

Gemeinsames Beiblatt (GmBBI)

Heft 9 · 15. Oktober 2013

www.gmbbl.de

GmBBI 2013, 49–81

Beiträge

Dr. Karl Eckhart Heinz:

Die Abweichende Meinung der Richter Landau und Kessel-Wulf zum Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 288/07 u. a. – betreffend die steuerliche Ungleichbehandlung von Verheirateten und Eingetragenen Lebenspartnern gmbbl 2013, 50

Rechtsprechung

OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. 11. 2012 – I-10 U 44/11
Geschäftsraummiete; Praxisräume des Physiotherapeuten;
Betreten der Räume durch den Vermieter; Vermietungsplakat im Fenster;
Hausfriedensstörung; fristlose Kündigung des Mieters gmbbl 2013, 61

KG, Beschluss vom 12. 3. 2013 – 1 W 33-50/13
Grunddienstbarkeit; Gesamtdienstbarkeit; Sicherung von Aufstellung
und Betrieb von vier Straßenbeleuchtungskörpern gmbbl 2013, 63

KG, Beschluss vom 28. 3. 2013 – 1 W 434/12
Erwerb der Eigentumswohnung von einer Private Company Limited
By Shares (engl.); Grundbuchsache; Auslandberührung;
Nachweis der Vertretungsbefugnis gmbbl 2013, 65

OLG Koblenz, Beschluss vom 23. 8. 2012 – 5 W 466/12
Gebührenfreiheit einer nicht statthaften GKG-Beschwerde gmbbl 2013, 68

OLG Hamburg, Urteil vom 18. 4. 2013 – 3 U 142/11
Wettbewerb; Werbung; Beleg der Werbeaussage mit Zitat-Entnahme
aus der Fachliteratur; Zitatklarheit; Verständnis der Zielgruppe; Heilmittel gmbbl 2013, 69

OLG Hamburg, Urteil vom 10. 5. 2012 – 6 U 131/07
Allgemeine Deutsche Seeversicherungsbedingungen;
See-Kaskoversicherung; versichertes Risiko; Gefahr der Seeschiffahrt;
Beschädigung der Beschichtung der Laderäume = Coating des versicherten
Schiffs; anfänglicher Fehler des Coatingmaterials; schwerwiegende
Begründungsmängel des nicht verbindlichen Schiedsgutachtens;
Gutachten im Ausschlussverfahren;
Chemikalientransporter MS „Coral Water“ gmbbl 2013, 73

BGH-Pressemeldung zum Beschluss vom 18. 7. 2013 – 4 StR 168/13
Bundesgerichtshof hebt Verurteilung und Unterbringungsanordnung
gegen Nachstellungstäter auf; „Stalking“ gmbbl 2013, 80

online-Fachzeitschrift GmBBI

Mit der online-Fachzeitschrift „Gemeinsames Beiblatt“ (GmBBI) bieten Herausgeber und Verlag über www.gmbbl.de sowohl für gedruckte Fachzeitschriften als auch für Publikums- oder Mitgliederzeitschriften und Zeitungen ein neues, gemeinsames Medium.

Alle Redaktionen und ihre Leser verbindet der Wunsch nach umfassender und genauer Darstellung aller einschlägigen Themen.

- Damit das thematische Umfeld des zentralen Anliegens der Publikation nicht zu kurz kommt
 - Damit das Drucken nicht erforderlicher Parallelveröffentlichungen vermieden wird
 - Damit dem Leser der Verweis auf redaktionell bearbeitetes Quellenmaterial angeboten wird
 - Damit aus dem gmbbl-Pool Anregungen geschöpft und an die Leser weitergegeben werden
 - Damit Fachleute und Interessierte kostenfreien Zugriff auf diese Informationen haben
- bieten wir mit unserer redigierten online-Fachzeitschrift ein gänzlich neues Forum.

Beiträge

Dr. jur. utr. Karl Eckhart Heinz, Bonn

Die Abweichende Meinung der Richter Landau und Kessal-Wulf zum Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 288/07 u. a. – betreffend die steuerliche Ungleichbehandlung von Verheirateten und Eingetragenen Lebenspartnern

Das Bundesverfassungsgericht entschied bekanntlich, dass die steuerliche Ungleichbehandlung von Ehepartnern und Partnern einer Eingetragenen Lebenspartnerschaft gegen den Gleichheitssatz des Artikels 3 GG verstößt und verfassungswidrig sei. Die Entscheidung hat erhebliches Aufsehen erregt und zu der abweichenden Meinung der beiden Verfassungsrichter geführt, die in *Gewerbemiete und Teileigentum (GuT) 2013, 66*, veröffentlicht wurde. Die abweichende Meinung beruft sich auf die Unterschiede zwischen Ehe und Eingetragener Lebenspartnerschaft und legt dar, dass die Eingetragene Lebenspartnerschaft nicht mit der Ehe gesetzlich gleichgestellt ist. Deshalb sei auch die steuerliche Gleichbehandlung nicht zulässig.

Das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft¹ sichert seit 2001 gleichgeschlechtlichen Sexualpartnern die Anerkennung in der bürgerlichen Gesellschaft, wobei allerdings das Verhältnis zwischen der Ehe als anerkannter Lebenspartnerschaft heterosexueller Paare und der Eingetragenen Lebenspartnerschaft unklar blieb. Auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat hierzu keinen Beitrag geleistet, und die abweichende richterliche Meinung nimmt ebenfalls nicht Stellung. Dies kennzeichnet auch die aktuelle Lage der deutschen Familienrechtswissenschaft, die weder über einen eindeutigen Ehebegriff noch über einen (rechtlichen) Begriff der Familie verfügt und deshalb die neue Eingetragene Lebenspartnerschaft nicht verorten kann.

Das Lebenspartnerschaftsgesetz kam dem Wunsch einer massiven Lobby im Deutschen Bundestag entgegen, die ebenso massiv von deutschen Medien unterstützt wurde und wohl nur deshalb nicht zu einer Verleihung des Ehestatus an gleichgeschlechtliche Sexualpartner führte, damit konservative Wähler der christlichen Parteien nicht beunruhigt würden. In Wirklichkeit bedeutet die Einführung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft eine Gleichstellung homosexueller und heterosexueller Partnerschaften, auch wenn die Eingetragene Lebenspartnerschaft nicht „Ehe“ genannt wurde. Die steuerliche Gleichbehandlung dieser Partnerschaft mit Ehepartnern war insofern eine konsequente Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, und die abweichende Meinung, die sich auf positive gesetzliche Regelungen stützt, kann hiergegen nicht überzeugen.

Ehe und nichteheliche Lebensgemeinschaft

Dennoch befriedigt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht, und für das Unbehagen, das in der abweichenden Meinung zum Ausdruck kommt, scheint es durchaus Gründe zu geben. Die abweichende Meinung kann diese Gründe nur nicht verständlich darlegen, weil sie in dem gleichen Irrtum befangen ist, der auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts prägt: dass nämlich die Ehe ein Verhältnis zwischen einer Frau und einem Mann in ihrer Vereinigung als Sexual-

¹ Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (LPartG) vom 6. Februar 2001 (BGBl. I S. 266); Karl Eckhart HEINZ *Liebe – Ehe – Familie. Theorie des gesamten Familienrechts* (Brüssel o.J.) S. 213.



partner darstelle. Dagegen ist doch offensichtlich, dass das Verhältnis zwischen Sexualpartnern entweder auf natürliche Weise entsteht (durch die sogenannte „Liebe“²) oder künstlich durch einen Vertrag (das sogenannte „Verlöbnis“³) hergestellt wird, nicht etwa durch die Eingehung einer Ehe. Wäre die zivilistische Dogmatik der Regeln des Verlöbnisses besser entwickelt, dann wäre dies auch bekannt. Gleiches gilt für die Dogmatik der Ehe, wie sie sich in den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs spiegelt. Das Bundesverfassungsgericht weiß aber spätestens seit dem Jahr 1988, als in der Zeitschrift RECHTSTHEORIE ein Beitrag mit dem Titel „Der Begriff der Ehe und seine Bedeutung für das geltende Eherecht in der Bundesrepublik Deutschland“⁴ erschien, dass das Instrument der Ehe eine ganz andere Bedeutung hat, nämlich ein Schutzinstrument für die Sexualpartnerschaft gegen Eingriffe Dritter darstellt, um den Frieden in der bürgerlichen Gesellschaft zu wahren. Die deutsche Rechtsordnung stellt zwar Abwehrrechte gegen sogenannte Drittsörer bereit, spricht aber dem Verletzten nach einem Einbruch in seine Ehe keinen Schadensersatzanspruch zu, sodass er den Drittsörer nicht zur Verantwortung für den Bruch der Friedensordnung ziehen kann. Die deutschen Zivilgerichte verweigern beharrlich diesen Schadensersatzanspruch⁵ und verhindern dadurch eine geordnete Wiederherstellung des gesellschaftlichen Friedens. Als Folge hiervon kommt es häufig zu sogenannten Eifersuchtstaten, die immerhin mehr als 25% der Mord- und Totschlagfälle ausmachen, ohne dass sich der Gesetzgeber bisher bemüht sieht, den verfassungsrechtlich garantierten Schutz ehelicher Verhältnisse (Artikel 6 GG) in Deutschland zu verbessern.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bisher auch nicht bemüht gefühlt, der immerhin interessanten Frage nachzugehen, warum heute in Deutschland die nicht-eheliche Sexualpartnerschaft gegenüber einer ehelichen Lebensgemeinschaft so häufig bevorzugt wird. Offensichtlich wollen nichteheliche Lebenspartner ihr Zusammenleben in anderer Weise ordnen, als heute das Eherecht in Deutschland mit seinen Ausstrahlungen auf steuerliche und andere Lebensbereiche dies vorsieht – gesetzliche Regelungen, die trotz der allgemein begrüßten Eherechtsreform von 1977 offenbar unwillkommen sind. Wenn bereits das Bundesverfassungsgericht sich der Erkenntnis verweigert, was das Wesen der Ehe ausmacht, und familienrechtliche Entscheidungen weiter anhand eines Missverständnisses fällt, dann dürften auch die gesellschaftlichen Entwicklungen, die zur Lebensweise nichtehelicher Lebensgemeinschaft führen, auf diesem Missverständnis beruhen. Und dieses Missverständnis hat vermutlich auch den Gesetzgeber im Jahre 1977 zu jener Reform des Eherechts verleitet, die heute das geltende Recht für ein eheliches Zusammenleben bestimmt⁶. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber hierfür einen „weiten Gestaltungsspielraum“ eingeräumt⁷, als ob der Gesetzgeber nach Belieben das deutsche Recht gestalten dürfte, wenn er nur im Rahmen der Verfassungsordnung bleibt!

2 Karl Eckhart HEINZ Über den Begriff der Liebe, in: *ders.* (Hrsg.) Die dogmatischen Fehler des deutschen Ehe- und Familienrechts (Bonn 2012) S. 9. – Liebe als Streben nach Kollektivität findet ihre Erfüllung in der Vereinigung mit der geliebten Person und kann in Hass umschlagen, wenn die Vereinigung verweigert wird: die geliebte Person wird dann aber nur aus dem Frieden ausgegrenzt; Karl Eckhart HEINZ Bürgerliche Gesellschaft, Bürgerliches Recht und Recht der politischen Gemeinschaft, *GuF* 2013, 55. Wird ein Liebeskollektiv durch den Partner oder einen Dritten verletzt, dann sind gezielte Reaktionen als „Rache“ moralisch erlaubt. Deshalb erscheint die Liebesgöttin Venus auch als Furie, Rachegöttin; Dorothee ELM von der OSTEN Liebe als Wahnsinn. Die Konzeption der Göttin Venus in den *Argonautica* des Valerius Flaccus (Stuttgart 2007; zugl. Univ.-Diss. Freiburg 2000) S. 164. Rachehandlungen können leicht der rationalen moralischen Kontrolle entgleiten, sind aber stets zu verantworten und lassen sich durchaus nicht etwa als „Wahnsinn“ – ELM von der OSTEN S. 159, 176 – entschuldigen!

3 Karl Eckhart HEINZ Das Verlöbnis, *RECHTSTHEORIE* 1996, 551.

4 *RECHTSTHEORIE* 1988, 167.

5 BGH NJW 1972, 199 Nr. 4; BGH NJW 1973, 991.

6 Karl Eckhart HEINZ Die Eherechtsreform von 1977 und ihre (mangelnde) Kritik, in: *ders.* (FN 2) S. 53.

7 BVerfGE 53, 224.



Das mangelnde Vertrauen in die Regeln der Eherechtsreform wird jedoch verständlich, wenn man betrachtet, was der Gesetzgeber im Jahre 1977 tatsächlich geleistet hat. Zweifellos war eine Abkehr vom damals geltenden Eherecht mit seiner patriarchalischen Struktur notwendig, und insofern war die Eherechtsreform zu begrüßen. Diese Reform bestand aus zwei Teilen, an denen die Interessen der beteiligten politischen Parteien – einer sozial-liberalen Regierungskoalition – deutlich ablesbar sind: der Beitrag der FDP betraf wohl die Befreiung vom „Schuldprinzip“ und die Festlegung der Liebe als Grundlage des Verhältnisses der Ehepartner („wenn die Liebe weg ist, kann geschieden werden“), während die SPD dafür sorgte, dass der soziale Ausgleich von Unterhalt, Rente und Vermögen auch nach der Reform erhalten blieb, wie es den sozialistischen Zielen dieser Partei entspricht. Dass in einem rein faktisch begründeten Liebesverhältnis keinerlei rechtliche Ansprüche entstehen können, war dem Gesetzgeber offensichtlich nicht klar, und es überrascht nicht, wenn das Bundesjustizministerium den Gesetzgeber über den Fehlgriff nicht aufklärte. Überraschend ist aber, dass seit 1977 bereits 36 Jahre vergangen sind – eine ganze Generation unseres Volkes! –, ohne dass die deutsche Familienrechtswissenschaft die mangelnde Rechtslogik der Eherechtsreform verstand. Offensichtlich besitzt das deutsche Volk mit seinen verbreiteten Vorbehalten gegenüber der Ehe ein besseres Gespür als die politisch Verantwortlichen in unserem Staat oder als die Fachleute in der Wissenschaft.

Mit der Wahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaft hat das Volk einen Ausweg gefunden, um den tückischen Fallen, die vom deutschen Gesetzgeber mit der Eherechtsreform aufgestellt wurden, zu entgehen. Das lässt sich durchaus als eine vernünftige politische Reaktion verstehen, zumal die Ehe ohnehin nach deutschem Recht praktisch keinen Schutz genießt. Ärgerlich war zunächst nur, dass nichteheliche Sexualverhältnisse in der bürgerlichen Gesellschaft keinen guten Ruf hatten und sogar strafrechtlich sanktioniert waren, wenn solche Verhältnisse in Mietwohnungen geduldet wurden („Kuppelei“). Aber das Gedankengut der Studentenrevolte von 1968 hatte schon eine sozial-liberale deutsche Regierungskoalition bei der Strafrechtsreform von 1969 veranlasst, diesen Straftatbestand für Erwachsene aufzuheben und damit in der bürgerlichen Gesellschaft den Weg für eine Akzeptanz nichtehelicher Lebensgemeinschaften zu bereiten. An der Sittenwidrigkeit nichtehelicher Sexualität ändert dies freilich nichts⁸, auch wenn heute die Gefahr unerwünschter Schwangerschaft durch die „Pille“ geringer geworden ist.

Nun kann man dem Gesetzgeber kaum vorwerfen, dass er den Ehebegriff nicht besser kannte als die Familienrechtswissenschaft, und auch der Familienrechtswissenschaft ist kein Vorwurf zu machen, wenn sie sich nicht mit dem Ehebegriff beschäftigte. Denn die Wissenschaft ist grundsätzlich frei in der Wahl ihrer wissenschaftlichen Probleme⁹. Allerdings muss nach 1988 – seit dem Erscheinen des Beitrags zum Ehebegriff – das Verhalten der deutschen Familienrechtswissenschaft als schlechthin ignorant bezeichnet werden. Unverzeihlich ist aber das Verhalten des Bundesverfassungsgerichts in der Grundsatzentscheidung zur Eherechtsreform im Jahre 1980, die eine Ehedefinition des alten Römischen Rechts – Ehe als „umfassende Lebensgemeinschaft“ – ungeprüft übernahm¹⁰, obgleich der Ehebegriff in den Verfassungsbeschwerden ausdrücklich als ungeklärt bezeichnet worden war. Es war die rechtsstaatliche Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, dieser Kritik am herrschenden Ehebegriff nachzugehen, was das Bundesverfassungsgericht nicht getan hat. Diese Aufgabe bestand umso eher, als es in der deutschen bürgerlichen Gesellschaft heute etwas andere Vorstellungen über Sexualität gibt als im Römischen Recht, das bekanntlich im 6. Jahrhundert durch Kaiser Justinian

⁸ HEINZ (FN 1) S. 225.

