommen war, klagten sie, um den in der Unionsverordnung über die Leistung von Ausgleichszahlungen an Fluggäste vorgesehenen Ausgleich zu erhalten. Die VO (EG) Nr. 261/2004 sieht in ihrer Auslegung durch den EuGH u.a. vor, dass die Fluggäste im

Fall einer Verspätung von drei Stunden oder mehr Anspruch auf einen Ausgleich i.H.v. 250 € bei Flügen von 1.500 km oder weniger und von 400 € bei Flügen zwischen zwei Mitgliedstaaten von mehr als 1.500 km haben.

Das AG hat daraufhin das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob im Fall eines Flugs mit Anschlussflügen die Gesamtentfernung für den Flug der Entfernung zwischen dem Start- und dem Zielflughafen entspricht (im vorliegenden Fall 1.326 km zwischen Rom und Hamburg) oder ob diese nach der tatsächlich zurückgelegten Flugstrecke zu berechnen ist (im vorliegenden Fall 1.656 km, nämlich 1.173 km für die Entfernung zwischen Rom und Brüssel und 483 km für die Entfernung zwischen Brüssel und Hamburg).

Der EuGH hat entsprechend der ersten Alternative entschieden. Art. 7 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 261/2004 ist dahin auszulegen, dass der Begriff „Entfernung“ im Fall von Flugverbindungen mit Anschlussflügen nur die Entfernung zwischen dem Ort des ersten Abflugs und dem Endziel umfasst, die nach der Großkreismethode zu ermitteln ist, unabhängig von der tatsächlich zurückgelegten Flugstrecke. Die Verordnung unterscheidet im Rahmen des Ausgleichsanspruchs nicht danach, ob die betroffenen Fluggäste ihr Endziel mittels eines Direktflugs oder eines Flugs mit Anschlussflug erreichen. Somit sind die Fluggäste in beiden Fällen bei der Berechnung der Höhe des Ausgleichs gleich zu behandeln.

Infolgedessen tragen die verschiedenen in der Verordnung vorgesehenen Ausgleichstranchen dem unterschiedlichen Umfang der Unannehmlichkeiten Rechnung, die den Fluggästen dadurch entstehen, dass sie nicht die Möglichkeit haben, ihre Reise nach freien Stücken umzugestalten und so den mit der Annullierung oder großen Verspätung ihres Flugs verbundenen Zeitverlust zu vermeiden. Somit hat die Art des Fluges (Direktflug oder Flug mit Anschlussflug) keine Auswirkungen auf den Umfang der den Fluggästen entstandenen Unannehmlichkeiten.

Folglich ist bei der Bestimmung der Höhe des Ausgleichs im Fall eines Flugs mit Anschlussflug lediglich die Luftlinienentfernung (Großkreisentfernung) zu berücksichtigen, die ein Direktflug zwischen dem Start- und dem Zielflughafen zurücklegen würde. Der Umstand, dass die tatsächlich zurückgelegte Flugstrecke wegen des Anschlussflugs die Entfernung zwischen Start- und Zielflughafen übersteigt, hat keine Auswirkungen auf die Berechnung des Ausgleichs. (Urt. v. 7.9.2017 – Rs. C-559/16)

AH (Quelle: EuGH)

## EGMR – Keine uneingeschränkte Überwachung privater E-Mail-Korrespondenz am Arbeitsplatz

*Die Überwachung der privaten E-Mail-Korrespondenz am Arbeitsplatz kann auch dann gegen das Recht des Arbeitnehmers auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK verstoßen, wenn eine private E-Mail-Kommunikation untersagt ist. Die Überwachung muss in jedem Fall verhältnismäßig sein. Das setzt regelmäßig voraus, dass der Arbeitnehmer vorab über die Möglichkeit sowie über Art und Umfang der Überwachung informiert worden ist.*

Ein rumänischer Arbeitnehmer hatte auf seinem dienstlichen PC auf Veranlassung seines Arbeitgebers einen Yahoo-Messenger-Account eingerichtet, um hierüber mit Kunden zu kommunizieren. Der Arbeitnehmer nutzte den Account allerdings auch zum Schreiben privater E-Mails, obwohl eine interne Unternehmensregelung dies untersagte. Der Arbeitgeber kündigte aus diesem Grund das Arbeitsverhältnis und legte zum Beleg der Pflichtverletzung des Arbeitnehmers eine 45-seitige Abschrift des privaten Mail-Verkehrs des Arbeitnehmers von einer einzigen Woche vor.

Die Klage gegen die Kündigung hatte vor den nationalen Gerichten keinen Erfolg. Auch der EGMR verneinte zunächst einen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Die daraufhin vom Arbeitnehmer angerufene große Kammer des EGMR stellte jedoch einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK fest.

Die Überwachung des Arbeitnehmers verstößt gegen das Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK. Zwar können Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt sein, die Einhaltung eines Verbots zur Privatnutzung des dienstlichen Internet-Anschlusses zu überwachen. Eine solche Überwachung der Privatkommunikation eines Arbeitnehmers muss aber verhältnismäßig sein. Voraussetzung hierfür ist regelmäßig, dass der Beschäftigte über die Möglichkeit sowie über Art und Umfang der Überwachung informiert wird.

Im Streitfall haben die Gerichte nicht geprüft, ob eine solche Information erfolgt ist. Es fehlen auch Feststellungen dazu, ob es einen legitimen Grund für die Kontrollmaßnahmen gegeben hat und ob nicht mildere Mittel zur Verfügung gestanden hätten, um einen etwaigen Verstoß gegen das Verbot der Privatkommunikation festzustellen. (EGMR v. 5.9.2017 – 61496/08)

AH (Quelle: EGMR)

## BGH – Unwirksamkeit verschiedener Entgeltklauseln einer Sparkasse

*Der BGH hat entschieden, dass mehrere vorformulierte Entgeltklauseln einer Sparkasse unwirksam sind. Sie dürfen demnach ggü. Verbrauchern nicht verwendet werden.*

Der Kläger – ein Verbraucherschutzverein – macht die Unwirksamkeit verschiedener Klauseln geltend, die die beklagte Sparkasse in ihrem Preis- und Leistungsverzeichnis gegenwärtig verwendet bzw. verwendet hat.

Das LG gab der Unterlassungsklage überwiegend, das OLG gab ihr vollumfänglich statt. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Die Klauseln 1 bis 5 weichen von § 675f Abs. 4 S. 2, § 675o Abs. 1 S. 4 BGB und damit von einer gesetzlichen Preisregelung ab, weil das darin jeweils vorgesehene Entgelt i.H.v. 5 € für die Unterrichtung über die berechtigte Ablehnung der Ausführung einer SEPA-Lastschrift, einer Einzugsermächtigungs- oder Abbuchungsauftragslastschrift bzw. einer Überweisung auf der Grundlage des Prozessvortrags der Beklagten nicht an den hierfür tatsächlich anfallenden Kosten ausgerichtet ist.

Gemäß den Vorschriften der § 675f Abs. 4 S. 2 Halbs. 1 BGB, § 675o Abs. 1 S. 4 BGB kann der Zahlungsdienstleister mit dem Zahlungsdienstnutzer im Rahmen des Zahlungsdienstvertrages (§ 675f Abs. 2 BGB) für die Unterrichtung über eine berechtigte Ablehnung eines Zahlungsauftrages ausnahmsweise ein Entgelt vereinbaren, das allerdings nach § 675f Abs. 4 S. 2 Halbs. 2 BGB angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein muss. Vorliegend ist das in den Klauseln 1 bis 5 vorgesehene Entgelt i.H.v. 5 € nicht an den Kosten der Beklagten für die Unterrichtung des Zahlungsdienstnutzers ausgerichtet. Vielmehr hat die Beklagte in erheblichem Umfang Kostenpositionen berücksichtigt, die ihren eigenen Erläuterungen zufolge lediglich im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Nichtausführung des Zahlungsauftrages stehen, nicht aber mit der Unterrichtung des Kunden hierüber. Die Klausel 6 weicht hinsichtlich der Fallgruppen „Aussetzung“ und „Löschung“ eines Dauerauftrages ebenfalls von der gesetzlichen Preisregelung des § 675f Abs. 4 S. 2 BGB ab, weil die Beklagte in diesen Fällen kein Entgelt erheben darf. Die Ausführung eines Dauerauftrages stellt gem. § 675c Abs. 3 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b ZAG einen Zahlungsdienst dar, für dessen Erbringung als vertragliche Hauptleistung der Zahlungsdienstleister gem. § 675f Abs. 4 S. 1 BGB ein Entgelt verlangen kann. Die Aussetzung und Löschung eines Dauerauftrages zielen aber nicht auf dessen Ausführung, sondern im Gegenteil darauf ab, dass dieser nicht ausgeführt wird. Sie sind als Widerruf (§ 675p BGB) des auf Ausführung des Dauerauftrages gerichteten Zahlungsauftrages zu verstehen. Die Berücksichtigung dieses Widerrufs stellt eine gesetzliche Nebenpflicht der Beklagten dar, weil für die Bearbeitung des Widerrufs nur im Falle von § 675p Abs. 4 S. 1 BGB ein Entgelt vereinbart werden darf. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass die Bearbeitung des Widerrufs im Regelfall unentgeltlich zu erfolgen hat. Die Klausel 6 entspricht jedoch nicht diesem Regel-/Ausnahmeverhältnis, sondern sieht unterschiedslos die Erhebung eines Entgelts i.H.v. 2 € vor. Die Klausel 7 unterliegt ebenfalls der Inhaltskontrolle, weil sie für die Führung des Pfändungsschutzkontos ein Entgelt i.H.v. 7 € vorsieht, das nach den Vorgaben der Senatsurteile v. 13.11.2012 ((BGH v. 13.11.2012 – XI ZR 500/11, MDR 2013, 117 ff. und v. 13.11.2012 – XI ZR 145/12, juris) eine kontrollfähige Preisnebenabrede darstellt.

Bei der Klausel 8 handelt es sich im Hinblick auf die streitige Alternative der „Streichung einer Order“ gleichfalls um

eine der Inhaltskontrolle unterworfenen Preisnebenabrede. Die Beklagte wälzt hiermit Aufwand zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht auf den Kunden ab. Erfolgt der Erwerb von Wertpapieren durch eine Bank im Kundenauftrag im Wege des Kommissionsgeschäfts, so ist dies eine Hauptleistungspflicht. Diese Verpflichtung besteht bei der Streichung einer Wertpapierorder nicht fort und kann aus diesem Grunde nicht die zu vergütende Hauptleistung sein. Die Streichung einer Wertpapierorder stellt eine – bis zur Ausführung des Kommissionsgeschäfts jederzeit mögliche – Kündigung des Kommissionsvertrages dar. Damit geht die gesetzliche Nebenpflicht des Kommissionärs einher, dieser Kündigung Folge zu leisten und ihr im Verhältnis zum Kommittenten Rechnung zu tragen. Indem die Klausel 8 für diesen Fall ein Entgelt i.H.v. 5 € vorsieht, wälzt sie einen Aufwand der Beklagten zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht auf den Kunden ab und unterliegt damit als Preisnebenabrede der Inhaltskontrolle.

Der hiernach eröffneten Inhaltskontrolle halten die angegriffenen Klauseln nicht stand, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen, von denen abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sind (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und die Kunden der Beklagten entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB).

Zu den wesentlichen Grundgedanken auch des dispositiven Rechts gehört, dass jeder Rechtsunterworfenen seine gesetzlichen Rechtspflichten zu erfüllen hat, ohne dafür ein gesondertes Entgelt verlangen zu können. Ein Anspruch hierauf besteht nur, wenn dies im Gesetz ausnahmsweise vorgesehen ist, was vorliegend nicht der Fall ist. Durch die Abweichung von den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung wird die unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB indiziert, ohne dass Umstände ersichtlich oder vorgetragen wären, die diese Vermutung widerlegen. (Urt. v. 12.9.2017 – XI ZR 590/15)

AH (Quelle: BGH)

## BGH – Keine grenzenlose Rücksichtnahmepflicht bei Kinderlärm

*Mieter müssen im Hinblick auf die Rücksichtnahmepflicht nicht jeglichen Kinderlärm als sozial adäquat hinzunehmen. Es gibt Grenzen, wann das normale Maß überschritten ist. Diese sind im Einzelfall nach Art, Dauer, Intensität und Häufigkeit sowie nach Alter und Gesundheitszustands des Kindes zu ermitteln. Bei wiederkehrenden Lärmstörungen bedarf es nicht der Vorlage eines sog. detaillierten Lärmprotokolls, wenn sich Art, Dauer, Zeit und Häufigkeit aus der Beschreibung der Betroffenen konkret ermitteln lassen.*

Die Klägerin ist seit 2004 Mieterin einer Wohnung im Erdgeschoss eines um 1900 erbauten Achtfamilienhauses der Beklagten. Die Streithelfer wohnen mit ihren beiden Kleinkindern seit Ende 2012 in der darüber liegenden Wohnung. Die Klägerin behauptet, seit dem Einzug der Streithelfer komme aus deren Wohnung fast täglich, auch an Sonn- und Feiertagen sowie zu Ruhezeiten, massiver Lärm durch heftiges Stampfen, Springen, Poltern sowie

durch Schreie und sonstige lautstarke familiäre Auseinandersetzungen. Diese Lärmstörungen würden nicht nur durch die Kinder, sondern auch durch die Streithelfer selbst verursacht. Die Klägerin begehrt die Beseitigung der Lärmstörung, die Feststellung eines Mietminderungsrechts i.H.v. 50 Prozent bis zur Beseitigung und die Rückzahlung einer wegen der Mietminderung nur unter Vorbehalt gezahlten Miete i.H.v. rd. 9.000 €.

AG und LG wiesen die Klage ab. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück.

Das LG hat die wesentlichen Punkte des klägerischen Vorbringens zu Art, Intensität, Häufigkeit und Dauer der Lärmstörungen nicht berücksichtigt und dadurch die Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen nicht ordnungsgemäß vorgenommen. Es hat lediglich eine cursorische Auswertung der Lärmprotokolle vorgenommen. Grundsätzlich sind die in einem Mehrfamilienhaus gelegentlich auftretenden Lärmstörungen – auch üblicher Kinderlärm – zwar als sozial adäquat hinzunehmen und zumutbar. Sie stellen deshalb noch keinen Mietmangel i.S.v. § 536 BGB dar. Es gilt jedoch das Gebot zumutbarer gegenseitiger Rücksichtnahme. Daher sind auf der einen Seite zwar Geräuschemissionen, die durch übliches kindliches Verhalten verursacht werden u.U. auch bei erhöhter Intensität grundsätzlich hinzunehmen, auf der anderen Seite hat die geforderte Toleranz aber auch ihre Grenzen. Ob die Grenze überschritten ist, ist anhand des jeweiligen Einzelfalls nach Art, Qualität, Dauer, Zeit des Lärms und Alter sowie Gesundheitszustands des Kindes zu bestimmen.

Entgegen der Auffassung des LG ist im vorliegenden Fall das normal hinzunehmende Maß an Lärmbeeinträchtigungen nach dem klägerischen Vorbringen überschritten. Es kann nicht davon die Rede sein, dass die vorgetragene Lärmbelästigung – wie das LG anhand der Auswertung der Lärmprotokolle festgestellt hat – auf einen natürlichen Bewegungsdrang der Kinder zurückgeführt werden kann. Ebenso handelt es sich bei dem Schreien, insbesondere des Streithelfers zu 2), nicht um eine im üblichen Rahmen liegende erzieherische Einwirkung auf die Kinder, diese zur Ruhe zu ermahnen. Es ist zudem nicht erkennbar, dass das Gericht den Lärmprotokollen, die im Widerspruch zu den Ausführungen der Klägerin stehen, den Vorzug gegeben hätte. Der Lärmprotokolle hätte es außerdem nicht einmal bedurft, da die Klägerin die seit Jahren bestehenden Störungen nach Art, Dauer, Intensität und Häufigkeit mit ausreichender Substanz beschrieben hat.

Zudem hat das LG wesentliche Teile des Parteivortrags aufgrund von der Missachtung bestehender Substantiierungsanforderungen nicht berücksichtigt, da es Störungszeiträume außer Betracht gelassen hat, für die kein Lärmprotokoll existierte. Bei der wiederkehrenden Beeinträchtigung hat es eines solchen Lärmprotokolls nicht bedurft, da die Klägerin diese nach Art, Dauer, Intensität und Häufigkeit mit ausreichender Substanz beschrieben hat. (Beschl. v. 22.8.2017 – VIII ZR 226/16)

AH (Quelle: BGH)

# Kontrollinstanz.



**Mit Wettbewerbs-  
registergesetz**

*Reidt/Stickler/Glahs*

**Vergaberecht** Kommentar

Herausgegeben von RA Dr. Olaf Reidt, RA Dr.

Thomas Stickler und RA In Dr. Heike Glahs.

Bearbeitet von RA Johannes Bosselmann, RA

Dr. Matthias Ganske, RA In Dr. Heike Glahs, RA

Dr. Andreas Hövelberndt, Wiltrud Kadenbach,

RA Julian Ley, RA Dr. Tobias Masing, Dipl.

Verwaltungswirt Hans-Peter Müller, RA Dr. Michael

Rafii, RA Prof. Dr. Olaf Reidt, RA Dr. Thomas Stickler.

4. neu bearbeitete Auflage 2018, ca. 1700 Seiten

DIN A5, gbd. 169,- €. Erscheint im November.

ISBN 978-3-504-40074-3

Der vielzitierte *Reidt/Stickler/Glahs* nimmt in der neuen 4. Auflage wieder das Prädikat „topaktuell“ für sich in Anspruch – mit diesen Neuheiten:

Die grundlegende Novellierung des GWB-Vergaberechts mit umfangreichen Neuerungen, von der Digitalisierung der Auftragsvergabe oder der nun wesentlich stärker möglichen Berücksichtigung umweltbezogener und sozialer Aspekte, ist komplett abgebildet. Das Gleiche gilt für die aktuelle Rechtsprechung des EuGH, des BGH, der OLG-Vergabesenate und die Entscheidungen der Vergabekammern. Ebenfalls bereits berücksichtigt ist das Wettbewerbsregistergesetz vom 18.07.2017!

Für den Vergabejuristen heißt das: Noch heute einen Beschaffungsauftrag vergeben! Am besten überzeugen Sie sich bei einer Leseprobe: [www.otto-schmidt.de/rsg4](http://www.otto-schmidt.de/rsg4)



Das Werk online:  
[www.juris.de/pmbr](http://www.juris.de/pmbr)

**ottoschmidt**



VERTRAGSRECHT

RA FABauRAR Hans Christian Schwenker/VorsRiOLG Dr. Markus Wessel

## Der Werkvertrag

### Die allgemeinen Regelungen nach der Reform des Bauvertragsrechts 2018

Das (noch) geltende Werkvertragsrecht, das die §§ 631–651 BGB umfasst, enthält nur wenige Vorschriften speziell bauvertraglichen Charakters (wie § 632a Abs. 2 BGB Abschlagszahlungen in Bauträgerverträgen, § 634a BGB Verjährung der Mängelansprüche, § 648a BGB Bauhandwerkersicherung). Dies ändert sich mit dem ab 1.1.2018 geltenden „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren“ vom 28.4.2017 (BGBl. I 2017, 969) (im Folgenden: Bauvertragsgesetz).

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die durch das Bauvertragsgesetz in das Werkvertragsrecht des BGB eingefügten Vorschriften und befasst sich insbesondere mit den Änderungen der allgemeinen werkvertraglichen Regelungen. In Folgeaufsätzen (in diesem Heft – MDR 2017, 1096 und in den Heften 20 und 21 der MDR) stellen die Autoren den Bauvertrag, den Verbraucherbauvertrag, den Architekten- und Ingenieurvertrag sowie den Bauträgervertrag vor.

#### 1. Systematik des Gesetzes

§§ 631–651 BGB bildeten bisher den Titel 9 des Abschnitts 8 „Besondere Schuldverhältnisse“ im 2. Buch des BGB. Der Titel trug die Überschrift „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ und gliederte sich in die Untertitel 1 „Werkvertrag“ und Untertitel 2 „Reisevertrag“.

Zukünftig gliedert sich der Titel, der seine Überschrift behalten hat, wie folgt:

- ▷ Untertitel 1: Werkvertragsrecht,
- ▷ Untertitel 2: Architektenvertrag und Ingenieurvertrag,
- ▷ Untertitel 3: Bauträgervertrag und
- ▷ Untertitel 4: Reisevertrag.

▷ Hans Christian Schwenker ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Hannover (STOBBE Rechtsanwälte); Dr. Markus Wessel ist Vorsitzender Richter am OLG Celle.

1 Einzelheiten zum Gesetzgebungsverfahren: Althaus, BauR 2017, 412.

2 Alle genannten §§ des BGB beziehen sich auf die ab dem 1.1.2018 geltende Fassung. Eine Synopse zu den Regelungen des BGB alt/neu finden Sie im Berater-Modul Zivil- und Zivilverfahrensrecht unter Bibliothek>Zeitschriften>Monatsschrift für Deutsches Recht>2017>Heft 19.

Dabei wiederum weist der Untertitel 1 vier Kapitel auf: Kapitel 1 enthält Allgemeine Vorschriften, Kapitel 2 Regelungen zum Bauvertrag, Kapitel 3 zum Verbraucherbauvertrag und Kapitel 4 eine Bestimmung zur Unabdingbarkeit der in § 650o BGB genannten Vorschriften. Eine Untergliederung der folgenden Untertitel 2–4 gibt es nicht.

Die intertemporale Kollisionsregel findet sich in Art. 10 des Reformgesetzes. Danach tritt das Gesetz am 1.1.2018 in Kraft.<sup>1</sup> Auf Werkverträge, die vor diesem Tag geschlossen werden, ist demnach das bis zum 31.12.2017 geltende Recht anwendbar.

#### 2. Anwendungsbereich des allgemeinen Werkvertragsrechts (§§ 631–650 BGB)

##### a) Regelungen für Reparaturverträge

§§ 631–650 BGB<sup>2</sup> beinhalten zum einen abschließend das Recht für solche Werkverträge, die nicht in §§ 650a ff. BGB eine besondere Ausgestaltung erfahren haben. Seit der Schuldrechtsreform fallen darunter nicht mehr Verträge über die Lieferung „herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen“, die dem Kaufvertragsrecht unterliegen, wie § 651 BGB a.F. (= § 650 BGB) bestimmt. Soweit bewegliche Sachen betroffen sind, fallen nur Reparaturverträge unter das Werkvertragsrecht.

##### b) Allgemeiner Teil für „besondere“ Werkverträge nach §§ 650a BGB

§§ 631–650 BGB stellen zum anderen den Allgemeinen Teil auch für solche Werkverträge dar, die in den folgenden Kapiteln eine besondere Regelung erfahren haben. Dabei handelt es sich um den Bauvertrag (Kapitel 2 = §§ 650a–h BGB), den Verbraucherbauvertrag (Kapitel 3 = §§ 650i–n BGB), den Architekten- und Ingenieurvertrag (Untertitel 2 = §§ 650p–t BGB) und den Bauträgervertrag (Untertitel 3 = §§ 650u–v BGB). Für den Architekten- und Ingenieurvertrag verweist § 650q Abs. 1 BGB auf die Vorschriften des Kapitel 1 des Untertitels 1 (= §§ 631–650 BGB), was von der Systematik des Gesetzes unnötig wäre.

## Vertragsrecht

## 3. Neuregelungen

## a) Überblick

Der Untertitel 1 des Kapitels 1 (= §§ 631–650 BGB) hat mit der Kodifizierung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Kündigung aus wichtigem Grund eine neue Vorschrift (§ 648a BGB) erhalten.

Daneben sind die Regelungen zu Abschlagszahlungen (§ 632a BGB) und zur Abnahme (§ 640 BGB) teilweise einschneidend geändert worden. Da durch Verschiebung von Vorschriften in das Bauvertragsrecht einige Paragraphen frei geworden sind, hat der Gesetzgeber unverändert gebliebene Regelungen mit neuen Paragraphenzahlen versehen. So trägt das Kündigungsrecht des Bestellers (bisher: § 649 BGB) jetzt die Nummer § 648, der bisher in § 650 BGB geregelte Kostenanschlag findet sich jetzt in § 649 BGB und die wichtige Vorschrift zur Anwendung des Kaufvertragsrechts ist nicht mehr § 651 BGB, sondern § 650 BGB.

Abgesehen von den geänderten Paragraphenzahlen hat sich in den genannten Vorschriften nichts geändert, so dass nur die beiden geänderten und die neu eingeführte Vorschrift zur Kündigung aus wichtigem Grund näher zu betrachten sind.

## b) Abschlagszahlungen (§ 632a BGB)

Durch das Bauvertragsgesetz wird § 632a Abs. 1 BGB geändert, der bisherige Abs. 4 wird mit leichten Änderungen zu Abs. 2. Die bisherigen Abs. 2 und 3 finden sich nunmehr im Kapitel 3 ‚Verbraucherbaupvertrag‘ in § 650m BGB (Abschlagszahlungen; Sicherung des Vergütungsanspruchs) sowie im Untertitel 3 ‚Bauträgervertrag‘ in § 650v BGB (Abschlagszahlungen).

Der Anspruch auf Abschlagszahlungen setzte bisher voraus, dass der Unternehmer eine vertragsgemäße Leistung erbringt, durch die der Besteller einen Wertzuwachs erlangt. Während das gesetzgeberische Vorbild des § 16 Abs. 1 VOB/B die Höhe des Anspruchs präzise beschränkt auf die „Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen ...“, blieb offen, wie der von § 632a BGB a.F. in Bezug genommene Wertzuwachs zu ermitteln war. Die Vorschrift bedurfte daher einer Modifikation, die es dem Unternehmer ermöglicht, die Höhe des Abschlags unkompliziert zu berechnen und dem Besteller eine einfachere Überprüfung der Berechnung ermöglicht.<sup>3</sup> Grundlage der Berechnung der Abschläge wird daher der Wert der vom Unternehmer erbrachten Leistungen. Diese Beträge lassen sich für den Unternehmer leichter ermitteln und auch für den Besteller in der Regel anhand des Angebots des Unternehmers überprüfen. § 632a Abs. 1 S. 1 BGB legt daher als Bezugsgröße für die Berechnung der Abschläge die vom Unternehmer erbrachte und nach dem Vertrag geschuldete Leistung fest. Durch die Änderung ist es möglich, dass der vom Besteller bezahlte Abschlag den gleichzeitig erfolgten Wertzuwachs im Einzelfall geringfügig übersteigt, da bei einem Bauvorhaben in bestimmten Bauphasen die Kosten für die Bauleistungen höher sein können als der durch sie bewirkte Wertzuwachs an dem Grundstück. Dies wird sich jedoch mit den folgenden Abschlagszahlungen ausgleichen, teilweise auch umkehren. Die Risikohöherung für den Besteller ist hinnehmbar. So begrenzt § 650l Abs. 1 BGB bei Verbraucherbaupverträgen den Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen auf 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung. Außerdem hat der Unternehmer – wie bisher – dem Verbraucher bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel i.H.v. 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten (§ 650m Abs. 2 BGB).

## c) Einbehalt der Abschlagszahlung bei Mängeln

§ 632a Abs. 1 S. 2 BGB a.F. erlaubte dem Besteller bisher, Abschlagszahlungen schon dem Grunde nach zu verweigern, wenn an dem Bauwerk wesentliche Mängel bestanden. Nur bei unwesentlichen Mängeln bestand ein Anspruch des Unternehmers, dem der Besteller ein Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten konnte. Diese Regelung führte zu sachwidrigen Ergebnissen<sup>4</sup> und bereitete in der Praxis Probleme, etwa bei der Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln, da letztere nicht zur Verweigerung der Abschlagszahlung berechtigten.

Im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der Abnahme im Werkvertragsrecht sind die Mängelrechte der §§ 634 ff. BGB an die Abnahme geknüpft.<sup>5</sup> Erst zu diesem Zeitpunkt ist der Unternehmer verpflichtet, ein mangelfreies Werk zu übergeben. Daher hat der Besteller generell nicht mehr das Recht, die Zahlung des Abschlags mit der Begründung zu verweigern, dass sich das Werk zu diesem Zeitpunkt in keinem vertragsgemäßen Zustand befindet. Daher wird der bisherige Satz 2 der Vorschrift gestrichen.

Bestehen an den erbrachten Leistungen zum Zeitpunkt der Abschlagszahlung Mängel oder sonstige Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand, hat der Besteller das Recht, einen angemessenen Teil der Abschlagszahlung einzubehalten. Dies galt bisher schon durch den Verweis in Satz 3 auf § 641 Abs. 3 BGB für unwesentliche Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand. Durch den neuen Satz 2 wird dieses Recht des Bestellers klarer formuliert. Es gilt bei allen Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand unabhängig davon, ob sie wesentlich oder unwesentlich sind. Die Neuregelung ist zu begrüßen. Allerdings überbürdet die Abschlagszahlung dem Besteller das Insolvenzrisiko des Unternehmers, wenn er Mängel während der Ausführung nicht erkennt. Es hilft ihm nicht, etwaige Überzahlungen bei der Schlussrechnung geltend machen zu können, wenn der Unternehmer zwischenzeitlich insolvent geworden ist. Auch kann die Feststellung von Mängeln in der Ausführungsphase erschwert sein. Durch den neuen Satz 3 wird klargestellt, dass keine Änderung der Beweislast für die Vertragsgemäßheit beabsichtigt ist. Sie liegt – wie sonst vor der Abnahme auch – beim Unternehmer.<sup>6</sup> Hinsichtlich dessen, was im Falle nicht vertragsgemäßer Leistung als angemessener Einbehalt anzusehen ist, bleibt es bei der bisherigen Regelung, dass § 641 Abs. 3 BGB entsprechend gilt (bisher § 632a Abs. 1 S. 3, nunmehr S. 4). Danach ist in der Regel das Doppelte der voraussichtlichen Kosten der Beseitigung des nicht vertragsgemäßen Zustands als angemessen anzusehen. Diese Regelung soll auch für in Bausachen unkundige Besteller praktikabel sein, da sie sich bei der Bemessung des Einhalts an den Ansätzen für die Leistung in der Kalkulation orientieren könnten.<sup>7</sup> Das übersieht, dass sich für Kosten der Mangelbeseitigung in der Kalkulation keine Ansätze finden.

## d) Abnahme (§ 640 BGB)

Die Regelung der fiktiven Abnahme in § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. ist umgestaltet worden. Die bisherige Fassung der Norm wies die Schwäche auf, dass die Aufforderung zur Abnahme unter Fristsetzung nur dann der Abnahme gleichstand, wenn der Besteller „dazu verpflichtet“ war. Zur Abnahme war der Besteller aber nur verpflichtet, wenn das abzunehmende Werk vertragsgemäß hergestellt war und keine wesentlichen Mängel aufwies

3 BT-Drucks. 18/8486, 47.

4 Vgl. *Rodemann*, *ibr-online-Kommentar VOB/B*, § 16 Rz. 15.

5 So jetzt auch BGH v. 19.1.2017 – VII ZR 235/15, MDR 2017, 513.

Ausführlich zu der Problematik: *Schwenker*, *NJW* 2017, 1579.

6 BGH v. 7.11.1996 – VII ZR 82/95, MDR 1997, 236.

7 BT-Drucks. 18/8486, 47.

## Vertragsrecht

(§ 640 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB a.F.). Stellte sich – u.U. erst in einem späteren Prozess – heraus, dass das Werk nicht nur unwesentliche Mängel aufwies und daher nicht abnahmefähig war, ging die Fristsetzung gem. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. ins Leere.

§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. ist gestrichen und durch einen neuen Abs. 2 ersetzt worden. Danach gilt ein Werk auch dann als abgenommen, „wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.“ (§ 640 Abs. 2 S. 1 BGB). Gegenüber Verbrauchern tritt die Abnahmewirkung nur ein, wenn der Unternehmer dem Besteller zusammen mit der Aufforderung auf die Rechtsfolgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Gründen verweigerten Abnahme hingewiesen hat, wobei die Textform des § 126b BGB ausreicht (§ 640 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Auch diese Neuregelung weist Schwächen auf. Auch ein mit einem wesentlichen Mangel behaftetes Werk unterliegt der fiktiven Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB, so dass der Besteller in einem etwaigen späteren Prozess beweisen muss, dass das Werk bereits bei Abnahme den später gerügten Mangel aufwies. Ein Korrektiv dazu soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers darin liegen, dass die Fristsetzung erst „nach Fertigstellung des Werks“ – was darunter zu verstehen ist, wird nicht definiert – wirksam erfolgen kann.<sup>8</sup> Dabei handelt es sich jedoch nur um eine Klarstellung, nicht um eine Rechtsänderung.<sup>9</sup> Nur wenn der Besteller sich passiv verhält oder aber die Abnahme verweigert und dafür keinen Grund angibt, gilt das Werk als abgenommen. Dem Besteller steht es somit frei, einen oder mehrere Mängel zu behaupten und damit den Eintritt der Abnahmewirkungen zu verhindern. Sollte der Unternehmer die gerügten Mängel sodann beseitigen, können erneut andere Mängel vorgebracht werden. Dabei kann vom Besteller nicht verlangt werden, dass er die Mangelursachen beschreibt. Es muss eine Angabe der äußeren Erscheinung der Mängel ausreichen, wie es die Rechtsprechung des BGH für die Mängelrüge ausreichen lässt (Symptomtheorie<sup>10</sup>). Der Besteller kann somit das berechnete Abnahmeverlangen des Unternehmers wiederholt abwehren, indem er unter rechtzeitiger Behauptung auch unwesentlicher Mängel die Abnahme verweigert.<sup>11</sup>

#### e) Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648a BGB)

Nach der Schuldrechtsreform war umstritten, ob auch Bau- und Architektenverträge aus wichtigem Grund gekündigt werden könnten, wovon die Rechtsprechung bisher ausgegangen war. Grund für die aufgetretenen Zweifel war, dass die neu in das BGB eingefügte Vorschrift zur Kündigung aus wichtigem Grund sich ausdrücklich auf Dauerschuldverhältnisse beschränkte (§ 314 BGB). Bau- und Architektenverträge sind aber keine Dauerschuldverhältnisse, sondern Langzeitschuldverhältnisse.<sup>12</sup> In der Folgezeit ließ die Rechtsprechung jedoch weiterhin Kündigungen von Bau- und Architektenverhältnissen aus

wichtigem Grund zu.<sup>13</sup> Diese Rechtsprechung ist nunmehr kodifiziert worden.

Nach § 648a Abs. 1 BGB haben beide Vertragsparteien das Recht, einen Werkvertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen. Ein wichtiger Grund liegt nach Satz 2 vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrags bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann. Durch die sich an § 314 BGB orientierende allgemeine Formulierung können neben den typischen Kündigungsgründen besondere Einzelfälle berücksichtigt werden, auch wenn diese Formulierung nicht sofort zu der erwünschten Rechtssicherheit für die Parteien führt.<sup>14</sup>

Eine Kündigung aus wichtigem Grund setzt voraus: Der Unternehmer muss eine schwere Gefährdung des Vertragszwecks zu vertreten haben, so dass der Besteller kein Vertrauen mehr in die weitere Zusammenarbeit haben kann und ihm die Fortsetzung des Vertrags nicht zumutbar ist. Arbeitet der Unternehmer so nachlässig, dass der Besteller kein Vertrauen mehr zu ihm haben kann, so kann dieser den Vertrag kündigen, ohne den in § 649 BGB vorgesehenen Anspruch auf die volle Vergütung erfüllen zu müssen.<sup>15</sup>

Neben der Anordnung der entsprechenden Anwendung des § 314 Abs. 2 (vorherige Abmahnung) und 3 BGB (zeitnahe Kündigung) wird eine Teilkündigung des Werkvertrags ermöglicht. Die Teilkündigung muss sich dabei auf einen „abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks“ beziehen.

Beide Vertragsparteien sind, wie § 648a Abs. 4 BGB bestimmt, nach der Kündigung eines Werkvertrags zu einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes verpflichtet, wenn eine Vertragspartei dies verlangt. Die Feststellung des Leistungsstandes dient allein der quantitativen Bewertung der bis zur Kündigung erbrachten Leistung und soll späterem Streit über den Umfang der erbrachten Leistungen vorbeugen. Sie hat keine der Abnahme vergleichbaren Rechtsfolgen. Lehnt eine der Vertragsparteien die Mitwirkung ab oder bleibt sie einem vereinbarten oder innerhalb angemessener Frist bestimmten Termin zur Feststellung des Leistungsstands fern, trifft sie nach § 648a Abs. 4 Satz 2 BGB die Beweislast hinsichtlich des Leistungsstandes zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die betreffende Vertragspartei aufgrund eines Umstandes fernbleibt, den sie nicht zu vertreten und der anderen Vertragspartei unverzüglich mitzuteilen hat. Die Regelung orientiert sich an § 8 Abs. 6 VOB/B, der die Vertragspartner nach einer Kündigung zu einem gemeinsamen Aufmaß verpflichtet, und der hierzu ergangenen Rechtsprechung.<sup>16</sup>

Nach § 648a Abs. 5 BGB hat der Unternehmer anders als bei einer freien Kündigung nach § 648 BGB (= § 649 BGB a.F.) nur Anspruch auf die Vergütung, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt. Es ist abzurechnen wie nach einer freien Kündigung, aber beschränkt auf den erbrachten Teil des Werks. Fälligkeit setzt Abnahme voraus. Der Vertrag ist mit Wirkung (nur) für die Zukunft aufgehoben. Daraus ergibt sich, dass der Vergütungsanspruch für den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks erhalten bleibt und dieser mit Rechtsgrund erbracht worden ist.<sup>17</sup> Dagegen entfällt mit der Vertragswirkung für die Zukunft auch der Vergütungsanspruch für die noch nicht erbrachten Leistungen.<sup>18</sup>

8 BT-Drucks. 18/8486, 49.

9 Vgl. *Langen*, NZBau 2015, 658 ff., 659.

10 Nähere Einzelheiten etwa bei *Schwenker/Rodemann* in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 637 Rz. 3 m.w.N.

11 *Orlowski*, ZfBR 2016, 419 ff. (422).

12 Vgl. nur OLG Hamm, Urt. v. 16.3.2012 – I-12 U 98/11, juris; OLG Celle, Urt. v. 19.3.2014 – 7 U 168/12, juris.

13 Zuletzt: BGH, Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 301/13, MDR 2017, 328.

14 BT-Drucks. 18/8486, 50.

15 BGH, Urt. v. 20.6.1966 – VII ZR 40/64, BGHZ 45, 372 (für den Architektenvertrag).

16 BGH, Urt. v. 22.5.2003 – VII ZR 143/02, MDR 2003, 1174.

17 BGH, Urt. v. 25.3.1993 – X ZR 17/92, MDR 1994, 35.

18 BGH v. 24.6.1999 – VII ZR 196/98, MDR 1999, 1438.



## BAURECHT

RA FABauRAR Hans Christian Schwenker/VorsRiOLG Dr. Markus Wessel

## Der Bauvertrag

## Die Neuregelungen durch die Reform des Bauvertragsrechts 2018

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die durch das Bauvertragsgesetz in das Werkvertragsrecht des BGB eingefügten Vorschriften und befasst sich im Schwerpunkt mit dem Bauvertrag. Zu den Neuregelungen im allgemeinen Werkvertragsrecht s. MDR 2017, 1093 (in diesem Heft) und zum Verbraucherbaupvertrag, Architekten- und Ingenieurvertrag sowie zum Bauträgervertrag die Folgeaufsätze in den Heften 20 und 21 der MDR.

## 1. Einführung

Die Vorschriften des Kapitels 2 ‚Bauvertrag‘ (§§ 650a–h BGB) gelten ergänzend zu den allgemeinen Vorschriften des Kapitels 1<sup>1</sup>. In Kapitel 2 werden die bisher in Untertitel 1, den Regelungen zum Werkvertrag, verstreuten Vorschriften zum Bauvertrag zusammengefasst und um weitere Vorschriften ergänzt. Neu in das Kapitel 2 aufgenommen werden eine Definition des Bauvertrags (§ 650a BGB), Regelungen zum Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB) sowie Vorgaben für die Preisberechnung bei Mehr- oder Minderleistungen (§ 650c BGB). Außerdem werden die Vorschriften der bisherigen §§ 648 Abs. 1, 648a BGB zur Sicherungshypothek des Bauhandwerkers und zur Bauhandwerkersicherung weitgehend unverändert in die §§ 650d, 650e BGB übernommen. In § 650f BGB werden Regelungen über die Zustandsfeststellung für den Fall getroffen, dass die Abnahme verweigert wird. § 650g BGB beinhaltet zudem ein generelles Schriftformerfordernis für die Kündigung von Bauverträgen.

## 2. Definition des Bauvertrags (§ 650a)

Bisher enthielt das BGB keine Definition, was unter einem Bauvertrag, insbesondere in Abgrenzung zum „einfachen“ Werkvertrag, zu verstehen ist. Warum der Gesetzgeber nicht auf die Definitionen des § 103 Abs. 3 GWB oder § 1 EG VOB/A zurückgegriffen hat, die sich in der Praxis bewährt haben, ist nicht ersichtlich.<sup>2</sup> Die Legaldefinition in Abs. 1 „Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon“ ist ihrem Gehalt nach mit der Definition der VOB/A deckungsgleich.

Während bei Herstellung, Wiederherstellung, Beseitigung oder Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon der Umfang des Bauvorhabens unerheblich ist, sieht das für die Instandhaltung in Abs. 2 anders aus. Definitionen für Bauwerk und Außenanlage enthält die Vorschrift nicht. Die Begründung verweist auf die vorhandene Rechtsprechung und Literatur zu §§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB bzw. 648 BGB a.F.

Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist nur dann als Bauvertrag im Sinne von Kapitel 2 anzusehen, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung ist. Nur unter diesen Voraussetzungen kann davon ausgegangen werden, dass es sich nach Vertragsdauer und -umfang um einen auf längerfristige Zusammenarbeit angelegten Vertrag handelt, bei

dem die Anwendung der folgenden speziellen bauvertragsrechtlichen Vorschriften gerechtfertigt ist. Unter Instandhaltung sind Arbeiten zu verstehen, die zur Erhaltung des Soll-Zustandes des Bauwerks dienen (s. auch § 2 Nr. 9 HOAI; § 1 VOB/A). Instandhaltungsarbeiten, die für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung sind, können etwa Pflege-, Wartungs- und Inspektionsleistungen sein, die der Erhaltung und/oder der Funktionsfähigkeit des Bauwerks dienen. Erfasst werden etwa Verträge zur Inspektion von Brücken oder zur Pflege und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen.<sup>3</sup> Auch insoweit kann auf die Rechtsprechung und Literatur zu § 2 Nr. 9 HOAI bzw. § 1 VOB/A zurückgegriffen werden. Instandhaltung wird dabei vom Gesetzgeber nicht anders verstanden als Instandsetzung.<sup>4</sup> Die Instandhaltung einer Außenanlage ist demnach kein Bauvertrag.

## 3. Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB)

Das bisherige Werkvertragsrecht kannte ein Anordnungsrecht des Bestellers nicht. Grundsätzlich war zur Änderung des Vertrages ein Änderungsvertrag notwendig (§ 311 Abs. 1 BGB). Damit wurde das Werkvertragsrecht dem auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag häufig nicht gerecht. In der VOB/B wurde diesem Bedürfnis Rechnung getragen (§ 1 Abs. 3 und 4 VOB/B).

## a) Obligatorische Verhandlungspflicht

Die Neuregelung verlangt von den Vertragsparteien, zunächst auf eine Einigung hinzuwirken, bevor der Besteller von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht. Abs. 1 Satz 1 sieht daher vor, dass die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben, wenn der Besteller eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (Nr. 1) oder eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (Nr. 2), wünscht.

Zu Recht wird diese obligatorische Verhandlungspflicht in der Literatur als „merkwürdig“ bezeichnet.<sup>5</sup> Es ist nicht nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber von der Einführung eines einseitigen Anordnungsrechts des Bestellers Abstand genommen hat. Das in Abs. 2 angeordnete Procedere wird den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht.<sup>6</sup> Nach der Rechtsprechung zur VOB/B sind (vermeintliche) Zusatzleistungen nicht zu vergüten, wenn

▷ Hans Christian Schwenker ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Hannover (STOBBE Rechtsanwälte); Dr. Markus Wessel ist Vorsitzender Richter am OLG Celle.

1 Alle genannten §§ des BGB beziehen sich auf die ab dem 1.1.2018 geltende Fassung. Eine Synopse zu den Regelungen des BGB alt/neu finden Sie im Berater-Modul Zivil- und Zivilverfahrensrecht unter Bibliothek>Zeitschriften>Monatsschrift für Deutsches Recht>2017>Heft 19.

2 Vgl. Langen, NZBau 2015, 662.

3 BT-Drucks. 18/8486, 53.

4 Kritisch: Orłowski, ZfBR 2016, 424.

5 Althaus, BauR 2017, 415.

6 Vgl. Langen, NZBau 2015, 663.



## Baurecht

zwar ein „Nachtragsauftrag“ vorliegt, die Leistung aber ohnehin hätte erbracht werden müssen.<sup>7</sup> Ob die vertragliche Vereinbarung gem. Abs. 1 S. 1 in diesem Sinne nur vorläufig ist oder aber stets endgültig ist, bleibt unklar.

**b) Abänderungen durch den Besteller**

Eine Änderung des Werkerfolgs nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB ist nicht an bestimmte Ziele gebunden. So kann sie darauf zurückzuführen sein, dass sich die Vorstellungen des Bestellers geändert haben oder er bei der Planung Umstände nicht berücksichtigt hat. Anordnungen nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB dienen dazu, den vereinbarten Werkerfolg zu erreichen. Solche Anordnungen des Bestellers können aus verschiedenen Gründen veranlasst sein, etwa durch Änderungen der Rechtslage oder behördliche Vorgaben. Betroffen sind auch Fälle, in denen die ursprüngliche Leistungsbeschreibung des Bestellers lücken- oder fehlerhaft ist und ihre Umsetzung deshalb nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Bauwerks führen würde. Anordnungen zur Bauzeit können nicht unter „Änderung des Werkerfolgs“ erfasst werden.

**c) Einigung über Mehr- oder Minder-Vergütung**

Wesentlicher Bestandteil einer einvernehmlichen Lösung ist, dass sich die Parteien auch über die Auswirkungen einigen, die die Änderung für die vom Besteller zu zahlende Vergütung hat. Der Unternehmer soll daher nach Abs. 1 S. 2 grundsätzlich verpflichtet sein, (ohne gesonderte Vergütung) ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Eine Regelung zum erforderlichen Inhalt des Angebots fehlt. Da das Angebot auch dazu dienen soll, Abschlagszahlungsansprüche zu begründen, ist eine Aufstellung erforderlich, die eine rasche und sichere Beurteilung ermöglicht. Das Angebot muss daher prüfbar sein.

**d) Zumutbarkeit der Änderungen**

Sowohl die Pflicht des Unternehmers, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, als auch das Anordnungsrecht nach § 650b Abs. 2 BGB soll in den Fällen der Änderung des vereinbarten Werkerfolgs nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 nicht uneingeschränkt bestehen. Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 legen fest, dass der Unternehmer dazu nur verpflichtet ist, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Dieses Zumutbarkeitskriterium kann beispielsweise die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers betreffen, aber auch betriebsinterne Vorgänge. Ob es beim Generalunter- oder -übernehmer auch auf dessen Subunternehmer ankommt, erscheint fraglich. Es kann nur darauf ankommen, was für den Vertragspartner des Bestellers unzumutbar ist. Bei der Abwägung, welche Leistungen für den Unternehmer zumutbar sind, sind die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen ist einerseits, dass der Unternehmer durch die Anordnung zu Leistungen verpflichtet wird, die nicht der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien entsprechen. Die Schwelle für die Unzumutbarkeit einer Anordnung soll daher unterhalb der des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 und 3 BGB) liegen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass beide Vertragsparteien in dem Stadium der Abwicklung des Bauvertrags aneinander gebunden sind und ein Wech-

sel des Vertragspartners für den Besteller nur schwer möglich und mit hohen Kosten verbunden ist.

Im Gegensatz zu den Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs soll für Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs erforderlich sind (Abs. 1 Nr. 2), kein neues Zumutbarkeitskriterium eingefügt werden. Hier sollen dem Unternehmer nur die allgemeinen Leistungsverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 und 3 BGB) zustehen. Nicht geregelt sind auch die Rechtsfolgen einer berechtigten Leistungsverweigerung der Ausführung wegen Unzumutbarkeit. In Frage kommt ein Schadensersatzanspruch des Bestellers gegen den Unternehmer.<sup>8</sup>

**e) Beweislast hinsichtlich der Zumutbarkeit**

Beweispflichtig für die Zumutbarkeit ist grundsätzlich der Besteller, da er den Vertrag ändern will. Der Unternehmer trägt nach Abs. 1 S. 3 nur dann die Beweislast für die Unzumutbarkeit, wenn er sich auf betriebsinterne Vorgänge beruft, in die der Besteller keinen Einblick hat. Bei der Unzumutbarkeit aus betriebsinternen Gründen soll bei einem Generalunternehmer eine Gesamtbetrachtung unter Einschluss der Nachunternehmer erfolgen. Ihm sollen auch die betrieblichen Möglichkeiten der Nachunternehmer zugerechnet werden, ohne die der Generalunternehmer den Auftrag nicht erhalten hätte.<sup>9</sup> Das erscheint bedenklich.

Trägt der Besteller die Planungsverantwortung, ist der Unternehmer nach Abs. 1 S. 4 nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat.

**f) Anordnung durch den Besteller**

Für den Fall, dass die Parteien auf der Grundlage der nach Abs. 1 zu erstellenden Unterlagen keine Einigung erzielen, bestimmt Abs. 2, dass der Besteller die Änderung anordnen kann. Einer Anordnung, die auf eine Änderung des Werkerfolgs gerichtet ist, muss der Unternehmer nach Abs. 2 S. 2 nur nachkommen, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Der Begriff der Zumutbarkeit ist ebenso zu verstehen wie in Abs. 1.<sup>10</sup> Hinsichtlich der Beweislast für betriebsinterne Vorgänge gilt Abs. 1 S. 3 entsprechend (Abs. 2 S. 3).

Für die Anordnung des Bestellers ist die Textform (§ 126b BGB) ausreichend. Sie soll für Klarheit sorgen und vor Übereilung schützen.

Die sich anschließende obligatorische Verhandlungsphase ist auf 30 Tage begrenzt, die mit dem Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer beginnen. Eine Frist für die Vorlage des Nachtragsangebots gibt es nicht. Im Ergebnis wird die Frist von 30 Tagen bis zur Ablehnung des Nachtragsangebots leicht überschritten. Sofern der Unternehmer das Kooperationsgebot nicht verletzt, dürfte ein zwischenzeitlich eintretender Baustillstand nach § 642 BGB vom Besteller zu entschädigen sein.<sup>11</sup>

**4. Vergütungsanpassungen bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2 BGB (§ 650c BGB)****a) Zweck**

Ergänzend zu den Regelungen für das Anordnungsrecht des Bestellers enthält § 650c BGB Vorgaben zur Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung bei solchen Anordnungen. Ziel der Einführung eines Berechnungsmodells für die Mehr- oder Mindervergütung ist es, Spekulationen einzudämmen und Streit über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden. Durch die Berechnung

<sup>7</sup> BGH v. 26.4.2005 – X ZR 166/04, MDR 2005, 1276.

<sup>8</sup> Orłowski, ZfBR 2016, 425.

<sup>9</sup> BT-Drucks. 18/8486, 54.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 18/8486, 54.

<sup>11</sup> Althaus, BauR 2017, 416.

## Baurecht

der Mehr- oder Mindervergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten soll insbesondere verhindert werden, dass der Unternehmer auch nach Vertragsschluss angeordnete Mehrleistungen nach den Preisen einer Urkalkulation erbringen muss, die etwa mit Blick auf den Wettbewerb knapp oder sogar nicht auskömmlich ist oder inzwischen eingetretene Preissteigerungen nicht berücksichtigt. Zugleich soll der Berechnungsmaßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten die Möglichkeiten für den Unternehmer einschränken, durch Spekulationen ungerechtfertigte Preisvorteile zu erzielen.<sup>12</sup>

### b) Berechnung

Die Mehr- oder Mindervergütung soll nicht auf der Grundlage der für die geänderte Bauleistung insgesamt „üblichen Vergütung“ berechnet werden. Zum einen gibt es für viele (Spezial-)Bauleistungen keine „übliche“ Vergütung. Zum anderen würde bei Änderungsnachträgen, bei denen nur die Art der Ausführung der Bauleistung, nicht jedoch der Aufwand (Material, Zahl der Arbeitsstunden etc.) geändert wird, eine Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nach der üblichen Vergütung nicht zu angemessenen Ergebnissen führen.<sup>13</sup>

Nach Abs. 1 bleiben die für die unveränderten Vertragsleistungen vereinbarten Preise unberührt. Mehr- oder Minderleistungen werden nach den hierfür tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn abgerechnet. Der bloße Verweis des Unternehmers auf die Urkalkulation genügt nicht, um die Angemessenheit der Zuschlagssätze darzulegen. Innerhalb einer Nachtragsberechnung darf es keine Kombination zwischen den tatsächlich erforderlichen Kosten einerseits und den kalkulierten Kosten andererseits geben, um keine Anreize für spekulative Kostenverschiebungen zu schaffen. Damit scheidet im Rahmen des Abs. 1 ein Rückgriff auf die hinterlegte Urkalkulation aus.

Die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung wird nicht um einen sog. Vertragspreisniveaufaktor ergänzt. Die Anwendung dieses Faktors würde dazu führen, dass die ursprünglich einkalkulierte Gewinn- oder Verlustspanne auch bei der Berechnung der Vergütung für die Nachträge zugrunde zu legen wäre, was im Ergebnis zu einer Potenzierung der Gewinne oder Verluste der Ausgangskalkulation führen würde. Stattdessen soll die im Wettbewerb für die Ausgangsleistungen zustande gekommene anteilige Gewinn- oder Verlustspanne für die jeweilige Bezugsposition in ihrer ursprünglichen Höhe (d.h. als Absolutbetrag) erhalten bleiben und dadurch das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden.<sup>14</sup>

Nach Abs. 1 S. 2 steht dem Unternehmer kein Anspruch auf Vergütung für zusätzliche Leistungen zu, die zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig sind, wenn seine Leistungspflicht auch die Planung des Bauwerks umfasst. Dem Unternehmer soll kein zusätzlicher Vergütungsanspruch daraus erwachsen, dass Mängel seiner Planung behoben werden.

### c) Rückgriff auf die „Urkalkulation“

Um die Abrechnung praktikabel zu gestalten, wird dem Unternehmer in Abs. 2 die Möglichkeit eröffnet, zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Kostenansätze einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückzugreifen. Ergänzend greift eine widerlegliche Vermutung, dass die in dieser Urkalkulation enthaltenen beziehungsweise fortgeschriebenen Preis- und Kostenansätze den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen und hinsichtlich der Zuschläge weiterhin angemessen sind. Für den Zuschlag für allgemeine Geschäftskosten wird mithin vermutet, dass er weiterhin zutreffend ist.

Haben sich die allgemeinen Geschäftskosten erhöht, hat der Unternehmer die Möglichkeit, die Berechnungsmethode nach Abs. 1 zu wählen und sie auf andere Weise schlüssig darzulegen. In die Vermutung für die Ansätze der Urkalkulation einbezogen wurden auch Zuschläge für Wagnis und Gewinn. Solche Zuschläge werden im Wettbewerb um die Ausgangsleistung erzielt, so dass es sachgerecht ist, sie über die Vermutung im Zweifel fortzuschreiben. Bei unternehmensbezogen kalkulierten Zuschlägen bezieht sich die widerlegliche Vermutung auch auf die in der Urkalkulation ausgewiesenen Ansätze und Bezugsgrößen, wie Umsatz, Bauzeit oder projektbezogene Festbeträge. Dadurch wird gewährleistet, dass die Vertragsparteien für die Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten keine Neuberechnung vornehmen müssen, sondern auf die Urkalkulation des Unternehmers zurückgreifen können. Die Vermutungswirkung kann jedoch nur greifen, wenn die vom Unternehmer offenbarte oder zumindest hinterlegte Urkalkulation ausreichend aufgeschlüsselt ist.

Auffällig ist, dass bei den angemessenen Zuschlägen die Baustellengemeinkosten nicht erwähnt werden. Das ist nicht nachvollziehbar. Zudem stellt sich die Frage, was „angemessen“ bedeutet. Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn werden vom Unternehmer im Vorhinein festgelegt und dürften einer Angemessenheitsprüfung wohl nicht ohne weiteres zugänglich sein. Nach welchen Kriterien die Angemessenheit beurteilt werden soll, ist nicht ersichtlich.<sup>15</sup>

### d) Wahlrecht des Unternehmers

Für den Unternehmer ergibt sich ein Wahlrecht, ob er „Nachträge“ auf Basis seiner ursprünglichen Kalkulation (Abs. 2) oder nach den tatsächlich erforderlichen Kosten (Abs. 1) abrechnen will. Um Spekulationen bei der Preisgestaltung zu verhindern, kann der Unternehmer das Wahlrecht für jeden Nachtrag nur insgesamt ausüben („Vergütung für den Nachtrag“).<sup>16</sup> Für verschiedene Nachträge kann der Unternehmer aber verschiedene Berechnungsmethoden anwenden. Besteht zwischen den Parteien Streit über die nach den Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung, ergibt sich für den Unternehmer das Risiko, dass er die infolge der Änderung geschuldete Mehrleistung zunächst ohne Vergütung erbringt und eine Klärung der Mehrvergütung erst im Zusammenhang mit der Schlussrechnung erfolgt.

### e) Pauschalierung der Mehrvergütung im Rahmen von Abschlagszahlungen

Um zu gewährleisten, dass jedenfalls ein Teil der geschuldeten Mehrvergütung im Rahmen von Abschlagszahlungen berücksichtigt wird, sieht Abs. 3 eine vorläufige Pauschalierung vor. Danach kann der Unternehmer bei der Berechnung von vereinbarten oder gem. § 632a BGB geschuldeten Abschlagszahlungen 80 % einer in einem Angebot nach 650b Abs. 1 Satz 2 BGB genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder eine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Auf diese Weise erhält der Unternehmer während der Ausführung des Baus einen leicht zu begründenden vorläufigen Mehrvergütungsanspruch. Hält der Besteller ihn für überhöht, muss er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen. Kommt die vorläufige Berechnung der Abschläge nach der 80 %-Regelung zur Anwendung, erfolgt die genaue Berechnung der Mehrver-

12 BT-Drucks. 18/8486, 55.

13 BT-Drucks. 18/8486, 55.

14 BT-Drucks. 18/8486, 56.

15 Kimpel, NZBau 2016, 736.

16 BT-Drucks. 18/8486, 56.

## Baurecht

gütung erst in der Schlussrechnung. Der Anspruch des Unternehmers auf die nach den Abs. 1 und 2 berechnete Mehrvergütung wird dann erst nach der Abnahme des Werkes fällig (Satz 2). Für den Fall, dass sich eine Überzahlung durch den Besteller ergibt, sieht Satz 3 einen Rückgewähranspruch vor. Das Bauvertragsgesetz geht somit davon aus, dass der Unternehmer einen Mehrvergütungsanspruch selbst begründen kann, indem er ein Angebot erstellt.<sup>17</sup> Das hat zur Folge, dass er die weitere Ausführung der Leistung gem. § 320 BGB von der Befriedigung des erhöhten Abschlagszahlungsanspruchs abhängig machen und eine erhöhte Sicherheit gem. § 650f BGB fordern kann. Dass es einer Vertragspartei ermöglicht wird, durch ein selbst erstelltes Angebot (auch wenn es unzutreffend und überhöht ist) erhebliche Rechtswirkungen herbeizuführen, ist äußerst ungewöhnlich. Zwar kann der Besteller Rechtsschutz in Anspruch nehmen, trägt aber die Prozesslast.

Um überhöhte Nachtragsangebote unter Ausnutzung der 80 %-Regel zu vermeiden, sieht Abs. 3 Satz 3 eine Verzinsung überzahlter Beträge vor. Die Regelung ermuntert, überhöhte Angebote zu stellen, weil die Sanktion erst bei Überschreitung des letztlich geschuldeten (100%igen) Betrages greift und die Überschreitung der 80 %-Grenze sanktionslos bleibt. Zudem ist die Regelung unpraktisch, weil Nachtragsansprüche nur Rechnungsposten der Schlussrechnung und der Abschlagsrechnungen sind. Häufig wird deshalb unklar bleiben, „worauf“ der Besteller gezahlt hat und ob eine überhöhte Nachtragsforderung dadurch kompensiert werden kann, dass der Unternehmer für andere Leistungen hätte Abschläge beanspruchen können.

#### f) Stellungnahme

Die vom Gesetzgeber gefundene Lösung kann nicht überzeugen.<sup>18</sup> Einerseits verlässt sie die von der VOB/B in § 2 Abs. 5 und 6 vorgegebene und von der Rechtsprechung angewendete Preisfortschreibung nach Maßgabe der Auftragskalkulation.<sup>19</sup> Andererseits soll es nicht auf die tatsächlichen Kosten ankommen, sondern auf die tatsächlich erforderlichen. Das mit der Neuregelung angestrebte Ziel, Spekulationen des Unternehmers zu verhindern, indem die Auftragskalkulation nicht fortgeschrieben wird, kann nicht erreicht werden. Mit dem Wahlrecht in Abs. 2 wird dem Unternehmer gerade diese Möglichkeit eingeräumt. Zudem kann der Unternehmer die gegenüber der Kalkulation höheren Kosten der Nachtragsleistung abrechnen, wenn diese erforderlich waren.<sup>20</sup> Allerdings enthält das Gesetz keine Legaldefinition des Begriffs Urkalkulation, so unklar ist, welche Voraussetzungen dafür erfüllt werden müssen.<sup>21</sup>

### 5. Einstweilige Verfügung (§ 650d BGB)

Durch § 650d BGB sollen einstweilige Verfügungen zur Durchsetzung von Forderungen des Unternehmers auf Abschlagszahlungen oder Sicherheitsleistungen, die sich wegen Anordnungen des Bestellers geändert haben, erleichtert werden. Der Gesetzgeber hat sich gegen eine spezielle Bauverfügung entschieden und verfolgt die (fernliegende) Auffassung, komplexe Nachtragsansprüche könn-

ten im einstweiligen Verfügungsverfahren, in dem eine Beteiligung von Gerichtssachverständigen nicht möglich ist, sachgerecht verhandelt werden.

Die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes ist nicht erforderlich, so dass lediglich der Verfügungsanspruch geltend gemacht werden muss. Macht der Unternehmer von seiner vorläufigen Pauschalisierungsmöglichkeit der Mehrvergütung nach § 650c Abs. 3 S. 1 BGB Gebrauch, dient die erleichterte einstweilige Verfügung auch den Interessen des Bestellers. Er kann so überhöhten Ansprüchen schnell entgegenreten. Wie in anderen Fällen der Entbehrlichkeit der Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes (§§ 650e, 885 Abs. 1 S. 2 BGB) kann die Vermutung für den Verfügungsgrund widerlegt werden, z.B. durch Zuwarten des Unternehmers nach einer Anordnung oder wenn der Besteller eine Abschlagsrechnung bezahlt.

Die Anordnung einer Leistungsverfügung sollte in der Regel unterbleiben. Es reichen sichernde Maßnahmen, z.B. die Anordnung, dass der Auftraggeber in Höhe der Mehrvergütung Sicherheit leistet. Wird eine Zahlung angeordnet, muss zugleich geregelt werden, dass aus der Leistungsverfügung nur gegen Sicherheit vollstreckt werden darf. Denn der Besteller ist davor zu schützen, dass sich das Zahlungsverlangen als unberechtigt oder überhöht herausstellt.

