



## Editorial

## Liebe Kolleginnen und Kollegen,

anlässlich unseres diesjährigen Sommerfestes (Bilder im Innenteil) konnte ich den Schirmherrn, unseren Justizminister, davon überzeugen, dass dies doch die viel schönere Aufgabe sei, als sein Nebenamt als MP ... Er bevorzugte zwar nach eigenem Bekunden vor allem anderen die Position des Botschafters des deutschen Bieres, doch das war ja schon 2004 (wen's interessiert: <http://www.brauer-bund.de/bier-ist-deutschland/botschafter-des-bieres.html>); was im Sommer noch nicht bekannt war, das sind die jüngsten Spekulationen um die 5 vakanten Stellen am BVerfG. Pünktlich zur 5. Jahreszeit, wenn der Richterwahlausschuss am 11.11.2010 tagt, wissen wir mehr.

Über dieses und anderes austauschen können wir uns dann anlässlich unseres traditionellen Gänseessens am 26.11.2010. Es war so schnell wie noch keines

zuvor ausgebucht, lag es am stetig wachsenden Interesse, am kulturellen Beiprogramm, das sich mittlerweile herumgesprochen hat, oder im speziellen am interessanten Künstler in diesem Jahr? Er ist schwierig für den Vorstand, dies vorher einzuschätzen, denn nichts ist ungemütlicher, als in einem zu großen Raum mit zu wenigen Leuten zu sitzen. Vielleicht wagen wir es nächstes Jahr mit einem größeren Saal.

Bis dahin können Sie sich einweilen trösten mit dem sehr instruktiven Langaufsatz in diesem Heft zur Erledigung der Hauptsache bei erstmaliger Erhebung der Einrede der Verjährung im Prozess – und damit einhergehenden Kostenfolgen.

Olaf Jaeger  
(Präsident)

## Inhaltsverzeichnis

### Herzlich willkommen

Seite 2

### Praktikertipp

Erfolgreich erhobene Einrede der Verjährung

Seite 3

### juris PraxisReport

Steuerrecht

Seite 9

### juris PraxisReport

Steuerrecht

Seite 10

### Aktuelles

Impressionen vom Sommerfest 2010

Seite 12

### juris PraxisReport

Arbeitsrecht

Seite 13

### juris PraxisReport

Familienrecht

Seite 15

### Aktuelles

Dank für Typisierungsaktion

Seite 18

### Kleinanzeigen / impressum

Seite 19

### Aktuelles

DKV – Deutsche Krankenversicherungs AG

Seite 20

*Wir freuen uns, weitere Kolleginnen  
und Kollegen begrüßen zu dürfen:*



Radina Aleksandrova  
Großherzog-Friedrich-Str. 40  
66111 Saarbrücken



Alexander Hecken  
Juchem-Straße 24  
66571 Eppelborn



Joachim Oesterling  
Kaiserstraße 25 a  
66111 Saarbrücken



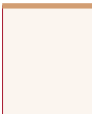
Michael Bach  
Faktoreistraße 4  
66111 Saarbrücken



Martin Hlawon  
Feldmannstraße 121  
66119 Saarbrücken



Dominik Petrelli  
Hauptstraße 131  
66773 Schwalbach



Patrick Bauer  
Wallerfanger Str. 68  
66780 Rehlingen-Siersburg



Björn Krug  
Faktoreistraße 4  
66117 Saarbrücken



Georg Sauber  
Bahnhofstraße 10-14  
66606 St. Wendel



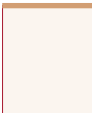
Peter Beck  
Nell-Breuning-Allee 6  
66115 Saarbrücken



Christiane Moll  
Ottweiler Straße 48  
66113 Saarbrücken



Barbara Schamma  
Ensheimer Straße 113  
66386 St. Ingbert



Dr. Sandra Dörr  
Dürerstraße 8  
66424 Homburg



Volker Müller  
Talstraße 12  
66117 Saarbrücken



Christopher Weis  
Miller Straße 2  
66538 Neunkirchen



Christian Gintzel  
Nell-Breuning-Allee 6  
66115 Saarbrücken



Konstantin Nowak  
Silberherzstraße 22-24  
66740 Saarlouis



## AUSBILDUNG IN FAMILIENMEDIATION

(anerkannt von der Psychotherapeutenkammer & der Rechtsanwaltskammer)

Öffentliche Präsentation am 31. Oktober 2010, 15-18 Uhr.

Ort wird bekanntgegeben.

Der nächste interdisziplinär geleitete Ausbildungskurs in Familienmediation gemäß der Europäischen Charta für Mediation beginnt im Herbst 2010.

Der Kurs umfasst 7 Wochenendseminare (Freitag 16 Uhr bis Sonntag 13 Uhr) mit 140 Stunden.

Der Kurs ist für Rechtsanwälte und psychologische Psychotherapeuten als Fortbildung anerkannt.

**Die Kosten betragen insgesamt 3.500 € + Umsatzsteuer. Anmeldefrist: 30.09.2010**

Weitere Informationen erhalten Sie unter: [Michael.Antes@t-online.de](mailto:Michael.Antes@t-online.de) | Tel.: 06831-43666

## Die erstmals im Rechtsstreit erfolgreich erhobene Einrede der Verjährung führt zur Erledigung der Hauptsache. Wer trägt die Kosten des Verfahrens?

RA Thomas Berscheid |  
Saarbrücken |  
FA für Versicherungsrecht

Nicht wenige Erfolg versprechende Klagen scheitern daran, dass sich der Beklagte im Rechtsstreit (erstmalig oder erneut) auf die Einrede der Verjährung beruft und sein Leistungsverweigerungsrecht nach § 214 BGB geltend macht. Greift die Verjährungseinrede (richtig berechnet unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Hemmungszeiträume pp.) durch, ist der betroffene Klageanspruch selbst grundsätzlich nicht mehr zu retten.

Ein aktuelles Urteil des BGH vom 27.01.2010, vielfach abgedruckt, u.a. in NJW 2010, 2422 ff., gibt Veranlassung zur näheren Untersuchung, ob der Kläger und sein Prozessbevollmächtigter trotz des Misserfolges in der Hauptsache wenigstens die Kostenlast vermeiden oder zumindest minimieren können dadurch, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt wird.

### I.

Nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist die Fallkonstellation, dass der Beklagte sich bereits vorprozessual auf die Verjährungseinrede berufen hat. Riskiert der Kläger gleichwohl eine Klageerhebung, gibt es für ihn keine Möglichkeit, die vollständige Kostenlast zu vermeiden.

Diskutiert wird daher lediglich die Konstellation, dass der Beklagte

sich erstmals im Prozess auf die Verjährungseinrede beruft, obwohl diese bereits vor Rechtshängigkeit hätte erhoben werden können.

Zwar mag es in durchaus seltenen Fällen einmal vorkommen, dass Verjährung erst im Laufe eines Rechtsstreits eintritt. Vorstellbar ist dies wohl nur im Falle des § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB, also dann, wenn die Verjährungshemmung eines rechtzeitig eingeleiteten Klageverfahrens durch Nichtbetreiben des Rechtsstreits endet und daraufhin die Verjährungseinrede mit Erfolg erhoben wird. Auf die kostenmäßigen Konsequenzen wird unten kurz einzugehen sein.

Erhebt der Beklagte im Prozess die Verjährungseinrede, muss der Klägervertreter selbstverständlich prüfen, ob sie tatsächlich durchgreift. Dabei muss er im Auge behalten, dass jedenfalls bei allen kenntnisabhängigen Verjährungsfristen wie insbesondere der Regelverjährungsfrist des § 199 BGB die Vortrags- und Beweislast für den Fristbeginn beim Beklagten liegt. Umgekehrt stehen verjährungshindernde Umstände wie insbesondere die Hemmung, speziell durch Verhandlungen im Sinne von § 203 BGB, zur Vortrags- und Beweislast des Gläubigers.

Ergibt diese Prüfung Chancen, die Verjährungseinrede erfolgreich zu bekämpfen, ist der Rechtsstreit regelmäßig mit diesem Ziel fortzusetzen. Diese Selbstverständlichkeit soll vorliegend nicht weiter ausgeführt werden.

Wird umgekehrt jedoch erkannt, dass die Verjährungseinrede Erfolg haben wird, stellt sich automatisch die Frage nach dem weiteren Procedere.

- Grundsätzlich falsch ist in dieser Situation die aussichtslose Fortführung des Rechtsstreits, die außer weiteren Kosten zu Lasten des Klägers nichts mehr bringen kann. Nach den Erfahrungen des Verfassers ist dies gleichwohl die häufigste Reaktion der Klägerseite auf die erfolgreich erhobene Verjährungseinrede. Eine Haftung des Klägeranwaltes für die entstehenden und bei richtigem Procedere vermeidbaren Mehrkosten ist jedenfalls nicht von der Hand zu weisen.

- Nahe liegend ist es hingegen, in aussichtslosen Fällen zum frühestmöglichen Zeitpunkt die Klagerücknahme zu erklären, was allerdings nach § 269 Abs. 3 ZPO automatisch zur Kostenbelastung der Klagepartei führt. Immerhin kann auf diese Weise verhindert werden, dass weitere Anwaltsgebühren anfallen. Auch reduziert sich bei vollständiger Klagerücknahme die Gerichtskostenbelastung auf eine Gebühr (GKG KV Nr. 1211).

### II.

Seit Jahrzehnten wird in Rechtsprechung und Literatur kontrovers die Frage diskutiert, ob die nachträglich, also erstmals im Prozess erhobene Verjährungseinrede zur Hauptsacheerledigung führt, obwohl die Verjährung bereits zuvor eingetreten war. Von Interesse ist diese Fragestellung jedoch nur dann, wenn dies zu kostenmäßigen Konsequenzen

zugunsten des Klägers führen kann.

Der Verfasser dieser Zeilen erwartet, dass diese Frage im Hinblick auf die hier erörterte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.01.2010 wiederum an Bedeutung gewinnt. Der Bundesgerichtshof hat nunmehr im Sinne der schon bisher überwiegenden Meinung entschieden, dass die erstmals im Prozess erhobene Verjährungseinrede ein die Hauptsache erledigendes Ereignis darstellt. Insoweit ist die bisherige Streitfrage daher für die Praxis geklärt.

Zutreffend hat der BGH erkannt, dass nicht der Ablauf der Verjährungsfrist, sondern erst die Geltendmachung der entsprechenden Einrede dazu führt, dass der betroffene Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden kann. Obwohl der Verjährungseinrede eine gewisse Rückwirkung nicht abgesprochen werden kann, weil z.B. auch Nebenforderungen wie insbesondere Zinsen nicht mehr durchgesetzt werden können, hat der bloße Ablauf der Verjährungsfrist grundsätzlich keine Rechtswirkung. Erst die tatsächlich erhobene Verjährungseinrede bewirkt das dauerhafte Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners. Aus eben diesem zwingenden Grund hat der BGH festgestellt, dass erst die tatsächlich erhobene Einrede das Ereignis darstellt, welches zur Hauptsacheerledigung führt.

Zur Stützung dieser Argumentation bezieht sich der BGH maßgeblich auch auf seine frühere Rechtsprechung zur (ebenfalls bejahten) Frage, ob sich die Hauptsache auch erledigt durch die erstmals im Prozess erklärte Aufrechnung

des verklagten Schuldners, obwohl die maßgebliche Aufrechnungslage schon vor Rechtshängigkeit bestand (vgl. BGH NJW 2003, 3134).

Insgesamt erscheint die Entscheidung des BGH einleuchtend und schlüssig.