⁹ Art. 5 Abs. 3 GG.

¹⁰ FN 7.



kodifiziert wurde. Geht man davon aus, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft allein durch die Liebe der Sexualpartner geprägt wird und dass die Liebe eines Partners nur vertrauenswürdig ist, solange er seine gesamte Existenz uneingeschränkt dem anderen Partner zur Verfügung stellt, dann bildet auch die nichteheliche Lebensgemeinschaft eine „umfassende Lebensgemeinschaft“¹¹. Dieser Gedanke taugt also nicht zur Unterscheidung zwischen einer ehelichen und einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Für das Römische Recht gab es dieses Problem nur deshalb nicht, weil alles nichteheliche sexuelle Zusammenleben grundsätzlich als sittenwidrig galt und damit ohnehin aus dem Rechtsbereich ausgeschieden war. So einfach liegen die Dinge in unserer heutigen deutschen bürgerlichen Gesellschaft leider nicht, und das Bundesverfassungsgericht konnte sich deshalb auch nicht einfach auf die alte römischrechtliche Eheformel beziehen.

Es lässt sich schwerlich bestreiten, dass das Römische Recht großen Einfluss auf die Gestaltung des deutschen bürgerlichen Rechts ausübte – insbesondere auch auf die Gestaltung des Familienrechts – und Einflüsse des germanischen Rechts nur beschränkt zuließ. So ging germanisches Rechtswissen, das teilweise fortschrittlicher war als das römische Rechtswissen, bedauerlicherweise verloren, eben auch Wissen im Bereich des Eherechts. Die Germanen kannten nicht nur jenes Ehemodell, dem ein Vertrag mit gegenseitigen Treueversprechen und Vermögensverfügungen zugrundelag – ein Modell, das die Kirche später mit guten Argumenten eine „rechte Ehe“ nannte¹² –, sondern auch eine Ehe, deren Grundlage das bloße Faktum gegenseitiger Liebe bildete, wenn diese Liebe in den Augen der bürgerlichen Gesellschaft zulässig war, insbesondere also den hygienischen Anforderungen einer möglichen gesunden Nachkommenschaft entsprach. Diese Eheform wurde „Friedel-Ehe“ genannt und genoss den gleichen Schutz in der bürgerlichen Gesellschaft wie die „rechte Ehe“¹³. Dass die Kirche mit dieser Eheform nicht zufrieden war, weil sie die Flüchtigkeit von Liebesbeziehungen und die mangelnde Verantwortlichkeit solcher Ehepartner beim Wegfall der Liebe kannte (vor allem jedoch den Wegfall der gemeinsamen Verantwortlichkeit gegenüber ehelicher Nachkommenschaft fürchtete), ist ebenso verständlich wie der Kampf der Kirche gegen diese Eheform, bis sogar deren Kenntnis in der deutschen bürgerlichen Gesellschaft verschwand. Es lässt sich aber nicht übersehen, dass die deutsche Eherechtsreform von 1977 nichts anderes tat, als an der Stelle der tausendjährigen Tradition der „rechten Ehe“ nunmehr die alte Friedel-Ehe einzuführen – wahrlich keine großartige Leistung, die auch nicht dadurch verbessert wurde, dass die finanziellen Umstände der rechten Ehe nach sozialistischer Vorstellung auf die Friedel-Ehe übertragen wurden und seither das begründete Gefühl der Ungerechtigkeit dieser Regelungen in der deutschen bürgerlichen Gesellschaft erzeugen. Daran konnten auch einige Korrekturen durch die höchstrichterliche Rechtsprechung nichts ändern.

11 Als das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 28. Februar 1980 (FN 7) den römisch-rechtlichen Begriff der Ehe als „umfassende Lebensgemeinschaft“ übernahm, bedachte es freilich nicht, dass mit der Einführung des gesetzlichen Güterstands der „Gütertrennung mit Zugewinnausgleich“ in der Bundesrepublik Deutschland bereits der Gedanke einer „umfassenden“ Lebensgemeinschaft preisgegeben wurde. Denn es versteht sich, dass zu einer umfassenden Lebensgemeinschaft gerade auch die gemeinsame Nutzung des Vermögens der Partner gehört. Deshalb war schon im Jahre 1980 die Anwendung des römischrechtlichen Ehebegriffs auf die deutsche Normalehe fehlerhaft.

12 Paul MIKAT Dotierte Ehe – rechte Ehe. Zur Entwicklung des Eheschließungsrechts in fränkischer Zeit (Opladen 1978).

13 Karl Eckhart HEINZ Der Begriff der Ehe und seine Bedeutung für das geltende Eherecht in der Bundesrepublik Deutschland, (FN 3) ebd.



Es sollte daher an der Zeit sein, die Eherechtsreform von 1977 auf den Prüfstand zu stellen und von jenen Elementen zu befreien, die als ungerecht zu werten sind. Zu wiederholen ist, dass es für eine Liebes-Ehe keine gesetzlichen Ansprüche zwischen den Partnern geben kann und dass gegenseitige rechtliche Ansprüche zwischen den Partnern nur aus freien Stücken vereinbart werden können¹⁴. Ist jedoch eine minderjährige Nachkommenschaft aus einer Liebes-Ehe vorhanden, dann besteht eine gemeinsame moralische Verantwortung der Ehepartner¹⁵, der sie sich nicht durch ihre Ehescheidung entziehen dürfen. Insofern verstößt die Maxime „wenn die Liebe weg ist, kann geschieden werden“ gegen das Sittengesetz und kann nicht länger das deutsche Scheidungsrecht bestimmen (Art. 2 GG). Damit entfällt zwar ein „liberales“ Kernstück der Eherechtsreform von 1977, doch ist dies im Sinn einer moralischen Gestaltung des Eherechts hinzunehmen. Im übrigen würde diese Bedingung auch für ein Eherecht gelten, das als „rechte Ehe“ konzipiert ist. Es war ein Fehler des alten Rechts, dass eine Ehescheidung bei einem schuldhaften Verstoß gegen das Verlöbnis geschieden werden durfte, ohne die Verantwortung beider Ehepartner gegenüber ihrer minderjährigen Nachkommenschaft zu berücksichtigen. Erst mit der Volljährigkeit der Nachkommenschaft werden die Ehepartner frei, ihr gegenseitiges Verhältnis zu lösen. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht die Gemeinsamkeit der Partner aufgrund ihrer moralischen Verantwortung fort, ohne dass es auf das Vorhandensein der natürlichen Liebe (oder einer Liebesverpflichtung) zwischen den Partnern ankommt. Die Partner sind vielmehr moralisch verpflichtet, sich um die Wiederherstellung ihrer Liebe zu bemühen. Es ist eine ähnliche Verpflichtung wie jene, die mit einem Verlöbnis auf rechtllichem Weg – und dann grundsätzlich lebenslang – eingegangen wird. Der Staat hat darüber zu wachen, dass der Streit der Eltern nicht auf dem Rücken ihrer Kinder ausgetragen wird (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG)! Als Anwalt der Kinder kann der Staat pflichtver-gessene Eltern zwingen, an einem Verfahren zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft¹⁶ teilzunehmen. Ebenso kann nichtehelichen Eltern bis zur Volljährigkeit ihrer Kinder ein eheliches Verhältnis auferlegt werden¹⁷; das zwingt diese Eltern zwar nicht zur Fortsetzung ihres Sexualverkehrs, aber die Kinder wissen zumindest, wer zu ihnen in einem festen Verhältnis gehört!

Im übrigen zeigen die Verhaltensweisen in der bürgerlichen Gesellschaft – insbesondere bei der kirchlichen Trauung –, dass das Verlöbnis heute immer noch eine große Rolle spielt, auch wenn die Verpflichtung zu lebenslanger Liebe und Treue bei uns seit der Eherechtsreform gerichtlich nicht mehr eingefordert werden kann. Der US-Staat Louisiana hat hieraus die einzig „liberale“ Folgerung gezogen, indem es den Ehemülligen die freie Wahl zwischen einer Liebes- und einer Verlöbnis-Ehe¹⁸ überlässt. Natürlich sind die Rechtsfolgen einer Liebes-Ehe andere als die Rechtsfolgen einer Verlöbnis-Ehe; aber die Ehepartner können mit ihrer Wahl frei ihr Verhältnis bestimmen, ohne dass sie einem ungerechten gesetzlichen Zwang unterworfen sind, wie dies in Deutschland unter den Regeln der Eherechtsreform von 1977 immer noch der Fall ist.

14 Art. 2 Abs. 1 GG.

15 Karl Eckhart HEINZ Theorie und Dogmatik der sogenannten „absoluten Rechte“, GuT 2011, 489.

16 Das heutige Klageverfahren nach §§ 606 ff. ZPO ist hierfür freilich ungeeignet; Karl Eckhart HEINZ Erfahrungen mit einer Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens nach §§ 606 ff. ZPO, DRiZ 1974, 87; ders. Eheberatung und Partnertherapie im Verhältnis zur gerichtlichen Ehestreitschlichtung, DRiZ 1975, 79. Unerheblich ist, ob die Ehepartner durch bloße Liebe oder durch ein Verlöbnis verbunden sind – HEINZ (FN 1) S. 347, 469 –, denn hier kommt es auf das Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern an. Die Bildung von „Patchwork“-Familien sollte im Interesse der Kinder verboten sein, was allerdings ein wirkungsvolles Verfahren der Ehestreitschlichtung voraussetzt.

17 HEINZ (FN 1) S. 122.

18 State of Louisiana: Covenant Marriage Act (1997), in: HEINZ (FN 1) S. 658.

Auch für „liberale“ Standpunkte gibt es daher Grenzen, die nicht willkürlich überschritten werden dürfen. Hätte sich das Bundesverfassungsgericht mit diesen Grenzen ordnungsgemäß beschäftigt – wie auch mit den Grenzen positivistischer Gesetzgebung im Sinn der sozialistischen Ideen –, dann wäre einer Generation unseres Volkes das Experiment mit der Eherechtsreform erspart geblieben, die uns heute beängstigende Statistiken von Singles, Alleinerziehenden und Patchwork-Familien beschert, und wir müssten uns nicht um die Zahl der Ehescheidungen und um den für die Zukunft Deutschlands so verheerenden Rückgang der Geburtenrate sorgen.

Ehe und Eingetragene Lebenspartnerschaft

Wenn der althochdeutsche Begriff „Ehe“ ursprünglich nur „Gesetz“¹⁹ bedeutete, dann hat er seinen heutigen Inhalt anscheinend erst später erlangt. Aber worin liegt dieser Inhalt? Geht man davon aus, dass die Sexualpartnerschaft ein existentielles menschliches Anliegen ist, dessen Verletzung einen schweren Eingriff in den Frieden der bürgerlichen Gesellschaft darstellt, dann wird klar, warum die bürgerliche Gesellschaft einen Schutz gegen störende Eingriffe Dritter bereitstellen muss, wenn sie den gesellschaftlichen Frieden aufrechterhalten will. Deshalb ist die Ehe als ein absolutes Verhältnis geschützt und gewährleistet die Ausschließlichkeit der sexuellen Partnerschaft. Dieser Schutz wird aber nicht im Rahmen einer Rechtsordnung gewährt, denn die bürgerliche Gesellschaft stellt keine Rechtsordnung dar, vielmehr ergibt sich der Schutz aus der Moralität des Zusammenlebens in der bürgerlichen Friedensordnung, deren Aufrechterhaltung eine Aufgabe der staatlichen Gemeinschaft ist²⁰. Der Staat ist grundsätzlich frei, auf welche Weise er diesen Schutz bietet, sei es durch einen Zwang zur Wiedergutmachung jedes Eingriffs in das absolute sexualpartnerschaftliche Verhältnis oder durch eine Strafdrohung, wie sie früher einmal die Sexualpartnerschaft sicherte²¹ – am besten vielleicht durch beide Mittel. Keinesfalls darf der Staat aber diesen Schutz grundsätzlich verweigern (Artikel 6 Absatz 1 GG).

Es versteht sich auch, dass nur eine moralisch zulässige Sexualpartnerschaft den staatlichen Schutz in Anspruch nehmen kann. Sexualpartnerschaften, die gegen sogenannte Ehehindernisse verstoßen, sind daher vom Schutz der Ehe ausgeschlossen, wobei als Ehehindernisse solche Sexualbeziehungen gelten, die erfahrungsgemäß zu einer behinderten Nachkommenschaft führen. Dass das existentielle Bedürfnis auf Nachkommenschaft eine wichtige Rolle bei der Verleihung des ehelichen Schutzes spielt, ist ein entscheidender Gesichtspunkt für dessen Gewährung. Das Modell der heterosexuellen Partnerschaft ist deshalb maßgebend für die Anerkennung allen sexuellen Zusammenlebens in der bürgerlichen Gesellschaft. Denn weder die bürgerliche Gesellschaft noch die Gemeinschaft des Staates kann ohne Nachkommenschaft ihrer Bürger existieren. Es gibt also nicht nur auf der Seite des Bürgers ein existentielles Bedürfnis auf Nachkommenschaft gemäß der „conditio humana“ – dem Naturgesetz des Werdens und Vergehens lebender Wesen, einschließlich der Bereitschaft zu generativem Verhalten –, sondern lässt sich auch als ein rationales existentielles Bedürfnis in Staat und Gesellschaft feststellen. Dieses Bedürfnis empfinden normalerweise auch gleichgeschlechtliche Sexualpartner, doch ist ihre natürliche Neigung zu heterosexuellen Zeugungspartnern gestört²².

19 Der Neue Brockhaus, Zweiter Band (3. Aufl. 1958) S. 9.

20 HEINZ (FN 15) ebd.; HEINZ Bürgerliche Gesellschaft (FN 2) ebd.

21 § 172 StGB a.F.

22 HEINZ (FN 1) S. 213.



Damit fehlt für die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Sexualpartnerschaften durch den deutschen Gesetzgeber jegliches Argument, denn gleichgeschlechtliche Sexualverhältnisse missbrauchen die natürlichen existentiellen Bedürfnisse ihrer Teilnehmer und missachten die rationalen existentiellen Bedürfnisse von Staat und Gesellschaft. Anstatt einander zu helfen, ihre gestörte Neigung zu heilen, stützen gleichgeschlechtliche Sexualpartner die gestörte Neigung ihres Sexualpartners und verletzen damit ihre moralische Pflicht im kollektiven Liebesverhältnis zu ihrem Partner. Sie verletzen außerdem ihre rechtliche Pflicht zu generativem Verhalten im Kollektivverhältnis des Staates²³. Die gleichgeschlechtliche Sexualität verstößt daher sowohl gegen das Sittengesetz wie gegen staatliches (regulatives) Recht und kann deshalb nicht als „verfassungsgemäß“ betrachtet werden. Das hätte das Bundesverfassungsgericht bei der Grundentscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Eingetragenen Lebenspartnerschaft²⁴ erkennen können. Spätestens mit der jetzt vorliegenden Entscheidung hätte das LPartG als verfassungswidrig aufgehoben werden müssen.