Ob § 650d BGB praktisch wirksam werden wird, ist fraglich. Denn die Vergütungsanpassung gem. § 650c BGB tritt in der Regel nicht isoliert auf, sondern ist Teil einer Abschlagsforderung des Unternehmers für die von vorher vereinbarten Werkleistungen und die Nachträge. Die Mehrvergütung gem. § 650c BGB ist lediglich ein Rechnungsposten des Werklohnanspruchs. Das gilt auch bei einer Abschlagszahlung. Rechnungsposten können nicht isoliert geltend gemacht werden. Denn (Abschlags-) Zahlungen sind nicht einzelnen Rechnungsposten zuzuordnen, es bedarf immer einer Gegenüberstellung des (Abschlags-) Zahlungsanspruchs für alle erbrachten Leistungen und der Abschlagszahlungen, um einen offenen Saldo zu ermitteln. Das einstweilige Verfügungsverfahren ist aber nur für den Anspruch aus § 650c BGB eröffnet. Damit ist das einstweilige Verfügungsverfahren ausgeschlossen, wenn (auch) andere Ansprüche beurteilt werden müssen, um zu entscheiden, ob ein Abschlagszahlungsanspruch besteht.

Nach § 71 Abs. 2 Nr. 5 GVG sind für Streitigkeiten über das Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB und über die Höhe des Vergütungsanspruchs infolge einer solchen Anordnung (§ 650c BGB) ungeachtet des Streitwerts die LG zuständig.<sup>22</sup>

### 6. Sicherungshypothek des Bauunternehmers (§ 650e BGB)

Die Vorschriften zur Sicherungshypothek des Bauunternehmers (§ 648 Abs. 1 BGB a.F.) und zur Bauhandwerkersicherung (§ 648a BGB a.F.) betreffen ausschließlich Bauverträge. Sie werden daher durch das Bauvertragsgesetz aus systematischen Gründen in Kapitel 2 übernommen. Aufgrund der Definition des Bauvertrages in § 650a BGB mussten kleinere redaktionelle Änderungen an beiden Vorschriften vorgenommen werden. Dabei wird der Anwendungsbereich des bisherigen § 648 Abs. 1 BGB (jetzt § 650d BGB) geringfügig erweitert, da nunmehr auch ein mit der Errichtung einer Außenanlage betrauter Unternehmer eine Sicherungshypothek verlangen kann.

Ansonsten kann Rechtsprechung und Literatur zu § 648 BGB a.F. für die Auslegung des § 650e BGB herangezogen werden.<sup>23</sup>

17 BT-Drucks. 18/8486, 57.

18 Vgl. Langen, NZBau 2015, 664.

19 Vgl. zuletzt BGH v. 14.3.2013 – VII ZR 142/12, MDR 2013, 904.

20 Langen, NZBau 2015, 665.

21 Orlowski, ZfBR 2016, 427.

22 Zu den zivilprozessualen Auswirkungen des Bauvertragsgesetzes informativ: Klose, MDR 2017, 793.

23 Vgl. dazu ausführlich: Schwenker/Rodemann in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 650e Rz. 1 ff.



## Baurecht

**7. Bauhandwerkersicherung (§ 650f BGB)**

§ 650f BGB entspricht dem bisherigen § 648a BGB. Vor-  
genommen wurden aber folgende Änderungen:

- ▷ Einen Anspruch auf Sicherheit hatte bisher der „Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon“. Jetzt besteht ein Sicherungsanspruch, wenn ein Bauvertrag gem. § 650a BGB vorliegt.
- ▷ In Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 5 wird jeweils der nicht mehr gebräuchliche Begriff „vom Hundert“ durch das Wort „Prozent“ ersetzt.
- ▷ In Abs. 4 wird die Verweisung auf den bisherigen § 648 Abs. 1 BGB durch die jetzt geltende Verweisung auf § 650e BGB ersetzt.
- ▷ Das in Abs. 6 S. 1 Nr. 2 normierte sog. Verbraucherprivileg wird an die neue Systematik des Titels 9 angepasst.

Ausgenommen vom Anwendungsbereich des § 650f BGB sind künftig Verträge von Verbrauchern, die einen Verbraucherbaupvertrag i.S.d. § 650i BGB sowie einen Bauträgervertrag i.S.d. § 650u BGB zum Gegenstand haben. Bisher fanden die Vorschriften zur Bauhandwerkersicherung keine Anwendung, wenn der Besteller eine natürliche Person war, die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen ließ. Die Neufassung knüpft an die Definition des Verbraucherbaupvertrags und des Bauträgervertrags in § 650i und § 650u BGB an. Künftig sind damit auch Verträge eines Verbrauchers über den Bau eines Mehrfamilienhauses vom Verbraucherprivileg erfasst. Nicht unter das Verbraucherprivileg fallen hingegen von Verbrauchern geschlossene Werkverträge, die keine Verbraucherbaupverträge i.S.d. § 650i BGB oder Bauträgerverträge i.S.d. § 650t BGB sind. Hierbei handelt es sich in der Regel um Verträge über kleinere Baumaßnahmen wie Wiederherstellungsmaßnahmen oder kleinere Umbaumaßnahmen, bei denen nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Finanzierung in gleichem Maße gesichert ist wie einem Verbraucherbaupvertrag oder einem Verbraucherbauptragervertrag. Angesichts des kleineren Volumens wird der Verbraucher die Verbindlichkeit häufiger ohne vorherige Sicherstellung der Finanzierung durch eine Bank eingehen.<sup>24</sup> Das führt zu einer erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs der Norm. Lässt ein Verbraucher ein Einfamilienhaus unter Einzelvergabe der Gewerke an verschiedene Unternehmer errichten, liegt ein Verbraucherbaupvertrag i.S.d. § 650i BGB nicht vor und der Verbraucher muss jedem Unternehmer Sicherheit leisten. Nach § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB a.F. bestand in diesem Fall kein Anspruch auf Sicherheit.

Ansonsten kann zur Auslegung der Vorschrift Rechtsprechung und Literatur zu § 648a BGB a.F. herangezogen werden.<sup>25</sup>

**8. Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung (§ 650g BGB)**

Die Norm ergänzt für Bauverträge die Neuregelung der fiktiven Abnahme in § 640 Abs. 2 BGB. Sie enthält eine Regelung zur Zustandsfeststellung für den Fall, dass die Abnahme verweigert wird, und trifft in Ergänzung zu den allgemeinen Regeln und § 644 BGB eine Regelung zur Gefahrtragung.

**a) Verweigerung der Abnahme**

Kommt es nicht zu einer Abnahme des Bauwerks oder der Außenanlage, weil die Vertragspartner über die Ab-

nahmreife des Werks streiten, kann der Zustand des Werks zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens auf Verlangen des Unternehmers festgehalten werden. Insbesondere, wenn der Besteller das Werk ohne vorherige Abnahme in Benutzung genommen hat, entstehen häufig Unsicherheiten darüber, ob später festgestellte Mängel aus dem Verantwortungsbereich des Bestellers oder des Unternehmers stammen.

**b) Gemeinsame Zustandsfeststellung**

Den Besteller trifft eine Obliegenheit, auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Diese Zustandsfeststellung ersetzt nicht die Abnahme und hat auch keine sonstigen Ausschlusswirkungen, sie dient lediglich der Dokumentation des Zustands des Werks, um späterem Streit vorzubeugen und ist die Grundlage für eine modifizierte Gefahrtragung. Mit Blick auf ihre Dokumentationsfunktion soll „die gemeinsame Zustandsfeststellung“ von beiden Vertragsparteien unterschrieben und mit dem Datum ihrer Anfertigung versehen werden.

**c) Einseitige Zustandsfeststellung durch den Unternehmer**

Kommt es nicht zur gemeinsamen Feststellung, ist eine einseitige Zustandsfeststellung durch den Unternehmer möglich, die die in Abs. 3 vorgesehenen Rechtsfolgen auslöst. Die einseitige Zustandsfeststellung durch den Unternehmer setzt voraus, dass der Besteller einem vereinbarten oder von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin fernbleibt. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Die Voraussetzungen einer einseitigen Zustandsfeststellung liegen nicht vor, wenn sich beide Vertragsparteien zu einer gemeinsamen Zustandsfeststellung einfinden, sich aber nicht auf den festzustellenden Zustand einigen können. In diesem Fall steht es den Parteien offen, in einem selbständigen Beweisverfahren gem. §§ 485 ff. ZPO den Zustand des Werks von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen feststellen zu lassen. Die Regelung berücksichtigt nicht, dass der Unternehmer eine einseitige Feststellung oft nicht treffen kann, weil er keinen Zugriff auf das Werk hat, z.B. bei Arbeiten in der Wohnung des Bestellers.

Damit der Besteller vom Inhalt der einseitigen Zustandsfeststellung Kenntnis erhält und nachträglichen Änderungen der Zustandsfeststellung vorgebeugt wird, sieht Abs. 2 S. 2 vor, dass der Unternehmer die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen hat.

**d) Vermutungswirkung der Zustandsfeststellung**

An die Zustandsfeststellung nach Abs. 1 und 2 knüpft Abs. 3 eine Vermutung, die den Werkunternehmer davon entlastet, auch für Mängel des Werks einstehen zu müssen, die wahrscheinlich nicht von ihm verursacht sind. Denn wird die Abnahme unter Hinweis auf Mängel verweigert, entsteht zwischen den Parteien häufig Streit darüber, ob es sich um wesentliche Mängel handelt, die den Besteller zu der Abnahmeverweigerung berechtigen, oder lediglich um unwesentliche Mängel, die ihn zu einer Abnahme verpflichten. Häufig wird dann das Werk vor der Abnahme bereits vom Besteller genutzt. Während der Un-

<sup>24</sup> BT-Drucks. 18/8486, 59.

<sup>25</sup> Vgl. dazu ausführlich: *Schwenker/Rodemann* in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 650f Rz. 1 ff.



---

**Baurecht**

ternehmer die gerügten Mängel beseitigt, treten nicht selten weitere Beeinträchtigungen an dem Werk auf, deren Ursache unklar ist. Da der Unternehmer auch im Falle von Störungen weiterhin zur Herstellung eines vollständig mangelfreien Werks verpflichtet ist<sup>26</sup> und die Gefahr bis zur Abnahme des Werks trägt (§ 644 Abs. 1 BGB), hat er bis zur Abnahme die Mangelfreiheit zu beweisen. Wurde das Werk zwischenzeitlich durch den Besteller selbst beeinträchtigt, muss er diese Schäden ebenfalls beseitigen, wenn er nicht nachweisen kann, dass sie vom Besteller verursacht wurden. Dieses Risiko des Unternehmers soll Abs. 3 einschränken. Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist eine Zustandsfeststellung nach Abs. 1 oder 2 erfolgt, gilt die Vermutung, dass ein offenkundiger Mangel, der in der Zustandsfeststellung nicht angegeben wurde, nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Um einen offenkundigen Mangel handelt es sich dann, wenn der Mangel bei einer ordnungsgemäßen Zustandsfeststellung ohne weiteres hätte entdeckt werden müssen, wobei die jeweilige Fachkunde des Bestellers zu berücksichtigen ist. Nach Abs. 3 S. 2 greift die Vermutung nicht, wenn der Mangel seiner Art nach nicht vom Besteller verursacht sein kann.

**e) Neu: Erteilung einer Schlussrechnung**

Für die Fälligkeit der Vergütung wird in Abs. 4 für den Bauvertrag erstmalig im BGB neben der Abnahme die Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung zur Voraussetzung gemacht. Damit nähert sich der BGB-Bauvertrag auch in diesem Punkt der Regelung der VOB/B an (§§ 14, 16 Abs. 3). Für den Begriff der Prüffähigkeit kann auf die Rechtsprechung zum Begriff der Prüfbarkeit in § 14 VOB/B zurückgegriffen werden. Die Ansprüche, die an die Prüffähigkeit einer Rechnung gestellt werden, richten sich nach den Informations- und Kontrollinteressen des Empfängers.<sup>27</sup> § 650g Abs. 4 Nr. 1 BGB greift dies auf, indem verlangt wird, dass die Schlussrechnung „eine

übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist.“ Anders als in der VOB/B wird die Schlussrechnung nicht erst nach Ablauf einer Frist von einem Monat fällig. § 650g Abs. 4 BGB verzichtet auf eine Überprüfungsfrist, wie sie § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B kennt. Da die Prüffähigkeit subjektiv ist, fingiert das Gesetz die Prüffähigkeit, wenn nicht vom Besteller innerhalb von 30 Tagen nach Erhalt der Rechnung begründete Einwendungen gegen die Prüffähigkeit vorgebracht werden. Um als ausreichende Beanstandung zur Prüffähigkeit angesehen werden zu können, müssen die erhobenen Rügen dem Unternehmer verdeutlichen, dass der Besteller nicht bereit ist, in die sachliche Auseinandersetzung einzutreten, solange er keine prüffähige Rechnung erhalten hat.<sup>28</sup> Wie beim Architektenvertrag muss es aber auch beim Bauvertrag möglich sein, auch nach Ablauf der 30-Tages-Frist Einwendungen vorzubringen, die gegen die Prüffähigkeit hätten vorgebracht werden können. Sie gelten dann aber als Einwendungen gegen die sachliche Richtigkeit.<sup>29</sup>

**9. Schriftform der Kündigung (§ 650h BGB)**

Jede Kündigung eines Bauvertrags bedarf – wie die Kündigung eines Mietverhältnisses oder eines Arbeitsverhältnisses (§§ 568 und 623 BGB) – der Schriftform. Diese Regelung dient der Rechtsicherheit und der Beweissicherung. Darüber hinaus soll sie die Bauvertragsparteien vor übereilten und später bereuten spontanen Handlungen schützen. Eine Kündigung in Textform reicht nicht aus, weil damit der angestrebte Schutzzweck nicht erreicht würde.<sup>30</sup> Das Schriftformerfordernis gilt im Hinblick auf diesen Schutzzweck sowohl für die freie Kündigung (bisher § 649 BGB, jetzt § 648 BGB) als auch für die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648a BGB).

---

26 Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl. 2017, § 644 Rz. 2.

27 Std. Rspr., vgl. nur BGH v. 11.2.1999 – VII ZR 399/97, MDR 1999, 671.

28 BGH v. 22.4.2010 – VII ZR 48/07, MDR 2010, 859.

29 BGH v. 8.10.1998 – VII ZR 296/97, MDR 1999, 33.

30 BT-Drucks. 18/8486, 61.

## REISERECHT

RA Kay P. Rodegra

## Haftung von Reiseveranstalter und Fluggesellschaft bei Terroranschlägen

*Die weltweite Gefahr, Opfer eines Terroranschlages oder Betroffener einer terroristischen Bedrohungslage zu werden, kann sich auch auf einer Urlaubsreise realisieren. Seit den 90er Jahren wurden einige beliebte Reiseländer nach dortigen Terroranschlägen von Urlaubern für eine Zeit lang gemieden, etwa Ägypten, Indonesien, Marokko, Türkei, Thailand oder Tunesien. Jedoch hat sich in jüngster Vergangenheit gezeigt, dass keine Region der Welt vor Terrorakten geschützt werden kann, da große und folgenschwere Terroranschläge seit dem Jahr 2000 in vermeintlich sicheren Städten erfolgt sind: Barcelona, Brüssel, London, Madrid, Manchester, Moskau, Mumbai, New York, Nizza, Oslo, Paris, Stockholm u.a.*

*Der folgende Beitrag zeigt auf, welche Ansprüche sich für einen Urlauber auf einer Flugpauschalreise ergeben, wenn er in irgendeiner Form vom Terrorismus betroffen ist. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen Fälle, bei denen Personen Terroranschläge verüben, die keine Mitarbeiter bzw. Leistungsträger des Reiseveranstalters oder Personal der Fluggesellschaft sind. Der seltene Fall, dass ein Mitarbeiter einer Fluggesellschaft oder eines anderen Leistungsträgers des Reiseveranstalters einen Terrorakt verübt, führt bezüglich möglicher Haftungsfragen zu umfangreichen weiteren juristischen Fragestellungen, die Inhalt einer gesonderten Begutachtung sein müssen.*

### I. Einleitung

Kommt es zu Terroranschlägen in beliebten Zielgebieten von Ferienreisen, erfolgt regelmäßig eine Berichterstattung darüber, dass die Reisebranche „kulant“ reagiert und Umbuchungsmöglichkeiten für Urlauber angeboten werden. Doch welche rechtlichen Möglichkeiten hat ein Reisender, wenn es aufgrund von Terroranschlägen oder einer Terrorgefahr zu gefährlich wird, die Reise durchzuführen oder am Urlaubsort zu verweilen? Sind die Umbuchungsangebote der Reisebranche eher keine Kulanz, sondern vielmehr der Versuch, den Urlauber als Kunden zu halten, obwohl er sich ohne Probleme vom Reisevertrag lösen könnte?

Viel tragischer, traumatisierend und hoch emotional sind allerdings Fälle, bei denen ein Urlauber selbst Opfer eines Terroranschlages wird. Bei dem großen persönlichen Leid der Opfer und bei der Trauerbewältigung der Angehörigen bei Todesfällen von Reisenden, wird von Betroffenen und Dritten/Medien die juristische Bewertung möglicher Haftungsfragen oftmals als erschreckend sachlich und nüchtern empfunden. Diese Sachlichkeit ist jedoch zur juristischen Prüfung der Sach- und Rechtslage zwingend geboten.

### II. Pauschalreise

Die gesetzlichen Grundlagen für eine Pauschalreise finden sich im Reisevertragsrecht in den Regelungen der §§ 651a ff. BGB. Von einer Pauschalreise spricht man, wenn ein Reiseveranstalter eine Gesamtheit von Reiseleistungen für den Kunden erbringt, d.h. wenn mindestens zwei Reiseleistungen zu einem Paket gebündelt werden. Der klassische Fall einer Pauschalreise ist die Bündelung von Unter-

kunft (Hotel u.a.) und die Beförderung zum Urlaubsort und zurück (Flugzeug u.a.).

#### 1. Rechte des Reisenden bei höherer HöGewalt

Für die Pauschalreise findet sich in § 651j BGB eine Regelung dazu, wenn es aufgrund einer bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbaren Situation zu einer erheblichen Gefährdung, Beeinträchtigung oder Erschwerung der Reise kommt, somit ein Fall der höheren Gewalt vorliegt. Höhere Gewalt i.S.d. § 651j BGB als einer haftpflichtrechtlichen Bestimmung ist ein von außen kommendes, keinen betrieblichen Zusammenhang aufweisendes, auch durch die äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis.<sup>1</sup>

##### a) Höhere Gewalt durch Terroranschläge/Terrorgefahr

###### aa) Sperrungen/Zerstörungen

Führt ein Terroranschlag dazu, dass die Infrastruktur eines Zielgebietes zusammenbricht, wie etwa die Luftraumsperrung in den USA nach den Terroranschlägen vom 11.9.2001, liegt eine erhebliche Beeinträchtigung vor, so dass von einem Fall der höheren Gewalt für kurz nach dem 11. September anzutretende Reisen in die USA auszugehen war.

Ebenso liegt ein Fall der höheren Gewalt vor, wenn ein gebuchtes Hotel durch einen Terrorakt zerstört wird oder ein Flughafen nach einem Terrorangriff geschlossen werden muss und das Zielgebiet einer Reise nicht mehr erreicht werden kann.

###### bb) Gefährdung nach Terroranschlägen

Die Bewertung, ob nach erfolgten Terroranschlägen noch eine weitere Gefährdungslage für Urlauber besteht und ob demnach ein Fall der höheren Gewalt vorliegt oder nicht, ist schwieriger.

Einzelne Terroranschläge am Urlaubsort gehören nach zahlreichen Gerichtsentscheidungen zum allgemeinen Lebensrisiko<sup>2</sup> und stellen keinen Fall der höheren Gewalt i.S.d. § 651j BGB dar, so beispielsweise nach Anschlägen in folgenden Zielgebieten:

- Ägypten (1992,<sup>3</sup> 1994,<sup>4</sup> 1997,<sup>5</sup> 2005)<sup>6</sup>
- Bali (2002)<sup>7</sup>
- Kenia (2014)<sup>8</sup>
- Marokko (2014)<sup>9</sup>
- Sri Lanka (1996)<sup>10</sup>

▷ Der Autor ist Rechtsanwalt in Würzburg und Dozent für Reise- und Luftverkehrsrecht.

1 BGH, Urt. v. 12.3.1987 – VII ZR 172/86, MDR 1987, 662 = DAR 1987, 290.

2 Hierzu ausführlich Rodegra, NJW 2012, 3546 ff.

3 AG Ludwigsburg, Urt. v. 28.10.1993 – 2 C 2891/93, RRA 1994, 85.

4 AG Leverkusen, Urt. v. 13.8.1996 – 25 C 96/96, NJW-RR 1997, 1204 = RRA 1996, 253 f.; AG Stuttgart, Urt. v. 28.4.1995 – 10 C 3846/94, RRA 1995, 144 ff.

5 AG Bonn, Urt. v. 19.5.1998 – 18 C 47/98, RRA 1999, 6 f.

6 AG Bruchsal, Urt. v. 18.10.2006 – 3 C 125/06, RRA 2007, 125 f.

7 LG Amberg, Urt. v. 11.3.2004 – 12 S 470/03, RRA 2004, 164 f.

8 AG Köln, Urt. v. 29.8.2016 – 142 C 625/14, juris.

9 AG München, Urt. v. 12.8.2015 – 231 C 9637/15.

10 AG Heidelberg, Urt. v. 9.9.1997 – 22 C 182/97, NJW-RR 1998, 1434 f.

## Reiserecht

- Spanien (2001)<sup>11</sup>
- Türkei (1993,<sup>12</sup> 2006)<sup>13</sup>
- Tunesien (2002)<sup>14</sup>

### cc) Angst des Reisenden vor drohenden Terroranschlägen

Die bloße Angst des Reisenden vor drohenden Terroranschlägen ist kein Grund, einen Fall der höheren Gewalt anzunehmen.<sup>15</sup> Erst wenn sich die Terrorgefahr für das jeweilige Zielgebiet spürbar erhöht und der Urlauber ernsthaft damit rechnen muss, Opfer eines Anschlages werden zu können, ebenso wenn eine Gefährdungslage völlig unüberschaubar ist, kann von einem Fall der höheren Gewalt ausgegangen werden, etwa wenn gehäuft Terroranschläge auftreten<sup>16</sup> und/oder schon von bürgerkriegsähnlichen Zuständen auszugehen ist.<sup>17</sup> Die Beurteilung, ob das plötzlich eintretende Ereignis eine erhebliche Erschwerung, Gefährdung oder Beeinträchtigung der Reise zur Folge hat, ist nicht anhand der subjektiven Einschätzung des Reisenden zu treffen, sondern anhand der objektiven Lage. Bei der ex-ante-Beurteilung dürfen die Anforderungen an eine Gefährdung von Leib und Leben des Reisenden im Interesse seines berechtigten Sicherheitsbedürfnisses nicht zu hoch angesetzt werden.<sup>18</sup>

### dd) Reisewarnungen als Indiz für Fall der höheren Gewalt

Ein Indiz für einen Fall der höheren Gewalt ist eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes<sup>19</sup> ebenso eine Warnung der Weltgesundheitsorganisation (WHO)<sup>20</sup>, da bei einer entsprechenden Warnung davon auszugehen ist, dass eine erhebliche Gefährdung von Leib und Leben besteht.<sup>21</sup> Es bedarf aber stets einer Warnung für ein Zielgebiet, ein verschärfter Sicherheitshinweis mit Informationen darüber, wie man sich als Reisender (Tourist) zu verhalten hat, genügt nicht. Entscheidend ist zudem immer eine konkrete Betrachtung der jeweiligen Situation. Es ist daher weder beim Vorliegen einer (Teil-)Reisewarnung auf das Bestehen einer Gefährdung zu schließen, noch wäre umgekehrt beim Fehlen einer Warnmeldung die Annahme einer Gefährdungslage ausgeschlossen.<sup>22</sup>

## b) Recht zur Kündigung des Reisevertrages

Liegt aufgrund von massiven Terroranschlägen oder akuter Terrorgefahren ein Fall der höheren Gewalt vor, kön-

nen sowohl der Reisekunde als auch der Reiseveranstalter den Reisevertrag wegen höherer Gewalt gem. § 651j Abs. 1 BGB kündigen.

Wird der Reisevertrag vor Beginn der Reise gekündigt, verliert der Reiseveranstalter den Anspruch auf den Reisepreis und dem Reisenden muss der volle Reisepreis erstattet werden. Weitergehende Ansprüche hat der Reisekunde nicht.

Tritt der Fall der höheren Gewalt erst während der Reise ein, ist ebenfalls eine Kündigung möglich. In diesem Fall behält der Reisekunde gegenüber dem Reiseveranstalter den Anspruch auf Rückbeförderung, soweit die Beförderung mit zum Inhalt des Reisevertrages gehört. Fallen bei der Rückbeförderung Zusatzkosten an, so kann der Reiseveranstalter gem. § 651j Abs. 2 S. 2 BGB die Mehrkosten zur Hälfte dem Reisenden auferlegen.

Für die bereits erbrachten Leistungen kann der Reiseveranstalter eine Teilvergütung verlangen, unabhängig davon, ob diese Leistungen für den Reisenden von Interesse waren.<sup>23</sup>

Kündigt der Reisende seine Reise wegen höherer Gewalt und unterliegt er dabei einer Fehleinschätzung, d.h. es liegt aus objektiver Sicht kein Kündigungsgrund vor, ist bei Nichtantritt der Reise ein Rücktritt nach § 651i Abs. 1 BGB gegeben und der Reiseveranstalter kann Stornokosten verlangen. Bricht der Reisende seine bereits angetretene Reise ohne konkrete Gefährdungslage bzw. erhebliche Beeinträchtigung ab, behält der Reiseveranstalter den Anspruch auf den Reisepreis.

Kündigt umgekehrt der Reiseveranstalter zu Unrecht, hat der Kunde Anspruch auf Erstattung des Reisepreises und Schadensersatz wegen entgangener Urlaubsfreude gem. § 651f Abs. 2 BGB.<sup>24</sup>

### c) Umbuchungsangebot vom Reiseveranstalter

Kommt es zu einer Gefährdungslage im Zielgebiet einer Pauschalreise, werden von Reiseveranstaltern regelmäßig Umbuchungsangebote in ein anderes Zielgebiet ausgesprochen und auch medienwirksam kommuniziert.

Diese Angebote erfolgen aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen und sind aus rechtlicher Sicht nicht veranlasst. Im Fall der höheren Gewalt kann vom Reisekunden eine Kündigung ausgesprochen werden und der Kunde kann die Rückabwicklung des Reisevertrages verlangen, d.h. muss ein Umbuchungsangebot des Reiseveranstalters nicht annehmen, da das Reisevertragsrecht in § 651j BGB die Pflicht zur Annahme eines Ersatzangebotes im Fall der Kündigung wegen höherer Gewalt nicht vorsieht. Kündigt der Reiseveranstalter den Reisevertrag wegen höherer Gewalt, liegt zugleich eine Absage i.S.d. § 651a Abs. 5 BGB vor. Der Reisende kann dann gem. § 651a Abs. 5 S. 3 BGB die Teilnahme an einer mindestens gleichwertigen Ersatzreise verlangen, wenn der Reiseveranstalter in der Lage ist, eine solche ohne Mehrpreis aus seinem Angebot anzubieten.<sup>25</sup>

## 2. Haftung des Reiseveranstalters

### a) Preisminderung

Wird eine Reise infolge eines Terroranschlages oder Terrorgefahren beeinträchtigt, verzögert sich z.B. der Abflug zum Reiseziel erheblich oder muss ein vertraglich vereinbarter Programmpunkt ausfallen oder geändert werden, kann der Reisende den Reisepreis mindern. Denn auch wenn die Reiseleistungen durch höhere Gewalt negativ beeinträchtigt werden, kann ein minderungsfähiger Rei-

11 AG Bad Homburg v. 14.9.2001 – 2 C 1980/01-19, RRA 2001, 226 f.

12 AG Bad Homburg, Urt. v. 28.1.1994 – 2 C 4030/93, NJW-RR 1994, 635 f.; AG Charlottenburg, Urt. v. 11.10.1993 – 7b C 511/93, RRA 1994, 85 = NJW-RR 1994, 312.

13 LG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.2007 – 22 S 23/07, RRA 2008, 117 f.

14 LG Hannover, Urt. v. 27.10.2004 – 13 O 114/04, RRA 2004, 261 ff.

15 Vgl. *Führich*, Reiserecht, 7. Aufl. 2015, zu § 15 Rz. 14.

16 Vgl. AG Augsburg, Urt. v. 7.7.2016 – 15 C 89/16, NJW-RR 2017, 118 f. (mehrere Anschläge in der Türkei in den Jahren 2015/2016); AG Bielefeld, Urt. v. 19.2.2004 – 41 C 61/04, NJW-RR 2004, 703 f. (zwei Anschläge in der Türkei im Jahr 2003 wenige Tage vor Reisebeginn).

17 Vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.2007 – 22 S 23/07, RRA 2008, 117 f.; LG Frankfurt/M., Urt. v. 22.5.2003 – 2/24 S 239/02, NJW 2003, 2618 ff. (USA-Reise nach den Anschlägen vom 11.9.2001 in New York).

18 AG Augsburg, Urt. v. 9.11.2004 – 14 C 4608/03, RRA 2005, 84 ff.

19 [www.auswaertiges-amt.de](http://www.auswaertiges-amt.de).

20 [www.euro.who.int/de](http://www.euro.who.int/de).

21 Vgl. *Führich* (Fn. 15), zu § 15 Rz. 30; vgl. LG Frankfurt/M., Urt. v. 22.5.2003 – 2/24 S 239/02, NJW 2003, 2618 f.; AG Köln, Urt. v. 24.4.2017 – 142 C 160/16, juris; AG Köln, Urt. v. 6.6.2011 – 142 C 599/10, juris; AG Bonn, Urt. v. 9.9.2009 – 101 C 103/09, juris.

22 AG Hamburg, Urt. v. 6.3.2014 – 4 C 545/13, RRA 2014, 242 f.

23 Ebenso *Sprau* in Palandt/BGB, 76. Aufl. 2017, zu § 651j Rz. 6; *Führich* (Fn. 15), § 15 Rz. 33.

24 Vgl. AG Köln, Urt. v. 24.4.2017 – 142 C 160/16, juris.

25 *Führich* (Fn. 15), § 15 Rz. 37.



semangel vorliegen.<sup>26</sup> Die Minderungsmöglichkeit setzt, anders als beim Schadensersatz, kein Verschulden des Reiseveranstalters voraus. Es kommt allein auf den objektiven Mangel bei der Reiseleistung an.<sup>27</sup>

Eine Minderungsmöglichkeit besteht jedoch nicht, wenn eine der Vertragsparteien eine berechtigte Kündigung wegen höherer Gewalt ausspricht, weil der Reiseveranstalter im Fall der Kündigung nach § 651j Abs. 1 BGB den Anspruch auf den Reisepreis verliert.<sup>28</sup>

Erleidet der Reisekunde auf der Anreise zum Ferienort körperliche Schäden, weil auf das Transportmittel der vertraglich vereinbarten Beförderung ein Terroranschlag verübt wird und die Reise abgebrochen werden muss, hat der Reisekunde Anspruch auf vollständige Erstattung des Reisepreises. Zwar verwirklicht sich bei einem Anschlag das allgemeine Lebensrisiko, gleichwohl wirkt sich ein solcher Terrorakt unmittelbar auf die vertragliche Transportleistung aus und führt zu ihrer Fehlerhaftigkeit. Der Reiseveranstalter schuldet den sicheren Transport zum vereinbarten Ziel. Der Reiseveranstalter trägt das Risiko, den vereinbarten Reisepreis nicht zu erhalten, folglich auch dann, wenn der Reiseerfolg durch Umstände vereitelt wird, die weder ihm noch dem Reisenden zugerechnet werden können.<sup>29</sup>

#### b) Schadensersatz

Wird der Reisende Opfer eines Terroranschlags, sei es im Rahmen der vertraglichen Beförderung, in der Unterkunft (Hotel) oder bei einem vertraglich vereinbarten Ausflugsprogramm, so fällt dies nicht in den Verantwortungsbereich des Reiseveranstalters, d.h. der Reisende oder in seinem Todesfall seine Angehörigen können vom Reiseveranstalter mangels Verschulden des Reiseveranstalters keinen Schadensersatz fordern.<sup>30</sup>

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Reiseveranstalter konkrete Hinweise auf Terrorgefahren hat und diese nicht an den Urlauber weitergibt.<sup>31</sup> In der Regel sind dem Reiseveranstalter aber nähere Informationen zu bevorstehenden Terroranschlägen nicht bekannt. Somit kann sich nur in Ausnahmefällen, d.h. bei konkreter Missachtung einer bestehenden Informations- und Warnpflicht aufgrund einer reisevertraglichen Fürsorgepflicht, eine Haftung ergeben. Hierbei hat der Reisende dann nachzuweisen, dass der Reiseveranstalter vor bzw. bei Reiseantritt oder während der Reise die Pflichtverletzung begangen hat, d.h. trotz einer dem Reiseveranstalter bekannten Gefahrenlage keine Warnung ausgesprochen wurde.<sup>32</sup>

#### c) Ergebnis:

Das fehlende Verschulden des Reiseveranstalters bei einem Terroranschlag hat zur Folge, dass der Urlauber bei einem Personen- und Sachschaden vom Reiseveranstalter keinen Schadensersatz nach §§ 651f Abs. 1, 651f Abs. 2 BGB oder aufgrund deliktischer Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB fordern kann. Eine Preisminderung kann sich allerdings ergeben, wenn sich Reismängel aufgrund einer Terrorgefahr bzw. eines Anschlages ergeben.

**Hinweis:** Nach der Umsetzung der Pauschalreiserrichtlinie (EU) 2015/2302, d.h. mit Einführung des neuen Reisevertragsrechts ab Juli 2018 ändert sich an dem festgestellten Ergebnis bezüglich der Haftungsfragen mangels Verschulden des Reiseveranstalters nichts. Beim Abbruch der Reise aufgrund von höherer Gewalt (zukünftig: unvermeidbare außergewöhnliche Umstände) wegen konkreter Gefahrenlagen oder Beeinträchtigungen entfällt für den Reiseveranstalter aber ab Juli 2018 die Möglichkeit, anfallende Mehrkosten für die Rückreise zur Hälfte auf den Reisekunden zu übertragen.

### III. Flugbeförderung – Haftung der Fluggesellschaft

Eine terroristische Bedrohungslage bzw. ein Anschlag kann den Flugverkehr über einen längeren Zeitraum beeinträchtigen, etwa durch Flugannullierungen oder Verspätungen. Führt im Rahmen einer Flugbeförderung ein Terroranschlag zu Personen- und Sachschäden, ergeben sich für den Passagier Haftungsansprüche gegen die Fluggesellschaft.

#### 1. Verspätungen/Annullierungen

Bei größeren Flugverspätungen oder Annullierungen hat der Flugpassagier umfangreiche Ansprüche nach den EU-Fluggastrechten, genauer nach der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 (nachfolgend VO). Die VO ist anwendbar auf jeden Flug ab einem Flughafen in der EU sowie auf einen Flug mit einer Fluggesellschaft, die ihren Sitz in der EU hat, von einem Drittstaat in die EU.

#### a) Betreuungs- und Unterstützungsleistungen

Kommt es aufgrund von Terrorwarnungen oder Sicherheitsmaßnahmen bezüglich der Flugabwicklungen zu Beeinträchtigungen, stehen dem Passagier Rechte zu, die nachfolgend ansatzweise dargelegt werden.<sup>33</sup>

Bei massiven Verspätungen hat der Fluggast Anspruch auf kostenfreie Betreuungsleistungen nach Art. 6 i.V.m. Art. 9 VO. Die Leistungen sind von der Fluggesellschaft ab einer Verspätung von zwei Stunden auf der Kurzstrecke (Flüge bis 1.500 km), drei Stunden auf der Mittelstrecke (Flüge über 1.500 km bis 3.500 km und allen anderen Flügen innerhalb der EU) oder vier Stunden auf der Langstrecke (alle anderen Flüge über 3.500 km) anzubieten.

Unter Betreuungsleistungen fallen beispielsweise Mahlzeiten und Erfrischungen, zwei Telefongespräche, Telefaxe oder E-Mails und die Unterbringung in einem Hotel inkl. Transfer, sollte dies erforderlich sein.

Die Betreuungsleistungen müssen von der Fluggesellschaft bei eintretenden längeren Wartezeiten stets erbracht werden, auf ein Verschulden kommt es nicht an. Die Airline kann sich diesbezüglich nicht auf höhere Gewalt bzw. außergewöhnliche Umstände berufen, d.h. es ist keine Entlastung möglich. Bietet die Airline keine Betreuungsleistungen an, kann der Passagier Schadensersatz bezüglich seiner entsprechend angefallenen Kosten verlangen.<sup>34</sup>

Wird ein Flug annulliert, behält der Passagier seinen Beförderungsanspruch und hat nach Art. 5 i.V.m. Art. 8 Anspruch auf eine anderweitige Beförderung zum vereinbar-

<sup>26</sup> Vgl. LG Köln, Urt. v. 24.8.2015 – 2 O 56/15, RRA 2016, 5 ff.; LG Hamburg, Urt. v. 7.3.2013 – 301 O 81/12, juris; AG Rostock, Urt. v. 15.11.2013 – 47 C 243/13, RRA 2014, 99 ff. (Routenänderung auf Kreuzfahrt wegen Unruhen in Ägypten); a.A. AG Offenbach, Urt. v. 21.12.2007 – 39 C 317/07, RRA 2008, 83 ff. (medizinischer Notfall an Bord eines Kreuzfahrtschiffes führt zur Routenänderung).

<sup>27</sup> Vgl. *Sprau* (Fn. 23), Vorb. v. §§ 651c ff. Rz. 3; vgl. LG Frankfurt/M., Urt. v. 5.11.1999 – 2/21 O 61/99, RRA 2000, 118 ff.

<sup>28</sup> Vgl. LG Koblenz, Urt. v. 14.3.2012 – 12 S 167/11, RRA 2012, 180 f.; LG Frankfurt/M., Urt. v. 21.11.2006 – 2/24 S 275/05, RRA 2007, 18 ff.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 6.12.2016 – X ZR 117/15, MDR 2017, 509 f. = NJW 2017, 958 f.

<sup>30</sup> Vgl. LG Frankfurt/M., Urt. v. 5.11.1999 – 2/21 O 61/99, RRA 2000, 118 ff. (Naturkatastrophe); AG Rostock, Urt. 4.2.2011 – 47 C 410/10, VuR 2011, 229 f. (Vulkanausbruch).

<sup>31</sup> Vgl. LG Hannover, Urt. v. 27.10.2004 – 13 O 114/04, VuR 2005, 27 ff.

<sup>32</sup> Vgl. OLG Celle, Urt. v. 22.9.2005 – 11 U 297/04, MDR 2006, 321 ff. (Attentat von Djerba 2002).

<sup>33</sup> Ausführlich hierzu *Führich* (Fn. 15), § 38 Rz. 1 ff.

<sup>34</sup> Vgl. AG Hannover, Urt. v. 26.11.2014 – 506 C 3954/14, RRA 2015, 36 ff.; AG Düsseldorf v. Urt. v. 28.8.2013 – 53 C 6463/13, RRA 2014, 40 f.

ten Endziel. Während der Wartezeit hat der Passagier ebenfalls Anspruch auf kostenfreie Betreuungsleistungen nach Art. 9 VO.

### b) Ausgleichszahlung

Nach Art. 7 VO steht dem Fluggast bei einer Annullierung oder großen Verspätung (ab drei Stunden)<sup>35</sup> eine sog. Ausgleichszahlung gegen die Fluggesellschaft zu. Die Höhe der Ausgleichszahlung liegt zwischen 250 – 600 € und errechnet sich entfernungsabhängig nach der Flugstrecke.

Die Fluggesellschaft muss jedoch keine Ausgleichszahlung erbringen, wenn die Annullierung oder Verspätung gem. Art. 5 Abs. 3 VO auf einen außergewöhnlichen Umstand zurückzuführen ist und sie darlegen kann, dass sie alles Zumutbare unternommen hat, um die Annullierung bzw. Verspätung zu vermeiden.

Kommt es z.B. wegen einer Terrorwarnung oder eines Anschlages zu einer Luftraumsperrung oder wegen eines Terrorakts auf einem Flughafen zu einer Flughafenschließung, zu einer Beschädigung am Flugzeug<sup>36</sup> oder dem Ausfall eines Crewmitgliedes,<sup>37</sup> liegt ein Fall des außergewöhnlichen Umstandes vor. Der unautorisierte Eingriff in den Flugbetrieb erfolgt bei einem Terroranschlag durch eine betriebsfremde Person, so dass sich die Fluggesellschaft entlasten kann und keine Ausgleichszahlung leisten muss.

## 2. Personen- und Sachschäden

Für Personen- und Sachschäden auf Flügen gelten internationale Haftungsregeln. Soweit internationale Haftungsregeln nicht zur Anwendung kommen, kann sich eine Haftung nach dem anzuwendenden nationalen Recht ergeben.

### a) Anwendung des Montrealer Übereinkommen

Das wichtigste Regelwerk im internationalen Luftbeförderungsrecht für zivil- und haftungsrechtliche Fra-

gen ist das am 28.5.1999 in Montreal geschlossene Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Montrealer Übereinkommen, nachfolgend: MÜ).<sup>38</sup>

Das MÜ ist auf die meisten Flüge von Urlaubern aus Deutschland anwendbar, da es gilt, wenn es zu einem internationalen Flug zwischen zwei Vertragsstaaten kommt, die das MÜ ratifiziert haben (über 100 Staaten,<sup>39</sup> dazu gehören z.B. alle EU-Staaten, Japan, Kanada, USA), bei Hin- und Rückflügen aus einem Vertragsstaat<sup>40</sup> und bei allen inländischen oder internationalen Flügen mit einer Fluggesellschaft, deren Sitz in der EU ist.<sup>41</sup> Sollte das MÜ für einen Flug nicht zur Anwendung kommen, ist das dem MÜ vorangegangene sog. Warschauer Abkommen (WA inkl. Zusatzabkommen) für eine Haftungsregelung heranzuziehen.

### b) Personenschaden

Nach Art. 17 MÜ muss die Fluggesellschaft für den Schaden aufkommen, wenn ein Passagier bei einem Unfall getötet, körperlich verletzt oder sonst in seiner Gesundheit geschädigt wird.

#### aa) Luftfahrttypische Gefahr

Eine Haftung der Airline bei einem Personenschaden setzt voraus, dass sich das schädigende Unfallereignis während der Flugbeförderung oder beim Ein- und Aussteigen ereignet. Der in diesem Haftungszeitraum liegende Unfall wird definiert als „ein auf einer äußeren Einwirkung beruhendes, plötzliches, örtlich und zeitlich bestimmtes Ereignis“. <sup>42</sup> Das MÜ findet somit keine Anwendung, wenn ein Passagier bei einem Terroranschlag im Gebäude oder im Eingangsbereich eines Flughafens zu Schaden kommt.<sup>43</sup>

Obwohl der Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 MÜ es nicht verlangt, muss es sich nach der deutschen Rechtsprechung um einen Unfall handeln, der kausal auf eine luftfahrttypische Gefahr zurückzuführen ist,<sup>44</sup> d.h. es muss ein innerer Zusammenhang zwischen Unfall und Gefahren der Luftfahrt bestehen.<sup>45</sup> Folglich müssen die betriebstypischen Risiken des Luftverkehrs ursächlich sein.

Luftfahrttypische Unfälle sind demnach z.B. Körperschäden durch falschen Druckausgleich,<sup>46</sup> Verletzung durch einen ungesicherten Servicewagen bei Sinkflug,<sup>47</sup> Herabfallen von Handgepäck aus dem Gepäckfach aufgrund von Turbulenzen<sup>48</sup> oder Verschütten von heißem Kaffee wegen plötzlicher Turbulenzen.<sup>49</sup>

Keine luftfahrttypischen Unfälle sind z.B. das Ausrutschen auf einer feuchten Stelle einer Fluggastbrücke,<sup>50</sup> Ausrutschen auf einer Plastikfolie auf dem Fußboden des Flugzeuges,<sup>51</sup> Verschütten von heißem Kaffee durch Ungeschicklichkeit einer Flugbegleiterin,<sup>52</sup> allergische Reaktion auf ein vorgeschriebenes Desinfektionsmittel in der Flugzeugkabine<sup>53</sup> oder Stolpern über eine Teppichleiste im Flugzeug.<sup>54</sup>

Der durch einen Terroranschlag verursachte Absturz eines Flugzeuges, sei es durch einen Sprengsatz an Bord, einen Raketenbeschuss oder nach der Übernahme des Flugzeuges durch Terroristen, ist zweifellos auf eine luftfahrttypische Gefahr zurückzuführen.

Erfolgt ein Terrorakt allerdings auf ein in der Parkposition stehendes Flugzeug, d.h. z.B. beim Ein- und Aussteigen, ist eine Kausalität zwischen Gefahren der Luftfahrt und dem Unfall abzulehnen, da sich hierbei nicht eine dem Luftverkehr typische Gefahr realisiert, sondern ein solcher Anschlag (z.B. Explosion) auch in anderen Verkehrsmitteln, Gebäuden u.a. möglich ist. Die Ansammlung von Passagieren in einem Flugzeug als solches kann noch nicht dem Betrieb des Flugzeuges zugeordnet werden.

35 EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – Rs. C-11/11, NJW 2013, 1291 f.; EuGH, Urt. v. 19.11.2009 – Rs. C-402/07, RRA 2009, 282 ff.

36 Vgl. BGH, Urt. v. 12.11.2009 – Xa ZR 76/07, MDR 2010, 258 f.; LG Hamburg, Urt. v. 13.1.2012 – 318 S 98/11, RRA 2012, 187 ff.; AG Frankfurt/M., Urt. v. 10.8.2016 – 29 C 2454/15-21, RRA 2017, 29 f.; AG Bremen, Urt. v. 29.12.2011 – 9 C 0091/11.

37 Vgl. LG Darmstadt, Urt. v. 23.5.2012 – 7 S 250/11, RRA 2012, 182 f.; LG Darmstadt, Urt. v. 6.4.2011 – 7 S 122/10, RRA 2011, 290 ff.

38 *Führich* (Fn. 15), § 37 Rz. 1.

39 Liste unter: [www.icao.int](http://www.icao.int) einsehbar.

40 *Führich* (Fn. 15), § 37 Rz. 3; LG Frankfurt/M., Urt. v. 5.6.2007 – 2/24 S 44/06, RRA 2007, 269 ff.

41 Art. 3 VO (EG) Nr. 2027/97 i.V.m. VO (EG) Nr. 889/2002.

42 *Ruhwedel*, Der Luftbeförderungsvertrag, 3. Aufl. 1997, Rz. 326.

43 Vgl. AG Frankfurt/M., Urt. v. 22.12.2004 – 29 C 2484/04, RRA 2005, 136 ff. (Sturz auf einer Treppe im Flughafengebäude).

44 Vgl. *Führich* (Fn. 15), zu § 37 Rz. 20; OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.2.2015 – 18 U 124/14, VersR 2016, 1129 ff.; KG, Urt. v. 4.7.2008 – 3 U 17/07, RRA 2009, 92 ff.; LG Frankfurt/M., Urt. v. 16.12.2005 – 2/01 S 182/01, RRA 2006, 86 ff.; a.A. *Jahnke*, RRA 2008, 160 ff.

45 Vgl. OLG München, Urt. v. 4.4.2000 – 18 U 4736/99, RRA 2003, 269 ff.

46 *Führich* (Fn. 15), § 37 Rz. 20.

47 OLG Köln, Urt. v. 25.3.1997 – 15 U 56/94, VersR 1998, 1120 ff.

48 *Ruhwedel* (Fn. 42), Rz. 192.

49 Vgl. *Tonner*, Der Reisevertrag, 5. Aufl. 2007, S. 279.

50 OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.2.2015 – 18 U 124/14, TranspR 2015, 312 ff.; OLG München, Urt. v. 11.2.2009 – 20 U 3687/08, RRA 2013, 203 = TranspR 2013, 126 ff.

51 KG, Urt. v. 4.7.2008 – 3 U 17/07, RRA 2009, 92 ff.

52 LG Frankfurt/M., Urt. v. 16.12.2005 – 2/01 S 182/01, NJW-RR 2006, 704 ff.; LG Düsseldorf, Urt. v. 31.1.2003 – 22 S 266/03, RRA 2003, 172 f.

53 OLG Frankfurt, Urt. v. 13.2.1997 – 16 U 99/96, RRA 1997, 139 ff.

54 AG Frankfurt/M., Urt. v. 4.12.1990 – 31 C 189/90-78, TranspR 1992, 30.



## Reiserecht

Kommt das MÜ nicht zur Anwendung, da sich keine luftfahrttypische Gefahr verwirklicht, ergeben sich ggf. Schadensersatzansprüche gegen die Fluggesellschaft aus subsidiären allgemeinen nationalen Vorschriften der Leistungsstörungen bzw. der Vorschriften über unerlaubte Handlungen, wobei der Passagier dann, anders als bei der Haftung nach dem MÜ, das Verschulden der Airline nachweisen muss. Bei einem Terroranschlag wird in der Regel kein Verschulden der Fluggesellschaft gegeben sein.

**bb) Verschuldensunabhängige Haftung nach MÜ**

Aus dem MÜ ergibt sich bei einem Personenschaden zunächst eine verschuldensunabhängige unbegrenzte Haftung der Fluggesellschaft bei Tod oder Körperschäden, d.h. auch im Fall einer von außen kommenden Gewaltwirkung, also auch für einen Schaden aufgrund eines Terroranschlages muss die Fluggesellschaft haften. Nach Art. 21 Abs. 1 MÜ kommt es auf ein Verschulden der Fluggesellschaft nicht an.

**cc) Haftungshöchstgrenze**

Die Fluggesellschaft haftet jedoch nach Art. 21 Abs. 2 MÜ nicht über einen im MÜ festgelegten Haftungshöchstbetrag hinaus, wenn sie den Entlastungsbeweis führen kann, dass sie weder fahrlässig oder schuldhaft gehandelt hat oder der Schaden auf ein Verschulden eines Dritten zurückzuführen ist.

Führt demnach ein Terroranschlag auf ein Flugzeug zu einem Personenschaden, hat der Passagier bzw. seine Hinterbliebenen gegen die Fluggesellschaft zwar einen Haftungsanspruch, dieser kann jedoch seitens der Fluggesellschaft auf den im MÜ festgelegten Höchstbetrag begrenzt werden, da eine Entlastung möglich ist.

Der Haftungshöchstbetrag liegt für nachgewiesene Schäden bei 113.100 Sonderziehungsrechten (SZR). SZR ist eine künstliche Währungseinheit des internationalen Währungsfonds, die täglich dem Wert nach schwankt,<sup>55</sup> wenn auch nur eher gering. Am 1.8.2017 betrug der Wert von 1 SZR = 1,19533 €, so dass der Haftungshöchstbetrag bei einem Personenschaden im Fall der Entlastung bei 135.191 € lag. Im Falle einer gerichtlichen Entscheidung ist das SZR zu dem im Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblichen Kurs in Euro umzurechnen.<sup>56</sup>

**dd) Vorschusspflicht**

Gemäß Art. 28 MÜ hat die Fluggesellschaft bei einem Flugunfall mit Personenschaden unverzüglich eine Vorauszahlungspflicht (Vorschusspflicht) gegenüber schadensersatzberechtigten natürlichen Personen zur Befriedigung ihrer unmittelbaren wirtschaftlichen Bedürfnisse. Die Höhe der Vorschusszahlung richtet sich nach nationalem Recht. Nach Art. 5 Verordnung (EG) Nr. 2027/97 muss dieser Vorschuss innerhalb von 15 Tagen nach Feststellung der schadensersatzberechtigten natürlichen Person erfolgen und beträgt im Todesfall pro Passagier mindestens 16.000 SZR (= 19.125 €, Stand: 1.8.2017).

Die Zahlung der Vorauszahlung stellt keine Haftungsanerkennung dar.<sup>57</sup>

**ee) Umfang der Ersatzpflicht**

Das MÜ enthält bei einem Personenschaden keine Regelung zum Umfang des Schadens, sondern regelt über § 1 MontÜG (Montrealer-Übereinkommen-Durchführungs-

gesetz), dass das nationale Recht den Schadensumfang ausfüllt. Näheres regeln §§ 35 ff. LuftVG (Luftverkehrsgesetz). Bei einer Körperverletzung wird der unmittelbare Körperschaden inkl. Folgeschäden (z.B. Minderung der Erwerbsfähigkeit) umfasst, bei der Tötung eines Passagiers gehören neben Überführungs- und Beerdigungskosten auch mögliche Unterhaltsschäden Dritter zum ersatzpflichtigen Schaden.

**c) Gepäckschäden**

Wird aufgegebenes Fluggepäck während der Beförderung oder während der Zeit, in dem sich das Gepäck in der Obhut der Fluggesellschaft befindet, beschädigt oder kommt abhanden, haftet die Fluggesellschaft nach Art. 17 Abs. 2 MÜ verschuldensunabhängig. Bei Handgepäck besteht eine verschuldensabhängige Haftung, Art. 17 Abs. 2 S 3 MÜ. Es gilt für beide Gepäckarten gem. Art. 22 Abs. 2 MÜ jeweils eine Haftungshöchstgrenze für Zerstörung, Beschädigung und Verlust von 1.131 SZR (= 1.351 €, Stand: 1.8.2017) je Passagier.

Eine unbeschränkte Haftung tritt nach Art. 22 Abs. 5 MÜ nur ein, wenn der Nachweis erfolgt, dass der Schaden seitens der Fluggesellschaft absichtlich oder leichtfertig herbeigeführt wurde.

Wird das in der Obhut der Airlines aufgegebenes Gepäck des Passagiers folglich durch einen Terrorakt zerstört oder beschädigt, sei es im Flugzeug oder während der Obhut der Fluggesellschaft im Flughafengebäude, kann ein Ersatz von maximal 1.131 SZR gefordert werden. Für Handgepäck gibt es mangels Verschulden keinen Haftungsanspruch.

**d) Verspätungsschäden**

Muss ein Flug wegen drohender Terrorgefahr umgeleitet werden oder kommt es zu einer Zwischenlandung, ergeben sich aufgrund einer eintretenden Ankunftsverspätung keine Schadensersatzansprüche für den Passagier. Zwar regelt das MÜ nach Art. 19 auch Verspätungsschäden, die Fluggesellschaft kann sich aber mit der Begründung terrorbedingter Flugverzögerungen gem. Art. 19 S 2 MÜ exkulpiert.

**IV. Fazit**

Leider ist die weltweite Gefahr von Terroranschlägen gegenwärtig. Opfer von Terroranschlägen und deren Familien stehen neben dem persönlichen Schmerz und der Trauer auch oft vor unüberschaubaren finanziellen Folgen. Reisevertragliche Schadensersatzansprüche ergeben sich gegen den Reiseveranstalter bei Terroranschlägen in der Regel nicht, Entschädigungszahlungen von Fluggesellschaften sind, wenn ein Anspruch besteht, der Höhe nach begrenzt. Finanzielle Hilfe finden Opfer von Terroranschlägen, z.B. durch die Opferhilfe vom Bundesamt der Justiz.<sup>58</sup> Private Absicherungen, z.B. durch eine Lebens-, Unfall-, Berufsunfähigkeitsversicherung, können den finanziellen Schaden abmildern, da diese auch bei den Folgen eines Terroranschlages Leistungen erbringen. Gleichwohl kommt eine große finanzielle Belastung auf die Betroffenen zu und mit dem Schmerz und der Trauer über den Tod eines Angehörigen bleiben Hinterbliebene in vielen Fällen hilflos allein.

<sup>55</sup> Einsehbar unter: [www.imf.org/external/np/fin/data/rms\\_five.aspx](http://www.imf.org/external/np/fin/data/rms_five.aspx).

<sup>56</sup> *Führich* (Fn. 15), § 37 Rz. 17; LG Hamburg, Urt. v. 11.10.2016 – 415 HKO 42/13, RdTW 2016, 422 ff.

<sup>57</sup> Ebenso *Tonner* (Fn. 49), S. 279.

<sup>58</sup> [www.bundesjustizamt.de](http://www.bundesjustizamt.de), Suchwort: Härteleistungen/Opferhilfe.

## AUSSERGERICHTLICHE STREITBEILEGUNG

RiBGH a.D. Prof. Dr. Reinhard Greger

# Das Güterichterverfahren – Große Chancen, zu wenig genutzt

## Empfehlungen für Geschäftsverteilung und Zuweisungspraxis

*Auch fünf Jahre nach seiner gesetzlichen Einführung wird das Güterichterverfahren nur an einzelnen Gerichten in sachgerechtem Umfang genutzt. Dadurch werden nicht nur viele Chancen für eine rasche und interessengerechte Beilegung belastender Rechtsstreitigkeiten vergeben, sondern es wird auch ein mit dem Grundsatz der Gleichheit vor Gericht unvereinbarer Zustand geschaffen. Woran dies liegt und was zur Abhilfe zu geschehen hätte, untersucht der nachfolgende Beitrag.*

### I. Befund

Im Allgemeinen liefert die Justizstatistik ein einigermaßen homogenes Bild: Erledigungszahlen, Urteilshäufigkeit, Verfahrensdauer usw. sind – mit gewissen Schwankungsbreiten – im Wesentlichen überall gleich. Nur beim Güterichterverfahren zeigen sich extreme Unterschiede. Während an einigen Gerichten mehrere Prozent der anhängigen Verfahren zum Güterichter gelangen, wird bei den meisten nur in ganz wenigen Einzelfällen, an vielen überhaupt nicht von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Insgesamt liegt die Verweisungsquote im Promillebereich.<sup>1</sup> Auch die Verfahrensergebnisse unterscheiden sich stark: An manchen Gerichten werden mehr als 80 % der an den Güterichter verwiesenen Sachen dort erledigt, an anderen weniger als 20 %.

Diese Divergenzen lassen sich nicht allein mit regionalen Besonderheiten erklären. Der Grund liegt vielmehr in der uneinheitlichen Fallzuweisung, und diese lässt sich, wie nachstehend aufgezeigt wird, im Wesentlichen auf drei Ursachen zurückführen.

### II. Ursache Nr. 1: Der Geschäftsverteilungsplan

#### 1. Rechtslage

Durch Gesetz vom 21.7.2012 hat der Gesetzgeber die seinerzeitigen Modellversuche mit gerichtlicher Mediation für beendet erklärt und stattdessen in § 278 Abs. 5 ZPO und den entsprechenden Vorschriften der anderen Verfahrensordnungen<sup>2</sup> die Institution des Güterichters geschaffen. Nach diesen alle Gerichtsbarkeiten abdeckenden Vorschriften können die Gerichte „die Parteien für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor

einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen“. Die Bestimmung der Richter, die diese neue Geschäftsaufgabe erfüllen sollen, hat im Geschäftsverteilungsplan, ggf. durch gerichtsübergreifende Regelungen, zu erfolgen.<sup>3</sup>

#### 2. Rechtswirklichkeit

Eine stichprobenartige Überprüfung von Geschäftsverteilungsplänen<sup>4</sup> ergibt ein völlig disparates Bild:

Nicht selten findet sich im Plan überhaupt keine Erwähnung der Güterichteraufgabe.

Verschiedentlich wird bestimmt, dass die Aufgabe des Güterichters vom jeweiligen Vertreter des zuständigen Richters wahrgenommen wird.

Viele Gerichte treffen explizite Regelungen zur Güterichtertätigkeit, oftmals auch sachgebietsbezogen oder gerichtsübergreifend; auch Pool-Lösungen, Vorschriften für die Geschäftsverteilung zwischen mehreren Güterichtern und Vertretungsregelungen (bei Kollision mit einer Entscheidungszuständigkeit) sind anzutreffen.

An manchen Gerichten enthält der Geschäftsverteilungsplan darüber hinaus Regeln für das Zuweisungsverfahren, die Verhandlungsmethode oder die Befugnisse des Güterichters (z.B. zur Festsetzung von Vergleichsstreitwerten).

Eher selten wird für die Geschäftsaufgabe des Güterichters ein besonderer Arbeitskraftanteil ausgewiesen. Sehr gebräuchlich sind Anrechnungsregelungen (z.B. dass der Güterichter bei der turnusmäßigen Zuweisung anderer Sachen einmal, zweimal oder dreimal übersprungen wird), teilweise verbunden mit einer sehr differenzierten Vergabe von Bewertungspunkten. Vereinzelt wird eine Anrechnung nur für den Fall gewährt, dass die Güteverhandlung mit einer Einigung endet. In manchen Fällen mag die Güterichterfunktion beim Zuschnitt des sonstigen Aufgabenbereichs berücksichtigt worden sein; aus dem Geschäftsverteilungsplan erkennbar ist sie jedenfalls häufig nicht.

#### 3. Bewertung

##### a) Rechtliche Einordnung der Güterichtertätigkeit

Der Güterichter nimmt weder eine Verwaltungsaufgabe wahr noch übt er eine sozialfürsorgliche Nebentätigkeit aus. Nach der klaren Regelung in § 278 Abs. 5 ZPO leitet er vielmehr aufgrund Übertragung durch den erkennenden Richter die Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO bzw. den Güteversuch nach § 278 Abs. 3 ZPO. Er nimmt damit einen Teil der Rechtsprechungsfunktion des Prozessrichters wahr, nämlich die von der Entscheidungszuständigkeit abgekoppelte Aufgabe, unter Einsatz aller Methoden der Konfliktbeilegung, einschließlich Mediation, auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits hinzuwirken (§ 278 Abs. 1 ZPO). Ohne Zweifel (und, soweit ersichtlich, auch unbestritten) handelt es sich damit um eine vom Gesetz für eine spezielle Funktion geschaffene richterliche Geschäftsaufgabe.<sup>5</sup>

##### b) Regelung im Geschäftsverteilungsplan

Aus Vorstehendem ergibt sich zwingend, dass die Aufgabe des Güterichters im Geschäftsverteilungsplan berücksichtigt, d.h. bestimmten Richtern zugeteilt werden

▷ Prof. Dr. iur. Reinhard Greger, Richter am BGH a.D. und vormalig Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und freiwillige Gerichtsbarkeit an der Universität Erlangen-Nürnberg.

1 Zu Einzelheiten s. Rechtstatsächliche Untersuchung zur Implementierung des Güterichterverfahrens, <http://www.gueterichter-forum.de/forschungsberichte>; Greger, ZKM 2017, 4 ff.

2 § 36 Abs. 5 FamFG, § 54 Abs. 6 ArbGG, § 173 S. 1 VwGO, § 202 S. 1 SGG, § 155 FGO, § 99 Abs. 1 PatG, § 82 Abs. 1 MarkenG.

3 Bericht des Bundestags-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 18/8051, 21.

4 Diese sind zumeist über die Internetseiten der Gerichte abrufbar. Da es sich um eine Zufallsauswahl handelt, wird von der Benennung einzelner Gerichte abgesehen.

5 Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Aufl. 2016, Teil E Rz. 101; Klowitz/Gläßer/Löer, Mediationsgesetz, 2014, § 278 ZPO Rz. 7; Röthemeyer, Mediation, 2015, Rz. 337; Greger/Weber, Das neue Güterichterverfahren, MDR-Sonderheft 18/2012, S. 5.

## Außergerichtliche Streitbeilegung

muss (§ 21e Abs. 1 S. 1 GVG).<sup>6</sup> Das Präsidium ist verpflichtet, sämtliche Richteraufgaben zu verteilen.<sup>7</sup> Es darf hiervon nicht etwa wegen fehlender Personalkapazitäten oder eines vermeintlich fehlenden Bedarfs absehen, weil dies auf einen Ausschluss eines gesetzlich vorgegebenen Verfahrens hinausläufe.<sup>8</sup>

Unterbliebe die Regelung der Güterichterzuständigkeit unbeabsichtigt, würde ggf. die Auffangzuständigkeit für unbenannte Aufgaben eingreifen. Dies widerspräche § 278 Abs. 5 ZPO, wonach die Übertragung von Güterverhandlung oder Güteversuch vor einen „hierfür bestimmten“ Richter als Güterichter zu erfolgen hat.

Ergebnis: Ein Geschäftsverteilungsplan, in dem keine Regelung der Güterichterzuständigkeit getroffen wird, ist gesetzlich nicht zulässig. Die Justizverwaltung ist verpflichtet, auf die Lückenlosigkeit des Geschäftsverteilungsplans hinzuwirken.<sup>9</sup>

### c) Notwendiger Inhalt der Regelung

Der Geschäftsverteilungsplan muss bestimmen, welcher Richter für die Aufgabe des Güterichters zuständig ist. Da der Güterichter aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen verhindert sein kann (etwa wegen Ausschlusses nach § 41 ZPO, Befangenheit nach § 42 ZPO oder wegen Zugehörigkeit zum entscheidungsbefugten Spruchkörper), ist auch eine Vertretungsregelung zu treffen.