Positiv beantwortet ist hiermit allerdings lediglich die grundsätzliche Frage, ob die erstmals im Prozess erhobene Verjährungseinrede ein Ereignis darstellt, welches zur Hauptsacheerledigung führt, vorausgesetzt, die Klage war bis dahin zulässig und begründet. Nicht beantwortet ist damit jedoch die wesentlich spannendere Frage, welche kostenmäßigen Konsequenzen damit verbunden sind.

Hier ist zunächst zu unterscheiden zwischen der übereinstimmenden Erledigungserklärung einerseits und der einseitig bleibenden Erledigungserklärung nur des Klägers andererseits.

### III.

Bleibt die Erledigungserklärung des Klägers einseitig, führt dies nach praktisch unbestrittener Auffassung dazu, dass sie in einen Feststellungsantrag umzudeuten ist, wonach sich die Hauptsache aufgrund der Verjährungseinrede erledigt hat. Das Gericht prüft daher, ob die Klage bis zur Verjährungseinrede zulässig und begründet war und ob sie (nur) durch die Verjährungseinrede unbegründet geworden ist.

Dieses Verfahren erweist sich häufig als völlig unökonomisch. Obwohl der Sache nach nur noch um die Kosten gestritten wird, ist das Gericht gezwungen, die Beweis-

aufnahme durchzuführen, notfalls gar ein Sachverständigengutachten einzuholen mit allen kostenmäßigen Konsequenzen. Auch dies soll vorliegend nicht vertieft werden.

Hat der (umgedeutete) Feststellungsantrag Erfolg, trägt der Beklagte die Kosten des Rechtsstreits; wird er demgegenüber abgewiesen, fallen die Kosten dem Kläger zur Last. Diese Kostenentscheidungen beruhen wie üblich auf § 91 ZPO.

Sinnvoll ist diese Art der Prozessführung und -beendigung jedoch allenfalls in Ausnahmefällen, insbesondere dann, wenn der Beklagte mit hinreichender Aussicht auf Erfolg geltend machen kann, dass der Klageanspruch auch ohne die Verjährungseinrede abzuweisen war. Nur diese Konstellation hatte der BGH in der besprochenen Entscheidung zu beurteilen. Der umgedeutete Feststellungsantrag wurde abgewiesen, weil der BGH im Gegensatz zur Vorinstanz (Landgericht Halle) zutreffend erkannt hatte, dass der Klageanspruch nicht nur verjährt, sondern von vorneherein unschlüssig war.

Wäre die Klage demgegenüber bis zur Verjährungseinrede zulässig und begründet gewesen, hätte die gesamte Kostenlast für drei Instanzen den dortigen Beklagten getroffen, da dieser mit seinem Klageabweisungsantrag unterlegen wäre (§ 91 ZPO). Insoweit enthält die Entscheidung keinerlei neue Erkenntnisse und Gesichtspunkte. Jedenfalls müssen sich der Beklagte und sein Anwalt im Einzelfall genau überlegen, ob ein Widerspruch gegen die einseitige Erledigungserklärung durch den Kläger sinnvoll ist.

## IV.

Regelmäßig wird sich der Beklagte der Erledigungserklärung jedoch anschließen. Die übereinstimmende Erledigungserklärung hat zur Konsequenz, dass das Gericht lediglich noch im Beschlusswege über die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden hat, und zwar nach § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO „unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen“.

Nach welchen Maßstäben diese Kostenentscheidung zu erfolgen hat, ist in Rechtsprechung und Literatur höchst umstritten. Für die hier erörterte Frage der Erledigung der Hauptsache durch Verjährungseinrede wird der Rechtsanwender (Richter oder Anwalt) von der maßgeblichen Kommentarliteratur im Wesentlichen im Stich gelassen.

Das hier besprochene BGH-Urteil vom 27.01.2010 gibt allenfalls beiläufig Hinweise auf die kostenmäßigen Konsequenzen seiner Erkenntnis, dass die Verjährungseinrede zur Hauptsacheerledigung führt. So weist der BGH – vollauf zutreffend – in Rz. 30 a.E. darauf hin, dass Billigkeitsgesichtspunkte für die Frage, ob und aus welchem Grund die Hauptsache erledigt ist, keine Rolle spielen. Billigkeitsgesichtspunkte können vielmehr lediglich im Rahmen einer nach billigem Ermessen zu treffenden Kostenentscheidung nach § 91a ZPO Bedeutung erlangen, vorausgesetzt, der Beklagte schließt sich der klägerischen Erledigungserklärung an. Bedauerlicherweise, jedoch konsequent, enthält die Entscheidung des BGH keinerlei Ausführungen dazu, welche Billigkeitserwägungen hierbei eine Rolle spielen und wie daher

die Kostenentscheidung nach § 91a ZPO in den hier diskutierten Fällen auszufallen hat.

Nach der persönlichen Überzeugung des Verfassers sind die nachfolgend wiedergegebenen Erwägungen maßgeblich:

Nach dem Gesetzeswortlaut ist der bisherige Sach- und Streitstand lediglich „zu berücksichtigen“, jedoch nicht alleine ausschlaggebend.

Ergibt die vom Gericht anzustellende Überprüfung, dass die Klageforderung nach bisherigem Sach- und Streitstand unbegründet, insbesondere un schlüssig war, dann muss schon aus diesem Grunde die gesamte Kostenlast den Kläger treffen. Dies leuchtet auch ohne weiteres ein, weil der Kläger in dieser Konstellation auch ohne die Verjährungseinrede unterlegen wäre mit der Folge der kostenpflichtigen Klageabweisung (§ 91 ZPO). Diese zwangsläufige Kostenkonsequenz beruht somit nicht auf Billigkeitserwägungen.

Für die nachstehenden Überlegungen soll jedoch unterstellt werden, dass sich die Klageforderung nach summarischer Überprüfung ohne die Verjährungseinrede als zulässig und begründet erwiesen hätte.

Hier war und ist hochumstritten, ob die Kostenentscheidung nach § 91a ZPO nun zu Lasten des Klägers bzw. zu Lasten des Beklagten zu erfolgen hat oder ob die Kosten angemessen zu verteilen sind. Für alle erwähnten Varianten wurden in Rechtsprechung und Literatur durchaus beachtliche Argumente angeführt, mit denen sich der BGH allerdings bislang nicht auseinandersetzen hatte.

Für eine vollständige Kostenfreistellung des Klägers wurde insbesondere geltend gemacht, dass sein Anspruch erst durch die erstmals im Prozess erhobene Verjährungseinrede undurchsetzbar wurde, während er bis dahin zulässig und begründet war. Da somit erst die Verjährungseinrede die fehlende Durchsetzbarkeit der Klageforderung herbeiführe, entspreche es billigem Ermessen im Sinne von § 91a ZPO, die Kosten des Rechtsstreits der beklagten Partei aufzuerlegen, und zwar insgesamt (so insbesondere Peters in NJW 2001, 2289 ff.).



GOURMETRESTAURANT  
AM TRILLER

Eine gute Nachricht für alle Feinschmecker in der Region. Küchenchef Sylvain Zapp, ein innovativer Küchenkünstler schmeichelt die Geschmacksnerven seiner Gäste mit kreativen Symbiosen der französischen und mediterranen Bioküche.



Trillerweg 57 | 66117 Saarbrücken,  
Tel. +49 681-58000-0 | Fax 58000-303  
[www.hotel-am-triller.de](http://www.hotel-am-triller.de)  
[info@hotel-am-triller.de](mailto:info@hotel-am-triller.de)

Nach Überzeugung des Verfassers dieser Zeilen ist die Auffassung von Peters indessen unrichtig.

Der Schuldner, der sich mit Erfolg auf die Einrede der Verjährung beruft, macht von einer vom Gesetzgeber vorgegebenen Rechtsverteidigungsmöglichkeit erfolgreich Gebrauch. Das Rechtsinstitut der Verjährung dient anerkanntermaßen dem Zweck, frühzeitig innerhalb der gesetzlich geregelten Fristen Rechtsfrieden herbeizuführen. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob der Anspruch ohne die Verjährung begründet war oder nicht. Grundsätzlich ist die Berufung auf die Einrede der Verjährung weder anrücklich noch unanständig.

Von daher verbietet es sich nach der Überzeugung des Verfassers von vorne herein, das völlig gesetzeskonforme Verhalten des Schuldners im Prozess dadurch gewissermaßen zu pönalisieren, dass ihm die Kosten des Verfahrens ganz oder auch nur teilweise auferlegt werden.

Im Vordergrund stehen hierbei folgende Überlegungen:

Dass der Schuldner die Verjährungseinrede überhaupt begründet erheben kann, hat seine maßgebliche, regelmäßig sogar ausschließliche Ursache darin, dass der Gläubiger bzw. auch sein Anwalt, meist beide, die vom Gesetzgeber geregelten Verjährungsfristen verstreichen ließen, ohne für ihre rechtzeitige und ausreichende Hemmung Sorge zu tragen.

Demgegenüber hat der beklagte Schuldner nicht im Geringsten Einfluss auf den Ablauf der Verjährungsfrist. Für ihn „arbeitet die Zeit“, seine Position verbessert

sich von Tag zu Tag. Der Appell von Peters an den Schuldner, dieser möge schon vorprozessual an die Verjährung denken, ist daher richtigerweise nicht an den Schuldner, sondern umgekehrt ausschließlich an seinen Gläubiger zu richten.

Die Durchsetzung eigener Forderungen einschließlich der Überwachung laufender (Verjährungs-)Fristen ist grundsätzlich ausschließlich seine Sache, nicht seines Schuldners. Ebenso ist es grundsätzlich seine Sache bzw. diejenige seines Anwaltes, vor Einleitung gerichtlicher Schritte exakt zu überprüfen, ob der beabsichtigten Rechtsverfolgung etwa Verjährungsgesichtspunkte entgegenstehen. Wird dies vom Gläubiger bzw. seinem Anwalt unterlassen, dann kann das Risiko dieser Pflichtwidrigkeit, zumindest Nachlässigkeit, jedenfalls nicht dem Schuldner aufgebürdet werden. Wenn daher der Gläubiger bzw. sein Anwalt nach pflichtgemäß durchgeführter Überprüfung bemerken, dass Verjährung bereits eingetreten ist, wird bei gleichwohl erfolgter Klageerhebung das Kostenrisiko des Rechtsstreits gewissermaßen „sehenden Auges“ eingegangen in der gelegentlich sogar begründeten Hoffnung, der Beklagte werde die Verjährung als Rechtsverteidigungsmöglichkeit nicht bemerken. Es entspricht jedoch keineswegs den Grundsätzen der Billigkeit, das bewusst eingegangene Kostenrisiko nunmehr auf den erfolgreichen Beklagten zu verlagern. Wird die vor Klageerhebung notwendige und vom Klägeranwalt auch geschuldete Überprüfung jedoch pflichtwidrig unterlassen, kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Dabei ist zusätzlich ausschlaggebend, dass es dem Gericht in aller Regel nicht möglich ist zu überprüfen, ob bei

Klageerhebung die Verjährungsfrage geprüft und das Kostenrisiko in Kauf genommen wurde.

Entsprechend verfehlt erscheint dem Verfasser auch die teilweise in der Literatur vertretene Auffassung, wonach es eine entscheidungserhebliche Rolle spielen soll, ob der Kläger(-vertreter) vor Klageerhebung mit der Verjährungseinrede rechnen mußte oder aber nicht. Zum einen lässt sich dies im Nachhinein überhaupt nicht feststellen; zum anderen muss jedoch grundsätzlich jeder Gläubiger immer damit rechnen, dass sein Schuldner nach Klageerhebung – nunmehr selbst ordnungsgemäß anwaltlich beraten – diese Verteidigungsmöglichkeit erkennt und auch tatsächlich wahrnimmt.