Hierbei ist unerheblich, dass Sexualität zwischen Gleichgeschlechtlichen eine Angelegenheit ist, die sich in der Kollektivität der gleichgeschlechtlichen Liebe zu erschöpfen scheint und den Frieden der bürgerlichen Gesellschaft nicht verletzt. Das Fehlen einer Nachkommenschaft gleichgeschlechtlich Liebender gefährdet nämlich die Wirtschaftskraft der zugehörigen bürgerlichen Gesellschaft in der nächsten Generation, denn die Wirtschaftskraft einer bürgerlichen Gesellschaft hängt unmittelbar von der Anzahl der Teilnehmer dieser Gesellschaft und ihrem generativen Verhalten ab. Insofern missbrauchen gleichgeschlechtliche Sexualpartner den Frieden der bürgerlichen Gesellschaft, um ihr unmoralisches Handeln gegenüber ihrem Sexualpartner ausleben zu können, und die übrigen Teilnehmer der bürgerlichen Gesellschaft müssen dies keineswegs dulden. Hierauf beruht nicht nur die Verachtung, die Teilnehmer der bürgerlichen Gesellschaft gegenüber gleichgeschlechtlichen Sexualpartnern üben, vielmehr wird auch verständlich, warum gleichgeschlechtliche Sexualpartner häufig aus dem Kreis der bürgerlichen Friedensordnung ausgegrenzt und Sanktionen der übrigen Teilnehmer der bürgerlichen Gesellschaft unterworfen werden²⁵. Wer für gleichgeschlechtliche Sexualität eine gesellschaftliche Toleranz fordert, kennt offensichtlich nicht diese Zusammenhänge. Gleichgeschlechtliche Sexualpartner können keinen Anspruch auf den Schutz der Friedensordnung der bürgerlichen Gesellschaft erheben, der ehelichen heterosexuellen Partnern verfassungsmäßig zusteht. Das Grundrecht aus Artikel 6 GG gilt nicht für sie. Weder wäre es zulässig gewesen, dass der Gesetzgeber der gleichgeschlechtlichen Sexualpartnerschaft den Schutz der Ehe gewährt – man kann nur mit Verwunderung zur Kenntnis nehmen, dass andere Gesetzgeber keine Bedenken hatten, gleichgeschlechtliche Sexualpartner als Ehepartner zu behandeln²⁶ –, noch lässt sich das Modell der Eingetragenen Lebenspartnerschaft

23 Die Teilnehmer einer bürgerlichen Gesellschaft errichten zu ihrem Schutz den „Staat“ als rechtliche Kollektivität – HEINZ Bürgerliche Gesellschaft (FN 2) ebd. –, von der nicht nur die Existenz dieser Bürger abhängt. Vielmehr ist die Existenz des Staates selbst abhängig vom generativen Verhalten seiner Staatsbürger, sodass die Zeugung und Aufzucht von Nachkommen zum regulativen – Karl Eckhart HEINZ Der Beitrag der Rechtstheorie zur Kodifikation des Arbeitsrechts, RdA 1972, 341 – Inhalt der rechtlichen Regeln des Staates gehört, aus denen sich entsprechende Pflichten der Bürger ergeben. Hieraus rührt das Interesse des Staates an der Förderung von Familien seiner Bürger, ohne dass der einzelne Bürger etwa einen Förderanspruch aus der Schutzgarantie des Artikels 6 GG herleiten könnte. Dieser Schutz gilt allein der Wahrung der Sexualpartnerschaft in der Friedensordnung der bürgerlichen Gesellschaft. Deshalb ist die staatliche Förderung der Ehen und Familien eine freie politische Aufgabe des Staates.

24 BVerfGE vom 17. Juli 2002 (1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01).

25 Deshalb war auch der ursprüngliche Tatbestand des § 175 StGB sehr wohl begründet!

26 In Europa sind dies heute: Dänemark, Frankreich, Island, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien und Großbritannien (bisher ohne Schottland) – eine wahrhaft überwältigende Liste, die gleichwohl nur die Ignoranz dieser Gesetzgeber bezeugt!

überhaupt mit dem Modell „Ehe“ vergleichen. Bereits mit dieser Einsicht hätte das Bundesverfassungsgericht die steuerliche Gleichbehandlung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der ehelichen Lebensgemeinschaft ablehnen müssen. Dies haben die beiden abweichenden Gutachter zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Mai 2013 richtig empfunden, auch wenn ihre rechtlichen Begründungen die abweichende Meinung nicht tragen.

Im Verhältnis zum deutschen Staat gehört die Ausübung der Sexualität auch nicht zur Freiheit der Bürger, die durch Artikel 2 der deutschen Staatsverfassung garantiert ist, denn diese Freiheit ist nur im Bereich der Sittlichkeit zugelassen. Bürger können sich also nicht frei für gleichgeschlechtliche Sexualbeziehungen entscheiden und verlangen, dass dies von der bürgerlichen Gesellschaft oder seitens des Staates hingenommen wird. Zwar darf der Staat gleichgeschlechtliche Sexualpartner nicht zu heterosexuellen Sexualbeziehungen zwingen. Dennoch kann die Verletzung der gegenüber dem staatlichen Kollektiv bestehenden generativen Pflicht der Bürger nicht folgenlos bleiben. Die Entscheidung für eine gleichgeschlechtliche Sexualpartnerschaft muss – wie die Entscheidung für ein Leben als Hagestolz („Single“) – Nachteile in der Behandlung durch das staatliche Kollektiv in Kauf nehmen, insbesondere steuerliche Nachteile. Für gleichgeschlechtliche Sexualpartner sind also durchaus nicht die günstigen Steuermodelle für Ehepartner und für Familien – etwa das „Splitting“-Verfahren – zugänglich zu machen, wie in den Beschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht beantragt. Vielmehr sind diese unsittlichen Lebensformen – solange sie infolge des LPartG zulässig sind, das LPartG also nicht für verfassungswidrig erklärt wurde – rechtens mit erhöhten Steuerlasten zu belegen, damit hieraus die staatliche Förderung von Ehen und Familien geleistet werden kann²⁷.

Im übrigen ist zu beachten, dass das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft ausdrücklich eine gegenseitige Verpflichtung der Partner verlangt, lebenslang ihre Lebenspartnerschaft bewahren zu wollen:

§ 1 Absatz 1 LPartG

Zwei Personen gleichen Geschlechts, die gegenüber dem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, miteinander eine Partnerschaft auf Lebenszeit führen zu wollen (Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner), begründen eine Lebenspartnerschaft. Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden.

Eine solche Verpflichtung verstößt gegen die *conditio humana* der Partner, die als Lebewesen unter dem Naturgesetz des Werdens und Vergehens stehen und diesem Gesetz nur durch ein generatives Handeln ausweichen können. Das generative Handeln gehört deshalb zu den existentiellen Anliegen jedes Bürgers und wird von der Garantie des Artikels 2 GG als Freiheit des Bürgers umfasst, auch wenn ein Bürger von dieser Garantie keinen Gebrauch macht. Der Staat darf gleichgeschlechtliche Partner keinesfalls zur Erklärung einer lebenslangen Wahrung ihrer Partnerschaft zwingen, denn dieser Zwang verstößt gegen die Garantie aus Artikel 2 GG. Außerdem wäre eine solche Erklärung der Partner sittenwidrig und damit nichtig (arg. § 138 Absatz 1 BGB). Das LPartG verletzt daher nicht nur eine

²⁷ Die eheliche Gemeinschaft ist die sittliche Normalform der Existenz erwachsener Bürger. Deshalb ist das Ehegatten-Splitting kein steuerlicher Bonus für Ehepartner – unabhängig von Kindern oder einer beruflichen Tätigkeit beider (oder nur eines der beiden) Ehepartner –, der politisch gewährt oder nicht gewährt werden dürfte, sondern ergibt sich zwingend aus der Einheit der ehelichen „Gemeinschaft“. Weil heute aber die eheliche Gütergemeinschaft abgeschafft ist, fehlt für eine gemeinsame steuerliche Veranlagung der Ehepartner jegliche Grundlage: das Ehegatten-Splitting ist zu einer sinnlosen Tradition aus der Zeit der ehelichen Gütergemeinschaft geworden. Deshalb ist aber nicht etwa das Ehegatten-Splitting abzuschaffen, sondern die eheliche Gütergemeinschaft ist wieder als Standard zuzulassen!



Regel des deutschen Grundgesetzes, sondern missachtet auch die Sittlichkeit des Handelns in der bürgerlichen Friedensordnung. Hier wartet also noch entsprechende Arbeit auf den Gesetzgeber oder das Bundesverfassungsgericht. Dass das „Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft“ überhaupt durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt wurde, ist eine beschämende Fehlleistung des deutschen Rechtsstaats. Dieses Gesetz sollte deshalb möglichst umgehend beseitigt werden.

Auch versteht es sich, dass eine gleichgeschlechtliche „Ehe“, die in einem „fortschrittlicheren“ Staat (wie etwa Dänemark, Niederlande, Frankreich, Spanien) erworben wurde, in Deutschland niemals Anerkennung finden kann.

Revision des Eherechts in Deutschland

Insgesamt ist festzustellen, dass das geltende Eherecht in der Bundesrepublik Deutschland einer dringenden Aufarbeitung bedarf. Zu beachten ist, dass es hierbei nicht etwa auf die ideologischen Bekenntnisse der politischen Parteien im Deutschen Bundestag ankommt. Vielmehr besteht vor allem eine Aufgabe der deutschen Familienrechtswissenschaft, die nötigen Erkenntnisse über die Regelung der Sexualpartnerschaft und des staatlichen Ehe- und Familienschutzes zu erarbeiten und als Maximen dem Gesetzgeber zur Verfügung zu stellen. Der Deutsche Bundestag sollte also eine Unterstützung durch die Familienrechtswissenschaft erwarten können. Weil aber diese Wissenschaft angesichts ihrer Freiheit nicht zur Erledigung solcher Aufgaben gezwungen werden darf, kann der Deutsche Bundestag lediglich Belohnungen für Beiträge der Familienrechtswissenschaft ausloben, wie dies im aufgeklärten 18. Jahrhundert häufig geschah, etwa bei der Schaffung des Preußischen Allgemeinen Landrechts²⁸. Im einzelnen geht es dabei um folgendes²⁹:

1. Die Gestaltung des sexualpartnerschaftlichen Verhältnisses auf der natürlichen Grundlage der Liebe stellt hohe Anforderungen an die Sexualpartner, denn die Kollektivität dieses Verhältnisses muss beständig aufrechterhalten werden. Täglich – stündlich – müssen sich die Partner gegenseitig ihrer Liebe versichern, bereit sein, Zärtlichkeiten auszutauschen und den Partner durch Geschenke an sich zu binden. Diese Anforderungen stehen in Konkurrenz zu den Anforderungen, denen die Partner innerhalb der Bürgerlichen Gesellschaft begegnen, nicht nur in der Konkurrenz durch die Angebote anderer Sexualpartner, sondern vor allem auch durch die Konkurrenz mit den Anforderungen beruflicher Tätigkeiten, wobei sich Loyalitätskonflikte zwischen dem Beruf und der Sexualpartnerschaft ergeben, insbesondere wenn beide Partner beruflich tätig sind. Hinzu kommen familiäre Konflikte, sobald in einer Sexualpartnerschaft Nachwuchs kommt und eine Konkurrenz zwischen den Partnern und der natürlichen Kollektivität der Familie entsteht, die aus der Gemeinsamkeit der Sexualpartner einerseits und der Eltern mit ihren Kindern andererseits herrührt. Diese verschiedenen Konfliktmöglichkeiten werden heute zumeist nicht erkannt und führen deshalb zu Streitigkeiten zwischen den Sexualpartnern, die – wie die Statistiken zeigen – immer häufiger zu Lebensformen Alleinerziehender oder von Patchwork-Familien neigen. Denn es ist leichter, einen Kompromiss zwischen Beruf und Sexualität zu finden, wenn die Befriedigung der Sexualität nicht von einem Liebesverhältnis abhängig ist oder wenn an der Stelle sexualpartnerschaftlicher Gemeinsamkeit von Eltern und ihren hierarchisch

28 Johann Georg SCHLOSSER Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des deutschen bürgerlichen Rechts ohne Abschaffung des römischen Gesetzbuchs (Glashütten im Taunus 1973; unveränd. Neudr. der Ausg. Leipzig 1777). Der Autor war bekanntlich der Schwager von Johann Wolfgang v. Goethe.

29 HEINZ (FN 1) S. 549: Entwurf einer Neuordnung des 4. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuchs („Familienrecht“) und anderer Gesetzestexte.



abhängigen Kindern die alleinige Hierarchie einer Mutter oder eines Vaters tritt. Solange ein Scheidungsrecht solche Tendenzen unterstützt, wird sich an der Entwicklung der amtlichen Familienstatistiken nichts ändern.

2. Angesichts des möglichen Einflusses solcher Konkurrenzen auf ein sexualpartnerschaftliches Verhältnis ist die natürliche Gestaltung dieses Verhältnisses durch Liebe ein hohes Wagnis und ein Abenteuer, das nur selten glücklich bestanden wird. Die Wahl einer rechtlichen Gemeinschaft der Sexualpartner ist daher nicht nur im Hinblick auf die gegenseitige moralische Verantwortung innerhalb des Sexualverhältnisses und gegebenenfalls einer gemeinsamen moralischen Verantwortung gegenüber ihren Nachkommen sinnvoll, sondern eine grundsätzlich kluge Entscheidung, wenn eine dauerhafte Bindung zwischen den Sexualpartnern gewünscht wird. Diese kann nur durch Vereinbarung eines Verlöbnisses zwischen den Sexualpartnern entstehen.

3. Aufgrund der staatlichen Garantie des Artikels 2 Absatz 1 GG sind Sexualpartner frei, ob sie die Gestaltung ihres Verhältnisses auf Liebe oder auf ein Verlöbnis gründen. Der staatliche Gesetzgeber darf die rechtlichen Folgen der Wahl eines Verlöbnisses nicht von der Gerichtsbarkeit ausnehmen, wie dies unter dem geltenden Ehescheidungsrecht in Deutschland geschieht („Wegfall des Schuldprinzips“).

4. Der staatliche Schutz für Ehe und Familie (Artikel 6 und 7 GG) ist sowohl bei einer Liebesbindung wie bei einer Verlöbnisbindung der Sexualpartner zu gewähren, soweit keine Ehehindernisse bestehen.

5. Während es sich bei der Bindung zwischen den Sexualpartnern um eine Sachlage auf der Ebene der bürgerlichen Gesellschaft handelt, gehört der staatliche Schutz für das sexualpartnerschaftliche Verhältnis („Ehe“) und der gleiche Schutz für das Verhältnis zwischen Eltern und ihren Kindern („Familie“) – solange die Kinder nicht volljährig sind – zum staatlichen öffentlichen Recht. Die Aufhebung dieses Schutzes, besonders aber die Aufhebung des Eheschutzes („Ehescheidung“) ist daher vor dem Verwaltungsgericht, nicht vor dem Zivilgericht geltend zu machen.

6. Ehepaare mit minderjährigen Kindern dürfen nicht geschieden werden, weil die Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern moralisch zur ehedpartnerschaftlichen Gemeinschaft verpflichtet sind.

7. Eine einvernehmliche Ehescheidung bedarf keines Gerichtsverfahrens, vielmehr genügt eine Erklärung der Ehepartner vor dem Standesbeamten. Die Ehescheidung sollte nicht mehr einer formularmäßigen Einnahmequelle für Rechtsanwälte und Gerichte dienen.

8. Soweit ein Ehescheidungsbegehren auf Verstöße gegen rechtliche Pflichten aus dem Verlöbnis gestützt wird, sind diese im verwaltungsgerichtlichen Scheidungsverfahren zu untersuchen und gegebenenfalls zu berücksichtigen. In einer Liebes-Ehe genügt zur Ehescheidung der Vortrag des einseitigen oder beiderseitigen Liebesverlusts. Weil beide Ehepartner in der Liebes-Ehe nach moralischen Regeln ihren Beitrag zur Bewahrung der gegenseitigen Liebe leisten müssen, trifft bei einem Scheitern beide die gleiche Schuld, während in einer Verlöbnis-Ehe nur derjenige schuldhaft handelt, der eine Verlöbnispflicht verletzt.

9. Daneben können Verlöbnisverstöße eines Ehepartners unabhängig von einem Scheidungsbegehren zum Zweck der Ehestreitschlichtung vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden, weil diese für Streitigkeiten unter Bürgern zuständig sind. Liebesverfehlungen sind dagegen als natürliche Vorfälle von der gerichtlichen Streitschlichtung ausgeschlossen.

10. Weil die kirchliche Trauung ein Verlöbnis erzwingt, stellen alle kirchlich getrauten Ehen Verlöbnis-Ehen dar. Erstaunlich ist, dass die Katholische Kirche viel Mühe auf eine Eheschulung von Brautleuten verwendet, bisher aber kein Konkordat mit dem deutschen Staat geschlossen hat, in dem die katholischen Ehen als Verlöbnis-Ehen anerkannt und nach den Regeln einer Verlöbnis-Ehe behandelt werden müssten! Eine solche Ehe kann auch vor einem kirchlichen Gericht verhandelt werden. Im Verfahren vor den kirchlichen Gerichten kann es aber nicht um die Scheidung der Ehe gehen, denn der Ehe- und Familienschutz wird heute nicht mehr von der Kirche, sondern vom Staat gewährt. Das kirchengerichtliche Verfahren kann also nur zur Streitschlichtung in der Verlöbnis-Ehe angerufen werden und im Fall einer Schuldfeststellung zur „Trennung von Tisch und Bett“ führen. Die Entscheidung kirchlicher Gerichte entfaltet auch nur innerhalb der Kirche ihre Geltung, nicht im Bereich der staatlichen Rechtsordnung, es sei denn, die staatlichen Gerichte sind durch ein Konkordat an die Entscheidungen kirchlicher Gerichte gebunden.³⁰ Die Schuldfeststellung im kirchlichen Gerichtsverfahren gilt dann auch für das Ehescheidungsbegehren vor dem staatlichen Verwaltungsgericht.