Werden mehrere Richter als Güterichter bestimmt, muss der Geschäftsverteilungsplan nicht regeln, welcher von ihnen für das konkrete Verfahren zuständig ist. Da der Güterichter keine Entscheidungsgewalt besitzt, bedarf es keiner abstrakten Bestimmung im Sinne des Gebots des gesetzlichen Richters.<sup>10</sup>

Soll der Richter, wie üblich, nur mit einem Teil seiner Arbeitskraft als Güterichter eingesetzt werden, ist hierfür, wie in jedem Fall einer Übertragung unterschiedlicher Aufgaben, ein bestimmter Arbeitskraftanteil (AKA) anzusetzen; außerdem ist das Rangverhältnis zu regeln, in dem die Aufgaben bei gleichzeitiger Inanspruchnahme stehen.<sup>11</sup> Es wäre anderenfalls nicht feststellbar, in welchem Umfang er bei der Geschäftsverteilung des Gerichts oder seines Spruchkörpers für sonstige richterliche Aufgaben eingeplant werden kann und wann er als verhindert gilt. Würde die Aufgabe des Güterichters ohne Berücksichtigung bei den sonstigen Geschäftsaufgaben übertragen, könnte dieser Verstoß gegen das Willkürverbot durch Klage gegen das Präsidium geltend gemacht werden.<sup>12</sup>

Der Umfang des AKA ist, wie auch sonst, nach der zu erwartenden Verfahrenszahl und dem durchschnittlichen Zeitaufwand zu bemessen.<sup>13</sup> Als Anhaltspunkt können hierbei die Basiszahlen der PEBB§Y-Erhebung<sup>14</sup> dienen:

- AG: 324 Minuten
- LG: 503 Minuten
- OLG: 563 Minuten

Rechtlich möglich, aber nicht sachgerecht sind Anrechnungsregelungen jeglicher Art, weil sie Zufallsergebnisse produzieren und einen Ausgleich ohnehin nur zwischen den an einem Zuteilungsturnus beteiligten Richtern ermöglichen. Dem Güterichter können jedoch auch Sachen aus spezialisierten Spruchkörpern zugewiesen werden; umgekehrt kann der Güterichter auch einem Spezialspruchkörper angehören, als Strafrichter oder in einem Dezernat der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig sein.

### d) Unzulässige Regelungen

Eine Regelung, wonach die Tätigkeit des Güterichters nur dann bei der Geschäftsverteilung berücksichtigt wird, wenn sie zu einer gütlichen Beendigung des Rechtsstreits führt, knüpft nicht an die eingesetzte Arbeitskraft, sondern an einen Erfolg an und ist damit eindeutig sachwid-

rig. Zudem kann sie dazu führen, dass der Güterichter die Verhandlung nicht ergebnisoffen, sondern stark einigungsorientiert führt, was mit Grundprinzipien der Mediation nicht vereinbar ist. Derartige Regelungen müssten wegen Verstoßes gegen das Willkürverbot aufgehoben werden.

Wird, wie an manchen AG üblich, der jeweilige Vertreter des erkennenden Richters zum Güterichter bestellt, kommt es zu einer sachwidrigen Zersplitterung der Güterichteraufgabe. Es ist schon fraglich, ob dies mit dem Wortlaut des § 278 Abs. 5 ZPO vereinbar ist, der eine Verweisung vor einen „bestimmten“ Richter verlangt; jedenfalls widerspricht es dem Grundgedanken des Güterichtermodells, wonach die Verhandlung von einem spezialisierten, in Mediation und Konfliktmanagement geschulten und erfahrenen Richter geleitet wird.<sup>15</sup> Wenn praktisch jeder Zivil- oder Familienrichter auch Güterichter ist, entfällt dieses Qualitätsmerkmal – und damit zugleich ein Anreiz zur Verweisung.

Die oft anzutreffenden Regelungen zum Verfahren des Güterichters, zu seiner Verhandlungsmethode und seinen Kompetenzen gehen über die Zweckbestimmung des Geschäftsverteilungsplans hinaus. Diese besteht darin, die Person des für den Rechtsstreit zuständigen Richters und seinen Aufgabenbereich festzulegen.<sup>16</sup> Nur darauf bezieht sich die Kompetenz des Präsidiums nach § 21e Abs. 1 S. 1 GVG. Für jede weitergehende Anordnung fehlt nicht nur die gesetzliche Grundlage, sondern sie greift auch in die richterliche Unabhängigkeit ein. Das Präsidium kann dem Güterichter z.B. nicht vorschreiben, dass er die Sache unerledigt an das Prozessgericht zurückzugeben hat, wenn die Parteien keine Zustimmung zu einer Mediation erteilen, oder dass er ausschließlich die Methode der Mediation anwenden darf. Ebenso wenig steht die gesetzliche Zuständigkeitsregelung (z.B. für PKH-Bewilligung, Vergleichsbeurkundung, Streitwertfestsetzung) zur Disposition des Präsidiums,<sup>17</sup> und die gelegentlich anzutreffende Regelung, dass die Parteien den Güterichter auswählen können, ist nicht nur ohne Rechtsgrundlage, sondern mit einer geordneten Einteilung der richterlichen Arbeitskraft nicht in Einklang zu bringen.

## 4. Schlussfolgerungen

Bei den anstehenden Beratungen für die Geschäftsverteilungspläne 2018 sollte besonderes Augenmerk auf die Regelung der Güterichterzuständigkeit gerichtet werden.

6 *Kissel/Mayer*, GVG, 8. Aufl. 2015, § 21e Rz. 135; *Prütting* in *Münch-KommZPO*, 5. Aufl. 2016, § 278 Rz. 35; *Greger/Unberath/Steffek* (Fn. 5), Teil E Rz. 116; *Klowait/Gläßer/Löer* (Fn. 5), Rz. 7; *Fritz/Pielsticker*, Mediationsgesetz, 2013, § 278 ZPO Rz. 83; *Greger/Weber* (Fn. 5), S. 5. Ebenso der Bericht des Bundestags-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 18/8058, 21.

7 Vollständigkeitsprinzip; s. *Kissel/Mayer* (Fn. 6), § 21e Rz. 92; *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rz. 374.

8 Nach *Zöller/Lückemann*, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 21e GVG Rz. 12 läge hierin eine Streikmaßnahme zu Lasten der Rechtsuchenden.

9 *Zöller/Lückemann* (Fn. 8), § 21e GVG Rz. 59.

10 *Zöller/Greger* (Fn. 8), § 278 Rz. 26; *Prütting* in *MünchKomm/ZPO* (Fn. 6), § 278 Rz. 35; *Greger/Unberath/Steffek* (Fn. 5), Teil E Rz. 146; *Klowait/Gläßer/Löer* (Fn. 5), Rz. 7; *Röthemeyer*, ZKM 2012, 116 [117]; *Schobel*, ZKM 2012, 192.

11 *Kissel/Mayer* (Fn. 6), § 21e Rz. 138; *Zöller/Lückemann* (Fn. 8) Rz. 8.

12 Zum Rechtsschutz des Richter gegen eine rechtswidrige Geschäftsverteilung s. *Zöller/Lückemann* (Fn. 8), § 21e GVG Rz. 54 ff.

13 Von einem LG werden gute Erfahrungen mit einem AKA von 0,1 pro ca. 20 Güterichterverfahren berichtet.

14 Einzelheiten hierzu unter <http://www.gueterichter-forum.de/forschungsberichte>.

15 *Fritz/Pielsticker* (Fn. 6), § 278 ZPO Rz. 48; *Greger/Unberath/Steffek* (Fn. 5), Teil E Rz. 119.

16 *Zöller/Lückemann* (Fn. 8), § 21e GVG Rz. 33.

17 Zu diesen Zuständigkeitsfragen s. *Greger/Unberath/Steffek* (Fn. 5), Teil E Rz. 131 ff.



## Außergerichtliche Streitbeilegung

An jedem Gericht muss die Möglichkeit zur Verweisung vor einen geschäftsplanmäßig bestimmten Güterichter, ggf. an einem anderen Gericht, bestehen. Außerdem ist die Vertretung zu regeln. Sollen mehrere Güterichter bestellt werden, kann auch die interne Aufgabenverteilung (z.B. nach Buchstaben, Aktenzeichen, Materien oder Turnus) geregelt werden; sie kann jedoch auch den Güterichtern überlassen werden,<sup>18</sup> denn da sie keine Entscheidungsbefugnis haben, greift das Gebot der Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters im Geschäftsverteilungsplan hier nicht ein.<sup>19</sup>

Der auf die Güterichtertätigkeit entfallende AKA ist bei der Geschäftsverteilung zu berücksichtigen und, ebenso wie das Verhältnis zu den sonstigen richterlichen Aufgaben, im Plan festzulegen.<sup>20</sup>

Die Regelung könnte demnach z.B. am AG wie folgt lauten:

Als Güterichter werden bestimmt:  
 Richter am AG ... für Verweisungen nach § 278 Abs. 5 ZPO (AKA 0,1)  
 Vertretung: Richterin am AG ...  
 Richterin am AG ... für Verweisungen nach § 36 Abs. 5 FamFG (AKA 0,15)  
 Vertretung: Richter am AG ...  
 Die Spruchrichtertätigkeit hat Vorrang vor der Tätigkeit als Güterichter.  
 Weiteres Beispiel (LG):  
 Als Güterichter werden bestimmt (jeweils mit AKA 1,0):  
 Vors. Richterin am LG ...  
 Richterin am LG ...  
 Richter am LG ...  
 Richter am LG ...  
 Vorbehaltlich einer aus Sachgründen gebotenen Abweichung im Einzelfall übernehmen die Genannten die zugewiesenen Verfahren in der vorstehenden Reihenfolge entsprechend dem Eingang bei der Güterichter-Geschäftsstelle. Verfahren der eigenen Kammer übernimmt der nächstfolgende Güterichter. Bausachen (§ 72a Abs. 1 Nr. 2 GVG) übernimmt Vors. Richterin am LG ... In den vorgenannten Fällen übernimmt der abgebende Güterichter die nächstfolgende Sache, der übernehmende wird beim nächsten Eingang übersprungen. Die Tätigkeit in der Kammer hat Vorrang vor der Tätigkeit als Güterichter.

Bei kleineren Gerichten bieten sich Konzentrations- oder Kooperationslösungen (z.B. für wechselseitige Vertretungen oder Sachgebietsaufteilungen) an.<sup>21</sup> Diese sind in den Geschäftsverteilungsplänen etwa wie folgt darstellbar:

- 18 Dafür *Röthemeyer* (Fn. 5), Rz. 452.  
 19 S. oben Fn. 10.  
 20 S. oben Fn. 11.  
 21 Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags, BT-Drucks. 18/8058, 21.  
 22 BGH v. 7.6.1966 – RiZ (R) 1/66, BGHZ 46, 147, 149 = MDR 1967, 211; *Zöller/Lückemann* (Fn. 8), § 21e GVG Rz. 59.  
 23 LSG Hess. v. 30.5.2014 – L 6 AS 132/14, ZKM 2014, 134; OVG Sachs. v. 28.1.2014 – 1 A 257/10, ZKM 2014, 135; *Zöller/Greger* (Fn. 8), § 278 Rz. 27; *Prütting* in *MünchKomm/ZPO* (Fn. 6), § 278 Rz. 36; *Klowait/Gläßer/Löer* (Fn. 5), § 278 ZPO Rz. 14; *Greger/Unberath/Steffek* (Fn. 5), Teil E Rz. 113 m.w.N.; *Greger/Weber* (Fn. 5), S 9.  
 24 *Greger/Unberath/Steffek* (Fn. 5), Teil E Rz. 140. Enger *Klowait/Gläßer/Löer* (Fn. 5), § 278 ZPO Rz. 23: nur bei offensichtlicher Willkür.  
 25 *Zöller/Greger* (Fn. 8), § 278 Rz. 28; *Fritz/Pielsticker* (Fn. 6), § 278 ZPO Rz. 63.  
 26 *Greger/Unberath/Steffek* (Fn. 5), Teil E Rz. 139.  
 27 Plastisch zum vielseitigen Konfliktmanagement des Güterichters *Kurzweil*, ZKM 2017, 134, 136.  
 28 Dafür auch jetzt noch *Fritz/Pielsticker* (Fn. 6), § 278 ZPO Rz. 71; *Haft/Schlieffen/Moltmann-Willisch*, Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016, § 51 Rz. 14.  
 29 Untersuchungsbericht (Fn. 1), S. 18.

Beim abgebenden Gericht:

Verweisungen vor den Güterichter [*in Familiensachen*] sind kraft Vereinbarung mit dem AG ... dem dortigen Güterichter zuzuleiten.

Beim übernehmenden Gericht:

Als Güterichter, zugleich für Verweisungen [*in Familiensachen*] vom AG ..., wird bestimmt:

Richter am AG ... (AKA 0,1)

Vertretung: Richterin am AG ...

Die Spruchrichtertätigkeit hat Vorrang.

Regelungen zum Zuweisungsverfahren, zur Verhandlungsmethode, zu den Kompetenzen des Güterichters usw. darf der Geschäftsverteilungsplan nicht enthalten.

Angesichts des derzeitigen Wildwuchses bei der Regelung der Güterichterzuständigkeit in den Geschäftsverteilungsplänen erscheint es angezeigt, dass die Justizverwaltung Hinweise zur Rechtslage gibt. Diese greifen nicht in die Unabhängigkeit des Präsidiums ein.<sup>22</sup>

### III. Ursache Nr. 2: Das Zuweisungsverfahren

#### 1. Rechtslage

Die „Verweisung vor den Güterichter“ nach § 278 Abs. 5 ZPO hat zum Inhalt, dass einem nicht entscheidungsbefugten Richter die Güteverhandlung nach Abs. 2 bzw. der Güteversuch nach Abs. 3 dieser Vorschrift übertragen wird. Von einer Zustimmung der Parteien macht das Gesetz diese Verweisung nicht abhängig. Das Prozessgericht soll mit ihr sein verfahrensleitendes Ermessen ausüben können. Es wird den Parteien i.d.R. (zusammen mit der Information über den Sinn dieser Verfahrensweise) Gelegenheit geben, sich hierzu zu äußern, und bei klarem Widerstand gegen dieses Vorgehen von der dann sinnlos erscheinenden Maßnahme absehen. Eine ausdrückliche Zustimmung ist jedoch nicht erforderlich.<sup>23</sup>

Der Güterichter darf sein Tätigwerden nach dem Gesetz ebenfalls nicht von Zustimmungserklärungen der Parteien abhängig machen. Eine unerledigte Rückgabe der Sache kommt allenfalls in Betracht, wenn klar erkennbar ist, dass eine Güteverhandlung keinerlei Erfolgsaussicht hat,<sup>24</sup> etwa wenn eine Partei erklärt hat, dass sie auf keinen Fall erscheinen wird. Der Güterichter kann (und soll nach § 278 Abs. 3, 5 ZPO) zwar das persönliche Erscheinen anordnen;<sup>25</sup> eine Erzwingung mit Ordnungsmitteln wäre jedoch i.d.R. ermessensfehlerhaft.<sup>26</sup> Erklärt eine Partei, dass sie nicht zu einer *Mediation* bereit ist, kann der Güterichter zwar diese Methode nicht einsetzen (denn *Mediation* setzt begriffsnotwendig Freiwilligkeit voraus; vgl. § 1 Abs. 1 *MediationsG*); gleichwohl kann er die Güteverhandlung mit anderen Vorgehensweisen zum Erfolg führen.<sup>27</sup>

#### 2. Rechtswirklichkeit

An manchen Gerichten wird die Verweisung noch immer so praktiziert, wie sie vor der Neufassung des § 278 Abs. 5 ZPO üblich war. In den seinerzeitigen Modellversuchen bedurfte es mangels gesetzlicher Grundlage der Zustimmung der Parteien. Diese wurde teilweise vom Prozessrichter eingeholt, teilweise bemühte sich der Richtermediator nach Abgabe der Sache darum und gab diese an das Prozessgericht zurück, wenn die Zustimmung nicht erklärt wurde.<sup>28</sup> Die Beibehaltung dieser Praxis führt beispielsweise beim LG Berlin dazu, dass nur jede dritte dem Güterichter zugeleitete Sache dort verhandelt wird.<sup>29</sup>



## Außergerichtliche Streitbeilegung

### 3. Bewertung

Es ist unbedenklich, wenn der erkennende Richter im Rahmen seiner Ermessensausübung auch klärt, ob die Parteien eine positive Einstellung zum Güterichterverfahren haben, und, wenn dies nicht der Fall ist, von einer Verweisung absieht.<sup>30</sup> Fehlerhaft ist es jedoch, die Verweisung von der Zustimmung zu einer *Mediation* abhängig zu machen, denn die Wahl der Verhandlungsmethode steht nach § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO allein dem Güterichter zu.

Nicht dem geltenden Recht entspricht es auch, wenn an den Güterichter verwiesene Sachen unerledigt zurückgegeben werden, weil die Parteien einer Güteverhandlung oder auch nur einer *Mediation* nicht zustimmen. Dieses Vorgehen erzeugt zudem unnötigen Verfahrensaufwand, verzögernden Leerlauf und damit Frustration bei den Parteien.

### 4. Schlussfolgerung

Auch das vielerorts beibehaltene Zustimmungserfordernis trägt zu den eklatanten Unterschieden bei der Umsetzung des Güterichtermodells bei. Anders als die mangelhafte Geschäftsverteilung kann es aber nicht durch administrative Maßnahmen beseitigt werden, denn auch eine fehlerhafte Handhabung des Zuweisungsverfahrens ist von der richterlichen Unabhängigkeit gedeckt. Auch im Rechtsmittelwege wird sich eine Korrektur dieser Verfahrensweise kaum erzielen lassen, weil es an ihrer Urteilskausalität fehlt. Es bleibt daher nur der Appell an die Richterschaft, die Verweisung vor den Güterichter im Interesse eines effizienten, für Parteien und Rechtspflege nutzbringenden Verfahrens den gesetzgeberischen Intentionen entsprechend flexibel und großzügig zu praktizieren.

## IV. Ursache Nr. 3: Die Kann-Vorschrift

### 1. Rechtslage

Nach § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO „kann“ das Prozessgericht die Parteien vor den Güterichter verweisen. Dies wird zutreffend allgemein als Einräumung eines Ermessens verstanden.<sup>31</sup> Wo das Gesetz ein Ermessen gewährt, verlangt es eine bewusste und abwägende Entscheidung. Die Nichtausübung des Ermessens ist ein Ermessensfehler.<sup>32</sup>

### 2. Rechtswirklichkeit

Die geringen und höchst unterschiedlichen Verweisungsquoten lassen nur den Schluss zu, dass in Bezug auf die

Eröffnung des Güterichterverfahrens weithin keine pflichtgemäße Ermessensausübung stattfindet. Es würden sich wesentlich mehr Rechtsstreitigkeiten dafür eignen, vor einem nicht entscheidungsbefugten, besondere Methoden der Kommunikations- und Kreativitätsförderung anwendenden Richter einer von den Beteiligten selbst entwickelten Lösung zugeführt zu werden. Dies unterbleibt zum Nachteil für die Beteiligten, aber auch für die Justiz und für den Rechtsfrieden sehr oft aus Gründen der Routine, der Unwissenheit oder der Aversion gegen (vermeintlich) rechtsfremde Streitlösungen.

### 3. Bewertung

Da die Beteiligten selbst am besten wissen, welche Konfliktlösung ihren Interessen größtmöglich gerecht wird, hat der Gesetzgeber mit gutem Grund das Güterichterverfahren eingeführt. Es befähigt die Parteien, auch noch im bereits anhängigen Prozess eine privatautonome Lösung ihres Konflikts zu finden – weit über das hinausgehend, was in Vergleichsverhandlungen beim Prozessgericht zu erreichen wäre. Das gesetzgeberische Ziel, diese Chance flächendeckend in allen geeigneten Fällen zu eröffnen, ist bisher infolge unsachgemäßer Ermessensausübung bei Weitem nicht erreicht.

## V. Fazit

Letztlich laufen alle drei Ursachen – die Mängel bei der Geschäftsverteilung, im Zuweisungsverfahren und bei der Ermessensausübung – auf dasselbe Grundübel hinaus, nämlich die verbreitete Verkennung von Sinn, Bedeutung und Wert des Güterichterverfahrens. Es ist sicher schwierig, ein derart neu-, um nicht zu sagen fremdartiges Verfahren in die eingefahrenen Justizstrukturen zu integrieren; fünf Jahre nach seiner gesetzlichen Einführung dürften allerdings keine derart großen Nutzungsdefizite und Divergenzen mehr bestehen. Die meisten Landesjustizverwaltungen haben sich sehr um die Schulung der Güterichter sowie um die Raum- und Sachausstattung gekümmert; bei der Nutzbarmachung der Ressourcen aber gibt es noch viel zu tun. Besonders an der Bewusstseinsbildung in der Richterschaft (z.B. durch Erfahrungsberichte, Seminare, Qualitätszirkel, Dienstbesprechungen usw.) müsste gearbeitet werden.

Empfehlen könnte sich aber auch eine über die karge Kann-Vorschrift hinausgehende Regelung des Güterichtereinsatzes im Gesetz.

<sup>30</sup> Für Ermessensreduzierung auf null *Röthemeyer* (Fn. 5), Rz. 430.

<sup>31</sup> S. nur *Prütting* in *MünchKomm* (Fn. 6), § 278 Rz. 36; *Klowait/Gläßer/Löer* (Fn. 5), § 278 ZPO Rz. 19.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 26.6.2007 – XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23 = MDR 2007, 1333 (1334) m.w.N.

## Prozessrechtaktiv

Urkundenbeweis: Beweis der Unrichtigkeit des auf dem Schriftsatz aufgebrauchten Eingangsstempels

ZPO § 418 Abs. 1 u. 2

1. Der auf einem Schriftsatz aufgebrauchte Eingangsstempel des Gerichts erbringt als öffentliche Urkunde i.S.d. § 418 Abs. 1 ZPO Beweis dafür, dass ein in den Nachtbriefkasten des Gerichts eingeworfener Schriftsatz erst an dem im Stempel angegebenen Tag beim Berufungsgericht eingegangen ist. Hiergegen ist jedoch gem. § 418 Abs. 2 ZPO der im Wege des Freibeweises zu führende Gegenbeweis zulässig, der die volle Überzeugung des Gerichts von dem rechtzeitigen Eingang des Schriftsatzes erfordert.

2. Dabei dürfen wegen der Beweisnot der betroffenen Partei die Anforderungen an die Erbringung dieses Gegenbeweises nicht überspannt werden. Da der Außenstehende in der Regel keinen Einblick in die Funktionsweise des gerichtlichen Nachtbriefkastens sowie in das Verfahren bei dessen Leerung und damit keinen Anhaltspunkt für etwaige Fehlerquellen hat, ist es zunächst Sache des Gerichts, die insoweit zur Aufklärung nötigen Maßnahmen zu ergreifen.

3. Bei einer detaillierten Schilderung der Partei über die genauen Umstände des Einwurfs des Schriftstücks darf sich das Gericht nicht mit einer pauschal gehaltenen dienstlichen Stellungnahme des/der zuständigen Mitarbeiters/in der Poststelle begnügen, die sich in der Aussage erschöpft, es seien weder Störungen festgestellt noch Fehler gemacht worden.

BGH, Urt. v. 31.5.2017 – VIII ZR 224/16, MDR 2017, 1019

(LG Leipzig – 1 S 133/16; AG Leipzig)

**Das Problem:** Gegen ein am 5.2.2016 zugestelltes Urteil des AG hat die Prozessbevollmächtigte der Beklagten mit am 7.3.2016 (Montag) eingegangenem Schriftsatz Berufung eingelegt, so dass die Berufungsbegründungsfrist am 5.4.2016 ablief. Der zur Akte gelangte Begründungsschriftsatz trägt jedoch den Eingangsstempel „Nachtbriefkasten ... Eing. 6.4.2016“ und weist kein Handzeichen auf. Die Beklagten haben geltend gemacht, ihre Prozessbevollmächtigte habe am Abend des 5.4.2016 zwischen 21.35 Uhr und 21.42 Uhr die Berufungsbegründung gleichzeitig mit der in einem zweiten Umschlag befindlichen Berufungsbegründung in einem Parallelverfahren in den Nachtbriefkasten des LG eingeworfen. Der aufgebrauchte Eingangsstempel sei daher unrichtig. In einer daraufhin eingeholten dienstlichen Stellungnahme der zuständigen Bediensteten der Poststelle und des Leiters der Poststelle heißt es:

„Ich erkläre ausdrücklich:

1. Ich war am 6.4.2016 für das Stempeln des Nachtbriefkastens verantwortlich.
2. Ich habe keine Störung des Nachtbriefkastens festgestellt.
3. Ich habe den richtigen Stempel mit dem richtigen Datum für die Post aus dem Nachtbriefkasten verwendet“.

Auf weitere Anfrage der Beklagten hat die Verwaltung des LG mitgeteilt, dass keine weiteren Beschwerden bezüglich der Unkorrektheit des Eingangsstempels vom 6.4.2016 bekannt geworden seien. Weitere Ermittlungen zur Funktionsweise des Nachtbriefkastens und den ge-

richtsinternen Abläufen bei der Erfassung und Verteilung der Eingangspost hat das LG nicht angestellt.

Das Berufungsgericht hat sodann die Prozessbevollmächtigte der Beklagten zum Geschehen als Zeugin vernommen, jedoch nicht deren für die Begleitumstände ebenfalls als Zeugen benannten Ehemann. Die Beklagtenvertreterin hat im Einklang mit ihrer schriftsätzlichen Darstellung als Zeugin bekundet, sie habe die Berufungsbegründung am 5.4.2016 um 21.03 Uhr fertig gestellt und ausgefertigt. Gegen 21.15 Uhr sei sie im Besitz dieses Schriftsatzes und des Begründungsschriftsatzes für das Parallelverfahren, die sich in zwei getrennten Briefumschlägen befunden hätten, mit ihrem Pkw von ihrem Wohn- und Kanzleisitz abgefahren. Sie habe dann das Fahrzeug gegen 21.35 Uhr vor der S.-Buchhandlung geparkt. Anschließend sei sie die „paar Meter“ zu Fuß gegangen und habe beide DIN-A4-Umschläge in den Nachtbriefkasten eingeworfen.

Das LG hat die Berufung der Beklagten durch Urteil als unzulässig verworfen, weil sie nicht innerhalb von zwei Monaten ab Zustellung des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils begründet worden sei. Der auf der Berufungsbegründung aufgedruckte Eingangsstempel erbringe gem. § 418 Abs. 1 ZPO den Beweis dafür, dass der Schriftsatz nicht innerhalb der am 5.4.2016 ablaufenden Frist bei Gericht eingegangen sei, sondern erst am 6.4.2016. Die Beklagten hätten den ihnen bezüglich der Unrichtigkeit des Eingangsstempels obliegenden Gegenbeweis nicht erbracht. Die zugelassene Revision der Beklagten führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache ans Berufungsgericht.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der BGH hält die Anforderungen an den nach § 418 Abs. 2 ZPO von den Beklagten zu erbringenden Beweis der Unrichtigkeit des aufgebrauchten Eingangsstempels für überspannt und den Sachverhalt für unzureichend aufgeklärt. Zwar reiche die bloße, in aller Regel nicht völlig auszuschließende Möglichkeit, dass ein Nachtbriefkasten aus technischen Gründen nicht richtig funktioniere oder bei der Abstempelung Fehler unterlaufen seien, zur Führung des Beweises der Unrichtigkeit des Eingangsstempels nach § 418 Abs. 2 ZPO nicht aus. Auf der anderen Seite dürften wegen der Beweisnot der betroffenen Partei die Anforderungen an diesen Gegenbeweis nicht überspannt werden.

Diesen Anforderungen sei das Berufungsgericht nur unzureichend nachgekommen, indem es sich maßgeblich auf die inhaltlich karge dienstliche Stellungnahme der zuständigen Mitarbeiterin der Poststelle gestützt habe. Es fehlten bereits konkrete Angaben zur allgemeinen Organisation der Abläufe bei der Leerung des Nachtbriefkastens, der Sortierung der Post und der Aufbringung eines Eingangsstempels. Der Stellungnahme der zuständigen Mitarbeiterin lasse sich weder entnehmen, auf welche Weise und zu welchen Zeitpunkten die Funktionsweise des Nachtbriefkastens bei der Leerung geprüft noch mit welchen Maßnahmen sichergestellt werde, dass die darin in unterschiedlichen Fächern befindliche Post vom Zeitpunkt der Entnahme bis zur Abstempelung getrennt aufbewahrt werde. Auch seien keine Angaben dazu erfolgt, welche Vorkehrungen dagegen getroffen würden, dass die Post aus dem Nachtbriefkasten mit anderweitiger Eingangspost (etwa durch ein Verrutschen von Stapeln) vermengt werde oder dass ein eingehendes Schriftstück zunächst unbemerkt bleibe und infolgedessen zu einem späteren Zeitpunkt einen unzutreffenden Stempel erhalte. Schließlich habe das Berufungsgericht nicht berücksich-

tigt, dass eine Schilderung der allgemeinen Organisationsabläufe für sich genommen nicht ausreiche, sondern auch in geeigneter Weise der Frage nachzugehen sei, ob die mit der Leerung des Nachtbriefkastens und der Erfassung der Post betraute Mitarbeiterin noch über eine konkrete Erinnerung über die Geschehnisse am besagten Tag verfüge. Nach derzeitigem Stand der Dinge könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Mitarbeiterin ihre dienstliche Stellungnahme ohne konkreten Zugriff auf die in Frage stehenden Schriftstücke abgegeben habe und damit auf Mutmaßungen angewiesen gewesen sei. Da das Berufungsgericht somit bereits die nahe liegenden dienstlichen Erkenntnisquellen nicht ausgeschöpft habe, hätte es schon aus diesem Grunde nicht die abweichenden Bekundungen der als Zeugin vernommenen Prozessbevollmächtigten der Beklagten als nicht nachvollziehbar bewerten dürfen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Der BGH bestätigt zunächst seine st. Rspr., wonach der auf einem Schriftsatz aufgebrachte Eingangsstempel des Gerichts als öffentliche Urkunde den vollen Beweis für Zeit und Ort des Gerichtseingangs erbringt. Hiergegen ist nach Auffassung des BGH der Gegenbeweis zulässig (BGH v. 30.3.2000 – IX ZR 251/99, MDR 2000, 899; v. 8.10.2013 – VIII ZB 13/13, NJW-RR 2014, 179 Rz. 10). Richtigerweise handelt es sich nicht um einen Gegenbeweis, sondern um einen Beweis des Gegenteils i.S.d. § 292 ZPO, weil nach allgemeiner Ansicht die volle Überzeugung des Gerichts von dem rechtzeitigen Eingang des Schriftsatzes erforderlich ist. Dieser Beweis kann zwar nach ständiger Rspr. im Wege des Freibeweises geführt werden (krit. dazu u.a. *Prütting* in MünchKomm/ZPO, 5. Aufl. 2016, § 284 Rz. 28; *Bork* in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 56 Rz. 7). Die Anwendung des Freibeweises führt jedoch nicht zu einer Verminderung des Beweismaßes. Es besteht vielmehr Einigkeit darüber, dass der Freibeweis – anders als die Glaubhaftmachung – keine Ausnahme vom Grundsatz des Vollbeweises darstellt (BGH v. 28.11.2007 – XII ZB 217/05, MDR 2008, 333 f.; *Baumgärtel/Laumen*, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl. 2016, Kap. 2 Rz. 25 m.w.N.).

Es liegt auf der Hand, dass der Beweis der Unrichtigkeit des Eingangsstempels nur sehr schwer zu führen ist, selbst wenn – wie im vorliegenden Fall – substantiiert zu den Umständen des Einwurfs vorgetragen und unter Zeugenbeweis gestellt wird. Der BGH gesteht deshalb der jeweiligen Partei eine Beweiserleichterung zu, indem er der Gerichtsverwaltung eine Art sekundärer Behauptungs- bzw. Mitwirkungslast auferlegt. Allgemein gehaltene dienstliche Äußerungen, die sich darauf beschränken, dass keine Störungen festgestellt worden sind, reichen zur Erfüllung dieser Mitwirkungslast nicht aus. Erforderlich sind vielmehr konkrete Angaben zur allgemeinen Organisation bei der Nachtbriefkastenleerung. Dazu gehört die Frage, durch welche Maßnahmen sichergestellt wird, dass die Post aus dem Nachtbriefkasten nicht mit anderweitiger Eingangspost vermengt wird oder dass ein eingehendes Schriftstück zunächst unbemerkt bleibt und deshalb zu einem späteren Zeitpunkt einen unzutreffenden Stempel erhält. Außerdem bedarf es einer eingehenden persönlichen Anhörung der zuständigen Mitarbeiterin, die sich auf die Abläufe am betreffenden Tag beziehen muss.

**Beraterhinweis:** Streitigkeiten um die Richtigkeit von Eingangsstempeln kommen in der gerichtlichen Praxis erstaunlich häufig vor, was zum Teil an der (Un-)Sitte der Anwälte liegen mag, die ihnen vom Gericht oder vom Gesetz gesetzten Fristen bis zur letzten Sekunde auszuschöpfen. Der sicherste Weg besteht zweifellos darin, den Schriftsatz auf der zuständigen Geschäftsstelle abzugeben und das Aufbringen des richtigen Eingangsstempels zu

kontrollieren. Kommt es zu Streitigkeiten über die Richtigkeit des Eingangsstempels sind die oben dargestellten Grundsätze zu beobachten:

- Erforderlich ist zunächst eine substantiierte Darstellung der Umstände, wie es zum – fristgerechten – Einwurf des Schriftsatzes gekommen sein soll. Dazu ist der jeweilige Prozessbevollmächtigte als Zeuge zu benennen und – wie im vorliegenden Fall – die Benennung von weiteren Zeugen, die etwas zu den Umständen des Einwurfs beitragen können.
- Zusätzlich ist die Gerichtsverwaltung aufzufordern, die Abläufe in der Poststelle zum besagten Zeitpunkt konkret darzustellen. Dazu gehört eine eingehende, auf die Abläufe am betreffenden Tag bezogene persönliche Anhörung der zuständigen Mitarbeiterin der Poststelle.

Darüber hinaus ist stets vorsorglich hilfsweise ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu stellen für den Fall, dass sich das Berufungsgericht nicht mit der vollen richterlichen Überzeugung von der Unrichtigkeit des Eingangsstempels zu überzeugen vermag. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass für die Wiedereinsetzung lediglich die Glaubhaftmachung der betreffenden Tatsachen ausreicht. Es genügt also, dass für die Unrichtigkeit des Eingangsstempels die überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht (vgl. BGH v. 21.10.2010 – V ZB 210/09, MDR 2011, 68 Rz. 7).

*Präsident des AG a.D. Dr. Hans-Willi Laumen, Köln*

**Hinweis der Redaktion:** Die Entscheidung des BGH v. 31.5.2017 – VIII ZR 224/16 ist veröffentlicht in MDR 2017, 1019; Volltext im Berater-Modul Zivil- und Zivilverfahrensrecht.

Wiedereinsetzung: Ausgangskontrolle bei Telefax-Versand

ZPO §§ 85 Abs. 2, 233

**Bei der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax ist eine nachträgliche inhaltliche Kontrolle der einzelnen Schriftstücke im Rahmen der Ausgangskontrolle nicht erforderlich. Es bedarf insbesondere keiner Anweisung des Rechtsanwalts an sein Büropersonal, den fristgebundenen Schriftsatz und zusätzlich zu übersendende Schriftstücke getrennt per Fax zu übersmitteln oder sich durch telefonische Rückfrage bei der zuständigen Geschäftsstelle des Berufungsgerichts zu versichern, dass der fristwahrende Schriftsatz vollständig übermittelt worden ist.**

*BGH, Beschl. v. 23.5.2017 – II ZB 19/16, MDR 2017, 966*

*(OLG Hamburg – 1 U 59/16; LG Hamburg)*

**Das Problem:** Der Rechtsanwalt des in erster Instanz unterlegenen Klägers hatte am letzten Tag der Frist eine Mitarbeiterin beauftragt, die Berufungsschrift per Telefax an das zuständige OLG zu versenden. Dort kamen nur die erste Seite der Berufungsschrift und eine Seite aus dem angefochtenen Urteil an, nicht aber die zweite Seite der Berufungsschrift mit der Unterschrift des Anwalts. Das OLG wies das Wiedereinsetzungsgesuch zurück und verwarf die Berufung als unzulässig.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Der BGH verwies die Sache an das OLG zurück.

Der BGH knüpfte an seine ständige Rechtsprechung an, wonach es zur Ausgangskontrolle genügt, einen Sendebe-



richt ausdrucken zu lassen, auf dieser Grundlage die Vollständigkeit der Übermittlung zu prüfen und die Notfrist erst nach Kontrolle des Sendeberichts zu löschen.

Der Auffassung des OLG, beim Versand von Schriftsätzen mit Anlagen sei zur Vermeidung von Verwechslungen zusätzlich erforderlich, die übermittelten Schriftstücke auf inhaltliche Vollständigkeit zu überprüfen oder den Schriftsatz und die Anlagen getrennt zu übermitteln, erteilte der BGH eine Absage. Dass es versehentlich zu einer Verwechslung der zu übersendenden Seiten kommen kann, ist kein spezifisches Risiko der Telefaxübermittlung. Deshalb ist es nicht erforderlich, diesem Risiko beim Versand per Telefax durch weitergehende Vorsichtsmaßnahmen zu begegnen als beim herkömmlichen Postversand.

Ergänzend weist der BGH darauf hin, dass es zur Ausgangskontrolle auch nicht erforderlich ist, beim Gericht telefonisch rückzufragen, ob der Schriftsatz vollständig übermittelt worden ist.

**Konsequenzen für die Praxis:** Mit der Entscheidung tritt der BGH Versuchen entgegen, die ohnehin nicht geringen Anforderungen an die Organisation des Telefax-Versands von fristgebundenen Schriftsätzen weiter zu verschärfen. Die Entscheidung liegt auf einer Linie mit einem kurz zuvor ergangenen Beschluss, in dem der BGH klarstellte, dass der Anwalt nicht verpflichtet ist, das Telefaxgerät ohne konkreten Anlass ständig auf Funktionsfähigkeit zu überprüfen (BGH, Beschl. v. 16.11.2016 – VII ZB 35/14 Rz. 13, NJW-RR 2017, 253).

**Beraterhinweis:** Auch wenn im Streitfall letztendlich Wiedereinsetzung gewährt wurde, sind die Anforderungen an die Organisation des Telefax-Versands – und die Anforderungen an die Darlegung der den Kanzleimitarbeitern hierzu erteilten Anweisungen – durchaus anspruchsvoll.

Wichtig ist insbesondere, dass die Telefaxnummer des zuständigen Gerichts anhand einer zuverlässigen Quelle ermittelt und nach dem Versand nochmals überprüft wird. In Frage kommen hierfür ein zuverlässiges und aktuelles Verzeichnis (BGH, Beschl. v. 10.9.2013 – VI ZB 61/12 Rz. 7, MDR 2013, 1303) oder ein in der betreffenden Akte enthaltenes Schreiben des Gerichts. Im letztgenannten Fall ist zusätzlich zu überprüfen, ob die gewählte Nummer mit der im Schreiben enthaltenen übereinstimmt und ob es sich bei dem Schreiben tatsächlich um ein solches des Empfängers handelt (BGH, Beschl. v. 26.7.2016 – VI ZB 58/14 Rz. 8, MDR 2016, 1285).

Ferner ist zu berücksichtigen, dass viele Gerichte nur bestimmte Telefaxanschlüsse zur Entgegennahme fristgebundener Schriftsätze bestimmt haben. In diesem Fall reicht die Übermittlung an einen anderen Anschluss des Gerichts nicht aus (BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – XII ZB 382/15 Rz. 14, MDR 2016, 1038; Beschl. v. 11.1.2017 – X ZR 94/16 Rz. 4, NJW-RR 2017, 566).

Zusätzlich zur Ausgangskontrolle jedes einzelnen Schriftsatzes muss im Rahmen der Fristenkontrolle am Ende jedes Arbeitstages nochmals überprüft werden, ob bei den per Telefax übermittelten Schriftsätzen ein Sendebericht vorliegt; eine erneute inhaltliche Überprüfung des Sendeberichts ist in diesem Stadium nicht mehr erforderlich (BGH, Beschl. v. 10.8.2016 – VII ZB 17/16 Rz. 18, MDR 2016, 1284).

RiBGH Dr. Klaus Bacher, Karlsruhe

**Hinweis der Redaktion:** Die Entscheidung des BGH v. 23.5.2017 – II ZB 19/16 ist veröffentlicht in MDR 2017, 966; Volltext in Berater-Modul Zivil- und Zivilverfahrensrecht.

Klageschrift: Bewertung der Konkretisierung eines unbestimmten Klageantrags als Hilfsantrag

ZPO §§ 139 Abs. 2, 264 Nr. 2, 522 Abs. 2, 524 Abs. 4, 533

**Konkretisiert der Berufungskläger bei einer Teilklage mit mehreren Einzelforderungen auf einen Hinweis des Berufungsgerichts nach § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO seinen ursprünglich unbestimmten Klageantrag ausreichend, verletzt es das Recht des Berufungsklägers auf rechtliches Gehör, wenn das Berufungsgericht diesen als Hilfsantrag wertet, ihn entsprechend § 525 Abs. 4 ZPO für wirkungslos erachtet und die Berufung gem. § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO wegen Unzulässigkeit der Klage mangels Bestimmtheit des ursprünglichen Antrags zurückweist (Anschluss an BGH, Beschl. v. 10.3.2016 – VII ZR 47/13, MDR 2016, 664 = NJW 2016, 2508).**

BGH, Urt. v. 2.5.2017 – VI ZR 85/16, MDR 2017, 1077  
(KG – 21 U 108/14; LG Berlin)

**Das Problem:** Der Kläger nahm die Beklagten im Wege einer Feststellungsklage auf Ersatz der ihm infolge eines Wasserschadens entstandenen Schäden in Anspruch. Die Klage unterlag mangels Feststellungsinteresses der Abweisung, da dem Kläger eine Bezifferung der Schadenshöhe möglich gewesen wäre. Im Berufungsrechtszug stellte der Kläger die Klage auf Zahlung von 25.000 € um und bezog sich zur Darlegung des entstandenen Schadens auf eine Aufstellung einzelner Schadenspositionen, die sich auf eine Summe von ca. 65.000 € addierten. Der Kläger vertrat die Auffassung, eine weitere Aufschlüsselung der Schadenspositionen sei nicht erforderlich, da er nicht einen Teilbetrag, sondern die abschließende Regulierung seines Schadens erstrebe. Auf Hinweis des Berufungsgerichts, wonach dieses mangels hinreichender Bestimmtheit des Klageantrags die Zurückweisung der Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO beabsichtige, stellte der Kläger vorsorglich klar, welche Schadenspositionen die Klagesumme im Einzelnen abdecken sollten. Das Berufungsgericht vertrat die Auffassung, dass der in der Konkretisierung liegende Hilfsantrag sachlich nicht zu berücksichtigen sei, wenn – wie beschlossen – der Hauptantrag gem. § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen sei.

**Die Entscheidung des Gerichts:** Die Nichtzulassungsbeschwerde führte zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Zwar war der ursprüngliche Antrag unbestimmt, da ein Kläger, der aus mehreren selbstständigen Ansprüchen nur einen Teilbetrag geltend macht, im Einzelnen angeben muss, wie er die geltend gemachte Gesamtsumme auf die verschiedenen Ansprüche verteilen möchte. Zumindest ist die Reihenfolge zu bezeichnen, in welcher die Ansprüche bis zur geltend gemachten Gesamtsumme eingefordert werden. Diesen Anforderungen wurde der Berufungsvortrag zunächst nicht gerecht. Ob der Kläger mit dem auf den Hinweis gehaltenen Vortrag tatsächlich einen Hilfsantrag gestellt hatte, erschien zweifelhaft. Nach Auffassung des 6. Senats lag es näher, den Vortrag lediglich als Konkretisierung des ursprünglichen Antrags zu verstehen. Im Ergebnis konnte diese Rechtsfrage unentschieden bleiben: Möchte das Berufungsgericht die Zurückweisung der Berufung auf einen rechtlichen Aspekt stützen (im vorliegenden Fall: die unzureichende Konkretisierung des Klagebegehrens), der vom Berufungskläger bislang übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist, muss das



Berufungsgericht dem Berufungskläger Gelegenheit geben, sich zu den im Hinweisbeschluss erteilten rechtlichen Gesichtspunkten zu äußern. Ergreift die Partei diese Gelegenheit, dürfen die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere eine durch den Hinweis veranlasste Antragsänderung nicht zurückgewiesen werden.

**Konsequenzen für die Praxis:** Eine Änderung bzw. Erweiterung des Streitgegenstandes ist im Berufungsrechtszug nur in eingeschränktem Maße zulässig. Die erstmalige Erhebung einer Widerklage oder eine quantitative Klageerweiterung stehen einer Beschlussverwerfung der Berufung nicht entgegen. Weist das Berufungsgericht die den erstinstanzlichen Streitgegenstand betreffende Berufung zurück, verlieren Widerklage (BGH, Urt. v. 25.10.2013 – III ZR 403/12, MDR 2014, 615) und Klageerweiterung (BGH, Beschl. v. 6.11.2014 – IX ZR 204/13, MDR 2015, 49) ihre Wirkung. Ob ein in der Berufungsinstanz erstmals gestellter Hilfsantrag in diesem Fall ebenfalls seine Wirkung verliert, ist bislang höchstrichterlich nicht entschieden. Auch die vorliegende Entscheidung lässt diese Rechtsfrage offen. Denn eine Befassung mit dem Hilfsantrag ist jedenfalls dann unumgänglich, wenn der Hilfsantrag als Reaktion auf einen richterlichen Hinweis gestellt worden ist. Auch ein Hinweis nach § 522 Abs. 2 ZPO ist Ausfluss der materiellen Prozessleitung. Mithin sind die zu § 139 Abs. 2 ZPO entwickelten Grundsätze zu beachten: Hinweise sind nicht Selbstzweck zur Gewährleistung eines formal prozessrechtskonformen Verfahrens, sondern konkretisieren den verfassungsrechtlichen Auftrag auf Gewährung rechtlichen Gehörs, der

dem Gericht die Pflicht zur Kommunikation mit den Parteien auferlegt (PG/Prütting, ZPO, 9. Aufl., § 139 Rz. 3). Dies impliziert, den auf die Hinweiserteilung gehaltenen Vortrag in die Entscheidungsfindung auch dann einzubeziehen, wenn sich die Partei als Reaktion auf den Hinweis zu einer Änderung oder Erweiterung des Streitgegenstandes entschließt.

**Beraterhinweis:** Werden mehrere Rechtsgüter geschädigt, so liegen dem auf Ersatz des Schadens gerichteten Klagebegehren in Bezug auf die jeweiligen Rechtsgüter selbständige prozessuale Ansprüche zugrunde. Die auf Erstattung einer Teilsomme gerichtete Klage genügt dem Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nur dann, wenn die Reihenfolge angegeben wird, in der das Gericht diese Ansprüche prüfen soll (BGH, Urt. v. 19.6.2000 – II ZR 319/98, MDR 2000, 1334). Eine Aufschlüsselung ist entbehrlich, wenn sich die Gesamtforderung aus mehreren unselbständigen Rechnungsposten zusammensetzt (BGH, Urt. v. 10.10.2013 – VII ZR 155/11, MDR 2013, 1421).

*Vizepräsident des LG Dr. Karl-Werner Dörr,  
Saarbrücken*

**Hinweise der Redaktion:** Die Entscheidung des BGH v. 2.5.2017 – VI ZR 85/16 ist veröffentlicht in MDR 2017, 1077; Volltext im Berater-Modul Zivil- und Zivilverfahrensrecht.

## Rechtsprechung

Mit ● gekennzeichnete Entscheidungen haben einen redaktionellen Leitsatz, mit ○ versehene Leitsätze stammen vom Einsender. Amtliche Leitsätze bleiben ohne Kennzeichnung.

**MDR-Volltexte:** Abgedruckte Entscheidungen sind auf ihren wesentlichen Inhalt konzentriert. Auf die VOLLTEXTE dieser Entscheidungen können Sie im Berater-Modul Zivil- und Zivilverfahrensrecht zugreifen. Einfach unter [mdr-recht.de](http://mdr-recht.de) mit Ihrem Zugangscode einloggen und unter Suche mit dem Aktenzeichen in der Rechtsprechungsdatenbank abrufen.



### Vertragsrecht

Preisanpassungsklausel in den AGB eines Fernwärmelieferanten

AVBFernwärmeV § 24 Abs. 4 i.d.F. v. 4.11.2010

a) § 24 Abs. 4 S. 1 AVBFernwärmeV ist dahin (erweiternd) auszulegen, dass ein Fernwärmeversorgungsunternehmen, welches die von ihm bereitgestellte Fernwärme als solche von einem Vorlieferanten bezieht, seine mit dem Endkunden vereinbarte Preisanpassungsklausel so auszugestalten hat, dass sie an die tatsächliche Entwicklung der eigenen Wärmebezugskosten – und nicht an die Brennstoffkosten des Vorlieferanten – anknüpft.

b) Ein von einem Fernwärmeversorgungsunternehmen gewählter Preisänderungsparameter ist nur dann geeignet, die ihm entstandenen Bezugskosten ausreichend abzubilden, wenn er gegenüber seinen Vorlieferanten einer Bindung an einen Preisänderungsparameter unterliegt, der seiner Art und seinem Umfang nach im Wesentlichen der von ihm gegenüber seinen Endkunden praktizierten Bindung an diese Bezugsgröße entspricht (Bestätigung und Fortführung der BGH, Urt. v. 6.4.2011 – VIII ZR 273/09 Rz. 41, BGHZ 189, 131 = MDR 2011, 646; v. 25.6.2014 – VIII ZR 344/13, Rz. 25 BGHZ 201, 363 = MDR 2014, 1014).

c) Die Weitergabe von (Bezugs-)Kostensteigerungen, die der Versorger auch unter Berücksichtigung des ihm zuzubilligenden unternehmerischen Entscheidungsspielraums ohne die Möglichkeit einer Preiserhöhung aus betriebswirtschaftlichen Gründen vermieden hätte ist unangemessen (Bestätigung des BGH, Urt. v. 6.4.2016 – VIII ZR 71/10, NJW 2016, 3589 Rz. 33).

d) Zur Frage der angemessenen Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Wärmemarkt bei bloßer Anbindung an eine „HEL“-Notierung in einer Preisanpassungsklausel.

BGH, Urt. v. 19.7.2017 – VIII ZR 268/15  
(LG Würzburg – 42 S 2122/13; AG Würzburg)

## Vertragsrecht

**Aus den Gründen:**

[23] [Zu LS b)] Gemäß § 24 Abs. 3 S. 1 AVBFernwärmeV a.F. sind bei der Ausgestaltung von Preisänderungsklauseln neben den jeweiligen Verhältnissen auf dem Wärmemarkt die Kosten für die Erzeugung und die Bereitstellung von Fernwärme zur Gewährleistung einer kostenorientierten Preisbemessung in der Preisanpassungsklausel angemessen zu berücksichtigen (Kostenelement). Die Erzeugungskosten hängen in der Regel überwiegend von den Brennstoffkosten ab, während die Bereitstellungskosten vor allem durch die Lohnkosten und in geringem Maße durch die Materialkosten bestimmt werden (vgl. BGH, Urt. v. 6.4.2011 – VIII ZR 273/09 Rz. 39, BGHZ 189, 131 = MDR 2011, 646 m.w.N.).

[24] Da Kostenorientierung nicht Kostenechtheit bedeutet, zwingt § 24 Abs. 3 S. 1 AVBFernwärmeV a.F. das Versorgungsunternehmen zwar nicht dazu, seine Preise spiegelbildlich zur jeweiligen Kostenstruktur auszugestalten (BGH v. 6.4.2011, a.a.O. Rz. 38). Der Grundsatz der Kostenorientierung ist jedoch dann nicht mehr gewahrt, wenn sich die verwendete Preisanpassungsklausel nicht hinreichend an den kostenmäßigen Zusammenhängen ausrichtet (vgl. BGH v. 6.4.2011, a.a.O. Rz. 41; ...). Dies erfordert, dass als Bemessungsgröße ein Indikator gewählt wird, der an die tatsächliche Entwicklung der Kosten des bei der Wärmeerzeugung überwiegend eingesetzten Brennstoffs anknüpft (BGH v. 6.4.2011, a.a.O.). Es muss also sichergestellt sein, dass der in der Preisanpassungsklausel eingesetzte Bezugsfaktor sich im Wesentlichen - wenn auch mit gewissen Spielräumen - in gleicher Weise entwickelt wie die konkreten Energiebezugskosten des Versorgers (vgl. BGH v. 6.4.2011, a.a.O.; ...).

[25] Daran gemessen kann der vom Wärmeversorger gewählte Preisänderungsparameter ... nur dann als geeignet angesehen werden, seine Brennstoffkosten ausreichend abzubilden, wenn feststeht, dass er gegenüber seinem Vorlieferanten einer Bindung an einen Preisänderungsparameter unterliegt, der seiner Art und seinem Umfang nach im Wesentlichen der von ihm gegenüber seinen Endkunden praktizierten Bindung an diese Bezugsgröße entspricht (BGH v. 6.4.2011, a.a.O.). Das ist nur dann gegeben, wenn der Vorlieferant des Wärmeversorgers bei seiner Preisbestimmung dieselben oder jedenfalls vergleichbare örtliche Notierungen als Referenzgröße (einschließlich Verbrauchssteuern) heranzieht, neben dieser Referenzgröße keinen weiteren Bemessungsfaktor vorsieht und dieselben Berechnungszeiträume zugrunde legt (BGH v. 6.4.2011, a.a.O. Rz. 42; vgl. auch BGH, Urt. v. 24.3.2010 – VIII ZR 178/08, BGHZ 185, 96 Rz. 37; v. 24.3.2010 – VIII ZR 304/08 Rz. 46, WM 2010, 1050 = MDR 2010, 681; jeweils zu Gaspreisklauseln). [Rz. 26-57] ...

## Entgeltänderungen in Stromlieferungsverträgen

BGB §§ 311, 315; EnWG § 41; RL 93/13/EWG Anhang Nr. 2 b; RL 2009/72/EG Anhang I (1) b

**Soweit in Sonderkundenverträgen über Energielieferungen ein Lieferant die von ihm versorgten Letztverbraucher gem. § 41 Abs. 3 S. 1 EnWG rechtzeitig, in jedem Fall jedoch vor Ablauf der normalen Abrechnungsperiode sowie auf transparente und verständliche Weise über eine beabsichtigte Änderung der Vertragsbedingungen und über ihre Rücktrittsrechte zu unterrichten hat, gilt dies auch für Entgeltänderungen,**

**die lediglich auf einer Weiterbelastung von neu eingeführten, weggefallenen oder geänderten Steuern, Abgaben oder sonstigen hoheitlichen Belastungen beruhen. Beruhen diese Entgeltänderungen auf einem Preisanpassungsrecht, das sich der Lieferant im Vertrag vorbehalten hat, kann der Letztverbraucher den Vertrag gem. § 41 Abs. 3 S. 2 EnWG ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, worauf sich die Unterrichtung des Verbrauchers auch zu erstrecken hat.**

BGH, Urt. v. 5.7.2017 – VIII ZR 163/16  
(OLG Düsseldorf – I-20 U 11/16; LG Düsseldorf)

**Aus den Gründen:**

[10] Für Verträge über die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie außerhalb der Grundversorgung schreibt § 41 Abs. 3 S. 1 EnWG vor, dass Lieferanten Letztverbraucher rechtzeitig, in jedem Fall jedoch vor Ablauf der normalen Abrechnungsperiode, sowie auf transparente und verständliche Weise über eine beabsichtigte Änderung der Vertragsbedingungen und über ihre Rücktrittsrechte zu unterrichten haben. Zudem bestimmt § 41 Abs. 3 S. 2 EnWG, dass in Fällen, in denen der Lieferant die Vertragsbedingungen einseitig ändert, der Letztverbraucher den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann. Diesen Anforderungen wird die angegriffene Klausel in § 7 Abs. 1 S. 3, Abs. 2, 5 AGB, durch die sich die Beklagte bei den von ihr als Verwender gestellten AGB (§ 305 Abs. 1, § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB) für die Weiterbelastung von neu eingeführten, weggefallenen oder geänderten Steuern, Abgaben und hoheitlichen Belastungen Sonderregelungen gegenüber den in § 6 AGB allgemein zu Preisänderungen getroffenen Bestimmungen ausbedungen hat und die der Senat uneingeschränkt selbst auslegen kann (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 18.1.2017 – VIII ZR 263/15, MDR 2017, 324 = WM 2017, 919 Rz. 21 m.w.N., ...), nicht gerecht.

[11] § 41 Abs. 3 EnWG findet entgegen der Auffassung der Revision, die Preisänderungen bereits nicht zu den in der Vorschrift geregelten Änderungen der Vertragsbedingungen zählen will, zumindest aber die in S. 2 für das Kündigungsrecht geforderte Einseitigkeit der Änderung in Abrede nimmt, auf die Neueinführung, den Wegfall und/oder die Änderung der in § 7 Abs. 1 S. 1, 2 AGB näher beschriebenen Steuern, Abgaben und hoheitlichen Belastungen Anwendung. ...

[13] ... bei Kaufverträgen, zu denen auch die in den AGB der Beklagten geregelten Verträge über die Lieferung von elektrischer Energie zählen, die nachträgliche Heraus- oder Herabsetzung bestehender Leistungspflichten, namentlich der Pflicht zur Kaufpreiszahlung (§ 433 Abs. 2 BGB), [bedarf es] einer – nicht zuletzt auch am Maßstab von §§ 145 ff., §§ 305 ff. wirksamen – Vertragsänderung. ...

[15] Dass der Gesetzgeber bei der Formulierung von § 41 EnWG, in welchem er für Energielieferungsverträge mit Haushaltskunden „in Ergänzung zum allgemeinen Vertragsrecht“ die bestehenden Anforderungen an Vertragsinhalte und Vertragsänderungen in bestimmter, namentlich durch gemeinschaftsrechtliche Transparenzvorgaben geprägter Weise klargestellt oder mittels zusätzlicher Vorgaben gestaltet hat (vgl. BT-Drucks. 17/6072, 85), hinsichtlich des von ihm gebrauchten Begriffs der Änderung der Vertragsbedingungen von einer von § 311 Abs. 1 BGB abweichenden Terminologie ausgehen und (Kauf-) Preisänderungen hiervon ausnehmen wollte, ist entgegen der Auffassung der Revision nicht ersichtlich. ...

[18] Entgegen der Auffassung der Revision liegt auch bei der in § 7 AGB geregelten Weiterbelastung von Steuern, Abgaben und hoheitlichen Belastungen die für eine An-

## Miet- und WEG-Recht

wendung von § 41 Abs. 3 S. 2 EnWG erforderliche Einseitigkeit der Änderung der Vertragsbedingungen durch den Lieferanten vor. ...

[19] Die Änderung eines Schuldverhältnisses unterliegt danach in erster Linie dem Vertragsprinzip, setzt also eine konkrete Willensübereinstimmung der Vertragsparteien über den in seiner bisherigen Substanz geänderten Vertragsinhalt voraus (vgl. *Emmerich* in MünchKommBGB, 7. Aufl., § 311 Rz.11; ...). Einseitige Vertragsänderungen sind daneben nur möglich, wenn sie vom Gesetz vorgesehen sind oder die Parteien ein entsprechendes Gestaltungsrecht rechtsgeschäftlich vereinbart haben. ...

[20] Ein solches einseitiges Änderungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB, für das der Gesetzgeber ein durch § 41 Abs. 3 EnWG zu belegendes Schutzbedürfnis gesehen hat (vgl. *Säcker/Bruhn*, Berliner Kommentar zum Energie-recht, 3. Aufl., § 41 EnWG Rz. 80), hat sich die Beklagte in § 7 Abs. 2 AGB mit der darin vorgesehenen Berechtigung ausbedungen, dem Kunden die nach Abschluss des Vertrages zusätzlich anfallenden oder erhöhten Steuern, Abgaben und hoheitliche Belastungen weiterzubelasten. Anders als die Revision dies gewertet wissen will, handelt es sich dabei nicht um Preisanpassungen, die – im Sinne einer Spannungs-klausel (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 PrKG) – anhand eines feststehenden Index oder – im Sinne einer Kosten-elementeklausel (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 PrKG) – aufgrund feststehender rechnerischer Bezugsgrößen vorzunehmen wären und sich damit – ungeachtet ihrer AGB-rechtlichen Kontrollfähigkeit (vgl. BGH, Urt. v. 14.5.2014 – VIII ZR 114/13 Rz. 15, BGHZ 201, 230 m.w.N. = MDR 2014, 885) – im Sinne einer Anpassungsautomatik ohne weiteren Zwischenschritt, insbesondere ohne zusätzliche Willensbildung zum Ob und/oder Wie einer Weiterbelastung, unmittelbar aus einer zuvor bereits erzielten konkreten Willensübereinstimmung ableiten ließen (vgl. dazu BGH, Urt. v. 25.11.2015 – VIII ZR 360/14 Rz. 15, BGHZ 208, 52 = MDR 2016, 74). Bereits aus der gewählten Formulierung „ist ... berechtigt“ geht ... vielmehr hervor, dass der Beklagten ungeachtet der in § 7 Abs. 2 und 5 AGB eingegangenen Selbstbindungen zur Höhe und zum Zeitpunkt der Weiterbelastungen zumindest bei der auch insoweit vorzunehmenden kundenfeindlichsten Auslegung ein Ermessen dahin zustehen sollte, ob sie von ihrem Weiterbelastungsrecht Gebrauch machen und ob sie dieses nach Höhe und Zeitpunkt ausschöpfen will (vgl. BGH v. 25.11.2015, a.a.O. Rz. 20 ff.). ...

[22] Den Anforderungen, denen die angegriffene Weiterbelastungsklausel in § 7 Abs. 1 S. 3, Abs. 2, 5 AGB ... gem. § 41 Abs. 3 EnWG genügen muss, wird sie nicht gerecht.

[23] Während § 41 Abs. 3 S. 1 EnWG einem Lieferanten die so bereits in Anhang I (1) b der Richtlinie 2009/72/EG vorgesehene Pflicht zur rechtzeitigen Unterrichtung über eine beabsichtigte Änderung der Vertragsbedingungen auferlegt, schließt § 7 Abs. 1 S. 3 AGB für die im Streit stehende Weiterbelastung von Steuern, Abgaben und hoheitlichen Belastungen eine Geltung von § 6 AGB und damit auch dessen Abs. 2 ausdrücklich aus. Eine § 6 Abs. 2 AGB entsprechende Bestimmung findet sich in den stattdessen in Bezug genommenen Regelungen des § 7 Abs. 2 bis 7 AGB nicht. Soweit § 7 Abs. 5 S. 2 AGB vorsieht, dass der Lieferant den Kunden über die Weitergabe der Mehrkosten informieren wird, bleibt der Zeitpunkt offen.

[24] Dies lässt ... bei der nach § 305c Abs. 2 BGB maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung, also derjenigen, die zur Unwirksamkeit der Klausel führte (BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14 Rz. 22, BGHZ 204, 302 = MDR 2015, 578 m.w.N.), in naheliegender Weise die Deutung zu, dass anders als in § 6 Abs. 2 AGB eine

rechtzeitige Mitteilung an die Kunden der Beklagten über eine im Vertragsverlauf beabsichtigte und damit zwangsläufig zeitlich vorgelagerte Weiterbelastung gerade nicht vorgesehen ist. Wenn die Beklagte die Zulässigkeit der Klausel unter Verneinung einer Anwendbarkeit des § 41 Abs. 3 EnWG, der die Abläufe einer Weiterbelastung bestimmten, im zeitlichen Vorfeld dieser Maßnahme liegenden Bindungen unterwirft, gleichwohl als rechtmäßig verteidigt, lässt dies erkennen, dass sie mit der von ihr getroffenen Klauselgestaltung eine Handhabung dieser Weiterbelastung unter Berücksichtigung der Vorgaben § 41 Abs. 3 S. 1 EnWG nicht beabsichtigt und dem Kunden die darin vorgeschriebenen Informationsrechte in dieser Form gerade nicht einräumen will, sondern sich im Gegenteil nach § 7 Abs. 5 AGB zu einer Weiterbelastung auf den dort bezeichneten Zeitpunkt auch ohne vorherige Ankündigung als berechtigt ansieht.