Ohnehin könnte allenfalls in seltenen Ausnahmefällen angenommen werden, dass mit der Verjährungseinrede nicht zu rechnen ist. Es handelt sich um solche Fallkonstellationen, bei denen der Schuldner die berechnete Erwartung erweckt, sich ausschließlich sachlich und nicht etwa mit der Verjährungseinrede zu verteidigen. Nach der einschlägigen Rechtsprechung insbesondere auch des BGH führt dies jedoch lediglich dazu, dass dem Gläubiger eine gewisse „Schonfrist“ von wenigen Wochen eingeräumt wird, innerhalb derer sich der Schuldner trotz objektiv eingetretener Verjährung nicht erfolgreich auf die Einrede berufen kann. In diesen Fällen stellt sich das Problem der „Hauptsacheerledigung“ jedoch von vorne herein nicht, weil der Schuldner mit seiner Einrede ja kein Gehör findet.

Im Ergebnis läuft die hier abgelehnte Auffassung von Peters a.a.O.

darauf hinaus, dem Schuldner anzuhinweisen, wegen aller möglicher gegen ihn gerichteter Forderungen permanent von sich aus die Verjährungsfrage zu überprüfen, um dann die Einrede zum frühestmöglichen Zeitpunkt unaufgefordert zu erheben. Ganz abgesehen davon, dass eine derartige Pflicht bzw. auch eine bloße Obliegenheit des Schuldners regelmäßig nicht angenommen werden kann, ist dieser auch nicht in der Lage, von sich aus den Verjährungsbeginn und damit auch den Verjährungsablauf sicher zu beurteilen. Jedenfalls dem Rechtslaien fehlt es an der erforderlichen Rechtskenntnis. Der Schuldner kann auch keineswegs gehalten sein, auf eigene Kosten jeweils an-

waltlichen Rat ohne Kostenerstattungsanspruch im Verjährungsfall in Anspruch zu nehmen, um dann zum frühestmöglichen Zeitpunkt seinem Gläubiger gegenüber die Verjährungseinrede zu erheben.

Schließlich kann auch nicht übersehen werden, dass jedenfalls bei allen kenntnisabhängigen Verjährungsfristen dem Schuldner eine sichere Beurteilung von Verjährungsbeginn und -ablauf schon rein tatsächlich nicht möglich ist. In der Tat weiß der Schuldner regelmäßig nicht, wann sein Gläubiger die für den Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 BGB erforderliche positive Kenntnis davon hat, wann der Anspruch seines Gläu-

bigers entstanden ist und wann dieser von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person seines Schuldners Kenntnis erlangt hat. Erst recht kann der Schuldner nicht ansatzweise beurteilen, wann von einer grob fahrlässigen Unkenntnis seines Gläubigers auszugehen ist, die ebenfalls meist zum Jahresende die Verjährung anlaufen lässt.

Hinzu kommt folgendes:

Würde man dem Schuldner bzw. dessen Anwalt schon vorprozessual tatsächlich zumuten, von sich aus die Verjährungseinrede zu erheben, dann liefe dies in zahllosen Fällen darauf hinaus, die eigene Position grundlos zu schwächen



Sparkassen-Finanzgruppe:  
Sparkassen, SaarLB, LBS und  
SAARLAND Versicherungen

Alt werden lohnt sich.  
Mit der Sparkassen-Altersvorsorge.



Sie können zwar nicht ewig jung bleiben – aber sich aufs Alter freuen. Mit einer Sparkassen-Altersvorsorge entwickeln wir gemeinsam mit Ihnen ein auf Ihre individuellen Bedürfnisse zugeschnittenes Vorsorgekonzept und zeigen Ihnen, wie Sie alle privaten und staatlichen Fördermöglichkeiten optimal für sich nutzen. Vereinbaren Sie jetzt ein Beratungsgespräch in Ihrer Geschäftsstelle oder informieren Sie sich unter [www.sparkasse.de](http://www.sparkasse.de). **Wenn's um Geld geht – Sparkasse.**

und zu gefährden. Häufig ist der Verjährungsablauf nicht nur unter Berücksichtigung des unsicheren Beginns der Frist, sondern auch unter Berücksichtigung von Hemmungszeiträumen, etwa durch Verhandlungen und insbesondere „eingeschlafene“ Verhandlungen (§ 203 BGB) nicht sicher zu beurteilen. Eine in dieser Situation frühzeitig erhobene Verjährungseinrede des Schuldners warnt den Gläubiger und kann dazu führen, dass dieser gerade noch rechtzeitig verjährungshemmende Maßnahmen ergreift, insbesondere durch demnächstige Zustellung (§ 167 ZPO) etwa einer Klage oder eines Mahnbescheids. Der Anwalt des Schuldners, der in dieser Weise potentiell dem Gläubiger hilft, schadet damit dem eigenen Mandanten und müsste schlimmstenfalls mit seiner Inanspruchnahme durch den eigenen Mandanten rechnen. All dies ist schlicht unzumutbar und daher auch keinesfalls geschuldet, auch nicht im Sinne einer Obliegenheit.

Als weiteres Argument für den hier vertretenen Rechtsstandpunkt ist zu berücksichtigen, dass nach ganz überwiegender Auffassung die Verjährungseinrede im Prozess nicht „hilfsweise“ erhoben werden kann. Wird die Einrede geltend gemacht wurde, muss das Gericht sie vorrangig berücksichtigen, bevor es etwa durch weitere Beweisaufnahme die Berechtigung der Klageforderung überprüft. Erkennt das Gericht auf die Verjährungseinrede, hat es die Klage ohne weitere Sachaufklärung abzuweisen.

Im Rahmen einer Kostenentscheidung nach billigem Ermessen gemäß § 91a ZPO bleibt daher häufig/regelmäßig offen, ob und in

welchem Umfange die Klage ohne die Verjährungseinrede Erfolg gehabt hätte. Nach der Überzeugung des Verfassers wäre es jedoch ein höchst unbilliges Ergebnis, auch in dieser Konstellation den Schuldner ganz oder auch nur anteilig mit Kosten zu belasten, obwohl ungeklärt geblieben ist, ob und in welchem Umfange die Klageforderung ohne die Verjährung als solche begründet war. Wollte man dies anders sehen, wäre der Schuldner trotz zweifelsfrei begründeter Verjährungseinrede gezwungen, sich intensiv mit der Klageforderung und den hiergegen bestehenden sonstigen Einwendungen auseinander zu setzen, obwohl es hierauf für die Entscheidung des Gerichts gar nicht mehr ankommen kann.

So entspricht es der Praxis des Verfassers, die Rechtsverteidigung in der Klageerwiderung auf die eingehend ausgeführte Verjährungseinrede zu beschränken, sofern diese eindeutig begründet erscheint. Verbunden wird dies regelmäßig mit der Bitte um einen gerichtlichen Hinweis nach § 139 ZPO für den Fall, dass das Gericht in der Verjährungsfrage eine abweichende Auffassung vertreten sollte. Es erscheint jedenfalls eine höchst überflüssige Schreibearbeit, trotz zweifelsfrei begründeter Verjährungseinrede auf alle sonstigen sachlichen Einwände im Einzelnen vorzutragen, die bei der Entscheidung des Gerichts jedoch keine Rolle spielen.

Zu diskutieren ist allerdings die Frage, ob eine Verpflichtung bzw. Obliegenheit des Schuldners angenommen werden kann, im Rahmen vorprozessualer Verhandlungen im Sinne von § 203 BGB die Einrede der Verjährung zu erheben, falls

diese bereits begründet geltend gemacht werden kann.

Auch diese Frage ist zu verneinen, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger um Abgabe einer befristeten oder unbefristeten Verjährungsverzichtserklärung bittet. In der Praxis werden solche Verzichtserklärungen, die bei tatsächlicher Aufnahme von Verhandlungen wegen § 203 BGB überhaupt nicht erforderlich sind, jedoch lediglich abgegeben mit dem ausdrücklichen Zusatz „soweit die Verjährungseinrede nicht bereits zum Zeitpunkt des Zugangs dieser Erklärung erfolgreich erhoben werden könnte“. Eine weitergehende Erklärung kann kein Gläubiger erwarten. Es ist nach wie vor ausschließlich seine Sache, die eigenen Forderungen vor der Verjährung zu bewahren. Der Schuldner bzw. Schuldneranwalt, der generell auf die Verjährungseinrede verzichtet, riskiert in diesem Falle, die bereits begründete Verjährungseinrede zu verlieren. Von daher stellt es regelmäßig einen Fehler des Schuldners/Schuldneranwaltes dar, die ihm abgeforderte Verjährungsverzichtserklärung ohne den erwähnten Zusatz abzugeben mit der Folge, dass er sich auch auf die bereits eingetretene Verjährung nicht mehr berufen kann. Die Folgen bestehen in möglichen Regressansprüchen gegen den eigenen Anwalt des Schuldners.

Jedenfalls kann der Gläubiger keine weitergehende Erklärung erwarten, als vorstehend wiedergegeben. Es ist dann – erst recht – seine Sache, vor Einleitung weitergehender Schritte mit entsprechenden Kosten zu überprüfen, ob sich der Schuldner mit Erfolg auf

die Verjährungseinrede berufen kann oder nicht.

#### V.

Als Ergebnis der vorstehenden Überlegungen ist daher festzuhalten:

1. Die erstmals im Prozess erhobene Einrede der Verjährung führt nach nunmehr geklärt Rechtslage, BGH vom 27.01.2010, regelmäßig zur Erledigung der Hauptsache.
2. Kommt es daraufhin zu übereinstimmenden Erledigungserklärungen, entspricht es in aller Regel der Billigkeit, den Kläger mit den gesamten Prozesskosten zu belasten, weil ausschließlich er selbst den Eintritt der Verjährung zu verantworten hat.
3. Dem Beklagtenvertreter ist daher dringend anzuraten, einer klägerischen Erledigungserklärung regelmäßig nicht zu wider-

sprechen, sich ihr vielmehr anzuschließen, es sei denn, die Klage erweist sich auch aus sonstigen Gründen als abweisungsreif.

4. Auf der Grundlage dieser Rechtsauffassung bringt die besprochene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.01.2010 dem Gläubiger keine Kostenvorteile. Die „Flucht in die Erledigung der Hauptsache“ lohnt daher nicht.
5. Die vorstehend angestellten Billigkeitserwägungen führen im Übrigen dazu, dass auch bei einer erst im Prozess eingetretenen Verjährung die Kostenlast den Kläger treffen muss. Auch hier hat es ausschließlich der Kläger zu vertreten, dass seine rechtzeitig geltend gemachte Forderung infolge der Nichtbetreibung des Verfahrens verjährt. Dem Schuldner kann keineswegs angesonnen werden, im Interesse seines Gegners ver-

jährungsschädlich tätig zu werden bzw. auf die Einrede selbst zu verzichten.

6. Bei zweifelsfrei durchgreifender Verjährungseinrede liegt die richtige, kostensparende Reaktion des Klägersvertreters in der unverzüglichen Klagerücknahme.

#### VI.

Vorstehend wurde lediglich die persönliche Auffassung des Verfassers begründet und dargestellt. Es ist zu erwarten, dass im Anschluss an die besprochene Entscheidung häufiger die „Flucht in die Hauptsacheerledigung“ angetreten wird.