³⁰ Karl Eckhart HEINZ Körperschaftsbegriff und Religionsgesellschaft, VR 2010, 117.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

mit Beilage

GuT-W Gewerbemiete und Teileigentum – Wohnraum professionell

Abonnement Jahrgang 2013 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage im Direktbezug vom Prewest Verlag

Download Hefte Nrn. 1–66 und Register

kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

www.prewest.de, Fax: 02 28 / 47 09 54, info@prewest.de



Rechtsprechung

§§ 535, 543, 569, 578 BGB


Geschäftsraummiete; Praxisräume des Physiotherapeuten; Betreten der Räume durch den Vermieter; Vermietungsplakat im Fenster; Hausfriedensstörung; fristlose Kündigung des Mieters

Zur Frage, ob das einmalige Betreten der Praxisräume des Mieters zum Zwecke der Anbringung eines Weitervermietungsplakats an der Innenseite der Fenster eine nachhaltige Störung des Hausfriedens darstellt, und zur Frage, ob das einmalige, eigenmächtige Betreten der Praxisräume die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Mieter unzumutbar macht.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.11.2012 – I-10 U 44/11)

Aus den Gründen: 1. Rückständige Miete schuldet der Beklagte nach § 535 Abs. 2 BGB für die Monate Juni bis August 2010; denn das Mietverhältnis der Parteien war gemäß § 2 des Mietvertrages vom 11. 8. 2005 bis 31. 8. 2010 befristet. (...) Die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 29. 5. 2010 hat das Mietverhältnis nicht vorzeitig beendet. Das Landgericht Düsseldorf hat zutreffend eine wirksame außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund verneint. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine hiervon abweichende Entscheidung. Die Kündigung des Beklagten ist weder nach § 543 Abs. 1 i.V.m. §§ 569 Abs. 2, 578 Abs. 2 BGB noch gemäß § 543 Abs. 1 BGB begründet.

(a) Gemäß § 543 Abs. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 543 Abs. 1 BGB liegt nach § 569 Abs. 2 BGB, der gemäß § 578 Abs. 2 BGB auch auf das gewerbliche Mietverhältnis der Parteien Anwendung findet, vor, wenn eine Vertragspartei den Hausfrieden nachhaltig stört, so dass dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Aus dem gesetzlichen Erfordernis eines „nachhaltigen“ Pflichtenverstößes wird abgeleitet, dass diese Voraussetzungen nur erfüllt sind, wenn es sich um eine über einen längeren Zeitraum hinziehende erhebliche Beeinträchtigung des Mieters durch einen schweren Verstoß des Vermieters gegen das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme handelt (Senat, Urt. v. 29.11.2007, GuT 2007, 439 = OLGR 2008, 269; OLG Köln, Urt. v. 12.11.2010, ZMR 2011, 285; KG, Urt. v. 1.9.2003, GuT 2004, 90 = KGR 2004, 75 = ZMR 2004, 262). Die Störung des Hausfriedens muss in ihrem Ausmaß und ihrer Dauer die Toleranzschwelle in hohem Grade überschritten haben und die Vertragsfortsetzung für den anderen Teil unzumutbar machen (Senat, a.a.O. m.w.N.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 569 Rn. 13 a.E.). Einmalige oder vereinzelt Vorfälle genügen grundsätzlich ebenso wenig wie Störungen, die dem Bagatellbereich zuzuordnen sind (Emmerich/Sonnenschein, Miete, 10. Aufl., § 569 BGB, RdNr. 14; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 569 BGB, RdNr. 22), wohl aber mehrere Störungen mit Wiederholungsgefahr (Kraemer, NZM 2001, 553, 562 unter 5 b). Hieran gemessen stellt das einmalige Betreten der Praxisräume des Beklagten im Mai 2010 durch einen Mitarbeiter der Klägerin zum Zwecke der Anbringung eines Weitervermietungsplakats an der Innenseite der Fenster schon keine nachhaltige Störung des Hausfriedens dar. Dies gilt selbst dann, wenn der Beklagte – wie er erstmals zweitinstanzlich behauptet – in den von ihm bereits im Mai 2009 verlassenen Praxisräumen noch therapeutische Geräte und Akten mit vertraulichen Patientendaten gelagert haben sollte. Dass die



Klägerin sich hieran zu schaffen gemacht hat, ist nicht festgestellt. Die Berufung zeigt auch nicht auf, dass das Landgericht erforderliche Feststellungen hierzu unterlassen hat.

(b) Auch der Auffangtatbestand des § 543 Abs. 1 BGB ist entgegen der Auffassung der Berufung nicht erfüllt. Ein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender wichtiger Grund liegt danach vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien, und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Hiervon ist auszugehen, wenn die Durchführung des Vertrages infolge des Verhaltens des anderen Vertragsteils wegen der Zerstörung der das Schuldverhältnis tragenden Vertrauensgrundlage derart gefährdet ist, dass sie dem Kündigenden auch bei Anlegung eines strengen Maßstabes nicht mehr zuzumuten ist (BGH, WM 1978, 271, 273; ZMR 1996, 309; Senat DWW 2006, 196 = GE 2006, 575 = GuT 2006, 127 = ZMR 2006, 855). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nach den gemäß § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legenden Feststellungen des Landgerichts nicht vor. Es mag dahin stehen, ob das einmalige Betreten der Praxisräume des Beklagten im Mai 2010 durch einen Mitarbeiter der Klägerin von der Überlassung eines Schlüssels durch den Beklagten gedeckt war. Selbst wenn das Verhalten der Klägerin – wie die Berufung meint – insoweit als verbotene Eigenmacht i.S. des § 858 BGB einzustufen wäre, war diese unter den Umständen des Streitfalls nicht geeignet, den Gewerbebetrieb des Beklagten nachhaltig zu beeinträchtigen und deshalb die das Schuldverhältnis tragende Vertrauensgrundlage derart zu zerstören, dass ihm unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der vereinbarten Befristung bei Anlegung eines strengen Maßstabes nicht mehr zugemutet werden konnte.

Nach den getroffenen Feststellungen hat der Beklagte seine Tätigkeit in den von der Klägerin gemieteten Räumen bereits im Mai 2009 aufgegeben und seine Physiotherapiepraxis fortan unter einer anderen Adresse betrieben. Selbst wenn der Beklagte – wie er erstmals mit der Berufung geltend macht – in den Praxisräumen noch therapeutische Geräte und Akten mit vertraulichen Patientendaten gelagert haben sollte, rechtfertigt dies nicht die Feststellung, dem Beklagten sei eine Fortsetzung des Mietvertrages mit der Klägerin bis zum regulären Ablauf der Mietzeit unzumutbar gewesen. Dass die Klägerin sich an den Patientenakten zu schaffen gemacht hat, ist weder festgestellt noch vom Beklagten behauptet. Nicht konkretisierte Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr sind reine Spekulation. Dieser hätte der Beklagte zudem durch Rücknahme des der Klägerin überlassenen Schlüssels oder durch Abmahnung der Klägerin auf einfache Weise begegnen können, was ihm angesichts des Umstands, dass das Mietverhältnis bei Ausspruch der Kündigung am 29. 5. 2010 lediglich noch drei Monate andauerte und er die Praxisräume ohnehin nur noch zu Lagerzwecken genutzt haben will, ohne weiteres zumutbar war. Unter diesen Umständen vermag der Senat die Voraussetzungen für eine sofortige Vertragslossagung nicht festzustellen. Soweit der Beklagte erstmals in zweiter Instanz behauptet hat, die Klägerin habe die Praxisräume nicht verschlossen, ist er mit diesem Vortrag schon gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert.

Auch die vom Beklagten zur Stützung seiner Auffassung herangezogenen Entscheidungen des OLG Celle (WuM 2007, 201) und des LG Berlin (ZMR 1999, 400) rechtfertigen zu seinen Gunsten keine abweichende Beurteilung. Die beiden Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte sind bereits in ihrer Schwere mit dem Streitfall nicht vergleichbar. Während sich der Vermieter im Fall des OLG Celle mit einem unerlaubt zurückgehaltenen Schlüssel in verbotener Weise Zutritt zu den



Räumen des Mieters verschafft hat, hat der Vermieter im Fall des LG Berlin die Wohnung des Mieters zwar mit einem berechtigten Schlüssel geöffnet, sich dort aber unerlaubt aufgehalten, um Arbeiten durch Handwerker durchführen zu lassen.

Unabhängig von vorstehenden Ausführungen scheidet eine außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund darüber hinaus auch daran, dass der Beklagte die Voraussetzungen des § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht eingehalten hat. Besteht der wichtige Grund – wie hier – in der Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag, ist die Kündigung grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten angemessenen Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. Hiervon hat der Beklagte keinen Gebrauch gemacht, sondern er hat die Kündigung ohne Erläuterung des von ihm als Erklärung angegebenen „wichtigen Grundes“ ausgesprochen, ohne die Klägerin auf das aus seiner Sicht unerlaubte Betreten seiner Praxisräume anzusprechen und sie deswegen abzumahnern. Ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Abmahnung ausnahmsweise nach § 543 Abs. 3 Satz 2 Nrn. 1 + 2 BGB entbehrlich war, sind dem Vortrag des Beklagten nicht zu entnehmen.

Gegenteiliges folgt auch nicht aus den von ihm angeführten Entscheidungen des OLG Celle (a. a. O.) und des LG Berlin (a. a. O.). Während der Mieter den Vermieter im Fall des OLG Celle erfolglos abgemahnt hatte, ist die Entscheidung des LG Berlin zu § 554 a BGB a. F. ergangen. Diese Bestimmung sah – anders als nunmehr § 543 BGB – das Erfordernis einer Abmahnung nicht vor.

2. Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht auch angenommen, dass der Klägerin gegen den Beklagten gemäß § 546a Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für die Monate September bis November 2010 zusteht. (wird ausgeführt)

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

§ 1018 BGB

Grunddienstbarkeit; Gesamtgrunddienstbarkeit; Sicherung von Aufstellung und Betrieb von vier Straßenbeleuchtungskörpern

Berechtigter einer Grunddienstbarkeit kann immer nur der Eigentümer eines anderen als des dienenden Grundstücks sein. Die wechselseitige Bestellung einer Gesamtgrunddienstbarkeit zu Gunsten der Eigentümer mehrerer Grundstücke ist damit nicht vereinbar.

(KG, Beschluss vom 12. 3. 2013 – 1 W 33-50/13)

Zum Sachverhalt: Am 30. Oktober 2012 bewilligte die Beteiligte zu 2 im eigenen und im Namen der übrigen Beteiligten zur UR-Nr. 4/2 der Notarin Prof. Dr. B. in Berlin die Eintragung einer Gesamtgrunddienstbarkeit in den Grundbüchern der von den Beteiligten zu 4 bis 6, 9, 10, 12, 13, 17 bis 19, 22, 25, 29, 30 und 34 erworbenen acht Grundstücke. Mit der Grunddienstbarkeit sollte die Aufstellung und der Betrieb von vier Straßenbeleuchtungskörpern gesichert werden. Die Gesamtgrunddienstbarkeit sollte zu Gunsten der jeweiligen Eigentümer der im Beschlusseingang näher bezeichneten Grundstücke eingetragen werden.

Auf den am 5. November 2012 eingegangenen Antrag auf Eintragung der Grunddienstbarkeit hat das Grundbuchamt (Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg) am 11. Dezember 2012 eine Zwischenverfügung erlassen, in der es u. a. darauf hinwies, dass die acht zu belastenden Grundstücke zugleich auch herrschende Grundstücke seien. Dasselbe Grundstück könne jedoch nicht für das gleiche Recht herrschend und dienend sein. Deshalb verbleibe nur die Bestellung von Einzelgrunddienstbarkeiten.



Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 28. Dezember 2012, mit der eine ergänzende Bewilligung vom selben Tag – UR-Nr. 5/2 der Notarin Prof. Dr. B. – eingereicht wurde, in der es zum Rechtsinhalt ergänzend heißt: „Der jeweilige Eigentümer des jeweils dienenden Grundstücks verpflichtet sich gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des jeweils herrschenden Grundstücks – soweit der Eigentümer nicht selbst Beteiligter ist – zur Duldung folgenden Benutzungsrechts: ...“.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 9. Januar 2013 der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen: II. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist lediglich Punkt 1 der Zwischenverfügung vom 11. Dezember 2012, wie die Notarin mit Schriftsatz vom 13. Februar 2013 klargestellt hat.

Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Beschwerdeführer sind die Beteiligten zu 1 und 2. Die Notarin hat das Rechtsmittel ohne Benennung eines Rechtsmittelführers erhoben. In einem solchen Fall gelten als Beschwerdeführer sämtliche Antragsberechtigte im Sinne von § 13 Abs. 1 S. 2 GBO, wenn sich, wie hier, aus den Umständen nichts anderes ergibt (BGH, NJW 2010, 3300, 3302; Demharter, GBO, 28. Aufl., § 15, Rdn. 20). Antragsberechtigt nach § 13 Abs. 1 S. 2 GBO ist nur der unmittelbar Beteiligte, dessen dingliche Rechtsstellung durch die Eintragung einen Verlust erleidet oder einen Gewinn erfährt. Das ist bei den Beteiligten zu 3 bis 34 nicht der Fall, weil zu ihren Gunsten lediglich Auflassungsvormerkungen in den einzelnen Grundbüchern eingetragen sind (vgl. Senat, Beschluss vom 8. April 2003 – 1 W 401/02 – juris).

In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg. Steht einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegen, kann das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung gegenüber dem Antragsteller auf dessen Beseitigung hinwirken, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GBO. Das ist hier der Fall. Zu Recht hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass eine Gesamtgrunddienstbarkeit so, wie sie beantragt worden ist, nicht eintragungsfähig ist.

Nach dem gesetzlichen Inhalt einer Grunddienstbarkeit kann deren Berechtigter immer nur der Eigentümer eines anderen als des dienenden Grundstücks sein, § 1018 BGB. Das schließt die Eintragung einer einheitlichen, dem Vorteil der Eigentümer mehrerer Grundstücke dienenden Grunddienstbarkeit nicht aus (Senat, Beschluss vom 3. April 1970 – 1 W 1324/70 – OLGZ 1970, 372, 377). Voraussetzung ist aber auch dann die Verschiedenheit der Berechtigten von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks, weil die Beteiligten wegen des sachenrechtlichen Typenzwangs vom gesetzlichen Inhalt dinglicher Rechte nicht abweichen können (vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 72. Aufl., Einl v § 854, Rdn. 3).

Zu „Gewerbmiete und Teileigentum“ (GuT) Ausgabe Nov./Dez. 2009 erschien die Beilage 51a zu Heft 51:

Mario H. Kraus,

**Konfrontation, Kooperation,
Kommunalmediation?**

**Stellenwert einvernehmlicher
Streitbeilegung in städtischen
Siedlungsräumen**

Die Beilage 51a wurde den Abonnenten mit Heft 51 ausgeliefert.

Beilagen zu „Gewerbmiete und Teileigentum“ (GuT) werden nur im Rahmen eines Abonnements ohne Aufpreis ausgeliefert. Im Einzelbezug der GuT sind Beilagen nicht enthalten.

Einzelstücke der Beilage 51a, Umfang 134 Seiten, DIN A4, können zum Preis von 20,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de, bezogen werden. Preis bei Mehrbezug auf Anfrage.



Hiervon gehen im Ausgangspunkt auch die Beteiligten aus, was sich insbesondere aus der ergänzenden Bewilligung vom 28. Dezember 2012 – UR-Nr. 5/2 der Notarin Prof. Dr. B. – ergibt. Dort haben sie die Berechtigung an der Grunddienstbarkeit eingeschränkt, soweit der Eigentümer des jeweils dienenden Grundstücks betroffen ist. Die Beteiligten übersehen dabei, dass es sich dann aber nicht mehr um ein einheitliches (Gesamt-)Recht im Sinne von § 1018 BGB handelt. Die Berechtigten sind im Hinblick auf die einzelnen dienenden Grundstücke nicht identisch, weil deren jeweiligen Eigentümer insoweit ausgeschlossen sind. Folglich kann nicht eine Gesamtgrunddienstbarkeit, sondern lediglich einzelne, auf die acht betroffenen Grundstücke bezogene Grunddienstbarkeiten eingetragen werden (vgl. Demharter, GBO, 28. Aufl., § 48, Rdn. 10).