[25] Im Gegensatz zu § 41 Abs. 3 S. 2 EnWG, der bei einer einseitigen Änderung der Vertragsbedingungen ein Kündigungsrecht des Letztverbrauchers ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist vorgibt, schließt § 7 Abs. 1 S. 3 AGB für die im Streit stehende Weiterbelastung von Steuern, Abgaben und hoheitlichen Belastungen eine Geltung von § 6 Abs. 4 AGB mit dem darin geregelten Recht des Kunden zur fristlosen Kündigung des Liefervertrages ausdrücklich aus. Auch dies lässt bei kundenfeindlichster Auslegung die ... Deutung zu, dass ein durch § 41 Abs. 3 S. 2 EnWG vorgeschriebenes Kündigungsrecht im Falle einer auf § 7 Abs. 2 und 5 AGB beruhenden Weiterbelastung nicht bestehen soll und der Kunde die Weiterbelastung auf den in § 7 Abs. 5 AGB beschriebenen Zeitpunkt hinzunehmen hat, ohne dem durch Kündigung des Lieferverhältnisses begegnen zu können. [Rz. 26-28] ...



## Miet- und WEG-Recht

Formelle Ordnungsgemäßheit einer Betriebskostenabrechnung

ZPO § 540 Abs. 1; BGB § 556 Abs. 3 S. 1

**1. Unterliegt ein Berufungsurteil der Revision, müssen sich die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung aus dem Urteil oder – im Falle des § 540 Abs. 1 S. 2 ZPO – aus dem Sitzungsprotokoll einschließlich der im Urteil oder im Sitzungsprotokoll enthaltenen Bezugnahmen so erschließen, dass eine revisionsrechtliche Nachprüfung stattfinden kann (im Anschluss an BGH, Urt. v. 10.10.2004 – VI ZR 94/03, BGHZ 158, 60 [62] = MDR 2004, 826; v. 21.9.2016 – VIII ZR 188/15 Rz. 5, MDR 2016, 1402 = NJW 2016, 3787). Weiter muss das Berufungsurteil in diesem Fall erkennen lassen, von welchem Sach- und Streitstand das Gericht ausgegangen ist und welche Berufungsanträge die Parteien zumindest sinngemäß gestellt haben (im Anschluss an BGH, Urt. v. 29.3.2007 – I ZR 152/04 Rz. 5, MDR 2007, 1272 = NJW 2007, 2334; v. 21.9.2016, a.a.O.; vgl. auch BGH, Urt. v. 30.5.2017 – VI ZR 501/16 Rz. 7, MDR 2017, 945 = juris).**

**2. Für die formelle Ordnungsgemäßheit einer Betriebskostenabrechnung ist allein entscheidend, ob es die darin gemachten Angaben dem Mieter ermöglichen, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an diesen**



## Miet- und WEG-Recht

Kosten gedanklich und rechnerisch nachzuprüfen (im Anschluss an BGH, Urt. v. 22.10.2014 – VIII ZR 97/14 Rz. 12 f., MDR 2015, 78 = NJW 2015, 51; v. 12.11.2014 – VIII ZR 112/14 Rz. 11, MDR 2015, 200 = NZM 2015, 129; v. 6.5.2015 – VIII ZR 193/14 Rz. 13, MDR 2015, 879 = NJW-RR 2015, 778; je m. w.N). Hieran sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Notwendig, aber auch ausreichend ist es, dass der Mieter die ihm angelasteten Kosten bereits aus der Abrechnung klar ersehen und überprüfen kann, so dass die Einsichtnahme in dafür vorgesehene Belege nur noch zur Kontrolle und zur Beseitigung von Zweifeln erforderlich ist (im Anschluss an BGH, Urt. v. 16.9.2009 – VIII ZR 346/08 Rz. 6, MDR 2009, 1383 = NJW 2009, 3575; v. 22.9.2010 – VIII ZR 285/09 Rz. 40, MDR 2010, 1373 = NJW 2011, 143; Beschl. v. 25.4.2017 – VIII ZR 237/16 Rz. 5, juris).

BGH, Urt. v. 19.7.2017 – VIII ZR 3/17  
(LG Wiesbaden – 3 S 91/16; AG Wiesbaden)

**Aus den Gründen:**

[15] [Zu LS 2:] Eine Betriebskostenabrechnung ist formell ordnungsgemäß, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält (st. Rspr.; zuletzt Senatsurt. v. 6.5.2015 – VIII ZR 193/14, MDR 2015, 879 = NJW-RR 2015, 778 Rz. 13; ...). Dabei sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen (BGH, Urt. v. 15.2.2012 – VIII ZR 197/11, MDR 2012, 511 = WuM 2012, 278 Rz. 24; ...). Entscheidend ist allein, ob es die Angaben in der Betriebskostenabrechnung dem Mieter ermöglichen, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an diesen Kosten gedanklich und rechnerisch nachzuprüfen (st. Rspr.; zuletzt BGH, Urt. v. 22.10.2014 – VIII ZR 97/14, MDR 2015, 78 = NJW 2015, 51 Rz. 12 f.; ...). Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind daher in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: die Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und – soweit erforderlich – die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen ...

[16] Diesen Anforderungen werden die Betriebskostenabrechnungen der Kläger für die Jahre 2013 und 2014 nach Aktenlage gerecht. Notwendig, aber auch ausreichend ist es, dass der Mieter die ihm angelasteten Kosten bereits aus der Abrechnung klar ersehen und überprüfen kann, so dass die Einsichtnahme in dafür vorgesehene Belege nur noch zur Kontrolle und zur Beseitigung von Zweifeln erforderlich ist (BGH, Urt. v. 16.9.2009 – VIII ZR 346/08, MDR 2009, 1383 = NJW 2009, 3575 Rz. 6; ...). Diese Anforderungen erfüllt die von den Klägern gewählte Vorgehensweise. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, dass der Beklagte, um die auf der dritten Seite der Abrechnung auf ihn entfallenden Kostenanteile nachzuvollziehen, auf die beiden vorhergehenden Seiten zurückblättern und die auf drei Seiten enthaltenen Angaben gedanklich zusammenführen muss. Denn die Zusammenhänge erschließen sich bei verständigem Lesen ohne Weiteres auch einem Laien. Auf der ersten Seite werden fünfzehn genau bezeichnete Kostenpositionen mit den darauf jeweils für das gesamte Anwesen jährlich entfallenden Beträgen aufgelistet. Diese Kostenpositionen werden dann auf der Folgeseite unter Angabe der auf der ersten Seite verwendeten Bezifferung einer von vier genannten Umlagearten (A: Wohnfläche/Nutzfläche; B: Einzelverbrauch nach Kaltwasseruhren; C: Laden- bzw. Wohnein-

heiten; D: Einzelabrechnung TECHEM) zugeordnet, wobei anschließend mit Ausnahme der extra beigefügten TECHEM-Abrechnung über die Heiz- und Warmwasserkosten auch die auf die jeweilige Umlageart entfallenden Gesamtbeträge angegeben werden. Auf der darauffolgenden Seite werden schließlich – nun mit Gliederungspunkten 1 bis 4 bezeichnet, zusätzlich aber auch inhaltlich beschrieben – die nach den vier Umlagearten jeweils anteilig auf den Mieter entfallenden Beträge aufgeführt und addiert. Dass bei der gewählten Abrechnungsweise die auf den Mieter entfallenden Anteile nur zusammengefasst nach Umlageschlüsseln und nicht für alle fünfzehn Kostenpositionen getrennt ausgewiesen werden, ist unschädlich (vgl. BGH, Beschl. v. 25.4.2017 – VIII ZR 237/16, juris).

[17] Die Nachvollziehbarkeit der Abrechnungen wird, anders als das Berufungsgericht meint, auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass nicht erläutert wird, weshalb für die Position 14 (Treppenhausreinigung) nicht der Verteilungsschlüssel „Wohn- oder Nutzfläche“, sondern der Verteilungsschlüssel „Laden- bzw. Wohneinheiten“ gewählt worden ist. Es genügt, dass für den Mieter erkennbar ist, welcher Umlageschlüssel angewendet wird. Die Richtigkeit der gewählten Bemessungsgrundlagen ist ausschließlich eine die inhaltliche Ordnungsgemäßheit der Abrechnungen betreffende Frage. Entsprechendes gilt, soweit bei der Abrechnung für das Jahr 2013 auf der zweiten Seite bei den Wasser- und Kanalkosten (Position B) zwei unterschiedliche Beträge aufgeführt sind, von denen auf der Folgeseite nur der höhere Betrag auf den Mieter umgelegt wird.

Betriebskostenabrechnung: Umlage der Grundsteuer bei gemischt genutztem Grundstück

BGB § 556a Abs. 1 S. 2

**Bei der Betriebskostenabrechnung für ein teils gewerblich und teils zu Wohnzwecken genutztes Grundstück bedarf es bezüglich der Umlage der Grundsteuer keines Vorwegabzugs für die gewerblich genutzten Einheiten.**

BGH, Urt. v. 10.5.2017 – VIII ZR 79/16  
(LG Berlin – 63 S 219/15; AG Berlin-Pankow/Weißensee)

**Aus den Gründen:**

[16] Entgegen der Auffassung der Revision enthält der Mietvertrag keine Vereinbarung über eine getrennte Abrechnung der auf die gewerblichen Einheiten entfallenden Betriebskosten (sog. Vorwegabzug). Mit der Umlage der Betriebskosten „nach dem Verhältnis der Wohn- und Nutzflächen des Hauses“ (§ 3 Nr. 4 des Formular-Mietvertrags) wird lediglich geregelt, dass die Betriebskosten – insgesamt – nach dem Flächenmaßstab zu verteilen sind. Die Frage eines Vorwegabzugs wird in der Klausel nicht einmal erwähnt.

[17] Ohne Erfolg macht die Revision in diesem Zusammenhang geltend, die Mietvertragsparteien hätten – wie die Abrechnungspraxis der ursprünglichen Vermieterin zeige – die genannte Klausel übereinstimmend dahin verstanden, dass der Vermieter einen Vorwegabzug für die gewerblich genutzten Einheiten vornehmen müsse. Unabhängig davon, ob es sich dabei um neuen, in der Revisionsinstanz unbeachtlichen Tatsachenvortrag handelt, lässt die bloße Abrechnungsweise der Rechtsvorgängerin einen derartigen Schluss nicht zu.



## Baurecht

[18] Auch aus § 556a Abs. 1 S. 2 BGB lässt sich, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, nichts für eine Notwendigkeit des von den Klägern geforderten Vorwegabzugs bei der Grundsteuer herleiten. Nach dieser Vorschrift sind Betriebskosten, die von einem erfassten Verbrauch oder von einer erfassten Verursachung durch die Mieter abhängen, nach einem Maßstab umzulegen, der dem unterschiedlichen Verbrauch oder der unterschiedlichen Verursachung Rechnung trägt. Eine erfasste unterschiedliche Verursachung im Sinne dieser Vorschrift scheidet jedoch von vornherein aus, weil die Grundsteuer auf einer einheitlichen Festsetzung durch die Gemeinde beruht und nicht von einem Verhalten der Mieter abhängt. Zudem ergibt sich aus dieser Vorschrift ... keine Verpflichtung zu einem Vorwegabzug der auf die gewerblichen Mieter entfallenden Betriebskosten (BGH, Urt. v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, MDR 2006, 802 m. Anm. Walter = NJW 2006, 1419 Rz. 30; v. 25.10.2006 – VIII ZR 251/05, MDR 2007, 455 = NJW 2007, 211 Rz. 16). ...

[20] Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats ist ein Vorwegabzug aus Billigkeitsgründen gem. §§ 315, 316 BGB (hierzu BGH v. 8.3.2006, a.a.O. Rz. 16; v. 25.10.2006, a.a.O.) (nur) dann erforderlich, wenn – wofür der Mieter die Darlegungs- und Beweislast trägt – durch die gewerbliche Nutzung erhebliche Mehrkosten (pro Quadratmeter) entstehen (BGH, Urt. v. 11.8.2010 – VIII ZR 45/10, MDR 2010, 1102 = NJW 2010, 3363 Rz. 22; ...).

[22] Wie bereits das AG zutreffend ausgeführt hat, handelt es sich bei der Grundsteuer um eine ertragsunabhängige Objektsteuer, das heißt, die in einem Abrechnungsjahr erhobene Steuer hängt grundsätzlich nicht von den in diesem Jahr erzielten Erträgen und ihrer Verteilung auf die Nutzung zu gewerblichen Zwecken einerseits und zu Wohnzwecken andererseits ab. Vielmehr wird die Grundsteuer auf der Basis der vom örtlichen Finanzamt erlassenen Bescheide über den Einheitswert (hier: 110.600 DM bzw. 56.548 €) und den Grundsteuermessbetrag (hier: 565,48 €, errechnet im Wege der Multiplikation des Einheitswertes mit der Steuermesszahl 10 vom Tausend) sowie des von der Gemeinde durch Satzungsbeschluss festgelegten Hebesatzes (in Berlin Multiplikator 8,1 [810 %]) ermittelt.

[23] Zwar findet bei der Festsetzung des Einheitswertes für ein – wie hier – Grundstück mit einem gemischt genutzten Gebäude das Ertragswertverfahren Anwendung (vgl. §§ 36 ff. BewG). Wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, wird dabei ein in der Vergangenheit festgesetzter Einheitswert (wie hier der Bescheid vom 1.1.1996) anlässlich eines Eigentümerwechsels in der Regel nicht aktualisiert, sondern wirkt auch gegenüber dem Rechtsnachfolger (vgl. § 182 Abs. 2 AO). Zudem erfolgt die Festsetzung des Einheitswertes regelmäßig bezogen auf die Wertverhältnisse zu einem weit zurückliegenden Zeitpunkt – hier auf den 1.1.1935. Auch die Revision stellt nicht in Abrede, dass es bei der derzeitigen gesetzlichen Regelung und behördlichen Praxis der Grundsteuererhebung keinen direkten Zusammenhang zwischen der im Abrechnungsjahr anfallenden Grundsteuer und der konkreten Nutzungsaufteilung sowie der konkreten Ertragssituation in diesem Zeitraum gibt. Damit fehlt es aber an der maßgeblichen Voraussetzung eines Vorwegabzugs, dass die gewerbliche Nutzung erhebliche Mehrkosten verursacht, die es unbillig erscheinen lassen, die Kosten (ohne Vorwegabzug) einheitlich nach dem Flächenmaßstab zu verteilen.

[24] Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (Staudinger/Weitemeyer, Neub. 2014, § 556a BGB Rz. 34 ff. [Rz. 34a: die Aufteilung der Grundsteuer müsse

„aus dem Grundsteuermessbescheid herausgerechnet“ werden]; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 12. Aufl., § 556a BGB Rz. 84 bis 89; Langenberg/Zehelein, Betriebskosten und Heizkostenrecht, 8. Aufl., FV Rz. 173, F VI Rz. 202 f.; Wall, Betriebskostenrecht, 4. Aufl., Rz. 3106) ist daher bei der Grundsteuer kein Vorwegabzug „aus Gerechtigkeitsgründen“ vorzunehmen. Die Vertreter dieser Auffassung berücksichtigen zum einen den Ausnahmecharakter, der einem Vorwegabzug nach der Rechtsprechung des Senats zukommt, nicht in der gebotenen Weise. Zum anderen wird meist nicht ausreichend erfasst, dass bei dem gegenwärtigen System der Grundsteuererhebung ... gerade nicht festgestellt werden kann, dass die gewerbliche Nutzung im jeweiligen Abrechnungsjahr deutlich höhere Kosten je Quadratmeter verursacht. Soweit überhaupt erkannt wird, dass es bei der Festsetzung der Grundsteuer für das jeweilige aktuelle Abrechnungsjahr nicht darauf ankommt, ob die Nutzung der Gewerbeflächen und das Verhältnis der Erträge im Abrechnungszeitraum den im Einheitswertbescheid zugrunde gelegten Verhältnissen entspricht (vgl. Langenberg/Zehelein, a.a.O.), wird daraus nicht die nach der Senatsrechtsprechung zum Vorwegabzug notwendige Rechtsfolge gezogen.

[25] Wenn die Revision fordert, der Vermieter müsse für jedes Abrechnungsjahr ermitteln, welche Erträge auf die gewerbliche und auf die Wohnnutzung entfielen, und so dann einen Vorwegabzug in Höhe des Anteils der gewerblichen Nutzung am Gesamtertrag im Abrechnungsjahr vornehmen, verkennt sie, dass dies schon deshalb nicht zu einer von den Klägern eingeforderten „gerechteren“ Kostenverteilung führen kann, weil die Höhe der im Abrechnungsjahr jeweils umzulegenden Grundsteuer von diesen Umständen gerade nicht abhängt.



## Baurecht

Unwirksame Festpreisklausel in den AGB des Auftraggebers

BGB §§ 305c Abs. 2, 306 Abs. 2, 307 Abs. 1 S. 1, 313; VOB/B § 2 Abs. 3

**Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Einheitspreis-Bauvertrags enthaltene Klausel**

**„Die dem Angebot des Auftragnehmers zugrunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich.“**

**benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist daher unwirksam.**

BGH, Urt. v. 20.7.2017 – VII ZR 259/16  
(OLG Düsseldorf – I-22 U 79/16; LG Duisburg)

**Aus den Gründen:**

[23] Ziff. 3.1 der Allgemeinen Vertragsgrundlagen ist ... gem. § 307 BGB unwirksam. Bei dieser Prüfung ist auch im Individualprozess die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen, wenn diese zur Unwirksamkeit der Klausel führt und dadurch den Kunden begünstigt, § 305c Abs. 2 BGB (BGH, Urt. v. 12.5.2016 – VII ZR 171/15, BGHZ 210, 206 = MDR 2016, 762 Rz. 42 m.w.N.). Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die vom Berufungsgericht getroffene Auslegung möglicherweise

## Kfz- und Verkehrsrecht

die am nächsten liegende und allen Interessen am besten gerecht werdende Auslegung ist.

[24] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erlaubt die Klausel eine nicht völlig fernliegende, sondern auch ernsthaft in Betracht zu ziehende Auslegung, nach der durch sie auch Ansprüche auf Anpassung der Vergütung nach § 313 BGB wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen sein sollen.

[25] Der Wortlaut von Ziff. 3.1 erfasst auch diese Fälle. Zwar trifft es zu, worauf das Berufungsgericht abstellt, dass sich der Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage als gesetzliche Ausformung des Gedankens von Treu und Glauben darstellt. Gleichwohl kommt als – typische – Anpassung des Vertrags gerade eine Anpassung der Vergütung in Betracht, so dass es dem entgegensteht, wenn die Preise für die gesamte Vertragsdauer verbindlich bleiben sollen. Auch die systematische Stellung von Ziff. 3.1 unter der Überschrift „Vergütung“ steht deshalb der Annahme nicht entgegen, dass eine Preis-anpassung nach § 313 BGB, die gerade die Vergütung betrifft, nicht gemeint sein könne.

[26] Auch der vom Berufungsgericht herangezogene Umstand, dass rechtlicher Anknüpfungspunkt für § 313 BGB keine bloßen Mengenabweichungen von mehr als 10 % sind, ist kein ausreichender Anhaltspunkt dafür, dass die Klausel diese Fälle keinesfalls umfassen solle. [*Wird ausgeführt.*]

[27] Schließlich vermag auch die Verwendung des zusätzlichen Begriffs „grundsätzlich“ die Reichweite der Klausel nicht einzuschränken. Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass dieser Begriff verschiedene Bedeutungen haben kann. Außerhalb der juristischen Terminologie wird er häufig auch im Sinne von „ausnahmslos“ verwendet, was hier zu Lasten der Beklagten angenommen werden muss.

[28] Der Ausschluss des Anspruchs auf Anpassung des Preises unter den Voraussetzungen von § 313 BGB benachteiligt die Klägerin in unangemessener Weise, weil sie in Fällen, in denen ihr dies unzumutbar wäre, an dem unveränderten Vertragspreis festgehalten würde. Ziff. 3.1 der Allgemeinen Vertragsbedingungen ist daher gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam (vgl. BGH, Beschl. v. 4.11.2015 – VII ZR 282/14, BauR 2016, 260 Rz. 25 = NZBau 2016, 96). [Rz. 29-33] ...

#### Haftungsverteilung bei Schadensverursachung durch Architekten und Bauunternehmer

BGB §§ 254, 278

Bei der Abgrenzung zwischen mehreren Schadensverursachern ist zu berücksichtigen, dass Planungsfehler grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des planenden Architekten, Ausführungsfehler hingegen in den Verantwortungsbereich des bauausführenden Unternehmers fallen. ●

OLG Celle, Urt. v. 18.5.2017 – 7 U 168/16  
(LG Hildesheim – 2 O 165/15)

#### Aus den Gründen:

... Die Überwachungspflicht des bauleitenden Architekten dient regelmäßig nicht dem Schutz des bauausführenden Unternehmens, sondern dem Schutz des Auftraggebers (... OLG Stuttgart, Urt. v. 19.11.2015 – 2 U 56/15, NZB verworfen durch BGH, Beschl. v. 6.4.2016 – VII ZR 283/15, BauR 2016, 1531). Das rechtfertigt eine Quotierung,

bei der der überwiegende Haftungsanteil beim planenden Architekten, also dem Streithelfer zu verbleiben hat. Dementsprechend hat der Sachverständige G. ... eine Verantwortung des Streithelfers im Bereich von 80 % angesprochen. ...

Entgegen der Ansicht des Streithelfers lässt sich aus der ... Entscheidung des OLG Braunschweig, Urt. v. 17.1.2013 – 8 U 203/10, BauR 2016, 2107 nichts anderes herleiten. Auch das OLG hat ausgeführt, dass die Haftungsquote von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist (juris Rz. 49). Die Auffassung – unter Bezug auf eine Entscheidung des OLG München, Urt. v. 9.6.2011 – 9 U 502/11, BauR 2011, 1832 ff. – bei falscher Planungsvorgabe durch den Auftraggeber und unterlassenem Hinweis des Auftragnehmers seien die Mangelbeseitigungskosten grundsätzlich hälftig zu teilen, wenn Auftraggeber und Auftragnehmer selbst fachkundig oder fachkundig beraten sind und keine Umstände vorliegen, die für eine überwiegende Verantwortlichkeit des einen oder anderen Teils sprächen, besagt für den vorliegenden Fall nichts. Denn in dem vom OLG Braunschweig zu beurteilenden Sachverhalt waren die Pläne (Straßenbau) für den Auftragnehmer erkennbar falsch (OLG Braunschweig, a.a.O. Rz. 50). Das war im vorliegenden Fall gerade nicht so. ...

Der Streithelfer, der als planender Architekt für seinen Planungsfehler einzustehen hat, kann sich schließlich im Innenverhältnis gegenüber dem beklagten Bauherrn nicht zu seiner Entlastung darauf berufen, dass die Klägerin seine fehlerhaft geplante Bauleistung obendrein nicht fachgerecht ausgeführt hat (vgl. schon BGH, Urt. v. 4.5.1970 – VII ZR 134/68, VersR 1970, 744; v. 29.6.2000 – VII ZR 186/99, MDR 2000, 1313 f. = ZfBR 2000, 538, 540). Der Beklagte muss sich als Bauherr den Planungsfehler seines Architekten im Verhältnis zur Klägerin nach §§ 254, 278 BGB zurechnen lassen (vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 23.5.2007 – 13 U 176/02, BauR 2008, 1144 = juris Rz. 80; Werner/Frechen in Werner/Pastor, Der Bauprozess, 19. Aufl., Rz. 1989), weshalb der Beklagte dem Haftungsanteil des Streithelfers entsprechend zu verurteilen war. Er schuldete als Bauherr der bauausführenden Klägerin mangelfreie Pläne; wie ausgeführt waren die Pläne des Streithelfers nicht mangelfrei, die fehlerhafte Ausführung beruhte wesentlich auf den fehlerhaften Plänen. ...



#### Kfz- und Verkehrsrecht

##### Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten bei der Schadensregulierung mit eigenem Kaskoversicherer

BGB § 249; ZPO § 287; RVG §§ 14, 15

Allein der Umstand, dass bei der späteren Regulierung durch den Kaskoversicherer auch ein Quotenvorrecht des Geschädigten zu berücksichtigen sein kann, reicht nicht aus, um aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten die Erforderlichkeit der anwaltlichen Vertretung schon bei der ersten Kontaktaufnahme mit seinem Kaskoversicherer zu begründen (Fortführung von BGH, Urt. v. 18.1.2005 – VI ZR 73/04, MDR 2005, 751; v. 10.1.2006 – VI ZR 43/05, MDR 2006, 929; v. 8.5.2012 – VI ZR 196/11, MDR 2012, 759).

Wird in einem solchen Fall eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt im späteren Verlauf erforderlich, führt die zu frühe Einschaltung des Rechtsanwalts – für sich genommen – nicht notwendig zu einem vollständigen

## Kfz- und Verkehrsrecht

**Ausschluss des gem. § 287 ZPO frei zu schätzenden Schadens wegen der Rechtsverfolgungskosten.**

**Im Falle einer quotenmäßigen Haftung des Schädigers sind diesem Rechtsverfolgungskosten, die dadurch entstehen, dass der Geschädigte seinen Kaskoversicherer nur im Hinblick auf den ihm selbst verbleibenden Schadensteil in Anspruch nimmt, nicht zuzurechnen.**

BGH, Urt. v. 11.7.2017 – VI ZR 90/17  
(LG Gera – 1 S 361/15; AG Pößneck)

**Aus den Gründen:**

[10] Zu den ersatzpflichtigen Aufwendungen des Geschädigten zählen grundsätzlich die durch das Schadensereignis erforderlich gewordenen und adäquat verursachten Rechtsverfolgungskosten (BGH, Urt. v. 10.1.2006 – VI ZR 43/05 Rz. 5, MDR 2006, 929 = NJW 2006, 1065). Teil der Schadensabwicklung ist auch die Entscheidung, den Schadensfall einem Versicherer zu melden. Die für die Anmeldung des Versicherungsfalles bei dem eigenen Versicherer anfallenden Rechtsverfolgungskosten können daher ersatzfähig sein, wenn sie adäquat kausal auf dem Schadensereignis beruhen und die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe unter den Umständen des Falles aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig war (BGH, Urt. v. 18.1.2005 – VI ZR 73/04, MDR 2005, 751 = NJW 2005, 1112; ...).

[11] Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die auf dieser Grundlage erfolgte Beurteilung des Berufungsgerichts, es sei dem Kläger selbst möglich gewesen, seinen Kaskoversicherer zur Leistung aufzufordern.

[12] Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts beschränkte sich das erste Schreiben des Bevollmächtigten darauf, dem Kaskoversicherer den Schadensfall unter Übersendung des Anspruchsschreibens an den gegnerischen Haftpflichtversicherer und des Sachverständigen-gutachtens zu melden. Es ist weder ersichtlich noch dargetan, warum der Kläger die ihm wegen der Beschädigung seines Fahrzeugs gegen seinen eigenen Kaskoversicherer zustehenden Ansprüche nicht ohne anwaltliche Hilfe bei diesem hätte anmelden können. Es bestanden nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kaskoversicherer seine Leistungspflicht in Abrede stellen oder zögerlich oder fehlerhaft regulieren werde. Dem ist die Revision nicht entgegengetreten.

[13] Sie begründet die von ihr angenommene Erforderlichkeit der anwaltlichen Vertretung bei der Schadensanmeldung (lediglich) damit, dass dem Kläger das Quotenvorrecht gem. § 86 Abs. 1 S. 2 VVG (vgl. BGH, Urt. v. 8.12.1981 – VI ZR 153/80, BGHZ 82, 338 ff. m.w.N. = MDR 1982, 398) zugestanden habe und es sich dabei um eine komplexe Schadensmaterie handle. Entgegen der Ansicht der Revision reicht aber allein der Umstand, dass bei der späteren Regulierung durch den Kaskoversicherer auch ein Quotenvorrecht des Geschädigten zu berücksichtigen sein kann, nicht aus, um aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten die Erforderlichkeit der anwaltlichen Vertretung schon bei der ersten Kontaktaufnahme mit dem Kaskoversicherer zu begründen. Die Revision verkennt, dass es bei der Beurteilung auf die konkrete anwaltliche Tätigkeit ankommt, die hier lediglich in der Übersendung bereits vorhandener Unterlagen bestanden hat. Insb. macht die Revision weder geltend noch ist sonst ersichtlich, dass das Quotenvorrecht bereits bei der Schadensanmeldung eine irgendwie geartete Bedeutung hätte erlangen können, beispielsweise etwa die Verrechnung von durch den gegnerischen Haftpflichtversicherer ge-

zahlten Vorschüssen erforderlich gewesen sei (dazu OLG Frankfurt, Urt. v. 2.12.2014 – 22 U 171/13, DAR 2015, 236 f.; vgl. auch *Balke*, SVR 2016, 349, 351 f.).

[14] Zu Recht als rechtsfehlerhaft rügt die Revision aber die Annahme des Berufungsgerichts, soweit angesichts der umfangreichen Korrespondenz mit dem Kaskoversicherer eine Erforderlichkeit der anwaltlichen Vertretung im weiteren Verlauf in Betracht komme, stehe dem Kläger kein Schadensersatzanspruch zu, weil der Gebührenanspruch bereits mit dem ersten – nicht erforderlichen – Schreiben des Bevollmächtigten in voller Höhe entstanden sei. Der Umstand, dass der Kläger seinen Bevollmächtigten bereits bei der Schadensanmeldung, mithin zu früh, eingeschaltet hatte, führt – für sich genommen – jedenfalls nicht zu einem vollständigen Ausschluss des gem. § 287 ZPO frei zu schätzenden Schadens wegen der dem Kläger entstandenen Rechtsverfolgungskosten.

[15] Bei der hier geltend gemachten Geschäftsgebühr handelt es sich um eine Satzrahmengebühr im Sinne von § 13 Abs. 1 S. 1, § 14 Abs. 1 S. 1 RVG. Der Rechtsanwalt bestimmt die sich nach einem Gegenstandswert gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 RVG richtende Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers, nach billigem Ermessen innerhalb eines Gebührenrahmens von 0,5 bis 2,5 Gebühren, § 14 Abs. 1 S. 1 RVG i.V.m. Nr. 2300 VV-RVG. Die Geschäftsgebühr entsteht gem. Vorbem. 2.3 Abs. 3 zu Nr. 2300 VV-RVG für das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information und für die Mitwirkung bei der Gestaltung eines Vertrags. Es entsteht mithin eine (erste) Gebühr nach Maßgabe des § 14 Abs. 1 RVG, sobald der Anwalt nach Erteilung des Auftrags die ersten Tätigkeiten in diesem Zusammenhang ausübt.

[16] Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat es dabei aber... nicht sein Bewenden. Denn Rahmengebühren entstehen durch jede weitere Erfüllung des Gebührentatbestands jeweils nach Maßgabe des § 14 Abs. 1 RVG erneut. Der Rechtsanwalt kann sie gemäß § 15 Abs. 1 u. 2 RVG aber nur einmal höchstens bis zu einem Gebührenrahmen von 2,5 fordern. In diesem Sinne ist für die nach billigem Ermessen vorzunehmende Bestimmung der Gebühr auch maßgebend, wie oft ein Gebührentatbestand erfüllt worden ist. Eine Rahmengebühr kann so bis zur oberen Grenze des Rahmens anwachsen (allg. Meinung, *Mayer* in Gerold/Schmidt, RVG, 22. Aufl., § 15 Rz. 2; *Baumgärtel* in Baumgärtel/Hergenröder/Houben, RVG, 16. Aufl., § 15 Rz. 3; *Bischof* in Bischof/Jungbauer/Bräuer/Klipstein/Klüsener/Uher, RVG, 7. Aufl., § 15 Rz. 5; *Winkler* in Mayer/Kroiß, RVG, 5. Aufl., § 15 Rz. 8z; zu § 13 BRAGO *Madert* in Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, BRAGO, 15. Aufl., § 13 Rz. 2; vgl. auch BT-Drucks. 2/2545, 234).

[17] Soweit ohne nähere Begründung etwas anderes vertreten wird (*Ernst*, RVG, 2005, § 15 Rz. 2, 3; *Onderka* in Goebel/Gottwald, RVG, 2004 § 15 Rz. 3) beruht dies auf einer verkürzten Wiedergabe des Wortlauts des § 15 Abs. 1 und 2 RVG (*Bischof*, a.a.O., RVG, 5. Aufl., § 15 Rz. 61). Die andere Ansicht kann schon deshalb nicht richtig sein, weil bei der Entstehung der ersten Gebühr noch nicht feststeht, in welcher Höhe die Geschäftsgebühr gem. § 14 Abs. 1 S. 1, § 15 Abs. 1 u. 2 RVG letztlich anfallen wird (vgl. zu der parallelen Problematik bei der Geltendmachung von Rechtsverfolgungskosten als Verzugsschaden gem. § 286 BGB *Müller-Rabe* in Gerold/Schmidt, RVG, 22. Aufl., § 1 Rz. 249). [Rz. 18-23] ...



## Haftungsrecht

## Unfall nach Vorbeifahren an einer Fahrzeugschlange

StVO §§ 1 Abs. 2, 8 Abs. 2

Das Vorfahrtsrecht entbindet den Verkehrsteilnehmer, der an einer zum Stillstand gekommenen Fahrzeugkolonne links vorbeifährt, nicht von der Pflicht auf größere Lücken in der Kolonne zu achten. Er muss sich darauf einstellen, dass diese Lücken vom Querverkehr benutzt werden und darf sich einer solchen Lücke daher gem. § 1 Abs. 2 StVO nur mit voller Aufmerksamkeit und unter Einhaltung einer Geschwindigkeit nähern, die ihm notfalls ein sofortiges Anhalten ermöglicht. ○

OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.4.2017 – I-1 U 147/16 (LG Wuppertal – 7 O 34/14)

## Aus den Gründen:

... Kommt eine Fahrzeugreihe vor einer Einmündung ins Stocken, dann muss derjenige Verkehrsteilnehmer, der diese Reihe überholen will, mit dem Vorhandensein für ihn unsichtbarer Hindernisse rechnen und seine Geschwindigkeit darauf einrichten (BGH, Urt. v. 13.5.1969 – VI ZR 176/68, VersR 1969, 756). An diese Entscheidung des BGH knüpft die in der obergerichtlichen Judikatur entwickelte sog. „Lückenrechtsprechung“ an. Danach muss ein vorfahrtberechtigter Verkehrsteilnehmer, der an einer zum Stillstand gekommenen Fahrzeugkolonne links vorbeifährt, bei Annäherung an eine Kreuzung oder Einmündung auf größere Lücken in der Kolonne achten. Er hat sich darauf einzustellen, dass diese Lücken vom Querverkehr benutzt werden. Er muss zudem damit rechnen, dass der eine solche Lücke ausnutzende Verkehrsteilnehmer nur unter erheblichen Schwierigkeiten an der haltenden Fahrzeugschlange vorbei Einblick in den parallel verlaufenden Fahrstreifen nehmen und das Verkehrsverhalten der dort befindlichen Fahrzeugführer beobachten kann. Er darf sich der Lücke daher nur mit voller Aufmerksamkeit und unter Beachtung einer Geschwindigkeit nähern, die ihm notfalls ein sofortiges Anhalten ermöglicht (st.Rspr. des Senats, zuletzt OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.2.2016 – I-1 U 50/15, juris; ...; OLG Hamm v. 23.4.2013 – I-9 U 12/13, NZV 2014, 176; Spelz in Freymann/Wellner, jurisPK-StrVerfR, 1. Aufl. 2016, § 8 StVO Rz. 65). Hier war aus Sicht des Klägers bei Annäherung an die Einmündung offensichtlich und es musste sich dem Kläger aufdrängen, dass vor dem haltenden Lkw eine Einmündung auf die XXXstraße vorhanden war, aus der Fahrzeuge heraus auf die XXXstraße einbiegen konnten, auch wenn ihm die Sicht nach rechts durch die Sattelzugmaschine versperrt gewesen sein sollte. Denn schließlich befand sich vor der Einmündung die bereits erwähnte Vorschaltampel mit einer Haltelinie. Hinter dem Einmündungsbereich befand sich zudem in Gegenrichtung eine Linksabbiegerspur für den Verkehr, der nach links in die XXXstraße einbiegen will. Links neben der Linksabbiegerspur, auf der der Kläger fuhr, war eine Sperrfläche. Es konnten daher für ihn keine Zweifel bestehen, dass sich vor dem haltenden Lkw eine Einmündung befand. ...

Der Kläger hätte mithin damit rechnen müssen, dass sich vor dem haltenden Lkw eine „Lücke“ befindet und Fahrzeuge versuchen, die von ihm befahrene Linksabbiegerspur zu queren. Damit hätte er sich der Einmündung nur mit voller Aufmerksamkeit und unter Beachtung einer Geschwindigkeit nähern dürfen, die ihm notfalls ein sofortiges Anhalten ermöglicht. Dies hat er nicht getan. Auch wenn der Sachverständige Dipl.-Ing. XX nur eine

Relativgeschwindigkeit in Richtung des Stoßantriebes von 23–34 km/h ermitteln konnte und daraus folgt, dass die Geschwindigkeiten beider Fahrzeuge nicht besonders hoch gewesen sein können, so ergibt sich nicht ansatzweise aus dem Vortrag des Klägers, dass er überhaupt auf von rechts kommenden Verkehr geachtet hätte. Im Gegenteil: auch in der Berufung bleibt er bei seinem Standpunkt, dass er mit querendem Verkehr nicht hätte rechnen müssen. Wenn er hingegen seine Aufmerksamkeit auf möglicherweise vor der Front des Lkws querende Fahrzeuge gerichtet hätte und mit einer entsprechend niedrigen Geschwindigkeit gefahren wäre, die ein sofortiges Anhalten ermöglicht hätte, hätte er... die Kollision vermeiden können.

(Einsender: VorsRiOLG Dr. Scholten, Düsseldorf)

**Hinweis der Redaktion:** Zur sog. Lückenrechtsprechung s.a. KG, Urt. v. 25.11.2002 – 12 U 110/01, MDR 2003, 626.



## Haftungsrecht

Klage gegen Sachverständigen wegen unrichtigen Gerichtsgutachtens

BGB §§ 839a Abs. 2, 839 Abs. 3

**Die Einholung eines Privatgutachtens zählt nicht zu den „Rechtsmitteln“ i.S.v. § 839a Abs. 2, § 839 Abs. 3 BGB.**

BGH, Beschl. v. 27.7.2017 – III ZR 440/16 (OLG Celle – 4 U 102/13; LG Hannover)

## Aus den Gründen:

[5] ... [Es] kommt ... auf die – vom Berufungsgericht offen gelassene – Frage, ob die Haftung des Beklagten wegen schuldhaften Nichtgebrauchs eines Rechtsmittels nach § 839a Abs. 2, § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist, [für die vorliegende Nichtzulassungsbeschwerde] nicht entscheidungserheblich an. ... Allerdings sieht der erkennende Senat Anlass für den Hinweis, dass die Auffassung des Berufungsgerichts (dessen Entscheidung u.a. in MDR 2016, 1203 veröffentlicht worden ist), wonach die Einholung eines Privatgutachtens als „Rechtsmittel“ im Sinne dieses Haftungsausschlusses anzusehen sei, von Rechtsfehlern beeinflusst ist.

[6] Als „Rechtsmittel“ kommen zwar auch solche Befehle in Betracht, die sich unmittelbar gegen das fehlerhafte Gutachten selbst richten und die bestimmt und geeignet sind, eine auf das Gutachten gestützte instanzbeendende gerichtliche Entscheidung zu verhindern. Zu denken ist insoweit etwa an Gegenvorstellungen und Hinweise auf die Unrichtigkeit des Gutachtens (vgl. § 411 Abs. 4 ZPO), an Anträge, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, oder an formelle Beweisanträge auf Einholung eines neuen (Ober-)Gutachtens gem. § 412 Abs. 1 ZPO (BGH, Beschl. v. 28.7.2006 – III ZB 14/06 Rz. 11, MDR 2007, 290 = NJW-RR 2006, 1454 f.; Urt. v. 5.7.2007 – III ZR 240/06 Rz. 8, BGHZ 173, 98, 100 f. = MDR 2007, 1210).

[7] Nicht unter die „Rechtsmittel“ i.S.v. § 839a Abs. 2, § 839 Abs. 3 BGB fällt indessen die Einholung eines Privatgutachtens, um Einwände gegen ein beanstandetes gerichtliches Sachverständigengutachten zu substantiieren (so auch ... Staudinger/Wöstmann, BGB 2013, § 839a



## Haftungsrecht

Rz. 27 m.w.N. aus dem Schrifttum; ... a.A. OLG Celle DS 2012, 82 ff.; LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 15.10.2012 – 3 O 3620/12, BeckRS 2014, 15746). Zwar mag die Einholung und Vorlage eines Privatgutachtens die Aussicht dafür erhöhen, dass das Prozessgericht einem Antrag auf Einholung eines neuen (Ober-)Gutachtens Folge leistet (OLG Celle, a.a.O.; LG Nürnberg-Fürth, a.a.O.). Eine nicht sachkundige Partei ist jedoch generell nicht verpflichtet, zur Substantiierung ihrer Einwendungen gegen ein gerichtliches Sachverständigengutachten einen Privatgutachter zu konsultieren (BGH, Urt. v. 19.2.2003 – IV ZR 321/02, MDR 2003, 766 = NJW 2003, 1400 f.; v. 18.10.2005 – VI ZR 270/04 Rz. 15, MDR 2006, 531 = NJW 2006, 152, 154; v. 8.7.2008 – VI ZR 259/06 Rz. 27, MDR 2008, 1155 = NJW 2008, 2846, 2849 ...). Dementsprechend kann es ihr nicht i.S.v. § 839a Abs. 2, § 839 Abs. 3 BGB anspruchsausschließend zur Last fallen, wenn sie dies unterlassen hat.

#### Identifizierende Berichterstattung über den Urheber von Hassbotschaften im Internet

BGB §§ 823, 824, 1004; StGB § 186

**Der Urheber von Hassbotschaften, die er auf seinem Facebook-Account abgesetzt hat, muss die Bereithaltung einer identifizierende Berichterstattung über seine Hassbotschaften in den Online-Archiven einer Zeitung dulden. Er muss sich entgegen halten lassen, dass er mit seiner Botschaft selbst an die Öffentlichkeit gegangen ist.** ●

OLG Saarbrücken, Urt. v. 30.6.2017 – 5 U 17/16 (LG Saarbrücken – 4 O 166/15)

#### Aus den Gründen:

... Entgegen der Ansicht des Klägers überwiegt das Interesse der Beklagten und der Öffentlichkeit an einer identifizierenden Berichterstattung gegenüber dem Interesse des Klägers, nicht namentlich genannt zu werden. Das Ergebnis der Abwägung fällt auch hinsichtlich des weiteren Bereithaltens des Beitrags im Online-Archiv der Beklagten nicht anders aus. Der Kläger kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Beklagte dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit auch ohne Nennung „seines“ vollen Namens habe gerecht werden können. Da es zur Aufgabe der Presse gehört, Verfehlungen – auch konkreter Personen aufzuzeigen, darf sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht grundsätzlich auf eine anonymisierte Berichterstattung verwiesen werden (vgl. BGH, Urt. v. 13.11.2012 – VI ZR 330/11, MDR 2013, 151; Urt. v. 30.10.2012 – VI ZR 4/12, NJW 2013, 229; OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.9.2015 – I-16 U 129/15, juris; OLG Köln v. 12.11.2013 – 15 U 55/13, AfP 2014, 155). Mit Blick auf die Kontrollfunktion der Presse, die Öffentlichkeit berührende Missstände ans Licht zu holen und zur Diskussion und weiteren Aufklärung zu stellen, erscheint die personalisierte Darstellungsweise im Streitfall als ein durchaus zulässiges Mittel, die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf den Missstand von Hassbotschaften im Internet zu lenken (vgl. allg. zu dem Interesse an einer Personalisierung *Löffler*, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 6 Rz. 30, 47).

Entgegen der Ansicht des Klägers war auch weder mit der Einstellung des streitgegenständlichen Berichts auf der Webseite der Beklagten eine unzumutbare Beeinträchtigung des Klägers verbunden, noch ergibt sich eine solche unter den konkreten Umständen des Einzelfalls aus der

weiteren Bereithaltung zum Abruf in deren Online-Archiv. In diesem Zusammenhang muss der Kläger sich insb. entgegen halten lassen, dass er selbst aus freien Stücken durch das Absetzen des streitgegenständlichen Posts auf die Facebook-Seite P. s an die Öffentlichkeit gegangen und deshalb von dem streitgegenständlichen Pressebeitrag nicht in seiner Intim- oder Privatsphäre, sondern lediglich in seiner Sozialsphäre betroffen ist (vgl. *Spindler*, JZ 2014, 981; allg. zu dem geringeren Schutzniveau in der sog. Sozialsphäre BGH, Urt. v. 27.9.2016 – VI ZR 250/13, MDR 2017, 209 = NJW 2017, 482), in welcher er sich gegenüber einer individualisierenden Berichterstattung nur noch mit geringerem Gewicht auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht berufen kann (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.6.2009 – 1 BvR 1107/09, juris; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.9.2015 – I-16 U 120/15, juris zu dem Fall, dass der Betroffenen sich „freiwillig“ seiner Anonymität begeben hat).

Da der streitgegenständliche Pressebeitrag sich auf die schlichte Wiedergabe des klägerischen Posts beschränkt, kann auch weder eine unzulässige Anprangerung noch einer diffamierende Schmähung angenommen werden. Zugunsten der Beklagten fällt ferner ins Gewicht, dass trotz des Zeitablaufs jedenfalls derzeit noch – weiterhin ein Interesse der Öffentlichkeit an der streitgegenständlichen Berichterstattung in der ursprünglichen Form – unter Nennung des Namens des Klägers – besteht (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 13.11.2012 – VI ZR 330/11, MDR 2013, 151; ...). Unstreitig führt eine Google-Recherche mit dem Namen des Klägers nämlich nicht lediglich zu den Pressebeiträgen des vorliegenden Verfahrens ..., sondern zu weiteren Pressebeiträgen aus Sept. 2015 und Jan. 2016, die sich mit der streitgegenständlichen Berichterstattung und mit der Strafverfolgung der von dem Kläger beanzeigten Journalistin auseinandersetzen, ... Der Kommentar „Justiz und Chauvinismus – Nach einem frauenfeindlichen Kommentar auf der Facebook Seite von A. P.“ in der NRhZ-ONLINE der Neuen Rheinischen Zeitung befasst sich insbesondere auch mit dem zivilrechtlichen Versuch des „mutmaßlich Ertappten seine Schmähe aus dem Netz zu bekommen“. Das belegt die fortbestehende Aktualität der streitgegenständlichen Berichterstattung, die für interessierte Nutzer recherchierbar bleiben muss. Mit einer unzumutbaren Beeinträchtigung des Klägers ist die weitere Bereithaltung des streitgegenständlichen Beitrags in dem Online-Archiv der Beklagten (noch) nicht verbunden. Das folgt nach den oben dargelegten Grundsätzen schon aus der eher geringen Breitenwirkung einer Veröffentlichung auf einer als passive Darstellungsplattform gestalteten Website, die typischerweise nur von solchen interessierten Nutzern zur Kenntnis genommen wird, die sich durch eine gezielte Recherche informieren (BGH, Urt. v. 13.11.2012 – VI ZR 330/11, MDR 2013, 151). Dass das Persönlichkeitsrecht des Klägers aufgrund der Seltenheit seines Namens – insbesondere auch mit Blick auf die sich aus dem Einsatz von Suchmaschinen ergebenden technischen Möglichkeiten – in besonderem Maße beeinträchtigt sein mag, hat er wegen seines Vorverhaltens hinzunehmen. ...

**Hinweis der Redaktion:** Zum Anspruch auf Entfernung eines Suchmaschinen-Links zu einem Presse-Interview s. OLG Celle, Urt. v. 29.12.2016 – 13 U 85/16, MDR 2017, 275.



## Versicherungsrecht

BU-Versicherung: Ermittlung des konkreten Grades der Berufsunfähigkeit

BB-BUZ § 1 Abs. 1

**Für die Bemessung des Grades der Berufsunfähigkeit darf nicht nur auf den Zeitanteil einer einzelnen Tätigkeit abgestellt werden, die der Versicherungsnehmer nicht mehr ausüben kann, wenn diese untrennbarer Bestandteil eines beruflichen Gesamtvorgangs ist (Bestätigung des BGH, Urt. v. 26.2.2003 – IV ZR 238/01, VersR 2003, 631).**

BGH, Urt. v. 19.7.2017 – IV ZR 535/15  
(OLG Stuttgart – 7 U 75/15; LG Ulm)

### Aus den Gründen:

[18] Für die Bemessung des Grades der Berufsunfähigkeit darf nicht nur auf den Zeitanteil einer einzelnen Tätigkeit abgestellt werden, die der Versicherungsnehmer nicht mehr ausüben kann (hier: Tragen schwerer Lasten), wenn es sich hierbei nicht um eine abtrennbare Einzelverrichtung handelt, sondern diese untrennbarer Bestandteil eines beruflichen Gesamtvorgangs ist (vgl. BGH v. 12.1.2011 – IV ZR 190/08, VersR 2011, 552 Rz. 13; ...).

[19] So liegt es nach dem revisionsrechtlich maßgeblichen Sachverhalt hier. Ein wesentlicher Bestandteil der von der Klägerin konkret ausgeübten Berufstätigkeit, wie sie in gesunden Tagen ausgestaltet war (vgl. zu diesem Maßstab BGH, Urt. v. 14.12.2016 – IV ZR 527/15, MDR 2017, 151 = VersR 2017, 216 Rz. 23), war neben Reinigungsarbeiten und einigen weiteren untergeordneten Tätigkeiten wie z.B. Blumenpflege der vollständige Betrieb der kanzleieigenen Kantine. Dazu gehörte nach dem von der Klägerin vorgelegten Anstellungsvertrag und ihrem Prozessvorbringen die vollständige und eigenständige Planung und Durchführung des Mittagessens (für ca. 15-30 Personen) sowie die Durchführung des dafür notwendigen Einkaufs.

[20] Nach den Angaben der Klägerin bei ihren Anhörungen in erster und zweiter Instanz sowie im schriftsätzlichen Vorbringen, die mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts für das Revisionsverfahren zugrunde zu legen sind, bedingte dies angesichts des ihr vorgegebenen Budgets von lediglich 3 € bis 4 € pro Tag und Mitarbeiter sowie des zur Verfügung stehenden Zeitrahmens bei durchschnittlich 200 Essen pro Woche einen wöchentlichen Einkauf im Großmarkt, in dem viele Lebensmittel wie Milch, Kartoffeln, Reis und Mehl nur in Großpackungen von mehr als 5 bis 10 kg zu erwerben waren; z.B. seien Kartoffeln sackweise ab 25 kg beschafft worden, die Einkäufe hätten dann in der Kanzlei vom Fahrzeug über eine Treppe in den Keller gebracht werden müssen, wobei dieser Weg 15 – bis 20-mal zurückzulegen gewesen sei. Dass der Einkauf mit dem vorhandenen Budget und Zeitrahmen auch in einer anderen, die Klägerin weniger belastender Weise hätte durchgeführt werden können – wie die Revisionserwiderung geltend macht –, ist nicht festgestellt.

[21] Dieser wöchentliche Einkauf ist als untrennbarer Bestandteil der von der Klägerin arbeitsvertraglich geschuldeten Versorgung der Mitarbeiter durch die von ihr selbstständig zu führende Kantine anzusehen. Soweit der Klägerin die notwendigen Einkäufe nicht mehr möglich gewesen sein sollten, war ihr auch die weitere Führung der Kantine nicht mehr möglich. Sie hätte dann ihre arbeits-

vertraglichen Pflichten in diesem Bereich vollständig nicht mehr erfüllen können. Der Sachverständige und ihm folgend das Berufungsgericht hätten deshalb nicht nur danach fragen dürfen, welchen zeitlichen Anteil der Einkauf an ihrer Arbeitsleistung hat, sondern auch in den Blick nehmen müssen, in welchem Ausmaß sich ein gegebenenfalls anzunehmender Wegfall der gesamten Essenszubereitung auf ihre Berufstätigkeit in ihrer konkreten Ausgestaltung auswirkt.

[22] Die Sache ist deshalb schon aus diesem Grund an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es prüfen kann, ob und inwieweit sich die von dem Sachverständigen festgestellten Beeinträchtigungen einerseits auf ihre Fähigkeit zur Versorgung der Mitarbeiter in der Kantine auswirken und andererseits, ob der Klägerin im Hinblick auf die sonstigen ihr übertragenen Arbeiten, die zum Teil auch noch gewissen Einschränkungen unterliegen (Arbeiten auf Leitern, gebückte Zwangshaltungen), noch eine mehr als 50%ige Berufsfähigkeit verblieben ist. [Rz. 23-36] ...

BU-Versicherung: Anforderungen an eine wirksame Schweigepflichtentbindung des Versicherungsnehmers

VVG §§ 31, 213; BGB § 242

**1. § 213 VVG steht der Zulässigkeit sog. allgemeiner Schweigepflichtentbindungen nicht entgegen. Der Versicherer darf im Rahmen seiner Leistungsprüfung dem Versicherten die Erteilung einer solchen Erklärung aber regelmäßig nicht abverlangen (Fortführung des BGH, Urt. v. 22.2.2017 – IV ZR 289/14, MDR 2017, 646 f. = r+s 2017, 232).**

**2. Auch nach Inkrafttreten des § 213 VVG ist in Fällen der Datenerhebung ohne ausreichende Rechtsgrundlage, insbesondere bei Nichtbeachtung der Vorgaben des § 213 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 und 4 VVG, sachlichrechtlich zu prüfen, ob der Versicherer nach § 242 BGB gehindert ist, sich auf die Ergebnisse seiner Ermittlungen zu berufen und insbesondere darauf gestützt von dem Gestaltungsrecht der Arglistanfechtung Gebrauch zu machen (Fortführung des BGH, Urt. v. 28.10.2009 – IV ZR 140/08, MDR 2010, 149 ff. = r+s 2010, 55).**

BGH, Urt. v. 5.7.2017 – IV ZR 121/15  
(OLG Schleswig – 16 U 156/13; LG Lübeck)

### Aus den Gründen:

[18] Rechtsfehlerhaft hat es das Berufungsgericht versäumt zu prüfen, ob die von der Beklagten zur Frage vorvertraglicher Anzeigepflichtverletzungen des Versicherungsnehmers und der Versicherten durchgeführte Erhebung von Gesundheitsdaten der Klägerin bei ihren gesetzlichen Krankenversicherern und Ärzten gegen die Vorgaben der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Recht des Versicherten auf informationelle Selbstbestimmung sowie des § 213 VVG verstößt und es der Beklagten infolgedessen möglicherweise nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf die hierdurch gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen der erklärten Arglistanfechtung zu berufen.

[19] Das Berufungsgericht hätte zunächst der Frage der Rechtmäßigkeit der Datenerhebung durch die Beklagte nachgehen müssen.

[20] Dabei hat es entgegen der Auffassung der Revision im Ausgangspunkt noch richtig erkannt, dass die weite

## Versicherungsrecht

Fassung der von der Beklagten vorformulierten und von der Klägerin unterzeichneten Schweigepflichtentbindung für sich genommen keinen rechtlichen Bedenken begegnet. Denn das Gesetz setzt, wie sich aus § 213 VVG ergibt, die Zulässigkeit sog. allgemeiner Schweigepflichtentbindungen voraus. [*Wird ausgeführt.*]

[24] Das Berufungsgericht hat allerdings nicht berücksichtigt, dass der Versicherer im Rahmen seiner Leistungsprüfung dem Versicherten die Erklärung einer solchen allgemeinen Schweigepflichtentbindung regelmäßig nicht abverlangen darf.

[25] Gemäß § 31 Abs. 1 VVG hat der Versicherungsnehmer bei der Erhebung von Daten durch den Versicherer grundsätzlich nur insoweit mitzuwirken, als diese zur Prüfung des Leistungsfalls relevant sind (BGH v. 22.2.2017, a.a.O. Rz. 29 u. 45). Im Falle eines geringen Kenntnisstands des Versicherers kann dies eine gestufte, einem Dialog vergleichbare Datenerhebung erforderlich werden lassen, in deren Rahmen sich die Erhebungen des Versicherers zunächst auf solche Informationen zu beschränken haben, die ihm einen Überblick über die zur Beurteilung des Versicherungsfalls einschließlich des vorvertraglichen Anzeigeverhaltens des Versicherungsnehmers relevanten Umstände ermöglichen (BGH v. 22.2.2017, a.a.O. Rz. 46 f.).

[26] Dementsprechend ist der Versicherungsnehmer aufgrund seiner gesetzlichen Obliegenheit aus § 31 Abs. 1 VVG auch nur insofern gehalten, inhaltlich begrenzte Schweigepflichtentbindungen zu erklären, als das Erhebungsbegehren des Versicherers jeweils zulässigerweise reicht (vgl. BGH v. 22.2.2017, a.a.O. Rz. 47 f.). Dabei ist es ihm zwar unbenommen, zur Beschleunigung der Leistungsprüfung sogleich eine unbeschränkte Entbindungserklärung zu erteilen. Hierüber und über die andernfalls schrittweise zu erfüllende Obliegenheit hat ihn der Versicherer aber eingangs der Erhebungen zu informieren (BGH v. 22.2.2017, a.a.O. Rz. 49). Diese Grundsätze gelten für die Mitwirkungsobliegenheit des bezugsberechtigten Versicherten nach § 31 Abs. 2 VVG entsprechend.

[27] Hat die Beklagte von der Klägerin entgegen diesen Vorgaben gleichwohl verlangt, die fragliche allgemeine Schweigepflichtentbindung zu erteilen, und ist die Klägerin dem nachgekommen, so ist die auf dieser Grundlage durchgeführte Datenerhebung rechtswidrig, weil es an einer wirksamen Einwilligung der betroffenen Person i.S.d. § 213 Abs. 1 Halbs. 2 VVG fehlte. [*Wird ausgeführt.*]

[30] Hat die Klägerin die im Streit stehende Erklärung dagegen erteilt, ohne dass die Beklagte dies verlangt hätte, aber auch ohne von dieser auf die Möglichkeit der schrittweisen Erteilung inhaltlich beschränkter Schweigepflichtentbindungen hingewiesen worden zu sein, so hätte das Berufungsgericht hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der hierauf beruhenden Datenerhebung darüber hinaus prüfen müssen, ob dabei die weiteren Vorgaben des § 213 VVG beachtet wurden.

[31] Die Beklagte hätte die Klägerin insofern vor der Erhebung der Gesundheitsdaten nach § 213 Abs. 1 VVG unterrichten sowie darauf hinweisen müssen, dass sie der Erhebung widersprechen kann (§ 213 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 VVG). Zudem wäre die Klägerin auf ihr Recht hinzuweisen gewesen jederzeit verlangen zu können, dass eine Datenerhebung nur erfolgt, wenn jeweils in die einzelne Erhebung eingewilligt worden ist (§ 213 Abs. 3 und 4 VVG).

[32] Hätte die Beklagte der Klägerin die entsprechenden Informationen nicht erteilt, so wäre die auf Grundlage der allgemeinen Schweigepflichtentbindung durchgeführte Datenerhebung gleichfalls als rechtswidrig anzusehen (vgl. *Höra* in Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., § 213 Rz. 64; ...).

[36] Im Falle einer – unterstellt – rechtswidrigen Datenerhebung wäre in einem zweiten Schritt zu klären, ob die Beklagte daran gehindert war, sich auf das Ergebnis der rechtswidrigen Ermittlungen zu berufen und die Anfechtung der Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung nach § 123 BGB zu erklären.

[37] Nach der Senatsrechtsprechung zur Rechtslage vor Inkrafttreten des neuen Versicherungsvertragsgesetzes ist in Fällen der Datenerhebung ohne ausreichende Rechtsgrundlage sachlich-rechtlich zu prüfen, ob der Versicherer nach § 242 BGB gehindert ist, sich auf die Ergebnisse seiner Ermittlungen zu berufen und insbesondere darauf gestützt von dem Gestaltungsrecht der Arglistanfechtung Gebrauch zu machen (BGH, Urt. v. 21.9.2011 – IV ZR 203/09, VersR 2012, 297 Rz. 8). [*Wird ausgeführt.*]

[39] Ob diese Grundsätze nach Inkrafttreten des § 213 VVG fortgelten, ist umstritten.

[40] Einige Stimmen im Schrifttum lehnen dies aus unterschiedlichen Gründen ganz oder teilweise ab. ...

[41] Die überwiegende Meinung hält demgegenüber an den Grundsätzen der bisherigen Senatsrechtsprechung auch nach Inkrafttreten des § 213 VVG fest (OLG Brandenburg v. 11.6.2014 – 11 U 2/13, NJW-RR 2014, 1501 f.; ...).

[42] Die letztgenannte Auffassung trifft zu.

[43] § 213 VVG regelt für den Fall einer rechtswidrigen Datenerhebung keine Sanktionen (vgl. *Karczewski*, r+s 2012, 521, 525). Daraus lässt sich indes weder folgern, dass nach dem Willen des Gesetzgebers jeder Verstoß rechtlich folgenlos bleiben soll, noch dass eine Missachtung der rechtlichen Erfordernisse stets dazu führen muss, dass der Versicherer die von ihm gewonnenen Daten nicht verwenden dürfte. Vielmehr hat sich an der – insbesondere auch verfassungsrechtlich geschützten – Interessenlage der Beteiligten und dem Gebot, ihren Grundrechten nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz Geltung zu verschaffen (vgl. zur Auslegung von § 31 VVG: BGH, Urt. v. 22.2.2017 – IV ZR 289/14, MDR 2017, 646 = r+s 2017, 232 Rz. 41), mit dem Inkrafttreten des § 213 VVG, der dieselben verfassungsrechtlichen Vorgaben umsetzen sollte, die bereits Grundlage der früheren Senatsrechtsprechung waren (BGH v. 21.9.2011, a.a.O. Rz. 8), nichts geändert.

[44] Damit bleibt es bei den bisherigen Grundsätzen, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, dass der Senat den betroffenen Versicherern in seinen bisherigen Entscheidungen noch zugutegehalten hat, dass ihr jeweiliges Verlangen nach einer weit gefassten Schweigepflichtentbindungserklärung vor der Entscheidung des BVerfG v. 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, VersR 2006, 1669 gestellt worden war und seinerzeit einer allgemein – auch vom Senat – gebilligten Praxis entsprochen hatte (vgl. ... BGH v. 21.9.2011, a.a.O. Rz. 15). Das lässt sich auf die Datenerhebung nach Inkrafttreten des § 213 VVG, der gerade die vorgenannte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung berücksichtigen sollte (vgl. BGH, Urt. v. 13.7.2016 – IV ZR 292/14, MDR 2016, 1205 = r+s 2016, 472 Rz. 41), nicht übertragen .... [Rz. 45-52] ...