Der Verfasser wäre allen Lesern dankbar, zur gegebenen Zeit über gerichtliche Kostenentscheidungen, insbesondere der saarländischen Gerichte unterrichtet zu werden

(Kontakt: [tberscheid@web.de](mailto:tberscheid@web.de))

### juris PraxisReport: Steuerrecht

## Verjährungsunterbrechende Maßnahmen nach § 231 AO

**Anmerkung zu:** BFH 7. Senat, Urteil vom 23.02.2010 - VII R 9/08  
**Autor:** Adelheid Jäger, Ri'inBFH

Teilt das HZA im AdV-Verfahren mit, von der Vollstreckung des „angefochtenen Verwaltungsakts“ bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens absehen zu wollen, unterbricht dies die Zahlungsverjährung im Allgemeinen auch insoweit, als ein Teilbetrag der festgesetzten Abgabe von vornherein außer Streit war.

### A. Problemstellung

Neben Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Nacherhebung von Einfuhrzoll für Bananen aus Drittländern unter der Regie der sog. Bananenmarktorganisation, die der BFH in einem anderen Verfahren geklärt hat, ging es im Streitfall um die Anforderungen, die an eine verjährungsunterbrechenden Maßnahme des Finanzamtes zu stellen sind.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin hat im August 1995 Bananen aus Ecuador eingeführt und die dafür zu entrichtenden Einfuhrabgaben unter Zugrundelegung eines Zollsatzes von 75 ECU/t berechnet, der nach Maßgabe der Verordnung (EWG) Nr. 404/93 im Rahmen eines Einfuhrkontingents bei Erteilung einer Einfuhrlizenz anzuwenden war, welche die Klägerin jedoch nicht besaß. Das Hauptzollamt X hat deshalb in der Ansicht, es sei der Drittlandszollsatz von 822 ECU/t

anzuwenden, die Einfuhrabgaben auf rund 2.550.000 DM durch den in diesem Verfahren angefochtenen Bescheid festgesetzt. Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das Finanzgericht urteilte, der Bescheid finde in Art. 18 VO Nr. 404/93 seine Rechtsgrundlage. Die auf das GATT gestützten Einwände gegen die Regelung und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH ließ es nicht gelten, zumal es sich bei der Vorschrift nicht um einen ausbrechenden Rechtsakt handele, der nach der Rechtsprechung des BVerfG aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht angewandt werden dürfe. Auch sei hinsichtlich des Teilbetrages, der auch unter Berücksichtigung des zugestandenen Zollsatzes geschuldet war, keine Zahlungsverjährung eingetreten; denn die Verjährungsfrist sei dadurch unterbrochen worden, dass das Hauptzollamt (HZA) der Klägerin mit einem Schriftsatz im Verfahren wegen Aussetzung der Vollziehung (AdV) bekanntgegeben habe, dass vor Bestandskraft des Bescheids keine Zahlung gefordert werde. Der BFH wie die Revision zurück. Auf die Einfuhren sei mangels entsprechender Einfuhrlicenzen der für Bananen geltende Drittlandzollsatz nach Maßgabe der Regelungen der VO Nr. 404/93 anzuwenden. Zur Begründung verwies er auf das zwischen den Beteiligten ergangene Urteil VII R 8/08 vom gleichen Tag (BFH, Urt. v. 23.02.2010 - VII R 8/08). Das Finanzgericht habe auch zu Recht erkannt, dass die Einfuhrabgabenschuld der Klägerin nicht teilweise, nämlich in Höhe des nicht streitigen Betrages, der sich bei Anwendung des Kontingentzollsatzes ergibt, infolge Zahlungsverjährung gemäß § 232 AO erloschen ist, weil die Frist des § 228 AO durch das Schreiben des HZA in dem AdV-Verfahren gemäß § 231 Abs. 1 AO unterbrochen worden sei.

### C. Kontext der Entscheidung

Bei dem Rechtsstreit handelt es sich um ein Parallelverfahren zur Sache VII R 8/08, in der der BFH am gleichen Tag unter Berufung auf die EuGH-Rechtsprechung entschieden hat, dass Zollbeteiligte sich gegenüber der VO Nr. 404/93 nicht auf einen Anwendungsvorrang des GATT berufen könnten, selbst wenn sie mit diesem unvereinbar sein sollte, und ihrer Anwendung deutsches Verfassungsrecht nicht entgegenstehe (vgl. PR-SteuerR 30/2010, Anm. 6, Jäger).

Wegen der verjährungsunterbrechenden Wirkung, die § 231 Abs. 1 Satz 1 AO u.a. bestimmten Willenserklärungen der Finanzbehörde beimisst, aus denen sich deren Absicht klar ergibt, die Steuerforderung durchzusetzen, bezieht sich der BFH auf den Beschluss vom 10.11.2003 (VII B 342/02 - BFH/NV 2004, 315). Danach kann eine einseitige Erklärung des HZA, von Maßnahmen zur Durchsetzung seines Anspruchs einstweilen absehen zu wollen, genügen, etwa die schriftliche Geltendmachung des Anspruchs, aber auch die Gewährung von Vollstreckungsaufschub.

Auch was das Erfordernis der Wirkung der Erklärung nach außen angeht, bewegt sich die Entscheidung auf ausgetretenen Pfaden: Zuletzt hat der BFH mit Urteil vom 28.11.2006 (VII R 3/06 - BFHE 216, 4 = BStBl II 2009, 575) rein innerdienstlichen Maßnahmen der Behörde die Unterbrechungswirkung abgesprochen, weil für den Betroffenen nicht mit der erforderlichen Klarheit feststellbar ist, ob der Zahlungsanspruch durch Verjährung erloschen ist oder ob die Leistungspflicht weiter besteht.

Vor diesem Hintergrund kann es nicht verwundern, dass der BFH einem Schriftsatz, in dem das HZA im AdV-Verfahren zwischen den nämlichen Beteiligten und bezüglich des nämlichen Bescheides erklärt, von der Vollstreckung des angefochtenen Bescheids bis zum Verfahrensabschluss absehen zu wollen, die nötige Klarheit eines bloßen Vollstreckungsaufschubs nicht abspricht.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Aussage der Entscheidung ist klar: Wenn das Finanzamt sich für den Verfahrensbeteiligten erkennbar dahin äußert, dass es im Hinblick auf das laufende Verfahren auf die Durchsetzung eines durch angefochtenen Bescheid festgesetzten Anspruchs verzichtet, kann dieser sich weder darauf berufen, dass die Erklärung nicht an ihn direkt adressiert ist, noch dass sie sich nur auf den angefochtenen Teil des Anspruchs bezieht. Spitzfindigen Auslegungen erteilt der BFH gegenüber einer nach dem allgemeinen Sprachverständnis und bei ordnungsmäßiger Verwaltungsführung naheliegenden Deutung eine Absage.

**Fundstelle:** jurisPR-SteuerR 31/2010 Anm. 2  
**Erstveröffentlichung:** 02.08.2010

## Ablaufhemmung nach § 171 Abs. 9 AO bei strafbefreiender wirksamer Selbstanzeige

**Anmerkung zu:** BFH 10. Senat, Urteil vom 21.04.2010 - X R 1/08  
**Autor:** Silvia Schuster, Ri'inBFH

Die Ablaufhemmung nach § 171 Abs. 9 AO beginnt, wenn die angezeigte Steuerverkürzung dem Grunde nach individualisiert werden kann, der Steuerpflichtige also Steuerart und Veranlagungszeitraum benennt und den Sachverhalt so schildert, dass der Gegenstand der Selbstanzeige erkennbar wird.

### A. Problemstellung

In Fällen der Steuerhinterziehung beträgt die Festsetzungsverjährung zehn Jahre. Erstattet ein Steuerpflichtiger vor Ablauf dieser Festsetzungsfrist Selbstanzeige, endet die Festsetzungsfrist nicht vor Ablauf eines Jahres nach Eingang der Anzeige (§ 171 Abs. 9 AO). Der BFH hatte zu entscheiden, ob nur eine

Selbstanzeige, welche die Voraussetzungen des § 371 Abs. 1 AO für die strafbefreiende Wirkung erfüllt, zur Ablaufhemmung nach § 171 Abs. 9 AO führt.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im November 1998 erhielt das Finanzamt ein Schreiben des

Klägers, das im Betreff als „strafbefreiende Selbstanzeige nach § 371 AO“ überschrieben war. In dem Schreiben wurde u.a. ausgeführt, dass Festsetzungsverjährung für die Veranlagungen ab 1987 noch nicht eingetreten sei. Wegen fehlender Unterlagen könnten keine genauen Angaben über die nicht erklärten Einnahmen gemacht werden, doch dürften die jährlich nicht versteuerten Zinsen in den strafrechtlich relevanten Jahren bis zu 130.000 DM betragen haben. Das Finanzamt bestätigte den Eingang der Selbstanzeige und bat, bis 31.12.1998 konkrete Nachweise beizubringen. Wegen weiterhin fehlender Belege schätzte das Finanzamt die hinterzogenen Steuern und änderte im Mai bzw. Oktober 1999 den Einkommen- und den Umsatzsteuerbescheid 1987. Anders als das FG Düsseldorf (Urt. v. 29.11.2007 - 16 K 458/05 E,G,U) folgte der BFH nicht der Rechtsauffassung des Klägers, im Zeitpunkt des Erlasses der Änderungsbescheide sei bereits Festsetzungsverjährung eingetreten. Der BFH führte aus:

Maßgeblich für den Beginn der Ablaufhemmung nach § 171 Abs. 9 AO sei, dass der Steuerpflichtige den entsprechenden Lebenssachverhalt so aufdecke, dass das Finanzamt in die Lage versetzt werde, insoweit seiner Ermittlungspflicht nachzukommen. Erfülle der Steuerpflichtige dann seine weiterhin bestehenden Mitwirkungspflichten nicht, könne die Finanzbehörde die Besteuerungsgrundlagen, auf die sich die „Selbstanzeige“ des Steuerpflichtigen beziehe, notfalls auch schätzen. Angesichts der gesetzgeberischen Intention, durch die Ablaufhemmung zu erreichen, dass Sachverhalte, auf die sich die Selbstanzeige beziehe, auch tatsächlich bei der Besteuerung berücksichtigt werden können, sei es gerechtfertigt, an eine zur Ablaufhemmung führende Selbstanzeige geringere Anforderungen zu stellen als an eine die Straffreiheit bewirkende Selbstanzeige. Ausreichend für den Beginn der Ablaufhemmung nach § 171 Abs. 9 AO sei daher, dass die angezeigte Steuerverkürzung dem Grunde nach individualisiert werden könne. Dies setze voraus, dass der Steuerpflichtige Steuerart und Veranlagungszeitraum benenne und den Sachverhalt so schildere, dass der Gegenstand der Selbstanzeige erkennbar werde.

### C. Kontext der Entscheidung

Nach § 371 Abs. 1 AO kommt demjenigen ein persönlicher Strafaufhebungsgrund zugute, der in den Fällen des § 370 AO bei der Finanzbehörde unrichtige Angaben berichtigt, unvollständige ergänzt oder unterlassene Angaben nachholt. Straffreiheit tritt nicht ein, wenn ein Sperrgrund des § 371 Abs. 2 AO vorliegt. Dieser Verzicht auf den Strafanspruch soll für den Steuerhinterzieher einen Anreiz schaffen, von sich aus bislang verheimlichte Steuerquellen durch wahrheitsgemäße Angaben zu erschließen (BGH, Urt. v. 05.05.2004 - 5 StR 548/03 - BGHSt 49, 136). Zudem soll die Rückkehr zur Steuerehrlichkeit honoriert werden (BGH, Beschl. v. 20.05.2010 - 1 StR 577/09 - DStR 2010, 1133). Eine Rückkehr zur Steuerehrlichkeit ist jedoch nur dann gegeben, wenn der Täter vollständige und richtige Angaben – also „reinen Tisch“ – macht. Nur dann tritt Straffreiheit nach § 371 AO ein. Wegen der fehlenden Rückkehr zur voll-

ständigen Steuerehrlichkeit genügt eine Teilselbstanzeige nicht. Berichtigt daher ein Steuerpflichtiger z.B. seine unvollständige Steuererklärung insoweit, als er bislang verschwiegene Zinserträge eines Kontos angibt, verschweigt er aber weitere Konten, liegt keine wirksame Selbstanzeige vor (BGH, Beschl. v. 20.05.2010 - StR 577/09 - DStR 2010, 1133).