Für das weitere Verfahren weist der Senat ohne Bindungswirkung darauf hin, dass es bislang auch an der Angabe eines Gemeinschaftsverhältnisses der Berechtigten fehlen dürfte, vgl. § 47 GBO (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdn. 1125).

Anlass zur Zulassung der Rechtsbeschwerde, § 78 Abs. 2 S. 1 GBO, besteht nicht.
Mitgeteilt von RiKG R. Müller, Berlin

§§ 19, 29, 32 GBO; § 21 BNotO; §§ 13e, 13g HGB

Erwerb der Eigentumswohnung von einer Private Company Limited By Shares (engl.); Grundbuchsache; Auslandberührung; Nachweis der Vertretungsbefugnis

Zum formgerechten Nachweis der Vertretungsbefugnis des directors einer in Großbritannien gegründeten und registrierten Private Company Limited By Shares genügt eine notarielle Bescheinigung gemäß § 21 BNotO, wenn eine Zweigniederlassung der Gesellschaft im inländischen Handelsregister eingetragen ist und der Notar seine Erkenntnisse aus der Einsicht in dieses Register erworben hat.


(KG, Beschluss vom 28. 3. 2013 – 1 W 434/12)

Zum Sachverhalt: Durch Beschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom 4. April 2012 wurde das im Beschlusseingang näher bezeichnete Wohnungseigentum der Beteiligten zu 1 zugeschlagen. Die Beteiligte zu 1 ist eine im Companies House Cardiff registrierte Private Company Limited By Shares mit Sitz in B., Großbritannien. Eine deutsche Zweigniederlassung ist im Handelsregister des Amtsgerichts Hof eingetragen.

Am 19. Juni 2012 veräußerte die Beteiligte zu 1 zur UR-Nr. P 2/2 der Notarin C. das Wohnungseigentum an die Beteiligten zu 2 und 3. Die Beteiligte zu 1 wurde von ihrer Geschäftsführerin (director) vertreten. Die Notarin bescheinigte die Richtigkeit dieser Angaben auf Grund Einsicht in das elektronische Handelsregister des Amtsgerichts Hof.

Auf Ersuchen des Amtsgerichts Schöneberg vom 9. Juli 2012 wurde die Beteiligte zu 1 am 25. Juli 2012 als Eigentümerin im Wohnungsgrundbuch eingetragen.

Mit Schreiben vom 13. August 2012 hat die Urkundsnotarin unter Überreichung ihrer UR Nr. P 2/2 die Eintragung einer Vormerkung zu Gunsten der Beteiligten zu 2 und 3 beantragt (Ordnungsnummer 47 Zehlendorf Blatt 1-2). Das Amtsgericht Schöneberg – Grundbuchamt – hat mit Zwischenverfügung vom 10. September 2012 unter Fristsetzung den Nachweis der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführerin der Beteiligten zu 1 beanstandet. Die Vertretungsverhältnisse der Hauptniederlassung könnten nicht durch Einsicht in das Register der Zweigniederlassung geführt werden, weil nicht die Zweig-, sondern die Hauptniederlassung als Eigentümerin im Wohnungsgrundbuch eingetragen sei. Darauf hat die Notarin die



Ablichtung eines Handelsregisterauszugs des Amtsgerichts Hof vom 16. April 2012 eingereicht und auf die in der Niederschrift enthaltene Vertretungsbescheinigung verwiesen.

Mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2012 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 Beschwerde gegen die Zwischenverfügung erhoben und beantragt, die Vormerkung sowie eine Grundschuld im Wohnungsgrundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat dem Rechtsmittel mit Beschluss vom 20. Dezember 2012 nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen: II. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist allein das in der angefochtenen Zwischenverfügung aufgezeigte Eintragungshindernis, nicht jedoch der Eintragungsantrag selbst (Senat, Beschluss vom 3. November 1992 – 1 W 3761/92). Der Senat kann deshalb das Grundbuchamt nicht anweisen, die Vormerkung einzutragen. Entsprechendes gilt für die – soweit ersichtlich – erstmals begehrte Eintragung einer Grundschuld, die ohnehin nicht Gegenstand des zur Ordnungsnummer 29 geführten Verfahrens des Grundbuchamts ist, zu dem sich allein die angefochtene Zwischenverfügung verhält.

Die danach allein mit dem Ziel der Aufhebung der Zwischenverfügung vom 10. September 2012 statthafte Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Die Zwischenverfügung, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO, war nicht veranlasst, weil das darin aufgezeigte Eintragungshindernis nicht besteht.

Die Eintragung einer Vormerkung erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 S. 1 GBO, wenn sie derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, bewilligt, §§ 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB, 19 GBO. Daran ändert nichts der Umstand, dass hier eine ausländische Gesellschaft von der Eintragung der Vormerkung betroffen wird. Das Verfahren vor dem deutschen Grundbuchamt richtet sich auch bei Auslandsberührung stets nach deutschem Recht – lex fori (Senat, Beschluss vom 25. September 2012 – 1 W 270-271/12 – DNotZ 2013, 135, 136; Beschluss vom 22. Mai 2012 – 1 W 163/11 – FGPrax 2012, 236, 237; BayObLG, DNotZ 1987, 98, 99).

Im Ausgangspunkt ist es auch nicht zu beanstanden, dass das Grundbuchamt einen Nachweis für die Vertretungsmacht der für die Beteiligte zu 1 handelnden Geschäftsführerin (director) für erforderlich erachtet hat. Da es sich bei der Beteiligten zu 1 um eine in Großbritannien gegründete und dort noch registrierte Gesellschaft handelt, richtet sich die Frage der Bestellung ihrer Organe und deren Vertretungsmacht nach dem Gesellschaftsstatut (OLG Frankfurt/Main, FGPrax 2008, 185, 166). Maßgeblich ist danach das britische Recht (vgl. Senat, Beschluss vom 20. April 2010 – 1 W 164-165/10 – DNotZ 2012, 604), so dass die Beteiligte zu 1 durch das board of directors oder, wenn nur ein director vorhanden ist, durch diesen vertreten wird (Zeiser, in: Hügel, GBO, 2. Aufl., Internationale Bezüge, Rdn. 111. 9).

Nach deutschem Verfahrensrecht richten sich wiederum die Erfordernisse, die an den Nachweis der Vertretungsberechtigung zu stellen sind (Senat, a. a. O.). Es gilt grundsätzlich § 29 Abs. 1 S. 2 GBO. Die Nachweise sind in Form öffentlicher Urkunden zu erbringen (Senat, Beschluss vom 22. Mai 2012 – 1 W 163/11 – FGPrax 2012, 236, 237), die in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift vorzulegen sind, vgl. § 435 ZPO (Demharter, GBO, 28. Aufl., § 29, Rdn. 57). Solche sind vorliegend nicht zu den Grundakten gelangt. Insbesondere liegt die Bescheinigung des Companies House vom 19. Dezember 2012 nur in einfacher Kopie vor. Es kann deshalb offenbleiben, ob dies überhaupt ein geeigneter Nachweis für die Vertretungsberechtigung sein könnte.



Allerdings können im Handelsregister eingetragene Vertretungsberechtigungen juristischer Personen oder Gesellschaften auch durch eine notarielle Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO nachgewiesen werden, § 32 Abs. 1 S. 1 GBO. Eine solche Bescheinigung ist in der Niederschrift zur UR-Nr. P 2/2 enthalten.

Zwar sollen die Nachweiserleichterungen des § 32 GBO bei ausländischen Gesellschaften grundsätzlich nicht gelten, weil sich die Vorschrift auf inländische Register beschränkt (vgl. OLG Brandenburg, MittBayNot 2011, 222, 223). Entsprechend hat der Senat entschieden, dass die Vertretungsbefugnis der directors einer englischen Limited nicht durch die Bescheinigung eines deutschen Notars erbracht werden kann, wenn dieser seine Erkenntnisse nur durch die Einsichtnahme in das beim Companies House geführte Register erworben hat (Senat, Beschluss vom 20. April 2010 – 1 W 164-165/10 – DNotZ 2012, 604, 605).

Hiervon unterscheidet sich aber der vorliegende Fall. Die Notarin hat ihre Erkenntnisse zu den Vertretungsbefugnissen der Beteiligten zu 1 nicht durch Einsicht in das britische Register, sondern durch Einsicht in das deutsche Handelsregister erworben und dabei festgestellt, dass Frau S. dort als director eingetragen ist. Damit ist der Nachweis der Vertretungsbefugnis in gehöriger Form erbracht. Dagegen spricht nicht, dass im Handelsregister des Amtsgerichts Hof lediglich die Zweigniederlassung der Beteiligten zu 1 eingetragen ist. Die Zweigniederlassung einer Handelsgesellschaft ist grundsätzlich ein unselbständiger Teil des Gesamtunternehmens ihres Rechtsträgers (Pentz, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 13d, Rdn. 20; § 13, Rdn. 63). Sie hat keine eigene Rechtspersönlichkeit und insbesondere keine eigene organschaftliche Vertretung. Die Organe des Unternehmens sind zugleich diejenigen der Zweigniederlassung. Maßgeblich ist bei Gesellschaften auf das Gesellschaftsstatut abzustellen. Die Notarin hat bescheinigt, dass Frau S. als director im Handelsregister eingetragen ist. Nach den obigen Ausführungen ist sie damit als Organ der Beteiligten zu 1 zu deren Vertretung befugt.

Aus § 13e Abs. 2 S. 5 Nr. 3 HGB ergibt sich nichts anderes. Danach sind in der Anmeldung für Zweigniederlassungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Sitz im Ausland die Personen anzugeben, die befugt sind, als ständige Vertreter für die Tätigkeit der Zweigniederlassung die Gesellschaft zu vertreten. Diese Bestimmung erfasst nur gewillkürte, nicht aber gesetzliche Vertreter (Pentz, a. a. O., § 13e, Rdn. 30). Als gewillkürte Vertreterin ist Frau S. im Handelsregister nicht eingetragen. Vielmehr erfolgte ihre Eintragung im Handelsregister der Zweigniederlassung nach §§ 13g Abs. 3 HGB, 10 GmbHG. Danach sind auch die Geschäftsführer der ausländischen GmbH als solche im Handelsregister einzutragen. Als Geschäftsführerin bzw. director ist Frau S. jedoch befugt, nicht nur für die Zweigniederlassung, sondern für das gesamte Unternehmen der Beteiligten zu 1 zu handeln.

Mitgeteilt von RiKG R. Müller, Berlin



§§ 12, 63, 66, 67, 68 GKG

Gebührenfreiheit einer nicht statthafter GKG-Beschwerde

Auch die nicht statthafte GKG-Beschwerde (hier: gegen eine vorläufige Streitwertfestsetzung) ist gebührenfrei (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung – Beschluss 14 W 635/99 vom 24. 11. 1999 in NJW-RR 2000, 1239).

(OLG Koblenz, Beschluss vom 23. 8. 2012 – 5 W 466/12)

Aus den Gründen: Die Beklagte wendet sich mit der Beschwerde gegen die vorläufige Festsetzung des Streitwerts der von ihr erhobenen Widerklage auf 5 Millionen €, nachdem ihr dafür von der Landesjustizkasse (unter Verrechnung eines Überschusses der Gegenseite) 47.550 € Gerichtskosten in Rechnung gestellt worden sind.

Der Senat entscheidet über die Beschwerde in der Besetzung mit drei Richtern, weil auch beim Landgericht die vollbesetzte Kammer entschieden hat.

Das Rechtsmittel ist nicht statthaft und musste daher als unzulässig verworfen werden.

Das Landgericht Koblenz hat die Streitwertfestsetzung in dem angefochtenen Beschluss ausdrücklich als „vorläufig“ bezeichnet. Es handelt sich demnach um eine Festsetzung nach § 63 Abs. 1 Satz 1 GKG. Gegen eine derartige vorläufige Festsetzung können Einwände nur im Verfahren nach § 67 GKG geltend gemacht werden. Um Letzteres geht es hier nicht. Darüber hinaus ist eine Beschwerde nicht statthaft. All das ergibt sich aus § 63 Abs. 1 Satz 2 GKG.

Der gleichwohl eingelegten Beschwerde liegt anscheinend die Vorstellung zugrunde, dass § 12 Abs. 2 Nr. 1 GKG, wonach die Zustellung der Widerklage nicht von der Zahlung der Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen abhängig ist, eine vorläufige Streitwertfestsetzung nach § 63 Abs. 1 GKG hindert, zumindest aber überflüssig macht.

Das ist indes nicht richtig. Auch für die Widerklage entsteht mit deren Einreichung die Kostenschuld des Widerklägers in Höhe der allgemeinen Verfahrensgebühr mit gleichzeitiger Fälligkeit gemäß § 6 GKG. Die Gebühr kann daher auch sofort beigetrieben werden (vgl. zum Ganzen OLG München in MDR 2003, 1077-1079 mit Anm. Hartung).

Das hat mit der anders gelagerten Frage, dass die Tätigkeit des Gerichts in Bezug auf die Widerklage nicht von der Vorauszahlung der Gebühr abhängig gemacht werden darf, nichts zu tun.

Die Beschwerdeentscheidung des Senats ergeht gerichtskostenfrei; Kosten werden nicht erstattet (§ 68 Abs. 3 GKG).

Damit gibt der Senat – zugleich Kostensenat des Oberlandesgerichts Koblenz – seine zum alten GKG in Anknüpfung an den Beschluss des BGH vom 22. Februar 1989 – IV b ZB 2/89 – vertretene Rechtsprechung auf, wonach für nicht statthafte GKG-Beschwerden eine Gebühr zu erheben ist (Senatsbeschluss 14 W 635/99 vom 24. 11. 1999 in NJW-RR 2000, 1239). Nach dem bis 2004 geltenden GKG war zur Begründung der Gebührenpflichtigkeit nicht statthafter Beschwerden argumentiert worden, der damalige § 25 Abs. 2 GKG (später Abs. 3) sehe eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur unter den dort genannten Voraussetzungen vor, und „entsprechend“ stelle § 25 Abs. 3 Satz 1 GKG alter Fassung (später Abs. 4 Satz 1) nur „die danach statthafte Beschwerde“ von Gebühren frei (vgl. BGH aaO).

Diese Wortauslegung kann angesichts der jetzigen Fassung des GKG nicht mehr überzeugen. Die Überprüfungsmöglichkeiten nach dem GKG sind seit der Neufassung 2004 dadurch gekennzeichnet, dass sämtliche Rechtsbehelfs- und



Rechtsmittelverfahren gemäß §§ 66, 67 und 68 GKG gebührenfrei sind und Kosten nicht erstattet werden. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass über dem Streit um Gerichtsgebühren nicht auch noch das Damoklesschwert weiterer Gebühren oder Kostenerstattungsansprüche schweben soll. Der Gesetzgeber wollte Kostenverfahren verhindern, die sich aus anderen Kostenverfahren ergeben, also neuen Streit vermeiden. Diese Erwägung greift auch dann, wenn der Rechtsbehelf oder das Rechtsmittel bereits nicht statthaft ist. Denn das Gesetz differenziert mit der im GKG 2004 gewählten Formulierung, dass „die Verfahren“ gebührenfrei seien, nicht zwischen Zulässigkeit und Begründetheit eines Rechtsbehelfs und Rechtsmittels, die Gebühren nach dem GKG betreffen. Der Senat gibt seine frühere Rechtsprechung daher auf (a. A. weiterhin Norbert Schneider in NJW 2011, 2628-2630 m. w. N. zur Gegenmeinung).

Wegen der Streitfrage ist eine Rechtsbeschwerde zum BGH (§ 574 Abs. 3 Satz 1, Abs. 2 ZPO) nicht möglich. Das ergibt sich aus § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG (vgl. BGH, Beschluss vom 6. 10. 2009 – VI ZB 19/08).

Eine weitere Beschwerde ist nicht statthaft (§§ 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

§ 5 UWG; §§ 6, 3 HWG

Wettbewerb; Werbung; Beleg der Werbeaussage mit Zitat-Entnahme aus der Fachliteratur; Zitatklarheit; Verständnis der Zielgruppe; Heilmittel

Ein „aus der Fachliteratur entnommenes Zitat“ im Sinne des § 6 Nr. 3 HWG liegt nur dann vor, wenn dem Werbeadressaten der Eindruck der unveränderten Übernahme der Angabe vermittelt wird. Hieran fehlt es, wenn die Angabe aufgrund der Abwesenheit von Anführungszeichen und der grafisch-inhaltlichen Einbettung der Angabe in das Werbemittel als eigene Werbebehauptung des werbenden Unternehmens und die durch eine Fußnote hergestellte Bezugnahme auf eine wissenschaftliche Studie lediglich als Nennung des wissenschaftlichen Belegs erscheinen.