Haftpflichtversicherung: Beschädigung von Wohnräumen durch übermäßige Beanspruchung

BBR PHV V.1.a)

Ist zwar in den AVB einer Privat-Haftpflichtversicherung die gesetzliche Haftpflicht aus der Beschädigung von Wohnräumen eingeschlossen, sind jedoch Haft-



## Familienrecht

**pflichtansprüche wegen Abnutzung, Verschleißes und übermäßiger Beanspruchung wieder ausgeschlossen, ist Versicherungsschutz für den VN als Mieter ausgeschlossen, wenn der Vermieter Ansprüche wegen übermäßiger Beanspruchung geltend macht, der VN sich jedoch darauf beruft, es liege lediglich Abnutzung und Verschleiß im Rahmen des üblichen Gebrauchs der Mietsache vor.** ○

*OLG Hamm, Beschl. v. 22.5.2017 – I-6 U 51/17*

**Aus den Gründen:**

... Das LG hat zutreffend ausgeführt, dass die geltend gemachten Ansprüche nicht vom Versicherungsschutz umfasst sind, weil es sich um Ansprüche wegen Abnutzung, Verschleiß und übermäßiger Beanspruchung handele, die gem. V.1.a) BBR PHV vom Versicherungsschutz ausgeschlossen seien. Dieser Ausschlussregelung unterfällt ein grundsätzlich vertragsgemäßer, jedoch in der Intensität gesteigerter Gebrauch der Mietsache (OLG Hamm, Urt. v. 30.1.2015 – 20 U 106/14, NJW-RR 2015, 805 Rz. 18). Wie das LG zutreffend festgestellt hat, handelt es sich bei der mit Schreiben der Vermieter v. 6.5.2015 ... geltend gemachten Forderung um Ansprüche aus diesem Rechtsgrund. Soweit in Rechtsprechung (exemplarisch OLG Hamm, a.a.O.) sowie Literatur (*Lücke* in Prölss/Martin, VVG, 29. Aufl. 2015, BB PHV Ziff. 5 Rz. 8 m.w.N.) davon ausgegangen wird, dass der Leistungsausschluss nicht für eine schon ihrer Art nach widerrechtliche oder falsche Behandlung der Mietsache gelte, liegt ein solcher Fall hier nicht vor. Anders als der Kläger mit seiner Berufung einwendet, hat er aus dem Versicherungsvertrag auch keinen Abwehrensanspruch gegen die Beklagte im Hinblick auf seinen Vortrag, es liege tatsächlich keine übermäßige Benutzung der Wohnung, sondern ein üblicher, vertragsgemäßer Gebrauch vor. Denn die Ausschlussklausel umfasst neben Haftpflichtansprüchen wegen übermäßiger Beanspruchung auch die Situation, dass der Vermieter den übermäßigen Gebrauch lediglich behauptet. Die Klausel benennt nebeneinander mehrere Ausschlussstatbestände, und zwar gleichrangig die Tatbestände der Abnutzung, des Verschleißes und der übermäßigen Beanspruchung. Da der Mieter für die Abnutzung und den Verschleiß der Mietsache durch den vertragsgemäßen Gebrauch gem. § 538 BGB ohnehin nicht haftet, dienen diese ersten beiden Ausschlussstatbestände gerade dem Ausschluss des Versicherungsschutzes für die Abwehr ungerechtfertigter Ansprüche des Vermieters (vgl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 9.9.2013 – 5 W 72/13, MDR 2013, 1277). Der Versicherungsschutz des Klägers ist daher – wie sich bereits aus dem klaren Wortlaut der Klausel ergibt – gerade in der durch den Kläger vorgetragenen Situation ausgeschlossen, in der der Vermieter Ansprüche wegen übermäßiger Beanspruchung geltend macht, der Mieter sich jedoch darauf beruft, es liege lediglich Abnutzung und Verschleiß im Rahmen des üblichen Gebrauchs der Mietsache vor. ...

*(Einsender: 6. Zivilsenat des OLG Hamm)*

**Hinweis der Redaktion:** Auf den Hinweis des Senats ist die Berufung zurückgenommen worden.

**Familienrecht**

Zum Aufgabenkreis des Kontrollbetreuers

BGB § 1896; GNotKG § 36 Abs. 2 u. 3

**a) Anders als bei der Feststellung eines freien Willens i.S.v. § 1896 Abs. 1a BGB muss sich die Geschäftsfähigkeit und damit die für sie erforderliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nicht auf die Betreuung, sondern auf die vorzunehmenden Rechtshandlungen – hier den Widerruf und die Vollmachterteilung – beziehen (im Anschluss an BGH v. 15.6.2016 – XII ZB 581/15, MDR 2016, 1351 = FamRZ 2016, 1446).**

**b) Der dem Kontrollbetreuer übertragene Aufgabenkreis umfasst eine Kontrolle der Tätigkeit des Bevollmächtigten. Der Kontrollbetreuer hat dagegen keine originären Betreuungsaufgaben zu übernehmen (Fortführung von BGH v. 6.7.2016 – XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67 = MDR 2016, 1087 = FamRZ 2016, 1671).**

*BGH, Beschl. v. 2.8.2017 – XII ZB 502/16 (LG München I – 13 T 21136/15; AG München)*

**Aus den Gründen:**

[8] Gegen die Ausführungen des LG, wonach der Widerruf der Vollmachten aus dem Jahr 2007 und die im Jahr 2015 erteilte Vollmacht unwirksam sind, ist nichts zu erinnern. Deshalb hat das LG die Einrichtung einer Regelbetreuung nach § 1896 Abs. 1 BGB zu Recht nicht für erforderlich gehalten.

[9] Ein Betreuer darf nur bestellt werden, soweit die Betreuerbestellung erforderlich ist (§ 1896 Abs. 2 S. 1 BGB). An der Erforderlichkeit fehlt es, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB). Ein bloßer Verdacht genügt nicht, um die Vermutung der Wirksamkeit einer vorliegenden Vollmachtsurkunde zu erschüttern. Kann die Unwirksamkeit einer Vorsorgevollmacht nicht positiv festgestellt werden, bleibt es somit bei der wirksamen Bevollmächtigung. Eine Vorsorgevollmacht steht daher der Bestellung eines Betreuers grundsätzlich entgegen (BGH, Beschl. v. 19.10.2016 – XII ZB 289/16, MDR 2016, 1453 = FamRZ 2017, 141 Rz. 8 m.w.N.). Ob eine bestehende Vollmacht dann, wenn sie in Zweifel gezogen wird, dem Bevollmächtigten ermöglicht, die Angelegenheiten des Betroffenen ebenso gut wie durch einen Betreuer zu besorgen, ist eine nachgeordnete Frage, die sich erst stellt, wenn die Frage der Wirksamkeit der Vollmacht im Rahmen der Aufklärung von Amts wegen nach § 26 FamFG ausermittelt ist und nicht positiv festgestellt werden kann, ob sie wirksam oder unwirksam ist. Dabei entscheidet der Tatrichter über Art und Umfang seiner Ermittlungen nach pflichtgemäßem Ermessen. ...

[10] Anders als bei der Feststellung eines freien Willens i.S.v. § 1896 Abs. 1a BGB muss sich die Geschäftsfähigkeit und damit die für sie erforderliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nicht auf die Betreuung, sondern auf die vorzunehmenden Rechtshandlungen – hier den Widerruf und die anschließende Vollmachterteilung – beziehen (BGH, Beschl. v. 15.6.2016 – XII ZB 581/15, MDR 2016, 1351 = FamRZ 2016, 1446 Rz. 24).

[11] Gemessen hieran hat das LG in von Rechts wegen nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass der erstmals am 10.4.2015 erfolgte Widerruf der im Jahr 2007 –



## Familienrecht

unzweifelhaft – wirksam erteilten Vollmachten wegen der mittlerweile eingetretenen Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen ebenso unwirksam war, wie die zwei Tage später erfolgte Bevollmächtigung seines Instanzanwalts.

[13] Allerdings vermögen die vom LG getroffenen Feststellungen die Bestellung eines Kontrollbetreuers nach § 1896 Abs. 3 BGB nicht zu rechtfertigen.

[14] Mit einer Kontrollbetreuung kann im Falle einer wirksam erteilten Vorsorgevollmacht für eine Kontrolle des Bevollmächtigten gesorgt werden, wenn der Vollmachtgeber aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen und gegebenenfalls die Vollmacht zu widerrufen. Eine Kontrollbetreuung darf jedoch wie jede andere Betreuung (vgl. § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB) nur dann eingerichtet werden, wenn sie erforderlich ist. Da der Vollmachtgeber die Vorsorgevollmacht gerade für den Fall erteilt hat, dass er seine Angelegenheiten nicht mehr selbst regeln kann, um eine gerichtlich angeordnete Betreuung zu vermeiden, kann das Bedürfnis nach einer Kontrollbetreuung nicht allein damit begründet werden, dass der Vollmachtgeber aufgrund seiner Erkrankung nicht mehr selbst in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen. Daher müssen weitere Umstände hinzutreten, die die Errichtung einer Kontrollbetreuung erforderlich machen. Notwendig ist der konkrete, d.h. durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan wird. Dies kann der Fall sein, wenn nach den üblichen Maßstäben aus der Sicht eines vernünftigen Vollmachtgebers unter Berücksichtigung des in den Bevollmächtigten gesetzten Vertrauens eine ständige Kontrolle schon deshalb geboten ist, weil Anzeichen dafür sprechen, dass der Bevollmächtigte mit dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte überfordert ist, oder wenn gegen die Redlichkeit oder die Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen. Ein Missbrauch der Vollmacht oder ein entsprechender Verdacht ist nicht erforderlich. Ausreichend sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und dem Interesse des Vollmachtgebers handelt (BGH v. 6.7.2016 – XII ZB 61/16, BGHZ 211, 67 = MDR 2016, 1087 = FamRZ 2016, 1671 Rz. 30 f. m.w.N.).

[18] Soweit das LG ausgeführt hat, die Ausübung der Vollmacht möge durch die Kontaktverweigerung des Betroffenen erschwert sein, dieser Kontakt könne jedoch im Wesentlichen durch den bestellten Betreuer im Rahmen seines Aufgabenkreises ersetzt werden, rügt die Rechtsbeschwerde zu Recht, dass es grundsätzlich nicht Aufgabe des Kontrollbetreuers ist, den Bevollmächtigten bei seiner Tätigkeit zu unterstützen; ein entsprechendes Bedürfnis kann daher auch nicht die Bestellung eines Kontrollbetreuers rechtfertigen. Der ihm übertragene Aufgabenkreis umfasst gem. § 1896 Abs. 3 BGB eine Kontrolle der Tätigkeit des Bevollmächtigten. Soweit nach der Rechtsprechung des Senats eine ständige Kontrolle auch dann geboten ist, wenn Anzeichen dafür sprechen, dass der Bevollmächtigte mit dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte überfordert ist (BGH v. 6.7.2016, a.a.O. Rz. 31), bedeutet das indes – entgegen der Auffassung des LG – nicht, dass der Kontrollbetreuer originäre Betreuungsaufgaben zu übernehmen hat. Er soll insoweit vielmehr einen trotz Vorliegens einer Vollmacht bestehenden Betreuungsbedarf aufdecken. Für einen solchen Betreuungsbedarf bestehen nach den Feststellungen des LG indes keine Anhaltspunkte. [Rz. 19-21] ...

#### Kontrollbetreuung bei Belastung Vorsorgebevollmächtigter als Erbe mit Vermächtnis zugunsten Betroffenen

BGB § 1896 Abs. 3

**Ist die Vorsorgebevollmächtigte als Erbin mit einem zugunsten des Betroffenen ausgesetzten Vermächtnis belastet, können die daraus entstehenden Interessenkonflikte die Einrichtung einer Kontrollbetreuung rechtfertigen (im Anschluss an BGH v. 16.7.2014 – XII ZB 142/14, MDR 2014, 1148 = FamRZ 2014, 1693).**

*BGH, Beschl. v. 26.7.2017 – XII ZB 143/17 (LG Fulda – 5 T 6/17; AG Fulda)*

#### Aus den Gründen:

[10] Nach § 1896 Abs. 3 BGB kann ein Betreuer auch zur Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestellt werden. Mit dieser sog. Kontrollbetreuung kann im Falle einer wirksam erteilten Vorsorgevollmacht für eine Kontrolle des Bevollmächtigten gesorgt werden, wenn der Vollmachtgeber aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen.

[11] Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat das LG rechtsfehlerfrei auf der Grundlage eines ärztlichen Zeugnisses (§ 281 Abs. 1 Nr. 2 FamFG) festgestellt; dagegen erinnert auch die Rechtsbeschwerde nichts.

[12] Eine Kontrollbetreuung darf jedoch wie jede andere Betreuung (vgl. § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB) nur dann eingerichtet werden, wenn sie erforderlich ist. Da der Vollmachtgeber die Vorsorgevollmacht gerade für den Fall bestellt hat, dass er seine Angelegenheiten nicht mehr selbst regeln kann, um eine gerichtlich angeordnete Betreuung zu vermeiden, kann das Bedürfnis nach einer Kontrollbetreuung nicht allein damit begründet werden, dass der Vollmachtgeber aufgrund seiner Erkrankung nicht mehr selbst in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu überwachen. Denn der Wille des Vollmachtgebers ist auch bei der Frage der Errichtung einer Kontrollbetreuung zu beachten (vgl. § 1896 Abs. 1a BGB). Daher müssen weitere Umstände hinzutreten, die die Errichtung einer Kontrollbetreuung erforderlich machen. Notwendig ist der konkrete, d.h. durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan wird (vgl. BGH v. 16.7.2014 – XII ZB 142/14 Rz. 11, MDR 2014, 1148 = FamRZ 2014, 1693).

[13] Dies kann der Fall sein, wenn nach den üblichen Maßstäben aus der Sicht eines vernünftigen Vollmachtgebers unter Berücksichtigung des in den Bevollmächtigten gesetzten Vertrauens eine ständige Kontrolle schon deshalb geboten ist, weil Anzeichen dafür sprechen, dass der Bevollmächtigte mit dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte überfordert ist, oder wenn gegen die Redlichkeit oder die Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen. Ein Missbrauch der Vollmacht oder ein entsprechender Verdacht ist nicht erforderlich. Ausreichend sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und dem Interesse des Vollmachtgebers handelt (vgl. BGH v. 16.7.2014 – XII ZB 142/14 Rz. 12, MDR 2014, 1148 = FamRZ 2014, 1693 m.w.N.).

[14] Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das LG die Beschwerde gegen die Bestellung der Beteiligten zu 2 zur Kontrollbetreuerin zu Recht zurückgewiesen. Da der Betroffene für die Behandlung seines Vermächtnisses, seines Pflichtteils und seines Zugewinnausgleichsanspruchs kei-

## Familienrecht

ne Weisungen erteilt hatte, ist die Bevollmächtigte diesbezüglich seinem wohlverstandenen Interesse verpflichtet (vgl. *Schwab*, FamRZ 2014, 888 [890]). Sie hat im Interesse des Betroffenen Gestaltungen abzuwägen und Rechte auszuüben, denen sie selbst als Alleinerbin und somit Anspruchsgegnerin wirtschaftlich gegenübersteht. Daraus resultieren Interessenkonflikte, die es rechtfertigen, ihre Vollmachtausübung jedenfalls während der Dauer der erbrechtlichen Abwicklung unter Kontrollbetreuung zu stellen. Die Kontrollbetreuung ist insoweit erforderlich, um Rechenschaft einzufordern (§ 666 BGB) und erforderlichenfalls unter Beachtung der Wünsche des Betroffenen (§ 1901 Abs. 3 BGB) auftragsmäßige Weisungen für ihn zu erteilen (vgl. *Palandt/Sprau*, BGB, 76. Aufl., § 665 Rz. 2; *Staudinger/Martinek/Omlor*, BGB 2017, § 665 Rz. 6). [Rz. 15] ...

Einschalten der Bundespolizei zur Verhinderung eines gerichtlich gebilligten Ferienumgangs

## BGB § 1684

**Ein Verstoß gegen eine gerichtlich gebilligte Umgangsvereinbarung liegt auch dann vor, wenn der umgangsverpflichtete Elternteil nicht unmittelbar durch eine eigene Handlung vereitelt, dass der vereinbarte Ferienumgang nicht fristgerecht stattfinden kann, sondern er sich an eine Polizeibehörde wendet und diese auffordert, die vorgesehene Abreise des Kindes an den im Ausland gelegenen Urlaubsort zu verhindern; das Handeln der Polizeibehörde ist dem Elternteil in diesem Fall zuzurechnen.** ○

*KG, Beschl. v. 23.6.2017 – 13 WF 97/17, 13 WF 96/17 (AG Tempelhof-Kreuzberg – 163 F 16683/16)*

## Aus den Gründen:

... Die Mutter hat dadurch, dass sie sich am 15.8.2016 gegen 22:58 Uhr an die Bundespolizei am Flughafen T... gewandt und darum ersucht hat, die Ausreise der Kinder am Folgetag zu unterbinden, gegen die Umgangsvereinbarung verstoßen: Nach dem Gesetz obliegt den Eltern eine Wohlverhaltenspflicht; im Interesse des kindlichen Wohls haben sie den Umgang mit dem anderen Elternteil zu fördern und alles zu unterlassen, was den Umgang erschwert (§ 1684 Abs. 2, § 1626 Abs. 3 S. 1 BGB sowie *Götz* in *Palandt/BGB*, 76. Aufl. 2017, § 1684 Rz. 5). ...

Mit der Aufforderung an die Bundespolizei, die Ausreise der Kinder zu unterbinden, hat die Mutter gegen die Wohlverhaltenspflicht verstoßen; sie hat die entscheidende Ursache dafür gesetzt, dass die Kinder an der Ausreise gehindert und damit der vereinbarte Ferienumgang (zeitweilig) vereitelt wurde. Die Mutter irrt, wenn sie meint, das Handeln der Bundespolizei sei ihr nicht zuzurechnen, weil die Polizeibeamten nach eigenem Ermessen gehandelt hätten; das Gegenteil ist der Fall: In ihrer Mail v. 15.8.2017 hat sie die Polizeibeamten über ihre Rechtsauffassung belehrt – dass die Reise angeblich von ihrer Zustimmung abhängig sei – und sie ausdrücklich aufgefordert, die Ausreise der Kinder zu verhindern. Wenn die Beamten dieser Aufforderung nachkommen, kann sie sich daher nicht darauf zurückziehen, die Polizei habe nach eigenem Ermessen gehandelt. Der von ihr mit der Mail an die Bundespolizei bewirkte Erfolg ist ihr nach allgemeinen Grundsätzen zuzurechnen. Denn es ist allgemein anerkannt, dass ein Handeln (= die Mail an die Bundespolizei mit der Aufforderung, die Ausreise zu verhindern)

auch dann für den eingetretenen Erfolg (= Verhinderung der Ausreise) ursächlich ist, wenn der Erfolg erst durch ein an das Handeln anknüpfendes Verhalten eines Dritten (= dem Tätigwerden der Bundespolizei) eintritt. Durch das Verhalten bzw. das Eingreifen des Dritten wird der Kausalzusammenhang nicht nur nicht unterbrochen, sondern gerade erst vermittelt (vgl. *Eisele* in *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, Vor § 13 Rz. 77).

Das gilt auch für das Zivilrecht. Auch hier ist anerkannt, dass Schäden, die erst durch das Hinzutreten eines Dritten entstanden sind, dem (Erst-) Schädiger jedenfalls dann zuzurechnen sind, wenn die unmittelbar schadenstiftende Handlung durch das Verhalten des (Erst-) Schädigers herausgefordert worden ist oder wenn die Gefahr für einen Schadenseintritt durch eine solche Handlung erhöht worden ist (vgl. *Grüneberg* in *Palandt*, a.a.O., Vor § 249 Rz. 49, 41). Dass das zu bejahen ist, liegt auf der Hand: Die Bundespolizei ist nicht aus eigenem Antrieb tätig geworden und hat die Kinder an der Ausreise gehindert, sondern das geschah nur deshalb, weil die Mutter die Bundespolizei mit der Mail vom 15.8.2017 ausdrücklich dazu aufgefordert hatte, eine Ausreise zu verhindern. Die Aufforderung der Mutter hat die Bundespolizei überhaupt erst „auf den Plan“ gerufen und deren Handlung herausgefordert. Dass die Bundespolizei auf das Drängen der Mutter hin tätig geworden ist, stellt keine ungewöhnliche, völlig überraschende Reaktion dar und deshalb wird der von der Mutter gesetzte Kausalverlauf durch das Einschreiten der Bundespolizei nicht unterbrochen. Anders wäre allenfalls dann zu entscheiden, wenn der von der Mutter gesetzte Kausalverlauf (= Aufforderung an die Bundespolizei, die Ausreise zu verhindern) nicht bis zum Erfolgseintritt (= Verhinderung der Ausreise) fortgewirkt hätte, weil ein späteres Ereignis unabhängig davon eine neue Ursachenkette eröffnet hätte, die quasi als „überholende Kausalität“ unabhängig von dem von der Mutter gesetzten Kausalverlauf den Erfolg herbeigeführt hätte (vgl. *Eisele*, a.a.O., Vor § 13 Rz. 78). Das wäre beispielsweise der Fall gewesen, wenn gegen die Kinder etwa ein Haftbefehl o. dgl. vorgelegen hätte, den die Bundespolizei aus Anlass der geplanten Ausreise vollstreckt hätte: Nur in einem derartigen Fall hätte die von der Mutter mit der Aufforderung an die Polizei gesetzte Ursachenkette sich nicht im eingetretenen Erfolg verwirklicht, sondern die von ihr gesetzte Ursachenreihe wäre von dem neuen, auf ein anderweitig motiviertes Polizeihandeln zurückzuführenden Kausalverlauf überholt worden. Eine derartige Konstellation liegt jedoch ganz ersichtlich nicht vor. ...

(Einsender: RiKG Dr. Menne, Berlin)

**Hinweis der Redaktion:** Siehe auch *Stockmann*, FamRB 2017, 315.

Rückführung des Kindes nach Durchführung eines HKÜ-Verfahrens als Verfahrenshindernis für Sorgerechtsentscheidung

HKÜ Art. 16, 3; EuEheVO Art. 8, 14; FamFG §§ 69, 99, 97, 152; GVG § 23a

**Die internationale Zuständigkeit des AG für einen Antrag der Kindesmutter auf Übertragung des alleinigen Sorgerechts für ihr Kind besteht, wenn das Kind nach Durchführung eines HKÜ-Verfahrens wieder in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthaltes (hier: Mexiko) zurückgeführt worden ist. Art. 16 HKÜ stellt nach**

## Familienrecht

**Rückführung des Kindes kein Verfahrenshindernis mehr dar.** ○

OLG Bremen, Beschl. v. 20.6.2017 – 4 UF 20/17  
(AG Bremen – 58 F 5636/16)

**Aus den Gründen:**

... Das Familiengericht hat den Sorgerechtsantrag der Kindesmutter mit dem angefochtenen Beschluss v. 16.12.2016 zu Recht als unzulässig zurückgewiesen, da am 16.12.2016 einer Sachentscheidung über das Sorgerecht für das gemeinsame Kind der Art. 16 HKÜ entgegenstand. Aus der Regelung des Art. 16 HKÜ ergibt sich bereits nach seinem Wortlaut, dass eine Sachentscheidung über das Sorgerecht im Zufluchtsstaat erst getroffen werden darf, wenn entschieden ist, dass das Kind aufgrund des Übereinkommens nicht zurückzugeben ist, oder wenn innerhalb angemessener Frist nach der Mitteilung gem. Art. 3 HKÜ kein Antrag nach dem Übereinkommen gestellt wird. Zu Recht hat das AG am 16.12.2016 ausgesprochen, dass noch keine rechtskräftige Entscheidung über die Rückführung getroffen worden sei. ... Im vorliegenden Fall hat der Kindsvater bereits im Sept. 2016 einen Rückführungsantrag beim AG gestellt, so dass ein Antrag nach dem HKÜ-Verfahren innerhalb angemessener Frist gestellt worden ist und die Voraussetzung fehlender Antragstellung nicht vorliegt. Auch die erstgenannte Voraussetzung, nämlich eine die Rückführung des Kindes ablehnende Entscheidung, ist hier nicht gegeben. Vielmehr ist die Rückführung des Kindes durch das AG angeordnet worden, was der Senat durch die Zurückweisung der Beschwerde der Kindesmutter mit Beschluss v. 16.12.2016 bestätigt hat. Es besteht allerdings Einigkeit darüber, dass der Art. 16 HKÜ einer Sachentscheidung über das Sorgerecht im Zufluchtsstaat jedenfalls so lange entgegensteht, wie der Antragsteller den Vollzug dieser Rückführungsanordnung nachdrücklich betreibt und der Umstand, dass die Rückgabe noch nicht erfolgt ist, z.B. auf verzögerter Bearbeitung durch die Vollstreckungsorgane beruht. So hat der BGH in seinem Beschluss (BGH v. 16.8.2000 – XII ZB 210/99, MDR 2000, 1433) ausgesprochen, dass es dem Wortlaut des Art. 16 HKÜ und auch dem Zweck des Übereinkommens widersprechen würde, wenn eine Sorgerechtsentscheidung im Zufluchtsstaat auch nach Rechtskraft einer die Rückgabe des Kindes anordnenden Entscheidung so gleich wieder zulässig sein würde. Es erscheine allenfalls erwägenswert, ein Sorgerechtsverfahren wieder zuzulassen, wenn der durch die Rückgabeanordnung begünstigte Elternteil die Vollstreckung daraus nicht dem Charakter eines Eilverfahrens entsprechend betreibt bzw. die Anordnung nicht binnen angemessener Frist vollzogen werde. Letztlich kommt der BGH in der vorgenannten Entscheidung zu dem Schluss, dass Art. 16 HKÜ dahin auszulegen sei, dass eine Sachentscheidung über das Sorgerecht im Zufluchtsstaat auch nach einer rechtskräftigen Rückgabeanordnung weiterhin jedenfalls so lange unzulässig bleibe, wie der Antragsteller deren nach wie vor möglichen Vollzug nachdrücklich betreibt und der Umstand, dass die Rückgabe bislang noch nicht erfolgt sei, im Wesentlichen auf verzögerter Bearbeitung durch die Vollstreckungsorgane oder Versuche des entführenden Elternteils, die Vollstreckung zu vereiteln, zurückzuführen sei (vgl. auch *Schwepp* in Heilmann, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, Art. 16 HKÜ Rz. 5). Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung ist für den vorliegenden Fall davon auszugehen, dass bis zum 5.1.2017, dem Tag der Übergabe des Kindes an den Kindsvater in Bremen, eine Sachentscheidung über das Sorgerecht für den gemeinsamen Sohn X durch Art. 16 HKÜ blockiert war.

Wie die Zulässigkeit einer Sachentscheidung über das Sorgerecht allerdings dann zu beurteilen ist, wenn das Kind aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung im HKÜ-Verfahren wieder in seinen Heimatstaat zurückgeführt worden ist, ist bisher nach Kenntnis des Senats nicht entschieden worden. Bei einer derartigen Fallkonstellation kann der Art. 16 HKÜ nach Auffassung des Senats kein Verfahrenshindernis mehr darstellen (so auch *Staudinger/Jörg Pirrung*, BGB 2009, D. HKÜ, Art. 16 HKÜ). Denn mit der Übergabe und somit Rückführung des Kindes in den Staat seines bisherigen gewöhnlichen Aufenthaltes ist das HKÜ-Verfahren zu einem Abschluss gelangt, da der Status quo wiederhergestellt wurde, was alleiniger Zweck des HKÜ-Verfahrens ist. Die sich nach wie vor über den Aufenthaltsort des Kindes uneinigen Kindeseltern müssen nun die Möglichkeit haben, die sorgerechtliche Situation gerichtlich klären zu lassen, um eine verlässliche sorgerechtliche Regelung zu erhalten.

Im vorliegenden Fall ist daher das sich aus Art. 16 HKÜ ergebende Verfahrenshindernis für eine sorgerechtliche Entscheidung im Zufluchtsstaat, also Deutschland, mit Übergabe des Kindes an den Kindsvater als Antragsteller im HKÜ-Verfahren entfallen. Nach einem derartigen Abschluss des HKÜ-Verfahrens ist daher die Zuständigkeit des AGes – Familiengericht – Bremen für den Sorgerechtsantrag der Kindesmutter neu zu prüfen. Die nach dem 5.1.2017 eingetretene Konstellation, die vom Beschwerdegericht als zweiter vollwertige Tatsacheninstanz seiner Entscheidung zugrunde zu legen ist (vgl. *Althammer* in *Johannsen/Henrich*, Familienrecht, 6. Aufl., § 65 FamFG Rz. 6), unterscheidet sich nicht von derjenigen, bei der die Kindesmutter alleine nach Deutschland gekommen wäre und nun das Aufenthaltsbestimmungsrecht bzw. die alleinige Sorge für ihren Sohn, der bei seinem Vater in Mexiko lebt, vor einem deutschen Gericht erstreiten möchte. ...

**Hinweis der Redaktion:** Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen.

**Ausschluss des Umgangs mit den Großeltern**

BGB §§ 1684, 1685

**Ist der Großelternumgang dem Kindeswohl nicht dienlich, so ist der Umgangsantrag der Großmutter nicht nur zurückzuweisen; es ist vielmehr deren Umgangsrecht in dem hierfür von § 1684 Abs. 4 S. 1 und 2 BGB vorgegebenen Rahmen konkret auszuschließen. Eine Gefährdung des Kindeswohls durch den Umgang ist nicht erforderlich.** ○

OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.6.2017 – 3 UF 278/16  
(AG Frankfurt/M. – 469 F 15002/16)

**Aus den Gründen:**

... Entgegen der in *Heilmann/Gottschalk*, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, § 1685 Rz. 21 und *Hennemann* in *MünchKomm/BGB*, 6. Aufl. 2012, § 1685 Rz. 15 vertretenen Auffassung, dass dann, wenn der Umgang nicht dem Kindeswohl dient, lediglich festzustellen ist, dass es einer Regelung des Umgangs nicht bedarf und ein Abschluss des Umgangs nur erfolgen kann und muss, wenn darüber hinaus noch eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt bzw. es dann keines Ausschlusses bedarf, ist der Senat der Auffassung, dass es sich bei der Verweisung in § 1685 Abs. 3 BGB auf die Regelungsmöglichkeiten des



## Erbrecht

§ 1684 Abs. 4 BGB um eine Rechtsfolgenverweisung handelt. Damit ist der Umgang einer anderen Bezugsperson auszuschließen, wenn nicht festgestellt werden kann, dass er dem Wohl des Kindes dient (so auch OLG Frankfurt, Beschl. v. 19.3.2013 – 4 UF 261/12, juris), eine Gefährdung des Kindeswohls durch den Umgang ist nicht erforderlich (*Hennemann*, a.a.O.). Wenn lediglich festgestellt würde, dass es einer Regelung des Umgangs nicht bedarf, wäre es für keinen Beteiligten ersichtlich, wann die Großmutter die erneute Prüfung des Umgangsrechts verlangen kann (s. BVerfG v. 30.8.2005 – 1 BvR 776/05, FamRZ 2006, 1005 ff.). Mildere Mittel als der Ausschluss des persönlichen Umgangs der Großmutter stehen nicht zur Verfügung. Die bisherigen Umgangskontakte haben bereits in begleiteter Form stattgefunden und haben wegen des Verhaltens und der Beratungsresistenz der Großmutter dazu geführt, dass die Umgangskontakte vorzeitig abgebrochen wurden und die Kinder den Umgang ablehnen. Solange die Großmutter nicht an ihrer Feinfühligkeit arbeitet und bereit ist, Hinweise der Umgangsbegleiter aufzunehmen, können persönliche Kontakte – in welcher Form auch immer – nicht durchgeführt werden. Da entsprechende Bemühungen weder vorgetragen noch ersichtlich sind, hat der Senat die Dauer des Umgangsausschlusses verlängert (keine *reformatio in peius* in Umgangsverfahren, s. Keidel/*Sternal*, FamFG, 19. Aufl., § 69 Rz. 21). Hierdurch erhält die Großmutter Gelegenheit, sich zumindest entsprechend beraten zu lassen, wenn nicht sogar, sich zur Aufarbeitung ihrer eigenen Geschichte therapeutisch helfen zu lassen. S und N können sich damit für ein Jahr auf sich und ihre Entwicklung konzentrieren, ohne durch eine Vielzahl von Anhörungen immer wieder mit der Vergangenheit konfrontiert zu werden. Um den Kontakt zwischen Großmutter und Enkelinnen nicht vollständig abreißen zu lassen, hat der Senat eingeschränkte schriftliche Kontakte zugelassen. Der Großmutter scheint es brieflich besser zu gelingen, auf die Kinder zuzugehen, jedenfalls wurde dem Senat nicht berichtet, dass das Geburtstagspaket für S zu Verhaltensauffälligkeiten oder Retraumatisierungen geführt hat. ...



## Erbrecht

Erbrechtliche Stellung des nichtehelichen Kindes

NEhelG Art. 12 § 10 Abs. 2 S. 1 i.d.F. v. 19.8.1969; ZwErbGleichG Art. 1 Nr. 2, Art. 5 S. 2

**Zum Erbrecht vor dem 1.7.1949 geborener nichtehelicher Kinder, hier: teleologische Erweiterung von Art. 5 S. 2 des Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetzes (ZwErbGleichG).**

BGH, Beschl. v. 12.7.2017 – IV ZB 6/15  
(KG – 6 W 162/14; AG Berlin-Charlottenburg)

## Aus den Gründen:

[9] ... Nach dem mangels abweichender Feststellungen des Beschwerdegerichts dem Rechtsbeschwerdeverfahren zugrunde zu legenden Vortrag der Antragstellerin ist sie als Tochter des Erblassers gem. § 1924 Abs. 1 BGB dessen Erbin erster Ordnung. Dies folgt aus einer über den Wortlaut von Art. 5 S. 2 ZwErbGleichG hinausgehenden, konventionsrechtlich gebotenen teleologischen Erweiterung der genannten Bestimmung.

[10] Das Beschwerdegericht hat zunächst rechtsfehlerfrei ausgeführt, dass die Antragstellerin nach dem Wortlaut von Art. 5 S. 2 ZwErbGleichG gem. § 1589 Abs. 2 BGB a.F. i.V.m. Art. 12 § 10 Abs. 2 S. 1 NEhelG a.F. für erbrechtliche Verhältnisse nicht als mit dem Erblasser verwandt anzusehen ist. Danach tritt die durch Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG angeordnete Ersetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 S. 1 NEhelG a.F., der bestimmte, dass für die erbrechtlichen Verhältnisse eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes zu seinem Vater § 1589 Abs. 2 BGB a.F. als bisher geltende Vorschrift maßgebend bleibt, erst mit Wirkung für Erbfälle ab dem 29.5.2009 in Kraft. Hier ist der Erblasser vor diesem Stichtag verstorben. Diese Regelung ist verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden (BGH, Urt. v. 26.10.2011 – IV ZR 150/10, BGHZ 191, 229 = MDR 2012, 101 Rz. 19 ff.; BVerfG v. 18.3.2013, ZEV 2013, 326 Rz. 27 ff.).

[11] Indes würde die Antragstellerin – anders als das Beschwerdegericht meint – bei diesem Ergebnis der Rechtsanwendung nach der neueren Rechtsprechung des EGMR in ihren Rechten aus Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) i.V.m. Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK (Schutz des Eigentums) verletzt werden. Hiernach kommt ein Konventionsverstoß in Betracht, wenn ohne die gerügte Diskriminierung ein nach staatlichem Recht durchsetzbarer Anspruch auf den Vermögenswert bestanden hätte (EGMR ZEV 2014, 491 – Fabris gegen Frankreich – Rz. 52). ... Denn die Konventionswidrigkeit des Ergebnisses der wortlautgetreuen Anwendung von Art. 5 S. 2 ZwErbGleichG ergibt sich nunmehr jedenfalls aus dem – nach dem Erlass des Senatsurts. (BGH v. 26.10.2011, a.a.O.) und der Entscheidung des BVerfG v. 18.3.2013, a.a.O. ergangenen – Urteils des EGMR (EGMR v. 23.3.2017 – Rs. 59752/13 – Wolter und Sarfert gegen Deutschland, NJW 2017, 1805; ...), welches ... die derzeit geltende und im Streitfall maßgebliche Rechtslage nach Inkrafttreten des Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetzes betrifft.

[12] Nach dem Urteil des EGMR v. 23.3.2017, a.a.O. verletzt das Ergebnis der strikten Anwendung der in Art. 5 S. 2 ZwErbGleichG bestimmten Stichtagsregelung die sich aus den genannten Bestimmungen der EMRK ergebenden Rechte nichtehelicher Kinder, wenn unter den besonderen Umständen des Falles kein gerechter Ausgleich zwischen den betroffenen widerstreitenden Interessen hergestellt würde, wobei die Kenntnis der Betroffenen, der Status der erbrechtlichen Ansprüche (Verjährung) und die bis zur Geltendmachung des Anspruchs verstrichene Zeit ebenso zu berücksichtigen sind wie der Umstand, ob durch das nationale Recht eine finanzielle Entschädigung für den Verlust des Erbrechts gewährt wird (vgl. EGMR, a.a.O. Rz. 51 u. 72 ff.).

[13] Unter Zugrundelegung dieser Kriterien würde die Antragstellerin bei einer wortlautgetreuen Anwendung von Art. 5 S. 2 ZwErbGleichG in ihren Rechten aus Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK verletzt. [*Wird ausgeführt.*]

[14] Aufgrund der danach gegebenen Konventionswidrigkeit des Ausschlusses des Erbrechts der Antragstellerin ist Art. 5 S. 2 ZwErbGleichG im Streitfall teleologisch dahin zu erweitern, dass die Ersetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 S. 1 NEhelG a.F. gem. Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG bereits für den in Rede stehenden Erbfall Geltung beansprucht und § 1589 Abs. 2 BGB a.F. damit nicht mehr anzuwenden ist.

[15] Die EMRK und ihre Zusatzprotokolle – soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind – stehen innerhalb der deutschen Rechtsordnung zwar nur im Rang eines Bundesgesetzes (BVerfG v. 19.5.2015 – 2 BvR 1170/14, FamRZ 2015, 1263 Rz. 47;

BVerfGE v. 18.3.2013, a.a.O. unter C I 1 a; ...). Deutsche Gerichte trifft jedoch die Verpflichtung, die Gewährleistungen der Konvention zu berücksichtigen und in den betroffenen Teilbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen. Die Möglichkeit einer konventionsfreundlichen Auslegung endet jedoch dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint, etwa wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht verstößt (vgl. BVerfG v. 19.5.2015, a.a.O. Rz. 47 f.; ...).

[16] Die vom BVerfG in der Entscheidung vom 18.3.2013 ausdrücklich offen gelassene Frage, ob eine teleologische Erweiterung von Art. 5 S. 2 Z wErbGleichG in bestimmten Fällen, die in tatsächlicher Hinsicht mit dem durch den EGMR in der Rechtssache Brauer gegen Deutschland entschiedenen Fall vergleichbar sind, in Betracht kommt (BVerfG v. 18.3.2013, a.a.O. Rz. 43), ist zu bejahen. Die teleologische Erweiterung von Art. 5 S. 2 Z wErbGleichG liegt in den genannten Fällen im Rahmen geltender methodischer Standards (vgl. *Lieder* in Erman, BGB, 14. Aufl., § 1924 Rz. 1e; ...). [Wird ausgeführt.]

[23] Die teleologische Erweiterung des Art. 5 S. 2 Z wErbGleichG verletzt nicht die sich aus den Grundrechten der Beteiligten zu 2 bis 5 ergebenden verfassungsrechtlichen Grenzen der konventionskonformen Auslegung und Anwendung von Gesetzesrecht. [Rz. 24-27] ...

#### Örtliche Zuständigkeit in Verfahren über die amtliche Verwahrung von Testamenten

FamFG § 343

**Für die örtliche Zuständigkeit nach § 343 Abs. 2 FamFG ist es unerheblich, wie lange der letzte gewöhnliche Aufenthalt im Inland zurückliegt.** ○

*KG, Beschl. v. 18.7.2017 – 1 AR 36/17 (AG Berlin-Schöneberg – 69 IV 115/17)*

#### Aus den Gründen:

... Die Zuständigkeit für die weitere (einfache) Verwahrung der Testamente und die sonstigen Maßnahmen (vgl. dazu *KG v. 27.2.2014 – 1 AR 3/14, FGPrax 2014, 163*) ist gem. § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Abs. 2 FamFG i.V.m. § 343 FamFG (vgl. BT-Drucks. 18/4201, 59) zu bestimmen. Das AG B. ist gem. § 343 Abs. 2 FamFG örtlich zuständig, weil der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland (bis 1967) im Bezirk dieses Gerichts hatte. Es ist unerheblich, dass der Aufenthalt bereits 50 Jahre zurückliegt. Der klare Wortlaut des § 343 Abs. 2 FamFG enthält – ebenso wie § 2 Abs. 4 S. 2 IntErbRVG und die vergleichbare Vorschrift des § 27 Abs. 2 ZPO – keine zeitliche Grenze. Auch der Sinn und Zweck der Regelung gebietet keinen Rückgriff auf die Auffangzuständigkeit des § 343 Abs. 3 S. 1 FamFG, wenn der letzte gewöhnliche Aufenthalt im Inland länger als 5 Jahre oder einen sonstigen längeren Zeitraum zurückliegt (so aber wohl *Keidel/Zimmermann*, FamFG, 19. Aufl., § 343 Rz. 75). Vielmehr erfordert eine effektive Zuständigkeitsordnung eindeutige Kriterien zur Bestimmung des zuständigen Gerichts. Ohnehin verfügt das Gericht am letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort regelmäßig auch nach Jahrzehnten über eine größere Sachnähe als das AG S., mit dem den Erblasser nichts verbindet. Entgegen der Ansicht des AG B. kommt es für seine Zuständigkeit auch nicht darauf an, dass der Erblasser länger im Ausland gelebt hat als in B. ...

*Einsenderin: Ri`inKG Dr. Annette Rieger*

**Hinweis der Redaktion:** Zur örtlichen Zuständigkeit in Nachlasssachen s. auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.5.2013 – 9 AR 11/13, MDR 2013, 1233.



## Gesellschaftsrecht

Zuständigkeit für Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse der Vertreterversammlung einer Genossenschaft

GVG §§ 96, 98; GenG § 51

**Zur Entscheidung über Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen Beschlüsse der Vertreterversammlung einer Genossenschaft ist beim LG die Kammer für Handelssachen und nicht die allgemeine Zivilkammer berufen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn vom Kläger oder Beklagten rechtzeitig ein entsprechender Antrag nach § 96 Abs. 1, § 98 Abs. 1 GVG gestellt wird.** ○

*KG, Beschl. v. 20.7.2017 – 2 AR 24/17*

#### Aus den Gründen:

... Die Kammer für Handelssachen ist für die Entscheidung der vorliegenden gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage funktional zuständig. Allerdings ist die Frage, ob für Anfechtungsklagen nach § 51 GenG eine Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen begründet ist und ob es sich hierbei gegebenenfalls um eine ausschließliche Zuständigkeit handelt, bislang nicht abschließend geklärt. Nach Auffassung des LG Mainz soll in derartigen Fällen weder § 95 Abs. 1 Nr. 4a GVG noch § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG einschlägig sein, so dass entsprechende Klagen auch nicht auf Antrag einer Partei vor eine Kammer für Handelssachen gebracht werden könnten (LG Mainz, Beschl. v. 30.8.2002 – 10 HK.O 106/02, NZG 2003, 235). Im Schrifttum ist diese Entscheidung allerdings auf einhellige Ablehnung gestoßen. Nach der dort herrschenden Auffassung, der sich der Senat anschließt, soll sich eine Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen aus § 95 Abs. 1 Nr. 4a GVG oder jedenfalls aus einer entsprechenden Anwendung von § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG ergeben, wobei allerdings nicht immer deutlich wird, ob die Zuständigkeit als ausschließliche oder nicht ausschließliche angesehen wird (vgl. *Kießling*, NZG 2003, 209; *Beuthien/Wolff/Schöpflin*, GenG, 15. Aufl. 2011, § 51 Rz. 33; *Zöller/Lückemann*, ZPO, § 95 GVG Rz. 8 und 16; *Kissell/Mayer*, GVG, 8. Aufl. 2015, § 95 Rz. 23).

Für die Annahme einer ausschließlichen Zuständigkeit spricht, dass das genossenschaftsrechtliche Anfechtungsrecht den entsprechenden aktienrechtlichen Regelungen nachgebildet ist, die in § 246 Abs. 3 S. 2 AktG eine ausschließliche Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen vorsehen, was nach allgemeiner Meinung auch entsprechend für Anfechtungsklagen gegen Gesellschafterbeschlüsse einer GmbH gilt (OLG München, Beschl. v. 14.9.2007 – 31 AR 211/07, NZG 2007, 947 = MDR 2007, 1334; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. zu § 47 Rz. 81). Richtig ist allerdings auch, dass § 51 Abs. 3 S. 3 GenG die LG für genossenschaftsrechtliche Anfechtungsklagen für ausschließlich zuständig erklärt, ohne dass dort die funktionelle Zuständigkeit geregelt wäre. Gleichwohl dürfte dieser Umstand einer entsprechenden Anwendung von § 246 Abs. 3 S. 2 AktG auf das Genossenschaftsrecht im Ergebnis nicht entgegenstehen, da die Interessenlage in allen genannten

## Gesellschaftsrecht

Fällen vergleichbar ist und die unterschiedliche Ausgestaltung der einzelnen Regelungen nicht auf eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, sondern offenbar auf ein Redaktionsversehen zurückgeht. ...

(Einsender: VorsRiKG Dr. Norbert Vossler, Berlin)

#### Altersklauseln in Anstellungsverträgen von Organen juristischer Personen

AGG §§ 1, 6, 7, 10

**Die Vereinbarung eines Kündigungsrechts des Dienstberechtigten im Anstellungsvertrag eines GmbH-Fremdgeschäftsführers mit Vollendung des 60. Lebensjahres stellt jedenfalls dann keinen rechtswidrigen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 7, 1 AGG dar, wenn gewährleistet ist, dass dem Geschäftsführer ab dem Zeitpunkt seines Ausscheidens eine betriebliche Altersvorsorge zusteht.** ○

OLG Hamm, Urt. v. 19.6.2017 – I-8 U 18/17  
(LG Hagen – 21 O 79/16)

#### Aus den Gründen:

... Zweifelhaft ist bereits, ob der Kläger als GmbH-Fremdgeschäftsführer dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG unterliegt. ... Der BGH hat die Anwendung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG auf GmbH-Fremdgeschäftsführer bislang offengelassen (vgl. BGH v. 23.4.2012 – II ZR 163/10, NJW 2012, 2346 ff. = MDR 2012, 922). ... Vorliegend kann die Frage, ob der Kläger als GmbH-Fremdgeschäftsführer vom persönlichen Anwendungsbereich des AGG umfasst ist, dahinstehen. Denn selbst wenn dies zu bejahen wäre, wäre die Klausel in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages nicht gem. § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. ...

... Eine Benachteiligung i.S.v. § 7 Abs. 1 AGG liegt vor. Die Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages räumt der Beklagten ein Kündigungsrecht für den Fall des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze durch den Kläger ein. ... Hierdurch wird der Kläger wegen seines Alters benachteiligt, weil ein solches Kündigungsrecht gegenüber einem jüngeren Geschäftsführer in der Person des Klägers nicht bestehen würde. Dass dem Kläger durch die Regelung in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages ebenfalls ein Kündigungsrecht für den Fall der Vollendung seines 60. Lebensjahres eingeräumt worden ist, lässt die Benachteiligung nicht entfallen. ...

Die Ungleichbehandlung ist jedoch gem. § 10 AGG gerechtfertigt. Wird eine Beendigung des Dienstvertrages für den Fall des Erreichens der gesetzlichen Regelaltersgrenze vereinbart, ist dies regelmäßig gem. § 10 S. 3 Nr. 5 AGG gerechtfertigt (U.H. Schneider/Hohenstatt in Scholz/GmbHG, II. Bd., 11. Aufl. 2014, § 35 Rz. 338). Die Klausel in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages begründet ein Kündigungsrecht der Beklagten allerdings schon für einen deutlich früheren Zeitpunkt, nämlich den der Vollendung des 60. Lebensjahres durch den Kläger. Wie Vereinbarungen, die für GmbH-Geschäftsführer für den Fall des Erreichens eines bestimmten Lebensalters unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters eine Beendigung des Dienstverhältnisses oder ein Kündigungsrecht der Gesellschaft vorsehen, im Hinblick auf § 10 AGG zu beurteilen sind, ist streitig.

Teilweise wird eine deutlich unter dem gesetzlichen Renteneintrittsalter liegende Altersgrenze bei GmbH-Geschäftsführern gem. § 10 S. 1 und 2 AGG für zulässig er-

achtet, ... (so etwa Mohr, ZHR 178 [2014], 326 [365 f.]; Kleindiel in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 6 Rz. 35: Altersgrenze von 60 Jahren zulässig; noch großzügiger BauerlArnold, ZIP 2012, 597 [600 f.] und Lutter, BB 2007, 725 [728]): Altersgrenze von 58 Jahren zulässig). Nach einer anderen Meinung ist eine Unterschreitung des gesetzlichen Renteneintrittsalters gem. § 10 S. 1 und 2 AGG oder analog § 10 S. 3 Nr. 5 AGG (jedenfalls) dann zulässig, wenn dem Geschäftsführer für den Fall der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses eine betriebliche Altersversorgung ab dem Zeitpunkt seines Ausscheidens zusteht (so etwa U.H. Schneider/Hohenstatt in Scholz/GmbHG, II. Bd., § 35 Rz. 341; Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, Bd. II, 2. Aufl. 2014, § 35 Rz. 259; ...). Einige Vertreter dieser Auffassung verlangen allerdings auch für den Fall der Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung die Einhaltung einer Mindestaltersgrenze (vgl. Hohenstatt/Naber, a.a.O., 60 Jahre; U.H. Schneider/Hohenstatt, a.a.O., 62 Jahre). Von einer Mindermeinung wird die Zulässigkeit einer unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters liegenden Altersgrenze für GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich in Zweifel gezogen (Kort, WM 2013, 1049 [1057]; Wilsing/Meyer, DB 2011, 341 [343 f.]).

Nach Auffassung des Senats ist die Vereinbarung einer Altersgrenze unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters für GmbH-Geschäftsführer jedenfalls dann grundsätzlich zulässig, wenn gewährleistet ist, dass dem Geschäftsführer ab dem Zeitpunkt seines Ausscheidens eine betriebliche Altersversorgung zusteht. Das Anforderungsprofil für Unternehmensleiter ist regelmäßig besonders hoch, weshalb vor dem Hintergrund betriebs- und unternehmensbezogener Interessen ... ein Bedürfnis nach der Vereinbarung von unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters liegenden Altersgrenzen besteht. Letzteres gilt auch deshalb, weil ein Unternehmen ein legitimes Interesse daran haben kann, frühzeitig einen Nachfolger in der Unternehmensleitung zu installieren. Jedenfalls dann, wenn eine Altersgrenze mit der betrieblichen Altersversorgung in der Weise kombiniert wird, dass dem Geschäftsführer für den Fall seines vorzeitigen Ausscheidens infolge der „Altersklausel“ sofort eine betriebliche Altersversorgung zusteht, ist auch den berechtigten Interessen des Geschäftsführers an seiner sozialen Absicherung Rechnung getragen und daher eine Altersgrenze deutlich unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters als zulässig anzusehen. Dies ergibt sich aus § 10 S. 1 u. 2 AGG, weil eine „Altersklausel“ unter den vorgenannten Voraussetzungen regelmäßig objektiv und angemessen sowie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. ...

Nach den vorgenannten Grundsätzen ist die Klausel in § 7 Ziff. 3 des Dienstvertrages nicht gem. § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Dem Kläger ist unstreitig eine betriebliche Altersversorgung zugesagt worden. ... Daher ist gewährleistet, dass dem Kläger ab dem Zeitpunkt seines vorzeitigen Ausscheidens eine betriebliche Altersversorgung zusteht. Hinzu kommt, dass der Kläger ... im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses durch die Beklagte hinsichtlich seiner betrieblichen Altersversorgung so gestellt wird, als wenn er erst zum Ablauf der regulären Vertragslaufzeit ausgeschieden wäre. Der Kläger erleidet also hinsichtlich der Höhe seiner betrieblichen Altersversorgung durch die vorzeitige Vertragsbeendigung keine Nachteile. Soweit sich der Kläger in diesem Zusammenhang in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat darauf berufen hat, dass er lediglich eine betriebliche Altersversorgung i.H.v. 4.850 € monatlich erhalte, ist ihm zwar zuzugestehen, dass die betriebliche Altersversorgung in erheblichem Maße hinter seiner ursprünglichen Vergütung von 258.000 € jährlich zu-



## Bank- und Kreditsicherungsrecht

rückbleibt. Der Kläger hat jedoch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat selbst erklärt, dass die vergleichsweise geringe Höhe seiner Altersversorgung darauf beruht, dass er seine Tätigkeit im Konzern der Beklagten erst im Jahre 2002 aufgenommen hat. Dass sich die Höhe der betrieblichen Altersversorgung maßgeblich nach der Dauer der Tätigkeit für das jeweilige Unternehmen (bzw. für den jeweiligen Konzern) richtet, entspricht allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 2 Abs. 1 BetrAVG) und steht deshalb der Rechtfertigung einer vereinbarten Altersgrenze durch die dem Geschäftsführer zugesagte betriebliche Altersversorgung nicht entgegen. ...

**Hinweis der Redaktion:** Der Senat hat die Revision zugelassen. Zum Zeitpunkt der Drucklegung war das Verfahren beim BGH (Az.: II ZR 244/17) anhängig.



## Bank- und Kreditsicherungsrecht

AGB-Klausel zu Kosten einer smsTAN beim Online-Banking

BGB §§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 S. 1, 675e Abs. 1, 675 f Abs. 4 S. 1; UKlaG § 1, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 Nr. 1

1. Bei Klagen nach § 1 UKlaG muss gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG der Klageantrag die beanstandeten Bestimmungen der AGB im Wortlaut enthalten, anderenfalls ist die Klage unzulässig (Anschluss an BGH, Urt. v. 25.7.2012 – IV ZR 201/10, BGHZ 194, 208 = MDR 2012, 1163 Rz. 9). Ist streitig, ob die beanstandete Klausel in dieser Fassung vom Beklagten tatsächlich verwendet wird, reicht es für die Zulässigkeit der Klage aus, wenn unter Angabe des zugrunde liegenden Lebenssachverhalts die Verwendung der bestimmten Klausel behauptet und deren konkreter Wortlaut im Klageantrag wörtlich wiedergegeben wird. Ob die beanstandete Klausel in dieser Fassung tatsächlich Verwendung findet, ist demgegenüber eine Frage der Begründetheit der Klage.

2. Die im Preisverzeichnis einer Sparkasse in Bezug auf Verträge über Zahlungsdienste verwendete Bestimmung

„Jede smsTAN kostet 0,10 € (unabhängig vom Kontomodell)“

ist im Verkehr mit Verbrauchern gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

BGH, Urt. v. 25.7.2017 – XI ZR 260/15  
(OLG Frankfurt – 10 U 35/13; LG Frankfurt/M.)

## Aus den Gründen:

[18] [Zu LS 1. folgt nach der nahezu wortgleichen Wiedergabe dieses Leitsatzes:] ... Denn ein Unterlassungsanspruch gem. § 1 UKlaG besteht nur, soweit eine beanstandete Klausel durch den Beklagten tatsächlich verwendet wird und insoweit eine Erstverwendungs- oder Wiederholungsgefahr vorliegt (vgl. im Ergebnis BGH, Urt. v. 15.2.1995 – VIII ZR 93/94, MDR 1995, 1109 = WM 1995, 851, 853 zu § 13 AGBG ...).

[19] [Zu LS 2.] Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht ... angenommen, die vom Kläger beanstandete

Klausel unterliege gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2, §§ 308 f. BGB.

[20] Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB sind Gegenstand der Inhaltskontrolle solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Darunter fallen grundsätzlich weder bloß deklaratorische Klauseln noch solche, die unmittelbar den Preis der vertraglichen Hauptleistung oder das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung bestimmen. Kontrollfähig sind aber Klauseln, die von gesetzlichen Preisregelungen abweichen (BGH, Urt. v. 17.12.2013 – XI ZR 66/13, BGHZ 199, 281 = MDR 2014, 234 Rz. 12; v. 28.7.2015 – XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 = MDR 2015, 1084 Rz. 28; v. 20.10.2015 – XI ZR 166/14, BGHZ 207, 176 = MDR 2016, 102 Rz. 16). Weiter kontrollfähig sind Klauseln, die kein Entgelt für eine Leistung zum Gegenstand haben, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, sondern mittels derer der Verwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt (BGH, Urt. v. 21.4.2009 – XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 = MDR 2009, 877 Rz. 16; ... v. 13.11.2012 – XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 = MDR 2013, 117 Rz. 13; v. 17.12.2013. a.a.O. Rz. 12; v. 28.7.2015, a.a.O. Rz. 28; v. 20.10.2015, a.a.O. Rz. 16). Das gilt auch dann, wenn die Entgeltklausel in einem Regelwerk enthalten ist, das Preise für Einzelleistungen bei der Vertragsabwicklung festlegt (BGH, Urt. v. 18.5.1999 – XI ZR 219/98, BGHZ 141, 380, 383 = MDR 1999, 1147 m. Anm. Imping; v. 13.11.2012, a.a.O. Rz. 13; v. 17.12.2013, a.a.O. Rz. 12; v. 28.7.2015, a.a.O. Rz. 28; v. 20.10.2015, a.a.O. Rz. 16).

[21] Die vom Kläger angegriffene Klausel enthält mit dem von ihm behaupteten Wortlaut eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung i.S.d. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB und unterliegt daher der Inhaltskontrolle.

[22] Die Klausel ist so auszulegen, dass sie ein Entgelt i.H.v. 0,10 € für jede TAN vorsieht, die per SMS an den Kunden versendet wird, ohne dass es darauf ankommt, ob diese TAN im Zusammenhang mit der Erteilung eines Zahlungsauftrages eingesetzt wird.

[24] ... Die Beklagte beansprucht mit der nach ihrem eindeutigen Wortlaut einschränkungslos „jede smsTAN“ bepreisende Regelung von ihren Kunden ein Entgelt i.H.v. 0,10 € etwa auch für solche TAN, die zwar per SMS an den Kunden übersendet werden, von diesem aber nicht für die Erteilung eines Zahlungsauftrages eingesetzt werden, etwa weil beim Abgleich der auftragsbezogenen Daten zwischen der vom Kunden ausgefüllten Auftragsvorlage und den auf das Mobilfunkgerät des Kunden zusammen mit der „smsTAN“ übermittelten auftragsbezogenen Daten eine Divergenz auftritt und damit der begründete Verdacht eines sog. „Phishings“ besteht. Nach dem zweifelsfreien Klauselwortlaut wird das Entgelt ferner auch dann erhoben, wenn eine TAN wegen der Überschreitung der zeitlichen Geltungsdauer nicht mehr eingesetzt werden kann oder wenn sie zwar zur Erteilung eines Zahlungsauftrages eingesetzt werden soll, dieser aber der Beklagten aufgrund einer technischen Fehlfunktion nicht zugeht und deshalb in der Folge auch nicht zur Ausführung gelangt.

[25] Zwar gilt bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen der Grundsatz, dass sich eine nach ihrem Regelungsbereich nicht zu beanstandende Klausel nach dem realen oder hypothetischen Willen des Verwenders nicht auf völlig atypische Regulationssituationen bezieht, in denen sie als kontrollfähig und nach der Wertung des Gesetzes potentiell als unangemessen zu qualifizieren

## Bank- und Kreditsicherungsrecht

wäre (BGH, Urt. v. 27.1.2015 – XI ZR 174/13, MDR 2015, 348 = WM 2015, 519 Rz. 13; v. 28.7.2015, a.a.O. Rz. 32, je m.w.N.). Indessen geht es hier nicht darum, Ausnahmefälle, auf die die Klausel ersichtlich nicht zugeschnitten ist oder in denen die Berufung auf die Klausel schlechthin treuwidrig wäre, als von ihr nicht erfasst anzusehen. Vielmehr spricht ihr Wortlaut aus der maßgeblichen Kundensicht eindeutig dafür, dass ein Entgelt ausnahmslos für jede per SMS übersandte TAN erhoben wird.

[26] Mit der ausnahmslosen Bepreisung von TAN, die per SMS an den Kunden übersandt werden, unterliegt die Klausel gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB bereits deshalb der Inhaltskontrolle, weil sie mit dieser Reichweite gegen die Vorgaben von § 675f Abs. 4 S. 1 BGB verstößt.

[27] Gemäß § 675f Abs. 4 S. 1 BGB hat der Zahlungsdienstnutzer dem Zahlungsdienstleister für die Erbringung eines Zahlungsdienstes das vereinbarte Entgelt zu entrichten. Im Ausgangspunkt zutreffend weist die Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang zwar darauf hin, dass zu den Zahlungsdiensten gem. § 675c Abs. 3 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 4 ZAG die Ausgabe von Zahlungsauthentifizierungsinstrumenten gehört. Allerdings wird – was die Revisionserwiderung übersieht – kein entgeltpflichtiger Zahlungsdienst erbracht, wenn eine an den Kunden übermittelte TAN nicht zur Erteilung eines Zahlungsauftrags verwendet wird.

[28] Ein Zahlungsauthentifizierungsinstrument ist nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 5 ZAG jedes personalisierte Instrument oder Verfahren, das zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister für die Erteilung von Zahlungsaufträgen vereinbart wird und das vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt wird, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen. Ein Zahlungsauthentifizierungsinstrument in diesem Sinne ist das von der Beklagten angebotene Online-Banking unter Verwendung von PIN und TAN (vgl. BT-Drucks. 16/11613, 36; ... *Sprau* in Palandt/BGB, 76. Aufl., § 675j Rz. 7).

[29] PIN und TAN stellen dabei ihrerseits keine Zahlungsauthentifizierungsinstrumente dar, sondern vielmehr personalisierte Sicherheitsmerkmale (vgl. BT-Drucks. 16/11643, 106 zu § 675l BGB-E; ... *Sprau*, a.a.O., § 675j Rz. 6), die einem vereinbarten Zahlungsauthentifizierungsinstrument nur zugeordnet sind (vgl. ... Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 675j Rz. 6). Als solche sind sie aber Bestandteil des Zahlungsauthentifizierungsinstruments „Online-Banking“ mittels PIN und TAN.

[30] Im Rahmen der Ausgabe des Zahlungsauthentifizierungsinstruments „Online-Banking“ mittels PIN und TAN als Zahlungsdienst (§ 675c Abs. 3 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 4 ZAG) kann die Ausgabe einer TAN nur dann als Bestandteil der Hauptleistung mit einem Entgelt nach § 675f Abs. 4 S. 1 BGB bepreist werden, wenn sie auch tatsächlich der Erteilung eines Zahlungsvorgangs dient und insoweit als Teil des Zahlungsauthentifizierungsinstruments (§ 1 Abs. 5 ZAG) fungiert. Geschieht dies nicht, ist die Ausgabe einer TAN nicht Teil der vertraglichen Hauptleistung und kann daher nicht Gegenstand einer Entgeltvereinbarung nach § 675f Abs. 4 S. 1 BGB sein, weil kein Zahlungsdienst erbracht wird. Indem die vom Kläger beanstandete Klausel nach dem von ihm behaupteten Wortlaut aber auch in diesen Fällen ein Entgelt i.H.v. 0,10 € für eine per SMS übermittelte TAN vorsieht, weicht sie von § 675f Abs. 4 S. 1 BGB ab.

[36] Die ... Klausel unterliegt ... [hält] der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2, §§ 308 f. BGB (...) nicht stand.

[37] Allgemeine Geschäftsbedingungen, die zum Nachteil des Kunden gegen (halb-)zwingendes Recht verstoßen, benachteiligen ihn mit der Folge ihrer Unwirksamkeit un-

angemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (BGH v. 17.12.2013, a.a.O. Rz. 10; v. 28.7.2015, a.a.O. Rz. 43; v. 27.1.2015, a.a.O. Rz. 17, jeweils m.w.N.). Von den Vorgaben des § 675f Abs. 4 S. 1 BGB darf nach § 675e Abs. 1 BGB nicht zum Nachteil des Zahlungsdienstnutzers abgewichen werden. Dies ist vorliegend aber der Fall ..., weil ... [die Klausel] eine Entgeltspflicht des Kunden auch dann vorsieht, wenn kein Zahlungsdienst erbracht wird. [Rz. 38-42] ...