Wegen des im Strafverfahren herrschenden Legalitätsprinzips sind die Strafverfolgungsbehörden nach Eingang einer Selbstanzeige grundsätzlich berechtigt und verpflichtet, ein Strafverfahren zum Zwecke der Prüfung der Straffreiheit gemäß § 371 AO einzuleiten (BFH, Urt. v. 29.04.2008 - VIII R 5/06 - BStBl II 2008, 844). Es muss geklärt werden, ob Sperrgründe i.S.d. § 371 Abs. 2 AO für die Wirksamkeit der Selbstanzeige eingreifen. Nur wenn von Anfang an keine Zweifel an der Wirksamkeit einer Selbstanzeige bestehen und die verkürzten Steuern schon nachentrichtet sind, kann von der Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens abgesehen werden (Klein/Jäger, AO, 10. Aufl., § 371 Rn. 27).

Eine erstattete Selbstanzeige stellt keinen Antrag i.S.d. § 171 Abs. 3 AO dar (BFH, Beschl. v. 26.09.1996 - IV R 51/95 - BStBl II 1997, 263; hierzu jurisPR-SteuerR 3/2010 Anm. 1, Steinhoff) und führt daher nicht zu einer Ablaufhemmung nach dieser Vorschrift (FG Bremen, Urt. v. 07.09.2006 - 1 K 69/06 - EFG 2006, 1883).

Der Hemmungstatbestand des § 171 Abs. 9 AO greift nicht, wenn die dort vorgesehene Jahresfrist vor Ablauf der regulären Festsetzungsfrist endet (BFH, Beschl. v. 22.01.1997 - II B 40/96). Auch verdrängt die Regelung grundsätzlich nicht andere Hemmungstatbestände, deren Voraussetzungen vor Ablauf der regulären Festsetzungsfrist verwirklicht wurden (vgl. z.B. BFH, Beschl. v. 14.09.2007 - VIII B 20/07 - BFH/NV 2008, 25). Der Zweck des § 171 Abs. 9 AO besteht allein darin, der Finanzbehörde zu ermöglichen, Steuerfälle auch dann eingehend prüfen und ggf. einen Änderungsbescheid erlassen zu können, wenn die Selbstanzeige in den letzten Monaten vor Ablauf der Festsetzungsfrist eingeht.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Durch die Entscheidung ist geklärt, dass die Ablaufhemmung nach § 171 Abs. 9 AO in dem Zeitpunkt beginnt, in dem die Steuerverkürzung dem Grunde nach individualisiert werden kann, der Steuerpflichtige also Steuerart und Veranlagungszeitraum benennt und den Sachverhalt so schildert, dass der Gegenstand der Selbstanzeige erkennbar wird. Ab dem Eingang der (auch unvollständigen) Selbstanzeige hat die Finanzbehörde ein Jahr Zeit, entsprechende Steuer(änderungs)bescheide zu erlassen. Der zeitliche Rahmen kann durch Steuerfahndungsermittlungen nicht mehr erweitert werden (BFH, Urt. v. 08.07.2009 - VIII R 5/07 - BStBl II 2010, 583).

**Fundstelle:** jurisPR-SteuerR 31/2010 Anm. 2  
**Erstveröffentlichung:** 02.08.2010

# Impressionen vom Sommerfest 2010

12



Wie jedes Jahr haben der Deutsche Richterbund Saar und der SAV ihr gemeinsames „Sommerfest im Hinterhof der Justiz“ veranstaltet, heuer baubedingt in der Hardenbergstrasse. Unter der Schirmherrschaft des saarl. Justizministers waren Richter, Staatsanwälte, Justizangestellte und Rechtsanwälte zum Gedankenaustausch jenseits der Roben-Räume zusammengekommen, es war enger gedrängt als in den Vorjahren, dadurch aber auch intensiver. Der Erlös kam traditionell dem Weißen Ring zugute. Ein besonderer Dank der unermüdlichen OStA a.D. Ute Krämer für ihren Einsatz!



## AGB-Kontrolle bei befristeter Erhöhung der Arbeitszeit

**Anmerkung zu:** LArbG Mainz 11. Kammer, Urteil vom 17.12.2009 - 11 Sa 426/09  
**Autor:** Dr. Antje Ebeling, RA'in und FA'in für Arbeitsrecht

**Die Befristung einer Arbeitszeiterhöhung unterliegt, wenn sie in einem Formular-Arbeitsvertrag vereinbart wird, der Inhaltskontrolle gemäß den §§ 307 ff. BGB. Eine derartige Befristung ist unwirksam, wenn der Arbeitnehmer durch sie entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt wird.**

### A. Problemstellung

Der Kläger war zuletzt in einem unbefristeten Teilzeitarbeitsverhältnis (30 Stunden pro Woche) bei der Beklagten beschäftigt. Die Arbeitszeit wurde wiederholt vertraglich für einen befristeten Zeitraum auf 37,5 Stunden erhöht. Zeitgleich mit der letzten befristeten Arbeitszeitregelung wurde bei der Beklagten auch Kurzarbeit geleistet. Die Beklagte berief sich in dem Verfahren u.a. darauf, dem Kläger die letzte Arbeitszeiterhöhung nur auf Drängen des Betriebsrats und aus rein sozialen Gründen angeboten zu haben. Die Parteien stritten vor diesem Hintergrund um die Wirksamkeit der vorformulierten befristeten Arbeitszeitregelung.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 20.05.2003 als Betriebselektriker beschäftigt. Seit September 2008 wurde er unbefristet mit einer Wochenarbeitszeit von 30 Stunden beschäftigt. Ergänzend zu dem Teilzeitarbeitsvertrag wurden wiederholt „Anlagen“ vereinbart. Nach diesen Anlagen verpflichtete sich der Kläger, jeweils befristet bis zum Jahresende eine wöchentliche Arbeitszeit von 37,5 Stunden zu leisten. Dieses Vertragskonstrukt wendete die Beklagte auch auf weitere 69 Arbeitnehmer an. Ende 2008 bot die Beklagte den 70 Mitarbeitern an, für die Zeit vom 01.01.2009 bis zum 31.03.2009 nochmals 37,5 Stunden pro Woche zu arbeiten und ab dem 01.04.2009 zu der vertraglichen 30-Stunden-Woche zurückzukehren. Alternativ bot die Beklagte an, bereits ab dem 01.01.2009 nur noch 30 Stunden pro Woche tätig zu sein. In dem Angebotsschreiben heißt es unter anderem: „Im vierten Quartal hatten wir einen Umsatzrückgang von 20 % und rechnen auch für das erste Halbjahr 2009 mit Umsatzreduzierungen in dieser Größenordnung ... . Per heute kann jedoch niemand die weitere Entwicklung bei den verschiedenen Fahrzeugen mit der notwendigen Planungssicherheit vorhersehen. ... Unser Betriebsrat hat sich sehr stark dafür eingesetzt, in dieser unsicheren Zeit für Unternehmen und Mitarbeiter nicht zwingend auf die Einhaltung der 30-Std.-Arbeitsverträge zu bestehen. Diesen Argumenten haben wir Rechnung getragen ... .“ Das Schreiben enthielt zwei Optionen, von denen die Arbeitnehmer durch Ankreuzen eine Option wählen sollten. Entweder sollten die Mitarbeiter für eine nochmals erhöhte Arbeitszeit bis Ende März 2009 und eine Rückkehr zu einer 30-Stunden-Woche ab dem 01.04. 2009 votieren oder sich für eine Rückkehr zu einer 30-Stunden-Woche bereits ab dem 01.01.2009 entscheiden.

Bei der Beklagten wurde ab Dezember 2008 für ca. 1/3 der Arbeitszeit aller Produktionsmitarbeiter Kurzarbeit angeordnet. Der Kläger leistete nur im März 2009 Kurzarbeit. Seit Juli 2009 galt für alle 70 vergleichbaren Mitarbeiter wieder eine Wo-

chenarbeitszeit von 37,5 Stunden.

Der Kläger entschied sich für die Option der nochmaligen befristeten Arbeitszeiterhöhung bis zum 31.03.2009 und so dann zur Rückkehr einer Teilzeitarbeit ab dem 01.04.2009. Das LArbG Mainz gab dem Kläger Recht und entschied, dass die letzte Vereinbarung über die befristete Arbeitszeiterhöhung unwirksam sei.

Die Vereinbarung über die befristete Erhöhung der Arbeitszeit sei an AGB-rechtlichen Kontrollmaßstäben zu messen. Die Vereinbarung war in einer für eine Vielzahl von Mitarbeitern verwendeten Formularvertrag enthalten. Der Umstand, dass der Kläger die Wahlmöglichkeit zwischen zwei vorformulierten Optionen gehabt habe, lasse die AGB-Qualität der Vereinbarung nicht entfallen. Die Vereinbarung sei nicht ausgehandelt worden. Ein Aushandeln setze voraus, dass sich die Beklagte deutlich und ernsthaft zu gewünschten Änderungen der Vereinbarung bereit erklärt hätte. Die Befristungsabrede sei auch nicht der Inhaltskontrolle entzogen gewesen, weil es sich nicht um die Vereinbarung von Hauptleistungspflichten handele (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Gegenstand der Befristungskontrolle sei nämlich nicht der Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung, sondern ausschließlich deren zeitliche Einschränkung durch die Befristung.

Als vorformulierte Vereinbarung müsse sich die Befristungsabrede daher an der Generalklausel gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB messen lassen. Eine Überprüfung aufgrund der Befristungsgründe nach § 14 Abs. 1 TzBfG sei hingegen nicht durchzuführen. Das TzBfG finde nur Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis im Ganzen befristet sei. Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 307 Abs. 1 BGB kam das LArbG Mainz zu dem Ergebnis, dass die dreimonatige Befristung der erhöhten Arbeitszeit den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt habe und daher unwirksam sei. Zunächst wies das Gericht darauf hin, dass dem TzBfG und auch den kündigungrechtlichen Vorschriften die Wertung zu entnehmen sei, dass die Befristung eines Arbeitsverhältnisses der Ausnahmefall sei. Der Arbeitnehmer solle auf ein dauerhaftes Auskommen vertrauen und eine längerfristige Lebensplanung vornehmen können. Darauf könne der Kläger aber nur vertrauen, wenn auch der Umfang der Arbeitszeit unbefristet vereinbart werde.