Bezieht sich der Antrag des Klägers auf das Verbot einer konkreten Verletzungsform und werden in der Klagebegründung zur nämlichen Werbeangabe kumulativ Irreführung gemäß § 5 UWG bzw. § 3 HWG und ein Verstoß gegen § 6 Nr. 3 HWG gerügt, so liegt nur ein Streitgegenstand vor.

(OLG Hamburg, Urteil vom 18. 4. 2013 – 3 U 142/11)

Zum Sachverhalt: Der Senat hat auf die Berufung der Klägerin die Beklagte u. a. verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für das Arzneimittel C. mit der Angabe

„Hämodynamisch instabile Patienten mit septischem Schock bzw. Patienten mit einer schweren Sepsis sollten aufgrund der breiten Wirksamkeit und der minimalen Toxizität mit C. oder einem anderen Echinocandin behandelt werden. 1“ – unter Berufung auf Lichtenstern C et al. Update: invasive Pilzinfektion. Diagnose und Therapie in der operativen Intensivmedizin. Der Anästhesist 2010 59 30–52

zu werben und/oder werben zu lassen wie geschehen in der dem Urteil in Kopie als Anlage beigefügten Werbeunterlage. Die Revision wurde nicht zugelassen.



Die Klägerin hat u. a. geltend gemacht, die Werbung der Beklagten verstoße gegen §§ 3, 4 Nr. 11, 5 UWG in Verbindung mit §§ 3, 6 HWG. Die angegriffene Angabe sei irreführend, denn sie enthalte eine angeblich ausdrückliche Behandlungsempfehlung des zitierten Wissenschaftlers. Eine solche lasse sich der in der Fußnote angegebenen Publikation jedoch nicht entnehmen.

Die Beklagte hat u. a. vorgetragen: Die angegriffene Angabe sei objektiv richtig, denn C. sei ein Echinocandin. Es sei unzutreffend, dass der normal informierte und durchschnittlich verständige Referenzarzt der Angabe entnehme, Lichtenstern et al. hätten explizit die Anwendung von C. empfohlen. Es sei in der Arzneimittelwerbung üblich, dass zunächst der Handelsname bzw. Wirkstoff des werbenden Unternehmens genannt werde, wenn in einer Publikation eine Gruppe von Arzneimitteln empfohlen und dies in der Werbung wiedergegeben werde. Nur für ein wörtliches Zitat könne anderes gelten, ein solches liege hier aber nicht vor. Zudem müsse gem. § 6 Nr. 2 HWG eine Trennung zwischen dem eigenen Arzneimittel und den übrigen von der Publikation betroffenen Präparaten vorgenommen werden, denn es müsse klargestellt werden, ob die Veröffentlichung das beworbene Arzneimittel selbst betreffe. Im Kontext der angegriffenen Werbeunterlage ergebe sich durch die unmittelbar über der angegriffenen Angabe abgedruckte Grafik, dass nicht C. vorrangig vor anderen Echinocandinen empfohlen werde. In der Publikation von Lichtenstern et al. werde ferner Bezug genommen auf Therapieleitlinien einer europäischen Expertengruppe, die durchaus eine explizite Behandlungsempfehlung für Caspofungin, den Wirkstoff von C., enthalte.

Ergänzend macht die Klägerin geltend, die angegriffene Angabe verstoße gegen das Erfordernis der wortgetreuen Übernahme wörtlicher Zitate gem. § 6 Nr. 3 HWG. Zwar sei es grundsätzlich zulässig, eine Studie nicht zu zitieren, sondern lediglich als Datenquelle zu benutzen, die ihrerseits aufbereitet dargestellte werde. Dann handele es sich nicht um eine wortgetreue Verwendung, die nur zulässig sei, wenn herausgestellt werde, dass es sich nicht um eine originalgetreue Verwendung, sondern eine Bearbeitung handele. Auf Modifikationen müsse deutlich hingewiesen werden. Vorliegend ordne der angesprochene Verkehr die herausgestellte Angabe selbstverständlich den genannten Autoren Lichtenstern et al. zu. Die Angabe sei auch irreführend, weil unter die Empfehlung von Lichtenstern et al. verschiedene Wirkstoffe und verschiedene auf dem Markt erhältliche Präparate mit unterschiedlichen Wirk- und Nebenwirkungsspektren fielen.

Die Beklagte macht ergänzend geltend, es handele sich bei der angegriffenen Angabe nicht um ein Zitat im Sinne des § 6 Nr. 3 HWG. Vorliegend habe die Beklagte nicht zitiert, sondern eine Werbeaussage getätigt, für deren Berechtigung sie die Veröffentlichung von Lichtenstern et al. in Bezug nehme. Die angesprochenen Ärzte erwarteten nicht, die Autoren hätten sich exakt mit diesem Wortlaut geäußert. Ärzte wüssten, dass in Studien Arzneimittel nicht mit ihrem Markennamen, sondern mit der Wirkstoffbezeichnung benannt würden. Auch deshalb erwarteten sie nicht, der exakte Wortlaut der Angabe finde sich in der Studie. Die Werbung sei aus den bereits erstinstanzlich ausgeführten Gründen auch nicht irreführend.

Aus den Gründen: I. 1. Die Klägerin hat Anspruch auf Unterlassung der mit dem Antrag zu 1. a) beanstandeten Angabe. Dieser Anspruch folgt zwar nicht aus §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG i.V.m. § 6 Nr. 3 HWG (nachfolgend a)), es handelt sich jedoch um irreführende Werbung im Sinne der § 5 UWG bzw. § 4 Nr. 11 UWG, § 3 HWG (nachfolgend b)).

a) Die Klägerin rügt ohne Erfolg, dass die angegriffene Angabe gegen § 6 Nr. 3 HWG verstoße, weil es sich um ein nicht wortgetreues Zitat handele.



Nach § 6 Nr. 3 UWG ist eine Werbung unzulässig, wenn aus der Fachliteratur entnommene Zitate, Tabellen oder sonstige Darstellungen nicht wortgetreu übernommen werden. Ein Zitat im Sinne dieser Vorschrift ist die unveränderte Übernahme fremden Geistesgutes unter Bezugnahme auf eine konkrete Belegstelle bzw. auch die veränderte Übernahme, bei der dem Adressaten der Eindruck einer unveränderten Übernahme vermittelt wird (Doepner, HWG, 2. Aufl. 2000, § 6 Rn. 40). Entscheidend für den Charakter des „Zitats“ ist aber immer, dass die Angabe auch „als Zitat“, also als Übernahme kenntlich gemacht wird (Senat, GRUR-RR 2001, 115, juris-Rn. 16: „Darstellung als Zitat“; Riegger, Heilmittelwerberecht, 6. Kap. Rn. 28). Es soll der (abstrakten) Gefahr vorgebeugt werden, dass die wissenschaftliche Autorität einer Fachpublikation durch verfälschende „Scheinzitate“ zu Unrecht – also irreführend – in Anspruch genommen wird (vgl. Bülow/Ring, HWG, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 21).

Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um ein (Schein-)Zitat im vorgenannten Sinne. Denn das angesprochene Fachpublikum versteht die angegriffene Angabe nach dem werblichen Kontext nicht als Zitat in Sinne der wörtlichen Übernahme aus der in der Fußnote angeführten Studie. Schon formal fehlt es an Anzeichen einer wörtlichen Übernahme wie z. B. Anführungszeichen. Auch nach der grafischen Gestaltung handelt es sich nicht um ein Zitat, sondern eine eigene Werbebehauptung der Beklagten, die in der orange unterlegten Fußzeile der Broschüreseite die Aussage der auf dem Hauptteil der Seite dargestellten Grafik zuspitzt und auf die Vorzüge des beworbenen Produkts C. und der weiteren Echinocandine fokussiert. Der Fußnotenhinweis fungiert als Nachweis eines wissenschaftlichen Belegs dieser Aussage, nicht als Hinweis auf die wörtliche Übernahme. Insgesamt handelt es sich um den typischen Fall einer dem Betrachter als eigene Werbeaussage des werbenden Unternehmens entgegretenden Angabe, für die mittels einer Fußnote ein wissenschaftlicher Beleg herangezogen wird.

b) Es besteht ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 8, 3, 4 Nr. 11, 5 UWG i.V.m. § 3 HWG. Die Klägerin rügt zutreffend, die angegriffene Angabe vermittele in irreführender Weise das Verkehrsverständnis, die als Beleg genannte Studie beinhalte eine ausdrückliche Behandlungsempfehlung für das beworbene Produkt der Beklagten.

aa) Das von der Klägerin vorgetragene Verkehrsverständnis trifft zu.

Das Verkehrsverständnis des situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und vernünftigen Verbrauchers ebenso wie das eines Arztes vermögen die Mitglieder des Senats, die sich hierbei auf ihre eigene Sachkunde und Lebenserfahrung stützen können, selbst zu beurteilen. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist die Beurteilung des Verkehrsverständnisses von Ärzten durch die Mitglieder des Gerichts jedenfalls dann möglich, wenn der Erkenntnisstand der Wissenschaft im Hinblick auf den maßgebenden Sachverhalt vorgetragen wurde und außerdem – wie hier – keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass ein Arzt die deutsche Sprache anders verstehen könnte als jemand, der ebenfalls ein wissenschaftliches Studium absolviert hat (Senat, Urteil v. 21.12.2006, Az. 3 U 77/06, PharmaR 2007, 204).

Die vorliegend angegriffene Formulierung, die C. an erster Stelle und mit Produktnamen nennt, wohingegen die weiteren Echinocandine nur an zweiter Stelle und nur als Stoffgruppe bezeichnet werden, wird in der Tat so verstanden, als sei in dem herangezogenen wissenschaftlichen Beleg eine Heraushebung des Produkts der Beklagten im Sinne einer Behandlungsempfehlung erfolgt. Entgegen der Ansicht der Beklagten ergibt sich auch im Kontext der angegriffenen Werbeunterlage, nämlich der oberhalb der Angabe abgedruckten Grafik, keine Korrektur der



Aussage, dass C. vorrangig vor anderen Echinocandinen empfohlen worden sei. Denn es handelt sich bei der angegriffenen Angabe nach der grafisch-inhaltlichen Gesamtgestaltung um eine werbliche Zuspitzung der Aussage der vorangegangenen Grafik, die den „Algorithmus zur Therapie von invasiven Candida-Infektionen“ darstellt. Die Grafik spricht stets zunächst von der Stoffgruppe und nennt dann beispielhaft den Wirkstoff der Beklagten („Echinocandin, z. B. Caspofungin“).

bb) Versteht man die angegriffene Angabe im vorstehenden Sinne, so ist sie auch irreführend.

Die Werbung für Arzneimittel unterliegt den strengen Voraussetzungen der gesundheitsbezogenen Werbung, wonach wegen des hohen Schutzgutes der Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Aussagen besonders strenge Anforderungen zu stellen sind (BGH GRUR 1980, 797 – Topfit Boonekamp; Senat, Urteil v. 21.12.2006, Az. 3 U 77/06, PharmaR 2007, 204). Daher sind werbende Anpreisungen auf diesem Gebiet nur zulässig, wenn sie gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen (BGH GRUR 1971, 153 – Tampax).

Die vorliegend angegriffene Angabe ist irreführend, denn die in Bezug genommene Literaturstelle enthält eine Anwendungsempfehlung gerade für das Produkt der Beklagten nicht. Vielmehr enthält die Arbeit von Lichtenstern et al. an der hier relevanten Stelle eine auf die gesamte Stoffgruppe der Echinokandine bezogene Anwendungsempfehlung („Patienten [...] sollen [...] mit einem Echinocandin behandelt werden“), die auf den allgemein, d.h. nicht produkt- oder wirkstoffbezogen beschriebenen Vorzügen dieser Stoffgruppe basiert („aufgrund der breiten Wirksamkeit und der minimalen Toxizität“), ohne dass die unterschiedlichen Indikations- und Nebenwirkungsspektren einzelner Wirkstoffe in den Blick genommen würden. Lichtenstern et al. heben also gerade nicht einen bestimmten Wirkstoff oder ein bestimmtes Produkt hervor. Die Beklagte hat zwar Recht mit dem Hinweis, dass das beworbene Produkt C. auch ein Echinocandin sei, das zu der Gruppe von Stoffen gehöre, die in der Arbeit von Lichtenstern et al. durch ausführliche Darstellung einer Therapieleitlinie positiv erwähnt würden. Für die werbliche Hervorhebung gerade des Produkts der Beklagten vor anderen Echinokandinen kann aber die Beklagte diese Literaturstelle nicht als wissenschaftlichen Beleg in Anspruch nehmen. Mit der Verteidigung, Lichtenstern et al. referierten an der in der Werbung angeführten Stelle die Therapieleitlinien von Guery et al., welche jedenfalls die Werbung wissenschaftlich rechtfertigten, kann die Beklagte schon deshalb nicht gehört werden, weil das Strengeprinzip erfordert, dass der Arzt in der Lage sein muss, die durch die Studie angeblich wissenschaftlich belegte Aussage unmittelbar durch diese Studie zu überprüfen, ohne damit rechnen zu müssen, dass die als Beleg aufgeführte Studie nur teilweise, über „drei Ecken“ oder nur im Zusammenhang mit anderen, nicht genannten Studien möglicherweise die Werbebehauptung stützen kann (Senat, PharmaR 2007, 204). Im Übrigen dürfte auch den Leitlinien von Guery et al. der werblich behauptete Anwendungsvorrang von C. gegenüber anderen Echinokandinen nicht zu entnehmen sein, weil die dortigen Ausführungen ebenfalls allgemein auf Echinokandine bezogen sind und der Wirkstoff der Beklagten gleichrangig mit einem weiteren Wirkstoff genannt wird (a. a. O. S. 221, rechte Spalte: „To achieve this aim, echinocandins are a preferred first choice [caspofungin or anidulafungin]“).

2. Die Klägerin hat Anspruch auf Abmahnkostenersatz gem. § 12 Abs. 1 S. 2 UWG in geltend gemachter Höhe. Von der nach einem Streitwert von € 500.000 zu berechnenden 1,3-Gebühr nebst Auslagen und Umsatzsteuer in Höhe von € 3.914,80 hat das Landgericht bereits € 2.687,60 nebst Zinsen zugesprochen. Der Anspruch der Klägerin beläuft sich also auf weitere € 1.227,20 nebst Zinsen.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 3. Zivilsenats des OLG Hamburg

§§ 1, 28, 74 ADS

**Allgemeine Deutsche Seeverversicherungsbedingungen;
See-Kaskoversicherung; versichertes Risiko; Gefahr der Seeschifffahrt;
Beschädigung der Beschichtung der Laderäume = Coating des versicherten Schiffs; anfänglicher Fehler des Coatingmaterials; schwerwiegende Begründungsmängel des nicht verbindlichen Schiedsgutachtens;
Gutachten im Ausschlussverfahren; Chemikalientransporter MS „Coral Water“**

1. In der See-Kaskoversicherung kann sich eine Gefahr der Seeschifffahrt realisieren, wenn das versicherte Schiff durch verunreinigte Güter beschädigt wird. Das gilt nicht, wenn die Beschichtung der Laderäume des Schiffes (Coating) bei einem bestimmungsgemäßen Transport von aggressiven Gütern (Chemikalien) beschädigt wird, weil das Coatingmaterial fehlerhaft ist oder das Coatingmaterial in fehlerhafter Weise aufgebracht wurde. Das Schiff war dann nämlich für den beabsichtigten Verwendungszweck von vorneherein nicht geeignet.

2. Ein Schiedsgutachten ist gem. § 74 Abs. 8 ADS nicht verbindlich, wenn es unter schwerwiegenden Begründungsmängeln leidet.

(OLG Hamburg, Urteil vom 10. 5. 2012 – 6 U 131/07)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin macht einen Kaskoversicherungsschaden geltend.

Die Klägerin ist Eigentümerin des Chemikalienankers MT „Coral Water“, der am 3. 9. 1998 in Fahrt gesetzt wurde. Das Schiff war in der Zeit vom 1. 4. 1999 bis zum 31. 3. 2000 bei den Beklagten kaskoversichert, wobei die ADS Anwendung fanden.