Darlehensvertrag: Beginn des Zehnjahreszeitraums im Fall einer Forward-Prolongation

BGB §§ 254, 489, 609a

**§ 489 Abs. 1, Nr. 3 Halbs. 2 BGB a.F. kann nicht entgegen seines eindeutigen Wortlauts dergestalt angewendet werden, dass für den Beginn der Zehn-Jahresfrist nicht der Zeitpunkt der Verlängerungsvereinbarung, sondern erst der Ablauf der vorherigen Zinsbindungsphase maßgeblich ist.** ○

OLG München, Urt. v. 24.4.2017 – 19 U 4269/16 (LG München I – 3 O 9175/16)

#### Aus den Gründen:

... Der Senat teilt die Auffassung des LG, dass der 10-Jahres-Zeitraum des § 489 Abs. 1 Nr. 3 BGB auch dann mit der Verlängerungsvereinbarung zu laufen beginnt, wenn es sich um eine vorzeitige Verlängerungsvereinbarung handelt. Sachlich streitentscheidend ist dabei einzig und allein die Auslegung von § 489 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB. Nr. 8 der AGB der Beklagten verweisen insoweit selbst auf diese Vorschrift ...; im Übrigen könnte das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers gem. § 489 Abs. 4 S. 1 BGB nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder erschwert werden. Die am Wortlaut orientierte grammatikalische Auslegung stützt klar dieses Ergebnis. Danach ist eindeutig der Zeitpunkt der Verlängerungsvereinbarung maßgeblich und nicht der Ablauf der vorigen Zinsbindung o.Ä.. Wohl deshalb argumentieren die Vertreter der a.A. z.T. damit, dass es sich bei der hier in Frage stehenden Fallgestaltung um eine Umschuldung, also um einen neuen Darlehensvertrag handele, der nicht unter die Regelung des § 489 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB falle (so *Mülbart* in Staudinger/BGB, Neubearb. 2015, § 489 Rz. 50). Das lässt sich aber mit Blick auf die neuere Rspr. des BGH, wonach dem Darlehensnehmer auch bei einer – wie hier – zeitlich vorgezogenen Neuregelung des Zins- und Tilgungsanteils kein neues Kapitalnutzungsrecht eingeräumt wird (BGH v. 7.6.2016 – XI ZR 385/15, juris), nicht halten.

Die historische Auslegung stützt nach Auffassung des Senats dieses Ergebnis: ... Der Gesetzgeber ging ... davon aus, dass Prolongationsvereinbarungen in der Regel kurz vor Ablauf der ursprünglichen Laufzeit getroffen werden. Er hat demnach die Möglichkeit, dass dies ausnahmsweise auch bereits längere Zeit vor Ablauf der ursprünglichen Laufzeit erfolgen könnte, durchaus gesehen, aber gleichwohl für diesen Fall keine anderweitige Regelung für erforderlich gehalten (a.A. *Bruchner/Krepold* in Schimmsky/Bunte-Lwowski, Bankrechtshandbuch, 5. Aufl. 2015, § 79 Rz. 28: Der Gesetzgeber habe dabei mit Sicherheit nicht an Forward-Darlehen gedacht).

Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung wurde § 609a BGB mit lediglich redaktionellen Änderungen in § 489 BGB überführt (BT-Drucks. 14/7052 v. 9.10.2001, S. 200). Wenn man mit *Bruchner/Krepold*, a.a.O., § 79

## Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz

Rz. 27) davon ausgeht, dass „Forward-Darlehen bereits in der Niedrigzinsphase Ende der 90er Jahre erfunden wurden“, hätte der Gesetzgeber die Regelung in Kenntnis dieses angeblich neuartigen Phänomens bestätigt, ohne im Rahmen der jahrelangen intensiven Diskussion um die Schuldrechtsreform Änderungsbedarf zu sehen.

Die teleologische Auslegung führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Die Vertreter der a.A. meinen, dem Normzweck des § 489 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB sei zu entnehmen, dass die Zehnjahresfrist an die tatsächliche Kapitalnutzungsmöglichkeit gekoppelt sein solle, welche beim Forward-Darlehen erst mit Ablauf der Forward-Zeit und nicht schon mit Vertragsschluss eintrete. Denn ansonsten könne die 10-Jahresfrist durch den freigewählten Zeitpunkt der Prolongationsvereinbarung beliebig verkürzt werden (*Bruchner/Krepold*, a.a.O., § 79 Rz. 29; *Mülbert*, a.a.O., § 489 Rz. 50; *Wehrt/Peters*, WM 2003, 1510). Das trifft zwar zu, berücksichtigt aber nach Auffassung des Senats Sinn und Zweck von § 489 BGB nicht hinreichend. Bei § 489 BGB handelt es sich um eine Verbraucherschutzvorschrift, die nur dem Darlehensnehmer ein einseitiges ordentliches Kündigungsrecht einräumt. Im vorliegenden Falle führt die wörtliche Auslegung z.B. dazu, dass die Kläger bereits 10 Jahre nach Abschluss der Vereinbarung kündigen können und nicht erst nach Ablauf von 10 Jahren seit Beginn der neuen Zinsbindung; an den Kündigungsmöglichkeiten der beklagten Bank ändert sich dagegen dadurch nichts. Eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Änderungsvereinbarung oder den Ablauf der vorigen Zinsbindung o.ä. würde deshalb allein zu Lasten des Verbrauchers und Darlehensnehmers gehen.

Der Darlehensnehmer wäre dann im Ergebnis sogar länger als 10 Jahre an den neuen Zins gebunden, nämlich zunächst bis zum Wirksamwerden der neuen Zinsbindung und dann noch weitere 10 Jahre darüber hinaus. Einer solchen Auslegung dürfte schon § 489 IV 1 BGB entgegenstehen (zur Auslegung unter Verbraucherschutzgesichtspunkten vgl. z.B. BGH v. 19.1.2016 – XI ZR 103/15, MDR 2016, 660 ...). Es mag auch sein, dass sich durch die im Ergebnis frühere Kündigungsmöglichkeit des Darlehensnehmers Forward-Prolongationen verteuern würden (so *Wehrt/Peters*, WM 2003, 1510); das stellt aber nach Auffassung des Senats von vorneherein kein taugliches Auslegungskriterium, sondern allenfalls einen in die Preiskalkulation der Kreditinstitute einzustellenden Aspekt dar. Schließlich würde eine solche Auslegung nach Auffassung des Senats unlösbare Abgrenzungsfragen aufwerfen. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass Prolongationsvereinbarungen in der Regel kurz vor Ablauf der ursprünglichen Laufzeit getroffen werden (s.o.). Welcher Zeitraum soll dann noch hinnehmbar sein, um § 489 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB wörtlich anzuwenden und welcher Zeitraum soll dafür schädlich sein, 3 Monate, 6 Monate oder 12 Monate? Auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit kommt daher nur eine wörtliche Auslegung in Betracht. ...

**Hinweis der Redaktion:** Die Revision ist beim BGH anhängig unter dem Az.: XI ZR 328/17.



## Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz

Kunstwerk öffentlich wahrnehmbar am Bug eines Kreuzfahrtschiffes

UrhG § 59 Abs. 1 S. 1

a) Ein Werk befindet sich „an“ öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen, wenn es von öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen aus wahrgenommen werden kann; unerheblich ist, ob das Werk selbst für die Öffentlichkeit zugänglich ist.

b) Wege, Straßen oder Plätze sind i.S.v. § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG „öffentlich“, wenn sie für jedermann frei zugänglich sind, unabhängig davon, ob sie in öffentlichem oder privatem Eigentum stehen.

c) Die Nennung von „Wegen, Straßen oder Plätzen“ in § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG ist lediglich beispielhaft und nicht abschließend. Die Bestimmung erfasst jedenfalls alle Orte, die sich – wie Wege, Straßen oder Plätze – unter freiem Himmel befinden.

d) Ein Werk befindet sich auch dann i.S.v. § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG „an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen“, wenn es den Ort wechselt und es sich bei den verschiedenen Orten, an oder auf denen sich das Werk befindet, um öffentliche Orte handelt.

e) Ein Werk befindet sich i.S.v. § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG „bleibend“ an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen, wenn es sich dauerhaft und nicht nur vorübergehend an öffentlichen Orten befindet. Das ist der Fall, wenn das Werk aus Sicht der Allgemeinheit dazu bestimmt ist, für längere, meist unbestimmte Zeit an öffentlichen Orten zu bleiben.

f) Wer sich auf § 59 UrhG beruft, trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Fotografie des Werkes von öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen aus gemacht worden ist. Zeigt die Fotografie eine Ansicht des Werkes, wie sie sich dem allgemeinen Publikum von einem öffentlichen Ort aus bietet, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Fotografie von einem solchen Ort aus gemacht worden ist. Es ist dann Sache des Inhabers der Rechte am Werk, diese Vermutung durch den Vortrag konkreter Umstände zu erschüttern. Wer sich auf § 59 UrhG beruft, hat dann seine Behauptung zu beweisen.

BGH, *Urt. v. 27.4.2017 – I ZR 247/15 – AIDA Kussmund*  
(OLG Köln – 6 U 34/15; LG Köln)

### Sachverhalt:

Die Klägerin veranstaltet Kreuzfahrten; ihre Kreuzfahrtschiffe sind mit dem sog. „AIDA Kussmund“ dekoriert. Das Motiv besteht aus einem am Bug der Schiffe aufgemalten Mund, seitlich an den Bordwänden aufgemalten Augen und von diesen ausgehenden Wellenlinien („Augenbrauen“). Der Beklagte bot auf seiner Internetseite Ausflüge bei Landgängen auf Kreuzfahrtreisen in Ägypten an; dazu veröffentlichte er dort ein Foto der Seitenansicht eines Schiffes der Klägerin, auf dem der „AIDA Kussmund“ zu sehen ist. Die Klägerin beanstandet das als Verletzung ihrer Rechte an dem Kunstwerk „AIDA Kussmund“. Die Klage (u.a. auf Unterlassung) hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg (LG Köln, *Urt. v. 4.3.2015 – 28 O 554/12, juris*; OLG Köln v.



## Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz

23.10.2015 – 6 U 34/15, GRUR 2016, 495 = WRP 2016, 274). Die Revision ist erfolglos.

**Aus den Gründen:**

[9] ... Der Beklagte hat den als Werk der angewandten Kunst geschützten „AIDA Kussmund“ zwar dadurch öffentlich zugänglich gemacht (§ 19a UrhG), dass er die Fotografie eines Kreuzfahrtschiffs der Klägerin, die einen Teil dieses Werkes zeigt, ins Internet eingestellt hat. Diese öffentliche Wiedergabe des Werkes ist jedoch durch die Schrankenregelung des § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG gedeckt.

[15] Gemäß § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG ist es zulässig, Werke, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befinden, mit Mitteln der Malerei oder Graphik, durch Lichtbild oder durch Film zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben.

[16] Die Regelung beruht auf der Erwägung, die Aufstellung eines Kunstwerkes an öffentlichen Orten bringe zum Ausdruck, dass damit das Werk der Allgemeinheit gewidmet werde; aus dieser Zweckbestimmung rechtfertige sich eine Beschränkung des Urheberrechts in der Weise, dass jedermann das Werk abbilden und die Abbildungen verwerten dürfe (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des UrhG, BT-Drucks. IV/270, 76 zu § 60 UrhG a.F.; BGH, Urt. v. 24.1.2002 – I ZR 102/99, BGHZ 150, 6, 9 = MDR 2002, 771 – Verhüllter Reichstag; v. 5.6.2003 – I ZR 192/00, MDR 2004, 404 = GRUR 2003, 1035, 1037 – Hundertwasser-Haus).

Die Bestimmung gestattet daher nicht nur das Fotografieren eines Werkes, das sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befindet, sondern erlaubt darüber hinaus die – auch gewerbliche – Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe der Fotografie (vgl. BGH, Urt. v. 9.3.1989 – I ZR 54/87, MDR 1989, 966 = GRUR 1990, 390 f. – Friesenhaus; LG Mannheim v. 14.2.1997 – 7 S 4/96, GRUR 1997, 364 ff.; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, 5. Aufl., § 59 Rz. 1; *Czychowski* in *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 11. Aufl., § 59 UrhG Rz. 10; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Urheberrecht, 3. Aufl., § 59 UrhG Rz. 12). Dabei schließt die Befugnis zur öffentlichen Wiedergabe die Befugnis zur öffentlichen Zugänglichmachung ein (vgl. § 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UrhG; *Vogel* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 5. Aufl., § 59 UrhG Rz. 28).

[22] Ein Werk befindet sich „an“ öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen, wenn es von öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen aus wahrgenommen werden kann (vgl. *Dreier*, a.a.O., § 59 Rz. 4; *Czychowski*, a.a.O., § 59 UrhG Rz. 7). Unerheblich ist, ob das Werk selbst für die Öffentlichkeit zugänglich ist (vgl. *Vogel*, a.a.O., § 59 UrhG Rz. 18 m.w.N.). Das ergibt sich aus dem Zweck der Regelung, es dem Publikum zu ermöglichen, das, was es von öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen aus mit eigenen Augen sehen kann, als Gemälde, Zeichnung, Fotografie oder im Film zu betrachten (vgl. BGH v. 5.6.2003, a.a.O., m.w.N.). ...

[24] Die Nennung von „Wegen, Straßen oder Plätzen“ in § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG ist lediglich beispielhaft und nicht abschließend. Die Bestimmung erfasst jedenfalls alle Orte, die sich – wie Wege, Straßen oder Plätze – unter freiem Himmel befinden (vgl. v. *Gamm*, UrhG, 1968, § 59 Rz. 2; *Dreyer*, a.a.O., § 59 UrhG Rz. 6).

[25] Bereits der Zweck der Vorschrift, das Urheberrecht an Werken, die durch ihre Aufstellung an öffentlichen Orten der Allgemeinheit gewidmet worden sind, in der Weise zu beschränken, dass jedermann diese Werke abbilden und die Abbildungen verwerten darf (vgl. Rz. 16), legt es nahe, die Vorschrift auf Werke anzuwenden, die sich bleibend an anderen öffentlichen Orten als Wegen, Straßen oder Plätzen befinden.

[26] Ein entsprechendes Verständnis ist jedenfalls bei richtlinienkonformer Auslegung des § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG geboten (vgl. Rz. 18). Art. 5 Abs. 3 Buchst. h der RL 2001/29/EG erfasst (sämtliche) Werke, die dazu angefertigt wurden, sich bleibend an öffentlichen Orten zu befinden. Den Mitgliedstaaten steht es nach Art. 5 Abs. 2 bis 4 der RL 2001/29/EG zwar frei, ob sie in den dort genannten Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht, das Recht der öffentlichen Wiedergabe oder das Verbreitungsrecht vorsehen. Sie müssen aber, wenn sie eine Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf diese Verwertungsrechte einführen, deren Voraussetzungen vollständig umsetzen, da eine inkohärente Umsetzung dem Harmonisierungsziel der RL zuwiderliefe (vgl. Erwägungsgrund 32 S. 4 der Richtlinie; EuGH, Urt. v. 3.9.2014 – C-201/13 Rz. 16, GRUR 2014, 972 = WRP 2014, 1181 – Deckmyn und Vrijheidsfonds/Vandersteen u.a., m.w.N.).

[28] Bereits nach seinem Wortlaut setzt § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG nicht voraus, dass sich das Werk bleibend an einem bestimmten Ort befindet, es also ortsfest ist; vielmehr erfasst der Wortlaut auch Fallgestaltungen, bei denen sich das Werk nacheinander an verschiedenen öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen befindet. So verhält es sich, wenn das Werk sich von einem Ort zu einem anderen fortbewegt, etwa weil es sich dabei um ein urheberrechtlich geschütztes Fahrzeug (vgl. BGH, Urt. v. 8.5.2002 – I ZR 98/00, BGHZ 151, 15, 20 f. – Stadtbahnfahrzeug) oder um ein Werk der bildenden oder angewandten Kunst handelt, das an einem Fahrzeug – wie hier an einem Seeschiff – angebracht ist.

[29] Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass es das durch § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG geschützte Interesse der Allgemeinheit an der Freiheit des Straßenbildes erfordert, die Vorschrift auf Werke an Fahrzeugen anzuwenden, die bestimmungsgemäß im öffentlichen Straßenverkehr eingesetzt werden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts werden Straßenbahnen, Omnibusse oder auch Lastkraftwagen zunehmend als Werbeträger eingesetzt und sind die an solchen Fahrzeugen angebrachten Gestaltungen jedenfalls zu einem nicht unerheblichen Teil als Werke der angewandten Kunst urheberrechtlich geschützt.

Das Fotografieren und Filmen im öffentlichen Raum würde erheblich eingeschränkt, wenn die Aufnahme solcher Fahrzeuge urheberrechtliche Ansprüche auslösen könnte. Andererseits muss ein Künstler, der Werke für einen solchen Verwendungszweck schafft, damit rechnen, dass diese an öffentlichen Orten wahrgenommen werden. Eine Abwägung der betroffenen Interessen führt zu dem Ergebnis, dass der Berechtigte es in solchen Fällen grundsätzlich hinnehmen muss, dass das Werk an den öffentlichen Orten ohne seine Einwilligung fotografiert oder gefilmt wird (vgl. *Lüft* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 4. Aufl., § 59 UrhG Rz. 5; *Vogel*, a.a.O., § 59 UrhG Rz. 23; *Obergfell* in *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 3. Aufl., § 59 UrhG Rz. 4; *Ernst*, ZUM 1998, 475, 480; vgl. auch *Chirco*, Die Panoramafreiheit, 2013, S. 175; *Uhlenhut*, Panoramafreiheit und Eigentumsrecht, 2015, S. 92 f.; a.A. *Gass* in *Möhring/Nicolini*, Urheberrecht, 2. Aufl., § 59 UrhG Rz. 17; *Czychowski*, a.a.O., § 59 UrhG Rz. 8; v. *Gierke*, FS Erdmann, 2002, S. 103, 109).

[30] Nach diesen Maßstäben befindet sich der durch das Lichtbild vervielfältigte „AIDA Kussmund“ i.S.v. § 59 Abs. 1 S. 1 UrhG „an öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen“. Der „Kussmund“ ist am Bug und an den Bordwänden eines Kreuzfahrtschiffs aufgemalt, das nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestimmungsgemäß auf der Hohen See, im Küstenmeer, auf Seewasserstraßen

## Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz

und in Seehäfen eingesetzt wird. Diese Gewässer sind grundsätzlich allgemein zugänglich und dürfen etwa von jedermann mit Wasserfahrzeugen befahren werden (für Seewasserstraßen vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 5 S. 1 WaStrG). Das Kreuzfahrtschiff der Klägerin befindet sich danach an öffentlichen Orten, soweit es von diesen Gewässern aus wahrgenommen werden kann. Es befindet sich darüber hinaus insoweit an öffentlichen Orten, als es vom allgemein zugänglichen Festland aus zu sehen ist. [Rz. 31-40] ...

Auskunftsanspruch bei Beherrschung durch öffentliche Hand: Wahlkampffinanzierung

LPresseG NW §§ 3, 4 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3

a) Der Begriff der Behörde im Sinne des presserechtlichen Auskunftsanspruchs gem. § 4 Abs. 1 LPresseG NW erfasst auch juristische Personen des Privatrechts, die von der öffentlichen Hand beherrscht und zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, etwa im Bereich der Daseinsvorsorge, eingesetzt werden.

b) Eine Beherrschung in diesem Sinne ist in der Regel anzunehmen, wenn mehr als die Hälfte der Anteile der privatrechtlichen juristischen Person unmittelbar oder mittelbar im Eigentum der öffentlichen Hand steht (Fortführung von BGH, Urt. v. 10.2.2005 – III ZR 294/04, MDR 2005, 819 = AfP 2005, 279 = NJW 2005, 1720).

c) Vorschriften über die Geheimhaltung i.S.v. § 4 Abs. 2 Nr. 2 LPresseG NW, die einem Anspruch auf Auskunft nach § 4 Abs. 1 LPresseG NW entgegenstehen, sind Bestimmungen, die den Schutz öffentlicher Geheimnisse bewirken sollen und der auskunftspflichtigen Behörde als solcher die Preisgabe der in Rede stehenden Informationen schlechthin untersagen.

d) Bei der Prüfung des Ausschlussgrunds nach § 4 Abs. 2 Nr. 3 LPresseG NW sind das durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Informationsinteresse der Öffentlichkeit und das Geheimhaltungsinteresse der Behörde und der von der Auskunft betroffenen Dritten im Einzelfall umfassend gegeneinander abzuwägen und angemessen auszugleichen. Der Verdacht einer indirekten Partei- oder Wahlkampffinanzierung durch eine Behörde berührt öffentliche Interessen von erheblichem Gewicht.

BGH, Urt. v. 16.3.2017 – I ZR 13/16  
(OLG Hamm – I-11 U 5/14; LG Essen – 3 O 217/13)

Keine Verhandlungspflicht zu Vergütungsregeln

UrhG § 36 Abs. 1 S. 1

Es besteht für die in § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG genannten Parteien keine Rechtspflicht zur Verhandlung über die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln.

BGH, Urt. v. 2.3.2017 – I ZR 45/16 – Verhandlungspflicht  
(OLG München – 29 U 2115/15; LG München I)

Sachverhalt:

Der Kläger – der Bayerische Rundfunk – ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts und Mitglied der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD). Er strahlt im Rahmen seines Fernsehprogramms Eigenproduktionen, Auftragsproduktionen, Koproduktionen sowie Lizenzproduktionen aus. Nur die Eigenproduktionen werden vom Kläger selbst unter Einsatz von bei ihm fest angestellten sowie freien Kameraleuten hergestellt. Bei den übrigen Produktionsarten erwirbt der Kläger vom jeweiligen Filmhersteller die erforderlichen Nutzungsrechte. Die bei der Herstellung eingesetzten Kameraleute schließen insoweit Verträge ausschließlich mit dem jeweiligen Filmhersteller. Der Beklagte ist ein Verband freischaffender bildgestaltender Kameraleute. Er forderte den Kläger auf, Verhandlungen zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln aufzunehmen. Der Kläger hält sich dazu für nicht verpflichtet. Die negative Feststellungsklage hatte in den Vorinstanzen im Hinblick auf Auftragsproduktionen, Koproduktionen und Lizenzproduktionen Erfolg, hinsichtlich der Eigenproduktionen war sie erfolglos geblieben (LG München I – 33 O 10898/14, GRUR-RR 2015, 369). Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung der vorinstanzlichen Urteile, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist und zur Stattgabe der negativen Feststellungsklage auch insoweit. Die Anschlussrevision des Beklagten bleibt ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

[10] Gegenstand des Revisionsverfahrens ist die Klage nur noch insoweit, als der Kläger die Feststellung beantragt, dass er gegenüber dem Beklagten nicht verpflichtet ist, mit diesem über die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln nach § 36 UrhG über Eigenproduktionen und/oder Auftragsproduktionen zu verhandeln. Soweit der Klage im Hinblick auf Koproduktionen und Lizenzproduktionen stattgegeben worden ist, hat der Beklagte das hingenommen.

[15] ... Nach der gesetzlichen Regelung besteht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine Verpflichtung von Werknutzern und Vereinigungen von Urhebern über die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln zu verhandeln. Es kommt daher nicht darauf an, ob einer Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln für Auftragsproduktionen oder Eigenproduktionen durch die Parteien entgegensteht, dass die Beklagte bei Auftragsproduktionen nicht als Werknutzer anzusehen ist (§ 36 Abs. 1 S. 1 UrhG) und für Eigenproduktionen ein Manteltarifvertrag besteht (§ 36 Abs. 1 S. 3 UrhG).

[16] Gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG stellen Vereinigungen von Urhebern mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern gemeinsame Vergütungsregeln zur Bestimmung der Angemessenheit von Vergütungen nach § 32 UrhG auf. Dem Wortlaut dieser Bestimmung lässt sich keine Verpflichtung zur Verhandlung über gemeinsame Vergütungsregeln entnehmen.

[17] Aus dem Regelungszusammenhang der Bestimmungen über die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln ergibt sich, dass keine Verpflichtung der Parteien zur Verhandlung über gemeinsame Vergütungsregeln besteht. Gemeinsame Vergütungsregeln können nach §§ 36, 36a UrhG entweder unmittelbar durch Vereinbarung der Parteien (§ 36 Abs. 1 S. 1 UrhG) oder in einem Verfahren vor der Schlichtungsstelle (§ 36 Abs. 3 und 4, § 36a UrhG) aufgestellt werden. Die Parteien können das Verfahren zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln vor der Schlichtungsstelle vereinbaren (§ 36 Abs. 3 S. 1 UrhG), ohne zuvor über eine Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln verhandelt zu haben.

Aber auch wenn die Parteien kein Verfahren zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln vor der Schlichtungsstelle vereinbaren, sind sie nicht zu Verhandlungen

## Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz

über die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln verpflichtet. Das folgt aus der Regelung des § 36 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 UrhG, wonach das Schlichtungsverfahren auf schriftliches Verlangen einer Partei stattfindet, wenn die andere Partei nicht binnen drei Monaten, nachdem eine Partei schriftlich die Aufnahme von Verhandlungen verlangt hat, Verhandlungen über gemeinsame Vergütungsregeln beginnt.

Eine Partei trifft danach keine Verpflichtung, sondern allenfalls eine Obliegenheit, an der Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln mitzuwirken (vgl. *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 4. Aufl., § 36 UrhG Rz. 2; *Kotthoff* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Urheberrecht, 3. Aufl., § 36 UrhG Rz. 2; vgl. auch *Dietz/Haedicke* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 5. Aufl., § 36 UrhG Rz. 22 und 46; vgl. weiter Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/8058, 20).

[18] Keiner Entscheidung bedarf die Frage, ob ... eine Rechtspflicht zur Einlassung auf ein Schlichtungsverfahren besteht. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist angesichts des klaren und eindeutig gefassten Klageantrags nicht die Verpflichtung zur Mitwirkung an einem Schlichtungsverfahren, sondern allein die Frage, ob eine Pflicht des Klägers gegenüber der Beklagten besteht, über die Aufstellung von gemeinsamen Vergütungsregeln zu verhandeln. Dass die Parteien schriftsätzlich ... auch über eine Pflicht des Klägers zur Einlassung auf ein Schlichtungsverfahren gestritten haben (zu einer darauf bezogenen negativen Feststellungsklage vgl. BGH v. 22.6.2011 – I ZB 64/10, GRUR 2011, 808 Rz. 4 und 9 – Aussetzung eines Schlichtungsverfahrens), ist angesichts des eindeutig allein auf eine Verhandlungspflicht bezogenen Klageantrags, mit dem der Kläger den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens festgelegt hat, nicht von Bedeutung (§ 308 Abs. 1 S. 1 ZPO). [Rz. 19] ...

#### Anwaltsaktion gegen Immobilienfonds-Anbieter ohne Wettbewerbsbezug

GG Art. 2 Abs. 1; BGB §§ 823 Abs. 1, 824; UWG § 2 Abs. 1 Nr. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1

**Ein Anbieter geschlossener Immobilienfonds und eine auf Kapitalmarktrecht spezialisierte Rechtsanwalts-gesellschaft, die im Internet zum Zwecke der Akquisition anwaltlicher Beratungsmandate Pressemitteilungen zu dem Fondsanbieter veröffentlicht, sind keine Mitbewerber i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Zwar kann sich die anwaltliche Tätigkeit der Rechtsanwalts-gesellschaft nachteilig auf die Geschäftstätigkeit der Fonds-gesellschaft auswirken, wenn potentielle Kunden vom Erwerb der Anlageprodukte abgehalten werden. Es fehlt jedoch der für die Begründung der Mitbewerber-eigenschaft erforderliche wettbewerbliche Bezug zwischen den Unternehmen.**

BGH, *Urt. v. 26.1.2017 – I ZR 217/15 – Wettbewerbsbezug* (OLG Frankfurt – 6 U 181/14; LG Frankfurt/M.)

#### Sachverhalt:

Die Klägerin bietet geschlossene Immobilienfonds an. Die Beklagte, eine auf Kapitalmarktrecht spezialisierte Rechtsanwalts-gesellschaft, war bis zum 18.10.2013 Inhaberin der Domain „www.f.[Unternehmensname]schaden.eu“. Unter dieser Domain wurden Pressemitteilungen veröffentlicht, die die Klägerin betra-

fen. Dazu zählte eine Meldung mit der Überschrift „F. Unternehmensgruppe - Drohen den Anlegern der F. Fonds Verluste?“, in der die Geschäfte der Klägerin mit denjenigen der S.-Gruppe verglichen wurden. Die Klägerin beanstandet das u.a. als Verletzung ihres Unternehmenspersönlichkeitsrechts und als unlauter. Die Klage (u.a. auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten) hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg (OLG Frankfurt v. 24.9.2015 – 6 U 181/14, WRP 2016, 108). Die Revision bleibt erfolglos.

#### Aus den Gründen:

[10] ... Die Klägerin hat ihre Revision wirksam auf die Abweisung der lauterkeitsrechtlichen und allgemeinen deliktsrechtlichen Ansprüche beschränkt ... Die auf lauterkeitsrechtliche Ansprüche gestützte Klage ist mangels Bestehens eines Wettbewerbsverhältnisses unbegründet ... Ansprüche wegen Kreditgefährdung (§ 824 BGB ...) oder Verstoßes gegen das Unternehmenspersönlichkeitsrecht (§ 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG ...) bestehen ebenfalls nicht.

[14] Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, lauterkeitsrechtliche Ansprüche seien nicht begründet, weil die Klägerin nicht Mitbewerberin der Beklagten i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3, § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG sei.

[16] Die Eigenschaft als Mitbewerber gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG erfordert ein konkretes Wettbewerbsverhältnis i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Das ist gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, das heißt im Absatz behindern oder stören kann (BGH, *Urt. v. 13.7.2006 – I ZR 241/03 Rz. 14*, BGHZ 168, 314 = MDR 2007, 231 – Kontaktanzeigen; *Urt. v. 28.9.2011 – I ZR 92/09 Rz. 17*, MDR 2012, 358 = GRUR 2012, 193 = WRP 2012, 201 – Sportwetten im Internet II).

Da im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes grundsätzlich keine hohen Anforderungen an das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zu stellen sind, reicht es hierfür aus, dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt (BGH, *Urt. v. 29.11.1984 – I ZR 158/82*, BGHZ 93, 96 ff. = MDR 1985, 552 – DIMPLE, m.w.N.; *Urt. v. 10.4.2014 – I ZR 43/13 Rz. 32*, MDR 2014, 1280 = GRUR 2014, 1114 = WRP 2014, 1307 – nickelfrei; *Urt. v. 19.3.2015 – I ZR 94/13 Rz. 19*, MDR 2015, 1253 = GRUR 2015, 1129 = WRP 2015, 1326 – Hotelbewertungsportal).

Nach der Rechtsprechung des Senats ist daher ein konkretes Wettbewerbsverhältnis anzunehmen, wenn zwischen den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann (BGH v. 10.4.2014, a.a.O. Rz. 32; v. 19.3.2015, a.a.O. Rz. 19). Nicht ausreichend ist es allerdings, wenn die Maßnahme den anderen nur irgendwie in seinem Marktstreben betrifft. Eine bloße Beeinträchtigung reicht zur Begründung eines Wettbewerbsverhältnisses nicht aus, wenn es an jeglichem Konkurrenzmoment im Angebots- oder Nachfragewettbewerb fehlt (vgl. BGH, *Urt. v. 17.10.2013 – I ZR 173/12*, MDR 2014, 672 = GRUR 2014, 573 Rz. 20 f. = WRP 2014, 552 – Werbung für Fremdprodukte; v. 10.4.2014, a.a.O. Rz. 32).

[18] Die Klägerin bietet Anlageprodukte in Form geschlossener Immobilienfonds an. Die geschäftlichen Bemühungen der Beklagten sind darauf gerichtet, anwaltliche Beratungsmandate von Kunden zu akquirieren, die Produkte der Klägerin erworben haben. Dies sind nicht



## Verfahrensrecht

nur... frühere Kunden der Klägerin, die im Hinblick auf die erlittene oder vermeintliche Schädigung durch die getätigte Anlage nicht erneut bei der Klägerin Geld anzulegen bereit sind. Vielmehr kommt in Betracht, dass Kunden, die derzeit Anlagen der Klägerin halten, sich durch die Werbung der Beklagten veranlasst sehen, die geschäftliche Beziehung zur Klägerin zu beenden. Gleichermaßen können potentielle Neukunden abgeschreckt werden, wenn die Beklagte in ihrer Werbung die Klägerin mit Kapitalverlusten in Verbindung bringt.

[19] Daraus ergibt sich jedoch kein Konkurrenzmoment im Angebots- oder Nachfragewettbewerb der Parteien. Die von ihnen angebotenen Waren und Dienstleistungen sind vollständig ungleichartig. Das Berufungsgericht verweist zu Recht darauf, dass das Angebot der Klägerin – Anlageprodukte – nicht durch das Angebot der Beklagten – anwaltliche Beratung – ersetzbar ist, es sich mithin nicht um Substitutionswettbewerb handelt. Eine das Wettbewerbsverhältnis i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG begründende Wechselwirkung der von der beanstandeten Handlung ausgelösten Vor- und Nachteile besteht nur, wenn die von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen einen wettbewerblichen Bezug zueinander aufweisen (vgl. *Büscher* in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., § 8 Rz. 239; *Keller* in Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., § 2 Rz. 133; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 2 Rz. 109a f.). Der wettbewerbliche Bezug zwischen dem Betrieb eines Hotelbewertungsportals, das mit einem Online-Reisebüro verbunden ist, und dem Betrieb eines Hotels, das auf dem Bewertungsportal negativ bewertet worden ist, liegt im Absatz von Hotelbuchungen (vgl. BGH v. 19.3.2015, a.a.O. Rz. 19). Der wettbewerbliche Bezug zwischen dem Angebot angeblich nickelfreier Edeldahlketten und der Vermarktung eines Patents zur Herstellung von nickelfreiem Edeldahl als Werkstoff für Schmuck besteht in der nickelfreien Beschaffenheit des Endprodukts (vgl. BGH v. 10.4.2014, a.a.O. Rz. 35). Im Falle eines werbefinanzierten Fernsehsenders und eines Unternehmens, das ein Gerät mit Werblocker-Funktion vertreibt, wird der wettbewerbliche Bezug zwischen den verschiedenartigen Waren und Dienstleistungen durch deren Einwirkung auf die Wahrnehmbarkeit der Werbesendungen hergestellt (vgl. BGH, Urt. v. 24.6.2004 – I ZR 26/02, MDR 2005, 44 = GRUR 2004, 877 [879] = WRP 2004, 1272 – Werblocker).

[20] Im Streitfall besteht zwischen den von den Parteien angebotenen Waren und Dienstleistungen kein wettbewerblicher Bezug. Allein der Umstand, dass die anwaltliche Beratung der Beklagten sich negativ auf die Geschäftstätigkeit der Klägerin auszuwirken vermag, verleiht dem Dienstleistungsangebot der Beklagten nicht den Charakter eines Wettbewerbsverhaltens (vgl. *Büscher*, GRUR 2016, 313 ff.). Andernfalls wäre eine ungebührliche Ausweitung der wettbewerbsrechtlichen Anspruchsberechtigung von Unternehmen gegenüber Rechtsanwälten zu befürchten, weil das Unternehmen stets als Wettbewerber des Rechtsanwalts anzusehen wäre, wenn sich seine anwaltliche Tätigkeit – etwa durch die Beratung oder Prozessführung für einen Kunden – sich für das Unternehmen geschäftlich nachteilig auswirken kann. Auch würde der in § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG geregelten Anspruchsberechtigung im Bereich des Mitbewerberschutzes (§ 4 Nr. 1 u. 2 u. 4 UWG) ihre eigenständige Bedeutung genommen, weil aus der beeinträchtigenden Wirkung der beanstandeten Handlung nicht nur die Unlauterkeit im Sinne der mitbewerberschützenden Tatbestände, sondern zugleich die Mitbewerberschaft i.S.d. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG folgte (vgl. *Schmitt-Gaedke*, WRP 2016, 111 f.).

[21] Am erforderlichen wettbewerblichen Bezug fehlt es daher nicht nur regelmäßig im Verhältnis zwischen Kapitalanlageunternehmen und auf das Kapitalanlagerecht spezialisierten Rechtsanwälten (a.A. LG Hamburg v. 2.9.2008 – 312 O 426/08, GWR 2009, 254; LG München v. 26.10.2006 – 7 O 16794/06, MMR 2007, 125), sondern auch zwischen Vertriebsunternehmen für Computerspiele und Rechtsanwälten, die wegen Urheberrechtsverletzungen abgemahnte Personen vertreten (a.A. OLG Hamburg, Beschl. v. 18.7.2014 u. 8.9.2014 – 5 U 99/13).

[22] Vorliegend reicht danach die Beeinträchtigung der geschäftlichen Betätigung der Klägerin durch die anwaltliche Dienstleistung der Beklagten zur Begründung eines Wettbewerbsverhältnisses nicht aus.

[23] Ansprüche wegen Kreditgefährdung (§ 824 BGB) bestehen ebenfalls nicht.

[24] Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Voraussetzungen der Kreditgefährdung (§ 824 Abs. 1 BGB) seien nicht erfüllt, weil die beanstandete Domainbezeichnung keine unrichtige Tatsachenbehauptung enthalte. Diese Beurteilung ist rechtsfehlerfrei.

[34] Ansprüche wegen Verstoßes gegen das Unternehmenspersönlichkeitsrecht (§ 823 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) sind gleichfalls nicht gegeben.

[35] Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Unternehmenspersönlichkeitsrecht der Klägerin gem. § 823 Abs. 1 BGB sei nicht verletzt. Zwar lasse die Domainbezeichnung die Klägerin in einem schlechten Licht erscheinen, weil sie eine Verbindung zwischen dem Unternehmen der Klägerin und möglichen oder tatsächlichen Schäden herstelle. Die Abwägung der betroffenen Grundrechte der Parteien ergebe jedoch, dass der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Klägerin mit Blick auf die Meinungsfreiheit der Beklagten gerechtfertigt sei. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand. [Rz. 36-46] ...



## Verfahrensrecht

Unmittelbare Verfassungsbeschwerde gegen presserechtliche Unterlassungsanordnungen

GG Art. 3 Abs. 1, 20 Abs. 3, 103 Abs. 1; BVerfG §§ 90 Abs. 2, 93 Abs. 2; ZPO §§ 924, 935, 937 Abs. 2

1. Die st. Gerichtspraxis, wonach einstweilige Verfügungen (entgegen § 937 Abs. 2 1. Alt ZPO) regelmäßig nicht aufgrund mündlicher Verhandlung durch Urteil, sondern ohne vorherige mündliche Verhandlung durch Beschluss zu erlassen sind, auch wenn ein Fall besonderer Dringlichkeit nicht vorliegt, kann mit der Verfassungsbeschwerde am Maßstab des Rechts auf Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) überprüft werden. Für den Antragsgegner (Ag.) fehlt es an einem einfachrechtlichen Rechtsbehelf. Die Verfassungsbeschwerde ist daher innerhalb der Monatsfrist gem. § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG unmittelbar gegen die einstweilige Verfügung zu richten.

2. Kommt es vor der Entscheidung des BVerfG zur Durchführung der mündlichen Verhandlung im Verfügungsverfahren und damit zu einer Heilung der Gehörsverletzung (typische Fallgestaltung), ist die Verfassungsbeschwerde i.d.R. als unbegründet abzuweisen.

## Verfahrensrecht

Eine Ausnahme besteht, wenn der Ag. seine Verfassungsbeschwerde, wie bei Wiederholungsgefahr, auf ein fortbestehendes Feststellungsinteresse stützen kann. Dies ist der Fall, wenn zu befürchten ist, dass das Gericht auch bei einem neuen Verfügungsantrag i.S. seiner st. Praxis entscheiden wird. ○

BVerfG, Beschl. v. 6.6.2017 – 1 BvQ 16/17, 1 BvQ 17/17, 1 BvR 764/17, 1 BvR 770/17  
(LG Hamburg, Beschl. v. 8.3.2017 – 324 O 13/17)

**Sachverhalt:**

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist ein Presseverlag. Sie begehrt die Aufhebung zweier – ohne mündliche Verhandlung ergangener – landgerichtlicher Beschlüsse, die ihre Anträge auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus äußerungsrechtlichen einstweiligen Verfügungen ablehnen, und die Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung aus den einstweiligen Verfügungen. Gegen die einstweiligen Unterlassungsverfügungen, die ihr die Äußerung und Verbreitung von Passagen zweier Artikel des von ihr verlegten Nachrichtenmagazins verbieten, hat die Beschwerdeführerin Widerspruch erhoben. Das LG hat zwischenzeitlich in beiden Verfahren mündlich verhandelt und durch Urteil nach §§ 936, 925 Abs. 1 ZPO entschieden.

**Aus den Gründen:**

[4] Die Voraussetzungen für die Annahme der Verfassungsbeschwerden liegen nicht vor (§ 93a Abs. 2 BVerfGG). ...

[5] Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die Ablehnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung wendet, haben sich die von ihr unmittelbar angegriffenen Beschlüsse erledigt. Ein fortwirkendes Rechtsschutzinteresse besteht auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Wiederholungsgefahr (vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 20.12.2012 – 1 BvR 2794/10, NVwZ 2013, 570 f.). ...

[6] Auch soweit die Verfassungsbeschwerden so auszulegen sein sollten, dass die Beschwerdeführerin mittelbar eine Verletzung ihrer Grundrechte durch die ihrer Ansicht nach prozessrechtswidrig erlassenen einstweiligen Verfügungen selbst rügt, sind die Verfassungsbeschwerden unzulässig. ...

[7] Die gerügte Verletzung rechtlichen Gehörs ist nach Durchführung der mündlichen Verhandlungen geheilt. Die Funktionenteilung zwischen der Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit betraut zunächst die Fachgerichte mit der Korrektur bereits verwirklichter Grundrechtseingriffe (vgl. BVerfG v. 30.4.1997 – 2 BvR 817/90, u.a., BVerfGE 96, 27, 40; BVerfG v. 5.12.2001 – 2 BvR 527/99, u.a., BVerfGE 104, 220, 232 f.). Im Besonderen – so auch hier – gilt das für die grundsätzlich mögliche Heilung von Gehörsverstößen durch nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs (vgl. BVerfGE 5, 9, 10; BVerfGE 58, 208, 222; BVerfGE 62, 392, 397; BVerfG v. 30.4.2003 – 1 PbvU 1/02, BVerfGE 107, 395, 410 ff. = MDR 2003, 886 f.; st.Rspr.). Die Beschwerdeführerin hat selbst hervorgehoben, dass das LG ihr im Zuge der auf ihren Widerspruch nach § 936, § 924 Abs. 2 S. 2 ZPO veranlassten mündlichen Verhandlungen rechtliches Gehör gewähren würde. Insoweit war sie nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG von vornherein auf den Rechtsweg zu verweisen.

[8] Soweit die Beschwerdeführerin der Sache nach eine Verletzung ihrer Rechte auf prozessuale Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG und auf ein faires Verfahren aus Art. 20 Abs. 3 GG durch die einstweiligen Verfügungen selbst rügt, sind ihre Verfassungsbeschwerden verfristet.

[9] Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ihr vor Erlass der einstweiligen Verfügungen ohne sachlichen Grund und unter bewusster Umgehung ihrer prozessualen Rechte das rechtliche Gehör verwehrt würde, während das LG zugleich der Antragstellerseite telefonische Hinweise erteile, die weder offen gelegt würden noch überhaupt rekonstruierbar seien. Das LG verlasse sich dabei auf die von der Rechtsprechung für Eilfälle und Sondersituationen anerkannten Heilungsmöglichkeiten, um die Entscheidung entsprechend ständiger Praxis zunächst sehenden Auges unter Übergehung der prozessualen Rechte der Beschwerdeführerin zu treffen; hierdurch würden ihre Verteidigungsmöglichkeiten beeinträchtigt.

[10] Die Verfassungsbeschwerden sind hinsichtlich dieser Rügen verfristet. Maßgeblich für den Fristbeginn ist insoweit der Zeitpunkt der Entscheidung über die einstweiligen Verfügungen. Die Rügen beziehen sich auf eine Rechtsverletzung unmittelbar durch die einstweiligen Verfügungen selbst. Dabei können die Verfügungen hinsichtlich der insoweit geltend gemachten Grundrechtsverletzungen vor den Fachgerichten aber nicht wirksam angegriffen werden. Zwar können die einstweiligen Verfügungen in Blick auf andere Rechtsverletzungen – materieller Art, aber auch wegen Verstoßes gegen das rechtliche Gehör – fachgerichtlich angegriffen werden und kann diesbezüglich möglicherweise auch ihre Aufhebung erreicht werden. Die geltend gemachte Grundrechtsverletzung des bei Erlass der Verfügungen bewussten Übergehens prozessualer Rechte kann damit jedoch nicht beseitigt werden. Auch gibt es insoweit keine prozessrechtliche Möglichkeit, etwa im Wege einer Feststellungsklage eine fachgerichtliche Kontrolle eines solchen Vorgehens zu erwirken.

[11] Demzufolge kann aber eine Verfassungsbeschwerde in diesen Fällen unmittelbar gegen die einstweilige Verfügung selbst erhoben werden. Zwar kann auch die Verfassungsbeschwerde die gerügten Rechtsverletzungen nicht mehr beseitigen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass sie auf ein fortwirkendes Feststellungsinteresse gestützt werden kann. Die für eine unmittelbar gegen die einstweiligen Verfügungen gerichtete Verfassungsbeschwerde geltende Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG ist indes abgelaufen. [12-13] ...

(Einsender: Prof. Dr. Max Vollkommer, Erlangen)

Vollständige Zuverfügungstellung des Unterbringungsgutachtens an den Betroffenen

BGB § 1906; FamFG §§ 37 Abs. 2, 321

**Das in einem Unterbringungsverfahren eingeholte Gutachten ist mit seinem vollen Wortlaut grundsätzlich auch dem Betroffenen persönlich im Hinblick auf dessen Verfahrensfähigkeit zur Verfügung zu stellen (im Anschluss an BGH v. 22.3.2017 – XII ZB 358/16, MDR 2017, 647 = FamRZ 2017, 996).**

BGH, Beschl. v. 19.7.2017 – XII ZB 183/17  
(LG Stuttgart – 19 T 48/17; AG Backnang)

**Aus den Gründen:**

[3] ... Zu Recht rügt die Rechtsbeschwerde, dass die Entscheidung verfahrensfehlerhaft ergangen ist, weil das vom AG im Unterbringungsverfahren eingeholte Sachverständigengutachten dem Betroffenen nicht übersandt worden ist.

## Verfahrensrecht

[4] Die Verwertung eines Sachverständigengutachtens als Entscheidungsgrundlage setzt gem. § 37 Abs. 2 FamFG voraus, dass das Gericht den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt hat. Insoweit ist das Gutachten mit seinem vollen Wortlaut grundsätzlich auch dem Betroffenen persönlich im Hinblick auf dessen Verfahrensfähigkeit (§ 316 FamFG) zur Verfügung zu stellen. Davon kann nur unter den Voraussetzungen des § 288 Abs. 1 FamFG abgesehen werden (BGH v. 22.3.2017 – XII ZB 358/16, MDR 2017, 647 = FamRZ 2017, 996 Rz. 15; v. 7.8.2013 – XII ZB 691/12, MDR 2013, 1281 = FamRZ 2013, 1725 Rz. 11 m.w.N.).

[5] Diesen Anforderungen wird das vorliegende Verfahren nicht gerecht.

[6] Aus der Verfügung des AG v. 23.12.2016 ergibt sich, dass das Sachverständigengutachten v. 14.12.2016 lediglich an den Betreuer und den Verfahrenspfleger übersandt worden ist. Demgemäß hat der Betroffene in der Anhörung vor dem LG ausgeführt, dass ihm das Sachverständigengutachten v. 14.12.2016 nicht bekannt sei. Zwar haben der Betreuer sowie die getrennt lebende Ehefrau des Betroffenen ausgeführt, dass mit dem Betroffenen über das Gutachten gesprochen worden sei. Das genügt indes nicht, um dem Anspruch des Betroffenen auf rechtliches Gehör gerecht zu werden. Da auch keine Gründe i.S.d. § 325 Abs. 1 FamFG festgestellt worden sind, wonach das Gutachten dem Betroffenen nicht hätte in vollem Wortlaut übergeben werden dürfen, war das Gericht von dieser Verpflichtung nicht entbunden. [Rz. 7-8] ...

#### Bestellung des Sachverständigen vor der Untersuchung des Betroffenen

FamFG § 280

**Die Sachverständige muss in einer Betreuungssache schon vor der Untersuchung des Betroffenen gerichtlich bestellt worden sein und dem Betroffenen den Zweck der Untersuchung eröffnen (Fortführung des Senatsbeschlusses v. 8.7.2015 – XII ZB 600/14, MDR 2015, 1073 = FamRZ 2015, 1706).**

*BGH, Beschl. v. 12.7.2017 – XII ZB 88/17 (LG Osnabrück – 7 T 496/16; AG Meppen)*

**Aus den Gründen:**

[8] Vor der Bestellung eines Betreuers hat nach § 280 Abs. 1 S. 1 FamFG i.V.m. § 30 FamFG eine förmliche Beweisaufnahme entsprechend der Zivilprozessordnung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Notwendigkeit der Maßnahme stattzufinden. Der Sachverständige hat den Betroffenen vor der Erstattung des Gutachtens persönlich zu untersuchen oder zu befragen. Dabei muss er schon vor der Untersuchung des Betroffenen zum Sachverständigen bestellt worden sein und dem Betroffenen den Zweck der Untersuchung eröffnen (vgl. BGH, Beschl. v. 8.7.2015 – XII ZB 600/14, MDR 2015, 1073 = FamRZ 2015, 1706 Rz. 7). Ein ohne die erforderliche persönliche Untersuchung erstattetes Sachverständigengutachten ist grundsätzlich nicht verwertbar. Die Weigerung des Betroffenen, einen Kontakt mit dem Sachverständigen zuzulassen, ist kein hinreichender Grund, von einer persönlichen Untersuchung durch den Sachverständigen abzusehen. Wirkt der Betroffene an einer Begutachtung nicht mit, kann das Gericht gem. § 283 Abs. 1 und Abs. 3 FamFG seine Vorführung anordnen (BGH, Beschl. v. 27.4.2016 – XII ZB 611/15, MDR 2016, 1022 = FamRZ 2016, 1149 Rz. 8 m.w.N.).

[9] Diesen Anforderungen wird die angefochtene Entscheidung nicht gerecht, weil weder das Amts- noch das LG in förmlicher Beweisaufnahme ein Sachverständigengutachten eingeholt haben.

[10] Das AG hat die Anregung des Landkreises E. auf Betreuungseinrichtung zu Unrecht als Gutachten i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 1 FamFG behandelt. Zwar ist das Schreiben vom Facharzt für Psychiatrie H. unterzeichnet und im Betreff als „Fachärztliches Gutachten zur Einrichtung einer gesetzlichen Betreuung“ bezeichnet. Der Sachverständige wurde jedoch zu keinem Zeitpunkt als gerichtlicher Sachverständiger bestellt. Die Anregung erfolgte vielmehr aus Eigeninitiative, nachdem der Sozialpsychiatrische Dienst des Landkreises wiederholt von Dritten (Polizei, Nachbarn, Vermieter) Hinweise auf ein extrem auffälliges Betroffenenverhalten erhalten hatte.

[11] Im Ansatz zutreffend hat das LG daher durch Beschluss v. 18.10.2016 die Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Notwendigkeit der Bestellung eines Betreuers angeordnet. Nachdem der Betroffene trotz wiederholter Anschreiben an der Begutachtung nicht mitgewirkt hatte, hat das LG weiter zutreffend die Anordnung der Vorführung zur gutachterlichen Untersuchung angekündigt. Warum nach einer persönlichen Anhörung des Betroffenen am 9.1.2017 nicht entsprechend der Ankündigung verfahren wurde, ergibt sich weder aus dem Anhörungsprotokoll noch aus der angefochtenen Entscheidung. Selbst wenn der Betroffene eine erneute psychiatrische Begutachtung ablehnt, kann ohne weitere Ermittlungen nicht ausgeschlossen werden, dass die gerichtlich bestellte Sachverständige sich durch einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen im Zusammenhang mit den zur Verfügung stehenden Unterlagen eine ausreichende Grundlage verschaffen kann, um sich ein eigenständiges Bild vom Betroffenen zu machen, welches ihr eine gutachterliche Einschätzung erlaubt. [Rz. 12-13] ...

#### Erneute Anordnung des schriftlichen Verfahrens

ZPO § 128 Abs. 2

**Kann die Frist des § 128 Abs. 2 S. 3 ZPO zunächst nicht eingehalten werden, kann das Gericht erneut die Zustimmung beider Parteien zur Entscheidung im schriftlichen Verfahren einholen und auf dieser Grundlage gem. § 128 Abs. 2 S. 1 ZPO erkennen (Anschluss an BGH, Urt. v. 17.1.2012 – XI ZR 457/10, MDR 2012, 295 = WM 2012, 312 Rz. 34).**

*BGH, Urt. v. 4.7.2017 – XI ZR 470/15 (OLG Stuttgart – 6 U 148/14; LG Stuttgart)*

**Aus den Gründen:**

[10] Keinen Erfolg hat ... die Verfahrensrüge der Revision, mit der sie geltend macht, das Berufungsgericht habe entgegen § 128 Abs. 2 S. 3 ZPO mehr als drei Monate nach Zustimmung der Parteien im schriftlichen Verfahren ein Urteil gefällt. Wie der Senat bereits entschieden hat (BGH, Urt. v. 17.1.2012 – XI ZR 457/10, MDR 2012, 295 = WM 2012, 312 Rz. 34 ...), kann das Gericht dann, wenn die Frist des § 128 Abs. 2 S. 3 ZPO zunächst nicht eingehalten werden kann, erneut die Zustimmung beider Parteien zur Entscheidung im schriftlichen Verfahren einholen und auf dieser Grundlage gem. § 128 Abs. 2 S. 1 ZPO erkennen. So ist das Berufungsgericht verfahren.

[11] Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht indessen, wie die Revision zu Recht geltend macht, unterstellt, der



## Verfahrensrecht

Kläger habe nach § 357 Abs. 1 S. 1 BGB in der bis zum 12.6.2014 geltenden Fassung (künftig: a.F.) i.V.m. § 346 Abs. 1 Halbs. 1 BGB keinen Anspruch auf Rückgewähr der von ihm auf den Darlehensvertrag erbrachten Tilgungsleistungen und daher auch keinen Anspruch aus § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. i.V.m. § 346 Abs. 1 Halbs. 2 BGB auf Herausgabe der mittels dieser Tilgungsleistungen mutmaßlich gezogenen Nutzungen. Zu dem Umfang der sich aus dem Rückgewährschuldverhältnis ergebenden Pflichten, die die Rückgewähr empfangener Tilgungsleistungen mit einschließen, hat der Senat (BGH, Beschl. v. 12.1.2016 – XI ZR 366/15, MDR 2016, 480 = WM 2016, 454 Rz. 12 ff., 18 ff.) umfänglich Stellung genommen und sich eingehend mit den für und wider diese Ansicht vorgetragenen Argumenten befasst. Gesichtspunkte, die dem Senat Anlass gäben, von seiner dort niedergelegten Auffassung abzugehen, zeigt die Revision nicht auf (vgl. auch BGH, Urt. v. 12.7.2016 – XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 = MDR 2016, 1254 Rz. 50; v. 25.4.2017 – XI ZR 573/15, MDR 2017, 714 = WM 2017, 1004 Rz. 27).

[12] Aufgrund des vorgenannten Rechtsfehlers hat das Berufungsgericht dem Kläger eine Forderung gegen die Beklagte i.H.v. 31.921,43 € aberkannt, die dem Kläger tatsächlich zusteht.

[13] Der Kläger hat an die Beklagte vor Zugang des Widerrufs Zins- und Tilgungsleistungen i.H.v. 577.500 € erbracht. Der Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen – gerechnet mit zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz – auf diese Zins- und Tilgungsleistungen beläuft sich auf 67.306,81 €. Der Kläger hat nach Zugang des Widerrufs weitere 52.500 € geleistet, die von der Beklagten zu erstatten sind (§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB). Die Beklagte hat daraus nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien in der Revisionsinstanz Nutzungen i.H.v. 919,20 € gezogen. Daraus ergibt sich ein Gesamtanspruch des Klägers i.H.v. 698.226,01 €. Abzüglich der vom Kläger gem. § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. i.V.m. §§ 346 ff. BGB geschuldeten Leistung von 580.000 € (Darlehensvaluta) und 86.304,58 € (Nutzungersatz in Höhe des Vertragszinses) beläuft sich die restliche Forderung des Klägers nach Aufrechnung noch auf 31.921,43 €.

[14] Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben, soweit es über die vom Kläger nicht weiter verfolgte Zinsforderung hinaus auf die Anschlussberufung der Beklagten die Klage i.H.v. 483,16 € abgewiesen und die Berufung des Klägers in Höhe weiterer 31.438,27 € zurückgewiesen hat (§ 562 ZPO). In diesem Umfang ist die Beklagte zur Zahlung verpflichtet (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Darlegungs- und Beweislast im Fall einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung

BGB § 823

Den Prozessgegner der für eine negative Tatsache beweisbelasteten Partei trifft eine sog. sekundäre Darlegungslast, deren Umfang sich nach den Umständen des Einzelfalls richtet (Anschluss an BGH, Urt. v. 24.3.2010 – XII ZR 175/08, BGHZ 185, 1 Rz. 20 = MDR 2010, 749 m.w.N.; v. 29.11.2016 – X ZR 122/14, MDR 2017, 326 = NZBau 2017, 176 Rz. 33).

Das gilt auch im Falle einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung. Der dem Kläger obliegende Beweis der fehlenden Berechtigung kann nur geführt werden, wenn der Verwarnende die Grundlagen für die Aus-

schließlichkeitsrechte darlegt, auf die er sich mit seiner Verwarnung gestützt hat.

BGH, Beschl. v. 20.6.2017 – VI ZR 505/16 (KG – 24 U 114/15; LG Berlin – 1 O 413/14)

Kein fristgebundener Begründungszwang bei Beschwerden nach § 43 AUG

FamFG §§ 112 Nr. 1, 117 Abs. 1; AUG §§ 2, 43, 57

a) Das vereinfachte Klauselerteilungsverfahren nach den Vorschriften des Auslandsunterhaltsgesetzes, welches der Ausführung der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Unterhaltsentscheidungen auf unionsrechtlicher oder staatsvertraglicher Grundlage dient, ist kraft verfahrensrechtlichen Zusammenhangs Unterhaltssache und damit Familienstreitsache.

b) Unbeschadet der Qualifikation des Klauselerteilungsverfahrens als Familienstreitsache hängt die Zulässigkeit einer Beschwerde nach § 43 AUG nicht von einer fristgebundenen Beschwerdegründung ab; § 117 Abs. 1 FamFG ist nicht anwendbar.

BGH, Beschl. v. 31.5.2017 – XII ZB 122/16 (LG München – 12 UF 633/14; AG München)

Aus den Gründen:

[11] ... Das Beschwerdegericht durfte die Beschwerde der Antragsgegnerin nicht wegen Versäumung einer Beschwerdebegründungsfrist verwerfen. Der vom Beschwerdegericht herangezogene § 117 Abs. 1 FamFG ist im Beschwerdeverfahren nach §§ 43 ff. AUG nicht anwendbar.

[12] Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts. Das vereinfachte Klauselerteilungsverfahren nach den Vorschriften des Auslandsunterhaltsgesetzes, welches der Ausführung der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Unterhaltsentscheidungen auf unionsrechtlicher oder staatsvertraglicher Grundlage dient, ist kraft verfahrensrechtlichen Zusammenhangs Unterhaltssache und damit Familienstreitsache i.S.v. § 112 Nr. 1 FamFG (insoweit zutreffend OLG München v. 10.12.2014 – 12 UF 1326/14, FamRZ 2015, 775; *Hüfstege* in Thomas/Putzo ZPO, 38. Aufl., § 111 FamFG Rz. 12; ...). Dies erschließt sich insbesondere aus § 43 Abs. 2 S. 1 AUG, wonach die Beschwerde auch durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden kann. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber ausweislich der Entwurfsbegründung gewährleisten, dass die Beteiligten gem. § 114 Abs. 4 Nr. 6 FamFG i.V.m. § 78 Abs. 3 ZPO für die Einlegung einer Beschwerde vom Anwaltszwang befreit sind (BT-Drucks. 17/4887, 47). Damit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er das Klauselerteilungsverfahren auf der Grundlage des Auslandsunterhaltsgesetzes als selbständige Familienstreitsache ansieht, in dem sich die Beteiligten eigentlich nach § 114 Abs. 1 FamFG vor dem OLG umfassend durch einen Rechtsanwalt hätten vertreten lassen müssen.

[13] Soweit das Beschwerdegericht allerdings im Anschluss an seine eigene Rechtsprechung (OLG München v. 10.12.2014 – 12 UF 1326/14, FamRZ 2015, 775; ...) die Ansicht vertritt, dass über die allgemeine Verweisung in § 2 AUG die für das Beschwerdeverfahren in Ehesachen und Familienstreitsachen geltende Vorschrift des § 117 Abs. 1 FamFG ergänzend heranzuziehen ist, vermag der Senat dieser Auffassung nicht beizutreten. Unbeschadet der Qualifikation des Klauselerteilungsverfahrens

## Verfahrensrecht

als Familienstreitsache sprechen sowohl die in der Begründung des Gesetzentwurfs zu Tage getretenen Intentionen des Gesetzgebers als auch teleologische und systematische Gründe dafür, dass die Zulässigkeit einer Beschwerde nach § 43 AUG nicht von einer fristgebundenen Beschwerdebegründung abhängen soll.

[14] Die §§ 36 ff. AUG regeln im Anwendungsbereich der Europäischen Unterhaltsverordnung jene Fälle, in denen gem. Art. 26 ff. EuUnthVO ausnahmsweise die Durchführung eines Exequaturverfahrens erforderlich ist. Im Übrigen beziehen sich die §§ 36 ff. AUG auf die Fälle des revidierten Luganer Übereinkommens von 2007 (LugÜ 2007) und – nach Maßgabe von § 57 AUG – auf Exequaturverfahren nach dem Luganer Übereinkommen von 1988 (LugÜ 1988) sowie dem Haager Unterhaltsvollstreckungsabkommen von 1973. Weil die genannten unionsrechtlichen und staatsvertraglichen Exequaturverfahren ungeachtet ihrer teilweise speziellen Ausrichtung auf Unterhaltssachen im Wesentlichen denjenigen ähneln, die für Deutschland in Zivil- und Handelssachen nach Maßgabe des Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetzes (AVAG) auszuführen sind, hat der Gesetzgeber die §§ 36 ff. AUG parallel zum Klauselerteilungsverfahren nach dem AVAG konzipieren und inhaltlich lediglich kleinere Änderungen vornehmen wollen (vgl. BT-Drucks. 17/4887, 42; vgl. auch Prütting/Helms/Hau FamFG 3. Aufl. Anhang 2 zu § 110 [AUG] Rz. 41).

[15] Im Beschwerdeverfahren nach § 11 AVAG ist eine notwendige Begründung der Beschwerde nicht vorgesehen; sie ergibt sich auch nicht aus den im Beschwerdeverfahren nach dem AVAG ergänzend heranzuziehenden (vgl. BGH v. 2.9.2015 – XII ZB 75/13, MDR 2015, 1325 = FamRZ 2015, 2043 Rz. 10) Vorschriften über das Verfahren der sofortigen Beschwerde nach den §§ 567 ff. ZPO. Durch das Erfordernis einer fristgebundenen Rechtsmittelbegründung wäre das Beschwerdeverfahren nach § 43 AUG demgegenüber durch ein typisches Element des zivilprozessualen Berufungsrechts geprägt. Derartige erhebliche strukturelle Unterschiede zwischen den Beschwerdeverfahren haben ersichtlich nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers entsprochen; vielmehr sollte § 43 AUG in seinem Regelungsgehalt „im Wesentlichen“ § 11 AVAG nachempfunden werden (vgl. BT-Drucks. 17/4887, 46 f.).