Diese Benachteiligung sei auch nicht durch billigenwertige Interessen der Beklagten gerechtfertigt. Allein die Ungewissheit über den künftigen Arbeitskräftebedarf – die die Beklagte in dem oben zitierten Anschreiben an die Mitarbeiter auch ausdrücklich erwähnte – gehöre zum unternehmerischen Risiko, das nicht auf die Mitarbeiter verlagert werden könne. Jedenfalls habe das Gericht nicht erkennen können, dass für den Kläger ab dem 01.01.2009 kein erhöhter Beschäftigungsbedarfs bestanden habe. Der Kläger selbst habe erst ab März Kurzarbeit geleistet. Auch sei aus dem Rückgang der Produktion nicht

automatisch ein Rückgang der Beschäftigung für Betriebsleiter zu schlussfolgern. Für das Gericht sei nicht zu erkennen gewesen, dass zum Zeitpunkt des Angebotsschreibens im November 2009 kein Bedarf an einer erhöhten Arbeitsleistung des Klägers bestehen werde. Dem Kläger könne auch nicht entgegengehalten werden, dass das Unternehmen sich die Aufstockung der Arbeitszeit über eine längere Zeit wirtschaftlich nicht leisten könne. Die finanzielle Leistungsfähigkeit gehöre ebenfalls zum unternehmerischen Risiko der Beklagten. Der Vortrag der Beklagten, die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat, ein gutes Betriebsklima und der Betriebsfrieden hätten die Beklagten zu einem nochmaligen Angebot einer befristeten Arbeitszeiterhöhung bewogen, könne keine Befristung der Arbeitszeiterhöhung rechtfertigen, ebenso wenig wie der bestehende Vorteil für die Mitarbeiter, dass das Beschäftigungsaufkommen auf die vorhandenen Arbeitskräfte verteilt werden könnten.

Denn in der Befristung liege gleichermaßen ein Nachteil der betroffenen Mitarbeiter. Das Erfordernis einer sozialen Auswahl zwischen allen vergleichbaren Mitarbeitern werde bei dem Vorliegen betriebsbedingter Gründe umgangen. Der Beschäftigungsrückgang werde zunächst nur durch die Mitarbeiter mit einer befristeten Arbeitszeiterhöhung getragen.

Die befristete Arbeitszeiterhöhung sei auch nicht deswegen gerechtfertigt, weil ein Befristungsgrund i.S.d. § 14 Abs. 1 TzBfG vorgelegen habe. Zwar sei § 14 Abs. 1 TzBfG vorliegend nicht anwendbar, da die Norm nur für die Befristung des ganzen Arbeitsverhältnisses gelte. Die dem Gesetz zu entnehmenden Wertungen seien jedoch im Rahmen der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen gewesen. Ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG liege jedoch nicht vor. Ein vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung habe nicht bestanden. Auch sei die Befristung nicht durch in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe gerechtfertigt. Solche Gründe lägen nur vor, wenn es ohne diese Gründe in der Person des Arbeitnehmers überhaupt nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages – befristet oder unbefristet – gekommen wäre. Die sozialen Erwägungen müssten das überwiegende Motiv des Arbeitgebers sein. Bei einem als soziale Maßnahme gedachten Arbeitsvertrag müsse der Arbeitgeber seine Intentionen anhand konkreter, nachprüfbarer Tatsachen darlegen und beweisen. Dies sei nicht erfolgt, da für den Kläger im Januar und Februar 2009 durchaus eine Beschäftigungsbedarfs für 37,5 h pro Woche bestanden habe. Auch deute die Kurzarbeit ab März 2009 gerade darauf hin, dass die Beklagte den Beschäftigungsausfall für vorübergehend gehalten habe.

### C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil beschäftigt sich einmal mehr mit einer befristeten Arbeitszeitregelung. Bemerkenswert ist die sorgfältige Abwägung der wechselseitigen Interessen und vorgebrachten Argumente im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB.

Diese Arbeitszeitregelung war auf der Grundlage des AGB-Rechts darauf zu prüfen, ob sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer zwischen zwei vorformulierten Alternativen durch Ankreuzen auswählen kann, lässt die AGB-Qualität nicht entfallen (BAG v. 08.08.2007 - 7 AZR 605/06 - DB 2008, 133). Auch unterliegt die Befristung

von Einzelarbeitsbedingungen der AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB (BAG v. 18.06.2008 - 7 AZR 245/07). Nur die zeitliche Befristung des gesamten Arbeitsverhältnisses liegt im Anwendungsbereich des § 14 TzBfG (BAG v. 14.01.2004 - 7 AZR 213/03 - NZA 2004, 719). Etwaige Sachgründe nach § 14 Abs. 1 TzBfG können im Rahmen der Interessenabwägung nach § 307 Abs. 1 BGB aber berücksichtigt werden (BAG v. 08.08.2007 - 7 AZR 855/06 - NZA 2008, 229; BAG v. 18.06.2008 - 7 AZR 245/07).

Unter diesen Voraussetzungen hatte das Gericht sodann über die Angemessenheit der befristeten Arbeitszeiterhöhung zu entscheiden. Der Nachteil für den Arbeitnehmer, sich nicht längerfristig auf einen bestimmten finanziellen Rahmen und eine Lebensplanung einstellen zu können, wurde durch keine betrieblichen Belange gerechtfertigt. Die Vorgehensweise des Arbeitgebers schien sogar eher willkürlich und diene primär dem Zweck, das unternehmerische Risiko auf die Arbeitnehmer zu verlagern. Auch sind Erwägungen – wie die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat – im Zusammenhang mit einer befristeten Arbeitszeiterhöhung völlig sachfremde Argumente, die nicht zulasten des betroffenen Arbeitnehmers gehen können.

In der Vergangenheit haben die Gerichte die befristete Erhöhung der Arbeitszeit in anderen Fallkonstellationen jedoch wiederholt als zulässig erachtet. So wird der Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligt, wenn seine Arbeitszeiterhöhung auf die Beurlaubung einer Kollegin zurückzuführen ist und deren Aufgaben jeweils zur Hälfte auf zwei Mitarbeiter verteilt werden (BAG v. 02.09.2009 - 7 AZR 233/08 - NZA 2009, 1253). In diesem Fall wäre auch die Befristung des gesamten Arbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG zulässig gewesen. Auch ist unter Berücksichtigung des Versorgungsauftrags eines Landes für die im Land lebenden schulpflichtigen Personen bei Lehrkräften die befristete Erhöhung der Arbeitszeit für ein Schuljahr anerkannt, wenn das Land mit mehreren Gewerkschaften auf eine Vereinbarung zur Beschäftigungssicherung im Schulbereich geschlossen hat und das Vertragsmodell dieser Vereinbarung entspricht (BAG v. 27.07.2005 - 7 AZR 486/04 - NZA 2006, 40).

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung verdeutlicht, dass befristete Arbeitsbedingungen zwar nicht an den Tatbeständen zur Sachbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG zu messen sind, der Prüfungsmaßstab im Rahmen der AGB-Kontrolle dennoch vergleichbar streng ist. Die Gerichte räumen der längerfristigen Lebensplanung der Mitarbeiter ein starkes Gewicht ein, gegen das sich betriebliche Erfordernisse nur in einem geringen Umfang durchsetzen können. Wenn möglich, sollte daher auf das Vertragsmodell der Arbeit auf Abruf zurückgegriffen werden. Der Arbeitgeber kann bis zu 25% der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit flexibel abrufen. Den Rahmen für eine solche Vereinbarung hat das BAG mit seiner Entscheidung vom 07.12.2005 (5 AZR 535/04 - NZA 2006, 423) bereits vorgegeben.

**Fundstelle:** jurisPR-ArbR 33/2010 Anm. 2  
**Erstveröffentlichung:** 18.08.2010

## Ausschlagung einer Erbschaft durch Sozialhilfeempfänger

**Anmerkung zu:** OLG Hamm 15. Zivilsenat, Beschluss vom 16.07.2009 - , I-15 Wx 85/09, OLG Hamm 15. Zivilsenat, Beschluss vom 16.07.2009 - 15 Wx 85/09

**Autor:** Niels Becker, RA und FA für Erbrecht

1. Die Ausschlagung einer werthaltigen Erbschaft, die dazu führt, dass die Sozialhilfebedürftigkeit des vorläufigen Erben fortbesteht, verstößt gegen die guten Sitten, es sei denn die Ausschlagung kann ausnahmsweise durch ein überwiegendes Interesse des Erben motiviert werden.
2. Erfolgt die Ausschlagung durch den Betreuer des Sozialhilfeempfängers, so kann diesem die nach § 1822 Nr. 2 BGB notwendige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erteilt werden.

### A. Problemstellung

Es ist anerkannt, dass das Ausschlagungsrecht höchstpersönlicher Natur ist. Es obliegt allein dem Berechtigten, ob er es ausüben möchte oder nicht. Insbesondere ist das Ausschlagungsrecht auch nicht vom gesetzlichen Anspruchsübergang auf den Sozialhilfeträger gemäß § 33 SGB II betroffen. Umstritten ist aber, ob die Ausschlagung einer Erbschaft durch einen Sozialhilfebezieher gemäß § 138 BGB sittenwidrig sein kann.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das OLG Hamm hatte darüber zu befinden, ob im Falle eines sozialhilfeberechtigten Betreuten dessen Betreuer berechtigt war, eine werthaltige Erbschaft auszuschlagen. Da der eigentliche Betreuer als Bruder des Betroffenen Miterbe war, war sein Onkel als Ergänzungsbetreuer bestellt worden. Dieser begehrte nun die vormundschaftliche Genehmigung gemäß § 1822 BGB zu einer Vereinbarung, dass der Erbe dem Betreuten nicht sozialhilferechtlich anrechenbare Leistungen zukommen lassen sollte und dieser im Gegenzug die Erbschaft ausschlug.

Das OLG Hamm prüft zunächst, ob die Ausschlagung der Erbschaft gegen § 1822 BGB verstößt. Das OLG Köln (Beschl. v. 29.06.2007 - 16 Wx 112/07 - ZEV 2008, 196) hat kürzlich zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Ausschlagung der Erbschaft entschieden, dass hierbei eine rein wirtschaftliche und einzig an den Interessen des Betreuten orientierte Betrachtung zu erfolgen hat (so auch Lafontaine in: jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 1822 Rn. 216). Demnach wäre die im vorliegenden Fall vorgelegte Vereinbarung vormundschaftsrechtlich genehmigungsfähig, da der Betreute sogar noch anrechnungsfreie Zuwendungen durch den Miterben erhalten sollte – also wirtschaftlich sogar mehr erhalte als bei Annahme der Erbschaft und deren „Ablieferung“ an den Leistungsträger. Das OLG Hamm bezweifelt ausdrücklich, ob dem zu folgen sei, lässt die Frage jedoch ausdrücklich offen, da die zur Genehmigung vorgelegte Vereinbarung nach allgemeinen Grundsätzen nichtig sei.

### C. Kontext der Entscheidung

Ob die Ausschlagung einer werthaltigen Erbschaft durch einen Sozialhilfebezieher wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB unwirksam ist, ist äußerst umstritten (ablehnend z.B. LG Aachen, Beschl. v. 04.11.2004 - 7 T 99/04 - ZEV

2005, 120; Wildemann in: jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 1945 Rn. 2; dafür z.B. OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.06.2001 - 8 W 494/99 - NJW 2001, 3484; Ellenberger in: Palandt, BGB, 69. Aufl., §138 Rn. 50a).

Die ablehnende Haltung betont insbesondere die Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts. In der Literatur wird außerdem angeführt, dass es im Bereich des Insolvenzrechts gleichfalls anerkannt ist, dass eine Erbschaft ausgeschlagen werden dürfe, auch wenn hierdurch Gläubiger des Insolvenzschuldners benachteiligt werden.