Die Ladetanks des Schiffes waren mit einer Beschichtung („Coating“) der Fa. ... Inc. (APS) mit der Bezeichnung „MarineLine“ versehen. Die Beschichtung war durch die Fa. M. BV aufgebracht worden. Nach einer ersten Reparatur 1999 erlitt das Schiff wiederum einen Coating-Schaden, dessen Ursache zwischen den Parteien streitig ist. Die Klägerin zeigte den Schaden am 20. 3. 2000 an. Der Schaden sollte begutachtet werden, wobei die Beklagte zu 1) als führender Versicherer mitteilte, dass sie auf der Fa. B. Rotterdam als Sachverständige bestehe. Die Beklagten beauftragten das Havariebüro B. als Sachverständige für die Begutachtung von Schadensursache und -höhe. In einem Zwischenbericht vom 31. 3. 2000 regte die Fa. B. an, einen „painting/coating specialist“ einzuschalten. Die Fa. TNO wurde daraufhin von der Klägerin beauftragt. Am 19. 9. 2000 erstellte die Fa. TNO einen Bericht (Anlage K 3). Der Bericht kam zu dem Schluss, dass die Schäden wohl nicht auf die Applikation der Coating zurückzuführen seien, sondern auf den schnellen Wechsel der Ladungen, denen die Beschichtung der Tanks ausgesetzt gewesen sei, auch wenn es dafür keinen eindeutigen Beweis gebe. Die Firma B. erstattete am 1. 11. 2000 einen Bericht (Anlage K 2), in dem u. a. auf den TNO-Bericht Bezug genommen wurde. Als verbleibende Ursache der Schädigung wurde der Angriff von unbekanntem Partikeln in chemischen Ladungen angegeben. Im dem B.-Bericht (Anlage K 2) wurden auch Ausführungen zur Schadenshöhe gemacht.



Die Beklagten holten ein weiteres Gutachten des Gutachters Dr. D. (C. GmbH) ein, das als Schadensursache falsche Applikation der Coating ansah (Anlage K 7). Die Beklagten lehnten daraufhin eine Versicherungsleistung ab.

Die Klägerin hat in 1. Instanz behauptet, der Beschichtungsschaden beruhe auf Verunreinigungen in den zahlreichen, stark aggressiven chemischen Substanzen, die bestimmungsgemäß im Chemikaliertanker gefahren worden seien. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass Schadensursache und Schadenshöhe durch die Gutachten von B. und TNO für die Parteien bindend festgestellt worden seien. Das TNO-Gutachten sei nicht offensichtlich unrichtig und mangelhaft.

Die Klägerin hat in 1. Instanz beantragt, die Beklagten als Teilschuldner zu verurteilen, an die Klägerin insgesamt 696.672,83 € und 448.856,28 US\$ zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 19. März 2001 zu zahlen.

Die Beklagten haben in 1. Instanz bestritten, dass das Schiff zu Beginn des Versicherungszeitraums schadensfrei gewesen sei. Schadensursächlich seien eine unzureichende Applikation der Coating oder eine schlechte Qualität der Coating gewesen. Die Beklagten haben in 1. Instanz die Auffassung vertreten, dass das B.- bzw. das TNO-Gutachten nicht für sie bindend seien. Das TNO-Gutachten beruhe auf offensichtlich unrichtigen Schlussfolgerungen.

Das Landgericht Hamburg hat Beweis erhoben über die Frage, ob das TNO-Gutachten offensichtlich auf mangelhaften Schlussfolgerungen beruhe. Das Landgericht hat ein schriftliches Gutachten des Sachverständigen Dr. M. vom 12. 11. 2004, ein Ergänzungsgutachten vom 28. 4. 2005 sowie eine ergänzende Stellungnahme vom 11. 10. 2005 eingeholt sowie den Sachverständigen in den Verhandlungen vom 15. 9. 2005 (dort im Rahmen der Vernehmung der Zeugen P. und K.), vom 31. 8. 2006 und vom 30. 11. 2006 mündlich angehört. Das Landgericht hat ferner im Termin vom 15. 9. 2005 die Zeugen P. und K. in Gegenwart des Sachverständigen Dr. M. vernommen.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von insgesamt 696.672,83 € und 448.856,28 US\$ nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 19. März 2001 verurteilt. Das Landgericht hat eine Bindung der Beklagten an das TNO- bzw. das B.-Gutachten angenommen. Die Beklagten hätten bei der Klägerin Vertrauen darauf geweckt, dass sie die Feststellungen des B.-Gutachtens als verbindlich erachten würden. Die Beklagten hätten auch erkannt, dass die Klägerin redlicherweise von einem Einverständnis der Beklagten auch mit der Einschaltung der Fa. TNO hätte ausgehen dürfen. Die Beklagten hätten nicht den Beweis geführt, dass die gutachterlichen Feststellungen von TNO offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abwichen.

Gegen das Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt und begründet.

Der Senat hat Beweis erhoben gemäß Beschluss vom 21. 12. 2009 über die Behauptung der Klägerin, dass die am 20. 3. 2000 angezeigten Coatingschäden an den Tanks des MT „Coral Water“ auf der Einwirkung von transportierten Chemikalien bzw. auf Verunreinigungen der transportierten Chemikalien beruhten und nicht auf einer mangelhaften Qualität der Coating selbst oder auf einer fehlerhaften Applikation der Coating. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten des Sachverständigen Mü., Anmerkungen des Sachverständigen zu Fragen der Klägerin in Tabellenform und die mündliche Anhörung des Sachverständigen im Termin vom 8. 3. 2012 Bezug genommen.



Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Die Klägerin hat nicht beweisen können, dass ein durch die abgeschlossene Versicherung gedeckter Schadensfall vorliegt.

Nach Auffassung des Senats wären nur Schäden versichert, die die – grundsätzlich funktionsfähige – Coating durch Einwirkung der Ladungen (Chemikalien) erlitten hätte. Nicht versichert ist jedoch der Schaden, der dadurch entsteht, dass die Coating an sich oder ihre Applikation fehlerhaft waren, so dass die Coating von vornherein nicht funktionsfähig war.

Auch wenn es sich um eine sog. „Allgefahren-Versicherung“ handelt, sind versichert nur die Gefahren der Seeschifffahrt. Dies ergibt sich aus dem Versicherungsschein (Cover-Note, Anlage K 1). Dort heißt es schon in der Überschrift „Marine Risk“ (Hervorhebung durch den Senat). Im Übrigen sind die ADS („German General Rules of Marine Insurance“) vereinbart. Nach § 28 ADS trägt der Versicherer alle Gefahren, denen das Schiff oder die Güter während der Dauer der Versicherung ausgesetzt sind. Wie sich aus § 1 ADS ergibt, sind damit (nur) die Gefahren der Seeschifffahrt gemeint (Ritter/Abraham, Das Recht der Seeversicherung, 2. Aufl., § 1, Rn. 31, § 28 ADS, Anm. 11, am Anfang; Enge, Transportversicherung, 3. Aufl., Abschnitt 2.1.2 am Anfang = S. 49 unten), was in Übereinstimmung mit dem Begriff „Marine Risk“ steht.

Es wird als eine Gefahr der Seeschifffahrt angesehen, wenn etwa versicherte Güter dadurch beschädigt werden, dass sie in ungenügend gereinigte Schiffsräume verladen werden (Ritter/Abraham, a. a. O., § 28 ADS, Anm. 11, a. E.). Nach Auffassung des Senats handelt es sich umgekehrt auch um eine Gefahr der Seeschifffahrt, wenn das versicherte Schiff etwa durch verunreinigte Güter beschädigt wird.

Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Wenn aggressive Güter (Chemikalien) bestimmungsgemäß transportiert werden sollen, dient die Beschichtung der Laderäume des Schiffes mit einer Coating gerade dazu, diesen aggressiven Gütern standzuhalten. Wenn es – wegen der Fehlerhaftigkeit des Coatingmaterials oder wegen Fehlern beim Aufbringen (der Applikation) der Coating – dazu kommt, dass die Coating von vornherein nicht funktionsfähig ist, so dass es beim Transport der bestimmungsgemäßen Ladung zwangsläufig dazu kommen muss, dass sichtbare Schäden (Blasen, Risse o. ä.) auftreten, hat dies nichts mit den Gefahren der Seeschifffahrt zu tun. Vielmehr treten lediglich bereits vorhandene Baumängel offen zutage. Die See-Kaskoversicherung ist aber keine Baugewährleistungsversicherung (vgl. Urteil des Senats vom 3. 11. 2011, 6 U 181/08, zitiert nach juris, dort Tz. 92). Während des Baus des Schiffes ist es ggf. fehlerhafter Arbeit, aber (noch) nicht den Gefahren der Seeschifffahrt „ausgesetzt“ (vgl. die Formulierung in § 28 ADS). Selbst wenn Mängel der Coating (seien es Mängel des Materials oder Mängel bei der Applikation) erst nach Kontakt mit Chemikalien offen zutage treten sollten (etwa durch Risse oder Blasen), ändert das nichts daran, dass die Mangelhaftigkeit der Coating schon vorher – etwa durch einen Sachverständigen – hätte festgestellt werden können. Wenn man die vorhandenen Mängel schon vor dem ersten Chemikalien-Transport entdeckt hätte, hätte man die Coating schon dann reparieren müssen. Die Frage, ob Mängel der Coating von der Versicherung gedeckt sind oder nicht, kann aber nicht vom Zufall abhängen, wann die Mängel festgestellt werden (vgl. Urteil des Senats vom 3. 11. 2011, a. a. O.). Es kommt hinzu, dass die geltend gemachten Kosten letztlich die Kosten für die Entfernung der alten Coating und das Auftragen der neuen Coating darstellen. Wenn man die Mangelhaftigkeit der Coating bereits vor dem ersten Chemikalientransport festgestellt hätte, wären vermutlich genau dieselben Arbeiten erforderlich gewesen. Jedenfalls ist nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass einige der von B. für erforderlich gehaltenen Arbeiten bei einem rechtzeitigen Entdecken der Mangelhaftigkeit nicht



erforderlich gewesen wären. Nach Durchführung der Reparaturarbeiten war die Beschichtung auch in einem besseren (nämlich mangelfreien) Zustand als vor dem ersten Chemikalientransport, als sie – unerkannt – mangelhaft war. Durch die Kaskoversicherung sind aber nicht Verbesserungen eines Schiffes (durch Beseitigung von Mängeln) gedeckt. Vielmehr sollen ggf. die Kosten für die Herstellung des ursprünglichen Zustandes ersetzt werden. Dass von vornherein bestehende Mängel nicht unter die Kaskoversicherung fallen, ist nach Auffassung des Senats nicht nur eine Frage des Versicherungszeitraums, sondern unabhängig davon eine Frage, welche Schäden überhaupt von der Art der Versicherung gedeckt sind.

Die Tatsache, dass die Mängel erst durch den (von vornherein beabsichtigten) Transport von aggressiven Chemikalien offen zutage getreten sind, führt nicht dazu, dass sich hier Gefahren der Seeschifffahrt verwirklicht hätten. Selbst wenn ohne den Chemikalientransport die sichtbaren Schäden (etwa Risse und Blasen) nicht entstanden wären, ändert das nichts daran, dass das Schiff mit einer mangelhaften Coating für den beabsichtigten Verwendungszweck (Chemikalienanker) von vornherein nicht geeignet war. Wenn man den – bereits vorhandenen – Mangel aus welchem Grund auch immer vor dem ersten Chemikalientransport erkannt hätte, hätte man gewusst, dass man keine Chemikalientransporte hätte durchführen können, ohne die Coating vorher zu reparieren bzw. zu erneuern. Anders formuliert: Der Versicherer haftet für einen Schaden, der durch eine versicherte Gefahr eingetreten ist, dann nicht, wenn die versicherte Gefahr ihrerseits die unvermeidliche Folge einer unversicherten Gefahr darstellt (vgl. Enge, a. a. O., Abschnitt 2.1.2, Überschrift Kausalzusammenhang, S. 54 unten Ziff. 1).

Etwas anderes wäre es, wenn die mangelhafte Coating etwa im Wege eines Mangelfolgeschadens (oder auch eines weiterfressenden Schadens) zu einer Beschädigung eines zuvor mangelfreien Teils des Schiffes geführt hätte. Dazu ist hier aber nichts vorgetragen oder sonst ersichtlich.

Von einer versicherten Gefahr hätte nach Auffassung des Senats nur dann ausgegangen werden können, wenn das Schiff bzw. die Coating seiner Laderäume grundsätzlich mangelfrei und für den beabsichtigten Transport der Chemikalien geeignet gewesen wäre, die transportierten Güter (hier die – möglicherweise verunreinigten – Chemikalien) aber trotzdem zu einer Beschädigung geführt hätten.

Dies hat die Klägerin hier vorgetragen, die davon ausgeht, dass weder die Coating selbst noch ihre Applikation fehlerhaft gewesen sei und dass die Schäden (Risse, Blasen etc.) auf Verunreinigungen der transportierten Chemikalien bzw. durch den raschen Ladungswechsel verursacht worden seien.

Hierfür ist die Klägerin darlegungs- und beweispflichtig. Auch bei einer Allgefahrenversicherung muss der Versicherungsnehmer beweisen, dass der geltend gemachte Schaden durch eine versicherte Gefahr verursacht worden ist. Für die Beweislastverteilung ist der Umstand, dass es sich um eine Allgefahrenversicherung handelt, nur deshalb von Bedeutung, weil alle Gefahren versichert sind, die nicht ausgeschlossen sind. Wenn eine versicherte Gefahr vorliegt, muss deshalb der Versicherer beweisen, dass ein Fall des Risikoausschlusses vorliegt. Es gibt (etwa im englischen Recht) andere Versicherungen, in denen einzelne versicherte Gefahren genannt sind („named perils“). Dann muss der Versicherungsnehmer beweisen, dass eine solche spezielle Gefahr vorliegt (vgl. Enge, a. a. O., S. 51 und 57; Schwampe, TranspR 2006, 55, 57). Vorliegend geht es aber nicht um die Frage eines möglichen Risikoausschlusses, sondern um die vorrangige Frage, ob der Schaden auf eine versicherte Gefahr (hier die Gefahr der Seeschifffahrt) zurückzuführen ist. Insoweit ist der Versicherungsnehmer darlegungs- und beweispflichtig (vgl. Enge, a. a. O., Abschnitt 2.1.2., S. 51 und 57).




Die Klägerin trägt im Übrigen auch die Beweislast dafür, dass sich das Gefahrereignis (nicht der Schaden) im versicherten Zeitraum zugetragen hat (Ritter/Abraham, Anm. 9, S. 455 f.; Enge, a. a. O., Abschnitt 2.1.2, Überschrift Beweislastverteilung, S. 56). Wenn der später zutage getretene Coatingschaden auf einem Mangel der Coating selbst beruhen sollte, wäre das Gefahrereignis während des Schiffbaus und damit vor dem versicherten Zeitraum eingetreten. Dass der Schaden erst später zutage getreten ist, ändert daran nichts. Wenn nämlich der Schaden die notwendige Folge des vorvertraglichen Gefahrereignisses ist, haftet der Versicherer nicht (Ritter/Abraham, a. a. O., § 28, Rn. 30; vgl. Enge, a. a. O., Abschnitt 2.1.2, Überschrift Kausalzusammenhang, S. 54 unten Ziff. 1).

Die Klägerin kann sich nicht darauf berufen, dass die Gutachten TNO und B. das Vorliegen einer versicherten Gefahr bindend festgestellt hätten. Das TNO-Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass man davon ausgehen könne, dass die Applikation nicht zu den beobachteten Schäden geführt habe, was wiederum implizieren würde, dass die Schäden das Resultat der Resistenz-Eigenschaften des Coating-Materials gegen die schnellen Ladungswechsel sein könnten.

Die Parteien des Rechtsstreits sind aber nicht an die Gutachten gebunden. Grundsätzlich kommt hier eine Bindung an die Gutachten gemäß § 74 Abs. 8 ADS in Betracht. Allerdings ist das Verfahren des § 74 ADS unstreitig nicht eingehalten worden. Das allein muss aber nicht zwangsläufig zur Unverbindlichkeit der Gutachten führen. Das Landgericht hat mit beachtlichen Argumenten ausgeführt, dass sich die Beklagten gemäß § 242 BGB nicht auf eine Unverbindlichkeit der Gutachten berufen könnten, weil sie bei der Klägerin Vertrauen darauf geweckt hätten, dass sie die Feststellungen des gemeinsam bestimmten Sachverständigen B. als verbindlich erachten werden. Der Senat hält dies grundsätzlich für überzeugend. Die Beklagten haben selbst auf Einschaltung der Fa. B. bestanden. Diese wiederum hatten in einem Zwischenbericht die Hinzuziehung eines „paint/coating specialist“ vorgeschlagen. Die Fa. TNO wurde zwar von der Klägerin beauftragt, sie hat aber eng mit B. zusammengearbeitet, wobei die Beklagten hierüber immer informiert waren. B. hat sich die Ergebnisse von TNO zu eigen gemacht.