[16] Darüber hinaus ist das Klauselerteilungsverfahren davon geprägt, dass es in der ersten Instanz einseitig geführt wird und keine Anhörung des Schuldners stattfindet (vgl. Art. 30 S. 2 EuUnthVO; Art. 41 S. 2 LugÜ 2007; § 58 AUG; vgl. auch § 6 Abs. 1 AVAG). Einen kontradiktorischen Charakter erlangt das Verfahren erstmals mit der Beschwerde eines Beteiligten (vgl. BGH v. 2.9.2015, a.a.O. Rz. 12; Beschl. v. 4.2.2010 – IX ZB 57/09, MDR 2010, 521 = NJW-RR 2010, 571 Rz. 7 zum Klauselerteilungsverfahren nach dem AVAG). Durch den Rechtsbehelf nach § 43 AUG verschafft sich der Schuldner somit Zugang zur ersten (und einzigen) Tatsacheninstanz, in der er mit seinen Einwendungen gegen die Vollstreckbarerklärung der ausländischen Entscheidung rechtliches Gehör finden kann. Auch dies legt die Annahme nahe, dass der Gesetzgeber den Zugang zu dieser Instanz nicht durch ein Begründungserfordernis als besondere Zulässigkeitsvoraussetzung erschweren wollte.

[17] Gegen die Verpflichtung zur Begründung der Beschwerde spricht auch die Regelung des § 45 Abs. 2 AUG, wonach die Beteiligten zu Protokoll der Geschäftsstelle Anträge stellen und Erklärungen abgeben können, solange eine mündliche Verhandlung im Beschwerdeverfahren nicht angeordnet ist. Die fristgebundene Einreichung einer Rechtsmittelbegründung – die auch in Familienstreitsachen entsprechend § 520 Abs. 3 ZPO be-

stimmten formellen und inhaltlichen Mindestanforderungen genügen muss (vgl. dazu BGH v. 22.7.2015 – XII ZB 131/15, MDR 2015, 1259 = FamRZ 2015, 1791 Rz. 15 ff.; v. 1.4.2015 – XII ZB 503/14, MDR 2015, 788 = FamRZ 2015, 1009 Rz. 10 ff. m.w.N.) – wird den Beteiligten ansonsten nur in solchen Verfahren abverlangt, in denen auch eine anwaltliche Vertretung vorgeschrieben ist. Denn dadurch wird insbesondere gewährleistet, dass die mit der Begründung der Beschwerde einhergehende Prüfung der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels gründlich und sachgerecht durch eine rechtskundige Person vorgenommen wird.

[20] Schließlich weist die Rechtsbeschwerde zutreffend darauf hin, dass § 47 Abs. 2 AUG (in Anlehnung an § 16 Abs. 2 S. 1 AVAG) für das Rechtsbeschwerdeverfahren ausdrücklich die Begründung des Rechtsmittels vorschreibt. Eine solche Regelung wäre verzichtbar gewesen, wenn sich das Begründungserfordernis aus der in § 2 AUG enthaltenen Verweisung auf § 71 Abs. 2 S. 1 FamFG herleiten ließe. Dies rechtfertigt in systematischer Hinsicht die Schlussfolgerung, dass der Gesetzgeber alle Fälle einer notwendigen Rechtsmittelbegründung im Auslandsunterhaltsgesetz selbst regeln wollte und es sich deshalb bei den in den §§ 43 bis 46 AUG fehlenden Bestimmungen zum Erfordernis einer Beschwerdebegründung nicht um eine durch den Rückgriff auf § 2 AUG i.V.m. § 117 Abs. 1 FamFG auszufüllende Regelungslücke handelt. [Rz. 21-23] ...

Antrag auf Vorlage einer Unterschrift für eine Schriftvergleichung zum Beweis der Echtheit

ZPO §§ 142 Abs. 1 S. 1, 144 Abs. 1 S. 1, 286, 441

a) Hat der Beweisführer zum Beweis der Echtheit einer Unterschrift eine Schriftvergleichung durch das Gericht und die Mitteilung von zur Vergleichung geeigneten Schriften durch einen Notar und durch das für den Prozessgegner zuständige Registergericht beantragt, liegen darin Beweisantritte gem. § 441 Abs. 1 und 2 ZPO. Dagegen handelt es sich nicht um einen Antrag auf Vorlage zum Vergleich geeigneter Schriften durch den Gegner gem. § 441 Abs. 3 ZPO.

b) Die gerichtliche Anordnung gegenüber dem Gegner des Beweisführers zur Vorlage von zum Vergleich geeigneter Schriften gem. § 441 Abs. 3 S. 1 ZPO setzt neben einem entsprechenden Antrag des Beweisführers voraus, dass die Voraussetzungen eines materiell-rechtlichen Vorlageanspruchs nach §§ 421 bis 426 ZPO gegeben sind.

c) Für eine Anordnung des Gerichts gem. § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO, dass die nicht beweibelastete Partei in ihrem Besitz befindliche Urkunden vorlegt, reicht die Bezugnahme der beweibelasteten Partei auf eine im Besitz des Prozessgegners befindliche Urkunde aus. Die Bezugnahme muss nicht ausdrücklich geschehen, sondern kann sich sinngemäß aus dem Sachvortrag oder aus anderen eingereichten Unterlagen ergeben. Sie muss aber so konkretisiert sein, dass die Urkunde identifizierbar ist.

d) Für die gerichtliche Anordnung einer Beweiserhebung von Amts wegen nach § 144 Abs. 1 S. 1 ZPO ist kein Raum, soweit es um die Vorlage von Vergleichsurkunden geht, die für den Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde nach § 441 Abs. 1 ZPO be-

## Verfahrensrecht

nötigt werden. Insoweit gehen die Regelungen in § 441 Abs. 3 u. 4 ZPO der Vorschrift des § 144 ZPO vor.

e) Erlässt das Gericht ohne gesetzliche Grundlage eine Anordnung, nach der der Gegner der beweisbelasteten Partei zur Vergleichung geeignete Schriften vorzulegen hat, darf der Umstand, dass dieser der Anordnung nicht Folge geleistet hat, im Rah der Beweiswürdigung nicht zu seinen Lasten berücksichtigt werden.

BGH, Urt. v. 16.3.2017 – I ZR 205/15  
(OLG Köln – 24 U 181/14; LG Bonn – 15 O 119/13)

## Aus den Gründen:

[20] Die Frage, ob eine Vorlagepflicht der nicht beweisbelasteten Partei nach § 441 Abs. 3 ZPO neben einem entsprechenden Antrag des Beweisführers einen materiell-rechtlichen Vorlageanspruch der beweisbelasteten Partei oder eine Bezugnahme der nicht beweisbelasteten Partei auf die vorzulegenden Urkunden zur Beweisführung voraussetzt (§§ 422 f. ZPO), ist im Schrifttum umstritten.

[21] Zum Teil wird angenommen, die Vorschrift des § 441 Abs. 3 ZPO sei dahin auszulegen, der Gegner des Beweisführers sei zur Vorlage von für den Schriftvergleich geeigneten Schriften bereits dann verpflichtet, wenn die beweisbelastete Partei einen entsprechenden Antrag stellt. Danach schafft § 441 Abs. 3 S. 1 ZPO einen eigenen Vorlagegrund. ... (Ahrens in Wiczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 441 Rz. 14; Preuß in Prütting/Gehrlein, ZPO, 7. Aufl., § 441 Rz. 4). ...

[22] Nach anderer Ansicht ist der Gegner der beweisbelasteten Partei nur dann zur Vergleichsschriftenvorlage verpflichtet, wenn ein zivilrechtlicher Anspruch der beweisbelasteten Partei auf Urkundenvorlage besteht oder wenn sich der Gegner der beweisbelasteten Partei auf die entsprechenden Beweisführungskunden bezieht und damit die Voraussetzungen von § 422 oder § 423 ZPO vorliegen, auf die § 441 Abs. 3 S. 2 ZPO verweist (Saenger/Siebert, ZPO, 7. Aufl., § 441 Rz. 3; Schreiber in Münch-Komm/ZPO, 5. Aufl., § 441 Rz. 3 m.w.N.). ...

[23] Der zuletzt genannten Auffassung ist zuzustimmen. Die Vorlagepflicht nach § 441 Abs. 3 S. 1 ZPO setzt nicht lediglich einen Antrag der beweisbelasteten Partei, sondern darüber hinaus einen materiell-rechtlichen Vorlageanspruch oder eine Bezugnahme des Gegners der beweisbelasteten Partei auf die entsprechende Urkunde voraus. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 441 Abs. 3 S. 2 ZPO, die eine entsprechende Anwendung der §§ 421 bis 426 ZPO anordnet und damit auf die Regelungen in § 422 ZPO und § 423 ZPO verweist. Die entgegenstehende Auffassung vermag nicht zu erklären, welchen anderen Zweck die Verweisung auf diese Vorschriften haben soll. Neben dem Wortlaut von § 441 Abs. 3 S. 2 ZPO spricht für diese Auffassung, dass § 441 Abs. 3 S. 3 ZPO an die Nichtvorlage der Urkunden eine strenge Sanktion knüpft. Danach kann die Urkunde als echt angesehen werden, wenn der Gegner der beweisbelasteten Partei die zum Vergleich geeigneten Schriften nicht vorlegt oder das Gericht für den Fall, dass der Gegner der beweisbelasteten Partei bestreitet, dass die Urkunde sich in seinem Besitz befindet (§ 426 ZPO), zu der Überzeugung gelangt, dass er nach dem Verbleib der Schriften nicht sorgfältig geforscht hat.

[24] Der beweisbelasteten Partei wird damit der Beweis der Echtheit der Urkunde durch Schriftvergleichung nicht unmöglich gemacht (a.A. Ahrens, a.a.O., § 441 Rz. 14). Zwar werden die Voraussetzungen für einen Herausgabe- oder Vorlegungsanspruch des Beweisführers nach dem BGB selten vorliegen, so dass eine Vorlageanordnung regelmäßig am Fehlen der Voraussetzungen des § 422 ZPO scheitern wird. Der Gegner der beweisbelasteten Partei

kann jedoch, wenn es um die Echtheit der eigenen Unterschrift oder ... derjenigen seiner organschaftlichen Vertreterin geht, diese nicht lediglich einfach bestreiten. Ihm obliegt insoweit gem. § 138 Abs. 2 ZPO eine prozessuale Erklärungsspflicht. Diese kann sich auf die Unterschiede zwischen der eigenen und der zu vergleichenden Unterschrift beziehen und die Vorlage von Vergleichsunterschriften erforderlich machen. Nimmt der Gegner der beweisbelasteten Partei dabei auf Urkunden in seinem Besitz Bezug, liegen die Voraussetzungen des § 423 ZPO vor, so dass insoweit eine Vorlageanordnung ergehen kann.

[25] Im Übrigen besteht die Möglichkeit, dass das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen gem. § 142 Abs. 1 ZPO eine Vorlageanordnung erlässt, die weniger strengen Anforderungen als diejenige nach § 441 Abs. 3 ZPO unterliegt. Darin liegt kein Wertungswiderspruch, weil die Nichtbefolgung einer Anordnung nach § 142 Abs. 1 ZPO nicht mit einer speziellen Sanktion wie § 441 Abs. 3 S. 3 ZPO bewehrt, sondern lediglich gem. §§ 286, 427 S. 2 ZPO frei zu würdigen ist (BGH, Urt. v. 26.6.2007 – XI ZR 277/05 Rz. 20, BGHZ 173, 23 = MDR 2007, 1333). ...

[27] Nach § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO kann das Gericht anordnen, dass eine Partei die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden und sonstige Unterlagen vorlegt, auf die sich eine Partei bezogen hat. Die Anordnung der Urkundenvorlegung gem. § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO steht im Ermessen des Gerichts. Bei seiner Ermessensentscheidung kann das Gericht den möglichen Erkenntniswert und die Verhältnismäßigkeit einer Anordnung sowie berechtigte Belange des Geheimnis- und Persönlichkeitsschutzes berücksichtigen (BGH, Urt. v. 17.7.2014 – III ZR 514/13, MDR 2014, 1341 = WM 2014, 1611 Rz. 26). ...

[29] Zwar setzt eine Vorlageanordnung nach § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO keinen materiell-rechtlichen Herausgabeanspruch der beweisbelasteten Partei voraus. Hierfür reicht vielmehr die Bezugnahme der beweisbelasteten Partei auf eine im Besitz des Prozessgegners befindliche Urkunde aus (BGH v. 26.6.2007, a.a.O. Rz. 18 ff.; ...). Soweit die Auffassung vertreten wird, dass der nicht beweisbelasteten Partei die Vorlage einer in ihrem Besitz befindlichen Urkunde zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht von Amts wegen nach § 142 Abs. 1 ZPO, sondern nur unter den Voraussetzungen der § 422, § 423 ZPO aufgegeben werden kann, hat der BGH diese Ansicht nicht gebilligt. Eine solche Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 142 Abs. 1 ZPO ist mit dem eindeutigen Wortlaut der Regelung unvereinbar. Die Vorschrift ist zudem unabhängig davon anwendbar, welche Partei sich auf die Urkunde bezogen hat (BGH v. 26.6.2007, a.a.O. Rz. 19 f. m.w.N.).

[30] Erforderlich für eine Anordnung gem. § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO ist es jedoch, dass eine der Parteien sich auf die Urkunde bezogen hat. Zwar muss die Bezugnahme nicht ausdrücklich geschehen, sondern kann sich sinngemäß aus dem Sachvortrag oder aus anderen eingereichten Unterlagen ergeben. Sie muss aber so konkretisiert sein, dass die Urkunde identifizierbar ist (Zöller/Greger, ZPO, § 142 Rz. 6). ...

[35] Nach § 144 Abs. 1 S. 1 ZPO kann das Gericht die Einnahme des Augenscheins sowie die Begutachtung durch Sachverständige ohne einen entsprechenden Parteiantrag von Amts wegen anordnen. Es kann zu diesem Zweck einer Partei oder einem Dritten die Vorlegung eines in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Gegenstands aufgeben und hierfür eine Frist setzen (§ 144 Abs. 1 S. 2 ZPO). Es kann auch die Duldung der Maßnahme nach S. 1 aufgeben, sofern nicht eine Wohnung betroffen ist (§ 144 Abs. 1 S. 3 ZPO).



## Verfahrensrecht

[36] Der Anwendung von § 144 ZPO steht nicht entgegen, dass sich die Vorlageanordnung des LG auf Urkunden bezieht. Zwar regelt § 142 ZPO die Verpflichtung zur Vorlage von Urkunden, während § 144 ZPO die Vorlage von Augenscheinsobjekten betrifft. Urkunden können jedoch dann Augenscheinsobjekte i.S.v. § 144 ZPO sein, wenn es nicht auf ihren Inhalt, sondern auf ihre äußeren Eigenschaften ankommt, wie etwa deren Echtheit (*von Selle* in BeckOK/ZPO, 24. Edition, Stand 1.3.2017, § 144 Rz. 4).

[37] Anders als bei einer Vorlageanordnung nach § 142 ZPO ist es bei einer gerichtlichen Anordnung der Augenscheinseinnahme nach § 144 Abs. 1 ZPO nicht erforderlich, dass sich eine der Parteien hierauf bezogen hat (*von Selle*, a.a.O., § 144 Rz. 2).

[38] Die Vorschrift des § 144 ZPO dient dazu, dem Gericht für das zutreffende Verständnis des Parteivortrags die erforderliche Anschauung oder Sachkunde von Amts wegen zu verschaffen (*Greger*, a.a.O., § 144 Rz. 1). Sie hat jedoch nicht den Zweck, die hierfür erforderliche Tatsachengrundlage erst herzustellen. Deshalb besteht für eine gerichtliche Anordnung nach § 144 Abs. 1 S. 1 ZPO kein Raum, soweit es um die Vorlage von Vergleichsurkunden geht, die für den Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde nach § 441 Abs. 1 ZPO benötigt werden. Insoweit gehen die Regelungen in § 441 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO der Vorschrift des § 144 ZPO vor (*Geimer* in Zöller, a.a.O., § 441 Rz. 2; ...). ... [Rz. 39-58] ...

#### Parteianhörung als Beweismittel

ZPO §§ 141, 445, 447

**Das Gericht kann die Ergebnisse der Anhörung einer Prozesspartei gem. § 141 Abs. 1 ZPO im Rahmen einer Beweiswürdigung verwerten – genau wie den gesamten sonstigen Akteninhalt. Es bleibt aber dabei, dass die Parteianhörung, anders als die Parteivernehmung, kein Beweismittel im Sinne der ZPO ist.**

**Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit kann es gebieten, einer Partei, die sich in Beweisnot befindet, die Möglichkeit einzuräumen, ihre Wahrnehmungen über eine streitige Tatsache dem Gericht zu präsentieren.** ○

*KG, Urt. v. 11.7.2017 – 21 U 100/16 (LG Berlin – 86 O 49/16)*

#### Aus den Gründen:

... Was die Parteien hinsichtlich der Überweisung und ihrer eventuellen Rückzahlung besprochen haben, ist zwischen ihnen streitig. Für seine Behauptung der Vereinbarung einer Rückzahlung trägt der Kläger die Beweislast (BGH, Urt. v. 11.3.2014 – X ZR 150/11, MDR 2014, 821; ...). Allerdings kann er einen geeigneten Beweisantritt unterbreiten, nämlich die Vernehmung der Beklagten als Partei. Dem muss ein Gericht gem. § 445 Abs. 1 ZPO nachkommen. Im Anschluss daran ist aufgrund des Gebots der prozessualen Waffengleichheit der Kläger selbst auf seinen Antrag als Partei anzuhören oder zu vernehmen. Diese Möglichkeit hat der Klägervertreter in der ersten Instanz nicht gesehen, er hat lediglich seine eigene Parteivernehmung beantragt. Ein Gericht muss ihn aber auf die dargestellte Möglichkeit hinweisen. Ordnungsgemäße Feststellungen, an die das Berufungsgericht gem. § 529 Abs. 1 S. 1 ZPO gebunden wäre, lägen mithin al-

lenfalls dann vor, wenn das erstinstanzliche Gericht die erforderliche Beweisaufnahme durchgeführt und ihr Ergebnis danach gewürdigt hätte. Daran fehlt es. Das LG hat beide Parteien gem. § 141 Abs. 1 ZPO angehört. Eine Beweisaufnahme ist aber nur durchgeführt, wenn das Gericht eines der Beweismittel der ZPO erhoben hat. Dies sind der Augenschein (§§ 371 ff. ZPO), die Zeugenvernehmung (§§ 373 ff. ZPO), der Sachverständigenbeweis (§§ 402 ff. ZPO), der Urkundenbeweis (§§ 415 ff. ZPO) und die Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO). Die Anhörung einer Partei gem. § 141 Abs. 1 ZPO ist demgegenüber kein Beweismittel. Natürlich kann das Ergebnis einer Parteianhörung im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt und verwertet werden. Dies gilt aber für den gesamten Prozessstoff und beispielsweise auch für das schriftsätzliche Vorbringen der Parteien. Zum Beweismittel wird die Parteianhörung dadurch nicht. ... Mangels Beweisaufnahme konnte das LG auch keine Beweiswürdigung anstellen, auf die sich der Senat gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hätte stützen können. ...

Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit ... gebietet es nicht, die Parteianhörung gem. § 141 Abs. 1 ZPO entgegen Wortlaut und Systematik der ZPO als Beweismittel anzusehen. Aus dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit kann sich durchaus das Recht einer Partei ergeben, ihre Wahrnehmungen über eine streitige Tatsache dem Gericht für eine Würdigung zu präsentieren, wenn sie sich in Beweisnot befindet (vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 21.2.2001 – 2 BvR 140/00; ... EGMR, Urt. v. 27.10.1993 – 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413; ...). Dieses „Präsentieren“ muss nicht zwangsläufig im Rahmen einer Parteivernehmung geschehen, vielmehr genügt es, wenn die betreffende Partei gem. § 141 Abs. 1 ZPO angehört wird (BVerfG, Beschl. v. 27.2.2008 – 1 BvR 2588/06; BGH, Urt. v. 27.9.2005 – XI ZR 216/04, MDR 2006, 285; ...). Dies muss deshalb ausreichend sein, weil ... auch die Angaben, die eine Partei in ihrer Anhörung macht, vom Gericht bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden können.

Ein solcher Anspruch einer Partei auf ihre Vernehmung oder Anhörung besteht aber nicht schon dann, wenn sie für ein bestrittenes Vorbringen keinen Zeugen hat. Ein solcher Prozessverlauf ist vielmehr Ausdruck des allgemeinen Lebensrisikos (BGH, Urt. v. 19.4.2002 – V ZR 90/01, BGHZ 150, 334 = MDR 2002, 1001). Der verfassungsrechtliche Gebot ihrer Vernehmung oder Anhörung ist Folge des Gebots der prozessualen Waffengleichheit, und greift nur dann ein, wenn im Prozess andernfalls eine Ungleichbehandlung drohte. Dies ist erst dann der Fall, wenn das Gericht einen Zeugen vernommen hat, der dem Lager der Gegenseite (= Partei A) zuzurechnen ist, während es die Vernehmung der Partei B mit Hinweis auf § 447 ZPO verweigert (EGMR, Urt. v. 27.10.1993 – 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413). § 447 ZPO ist Ausdruck einer Skepsis des Gesetzes gegenüber den Angaben einer Partei in eigener Sache. Diese Skepsis kann gegenüber einem Zeugen aus dem Lager einer Partei aber genauso angebracht sein. Ist ein solcher Zeuge der Partei A vernommen worden, widerspräche es deshalb dem Gebot der Gleichbehandlung vor Gericht, gegenüber dem Antrag der Partei B auf ihre Vernehmung oder Anhörung auf § 447 ZPO zu beharren.

Nach Auffassung des Senats gibt es deshalb kein verfassungsrechtliches Gebot, es einer Partei zu ermöglichen, das Fehlen eines Beweismittels durch das Angebot ihrer Anhörung gem. § 141 Abs. 1 ZPO zu überbrücken. Damit würde der Parteianhörung entgegen dem Wortlaut der ZPO die Stellung eines Beweismittels zugebilligt, mit der eine gerichtliche Beweisaufnahme eingeleitet werden kann, während ein gebundener Anspruch auf die eigene

## Zwangsvollstreckungsrecht

Parteivernehmung gem. § 447 bzw. § 448 ZPO nicht besteht. Anspruch auf Durchführung einer Parteianhörung (oder stattdessen einer Parteivernehmung) kann immer erst dann bestehen, wenn die Beweisaufnahme mit der Erhebung eines Beweismittels bereits begonnen hat. Wenn hier ein Zeuge aus dem Lager der Partei A vernommen worden ist, muss der Partei B ihre Anhörung oder – in verfassungsrechtlich gebotener Durchbrechung von § 447 ZPO – ihre Vernehmung zugestimmt werden. ...

Nachdem der Kläger auf den gem. § 139 Abs. 1 ZPO gebotenen Hinweis des Senats zum Beweis seiner Sachdarstellung die Vernehmung der Beklagten als Partei angeboten hat und der Senat dem gem. § 445 Abs. 1 ZPO nachgekommen ist, musste der Senat aufgrund des Gebots der prozessualen Waffengleichheit auf Antrag des Klägers außerdem diesen selbst als Partei vernehmen, wobei der Kläger (aber nur er!) stattdessen auch formlos gem. § 141 Abs. 1 ZPO hätte angehört werden können. ...

(Einsender: VorsRiKG Björn Retzlaff)

**Hinweis der Redaktion:** Siehe auch *Eschelbach/Geipel*, MDR 2012, 198.



## Zwangsvollstreckungsrecht

Zwangsvollstreckung gegen die Erben des Betreuers

BGB § 1837 Abs. 3 S. 1, § 1890 S. 1, § 1892 Abs. 1, § 1908i Abs. 1 S. 1, § 1922

**Endet das Betreueramt durch den Tod des Betreuers, kann gegen dessen Erben wegen Nichterfüllung der betreuungsgerichtlichen Anordnung, gem. § 1908i Abs. 1 S. 1, § 1892 Abs. 1 BGB eine Schlussrechnung einzureichen, kein Zwangsgeld nach § 1908i Abs. 1 S. 1, § 1837 Abs. 3 BGB festgesetzt werden.**

*BGH, Beschl. v. 26.7.2017 – XII ZB 515/16 (LG Köln – 6 T 229/16; AG Bergheim)*

### Aus den Gründen:

[6] Endet das Betreueramt durch den Tod des Betreuers, kann gegen dessen Erben wegen Nichterfüllung der betreuungsgerichtlichen Anordnung, gem. § 1908i Abs. 1 S. 1, § 1892 Abs. 1 BGB eine Schlussrechnung einzureichen, kein Zwangsgeld nach § 1908i Abs. 1 S. 1, § 1837 Abs. 3 BGB festgesetzt werden.

[7] Nach § 1837 Abs. 3 BGB, der in Betreuungssachen nach § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB entsprechende Anwendung findet, kann das Betreuungsgericht den Betreuer zur Befolgung seiner Anordnungen durch Festsetzung von Zwangsgeld anhalten. Diese Ermächtigung zur zwangsweisen Durchsetzung betreuungsgerichtlicher Anordnungen findet ihre Rechtfertigung darin, dass das Betreuungsgericht gem. § 1908i Abs. 1 S. 1, § 1837 Abs. 2 S. 1 BGB zur Aufsicht über die Rechtmäßigkeit der Führung der Betreuung verpflichtet ist (*Bienwald* in *Staudinger/BGB* 2013, § 1908i Rz. 259; *Jürgens/von Craillsheim*, *Betreuungsrecht*, 5. Aufl., § 1837 BGB Rz. 2) und eine effektive Wahrnehmung dieser Aufgabe ohne die Möglichkeit, gegebenenfalls zwangsweise auf den Betreuer mit einem solchen Beugemittel einzuwirken, nicht möglich wäre (*Veit* in *Staudinger/BGB* 2014, § 1837 Rz. 49). Die gerichtliche Aufsichtspflicht und die damit verbundene Befugnis des Betreuungsgerichts zur Festsetzung eines Zwangsgelds

enden allerdings grundsätzlich mit der Beendigung der Betreuung oder der Beendigung des Amtes des Betreuers (vgl. *Veit*, a.a.O., § 1837 Rz. 52 m.w.N.; *Kroll-Ludwigs* in *MünchKomm/BGB*, 7. Aufl., § 1837 Rz. 11). Nur soweit zur Abwicklung der Betreuung noch Tätigkeiten des ehemaligen Betreuers erforderlich sind, bleiben die Aufsichtspflicht und die damit verbundenen Befugnisse des Betreuungsgerichts bestehen. Deshalb kann das Betreuungsgericht insb. den ehemaligen Betreuer durch Zwangsgeld dazu anhalten, gem. § 1908i Abs. 1 S. 1, § 1892 Abs. 1 BGB eine formal ordnungsgemäße Schlussrechnung einzureichen (*BayObLG v. 25.10.2000 – 3Z BR 229/00*, *BtPrax* 2001, 39 f.; *OLG Jena v. 4.10.2000 – 6 W 559/00*, *FamRZ* 2001, 579 [581]).

[8] Eine derartige Aufsichtspflicht des Betreuungsgerichts, an die seine Befugnis zur Festsetzung von Zwangsgeld gem. § 1908i Abs. 1 S. 1, § 1837 Abs. 3 BGB anknüpft, besteht ggü. dem Erben eines Betreuers allerdings nicht.

[9] Aufgrund seiner Personenbezogenheit ist das Amt des Betreuers unvererblich (*Kunz* in *Staudinger/BGB* 2017, § 1922 Rz. 373). Folglich tritt der Erbe mit dem Tod des Betreuers nicht in dessen Rechtsstellung ein (*Veit*, a.a.O., § 1894 Rz. 2). Ihn treffen daher weder die mit dem Betreueramt verbundenen Rechte und Pflichten, noch ist der Erbe berechtigt oder verpflichtet, die Tätigkeiten des verstorbenen Betreuers – auch nur einstweilig – weiterzuführen (vgl. *Spickhoff* in *MünchKomm/BGB*, 7. Aufl., § 1894 Rz. 1; *Veit*, a.a.O., § 1894 Rz. 4). Lediglich die aus der Amtsführung erwachsenen Ansprüche und Verbindlichkeiten des Betreuers sind vererblich (*Leipold* in *MünchKomm/BGB*, 7. Aufl., § 1922 Rz. 73). Nach § 1908 Abs. 1 S. 1, § 1894 Abs. 1 BGB ist der Erbe nur verpflichtet, den Tod des Betreuers unverzüglich gegenüber dem Betreuungsgericht anzuzeigen.

[10] Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts trifft den Erben daher auch nicht die Verpflichtung, gem. § 1908i Abs. 1 S. 1, § 1892 Abs. 1 BGB eine Schlussrechnung beim Betreuungsgericht einzureichen. Diese Vorschrift steht im Zusammenhang mit der Aufsichtspflicht des Betreuungsgerichts über die Amtsführung des Betreuers und bildet eine über die Dauer des Amtes des Betreuers hinausgehende Aufsichtsbefugnis des Betreuungsgerichts, die Erfüllung der Pflicht zur Rechnungslegung nach § 1908i Abs. 1 S. 1, § 1890 Abs. 1 BGB, gegebenenfalls auch zwangsweise, durchzusetzen (vgl. *Veit*, a.a.O., § 1892 Rz. 1 f.). Bei der Pflicht zur Einreichung einer Schlussrechnung nach § 1908 Abs. 1 S. 1, § 1892 Abs. 1 BGB handelt es sich daher nicht um eine Verbindlichkeit, die sich aus der Amtsführung des verstorbenen Betreuers ergibt und die gem. § 1922 BGB auf den Erben übergehen könnte, sondern um eine mit dem Betreueramt verbundene Pflicht, die nicht auf den Erben übergeht.

[11] Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass nach allgemeiner Meinung der Erbe des Betreuers in die Pflichten aus §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1890 S. 1 BGB eintritt (*Veit*, a.a.O., § 1890 Rz. 4; *Spickhoff*, a.a.O., § 1890 Rz. 2; *Götz* in *Palandt/BGB*, 76. Aufl., § 1890 Rz. 1; *Bettin* in *BeckOK/BGB*, Stand 1.2.2017, § 1890 Rz. 2). Nach diesen Vorschriften hat der Betreuer nach der Beendigung seines Amtes dem Betreuten das verwaltete Vermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen. Hierbei handelt es sich indes um privatrechtliche Ansprüche des Betreuten gegen den ehemaligen Betreuer, für deren Erfüllung dessen Erben nach § 1922 BGB eintreten müssen (*Veit*, a.a.O., § 1890 Rz. 1 und 20; *Spickhoff*, a.a.O., 7. Aufl., § 1890 Rz. 1). Aufgrund des privatrechtlichen Charakters dieser Ansprüche kann das Betreuungsgericht jedoch deren Erfüllung gegenüber einem nicht mehr im Amt befindlichen Betreuer nicht zwangsweise durchsetzen. Die Androhung und Verhängung von

## Insolvenzrecht

Zwangsgeld wäre danach unzulässig (Staudinger/Veit, BGB, [2014], § 1890 Rz. 2). Dies muss erst recht gelten, wenn nach dem Tod eines Betreuers dessen Erben den Verpflichtungen aus §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1890 S. 1 BGB nicht nachkommen. In diesem Fall muss der Betreute seine Ansprüche durch Erhebung einer Klage vor dem Prozessgericht durchsetzen (Veit, a.a.O., § 1890 Rz. 20). [Rz. 12] ...

## Vollziehung einer Beschlussverfügung

ZPO §§ 928, 929, 936

**Die Zustellung der beglaubigten Abschrift einer einfachen Abschrift einer Beschlussverfügung genügt nicht den Anforderungen an eine wirksame Vollziehung.** ●

OLG Koblenz, *Beschl. v. 4.5.2017 – 9 W 650/16*  
(LG Koblenz – 4 HK O 59/16)

## Aus den Gründen:

... Dem Antragsgegner wurde am 21.7.2016 durch den Gerichtsvollzieher eine von dem Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin angefertigte beglaubigte Abschrift einer einfachen Abschrift der Beschlussverfügung zugestellt. Dies genügt nicht den Anforderungen an eine wirksame Parteizustellung einer einstweiligen Verfügung gem. §§ 928, 936 ZPO. Das Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, dem wegen der weitreichenden Vollziehungsfolgen besondere Bedeutung zukommt, gebietet, dass jede Ungewissheit oder Unklarheit darüber, ob eine fristgerechte Vollziehung vorliegt, vermieden wird. Soweit in Rechtsprechung und Literatur (OLG München v. 6.2.2013 – 15 U 2848/12 m.w.N. = MDR 2013, 422) vereinzelt eine andere Auffassung vertreten und im Fall einer wirksam von Amts wegen zugestellten Urteilsverfügung das Erfordernis der Zustellung einer Ausfertigung im Parteibetrieb als nicht notwendig angesehen wird, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO unterliegt nicht der Disposition der Parteien und kann weder abgekürzt noch verlängert werden. Grundsätzlich kommt es deshalb auch nicht darauf an, ob eine als solche unwirksame Zustellung den erforderlichen Willen der Antragstellerin erkennen lässt, bei Zuwiderhandlung gegen die Urteilsverfügung von der erzwungenen Eilmaßnahme Gebrauch zu machen. ...

**Hinweis der Redaktion:** Siehe auch OLG Düsseldorf, *Urt. v. 21.4.2015 – I-20 U 181/14* MDR 2015, 967 sowie OLG München, *Urt. v. 26.2.1998 – 6 U 6085/97*, MDR 1998, 1243.



## Insolvenzrecht

Masseschätzung/Eigentumslagenbewertung bzgl. Auslands-Grundstück nach InsO-Verfahrenseinstellung

InsO §§ 35, 213; InsVV § 1 Abs. 1 S. 2; EuInsVO a.F. Art. 4 Abs. 2 lit. b; EGBGB Art. 43 Abs. 1

Wird das Insolvenzverfahren mit Zustimmung der Gläubiger eingestellt, kann das mit der Festsetzung der

Vergütung befasste Gericht für den Schätzwert der Masse in entsprechender Anwendung des § 287 ZPO auf der Grundlage einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststellen, ob ein Gegenstand Bestandteil der Masse war.

Ein Insolvenzverfahren erfasst auch einen Miteigentumsanteil des Schuldners an einem im Ausland belegenen Grundstück. Ob der Schuldner Miteigentümer ist, richtet sich nach dem Recht des Staates, in dem sich das Grundstück befindet.

BGH, *Beschl. v. 20.7.2017 – IX ZB 69/16*  
(LG Stuttgart – 2 T 396/14; AG Stuttgart)

## Aus den Gründen:

[9] Gemäß § 63 Abs. 1 S. 2 InsO wird der Regelsatz der Vergütung nach dem Wert der Insolvenzmasse zur Zeit der Beendigung des Insolvenzverfahrens berechnet. Wird das Insolvenzverfahren nach § 213 InsO eingestellt, bemisst sich die Berechnungsgrundlage für die Vergütung des Verwalters nach dem Schätzwert der Masse zur Zeit der Beendigung des Verfahrens (§ 1 Abs. 1 S. 2 InsVV).

[10] Hierzu sind alle Vermögenswerte des Schuldners zu berücksichtigen und zu bewerten, die zum Zeitpunkt der Beendigung des Verfahrens zur Masse gehören. Wird das Insolvenzverfahren vorzeitig – bevor die Verwertungsmaßnahmen abgeschlossen oder aufgenommen worden sind – beendet, sind im Rahmen der Vergütungsbemessung auch die noch nicht verwerteten Massegegenstände Teil der Berechnungsgrundlage (BGH, *Beschl. v. 29.3.2007 – IX ZB 153/06*, MDR 2007, 1039 = ZIP 2007, 1070 Rz. 20 m.w.N.). Soweit sie nicht verwertet worden sind, sind sie mit ihrem Verkehrswert oder einem fiktiven Verwertungsbetrag zu berücksichtigen (vgl. BGH, *Beschl. v. 24.5.2005 – IX ZB 6/03*, MDR 2005, 1372 = WM 2005, 1663 unter III.1.). Forderungen, die in die Masse fallen und dort noch vorhanden sind, sind mit ihrem Verkehrswert zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob sich der Verwalter mit ihnen befasst hat; ob die Forderung auch noch zu einem späteren Zeitpunkt eingezogen werden könnte oder verjährt, ist unerheblich (BGH, *Beschl. v. 17.3.2011 – IX ZB 145/10*, ZInsO 2011, 839 Rz. 12 m.w.N.; v. 9.2.2012 – IX ZB 150/11, ZInsO 2013, 309 Rz. 9). Gleiches gilt für im Eigentum des Schuldners stehende Grundstücke und bewegliche Sachen. Auf den Belegenheitsort kommt es nicht an.

[11] Entscheidend ist dabei das Verwertungsergebnis, das ohne die vorzeitige Beendigung des Verfahrens erzielt worden wäre (vgl. BGH v. 29.3.2007, a.a.O.). Zu schätzen sind jedoch nur Gegenstände, die berücksichtigungsfähig sind ... Voraussetzung ist daher stets, dass diese Gegenstände vom Verwalter hätten realisiert werden können (vgl. BGH, *Beschl. v. 9.6.2005 – IX ZB 230/03*, MDR 2005, 1370 = ZIP 2005, 1324 [1325] unter 2.a.; v. 9.2.2012, a.a.O., Rz. 10).

[12] Gegenstände, die nicht im Eigentum des Schuldners stehen, mithin seitens des Berechtigten aus der Insolvenzmasse ausgesondert werden können (§ 47 InsO), sind daher nicht zu berücksichtigen. ... Sofern streitig ist, ob der Schuldner Eigentümer bestimmter Gegenstände ist, kann der Schätzwert der Gegenstände nur dann für die Berechnungsgrundlage berücksichtigt werden, wenn geklärt wird, ob bei einer Verwertung ein Erlös zugunsten der Masse erzielt worden wäre.

[14] Anders als das Beschwerdegericht meint, kommt es [bei fehlender (Mit-)Eigentümerstellung des Schuldners] nicht darauf an, dass der weitere Beteiligte [= Insolvenzverwalter] einen Insolvenzvermerk in den slowenischen Grundbüchern hat eintragen lassen. Die Annahme des Beschwerdegerichts, der weitere Beteiligte sei aufgrund



## Insolvenzrecht

der Insolvenzvermerke zur Verwertung der Grundstücke in Slowenien berechtigt gewesen, entbehrt einer Grundlage. Zwar ist gem. Art. 22 Abs. 1 EuInsVO a.F. die Eröffnung des Insolvenzverfahrens in das Grundbuch in den übrigen Mitgliedstaaten einzutragen. Ziel dieser Norm ist jedoch nur, die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs Dritter aufgrund eines ansonsten bestehenden Vertrauens in die Angaben in diesen Registern einzuschränken ... Inwieweit sich die Eintragung auf Verfügungen des Schuldners auswirkt, richtet sich nach Maßgabe des nach allgemeinen Regeln oder nach Art. 14 EuInsVO a.F. anwendbaren Rechts ... Nach dem im Streitfall anwendbaren deutschen Recht (Art. 4 Abs. 1 EuInsVO a.F.) gibt eine Eintragung eines Insolvenzvermerks gem. § 32 Abs. 1 InsO nur deklaratorisch die eingetretene Verfügungsbeschränkung des Schuldners wieder (OLG Hamm, OLGZ 1970, 487 [490]; OLG Frankfurt v. 1.3.2016 – 20 W 26/16, ZIP 2016, 1881 [1883] ...) und soll insbesondere den grundbuchrechtlichen Verkehrsschutz ausschalten ... Sie begründet jedoch kein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters. Vielmehr ist die Zugehörigkeit des Grundstücks zur Insolvenzmasse gegebenenfalls in einem streitigen zivilprozessualen Verfahren zu klären (OLG Hamm, a.a.O., S. 490 f. ...).

[15] ... Das Beschwerdegericht hat die Berechnungsgrundlage von Amts wegen festzustellen (BGH, Beschl. v. 22.9.2016 – IX ZB 71/14, MDR 2016, 1291 = ZIP 2016, 1981 Rz. 83). Es wird festzustellen haben, in welcher Höhe das streitige Miteigentum des Schuldners an den Grundstücken in Slowenien zugunsten der Masse hätte verwertet werden können und müssen, damit alle Insolvenzgläubiger und Massegläubiger hätten befriedigt werden können. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[16] § 1 Abs. 1 S. 2 InsVV lässt bei vorzeitiger Beendigung eines Insolvenzverfahrens durch Einstellung der Schätzung der Masse als Berechnungsgrundlage genügen. Die dadurch eröffnete Schätzung bezieht sich zunächst auf die Frage, welchen Wert bestimmte Gegenstände der Masse haben. Darüber hinaus ermöglicht § 1 Abs. 1 S. 2 InsVV aber auch, dass das mit der Festsetzung der Vergütung befasste Gericht in entsprechender Anwendung des § 287 ZPO auf der Grundlage einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststellt, ob ein Gegenstand Bestandteil der Masse war ... Dies setzt allerdings voraus, dass das Insolvenzgericht ausreichende tatsächliche Grundlagen für eine solche Beurteilung feststellt. Die Schätzung hat auf der Basis nachvollziehbarer und objektiver Gründe zu erfolgen ...

[17] Die von § 1 Abs. 1 S. 2 InsVV ermöglichte Schätzung beruht darauf, dass angesichts der vorzeitigen Beendigung des Insolvenzverfahrens die Verwertung der Masse nicht abgeschlossen ist und daher der rechtliche und tatsächliche Bestand der Masse nicht mehr im Insolvenzverfahren geklärt worden ist. Es kann nicht auf eine Schlussrechnung gem. § 66 InsO zurückgegriffen werden. Es ist nicht Sinn und Zweck der Vergütungsfestsetzung, angesichts der vorzeitigen Beendigung des Insolvenzverfahrens offene Fragen zum Bestand und Wert der Masse vollständig aufzuklären. ...

[18] Ob der Schuldner Miteigentümer der Grundstücke in Slowenien war oder ihm sonst ein vermögenswertes Recht an den Grundstücken zustand, richtet sich dabei im Streitfall nach slowenischem Recht. Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b) EuInsVO a.F. regelt das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung auch, welche Vermögenswerte zur Masse gehören. Dies betrifft die Reichweite des Vermögensbeschlags ...; insoweit gilt im Streitfall deutsches Recht. Gemäß § 35 Abs. 1 InsO erfasst das Insolvenzverfahren das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur

Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt. Hierzu zählt insbesondere das Eigentum des Schuldners. Die Vorfrage, ob der Schuldner tatsächlich Eigentümer bestimmter Sachen ist, ist jedoch selbständig anzuknüpfen (... EuGH v. 16.4.2015 – Rs. C-557/13, IPRax 2016, 260 = ZIP 2015, 1030 Rz. 27 zu Art. 5 EuInsVO). Soweit danach das Eigentum an Grundstücken in Betracht kommt, richtet sich daher die Frage, wer Eigentümer eines im Ausland gelegenen Grundstücks ist, gem. Art. 43 Abs. 1 EGBGB nach dem Belegenheitsstatut. Dabei ist eine Rück- und Weiterverweisung zu beachten (Art. 4 Abs. 1 EGBGB; Palandt/Thorn, BGB, 76. Aufl., Art. 43 EGBGB Rz. 1). [Rz. 19-20] ...

#### Sperrfrist bei Kostenstundungsaufhebung und Verfahrenseinstellung wegen Mitwirkungspflichtverletzung

InsO §§ 4a, 4c, 287a Abs. 2 S. 1 Nr. 2

**Der Schuldner kann ohne Einhaltung einer Sperrfrist einen neuen Antrag auf Restschuldbefreiung stellen, wenn in einem vorausgegangenen Insolvenzverfahren die Kostenstundung wegen Verletzung von Mitwirkungspflichten aufgehoben und das Insolvenzverfahren sodann mangels Masse eingestellt worden ist.**

**Der Schuldner handelt nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er nach Aufhebung der Kostenstundung und Einstellung des Insolvenzverfahrens mangels Masse ohne Einhaltung einer Sperrfrist erneut einen Antrag auf Kostenstundung für ein neues Insolvenzverfahren stellt, auch wenn die Aufhebung der Kostenstundung darauf beruht, dass er seine Mitwirkungspflichten verletzt hat.**

BGH, Beschl. v. 4.5.2017 – IX ZB 92/16  
(LG Stralsund – 8 T 114/16; AG Stralsund)

#### Aus den Gründen:

[6] Maßgeblich sind gem. Art. 103h S. 1 EGIInsO die Vorschriften der Insolvenzordnung in der Fassung ... v. 15.7.2013 (BGBl. I 2013, 2379), weil der Schuldner den Antrag auf Insolvenzeröffnung nach dem 1.7.2014 gestellt hat.

[7] Der [erneute] Antrag des Schuldners auf Restschuldbefreiung ist nicht deswegen unzulässig, weil das vorangegangene Verfahren nach Aufhebung der Kostenstundung wegen fehlender Mitwirkung gem. § 207 InsO mangels Masse eingestellt wurde.

[8] Nach dem auslaufenden Recht ist ein erneuter Antrag auf Restschuldbefreiung und Stundung der Kosten nach § 287 Abs. 1 S. 1, § 4a InsO wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, wenn er innerhalb von drei Jahren nach rechtskräftiger Versagung der Restschuldbefreiung gem. § 290 Abs. 1 Nr. 5 und 6 InsO oder nach Ablehnung der Kostenstundung wegen Vorliegens dieser Versagungstatbestände gestellt geworden ist. ... Ebenso ist der Antrag des Schuldners auf Restschuldbefreiung und auf Kostenstundung unzulässig, wenn er innerhalb von drei Jahren nach rechtskräftiger Versagung der Restschuldbefreiung in einem früheren Verfahren wegen fehlender Deckung der Mindestvergütung des Treuhänders gestellt worden ist (BGH, Beschl. v. 7.5.2013 – IX ZB 51/12, MDR 2013, 1066 = NZI 2013, 846 Rz. 11).

[9] Der Gesetzgeber hat diese von der Rechtsprechung entwickelten Sperrfristen teilweise aufgegriffen und in

## Insolvenzrecht

§ 287a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 InsO geregelt, dass der Antrag auf Restschuldbefreiung unzulässig ist, wenn dem Schuldner in den letzten drei Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag die Restschuldbefreiung nach § 290 Abs. 1 Nr. 5, 6 oder 7 InsO oder nach § 296 InsO versagt worden ist. Doch hat er – abweichend von der Rechtsprechung des BGH – u.a. für den vorliegend zu entscheidenden Fall, der dadurch gekennzeichnet ist, dass der Schuldner im Erstverfahren seinen Auskunftspflichten nach § 97 InsO nicht nachgekommen ist, ihm aber nicht die Restschuldbefreiung nach § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO versagt, sondern die Kostenstundung wegen dieser Pflichtverletzung nach § 4c InsO aufgehoben worden ist, keine Sperrfrist für die Einleitung eines neuen Verfahrens vorgesehen.

[12] Der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 31.10.2012 (BT-Drucks. 17/11268, 25) zu § 287a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 InsO ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber Sperrfristen nur insoweit anordnen wollte, als der Schuldner im vorangegangenen Verfahren die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten verletzt, unzutreffende Angaben gemacht oder Obliegenheiten nicht beachtet hat und deshalb auf Antrag eines Gläubigers die Restschuldbefreiung versagt worden ist. Dem unredlichen Schuldner sei nach einer in einem vorangegangenen Verfahren ausgesprochenen Versagung der Restschuldbefreiung wegen einer Verletzung von Mitwirkungs- und Auskunftspflichten eine neue Verfahrenseinleitung für eine bestimmte Zeit verwehrt, weil der Zweck der Versagungsgründe, nur einem redlichen Schuldner die Vergünstigung einer Restschuldbefreiung zuteilwerden zu lassen, ansonsten verfehlt würde. Sperrfristen für anderweitige Fälle vorhergehenden Fehlverhaltens des Schuldners seien nicht vorzusehen. [Wird in Rz. 13 ausgeführt.]

[14] Eine analoge Anwendung des § 287a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 InsO auf den vorliegenden Fall kommt deswegen [mangels planwidriger Gesetzeslücke] nicht in Betracht. ...

[16] Auch der Antrag auf Kostenstundung ist zulässig, anders als das Beschwerdegericht meint, besteht ein Rechtsschutzbedürfnis.

[17] Diese Frage wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. ...

[18] Die Frage muss nicht allgemein beantwortet werden. Vorliegend handelte der Schuldner jedenfalls mit Stellung der neuen Anträge auch unter Berücksichtigung seines Fehlverhaltens im Vorverfahren nicht rechtsmissbräuchlich.

[19] Nach dem früheren Rechtszustand ist dem Schuldner auch dann die Kostenstundung zu versagen, wenn die Voraussetzungen der § 4a Abs. 1 S. 3 und 4 InsO nicht vorliegen, aber bereits im Insolvenzeröffnungsverfahren zweifelsfrei feststeht, dass der Schuldner aus einem anderen Grund keine Restschuldbefreiung erlangen kann. Es sollten nicht öffentliche Mittel für eine Stundung eingesetzt werden, wenn von Anfang an zweifelsfrei feststeht, dass die Restschuldbefreiung letztlich versagt werden wird. § 4a Abs. 1 S. 4 InsO regelt die Versagung der Stundung danach nicht abschließend (BGH, Beschl. v. 16.12.2004 – IX ZB 72/03, MDR 2005, 711 = NZI 2005, 232; v. 19.5.2011 – IX ZB 142/11, ZInsO 2011, 1223 Rz. 3; v. 25.6.2015 – IX ZB 60/14, ZVI 2015, 458 Rz. 7). Daraus ist auch für das neue Recht abzuleiten, dass in den Fällen, in denen der Schuldner die Restschuldbefreiung erreichen kann, ihm die Kostenstundung ... zu gewähren ist. ...

[20] Ob die oben dargelegte Rechtsprechung des Senats zu § 4a InsO auch nach neuem Recht noch anzuwenden ist (dazu AG Hamburg v. 18.12.2015 – 67g IN 357/14, NZI 2016, 226; ... AG Göttingen v. 14.10.2015 – 74 IN

181/15, NZI 2015, 946 f.; v. 27.1.2016 – 71 IK 194/15, ZVI 2016, 254 ...), muss der Senat nicht entscheiden. Denn vorliegend hat der Schuldner keinen Versagungsstatbestand verwirklicht. Sein Fehlverhalten im Vorverfahren kann in einem neu eröffneten Verfahren nicht zur Versagung der Restschuldbefreiung führen (vgl. AG Göttingen v. 21.10.2014 – 74 IK 208/14, NZI 2014, 1056). Nachdem sein Antrag auf Restschuldbefreiung nach § 287a InsO nunmehr zulässig ist, kann er deswegen Restschuldbefreiung erlangen, wenn er im neuen Verfahren den Obliegenheiten nach § 295 InsO nachkommt und keinen Versagungsstatbestand nach den §§ 290, 297 bis 298 InsO verwirklicht (§ 287a Abs. 1 InsO).

[21] Für diese Lösung spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 287a Abs. 2 InsO. ...

[22] Allerdings ist die dem Schuldner eingeräumte Möglichkeit unbefriedigend, nach Einstellung des Insolvenzverfahrens mangels Masse oder nach Versagung der Restschuldbefreiung gem. § 298 InsO sofort wieder einen neuen Antrag auf Insolvenzeröffnung, Kostenstundung und Restschuldbefreiung stellen zu können, obwohl er Verfahrenseinstellung und Restschuldbefreiungsver-sagung dadurch provoziert hat, dass sein eigenes Fehlverhalten zur Aufhebung der Kostenstundung geführt hat. Sie eröffnet dem unredlichen Schuldner nicht zu rechtfertigende Handlungsspielräume und belastet die Insolvenzgerichte und die öffentlichen Haushalte. Dass einem Schuldner diese Möglichkeit eingeräumt wird, hat der Gesetzgeber entschieden. [Rz. 23] ...

InsO-Anfechtung: Garantierte Verzinsung auf Kommanditeinlage

InsO § 134 Abs. 1

**Die Zahlung einer Kommanditgesellschaft an ihren Kommanditisten, der ein gewinnunabhängiges Zahlungsverprechen im Gesellschaftsvertrag zugrunde liegt, ist nicht schon deswegen unentgeltlich, weil die Zahlung nicht durch Gewinne der Kommanditgesellschaft gedeckt ist.**

BGH, *Versäumnisurt. v. 20.4.2017 – IX ZR 189/16* (LG Heilbronn – Bö 7 S 21/15; AG Vaibingen)

**Aus den Gründen:**

[6] ... Das Berufungsgericht hat ... mit Recht angenommen, dass die Leistung an den Beklagten [= Kommanditisten] nicht unentgeltlich i.S.v. § 134 Abs. 1 InsO erfolgte.

[7] Unentgeltlich ist eine Leistung im hier gegebenen Zwei-Personen-Verhältnis, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll (vgl. BGH, *Urt. v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14*, BGHZ 204, 231 = MDR 2015, 544; v. 15.9.2016 – IX ZR 250/15, MDR 2017, 241 = WM 2016, 2312 Rz. 20 f.). Zahlungen, mit denen eine Kommanditgesellschaft den Anspruch auf Rückgewähr einer Einlage oder auf Zahlung eines Auseinandersetzungsguthabens erfüllt, sind keine unentgeltlichen Leistungen (vgl. BGH, *Urt. v. 22.4.2010 – IX ZR 225/09*, MDR 2010, 1153 = ZIP 2010, 1455 Rz. 11; v. 18.7.2013 – IX ZR 198/10, MDR 2013, 1128 = NJW 2014, 305 Rz. 9). ...

[9] Über die Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinaus sind Ausschüttungen an die Kommanditisten zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht oder die Ausschüt-

## Gebührenrecht

tung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist (BGH, Urt. v. 12.3.2013 – II ZR 73/11, MDR 2013, 800 = NJW 2013, 2278 Rz. 9 m.w.N.). Solche Ausschüttungen können in der Weise vereinbart werden, dass sie auch insoweit zu gewähren und zu belassen sind, als sie nicht durch Gewinne gedeckt sind, also letztlich in Form einer festen Kapitalverzinsung oder garantierter Mindestanteile zu Lasten des Kapitals gehen (BGH, a.a.O.). Sie sind entgeltlich, wenn sie die Gegenleistung für die Pflichteinlage darstellen. So verhält es sich hier.

[10] Der Gesellschaftsvertrag gewährt hier den Kommanditisten für ihre tatsächlich geleistete Einlage einen Anspruch auf eine gewinnunabhängige Ausschüttung. ... [Es] wird den Kommanditisten eine Verzinsung mit einem festen, gewinnunabhängigen Zinssatz garantiert. Dass diese Zinszahlungen auf etwaige Gewinne angerechnet werden, lässt die Verpflichtung zu deren Zahlung nicht für den Fall entfallen, dass Gewinne tatsächlich nicht erwirtschaftet werden. ...

[11] ... [Es] sind [keine] Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Kommanditisten die Auszahlungen ... unter dem Vorbehalt einer Rückforderung erhalten haben. Dass der Gesellschaftsvertrag keine dahingehende Regelung enthält, steht zwar der Annahme einer gewinnabhängigen Vorabauschüttung nicht entgegen (vgl. BGH v. 18.7.2013, a.a.O., Rz. 40). Aus deren Fehlen kann aber nicht geschlossen werden, es müsse sich (deswegen) um gewinnunabhängige Vorabauschüttungen handeln. Vielmehr ist ein Kommanditist, wenn an ihn auf der Grundlage einer Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag eine Auszahlung geleistet wurde, obwohl sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert wird oder eine bereits bestehende Belastung vertieft wird, nur dann zur Rückzahlung an die Gesellschaft verpflichtet, wenn der Gesellschaftsvertrag dies hinreichend klar vorsieht (vgl. BGH v. 12.3.2013, a.a.O., Rz. 8, 10; v. 16.2.2016 – II ZR 348/14, MDR 2016, 536 = NJW-RR 2016, 550 Rz. 10 u. 15; OLG Hamm, Urt. v. 4.2.2015 – 8 U 89/14, juris Rz. 58; OLG Hamburg, Urt. v. 14.10.2016 – 11 U 23/16, juris Rz. 48 ff.). Eine solche Regelung ... ist ... nicht ersichtlich.

[12] Die Vorschriften des Handelsgesetzbuches stehen einer derartigen Vertragsgestaltung nicht entgegen. Sie kennen für die Kommanditgesellschaft keinen im Innenverhältnis wirkenden Kapitalerhaltungsgrundsatz. Die Gesellschafter können ihre Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis insoweit untereinander und zur Gesellschaft weitgehend frei gestalten (BGH v. 12.3.2013, a.a.O., Rz. 12; v. 16.2.2016, a.a.O., Rz. 10). Deswegen kann ... auch der Umstand, dass es sich bei der Zahlung an den Beklagten mangels erwirtschafteter Gewinne um die Rückgewähr von Einlagen handele, keine Unentgeltlichkeit der Leistung i.S.v. § 134 InsO begründen. Solche Zahlungen können zwar zu einer Haftung nach § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 HGB führen. Diese Vorschriften betreffen aber ausschließlich die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern im Außenverhältnis und nicht dessen Verhältnis zur Gesellschaft (BGH v. 12.3.2013, a.a.O.; v. 16.2.2016, a.a.O.). [Rz. 13-14] ...



## Gebührenrecht

Betreuervergütung bei zu geringem zeitlichem Umfang der Ausbildung

VBVG § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 2

**Die Vergleichbarkeit einer Ausbildung (hier: „Hochschulzertifikatskurs Rechtliche Betreuung“ von Hochschule Neubrandenburg und BeckAkademie Fernkurse) mit einer Hochschulausbildung i.S.v. § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VBVG kann bereits am geringen zeitlichen Umfang (hier: 1.080 Stunden bzw. 36 ECTS-Punkte) scheitern (im Anschluss an BGH, eschl. v. 31.5.2017 – XII ZB 590/16, juris).**

BGH, Beschl. v. 19.7.2017 – XII ZB 162/17  
(LG Saarbrücken – 5 T 72/17; AG Ottweiler)

## Aus den Gründen:

[1] ... Dass das LG die Vergleichbarkeit des vom Betreuer absolvierten – von der Hochschule Neubrandenburg und der BeckAkademie Fernkurse veranstalteten – Fernlehrgangs „Hochschulzertifikatskurs Rechtliche Betreuung“ mit einer abgeschlossenen Hochschulausbildung verneint hat, hält rechtlicher Nachprüfung stand.

[2] Nach § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VBVG beträgt der Stundensatz eines Berufsbetreuers 44 €, wenn der Betreuer über besondere Kenntnisse, die für die Führung der Betreuung nutzbar sind, verfügt und diese Kenntnisse durch eine abgeschlossene Ausbildung an einer Hochschule oder eine vergleichbare abgeschlossene Ausbildung erworben sind.

[3] Einer Hochschulausbildung vergleichbar ist eine Ausbildung, die in ihrer Wertigkeit einer Hochschulausbildung entspricht und einen formalen Abschluss aufweist. Gleichwertig ist eine Ausbildung, wenn sie staatlich reglementiert oder zumindest staatlich anerkannt ist und der durch sie vermittelte Wissensstand nach Art und Umfang dem eines Hochschulstudiums entspricht. Als Kriterien können somit insbesondere der mit der Ausbildung verbundene Zeitaufwand, der Umfang und Inhalt des Lehrstoffs und die Zulassungsvoraussetzungen herangezogen werden. Für die Annahme der Vergleichbarkeit einer Ausbildung mit einer Hochschul- oder Fachhochschulausbildung kann auch sprechen, wenn die durch die Abschlussprüfung erworbene Qualifikation Zugang zu beruflichen Tätigkeiten ermöglicht, deren Ausübung üblicherweise Hochschulabsolventen vorbehalten ist. Bei der Prüfung der Vergleichbarkeit hat der Tatrichter strenge Maßstäbe anzulegen (BGH, Beschl. v. 12.4.2017 – XII ZB 86/16, MDR 2017, 910 = FamRZ 2017, 1158 Rz. 9 m.w.N.).

[6] Insbesondere ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass das LG die Vergleichbarkeit schon mit Blick auf den einem Hochschulstudium nicht ansatzweise vergleichbaren zeitlichen Umfang von insgesamt 1.080 Stunden (entspricht 36 ECTS-Punkten) abgelehnt hat. Anders als in dem vom Senat entschiedenen Fall der Fortbildung zum „Zertifizierten Betreuer – Curator de jure“ an der Technischen Hochschule Deggendorf mit 2.700 Stunden bzw. 90 ECTS-Punkten (vgl. BGH v. 12.4.2017 – XII ZB 86/16, MDR 2017, 910 = FamRZ 2017, 1158) bleibt dieser zeitliche Umfang so weit hinter dem einer Hochschulausbildung zurück, dass das LG dahinstehen lassen konnte, inwiefern durch den Fernlehrgang vorliegend – gegebenenfalls auch ausschließlich – besondere und für die Betreuung nutzbare Kenntnisse vermittelt worden sind (vgl.



## Gebührenrecht

BGH, Beschl. v. 31.5.2017 – XII ZB 590/16, juris Rz. 17 f.).

[7] Die on der Rechtsbeschwerde angesprochenen sonstigen beruflichen Qualifikationen rechtfertigen ebenfalls nicht den vom Betreuer begehrten Stundensatz von 44 €. [Rz. 8] ...

Anspruch des beigeordneten RA auf Erstattung der Umsatzsteuer durch die Staatskasse

RVG §§ 45, 55; ZPO § 104

**Der im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordnete Rechtsanwalt hat gegen die Staatskasse auch dann einen Anspruch auf Festsetzung der Umsatzsteuer, wenn die von ihm vertretene Partei vorsteuerabzugsberechtigt ist.** ○

*OLG Braunschweig, Beschl. v. 7.8.2017 – 2 W 92/17 (LG Göttingen – 8 OH 19/13)*

#### Aus den Gründen:

... Der Antragsteller hat als beigeordneter Prozessbevollmächtigter gegen die Landeskasse einen Anspruch auf die gesetzliche Vergütung gem. §§ 45 ff. RVG. Dieser ist lediglich hinsichtlich der Höhe der Gebührenbeträge nach § 49 RVG begrenzt. Die gesetzliche Vergütung umfasst aber auch die Auslagen und deshalb nach Nr. 7008 RVG-VV auch die vom Anwalt abzuführende Umsatzsteuer, soweit die Leistung des Rechtsanwalts ... umsatzsteuerpflichtig ist. Der vorliegend geltend gemachte Vergütungsanspruch gem. §§ 45 ff. RVG unterscheidet sich wesentlich von dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch, für welchen eine Vorsteuerberechtigung der vertretenen Partei dem Ansatz der Umsatzsteuer entgegensteht. Im Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 103 ff. RVG kann die vorsteuerabzugsberechtigte obsiegende Partei vom erstattungspflichtigen Gegner die Erstattung der Umsatzsteuer gem. § 104 Abs. 2 S. 3 ZPO nicht verlangen, weil sie die an ihren Rechtsanwalt gezahlte Umsatzsteuer ihrerseits vom Finanzamt erstattet erhält. Der beigeordnete Rechtsanwalt ist deshalb auch im Rahmen der Geltendmachung des Kostenerstattungsanspruchs im eigenen Namen nach § 126 Abs. 1 ZPO darauf verwiesen, die von ihm geschuldete Umsatzsteuer von seinem vorsteuerabzugsberechtigten (armen) Mandanten zu fordern. Denn es ist nicht gerechtfertigt, den unterlegenen Gegner allein deshalb mit höheren Kosten zu belasten, weil die vorsteuerabzugsberechtigte obsiegende Partei bedürftig und prozesskostenhilfeberechtigt ist (vgl. BGH, Beschl. v. 12.6.2006 – II ZB 21/05 Rz. 6, MDR 2007, 303 = DStR 2006, 1761). Der Inanspruchnahme des prozesskostenhilfeberechtigten (armen) Mandanten steht insoweit auch § 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nicht entgegen. Diese Norm ist teleologisch zu reduzieren, da ihr Schutzzweck eine Sperrwirkung nicht erfordert, wenn die Umsatzsteuer für die bedürftige Partei nur ein durchlaufender Posten ist, so dass der Betrag letztlich wirtschaftlich nicht von der bedürftigen Partei getragen werden muss (vgl. BGH, a.a.O.).

Eine hiermit vergleichbare Konstellation liegt hinsichtlich des vorliegend geltend gemachten Vergütungsanspruchs indes nicht vor. Mit der Beiordnung wird zwischen dem Hoheitsträger, der die Beiordnung vorgenommen hat, und dem beigeordneten Rechtsanwalt, ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis begründet (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.8.2016 – I-10 W 237/16, juris Rz. 4).

Die Landeskasse tritt als Vergütungsschuldner an die Stelle der bedürftigen vertretenen Partei.

Hinsichtlich des gegen die Landeskasse nach §§ 45 ff. RVG bestehenden Vergütungsanspruchs des Anwalts kommt es deshalb richtigerweise nur darauf an, ob dieser gegen seine vorsteuerabzugsberechtigte Partei einen Anspruch auch auf die Umsatzsteuer (aus § 675 BGB i.V.m. den Vorschriften des RVG) hätte (vgl. OLG München, Beschl. v. 11.8.2016 – 11 W 1281/16, NJOZ 2017, 191 ff. Rz. 9). Dies ist indes der Fall. Die Vorsteuerabzugsberechtigung des Klägers berechtigt diesen im Verhältnis zu seinem Prozessbevollmächtigten nicht etwa dazu, die Umsatzsteuer nicht zu bezahlen; auf Basis der Rechnung des Rechtsanwalts kann eine vorsteuerabzugsberechtigte Partei vom Finanzamt vielmehr (nur) die Erstattung der an den Rechtsanwalt zu zahlenden Umsatzsteuer verlangen (vgl. BGH, a.a.O., Rz. 9).

Entgegen der Auffassung des OLG Celle, Beschl. v. 4.10.2013 – 2 W 217/13, MDR 2013, 1434 = NJOZ 2014, 954 ff. ist es deshalb durchaus system- und sachgerecht, dass zwar die Landeskasse, nicht aber der unterlegene Gegner im Falle der Vorsteuerabzugsberechtigung der bedürftigen Partei zu einer Erstattung der Umsatzsteuer verpflichtet ist (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., Rz. 3; OLG München, a.a.O.; OLG Hamburg, Beschl. v. 19.6.2013 – 4 W 60/13, MDR 2013, 1194 = NJOZ 2013, 1616 f.; LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 27.9.1996 – 4 TA 173/96; *Seltmann* in BeckOK/RVG, 36. Edition, Stand 1.6.2017, RVG Nr. 7008 Rz. 18; ...).

Soweit das OLG Celle zur Begründung für eine Gleichbehandlung im Kostenfestsetzungsverfahren und im Vergütungsfestsetzungsverfahren anführt, anderenfalls würde dem beigeordneten Rechtsanwalt für die Vertretung der bedürftigen Partei gegen die Landeskasse gem. § 55 RVG eine höhere Vergütung zugebilligt werden, als er ohne eine Beiordnung für die Vertretung einer nicht bedürftigen Partei von der Gegenseite oder aber im Rahmen der Festsetzung nach § 126 Abs. 1 ZPO beanspruchen könne (so OLG Celle, a.a.O., Rz. 8), wird nicht ausreichend zwischen dem Kostenerstattungsanspruch im Verhältnis zwischen den Parteien, dem Gebührenanspruch des Anwalts gegenüber seinem Mandanten und dem Vergütungsanspruch des PKH-Anwalts gegen die Staatskasse unterschieden (vgl. OLG München, a.a.O., Rz. 10). Soweit die Gegenseite die Umsatzsteuer nicht schuldet – auch nicht dem im Wege des § 126 ZPO vorgehenden Anwalt – liegt dies an der Vorsteuerabzugsberechtigung bezüglich des Kostenerstattungsanspruchs (vgl. OLG München, a.a.O., Rz. 10). Diesen Anspruch macht der PKH-Anwalt in der vorliegenden Konstellation aber nicht geltend, sondern den Vergütungsanspruch. Es muss daher allein danach gefragt werden, ob es gerechtfertigt sein kann, dass der PKH-Anwalt von seiner Partei die Umsatzsteuer erhält, von der Staatskasse, bei Bewilligung von PKH, hingegen nicht. Dies kann ersichtlich nicht richtig sein (vgl. OLG München, a.a.O.).

Bedenken gegen die Erstattungspflicht der Umsatzsteuer ergeben sich für den vorliegenden Fall auch nicht aus der pauschalen Verweisung in § 55 Abs. 5 S. 1 RVG auf § 104 Abs. 2 ZPO. Der Sinn der Verweisung auf § 104 Abs. 2 ZPO, der vorrangig das Erstattungsverhältnis zwischen den Parteien betrifft, besteht darin, für die Antragstellung des Rechtsanwalts gegenüber der Staatskasse ebenfalls eine Glaubhaftmachung ausreichen zu lassen (vgl. OLG München, a.a.O., Rz. 12 m.w.N.). Vor diesem Hintergrund passt die Bestimmung des § 104 Abs. 2 S. 3 ZPO ersichtlich nicht.

Dass die Berücksichtigung der Vorsteuerabzugsberechtigung vom Gesetzgeber hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des Rechtsanwaltes nicht gewollt ist, ergibt

## Berufsrecht

sich unzweifelhaft aber aus einem Vergleich mit dem Vergütungsfestsetzungsverfahren nach § 11 RVG gegen den eigenen (nicht freiwillig zahlenden) Mandanten. Denn § 11 Abs. 2 S. 3 RVG erklärt zwar „die Vorschriften der jeweiligen Verfahrensordnung über das Kostenfestsetzungsverfahren“ für anwendbar, nimmt insoweit aber die die Vorsteuerabzugsberechtigung betreffende Bestimmung des § 104 Abs. 2 S. 3 ZPO ausdrücklich aus (vgl. *Hansen*, Anmerkung zu OLG München, Beschl. v. 11.8.2016 – 11 W 1281/16, ZfSch 2017, 227 ff. [229]). Die erforderliche Anpassung des zu weit gefassten Wortlauts des § 55 Abs. 5 S. 1 RVG hat der Gesetzgeber, anders als in § 11 Abs. 2 S. 3 RVG, bei Erlass des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes v. 23.7.2013 (2. KostR-MoG) offensichtlich übersehen (vgl. OLG München, a.a.O., Rz. 12). Entgegen dem zu weit gefassten Wortlaut des § 55 Abs. 5 S. 1 RVG findet § 104 Abs. 2 S. 3 ZPO deshalb keine Anwendung (vgl. OLG Hamburg, a.a.O., S. 1617; OLG München, a.a.O.; *Hansen*, a.a.O.). Zuletzt steht der Belastung der Landeskasse mit der Umsatzsteuer auch nicht entgegen, dass im Rahmen des gesetzlich vorgesehenen Anspruchsüberganges nach § 59 Abs. 1 RVG ein ersatzpflichtiger Prozessgegner der Staatskasse eine Vorsteuerabzugsberechtigung der bedürftigen Partei entgegenhalten kann. Macht die Landeskasse nach Auszahlung der die Umsatzsteuer enthaltenden PKH-Anwaltsvergütung an den PKH-Anwalt gegen den im Rechtsstreit unterliegenden Gegner den auf sie übergegangenen Erstattungsanspruch des PKH-Anwaltes geltend, kann dieser der Landeskasse gegenüber sämtliche Einwendungen erheben, die er im Kostenfestsetzungsverfahren nach § 126 Abs. 1 ZPO dem PKH-Anwalt entgegenhalten könnte (vgl. *Hansen*, a.a.O., S. 230). Hierzu gehört auch die Vorsteuerabzugsberechtigung des bedürftigen Mandanten (vgl. BGH, a.a.O.). Die Landeskasse ist insoweit darauf verwiesen, die von ihr an den beigeordneten Rechtsanwalt gezahlte Umsatzsteuer gegenüber dessen Mandanten geltend zum machen (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., Rz. 5; *Hansen*, a.a.O.). ...



## Berufsrecht

Notar: Pflicht zur Versagung der Amtstätigkeit bei Verdacht auf strafbare Handlungen

BNotO § 14 Abs. 2, 3 S. 2

**Der Notar hat seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar ist, insbesondere seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Das gilt vor allem, wenn der Verdacht besteht, dass seine Tätigkeit der Begehung von Straftaten dienen könnte (Anschluss an BGH v. 23.11.2015 – NotSt [BrfG] 4/15 Rz. 17, MDR 2016, 123 = NJW-RR 2016, 251).**

*BGH, Beschl. v. 24.7.2017 – NotSt(Brfg) 2/17 (OLG Celle v. 8.12.2016 – Not 10/16)*

## Aus den Gründen:

[25] Keine Zweifel bestehen ... daran, dass der Kläger seine Pflichten aus § 14 Abs. 2, 3 S. 2 BNotO vorsätzlich verletzt hat. Der Notar hat seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar ist, insbesondere seine Mitwirkung bei Handlungen ver-

langt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Das gilt vor allem, wenn der Verdacht besteht, dass seine Tätigkeit der Begehung von Straftaten dienen könnte (vgl. BGH v. 23.11.2015 – NotSt [BrfG] 4/15 Rz. 17, MDR 2016, 123 = NJW-RR 2016, 251 m.w.N.). Zu Recht hat die Präsidentin des OLG und das OLG dem Kläger vorgeworfen, dass hier der Verdacht bestand, dass mit der von ihm ausgestellten Rechnung unredliche oder unerlaubte Ziele verfolgt werden, insbesondere auch die Möglichkeit bestand, dass seine Rechnung für strafbare Handlungen gebraucht würde, und dass er dies wusste. Die vom Kläger mit seinem Berufungszulassungsantrag gemachten Einwendungen bleiben dagegen erfolglos.

[26] Mit der auf Anforderung des Urkundsbeteiligten R. ausgestellten Rechnung hat der Kläger diese Amtspflichten verletzt. Er hat damit vorsätzlich eine Handlung vorgenommen, die dem Verdacht ausgesetzt war, dass sie für strafbares Verhalten benötigt wurde.

[27] Die Rechnung ist an die Eheleute P. und G. R. gerichtet, obwohl die dort genannte Urkundennummer ... eine Beurkundung für die Eheleute W. und I. R. betraf.

[28] Daneben wird der unzutreffende Eindruck hervorgerufen, es habe eine erbrechtliche Beratung hinsichtlich der Erstellung von Vertragsentwürfen stattgefunden, ohne dass es zu einer Beurkundung gekommen sei. Der Kläger selbst geht davon aus, dass eine solche abrechenbare Leistung nicht erbracht wurde, sondern die Beratungsleistung mit den jeweiligen Beurkundungen als abgegolten galt. Mit der Rechnung wurde deswegen der Anschein erweckt, es habe eine abrechenbare Leistung mit dem angegebenen Umfang tatsächlich gegeben. Des Weiteren wird der unzutreffende Eindruck hervorgerufen, es sei hinsichtlich dieser abrechenbaren Leistungen zu einer Pauschalvereinbarung i.H.v. 1.000 € gekommen. Das gleiche gilt für den Zusatz, dass der Kläger bestätigte, diesen Betrag bereits erhalten zu haben. Eine Zahlung auf die Rechnung vom 4.4.2014 und die darin erbrachte Leistung und die Vereinbarung der Pauschalgebühr hat jedoch auch nach Darstellung des Klägers nie stattgefunden. Die Rechnung ist erstellt worden auf Anforderung der Eheleute R., um Leistungen der Rechtsschutzversicherung zu erhalten, was dem Kläger bekannt war und auch in der Rechnung selbst entsprechend genannt wurde.

[29] Unerheblich ist dabei, ob dem Urkundsbeteiligten R. tatsächlich ein Anspruch auf Zahlung seitens seiner Rechtsschutzversicherung im Hinblick auf die Beratung durch den Kläger zugestanden hat. Der Kläger beruft sich selbst nicht darauf, sondern macht geltend, dass aus seiner Sicht nach den ihn genannten Umständen, eine Kulanzzahlung seitens der Rechtsschutzversicherung erreicht werden sollte. Dies entlastet ihn nicht. Gerade der Gesichtspunkt der Kulanzzahlung rechtfertigt es nicht, eine unrichtige Rechnung zu erstellen, die geeignet ist, Fehlvorstellungen hervorzurufen und zu diesem Zweck eingesetzt zu werden. Dieser Gesichtspunkt hätte es vielmehr nahegelegt, schlicht die bereits erteilten Rechnungen für die Beurkundungen durch den Kläger vorzulegen und diese ggf. inhaltlich zu erläutern. Auch das weitere Vorbringen des Klägers, der Urkundsbeteiligte R. habe nach seinen Angaben ihm gegenüber mit der DAS-Rechtsschutzversicherung gesprochen und dem dortigen Sachbearbeiter den Stand der Dinge vollständig geschildert, woraufhin dieser gebeten habe, eine gesonderte Rechnung einzureichen, belegt, dass für ihn erkennbar war, bei ihm werde eine Rechnung angefordert, die mit den tatsächlichen Gegebenheiten nicht in Übereinstimmung stand, um eine Zahlung durch die DAS-Rechtsschutzversicherung – und sei es aus Kulanz – zu erreichen. ...

## Berufsrecht

[30] Die Unrichtigkeit der erstellten Rechnung sowie die dem Kläger bekannte beabsichtigte Verwendung und die offen zu Tage liegende Eignung der Rechnung zur Herbeiführung eines Irrtums bei der Rechtsschutzversicherung lassen darauf schließen, dass der Kläger vorsätzlich gehandelt hat. Das wird auch dadurch deutlich, dass sich der in der Pauschalvereinbarung angegebene Betrag für die auf der Rechnung angegebene Beratung nicht an dem dafür gemachten Aufwand des Klägers, sondern an der nach den Vorstellungen der Beteiligten höchstmöglichen Versicherungsleistung von 1.000 € orientiert hat. [Rz. 31-34] ...

Aufklärungspflichten des Notars bei der Beurkundung einer Erbaueinmündung

BNotO § 95; BeurkG § 17 Abs. 1 S. 1

a) Der Notar muss jedenfalls den **Tatsachekern des zu beurkundenden Geschäfts aufklären.**

b) **In dem in einer disziplinarrechtlichen Einleitungsverfügung enthaltenen Vorwurf, die Interessen der Urkundsbeteiligten nicht hinreichend ermittelt zu haben, ist der Vorwurf der unzureichenden Sachverhaltsaufklärung enthalten.**

c) **Eine disziplinarische Maßnahme kann im Einzelfall unvereinbar mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit werden, wenn das Disziplinarverfahren unverhältnismäßig lange dauert. Zur hinreichenden Begründung der Unverhältnismäßigkeit bedarf es einer sich aus den Umständen ergebenden Evidenz.**

BGH, *Beschl. v. 24.7.2017 – NotSt(Brfg) 2/16*  
(OLG Celle – Not 3/16)

**Aus den Gründen:**

[3] Gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären und die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren. Damit soll gewährleistet werden, dass der Notar eine rechtswirksame Urkunde errichtet, die den Willen der Beteiligten vollständig sowie inhaltlich richtig und eindeutig wiedergibt (vgl. BGH, *Urt. v. 24.11.2014 – NotSt[Brfg] 1/14 – Rz. 28*, BGHZ 203, 280 = MDR 2015, 428; ...). Der Notar kann den Willen der Beteiligten aber nur dann richtig erfassen und in eine rechtliche Form kleiden, wenn er den zugrunde liegenden Sachverhalt kennt. Deshalb muss er den Tatsachekern des zu beurkundenden Geschäfts aufklären. Er darf sich dabei zwar regelmäßig auf die tatsächlichen Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung verlassen. Er muss allerdings bedenken, dass Beteiligte entscheidende Umstände, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen kann, möglicherweise nicht erkennen oder rechtliche Begriffe, die auch unter Laien gebräuchlich sind und die sie ihm als Tatsachen vortragen, möglicherweise falsch verstehen (BGH, *Urt. v. 19.10.1995 – IX ZR 104/94*, MDR 1996, 422 = NJW 1996, 520 Rz. 15; v. 6.11.1986 – IX ZR 125/85, MDR 1987, 318 = NJW 1987, 1266 Rz. 32, je m.w.N.). ...

[5] Der Kläger hat ... angegeben, es sei das Ziel der Beteiligten – Frau S. und ihrer beiden Söhne – gewesen, nach dem Tod ihres Ehemannes bzw. Vaters das Eigenheim zu erhalten und die Söhne aus der Haftung herauszuhalten. Außerdem habe das Grundbuch korrigiert werden sollen, das nach dem Tod des Ehemannes der Frau S. unrichtig

geworden sei. In der Anhörung v. 30.7.2012 hat der Kläger ausgeführt, Frau S. sei es daran gelegen gewesen, ihre beiden Kinder aus der Schuldenhaftung herauszuhalten. Die Kinder hätten mit den Schulden, die sich auch aus dem Grundbuch ergeben hätten, nichts zu tun. Eine persönliche Haftung habe deshalb ohnehin nicht bestanden. Auch über die Erbenstellung sei eine persönliche Haftung nicht gegeben gewesen. Der Kläger hat ausdrücklich eingeräumt, dass ihm nicht bekannt gewesen sei, wie hoch die Schulden im Einzelnen seien. Dies sei den Beteiligten auch nicht bekannt gewesen. Jedenfalls hätten sie ihm keine befriedigende Auskunft geben können. In dem Zusammenhang sei erwähnt worden, dass die bei den Banken oder der Bank bestehenden Verbindlichkeiten durch Lebensversicherungen abgesichert seien. Die Lebensversicherungen seien in der Regel an die Bank abgetreten. Daraus habe er auf den ersten Blick entnommen, dass der Nachlass nicht überschuldet sei. Durch die Aufteilung des Nachlasses auf die drei Urkundsbeteiligten habe die Chance bestanden, dass die Banken die beiden Kinder im Hinblick auf ihre ¼-Anteile aus der dinglichen Haftung entlassen würden. Dies sei der Grund für die Erbaueinmündung gewesen und sei auch so mit Frau S. erörtert worden. ...

[7] Damit hat der Kläger den Beteiligten, die ihn im Vertrauen auf seine Rechtskenntnis und seine Erfahrung in der rechtlich einwandfreien Ermittlung und Niederlegung dessen, was sie wollten, und der zweckmäßigen Gestaltung dieses Willens aufgesucht hatten, auf einer völlig ungesicherten Tatsachenbasis den Abschluss eines Erbaueinmündungsvertrages nahegelegt und diesen beurkundet, obwohl ein solcher Vertrag den Interessen der Beteiligten eindeutig zuwiderliefe. Er bewirkte nicht die angestrebte Entlassung der Söhne aus der Haftung, sondern begründete im Gegenteil die Gefahr, dass etwaige Nachlassgläubiger Befriedigung aus deren Eigenvermögen suchen würden. Denn mit dem Vollzug der Nachlasserteilung verloren die Miterben sowohl ihr Recht, gem. § 2059 Abs. 1 BGB die Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten aus ihrem Eigenvermögen zu verweigern, als auch die Möglichkeit, eine die Haftung auf den Nachlass beschränkende Nachlassverwaltung (§ 2062 Halbs. 2, § 1975 BGB) herbeizuführen (vgl. Staudinger/Marotzke, BGB, Neubearb. 2016, § 2058 Rz. 6 ff.; § 2060 Rz. 2 ff., jeweils m.w.N.). Eine uneingeschränkte Haftung der Söhne mit ihrem Eigenvermögen wollten die Urkundsbeteiligten aber gerade verhindern. [Rz. 8-20] ...

## Ihr Newsletter



**Berater-Modul  
Zivil- und  
Zivilverfahrensrecht**

**Kostenlos, wöchentlich per E-Mail**

Einfach abonnieren unter  
**mdr-recht.de**





# Unverzichtbares Handwerkszeug.



*Kallmeyer*

**Umwandlungsgesetz**

Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften. Kommentar.

*Bearbeitet von Notarassessor Dr. Sebastian Blasche, RA Dr. Harald Kallmeyer, RA, Notar Dr. Ingo Klöcker, M.C.J., RA Dr. Dirk Kocher, LL.M., WP, StB Georg Lanfermann, RA Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner, Notar a.D., RA Dr. Burkhard W. Meister, LL.M., RA Dr. Mirko Sickinger, LL.M., RA Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Notar Prof. Dr. Norbert Zimmermann, LL.M. 6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2017, 1.799 Seiten DIN A5, gbd., 169,- €. ISBN 978-3-504-37024-4*

Der „Kallmeyer“ enthält alles, was der Praktiker zur Bewältigung auch komplizierter Fragestellungen im Umwandlungsrecht braucht. Auf dieses Handwerkszeug kann der Berater einfach nicht verzichten. Kurz, präzise, praxisnah und lösungsorientiert. Verfasst von einem hochkarätigen Autorenteam aus Beratung, Notariat und Wirtschaftsprüfung – ein Standard-Kommentar par excellence von Praktikern für Praktiker. Jetzt bereits in 6. Auflage und natürlich wieder auf topaktuellem Stand.

Wegen der besonderen Praxisbedeutung mit neuem Anhang zu den Umwandlungsmaßnahmen in Insolvenzfällen (Stichwort: Suhrkamp) und allen gesetzlichen Neuerungen, wie z.B. AReG, aber auch Aktienrechtsnovelle und PartGmbB.

Am besten gleich Probe lesen und bestellen unter [www.otto-schmidt.de/kug6](http://www.otto-schmidt.de/kug6)

**otto schmidt**

# Kommentar-Modul Gesellschaftsrecht

**NEU**

Jetzt kostenlos testen!

Otto Schmidt online bietet mit dem neuen Kommentar-Modul erstmals einen rein digitalen Zugriff auf exzellente gesellschaftsrechtliche Standardwerke.

In diesem starken Modul sind die **Großen der Kommentar-Literatur zum Gesellschaftsrecht** versammelt:

- › K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz Kommentar
- › Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE Kommentar
- › Scholz, GmbH-Gesetz Kommentar
- › Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar
- › Lutter, Umwandlungsgesetz Kommentar
- › Kallmeyer, Umwandlungsgesetz Kommentar

Dazu **weitere Kommentare der Extraklasse:**

- › Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB Kommentar
- › Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht Kommentar
- › Erman, BGB Kommentar

Selbstverständlich mit **Volltexten zu Gesetzen, Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsanweisungen.**

Bezugspreis: 49,00 Euro zzgl. MwSt. pro Monat für 3 Nutzer.

**Informationen** zum einzigartigen Verbund mit weiteren Modulen im Gesellschaftsrecht (Zeitschriften-Module Die AG/GmbH-Rundschau und Handbuch-Modul) sowie Test-Bestellung unter [otto-schmidt-online.de](http://otto-schmidt-online.de)

**GESELLSCHAFTSRECHT**

**KOMMENTARE**

**ottoschmidt**

*online*

## BGH – Schmerzensgeld auch für Verletzungen bei rechtmäßigen Behördenmaßnahmen

*Der BGH hat entschieden, dass der Anspruch auf Entschädigung für hoheitliche Eingriffe in Leben, körperliche Unversehrtheit oder Freiheit (sog. Aufopferung) auch einen Schmerzensgeldanspruch umfasst.*

Der Kläger verlangt Schadensersatz wegen einer Verletzung, die er bei einem Polizeieinsatz erlitt. Am 23.10.2010 wurde aus einem fahrenden PKW ein Schuss auf ein Döner-Restaurant abgegeben. Im Zuge der darauf eingeleiteten Fahndungsmaßnahmen entdeckte eine Polizeistreife auf einem Tankstellengelände das mutmaßliche Tatfahrzeug. Der Kläger befand sich zusammen mit einem Mitarbeiter im Verkaufsraum der Tankstelle. Weil auch die grobe Personenbeschreibung der Täter auf den Kläger und seinen Begleiter passte, gingen die Polizeibeamten davon aus, dass es sich bei ihnen um die Tatverdächtigen handele. Da sie vermuteten, der Kläger und dessen Mitarbeiter führten eine Schusswaffe mit sich, forderten sie zur Eigensicherung beide auf, die Hände hoch zu nehmen, brachten sie zu Boden und legten ihnen Handschellen an. Dabei erlitt der Kläger eine Schulterverletzung. Der Kläger verlangt Ersatz des aufgrund der Verletzung erlittenen Vermögensschadens und ein Schmerzensgeld.

Die Vorinstanzen haben angenommen, die Polizeibeamten hätten angesichts der Sachlage, die sich ihnen darboten habe, zwar rechtmäßig unmittelbaren Zwang zur Durchsetzung einer Identitätsfeststellung gemäß § 163b Abs. 1 StPO angewendet. Jedoch habe der Kläger einen Entschädigungsanspruch aus Aufopferung. Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BGH haben LG und OLG allerdings nur einen Ausgleich für den erlittenen materiellen Schaden zuerkannt. Die Schmerzensgeldforderung haben sie für unbegründet gehalten. Der BGH hat unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung darauf erkannt, dass der Entschädigungsanspruch aus Aufopferung auch den Ausgleich immaterieller Schäden, mithin auch ein Schmerzensgeld, umfasst. Der Senat hat in seiner früheren „Grundentscheidung“ (BGH v. 13.2.1956 – III ZR 175/54, BGHZ 20, 61, 68 ff.) ausgeführt, aus der Gesamtbetrachtung der Rechtsordnung ergebe sich, dass Ersatz für immaterielle Schäden grundsätzlich nicht geschuldet werde. Nur in jeweils ausnahmsweise ausdrücklich gesetzlich normierten Fällen gebe es einen Ersatzanspruch auch für Nichtvermögensschäden. Eine entsprechende Bestimmung fehle für den allgemeinen Aufopferungsanspruch.

Der Senat hat in seinem jetzigen Urteil ausgeführt, von einem Willen des Gesetzgebers, die Ersatzpflicht bei Eingriffen in immaterielle Rechtsgüter grundsätzlich auf daraus folgende Vermögensschäden zu beschränken, könne nicht mehr ausgegangen werden. Mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19.7.2002 (BGBl. I S. 2674) und der hierdurch bewirkten Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs infolge der Änderung des § 253 BGB habe der Gesetzgeber den Grundsatz, auf den der Senat sein Urteil vom 13.2.1956 gestützt habe, verlassen. Dies ergebe sich auch

aus der Änderung der Vorschriften über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen im Jahr 1971, nach denen für zu Unrecht erlittene Haft eine Entschädigung auch für Nichtvermögensschäden gewährt werde. Zudem habe mittlerweile eine Vielzahl von Bundesländern Bestimmungen eingeführt, nach denen Ersatz auch des immateriellen Schadens bei Verletzung des Körpers oder der Gesundheit infolge präventiv-polizeilicher Maßnahmen geschuldet werde. (Urt. v. 7.9.2017 – III ZR 71/17)

**Hinweis der Redaktion:** s.a. den Blog-Beitrag von RegR Dr. Adolf Rebler v. 14.9.2017 auf [www.mdr-recht.de](http://www.mdr-recht.de).

AH (Quelle: BGH)

## BGH – Fluggastrechte bei „Wet Lease“

*Der BGH hat entschieden, dass der Anspruch auf Ausgleichsleistung nach der Fluggastrechteverordnung nicht gegenüber dem Luftfahrtunternehmen, dessen Flugzeug und Besatzung aufgrund einer „Wet-Lease-Vereinbarung“ eingesetzt wurden, geltend zu machen ist, sondern gegenüber dem Luftfahrtunternehmen, bei dem der Fluggast den Flug gebucht hat.*

Die Kläger verlangen von dem beklagten Luftfahrtunternehmen wegen einer Flugverspätung Ausgleichsleistungen entsprechend Art. 5 Abs. 1 Buchst. c und Art. 7 Abs. 1 S. 1 Buchst. b der VO (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.2.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der VO (EWG) Nr. 296/91 (Fluggastrechteverordnung).

Die Kläger buchten bei dem beklagten Luftfahrtunternehmen jeweils einen Flug von Düsseldorf nach Nador (Marokko). Der Flug wurde unter dem IATA-Code der Beklagten, jedoch aufgrund einer sog. „Wet-Lease-Vereinbarung“ (Vereinbarung zwischen zwei Luftfahrtunternehmen über das Vermieten eines Flugzeugs, nach der der „Vermieter“ auch die Flugzeugbesatzung stellt) mit einem Flugzeug und einer Besatzung eines spanischen Luftfahrtunternehmens durchgeführt. Der Flug erreichte Nador mit einer Verspätung von mehr als sieben Stunden.

Anders als die Vorinstanzen hat der BGH nicht das Luftfahrtunternehmen, dessen Flugzeug und Besatzung aufgrund der „Wet-Lease-Vereinbarung“ eingesetzt wurden, sondern das beklagte Luftfahrtunternehmen als ausführendes Luftfahrtunternehmen angesehen, gegenüber dem der Anspruch auf Ausgleichsleistung nach der Fluggastrechteverordnung geltend zu machen ist. Er hat sich dabei insbesondere auf den Erwägungsgrund 7 der Fluggastrechteverordnung gestützt. Danach sollen die Verpflichtungen nach der Verordnung im Interesse einer wirksamen Anwendung dem ausführenden Luftfahrtunternehmen obliegen, das einen Flug durchführt, und zwar unabhängig davon, ob der Flug mit einem eigenen Luftfahrzeug oder mit einem (mit oder ohne Besatzung) gemieteten Luftfahrzeug oder in sonstiger Form durchgeführt wird. Zudem ist das vermietende Luftfahrtunternehmen nicht besser und gegebenenfalls mangels Präsenz am Flughafen auch gar nicht in der Lage, die in der



Verordnung vorgesehenen Unterstützungs- und Ausgleichsleistungen zu erbringen. Dem steht auch nicht entgegen, dass die unter anderem die Unterrichtung der Fluggäste über das ausführende Luftfahrtunternehmen betreffende VO (EG) Nr. 2111/2005 v. 14.12.2005 ausweislich ihres Erwägungsgrundes 13 „Wet Lease“ als einen Fall ansieht, in dem das anmietende Luftfahrtunternehmen den Flug nicht selbst durchführt. Die Unterrichtung nach Art. 11 Abs. 1 dieser Verordnung dient vornehmlich der Information der Fluggäste über mögliche Sicherheitsrisiken und damit anderen Belangen als die Fluggastrechteverordnung. (Urt. v. 12.9.2017 – X ZR 102/16, X ZR 106/16)

**Hinweis der Redaktion:** s. a. den Blog-Beitrag von RA Dr. Matthias Böse v. 13.9.2017 auf [www.mdr-recht.de](http://www.mdr-recht.de).

AH (Quelle: BGH)

## BGH – Vorhalt und Ermahnung im Zusammenhang mit richterlichem Erledigungspensum

*Ein Richter darf auch dann ermahnt werden, wenn er zu gründlich arbeitet und deshalb viel weniger Fälle erledigt als andere Richter.*

Der Antragsteller ist Richter am OLG Karlsruhe und wendet sich mit seinen Anträgen gegen Maßnahmen der Präsidentin des OLG Karlsruhe. Nach dem Wechsel des Antragstellers in einen anderen Senat des OLG ordnete die Präsidentin eine Sonderprüfung des im früheren Dezernat des Antragstellers hinterlassenen Verfahrensbestands an. In der Folge hielt sie ihm die ordnungswidrige Art der Ausführung der Amtsgeschäfte vor und ermahnte ihn zu ordnungsgemäßer, unverzügter Erledigung der Amtsgeschäfte. Der Antragsteller unterschreite seit Jahren ganz erheblich und jenseits aller großzügig zu bemessender Toleranzbereiche das Durchschnittspensum.

Der Antragsteller hat beim Dienstgericht für Richter beantragt, die Anordnung und Durchführung der Sonderprüfung, den Vermerk mit der Ankündigung, dass eine dienstrechtliche Maßnahme beabsichtigt sei, sowie den Vorhalt einer ordnungswidrigen Art der Ausführung der Dienstgeschäfte und die Ermahnung zur ordnungsgemäßen, unverzügten Erledigung für unzulässig zu erklären, weil sie ihn in seiner richterlichen Unabhängigkeit beeinträchtigen und eine Änderung seiner Rechtsprechung herbeiführen sollten. Die Anträge hatten beim Dienstgericht im Wesentlichen keinen Erfolg.

Die Revision des Antragstellers ist beim Dienstgericht des Bundes hinsichtlich der Sonderprüfung (Verfahren RiZ (R) 3/15) und der Ankündigung einer dienstaufsichtsrechtlichen Maßnahme (Verfahren RiZ (R) 1/15) erfolglos geblieben. Die Anordnung der Sonderprüfung verletzte die richterliche Unabhängigkeit nicht. Für die Sonderprüfung bestand im Hinblick auf die bei dem Senatswechsel zurückgelassenen Akten ein objektiver Anlass.

Hinsichtlich des Vermerks mit der Ankündigung einer dienstaufsichtsrechtlichen Maßnahme (Verfahren RiZ (R) 1/15) war der Prüfungsantrag bereits unzulässig, weil der Vermerk mit der Gelegenheit zur Stellungnahme eine Verfahrenshandlung war, die eine Maßnahme der Dienstaufsicht vorbereitete, und eine vorbereitende Verfahrens-

handlung grundsätzlich nicht gesondert anfechtbar ist. Hinsichtlich des Vorhalts der ordnungswidrigen Art der Ausführung der Amtsgeschäfte und der Ermahnung zu ordnungsgemäßer, unverzügter Erledigung der Amtsgeschäfte (Verfahren RiZ (R) 2/15) hat das Dienstgericht des Bundes das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an den Dienstgerichtshof zurückverwiesen. Ein Dienstvorgesetzter darf einen Richter grundsätzlich zu einer ordnungsgemäßen, unverzügten Erledigung der Amtsgeschäfte ermahnen und ihm eine ordnungswidrige verzögerte Ausführung vorhalten. Die richterliche Unabhängigkeit ist nach der ständigen Rechtsprechung des Dienstgerichts des Bundes aber beeinträchtigt, wenn dem Richter direkt oder indirekt ein Pensum abverlangt wird, welches sich allgemein, also auch von anderen Richtern, sachgerecht nicht mehr bewältigen lässt. Das hat im Ausgangspunkt auch der Dienstgerichtshof zugrunde gelegt. Es fehlt an ausreichenden Feststellungen des Dienstgerichtshofs dazu, was von anderen Richtern sachgerecht zu bewältigen ist. Durchschnittszahlen können dafür nur ein Anhaltspunkt sein. (Urt. v. 7.9.2017 – RiZ (R) 1/15, 2/15 und 3/15)

AH (Quelle: BGH)

## OLG Frankfurt – Strenge Prüfung der Testierfähigkeit bei Verdacht chronischer Wahnvorstellungen

*Setzt eine Erblasserin, die zu Lebzeiten unter Bestehungsängsten litt und deshalb Detektive beschäftigte, diese Detektive als ihre Erben ein, ist konkret zu prüfen, ob die Erblasserin infolge krankhafter Wahnvorstellungen testierunfähig war.*

Die Beteiligten streiten über die Testierfähigkeit einer kinderlos und verwitwet verstorbenen Erblasserin. Die Beschwerdeführer sind entfernte Verwandte der Erblasserin und mögliche gesetzliche Erben. Die Erblasserin setzte die mit ihr nicht verwandten Beschwerdegegner als ihre Erben ein. Ihr Testament begann mit den Worten: „Mein Testament! Ich bin im vollen Besitz meiner geistigen Kräfte. Mein letzter Wille“ und endete mit dem nicht unterschriebenen Zusatz: „Mein letzter Wille! Die Verwandtschaft soll nichts mehr erhalten.“

Zu Lebzeiten hatte die Erblasserin die Beschwerdegegner als Detektive beschäftigt, da sie sich fortlaufend von Dieben bestohlen glaubte. Die Beschwerdegegner sollen ihr Haus u.a. mit Kameras ausgestattet und einen mittleren fünfstelligen Betrag für detektivische Dienstleistungen erhalten haben.

Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die Erteilung eines Erbscheins an die Beschwerdegegner. Sie sind der Ansicht, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Abfassung des Testaments an einem krankhaften Verfolgungswahn gelitten habe und deshalb nicht mehr testierfähig gewesen sei. Das Nachlassgericht hat nach Einholung eines Sachverständigenutachtens zur Testierfähigkeit und mündlicher Anhörung des Sachverständigen festgestellt, dass die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins an die Beschwerdegegner vorliegen würden. Testierunfähigkeit könne nicht festgestellt werden, da die Möglichkeit bestehe, dass die Erblasserin bei der Testa-

mentserrichtung in einem „lichten Augenblick“ gehandelt habe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beschwerdeführer. Das OLG hat nunmehr den Beschluss aufgehoben und die Sache an das Nachlassgericht zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen.

Es ist der Ansicht, ohne weitere Aufklärung könne derzeit nicht verlässlich festgestellt werden, dass die Erblasserin bei der Testamentserrichtung in einem „lichten Augenblick“ gehandelt habe. Testierunfähigkeit liege nicht nur vor, wenn der Erblasser sich keine Vorstellung davon mache, überhaupt ein Testament zu errichten oder dessen Inhalt und Tragweite nicht einordnen könne. Sie sei vielmehr auch dann gegeben, wenn allein die Motive für die Errichtung des Testaments auf einer krankheitsbedingten Unfreiheit beruhen. „Auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen seine letztwillige Verfügung sprechenden Gründe ein klares, von krankhaften Einflüssen nicht gestörtes Urteil zu bilden und entsprechend zu handeln“, sei testierunfähig, so das OLG. Es gehe nicht darum, den Inhalt der letztwilligen Verfügung auf seine Angemessenheit hin beurteilen zu können. Maßgeblich sei vielmehr, ob „die Freiheit des Willensentschlusses durch krankhafte Störungen der Motiv- und Willensbildung aufgehoben ist.“ Grundsätzlich gebe es auch keine nach „Schwierigkeitsgrad des Testaments abgestufte Testierfähigkeit; die Fähigkeit zur Testamentserrichtung ist entweder gegeben oder fehlt ganz.“

Wahnhaftige Störungen könnten in Abgrenzung zu alters-typischen „verbohrten“ Meinungen dann die freie Willensbildung ausschließen, wenn sie krankhaft seien. Dies sei der Fall, wenn eine „Abkoppelung von Erfahrung, Logik und kulturellen Konsens sowie der Verlust der Kritik und Urteilsfähigkeit“ vorliege. Zur Testierunfähigkeit führten derartige Wahnvorstellungen, wenn sie sich auch inhaltlich auf die Frage der Rechtsnachfolge von Todes wegen bezögen.

Aufzuklären sei hier, ob die Erblasserin unter chronischem Wahn gelitten habe. Sofern sich eine chronische Störung bei der Beurteilung der Testierfähigkeit feststellen lasse, seien jedenfalls nach der dem Senat verfügbaren wissenschaftlichen Literatur kurzfristige „luzide Intervalle“ praktisch ausgeschlossen. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Erblasserin die Beschwerdegegner im Zusammenhang mit ihren gegebenenfalls wahnhaften Bestehungsängsten kennengelernt habe. Der Beschluss ist nicht anfechtbar. (Beschl. v. 17.8.2017 – 20 W 188/16)

AH (Quelle: OLG Frankfurt)

## OLG Hamm – Schmerzensgeld für fehlerhaft geschliffene Milchzähne

*Ein grober zahnärztlicher Behandlungsfehler kann vorliegen, wenn beim Beschleifen von Milchzähnen zu viel Material abgetragen wird und eine ungleichmäßige Oberfläche entsteht.*

Die Klägerin befand sich in der kieferorthopädischen Behandlung der beklagten Zahnärzte. Bei der Klägerin sind mehrere bleibende Zähne nicht angelegt. Die an ihrer Stelle vorhandenen Milchzähne sollten solange wie möglich erhalten bleiben und später durch Implantate ersetzt werden. Im Frühjahr 2013 beschloss eine mitverklagte Zahnärztin die Milchzähne der seinerzeit 18 Jahre alten Klägerin, um die spätere implantologische Versorgung vorzubereiten. Die Milchzähne wurden in ihrer Breite reduziert, was aus Sicht der Beklagten geboten war, um später passgenaue Implantate einsetzen zu können. Dieses „Slicen“ hat die Klägerin für eine fehlerhafte Behandlung gehalten, die zudem fehlerhaft durchgeführt worden sei, weil die Milchzähne nach dem Entfernen des Zahnschmelzes sehr temperaturanfällig gewesen seien und sich in kurzer Zeit Karies gebildet habe. Die Klägerin hat deswegen 2.000 € Schmerzensgeld und die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für künftige materielle und immaterielle Schäden verlangt.

Die Schadensersatzklage war erfolgreich. Ebenso wie das LG hat das OLG die Haftung der Beklagten begründende zahnärztliche Behandlungsfehler festgestellt.

Die beklagte Zahnärztin habe die Schleifmaßnahmen grob fehlerhaft ausgeführt. Bei zwei Milchzähnen sei zu viel Material entfernt worden. Es seien Dentinwunden entstanden. Bei einem weiteren Milchzahn sei grenzwertig viel Zahnschmelz abgeschliffen worden. Infolge des fehlerhaften Slicens seien die Milchzähne geschädigt, ihre Langzeitprognose habe sich verschlechtert.

Der Einwand der Beklagten, nur durch ein derartiges Beschleifen habe man später auf beiden Seiten von Ober- und Unterkiefer gleich breite Implantate einsetzen und so ein in optischer Hinsicht harmonisches Ergebnis erhalten können, rechtfertige die Behandlung nicht. Die Sachverständige habe klargestellt, dass es für ein harmonisches Ergebnis sowie ebenfalls für die Kaufähigkeit und die Zahnpflege nicht erforderlich sei, dass die Zähne rechts und links später gleich breit seien, entscheidend sei vielmehr ihre richtige Verzahnung. Die der fehlerhaften Behandlung zurechenbaren, bei der Klägerin bereits eingetretenen Folgen (erlittene Schmerzen, behandlungsbedürftige Dentinwunden, Temperaturempfindlichkeit, Kariesbildung an zwei Zähnen, eine verschlechterte Langzeitprognose) rechtfertigten das festgesetzte Schmerzensgeld i.H.v. 2.000 €. Im Hinblick darauf, dass noch nicht absehbar sei, welche weiteren gesundheitlichen Folgen sich künftig aus der grob fehlerhaften Behandlung ergäben, sei auch der Feststellungsantrag begründet. (Urt. v. 4.7.2017 – 26 U 3/17)

AH (Quelle: OLG Hamm)

## LAG Düsseldorf – Arbeitgeber haften mitunter für Sturmschäden auf Betriebsgelände

*Ein Arbeitgeber ist bei Sturmwarnung dazu verpflichtet, sein Betriebsgelände auf etwaige Gefahrenquellen hin zu untersuchen und dieses zu sichern. Er hat dabei alle erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen zur Sicherung des Geländes zu unternehmen. Unterlässt er dies, verletzt er seine Verkehrssicherungspflicht und ist u.U. zur Erstattung von dadurch entstehenden Schäden (hier: Beschädigung eines Arbeitnehmer-Pkw) verpflichtet.*

Der Arbeitnehmer parkte am 5.5.2015 seinen Pkw auf dem Betriebsgelände seiner Arbeitgeberin, der beklagten Gemeinde. Den Mitarbeitern war es erlaubt, ihre Fahrzeuge während der Dienstzeit dort zu parken. Am 5.5.2015 wurde der sich auf dem Betriebsgelände befindliche Großmüllbehälter durch starke Winde gegen den Pkw des Arbeitnehmers gedrückt. Dabei wurde der Pkw so stark beschädigt, dass ein wirtschaftlicher Totalschaden entstand. Die klagende Versicherung zahlte dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Rest i.H.v. 1.380 €. Die Versicherung erhob Klage gegen die Gemeinde und verlangte die Zahlung von 1.380 € sowie die Erstattung der Kosten für ein Wettergutachten i.H.v. 47 €.

Anders als vor dem ArbG hatte die Klage vor dem LAG in Bezug auf die Erstattung der 1.380 € Erfolg. Die Gemeinde haftet, da sie ihre Verkehrssicherungspflichten im vorliegenden Fall fahrlässig verletzt hat. Die Beschädigung des Pkw des Arbeitnehmers indiziert dabei die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht.

Die Gemeinde war nach der Sturmwarnung vor dem Tief „Zoran“ verpflichtet, ihr Betriebsgelände auf etwaige Gefahrenquellen hin zu untersuchen und diese zu sichern. Der Umstand, dass sie dies im Grunde getan hat, ist unbeachtlich, da sie den Großmüllbehälter dabei außer Acht gelassen hat. Die Beklagte hätte das Betriebsgelände am 5.5.2015 kontrollieren müssen. Die Beklagte hätte zudem die Möglichkeit gehabt, den Schaden zu verhindern. Bei einem Sturm wie im Streitfall mit Windgeschwindigkeiten von 85 km/h ist es noch möglich, Sicherheitsmaßnahmen zu treffen, die erfolgversprechend sind. Ohne größeren Aufwand wäre es der Beklagten etwa möglich gewesen, das Tor zwischen den parkenden Pkw und dem Großmüllbehälter zu schließen.

Ein Mitverschulden des Arbeitnehmers ist dagegen nicht gegeben, da dieser seinen Pkw morgens zu Arbeitsbeginn auf dem Gelände abgestellt und sich danach im Außeneinsatz befunden hatte. Er durfte annehmen, dass die Beklagte alle nötigen Sicherheitsmaßnahmen getroffen hat. (Urt. v. 11.9.2017 – 9 Sa 42/17)

AH (Quelle: LAG Düsseldorf)

## Buchbesprechung

Jochen Schneider (Hrsg.)

**Handbuch EDV-Recht**

Dr. Otto Schmidt, 5. Aufl. 2017, 3.312 S., 199 €

Gäbe es einen Preis für das überragende juristische Praktiker Handbuch des Jahres 2017, würde das hier anzuzehrende Handbuch zum EDV-Recht oben im Ranking stehen. Mit der inzwischen erweiterten und aktualisierten 5. Auflage zeichnet Jochen Schneider als Herausgeber wieder für ein überragendes Werk verantwortlich. Die Kompetenz der Autorinnen und Autoren, die überwiegend aus der im IT-Recht seit Jahrzehnten bestens ausgewiesenen Kanzlei SSW Schneider Schiffer Weihermüller in München kommen, ist unbestreitbar.

Die Neuauflage war überfällig und wurde mit Interesse erwartet. Die Entwicklung in diesem naturgemäß sehr lebendigen Rechtsgebiet war nicht stehengeblieben, und seit 2009 gab es zahlreiche Gesetzesänderungen, sehr viel Rechtsprechung und einige tatsächliche Entwicklungen, die einzuarbeiten waren. Einen großen Raum nahmen in den letzten Jahren die Vertragstypologierungen und die Rechtsprechung des EuGH sowie der deutschen Instanzgerichte bis zum BGH zur sog. Gebrauchtssoftware ein. Agile Programmiermethoden waren rechtlich einzuordnen, wobei bei einem Scheitern des Projekts über den ‚Agilen Festpreis‘ debattiert wird.

Möglicherweise ist der traditionelle, gut eingeführte Titel ‚EDV-Recht‘ etwas überkommen und trifft nicht die Erwartung der Angesprochenen, weil neben dem IT-Vertragsrecht und IT-Prozessrecht auch das Fernabsatz- und eCommerce-Recht sowie das Datenschutzrecht, das Vergabe-, Steuer-, Kartell- und Strafrecht im Kontext zur Informations- und Kommunikationstechnik berücksichtigt wurden. Auch das Arbeits- und das Domainrecht, das Urheberrecht und das Datenbankrecht wurden bearbeitet. Das Ergebnis ist ein wertvolles Kompendium mit einem Umfang von über 3.100 Seiten ohne Anhang, das über das detaillierte Inhaltsverzeichnis und das Stichwortverzeichnis gut zu erschließen sein sollte. Der Anhang enthält 9 Musterverträge vom Projekt- bis zum Systemvertrag. Damit ist zwar nur eine Auswahl getroffenen worden, die aber doch die wichtigsten Verträge aufführt.

Erfreulich für diejenigen, die die Lektüre am Bildschirm mögen, ist, dass das Werk auch online im juris Partner Modul IT-Recht zugänglich ist. Die Recherche nicht nur im Werk selbst, sondern über die sehr zahlreichen Nachweise auch in anderen elektronischen Dokumenten wird dadurch erheblich erleichtert.

Nicht nur für die Fachanwälte für Informationstechnologierecht, sondern alle, die mit der großen Themenvielfalt des Informations(technologie)rechts zu tun haben, ist das breit angelegte und aktuelle Werk deshalb erste Wahl.

Prof. Dr. Jürgen Taeger, Oldenburg



# Neuauflagen

Erman

**BGB**

Dr. Otto Schmidt, 15. Aufl. 2017, 7.194 S., 439 €

Der Erman ist der Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zu ausgewählten Nebengesetzen und praxisrelevanten Teilen des IPR.

Mehr als 30 Gesetze und Änderungen in rund 300 Paragraphen im BGB und seinen Nebengesetzen wurden redaktionell erfasst und kommentiert, z.B.:

- Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung;
- Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes;
- Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld;
- Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen;
- Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts.

Wesentliche Teile wurden grundlegend überarbeitet, ganze Kommentierungen komplett neu verfasst, etwa infolge des Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-Richtlinie oder des Mietrechtsnovellierungsgesetzes.

**Zielgruppe:** *RAe, Richter, Notare, Wissenschaftler*

Ulber (Hrsg.)

**AÜG**

Bund Verlag, 5. Aufl. 2017, 1.262 S., 98 €

Das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) vom 28.2.2017 hat die Rahmenbedingungen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern erheblich verändert. Das Gesetz ermöglicht die dauerhafte Besetzung jedes Arbeitsplatzes mit Leiharbeitnehmern. Daraus ergeben sich neue Probleme für die betriebliche Beschäftigungspolitik. Der Schutz des Leiharbeitnehmers vor Diskriminierung wird weitgehend aufgehoben.

Der Kommentar enthält vor dem Hintergrund der gesetzlichen Neuregelungen eine fundierte Darstellung des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung einschließlich sonstiger Formen des Fremdfirmeneinsatzes. Wegen der Fülle von Verstößen gegen Verfassungs- und Unionsrecht, die für die Praxis eine zurückhaltende Anwendung der gesetzlichen Neuregelungen nahelegen, bildet die Erläuterung der europäischen Richtlinie zur Leiharbeit einen besonderen Schwerpunkt.

**Zielgruppe:** *RAe, FAe f. ArbR, Gerichte, Personalabteilungen, Betriebsräte*

Haus/Krumm/Quarch (Hrsg.)

**Gesamtes Verkehrsrecht**

Nomos, 2. Aufl. 2017, 3.120 S., 138 €

Kaum ein anwaltliches Tätigkeitsgebiet bietet so großen Facettenreichtum wie das Verkehrsrecht. Hier werden Praktiker gleichermaßen im Zivil-, Straf- und Öffentlichem Recht gefordert. Mit der Neuauflage befindet sich die Kommentierung wieder auf dem neuesten Stand:

- 11. Verordnung zur Änderung der Fahrerlaubnis-VO und anderer straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften vom 21.12.2016 mit 35 Änderungen;
- 6. Gesetz zur Änderung des StVG und anderer Gesetze vom 28.11.2016 mit 30 Änderungen;
- sowie die VO zur Änderung der Straßenbahn-Bau- und Betriebsordnung und der StVO vom 16.12.2016 und der Entwurf der anstehenden Gesetzesänderung im Rahmen des StGB zur Strafbarkeit von Fahrzeugrennen § 316d StGB-E.

Enthalten ist zusätzlich eine Vielzahl von Praxisanhängen u.a. zu den Themen Begutachtung der Fahreignung, Messungen im Straßenverkehr, Lenk- und Ruhezeiten, Streitwerten.

**Zielgruppe:** *RAe, FA f. VerkehrsR, Gerichte*

Kraft/Mangold (Hrsg.)

**Die 100 typischen Mandate im Erbrecht**

Deubner, 3. Aufl. 2017, 1.062 S., m. CD und Online-Modul, 149 €

Das Werk richtet sich vorrangig an Rechtsanwälte ohne Spezialisierung im Erbrecht, die nicht regelmäßig solche Fälle behandeln. Dazu orientiert sich das Werk an typischen Fallkonstellationen klassischer Erbrechtsmandate und bereitet diese mit einer einheitlichen Systematik auf. Enthalten sind wertvolle Insidertipps aus der Praxis: So empfiehlt es sich in Erbrechtsmandaten häufig, trotz der relativ hohen Gegenstandswerte ein Zeithonorar zu vereinbaren.

Die 100 typischen Mandate im Erbrecht bieten u.a.:

- detaillierte Checklisten zur Mandatsvorbereitung;
- die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten;
- Prozesstaktik und Strategie;
- Warnungen vor Risiken und typischen Fehlerquellen;
- Tipps zur Abrechnung.

Neu in dieser Auflage:

- Lebzeitige Verfügungen;
- Testamentsvollstreckung;
- EuErbVO und Erbschaftsteuerreform.

**Zielgruppe:** *Rechtsanwälte*

# Berater brauchen innovative Seiten.



**Winter (Hrsg.) Beratungspraxis GmbH & Co. KG.** Gesellschafts- und Steuerrecht. Herausgegeben von RA, StB Dr. Michael Winter. Bearbeitet von RA, StB Dr. Johannes Baßler, RA FAST Dr. Christoph Bode, RA, StB Dr. Holger Dietrich, RA, StB Dipl.-Finw. Dr. Ralf Dremel, RA Dr. Jan Giedinghagen, LL.M., RA, StB Dr. Ulrich Grünwald, StB Dr. Sebastian Hölscher, StB Dr. Carsten Lange, RA Eric Marx, LL.B., RAin FAinSt, StBin Dipl.-Finw. Judith Mehren, StB Dipl.-Kfm. PD Dr. Dirk Schmidtman, RAin Dr. Patricia Sirchich von Kis-Sira, RA, StB Dr. Michael Winter. 2017, 943 Seiten, Lexikonformat, brosch. 99,- €. ISBN 978-3-504-32602-9

Für die innovative Beratung der GmbH & Co. KG steht Ihnen dieses gut 900 Seiten starke neue Werk als zeitgemäße Alternative zum klassischen Handbuch zur Verfügung. Das gesamte Rechtsleben dieser weit verbreiteten Gesellschaftsform wird von profunden Kennern zu hundert Prozent praxisgerecht aufbereitet. Gesellschaftsrecht und Steuerrecht. Das heißt: Übersichtlich strukturiert nach sachverhaltsbezogenen Schlagwörtern. Von A wie Abfindung bis Z wie Zwangsvollstreckung. Mit kommentierten Formulierungsvorschlägen und Beraterhinweisen. Für den ersten Einstieg und den schnellen Gesamtüberblick in der komplexen Materie.

Überzeugen Sie sich mit einer Leseprobe oder bestellen Sie gleich bei [www.otto-schmidt.de/wgk](http://www.otto-schmidt.de/wgk)

**ottoschmidt**

# Jetzt abonnieren!

mdr-recht.de

## Das einzigartige Info-Komplett-System zum Zivilrecht.

**Erstens:** Zweimal monatlich die aktuelle Zeitschrift. Kurz und bündig aufbereitet. So bleiben Sie immer auf dem Laufenden.

**Zweitens:** Berater-Modul Zivil- und Zivilverfahrensrecht. Die Datenbank für die Zivilrechtspraxis: [mdr-recht.de](http://mdr-recht.de)

**Drittens:** Über die **Zeitschriften-App** des Verlages ist die MDR mobil nutzbar auf Tablet und Smartphone.

**Machen Sie jetzt den Test und bestellen Sie Ihr kostenloses Probeabonnement!**

Bestellfax (02 21) 9 37 38-943

Ja, ich bestelle die **MDR**. Die ersten 4 Hefte + App-Testzugang erhalte ich kostenlos zur Probe.

Wenn ich nach Erhalt des vierten Heftes das Abo nicht innerhalb von 14 Tagen (Datum des Poststempels) widerrufe, bekomme ich die MDR zweimal monatlich zum Jahresbezugspreis von 319,- € inkl. MwSt. plus Versandkosten. Kündigungstermin: sechs Wochen zum Jahresende. Preisstand 01.01.2017

Mein Recht: Das Probeabonnement ist ohne Risiko – ich kann es bis 14 Tage nach Erhalt des letzten Heftes beim Verlag oder meiner Buchhandlung widerrufen.

Name  PLZ/Ort

Straße  Datum/Unterschrift

Datum  Unterschrift/Widerrufsrecht  01/17

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

## Impressum

### Verlag Dr. Otto Schmidt KG

Postfach 51 10 26, 50946 Köln  
Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln  
Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

### MDR-Redaktion:

Rechtsanwältin Arabella Schreiber (*verantwortliche Redakteurin*)  
Rechtsanwältin Annette Hesse-Edenfeld (*Redakteurin*)  
Birgit Schumann (*Herstellung*)  
Erika Cieply (*Redaktionsassistentin*)  
Tel. 02 21/9 37 38-5 01, Fax 02 21/9 37 38-9 51  
E-Mail: [mdr@otto-schmidt.de](mailto:mdr@otto-schmidt.de); [www.mdr-recht.de](http://www.mdr-recht.de)

### Abonnementbestellung:

Tel. 02 21/9 37 38-9 97, Fax 02 21/9 37 38-9 43  
**Satz:** Griebisch & Rochol Druck GmbH, Gabelsbergerstr. 1, 59069 Hamm

**Druck:** rewi druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wiesenstr. 11, 57537 Wissen, E-Mail: [druckhaus@rewi.de](mailto:druckhaus@rewi.de), [www.rewi.de](http://www.rewi.de)

**Anzeigenverkauf:** sales friendly Verlagsgesellschaft, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn, Tel. 02 28/9 78 98-0, Fax -20, E-Mail: [media@sales-friendly.de](mailto:media@sales-friendly.de)

**Gültige Anzeigenpreisliste:** Nr. 47 von 1/17  
ISSN 0340-1812 (Print), 2194-4202 (eJournal)

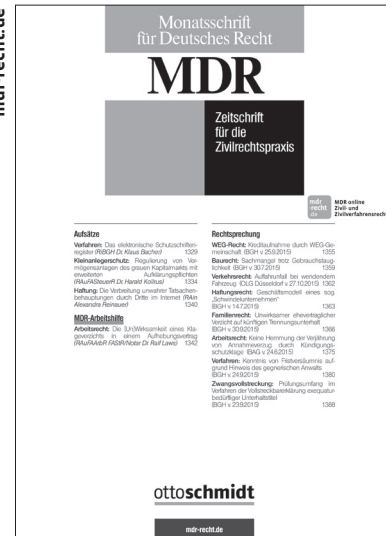
**Abonnement:** Die MDR erscheint jeden zweiten Freitag eines Monats. Bezugspreis: Jahresabonnement 319 Euro (Print-Anteil 294 €/Online-Anteil 25 €\*\*), Einzelheft 14,70\* Euro. Alle Preise verstehen sich inkl. der gesetzlichen MwSt. \* 7 % oder \*\* 19 % sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig). Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresende erfolgen.

**Urheber- und Verlagsrechte:** 1. Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Bearbeitung, Leitsatz) gehen

für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

2. Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Dies gilt auch für Entscheidungen und deren Leitsätze, soweit sie redaktionell oder vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden. Das Zitieren von Rezensionen ist in vollem Umfang erlaubt.

**Hinweise für Einsender:** Bitte senden Sie alle Aufsatzmanuskripte, zum Abdruck bestimmte Gerichtsentscheidungen und Leserbriefe unmittelbar an die Redaktion. Bei der Einsendung von Entscheidungen sind wir für den Hinweis dankbar, ob sie rechtskräftig sind. Bitte geben Sie möglichst schon bei der Einsendung Ihre Bankverbindung an. Die Zahlung einer Pauschalvergütung für die Einsendung einer Gerichtsentscheidung erfolgt im Falle des Abdrucks und gilt für die Übertragung des Nutzungsrechts auf den Verlag mit der Maßgabe, die Entscheidung auch in anderen Print- und elektronischen Produkten des Verlages, insbesondere anderen Zeitschriften, veröffentlichen zu können. Unter Verwendung eines PC-Textverarbeitungsprogramms erstellte Manuskripte übersenden Sie bitte im Dateianhang per E-Mail oder auf einem elektronischen Datenträger mit Ausdruck und Angabe des verwendeten Systems.





## Unfall nach Vorbeifahren an einer Fahrzeugschlange

(MDR 2017, 1121)

Das Vorfahrtsrecht entbindet den Verkehrsteilnehmer, der an einer zum Stillstand gekommenen Fahrzeugkolonne links vorbeifährt, nicht von der Pflicht auf größere Lücken in der Kolonne zu achten. Er muss sich darauf einstellen, dass diese Lücken vom Querverkehr benutzt werden und darf sich einer solchen Lücke daher gem. § 1 Abs. 2 StVO nur mit voller Aufmerksamkeit und unter Einhaltung einer Geschwindigkeit nähern, die ihm notfalls ein sofortiges Anhalten ermöglicht.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.4.2017 - I-1 U 147/16

Ob da die Probe aufs Exempel in jeder Situation nachvollziehbar ist?



# Entscheidend fürs Gericht.



**Neu: kirchliche  
Arbeitsgerichts-  
barkeit**

Schwab/Weth **ArbGG** Kommentar  
Herausgegeben von PräsLAG a.D. Dr.  
Norbert Schwab, Prof. Dr. Stephan Weth  
5. neu bearbeitete Auflage 2018, ca.  
1.900 Seiten Lexikonformat, gbd. ca.  
160,- €. Erscheint im Oktober.  
ISBN 978-3-504-42680-4



Online im  
juris Partner Modul Arbeits-  
recht. Jetzt testen!

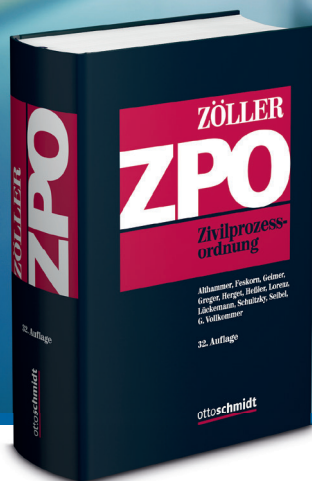
Er ist wieder da: der bewährte Kommentar zum ArbGG! Auch in der nunmehr 5. Auflage bietet dieses Werk wieder eine umfassende Kommentierung des ArbGG sowie in gesonderten Beiträgen eine systematische Darstellung der arbeitsrechtlichen Verfahren vor dem BVerfG und dem EuGH sowie der Einigungsstelle. Neu hinzugekommen ist **eine Kommentierung zu Verfahren vor der katholischen und evangelischen Arbeitsgerichtsbarkeit**. Neben der aktualisierten Rechtsprechung und dem aktualisierten Streitwertkatalog sind alle seit der Voraufgabe ergangenen Gesetze umfassend ausgewertet und eingearbeitet.

Probe lesen und bestellen unter [www.otto-schmidt.de/wsa5](http://www.otto-schmidt.de/wsa5)

**ottoschmidt**



# Freuen Sie sich auf die Königsklasse!



Erscheint im  
November!

Zöller **ZPO** Zivilprozessordnung  
Begründet von Dr. Richard Zöller. Bearbeitet von  
Prof. Dr. Christoph Althammer, VorsRiKG Christian  
Feskorn, RA und Notar a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Reinhold  
Geimer, Prof. Dr. Reinhard Greger, RiAG a.D. Kurt Herget,  
PräsLG Dr. Hans-Joachim Heßler, StellvDirAG Dr. Arndt  
Lorenz, PräsOLG Clemens Lückemann, RiOLG Dr. Hen-  
drik Schultzky, VPräsLG Dr. Mark Seibel, RiOLG Dr. Gre-  
gor Vollkommer. 32., neu bearbeitete Auflage 2018,  
ca. 3.500 Seiten Lexikonformat, gbd. im Schuber 169,- €.   
Erscheint im November. ISBN 978-3-504-47023-4

Die Vorbereitungen in der Königsklasse gehen in die letzte heiße Phase, denn im November kommt die 32. Auflage des Zöller in den Handel. Der rotblaue Bolide besticht wie immer durch seine Informationsstärke und seine klare Haltung. Das gibt Ihnen den Vorsprung, den Sie benötigen, um in jedem Verfahrensschritt die Poleposition zu behaupten.

In der Neuauflage sind die Gesetzesänderungen aus der gesamten 18. Legislaturperiode bis aufs I-Tüpfelchen perfekt eingearbeitet: von der EU-Kontenpfändung über die Spezialisierung von Spruchkörpern und den elektronischen Rechtsverkehr bis zu den Neuerungen beim Sachverständigenbeweis – den Zöller-Autoren und ihrem hundertprozentigen Einsatz sei Dank. Anders gesagt, es gibt auch jetzt nur eine richtige Entscheidung – den rechtzeitigen Griff zum Standardkommentar zur ZPO.

Leseprobe und Infos unter [www.otto-schmidt.de/zpo32](http://www.otto-schmidt.de/zpo32)

**otto schmidt**