Das OLG Hamm hat sich demgegenüber der Auffassung angeschlossen, dass die Ausschlagung der Erbschaft durch den Sozialhilfeempfänger in der Regel unwirksam sei. Zur Begründung zieht es das Sozialstaatsprinzip heran, das in zwei Richtungen operiere: Wer für sich die Solidarität der Gemeinschaft beansprucht und Unterstützungsleistungen erhält, sei auch seinerseits zur Solidarität mit der Gemeinschaft verpflichtet und dürfe deshalb mögliche Vermögenserwerbe, die ihn unabhängig von Leistungen der Gemeinschaft machen, nicht ausschlagen. Er schütze sonst eine Bedürftigkeit vor, die rechtlich nicht bestehe bzw. bestehen müsse. Dies ergebe sich aus dem Nachranggrundsatz der Sozialhilfe gemäß § 2 SGB XII.

Diese Situation sei auch nicht mit der Lage privater Gläubiger im Insolvenzrecht zu vergleichen, da es im Sozialrecht nicht darum gehe, Rückgriff auf Vermögen zu nehmen, sondern auf eine Bedürftigkeit abzustellen, die weitere Leistungen überflüssig mache.

Zu Recht lehnt das OLG Hamm auch eine Übertragbarkeit der Grundsätze über das „Behindertentestament“ des BGH auf die Situation der Ausschlagung ab. Denn der BGH (Beschl. v. 20.10.1993 - IV ZR 231/92 - NJW 1994, 248) stellt die Testierfreiheit des Erblassers in den Vordergrund, die auch eine Verfügung unter „verwerflichen“ Motiven zulässt.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Beratung des Sozialleistungen beziehenden Ausschlagungsberechtigten stellt sich – insbesondere im Hinblick auf die kurze Ausschlagungsfrist – als Minenfeld dar (vgl. ausführlich AnwZert ErbR 11/2010, Anm. 2, Becker). Die wohl überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung geht „in der Regel“ von einer Sittenwidrigkeit der Ausschlagung aus. Wann allerdings Abweichungen von dieser Regel vorliegen können, ist bisher nicht näher eingegrenzt. Im vom OLG Hamm entschiedenen Fall hatte der Betreuer jedenfalls angeführt, die Ausschlagung diene der Erhaltung des „Familienfriedens“. Dies sei in dieser allgemeinen Form jedenfalls kein ausreichender Aus-

nahmegrund, befand der Senat. Die Ausschlagung müsste aber z.B. dort möglich sein, wo beispielsweise ein Familienunternehmen zerschlagen würde, weil der Staat einen ererbten Mitgesellschafteranteil verwerten müsste. Da die Entscheidung auch auf den interessanten Aspekt verweist, dass die Sittenwidrigkeit sich nicht aus dem Aspekt einer unterbundenen Rückgriffsmöglichkeit des Sozialträgers auf das Vermögen des Leistungsempfängers ergibt, sondern unter dem Aspekt der künstlichen Aufrechterhaltung seiner Bedürftigkeit, müsste die Ausschlagung zugunsten der Kinder möglich sein (sog. Gene-

rationensprung). Wenn diese damit unterhaltspflichtig (§ 1601 BGB) werden, entfällt gerade die Bedürftigkeit des ausschlagenden Leistungsempfängers. Nach der Logik der Entscheidung fiel damit auch der Grund für die Sittenwidrigkeit weg.

**Fundstelle:** jurisPR-FamR 16/2010 Anm. 1  
**Erstveröffentlichung:** 03.08.2010

## Pflicht des Gläubigers zur Rückgewähr der auftragsgemäß an einen Dritten gezahlten anfechtbaren Leistung des Schuldners

**Anmerkung zu:** BGH 9. Zivilsenat, Beschluss vom 12.03.2009 - IX ZR 85/06  
**Autor:** Dr. Mark Zeuner, RA und FA für Insolvenzrecht

**Leistet ein Schuldner in anfechtbarer Weise an einen vom Gläubiger mit dem Empfang der Leistung beauftragten Dritten, ist der Gläubiger zur Rückgewähr der Leistung verpflichtet.**

### A. Problemstellung

In Form eines Nichtzulassungsbeschlusses hatte sich der BGH mit der Anfechtbarkeit der Leistung von Rückkaufwerten gekündigter Lebensversicherungen zu beschäftigen. Diese Leistungen flossen auf Veranlassung des Insolvenzschuldners zunächst auf ein Konto seiner Ehefrau. Diese ließ den größten Teil der Leistungen letztendlich ihrer beklagten Mutter zukommen. Der BGH hatte zu entscheiden, wer unmittelbarer Empfänger und somit Rückgewährschuldner gem. § 143 Abs. 1 InsO ist, wenn eine Leistung zunächst auf das Konto einer Person fließt, welche sich gegenüber dem letztendlichen Empfänger im Vorfeld zur Herausgabe verpflichtet hat.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der später verstorbene Insolvenzschuldner hatte auf Aufforderung seiner beklagten Schwiegermutter, welche ihm gegenüber Darlehensforderungen geltend machte, Lebensversicherungen gekündigt. Daraufhin wurde ihm ein Teilerlös in Form eines Schecks zugesandt. Der Scheck wurde daraufhin durch seine Ehefrau auf ihrem Konto eingelöst. Der Erlös einer anderen gekündigten Lebensversicherung wurde dem Konto der Ehefrau des Schuldners durch Überweisung seitens der Versicherung gutgeschrieben. Kurz darauf wurde die Ehefrau des Schuldners von ihrer beklagten Mutter mehrmals gebeten, ihr einen Teilbetrag der Gutschriften zu überweisen. Diesem Wunsch entsprach die Ehefrau. Ferner händigte sie ihrer Mutter einen Betrag in bar aus. Letztendlich erhielt die Beklagte so einen Betrag über 125.000 DM. In der Berufungsinstanz war zu klären, ob bereits die Gutschrift der Versicherungserlöse

auf dem Konto der Ehefrau eine Rechtshandlung nach § 133 Abs. 1, § 134 Abs. 1 InsO darstellt. Hierfür war für das Oberlandesgericht entscheidend, wie das Konto der Ehefrau zu qualifizieren war. War es ein Konto der Ehefrau, für welches der Schuldner lediglich Verfügungsberechtigt war, so könnte bereits die erstmalige Gutschrift auf diesem Konto eine Rechtshandlung nach § 133 Abs. 1 oder § 134 Abs. 1 InsO sein. Dies sei allerdings nicht der Fall, wenn es sich um gemeinschaftliches Konto der Eheleute handelte. Das OLG Frankfurt ging im Ergebnis von einem Konto der Ehefrau aus. Es sah die Gutschrift entweder als unentgeltlich nach § 134 Abs. 1 InsO oder, im Falle des damaligen Bestehens einer Darlehensforderung, als gläubigerbenachteiligend nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO an. Durch die Überweisung auf das Konto der Beklagten bzw. Übergabe des Teilerlöses an die Beklagte sei diese letztlich Rechtsnachfolgerin der Ehefrau gem. § 145 Abs. 2 InsO geworden.

Zwar rügte der BGH in seinem darauffolgenden Beschluss die Auslegung des § 145 Abs. 2 InsO bezüglich der Beklagten. Dennoch sah er die Entscheidung aus einer anderen rechtlichen Bewertung im Ergebnis als begründet an: Der BGH bewertete die Ehefrau als Treuhänderin der beklagten Schwiegermutter, welche von ihrer Mutter einen Empfangsauftrag für die später geleisteten Rückkaufwerte bekommen hatte. So sei die Darlehensschuld der beklagten Schwiegermutter gem. § 362 Abs. 2 BGB bereits durch Gutschrift auf dem Konto ihrer Tochter erfüllt worden. Zwar sei das Konto der Ehefrau als gemeinschaftliches Konto der Eheleute zu qualifizieren. Der verstorbene Insolvenzschuldner hätte jedoch im Innenverhältnis nach Gutschrift der Erlöse über dieses nicht mehr verfügen können und auch keinen Ausgleichsanspruch nach § 430 BGB über die künftigen Verfü-

gungen seiner Ehefrau gehabt. Folglich hatte er mit Buchung der Versicherungsleistungen auf diesem Konto alle Rechte an diesen verloren. Dies würde allerdings auch eine andere rechtliche Bewertung der von dem Verstorbenen ausgelösten Buchung der Rückkaufwerte auf dem streitigen Konto erfordern. Der Schuldner hatte bereits durch die Leistung an seine Ehefrau, welche von der beklagten Mutter als Dritte nach § 362 Abs. 2 BGB bestimmt worden sei, die behauptete Darlehensschuld erfüllt. Die Beklagte hatte wiederum durch die Abrede mit ihrer Tochter bereits bei Buchung auf dem ehelichen Gemeinschaftskonto gegen diese einen Herausgabeanspruch nach § 667 BGB aus treuhänderischem Auftragsverhältnis erlangt. Folglich war sie unmittelbare Empfängerin der Schuldnerleistung gem. § 143 Abs. 1 InsO, so dass es auf eine Rechtsnachfolge nach § 145 Abs. 2 InsO nicht ankäme.

### C. Kontext der Entscheidung

Dem BGH lag eine Entscheidung vor, die den gefestigten Grundsätzen der mittelbaren Zuwendung zuzuordnen ist. Der BGH untersuchte in diesem Fall das der Leistung zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen den Personen und nahm auf Grundlage dessen eine vollständig rechtliche Neubewertung vor. Nicht die Ehefrau, sondern die Beklagte war demnach Empfängerin der erstmaligen Gutschrift auf dem Konto ihrer Tochter. Ihr sollte diese erste Vermögensverschiebung endgültig verbleiben.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Möglicherweise könnte die Wertung des BGH den Gerichten in Fällen von (scheinbaren) Leistungsketten Anlass dazu geben, bei anfechtungsrechtlichen Fragestellungen das rechtliche Verhältnis zwischen mehreren möglichen Empfängern von Vermögenswerten des Insolvenzschuldners genauer zu betrachten. Die genaue Bestimmung des Anfechtungsgegners ist vor allem dann entscheidend, wenn sich ein Empfänger eines Vermögensgegenstandes auf Entreichung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen könnte. Zwar kommen hier OLG und BGH zum selben Ergebnis. Allerdings wäre nach der Wertung des BGH die Ehefrau zu keinem Zeitpunkt Anfechtungsgegnerin gewesen. Nach der Lösung des OLG Frankfurt wäre die Ehefrau bis zum Erwerb der Forderung durch die Beklagte gegen die kontoführende Bank bzw. die Besitzerlangung des Geldes durch die Beklagte aufgrund der Einzelrechtsnachfolge hypothetisch Anfechtungsgegnerin gewesen. Allerdings war die rechtliche Wertung des BGH wohl eher Folge einer sich anders darstellenden Beziehung zwischen Mutter und Tochter in tatsächlicher Hinsicht. Insofern sind die Wertungen nicht allzu verallgemeinerungsfähig.

**Fundstelle:** jurisPR-InsR 15/2010 Anm. 1  
**Erstveröffentlichung:** 22.07.2010

Crash-Kurse • Hochzeits-Kurse • Party- und gute-Laune-Tänze • Privatstunden • Tanzkreise



tanzen in traumhaftem Ambiente • Studio-Bar • Feste • Seminare • kostenloses Parken vor der Tür  
für weitere Infos rufen Sie uns gerne an oder schauen Sie auf unsere homepage



**Tanzstudio** Hannelore Weber

erfrischend anders



Industriestraße 5  
66129 Saarbrücken-Bübingen  
fon: 06805 / 2 07 01 58  
E-Mail: mail@tanzstudio-weber.de  
www.tanzstudio-weber.de

**Archivstore**  
Ihr Archiv geht online.



Einlagerung  
Archivierung  
Onlinebereitstellung  
Aktenvernichtung

Nachtigallenweg 28  
66538 Neunkirchen  
Telefon 06821.179379  
Telefax 06821.179379  
archiv@archivstore.de

[www.archivstore.de](http://www.archivstore.de)

## Meinen herzlichen Dank!

### Liebe Kolleginnen und Kollegen,

vor etwa zwei Jahren hatte ich mich über den Saarländischen Anwaltverein an alle Mitglieder gewandt und um Unterstützung für die Aktion „Hilfe für Lisa und andere“ gebeten.

Diese Aktion war ein voller Erfolg. Neben zahllosen Schülern beteiligten sich ungezählte Kolleginnen und Kollegen samt ihren Familienangehörigen und ihrem Personal an der im Ludwigsgymnasium in Saarbrücken durchgeführten Typisierungsaktion. In gleicher Weise beteiligten sich zahllose Mitarbeiter der Justiz, Richter, Staatsanwälte und sonstige Bedienstete, so daß alleine am 27.09.2008 knapp 2.300 neue potentielle Spender getestet werden konnten. Hinzu kommt eine mir nicht bekannte Zahl von sog. Briefspendern, die sich unmittelbar bei der DKMS registrieren ließen. Auch das Ergebnis der Spendenaktion zugunsten der DKMS war überwältigend. Es wurden etwa 320.000,00 EUR gesammelt, womit trotz der überdurchschnittlich hohen Beteiligung eine wohl einmalige Kostendeckungsquote von ca. 200 % erreicht werden konnte.

Hierfür darf ich mich heute auch im Namen meiner Tochter bei allen Beteiligten herzlich bedanken.

Die Formulierung des damaligen Aufrufs viel mir überaus schwer. Wesentlich leichter fällt mir der heutige Brief.

Für meine Tochter wurde glücklicherweise eine Spenderin gefunden, deren Merkmale von den Ärzten als ideal bezeichnet wurden. Im Dezember 2008 erfolgte in der Universitätsklinik in Frankfurt die Stammzellentransplantation, die trotz vieler Nebenwirkungen nach heutigem Erkenntnisstand erfolgreich verlief. Zwar mußte meine Tochter noch ungezählte Tage im Krankenhaus verbringen. Sie gilt heute jedoch als geheilt und sie fühlt sich wohl. Gleichwohl bleibt die Sorge vor einem niemals völlig auszuschließenden Rückfall.

Wie radikal die Transplantationsbehandlung auf den Körper eines Leukämie-Patienten einwirkt, zeigt sich für den Laien daran, daß meine Tochter die Blutgruppe ihrer Spenderin angenommen hat.

Obwohl Lisa für mehr als zwei Jahre kein regelmäßiger Schulbesuch möglich war, hat sie ihr Abitur bestanden und nimmt zum Wintersemester das Studium der Psychologie auf.

Ich darf meinen Dank allerdings mit einer herzlichen Bitte verbinden:

Nach wie vor ist es alles andere als eine Selbstverständlichkeit, daß ein passender Spender gefunden wird. Für meine Tochter kamen lediglich drei „Kandidaten“ in die nähere Auswahl, von denen dann lediglich eine einzige paßte. Mir ist auch bekannt, daß nicht wenige andere Erkrankte auch heute noch keinen passenden Spender finden. Dabei sollte es eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein, daß jeder gesunde Bewohner der Bundesrepublik Deutschland als potentieller Spender zur Verfügung steht, damit jeder Patient eine realistische Heilungschance erhält.

Aus zahllosen Gesprächen weiß ich allerdings, daß häufig Unklarheiten bestehen über die Risiken einer möglichen Spende. Es herrscht insbesondere die Vorstellung vor, dem ausgewählten Spender werde Knochenmark aus der Wirbelsäule entnommen mit dem Risiko einer möglichen Querschnittslähmung.

Tatsächlich wird im Regelfalle überhaupt kein Knochenmark gespendet, sondern ausschließlich Stammzellen. Stammzellen werden gewonnen durch eine Art Blutwäsche, wie sie insbesondere bei Dialysepatienten permanent vorgenommen wird. Der Spender erhält lediglich ein Mittel, welches die Stammzellenbildung anregen soll. Dies ist im Einzelfall mit einigen Unannehmlichkeiten verbunden, eine Gefahr für den Spender ist jedoch nicht erkennbar.

Die in selteneren Fällen vorgenommenen Knochenmarkentnahmen erfolgen nicht in der Wirbelsäule, sondern im Beckenkamm, was ebenfalls nicht mit Risiken für den Spender verbunden ist.

Ich darf daher an alle Kolleginnen und Kollegen, die sich seinerzeit nicht beteiligen konnten, herzlich appellieren, sich bei der Deutschen Gesellschaft für Knochenmarkspende (vgl. [www.dkms.de](http://www.dkms.de)) auf dem Postwege registrieren zu lassen. Dies geschieht völlig unkompliziert durch eine bloße Speichelprobe.

Der Fall meiner Tochter zeigt, daß sich der Aufwand lohnt.

Ich danke Ihnen für Ihre Hilfe und Ihre Geduld.

Mit herzlichen Grüßen  
Ihr

Thomas Berscheid

**Vermietung Saarbrücken**

„Haus des Rechts“

Sehr repräsentative Büroräume oder Büroanteil (150m vom Gericht) Empfang, Konferenzraum, Bürotechnik, Internet, Küche, Stellplatz

Zentrales Anwaltsmarketing  
Information:  
Tel. 0172/9572218

**Terminsvertretungen** vor allen Gerichten in Stuttgart und Umgebung.

RA Jochen Waldenmaier  
Robert-Bosch Straße 8

73117 Wangen

Tel 07161/956521

Fax 07161/956522

[www.rechtsanwalt-waldenmaier.de](http://www.rechtsanwalt-waldenmaier.de)

**Rechtsanwaltskanzlei in****Saarbrücken**

mit Schwerpunkt im Handels- und Gesellschaftsrecht, privaten Baurecht, privaten und gewerblichen Miet- und WEG-Recht, Arbeits- und Erbrecht sucht zur Verstärkung ein/e Rechtsanwalt/-anwältin mit Berufserfahrung, gerne auch Fachanwaltsqualifikation. Wir bieten selbständiges Arbeiten im Team bei leistungsgerechter Vergütung, vorzugsweise im Anstellungsverhältnis.

Zuschriften unter

**Chiffre 03/2010/1**

an Brunner Werbung,  
Lerchenweg 18,  
66121 Saarbrücken



erscheint am 15. Dezember 2010 (Redaktionsschluss: 15. November 2010)

**Impressum des Saarländischen Anwaltsblatt**

Herausgeber: SaarländischerAnwaltVerein  
Franz-Josef-Röder-Straße 15 | 66119 Saarbrücken

Postanschrift: SaarländischerAnwaltVerein  
Franz-Josef-Röder-Straße 15 | 66119 Saarbrücken  
Tel.: 0681/51202 | Fax: 0681/51259  
E-Mail: [info@saaranwalt.de](mailto:info@saaranwalt.de) | [www.saaranwalt.de](http://www.saaranwalt.de)

Redaktion: Thomas Berscheid, Olaf Jaeger, Saskia Hölzer (ViSdP)

Fotos: S. 20: drizzd - Fotolia.com; alle weiteren: privat

Anzeigenleitung Brunner Werbung  
und Gesamt-  
herstellung: Lerchenweg 18 | 66121 Saarbrücken  
Telefon 06 81 / 3 6530 | Fax: 0681 / 375899  
[info@brunner-werbung.de](mailto:info@brunner-werbung.de)

**Alteingesessene Anwalts-****kanzlei**

in unmittelbarer Nähe des Landgerichts Saarbrücken (Talstrasse/Ecke Hardenbergstrasse) mit eigenen repräsentativen Büroräumen und moderner technischer Ausstattung (ca. 140 qm) bietet RA/RA´in mit Berufserfahrung kurzfristig die Möglichkeit zu einer Bürogemeinschaft an. Es können auch 2-3 Räume (möbliert oder unmöbliert) zwischen 30 und 47 qm zuzüglich Verkehrsflächen vermietet werden. Bei Interesse bzw. ergänzenden Auskünften steht Ihnen RA Dr.Kühn unter 0681-51222 oder per E-Mail [dr.kuehn@kuehn-kuehn.de](mailto:dr.kuehn@kuehn-kuehn.de) zur Verfügung.

**HL: Die DKV – der Gesundheitsversicherer der ERGO**  
**SL: ERGO Versicherungsgruppe bündelt Geschäftsfelder**

Sie kennen die DKV seit vielen Jahren durch den Gruppenversicherungsvertrag mit unserer Standesorganisation. Günstige Beiträge, eine Annahmegarantie für versicherbare Personen und i. d. R. fehlende Wartezeiten sind einige der Vorteile, die dieser Vertrag Ihnen als Mitglied bietet. Dazu kommen die weiteren Dienstleistungen der DKV rund um Service und Vorsorge.

Die DKV ist seit vielen Jahren ein Teil der ERGO, einer der großen Versicherungsgruppen in Deutschland und Europa. 20 Millionen Kunden in Deutschland setzen auf die Größe, Leistungsfähigkeit und Finanzstärke der ERGO. Die Gruppe hat ihren Markenauftritt geändert und bietet seit Juni 2010 Lebens- und Schaden-/Unfallversicherungen unter dem eigenen Namen an. Die Marken ihrer Spezialversicherer, die jeweils für ein spezifisches Geschäftsfeld stehen – DKV für die Krankenversicherung, D.A.S. für Rechtsschutz, ERV für Reiseversicherung –, bleiben erhalten.

Der Vorteil für Sie als Kunden: Mit dem neuen Markenauftritt wird das umfassende Angebot der ERGO übersichtlicher. Die einheitliche Marke ERGO bündelt die breite Palette von Produkten und Leistungen in der Schaden-/Unfall- und Lebensversicherung, die wie bisher durch das qualifizierte Angebot ihrer Spezialversicherer ergänzt wird.

**Die DKV - der Gesundheitsversicherer der ERGO**

Weil ERGO unter den Marken ihrer Spezialisten das jeweilige Geschäftsfeld bündelt, soll die Victoria Krankenversicherung im Oktober 2010 auf die DKV verschmolzen werden. Produkte und Leistungen beider Gesellschaften werden dann unter der Marke DKV angeboten und die starke Position der Marke im Gesundheitsmarkt weiter ausgebaut. Für Ihren persönlichen Krankenversicherungsschutz im Rahmen des Gruppenversicherungsvertrages mit der DKV verändert sich nichts, und auch die Vertragsbeziehung zwischen unserer Berufs-/Standesorganisation und der DKV bleibt in der bewährten Form bestehen.

Wenn Sie ein Angebot im Rahmen des Gruppenversicherungsvertrages zwischen dem Saarländischen Anwaltverein und der DKV erhalten möchten, wenden Sie sich bitte an:

DKV Deutsche Krankenversicherung AG  
Direktion Firmen- und Verbandsgeschäft | 50594 Köln  
Telefon: 02 21/5 78 45 85 | Telefax: 02 21/5 78 21 15  
E-Mail: rechtsanwalt@dkv.com | www.dkv.com/rechtsanwalt

# Kümmern Sie sich um Ihr Geschäft – den Rest machen wir.

## Nutzen Sie unseren Rundum-Service!



Werbung in den  
Blauen Telefonbüchern  
und online auf:  
[www.blaue-branchen.de](http://www.blaue-branchen.de)



Visitenkarten



Flyer in vielfältiger  
Ausführung



individuelle  
Firmen-Homepage



Briefpapier



Briefmarken  
mit Firmenlogo

Ausführliche Informationen:  
Telefon (06 81) 5 02-48 40 oder  
[telemedia@sz-sb.de](mailto:telemedia@sz-sb.de)



[www.blaue-branchen.de](http://www.blaue-branchen.de)