Der Senat hat lediglich in einer Hinsicht Bedenken. § 74 Abs. 2 ADS sieht grundsätzlich die Einschaltung von zwei Sachverständigen vor. Wenn diese sich nicht einigen können, sieht § 74 Abs. 3 ADS sogar die Einschaltung eines dritten Sachverständigen vor. Hier ist nur ein Sachverständiger beauftragt worden (die Fa. de Beer). Die Fa. TNO ist nicht neben der Fa. de Beer beauftragt worden, sondern sollte als „painting/coating specialist“ der Fa. B. zuarbeiten, die selbst nicht über ausreichenden eigenen Sachverstand verfügte. Letztlich ist nur ein Spezialist eingeschaltet worden. Die Einschaltung von zwei Sachverständigen hat aber nicht nur den Sinn, dass beide Seiten einen Sachverständigen ihres Vertrauens benennen können. Insbesondere bei schwierigen technischen/chemischen Fragen, bei denen Sachverständige auch einmal zu unterschiedlichen Auffassungen kommen können, bietet die Einschaltung von zwei unabhängigen Sachverständigen auch inhaltlich eine größere Gewähr für die Richtigkeit eines Ergebnisses, die letztlich Grundlage für die Verbindlichkeit des (gemeinsam erarbeiteten) Gutachtens ist.

Letztlich kann diese Frage offen bleiben. Auch bei Einhaltung des in § 74 ADS vorgesehenen Verfahrens ist eine von den Sachverständigen getroffene Feststellung nicht verbindlich, wenn sie offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweicht (§ 74 Abs. 8 ADS). Nach der Rechtsprechung des BGH, der der Senat folgt, ist ein Schiedsgutachten schon dann unverbindlich (unabhängig von der etwaigen Richtigkeit des Ergebnisses), wenn es unter schwerwiegenden Begründungsmängeln leidet. Das ist dann der Fall, wenn die Ausführungen des Sachverständigen so lückenhaft sind, dass selbst der Fachmann das Ergebnis aus



dem Zusammenhang des Gutachtens nicht überprüfen kann (vgl. BGH NJW-RR 1988, 506, zitiert nach juris, Tz. 6; BGH NJW-RR 1991, 228, zitiert nach juris, Tz. 7; BGH NJW 2001, 3775, zitiert nach juris, dort Tz. 15).

Das TNO-Gutachten und darauf basierend das B.-Gutachten weisen solch schwerwiegende Begründungsmängel auf.

Dabei ist entscheidend, dass die Gutachten nicht positiv eine Ursache festgestellt haben, sondern im Ausschlussverfahren vorgegangen sind.

Weder TNO noch B. haben in ihren Gutachten positive Feststellungen dazu getroffen, dass die Ladung bzw. Verunreinigungen der Ladung bzw. der schnelle Ladungswechsel ursächlich für die Coating-Schäden waren. Im TNO-Gutachten wird festgestellt, dass nur Chemikalien transportiert worden seien, gegen die das Coating-Produkt (MarineLine) resistent sein sollte. Irgendwelche Erkenntnisse zu etwaigen Verunreinigungen hat TNO nicht festgestellt. TNO hat weiter ausgeführt, dass es keine Informationen über Einflüsse eines Ladungswechsels gebe. Es gebe keine Beweise dafür, dass der Ladungswechsel bzw. die Schnelligkeit des Ladungswechsels für die Schadensentstehung eine Rolle gespielt habe. TNO führt ausdrücklich aus, dass man nicht davon ausgehen könne, dass es zu chemischen Reaktionen von Ladungsresten gekommen sei. Auch im B.-Gutachten, das auf die Erkenntnisse von TNO Bezug nimmt, wird nicht festgestellt, dass der Schaden auf eine konkrete Chemikalie zurückgeführt werden könne. (wird jeweils ausgeführt.)

Die Gutachten von TNO und B. kommen zu ihren Schlussfolgerungen nicht aufgrund positiver Feststellung einer Schadensursache, sondern im Ausschlussverfahren. Das ergibt sich zum einen aus Seite 19 des TNO-Gutachtens, wo es heißt, dass aus dem Umstand, dass mit der Applikation verbundene Aspekte nicht zu den Schäden geführt hätten, gefolgert werden könne, dass die Schäden das Resultat der Resistenzeigenschaften gegen die schnellen Ladungswechsel sein könnten. Auch aus der Formulierung im B.-Gutachten, wo von der verbleibenden Ursache die Rede ist, wird deutlich, dass B. im Ausschlussverfahren vorgeht. Das sieht auch die Klägerin so. (wird jeweils ausgeführt.)

Die Anwendung eines Ausschlussverfahrens ist zwar grundsätzlich durchaus zulässig und logisch nachvollziehbar. Wenn für einen Schaden nur eine Ursache möglich ist (aber nicht positiv nachgewiesen werden kann), alle anderen denkbaren Ursachen aber nicht, steht die einzige mögliche Ursache als tatsächliche Ursache fest. Diese Vorgehensweise ist aber nur dann möglich, wenn auch wirklich alle anderen denkbaren Ursachen ausgeschlossen werden. Wenn zu einer der möglichen anderen Ursachen gar keine Aussage getroffen wird, lassen sich im Wege des Ausschlussverfahrens keine Erkenntnisse gewinnen.

Das ist hier der Fall. Auf Seite 17 bis 19 des TNO-Gutachtens werden verschiedene Ursachen für die Schäden diskutiert. Zusammengefasst gibt es drei mögliche Ursachen: das Coating-Material MarineLine als solches (...), die Applikation der Coating (...) und die Ladung (...).

Die Gutachten beschäftigen sich zwar mit den Aspekten, die sich auf die Applikation der Coating beziehen. Es werden aber keine eigenen Feststellungen zur Frage des Coating-Materials getroffen. Der Senat benötigt keine besondere Sachkunde, um dies festzustellen, weil sich das aus den Gutachten selbst ergibt. Wenn keine Feststellungen getroffen werden, stellt sich die Frage nach deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit gar nicht. (...)

Die Klägerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass Feststellungen zu den Schadensursachen nur getroffen werden müssen, soweit sie tunlich sind (vgl. Ritter/Abraham, a. a. O., § 74 ADS, Anm. 33). Es mag auch sein, dass die Überprüfung der Herstellerangaben nach dem damaligen Kenntnisstand weder



möglich noch geboten noch verhältnismäßig („tunlich“) gewesen wäre. Es finden sich aber weder im TNO- noch im de Beer-Gutachten Ausführungen dazu, warum keine eigenen Feststellungen zur Qualität der Coating getroffen werden und man die Herstellerangaben nicht überprüft hat. Der TNO-Gutachter hat erst in seiner Zeugenvernehmung vom 15. 9. 2005 erläutert, warum er keine Untersuchung von Rückstellungen vorgenommen hat. Dies kann aber letztlich dahinstehen. Wenn ein Sachverständiger keine Aussagen trifft, weil dies nicht tunlich ist, fehlt es an einer Verbindlichkeit schon deshalb, weil es nichts gibt, woran die Parteien gebunden sein könnten. Wenn ein Sachverständiger zu einer möglichen Ursache keine Aussage trifft oder treffen kann, darf er jedenfalls nicht im Ausschlussverfahren zum Ergebnis kommen, es liege eine andere Ursache vor, die er aber ihrerseits nicht positiv festgestellt hat. Aus logischen Gründen ist der Rückschluss auf eine nicht positiv festgestellte Ursache nur möglich, wenn alle anderen denkbaren Ursachen ausgeschlossen werden. Wenn eine Ursache mangels Aufklärbarkeit nicht ausgeschlossen werden kann, ist ein solcher Rückschluss nicht möglich und es verbleibt insgesamt bei der Unaufklärbarkeit. Hierin liegt der schwerwiegende Begründungsmangel des Gutachtens. Im Hinblick auf die Argumentation der Klägerin weist der Senat klarstellend darauf hin, dass er den Fehler des TNO-Gutachtens nicht darin sieht, dass keine Aussage zur möglichen Schadensursache „Qualität der Coating“ gemacht werden konnte. Der Fehler des TNO-Gutachtens liegt darin, dass Schlüsse auf eine andere mögliche Ursache im Ausschlussverfahren gezogen wurden, obwohl keine Aussage zur möglichen Ursache „Qualität der Coating“ möglich war.

Anders wäre es ggf. gewesen, wenn im TNO-Gutachten positive Aussagen zur Ladungsverunreinigung als Ursache getroffen worden wären und man (wegen „Untunlichkeit“) auf der Kontrolle dienende Untersuchungen zu Alternativursachen verzichtet hätte. An solch positiven Aussagen fehlt es aber.

Angesichts der fehlenden Bindungswirkung der Gutachten TNO/de Beer muss die Feststellung im gerichtlichen Verfahren („durch Urteil“) erfolgen (§ 74 Abs. 8 ADS). Die Klägerin hat ihre Behauptung, dass für die Schäden nicht das Coating-Material und nicht die Applikation der Coating verantwortlich seien, sondern die Ladung (Verunreinigungen bzw. schneller Ladungswechsel), nicht beweisen können. Im Gegenteil spricht alles dafür, dass wesentliche Ursache für die Schäden eine mangelhafte Applikation der Coating war (wenn die Schäden ggf. auch erst nach Kontakt mit den transportierten Chemikalien zutage getreten sind).

Dies ergibt sich aus den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen Mü. (...). Auch der von den Beklagten eingeschaltete Privatgutachter D. sowie der erstinstanzliche gerichtliche Sachverständige M. sehen die Probleme bei der Applikation der Coating (...). Insgesamt hält der Senat es nach der Beweisaufnahme für nahe liegend, dass die Coating-Schäden durch die Applikation der Coating und nicht durch Verunreinigungen der Ladung bzw. durch schnellen Ladungswechsel entstanden sind. Es mag zwar sein, dass die einzelnen Umstände, die durch den Privatgutachter D. und die gerichtlichen Sachverständigen M. und Mü. geschildert werden, nicht im eigentlichen Sinne zwingend sind. Es ist aber festzustellen, dass es viele Indizien gibt, die für eine fehlerhafte Applikation sprechen (Schadensbild, Schwierigkeiten bei der Applikation, unzureichende Dokumentation der einzelnen Arbeitsschritte), während es keine belastbaren Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Ladung (bzw. deren Verunreinigung bzw. der Ladungswechsel) schadensursächlich war. Es kann offenbleiben, ob angesichts der Gesamtbetrachtung aller Umstände sogar davon ausgegangen werden kann, dass die Beklagten den Gegenbeweis erbracht haben, dass schadensursächlich (im Sinne einer „causa proxima“) die fehlerhafte Applikation der Coating war. Jedenfalls hat die Klägerin den Beweis nicht erbracht, dass der Schaden auf einer versicherten Gefahr beruht, also nicht



bereits vor dem Transport der Chemikalien ein Mangel vorlag, der zwangsläufig zu den später sichtbar gewordenen Schäden führen musste. Dass die Ladungen (die Chemikalien) wegen der Schwächung der Coating möglicherweise einen Angriffspunkt hatten und deshalb mitursächlich für den Schaden gewesen sein können, spielt keine Rolle. Schon die vom Sachverständigen gewählte Formulierung „möglicherweise“ zeigt, dass insoweit ein Beweis nicht gelungen ist. Zum anderen würde eine solche bloße Mitursächlichkeit nicht ausreichen. Eine mangelfreie Coating hätte den Chemikalien standhalten müssen. Wenn der Schaden die notwendige Folge des vorvertraglichen oder nicht versicherten Gefahrereignisses ist, haftet der Versicherer nicht (Ritter/Abraham, a. a. O., § 28, Rn. 30; vgl. Enge, a. a. O., Abschnitt 2.1.2, Überschrift Kausalzusammenhang, S. 54 unten Ziff. 1).

Die Zulassung der Revision war nicht geboten. Wie sich aus den Gründen ergibt, sieht sich der Senat insbesondere hinsichtlich der Beweislast in Übereinstimmung mit den einschlägigen Kommentaren. Die reine Beweiswürdigung betrifft nur den Einzelfall.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 6. Zivilsenats des OLG Hamburg

BGH-Pressmitteilung Nr. 167/2013 vom 9.10.2013

Bundesgerichtshof hebt Verurteilung und Unterbringungsanordnung gegen Nachstellungstäter auf

Das Landgericht Dortmund hat den 27jährigen Angeklagten u. a. wegen Nachstellung („Stalking“), Körperverletzung, Bedrohung und versuchter Nötigung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet.

Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der Angeklagte die Geschädigte im Urlaub kennengelernt und ihr, nachdem sie keine Beziehung mit ihm eingehen wollte, sowie ihren Eltern und ihrem Lebensgefährten über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr zahlreiche unerwünschte Nachrichten übersandt, die zum Teil mit massiven Drohungen versehen waren. In einem Fall kam es auch zu einer Sachbeschädigung am Elternhaus der Geschädigten. Die Betroffenen litten infolge des Verhaltens des Angeklagten an Schlafstörungen, Angstzuständen sowie Albträumen und schränkten ihre Lebensgestaltung ein.

Das Landgericht hat das Verhalten des Angeklagten nicht nur als Nachstellung, sondern – tateinheitlich – u. a. auch als Körperverletzung zum Nachteil sämtlicher Betroffenen beurteilt. Es hat zudem angenommen, dass von dem Angeklagten, bei dem eine Borderline-Persönlichkeitsstörung sowie ein erheblicher Alkohol- und



Betäubungsmittelmissbrauch festgestellt wurden, mit hoher Wahrscheinlichkeit weitere erhebliche Taten zu erwarten seien, weshalb er in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht werden müsse.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat das Urteil auf die Revision des Angeklagten aufgehoben und die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen, weil die Verurteilung wegen Körperverletzung nicht tragfähig begründet war. Er hat außerdem wegen der Dauer der vom Angeklagten bereits erlittenen Untersuchungshaft unter Aufhebung des Haftbefehls dessen unverzügliche Freilassung angeordnet (Beschluss vom 18. Juli 2013 – 4 StR 168/13).

Im Hinblick auf die wegen der umfassenden Urteilsaufhebung neu zu treffende Entscheidung über die Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus hat der Senat darauf hingewiesen, dass sich die prognostizierte Gefährlichkeit im Sinne von § 63 StGB auf Delikte beziehen muss, die mindestens der mittleren Kriminalität zuzurechnen sind, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Bei Taten der Nachstellung im Sinne von § 238 StGB, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von nur drei Jahren bedroht sind, ist dies, wenn sie nicht mit aggressiven Übergriffen einhergehen, nicht ohne weiteres zu bejahen.

Impressum

Gemeinsames Beiblatt (GmBBI), Online-Ausgabe: www.gmbbl.de, Zitat: gmbbl, Jahr und Seite.

Herausgeber und Redaktion (verantwortlich): Ulrich von Schoenebeck M. A., Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn.

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn, Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. AG Bonn HRB 9247, USt-IdNr.: DE 214 351 085. Telefon 02 28 / 47 63 78, Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de>, e-mail: info@prewest.de.

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreise auf Anfrage.

Satz und Druckvorbereitung: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6, 41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 51 / 58 83 28 38, Telefax 0 21 33 / 22 04 29, ISDN 0 21 33 / 22 04 32, e-mail: kontakt@kluth-dtp.de, Internet: www.kluth-dtp.de. plainText KG Büro für Unternehmenskommunikation, Markus Lemke, 53177 Bonn, www.plaintext.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss, Telefon 0 21 31 / 1 24 74-0, Telefax 0 21 31 / 1 24 74-20, e-mail: kontakt@koch-druckerei.de, www.koch-druckerei.de

Vorgesehene Erscheinungsweise der Online-Ausgabe: monatlich, nach Bedarf.

Zukünftige Erscheinungsweise und Preis einer Druckausgabe sind nachfrageabhängig.

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder.

Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind frei von entgegenstehenden Rechten Dritter an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Verbreitung und zur Veröffentlichung in Printmedien und online, zur Digitalisierung und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie auf Datenträger, sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Verarbeitung auch zu gewerblichen Zwecken.

Ausdruck zu Zwecken des Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe, Mikroverfilmung und Aufnahme in Datenbanken, ähnliche Einrichtungen und auf Datenträger aller nicht amtlichen, geschützten Werke sind nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet.