

Gewerbemiete Und Teileigentum

3-4/08

8. Jahrgang

Heft 41

März/April 2008

S. 89-192

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

A. Merkel: Europarat

H.-J. Gellwitzki: Die Berufungszuständigkeitsformel zu § 119 GVG

Wirtschaft und Verbände

gif: Deutsche Büromärkte auf Rekordkurs

A. Merkel: CeBIT

Gewerbemiete

Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (BVerfG)

Städtebau; großflächiger Einzelhandelsbetrieb (BVerwG)

Nachtragsvereinbarung (OLG Düsseldorf)

Konkurrenzschutz (KG)

Winterdienst (OLG Koblenz)

Eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung (BGH)

Untervermietung; Nutzungsänderung (OLG Düsseldorf)

Vermieterpfandrecht (OLG Stuttgart)

Jagdrecht (BGH)

Landwirtschaftliche Pacht (BGH; BVerwG)

OLG als Berufungsgericht (BGH)

Teileigentum

Gewerbliche Nutzung des Wohnungseigentums (OLG Köln)

Rechnungslegungspflicht des Verwalters (OLG Hamm)

Anhängige Zwangsversteigerungssache; WEG-Reform (BGH)

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet - Umschau April 2008

Unternehmer-Eigenschaft eBay-Verkäufers (OLG Hamburg)

Werbung über Außenanlagen (BVerwG)

Besteuerung

K.-Chr. Callsen: Steuern - Umschau April 2008

Umsatzsteuer; Verdacht der Steuerhinterziehung (OLG Hamburg)

Magazin

Inhalt

Beiträge

A. Merkel,
Europarat

**Rede vor der Parlamentarischen Versammlung
des Europarats am 15. April 2008 in Straßburg** 93

H.-J. Gellwitzki,

**Die Berufungszuständigkeitsformel zu
§ 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG in der aktuellen
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes
im Blickfeld von EU-Gesellschaften
– Zugleich eine Anmerkung zum Beschluss
des Bundesgerichtshofes vom 8.1.2008
– X ZB 26/07 –, GuT 2008, 46 –** 96

Wirtschaft und Verbände

**Deutsche Büromärkte auf Rekordkurs
– gif stellt Ergebnisse der Büromarkterhebung
2007 vor –** 103

A. Merkel,

**CeBIT
Rede zur Eröffnung der CeBIT am 3. März 2008
in Hannover** 104

Gewerbemiete

Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit
und Integrität informationstechnischer Systeme
(BVerfG – nur Leitsatz mit Hinw. d. Red.) 106

Städtebau; großflächiger Einzelhandelsbetrieb;
unbeplanter Innenbereich;
zentraler Versorgungsbereich;
schädliche Auswirkungen;
Funktionsstörung; Kaufkraftabfluss;
Umsatzumverteilungen; Verkaufsflächenvergleich
(BVerwG) 106

Städtebau; Einkaufszentrum EKZ;
bauordnungsrechtlicher Begriff;
städtebauliches Kriterium
(BVerwG) 110

Mietvertrag; Schriftform;
undatierte Nachtragsvereinbarung
(OLG Düsseldorf) 110

Gewerberaummieta; Nagelstudio;
Konkurrenzschutz gegen Nagelstudio im Hauptgewerbe;
einstweilige Verfügung
(KG) 111

Gewerberaummieta; Schichtdienst;
Verkehrssicherungspflicht des Vermieters
zur Nachtzeit;
Streupflicht; Schneeräumen; Winterdienst
(OLG Koblenz) 112

Gewerberaummieta; Abhandenkommen, Diebstahl
des Schlüssels der Schließanlage;
Obhutspflicht des Mieters;
Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfe des Mieters
(KG) 113

Eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung;
Mietvertrag; Geltendmachen sicherungshalber
abgetretener zukünftiger Mietzinsforderungen gegen
den späteren Insolvenzverwalter der mietenden
Aktiengesellschaft; Schutz der Gesellschaftsgläubiger
(BGH) 115

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressendienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 1,
53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 02 28 / 47 63 78,
Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de> e-mail: info@prewest.de

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 4/2008.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6,
41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 73 / 5 21 90 54, 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

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: koch-druckerei@t-online.de

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise
(unverbindlich empfohlen): Einzelheft 16,00 €, Doppelheft 25,00 €, jew.
inkl. 7% MwSt. zzgl. Porto. Jahresabonnement (Neuabonnements) ab 1.1.2008:
159,43 € einschl. 9,- € Versand und 10,43 € MwSt, zahlbar zu Beginn des
Abonnementszeitraumes. Auslandsabonnement: 174,80 € (inkl. Versand und
ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jah-
resrechnung erstellt. Abonnementskündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wo-
chen zum Ende des Kalenderjahres.

Bankverbindung: Sparkasse KölnBonn (BLZ 370 501 98), Konto 36 207 645.
IBAN: DE84 3705 0198 0036 2076 45 SWIFT-BIC.: COLSDE33

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Verfassers,
nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder. Beiträge und
Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen
der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts über-
tragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in Datenban-
ken und zur Digitalisierung sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Ver-
arbeitung zu gewerblichen Zwecken.

Die persönlichen Beiträge werden nur unter der Voraussetzung angenommen,
dass sie keiner weiteren Stelle zur Veröffentlichung angeboten werden. Nach
Ablauf von zwei Jahren seit Veröffentlichung kann der Autor anderen Verlagen
eine einfache Abdruckgenehmigung für Printmedien erteilen, ein Honorar hier-
aus steht dem Autor zu. Die Abdruckgenehmigung ist auch dem Verlag mitzu-
teilen.

Für unaufgefordert eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen.
Sie werden nur auf Anforderung des Einsenders, die spätestens bis zum Ablauf
von 6 Monaten schriftlich beim Herausgeber eingegangen sein muss, auf Kos-
ten und Gefahr des Einsenders zurückgesandt. Nachdruck, fotomechanische
Wiedergabe, Mikroverfilmung und Aufnahme in Datenbanken, ähnliche Ein-
richtungen und auf Datenträger aller nicht amtlichen, geschützten Werke sind
nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet.

Anschriftenänderungen und Umbestellungen können nur berücksichtigt wer-
den, wenn sie dem Verlag unmittelbar mitgeteilt werden. Allein Adressummel-
dung oder Nachsendeantrag bei der Post sind seit 1. 7. 2005 nicht ausreichend.
Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem
Erscheinungstermin reklamiert werden.

Miete eines Tiefgaragenstellplatzes im Wohn- und Geschäftsgebäude; Schadensersatzpflicht aus Gewährleistung; Leistungspflicht des Haftpflichtversicherers (KG)	118	Gewerberaummiete; Brandschaden an Betriebseinrichtungen und Warenvorräten sowie Ertragseinbußen durch Feuer im Nachbargrundstück; Elektrogeräte-Defekt in der Nachbarwohnung (BGH)	142
Messestand; Miete der Ausstellungsfläche; Mietzinsanspruch trotz Nichterfüllung des Mieters; Weitervermietung an Dritte bei persönlicher Verhinderung (BGH)	119	Grundstücksbeeinträchtigung vom Nachbargrundstück; Störungsabwehr; Duldungspflicht des Grundstückserwerbers (BGH)	143
Gewerberaummiete; Untervermietung; Nutzungsänderung; Baugenehmigung; Sonderkündigungsrecht (OLG Düsseldorf)	122	Gaststättenpacht; Räumungsklage; Berufungsbeschwer nach einseitiger Erledigungserklärung (BGH)	144
Gewerberaummiete; Verweigerung der Erlaubnis zur Untervermietung durch Schweigen auf die Anfrage des Mieters; Änderung des Nutzungszwecks; Sonderkündigungsrecht des Mieters (KG)	125	Berufung; Zuständigkeit; Weiterleitung an das zuständige Berufungsgericht; Auslandsberührung; Auslandsbezug (BGH)	144
Mietkaution; Verjährung des Kautionsanspruchs (KG)	126	Berufungszuständigkeit des OLG; Teilurteil gegen inländischen Streitgenossen; Auslandsberührung (BGH)	146
Gewerberaummiete; Sonnenstudio; Vermieterpfandrecht; Verwertung; Lagerung außerhalb des Mietgrundstücks (OLG Stuttgart)	127	Mahnbescheid; Abgabe an das Amtsgericht als Prozessgericht; Wohnsitz im Ausland im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit; Zuständigkeit des Oberlandesgerichts als Berufungsgericht § 119 GVG (BGH)	147
Jagdpacht; Hochwildrevier; fehlendes Rotwild als Standwild; Sachmangel; Gewährleistung; Geschäftsgrundlage; Niederwildrevier; Pachtzinsminderung; Jagdpachtdauer (BGH)	128	Monatsfrist für den Wiedereinsetzungsantrag nach Versäumung der Berufungsbegründungsfrist (BGH)	148
Landpacht; Pflugaustauschvertrag; Neue Bundesländer; Besitzstörung; Abtretbarkeit des Besitzentziehungsanspruchs; Mitwirkung ehrenamtlicher Richter am Verfahren (BGH)	130	Mietausfallschaden aus gekündigtem Mietvertrag; verbrauchsunabhängige Nebenkosten als Kündigungsfolgeschaden; Fitnessstudio; einer Leistungsklage entgegenstehende Rechtskraft der Feststellungsklage im Vorprozess (BGH)	149
Landwirtschaftliche Pacht; Flurbereinigung; Enteignungs-Entschädigungsanspruch des Pächters; Pachtbetrieb; Durchschneidung; Grundstücke im Schlag; Baulandsache; Eisenbahntrasse; Bundesautobahn; Verkehrsprojekt „Deutsche Einheit“; Neue Bundesländer (BGH)	132	Insolvenz-Eröffnungsverfahren; Durchsuchung der Wohnräume und Geschäftsräume des Schuldners; Prozesskostenhilfe für weitere Beteiligte (BGH)	150
Landpacht; Landwirtschaft; Referenzmenge für Milch; flächengebundene, flächenlose Übertragung von Milchquoten auf den Verpächter oder Pachtnachfolger (BVerwG)	136	Gewerbliche Zwischenmiete; Insolvenzeröffnung; Weiterleitung des beim Endmieter vom vorläufigen Insolvenzverwalter eingezogenen Mietzins an den Hauptvermieter; fristlose Kündigung bei Zahlungsrückstand (BGH)	152
Mietoption; Wirkungen einer Mietoptionsklausel; Verlängerungsoption; Erwerb vermieteten Hausgrundstücks; Regresshaftung des Anwalts; Schaden für den Erwerber durch fortbestehenden Mietvertrag (BGH)	138	Pfändung von Mietforderungen im Wege der Zwangsvollstreckung; persönlicher Titel; dinglicher Titel (BGH)	153
Verwalter des Mietgrundstücks ohne Auftrag; Mieterhöhung als Auftragspflicht; Erbengemeinschaft; Miterbe; Eigentum des Volkes; Neue Bundesländer (BGH)	141	Kurzfassungen/Leitsätze Gewerbemiete etc.	155

Teileigentum

Gewerbliche Nutzung des Wohnungseigentums;
private Arbeitsvermittlung; Schülernachhilfe
(OLG Köln)

158

Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft;
Rechnungslegungspflicht des (abberufenen) Verwalters;
Einsicht in Kontoauszüge zur
Sondereigentumsverwaltung
(OLG Hamm)

159

Vermietetes Teileigentum; Zwangsverwaltung;
Zwangsvollstreckung; Herausgabe der vom Mieter
geleisteten Barkaution; eidesstattliche Versicherung
des Schuldners als Vermieter über die Verrechnung
der Kaution mit rückständiger Miete
(BGH)

160

Wohnungseigentum; anhängige
Zwangsversteigerungssache; WEG-Reform;
rückständiges Wohngeld
(BGH)

161

Wohnungseigentümergeinschaft;
Mehrvertretungsgebühr trotz späterer
Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit
(BGH)

162

Kurzfassungen/Leitsätze Teileigentum etc.

162

Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau April 2008

163

Wettbewerb; Unternehmer-Eigenschaft;
eBay-Verkäufer; „Tonnenweise Hardware“
(OLG Hamburg)

166

Fernabsatzgeschäfte; Kommunikation per Telefax;
Pflichtfax
(OLG Hamburg)

166

Wettbewerb; Werbung über Außenanlagen;
Gesetzgebungskompetenz im Baurecht; Werbeanlagen;
Außenbereich; Verunstaltung des Landschaftsbildes;
Bauordnungsrecht; Bodenrecht
(BVerwG)

167

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau April 2008

171

Umsatzsteuer; Verdacht der Steuerhinterziehung;
Dinglicher Arrest; Drittbeteiligter; Weitere Beschwerde
(OLG Hamburg)

174

Kurzfassungen/Leitsätze Steuerrecht etc.

174

Magazin

Politik und Recht

175

Bücher und Veröffentlichungen

190

Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel, Berlin

Europarat

Rede vor der Parlamentarischen Versammlung des Europarats am 15. April 2008 in Straßburg

Sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Abgeordnete, liebe Kolleginnen und Kollegen!

Herzlichen Dank für die Einladung nach Straßburg. Es kommt nicht von ungefähr – das spüre ich jetzt wieder –, dass Straßburg als Hauptstadt Europas bezeichnet wird. Denn immerhin gibt es hier gleich zwei Parlamente, die Europa entscheidend mitgestalten und prägen und dies auch in den vergangenen Jahren getan haben.

Ich freue mich, heute zum ersten Mal vor der Parlamentarischen Versammlung des Europarats in Straßburg sprechen zu können. Die Parlamentarische Versammlung ist ein besonderer Ort. Sie war die erste ihrer Art in der Geschichte Europas. Heute sind Abgeordnete aus 47 nationalen Parlamenten in der Parlamentarischen Versammlung vertreten. Das zeigt unsere Vielfalt. Mir ist es deshalb ein ganz besonderes Vergnügen, heute hier bei Ihnen zu sein.

Die Versammlung wird allein dadurch, dass Parlamentarier aus 47 Ländern hier miteinander beraten, ein Ort des politischen Austauschs über die Grenzen in Europa hinweg, ja sogar eines unverzichtbaren politischen Austauschs gerade deshalb, weil die einzelnen Nationen in Zeiten zunehmender Globalisierung immer enger zusammenwachsen. Das spüren wir. Aber wir spüren bei vielen Diskussionen natürlich auch, wo Unterschiede und verschiedene Sichtweisen anzusiedeln sind.

Politische Entscheidungen der einzelnen Länder haben immer mehr Auswirkungen auf das, was in anderen Ländern passiert. Wir stehen zunehmend vor denselben Herausforderungen. Wir haben dieselben Probleme zu lösen. Deshalb erleben wir, dass Außenpolitik zunehmend auch Innenpolitik wird beziehungsweise Innenpolitik immer mehr auch Außenpolitik wird. Das heißt, dass man die klassische Trennlinie, wie wir sie einmal hatten, überhaupt nicht mehr ziehen kann.

Daraus entwickelt sich ein Bewusstsein gemeinsamer Verantwortung für ein gedeihliches Miteinander in Europa. Dieses Bewusstsein entwickelt sich in ganz besonderer Weise in der Parlamentarischen Versammlung. Damit haben Sie in den vergangenen Jahren und in den Jahren Ihrer Existenz einen unschätzbaren Beitrag zum Zusammenwachsen, zur Einigung und zu einem gemeinsamen Verständnis in Europa geleistet.

Den Europarat gibt es seit fast 60 Jahren. Er steht in der gesamten Zeit für Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, für Freiheit und Frieden, für Vielfalt und Toleranz, für Gerechtigkeit und Solidarität. Ich glaube, das sind genau die Werte, die Europa in seinem Kern zusammenhalten.

Sicherlich gründet Europa auch auf gemeinsamen geschichtlichen Erfahrungen und auf dem Willen, unsere Zukunft besser zu gestalten. Daraus haben sich im Laufe der Zeit sehr viele gemeinsame Projekte entwickelt, wie zum Beispiel der Binnenmarkt, der Schengen-Raum und der Euro. Doch erst auf der Grundlage anerkannter gemeinsamer Werte konnte in Europa ein historisch neues Miteinander von größeren und kleineren Staaten entstehen – ein Miteinander, das sich durch Vertrauen zueinander und durch Respekt voreinander auszeichnet.

Wir wissen, dass das zu einer Periode der Geschichte geführt hat, in der kriegerische Auseinandersetzungen sehr viel weniger geworden sind.

Wir wissen auch, dass nur im Europarat fast alle Staaten Europas versammelt sind. Sie alle eint das Streben nach gemeinsamen Werten. Wir werden bei denen, die noch nicht dabei sind, darum ringen, dass auch sie Mitglied des Europarats werden.

Deutschland trat im Jahr 1951 dem Europarat bei. In diesem Jahr hat der erste Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland, Konrad Adenauer, vor der damals noch Beratenden Versammlung des Europarats eine Rede gehalten. Darin sagte er: „Es bedeutet viel für die politische Entwicklung Europas, dass wir hier in den Organen des Europarats eine Plattform haben, auf der sich die Repräsentanten Europas regelmäßig begegnen, ihre Sorge und Nöte, ihre Wünsche und Hoffnungen austauschen, gemeinsame Kriterien für die Bewertung ihrer Bedürfnisse zu entwickeln versuchen und überhaupt in einem Geiste der Fairness und der guten Nachbarschaft zusammenarbeiten; mit anderen Worten: Wir haben hier das europäische Gewissen.“

Seit fast 60 Jahren wacht der Europarat als „europäisches Gewissen“ über unsere gemeinsamen Werte – Werte, die letztlich in der Würde jedes einzelnen Menschen gründen. So hat der Europarat geholfen, das Handeln der Regierungen unter das Gebot der Wahrung der Menschenrechte zu stellen. Es ist ein dauerhaft gültiges Gebot, das die Grundlage für das Zusammenleben von Menschen und für die Beziehungen zwischen Mensch und Staat ist.

Richtig ist, dass die Menschenwürde unteilbar ist. Sie hat in allen Ländern Europas den gleichen Stellenwert. Richtig ist aber auch, dass es verschiedene Ausprägungen und Praktiken bei der Wahrung der Menschenrechte gibt. Das ist natürlich auch auf unterschiedliche historische Erfahrungen und Traditionen zurückzuführen. Vermutlich hat unter anderem dies Papst Johannes Paul II. dazu veranlasst, in seiner Ansprache vor der Parlamentarischen Versammlung im Jahr 1988 anzumerken: „Die europäische Identität ist keine leicht erfassbare Wirklichkeit.“

Seit dem Jahr 1988, als Papst Johannes Paul II. vor der Parlamentarischen Versammlung sprach, hat sich Europa aber entscheidend verändert. Heute ist eine europäische Identität wesentlich klarer zu erkennen als noch vor 20 Jahren. Der Fall des Eisernen Vorhangs und das Ende des Kalten Krieges haben die widernatürliche Teilung Europas beendet. Zum ersten Mal haben sich auf der Basis der Europäischen Menschenrechtskonvention die Anfänge einer gesamteuropäischen Identität herausgebildet.

Ich habe die ersten 35 Jahre meines Lebens in der ehemaligen DDR verbracht. Während des Regimes der SED gab es nicht die Möglichkeit, diskriminierende und ungerechte Behandlungen staatlicher Stellen vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zur Sprache zu bringen. Das hat sich in Deutschland mit dem Fall der Mauer und der Wiedervereinigung und durch den Einzug der Freiheit in vielen Teilen Europas schlagartig geändert.

So haben nach dem Jahr 1990 viele Länder Mittel- und Osteuropas Schritt für Schritt von einer Parteiendiktatur Abschied genommen und sich zu Demokratien entwickelt. Sie haben den Weg in eine freiheitliche Gesellschaft eingeschlagen mit demokratischer Stabilität, in den allermeisten Fällen mit einem Mehrparteiensystem, mit einer handlungsfähigen Opposition, mit einer unabhängigen Justiz, mit staatlicher Gewaltenteilung und mit freien Medien. Jeder weiß, dass all dies nirgendwo eine Selbstverständlichkeit war und ist und immer wieder erkämpft werden muss, dass darauf geachtet werden muss, dass all dies nicht in Frage gestellt wird.

Ich habe den Wandel in meinem eigenen Land erlebt. Deshalb sage ich aus voller Überzeugung: Auch wenn Veränderung kaum möglich zu sein scheint, so ist sie dennoch möglich. Wir alle, die wir hier sitzen, haben viele Veränderungen erlebt, die wir vor 20 Jahren noch nicht für möglich gehalten haben. Deshalb bin ich zutiefst davon überzeugt, dass die Erfolgsgeschichte der europäischen Einigung Signalwirkung für andere Regionen der Welt haben kann – Regionen, in denen Stabilität heute kaum denkbar erscheinen mag, aber nach unserer Erfahrung und deshalb nach unserer Überzeugung keineswegs nur Vision bleiben muss.

Wir sind in Europa – auch das gehört zur Betrachtung der Realität – sicherlich noch nicht am Ende dieser Erfolgsgeschichte angelangt. Ich glaube, man kann sagen, dass Europa eine Daueraufgabe ist. Am Haus Europa gibt es immer etwas zu verbessern. Dies gelingt uns umso mehr, je mehr wir uns alle mit dem europäischen Projekt identifizieren.

Die europäische Identität ist noch immer im Werden begriffen. Ihre Stärkung war immer ein Schwerpunkt der deutschen EU-Ratspräsidentschaft im vergangenen Jahr. So haben wir im Zusammenhang mit den Feierlichkeiten anlässlich des 50. Jahrestags der Unterzeichnung der Römischen Verträge in Berlin eine Erklärung verabschiedet. Darin haben wir noch einmal unterstrichen, was uns in Europa verbindet: Unsere Werte, auf deren Grundlage wir unsere Zukunft politisch gestalten.

An unserem politischen Handeln zeigt es sich, ob wir diese Werte durchsetzen. Es ist eine Frage unserer Werte, ob wir es schaffen, der Globalisierung ein menschliches Gesicht zu geben. Es ist eine Frage unserer Werte, ob es uns gelingt, dem Klimawandel entschlossen entgegenzutreten. Es ist auch eine Frage unserer Werte, ob wir handelspolitischen Interessen Vorrang vor Menschenrechten einräumen oder ob wir uns darauf verständigen, dass Wirtschaftsfragen und Menschenrechtsfragen keine Gegensätze sein dürfen. Deshalb müssen Grundregeln auch bei Handelsfragen eingehalten werden.

Kurzum: Unseren Werten Geltung zu verschaffen, ist nichts Abstraktes, nichts für Sonntagsreden. Die Herausforderung, unsere Werte zu leben, stellt sich auch in unserem politischen Handeln täglich aufs Neue – sei es zu Hause oder auf der europäischen Bühne. Trotz aller Erfolge des Europarats wird er deshalb weiter Wächter über die Werte Europas sein müssen.

Das möchte ich an zwei Beispielen verdeutlichen – zum einen im Hinblick auf die Terrorismusbekämpfung, zum anderen im Hinblick auf den Schutz von Minderheiten.

Zunächst zum internationalen Terrorismus. Spätestens seit den Anschlägen in Madrid und London wissen wir, dass der Kampf gegen den Terrorismus auch in Europa ausgetragen wird. Es gilt darauf zu achten, die legitimen Sicherheitsbedürfnisse der Menschen in Übereinstimmung zu bringen mit dem Schutz der Grundrechte des Einzelnen. Sicherheitsinteressen und der Schutz unserer Rechtsvorstellungen müssen stets sorgfältig abgewogen werden. Wir alle wissen, wie schwierig das im Einzelfall sein kann. Das mag auch nicht in jedem Fall zweifelsfrei verlaufen. Umso wichtiger ist es, dass unsere Demokratien auf Gewaltenteilung, auf Interessenausgleich und auf Partizipation basieren, sodass wir beim Betreten von Neuland immer wieder den richtigen Weg finden.

In diesem Zusammenhang möchte ich ausdrücklich die Rolle des Menschenrechtskommissars des Europarats hervorheben.

Thomas Hammarberg hat Deutschland im Herbst 2006 besucht. Deutschland weiß um die Bedeutung konstruktiver kritischer Betrachtung von außen. Für diese offen zu sein, hilft, über den eigenen Tellerrand hinauszublicken. Sie zeigt Defizite auf und rüttelt auf, diese Defizite zu beseitigen. Ich füge ausdrücklich hinzu, dass es nicht immer leicht ist, mit solch einer Kritik leben zu müssen. Das geht sicher jedem so. Das ist aber Teil der Demokratie.

Deshalb ist es gut – das will ich an dieser Stelle ausdrücklich hervorheben –, dass es in Europa eine Pflicht zur gegenseitigen Einmischung gibt, wenn es um Menschenrechte geht. In Fragen der Menschenrechte gibt es keine inneren Angelegenheiten eines Landes, mit denen man sich vor Beurteilungen zum Beispiel des Menschenrechtskommissars schützen kann.

Daraus erwächst einer solchen Institution wie dem Europarat eine besondere Rolle. Ich glaube, Sie nehmen diese Rolle sehr selbstbewusst wahr. Mit einem System gegenseitiger Kontrolle staatlichen Handelns scheut sich der Europarat nicht davor, wenn nötig, immer wieder den Finger in die Wunde zu legen. Er ist Garant dafür, dass Bürgerinnen und Bürger vor einem unabhängigen Gerichtshof die Einhaltung ihrer Grundrechte einklagen können. Auf diese Weise hilft er, dass Politiker im Bemühen um Terrorismusbekämpfung angemessene Entscheidungen treffen und die Freiheitsrechte nicht über Gebühr einschränken.

Damit der Europarat in dieser Funktion erfolgreich sein kann, müssen seine unterschiedlichen Instrumente und Organe – Parlamentarische Versammlung, Ministerkomitee und Gerichtshof – vor allem eines: Im Bewusstsein des gemeinsamen Einsatzes für die Werte Europas müssen sie so eng und reibungslos zusammenwirken, wie dies für die Bewältigung der Aufgaben notwendig ist.

Das gilt genauso für den Umgang mit Minderheiten. Dieses Thema stellt eine große Herausforderung für Europa und auch für die europäische Außenpolitik dar. Wir haben es weltweit und auch in Europa mit ungelösten Minderheitenkonflikten zu tun. Auf der einen Seite steht der Wunsch einzelner Bevölkerungsgruppen nach kultureller und politischer Selbstbestimmung. Dem steht auf der anderen Seite das Interesse von Staaten an der Wahrung ihrer territorialen Integrität entgegen. Auch in diesem Fall handelt es sich um Spannungsfelder, bei denen wir versuchen müssen, diese im konkreten Fall aufzulösen.

Wie schaffen wir die Gratwanderung zwischen Autonomiebestrebungen und nationalem Zusammenhalt? Hierfür gibt es kein Patentrezept. Eines steht jedoch fest: Gewalt darf in keinem Fall die Antwort auf Kontroversen sein. Gewalt ist nicht vereinbar mit unseren grundlegenden Werten.

Der Schlüssel, um Kulturkämpfe zu verhindern, liegt im Dialog. Nur über den Dialog können gesellschaftliche Integration und Teilhabe gelingen. Ich weiß, dass dies leichter gesagt als im Einzelfall getan ist. Denn wie gehen wir mit der wachsenden Zahl von Migranten in Europa um? Inwieweit erfüllt sich ihr Wunsch nach der Beibehaltung ihrer kulturellen Identität? Wie verträgt sich das mit dem Anspruch auf Integration? Wir alle wissen, dass unsere Gesellschaften nur durch Migration vielfältiger werden. Die Wahrung des sozialen Friedens erfordert, neue Mitbürgerinnen und Mitbürger in unsere Gesellschaft einzubinden. Das gilt natürlich auch für diejenigen, die einen anderen Glauben haben als die Mehrheit.

Natürlich beschäftigen diese Fragen auch meine Regierung. Ganz bewusst habe ich eine Regierungsbeauftragte für Migrations- und Integrationsfragen im Bundeskanzleramt angesiedelt, weil diese Fragen eine der herausforderndsten Schwerpunktaufgaben sind. Wir haben einen Dialog mit Vertretern von Mitbürgern mit Migrationshintergrund in Deutschland, den sogenannten Integrationsgipfel, ins Leben gerufen. Hier lernen wir, die gegenseitigen Erwartungen auszusprechen, Wünsche und Kritik offen zur Sprache zu bringen.

Ob in Deutschland oder in anderen Ländern: Es gibt keine einfachen Antworten auf Fragen der Integration oder der Mi-

gration. Das allerwichtigste ist aber, dass man zunächst einmal miteinander redet, sich kennen lernt, sich besser versteht, um dann die Dinge lösen zu können. Daher begrüße ich ausdrücklich, dass Sie im Europarat den interkulturellen Dialog begonnen haben. Ich glaube, dies ist ein ganz wichtiges Zeichen auch für unsere nationalen Aktivitäten.

Terrorismusbekämpfung und Integration sind nur zwei Beispiele von vielen, die eine wertorientierte Politik einfordern. Die Werteorientierung der Länder, die im Europarat vertreten sind, kommt vor allen Dingen in der Menschenrechtskonvention zum Ausdruck. Das ist sozusagen die Plattform, auf der wir alle arbeiten.

Sie zielt darauf ab, den 800 Millionen Menschen in Europa Schutz vor staatlicher Willkür zu gewährleisten. So können sie vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gegen eine Verletzung ihrer Grundrechte klagen. Ich glaube, dass wir sagen können, dass ein derartiges Menschenrechtsschutzsystem weltweit einzigartig ist. Immerhin machen über 50 000 Bürgerinnen und Bürger jedes Jahr von dieser Möglichkeit Gebrauch. Dies ist ein eindrucksvolles Zeugnis des Vertrauens, das der Gerichtshof in ganz Europa genießt.

Ich habe mir heute Morgen ein Bild von seiner Arbeit machen können. Präsident Costa hat mir geschildert, welche großartige Arbeit die Richterinnen und Richter des Gerichtshofs leisten. Ich war auch in der Registratur, wo die Klagen eingehen. Dabei konnte ich mich davon überzeugen, dass der Gerichtshof an seine Kapazitätsgrenze gestoßen ist.

Ich glaube, dass wir uns darin einig sind, dass der Gerichtshof eine geeignetere Form braucht. Dies ist entscheidend für die Glaubwürdigkeit des gesamten Systems des Menschenrechtsschutzes in Europa. Denn wenn man klagen darf, die Klage aber nie bearbeitet wird, dann ist das rechtsstaatliche System natürlich kein überzeugendes System. Deshalb möchte ich deutlich sagen: Wir dürfen die Reform des Gerichtshofs nicht blockieren. Wer das tut, der stellt letztendlich unsere gemeinsam gelebte Wertebasis zur Disposition.

Während der deutschen EU-Ratspräsidentschaft habe ich mit Präsident Putin darüber gesprochen, wie notwendig eine rasche Ratifizierung des Zusatzprotokolls 14 zur Menschenrechtskonvention durch Russland ist. Außerdem habe ich mit dem Präsidenten der Duma darüber gesprochen. Das Thema hat die Bundesregierung sehr häufig vorgebracht.

Ich bin der Meinung, dass dieses Zusatzprotokoll dem Gerichtshof Möglichkeiten für eine effizientere und raschere Arbeit eröffnet. Da ich weiß, dass heute Vertreter der Duma anwesend sind, möchte ich dafür danken, dass sie sich dafür eingesetzt haben, dass dieses Protokoll in der Duma ratifiziert wird. Ich hoffe, dass in der neuen Duma die Zeit gekommen ist, um noch einmal aus einem anderen Blickwinkel auf das 14. Zusatzprotokoll zu schauen und eine Ratifizierung durch Russland zu erreichen. Das würde ich sehr begrüßen, denn das wäre im Interesse aller.

Die Europäische Menschenrechtskonvention gab es lange, bevor wir in der Europäischen Union über eine Grundrechtecharta diskutiert haben. Auch das gehört zur geschichtlichen Wahrheit: Die Europäische Union in ihrer heutigen Form wäre ohne die Vorarbeit des Europarats undenkbar. Jeder EU-Mitgliedstaat war zuvor auch Mitglied im Europarat. Der Europarat und die Europäische Union sind unterschiedlich, aber sie sind komplementär.

Während der deutschen EU-Ratspräsidentschaft ist es erfreulicherweise gelungen, ein „Memorandum of Understanding“ zwischen der Europäischen Union und dem Europarat zum Abschluss zu bringen. Ich denke, wir brauchen einen engeren Austausch zwischen der Europäischen Union und dem Europarat. Dass der Vorsitzende des Ministerrats gleichzeitig Mitglied des Außenministerrats der Europäischen Union ist und heute anwesend ist, zeigt, wie es möglich ist, diese Kooperation zu verbessern.

Ein weiterer wichtiger Schritt bei der Zusammenarbeit beider Organisationen wird der Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention sein. Das sieht der Vertrag von Lissabon vor. Aus diesem Grund haben wir hart daran gearbeitet, dass wir eine Rechtspersönlichkeit in der Europäischen Union werden. Das war gar nicht so einfach. Ich hoffe, dass alle Staaten den Vertrag ratifizieren, damit wir dann die Möglichkeit haben, der Europäischen Menschenrechtskonvention beizutreten. Dies wird unsere gemeinsame Plattform für unsere Arbeit unterstreichen.

Die Bürgerinnen und Bürger der Europäischen Union werden dann individuell vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gegen Brüsseler Rechtsakte vorgehen können, wenn sie sich in ihren Grundrechten verletzt fühlen. Auch das ist eine neue Qualität, die heute noch nicht gegeben ist. Die Brüsseler Rechtsakte sind sozusagen als solche noch nicht Gegenstand der Klagemöglichkeit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Wir hoffen natürlich nicht, dass diese Möglichkeit dann dauernd wahrgenommen werden muss, aber sie ist dann gegeben.

Der Europarat ist eine große europäische Erfolgsgeschichte. Er hat sich historische Verdienste um Demokratie, Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit in Europa erworben. Das sind allerdings Verdienste, die jede Generation aufs Neue erwerben muss.

Ich sage das, weil manchmal die Gefahr besteht, dass alles in einen Automatismus übergeht. Deshalb muss jede Generation bekannt und vertraut gemacht werden mit den Formen unserer Kooperation. Sie muss sie neu leben, sie ausbauen und weiterentwickeln. Deshalb bin ich der Auffassung, dass die Verdienste zugleich Auftrag und Verpflichtung sind, weiter an einem Europa zu arbeiten, das die Aufgabe hat, dem Wohl seiner Bürgerinnen und Bürger zu dienen.

Deshalb lautet mein Appell an Sie: Mischen Sie sich weiter ein, prägen Sie weiter durch Ihre Beiträge die europäischen Debatten. So bleibt die Parlamentarische Versammlung des Europarats weiterhin ein wichtiger Impulsgeber für ein einiges Europa in Frieden, Freiheit, Demokratie und damit vielleicht auch ein Beispiel in der Welt dafür, wie man in scheinbar ausweglosen Situationen doch Hoffnungen und Lösungen finden kann. Es gibt viele Stellen in der Welt, wo das noch zu leisten ist, so dass wir, die Europäer, mit vergleichsweise überschaubaren Problemen gemessen an den Problemen in anderen Regionen der Welt ein gutes Beispiel geben können.

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Die Berufungszuständigkeitsformel zu § 119 Abs.1 Nr.1 b GVG in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Blickfeld von EU-Gesellschaften

– Zugleich eine Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 8.1.2008 – X ZB 26/07 –, GuT 2008, 46 –

A. Das Problem

Der Rechtsanwalt, der seinen Mandanten gerichtlich (vor dem Amtsgericht) vertreten hat, ist nach dem mit ihm geschlossenen Anwaltsdienstvertrag verpflichtet, seinen Mandanten so rechtzeitig – zweckmäßigerweise sofort nach Eingang des Urteils – vom Zeitpunkt der Urteilszustellung in Kenntnis zu setzen und ihn über die daraus folgenden Umstände der Rechtsmittelinlegung zu unterrichten, dass der Mandant den Auftrag zur Einlegung des Rechtsmittels auch unter Berücksichtigung einer ausreichenden Überlegungsfrist noch innerhalb der Rechtsmittelfrist erteilen kann (BGH – IV ZB 48/05 –, MDR 2007, 1148).

Der Anwalt kann seinem Mandanten problemlos sofort nach Urteileingang den Ablauf der Berufungsfrist und der Berufungsbegründungsfrist mitteilen. Das Gesetz stellt für den Beginn dieser Fristen auf die Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils ab (§§ 517, 520 Abs. 2 ZPO). Hat der Anwalt den Mandanten noch nicht in der ersten Gerichtsstanz vertreten, kann er sich notfalls auf einfache Weise beim Gericht, dessen Urteil angefochten werden soll, über den Zeitpunkt der Zustellung erkundigen. Ist der Anwalt wegen Urlaubs, Erkrankung oder aus anderen Gründen verhindert, sein Dezerat zu betreuen, kann sein Vertreter anhand des Datums des Büroeingangsstempels auf dem anzufechtenden Urteil leicht feststellen, wann die Berufungsfrist bzw. Berufungsbegründungsfrist ablaufen. Dabei können der Anwalt bzw. sein Vertreter zugleich unproblematisch kontrollieren, ob das geschulte Personal des Anwalts diese Fristen in der Akte richtig notiert hat.

Liegt aber ein Fall mit Auslandsberührung im Sinne des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG vor, stellt sich für den Anwalt die praktische Frage, ob er seiner anwaltlichen Verpflichtung aus dem Mandatsverhältnis über die unverzügliche Unterrichtung über die Rechtsmittelumstände genauso einfach wie bei der Mitteilung der Rechtsmittelfristen gegenüber dem Mandanten nachkommen kann.

Lässt sich für den Anwalt dem Mandanten genauso leicht mitteilen, ob das Landgericht oder Oberlandesgericht für die Berufung gegen ein Urteil des Amtsgerichts funktionell zuständig ist, wenn über Ansprüche gestritten wird, die von einer oder gegen eine Partei erhoben werden, die ihren allgemeinen Gerichtsstand im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in erster Instanz außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes (GVG) hatte?

Hält die Berufungszuständigkeitsvorschrift des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG die verfassungsrechtlichen Vorgaben ein, wonach der Zugang zu den Gerichten allen Bürgern auf möglichst gleichmäßige Weise zu eröffnen ist und sich die gesetzlichen Grundsätze über die Einlegung und Begründung von Rechtsmitteln durch ein besonderes Maß an Gleichheit, Klarheit und innerer Logik auszeichnen müssen (BVerfGE 74, 228 (234))?

Genügt diese Vorschrift dem aus dem europäischen Zivilverfahrensrecht abzuleitenden Grundsatz, wonach die Berufungszuständigkeit für den Unionsbürger eines anderen Mitgliedstaates in gleicher Weise in hohem Maße vorhersehbar sein muss, wie wenn es sich um einen reinen Inlandsprozess handeln würde?

Ziffer 11 der Präambel der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und

die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) schreibt für die international-rechtliche Eingangszuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten vor, dass die Zuständigkeitsvorschriften in hohem Maße vorhersehbar sein müssen. Dieser europarechtliche Gedanke lässt sich in Bezug auf das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV für Rechtsmittelverfahren in folgendem Sinne konkretisieren:

Der Zugang zu den Berufungsgerichten für Unionsbürger, Gesellschaften und juristische Personen anderer Mitgliedstaaten darf in Vergleich zu inländischen möglichst nicht erschwert werden. Das Recht auf Gleichbehandlung nach Art. 12 EGV könnte durch eine Zuständigkeitsregelung verletzt werden, die im Gegensatz zur Regelung bei rein innerstaatlichen Fällen nicht klar und eindeutig ist, so dass es für die betroffene ausländische Partei zur Vermeidung der Verwerfung der Berufung als unzulässig erforderlich erschiene, sicherheitshalber Berufung sowohl beim Land- als auch beim Oberlandesgericht mit einem zusätzlichen Kostenaufwand einzulegen (BGH – XII ZB 114/06 – Rz. 14, GuT 2007, 312).

Ermöglicht die Berufungszuständigkeitsformel, die der Bundesgerichtshof zu § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG entwickelt hat und die im Folgenden vorgestellt wird, in gleicher Weise wie die gesetzlichen Vorschriften zu den Rechtsmittelfristen eine für den Anwalt einfach und leicht zu handhabende Feststellung des Gerichtsstandes einer Partei außerhalb des Geltungsbereiches des Gerichtsverfassungsgesetzes?

Dazu wird der folgende Fall besprochen.

B. Der Fall

I. Der Sachverhalt

Der Kläger erhob vor dem Amtsgericht Zahlungsklage gegen die Beklagte. Diese bezeichnete er im Rubrum seiner Klageschrift mit:

C. Ltd., diese vertreten durch die Direktion Deutschland, diese vertreten durch die Geschäftsführung, ... in F.

Gegen das die Klage abweisende Urteil legte der Kläger Berufung zum Landgericht Frankfurt/M. ein. In der Berufungsinstanz berief sich die Beklagte erstmals darauf, dass sie ihren allgemeinen Gerichtsstand im Zeitpunkt der Klageerhebung außerhalb Deutschlands in N./Z. gehabt habe. Sie sei in Deutschland mit einer Niederlassung vertreten, die keine eigene juristische Persönlichkeit habe.

Das Landgericht verwarf die Berufung als unzulässig. Es sei nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG funktionell unzuständig. Die Beklagte habe im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit ihren Sitz außerhalb Deutschlands gehabt. Für die Anwendbarkeit von § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG sei unerheblich, dass im Gewereregister der Stadt F. nur eine Hauptniederlassung mit einer Betriebsstätte eingetragen sei.

II. Die Entscheidung

Der 10. Senat des Bundesgerichtshofes wies in dem Beschluss vom 8.1.2008 – X ZB 26/07 –, GuT 2008, 46, die Rechtsbeschwerde zurück.

1. Der Kläger könne sich nicht auf den Grundsatz berufen, wonach der im Verfahren vor dem Amtsgericht unangegriffen gebliebene allgemeine Gerichtsstand einer Partei bei Beant-

wortung der Frage zugrunde zulegen ist, ob die Berufung beim Landgericht einzulegen ist. Nach Auffassung des Senats ergäbe sich danach eine Rechtsmittelzuständigkeit des Landgerichts nur, wenn vor dem Amtsgericht behauptet worden wäre, die betreffende Partei habe ihren Wohnsitz bzw. ihren Sitz im Inland, und wenn ferner der *Einlassung* des Gegners vor dem Amtsgericht entnommen werden könne, nicht bestreiten zu wollen, dass ein Wohnsitz bzw. Sitz im Inland bestehe und deshalb die betreffende Partei ihren allgemeinen Gerichtsstand im Inland habe (Rz. 6).

2. Dem schriftsätzlichen Vorbringen des Klägers können Angaben zum allgemeinen Gerichtsstand der Beklagten allenfalls in Bezug auf deren Bezeichnung im Klagerubrum entnommen werden, die jedoch nicht eindeutig sei. Der Zusatz, dass die Beklagte durch „die Direktion Deutschland“ vertreten werde, könne dahin verstanden werden, dass die ferner angegebene Anschrift in F. nur diejenige einer Niederlassung der Beklagten in Deutschland sei. In gleicher Weise sei auch ein von der Beklagten zu den Akten des Amtsgerichts eingereichtes vorprozessuales Schreiben nicht eindeutig, worin von „C. in F.“ die Rede sei. Diese Formulierung lasse auch die Deutung zu, dass es sich um eine Niederlassung der Beklagten an diesem Ort in Deutschland handele (Rz. 7).

C. Hintergrund der Entscheidung

Schon kurze Zeit nach Inkrafttreten des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG zum 1. 1. 2002 unterbreitete die Bundesrechtsanwaltskammer im April 2003 Änderungsvorschläge zum damaligen Zivilprozessreformgesetz und empfahl, § 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG ersatzlos aufzuheben. Sie kritisierte, dass diese Vorschrift ohne Einbindung der Fachwissenschaft wie der Praxis geschaffen wurde, und stellte die zentrale Frage, woher der Prozessbevollmächtigte erkennen soll, ob eine an dem Rechtsstreit beteiligte Partei tatsächlich ihren „allgemeinen Gerichtsstand“ im Ausland hat, wenn diese eine deutsche Anschrift angibt? Außerdem wurde mit Blick auf § 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG vorgeschlagen, die Verweisungsvorschrift des § 281 ZPO auf die vertikale Ebene zwischen Landgericht und Oberlandesgericht zu erweitern; es sei nicht einzusehen, weshalb eine horizontale Verweisung innerhalb derselben Gerichtsebene möglich sei, jedoch die beim falschen Berufungsgericht eingelegte Berufung verworfen werde (Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer – Änderungsvorschläge über google zum Zivilprozessreformgesetz – von April 2003, S. 2; Internetdokument: www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/aenderungsvorschl_zporeformgesetz.pdf).

Der Gesetzgeber hatte bislang diese Änderungsvorschläge nicht aufgegriffen. Aktuell ist in dem Entwurf der Bundesregierung zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Streichung des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG geplant (dazu Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer Nr. 50/2007, S. 12 unter www.brak.de), aber noch nicht gesetzlich umgesetzt.

Die Rechtsprechung verwirft nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG falsch eingelegte Berufungen gemäß § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig. Eine Verweisung auf Antrag an das zuständige Rechtsmittelgericht wird vom Bundesgerichtshof abgelehnt (BGH – VI ZB 3/07 – Rz. 8, WuM 2007, 534).

Die schon im Jahre 2003 aufgeworfenen zentralen Fragen der erörterten Vorschrift, 1.) ob und wie die Partei bzw. dessen Anwalt in dem beim Amtsgericht begonnen Zivilrechtsstreit einen eventuellen ausländischen Wohn- bzw. Geschäftssitz einer am Prozess beteiligten Partei zu recherchieren haben, und 2.) ob der Wohn- bzw. Geschäftssitz nach den nationalen oder nach den Vorschriften des europäischen Zivilverfahrensrechtes zu beurteilen sind, sind von der Rechtsprechung bis heute nicht rechtsmittelsicher für den Anwaltspraktiker beantwortet worden (grundlegend zu diesen Fragestellungen v. Hein, ZJP Bd. 116 (2003), 335 ff.).

5^{1/2} Jahre nach Inkrafttreten des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG spricht der 12. Senat des Bundesgerichtshofes erstmals von „weitgehend ungelösten Anwendungsproblemen“ dieser Vorschrift (BGH – XII ZB 114/06 – Rz. 5, GuT 2007, 312).

Ungeachtet der geplanten Abschaffung des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG, die nicht gesetzliche Realität werden muss, ist es längst von Verfassungs wegen geboten, dass die verfassungs- und europarechtlichen Defizite der erörterten Vorschrift durch eine vom Amtsgericht – gegebenenfalls auf Antrag – zu erteilende Rechtsmittelbelehrung, jedenfalls durch eine Verweisung auf Antrag in der Rechtsmittelinstanz – auch nach Ablauf der Berufungsfrist – kompensiert werden. Es geht nicht an, dass das aus den Unzulänglichkeiten des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG entstehende Risiko einer eventuellen falschen Berufungseinlegung ausschließlich von der Prozesspartei und ihrem Anwalt getragen wird (Einzelheiten Gellwitzki, GuT 2008, 3 ff.).

D. Kontext der Entscheidung

I. Ausländische Gesellschaften und praktische Bedeutung im Mietrecht

Nachdem ausländische Unternehmen den deutschen Immobilienmarkt entdeckt haben, sind eine Vielzahl von ausländischen Gesellschaften und Unternehmen vornehmlich in den Berliner Immobilienmarkt eingestiegen.

Einige Gewerberaumvermieter, die mit dem Handwerker von nebenan unter seiner Firmierung als Limited Company einen Gewerberaummietvertrag geschlossen und nicht gleichzeitig mit ihm eine mietvertragliche Eigenhaftung vereinbart haben, erfahren das Ärgernis, dass sie sich wegen anwachsender Mietschulden *nur* an die Limited Company als Mieterin und nicht auch an den Handwerker selbst halten können.

In Mietrechtsstreitigkeiten vor dem Amtsgericht geben nach meiner praktischen Erfahrung einige ausländische Gesellschaften und Unternehmungen einmal eine deutsche oder ein andermal eine ausländische Anschrift an – ohne Offenlegung ihres wirklichen Geschäftssitzes.

Die geänderte europarechtliche Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit der Artt. 43, 48 EGV zeigt ihre praktischen Auswirkungen. Gesellschaften und juristische Personen, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union nach den dort geltenden Vorschriften wirksam gegründet wurden, dürfen grundsätzlich – ohne zur Auflösung im Herkunftsstaat und zur Neugründung im Bestimmungsstaat gezwungen zu sein – ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einen anderen Mitgliedstaat verlegen (Geiger, EUV/EGV, 4. Aufl., Art. 48 EGV, Rz. 11 unter Hinweis auf das Überseering-Urteil des EuGH vom 5. 11. 2002 – Rs. C-208/00 –, NJW 2002, 3614; in diesem Sinne BGH – II ZR 5/03 –, GmbHR 2005, 630; weitere Einzelheiten Werner, MDR 2005, 1033).

Das Überseering-Urteil des Europäischen Gerichtshofes stellt gemeinschaftsrechtlich für das Gesellschaftsstatut auf die Gründungstheorie ab. Danach gilt die Rechtsordnung, nach deren Bestimmungen der Gesellschaftsvertrag geschlossen ist. Verlegt eine Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat gegründet wurde, ihren Hauptsitz nach Deutschland, ist diese unter Anerkennung ihres ausländischen Gründungsstatuts im Geschäftsleben als rechtsfähig und vor Gericht als parteifähig anzuerkennen (näheres Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Rz. 10 c ff.). Dagegen wird auf deutsche Gesellschaften die Sitztheorie angewendet, wonach die Rechtsordnung an dem tatsächlichen Verwaltungssitz des Unternehmens gilt (Eisenhardt, a. a. O.). Während Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten hier die europarechtliche Niederlassungsfreiheit genießen dürfen, wurde dagegen von der Rechtsprechung einer nach deutschem Recht inkorporierten GmbH die Verlegung ihres effektiven Verwaltungssitzes aus dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland abgesprochen, weil die nach dem deutschen Gründungsstatut geltende Sitztheorie eine solche Verlegung ausschließen würde (zum Streitstand Werner, MDR 2005, 1033/1034).

Sind außereuropäische Gesellschaften, die nicht nach zwischenstaatlichen Abkommen entsprechend ihrem ausländischen Gründungsstatut als partei- und rechtsfähig anzuerkennen sind, in Deutschland tätig, müssen diese die deutschen, für die entsprechenden Gesellschaftsformen geltenden Vorschriften einhalten, um partei- und rechtsfähig zu sein. Bei einer solchen Gesellschaft, die hier tätig wird, ist gegebenenfalls zu prüfen, ob diese nach deutschem Recht als Personengesellschaft anerkannt werden könnte (Einzelheiten Werner, a. a. O.).

Inzwischen existiert ein Gesetzesentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht, wonach die Rechtslage für inländische als auch für im Ausland gegründete Unternehmen angeglichen und nicht mehr an die Sitztheorie, sondern an die Gründungstheorie angeknüpft werden soll (MDR Report 3/2008/R 7; DAV-Depesche Nr. 13/08 Ziffer 6).

Im Hinblick auf die nach der gesellschaftsrechtlichen Gründungstheorie zu beurteilende europarechtliche Niederlassungsfreiheit lässt sich der Geschäftssitz einer (ausländischen) Gesellschaft nicht zuverlässig nach deren Namens- und Anschriftenbezeichnungen bestimmen.

Eine englische Limited kann ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland ohne Eintragung in ein deutsches Handelsregister inne haben. Bei den betreffenden Vorschriften zur Anmeldung einer „Zweigniederlassung“ der ausländischen Gesellschaft zum Handelsregister handelt es sich um reine Ordnungsvorschriften (BGH – II ZR 5/03 – Gründe II. 2.c)

Da somit die *tatsächlichen* Verhältnisse bezüglich der Geschäftssituation einer (ausländischen) Gesellschaft maßgebend sind, kann z. B. eine englische Limited Company mit einer in einem deutschen Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung hier ihre Hauptverwaltung haben, wenn diese Gesellschaft ihre Geschäfte ausschließlich und unmittelbar in Deutschland (über die in einem deutschen Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung) betreibt (BGH – XII ZB 114/06 – Rz. 11, GuT 2007, 312).

Bei der *europäischen* wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) und der Societas Europaea handelt es sich um unmittelbar auf dem europäischen Gemeinschaftsrecht gründende supranationale Gesellschaftsformen (Hüffer, Gesellschaftsrecht, 7. Aufl., § 3 Ziffer 3). Bei diesen nicht auf nationalstaatlicher Rechtsgrundlage gegründeten Gesellschaften stellt sich im Übrigen die in diesem Beitrag nicht weiter erörterte Frage, wie deren nationalstaatlicher „allgemeine Gerichtsstand“ im Sinne des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG bestimmt werden soll.

Angesichts der Zunahme von Mietrechtsfällen vor dem Amtsgericht mit Auslandsberührung vornehmlich unter Beteiligung ausländischer Unternehmen in vielfältigen international-gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsformen ist es für den Anwalt wichtig, dass er (im Mietprozess) die Berufungszuständigkeit des Landgerichts nach § 72 GVG oder des Oberlandesgerichts gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG rechtsmittel- und für seinen Kanzleibetrieb organisationssicher bestimmen kann.

II. Die Berufungszuständigkeitsformel im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

1. Die Auffassung des 10. Senats des Bundesgerichtshofes im besprochenen Fall

a.) Der 10. Senat prüft zuerst in dem erörterten Beschluss, ob sich aus den im Rubrum der Klageschrift mitgeteilten Zeichnungen und Anschriften der Parteien *genügend* Hinweise auf einen in- bzw. ausländischen Wohn- oder Geschäftssitz einer Partei ergeben.

Dies hat der 10. Senat hier zu Recht verneint.

In der Klageschrift bzw. in den beim Gericht eingereichten Schriftsätzen sind gemäß §§ 253 Abs. 4, 130 Nr. 1 ZPO die *ladungsfähigen* Anschriften der Parteien mitzuteilen. Damit ist im Regelfalle der aktuelle Aufenthalt der Partei anzugeben (BGH – IVb ZR 4/87 – Gründe 2., NJW 1988, 2114 (2115)). Unter ladungsfähiger Anschrift ist die Angabe des tatsächlichen Wohn-

ortes nach Ort, Straße und Hausnummer gemeint, also die Anschrift, unter der die Partei tatsächlich zu erreichen ist. Dabei ist Wohnung jeder Raum – ohne Rücksicht auf den Wohnsitz im Rechtssinne –, den die Person tatsächlich für eine gewisse Zeit bewohnt (BVerwG – 1 C 24/97 – Gründe II. 3. a, NJW 1999, 2608 (2609)).

Sowohl bei einer Privatperson als auch bei einem Unternehmen müssen die in dem Rechtsstreit angegebenen Anschriften nicht mit deren Wohn- bzw. Geschäftssitz übereinstimmen. Bei der aktuellen Anschrift einer Privatperson kann es sich um den Ort handeln, an dem sich diese vorübergehend zu Studienzwecken, aus beruflichen Gründen oder aus privaten (familiären) Gründen aufhält. Bei der Anschrift, die ein Unternehmen angibt, kann es sich um den Ort seiner Zweigniederlassung handeln.

Folgerichtig prüft der 10. Senat weiter für die Frage der Berufungszuständigkeit, ob sich die Parteien im erstinstanzlichen Sachvortrag *übereinstimmend* zum Wohn- bzw. Geschäftssitz einer Partei geäußert haben.

Schon in dem vorangegangenen Beschluss vom 19. 9. 2006 – X ZB 31/05 – hat der 10. Senat geäußert, dass allerdings der 8. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes und ihm folgend der 11. Zivilsenat entschieden haben, dass bei § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG im Berufungsverfahren regelmäßig der im Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht unangegriffen gebliebene inländische bzw. ausländische Gerichtsstand einer Partei zugrunde zu legen und einer Nachprüfung durch das Rechtsmittelgericht grundsätzlich entzogen sei. Dies setze allerdings voraus, dass in erster Instanz der inländische oder ausländische Gerichtsstand unstreitig geblieben ist oder dass er zwar streitig war, das Gericht dazu aber keine Feststellungen getroffen hat. Im letzteren Fall kann es dem Gegner verwehrt sein, seinen Vortrag zu ändern. Würde indessen in erster Instanz hierzu nichts vorgebracht und liege demzufolge ein unbestrittener Vortrag zur Frage der Zuständigkeit nicht vor, so könne dies nicht gleichermaßen gelten (Rz. 12).

b.) In praktischer Konsequenz bedeutet dies folgendes:

Die Partei, die an einem Rechtsstreit beteiligt ist, kann nicht gesichert vorhersehen, ob sie den Prozess – gegebenenfalls nach einer Beweisaufnahme – gewinnt. Jede Partei, die an einem Rechtsstreit vor dem Amtsgericht beteiligt ist, müsste also schon erstinstanzlich darauf achten, dass im Sachvortrag aller Prozessparteien unstreitige Feststellungen zum Wohn- bzw. Geschäftssitz der jeweiligen anderen Partei getroffen werden. Dies kann problematisch werden, wenn an dem Rechtsstreit eine größere Anzahl von Personen, z. B. die Mitglieder einer Erbengemeinschaft, beteiligt sind.

Eine Partei muss jedoch nicht in dem Rechtsstreit (in erster Gerichtsinstanz) ihren Wohnsitz offen legen. Hat die Partei ihre ladungsfähige Anschrift mitgeteilt, können von ihr vor dem Amtsgericht – nur zur Bestimmung der richtigen Berufungszuständigkeit – nicht weitere Angaben zu ihrem richtigen Wohn- bzw. Geschäftssitz erzwungen werden (v. Hein, ZZP Bd. 116 (2003), 335 (352–354)).

Haben die Parteien nicht freiwillig in einem übereinstimmenden Sachvortrag den Wohn- und Geschäftssitz bestimmt, muss der Berufungsführer versuchen, außergerichtliche Erkenntnismöglichkeiten zu Hilfe zu nehmen, um den Wohn- bzw. Geschäftssitz der Gegenpartei zu ermitteln. Da eine Partei nicht regelmäßig Einblick in die Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse der Gegenpartei haben wird, muss der Berufungsführer notfalls die Berufung sowohl beim Land- als auch beim Oberlandesgericht einlegen.

Die Ansicht des 10. Senats des Bundesgerichtshofes ist zwar der Sache nach richtig, bietet aber dem Anwaltspraktiker keine organisations- und rechtsmittelsichere Handhabung der Berufungszuständigkeitsvorschrift des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG.

c.) Der erörterte Beschluss ist im Ergebnis nicht richtig.

Darin wird zu Unrecht ein Sitz der Beklagten in Deutschland verneint. Der 10. Senat beanstandet nicht die Aussage des Landgerichts, dass die Eintragung einer Hauptniederlassung der Beklagten mit einer Betriebsstätte im Gewereregister der Stadt F. für die Anwendung von § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG unerheblich sei.

Anscheinend verneint der 10. Senat des Bundesgerichtshofes einen Geschäftssitz der Beklagten unter Anwendung der nationalen Prozessvorschrift des § 17 ZPO in Deutschland.

§ 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO stellt auf den satzungsmäßigen Sitz des Unternehmens ab (Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Art. 60 EuGVVO, Rz. 10). Der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, gilt nur dann als Sitz, wenn sich nichts anderes ergibt (§ 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Der Verwaltungsort kommt somit als Sitz nur dann in Betracht, wenn ein satzungsmäßiger Sitz fehlt (Vollkommer in Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 17, Rz. 10).

Danach wäre die Hauptniederlassung der Beklagten in Deutschland im besprochenen Fall nicht deren *satzungsmäßiger* Sitz.

Dagegen bestimmt der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes den Wohn- bzw. Geschäftssitz einer Partei für die Berufungszuständigkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG anhand der Vorschriften der EuGVVO (BGH – XII ZB 114/06 – Rz. 9, GuT 2007, 312).

Gemäß Art. 60 Abs. 1 EuGVVO haben Gesellschaften und juristische Personen ihren Wohnsitz an dem Ort, an dem sich a) ihr satzungsmäßiger Sitz, b) ihre Hauptverwaltung oder c) ihre Hauptniederlassung befindet.

Nach Art. 60 Abs. 1 c EuGVVO hat die Beklagte somit ihren Geschäftssitz (auch) in Deutschland. Dem Umstand, dass die Beklagte faktisch ihre Hauptniederlassung mit einer Betriebsstätte in Deutschland hat, steht nicht die unterbliebene Eintragung einer „Zweigniederlassung“ in einem deutschen Handelsregister entgegen, da es sich bei dem gesetzlichen Eintragungserfordernis nicht um eine Wirksamkeitsvoraussetzung handelt (BGH – II ZR 5/03 – Gründe II.c.).

Hat eine Gesellschaft sowohl einen in- als auch einen ausländischen Geschäftssitz, ist der restriktiv auszulegende § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG nicht anwendbar (BGH – XII ZB 114/06 – Rz. 13, GuT 2007, 312).

Danach wäre im erörterten Fall die Berufungszuständigkeit des Landgerichts zu bejahen gewesen.

Bedauerlicherweise setzt sich der 10. Senat des Bundesgerichtshofes nicht mit dem von ihm abweichenden vorangegangenen Beschluss des 12. Senats auseinander.

d.) Die Überseering-Entscheidung des *Europäischen* Gerichtshofes vom 5.11.2002 (EuGH – Rs. C-208/00 –, NJW 2002, 3614) hat einen juristischen Erdstoß ausgelöst, da für die Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft die Gründungstheorie und nicht mehr die Sitztheorie maßgebend ist. Deshalb musste eine Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland als rechtsfähig anerkannt werden, auch wenn nach ihrer Gründung ihr gesamtes Kapital von in Deutschland ansässigen deutschen Angehörigen erworben wurde, die die Gesellschaft nunmehr von Deutschland aus verwalten (Geiger, EUV/EGV, 4. Aufl., Art. 48 EGV, Rz. 11; ebenso Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Art. 60, Rz. 11). Die Bestimmung des Geschäftssitzes eines Unternehmens nach § 17 ZPO entspricht nicht mehr der europarechtlich vorgeprägten rechtlichen Realität des europäischen Wirtschaftsraumes (siehe vorstehend D.I.). Demgemäß bejaht der 12. Senat des Bundesgerichtshofes die Berufungszuständigkeit des Landgerichts für eine Limited Company mit einem Briefkastensitz in England und einer im Handelsregister Düsseldorf eingetragenen Zweigniederlassung in Deutschland gemäß Art. 60 Abs. 1 b EuGVVO, die ihre Geschäfte ausschließlich und unmittelbar in Deutschland über ihre Zweigniederlassung betreibt (BGH – XII ZB 114/06 – Rz. 2 und Rz. 11, GuT 2007, 312).

2. Die Ansicht des 6. Senats des Bundesgerichtshofes

a.) Ähnlich wie der 10. Senat des Bundesgerichtshofes stellt der 6. Senat in einem Fall, wo der Rechtsstreit vor dem Amtsgericht des besonderen Gerichtsstandes des § 32 ZPO geführt wurde, darauf ab, dass aus dem Umstand, dass ein inländischer allgemeiner Gerichtsstand nicht erörtert worden ist, nicht schon hergeleitet werden könne, dass die Parteien übereinstimmend einen allgemeinen Gerichtsstand der beklagten Gesellschaft im Inland angenommen hätten. Aus der vorgerichtlichen Korrespondenz habe der Kläger auf den verwendeten Briefbögen ersehen können, dass sich deren Hauptsitz in Frankreich befinden würde und diese in Deutschland lediglich über eine Niederlassung verfüge. Die beklagte Gesellschaft durfte deshalb erstmals im Berufungsverfahren gegen die vor dem Landgericht eingelegte Berufung einwenden, dass das Oberlandesgericht funktionell zuständig gewesen sei (BGH – VI ZB 3/07 – Rz. 7, WuM 2007, 534).

Wegen des besonderen Gerichtsstandes nach § 32 ZPO hätte für die beklagte Gesellschaft keine Veranlassung bestanden, ihren allgemeinen Gerichtsstand in erster Instanz vor dem Amtsgericht zur Sprache zu bringen (BGH, a. a. O.). Wird dieser Gedanke auf den Mietprozess übertragen, könnte eine daran beteiligte Partei wegen des dort geltenden besonderen Gerichtsstandes des § 29 a ZPO in der Berufungsinstanz erstmals die Zuständigkeit des angerufenen Berufungsgerichts rügen. Denn der richtige allgemeine Gerichtsstand auch nur einer Prozesspartei brauchte in der Vorderinstanz nicht erörtert zu werden; die Parteien haben erstinstanzlich nur – wie bereits erörtert – ladungsfähige Anschriften mitzuteilen, die nicht mit dem Wohn- bzw. Geschäftssitz einer Partei identisch sein müssen.

b.) In dem Beschluss vom 13. 5. 2003 stellte der 6. Senat des Bundesgerichtshofes noch fest, dass sich der ausländische Wohnsitz einer Privatperson nach § 13 ZPO und seit dem 1. 3. 2002 nach der EuGVVO richten würde (BGH – VI ZR 430/02 –, NJW 2003, 2686 (2687)).

In dem späteren Beschluss vom 19. 6. 2007 bestimmt dagegen derselbe Senat den allgemeinen Gerichtsstand des Haftpflichtversicherungsunternehmens mit Sitz in Frankreich nach § 17 ZPO (BGH – VI ZB 3/07 – Rz. 4, WuM 2007, 534).

Hätte der 6. Senat im letzteren Fall die Wohn- bzw. Geschäftssitzvorschriften des Europäischen Zivilverfahrensrechtes angewendet, hätte er die Berufungszuständigkeit des Landgerichts bejahen müssen. Da das Haftpflichtversicherungsunternehmen in der betreffenden Verkehrsunfallangelegenheit eine Zweigniederlassung in Deutschland hatte, war es für Streitigkeiten aus seinem Betrieb so zu behandeln, wie wenn es seinen Wohnsitz (Geschäftssitz) in Deutschland *haben* würde (Artt. 11 Abs. 2, 9 Abs. 2 EuGVVO).

3. Der Standpunkt des 8. Senats des Bundesgerichtshofes

a.) In einem Mietrechtsfall, wo es wegen des ausschließlichen Gerichtsstandes des § 29 a Abs. 1 ZPO erstinstanzlich nicht auf den allgemeinen Gerichtsstand der Beklagten ankam, hat der 8. Senat die Auffassung vertreten, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG bestehen würden. Durch die Anknüpfung der Rechtsmittelzuständigkeit des Oberlandesgerichts an den allgemeinen Gerichtsstand einer Partei im Ausland im Zeitpunkt der Klageerhebung sei bereits bei Verfahrensbeginn vor dem Amtsgericht bestimmbar, wo Rechtsmittel eingelegt werden müssen. Diese Anbindung würde der Rechtssicherheit und Verfahrensvereinfachung dienen (BGH – VIII ZB 66/03 – Rz. 7, NJW-RR 2004, 1073).

Der 8. Senat des Bundesgerichtshofes interpretiert die Berufungszuständigkeitsformel in dem Sinne, dass es dem aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit abgeleiteten Gebot der Rechtsmittelklarheit widersprechen würde, wenn der in erster Instanz unbestritten gebliebene ausländische Wohnsitz einer Partei in der Rechtsmittelinstanz uneingeschränkt wieder in Frage gestellt werden könnte. Das gleiche würde für den Fall gelten, dass in der Rechtsmittelinstanz erstmals der ausländische Gerichtsstand einer Partei behauptet werde (Rz. 11).

Im Rechtsmittelverfahren sei regelmäßig der im Verfahren vor dem Amtsgericht unangegriffen gebliebene inländische bzw. ausländische Gerichtsstand einer Partei zugrunde zu legen und einer Nachprüfung durch das Rechtsmittelgericht grundsätzlich entzogen (Rz. 12).

b.) Der 8. Senat wendet diese Formel in einem eng verstandenen Sinne an.

In einem Mietprozess gaben die vor dem Amtsgericht unterlegenen Kläger ihre Anschrift in der Klage mit „z. Zt. P., Puerto Plate, Dominikanische Republik“ an und legten die Berufung beim Landgericht ein, die dort als unzulässig verworfen wurde (BGH – VIII ZB 2/04 – Rz. 8 und 9, NJW-RR 2004, 1505).

Vor dem Hintergrund der prozessualen Beweislastregelung, dass der Berufungsführer die funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Berufungsgerichts darzulegen habe (BGH – X ZB 31/05 – Rz. 11), sei zwar die ausländische Anschrift der Kläger in der Klageschrift mit dem Zusatz „zur Zeit“ versehen worden, jedoch sei nicht dargetan worden und auch nicht ersichtlich, dass die Kläger im Zeitpunkt der Klageerhebung einen Wohnsitz im Inland hätten (BGH – VIII ZB 2/04 –, a. a. O.).

In einem anderen vor dem Amtsgericht geführten Mietrechtsstreit hatte der 8. Senat des Bundesgerichtshofes die Berufungszuständigkeit des Landgerichts mit der folgenden Argumentation begründet:

„Da die Klägerin nach ihren Angaben in der Klageschrift und im Rubrum des Urteils durch einen in Berlin ansässigen Direktor vertreten wird und Hinweise darauf fehlten, dass die Verwaltung der Klägerin nicht in Deutschland geführt wird und ihr Sitz im Ausland liegt, war von einem inländischen Gerichtsstand der Klägerin auszugehen. Dieser – vor dem Amtsgericht unangegriffen gebliebene – Gerichtsstand der Klägerin war auch im Berufungsverfahren zugrunde zu legen.“ (BGH – VIII ZB 45/04 – Rz. 4, GuT 2005, 28 = WuM 2005, 67).

c.) Nach der Diktion der letztgenannten Entscheidung ließe sich der erörterte Fall entgegengesetzt entscheiden. Der Kläger habe richtigerweise die Berufung beim Landgericht eingelegt, weil sich nach dem vom Beklagten unwidersprochen gebliebenen Vorbringen im Rubrum der Klageschrift und aus dem vor dem Amtsgericht vorgetragenen Prozessstoff keine Anhaltspunkte für einen Sitz der Beklagten im Ausland ergeben würden.

Sofern ein ausländischer Gerichtsstand einer Partei im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht ausgeschlossen werden könne, könne der im ersten Rechtszug unterlegenen Partei regelmäßig nicht zugemutet werden, vorsorglich parallel seine Rechtsmittel sowohl beim Landgericht als auch beim Oberlandesgericht einzulegen (BGH – VIII ZB 66/03 – Rz. 11, NJW-RR 2004, 1073).

Ob ein ausländischer Gerichtsstand nicht ausgeschlossen werden könne, beurteilt der 8. Senat des Bundesgerichtshofes strikt nach der erörterten Formel, dass im Rechtsmittelverfahren regelmäßig der im Verfahren vor dem Amtsgericht unangegriffen gebliebene in- bzw. ausländische Gerichtsstand einer Partei zugrunde zu legen ist (Rz. 12).

Wurde also erstinstanzlich nur ein inländischer oder ausländischer Sitz angegeben, bleibt es bei diesen Angaben für die Bestimmung der Rechtsmittelzuständigkeit.

d.) Der 8. Senat des Bundesgerichtshofes definiert sowohl den inländischen als auch den ausländischen Gerichtsstand einer Partei ausschließlich nach den Vorschriften der ZPO, insbesondere nach § 13 ZPO in Bezug auf Privatpersonen (BGH – VIII ZB 2/04 – Rz. 9, NJW-RR 2004, 1505) und nach § 17 ZPO bei Unternehmen (BGH – VIII ZB 45/04 – Rz. 4, GuT 2005, 28 = WuM 2005, 67).

Im Hinblick auf die vom Europäischen Gerichtshof vertretene Gründungstheorie im Rahmen der Niederlassungsfreiheit der Artt. 43, 48 EGV für europäische Gesellschaften (EuGH – Rs. C-208/00 –, NJW 2002, 3614) ist es nicht überzeugend, dass – einerseits – die Rechts- und Parteifähigkeit einer solchen Ge-

sellschaft vor einem deutschen Gericht entsprechend ihrem ausländischen Gründungsstatut anzuerkennen ist, aber – andererseits – nach Auffassung des 6., 8. und 10. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes die Berufungszuständigkeit für solche Gesellschaften nach den von der heutigen Realität des Wirtschaftslebens überholten Regeln des § 17 ZPO zu bestimmen ist, der auf den satzungsmäßigen bzw. Verwaltungssitz einer Gesellschaft abstellt. Ein ausländisches Unternehmen, das nach den Vorschriften seines Herkunftslandes gegründet wurde bzw. unmittelbar nach den Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechtes, hat keinen Geschäftssitz im Sinne der herkömmlichen deutschen Sitztheorie.

e.) Die Auffassung des 8. Senats des Bundesgerichtshofes hinsichtlich des in der ersten Gerichtsinstanz unangegriffen gebliebenen in- bzw. ausländischen Gerichtsstands einer Partei sorgt nur scheinbar für eine gewisse Rechtssicherheit. Der Anwalt des Berufungsführers braucht ausschließlich die Angaben der Parteien im Rubrum der Klageschrift und in den gerichtlich gewechselten erstinstanzlichen Schriftsätzen nebst Anlagen darauf zu überprüfen, ob sich daraus klar ein in- bzw. ausländischer Gerichtsstand herleiten lässt. Jedoch haben die Parteien – wie bereits erörtert – nur ihre ladungsfähigen Anschriften anzugeben, die nicht mit ihrem wirklichen Wohn- bzw. Geschäftssitz übereinstimmen müssen.

Die Berufungszuständigkeit wird daher nicht nach den wirklichen Verhältnissen der Parteien bestimmt, sondern nur nach dem, was die Parteien erstinstanzlich zum allgemeinen Gerichtsstand einer Partei angegeben und vorgetragen haben. Damit unterliegt es dem Zufall, ob die Berufung zum richtigen Berufungsgericht gelangt, da eine Partei in erster Gerichtsinstanz z. B. nur einen von mehreren Wohn- bzw. Geschäftssitzen anzugeben braucht.

Am (Berliner) Immobilienmarkt agieren mittlerweile Unternehmen, die aus in- und ausländischen Gesellschaftsformen kombiniert sind – wie z. B. eine „Limited Company & Co. KG“ oder eine „GmbH und Co. KEG“ oder eine Außengesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter eine GmbH und eine Limited Company sind. Allein mit Hilfe der im Rechtsstreit bekannt gegebenen Anschriften lässt sich der allgemeine Gerichtsstand solcher Unternehmen nicht rechtsmittelsicher bestimmen. Dazu bedarf es spezifischer gesellschaftsrechtlicher Kenntnisse und Recherchen. Dem Anwaltspraktiker ist es im Amtsgerichtsprozess auf keinen Fall zuzumuten, die Rechtsmittelzuständigkeit bei Beteiligung solcher Unternehmen am Rechtsstreit zu ermitteln.

4. Die Interpretation des 12. Senats des Bundesgerichtshofes

Der 12. Senat des Bundesgerichtshofes stellt wohl in gleicher Weise wie der 8. Senat zur Ermittlung der Berufungszuständigkeit auf das erstinstanzlich unbestritten gebliebene Vorbringen ab (BGH – XII ZB 114/06 – Rz. 11, GuT 2007, 312) – und nicht darauf, ob sich die Gegenpartei auf dieses Vorbringen eingelassen hat (so aber BGH – X ZB 26/07 – Rz. 5, GuT 2008, 46).

In dem zitierten Fall leitete der 12. Senat die Berufungszuständigkeit des Landgerichts daraus her, dass der Kläger in erster Instanz unbestritten vorgetragen habe, dass die Beklagte ihre Geschäfte ausschließlich und unmittelbar in Deutschland führe.

Der 12. Senat des Bundesgerichtshofes lehnt es ausdrücklich ab, den allgemeinen Gerichtsstand der Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union nach § 17 ZPO zu prüfen, und wendet stattdessen die Definitionen der Artt. 2, 59, 60 EuGVVO an (BGH – XII ZB 114/06 – Rz. 9, GuT 2007, 312). Dies ist vor dem Hintergrund eines wirtschaftlich und rechtlich zusammenwachsenden Europas folgerichtig.

E. Fazit

Der besprochene Beschluss des 10. Senats des Bundesgerichtshofes vom 8.1.2008 zeigt im Kontext mit den Beschlüssen anderer Senate zu § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG Folgendes auf:

1. Der allgemeine Gerichtsstand eines (ausländischen) Unternehmens lässt sich bei einem vor dem Amtsgericht geführten Zivilprozess nicht rechtsmittelsicher – wie Rechtsmittelfristen – feststellen. Dazu sind durch die zunehmende Europäisierung und Internationalisierung des Immobilienmarktes und Wirtschaftslebens in Deutschland die Rechtsverhältnisse von Gesellschaften und juristischen Personen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu vielgestaltig.

2. Der Begriff des allgemeinen Gerichtsstandes in § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG ist sowohl hinsichtlich der tatsächlichen als auch hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen inhaltlich zu unbestimmt. Dies belegen die besprochenen Beschlüsse des 6., 8., 10. und 12. Senats. In diesen Beschlüssen spiegelt sich eine entsprechende Meinungsvielfalt beim Bundesgerichtshof wider, die mit der Frage beginnt, ob in der Berufungsinanz der Gerichtsstand einer Partei erstmals bestritten werden darf, wenn dieser von den Parteien in der ersten Instanz beim Amtsgericht nicht erörtert wurde, und mit der Erörterung des Problems endet, ob der allgemeine Gerichtsstand für Unionsbürger nach nationalem Recht oder europäischem Zivilverfahrensrecht zu bestimmen ist.

3. In Respektierung der in den Artt. 43, 48 EGVO verankerten Niederlassungsfreiheit im Sinne der Überseering-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 5.11.2002 ist für die Berufungszuständigkeit bei Rechtsmitteln gegen Entscheidungen des Amtsgerichts sowohl für natürliche Personen als auch für Gesellschaften und juristische Personen der Wohn- bzw. Geschäftssitz einer nicht inländischen Partei im Bereich der *Europäischen Union* nach europäischem Zivilverfahrensrecht zu bestimmen.

4. Die Gegenpartei des Berufungsführers, der möglicherweise die Berufung beim funktionell unzuständigen Berufungsgericht eingelegt hat, wird ihre tatsächlichen Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse hinsichtlich ihres Wohn- bzw. Geschäftssitzes verschleiern, um die Berufung der Gegenseite an der Zulassungshürde ohne Sachprüfung scheitern zu lassen.

5. a.) § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG ermöglicht im Vergleich zu den für Rechtsmittel geltenden Fristenregelungen der ZPO keine gleichmäßige Rechtsanwendung mit einem in allen Fällen, wo Rechtsmittel einzulegen sind, gleich hohem Schwierigkeitsgrad. Die Problemerkise dieser Vorschrift sind im Gegensatz zu den genannten Fristenregelungen nicht abschließend und nicht überschaubar und schließen die alleinige Übertragung der Aufgabe – die Ermittlung der Berufungszuständigkeit bei Auslandsberührung – an das zuverlässige Büropersonal nach heutigem Kenntnisstand aus, was dagegen beim Fristenwesen mit Begleitkontrollen möglich ist.

5. b.) Diese Vorschrift verstößt in Bezug auf Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV), weil zur Ermittlung der Berufungszuständigkeit im Einzelfall komplizierte Fragen zum Wohn- bzw. Geschäftssitz eines Unionsbürgers bzw. von europäischen Gesellschaften zu klären sind. Dies führt zugleich zu einer gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßenden Reflexwirkung für den an einem Rechtsstreit mit Auslandsberührung beteiligten Inländer, weil zur Feststellung der Berufungszuständigkeit bei einem reinen Inlandsprozess im Einzelfall nicht dermaßen komplizierte Fragen der erörterten Art auftreten (Einzelheiten Gellwitzki, GuT 2008, 3 (11–13)).

§ 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG war schon beim Inkrafttreten zum 1.1.2002 teilweise verfassungswidrig, weil diese Vorschrift – wenn sie damals vor Inkrafttreten der WEG-Novelle in Wohnungseigentumsstreitigkeiten angewendet worden wäre – den Parteien einen Instanzenzug genommen hätte (Einzelheiten

Gellwitzki, GuT 2008, 3 (8, 9); vgl. auch OLG Düsseldorf – I-3 Wx 155/07 –, MDR 2007, 1337 zum Beschwerdeverfahren in Erbscheinssachen).

5. c.) Solange der Gesetzgeber § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG nicht abschafft, verlangt der Justizgewährungsanspruch entsprechende verfahrensrechtliche Kompensationsmöglichkeiten für den Berufungsführer. Das Amtsgericht hat eine Rechtsmittelbelehrung gegebenenfalls auf Antrag zu erteilen. In Fällen mit Auslandsberührung sind falsch eingelegte Berufungen auf Antrag in Analogie zu § 281 ZPO an das richtige Rechtsmittelgericht zu verweisen (Einzelheiten Gellwitzki, GuT 2008, 3 (16 ff.)).

F. Praxishinweis: Rechtsmittelbelehrung gegebenenfalls auf Antrag analog zu § 9 ArbGG

1. Nach der Vorstellung der Bundesregierung soll § 119 Abs. 1 Nr. 1 b und c GVG voraussichtlich Mitte 2009 abgeschafft werden (Fölsch, MDR 2008, 301 (304)), vielleicht wird sie aber auch nur modifiziert. Bis dahin oder noch länger muss der Anwaltspraktiker mit dieser Vorschrift leben und wissen, wie er mit ihr rechtsmittelsicher umgehen kann.

Die vielfachen Hinweise, der Anwalt möge Vorsicht und Sorgfalt beim Umgang mit dieser Vorschrift walten lassen, helfen ihm im konkreten Fall nicht weiter, weil sich – im Gegensatz zur Fristenberechnung – zur Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes einer Partei keine für alle Fälle gleichermaßen abschließend geltenden, auch für das geschulte Büropersonal verständlichen Grundsätze aufstellen lassen. Insofern bleibt der Anwaltspraktiker auf sich allein gestellt.

2. a.) Neuerdings wird als gangbarer Weg vorgeschlagen, die Berufung bei dem vorbefassten Amtsgericht einzulegen, wenn zwischen Einlegung und Ablauf der Berufungsfrist mindestens 7 Werktage liegen. Aufgrund nachwirkender Fürsorgepflicht müsse das mit dem Rechtsstreit vorbefasste Amtsgericht binnen 7 Werktagen die Berufung an das zuständige Berufungsgericht weiterleiten. Hält das Amtsgericht die Frist nicht ein und gehe die Berufung erst nach Ablauf der Berufungsfrist beim Berufungsgericht ein, so habe das Berufungsgericht auf Antrag Wiedereinsetzung zu gewähren (Fölsch, MDR 2008, 301 (303)).

2. b.) Dieser Vorschlag ist abzulehnen und für den Berufungsführer im Falle einer Auslandsberührung zu riskant.

Eine Weiterleitung der Berufungsschrift vom Amtsgericht an das zuständige Rechtsmittelgericht kommt nur in Betracht, wenn dadurch eine ins Gewicht fallende Belastung des Gerichts nicht eintritt, „weil ihm die Zuständigkeit für das Rechtsmittel gegen seine eigene Entscheidung bekannt ist und daher die Ermittlung des richtigen Adressaten, selbst wenn er in dem Schriftsatz nicht deutlich bezeichnet sein sollte, keinen besonderen Aufwand verursacht (BVerfG – 1 BvR 166/93 – Gründe C.II.2.b, NJW 1995, 3173 (3175)).

Ist die Berufungszuständigkeit gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG zu prüfen, lässt sich erst nach Kenntnis der Gerichtsakte des Amtsgerichts oder des Inhaltes der Berufungsbegründung abschließend durch den rechtskundigen Richter beurteilen, welches Rechtsmittelgericht funktionell zuständig ist. Eine Weiterleitung an das funktionell richtige Rechtsmittelgericht kommt aber nur in Fällen der offensichtlichen eigenen Unzuständigkeit des Gerichts, bei dem die Rechtsmittelschrift einging, in Betracht (in diesem Sinne BVerfG – 1 BvR 2558/05 – Rz. 11, NJW 2006, 1579 (1580)).

3. Richtig ist allerdings der in diesem – nur im Ergebnis abzulehnenden – Vorschlag zum Ausdruck kommende Gedanke der gerichtlichen Fürsorgepflicht. Der Berufungsführer muss rechtzeitig wissen, bei welchem Rechtsmittelgericht die Berufung einzulegen ist.

3. a.) Der Rechtsweg darf nicht in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (BVerfG – 1 BvR 166/93 – Gründe C.I.1.b., NJW 1995, 3173 (3174)).

§ 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG wird in der Rechtsprechung vorwiegend strikt ausgelegt und greift auch dann ein, wenn sich im Einzelfall keine besonderen Fragen ausländischen Rechts oder internationalen Rechts stellen (Fölsch, MDR 2008, 301). Soweit es um die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes für Gesellschaften und juristischen Personen geht, zeigen die vorstehenden Ausführungen unter D.II., dass es dieser Vorschrift – angesichts der Interpretationsbandbreite innerhalb der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes – an der notwendigen Rechtsmittelklarheit fehlt.

Dies trifft auch zu bezüglich der Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes von Privatpersonen (Einzelheiten Gellwitzki, GuT 2008, 3 ff. – Beispiele 1, 2, 6, 8, 9, 10 –). Wird der allgemeine Gerichtsstand einer Partei nach Art. 59 Abs. 2 EuGVVO bestimmt, muss der Wohnsitz eines Unionsbürgers nach den jeweils geltenden nationalen Vorschriften des Mitgliedstaates ermittelt werden, in dem die betreffende Partei ihren Wohnsitz hat (Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Art. 59, Rz. 6). Das europäische Zivilverfahrensrecht definiert nicht eigenständig den Wohnsitz eines Unionsbürgers, sondern verweist dynamisch auf das jeweils geltende nationale Recht. Zutreffend wird kritisiert, dass es sich dabei um mehr als einen Schönheitsfehler handelt (Geimer/Schütze a. a. O., Rz. 6 und Rz. 1).

Ist nicht nur für Gesellschaften und juristische Personen im Bereich der Europäischen Union, sondern auch für Privatpersonen der allgemeine Gerichtsstand nach dem europäischen Zivilverfahrensrecht zu bestimmen (BGH – XII ZB 114/06 – Rz. 9, GuT 2007, 312), genügt § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG wegen der Ungenauigkeiten seines Tatbestandes nicht dem Erfordernis der Rechtsmittelklarheit und Rechtsmittelsicherheit und ist damit verfassungswidrig:

„Es kann von einem Rechtsanwalt nicht ernsthaft erwartet werden, für die Klärung der Berufungszuständigkeit bei einem Streitwert von 601,00 € innerhalb der Berufungsfrist zu klären, ob eine Partei z. B. in Schottland nach dortigem Recht ihren Wohnsitz hat...“ (Gummer in Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 119 GVG, Rz. 14).

Gemäß Art. 100 Abs. 1 GG muss der Richter die Tragweite des Grundrechts auf einen wirkungsvollen Rechtsschutz beachten. Verfahrensrechtliche Regelungen, die einen wirkungsvollen Rechtsschutz verhindern, darf er nicht anwenden (BVerfGE 88, 118 (125)).

3. b.) Daher muss die Rechtsprechung für eine verfassungsrechtliche Kompensation sorgen, damit der Berufungsführer die Berufungsschrift beim richtigen Gericht rechtsmittelsicher einlegen kann. Dem Rechtsmittelführer und seinem Anwalt ist prinzipiell die Möglichkeit zu geben, sich auf einfache Weise durch eine Rückfrage bei dem bisher mit der Sache befassten Gericht verlässliche Auskunft darüber verschaffen zu können, bei welchem Gericht das Rechtsmittel einzulegen ist (BVerfG – 1 BvR 166/93 – Gründe C.I.1.b.–d., NJW 1995, 3173 (3174)). „Die Rechtsschutzgarantie kann nach den dargelegten Grundsätzen eine Rechtsmittelbelehrung nur gebieten, wenn diese erforderlich ist, um unzumutbare Schwierigkeiten des Rechtswegs auszugleichen, die die Ausgestaltung eines Rechtsmittels andernfalls mit sich brächte“ (BVerfG, a. a. O., Gründe C.I.1.b.).

Insoweit bietet sich die analoge Anwendung des § 9 Abs. 5 ArbGG an. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem gegenüber dem Staat und seinen Gerichten bestehenden Justizgewährungsanspruch lässt heute nicht mehr eine Differenzierung zwischen dem Klageverfahren des Zivilprozesses und dem Klageverfahren anderer Fachgerichtsbarkeiten zu, die eine Rechtsmittelbelehrung – wie im Arbeitsgerichtsverfahren auch bei bestehendem Anwaltszwang – vorschreiben (vgl. zu dieser Problematik BVerfG – 1 BvR 166/93 – Gründe C.I.2.b., NJW 1995, 3173 (3174/3175)).

Ist die Belehrung unterblieben oder unrichtig erteilt worden, beginnt die Rechtsmittelfrist nicht zu laufen. Die Einlegung des Rechtsmittels beim richtigen Rechtsmittelgericht bleibt innerhalb eines Jahres seit Zustellung der anzufechtenden Entscheidung zulässig. Wird diese Frist versäumt, kann die Berufung beim richtigen Rechtsmittelgericht, verbunden mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung, eingelegt werden (§ 9 Abs. 5 Satz 3 und 4 ArbGG analog; Einzelheiten Germelmann, ArbGG, 5. Aufl., § 9, Rz. 17 ff.).

Unterlässt das Amtsgericht pflichtwidrig die (beantragte) Rechtsmittelbelehrung, sollte vorsorglich im Falle einer Auslandsberührung die Berufung sowohl beim Landgericht als auch beim Oberlandesgericht eingelegt werden. Angesichts der nicht einheitlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Berufungszuständigkeit sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht (siehe oben D.II.), ist eine solche Vorgehensweise aus Gründen der anwaltlichen Sorgfaltspflicht aus dem Anwaltsdienstvertrag gegenüber dem Mandanten notwendig. Dabei sollte der Anwaltspraktiker beide Berufungen fristgerecht gemäß § 517 ZPO einlegen: Denn es handelt sich bei der Frage der Rechtsfolgen einer unterbliebenen Rechtsmittelbelehrung im Zivilprozess um rechtliches Neuland.

Beide Berufungen sollten mit dem jeweils hilfsweise gestellten Antrag verbunden werden, den Berufungsrechtsstreit an das richtige Rechtsmittelgericht für den Fall der eigenen Unzuständigkeit zu verweisen. Keinesfalls sollte eine der Berufungen auf Empfehlung eines angerufenen Rechtsmittelgerichts zurückgenommen werden, weil dadurch die für den Mandanten negative Kostenfolge des § 516 Abs. 3 ZPO ausgelöst wird.

Vielmehr müssen die angerufenen Rechtsmittelgerichte im Hinblick auf den Justizgewährungsanspruch in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG beide „Berufungen“ wie eine rechtlich einheitliche Berufung behandeln. Bei den jeweiligen Berufungsschriften handelt es sich sozusagen um Teilakte eines einheitlichen Berufungsverfahrens (Fölsch, MDR 2008, 301 (303)).

Ebenso wie bei einem reinen Inlandsprozess, wo die Berufungszuständigkeit vom Amtsgericht zum Landgericht im Normalfall gesetzlich klar vorgegeben ist, reicht der Berufungsführer im Falle einer Auslandsberührung die Berufungsschrift nur deshalb bei verschiedenen Rechtsmittelgerichten ein, um sich das Rechtsmittel beim richtigen Rechtsmittelgericht zu sichern.

Dabei ist der Berufungsführer hinsichtlich aller Kosten des Berufungsverfahrens (Gerichtskosten, Kosten des eigenen und des gegnerischen Anwalts) so zu behandeln, als würde es sich um ein *einheitliches* Berufungsverfahren handeln. Ansonsten würde dem Bürger das kostenmäßige Risiko der verfassungswidrigen Unzulänglichkeiten des Art. 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG im Vergleich zu einem reinen Inlandsprozess aufgebürdet werden. Jede andere Handhabung widerspricht dem verfassungsrechtlichen Verbot der wirtschaftlich unzumutbaren Erschwerung des Rechtsweges für den Bürger sowie dem Gebot der Gleichbehandlung.

3. c.) Der Anwaltspraktiker sollte sich schon aus Gründen der Minimierung eigener Haftung in dem Rechtsstreit vor dem Amtsgericht nicht scheuen, einen Antrag auf Rechtsmittelbelehrung zu stellen. Selbst wenn die Prozessparteien sich vor Gericht darüber einig sind, wo eine Partei ihren ausländischen Gerichtsstand haben würde, kann dennoch die Berufungszuständigkeit in Einzelfällen von den Parteien *rechtlich* falsch eingeschätzt werden (siehe die Auflistung von negativen Beispielen bei Gellwitzki, GuT 2008, 3 (17, Beispiele 11a–e)).

Der Anwaltspraktiker muss stets an sein haftungsrechtliches Risiko denken, das er allein trägt, wenn er aufgrund eigener falscher Einschätzung der Rechtsmittelzuständigkeit die Berufung beim falschen Rechtsmittelgericht einlegt.

Wirtschaft und Verbände

Deutsche Büromärkte auf Rekordkurs

gif stellt Ergebnisse der Büromarkterhebung 2007 vor

- Jahresumsatz 2007 deutlich gestiegen
- Anstieg bei Mieten, Rückgang bei Leerstandsreduktion
- Überarbeitete gif-Definitionssammlungen für 2008 angekündigt

Die Büromärkte in den deutschen Immobilienhochburgen haben im vergangenen Jahr in den von der gif erfassten sieben Städten [München, Berlin, Düsseldorf, Stuttgart, Hamburg, Frankfurt, Köln] einen Gesamtumsatz von 3,42 Mio. qm erzielt. Damit wurde das Vorjahresniveau um 12,8% gesteigert. Auch im Segment der Spitzen- und Durchschnittsmieten konnten an fast allen Standorten Steigerungen dokumentiert werden. An sechs von sieben Standorten zeigte sich erneut eine Leerstandsreduktion. Zu diesem Ergebnis kommt der Arbeitskreis „Marktanalysen und Bedarfsprognosen“ der Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e.V. (gif) aufgrund der von ihm moderierten Abstimmungsrunden mit den marktführenden Immobilienberatern über die Markteckdaten für das Jahr 2007.

Die Marktaufschwungsphase, die seit 2005 das Bild von Immobiliendeutschland geprägt hat, gewinnt damit an Fahrt. „Der vorherrschende Optimismus an den gewerblichen Immobilienmärkten lässt sich 2007 mit eindeutigen Zahlen untermauern“, erläutert Dr. Thomas Beyerle, Leiter des Arbeitskreises Marktanalysen und Bedarfsprognosen bei der gif. „2007 wurde der historische Umsatzrekordwert aus dem Jahr 2000 knapp verfehlt“, so Beyerle weiter. Gleichwohl wurde in den Moderatorenrunden dokumentiert, dass die klassische Jahresendralley im 4. Quartal 2007 nicht einsetzte – als Zeichen eines drohenden Wendepunktes sehen die Researcher diese Entwicklung aber nicht. Fundamental sind die deutschen Büromärkte weiterhin in guter Verfassung. Ferner kann an den meisten Standorten ein Mangel an Neubauprojekten bis 2009 beklagt werden. „Es kommt aktuell zu wenig auf den Markt“, skizziert Beyerle die Situation. Trotz weiterer Erholung der Märkte wird gegenwärtig zu wenig in Neubauten in den Kernstädten investiert.

Der gif-Erhebung zufolge steigerten sich die Umsätze von 2006 auf 2007 von 3,03 Mio. qm auf 3,42 Mio. qm (+12,7%). Die Erhebungen schließen in allen Märkten traditionell die Eigennutzer-Transaktionen mit ein. Die Flächenumsätze des Jahres 2007 belegen ferner, dass das anziehende Wirtschaftswachstum sich synchron zur Büromarktentwicklung verhält. Strukturelle zyklische Unterschiede, wie sie bei der letztjährigen Berichterstattung noch zu Tage traten, sind kaum noch feststellbar. Den höchsten Umsatz mit 696 000 qm hatte erneut München (+ 6,4%). Der letztjährige „Shooting Star“ Berlin konnte seinen Wert (620 000 qm) halten. Den größten prozentualen Sprung um +61,5% auf 520 700 qm erreichte in diesem Jahr Düsseldorf. Stuttgart (+19,3% auf 169 000 qm), Hamburg (+20,8% auf 580 000 qm) und Frankfurt (+6,7% auf 550 000 qm) konnten Umsatzsteigerungen verbuchen. Einen, wenn auch geringfügigen, Rückgang musste Köln hinnehmen (285 000 qm, -5,0%).

Der aktuelle Büroleerstand in den sieben Büromärkten wird von der gif zum Jahresende mit rund 7,4 Mio. qm angegeben. Bezogen auf den Gesamtbestand in den untersuchten Städten entspricht dies einer Leerstandsquote von 9,1%. Gegenüber dem Vorjahr (10,0%) ist damit eine Verbesserung eingetreten. „Gleichwohl entwickelt sich der Leerstandsabbau nicht so dynamisch wie der Umsatzanstieg. Auch im laufenden Jahr darf nicht mit einem deutlichen Leerstandsabbau gerechnet werden“,

analysiert die gif. Sehr deutlich wird, dass vor allem sog. Altflächen bzw. Sockelleerstände die Bestandsstatistik insgesamt prägen.

Die Entwicklung bei den Büromieten ist insgesamt von Optimismus geprägt. Deutliche Steigerungen an allen Standorten sind im Segment Spitzenmieten zu registrieren. Im Bereich der Durchschnittsmieten sind an fast allen Standorten leichte Steigerungen zu erkennen. Insgesamt wird sich nach Meinung der gif im laufenden Jahr das Spitzensegment weiter dynamisch entwickeln.

Der Arbeitskreis wertet seine Rolle als Initiator und Moderator bei dem Abgleich der Jahreszahlen zum deutschen Büromarkt als Erfolg: Inzwischen nehmen praktisch alle marktführenden Immobilienberater an der Jahresendabstimmung teil. „Unserem Ziel, einen einheitlichen, auf wissenschaftliche Grundsätze basierten Datensatz potenziellen deutschen und internationalen Investoren zur Verfügung zu stellen, sind wir sehr nahe gekommen, zumal auch die Bereitschaft zur Offenlegung von Vermietungsdaten steigt“, so Beyerle. Gleichwohl ist es eines der wichtigen Anliegen der gif, verlässlichere Angaben über die tatsächliche Größe der einzelnen Büromärkte zu erlangen. In einigen Märkten laufen derzeit z.T. mit unabhängigen Marktforschungsinstituten und unter Beteiligung der örtlichen Marktteilnehmer detaillierte Bestandsaufnahmen. Verfolgt wird dabei das Ziel einer Datenbankerstellung mit Angaben zu Büroflächenbeständen z. B. nach Stadtteilen und Baujahr sowie einer abschließenden Zusammenführung in einer Gesamtbestandszahl. Angewiesen ist die gif hierbei aber auch auf die aktive Unterstützung der zumeist lokalen Unternehmen. Zur Neuerfassung des Büroflächenbestandes in Deutschland wird der Arbeitskreis der gif Ende 2008 erste Untersuchungsergebnisse vorlegen. Für das laufende Jahr kündigt Beyerle ferner die Veröffentlichung einer überarbeiteten Definitionssammlung zum Büromarkt an sowie einen neuen gif-Standard zur Erfassung von Immobilieninvestitionen.

An der gif-Untersuchung zum Jahr 2007 haben an den sechs Standorten unter der neutralen Leitung der gif-Moderatoren über 50 Vertreter der Branche mitgewirkt. Unser Dank gilt dabei den Moderatoren und den folgenden Unternehmen (in alphabetischer Reihenfolge): Aengevelt Immobilien KG, Angermann GmbH, ATIS Real, CB Richard Ellis, Bräutigam & Krämer, Cushman & Wakefield, Dr. Lübke GmbH, OTZ Zadelhoff Tie Leung, Engel & Völkers, Ellwanger & Geiger, EUREAL CA-

www.gut-netzwerk.de

Fachleute auf den Gebieten Recht, Wirtschaft, Wettbewerb, Steuern, Miete, Leasing, Immobilien, Stadtentwicklung, Architektur, Politik und Kultur
im Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum
Erleichtern Sie Ratsuchenden die Kontaktaufnahme über das GuT-Netzwerk!

TELLA, Greif & Contzen Immobilienmakler GmbH, Grossmann & Berger, Jones Lang LaSalle, Lammerting Industrie- und Gewerbetmakler GmbH, Lutz Finanz, Knight Frank Consult GmbH, NAI apollo GmbH, Savills GmbH, Schauer & Schöll GmbH, Schön&LopezSchmitt GmbH, Trombello Kölbl.

Die Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e.V. wurde am 15. Oktober 1993 gegründet und hat derzeit über 1000 Mitglieder. Die Gesellschaft strebt die Zusammenführung von Theorie und Praxis an und trägt zur Klärung wichtiger immobilienwirtschaftlicher Fragestellungen sowie zur Verbesserung

der Markttransparenz bei. Der Verein ist selbstlos tätig und verfolgt ausschließlich gemeinnützige Zwecke.

Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e.V. (gif), Wilhelmstraße 12, 65185 Wiesbaden, www.gif-ev.de
Pressemitteilung vom 15. 2. 2008

Hinw. d. Red.: Vom Abdruck der ergänzenden Tabellen wurde abgesehen. Die insofern vollständige Datei der Pressemitteilung kann bis zum 23. Mai 2008 bei der Redaktion GuT (info@pwest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel, Berlin

CeBIT

Rede zur Eröffnung der CeBIT am 3. März 2008 in Hannover

Sehr geehrter Herr Staatspräsident, lieber Nicolas Sarkozy, sehr geehrter Herr Präsident der Kommission, lieber José Manuel, sehr geehrter Herr Ministerpräsident, lieber Christian Wulff, sehr geehrter Steve Ballmer, sehr geehrter Herr Scheer, Minister und Ministerinnen, Vertreter der Parlamente, verehrte Gäste!

Wir freuen uns, heute bei der Eröffnung der CeBIT, der weltgrößten Computermesse, wieder mit dabei zu sein. Wir sind dankbar für die Gäste und ganz besonders dafür, dass du, lieber Nicolas, heute Abend mit dabei bist.

Es war eine weise Entscheidung der Deutschen Messe, Frankreich am Vorabend seiner Präsidentschaft in der Europäischen Union zum Gastland der diesjährigen CeBIT zu machen. Ich bedanke mich dafür. Der Präsident der Französischen Republik zeigt durch seine Anwesenheit, dass ihm die Kooperation zwischen Deutschland und Frankreich ein Anliegen ist. Danke auch für deine Rede.

Ich denke, das, was Nicolas Sarkozy gesagt hat, ist richtig, nämlich dass Europa komplizierter geworden ist, dass wir mit 27 Ländern zusammenarbeiten müssen und es nicht ausreicht, wenn Deutschland und Frankreich etwas miteinander vereinbaren, weil damit alle anderen nicht unbedingt immer einverstanden sind. Als Wächter sitzt ja heute unser Kommissionspräsident neben uns. Aber eines kann man auch sagen: Wenn sich Deutschland und Frankreich nicht einig sind, dann wird es in Europa ziemlich schwierig, zu einer Einigung zu gelangen. Deshalb haben wir auch eine gemeinsame Verantwortung.

Diese gemeinsame Verantwortung haben wir als Bundesrepublik Deutschland während unserer Präsidentschaft spüren können. Es ist richtig: Ohne Bekenntnis zu einem vereinfachten Reformvertrag, ohne die Entscheidung, kein neues Referendum durchzuführen, wäre es heute noch nicht möglich geworden, in der Europäischen Union einen Reformvertrag zu haben. So wie wir Unterstützung während unserer Präsidentschaft erfahren haben, so werden wir Frankreich während seiner Präsidentschaft unterstützen, um einen weiteren Schub für Europa zu erreichen. Ich denke, das können wir beide auf der CeBIT schon ein wenig demonstrieren.

Die Tatsache, dass Steve Ballmer heute hier ist, zeigt: Die CeBIT ist wirklich ein Ereignis. Wir dachten, wir wissen schon viel, aber nach seinen Ausführungen über die fünfte Revolution bin ich mir nicht mehr so sicher. Ich hatte auch den Eindruck, dass die fünfte Revolution etwas länger dauern müsse als die anderen; es müssten eigentlich mehr als sieben Jahre sein. Die

Frage, die ich im nächsten Gespräch mit Ihnen, Steve Ballmer, diskutieren werde, wird lauten: Welche Möglichkeit hat eigentlich ein Politiker nach der fünften Revolution? Der Mensch hat dann sozusagen seinen Computer, der alles von ihm weiß. Aber gibt es unter diesen Bedingungen noch einen Wechselwähler, einen, den ich durch meine politische Rede überzeugen kann? Ich verspreche: Bis zur vierten Revolution mache ich mich noch kundiger. Dann treten wir noch einmal in ein Fachgespräch über politische Einflussmöglichkeiten ein.

Durch diesen Vortrag ist uns noch einmal deutlich geworden – die meisten unter Ihnen in diesem Raum wissen das ja –, in welcher spannenden, in welcher revolutionären Zeit wir eigentlich leben. Seit der Erfindung der Buchdruckerkunst, seit der Erfindung der Dampfmaschine und der Nutzung des elektrischen Stroms sind das Computer-Zeitalter und die Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologie mit Sicherheit einer der ganz großen Wendepunkte auf dem Pfad der Geschichte der Menschheit.

Nach meiner festen Überzeugung ist schon die Beendigung des Kalten Krieges durch die bessere Möglichkeit des Austauschs von Informationen möglich geworden. Es geht nicht mehr nur um Kraftarbeit, sondern es geht um das Denken, um das Bereitstellen von Informationen und um das Verknüpfen von Informationen. Es zeigt sich immer mehr, dass jede Art von Diktatur in der Zeit freien Informationsaustauschs einen strukturellen Nachteil hat. Deshalb sind die Informations- und die Kommunikationstechnologie und ihre Verbreitung auch verbunden mit einer Zunahme an Freiheit und damit auch an Entwicklungsmöglichkeiten für die gesamte Welt.

Der technologische Schub wird sich weiter fortsetzen. Er muss nun in konkrete Projekte gekleidet werden. Alle, die Sie hier Aussteller sind, die Sie aus vielen verschiedenen Ländern hierher nach Hannover gekommen sind, tragen Ihren Teil dazu bei. Aber wir sollten uns bewusst sein, dass wir in einer Phase einer tief greifenden gesellschaftlichen Veränderung leben, deren Treiber die Informations- und Kommunikationstechnologie ist.

Neulich hatte ich die Gelegenheit, gemeinsam mit Bill Gates mit Schülern darüber zu diskutieren, wie sich das Lernen verändern wird, welchen Zugang zu Bildung und Wissen Menschen, die bis heute keine Schulbücher haben, künftig über Computer bekommen werden. Diese Fragen sind von revolutionärer Bedeutung und zeigen auch, um wie viel leichter wir es in Zukunft haben werden, Bildung und Wissen zu Menschen zu bringen, die heute noch weitgehend von Informationen abgeschnitten sind.

Das Einzige, was mich im Gespräch mit Bill Gates irritiert hat, war, als er sagte, dass, wenn seine Kinder Hausaufgaben machen, er diese sofort an seinen Arbeitsplatz übertragen bekommt und beim Abendessen mit ihnen darüber sprechen will. Ich habe ihm gesagt: Früher hat man beim Abendessen über etwas Schönes gesprochen und nicht über Hausaufgaben. Insofern haben neue technische Möglichkeiten auch einen gewissen Nachteil.

Was braucht unser europäischer Kontinent mit Blick auf die Informations- und Kommunikationstechnologie – ein Kontinent, der ein demografisches Problem mit einer alternden Gesellschaft hat? Er braucht das politische Eintreten für Neugierde, für Aufmerksamkeit, für Wachheit und für Freude an neuen Entwicklungen. Das ist vielleicht das größte Problem, das Politik und Wirtschaft gemeinsam lösen müssen und um dessen Lösung wir innerhalb der Europäischen Union auch immer wieder ringen müssen. Wir haben uns zu fragen: Wie können wir uns diese Aufgeschlossenheit, diese Triebkraft erhalten und wie können wir im Wettbewerb mit vielen neugierigen Gesellschaften dieser Welt – neben den Vereinigten Staaten von Amerika, China und Indien, um nur einige große „Player“ zu nennen – bestehen?

In Europa sind zwar viele Dinge erfunden worden. In Deutschland wurde der erste Computer gebaut. Christian Wulff hat darauf hingewiesen, dass Leibniz hier in Hannover schon vor Jahrhunderten die Bedeutung des binären Zahlencodes entdeckt hat. Aber heute noch bei Neuentwicklungen vorn mit dabei zu sein, ist für uns nicht ganz einfach, auch wenn bei uns noch viele Patente angemeldet werden und auch wenn wir natürlich auf Sie, Herr Professor Grünberg, außerordentlich stolz sind. Schön, dass Sie als einer der Revolutionäre heute hier sind, die sozusagen Kleinverpackungen von Informationen ermöglichen haben. Ich vermute, auch Microsoft profitiert von Ihren Erkenntnissen und nutzt sie gerne, nachdem IBM das schon getan hat.

Die Bundesregierung hat sich entschlossen, ganz bewusst Politik für mehr Forschung, für mehr Innovation zu gestalten. Bis zum Jahr 2010 sollen in Deutschland drei Prozent des Bruttoinlandsprodukts für Wissenschaft und Forschung ausgegeben werden. Der Staat wird seinen Beitrag dazu leisten. Wir haben uns vorgenommen, dies im Rahmen einer Hightech-Strategie systematisch anzugehen. Die Informations- und Kommunikationstechnologie ist ein Baustein dieser Hightech-Strategie. 1,5 Milliarden Euro werden wir in den nächsten Jahren für dieses Feld ausgeben. Wir haben mit dem Forum des IT-Gipfels in Deutschland eine Möglichkeit gefunden, in einen intensiven Dialog mit den „Playern“, mit Bitkom und allen Anbietern einzutreten.

Wir wissen um unsere Verantwortung als Staat. Das föderale System Deutschlands ist nicht besonders wendig, um sofort alle kohärenten Angebote eines internetfreundlichen Staates anbieten zu können. Ich glaube, Frankreich als eine zentral regierte Republik hätte es hier leichter. Wir sollten uns auch darüber austauschen. In diesem Jahr darf ich Ihnen vermelden: Wir haben es jetzt endlich geschafft, einen IT-Beauftragten der Bundesregierung zu benennen. Dies wird von der Wirtschaft noch nicht völlig begrüßt, weil die Kompetenzen noch eingeschränkt sind. Aber in Anwesenheit des niedersächsischen Ministerpräsidenten darf ich sagen: Wir werden noch zu einer besseren Kooperation mit den Ländern und mit den Kommunen kommen. Denn die Bürgerinnen und Bürger in unserem Land interessiert nicht der föderale Aufbau unseres Staates, sondern etwa vielmehr, ob es eine Telefonnummer gibt, über die sie sich einwählen und alle Angebote des Staates, ganz gleich, auf welcher föderalen Ebene, abrufen können.

Wir wissen auch, dass wir vom elektronischen Einkommensnachweis bis zu der von mir hier jährlich erwähnten Gesundheitskarte vieles im staatlichen Bereich machen können und müssen. Wir kommen bei der Gesundheitskarte voran. Es

gibt schon gut funktionierende Modellversuche. Ich glaube, nächstes Jahr kann ich Ihnen berichten, dass wir sie weitestgehend einführen können.

Wir wissen um unsere Verantwortung auf diesem Gebiet und wir wissen – Nicolas Sarkozy hat eben darüber gesprochen, welche Potentiale wir auch noch in der Kooperation mit Frankreich haben –, dass unsere Chance als Industrienation Deutschland darin liegt, den Zweig der Informations- und Kommunikationstechnologie mit den Branchen der Industriegesellschaft zu verschmelzen. Die Weltmarktführerschaft Deutschlands kann darin liegen, Produkte im Sinne der anstehenden Revolution der Informations- und Kommunikationstechnologie immer wieder zeitgemäß auszustatten – sei es im Maschinenbau, in der Automobilindustrie oder bei Verfahren in der chemischen Industrie und anderen Bereichen.

Weil wir um diese Verantwortung wissen, werden wir hierüber auch einen Gesamtdialog mit der deutschen Wirtschaft führen – nicht nur mit der Informations- und Kommunikationstechnologie-Branche, sondern eben auch mit den klassischen Branchen der Industriegesellschaft. Denn es ist wichtig, den Standort Deutschland attraktiv zu machen, ihn im europäischen Maßstab auch als einen der Wachstumsmotoren zu etablieren und nicht irgendwo am Ende der Kette der europäischen Mitgliedstaaten zu platzieren.

Deshalb wissen wir, dass wir vor großen Aufgaben stehen. Sie heißen nichts anderes, als den Weg der Reformen weiterzugehen. Niedrige Lohnzusatzkosten, eine vernünftige Unternehmensbesteuerung, auch eine leistungsorientierte Besteuerung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Abbau von Bürokratie – dies alles sind Aufgaben, die im Grunde ein evolutionärer Prozess und niemals abgeschlossen sind, weil wir uns ja in einem andauernden Wettbewerb mit unseren Mitbewerbern im globalen Markt befinden.

Wir müssen begreifen – das ist auch das Anliegen der Europäischen Kommission –, dass Europa und die Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht mehr alleine für sich selbst bestimmen können, welche Schritte zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit sie zu gehen haben, sondern dass sie dies immer im Kontext der rasanten Entwicklung an anderen Stellen auf der Welt sehen müssen. Dies ist der Punkt, an dem wir noch viel Aufklärungs- und viel Bildungsarbeit leisten müssen.

Wir müssen auch – deswegen ist mir auch die transatlantische Wirtschaftspartnerschaft so wichtig – als entwickelte, demokratische Industrieländer dafür Sorge tragen, dass es in einer Welt des offenen Handels faire Wettbewerbsbedingungen gibt. „Faire Wettbewerbsbedingungen“ heißt zum Beispiel, dass Standards vergleichbar sind und dass das geistige Eigentum geschützt wird. All dies kann die Europäische Union als ihre Interessen viel besser vertreten, als jeder einzelne Mitgliedstaat allein.

Eine letzte Bemerkung meinerseits bezieht sich auf die kulturellen Folgen der Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologie. Wenn wir uns heute anschauen – Steve Ballmer hat ebenfalls darauf hingewiesen –, wie heutzutage Bekanntschaften von Menschen funktionieren, so kann bei den unter 25-Jährigen ein sehr intensiver Austausch stattfinden, ohne sich je persönlich zu sehen. Die gesamte Kommunikationsart in unserer Gesellschaft wird sich weiter verändern. Die Informations- und Kommunikationstechnologie wird die Abläufe unseres täglichen Lebens vollkommen umwälzen. Die Frage ist: Wie reagieren wir als gewachsene, historische, kulturelle Gesellschaften auf diese Revolution und wie reagieren wir darauf in einem globalen Umfeld, in dem wir uns national nicht abschotten können und auch nicht abschotten wollen? Alle Parteien, die Abschottung versprechen, werden scheitern. Das ist das Gute an der augenblicklichen politischen Diskussion.

In der Bundesrepublik Deutschland befinden wir uns im 60. Jahr der Sozialen Marktwirtschaft und der Währungsreform. Ich denke nach wie vor, dass das soziale Modell, das wir in vielen europäischen Ländern finden und das Deutschland in Form der

Sozialen Marktwirtschaft entwickelt hat, auch in dieser völlig veränderten Zeit seine Bedeutung haben muss. Es wird nach wie vor die Frage nach Gerechtigkeit geben, es wird die Frage nach gesellschaftlicher Verantwortlichkeit geben. So schön, einfach und wunderbar es ist, mit dem Computer zu kommunizieren, die Sehnsucht der Menschen nach Gemeinsamkeit wird dennoch nicht verschwinden.

Das sagt mir, dass wir den Menschen wieder etwas zeigen müssen, nämlich dass der Mensch dazu in der Lage ist, die Globalisierung zu gestalten, dass wir nicht getrieben sind von der

globalen Entwicklung, sondern dass wir sie zum Nutzen der Menschen auf der Welt gestalten wollen. Das ist ein Anspruch, den wir in der Europäischen Union teilen. Das ist ein Anspruch, den wir gemeinsam mit unseren transatlantischen Freunden teilen. Aber das ist auch etwas, bei dem wir den Menschen immer wieder sagen müssen: Seid begeistert von Technik und Technologie; aber letztlich hat sie dem Menschen zu dienen und nicht umgekehrt.

In diesem Sinne erkläre ich die CeBIT für eröffnet.

Gewerbetriebe

Art. 1, 2, 10 GG Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

2. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen. Überragend wichtig sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Die Maßnahme kann schon dann gerechtfertigt sein, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr in näherer Zukunft eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr für das überragend wichtige Rechtsgut hinweisen.

3. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems ist grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen. Das Gesetz, das zu einem solchen Eingriff ermächtigt, muss Vorkehrungen enthalten, um den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu schützen.

4. Soweit eine Ermächtigung sich auf eine staatliche Maßnahme beschränkt, durch welche die Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben oder darauf bezogene Daten ausgewertet werden, ist der Eingriff an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen.

5. Verschafft der Staat sich Kenntnis von Inhalten der Internetkommunikation auf dem dafür technisch vorgesehenen Weg, so liegt darin nur dann ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG, wenn die staatliche Stelle nicht durch Kommunikationsbeteiligte zur Kenntnisnahme autorisiert ist.

6. Nimmt der Staat im Internet öffentlich zugängliche Kommunikationsinhalte wahr oder beteiligt er sich an öffentlich zugänglichen Kommunikationsvorgängen, greift er grundsätzlich nicht in Grundrechte ein.

(BVerfG, Urteil vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07)

Hinw. d. Red.: Siehe dazu mit weit. Hinw. d. Red. die „Einführung zur Urteilsverkündung im Verfahren ‚Online-Durchsuchung‘ (1 BvR 370/07 u. a.) am 27. Februar 2008“ durch den Präsidenten des BVerfG H.-J. Papier als Vorsitzender des Ersten Senats (GuT 2008, 175, in diesem Heft).

§ 34 BauGB Städtebau; großflächiger Einzelhandelsbetrieb; unbeplanter Innenbereich; zentraler Versorgungsbereich; schädliche Auswirkungen; Funktionsstörung; Kaufkraftabfluss; Umsatzumverteilungen; Verkaufsflächenvergleich

Zentrale Versorgungsbereiche sind räumlich abgrenzbare Bereiche einer Gemeinde, denen auf Grund vorhandener Einzelhandelsnutzungen eine Versorgungsfunktion über den unmittelbaren Nahbereich hinaus zukommt. Sie können sich sowohl aus planerischen Festlegungen als auch aus den tatsächlichen Verhältnissen ergeben.

Ein Vorhaben lässt schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche einer Standortgemeinde jedenfalls dann erwarten, wenn es deren Funktionsfähigkeit so nachhaltig stört, dass sie ihren Versorgungsauftrag generell oder hinsichtlich einzelner Branchen nicht mehr substantiell wahrnehmen können.

Als Maßstab zur Feststellung schädlicher Auswirkungen darf der zu erwartende Kaufkraftabfluss herangezogen werden.

Es ist Aufgabe des Tatsachengerichts, die Methode zu bestimmen, anhand derer ein Kaufkraftabfluss prognostisch ermittelt wird, bzw. zu überprüfen, ob die von der Genehmigungsbehörde verwandte Methode zu beanstanden ist. Die Relation zwischen der Größe der Verkaufsfläche des Vorhabens und der Größe der Verkaufsfläche derselben Branche im betroffenen zentralen Versorgungsbereich ist eines von mehreren tauglichen Hilfsmitteln zur Quantifizierung eines erwarteten Kaufkraftabflusses.

(BVerwG, Urteil vom 11.10.2007 – 4 C 7.07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Erteilung einer Baugenehmigung in Anspruch.

2 Am 23. Dezember 1999 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die Erteilung einer Baugenehmigung für die teilweise Änderung der Nutzung eines Möbelmitnahmemarktes in einen Elektrofachmarkt. Das Baugrundstück liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans Nr. 175 „Mannesmannstraße/Rheinische Bahn/Dortmunder Straße“ der Stadt Witten, der für ein ca. 6,3 ha großes Areal der ehemaligen Mannesmann-Röhrenwerke

zwei Sondergebiete mit der Zweckbestimmung „großflächige Einzelhandelsbetriebe“ in einer Entfernung von 1 km zur Wittener Innenstadt festsetzt. Zulässig sind nach dem Bebauungsplan neben einem Möbelmarkt und einem Bau- und Heimwerkermarkt Fachmärkte mit maximal 3000 m² Verkaufsfläche für nicht citytypische Sortimente. Der von der Klägerin zur Genehmigung gestellte Fachmarkt soll auf einer Verkaufsfläche von 2256,41 m² Elektrogroß- und -kleingeräte, Rundfunkgeräte, HiFi-Anlagen, Fernseher, Tonträger, Videofilme und Computer im Angebot führen.

3 Mit Bescheid vom 3. Januar 2002 lehnte die Beklagte den Bauantrag ab, weil die vorgesehenen Sortimente citytypisch seien und das Bauvorhaben deshalb den Festsetzungen des Bebauungsplans widerspreche. Widerspruch und Klage blieben ohne Erfolg.

4 Das Oberverwaltungsgericht [Münster] (Urteil vom 11. Dezember 2006 – OVG 7 A 964/05 – UPR 2007, 393) hat festgestellt, dass die Beklagte bis zum 19. Juli 2004 verpflichtet war, der Klägerin die beantragte Baugenehmigung zu erteilen. Den weitergehenden Antrag auf Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung der Baugenehmigung hat es abgelehnt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

5 Die Festsetzungen des Bebauungsplans stünden dem Bauvorhaben nicht entgegen. Da unklar bleibe, was unter nicht citytypischen Sortimenten zu verstehen sei, sei der Plan mangels hinreichender Bestimmtheit ungültig. Das somit nach § 34 BauGB zu beurteilende und nach dessen Absatz 1 oder 2 zulässige Vorhaben scheitere aber an Absatz 3 in der seit dem 20. Juli 2004 maßgeblichen Fassung, weil von ihm schädliche Auswirkungen auf die Innenstadt von Witten zu erwarten seien, die mit ihrem breit gefächerten Angebot von Waren für den lang-, mittel- und kurzfristigen Bedarf die Funktion eines zentralen Versorgungsbereichs wahrnehme.

6 Auswirkungen auf einen zentralen Versorgungsbereich seien schädlich, wenn sie dessen Funktionsfähigkeit beachtlich beeinträchtigen. Für den Fall, dass es um Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche der Standortgemeinde des betreffenden Vorhabens gehe, seien beachtliche Funktionsstörungen jedenfalls dann zu erwarten, wenn das Vorhaben außerhalb eines zentralen Versorgungsbereichs angesiedelt werden solle, sein Warenangebot gerade (auch) solche Sortimente umfasse, die zu den für die gegebene Versorgungsfunktion des betreffenden zentralen Versorgungsbereichs typischen Sortimenten gehörten, und das Vorhaben nach seiner konkreten Lage und Ausgestaltung erwarten lasse, dass die Funktionsfähigkeit des betroffenen zentralen Versorgungsbereichs insbesondere durch zu erwartende Kaufkraftabflüsse in beachtlichem Ausmaß beeinträchtigt und damit gestört werde. Dabei sei hinsichtlich des letztgenannten Kriteriums der beachtlichen Funktionsstörung nicht maßgeblich auf die Größenordnung prognostizierter Umsatzumverteilungen abzustellen; denn diese werde von Faktoren beeinflusst, die bodenrechtlich nicht relevant seien. Wie § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3, Satz 3 und 4 BauNVO beispielhaft zeige, sei primärer Maßstab für die Beurteilung der städtebaulichen Fernwirkung von Einzelhandelsbetrieben vielmehr die Verkaufsfläche. Im Rahmen des § 34 Abs. 3 BauGB komme es deshalb in erster Linie darauf an, welche Verkaufsfläche der jeweils in Rede stehende Betrieb im Vergleich zur gesamten Verkaufsfläche derselben Branche in dem zentralen Versorgungsbereich habe, auf den er einwirke. Freilich lasse sich kein genereller Prozentsatz feststellen, bei dessen Unterschreiten stets von nicht schädlichen Auswirkungen auszugehen sei und dessen Überschreiten stets die Annahme schädlicher Auswirkungen zur Folge habe. Welcher Prozentsatz im genannten Sinne beachtliche Funktionsstörungen erwarten lasse, hänge auch von verschiedenen weiteren objektiv feststellbaren Faktoren ab. Hierzu zähle namentlich der Abstand zwischen dem beabsichtigten Vorhaben und dem betroffenen zentralen Versorgungsbereich. Im Einzelnen könne auch die konkrete städtebauliche Situation des betroffenen Versorgungsbereichs von Belang sein, etwa wenn er wegen bereits bestehender Leerstände in beson-

derem Maße empfindlich gegenüber Kaufkraftabflüssen sei oder wenn der außerhalb des zentralen Versorgungsbereichs anzusiedelnde Einzelhandelsbetrieb gerade auf solche Sortimente abziele, die im zentralen Versorgungsbereich von einem „Magnetbetrieb“ angeboten würden, dessen unbeeinträchtiger Fortbestand maßgebliche Bedeutung für die weitere Funktionsfähigkeit eben dieses zentralen Versorgungsbereichs habe.

7 Bei Anwendung dieser Kriterien seien schädliche Auswirkungen vorliegend zu erwarten. Das umstrittene Vorhaben solle außerhalb des zentralen Versorgungsbereichs der Innenstadt von Witten errichtet werden. Sein von der Klägerin vorgesehene Sortiment umfasse gerade solche Warengruppen, die in diesem zentralen Versorgungsbereich der Innenstadt unstrittig in gewichtigem Umfang, nämlich von mehreren Einzelhandelsbetrieben mit insgesamt 3000 m² Verkaufsfläche angeboten würden. Das Sortiment ziele damit gerade auf die Kundschaft ab, deren Versorgung der zentrale Versorgungsbereich der Innenstadt Witten diene. Die vorgesehene neue Verkaufsfläche betrage mit rund 2250 m² immerhin 75% der im Versorgungsbereich bereits vorhandenen Verkaufsfläche des Bereichs Elektro/Foto von gut 3000 m². Diese gehörten zu dem auch von dem Gutachter der Klägerin als „Magnetbetrieb“ bezeichneten Unternehmen S. sowie zu weiteren zwei Elektrofachhandelsgeschäften mit jeweils rund 400 m² Verkaufsfläche. Auch solle das Vorhaben mit einem angestrebten Umsatz von knapp 14 Mio. Euro immerhin rund 60% des im Versorgungsbereich bereits getätigten Umsatzes von rund 23 Mio. Euro erzielen. Bei diesen Größenordnungen sei hier ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Auswirkungen auf den zentralen Versorgungsbereich der Innenstadt Witten als beachtliche Funktionsstörungen und damit als schädliche Auswirkungen im Sinne von § 34 Abs. 3 BauGB zu qualifizieren seien. Dies gelte umso mehr, als das Vorhaben zwar außerhalb des zentralen Versorgungsbereichs der Innenstadt Witten angesiedelt werden solle, aber doch in so dichter Nähe zu diesem, dass es ersichtlich weitgehend auf die Kundschaft abziele, deren Versorgung der zentrale Versorgungsbereich diene.

8 Gegen dieses Urteil hat die Klägerin im Umfang ihrer Beschwer die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt.

9 **Aus den Gründen:** II. Die Revision ist unbegründet. Das Berufungsurteil beruht nicht zu Lasten der Klägerin auf der Verletzung von Bundesrecht.

10 Streitentscheidende Norm ist § 34 Abs. 3 BauGB in der Fassung vom 20. Juli 2004. Danach dürfen von Vorhaben, die nach Absatz 1 oder 2 im unbeplanten Innenbereich zulässig sind, keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sein. Nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts scheidet das geplante Bauvorhaben der Klägerin an dieser Vorschrift, weil es schädliche Auswirkungen auf die Wittener Innenstadt in ihrer Funktion als zentraler Versorgungsbereich der Standortgemeinde erwarten lässt. Dies hält der revisionsgerichtlichen Kontrolle stand.

11 Nach zutreffender Ansicht der Vorinstanz sind zentrale Versorgungsbereiche räumlich abgrenzbare Bereiche einer Gemeinde, denen auf Grund vorhandener Einzelhandelsnutzungen häufig ergänzt durch diverse Dienstleistungen und gastronomische Angebote eine Versorgungsfunktion über den unmittelbaren Nahbereich hinaus zukommt. Innenstädte sind, wenn nicht stets, so doch in der Regel als Versorgungsbereiche zentral, weil sie nach Lage, Art und Zweckbestimmung nicht nur der Versorgung ihrer Bewohner dienen, sondern auf einen Kundenkreis aus einem größeren Einzugsbereich ausgerichtet sind. Für Innenstädte ist typisch, dass in ihnen ein breites Spektrum von Waren für den lang-, mittel- und kurzfristigen Bedarf angeboten wird. Nach den tatsächlichen Feststellungen im Berufungsurteil erfüllt die Innenstadt von Witten diese Merkmale. Im Wege der Bezugnahme auf ein Marktgutachten hat das Oberverwaltungsgericht ermittelt, dass der Stadtkern sich durch eine

Branchenvielfalt auszeichnet, wie sie für die Zentren größerer Städte kennzeichnend ist, und eine gesamtstädtische, in gewissem Umfang auch auf das weitere Umland bezogene Versorgungsfunktion erfüllt (UA S. 31).

12 Die Vorinstanz hat den Umgriff des zentralen Versorgungsbereichs der Wittener Innenstadt mangels planungsrechtlicher Absicherung anhand der vorhandenen örtlichen Gegebenheiten bestimmt. Eine in jeder Hinsicht exakte Grenzziehung hat sie nicht vornehmen können, jedoch auch für entbehrlich gehalten, weil das in Aussicht genommene Baugrundstück, wie von § 34 Abs. 3 BauGB gefordert, in jedem Fall nicht mehr dem zentralen Versorgungsbereich der Innenstadt von Witten zuzuordnen sei (UA S. 32). Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

13 Zu Unrecht möchte die Klägerin den Anwendungsbereich des § 34 Abs. 3 BauGB auf die Fallgestaltung beschränkt wissen, dass der zentrale Versorgungsbereich als Ziel der Raumordnung in einem Raumordnungsplan festgelegt ist. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers können sich zentrale Versorgungsbereiche nicht nur aus planerischen Festschreibungen, sondern auch aus nachvollziehbar eindeutigen tatsächlichen Verhältnissen ergeben (BTDrucks 15/2250 S. 54). Im Einzelfall auftretende Schwierigkeiten, zentrale Versorgungsbereiche an ihren Rändern gleichsam parzellenscharf abzugrenzen, rechtfertigen nicht die Schlussfolgerung, dem Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit von Normen werde § 34 Abs. 3 BauGB nur dann gerecht, wenn sein Anwendungsbereich verfassungskonform auf die Fälle reduziert werde, in denen zentrale Versorgungsbereiche planerisch festgesetzt seien. Das im Rechtsstaatprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) begründete Gebot hinreichender Bestimmtheit von Gesetzen zwingt den Gesetzgeber nicht, den Tatbestand mit Maßstäben zu umschreiben, die so genau sind, dass es bei dessen Auslegung und Anwendung keine Zweifelsfragen gibt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18. Mai 1988 – 2 BvR 579/84 – BVerfGE 78, 205 <212>). Es genügt, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können. Hieran gemessen bedarf § 34 Abs. 3 BauGB nicht der Einschränkung, die die Klägerin für geboten hält. Ob und in welchen räumlichen Grenzen eine Agglomeration von Einzelhandelsbetrieben einen zentralen Versorgungsbereich darstellt, lässt sich anhand definierter Merkmale und objektiver Kriterien im Regelfall mit einem Maß an Gewissheit beurteilen, das eine dem Normzweck entsprechende Anwendung des § 34 Abs. 3 BauGB ermöglicht. Die Vorschrift wäre nur dann entsprechend der Forderung der Klägerin in ihrem Geltungsanspruch einzuschränken, wenn sie andernfalls so konturenlos bliebe, dass ihre willkürfreie Handhabung durch Behörden und Gerichte nicht gewährleistet wäre (vgl. Urteil vom 12. Juli 2006 – BVerwG 10 C 9.05 – BVerwGE 126, 222 Rn. 30). Davon kann keine Rede sein.

14 Schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche im Gebiet der Standortgemeinde sieht das Oberverwaltungsgericht voraus, wenn das Vorhaben außerhalb eines zentralen Versorgungsbereichs angesiedelt werden soll, sein Warenangebot gerade (auch) solche Sortimente umfasst, die zu den für die gegebene Versorgungsfunktion des betreffenden zentralen Versorgungsbereichs typischen Sortimenten gehören und das Vorhaben nach seiner konkreten Lage und Ausgestaltung erwarten lässt, dass die Funktionsfähigkeit des betroffenen zentralen Versorgungsbereichs insbesondere durch zu erwartende Kaufkraftabflüsse in beachtlichem Ausmaß beeinträchtigt und damit gestört wird (UA S. 34 f.). Mit dem Begriff der Funktionsstörung stellt die Vorinstanz einerseits klar, dass nach ihrer Auffassung der Schutz zentraler Versorgungsbereiche nicht erst im Falle eines bevorstehenden Funktionsverlustes einsetzt. Andererseits verlangt sie Folgen, die in ihrer Intensität über die „nicht nur unwesentlichen“ Auswirkungen hinausgehen, von denen in § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 BauNVO die Rede ist, und setzt die Schwelle der Schädlichkeit höher an als diejenige der Geringfügigkeit, ab der im Falle der gemeindeübergreifenden Wirkung einer Planung eine interkommunale Abstimmung gemäß § 2 Abs. 2 BauGB als Ausprägung des „ein-

fachen“ Abwägungsgebots nach § 1 Abs. 7 BauGB geboten ist (vgl. Urteil vom 1. August 2002 – BVerwG 4 C 5.01 – BVerwGE 117, 25 <33>). Unter einer Funktionsstörung versteht sie mithin die Herbeiführung eines Zustandes der Unausgewogenheit, der zur Folge hat, dass der Versorgungsbereich seinen Versorgungsauftrag generell oder hinsichtlich einzelner Branchen nicht mehr in substantieller Weise wahrnehmen kann.

15 Der Senat pflichtet dem Oberverwaltungsgericht darin bei, dass Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche nicht erst dann schädlich sind, wenn sie die Schwelle zur Unzumutbarkeit überschreiten, die im Anwendungsbereich des interkommunalen Abstimmungsgebots der Planungsbefugnis der Gemeinde eine äußerste, nicht überwindbare Schranke setzt. Im rechtswissenschaftlichen Sinn ist jeder Nachteil für ein Rechtsgut und nicht erst dessen Verlust ein Schaden. Auch der Gesetzgeber will die Schädlichkeitsschwelle nicht mit der Schwelle der Unzumutbarkeit gleichgesetzt wissen. In der Gesetzesbegründung gibt er als Ziel des § 34 Abs. 3 BauGB die Vermeidung städtebaulich „nachhaltiger“ Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche aus (BTDrucks 15/2250 S. 54). Schließlich kann § 34 Abs. 3 BauGB seinen Anspruch, zentrale Versorgungsbereiche vor den unerwünschten Fernwirkungen zu schützen, die insbesondere von großflächigen Einzelhandelsbetrieben ausgehen, adäquat nur erfüllen, wenn er den Schutz graduell vor der Stufe der Abwägungsresistenz einsetzen lässt; denn diese wird nach der bisherigen Erfahrung lediglich in Extremfällen erreicht (vgl. Uechtritz, DVBl 2006, 799 <809>). Ob die Schädlichkeitsgrenze niedriger liegt, als das Oberverwaltungsgericht angenommen hat, braucht aus Anlass des vorliegenden Falls nicht entschieden zu werden.

16 Die Fragestellung, ob die Schädlichkeitsschwelle des § 34 Abs. 3 BauGB erreicht wird, zwingt den Rechtsanwender dazu, ökonomische Zusammenhänge zu ermitteln und im Hinblick auf ihre städtebauliche Relevanz zu bewerten. Das Oberverwaltungsgericht benennt die zu erwartenden Kaufkraftabflüsse als Kriterium dafür, ob die ökonomischen Fernwirkungen eines Vorhabens die Funktionsfähigkeit eines zentralen Versorgungsbereichs stören können. Dieses Kriterium stellt eine bekannte Größe in Rechtsprechung und Schrifttum zu § 2 Abs. 2 BauGB und § 11 Abs. 3 BauNVO dar und wird weitgehend gebilligt. Auch der Senat hat es in seinem Urteil zum Einkaufszentrum Mülheim-Kärlich vom 17. September 2003 – BVerwG 4 C 14.01 – (BVerwGE 119, 25 <33>) herangezogen, um die Gefährdung innenstadtnaher Einzelhandelsbetriebe durch die Fernwirkungen eines großflächigen Einkaufszentrums zu umschreiben.

17 In Abgrenzung zu der Praxis, den zu erwartenden Kaufkraftabfluss mit Hilfe gutachterlich prognostizierter Umsatzumverteilungen zu ermitteln, stellt das Oberverwaltungsgericht den Rechtssatz auf, die voraussichtlichen Umsatzumverteilungen seien als solche kein maßgebliches Kriterium für die mit dem Begriff der schädlichen Auswirkungen erfassten Funktionsstörungen (UA S. 35). Auch bei § 34 Abs. 3 BauGB sei – nicht anders als sonst im Baurecht – primär auf baurechtlich relevante und vom Baurecht erfasste Vorhabenmerkmale abzustellen. Die konkreten Umsatzumverteilungen hingen von verschiedenen, baurechtlich nicht beeinflussbaren Faktoren der individuellen Betriebsgestaltung und ihren Auswirkungen auf ein wiederum durch individuelle Besonderheiten anderer Betriebe geprägtes Marktgeschehen ab. Faktoren wie die Preisgestaltung, die Attraktivität des Warenangebots oder das – mehr oder weniger aggressive – Werbeverhalten seien bei der bauplanungsrechtlichen Beurteilung der Zulassungsfähigkeit von Vorhaben irrelevant. Eine Baugenehmigung werde nicht für einen konkreten Betreiber des Vorhabens erteilt, sondern für einen abstrakt umschriebenen Betrieb. Mit der Baugenehmigung könne nicht die betreiberunabhängige Produktivität des jeweiligen Vorhabens gesteuert werden. Wie fragwürdig der gleichwohl unternommene Versuch sei, objektive Aussagen über voraussichtliche Umsatzumverteilungen zu machen, zeige die im vorliegenden Verfahren von der Klägerin in Auftrag gegebene Un-

tersuchung. Diese gehe davon aus, dass der anzusiedelnde Elektrofachmarkt bei einem besonders flächenproduktiven Betreiber einen Umsatz in einer Größenordnung um 13 bis 14 Mio. Euro erwarten lasse und im zentralen Versorgungsbereich der Innenstadt Witten und weiteren sechs zentralen Versorgungsbereichen im Umland Umsatzrückgänge in Höhe von 3 Mio. Euro auslöse. Die Frage, wie die für das Vorhaben erwarteten weiteren 10 Mio. Euro Umsatz erzielt würden, werde nicht beantwortet.

18 Das Oberverwaltungsgericht verfolgt im Anwendungsbereich des § 34 Abs. 3 BauGB erkennbar das Ziel, aus grundsätzlichen Erwägungen, deren Berechtigung [es] durch das in das Verfahren eingeführte Marktgutachten der Klägerin bestätigt sieht, die Möglichkeit des Rückgriffs auf Prognosen der Umsatzumverteilung aus Rechtsgründen auszuschließen. Dem ist zu widersprechen.

19 Unklar bleibt nach dem Berufungsurteil bereits, worin sich ein zu erwartender vorhabenbedingter Kaufkraftabfluss von einer durch das Vorhaben ausgelösten prognostizierten Umsatzumverteilung unterscheidet. Die erwartete Umsatzumverteilung soll die Größenordnung markieren, in der der Kundenstrom vom zentralen Versorgungsbereich zum neuen (großflächigen) Einzelhandelsbetrieb umgelenkt wird. Dann aber sind Umsatzumverteilungen lediglich eine andere Bezeichnung für Kaufkraftabflüsse. Beide Begriffe sind geeignet, die städtebaulich relevanten schädlichen Auswirkungen eines Vorhabens auf zentrale Versorgungsbereiche im Rahmen des § 34 Abs. 3 BauGB zu konkretisieren. Beide Begriffe verweisen auf ökonomische Zusammenhänge, die auf ihre städtebauliche Relevanz zu prüfen sind. Der Gegensatz von Kaufkraftabflüssen, die auch das Oberverwaltungsgericht als städtebaulich bedeutsam ansieht, und Umsatzumverteilungen, die städtebaulich irrelevant sein sollen, ist nicht plausibel dargestellt.

20 Von der Frage der Geeignetheit der Kriterien „Kaufkraftabfluss“, „Umsatzumverteilungen“, „Verlagerung von Kundenströmen“ zu unterscheiden ist die Frage, in welcher Detailschärfe und mit welchen Mitteln die maßgeblichen ökonomischen Zusammenhänge aufzuklären sind. Gegenstand der im Anwendungsbereich des § 34 Abs. 3 BauGB anzustellenden Prognose („... zu erwarten sein“) ist das zur Genehmigung gestellte Vorhaben. Dem Oberverwaltungsgericht ist darin zu folgen, dass Preisgestaltung, Werbemethoden, Schaufensterdekoration, Sachkunde und Freundlichkeit des Personals nicht zum Prüfprogramm der Genehmigungsbehörde gehören. Die Prognose schädlicher Auswirkungen kann im Wesentlichen nur auf den baurechtlich relevanten Angaben in den Bauvorlagen und einer mitgelieferten Sortimentsbeschreibung aufbauen.

21 Das Oberverwaltungsgericht stellt nicht in Abrede, dass es branchenspezifische Erfahrungswerte für die übliche Flächenproduktivität des Elektrofachhandels gibt. Dabei mag es Bandbreiten geben, die eine deutlich höhere Flächenproduktivität einschließen. Der Baugenehmigungsbehörde bleibt es unbenommen, derartige Bandbreiten in die städtebauliche Beurteilung des Vorhabens einzubeziehen. Auf diese Weise kann sie den Unsicherheiten einer Prognose entgegenwirken. Das Landesentwicklungsprogramm Bayern (Verordnung vom 16. Juli 2002, BayGVBl 2002, 341) greift z. B. auf numerisch präzise Quoten der Kaufkraftabschöpfung zur Steuerung des großflächigen Einzelhandels zurück. Es legt fest, wieviel Prozent der sortimentspezifischen Kaufkraft im jeweiligen Verflechtungsbereich des innerstädtischen Einzelhandels durch ein neues Einzelhandelsprojekt abgeschöpft werden darf, nämlich je nach Größe des Verflechtungsbereichs und je nach Sortiment zwischen 10 und 30%. Der nordrhein-westfälische Einföhrungserlass zum EAG Bau vom 30. Januar 2005 (MinBl. S. 342 <345>) nennt als Anhaltspunkt für die Existenz schädlicher Auswirkungen im Sinne von § 34 Abs. 3 BauGB u. a. die Unvertretbarkeit der zu erwartenden Kaufkraftabschöpfung in betroffenen zentralen Versorgungsbereichen, ohne sich allerdings auf Zahlen festzulegen. Allein der Umstand, dass die Beurteilung wirtschaftlicher Zusammenhänge dem Rechtsanwender im

Rahmen des § 34 Abs. 3 BauGB schwerfallen mag, und die Erfahrung, dass Vorhabenbetreiber in einzelnen Fällen unplausible Marktgutachten vorlegen, erlauben nicht die Schlussfolgerung, die voraussichtlichen Umsatzumverteilungen seien kein maßgebliches Kriterium für die mit dem Begriff der schädlichen Auswirkungen erfassten Funktionsstörungen. Somit verbietet sich die Annahme, Marktgutachten seien von vornherein und generell ungeeignet, um auf der Ebene der Vorhabenzulassung oder in einem Gerichtsverfahren aufzuklären, ob schädliche Auswirkungen zu erwarten sind.

22 Gleichwohl folgt daraus kein revisionsgerichtlich beachtlicher Fehler des angefochtenen Urteils. Denn es ist grundsätzlich Aufgabe des Tatsachengerichts, die Methode zu bestimmen, anhand derer ein voraussichtlicher Kaufkraftabfluss prognostisch ermittelt wird, bzw. zu überprüfen, ob die von der Genehmigungsbehörde verwandte Methode zu beanstanden ist. Entwickelt das Gericht andere Kriterien, als sie in der Praxis gängige Verwendung finden, ist das revisionsrechtlich hinzunehmen, wenn die Wahl der Kriterien nicht von einem Rechtsirrtum infiziert ist, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt oder sonst zu einer schlechthin ungeeigneten Ermittlungsmethode führt. Das ist hier nicht der Fall.

23 Die Frage, ob ein Einzelhandelsvorhaben schädliche Auswirkungen auf einen zentralen Versorgungsbereich erwarten lässt, beantwortet das Oberverwaltungsgericht mit Hilfe des Vergleichs zwischen der Größe der Verkaufsfläche des Vorhabens und der Größe der Verkaufsfläche derselben Branche im betroffenen zentralen Versorgungsbereich. Hiergegen ist im Grundsatz nichts zu erinnern. Wie der Senat bereits entschieden hat (Urteil vom 27. April 1990 – BVerwG 4 C 36. 87 – BRS 50 Nr. 68), trägt die Größe der Verkaufsfläche zur Kapazität, Wettbewerbskraft und Attraktivität eines Handelsbetriebes bei und beeinflusst von daher die geordnete städtebauliche Entwicklung. Von der städtebaulichen Erheblichkeit geht auch die Baunutzungsverordnung aus, selbst wenn sie den Begriff der Verkaufsfläche nicht ausdrücklich erwähnt. So beantwortet sich etwa die Frage, ob ein Betrieb im Sinne des § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BauNVO großflächig ist, nach dem Umfang seiner Verkaufsfläche (Urteil vom 24. November 2005 – BVerwG 4 C 10.04 – BVerwGE 124, 364 <367>). Die Vermutungsregel in § 11 Abs. 3 und 4 BauNVO hat ebenfalls die Größe der Verkaufsfläche im Auge. Deren Systematik liegt nämlich die Annahme des Verordnungsgebers zugrunde, dass – jedenfalls nach den bei der Festlegung der Vermutungsgrenze von 1200 m² Geschossfläche maßgeblichen Erfahrungen – eine solche Geschossfläche ungefähr einer Verkaufsfläche von 800 m² entsprach (vgl. Beschluss vom 22. Juli 2004 – BVerwG 4 B 29.04 – BRS 67 Nr. 76). Auch der bereits erwähnte nordrhein-westfälische Einföhrungserlass zum EAG Bau führt die Unverhältnismäßigkeit der geplanten Verkaufsflächen im Vergleich zu den Verkaufsflächen im zentralen Versorgungsbereich als Gesichtspunkt auf, der einen Anhalt für das Vorliegen schädlicher Auswirkungen im Sinne des § 34 Abs. 3 BauGB liefern kann.

24 Dem Oberverwaltungsgericht ist darin beizupflichten, dass sich für den Verkaufsflächenvergleich feste Prozentsätze nicht angeben lassen, bei dessen Unterschreiten stets von unschädlichen und bei dessen Überschreiten immer von schädlichen Auswirkungen auszugehen ist. Die Vorinstanz zählt selbst eine Reihe weiterer Faktoren auf, von denen es abhängt, welcher Prozentsatz beachtliche Funktionsstörungen erwarten lässt, namentlich den Abstand zwischen dem betrachteten Vorhaben und dem betroffenen zentralen Versorgungsbereich, die Konstellation der „Vorschädigung“ des zentralen Versorgungsbereichs oder die Gefährdung eines im zentralen Versorgungsbereich vorhandenen „Magnetbetriebs“, der maßgebliche Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des betroffenen zentralen Versorgungsbereichs hat.

25 Die vom Oberverwaltungsgericht beispielhaft genannten zusätzlichen Differenzierungsmerkmale machen deutlich, dass das Kriterium des Verkaufsflächenvergleichs nicht überbewertet werden darf. Ihm ist nicht eine Art Anwendungsvorrang ein-

zuräumen. Die Relation der Verkaufsflächen ist vielmehr nur eines von mehreren Hilfsmitteln, anhand derer sich schädliche Auswirkungen ermitteln lassen. Die Klägerin macht geltend, beim Verkaufsflächenvergleich bleibe unberücksichtigt, dass in der Innenstadt Erlebniseinkauf und Serviceorientierung im Vordergrund stünden, während bei dezentralen Fachmarktstandorten der Preis und die Angebotsvielfalt auf großer Fläche wie z. B. bei Baumärkten oder Möbelhäusern die entscheidende Größe sei. Sie wendet ferner ein, dezentrale Fachmarktstandorte konkurrierten erfahrungsgemäß (auch) mit systemgleichen dezentralen Anbietern an nicht integrierten Standorten. Ein Großteil der Kunden sehe also nicht die Innenstadt oder einen dezentralen Fachmarktstandort als in Betracht zu ziehende Alternativen an, sondern wähle zwischen mehreren Fachmarktstandorten. Das mag zutreffen und je nach Fallgestaltung Anlass zu weiterer Aufklärung sein. Auch liegt auf der Hand, dass die Aussagekraft des vom Oberverwaltungsgericht favorisierten Verkaufsflächenvergleichs bei zunehmender Entfernung zwischen dem Vorhaben und dem betroffenen Zentrum und bei weniger eindeutigen Relationen in Bezug auf die geplanten und die bereits vorhandenen Verkaufsflächen nachlässt. In derartigen Konstellationen wird regelmäßig der Rückgriff auf ein (ergänzendes) Marktgutachten zur Ermittlung von Kaufkraftabflüssen notwendig sein.

26 Vorliegend sind die Feststellungen im Berufungsurteil allerdings hinreichend aussagekräftig und tragen auch ohne sachverständige Bestätigung den Befund, dass das Vorhaben der Klägerin schädliche Auswirkungen im Sinne des § 34 Abs. 3 BauGB auf den zentralen Versorgungsbereich der Innenstadt Witten erwarten lässt. Die vorgesehene neue Verkaufsfläche beträgt mit rund 2250 m² etwa 75% der in der Innenstadt bereits vorhandenen Gesamt-Verkaufsfläche des Bereichs Elektro/Foto von gut 3000 m². Das Oberverwaltungsgericht folgert ferner aus der „so dichten Nähe“ des geplanten dezentralen Standorts zur Innenstadt, dass es mit seinem Sortiment gerade auf die Kundenschaft dieses zentralen Versorgungsbereichs abzielt, deren Kaufkraft „nicht beliebig vermehrbar ist“ (UA S. 37 f.). Es betont auch, dass der in der Innenstadt bereits ansässige, etwa gleich große Betrieb S. für den zentralen Versorgungsbereich die Funktion eines „Magnetbetriebs“ hat. Schließlich stellt es darauf ab, dass das Vorhaben der Klägerin mit dem angestrebten Umsatz von knapp 14 Mio. Euro immerhin rund 60% des in der Innenstadt bereits erwirtschafteten Umsatzes von 23 Mio. Euro erzielen soll (UA S. 41). Angesichts dieser Größenordnungen ist seine Schlussfolgerung, dass das Vorhaben an § 34 Abs. 3 BauGB scheitern müsse, gerechtfertigt. Mit einem Verfahrensfehler ist sie entgegen der Ansicht der Klägerin nicht behaftet; denn das Oberverwaltungsgericht hat den Beweisantrag, zu der Tatsache, dass von dem streitgegenständlichen Vorhaben keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche zu erwarten sind, ein Sachverständigengutachten einzuholen, zu Recht mit der Begründung abgelehnt, der Antrag sei nicht auf die Ermittlung von Tatsachen gerichtet, sondern auf die vom Gericht vorzunehmende rechtliche Beurteilung, ob ein bestimmter Sachverhalt die Merkmale der Rechtsbegriffe „schädliche Auswirkungen“ und „zu erwarten“ erfülle.

Beschluss: Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 250 000 € festgesetzt.

Hinw. d. Red.: Zur Städtebaupolitik-Hoheit der Gemeinden vgl. BVerwG GuT 2008, 49.

§ 11 BauNVO
Städtebau; Einkaufszentrum EKZ;
bauordnungsrechtlicher Begriff;
städtebauliches Kriterium

Zur Verbundenheit von Betrieben zu einem Einkaufszentrum im bauordnungsrechtlichen Sinne.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BVerwG, Beschluss vom 12. 7. 2007 – 4 B 29.07)

2 **Aus den Gründen:** 1. Die Revision ist nicht nach § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO zuzulassen. Der Revisionszulassungsgrund der Abweichung liegt nicht vor. Die Vorinstanz hat keinen Rechtsatz aufgestellt, der einem Rechtssatz des Bundesverwaltungsgerichts widerspricht.

3 Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist ein Einkaufszentrum im Sinne des § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauNVO anzunehmen, wenn Einzelhandelsbetriebe verschiedener Art und Größe räumlich konzentriert werden und die einzelnen Betriebe aus der Sicht der Kunden als aufeinander bezogen, als durch ein räumliches Konzept und durch Kooperation miteinander verbunden in Erscheinung treten. Dies entspricht der Definition des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil vom 1. August 2002 – BVerwG 4 C 5.01 – (BVerwGE 117, 25 <34>). Entgegen der Darstellung der Beschwerde hat das Berufungsgericht im Rahmen der Subsumtion dem Begriff des Einkaufszentrums keinen davon abweichenden Inhalt beigelegt. Es hat nämlich nicht allein darauf abgestellt, dass die geplanten Einzelhandelsbetriebe in den Gebäuden G 1 bis G 3 zusammengefasst werden, sondern auch ins Feld geführt, dass die Gebäude durch einen gemeinsamen Verbindungsgang miteinander vernetzt werden sollen, in dem Mittelgebäude G 2 eine „räumliche Mitte“ für den gesamten Komplex geschaffen werden soll und gemeinsame Stellplätze vorgesehen sind. Dass es den Charakter des zur Beurteilung gestellten Vorhabens als Einkaufszentrum nicht deshalb verneint hat, weil weder eine gemeinsame Verwaltung des Gewerbeparks noch eine gemeinsame Werbung vorgesehen ist, bedeutet keine Abkehr von den Entscheidungen des Senats vom 27. April 1990 – BVerwG 4 C 16.87 – (BRS 50 Nr. 67) und vom 15. Februar 1995 – BVerwG 4 B 84.94 – (juris). In beiden Entscheidungen wird eine gemeinsame Werbung oder eine verbindende Sammelbezeichnung als Beispiel dafür genannt, in welcher Weise sich die Verbundenheit von Betrieben zu einem Einkaufszentrum dokumentieren kann. Zwingende Voraussetzungen für ein Einkaufszentrum sind die Merkmale nicht.

4 Die Beschwerde legt auch nicht dar, dass das Berufungsurteil von Rechtssätzen abweicht, die das Bundesverwaltungsgericht in seinen Entscheidungen vom 23. Mai 1986 – BVerwG 4 C 34.85 – (BRS 46 Nr. 176), vom 11. Februar 1993 – BVerwG 4 C 15.92 – (BRS 55 Nr. 174) und vom 21. Juni 1996 – BVerwG 4 B 84.96 – (BRS 58 Nr. 83) formuliert hat. Die Beschwerde entnimmt den Entscheidungen zu den Tatbestandsmerkmalen „Art und Maß der baulichen Nutzung, Bauweise und zu überbauende Grundstücksfläche“ des § 34 Abs. 1 BauGB den Rechtsatz, dass es sich bei ihnen um städtebaulich relevante und nicht um bauordnungsrechtliche Kriterien handelt. Die von ihr beanstandete Würdigung des Berufungsgerichts, der westlich der Bundesstraße 4 gelegene „Marktkauf“ sei nicht Teil der maßgebenden Umgebung, betrifft diese Tatbestandsmerkmale jedoch nicht. Sie ist im Rahmen der Prüfung erfolgt, ob der Komplex des Marktkaufs Bestandteil der näheren Umgebung ist, in das sich das geplante Vorhaben gemäß § 34 Abs. 1 BauGB nach Art und Maß der baulichen Nutzung, Bauweise und zu überbauende Grundstücksfläche einfügen muss. Im Übrigen handelt es sich bei der vom Berufungsgericht herangezogenen „deutlich anderen Bau- und Nutzungsstruktur“ (UA S. 13) ersichtlich um ein städtebauliches Kriterium.

§§ 535, 550 BGB
Mietvertrag; Schriftform;
undatierte Nachtragsvereinbarung

Zu den Anforderungen, die an einen Nachtrag zum Mietvertrag zu stellen sind, damit dem Formbedürfnis genügt wird.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. 8. 2007 – I-24 U 4/07)

Aus den Gründen: Die Berufung des Beklagten hat keine Aussicht auf Erfolg.

I. Das landgerichtliche Urteil ist richtig und aus der Berufungsbegründung ergeben sich keine Gründe für die beantragte Abänderung. Ergänzend wird auf folgendes hingewiesen:

Die zwischen den Parteien streitige Frage, ob die undatierte Nachtragsvereinbarung (im folgenden: Vereinbarung) der Schriftform gemäß §§ 578 Abs. 2 i.V.m. §§ 550 S. 1, 126 BGB genügt, ist im Sinne der Klägerin zu beantworten. Somit ist die Vereinbarung wirksam und der Mietvertrag bis zum 30. Juni 2010 befristet.

Der Nachtrag zum Mietvertrag vom 1. Juni 2001 wurde formgerecht erstellt. Es entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, welcher der Senat folgt, dass bei Vertragsänderungen eine räumliche Verbindung zur „Ersturkunde“ nicht notwendig ist, wenn die neue Urkunde selbst die wesentlichen Bestandteile eines Mietvertrages enthält und auf die (formgerechte) Urkunde zweifelsfrei Bezug genommen wird (BGH, NJW 2003, 1248 f. [= GuT 2003, 131]; NJW-RR 2000, 744; NJW-RR 1992, 654; NJW 1992, 2283 [= WuM 1992, 316]; BGHZ 42, 333; sog. „Auflockerungsrechtsprechung“; vgl. auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Auflage, § 550 Rn.17). Hier enthält die Nachtragsvereinbarung selbst schon die Einigung über sämtliche wesentlichen Bestandteile eines Mietvertrages, nämlich die Vertragspartner, den Mietgegenstand, die Mietdauer und das Entgelt. Dies ist zur Wahrung der Schriftform grundsätzlich ausreichend (vgl. BGH, NJW 2006, 139 (149) [= GuT 2006, 11]; NJW 1999, 3257 (3258) [= WuM 1999, 698]; WPM 1969, 920 (921); KG NZM 2000, 1229; Palandt/Weidenkaff, a. a. O., § 535 Rn. 1). Soweit als Mietgegenstand nur das Gebäude und nicht die konkret vermieteten Räumlichkeiten benannt sind, folgt daraus nichts anderes. Denn die genaue Bezeichnung des Mietobjekts ist dann nicht zwingend erforderlich, wenn der Mieter das Objekt bei Vertragsschluss bzw. -änderung schon nutzt. Denn in diesem – auch hier vorliegenden – Fall (der Beklagte hat das Objekt unstreitig schon 6 Monate zuvor genutzt, vgl. Schriftsatz des Beklagten vom 13. November 2006) darf der Umfang dieser Nutzung als außerhalb der Urkunde heranzuziehende Auslegungshilfe herangezogen werden (vgl. BGH, NZM 2007, 443 ff. [= GuT 2007, 219]; NZM 2000, 36; NJW 1999, 3257 [= WuM 1999, 698]; siehe auch Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Auflage, Rn. 97).

Darüber hinaus nimmt die Vereinbarung auf den Mietvertrag vom 1. Juni 2001 zweifelsfrei Bezug, da ausdrücklich nur der „Mietvertrag vom 01.06.01“ (und kein anderer) genannt wird. Soweit der Beklagte in seiner Berufungsbegründung vom 27. Februar 2007 meint, durch die Kennzeichnung des Nachtrags mit „V“ sei eine eindeutige Bezugnahme nicht gewährleistet, da es noch die Nachtragsvereinbarungen I-IV gegeben habe, ist ihm nicht zu folgen. Vielmehr ist das Landgericht zutreffend und, ohne den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör zu verletzen, davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien unstreitig ist, dass es keine weiteren Nachtragsvereinbarungen gibt. Der Beklagte hat erstinstanzlich im Schriftsatz vom 28. September 2006 vorgetragen, dass die Nachtragsvereinbarungen I-IV der Vereinbarung nicht beigelegt gewesen seien, noch solche bekannt oder nachvollziehbar seien. Daraufhin hat die Klägerin im Schriftsatz vom 18. Oktober 2006 vorgetragen, dass es sich bei dem „V“ um einen Buchstaben und keine römische Ziffer handele und dieser Buchstabe nur aufgrund eines Schreibfehlers in die Vereinbarung gelangt sei. Sonstige Nachträge zum Mietvertrag 1-4 (oder I-IV) gäbe es nicht. Dem ist der Beklagte nicht mehr substantiiert entgegengetreten. Dies wäre aber erforderlich gewesen, nachdem die Klägerin die Existenz weiterer Nachträge geleugnet und sich auf einen Schreibfehler berufen hat.

Darüber hinaus bezieht sich der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 13. November 2006 stets auf die „Vereinbarung“ (Singular!), was vom Landgericht deshalb zutreffend als Zugeständnis des klägerischen Vorbringens bewertet wurde (§ 138 Abs. 3 ZPO) und deshalb auch als unstreitig behandelt werden konnte. Soweit der Beklagte nunmehr in der Berufungsbegrün-

dung – offensichtlich ins Blaue hinein – behauptet, es gäbe Nachträge mit den Ziffern I-IV, ist dieses Vorbringen unsubstanziert und im Übrigen auch von der Klägerin bestritten worden. Es wäre deshalb – Substanziierung vorausgesetzt – gemäß §§ 529, 531 Abs. 2 ZPO ohnehin zurückzuweisen.

Nichts anderes folgt aus der vom Beklagten herangezogenen Anwendung der Beweislastregeln beim Urkundenbeweis. Denn vollen Beweis erbringt eine echte Privaturkunde lediglich in formeller Hinsicht (Zöller/Geimer, ZPO, 26. Auflage, § 416 Rn. 9), d. h. diese erstreckt sich nur auf die Feststellung der Urheberschaft der in der Urkunde enthaltenen Erklärung (Zöller/Geimer, a. a. O., Vor § 415 Rn. 6). Die Echtheit der Unterschriften steht hier jedoch nicht im Streit. Eine möglicherweise vorzunehmende Auslegung des Inhalts der Urkunde wird – sofern dieser überhaupt zweifelhaft ist – dadurch nicht beeinflusst.

Die Rüge des Beklagten, ein Erwerber könne aus der Nachtragsvereinbarung nicht erkennen, wer sein Vertragspartner sei, geht fehl. Vielmehr ist deutlich durch die Nummerierung zwischen den einzelnen Beteiligten auf Mieterseite unterschieden worden.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 535, 242 BGB; § 940 ZPO
Gewerberaummieter; Nagelstudio;
Konkurrenzschutz gegen Nagelstudio im Hauptgewerbe;
einstweilige Verfügung

Der vom Vermieter geschuldete Konkurrenzschutz (hier: gegen die Ausübung eines konkurrierenden (Nagelstudio-) Betriebs im Hauptgewerbe) kann durch Regelungsverfügung durchzusetzen sein.

(KG, Beschluss vom 21.1.2008 – 8 W 85/07)

Aus den Gründen: Die gemäß § 567 Abs.1 ZPO statthafte Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Die Antragsteller haben gegen die Antragsgegnerin Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin durch geeignete Maßnahmen auf den Gewerbemietler K. einwirkt, damit in den Gewerberäumen im Hause X.-Straße 19–21 in Berlin der Betrieb eines Nagelstudios im Hauptgewerbe unterbunden wird. Der Verfügungsanspruch der Antragsteller folgt aus §§ 535 Abs.1 Satz 2, 242 BGB in Verbindung mit § 15 Ziff.1 des Mietvertrages.

a) Bei Vermietung von Geschäftsräumen schuldet der Vermieter dem Mieter den sogenannten vertragsimmanenten Konkurrenzschutz. Dieser ist gegenüber dem vertraglich gesicherten Konkurrenzschutz insoweit eingegrenzt, als der Vermieter nicht gehalten ist, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr ist nach den Umständen des einzelnen Falles abzuwägen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange der Parteien der Schutz vor der Konkurrenz geboten ist, um dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu gewährleisten (BGH NJW 1979, 1404 f. [= WuM 1979, 144]; Senatsurteile vom 17. Januar 2002 – 8 U 353/01, KG-Report 2003, 154, und vom 21. Oktober 2004 – 8 U 51/04, KG-Report 2005, 173). Die Parteien haben in § 15 Ziff.1 Satz 1 des Mietvertrages eine Konkurrenzschutzklausel aufgenommen, nach der dem Mieter ausschließlich innerhalb bestimmter im Einzelnen aufgeführter Mieteinheiten Konkurrenzschutz gewährt wird. § 15 Ziff.1 Satz 2 enthält dann weiter folgende Regelung:

„Ausgenommen davon ist die Gewerbeeinheit in der X.-Straße 21, Erdgeschoss links (...), die zum gegenwärtigen Zeitpunkt als Friseur und Nagelstudio betrieben wird...“

Nach dieser vertraglichen Regelung liegt aber – entgegen der Ansicht des Landgerichts [Berlin] – ein Verstoß gegen den vertraglichen Konkurrenzschutz vor, wenn in dieser Gewerbeeinheit ausschließlich ein Nagelstudio betrieben wird. Bereits aus dem Wortlaut der Regelung ergibt sich, dass der Konkurrenzschutz nur insoweit nicht gewährt wird, dass in diesen Räu-

men beide Gewerbe, nämlich Friseur *und* Nagelstudio, betrieben werden. Dies bedeutet aber zugleich, dass ein reines Nagelstudio nicht erlaubt ist. Dieses Verständnis der Regelung ergibt sich auch aus den von den Antragstellern vorgetragenen und glaubhaft gemachten Umständen, die zur Aufnahme der Regelung in den Mietvertrag vom 1. August/3. September 2007 geführt haben. Die Antragsteller haben in den Vertragsverhandlungen zum Abschluss des neuen Mietvertrages über die Räume in der X.-Straße 19 – nachdem der erste Mietvertrag vom 20. Oktober 2003 durch Zeitablauf beendet worden war – zum Ausdruck gebracht, dass sie auf die Einräumung von Konkurrenzschutz wert legten. Zu dieser Zeit war im benachbarten Friseurgeschäft bereits ein Nageltisch in Betrieb, so dass die Vertragsparteien übereinstimmend davon ausgingen, dass der *bestehende* Zustand den vertraglichen Vereinbarungen zugrunde zu legen ist. Dieser beinhaltet aber, dass das Friseurgeschäft im Hauptgewerbe und das Nagelstudio nur als Nebengewerbe mit untergeordneter Bedeutung betrieben werden. Insoweit machen die Antragsteller mit der Beschwerde zu Recht geltend, dass sie anderenfalls nach Abschluss des neuen Mietvertrages schlechter gestellt wären als während des ersten Mietvertrages, in dem eine Konkurrenzschutzklausel nicht enthalten war. Denn bereits aufgrund des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes schuldete die Antragsgegnerin während des alten Mietvertrages die Gewährung von Konkurrenzschutz in Bezug auf das Betreiben eines „reinen“ Nagelstudios. Da aber in den benachbarten Gewerberäumen durch den Gewerbemietler K. nunmehr ausschließlich ein Nagelstudio betrieben wird, ist die Antragsgegnerin verpflichtet, den Antragstellern Konkurrenzschutz zu gewähren.

b) Es ist auch ein Verfügungsgrund gegeben. Die Verfügungsverfügung ist zur Abwendung wesentlicher Nachteile in einem solchen Falle dringend nötig (§ 940 ZPO). Das Interesse eines von einem Konkurrenzschutz bedrohten Unternehmens geht regelmäßig dahin, die drohende Konkurrenz von vornherein bekämpfen zu können und sich nicht etwa nur mit Sekundäransprüchen wie z. B. Schadensersatzansprüchen zu begnügen (vgl. OLG Hamm ZMR 1991, 295). Denn hier ist zu beachten, dass ohne die einstweilige Verfügung vollendete Tatsachen zu Lasten des Berechtigten geschaffen würden (OLG Hamm NJW-RR 1990, 1236). Nichts anderes kann gelten, wenn der Konkurrenzbetrieb bereits aufgenommen ist und dadurch eine Wettbewerbsbeeinträchtigung jedenfalls droht oder bereits eingetreten ist. Den Berechtigten in diesem Falle auf das ordentliche Klageverfahren zu verweisen, könnte dazu führen, dass der Konkurrenzschutz ins Leere liefe (vgl. Senatsurteil vom 17. Januar 2005 – 8 U 212/04 [= GuT 2005, 54]).

Mitgeteilt von VRiKG Bieber, Berlin

§§ 253, 328, 535, 823, 847 BGB
Gewerberaumiete; Schichtdienst;
Verkehrssicherungspflicht des Vermieters zur Nachtzeit;
Streupflicht; Schneeräumen; Winterdienst

1. Die winterliche Streu- und Räumspflicht des Vermieters ist regelmäßig auf den Zeitraum zwischen dem Einsetzen des allgemeinen Verkehrs am Morgen und dessen Ende in den Abendstunden beschränkt. Wer sich außerhalb dieser Zeiten bewegt, darf eine Verkehrssicherung grundsätzlich nicht erwarten.

2. Nur wenn der Vermieter es zu vertreten hat, dass auf seinem Gelände zur Nachtzeit vertragsgemäß erheblicher Publikumsverkehr stattfindet, muss er auch für dessen Sicherheit sorgen.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 20. 2. 2008 – 5 U 101/08)

Aus den Gründen: Das Rechtsmittel hat keine Erfolgsaussicht (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Dieserhalb ist zur Sach- und Rechtslage zu bemerken:

1. Die Klägerin war als Mitarbeiterin des Deutschen Wetterdienstes in einem Gebäude tätig, das der Beklagte vermietet hat. Nach den mietvertraglichen Bestimmungen trifft ihn die Verkehrssicherungspflicht und dabei insbesondere der Winterdienst.

Als die Klägerin das Gebäude am frühen Morgen des 30. Dezember 2005 nach Ende ihrer Arbeitsschicht verließ, kam sie – ihrem Vorbringen nach – auf dem unteren Absatz der Außentreppe, der mit einer geriffelten Gummimatte belegt war, glättebedingt zu Fall und zog sich Verletzungen zu. Sie wirft dem Beklagten vor, dass an der Unfallstelle trotz nächtlichen Schneefalls nicht gestreut war und die Rillenführung der Gummimatte in Treppenrichtung statt quer dazu verlief. Ihr Verlangen, den Beklagten zu einer Schmerzensgeldzahlung zu verurteilen und dessen weitergehende Ersatzpflicht festzustellen, hat das Landgericht [Koblenz] abgewiesen.

2. Diese Entscheidung greift die Klägerin nunmehr in Erneuerung ihres Begehrens mit der Berufung an.

Damit vermag sie indessen nicht durchzudringen. Das Landgericht hat die Situation – ausgehend von dem erstinstanzlichen Tatsachenvortrag und der erstinstanzlichen Beweissituation, die sich einer Korrektur im Berufungsverfahren entziehen und damit auch für den Senat bindend sind (§§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 2 ZPO) – zutreffend beurteilt.

a) Möglicher Anknüpfungspunkt für eine Inanspruchnahme des Beklagten ist die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten. Daraus können sich sowohl – wegen einer Drittschutzwirkung der Rechtsbeziehung zwischen dem Deutschen Wetterdienst und dem Beklagten – vertragliche als auch deliktische Ansprüche für die Klägerin ergeben. Indessen ist eine entsprechende Pflichtverletzung des Beklagten nicht feststellbar.

b) Die Klägerin hebt in diesem Zusammenhang zunächst auf den Umstand ab, dass der über Nacht gefallene Schnee nicht beseitigt worden sei, bevor sie aus dem Gebäude kam, und dass sich zudem Eis gebildet habe, das weder entfernt noch abgestumpft worden sei. Insofern mag in der Tat ein verkehrsgefährlicher Zustand bestanden haben. Das hat der Beklagte jedoch nicht zu verantworten, weil ihm Sicherungsmaßnahmen, mit denen dem Schadenseintritt zu begegnen war, nicht abverlangt werden konnten.

Unstreitig ereignete sich der Unfall deutlich vor 7.00 Uhr. Die Klägerin terminiert ihn auf 6.10 Uhr, der Beklagte sogar schon auf vor 5.30 Uhr. Zu dieser frühen Stunde brauchte der Beklagte einen gefahrlosen Zugang zu dem von ihm vermieteten Gebäude nicht zu gewährleisten. Anders wäre es allenfalls dann gewesen, wenn die Gefahrenlage, die sich auftrat, schon am Vorabend vorhanden oder jedenfalls ganz konkret absehbar gewesen wäre. Dafür ist aber weder etwas behauptet noch sonst etwas ersichtlich. Vielmehr ging es allein darum, sich einer Situation zu stellen, die sich über Nacht ergeben hatte.

Es ist anerkannt, dass das Gebot, Verkehrsflächen sicher zu halten, unter dem Vorbehalt des Zumutbaren steht (BGHZ 31, 73, 75; BGHZ 112, 74, 75 f; BGH NJW 1975, 444). Deshalb beschränkt sich die winterliche Streu- und Räumspflicht eines Vermieters regelmäßig auf den Zeitraum zwischen dem Einsetzen des allgemeinen Verkehrs am Morgen und dessen Ende in den Abendstunden. Wer sich außerhalb dieser Zeiten bewegt, darf eine Verkehrssicherung grundsätzlich nicht erwarten (OLG Düsseldorf WuM 2002, 89, 90; OLG Frankfurt NJW-RR 2004, 312, 313; AG Prüm RuS 2002, 368, 369). Für den Morgen ist die zeitlich relevante Grenze bei etwa 7.00 Uhr zu ziehen (OLG Düsseldorf aaO); diese Grenzzeit war im vorliegenden Fall unstreitig noch nicht erreicht, als die Klägerin stürzte.

Allerdings handelt es sich nicht um eine absolute Grenze. Wer zu vertreten hat, dass auf seinem Gelände außerhalb der allgemeinen Verkehrszeiten erheblicher Verkehr stattfindet, muss auch für dessen Sicherheit sorgen (OLG Hamm MDR 1998, 538; LG Passau VersR 1997, 590, 591). Das trifft jedoch für den Beklagten nicht zu. Den frühen Schichtwechsel am 30. Dezember 2005 hatte nicht er als Vermieter, sondern der Deutsche Wetterdienst in Ausübung seiner Tätigkeit veranlasst. Zu-

dem hat der Beklagte bestritten, von den besonderen Arbeitszeiten vor Ort gewusst zu haben. Die bloße Behauptung der Klägerin, es sei anders gewesen, ist unbehelflich, da dies nicht unter Beweis gestellt wurde.

c) Auch der Vorwurf der Klägerin, die auf dem Treppensatz befindliche Gummimatte sei falsch verlegt gewesen, trägt eine Haftung des Beklagten nicht. Freilich hat die Klägerin unter Vorlage von Fotos, eines Sicherheitsberichts und Antritt eines Zeugenbeweises vorgetragen, die Rillen der Matte seien längs der Gehrichtung und damit nicht rutschhemmend verlaufen. Aber damit wurde nicht zum Ausdruck gebracht und erst recht nicht unter Beweis gestellt, dass die Matte umgekehrt durch ihre Existenz sturzfördernd wirkte, weil die Treppe dadurch glatter wurde, als sie es ohne die Matte gewesen wäre. Allein das könnte indessen eine Verantwortlichkeit des Beklagten begründen. Demgegenüber heißt es in dem von der Klägerin zu den Akten gereichten Sicherheitsbericht lediglich, die Matte habe ihre – abstumpfende – Funktion nicht erfüllen können.

Eine Verpflichtung, die Treppe mit einer anders strukturierten, rutschfesten Auflage zu versehen, oblag dem Beklagten nicht. Zwar hat die Klägerin die Existenz entsprechender berufsgenossenschaftlicher Vorschriften angedeutet. Aber derartige Vorschriften konnten nur für den Deutschen Wetterdienst als Arbeitgeber der Klägerin maßgeblich sein. Dagegen wirken sie nicht auf die mietvertraglichen Pflichten des Beklagten und dessen allgemeine Rechtsstellung als Hauseigentümer ein.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

Anm. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2004, 8.

§§ 249, 276, 278, 280, 535, 421 BGB
Gewerberaummieter; Abhandenkommen, Diebstahl des Schlüssels der Schließanlage; Obhutspflicht des Mieters; Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfe des Mieters

Zu den Obhutspflichten des Gewerberaummieters hinsichtlich der Aufbewahrung von Schlüsseln der Schließanlage des Gebäudes (hier: Aufbewahrung unter dem Sitz eines betrieblich genutzten, kurzfristig geparkten Kfz in einer von außen sichtbaren Notebooktasche).

(KG, Urteil vom 11. 2. 2008 – 8 U 151/07)

Aus den Gründen: II. 1. Die Berufung der Klägerin gegen das klagabweisende Urteil des Landgerichts ist überwiegend begründet.

A. Kosten der Schließanlage nebst neuer Schlüssel:

Die Klägerin ist gemäß §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. dem am 23./25. Januar 2006 abgeschlossenen Gewerberaummietvertrag berechtigt, von der Beklagten Schadensersatz in dem aus dem Tenor zu Ziffer 1. ersichtlichen Umfang [10 420,20 EUR nebst Zinsen] zu verlangen. Die Beklagte hat eine Nebenleistungspflicht aus dem Mietvertrag schuldhaft verletzt, indem ihr Mitarbeiter, der vom Landgericht vernommene Zeuge J. G., am 29. März 2006 die Schlüssel zu den Mieträumen in seinem Dienstfahrzeug, und zwar in einer unter dem Fahrersitz versteauten Notebooktasche, liegen ließ, während er sich aus dem Sichtbereich des Pkw entfernte mit der Folge, dass die Schlüssel nachfolgend durch einen unbekanntem Täter (oder mehrere), der eine der Fahrzeugscheiben einschlug/aufstemmte, gestohlen werden konnten. Dadurch wurde das Eigentum der Klägerin beschädigt:

a) Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz ist § 280 Abs. 1 BGB, weil mit dem Diebstahl der Schlüssel der Schaden in Form der nachteiligen Abweichung vom bisherigen Ist-Zustand – Vorhandensein der Schlüssel zum Betreten der Mietsache – endgültig eingetreten ist. Demgegenüber geht es nicht um eine Fallgestaltung im Sinne von § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB, da die Klägerin gegen die Beklagte derzeit mangels Beendigung

des Mietvertrages keinen Anspruch auf Herausgabe der Schlüssel, also auf Leistung anstatt Schadensersatz, hat (vgl. zur Abgrenzung auch Senat in NJW 2005, 3150 f. = GE 2005, 917).

b) Ein Mieter hat eine nebenvertragliche Obhutspflicht (vgl. BGH in NJW-RR 1995, 123 ff. = ZMR 1995, 577 ff. [= WuM 1996, 91]), was bedeutet, dass er die gemietete Sache schonend und pfleglich zu behandeln hat. Er hat alles zu unterlassen, was zu einem Schaden an der Mietsache führen kann einschließlich der Einrichtungen, die er im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs mitbenutzt (vgl. OLG Dresden in NJW-RR 2007, 1603 f. = ZMR 2007, 691 f.; Kinne/Schach/Bieber-Schach, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Auflage, 2008, § 535 BGB, Rn. 72; Wolf/Eckert/Ball-Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet- und Pacht- und Leasingrechts, 9. Auflage, 2004, Rn. 549).

Dabei hat ein Mieter im Falle des Verstoßes gegen diese Pflicht aus positiver Verletzung des Vertrages gemäß § 280 Abs. 1 BGB nicht nur für eigenes Fehlverhalten einzustehen, sondern ebenfalls für das dasjenige seiner Hilfspersonen, die für ihn nach den tatsächlichen Verhältnissen als Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 Satz 1 BGB tätig sind. Denn ein Erfüllungsgehilfe kann auch bei der Erfüllung einer Obhut- und Sorgfaltspflicht mitwirken, sofern ihm durch den Mieter in Bezug auf die Mietsache irgendeine Funktion übertragen wurde (vgl. OLG Dresden in NJW-RR 2007, 1603 f. = ZMR 2007, 691 f.; OLG Bamberg in OLG Report 1998, 213 f.). Arbeitnehmer sind – entgegen der Ansicht der Beklagten – Erfüllungsgehilfen des Mieters, wenn sie mit Wissen und Willen im Pflichtenkreis des Mieters tätig werden (vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Auflage, § 535 BGB, Rn. 258; Wolf/Eckert/Ball-Eckert, a. a. O., Rn. 551).

Zur Obhutspflichten des Mieters gehört es, die Schlüssel zur Mietsache sorgsam aufzubewahren und darauf zu achten, dass sie nicht in Verlust geraten (vgl. LG Hamburg in NJW-RR 1999, 663 = WuM 1999, 327 f.; Landvoigt in GE 2007, 1301 ff., 1303). Das Hinterlassen der Schlüssel im Inneren eines auf öffentlich zugänglichen Straßen/Plätzen abgestellten Fahrzeuges stellt einen Verstoß gegen diese mietvertragliche Obhutspflicht dar, weil die Lebenserfahrung und der hiesige Fall zeigen, dass Diebe jede sich bietende Gelegenheit – und sei es innerhalb eines Zeitrahmens von einer Viertelstunde tagsüber in einer belebten Straße – zu einem Einbruchdiebstahl in das Fahrzeuginnere ausnutzen; mit einer solchen Straftat muss stets gerechnet und es müssen Sicherungsvorkehrungen dagegen getroffen werden. Das ist bereits obergerichtlich entschieden (vgl. OLG Celle in Schaden-Praxis 1993, 185 f.; OLG Bamberg, Urteil vom 25. Juni 1987, 1 U 30/87, zitiert nach juris, Rn. 2). Der Senat teilt diese Rechtsauffassung. Sie ist vorliegend schon deshalb überzeugend, da der Mitarbeiter der Beklagten einen Anreiz für den Diebstahl geschaffen hatte, indem er die Schlüssel in einer Notebooktasche abgelegt hatte, die einen werthaltigen Inhalt, nämlich ein Notebook, vermuten ließ und von außen sichtbar war; zumindest konnte der Zeuge G. während seiner Vernehmung vor dem Landgericht auf gerichtliche Nachfrage nicht versichern, dass die Tasche für Dritte von außen nicht sichtbar war. Rührt ein Schaden an der Mietsache aus der Sphäre des Mieters her, ist es Sache des Mieters, sich dahin zu entlasten, dass der Schaden unvermeidbar war (vgl. Wolf/Eckert/Ball-Eckert, a. a. O., Rn. 549).

Der Mitarbeiter der Beklagten, der Zeuge G., gilt als ihr Erfüllungsgehilfe im Verhältnis zur Klägerin, da er mit Wissen und Willen der Beklagten die Mieträume nutzte und über die Schlüssel verfügte. Sein Verschulden gemäß § 276 Abs. 2 BGB wird nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB angesichts der aufgezeigten objektiven Pflichtwidrigkeit vermutet. Abweichend von der Auffassung des Landgerichts sieht der Senat die gesetzliche Vermutung nicht erschüttert. Indem der Mitarbeiter G. die Schlüssel von ihm unbeobachtet im Fahrzeuginneren ließ, hat er gerade nicht alles ihm Zumutbare unternommen, um einen möglichen Schadenseintritt zu verhindern. Hierzu hätte es ihm obliegen, die Schlüssel bei sich zu führen oder an einem Ort, der sicherer als das Fahrzeuginnere ist, zu verwahren.

Eine Exkulpationsmöglichkeit vergleichbar mit § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB sieht § 278 BGB nicht vor, so dass es auf den Vortrag der Beklagten zu der generellen Zuverlässigkeit ihres Mitarbeiters G. nicht ankommt.

c) Soweit der Dieb (die Diebe) ebenso ursächlich zu dem Schadenseintritt beigetragen hat, schließt das die Haftung der Beklagten nicht aus. Statt dessen haftet sie mit dem Dieb als Gesamtschuldner gemäß § 421 BGB, ohne dass maßgeblich ist, wer den „wesentlicheren“ Teil an der Schadensentstehung zu verantworten hat (vgl. BGH in NJW 1990, 2882 ff. = VersR 1990, 899 ff.; OLG Köln in OLG Report 2007, 766 ff. = WPM 2007, 2209 ff.).

d) Die Klägerin ist gemäß § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, wie sie ohne den Eintritt des Schadensereignisses stünde. Nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB darf sie statt Naturalrestitution Geldersatz für die Wiederherstellung des alten Zustandes fordern. Zwar ist § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht auf den Verlust oder die Zerstörung von Sachen anwendbar (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 67. Auflage, 2008, § 249 BGB, Rn. 11). Jedoch ist nicht auf den Verlust der Schlüssel abzustellen, sondern auf die damit verbundene Beschädigung der Mieträume, welche ohne Schlüssel nicht mehr betreten werden können (vgl. auch BGH in NJW 1988, 1835 ff. = VersR 1989, 299 ff. zur Beschädigung eines Grundstückes bei Zerstörung des darauf errichteten Gebäudes).

Durch den Verlust der Schlüssel zu den Mieträumen hat die Beklagte – durch ihren Mitarbeiter – nicht nur das Eigentum der Klägerin an den Schlüsseln verletzt, sondern zusätzlich die Sachgesamtheit Schließanlage für das Gesamtgebäude. Denn eine missbräuchliche Verwendung der zu der Schließanlage passenden Schlüssel war infolge des Diebstahls zu befürchten (vgl. Kinne/Schach/Bieber-Schach, a. a. O., § 546 BGB, Rn. 6; LG Münster in WuM 1989, 508 f.). Die Gefahr der missbräuchlichen Verwendung der Schlüssel begründet sich zum einen damit, dass der Mitarbeiter der Beklagten die Schlüssel zusammen mit Geschäftspapieren, die den Hauptsitz der Beklagten (und gleichzeitig das Gesamtgebäude) in B. ausweisen, in dem Pkw und der Notebooktasche hinterließ und alles entwendet wurde. Zum anderen steht zu befürchten, dass der Hauptsitz der Beklagten über deren Dienstfahrzeug ermittelt werden kann. Darüber hinaus hat die Beklagte selbst mit Schreiben vom 29. März 2006 von der Klägerin wegen der Missbrauchsgefahr den Austausch der Schlösser und der Schließanlage gefordert.

Nach allem besteht der Anspruch der Klägerin wie er sich der Höhe nach dem eingereichten Netto-Kostenangebot vom 5. Juli 2007 entnehmen lässt. Dieses Angebot über Euro 10 420,20 enthält die Kosten für die Wiederherstellung einer funktionstüchtigen mechanischen Schließanlage, wie sie vor dem Schadensfall bestand. Die Beklagte hat diesem Kostenangebot keine substanziierten Einwände entgegen gesetzt. Soweit die Klägerin nach dem Schadensfall im Jahr 2006 tatsächlich eine elektronische Schließanlage hat einbauen lassen, die teurer als eine mechanische Anlage ist, macht sie die Mehrkosten dafür zuletzt nicht mehr geltend, sondern hat mit Einwilligung der Beklagten in der Berufungsinstanz teilweise Klagerücknahme erklärt (§ 269 Abs. 1 ZPO).

e) Ein nach § 287 ZPO zu schätzender Abzug „neu für alt“ ist von den Materialkosten einer (fiktiven) mechanischen Schließanlage nicht vorzunehmen. Hierbei handelt es sich um eine Art der Vorteilsausgleichung, wenn der Geschädigte durch den Schadensersatz besser gestellt würde als seine Lage vorher war, z. B. weil Alteile durch neuwertige Teile ersetzt werden (vgl. Mü-Ko-Oetker, BGB, Band 2, 5. Auflage, 2007, § 249 BGB, Rn. 333). Dies trifft hier nicht zu. Eine mechanische Schließanlage wurde erstmals im Jahr 2001 eingebaut und zu großen Teilen im Jahr 2005 ersetzt. Jedenfalls angesichts des geringen Alters der bisherigen funktionsfähigen Schließanlage einerseits und der langwierigen Dauer eines Verschleißes andererseits bedurfte es eines Abzuges von den Materialkosten nicht (vgl. VG Lüneburg, Urteil vom 20. Juni 2007, 1 A 253/05,

zitiert nach juris, Rn. 25; LG Berlin in GE 1993, 159 ff. = WuM 1993, 261 ff.; Bub/Treier-Scheuer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, 1999, Teil V. A., Rn. 9).

f) Des weiteren ist der Klägerin kein Mitverschulden nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB anzulasten.

Nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB trifft den Geschädigten die Obliegenheit, zur Minderung des ihm von dem Schädiger zu ersetzenden Schadens beizutragen. Das Unterlassungverschulden im Sinne dieser Vorschrift setzt nicht die Verletzung einer Rechtspflicht voraus, sondern umfasst jeden Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) durch das Unterlassen von Maßnahmen, die ein vernünftiger und wirtschaftlich denkender Mensch nach der Sachlage ergreifen würde, um Schaden von sich abzuwenden (vgl. BGH in NJW 1989, 290 ff. = VersR 1988, 1178 ff.; OLG Celle in BauR 2001, 650 ff.). Darlegungs- und beweisbelastet für ein Mitverschulden des Geschädigten ist der Schädiger (vgl. BGH in WuM 2006, 25 f. = VersR 2006, 286 f.; OLG Köln in OLG Report 2007, 766 ff. = WPM 2007, 2209 ff.).

Es muss nicht entschieden werden, ob innerhalb einer Vertragsbeziehung ein Mitverschulden gemäß § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Variante BGB überhaupt auf ein Verhalten des Geschädigten gestützt werden kann, welches vor Vertragsschluss lag, wenn der Schädiger seinerseits eine vertragliche Pflicht verletzt hat (verneinend: Mü-Ko-Oetker, a. a. O., § 254 BGB, Rn. 9; Soergel-Mertens, BGB, Band 2, 1990, § 254 BGB, Rn. 7; Erman-Kuckuk, BGB, 11. Auflage, 2004, § 254 BGB, Rn. 7; AnwK-Knöfler, BGB, Band 2, 2005, § 254 BGB, Rn. 7; Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 254 BGB, Rn. 2; BGH in NJW 1987, 251 ff. betreffend § 326 BGB a. F.; a. A.: Staudinger-Schiemann, BGB, Buch 2, 2005, § 254 BGB, Rn. 37; PWW-Medicus, BGB, 2. Auflage, 2007, § 254 BGB, Rn. 11). Denn die Klägerin hat sich vor Vertragsabschluss betreffend den Einbau der Schließanlage nicht vorwerfbar im Verhältnis zur Beklagten verhalten. Es ist nicht greifbar, dass es im Jahr 2001 bei der Sanierung des Gesamtobjektes oder im Jahr 2005 bei dem zweiten Einbau der Schließanlage (anlässlich eines Schlüsselverlustes eines anderen Mieters) dem technischen Standard entsprach, elektronische Schließanlagen in Objekte wie dem vorliegenden einzubauen, welche unbestritten den Vorteil haben, dass bei Schlüsselverlust nicht die gesamte Schließanlage ausgewechselt werden muss, da Einbrüchen durch eine geänderte Programmierung der Elektronik Vorschub geleistet werden kann. Hierzu fehlt jeder Vortrag der Beklagten. Eine Obliegenheit des Vermieters, im eigenen Interesse und/oder zum Schutz der Mieter jeweils die modernste Technik und die beste Qualität von Gebäudeteilen auszuwählen, kann nicht festgestellt werden. Hat ein Mieter, wie hier die Beklagte laut ihrem Schreiben vom 29. März 2006, davon Kenntnis, dass ein vermietetes Objekt über eine Schließanlage verfügt, die bei Schlüsselverlust auszutauschen ist, ist es seine Sache, besonders hohe Sorgfalt im Umgang mit den Schlüsseln zur Mietsache walten zu lassen (vgl. VG Lüneburg, Urteil vom 20. Juni 2007, 1 A 253/05, zitiert nach juris, Rn. 23). Ein Schadenseintritt kann dann in der Regel vermieden werden. Ohnehin ist ein Gewerberaummietter, der Mieträume für längere Zeit mietet und sogar eine Versicherung abgeschlossen hat, die bei einem möglichen Schlüsselverlust eintritt, nicht im selben Maße schutzbedürftig wie ein Hotelgast, der sich für kurze Zeit in einem Hotel aufhält und mit den hohen Kosten für den Ersatz einer Schließanlage bei Verlust seines Zimmerschlüssels nicht rechnen muss (vgl. hierzu LG Köln in VersR 1994, 690 f.). Soweit die Beklagte vorgebracht hat, sie habe die konkreten Kosten für den Ersatz einer Schließanlage nicht gekannt, ist das unbeachtlich. Angesichts der Größe des Gesamtobjektes mit 132 Bürotüren war der Kostenanfall absehbar. Hier von durfte auch die Klägerin ausgehen, weswegen sie die Beklagte auf ein etwaiges Kostenrisiko nicht ausdrücklich hinweisen musste (§ 254 Abs. 2 Satz 1, 1. Variante BGB).

B. Zinsen: [...]

C. Anwaltskosten:

Ohne Erfolg ist die Berufung der Klägerin, soweit ihr Begehren auf Ersatz von außergerichtlichen Anwaltskosten gerichtet ist. Solche Rechtsanwaltskosten sind nur als Verzögerungsschaden nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB erstattungsfähig (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 2007, VIII ZR 341/06, zitiert nach juris, Rn. 12 und 13 [= WuM 2008, 97]; OLG München, Urteil vom 19. Dezember 2007, 20 U 3818/07, zitiert nach juris, Rn. 11; Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 286 BGB, Rn. 47). Die Beklagte befand sich vor dem die Kosten verursachenden Anwaltsschreiben vom 22. Januar 2007 indes nicht in Verzug. Ihr Schreiben vom 29. März 2006 kann nicht als endgültige Ablehnung von Schadensersatzleistungen gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB gewertet werden. Darin liegt lediglich eine Schadensmeldung. Gegen die Annahme einer endgültigen Ablehnung spricht, dass die Klägerin bis dahin noch nicht mit Schadensersatzforderungen auf die Beklagte zugetreten war, so dass eine Entscheidung der Beklagten in die eine oder andere Richtung nicht veranlasst war.

Mitgeteilt von VRiKG Bieber, Berlin

**§§ 535, 404 BGB; §§ 32a, 32b GmbHG
Eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung;
Mietvertrag; Geltendmachen sicherungshalber
abgetretener zukünftiger Mietzinsforderungen gegen
den späteren Insolvenzverwalter der mietenden
Aktiengesellschaft; Schutz der Gesellschaftsgläubiger**

Dem Zessionar von künftigen Mietzinsforderungen kann gemäß § 404 BGB auch die erst nach der Zession eingetretene eigenkapitalersetzende Funktion der Gebrauchsüberlassung entgegeng gehalten werden, soweit die geltend gemachten Mietzinsforderungen nach Eintritt der eigenkapitalersetzenden Funktion entstanden sind.

(BGH, Urteil vom 5. 12. 2007 – XII ZR 183/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Die klagende Bank verlangt aus abgetretenem Recht der G. GmbH (im Folgenden: G. GmbH) von dem Beklagten, der am 1. April 2003 zum vorläufigen und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. Mai 2003 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der C. AG (im Folgenden: Schuldnerin) bestellt wurde, die Zahlung von Mietzins für die Monate April bis August 2003.

2 Die G. GmbH vermietete ab 1. März 2001 bis zum 31. Dezember 2015 mit automatischer Verlängerungsklausel Gewerberäume zu einem monatlichen Mietzins von 77 614,07 € einschließlich Mehrwertsteuer an die Co. AG International. Aus dieser entstand im Jahr 2002 nach verschiedenen Beteiligungsveränderungen durch Umfirmierung, die am 2. August 2002 im Handelsregister eingetragen wurde, die Schuldnerin.

3 Die G. GmbH hatte alle gegenwärtigen und künftigen Mietzinsforderungen mit Vereinbarung vom 2. Mai 2001 an die Klägerin zur Sicherung von deren bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüchen gegen die G. GmbH abgetreten. Ziffer 4 der Abtretungsvereinbarung enthält folgende Regelung:

„Die Bank ist berechtigt, eine nach Nr. 3 Abs. 2 dem Sicherungsgeber eingeräumte Einziehungsbefugnis zu widerrufen und die Forderungsabtretungen auch im Namen des Sicherungsgebers gegenüber den jeweiligen Drittschuldnern offen zu legen und die Forderungen einzuziehen, wenn der Kreditnehmer mit fälligen Zahlungen auf die durch diesen Vertrag gesicherten Forderungen in Verzug ist, seine Zahlungen eingestellt hat oder die Eröffnung eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt worden ist. Diese Maßnahmen wird die Bank nur in dem Umfang ergreifen, wie es zur Erfüllung der rückständigen Forderungen erforderlich ist.“

Ziffer 5 des Abtretungsvertrages lautet:

„Der Sicherungsgeber verpflichtet sich, nennenswerte Änderungen der Mietverträge, insbesondere hinsichtlich des Miet-

zinses und der Laufzeit, nur im Einvernehmen mit der Bank zu vereinbaren.“

4 Die G. GmbH ist an der Schuldnerin beteiligt. Ursprünglich hielt sie von deren Grundkapital (2 000 000 €) einen Anteil von 82,5% (1 650 000 €). Nach Übertragung eines Teils ihrer Inhaberaktien an Dritte am 15. Juli 2002 hielt die G. GmbH von dem Grundkapital der Schuldnerin noch einen Anteil von 12,44% (248 800 €). 598 600 Aktien hatte sie am 15. Juli 2002 an die H. GmbH (im Folgenden: H. GmbH), die an dem 275 000 € betragenden Stammkapital der G. GmbH mit einem Kapitalanteil von 200 000 € beteiligt war, übertragen. Den restlichen Kapitalanteil der G. GmbH von 75 000 € hielt die T. GmbH (im Folgenden: T. GmbH) treuhänderisch für die H. GmbH.

5 Mit Beschluss vom 15. November 2002 wurde das Grundkapital der Schuldnerin durch Ausgabe von 2 Mio. neuer Vorzugsaktien an die T. GmbH auf 4 Mio. € erhöht.

6 Die Schuldnerin zahlte die Miete für das Jahr 2001. Im Jahr 2002 leistete sie keine Mietzahlung. Am 9. August 2002 schlossen die G. GmbH und die Schuldnerin eine Vereinbarung, in der die G. GmbH im Hinblick auf die schwierige wirtschaftliche Lage der Schuldnerin auf die Miete für das Jahr 2002 in Höhe von 1 055 993,64 € zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer verzichtete. Im Jahr 2003 verstärkten sich die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Schuldnerin. Sie stellte nach Zahlung der Miete für Januar bis März 2003 die Mietzahlungen ein.

7 Am 1. April 2003 wurde der Beklagte zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. In einem auch an die G. GmbH versandten Schreiben vom 2. April 2003 teilten der Vorstandsvorsitzende, ein weiteres Vorstandsmitglied und der Beklagte den Lieferanten der Schuldnerin mit, dass die Produktion weiterlaufe und eine dauerhafte Sanierung des Unternehmens angestrebt werde. Mit Beschluss vom 1. Mai 2003 eröffnete das Amtsgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin und ernannte den Beklagten zum Insolvenzverwalter. Die Klägerin zeigte dem Beklagten mit Schreiben vom 22. Mai 2003 unter Vorlage des Abtretungsvertrages vom 2. Mai 2001 die Abtretung der Forderungen an und verlangte Zahlung der Miete an sich. Mit Schreiben vom 1. Juli 2003 teilte die G. GmbH dem Beklagten mit, dass die offenen Mietzinsforderungen im Hinblick auf die von der Klägerin bereits angezeigte Abtretung mit befreiender Wirkung nur noch an diese geleistet werden könnten. Der Beklagte lehnte Zahlungen für das von der Schuldnerin weiter genutzte Mietobjekt mit der Begründung ab, die Nutzungsüberlassung sei wie ein eigenkapitalersetzendes Darlehen zu behandeln. Die G. GmbH hat den Mietvertrag mit Schreiben vom 31. Oktober 2003 fristlos wegen Zahlungsverzuges gekündigt.

8 Das Landgericht Münster hat der im Urkundenprozess geltend gemachten Klage, nachdem der Beklagte durch Teilvergleich die Klageforderung im Urkundenprozess unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren anerkannt hatte, durch Teilerkenntnisurteil unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren stattgegeben. Im Nachverfahren hat das Landgericht das Anerkenntnisurteil bestätigt. Auf die gegen das Anerkenntnisvorbehaltsurteil und das Schlussurteil gerichtete Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht Hamm die Berufung gegen das Anerkenntnisvorbehaltsurteil als unbegründet zurückgewiesen. Der Berufung gegen das Schlussurteil hat es stattgegeben und die Klage unter Aufhebung des Anerkenntnisvorbehaltsurteils abgewiesen.

9 Gegen das der Berufung stattgebende Urteil richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision der Klägerin.

10 **Aus den Gründen:** Die Revision hat keinen Erfolg.

11 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt: Zwar bestehe sowohl ein wirksamer Mietvertrag als auch eine wirksame Abtretungsvereinbarung hinsichtlich der geltend gemachten Mietzinsansprüche. Der Klageanspruch scheitere jedoch an den sich aus § 32 a GmbHG ergebenden Regeln über

eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung, die auch auf die Aktiengesellschaft anwendbar seien. Sowohl die personellen als auch die sachlichen Voraussetzungen für eine Anwendung dieser Regeln lägen vor. Die Schuldnerin habe sich spätestens zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Mietverzichts für das gesamte Jahr 2002, am 9. August 2002, in einer Krise gemäß § 32 a GmbHG befunden. Denn zu diesem Zeitpunkt, zu dem der Mietrückstand bereits acht Monatsmieten betragen habe und die G. GmbH wegen der schlechten wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin auf die Mieten für das gesamte Jahr 2002 verzichtet habe, wäre kein außenstehender Dritter als Vermieter bereit gewesen, der Schuldnerin noch länger die Nutzung des Grundstücks zu überlassen. Er hätte vielmehr das Mietverhältnis fristlos gekündigt.

12 Bei Eintritt der Krise habe die G. GmbH die gemäß § 32 a GmbHG erforderliche unternehmerische Beteiligung an der Schuldnerin innegehabt. Diese unternehmerische Beteiligung habe auch fortbestanden, nachdem die G. GmbH durch Übertragung von Inhaberaktien der Schuldnerin an Dritte, davon 598 600 Stück an die H. GmbH, nur noch 12,44% der Anteile der Schuldnerin gehalten habe. Denn gemeinsam mit der H. GmbH, die faktisch ihre Alleingesellschafterin gewesen sei, sei der G. GmbH eine bestimmende Einflussnahme auf die Schuldnerin möglich gewesen und habe ein „koordiniertes Stehenlassen“ der Finanzierungshilfe erfolgen können. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Verzichtsvereinbarung vom 9. August 2002 als gemeinsame Entscheidung der verflochtenen Gesellschaften dar.

13 Die Nutzungsüberlassung durch die G. GmbH sei somit spätestens ab dem 9. August 2002 als Eigenkapitalersatz zu qualifizieren mit der Folge, dass ab diesem Zeitpunkt keine Miete mehr verlangt werden könne. Denn auch ursprünglich nicht als Kapitalersatz dienende Gesellschaftermittel würden nachträglich von den Bindungen der §§ 30 ff. GmbHG analog erfasst, wenn der Gesellschafter sie bei Eintritt der Krise nicht abziehe, obwohl ihm dies zumindest objektiv möglich gewesen wäre, indem er beispielsweise ein Miet- oder Pachtverhältnis nicht kündige. Die Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts gelte auch für die Gesellschafterstellung. Ein späteres Ausscheiden des Gesellschafters hebe die Eigenschaft als kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen nicht auf; diese Eigenschaft präge den Inhalt des Anspruchs auf Dauer.

14 Obwohl die Abtretung der Mietzinsforderungen bereits am 2. Mai 2001 und damit vor der Krise der späteren Schuldnerin erfolgt sei, könne der Beklagte die eigenkapitalersetzende Funktion der Gebrauchsüberlassung der Klägerin nach § 404 BGB entgegenhalten.

15 Bei der Abtretung künftiger Forderungen sei der Zeitpunkt maßgeblich, in dem die Abtretung wirksam werde, also der Zeitpunkt des Entstehens der Forderung. Der Zessionar könne die Forderung nur mit dem Inhalt erwerben, mit dem sie begründet worden sei. Im vorliegenden Fall seien die geltend gemachten Mietzinsforderungen für April bis August 2003 erst zu einem Zeitpunkt entstanden, in dem die auf einer Eigenkapitalfunktion beruhende Bindung bereits eingetreten sei.

16 Ein anderes Ergebnis könne sich nur dann ergeben, wenn man diese Bindung der Nutzungsüberlassung einem Rechtsgeschäft im Sinne des § 407 BGB gleichstelle. Die nach den Eigenkapitalersatzregeln in der Krise der Gesellschaft eintretende Undurchsetzbarkeit der Mietforderungen führe zwar, wie eine rechtsgeschäftliche Stundungsabrede, nicht zu einem Erlöschen des Anspruchs, sondern nur dazu, dass die Gesellschaft für die Dauer der Krise das jeweils fällig werdende Nutzungsentgelt nicht zahlen müsse. Die Eigenkapitalfunktion der Nutzungsüberlassung sei jedoch nicht als rechtsgeschäftliche Stundungsabrede im Sinne von § 407 BGB anzusehen. Dagegen spreche bereits, dass es insoweit an einer vertraglichen Einigung fehle.

17 Auch erfordere der von §§ 32 a, 32 b GmbHG bezweckte Gläubigerschutz Vorrang vor den Interessen des Kreditge-

bers. Letztlich biete nur die Anwendung des § 404 BGB hinreichende Gewähr dafür, dass die zwingenden und streng zu handhabenden Regeln über die Kapitalerhaltung und den Kapitalersatz nicht leer liefen. Andernfalls bestehe die nahe liegende Möglichkeit, im Wege der – in der Praxis häufig anzutreffenden – Vorausabtretung von Mietforderungen gleichsam vorsorglich einer Anwendung der §§ 32 a, 32 b GmbHG entgegen zu wirken. Die Interessen des Kreditgebers träten daher grundsätzlich zurück, zumal dieser nicht schutzlos gestellt sei, sondern neben der Abtretung weitere Sicherungsmittel wählen könne, die ihm ausnahmsweise, wie z. B. als Grundpfandrechtsgläubiger, eine stärkere Stellung als dem Gesellschaftsgläubiger zuweisen würden. Diesen Weg der Absicherung durch Grundpfandrechte habe die Klägerin jedoch nicht gewählt.

18 Das Berufungsgericht hat die Revision zur Klärung der Rechtsfrage zugelassen, ob die durch eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung begründete Undurchsetzbarkeit eines Mietzinsanspruchs wie eine Vorausverfügung über die künftigen Ansprüche in Form einer rechtsgeschäftlichen Stundungsabrede zu behandeln sei mit der Folge, dass die Undurchsetzbarkeit gegenüber einer früheren Vorausabtretung nachrangig sei und dem Abtretungsempfänger nach § 404 BGB nicht entgegengehalten werden könne.

19 II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

20 1. Das Berufungsgericht ist zu Recht und von der Revision unbeanstandet davon ausgegangen, dass spätestens ab dem 9. August 2002 und damit in dem hier maßgeblichen Zeitraum vom 1. April bis 31. August 2003 die personellen und sachlichen Voraussetzungen für eine Umqualifizierung der Gebrauchsüberlassung in haftendes Eigenkapital (§ 32 a Abs. 1, 3 GmbHG) vorgelegen haben.

21 a) Den von der Rechtsprechung entwickelten und in §§ 32 a, 32 b GmbHG für das Insolvenzverfahren geregelten Grundsätzen des Eigenkapitalersatzes unterfallen alle vermögenswerten Leistungen, die der Gesellschafter oder ein rechtlich gleich zu behandelnder Dritter der Gesellschaft als Fremdleistung anstelle von notwendigem haftenden Eigenkapital in der Krise zur Verfügung stellt oder belässt. Durch die Umqualifizierung der Gesellschafterleistung in haftendes Eigenkapital soll zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft ausgeschlossen werden, dass sich der Gesellschafter im Falle eines wirtschaftlichen Zusammenbruchs der Gesellschaft vorrangig vor oder gleichrangig mit deren Gläubigern aus dem noch vorhandenen Gesellschaftsvermögen befriedigt. Zugleich soll verhindert werden, dass eine Krise der Gesellschaft durch Gesellschafterleistungen verschleppt und das verbliebene Vermögen zu Lasten der Gläubiger weiter verringert wird (BGHZ 109, 55, 57; BGH Urteil vom 21. Januar 2005 – II ZR 240/02 – ZIP 2005, 484, 485 [= GuT 2005, 63]; Scholz/K. Schmidt GmbHG 10. Aufl. §§ 32 a, 32 b Rdn. 4 m.w.N.; Jungmann ZIP 1999, 601, 603).

22 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann auch eine Gebrauchsüberlassung eigenkapitalersetzende Funktion haben (BGHZ 109, 55, 57 ff.; 127, 17, 21; 140, 147, 150; 166, 125, 129 [= GuT 2006, 154 KL]; BGH Urteile vom 31. Januar 2005 – II ZR 240/02 – ZIP 2005, 484, 485 [= GuT 2005, 63]; und vom 28. Februar 2005 – II ZR 103/02 – ZIP 2005, 660, 661). Auch eine ursprünglich nicht als Kapitalersatz dienende Gebrauchsüberlassung wird nachträglich u. a. dann zu Eigenkapitalersatz, wenn der Gesellschafter sie bei Eintritt der Krise nicht abzieht, obwohl ihm dies zumindest objektiv möglich wäre (BGHZ 121, 31, 35) oder die Gesellschaft nicht auflöst (vgl. Goette/Kleindiek Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 5. Aufl. Rdn. 75). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass – ebenso wie bei der Mittelzuführung in der schon bestehenden Krise – der Gesellschafter wegen seiner Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung eine liquidationsreife Ge-

sellschaft nur dann fortführen darf, wenn ihr haftendes Kapital zur Verfügung gestellt wird (sog. Finanzierungsfolgenverantwortung, vgl. Goette/Kleindiek a. a. O. Rdn. 30).

23 Von einer Krise ist außer bei Insolvenzzreife der Gesellschaft schon dann auszugehen, wenn die Gesellschaft kredit- bzw. überlassungsunwürdig ist (BGH Urteile vom 3. April 2006 – II ZR 332/05 – ZIP 2006, 996, 997; vom 7. März 2005 – II ZR 138/03 – ZIP 2005, 807). Letzteres ist anzunehmen, wenn ein als ordentlicher Kaufmann handelnder Gesellschafter der Gesellschaft den Gebrauch des Mietobjekts nicht oder nicht weiter überlassen hätte (§ 32 a Abs. 1, 3 GmbHG). Das ist dann der Fall, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt, zu dem ein außenstehender Dritter nicht bereit gewesen wäre, dieser die Geschäftsräume mietweise zu überlassen, ihr weiter die Nutzung eingeräumt hat, statt den Mietvertrag zu kündigen (BGHZ 109, 55, 59 f.; 121, 31, 35; BGH Urteil vom 14. Juni 1993 – II ZR 252/92 – ZIP 1993, 1072, 1073).

24 Diese Regeln über den Eigenkapitalersatz finden nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch auf die Aktiengesellschaft sinngemäß Anwendung. Die erforderliche unternehmerische Beteiligung eines Aktionärs liegt allerdings erst dann vor, wenn er mehr als 25% der Aktien der Gesellschaft hält oder – bei geringerer, aber nicht unbeträchtlicher Beteiligung – verbunden mit weiteren Umständen über gesellschaftsrechtlich fundierte Einflussmöglichkeiten in der Gesellschaft verfügt, die einer Sperrminorität vergleichbar sind (BGHZ 90, 381, 386, 388 f.; Urteil vom 9. Mai 2005 – II ZR 66/03 – ZIP 2005, 1316). Da die Eigenkapitalersatzregeln an diese unternehmerische Beteiligung anknüpfen, verliert eine eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung diese Qualität durch eine spätere Veränderung der gesellschaftlichen Beteiligung nicht (Goette Die GmbH 2. Aufl. Rdn. 104, 105 m.w.N.).

25 b) Die Voraussetzungen für eine eigenkapitalersetzende Funktion der Gebrauchsüberlassung liegen hier vor.

26 Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass sich die Schuldnerin spätestens seit der Mietverzichtsvereinbarung vom 9. August 2002 in der von § 32 a GmbHG geforderten Krise befunden hat. Denn zu diesem Zeitpunkt hätte im Hinblick auf den Rückstand mit acht Monatsmieten kein außenstehender Dritter dieser das Betriebsgrundstück zur Verfügung gestellt oder noch weiter mietweise überlassen. Die G. GmbH hätte das Mietverhältnis auch beenden können. Bereits seit März 2002 war ihr eine fristlose Kündigung des Mietvertrages wegen Zahlungsverzugs der Schuldnerin mit der Miete seit Januar 2002 (§ 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB) möglich.

27 Zu dem Zeitpunkt des Eintritts der Krise hatte die G. GmbH, wie das Berufungsgericht zutreffend und von der Revision nicht angegriffen angenommen hat, weiter die erforderliche unternehmerische Beteiligung an der Schuldnerin inne. Sie hielt auch nach der Übertragung eines Großteils ihrer Aktien am 15. Juli 2002 zum Zeitpunkt des Eintritts der Krise gemeinsam mit ihrer faktischen Alleingesellschafterin, der H. GmbH, einen Anteil von 42,37% des Gesamtkapitals der Schuldnerin. Das verschaffte ihr eine fundierte Einflussnahme auf deren Entscheidungen. Die spätere Änderung der Beteiligungsverhältnisse ändert nichts daran, dass die Gebrauchsüberlassung Eigenkapital ersetzt.

28 c) Rechtsfolge der Umqualifizierung der Gebrauchsüberlassung in haftendes Eigenkapital ist, dass der Gesellschafter von der Gesellschaft bzw. von deren Insolvenzverwalter den vereinbarten Mietzins so lange nicht fordern kann, wie dieser nicht aus ungebundenem Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann (BGHZ 127, 1 ff.; 127, 17 ff.; 140, 147; 149 f. m.w.N.; Urteil vom 31. Januar 2005 – II ZR 240/02 – ZIP 2005, 484, 485 [=GuT 2005, 63]). Der Rechtscharakter des Nutzungsverhältnisses ändert sich dadurch nicht. Es bleibt ein Mietverhältnis. Dem vermietenden Gesellschafter wird lediglich für die Dauer der Krise verwehrt, den vereinbarten Mietzins zu fordern. Nach Überwindung der Krise ist er nicht gehindert, sich den rückständigen Mietzins auszahlen zu lassen, soweit dies ge-

schehen kann, ohne dass das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft angegriffen wird (BGHZ 140, 147, 153).

29 2. Das Berufungsgericht ist – entgegen der Ansicht der Revision – zu Recht davon ausgegangen, dass der Beklagte der Klägerin als Zessionarin die aus der eigenkapitalersetzenden Funktion der Gebrauchsüberlassung folgende Undurchsetzbarkeit der Mietzinsforderungen gemäß § 404 BGB entgegenhalten kann.

30 a) Nach § 404 BGB kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Eine solche Einwendung ist auch die Durchsetzungssperre, die einer Forderung aufgrund der eigenkapitalersetzenden Funktion der Leistung des Gesellschafters an die Gesellschaft entgegensteht. Diese Durchsetzungssperre ist nicht an die Person des Zedenten gebunden und kann deshalb nach § 404 BGB auch einem Zessionar entgegengehalten werden (BGHZ 104, 33, 43; 166, 125, 130; MünchKomm/Roth 5. Aufl. § 404 BGB Rdn. 5; Ulmer/Habersack GmbHG <2006> § 32 a, b Rdn. 57; Scholz/K. Schmidt GmbHG 10. Aufl. §§ 32 a, b Rdn. 153).

31 b) Nach herrschender Meinung kann der Schuldner dem Zessionar, an den der Gesellschafter Mietzinsansprüche, die bereits zum Zeitpunkt der Abtretung mit dem Einwand des Eigenkapitalersatzes behaftet waren, abgetreten hat, diesen Einwand gemäß § 404 BGB entgegenhalten (BGHZ 166, 125, 130; für den Darlehensrückzahlungsanspruch: BGHZ 104, 33, 43; MünchKomm/Roth a. a. O. Rdn. 5; Scholz/K. Schmidt GmbHG a. a. O.).

32 Das gilt – wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat – auch für den Fall, das die Gebrauchsüberlassung – wie hier – erst nach der Abtretung künftiger Mietzinsansprüche, aber vor deren Entstehung eigenkapitalersetzend geworden ist.

33 Die in § 404 BGB vorgesehene zeitliche Einschränkung muss im Hinblick auf dessen Schutzzweck, eine Verschlechterung der Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners infolge der Zession zu verhindern (vgl. Senatsurteil vom 19. Oktober 2005 – XII ZR 224/03 – NJW 2006, 219, 220 [=WuM 2006, 25]; MünchKomm/Roth 5. Aufl. § 404 Rdn. 10), dahin interpretiert werden, dass bei der Abtretung künftiger Forderungen als maßgeblicher Zeitpunkt der Zeitpunkt anzusehen ist, in dem die Abtretung wirksam wird (MünchKomm/Roth a. a. O. § 404 Rdn. 12), also der Zeitpunkt des Entstehens der Forderung (BGHZ 88, 205, 206; BGH Urteil vom 16. März 1995 – IX ZR 72/94 – NJW 1995, 1668, 1671). Denn der Zessionar erwirbt sie nur mit dem Inhalt, mit dem sie zur Entstehung gelangt. Deshalb ist bei einer Vorausabtretung künftiger oder aufschiebend bedingter Forderungen zwischen der Verbindlichkeit des Verfügungsgeschäfts und dem Wirksamwerden des mit ihm bezweckten späteren Rechtsübergangs zu unterscheiden. Die im Abtretungsvertrag enthaltene rechtsgeschäftliche Verfügung ist zwar mit Vertragsabschluss beendet und für den Veräußerer insofern bindend, als er den späteren Erwerb der Forderung durch den Abtretungsempfänger nicht mehr durch eine neue Abtretung vereiteln kann. Vollendet wird die Abtretung aber erst dann, wenn und soweit alle Voraussetzungen für die Entstehung der Forderung in der Person des Veräußerers erfüllt sind (BGHZ 88, 205, 206).

34 Bei Dauerschuldverhältnissen kommt es deshalb maßgeblich darauf an, ob das Recht auf die Leistung bereits mit Abschluss des Vertrages „betagt“ ist oder gemäß §§ 163, 158 Abs. 1 BGB erst mit der Inanspruchnahme der jeweiligen Gegenleistung entsteht. Während die betagte Forderung zwar bereits existent, aber noch nicht fällig ist, entsteht die befristete Forderung erst in der Zukunft.

35 Bei Mietverträgen wird überwiegend angenommen, dass diese befristete Rechtsgeschäfte im letztgenannten Sinne sind (BGH Urteile vom 2. Juni 2005 – IX ZR 263/03 – NJW-RR 2005, 1641, 1642; vom 30. Januar 1997 – IX ZR 89/96 – ZIP

1997, 513, 514). Im Hinblick darauf, dass Gegenstand des Mietvertrages die Gebrauchsunterlassung einer Sache gegen Zahlung eines regelmäßig nach Zeitabschnitten bemessenen Mietzinses ist, wird davon ausgegangen, dass bei einem Mietvertrag über Grundstücke derjenige, der sich Mietzinsansprüche im Voraus abtreten lässt, eine gesicherte Rechtsposition erst im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem jeweiligen Nutzungszeitraum erwirbt, für den der Mietzins jeweils periodisch geschuldet wird. Forderungen auf Zahlung des Mietzinses sind deshalb regelmäßig keine betagten, sondern befristete Forderungen (BGH Urteil vom 2. Juni 2005 – IX ZR 263/03 – NJW-RR 2005, 1641, 1642).

36 Dem steht die abweichende Einordnung der Leasingraten bei einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Leasingvertrag als betagte Forderungen (vgl. BGHZ 111, 84) nicht entgegen. In der Entscheidung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die unterschiedliche Behandlung von Leasingraten gegenüber Mietzinsen durch die Besonderheit des Leasingvertrags begründet ist, bei dem die Leasingraten – anders als beim Mietvertrag – nicht nur das Entgelt für einen bestimmten Zeitabschnitt der Gebrauchsunterlassung darstellen, sondern zugleich für die bereits geleistete Vorfinanzierung.

37 Im vorliegenden Fall sind die geltend gemachten Mietzinsforderungen in der Zeit von April bis August 2003, somit zu einem Zeitpunkt entstanden, in dem ihrer Durchsetzung die bereits seit dem 9. August 2002 eingetretene eigenkapitalersetzende Bindung entgegenstand.

38 c) Wie das Berufungsgericht weiter zu Recht angenommen hat, steht § 407 Abs. 1 2. Alt. BGB dem Einwand des Eigenkapitalersatzes nicht entgegen. Die Umqualifizierung der Gebrauchsunterlassung in Eigenkapital ist kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 407 Abs. 1 BGB. Zwar werden darunter auch einseitige Rechtsgeschäfte des Zedenten verstanden (MünchKomm/Roth 5. Aufl. § 407 Rdn. 7). Die Folgen des Eigenkapitalersatzes treten jedoch nicht durch einseitiges Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes ein. Allein daraus, dass die Folgen der eigenkapitalersetzenden Gebrauchsunterlassung denen einer Stundung vergleichbar sind, lässt sich eine entsprechende Anwendung von § 407 Abs. 1 BGB nicht begründen. Auch gebietet die Interessenkollision zwischen Gesellschafter- und Gesellschaftsgläubigern keine Bevorzugung der Gesellschaftergläubiger. Vielmehr würde bei entsprechender Anwendung des § 407 BGB der durch die Regeln des Eigenkapitalersatzes bezweckte Schutz der Gesellschaftsgläubiger dadurch gefährdet, dass durch die in der Praxis geläufige Vorausabtretung von Mietforderungen die Anwendbarkeit der Eigenkapitalersatzregeln ausgeschlossen würde.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 536a, 836 BGB; § 1 AHB
Miete eines Tiefgaragenstellplatzes im Wohn- und
Geschäftsgebäude; Schadensersatzpflicht aus
Gewährleistung; Leistungspflicht
des Haftpflichtversicherers

1) Auch bei einem Schadenersatzanspruch des Mieters gegen den Vermieter nach § 536a Abs. 1 BGB handelt es sich um eine Inanspruchnahme „auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen“ i. S. v. § 1 der Allgemeinen Haftpflichtversicherungsbedingungen (AHB), für die der Versicherer Versicherungsschutz zu gewähren hat.

2) Bei einer Haftung nach § 536a BGB besteht die Entlastungsmöglichkeit nach § 836 Abs. 1 Satz 2 BGB dahingehend, dass eine Ersatzpflicht des Grundstückbesitzers nicht eintritt, wenn er zur Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, nicht.

3) Zur Leistungspflicht des Haftpflichtversicherers trotz objektiver Obliegenheitsverletzungen des Grundstückbesitzers.

(KG, Urteil vom 22. 2. 2008 – 6 U 133/07)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin ist Eigentümerin des mit einem Wohn- und Geschäftsgebäude mit Garage bebauten Grundstücks in Berlin und nimmt die Beklagte aus einer auf der Grundlage der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB) mit dieser abgeschlossenen Wohngebäudeversicherung auf Erstattung von ihr an den Mieter des Tiefgaragenstellplatzes Nr. 3 im Zusammenhang mit der Beschädigung seines Fahrzeugs geleisteten Zahlungen in Anspruch.

Das Landgericht Berlin hat die Klage auf Zahlung von 5302,75 EUR abgewiesen, da die Beklagte wegen Obliegenheitsverletzungen der Klägerin leistungsfrei sei.

Aus den Gründen: B. Die zulässige Berufung hat in der noch anhängigen Höhe auch in der Sache Erfolg.

I. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von 4102,58 EUR aus § 1 VVG i. V. m. den Versicherungsbedingungen AHB zu.

1. Unstreitig bestand zwischen den Parteien zum Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalles ein Versicherungsvertrag nach § 1 VVG. Die Ansprüche, deren Deckung die Klägerin von der Beklagten verlangt, sind nach § 1 AHB Gegenstand der Versicherung. Der Versicherer gewährt danach Versicherungsschutz, wenn der Versicherungsnehmer u. a. wegen eines Sachschadens auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. Diese Voraussetzungen sind – was erstinstanzlich außer Betracht geblieben ist – auch gegeben, wenn der Versicherungsnehmer nach § 536 a Abs. 1 BGB Ersatz leisten muss, weil die vermieteten Räume zum Zeitpunkt der Überlassung an den Mieter mit einem die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebenden Mangel behaftet sind (so bereits BGHZ 43, 88–94 zu § 538 BGB a. F.). Der danach dem Mieter zustehende Ersatzanspruch beschränkt sich nicht nur auf das eigentliche Erfüllungsinteresse an dem Leistungsgegenstand – einen durch den Sachmangel nicht beeinträchtigten Gebrauch der gemieteten Räume –, sondern umfasst auch die Schäden, welche der Mieter durch den Sachmangel an seinen eingebrachten Sachen, wie hier an seinem Pkw, erlitten hat (vgl. BGH, a. a. O.). Insoweit handelt es sich nicht um die bloße Erfüllung des Mietvertrages oder um eine an die Stelle der Vertragserfüllung tretende Ersatzleistung, sondern um den Ersatz von Schäden, die ihren Grund zwar in der vertraglich übernommenen, schlecht erfüllten Garantie für eine ordnungsgemäße Beschaffenheit der Mietsache haben, aber erst durch ein hinzutretendes außervertragliches Ereignis eine über das Erfüllungsinteresse hinausgehende Entwicklung genommen haben (vgl. BGH, a. a. O., m. w. N.).

Für eine mangelhafte Befestigung des Abflussrohres entsprechend dem Vortrag der Klägerin und damit das Vorhandensein eines Mangels im Sinne von § 536 BGB spricht bereits der Beweis des ersten Anscheins, nachdem sich das Rohr gelöst hat und herunter gestürzt ist. Nach dem Ergebnis des gesamten Inhalts der Verhandlungen [...] steht zur Überzeugung des Berufungsgerichts fest, dass sich – wie von der Klägerin behauptet – das bereits bei Abschluss des Mietvertrages am 16. Oktober 2003 durch die Garage über die Stellfläche für das Kraftfahrzeug des Mieters M. hinweg verlaufende, nur unzureichend befestigte Abwasserrohr gelöst hat, auf das Fahrzeug des Mieters gestürzt ist und dieses beschädigt hat. [...] Der Zeuge, der auf Grund gelegentlicher Heimwerkertätigkeit zu durchaus detaillierten Angaben in der Lage war, hat insbesondere bekundet, dass das Abflussrohr seit Überlassung des Garagenplatzes an ihn nur mit zwei Haltebändern, in dem Bereich über seinem Fahrzeug sogar nur mit einem Halteband, befestigt war, das seinerseits lediglich mittels einer 6er-Schraube und einem ca. 5 cm langen 8er-Dübel an der Garagendecke befestigt war. [...] Zudem sprechen auch die zu den Akten eingereichten Lichtbildkopien dafür, dass die Abwasserrohre nicht erst nach Über-

gabe der Mietsache an den Zeugen eingebaut worden sind. War aber das auf das Fahrzeug des Mieters gestürzte Abwasserrohr zu diesem Zeitpunkt vorhanden und lediglich wie von dem Zeugen geschildert befestigt, kann nach der allgemeinen Lebenserfahrung und mangels anderweitiger Anhaltspunkte auch davon ausgegangen werden, dass das Abwasserrohr bereits bei Überlassung der Mietsache an den Mieter unzureichend und damit mangelhaft befestigt war; nicht erforderlich ist, dass der Mangel zu diesem Zeitpunkt schon hervorgetreten war und seine schädigende Wirkung gezeigt hat (vgl. OLG München ZMR 1996, 322).

2. Entgegen der Ansicht des Landgerichts und der Beklagten ist sie auch nicht wegen vorsätzlich oder grob fahrlässig begangener Obliegenheitsverletzungen im Sinne von § 5 Nr. 2, 4 und 5 AHB von ihrer Leistungsverpflichtung gemäß §§ 5 Nr. 5, 6 AHB i.V.m. § 6 Abs. 3 VVG frei geworden. Nach § 5 AHB ist der Versicherungsnehmer u. a. verpflichtet, im Falle der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs gegen ihn dem Versicherer unverzüglich Anzeige zu erstatten und ihm die Prozessführung zu überlassen; er ist nicht befugt, einen Haftpflichtanspruch ohne vorherige Zustimmung des Versicherers anzuerkennen oder zu befriedigen.

Diese Obliegenheiten hat die Klägerin bzw. die sie vertretende Hausverwaltung und der von ihr beauftragte Rechtsanwalt im vorliegenden Fall zwar objektiv dadurch verletzt, dass sie der Beklagten weder die gerichtliche Geltendmachung unverzüglich nach Zustellung der Klageschrift am 6. April 2006, sondern erst am 18. Mai 2006 angezeigt, noch ihr die Prozessführung überlassen und darüber hinaus den geltend gemachten Anspruch anerkannt und befriedigt hat.

Eine umfassende Leistungsfreiheit der Beklagten nach §§ 5 Nr. 5, 6 AHB i.V.m. § 6 Abs. 3 VVG ist aber trotzdem nicht eingetreten, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Obliegenheitsverletzungen vorsätzlich begangen worden sind.

Gegen die gesetzliche Vorsatzvermutung in § 6 Abs. 3 VVG streitet vorliegend nämlich eine überwiegende tatsächliche Vermutung, die die gesetzliche Vermutung entkräftet. Denn nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass in aller Regel kein vernünftiger Versicherungsnehmer durch einen vorsätzlichen Verstoß gegen Obliegenheiten sich Rechtsnachteile im Verhältnis zum Versicherer zuziehen will (vgl. hierzu BGH VersR 1981, 321; OLG Hamm VersR 1997, 1341). Demgegenüber muss in dem Umstand, dass die Klägerin bzw. die sie vertretende Hausverwaltung den Geschädigten ohne Zustimmung der Beklagten befriedigt hat, obwohl sie bzw. der von ihr beauftragte Rechtsanwalt davon ausgegangen ist, dass die Beklagte die Erfüllung des Schadens endgültig verweigerte, nicht zwangsläufig ein Indiz für eine vorsätzliche Obliegenheitsverletzung gesehen werden; vielmehr kann die Erklärung für dieses Verhalten auch in einem Irrtum dergestalt gefunden werden, dass die Klägerin bzw. die für sie handelnde Person der Meinung war, die Ablehnung der Beklagten von Schadenersatzansprüchen des geschädigten Mieters bedeute zugleich eine Ablehnung des Versicherungsschutzes. Ein solcher Irrtum wäre aber allenfalls grob fahrlässig (vgl. zum Irrtum über die Unbilligkeit der Entschädigungsverweigerung auch Späthe, Haftpflichtversicherung, § 5 Rdn. 55).

Es kommt hinzu, dass es unstrittig der Prozessbevollmächtigte der Klägerin war, der den geltend gemachten Haftpflichtanspruch anerkannt und dessen Befriedigung veranlasst hat. Für dessen Obliegenheitsverletzungen hat die Klägerin vorliegend aber versicherungsrechtlich nicht einzustehen, da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass sie den Rechtsanwalt in einem solchen Umfang beauftragt hat, dass dieser als ihr Repräsentant angesehen werden kann. Die insoweit von der Beklagten auf S. 2 des Schriftsatzes vom 8. Februar 2008 geäußerten Mutmaßungen treffen ausweislich des Inhalts der Beilagen 19 O 85/06 des Landgerichts Berlin, die bereits von dem Landgericht beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung vom 26. Juni 2007 gemacht worden waren, nicht zu.

Da somit nur von grob fahrlässigen Obliegenheitsverletzungen ausgegangen werden kann, bleibt die Beklagte nach § 6 Satz 2 AHB insoweit zur Leistung verpflichtet, als die Verletzungen weder Einfluss auf die Feststellung des Versicherungsfalles noch die Feststellung oder den Umfang der dem Versicherer obliegenden Leistung gehabt haben.

Dies ist vorliegend jedenfalls hinsichtlich der nach Rücknahme der weitergehenden Berufung nur noch streitgegenständlichen Kosten in Höhe von insgesamt 4102,58 EUR der Fall. Denn im Rahmen eines dem geschädigten Mieter zustehenden Anspruchs nach § 536 a BGB ist eine Entlastungsmöglichkeit des Vermieters wie bei § 836 Abs. 1 Satz 2 BGB dahingehend, dass eine Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn er zur Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, nicht vorgesehen.

3. Hinsichtlich der Höhe der erstattungsfähigen Kosten sind sämtliche von der Beklagten substantiiert erhobenen Einwendungen durch die teilweise Berufungsrücknahme obsolet geworden. Die verbliebene Klageforderung in Höhe von 4102,58 EUR setzt sich zusammen aus dem in dem Privatgutachten vom 11. Januar 2006 genannten Nettobetrag von 2401,94 EUR abzüglich der die linke hintere Türe betreffenden Positionen Nr. DVN 2647 (7,08), 26581 (24,-), 26591 (88,-), 27011 (40,-), 24111-1 (80,-) und 24111-2 (156,-) zuzüglich 320,97 EUR Mehrwertsteuer, 354,96 EUR anteilige Wertminderung, 152,- EUR Nutzungsausfall, 440,- EUR Sachverständigenkosten, 20,- EUR Kostenpauschale und 808,59 EUR Anwalts- und Gerichtskosten entsprechend der Berechnung in dem Senatsbeschluss vom 7. Dezember 2007.

Mitgeteilt von RiKG K. Fischer, Berlin

**§§ 537, 242 BGB
Messestand; Miete der Ausstellungsfläche;
Mietzinsanspruch trotz Nichterfüllung des Mieters;
Weitervermietung an Dritte bei persönlicher
Verhinderung**

Der Mieter eines Messestandes, der sich grundlos weigert, den Mietvertrag zu erfüllen, verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er sich gegenüber dem Mietzinsanspruch des Vermieters, der den Messestand wegen dieser vertragswidrigen Weigerung des Mieters weitervermietet hat, auf § 537 Abs. 2 BGB beruft (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 122, 163 [= WuM 1993, 346]).

(BGH, Urteil vom 19.12.2007 – XII ZR 13/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten Miete für einen Messestand.

2 Die Beklagte meldete sich am 18. Februar 2003 auf einem Anmeldeformular der Klägerin für die von dieser organisierte Fachmesse E. an, die in der Zeit vom 6. bis 8. Oktober 2003 stattfinden sollte. Das Anmeldeformular nimmt Bezug auf die Teilnahmebedingungen der Klägerin. Nach A 2 und 3 dieser Bedingungen sollte die Klägerin dem Aussteller auf seine Anmeldung hin einen Platzierungsvorschlag (Standangebot) unterbreiten, dessen Bestätigung durch den Aussteller das Vertragsangebot darstellte. Die Annahme dieses Angebots sollte durch die Zulassung der Klägerin erfolgen, die bis zu Beginn der Veranstaltung erfolgen konnte. In dem der Beklagten übermittelten Terminplan hatte die Klägerin darauf hingewiesen, dass sie die Zulassungserklärungen erst ab dem 23. Juni 2003 abgebe.

3 Nach A 21 der Teilnahmebedingungen verpflichtete sich der Aussteller, an der Messe teilzunehmen und den Stand während der gesamten Messedauer zu betreiben. Für den Fall, dass er den Stand auch am letzten Aufbau- und Abbau-Tag (hier: 5. Oktober 2003) nicht bezogen haben sollte, war es der Klägerin gestattet, über den Stand anderweitig zu verfügen. Nach A 5 der Bedingungen sollte sich der Aussteller, wenn er den Standplatz nicht bezieht, nicht auf § 537 Abs. 2 BGB berufen können.

4 Die Klägerin unterbreitete der Beklagten am 7. Mai 2003 ein Standangebot über einen 150 m² großen Stand, welches diese mit Schreiben vom 16. Mai 2003 bestätigte. Am 25. Juni 2003 erklärte die Beklagte der Klägerin jedoch zunächst telefonisch und einen Tag später schriftlich, dass sie von dem Angebot zurücktrete, weil sie den für die Messe geplanten Ausstellerpool nicht habe realisieren können und damit für sie die Grundlage für eine Teilnahme an der Messe entfallen sei.

5 Mit Schreiben vom 26. Juni 2003, das am 2. Juli 2003 bei der Beklagten einging, übersandte die Klägerin die Zulassungserklärung in Form einer Rechnung. Sie wies die Beklagte mit weiterem Schreiben vom 30. Juni 2003 darauf hin, dass die Voraussetzungen für eine Vertragsauflösung nicht vorlägen und einer solchen auch nicht zugestimmt werden könne. Die Beklagte erwiderte mit Antwortschreiben vom 18. Juli 2003, ein Vertrag zwischen den Parteien sei nicht zustande gekommen, weil die Klägerin das Angebot der Beklagten vom 16. Mai 2003 erst am 2. Juli 2003 und damit nicht mehr rechtzeitig i. S. von § 147 Abs. 2 BGB angenommen habe. Auf dieses Schreiben erwiderte die Klägerin mit Antwortschreiben vom 25. September 2003, ein Vertrag sei wirksam zustande gekommen; eine anderweitige Vermietung der Ausstellungsfläche sei bislang nicht möglich gewesen und in Anbetracht der Größe des angemieteten Standplatzes auch höchst unwahrscheinlich.

6 Die Klägerin überließ den streitigen Messestand unentgeltlich vier Ausstellern, die sich verpflichtet hatten, auf eigene Kosten den Überbau des Standes – mit Ausnahme des Teppichbodens, der von der Klägerin zur Verfügung gestellt wurde – durchzuführen.

7 Die Beklagte nahm an der Messe als Mitausstellerin an dem Stand der Landeshauptstadt Düsseldorf teil.

8 Das Landgericht München hat die auf Zahlung der vereinbarten Miete von 73 080 € gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht München hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin.

9 **Aus den Gründen:** Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

10 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es sei zweifelhaft, ob die Annahmeerklärung der Klägerin, wie das Landgericht meine, verspätet erfolgt und ein wirksamer Mietvertrag schon deshalb nicht zustande gekommen sei. Zwar sei das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Klausel A 2 der Teilnahmebedingungen, wonach die Beklagte „bis zu Beginn der Veranstaltung“ an das Vertragsangebot gebunden sei, die Beklagte unangemessen i. S. von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB benachteilige und deshalb nichtig sei. Es sei jedoch zweifelhaft, ob hier nach § 147 Abs. 2 BGB aufgrund der besonderen Umstände von einer Verspätung der Annahmeerklärung ausgegangen werden könne. Bei der Bemessung des Zeitraums, in welchem die Beklagte den Eingang der Antwort der Klägerin unter regelmäßigen Umständen habe erwarten dürfen, sei nämlich zu berücksichtigen, dass für die Beklagte aus ihrer früheren Messeteilnahme als Hauptausstellerin die umfangreichen und zeitaufwändigen, einer verbindlichen Zusage vorausgehenden Planungsarbeiten der Klägerin erkennbar gewesen seien, und dass die Beklagte aus dem ihr unstrittig zugegangenen Terminplan der Klägerin vom 20. Februar 2003 ohne weiteres habe entnehmen können, dass diese die Zulassungserklärungen erst ab dem 23. Juni 2003 versenden würde.

11 Letztlich bedürfe die Frage, ob ein wirksamer Mietvertrag zustande gekommen sei, aber keiner endgültigen Entscheidung, weil ein Anspruch der Klägerin auf Mietzahlung bereits nach § 537 Abs. 2 BGB nicht bestehe. Die Klägerin sei nämlich infolge der Überlassung des Gebrauchs des Messestands an Dritte während der vereinbarten Mietzeit außerstande gewesen, der Beklagten den Gebrauch zu gewähren. § 537 Abs. 2 BGB sei durch A 5 der Teilnahmebedingungen der Klägerin nicht wirk-

sam abbedungen. Der allgemeine Ausschluss dieser Bestimmung sei auch im kaufmännischen Bereich nicht möglich, da es sich um einen wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung i. S. von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB handle.

12 Der Beklagten sei es auch nicht nach den Grundsätzen über den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf § 537 Abs. 2 BGB zu berufen. Dieser Einwand sei nur berechtigt, wenn die Beklagte durch einen groben Vertragsbruch die Überlassung des Messestands an Dritte herbeigeführt habe. Selbst wenn ihr ein grober Vertragsbruch vorzuwerfen sei, könne sie sich nur dann nicht auf § 537 Abs. 2 BGB berufen, wenn die Klägerin sich redlich bemüht habe, durch die Weitervermietung aus der von der Beklagten rechtswidrig geschaffenen Situation in beiderseitigem Interesse das Beste zu machen.

13 Hier fehle es bereits an einem groben Vertragsbruch der Beklagten. Für sie habe es nämlich keineswegs auf der Hand gelegen, dass die von ihr vertretene Rechtsauffassung, ein Mietvertrag sei wegen verspäteter Annahmeerklärung der Klägerin nicht zustande gekommen, unhaltbar sei. Dies ergebe sich schon daraus, dass das Landgericht ebenfalls diese Auffassung vertreten habe, und weiter daraus, dass § 147 Abs. 2 BGB keine festen Fristen beinhalte, sondern eine Gesamtwürdigung erfordere, die verschiedene Wertungsmöglichkeiten zulasse. Zu berücksichtigen sei insoweit auch, dass eine Unsicherheit über den Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages durch die Klägerin selbst gesetzt worden sei, indem sie eine unwirksame allgemeine Geschäftsbedingung benutzt habe, die es ihr habe gestatten sollen, Vertragsangebote noch bis zum Beginn der Messe anzunehmen.

14 Darüber hinaus sei die unentgeltliche Überlassung des Messestands an andere Aussteller auch nicht überwiegend im Interesse der Beklagten oder zumindest beider Parteien erfolgt, sondern im Interesse der Klägerin daran, Leerstände während der Messe zu vermeiden und Messestände so anzuordnen, dass ein geschlossenes Bild entstehe. Der vorliegende Fall unterscheide sich daher von den Fällen, in denen der Vermieter eine Weitervermietung der Mietsache vornehme und es eindeutig im Interesse des Mieters liege, statt der gesamten Miete, lediglich die Mietdifferenz gemäß § 537 Abs. 1 Satz 2 BGB zahlen zu müssen. Hier habe die Beklagte durch die unentgeltliche Überlassung des Messestands an Dritte keine Mietzahlungen erspart.

15 Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der in A 21 der Teilnahmebedingungen vorgesehenen Betriebspflicht der Aussteller. Eine solche verstoße zwar nicht gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Es sei auch nicht ausgeschlossen, dass ein Verstoß gegen die Betriebspflicht Schadensersatzansprüche der Klägerin auslösen könne. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Schadensersatzforderungen auf die Beklagte wegen Nichtbetreibens ihres Messestandes zugekommen wären, habe die Klägerin jedoch in keiner Weise dargetan. Es sei daher nicht ersichtlich, dass die unentgeltliche Überlassung des Messestands an Dritte aus diesem Grund zumindest auch erheblichen wirtschaftlichen Interessen der Beklagten gedient habe.

16 II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

17 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Klägerin die Annahme des Vertragsangebots der Beklagten an das diese nach § 145 BGB gebunden war, nicht, wie in A 2 ihrer Teilnahmebedingungen vorgesehen, bis zu Beginn der Messe, sondern gemäß § 147 Abs. 2 BGB nur bis zu dem Zeitpunkt erklären konnte, in welchem die Beklagte den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte.

18 a) Die Regelung in A 2 der Teilnahmebedingungen, wonach die Klägerin die Annahme des Vertragsangebots bis zum Veranstaltungsbeginn erklären kann, hält der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB nicht stand. Im Rahmen dieser In-

haltskontrolle kommt dem im Geschäftsverkehr mit Unternehmern gemäß § 310 Abs. 1 BGB nicht unmittelbar geltenden Klauselverbot des § 308 Nr. 1 BGB, wonach eine Bestimmung, durch die sich der Verwender u. a. unangemessen lange Fristen für die Annahme eines Angebots vorbehält, Indizwirkung für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners zu (Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 10. Aufl. § 308 Nr. 1 BGB Rdn. 10; § 310 BGB Rdn. 27, 31).

19 Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Aussteller dadurch, dass er bis zu Beginn der Messe darüber im Unklaren gelassen wird, ob er ausstellen kann oder nicht, unangemessen benachteiligt wird. Denn der Aussteller muss rechtzeitig vor der Messe vorbereitende in der Regel Kosten verursachende Maßnahmen und Dispositionen treffen, die für den Fall der Nichtannahme des Angebots durch die Klägerin vergeblich sind. Gegen dieses schutzwürdige Interesse des Ausstellers an einer ausreichenden Vorbereitungszeit und Planungssicherheit verstößt die Klausel, ohne dass dies durch ein entsprechendes Interesse der Klägerin gerechtfertigt wäre.

20 b) Anstelle der unwirksamen Annahmefrist in A 2 der Teilnahmebedingungen tritt somit gemäß § 306 Abs. 2 BGB die gesetzliche Regelung des § 147 Abs. 2 BGB.

21 Da das Berufungsgericht die Frage, ob die Klägerin die Annahmefrist des § 147 Abs. 2 BGB gewahrt hat, offen gelassen hat und hierzu keine weiteren Feststellungen erforderlich sind, kann der Senat die Frage selbst entscheiden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zu den regelmäßigen Umständen im Sinne des § 147 Abs. 2 BGB solche verzögernden Umstände gehören, die der Antragende kannte oder kennen musste (RGZ 142, 404; BGH Urteil vom 24. November 1951 – II ZR 63/51 – LM § 147 Nr. 1).

22 Im vorliegenden Fall musste die Beklagte aufgrund des ihr unstreitig von der Klägerin mit der Anmeldebestätigung vom 20. Februar 2003 übersandten Terminplans wissen, dass die Klägerin die Zulassungserklärungen erst ab dem 23. Juni 2003 versenden würde. Da der Beklagten aufgrund ihrer früheren Teilnahme an der Fachmesse deren Größe bekannt war, musste die Beklagte auch damit rechnen, dass sich die Versendung der Zulassungserklärungen über mehrere Tage erstrecken und deren Zugang bis zu der dem Versendungsbeginn folgenden Woche dauern würde. Die Zeitspanne von drei Monaten bis zum Messebeginn Anfang Oktober 2003 war auch hinreichend lang, um der Beklagten eine angemessene Vorbereitung zu ermöglichen.

23 Durch die am 2. Juli 2003 der Beklagten zugegangene Zulassungserklärung vom 26. Juni 2003 hat die Klägerin somit die Annahmefrist gemäß § 147 Abs. 2 BGB gewahrt. Damit ist zwischen den Parteien ein wirksamer Mietvertrag zustande gekommen.

24 2. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen des § 537 Abs. 2 BGB vorliegen.

25 a) Zutreffend nimmt es zunächst an, dass § 537 Abs. 2 BGB durch A 5 der Teilnahmebedingungen der Klägerin nicht wirksam abbedungen worden ist. Denn die formularmäßige Abweichung von der Regelung, dass der Mieter zur Entrichtung der Miete nicht verpflichtet ist, solange der Vermieter den Gebrauch der Mietsache nicht gewähren kann, widerspricht wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung und hält deshalb einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand (Bub/Treier/Brunn Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummietsache 3. Aufl. Kap. III A Rdn. 130; Staudinger/Emmerich <2006> § 537 BGB Rdn. 38; Erman/Jendrek 11. Aufl. § 537 BGB Rdn. 1; MünchKomm/Schilling 4. Aufl. § 537 BGB Rdn. 20). Zweck des § 537 Abs. 2 BGB ist es, das Gleichgewicht zwischen den gegenseitigen Hauptleistungspflichten, nämlich der Gebrauchsüberlassung durch den Vermieter (§ 535 Abs. 1 BGB) und der Zahlung der Miete durch den Mieter (§ 535 Abs. 2 BGB), zu wahren. Der Mieter soll nach § 537 Abs. 2 BGB das ihm gemäß § 537 Abs. 1 BGB auferlegte Verwendungsrisiko dann nicht tragen, wenn der Vermieter nicht in der Lage ist, ihm den Gebrauch der Mietsache zu gewähren. Durch den Ausschluss von § 537

Abs. 2 BGB wird die gesetzlich geregelte Rechtsstellung der Vertragsparteien und angemessene Verteilung des Vertragsrisikos unangemessen zum Nachteil des Mieters verändert. Entgegen der Ansicht der Revision gebietet die zwischen den Parteien vereinbarte Betriebspflicht keine andere Bewertung. Zwar kann die Betriebspflicht zusammen mit weiteren Umständen des Einzelfalls dazu führen, dass der Mieter rechtsmissbräuchlich handelt, wenn er sich auf eine Befreiung von der Mietzinszahlung nach § 537 Abs. 2 BGB beruft. Die Betriebspflicht allein rechtfertigt jedoch keinen generellen Ausschluss von § 537 Abs. 2 BGB.

26 b) Nicht zu beanstanden ist weiter die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei infolge der Überlassung des von der Beklagten gemieteten Messestandes an andere Aussteller nicht erfüllungsbereit gewesen, weshalb die Beklagte grundsätzlich gemäß § 537 Abs. 2 BGB nicht zur Zahlung der Miete verpflichtet gewesen sei.

27 3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts verstößt die Beklagte jedoch gegen Treu und Glauben, wenn sie sich auf § 537 Abs. 2 BGB beruft.

28 a) In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass es dem vertragsbrüchigen Mieter, der die Mieträume nicht übernimmt oder vorzeitig räumt, gemäß § 242 BGB versagt sein kann, sich auf § 537 Abs. 2 BGB (§ 552 Satz 3 BGB a. F.) zu berufen (Senatsurteile BGHZ 122, 163, 169 [= WuM 1993, 346] und vom 22. Dezember 1999 – XII ZR 339/97 – NJW 2000, 1105 [= WuM 2000, 248]; MünchKomm/Schilling 4. Aufl. § 537 BGB Rdn. 11; Staudinger/Emmerich <2006> § 537 BGB Rdn. 36; Schmidt-Futterer/Langenberg Mietrecht 9. Aufl. § 537 BGB Rdn. 24).

29 Eine im Rahmen der Mietrechtsreform vom Bundesrat vorgeschlagene ergänzende Regelung in § 537 Abs. 2 BGB dahin, dass der Mieter bei mangelnder Erfüllungsbereitschaft des Vermieters von der Entrichtung der Miete dann nicht frei werden solle, wenn er die Mietzahlung einstelle und den Gebrauch aufgegeben habe und der Vermieter ihm die Gebrauchsüberlassung an einen Dritten angezeigt habe, hat der Gesetzgeber nicht für erforderlich gehalten. Da es von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles abhängt, ob der Vermieter bei Gebrauchsaufgabe durch den Mieter weiterhin einen Anspruch gegen diesen auf Zahlung der Miete habe, sei die bestehende Regelung (§ 552 Satz 3 BGB a. F./§ 537 Abs. 2 BGB), die im Einzelfall durch § 242 BGB eine der Billigkeit entsprechende Korrektur erfahren könne, sachgerecht (BT-Drucks. 14/4553, 83, 98).

30 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Berufen des Mieters auf die fehlende Erfüllungsbereitschaft des Vermieters regelmäßig rechtsmissbräuchlich, wenn er eine grobe Vertragsverletzung begangen hat, indem er ohne Rücksicht auf den weiter bestehenden Mietvertrag endgültig ausgezogen ist und keine Miete mehr gezahlt hat und er auf diese Weise den Vermieter zu einer Weitervermietung der Mietsache veranlasst hat (Senatsurteil BGHZ 122, 163, 168 f. [= WuM 1993, 346]). Das gilt auch dann, wenn ein Mieter, der die Mieträume noch nicht bezogen hat, sich trotz des bestehenden Mietvertrages grundlos weigert, diesen zu erfüllen, und der Vermieter nur wegen dieser vertragswidrigen Weigerung des Mieters eine Weitervermietung vorgenommen hat (Senatsurteil vom 22. Dezember 1999 – XII ZR 339/97 – NJW 2000, 1105, 1106 [= WuM 2000, 248]). Dabei ist entscheidend, dass es unbillig ist, wenn der Mieter aus einem Verhalten seines sonst vertragstreuen Vertragspartners, das er selbst durch einen groben Vertragsbruch herbeigeführt hat, Rechte herleitet. Von einem groben Vertragsbruch kann allerdings dann nicht ohne weiteres ausgegangen werden, wenn der Mieter aus nachvollziehbaren Gründen davon ausgeht, das Mietverhältnis sei beendet (Senatsurteil BGHZ 122, 163, 169 [= WuM 1993, 346]).

31 Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Mieters liegt schließlich selbst bei grobem Vertragsbruch des Mieters dann nicht vor, wenn sich der Vermieter im Vertrauen auf die Verpflichtung des Mieters zur Fortzahlung der Miete nicht redlich

bemüht hat, durch die Gebrauchsüberlassung an Dritte aus der von dem Mieter vertragswidrig geschaffenen Situation in beiderseitigem Interesse das Beste zu machen (Senatsurteil BGHZ 122, 163, 169 [= WuM a. a. O.]).

32 c) Im vorliegenden Fall ist eine Korrektur nach den Grundsätzen über den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) geboten.

33 aa) Die Beklagte hat eine grobe Vertragsverletzung begangen, indem sie die vor Messebeginn fällig gewordene Miete nicht bezahlt und trotz wirksam vereinbarter Betriebspflicht den Messestand nicht aufgebaut und bezogen hat.

34 Sie musste auch davon ausgehen, dass der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist. Das Berufungsgericht hat bei seiner gegenteiligen Annahme wesentliche Tatumstände außer Acht gelassen (zur Revisibilität: BGH Urteil vom 16. März 1993 – XI ZR 103/92 – NJW 1993, 1583, 1584). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts konnte die Beklagte dem ihr unstreitig zugegangenen Terminplan der Klägerin ohne weiteres entnehmen, dass der Versand der Zulassungen erst ab dem 23. Juni 2003 erfolgen würde. Auch wusste sie aufgrund ihrer früheren Messeteilnahme, dass die der verbindlichen Zusage der Klägerin vorausgehenden Planungsarbeiten umfangreich und zeitaufwändig waren. Diese Umstände hat das Berufungsgericht bei seiner Annahme, die Beklagte habe davon ausgehen können, dass der Mietvertrag nicht zustande gekommen sei, nicht berücksichtigt. Es hat vielmehr im Wesentlichen darauf abgestellt, dass das Landgericht ebenso wie die Beklagte die Auffassung vertreten habe, ein Mietvertrag sei nicht zustande gekommen, weil die Annahmeerklärung durch die Klägerin verspätet gewesen sei. Dabei hat es außer Acht gelassen, dass das Landgericht den Terminplan, auf den die Parteien in erster Instanz nicht abgestellt hatten, in seine Überlegungen nicht einbezogen hatte. Auch der Umstand, dass die Parteien über das Zustandekommen des Mietvertrages gestritten haben, konnte die Beklagte nicht in ihrer Rechtsansicht bestätigen. Denn die Klägerin hat stets darauf hingewiesen, dass der Vertrag wirksam zustande gekommen sei. Schließlich war auch die unwirksame Klausel A 2 der Allgemeinen Teilnahmebedingungen der Klägerin nicht geeignet, die Beklagte in ihrer Rechtsansicht zu bestärken. Nach dieser Klausel wäre eine Vertragsannahme durch die Klägerin sogar bis zu Beginn der Messe möglich gewesen. Die Unwirksamkeit der Klausel hat zur Folge, dass gemäß § 147 Abs. 2 BGB die Klägerin den Antrag bis zu dem Zeitpunkt annehmen konnte, in welchem die Beklagte mit dem Eingang unter regelmäßigen Umständen rechnen durfte. Diese Annahmefrist hat die Klägerin – für die Beklagte ohne weiteres erkennbar – gewahrt (siehe oben zu 1 b).

35 bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat die Klägerin die Standfläche nicht lediglich im eigenen, sondern auch im Interesse der Beklagten unentgeltlich anderen Ausstellern überlassen. Denn die Beklagte hatte sich gemäß A 21 der Teilnahmebedingungen wirksam zum Betrieb des Messestands verpflichtet. Durch die Vereinbarung der Betriebspflicht haben die Parteien dem berechtigten Interesse der Klägerin Rechnung getragen, einen Leerstand zu vermeiden, der sich auf das Gesamtbild der Messe nachteilig ausgewirkt hätte. Nachdem die Beklagte die Erfüllung des Vertrages und damit auch ihrer Betriebspflicht abgelehnt hatte, war die Klägerin berechtigt, Maßnahmen zu ergreifen, um den drohenden Leerstand zu verhindern. Dadurch, dass die Klägerin Aussteller gefunden hat, die die freie Fläche auf ihre Kosten überbaut haben, hat die Klägerin Kosten erspart, die durch ein andernfalls erforderlich gewordenen Kaschieren der leeren Fläche, z. B. durch Einrichten einer Ruhezone, zusätzlich angefallen wären und deren Ersatz sie von der Beklagten wegen Verletzung der Betriebspflicht hätte verlangen können.

36 3. Das Berufungsgericht hat, aus seiner Sicht folgerichtig, keine Feststellung dazu getroffen, ob sich die Klägerin bei der unentgeltlichen Überlassung an die anderen Aussteller um die bestmögliche anderweitige Verwertung der Sache gekü-

mert hat (§ 242 BGB). Während die Klägerin behauptet, es sei ihr nicht möglich gewesen, zahlende Mieter für die von der Beklagten gemietete Fläche zu akquirieren, behauptet die Beklagte, die Klägerin habe den vier Ausstellern den Standplatz unentgeltlich überlassen, obwohl diese bereit gewesen seien, hierfür Miete zu zahlen. Dann könnte die Klägerin sich insoweit wegen ihres eigenen treuwidrigen Verhaltens nicht auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten berufen. Die Sache war deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um die erforderlichen Feststellungen zu treffen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 540 BGB

**Gewerberaummiete; Untervermietung;
Nutzungsänderung; Baugenehmigung;
Sonderkündigungsrecht**

1. Wird die Beendigung des Mietverhältnisses – wie hier – auf mehrere Kündigungen gestützt, ist ein Feststellungsantrag schlüssig, wenn der Kläger ohne Festlegung auf eine bestimmte Kündigung allgemein die Feststellung begehrt, dass das Mietverhältnis seit einem bestimmten Zeitpunkt beendet ist.

2. Zur Berechnung des Gebührenstreitwerts der Feststellungsklage.

3. Die Regelung in einem gewerblichen Mietvertrag, „Untervermietung, Tausch oder anderweitige Gebrauchsüberlassung der gesamten Mieträume oder eines Teils davon sind ohne vorherige Zustimmung des Vermieters untersagt. Eine etwa gegebene Zustimmung gilt nur für den Einzelfall. Der Vermieter kann seine Zustimmung aus wichtigem Grund versagen oder widerrufen. Ein wichtiger Grund kann insbesondere in der Person des Untermieters oder in der Art des von ihm betriebenen Gewerbes liegen. Als vorab gestattet gilt die Untervermietung an den Bürgen, dessen Ehefrau und Kinder sowie Gesellschaften, an denen der Mieter mehrheitlich beteiligt ist.“, beinhaltet keinen Ausschluss des Sonderkündigungsrechts gemäß § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB.

4. Ein wichtiger Grund für die Versagung der Zustimmung ist gegeben, wenn der Mieter dem Untermieter einen weitergehenden Gebrauch einräumen will, als ihm selbst nach dem Mietvertrag gestattet ist.

5. Macht der Vermieter die erbetene Zustimmung zur Untervermietung von einer Bonitätsprüfung des Untermieters abhängig und lässt sich der Mieter hierauf ein, ist dem Vermieter nach Erhalt derselben eine angemessene Prüfungsfrist einzuräumen.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. 8. 2007 – I-10 U 148/06)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten darüber, ob das mit der Beklagten abgeschlossene Mietverhältnis über das Anwesen in D. durch die außerordentlichen Kündigungen des Klägers vom 11. 8. 2005 und 22. 9. 2005, hilfsweise vom 12. 6. 2006, wegen einer nicht erteilten Untermieterlaubnis zum 31. 3. 2006 bzw. 31. 12. 2006 beendet ist. Das Landgericht Düsseldorf hat mit dem angefochtenen Urteil festgestellt, dass das Mietverhältnis der Parteien durch Kündigung des Klägers zum 31. 3. 2006 beendet worden sei. Es hat ein außerordentliches Kündigungsrecht des Klägers nach § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB angenommen, weil die Beklagte die Erlaubnis zur Untervermietung aus Gründen verweigert habe, die nicht in der Person des Untermieters begründet seien. Die Beklagte habe ihre Zustimmung weder von der geforderten Vorlage einer Bonitätsauskunft über den Untermieter noch von der Vorlage des abgeschlossenen Untermietvertrages nebst Anlagen abhängig machen dürfen. Dies stehe einer Verweigerung i. S. des § 540 BGB gleich.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter ver-

folgt. Sie trägt vor, das Landgericht habe die §§ 133, 157, 311, 540 BGB verletzt. Es sei zu Unrecht von der Anwendbarkeit des § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgegangen. Diese Bestimmung sei – wie sich auch aus der Vertragshistorie ergebe – durch § 8 Abs. 2 des Mietvertrages abbedungen. Das Landgericht habe auch fehlerhaft unterstellt, dass sie die Erlaubnis zur Untervermietung verweigert habe. Sie sei bereit gewesen und noch bereit, der Überschreitung des vertraglich vereinbarten Nutzungszwecks bei Erfüllung bestimmter Bedingungen, insbesondere baurechtlicher Genehmigung und Vorlage des Lageplans, aus dem sich die von der Untervermietung betroffenen Räume und Flächen ergeben, zuzustimmen. Einen Anspruch auf diese Zustimmung habe der Kläger nicht. Unabhängig hiervon lasse sich aus ihrem Verhalten keine Verweigerung ableiten. Ausweislich der vorgelegten Korrespondenz hätten sich die Parteien in Verhandlungen befunden und sie habe keine Anstalten gemacht, die seitens des Klägers eigenmächtig und vertragswidrig veranlasste Untervermietung zu unterbinden. Die durch das Landgericht auf Seite 11 der Urteilsgründe behandelten „Bedingungen“ seien nicht ungerechtfertigt. Im Übrigen sei das Verhalten des Klägers treuwidrig.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und bittet um Zurückweisung der Berufung. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, die Untervermietung zu genehmigen. Dies habe sie nicht getan, so dass er das Mietverhältnis außerordentlich mit gesetzlicher Frist kündigen könne. Das Kündigungsrecht sei entgegen der Auffassung der Beklagten nicht (wirksam) abbedungen und die Nutzungen des Zeugen M. seien durch die Baugenehmigung gedeckt.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg. Die Feststellungsklage ist weder nach dem Haupt- noch nach dem Hilfsantrag des Klägers begründet. Weder die anwaltliche Kündigung des Klägers vom 11. 8. 2005 noch die Kündigungen vom 22. 9. 2005 und 12. 6. 2006 haben das Mietverhältnis der Parteien mit Wirkung zum 31. 3. 2006 bzw. 31. 12. 2006 beendet, weil die Beklagte die (geplante) Untervermietung an den Zeugen M. nicht unberechtigt verweigert hat. Dies beruht im Einzelnen auf folgenden Erwägungen:

1. Die Feststellungsklage ist zulässig. Wird die Beendigung des Mietverhältnisses – wie hier auf die Kündigungen vom 11. 8. und 22. 9. 2005 – auf mehrere Kündigungen gestützt, ist ein Feststellungsantrag jedenfalls schlüssig, wenn der Kläger ohne Festlegung auf eine bestimmte Kündigung allgemein die Feststellung begehrt, dass das Mietverhältnis seit einem bestimmten Zeitpunkt beendet ist (BGH, Urt. v. 25. 4. 2001, BGHReport 2001, 539 – XII ZR 263/98).

2. Die Feststellungsklage ist jedoch nicht begründet. Das Mietverhältnis der Parteien ist weder durch außerordentliche Kündigung vom 11. 8. 2005 noch durch die Kündigung vom 22. 9. 2005 gemäß §§ 540 Abs. 1 Satz 2, 580 a Abs. 2, 4 BGB zum 31. 3. 2006 und auch nicht durch die Kündigung vom 12. 6. 2006 beendet worden. Die Beklagte hat ihre Zustimmung zur Untervermietung nicht aus Gründen verweigert hat, die nicht in der Person des Untermieters begründet sind.

(a) Die Unbegründetheit der Kündigungen des Klägers folgte allerdings nicht bereits aus einem Ausschluss des Sonderkündigungsrechts gemäß § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Beklagte, die insoweit die Darlegungs- und Beweislast trägt, hat nicht bewiesen, dass die Vertragsparteien bei Abschluss des Mietvertrages am 18. 6. 1999 einen vertraglichen Ausschluss des Sonderkündigungsrechts vereinbart haben. Entgegen der Auffassung der Beklagten lässt sich der in § 8 Abs. 2 des Mietvertrages getroffene Regelung ein solcher Ausschluss nicht entnehmen. Danach sind Untervermietung, Tausch oder anderweitige Gebrauchsüberlassung der gesamten Mieträume oder eines Teils davon ohne vorherige Zustimmung des Vermieters untersagt (§ 8 Abs. 2 Satz 1). Eine etwa gegebene Zustimmung gilt nur für den Einzelfall (§ 8 Abs. 2 Satz 2) und der Vermieter kann seine Zustimmung aus wichtigem Grund versagen oder widerrufen (§ 8 Abs. 2 Satz 3). Ein wichtiger Grund kann ins-

besondere in der Person des Untermieters oder in der Art des von ihm betriebenen Gewerbes liegen (§ 8 Abs. 2 Satz 4). Als vorab gestattet gilt die Untervermietung an den Bürgen, dessen Ehefrau und Kinder sowie Gesellschaften, an denen er mehrheitlich beteiligt ist (§ 8 Abs. 2 Satz 5). Diesen Formulierungen ist weder sprachlich noch inhaltlich ein Ausschluss des Sonderkündigungsrechts zu entnehmen.

Ob eine Vertragsabrede in diesem Sinne auszulegen ist, kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden (BGB-RGRK/Gelhaar, 12. Aufl., § 549, RdNr. 10 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 3. 3. 1960, VIII ZR 93/59). Allein das Schweigen des Vertragstextes zu den Folgen einer verweigerten Untermieterlaubnis indiziert keinen Rückschluss darauf, dass die Vertragsschließenden das Kündigungsrecht ausschließen wollten. Bereits das Reichsgericht hat zum Anwendungsbereich des § 549 Abs. 1 BGB a. F. entschieden, dass sich aus der Nichterwähnung des Sonderkündigungsrechts eine Auslegungsregel und im Zusammenhang hiermit eine für die Beweislast erhebliche Vermutung weder für noch gegen einen Kündigungsausschluss entnehmen lässt (RGZ 74, 296, 299). Dementsprechend kommt es weder darauf an, dass der Kläger nach dem Berufungsvortrag der Beklagten anlässlich des Vertragsgesprächs am 28. 5. 1999 kein Kündigungsrecht für den Fall der Versagung der gewünschten Zustimmung zur Untervermietung reklamiert hat, noch dass er mit der Fassung des modifizierten Entwurfs in einem weiteren Gespräch uneingeschränkt einverstanden war und nicht die Einführung eines außerordentlichen Kündigungsrechts wünschte. Aus diesen äußeren Umständen ließe sich ein Rückschluss auf eine übereinstimmende Vorstellung der in § 8 Ziffer 2 MV enthaltenen Regelung nur ableiten, wenn die Parteien die Frage nach den Folgen einer Unterverweigerung ausdrücklich mündlich oder schriftlich zum Inhalt der Vertragsverhandlungen erhoben hätten. Hiervon kann selbst nach dem Vortrag der Beklagten nicht ausgegangen werden. Etwaige in den Vertragsverhandlungen nicht zum Ausdruck gekommene (Wunsch-)Vorstellungen ihres Geschäftsführers sind nach § 116 Satz 1 BGB unbeachtlich. Gegenteiliges ist im Hinblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts auch nicht aus der von der Beklagten bemühten Vertragshistorie entsprechend den sich aus den Anlagen (GA 41–44) ergebenden unterschiedlichen Textfassungen abzuleiten. Zwar wird das Sonderkündigungsrecht des Mieters darin ebenso wie in der endgültigen Vertragsfassung nicht erwähnt, hiervon abgesehen sind jedoch keinerlei ausreichende Anhaltspunkte vorgetragen oder sonst erkennbar, die einen Hinweis auf einen übereinstimmend gewollten Kündigungsausschluss enthalten.

(b) Weder die Kündigung des Klägers vom 11. 8. 2005 noch die weitere Kündigung vom 22. 9. 2005 haben das Mietverhältnis der Parteien zum 31. 3. 2006 beendet. Nach § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB kann der Mieter das Mietverhältnis außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Untervermietung verweigert, sofern nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund für die Versagung der Zustimmung ist gegeben, wenn der Mieter dem Untermieter einen weitergehenden Gebrauch einräumen will, als ihm selbst nach dem Mietvertrag gestattet ist (BGH, NJW 1984, 1031; Staudinger/Emmerich, Bearb. 2006, § 540 BGB, RdNr. 14). Nur ein Gebrauch durch den Untermieter, der dem Hauptmieter gestattet wäre, entspricht dem Hauptmietvertrag und ist daher vertragsgemäß. Bei dem streitgegenständlichen Anwesen handelt es sich um eine landwirtschaftliche Hofanlage mit Haupthaus und umfänglichen Wirtschaftsgebäuden (Mietfläche ca. 4,1500 ha). Hierauf bezugnehmend regelt § 1 Ziffer 3 MV, dass der Mieter berechtigt ist, auf dem Anwesen ein „Planungs-, Ausstellungs- und Handwerkszentrum für Dienstleistungen rund um die denkmalgeschützte Immobilie zu etablieren und eine Teilfläche von maximal 435,90 qm für Wohnzwecke zu nutzen bzw. nutzen zu lassen“. Zu anderen Zwecken darf der Mieter die Mieträume gemäß § 8 Ziffer 1 MV ohne schriftliche Zustimmung des Vermieters nicht nutzen. Demgegenüber sieht die Präambel des

Entwurfs des Untermietvertrages vor, dass der Untermieter beabsichtigt, den Vertragsgegenstand im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit als Kulturforum mit wechselnden Ausstellungen, Konzerten, Lesungen und Vorträgen sowie für Zwecke seiner Galerie (Verkaufsräume, Verwaltung, etc.) zu nutzen. Ferner sollte der Untermieter berechtigt sein, auch dritten Unternehmen die Möglichkeit von Firmenveranstaltungen, Seminaren und Schulungen auf der Vertragsfläche zu bieten. Mit diesem Inhalt weicht der dem Untermieter eingeräumte Mietgebrauch nicht nur unwesentlich von dem dem Kläger gestatteten Mietgebrauch ab. Das ergibt sich schon daraus, dass für diese Abweichung von der ursprünglich genehmigten Nutzung des Mietobjekts auch aus der Sicht des Klägers (vgl. Abs. 3 der Präambel des Untermietvertrages) die Einholung einer erneuten Baugenehmigung erforderlich war. Die für diese Nutzungsänderung gemäß § 8 Ziffer 1 MV notwendige Zustimmung der Beklagten, um die der Kläger zumindest konkludent mit der erbetenen Zustimmung zur geplanten Untervermietung nachgesucht hat, stand in deren freien Ermessen. Die Beklagte hat ihre Zustimmung zu der Änderung des „mietvertraglichen Nutzungsspektrums“ gemäß Schreiben vom 25. 6. 2004 (GA 52) avisiert und unter die Bedingung gestellt, dass der Bauantrag genehmigt wird. Da die Beklagte auf Seite 1 des Schreibens unter Pkt. 1/ Bauantrag (GA 51) aber zugleich Bedenken geäußert hat, ob der Bauantrag des Klägers (GA 49) mit der angegebenen Nutzungsänderung „Lagerung und Restaurierung historischer Baumaterialien, Atelier, Malerei und Ausstellung“ der laut Untermietvertrag beabsichtigten Nutzungsänderung entspricht, hat die Beklagte bei verständiger Würdigung gemäß § 133 BGB auch für den Kläger deutlich gemacht, dass ihre Zustimmung zu der geplanten Nutzungsänderung vom Inhalt der Baugenehmigung abhängig sein sollte. Eine der beabsichtigten Nutzungsänderung entsprechende Baugenehmigung hat der Kläger der Beklagten jedoch zu keinem Zeitpunkt vorgelegt. Die erteilte Baugenehmigung vom 3. 8. 2005 entspricht dem Bauantrag und weist als – unter Auflagen – genehmigte Nutzung die Zwecke „Lagerung und Restaurierung historischer Baumaterialien, Atelier, Malerei und Ausstellung“ auf. Nach dem Wortlaut sind damit die nach dem Inhalt des Untermietvertrages vorgesehenen und vorstehend im Text dargestellten weiteren Vertragszwecke nicht erfasst, so dass die von der Beklagten gestellte Bedingung für die Zustimmung zur Änderung des mietvertraglichen Nutzungszwecks (bis jetzt) nicht eingetreten ist (§ 158 Abs. 1 BGB) und die Beklagte die Zustimmung zu der beabsichtigten Untervermietung schon aus diesem Grund verweigern durfte, ohne dass es entscheidend auf die weiteren in ihrem Schreiben vom 25. 6. 2004 in Bezug auf die Untervermietung gestellten Bedingungen ankommt. Ihr Schweigen auf die mit Schreiben vom 1. 8. 2005 auf den 9. 8. 2005 gesetzte Äußerungsfrist steht daher einer die Rechtsfolgen des § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB auslösenden unberechtigten Verweigerung der Untermieterlaubnis nicht gleich.

In jedem Fall berechtigte der Fristablauf zum 9. 8. 2005 den Kläger nicht zum Ausspruch der Kündigung, weil der Beklagten die Bonitätsauskunft erst mit Telefax der Klägervorteiler vom 8. 8. 2005 übermittelt worden ist und dem Vermieter nach deren Zugang ein angemessener Überprüfungszeitraum zugebilligt werden muss. Dieser war jedenfalls bei Zugang der Kündigung vom 11. 8. 2005 am 12. 8. 2005 nicht abgelaufen. Insofern kommt es nicht darauf an, ob der Vermieter grundsätzlich berechtigt ist, die erbetene Zustimmung zur Untervermietung von einer Bonitätsprüfung des Untermieters abhängig zu machen. Der Kläger hat sich auf dieses Verlangen der Beklagten eingelassen und war daher gehalten, der Beklagten die erforderliche Prüfungsfrist einzuräumen. Erschwerend kommt hinzu, dass der Beklagten auch die Baugenehmigung erst nach Zugang des Kündigungsschreibens zugegangen ist.

Auch die erneute anwaltliche Kündigung vom 22. 9. 2005 hat das Mietverhältnis nicht beendet, weil die Bedingung für die Zustimmung zu einer mietvertraglichen Nutzungsänderung bei Ausspruch und Zugang der Kündigung nicht vorgelegen hat.

Die Beklagte hat dem Kläger mit Schreiben vom 23. 8. 2005 mitgeteilt, dass sie bisher weder eine Zustimmung zu der beabsichtigten Vertragsänderung noch zu der nachgesuchten Untervermietung ausdrücklich oder konkludent verweigert habe und ihn aufgefordert mitzuteilen, ob er die Baugenehmigung in der vorliegenden Form akzeptiere und ggf. in welcher Weise er die einzelnen Auflagen abarbeiten wolle. Des Weiteren hat sie ihre Zustimmung in zulässiger Weise von der Erklärung des Klägers abhängig gemacht, dass sie aufgrund der *veränderten* Nutzung des Mietobjekts nicht mit Ansprüchen rund um den Komplex Deichschutz zu rechnen habe. Die Zustimmung zu der Untervermietung hat sie von diesen Voraussetzungen abhängig gemacht. Der Kläger hat die erbetenen Erklärungen mit Schriftsatz seiner Anwälte vom 22. 9. 2005 nicht erteilt, sondern stattdessen die erneute außerordentliche Kündigung ausgesprochen.

Soweit der Kläger sich darauf beruft, die von dem Zeugen M. praktizierte Nutzung sei in jeder Hinsicht von der erteilten Baugenehmigung gedeckt, ist sein Vorbringen im Hinblick auf seinen die vielfältigen weiteren Nutzungen des Zeugen nicht berücksichtigenden Bauantrag und die mit diesem korrespondierende Baugenehmigung substanzlos. Es fehlt jegliches Vorbringen, wann und auf welche Weise die den Bauantrag überschreitenden weiteren Nutzungen des Mietobjekts zum Gegenstand des Baugenehmigungsverfahrens gemacht und damit Teil der dem Kläger erteilten Baugenehmigung geworden sind. Den angebotenen Beweisen (amtliche Auskunft/Zeugen) ist nicht nachzugehen, weil es sich um einen prozessual unzulässigen Ausforschungsbeweis handelt.

3. Die Klage ist auch nicht nach dem Hilfsantrag des Klägers begründet. Die mit Schriftsatz vom 12. 6. 2006 erklärte erneute außerordentliche Kündigung hat das Mietverhältnis ebenfalls nicht beendet. Die Beklagte war aus den vorstehend zu der Kündigung vom 22. 9. 2005 dargelegten Erwägungen auch bis zu diesem Zeitpunkt nicht verpflichtet, einer mietvertraglichen Nutzungsänderung und damit zugleich der Erteilung der nachgesuchten Untermieterlaubnis zuzustimmen. Soweit der Kläger sich in seinem nachgelassenen Schriftsatz erstmals auf eine Baugenehmigung vom 5. 9. 2006 beruft, ist er hiermit zum einen nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert. Selbst wenn die Baugenehmigung die mit der Untervermietung verbundenen vielfältigen Nutzungen nunmehr in ihrer Gesamtheit erfassen sollte, kann sie die ohne ihr Vorliegen ausgesprochene unberechtigte Kündigung vom 12. 6. 2006 nicht rückwirkend heilen. Im Übrigen fehlt es weiterhin an der Haftungsfreistellung der Beklagten in Bezug auf etwaige mit der Nutzungserweiterung verbundene Ansprüche rund um den Komplex Deichschutz.

4. [...] Streitwert: 36 813,00 € (= 12 × 3067,75 € / = 6000,00 DM)

Der Wert des Feststellungsantrags beurteilt sich nach § 41 Abs. 1 GKG. Hiernach ist der Betrag des auf die streitige Zeit entfallenden Entgelts maßgeblich, wenn nicht das einjährige Entgelt geringer ist. Bei einer Klage auf Feststellung, dass die zu einem bestimmten Termin ausgesprochene fristlose Kündigung durchgreift, kommt es für den Beginn der streitigen Zeit auf den Zeitpunkt der fristlosen Kündigung an, und zwar auch dann, wenn er vor der Rechtshängigkeit des Feststellungsantrages liegt (BGH, Beschl. v. 2. 11. 2005, GuT 2006, 81 = ZMR 2006, 190). Da der bis 30. 6. 2019 befristete streitgegenständliche Mietvertrag nach dem zugrunde liegenden Klageantrag zum 31. 3. 2006 enden sollte, beträgt die streitige Zeit mehr als ein Jahr, so dass das einjährige Entgelt anzusetzen ist. Bei der Bemessung der Entgelthöhe bleiben die als Vorauszahlung zu leistenden Abschläge auf die Betriebskosten hier außer Betracht (§ 41 Abs. 1 Satz 2 GKG). Die zugrunde zu legende Miethöhe ergibt sich mit 6000,00 DM = 3067,77 € aus der Änderungsvereinbarung vom 25. 6. 2001. Der Hilfsantrag bleibt nach § 45 GKG unberücksichtigt, da Haupt- und Hilfsantrag i. S. dieser Bestimmung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise einen nämlichen Gegenstand aufweisen.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

§ 540 BGB**Gewerberaummiete; Verweigerung der Erlaubnis zur Untervermietung durch Schweigen auf die Anfrage des Mieters; Änderung des Nutzungszwecks; Sonderkündigungsrecht des Mieters**

Zu den Voraussetzungen, unter denen das Schweigen des Vermieters auf die Bitte um Untervermietungs Erlaubnis als Verweigerung angesehen werden kann.

(KG, Urteil vom 11.10.2007 – 8 U 34/07)

Zum Sachverhalt: Die Berufung der Beklagten richtet sich gegen das am 19. Juni 2006 verkündete Teilurteil der Zivilkammer 12 des Landgerichts Berlin [12 O 65/06], soweit die Widerklage abgewiesen worden ist. Auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Die Beklagte trägt zur Begründung der Berufung vor:

Das Landgericht sei unzutreffend davon ausgegangen, dass das Schweigen des Klägers auf die Anfrage der Beklagten auf Erteilung einer Erlaubnis zur Untervermietung nicht als Verweigerung der Erlaubniserteilung zu werten sei. Die Rechtsansicht des Landgerichts, dass der Kündigung eine Androhung hätte vorausgehen und erklärt werden müssen, dass die Untätigkeit als Schweigen gewertet werde, sei rechtsfehlerhaft und stehe nicht in Übereinstimmung mit der einschlägigen Rechtsprechung. Soweit das Landgericht sich auf die Entscheidung des OLG Koblenz (WuM 2001, 272) berufe, habe in diesem Falle der Mieter ohne Benennung eines Untermieters um die Erlaubniserteilung gebeten und das Schweigen des Vermieters sei dann nicht als Verweigerung der Erlaubnis gewertet worden. Vorliegend sei aber der Untermieter namentlich sowie unter Nennung seiner Anschrift und seines Berufes benannt worden. Damit seien dem Kläger sämtliche relevanten Personendaten bekannt gewesen, die erforderlich gewesen seien, um festzustellen, ob ein wichtiger Grund zur Ablehnung vorliege. Eine unterlassene Beantwortung einer konkreten Frage mit Benennung des Dritten stelle eine generelle Erlaubnisverweigerung dar, wenn zur Beantwortung eine angemessene Frist gesetzt werde.

Soweit das Landgericht aus der zuvor an den Untermieter F. für einen anderen Nutzungszweck erteilten Untermieterlaubnis geschlussfolgert habe, dass die Beklagte das Schweigen nicht als Verweigerung hätte auffassen können, sei dem nicht zu folgen. Die Zusatzvereinbarung der Parteien vom 8. Januar 2006 im Zusammenhang mit der Untervermietung an F. sei aufgehoben worden, so dass nur noch die nach dem Mietvertrag vereinbarte Nutzungsart in Betracht gekommen wäre. Bereits aus der Angabe des Berufungsbildes des potentiellen Untermieters (Fliesenlegemeister) habe der Kläger die beabsichtigte Nutzung entnehmen können.

Der Entscheidung des OLG Köln (WuM 2000, 597) lasse sich nicht entnehmen, dass in jedem Falle vor Ausspruch der Kündigung eine Ankündigung des Mieters, das Schweigen des Vermieters werde als Verweigerung gewertet, zu verlangen sei.

Die Beklagte beantragt, festzustellen, dass das Gewerbemietverhältnis vom 18.12.1997 durch die Kündigung vom 19.06.2006 zum 31.12.2006 beendet wurde und über den 31.12.2006 hinaus nicht fortbesteht.

Der Kläger hält das landgerichtliche Urteil für zutreffend und trägt ergänzend vor:

Das bloße Schweigen des Klägers auf die Anfrage zur Untervermietung könne nicht als Verweigerung gewertet werden. Der Kläger habe bereits kurz nach der Anfrage der Beklagten vom 2. Mai 2006 gegenüber dem Geschäftsführer der Beklagten erklärt, dass eine generelle Untermieterlaubnis erteilt werde. Er, der Kläger, habe noch Auskunft über die vom vorgeschlagenen Untermieter G. beabsichtigte Art und Weise der Nutzung der Scheune verlangt. Dem sei die Beklagte aber nicht nachgekommen. Das Schreiben des Klägers vom 17. Juni 2006 sei eine Reaktion auf die Untätigkeit der Beklagten gewesen.

Der Kläger habe Anspruch auf die verlangte Information gehabt. Denn die gewerbliche Nutzung des Objekts durch einen Dritten sei für den Vermieter von Wichtigkeit. Dies treffe vorliegend besonders zu, weil bereits zuvor das Objekt zu gänzlich anderen Nutzungszwecken als im Hauptmietverhältnis hätte untervermietet werden sollen. Der Untermieter F. habe die Scheune als Getränkeverkaufsraum und das Quergebäude als Frisier- und zum Betrieb eines Pizza-Lieferservices genutzt bzw. nutzen wollen. Durch den Untermieter F. seien umfangreiche Umbauarbeiten begonnen, aber nicht vollendet worden. Auch die weitere Anfrage zur Untervermietung an einen Herrn B. vom 27. März 2006 habe keine Angaben zur Nutzungsart enthalten. Die vom Kläger seinerzeit gestellte Frage nach der Art und Weise der Nutzung habe die Beklagte ebenfalls unbeantwortet gelassen. Auf die gleiche Weise sei auch vorliegend verfahren worden.

Die im Schreiben vom 19. Mai 2006 ausgesprochene Kündigung sei zudem treuwidrig. Zu diesem Zeitpunkt habe die Beklagte bereits das Schreiben des Klägers vom 17. Juni 2006 gekannt, das auch an diesem Tage zur Post gegeben worden sei. Im Übrigen sei das Recht zur Kündigung bereits verwirkt gewesen. Im Schreiben vom 2. Mai 2006 habe die Beklagte eine Frist von 10 Tagen gesetzt und die Kündigung erst nach 6 Wochen ausgesprochen.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Das Landgericht hat die Widerklage zu Recht abgewiesen. Das Mietverhältnis der Parteien ist durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 20. Juni 2006 nicht beendet worden. Der Beklagten stand ein Sonderkündigungsrecht aus § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zu.

Gemäß § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB kann der Mieter das Mietverhältnis kündigen, wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Untervermietung verweigert, sofern nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt. Das Kündigungsrecht setzt zunächst voraus, dass der Mieter um die Erteilung der Erlaubnis nachsucht; hierbei muss die Person des Untermieters namentlich benannt werden. Auf Verlangen des Vermieters muss der Mieter auch diejenigen Daten mitteilen, die der Vermieter braucht um festzustellen, ob in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt. Im Allgemeinen müssen in Fällen der vorliegenden Art sowohl personenbezogene als auch vertragsbezogene Daten mitgeteilt werden. Hierzu gehören an personenbezogenen Daten der Name des Untermieters, dessen Anschrift und dessen Beruf und an vertragsbezogenen Daten sind die vom Untermieter beabsichtigte Nutzungsart der Räume, die Höhe des Untermietzinses und die Laufzeit des Untermietvertrages mitzuteilen. Je nach den Umständen des Einzelfalles können weitergehende oder geringere Anforderungen an die Informationspflicht gestellt werden (Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht. 9. Auflage, § 540 BGB, Rdnr. 67; vgl. BGH Urteil vom 15. November 2006 – XII ZR 92/04, GE 2007, 142 = ZMR 2007, 184 [= GuT 2007, 19]).

Weiter ist erforderlich, dass der Vermieter die Erlaubnis verweigert hat. Hiervon ist auszugehen, wenn sich der Vermieter entsprechend erklärt. Streitig ist, ob eine Verweigerung angenommen werden kann, wenn der Vermieter eine Anfrage des Mieters nicht innerhalb einer gesetzten Frist oder angemessenen Frist beantwortet (Schmidt-Futterer/Blank, a. a. O., § 540 BGB, Rdnr. 69 mit Rechtsprechungsnachweisen).

In der Rechtsprechung und Literatur wird die Ansicht vertreten, dass der Vermieter die Erlaubnis auch dann verweigert oder die Erlaubnis als verweigert gilt, wenn er sich nicht innerhalb einer vom Mieter gesetzten Frist äußert, obwohl der Mieter einen konkreten Mieterinteressen benennt (LG Berlin GE 1998, 1396; OLG Hamm OLGR 1992, 275; LG Berlin GE 2006, 1405; OLG Koblenz WuM 2001, 272 = GE 2001, 769; vgl. auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Auflage, § 540 BGB, Rdnr. 11; Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Ge-

schäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, III. B, Rdnr. 1262; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Auflage, § 540 BGB, Rdnr. 11). Dieser Auffassung hat sich das OLG Köln jedenfalls für den Fall angeschlossen, in dem der Mieter den Zugang des Fristsetzungsschreibens mit Einschreiben/ Rück-schein sicher gestellt hat, in dem Schreiben einen konkreten Untermieter mit Namen und Anschrift benannt hat, *und* mit der – angemessenen – Fristsetzung die Ankündigung verbunden hat, dass er ein Schweigen des Vermieters innerhalb der gesetzten Frist als Verweigerung der Zustimmung werten werde. Jedenfalls unter diesen Voraussetzungen kommt dem Schweigen des Vermieters Erklärungs-wert zu (OLG Köln WuM 2000, 597 = ZMR 2001, 186).

Für den vorliegenden besonderen Einzelfall geht auch der Senat davon aus, dass das bloße Schweigen nicht als Verweigerung der Erlaubnis gewertet werden kann. Insoweit schließt sich der Senat den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts auf Seite 5/6 des Urteils an. Ergänzend ist Folgendes auszuführen:

Nach dem schriftlichen Mietvertrag vom 18. Dezember 1997 sind die Räume „zum Betrieb eines Fliesen- und Ofenbaugeschäftes“ an die Beklagte vermietet worden. Damit ist der Vertragszweck genau umrissen. Der Kläger war daher zur Erteilung der Untermietererlaubnis nur verpflichtet, wenn mit der Absicht der Untervermietung eine nicht unwesentliche Änderung des Vertragszwecks, insbesondere eine einseitige Änderung der vertraglich vereinbarten Nutzungsart verbunden ist (vgl. OLG Köln OLGR 1997, 18 = WuM 1997, 620). Vorliegend hatte der Kläger eine Erlaubnis zur Untervermietung für die Untervermietung an einen Herrn W. F. zur Nutzung der Scheune als Getränkeverkaufsraum und des Quergebäudes als Frisier- und Pizza-Lieferservice gestattet. In diesem Zusammenhang schlossen die Parteien unter dem 8. Januar 2005 eine Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag, die zugleich eine Vereinbarung zur Durchführung von Umbaumaßnahmen durch die Beklagte – für die Untervermietung – enthielt. Der Kläger wäre wegen der Änderung der Nutzungsart nicht verpflichtet gewesen, die Erlaubnis für die Untervermietung zu erteilen. Dennoch erteilte der Kläger diese und stimmte sogar dem Umbau des Mietobjektes für die vom Untermieter beabsichtigte andere Nutzungsart zu. Daraus war für die Beklagte ersichtlich, dass der Kläger einer Untervermietung grundsätzlich positiv gegenüber stand. Auch die weitere Anfrage zur Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung an einen Herrn B. mit Schreiben vom 27. März 2006 lehnte der Kläger nicht ab, sondern suchte um Auskunft über die beabsichtigte Nutzungsart nach, wobei die Nachfrage von der Beklagten unbeantwortet blieb. Die Beklagte konnte aus dem vorangegangenen Verhalten des Klägers entnehmen, dass dieser die Erlaubnis zur Untervermietung grundsätzlich – nach Prüfung des in Aussicht genommenen Untervermieters und der beabsichtigten Nutzungsart – erteilen würde. Hier ist auch zu berücksichtigen, dass sich der Geschäftsführer der Beklagten und der Kläger seit 50 Jahren persönlich kennen und der Geschäftsführer der Beklagten das Mietobjekt seit 1987 nutzt – wie der Prozessbevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung unbestritten vorgetragen hat – und im Jahre 1997 der Mietvertrag mit der beklagten GmbH geschlossen worden ist. Gerade bei einem solchen langfristigen Dauerschuldverhältnis sind bei der Ausübung der Rechte einer Partei auch die Interessen und der erkennbare Wille der anderen Partei zu berücksichtigen. Daher kann aus dem bloßen Schweigen des Klägers auf das Schreiben vom 2. Mai 2006 der Beklagten nicht auf eine Verweigerung der Erlaubnis geschlossen werden. Jedenfalls hätte in diesem Schreiben mitgeteilt werden müssen, dass das Schweigen des Klägers innerhalb der gesetzten Frist als Verweigerung der Erlaubnis gewertet werde (vgl. so auch OLG Köln WuM 2000, 597). Im Hinblick auf die vorangegangene Anfrage des Klägers zur beabsichtigten Nutzungsart für den in Aussicht genommenen Untermieter B. war der Beklagten auch bekannt, dass der Kläger im Rahmen der Prüfung der Erlaubniserteilung neben den im Schreiben vom 2. Mai 2006 aufgeführten personenbezogenen Daten weitere Informationen

über vertragsbezogene Daten – nämlich die beabsichtigte Nutzungsart – wünschte. Dies auch deswegen, weil bezüglich des Untermieters F. eine völlig andere als die im Mietvertrag vereinbarte Nutzungsart angedacht war. Daher hätte der Beklagte in diesem Schreiben die beabsichtigte Nutzungsart mitteilen müssen. Das beabsichtigte Gewerbe ist für den Vermieter oder auch andere Mieter von Wichtigkeit (Münchener Kommentar/Schilling, BGB, 4. Auflage, § 540 BGB, Rdnr. 22; vgl. BGH Urteil vom 15. November 2006 – XII ZR 92/04, a. a. O. [= GuT 2007, 19]). Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, dass der Kläger aus der Angabe des Berufes des beabsichtigten Untermieters, nämlich Fliesenlegemeister, die beabsichtigte Nutzungsart habe entnehmen können. Aus der Berufsbezeichnung ergibt sich nicht, dass die Räume auch für die Ausübung dieses Gewerbes genutzt werden sollten. Für die Entscheidung kann daher dahin gestellt bleiben, ob der Kläger bereits kurze Zeit nach Erhalt des Schreibens vom 2. Mai 2006 bei der Beklagten bezüglich der Nutzungsart nachgefragt hat. Denn im Hinblick auf das vorangegangene Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit den bisherigen Untervermietungen war der Beklagten bekannt, dass der Kläger berechtigt eine solche Information für die Prüfung der Erlaubniserteilung verlangt.

Mitgeteilt von VRiKG Bieber, Berlin

§§ 199, 535, 551 BGB Mietkaution; Verjährung des Kautionsanspruchs

Zum Verjährungsbeginn des Kautionsanspruchs des Vermieters.

Die Verjährung des Anspruchs des Vermieters auf Stellung einer Kaution beginnt nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit der Fälligkeit des Anspruchs; der Verjährungsbeginn ist nicht bis zum Ende der Mietzeit hinausgeschoben.

(KG, Beschluss vom 3. 3. 2008 – 22 W 2/08)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin hat den Beklagten auf Stellung einer Bankbürgschaft aus einem unter dem 14. Mai 2003 geschlossenen Mietvertrag in Anspruch genommen.

Der Beklagte hatte zwar eine Bankbürgschaft unter dem 12. Juni 2003 erlangt und zahlte seitdem Avalprovisionen. Der Zugang der von ihm übersandten Bankbürgschaft bei der Klägerin ist jedoch streitig und vom Beklagten nicht unter Beweis gestellt worden.

Die Klägerin hat (erstmalig) mit Schreiben vom 26. Februar 2007 und vom 21. März 2007 die Bürgschaft angemahnt und schließlich Klage erhoben.

Der Beklagte hat sich auf Verjährung berufen, im Termin aber eine neue Bürgschaft gestellt, weshalb die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben.

Das Landgericht Berlin hat dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt, weil es sich bei dem Anspruch des Vermieters auf Stellung der Mietkaution um einen Daueranspruch handele, dieser während des Mietverhältnisses ständig neu entstehe und deshalb nicht verjährt gewesen sei. Der sofortigen Beschwerde des Beklagten hat es nicht abgeholfen.

Aus den Gründen: II. Die gemäß §§ 91a Abs. 2, 567 ff. ZPO zulässige, insbesondere fristgerechte sofortige Beschwerde des Beklagten ist begründet.

Gemäß § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO hat die Klägerin unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, weil die Klage unbegründet gewesen wäre.

1. Der Klägerin stand zwar nach § 6 Nr. 6.1 des Mietvertrages vom 14. Mai 2003 gegen den Beklagten ein Anspruch auf Stellung der Bankbürgschaft zu, deren Erfüllung der Beklagte nicht beweisen konnte.

2. Der Beklagte konnte jedoch aufgrund der von ihm erhobenen Verjährungseinrede die Leistung verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB), weil der Kautionsanspruch der regelmäßigen Verjährungsfrist von 3 Jahren (§ 195 BGB) unterliegt und daher bei Klageeinreichung am 5. April 2007 bereits zum 31. Dezember 2006 verjährt war (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist das Entstehen des Anspruchs, d. h. Fälligkeit und Durchsetzbarkeit erforderlich. Da die Bankbürgschaft entsprechend der Vereinbarung in § 6 Nr. 6.1 des Mietvertrages am 1. Juli 2003 zu leisten war, war der Anspruch seit diesem Tag mit der Folge des Verjährungsbeginns fällig (vgl. LG Darmstadt NJW-RR 2007, 1516 = NZM 2007, 801; LG Duisburg NZM 2006, 774; AG Charlottenburg GE 2007, 451; Ehlert in: Bamberger/Roth, BeckOK BGB, Edition 7 (2007), § 551 Rn. 45; Herrlein NJW 2007, 1249 <1250; IV.>), wie auch der Beklagte zu Recht geltend macht.

Das Landgericht und die Klägerin übersehen bei der auf den Kautionsanspruch begrenzten Betrachtung, dass mit ihrer Argumentation das Gesetz unterlaufen wird und eine Vielzahl von nicht verjährbaren Ansprüchen existieren müsste.

a) Der Umstand, dass ein nicht erfüllter Anspruch fortbesteht, gilt für jeden anderen Anspruch auch und ist offensichtlich nicht geeignet, das Entstehen des Anspruchs – abgesehen von sog. verhaltenen Ansprüchen – beliebig hinauszuschieben.

b) Ebenso wenig ist für den anfänglichen Kautionsanspruch erheblich, dass der Vermieter nach Inanspruchnahme der Kautions die Wiederauffüllung verlangen kann. Dieser Anspruch entsteht erst nach Inanspruchnahme der Kautions und stand hier nicht zur Entscheidung.

c) Soweit das Landgericht darauf abgestellt hat, dass der Mieter zur dauerhaften Zurverfügungstellung verpflichtet sei, hat es einen falschen rechtlichen Ansatz gewählt. Dass dem Gläubiger im Rahmen der getroffenen Vereinbarung die einmal erbrachte Leistung zu überlassen ist, ist eine Selbstverständlichkeit, die aber nicht den Charakter des Anspruchs auf die Leistung umgestaltet. Es ist nicht vertretbar, anzunehmen, derartige Ansprüche, beispielsweise solche auf Darlehensgewährung (vgl. dazu Berger in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl. <2008>, § 488 Rn. 86) – der Ansatz ließe sich aber auch auf jeden anderen Anspruch übertragen –, seien im Ergebnis unverjährbar. Im Übrigen war auch ein solcher „Aufrechterhaltungsanspruch“ nicht Gegenstand der Klage.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 22. Zivilsenats des KG

§§ 562, 562a BGB

Gewerberaumiete; Sonnenstudio; Vermieterpfandrecht; Verwertung; Lagerung außerhalb des Mietgrundstücks

1. Ein Vermieter, der von seinem Vermieterpfandrecht Gebrauch gemacht hat, ist nicht zur Herausgabe der Gegenstände an den Vermieter verpflichtet, wenn er sie nicht sofort verwertet.

2. Das Vermieterpfandrecht erlischt nicht, wenn der das Pfandrecht ausübende Vermieter Gegenstände von der Mietsache entfernt.

(OLG Stuttgart, Urteil vom 10. 4. 2008 – 13 U 139/07)

Aus den Gründen: Die Berufung der Klägerin hat überwiegend Erfolg, die des Beklagten nur zu einem kleinen Teil, wie sich aus nachfolgenden Ausführungen und ergänzend aus dem landgerichtlichen Urteil ergibt.

1. ...

2. Herausgabeanspruch

Die Berufung der Klägerin hat Erfolg. Die Klägerin ist entgegen der Ansicht des Landgerichts [Tübingen] nicht verpflichtet, dem Beklagten die von ihr zurückgehaltenen Gegenstände herauszugeben.

Zwar ist der Herausgabeanspruch des Beklagten entgegen der Auffassung der Berufung ausreichend bestimmt. Es genügt eine solche Beschreibung, dass sie für beide Parteien Klarheit über die Identität der genannten Sachen schafft (Staudinger, BGB, § 985 Rn. 86). Dies ist dadurch erreicht, dass es unstrittig nur um Gegenstände geht, die sich in den Mieträumen befinden, wobei die Klägerin nicht behauptet, dass sich dort ihr gehörende oder den herausverlangten Gegenständen ähnliche Gegenstände befinden, die nicht herausverlangt werden.

Doch ist der Herausgabeanspruch entgegen der Annahme des Landgerichts nicht erloschen, weil die Klägerin die in Besitz genommenen Gegenstände noch nicht verwertet hat. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (Staudinger/Emmerich <2006>, BGB, § 562 Rn. 7 und Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., § 562 Rn. 44) muss der Vermieter nicht, wenn er Sachen des Mieters aufgrund seines Pfandrechts in Besitz genommen hat, die Sachen dem Mieter zurückgeben, wenn er nicht umgehend zur Verwertung schreitet. Beide Kommentatoren beziehen sich zur Begründung ihrer Ansicht auf die Entscheidung LG Mannheim WuM 1978, 141, die eine entsprechende Aussage überhaupt nicht enthält.

Auch unabhängig hiervon kann der Literaturmeinung nicht gefolgt werden. Die Pfandrechtsvorschriften (§§ 1204 ff BGB), die gemäß § 1257 BGB auf das Vermieterpfandrecht anzuwenden sind, bestimmen eine solche Herausgabepflicht nicht. Gemäß § 1217 Abs. 1 BGB kann der Verpfänder, wenn der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders in erheblichem Maße verletzt und das verletzende Verhalten trotz Abmahnung fortsetzt, Hinterlegung auf Kosten des Pfandgläubigers oder Ablieferung an einen gerichtlich zu bestimmenden Verwalter bzw. gemäß Abs. 2 die Rückgabe gegen Befriedigung verlangen. Außerdem ist anerkannt, dass der Verpfänder bei Pflichtverletzungen nach der Verpfändung Schadensersatzansprüche gegen den Gläubiger hat (Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., § 1217 Rn. 5). Das ist aber bei pflichtwidriger Nichtverwertung durch den Pfandgläubiger zunächst ein Anspruch auf den Verzögerungsschaden. Vorliegend kommt hinzu, dass der Beklagte die Klägerin nie zur Verwertung aufgefordert hat und auf diese keinen Wert legt, sondern der Auffassung ist, die Klägerin habe generell kein Pfandrecht.

Dahinstehen kann damit, ob und welche Gegenstände Einrichtungen im Sinne von § 539 Abs. 2 BGB sind, hinsichtlich derer der Wegnahmeduldungsanspruch des Mieters (Beklagten) gemäß § 548 Abs. 2 BGB in 6 Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses verjährt, und zwar auch dann, wenn der Vermieter an den Einrichtungen, die im Eigentum des Mieters geblieben sind, sein Pfandrecht ausübt (Staudinger a. a. O. § 539 Rn. 34 mit Nachweisen). Durch die Geltendmachung eines Vermieterpfandrechts nach Beendigung des Mietverhältnisses wird der Lauf der Verjährungsfrist für den Wegnahmeduldungsanspruch nach § 539 Abs. 2 BGB nicht gehemmt (BGHZ 101, 37 [= WuM 1987, 262]), sodass sich die Klägerin, soweit es um Einrichtungen im Sinne von § 539 Abs. 2 BGB geht, zu Recht auf die Einrede der Verjährung beruft.

Ebenso beruft sie sich, soweit es sich bei den streitbefangenen Gegenständen um Einrichtungen im Sinne von § 539 Abs. 2 BGB handelt, zu Recht auf § 258 BGB, wonach der Vermieter die Gestattung der Wegnahme verweigern kann, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird. Den Mieter trifft im Falle der Wegnahme die Pflicht, die Mietsache auf seine Kosten in den vorigen Stand zurückzusetzen (Staudinger a. a. O. § 539 Rn. 30).

Zu Unrecht beruft sich der Beklagte darauf, dass ihm die Sachen nicht gehören würden und deshalb ein Vermieterpfandrecht an ihnen habe nicht entstehen können. Aus dem Schreiben der S. vom 5. 1. 2006 ergibt sich, dass die Sicherungsübertragung an die S. dem Vermieterpfandrecht nicht entgegensteht. Sie erfolgte erst mit Verträgen vom 30. 3. 2004 bzw. 11. 1. 2005 und damit nach Entstehung des Vermieterpfandrechts, das die Klägerin mit Einbringung der Gegenstände in die vom Beklag-

ten bereits am 1. 2. 2004 übernommenen Mieträume erwarb. Doch selbst wenn ein Vermieterpfandrecht nicht entstanden wäre, hätte jedenfalls der Beklagte keinen Anspruch auf Herausgabe der Gegenstände an sich. Ist er nicht Eigentümer der Gegenstände, hat er kein Recht an ihnen. Dass und wie ihn der angebliche Eigentümer zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs ermächtigt hat, legt der Beklagte nicht dar. Aus dem Schreiben der S. vom 5. 1. 2006 ergibt sich eine Ermächtigung zur Prozessführung nicht. Der Beklagte hat es auch nicht zu diesem Zweck vorgelegt, sondern nur zum Beleg dafür, dass die S. ihm die Abholung erlaubt hat.

Ebenso wenig kann sich der Beklagte auf § 811 Nr. 5 ZPO berufen, wonach bei Personen, die aus ihrer körperlichen oder geistigen Arbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, die zur Fortsetzung dieser Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstände unpfändbar sind. Zwar schadet eine zeitweilige Nichtausübung der Erwerbstätigkeit, etwa wegen Krankheit oder Haft, nicht. Die Möglichkeit künftiger Berufsausübung genügt jedoch nur, wenn schon eine konkrete Aussicht auf baldige Realisierung besteht (vgl. etwa Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 811 Rn. 19 mit Rechtsprechungsnachweisen; Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl., § 811 Rn. 25). Der Beklagte hat nicht dargelegt, dass er bei Schließung des Studios in den Räumen der Klägerin konkrete Aussichten auf Eröffnung eines Studios an anderer Stelle hatte, sondern sich nur allgemein auf § 811 ZPO berufen. Die Klägerin hingegen hat mit Schriftsatz vom 20. 12. 2006 vorgetragen, dass das andere Sonnenstudio des Beklagten im Frühsommer 2006, also bald ein Jahr nach Schließung desjenigen in den Räumen der Klägerin, eröffnet und zudem Ende 2006 bereits wieder geschlossen worden sei. Selbst wenn man, ohne dass der Beklagte dies konkret vorgebracht hat, zu seinen Gunsten aus dem Schreiben der S. vom 5. 1. 2006 entnehmen würde, dass er bereits im Januar 2006 ein anderes Studio eröffnen wollte, ergibt sich mangels näherer Darlegung durch den Beklagten nicht, dass eine entsprechende Absicht bereits ein halbes Jahr zuvor bestand und jetzt noch besteht. Es ist weder erkennbar, dass im Sommer 2005 eine konkrete Aussicht auf Fortsetzung der entsprechenden Berufstätigkeit des Beklagten bestand noch dass sie jetzt besteht.

Schließlich hat der Beklagte keinen Herausgabeanspruch hinsichtlich der beiden aus den Mieträumen entfernten Solarien. Das Vermieterpfandrecht ist durch die Verbringung in den Lagerraum nicht berührt. Zwar bestimmt § 562 a BGB, dass das Pfandrecht des Vermieters erlischt mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück, und es ist herrschende Meinung, dass mit Grundstück die Mietsache gemeint ist (Staudinger, BGB, § 562 a Rn. 4), sodass die Klägerin sich nicht darauf berufen kann, dass sich die Gegenstände noch auf demselben Grundstück wie die Mieträume befinden. Doch erfolgte die Entfernung nicht durch den Mieter oder Dritte, worauf § 562 a zugeschnitten ist, sondern durch den Vermieter, der sein Pfandrecht weiterhin ausüben wollte und sein Recht dadurch verstärkte, dass er die Solarien getrennt in Verwahrung nahm. Sinn und Zweck der Regelung des § 562 a verbieten es, bei einer Entfernung durch den einen gegenteiligen Willen habenden Vermieter von einem Erlöschen des Vermieterpfandrechts auszugehen. Insofern sind die beiden Solarien gleich zu behandeln wie das sonstige Mobilium und Inventar.



**§§ 157, 313, 536, 581 BGB; § 11 BJagdG;
§ 8 BayJagdGAV
Jagdpacht; Hochwildrevier;
fehlendes Rotwild als Standwild; Sachmangel;
Gewährleistung; Geschäftsgrundlage; Niederwildrevier;
Pachtzinsminderung; Jagdpachtdauer**

a) Bei einem als Hochwildrevier verpachteten Jagdrevier muss in Bayern Rotwild als Standwild vorkommen. Fehlt es daran, so stehen dem Jagdpächter wegen eines Sachmangels Gewährleistungsrechte zu.

b) Eine Verkürzung der Pachtzeit zugunsten des Verpächters mit Rücksicht auf die für Niederwildreviere übliche geringere Vertragsdauer ist dann weder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage noch aus dem Gesichtspunkt ergänzender Vertragsauslegung gerechtfertigt.

(BGH, Urteil vom 21. 2. 2008 – III ZR 200/07)

1 Zum Sachverhalt: Der Kläger ist Pächter eines Eigenjagdbezirks der beklagten Stadt. In den ab 1. April 1998 für die Dauer von zwölf Jahren geschlossenen Jagdpachtvertrag trat er anstelle des ursprünglichen Pächters mit Wirkung vom 1. April 2004 ein. Verpachtet ist der Jagdbezirk „als Hochwildrevier“, ohne dass die Beklagte eine Gewähr für die Größe und Ergiebigkeit der Jagd übernahm (§ 1 Abs. 1 des Vertrags). Der Pachtzins sollte jährlich 6825 DM (35 DM/ha = 17,90 €/ha, insgesamt 3489,57 €) betragen.

2 Der Kläger hat behauptet, seit 2004 sei in dem gepachteten Jagdrevier Rotwild nicht mehr als Standwild anzutreffen. Es handle sich deshalb nur noch um ein Niederwildrevier, für das im örtlichen Durchschnitt ein Pachtpreis von lediglich 3 €/ha gezahlt werde. Wegen des Differenzbetrags hat er Minderung geltend gemacht und die Beklagte für die Pachtjahre 2004/2005 und 2005/2006 auf Rückzahlung von 5809,14 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Er hat ferner die Feststellung begehrt, dass der von ihm angepachtete Eigenjagdbezirk ein Niederwildrevier sei, für das der angemessene Pachtzins 3 €/ha betrage. Die Beklagte hat Eventualwiderklage erhoben mit dem Antrag festzustellen, dass der Jagdpachtvertrag zwischen den Parteien zum 31. März 2007 ende. Sie hat die Auffassung vertreten, bei einer etwa berechtigten Minderung wegen Wegfalls der Eigenschaft als Hochwildrevier sei die Geschäftsgrundlage für die vereinbarte Vertragsdauer entfallen. Niederwildreviere würden allgemein nur für die Dauer von neun Jahren verpachtet.

3 Das Landgericht Aschaffenburg ist, sachverständig beraten, zu der Überzeugung gelangt, dass es sich um ein Niederwildrevier handle, und hat einen Pachtpreis von 11,25 €/ha für angemessen gehalten. Es hat auf dieser Grundlage der Klage teilweise stattgegeben und außerdem auf die Hilfswiderklage die Feststellung getroffen, dass der Jagdpachtvertrag mit dem 31. März 2007 ende. Die Entscheidung zur Widerklage hat der Kläger mit der Berufung angefochten. Das Oberlandesgericht Bamberg hat unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung ein Ende des Jagdpachtvertrags erst zum 31. März 2008 festgestellt. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers, mit der er die vollständige Abweisung der Eventualwiderklage begehrt.

4 Aus den Gründen: Die Revision hat Erfolg. Die Widerklage ist insgesamt unbegründet.

5 I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil in OLG-Report Bamberg 2007, 721 veröffentlicht ist, verneint eine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB, da die Parteien die Eigenschaft des verpachteten Reviers als „Hochwildrevier“ ausdrücklich zum Vertragsinhalt gemacht hätten. Es liege zwar ein Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB vor. Gleichwohl bedürfe die Frage, ob der Kläger hieraus die einem Pächter grundsätzlich zustehenden Rechte geltend machen könne beziehungsweise ob es der Beklagten als Verpächterin angesichts

des Mangels verwehrt sei, hieraus eigene Ansprüche zu verfolgen, näherer Prüfung. Vorliegend habe die Beklagte ihre Verpflichtung, dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger die Pacht-sache als Hochwildrevier zu überlassen, unstreitig erfüllt, so dass allein über die Frage zu befinden sei, ob sie auch verpflichtet gewesen sei, die Pachtsache während der Pachtzeit als Hochwildrevier zu erhalten. Das sei zu verneinen. Die jagdrechtlichen Pflichten zum Erhalt des Wildbestandes gingen mit dem Abschluss des Jagdpachtvertrags auf den Pächter über. Dessen Aufgabe sei es daher, durch entsprechende Hegemaßnahmen den Erhalt als Hochwildrevier sicherzustellen. Grundsätzlich treffe ihn somit auch das Risiko des Ausbleibens entsprechenden Wildbestandes. Daraus folge, dass der Pächter die sich aus den §§ 536 ff. BGB ergebenden Rechte nur dann geltend machen könne, wenn der erst im Verlaufe eines Pachtverhältnisses eintretende Verlust der Eigenschaft als „Hochwildrevier“ auf eine von der Verpächterin zu vertretende Ursache zurückzuführen sei. Derartiges werde vorliegend aber weder behauptet noch sei es sonst in irgendeiner Weise ersichtlich. Da andererseits auch ein pflichtwidriges Verhalten des Klägers nicht behauptet werde, sei durch ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln, welche Bedeutung und Tragweite einer Verpachtung als Hochwildrevier zukomme. Die Parteien hätten nicht nur die Höhe des Pachtzinses, sondern auch die Vertragslaufzeit eng mit der vertraglich vereinbarten Eigenschaft des Jagdbezirks verknüpft; die vereinbarte Pachtzeit habe sich an der für Hochwildreviere nach Art. 14 Abs. 2 Satz 1 BayJG geltenden Mindestpachtzeit von zwölf Jahren ausgerichtet. Da für Niederwildreviere lediglich eine gesetzliche Mindestpachtdauer von neun Jahren vorgesehen sei, führe dies im Verhältnis der Parteien unter Berücksichtigung des Umstands, dass es sich bei dem vorliegenden Revier während der ersten sechs Jahre der Vertragslaufzeit tatsächlich um ein Hochwildrevier gehandelt habe, zu einer Gesamtlauzeit des Vertrags von zehn Jahren und somit zu einer Vertragsbeendigung zum 31. März 2008.

6 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

7 1. Auf das Vertragsverhältnis ist gemäß Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB seit dem 1. Januar 2003 das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) anzuwenden.

8 2. a) Zu Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Beklagten auf Anpassung der Vertragsdauer nach § 313 Abs. 1 BGB wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage verneint. Eine Heranziehung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist im Anwendungsbereich der miet- und pachtrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nach den §§ 536 ff. BGB (§ 581 Abs. 2 BGB) grundsätzlich ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1991 – XII ZR 63/90 – NJW-RR 1992, 267 [= WuM 1992, 313]; Urteil vom 16. Februar 2000 – XII ZR 279/97 – NJW 2000, 1714, 1716 [= WuM 2000, 593]; MünchKomm/Häublein, BGB, 5. Aufl., vor § 536 Rn. 7, 25; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2006, Vorbem. zu § 536 Rn. 18). Die diesen Bestimmungen zugrunde liegende gesetzliche Risikoverteilung darf nicht über die Annahme einer Störung der Geschäftsgrundlage verändert werden (Staudinger/Emmerich, a. a. O.). Wie das Berufungsgericht gleichfalls zutreffend entschieden hat, handelt es sich aber bei einem Fortfall der Eigenschaft des Jagdreviers als „Hochwildrevier“ um einen Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB (i. V. m. § 581 Abs. 2 BGB), für den der Verpächter gewährleistungspflichtig ist.

9 b) Der Jagdpachtvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag, auf den die Vorschriften über das Pachtverhältnis (§§ 581 ff. BGB) anzuwenden sind, soweit nicht spezielle jagdrechtliche Bestimmungen oder jagdrechtliche Besonderheiten entgegenstehen (Senatsurteil vom 5. Februar 1987 – III ZR 234/85 – NJW-RR 1987, 839). Gegenstand des Pachtvertrags ist das Jagd-ausübungsrecht; es handelt sich daher um eine Rechtspacht. Die mietrechtlichen Regeln über die Sachmängelgewährleistung gelten jedoch entsprechend (Staudinger/Sonnenschein/Veit,

BGB, Neubearb. 2005, § 581 Rn. 55, 298). Mangel der Mietsache ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands vom vertraglich geschuldeten, sofern dadurch die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch unmittelbar aufgehoben oder gemindert ist (BGH, Urteil vom 21. September 2005 – XII ZR 66/03 – NJW 2006, 899, 900 [= GuT 2006, 19] Rn. 19; Staudinger/Emmerich, a. a. O., § 536 Rn. 5 m. v. N.).

10 c) Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Verpachtet ist der Eigenjagdbezirk der Beklagten „als Hochwildrevier“. Zum Hochwild gehören Schalenwild (unter anderem Rotwild) außer Rehwild, ferner Auerwild, Steinadler und See-adler (§ 2 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 BJagdG). Nach § 8 der Verordnung zur Ausführung des Bayerischen Jagdgesetzes (AV-BayJG) vom 1. März 1983 (GVBl. S. 51) muss in Bayern ferner in einem Hochwildrevier zum Hochwild zählendes Schalenwild außer Schwarzwild regelmäßig erlegt werden. Vorkommen von zum Schalenwild zählendem Hochwild, das während der Jagdzeit nicht ständig im Revier steht (Wechselwild), oder die Zugehörigkeit eines Jagdreviers zu einem Rotwildgebiet machen ein Jagdrevier noch nicht zu einem Hochwildrevier. Rotwild muss deswegen dort als Standwild vorkommen (für das niedersächsische Landesrecht offen gelassen im Senatsbeschluss vom 26. September 1985 – III ZR 174/84 – WPM 1985, 1408). Auf der Grundlage des vom Landgericht eingeholten Sachverständigengutachtens ist indes zwischen den Parteien unstreitig geworden, dass in dem an den Kläger verpachteten Revier Rotwild nicht als Standwild, sondern lediglich unregelmäßig als Wechselwild anzutreffen ist. Damit fehlt es in einem wesentlichen, auch für die Höhe des Pachtzinses entscheidenden Anteil an der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit. Dass die Beklagte nach § 1 Abs. 1 des Jagdpachtvertrags keine Gewähr für Größe und Ergiebigkeit der Jagd übernommen hat, enthält nach der nicht zu beanstandenden Auslegung des Berufungsgerichts lediglich einen Ausschluss der Gewährleistung für eine bestimmte Abschussmenge an Hochwild und lässt die Notwendigkeit, dass zum Hochwild zählendes Schalenwild im Revier überhaupt als Standwild vorkommt, nicht entfallen. Das entspricht – unter Berücksichtigung landesrechtlicher Besonderheiten – auch überwiegend vertretener Auffassung (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 26. November 1999 – 10 U 376/99 – juris Rn. 10 ff., in r+s 2000, 439 insoweit nicht abgedruckt; OLG Köln VersR 1992, 193 = Jagdrechtliche Entscheidungen II Nr. 114; LG Amberg Jagdrechtliche Entscheidungen III Nr. 116; LG Marburg Jagdrechtliche Entscheidungen III Nr. 182; AG Lauterbach, Jagdrechtliche Entscheidungen III Nr. 132; Leonhardt, Jagdrecht, Stand 1. August 2007, Erl. zu § 11 BJagdG <Kennzahl 11.11> 2. 9 S. 13 ff.; einschränkend für die Rechtslage in Rheinland-Pfalz OLG Koblenz Jagdrechtliche Entscheidungen III Nr. 147; für Hessen AG Rothenburg a. d. Fulda Jagdrechtliche Entscheidungen III Nr. 181; siehe auch MünchKomm/Harke, a. a. O., § 581 Rn. 37).

11 3. a) Dieselben Gründe, die hiernach zur Unanwendbarkeit der Regeln über eine Störung der Geschäftsgrundlage im Anwendungsbereich der Gewährleistungsvorschriften führen, verbieten aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch einen Rückgriff auf das Institut der ergänzenden Vertragsauslegung und eine von den §§ 536 ff. BGB nicht gedeckte Anpassung des Vertragsinhalts auf diesem Wege. Die ergänzende Vertragsauslegung setzt eine Regelungslücke im Vertrag – eine planwidrige Unvollständigkeit – voraus (BGHZ 127, 138, 142; Senatsurteil BGHZ 163, 42, 47; BGHZ 170, 311, 322 Rn. 26). Eine Vertragsergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen kommt darum nicht in Betracht, wenn bereits das dispositive Recht diese Lücke schließt (vgl. BGHZ 137, 153, 157; 146, 250, 261; Senatsurteil vom 24. Januar 2008 – III ZR 79/07 – Um-druck S. 7 Rn. 14; z. Vb.). Bei Sachmängeln erfolgt der Lückenschluss jedoch mangels einer besonderen Parteiabrede durch die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen. Mit einer zusätzlichen Anwendung der Grundsätze über die ergänzende Vertragsauslegung würde, nicht anders als bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage, nicht nur die gesetzliche Regelung über

die Gewährleistung mindestens teilweise beiseite geschoben, sondern dadurch würde auch, insbesondere bei der hier in Rede stehenden Vertragsanpassung zugunsten des Vermieters oder Verpächters, die gesetzliche Risikoverteilung unterlaufen, die das Mängelrisiko grundsätzlich dem Vermieter (Verpächter) zuweist. Das Gesetz gesteht bei Mängeln der Mietsache allein dem Mieter bestimmte Rechte zu (Minderung, Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche nach den §§ 536 ff. BGB oder Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 und 4 BGB). Der Vertragsinhalt im Übrigen bleibt davon unberührt, insbesondere findet ein Ausgleich zugunsten des Vermieters – etwa durch Verkürzung der Vertragslaufzeit – nicht statt. Dass sich vorliegend die vereinbarte Vertragsdauer an der gesetzlichen Mindestpachtzeit für Hochwildreviere orientiert hat, ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ohne Belang.

12 b) Davon abgesehen sind die vom Berufungsgericht für seine abweichende Ansicht angeführten Gründe auch in sich nicht stichhaltig. Es trifft zwar zu, dass auf den Jagdpächter die Pflicht zur Hege des Wildes nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BJagdG übergeht (Mitzschke/Schäfer, BJagdG, 4. Aufl., § 11 Rn. 59). Das bedeutet indes nicht, dass er den Erhalt des Reviers als Hochwildrevier, wie das Berufungsgericht formuliert, „sicherzustellen“ hätte und demnach grundsätzlich ihn das Risiko eines Ausbleibens von Hochwild als Standwild trafe. Dem steht schon entgegen, dass der Wildbestand von zahlreichen anderen Faktoren außerhalb des Einflussbereichs eines Jagdpächters abhängt, die allein der Risikosphäre des nach § 535 Abs. 1 BGB (§ 581 Abs. 2 BGB) zur Gebrauchsgewährung verpflichteten Verpächters zuzuordnen sind (Lage, Größe, Form und Beschaffenheit des Reviers, Art und Umfang der Nutzung des Waldes sowie angrenzender Flächen durch Dritte), und die nach den Feststellungen des in erster Instanz bestellten Sachverständigen gerade in dem vom Kläger gepachteten Revier Rotwild als Standwild fast ausschließen. Hegemaßnahmen können diesen Tatbestand nur bedingt beeinflussen. Es ist deswegen verfehlt, hieraus eine Einstandspflicht des Jagdpächters für das Vorkommen von Hochwild zu folgern und auf diese Weise den Verpächter von seiner grundsätzlichen Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung zu entlasten. Das Berufungsgericht setzt sich mit seiner Risikoverteilung zu Lasten des Jagdpächters auch in Widerspruch zu seiner – rechtlich zutreffenden (oben 2 c) – Annahme eines Sachmangels nach § 536 BGB. Ein solcher Mangel kann nur gegeben sein, wenn und soweit der Vermieter oder Verpächter gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Erfüllung verpflichtet ist. Das bedeutet aber umgekehrt, dass der Vermieter insoweit verschuldensunabhängig auch das Erfüllungsrisiko trägt, falls nicht der Mieter selbst – wofür im Streitfall kein Anhalt besteht – pflichtwidrig den Mangel verursacht hat. Mit der Feststellung eines Mangels ist daher die Folgerung verbunden, dass die Nachteile hieraus nicht den Mieter oder Pächter, sondern den Vermieter (Verpächter) treffen.

13 III. Das angefochtene Urteil kann nach alledem nicht bestehen bleiben. Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif. Eine Reduzierung der Pachtlaufzeit kommt unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Betracht. Infolgedessen ist unter Aufhebung und Abänderung der vorinstanzlichen Entscheidungen die Widerklage in vollem Umfang abzuweisen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

www.gut-netzwerk.de

Fachleute auf den Gebieten Recht, Wirtschaft, Wettbewerb, Steuern, Miete, Leasing, Immobilien, Stadtentwicklung, Architektur, Politik und Kultur
im Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum
Erleichtern Sie Ratsuchenden die Kontaktaufnahme über das GuT-Netzwerk!

Art.101 GG; § 861 BGB

**Landpacht; Pflugaustauschvertrag; Neue Bundesländer;
Besitzstörung;
Abtretbarkeit des Besitzentziehungsanspruchs;
Mitwirkung ehrenamtlicher Richter am Verfahren**

1. Der Besitzentziehungsanspruch nach § 861 Abs.1 BGB ist abtretbar.

2. Das Recht auf den gesetzlichen Richter ist verletzt, wenn im Zivilprozess die zur Mitwirkung berufenen ehrenamtlichen Richter nicht auch an der Entscheidung über die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung aufgrund eines nachgereichten Schriftsatzes beteiligt waren.

(BGH, Urteil vom 23.11.2007 – LwZR 5/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die verstorbene Ehefrau des Klägers war Inhaberin eines Landwirtschaftsbetriebs.

Sie schloss am 10. Januar 2005 mit der Agrargenossenschaft eG G. ... i. L. eine Flächennutzungsvereinbarung, rückwirkend ab dem 1. Oktober 2004, für das Wirtschaftsjahr 2004/2005. Darin ist die Überlassung landwirtschaftlich genutzter Flächen, unter denen sich nach der Behauptung des Klägers auch die streitgegenständlichen Flächen befinden, an die Ehefrau des Klägers vorgesehen. Tatsächlich bewirtschaftete H.-S. K. diese Flächen im Wirtschaftsjahr 2004/2005, entweder im Rahmen seines eigenen Landwirtschaftsbetriebs oder als Arbeitnehmer in dem Betrieb der Ehefrau des Klägers.

2 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 18. August 2005 übertrug der Kläger den von seiner Ehefrau geerbten Betrieb auf H.-S. K. Der Übergang des Besitzes, der Nutzung, der Gefahr und der Lasten wurde zum 1. September 2005 vereinbart. H.-S. K. erntete die im Wirtschaftsjahr 2004/2005 mit Weizen und Mais bestellten Flächen ab. Seit Anfang September 2005 bewirtschaftet die Beklagte die Flächen.

3 Der Kläger hat sowohl aus eigenem als auch aus von H.-S. K. abgetretenem Recht beantragt, der Beklagten zu untersagen, die Flächen zu befahren, zu bewirtschaften und/oder abzuernsten oder anderen Landwirten zur Bewirtschaftung zu überlassen. Das Amtsgericht Wernigerode – Landwirtschaftsgericht – hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht Naumburg – Senat für Landwirtschaftssachen – hat ihr stattgegeben.

4 Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, will die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung erreichen.

5 **Aus den Gründen:** I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann offen bleiben, ob sich – wie die Beklagte behauptet hat – am 30. August 2005 H.-S. K. und die Beklagte über die Zuweisung der Flächen an sie geeinigt haben. Fehle es an dieser Vereinbarung, könne der Kläger aus abgetretenem Recht Besitzschutz nach § 861 BGB in Anspruch nehmen. Sei die Vereinbarung zustande gekommen, ergebe sich der Anspruch des Klägers – ebenfalls aus abgetretenem Recht – seit dem Ablauf des Wirtschaftsjahres am 30. September 2006 aus § 596 Abs. 1 BGB, weil die Vereinbarung als gekündigt anzusehen sei. Gegenansprüche der Beklagten stünden dem Anspruch nicht entgegen.

6 Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

7 II. Das Berufungsurteil ist bereits deshalb aufzuheben, weil das Berufungsgericht – wie die Beklagte zutreffend rügt – bei der Entscheidungsfindung nicht vorschriftsmäßig besetzt war.

8 I. Der Rechtsstreit betrifft eine Landpachtsache (§ 1 Nr. 1a LwVG). Nach § 48 Abs. 1 Satz 1 LwVG handelt es sich um eine streitige Landwirtschaftssache, in der das Gesetz die Beteiligung von zwei ehrenamtlichen Richtern in allen Instanzen vorsieht (§ 2 Abs. 2 LwVG). Das hat das Berufungsgericht zunächst auch beachtet; an der mündlichen Verhandlung am 31. Januar 2007 haben zwei ehrenamtliche Richter mitgewirkt, sie sind

auch im Eingang des Berufungsurteils aufgeführt. Aus den Prozessakten ist jedoch nicht ersichtlich, dass sie auch an der späteren Entscheidung über die – von dem Berufungsgericht abgelehnten – Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung aufgrund des nachgereichten Schriftsatzes der Beklagten vom 2. Februar 2007 beteiligt waren. Die Hinzuziehung der ehrenamtlichen Richter war jedoch notwendig, weil die in § 20 Abs. 1 LwVG genannten Ausnahmen nicht vorlagen.

9 2. Somit war das Berufungsgericht bei seiner Entscheidungsfindung nicht ordnungsgemäß besetzt (vgl. OLG Jena RdL 1998, 36). Dieser Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist nach § 547 Nr. 1 ZPO ein absoluter Revisionsgrund. Das hat zur Folge, dass die Kausalität der Rechtsverletzung für die angefochtene Entscheidung unwiderlegbar vermutet wird. Deshalb ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

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

11 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers wegen Besiztziehung nach § 861 Abs. 1 BGB und nicht einen Anspruch wegen Besiztstörung nach § 862 Abs. 1 BGB in Betracht gezogen.

12 Zwischen Besiztziehung und Besiztstörung besteht ein quantitativer Unterschied. Besiztziehung ist der totale und dauernde Ausschluss von der faktischen Sachherrschaft, Besiztstörung eine Verhinderung der Ausübung der Herrschaft über die Sache in einzelnen Beziehungen; die Besiztziehung nimmt dem Besizer die tatsächliche Gewalt über die Sache vollständig und nicht nur vorübergehend, Beeinträchtigungen anderer Art sind Besiztstörungen (Staudinger/Bund <2000>, § 858 Rdn. 11 f. m.w.N.). Nach diesen Grundsätzen ist die Bewirtschaftung der von dem Kläger beanspruchten Flächen durch die Beklagte als Besiztziehung anzusehen. Denn der Kläger ist von der Sachherrschaft über die Flächen insgesamt und auf unabhsehbare Zeit ausgeschlossen.

13 2. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass der Anspruch wegen Besiztziehung abtretbar ist.

14 a) Bereits das Reichsgericht hat die Abtretbarkeit bejaht; insbesondere sei sie nicht nach § 399 BGB ausgeschlossen, weil durch die Einräumung des Besitzes an den Zessionar der Inhalt der ursprünglichen Leistung nicht verändert werde (Recht 1914 Nr. 1839). Dem folgt die Kommentarliteratur (siehe nur Erman/Lorenz, BGB, 11. Aufl., § 861 Rdn. 3; MünchKommBGB/Joost, 4. Aufl., § 861 Rdn. 5; Palandt/Bassenge, BGB, 66. Aufl., § 861 Rdn. 1; Soergel/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 861 Rdn. 4; Staudinger/Bund <2000>, § 861 Rdn. 4). In der übrigen Literatur wird, soweit ersichtlich, nur einmal die Auffassung vertreten, dass der Anspruch nach § 861 Abs. 1 BGB nicht abgetreten werden könne (Woitkewitsch, MDR 2005, 1023, 1024).

15 b) Der Senat folgt der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Es gibt keinen Grund, der die Nichtabtretbarkeit des Anspruchs rechtfertigt.

16 aa) Insbesondere steht der Abtretbarkeit nicht die Überlegung entgegen, dass der Anspruch nach § 861 BGB untrennbar mit dem unmittelbaren Besitz an der Sache verbunden sei (anders Woitkewitsch, a. a. O.). Denn das bedeutet nichts anderes, als dass der Anspruch auf dem unmittelbaren Besitz beruht. Er entsteht aber zwangsläufig erst, wenn dem Berechtigten der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist. Ab diesem Zeitpunkt fallen unmittelbarer Besitz und Anspruch auseinander. Die Abtretung erfasst nur den Anspruch; der – entzogene – Besitz bleibt von ihr unberührt. Deshalb spricht es auch nicht gegen die Abtretbarkeit, dass die possessorischen Ansprüche den Besitz als solchen schützen, die Abtretung der tatsächlichen Sachherrschaft jedoch nicht möglich ist (anders wiederum Woitkewitsch, a. a. O.).

17 bb) Die von der Revision gezogene Parallele zu § 862 BGB begründet die Nichtabtretbarkeit des Anspruchs ebenfalls nicht. Zwar kann der Anspruch wegen Besiztstörung (§ 862 BGB) nicht isoliert, sondern nur dann abgetreten werden, wenn der Besitz an den Zessionar übertragen wird (MünchKommBGB/Joost, 4. Aufl., § 862 Rdn. 8; Soergel/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 862 Rdn. 3 m.w.N.; Staudinger/Bund <2000>, § 862 Rdn. 8 m.w.N.). Aber das ist die notwendige Folge davon, dass bei der Besiztstörung der unmittelbare Besizer seinen Besitz behält, ihn allerdings nicht uneingeschränkt ausüben kann. Bei der Besiztziehung verliert der Besizer dagegen den Besitz vollständig, so dass er nicht – zusammen mit der Abtretung des Anspruchs aus § 861 Abs. 1 BGB – an den Zessionar übertragen werden kann.

18 3. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, dass der Kläger den an ihn abgetretenen Anspruch wegen Besiztziehung rechtzeitig geltend gemacht hat. Es hat – worauf die Revision zutreffend hinweist – übersehen, dass die einjährige Ausschlussfrist nach § 864 Abs. 1 BGB, innerhalb derer der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht werden muss, nur gewahrt ist, wenn feststeht, dass die Klage innerhalb der Frist von dem dazu Befugten erhoben worden ist (vgl. BGHZ 108, 21, 30). Der Lauf der Frist beginnt mit der Verübung der verbotenen Eigenmacht; das ist der Zeitpunkt, in dem die Besiztziehung vollendet ist (Staudinger/Bund <2000>, § 864 Rdn. 2). Das war hier Anfang September 2005 der Fall, als die Beklagte mit der Bewirtschaftung der Flächen begann. In diesem Zeitpunkt war allerdings nach der nicht zu beanstandenden Feststellung des Berufungsgerichts nicht der Kläger, sondern H.-S. K. Besizer der Flächen. Demgemäß war er Inhaber des Besiztziehungsanspruchs. Diesen hat jedoch der Kläger mit der Klage geltend gemacht. Dazu war er bis zur Abtretung des Anspruchs nicht befugt. Die Abtretung erfolgte erst am 4. Oktober 2006, mithin nach dem Ablauf der Ausschlussfrist Anfang September 2006. Da diese Frist nicht gewahrt wurde, ist der Anspruch erloschen.

19 4. Somit kommt nur ein Anspruch des Klägers – aus abgetretenem Recht – nach § 596 Abs. 1 BGB in Betracht. Das hat das Berufungsgericht zwar im Ausgangspunkt zutreffend erkannt. Es hat aber zu Unrecht eine wirksame Kündigung des – nach der Behauptung der Beklagten am 30. August 2005 zustande gekommenen – Flächentauschvertrags zum 30. September 2006 angenommen.

20 a) Ohne Erfolg rügt die Revision allerdings, das Berufungsgericht habe den zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz verletzt, indem es die Anträge des Klägers und des H.-S. K. auf Erlass einstweiliger Verfügungen in den Verfahren vor dem Landwirtschaftsgericht, deren Akten das Berufungsgericht beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht hat, als Kündigungen angesehen habe. Richtig ist zwar, dass ein Antrag auf Beiziehung von Akten nach § 432 ZPO grundsätzlich nicht den gesetzlichen Erfordernissen genügt, wenn die Partei nicht näher darlegt, welche Urkunden oder Akteile sie für erheblich hält; gibt der Tatrichter einem Antrag auf Beiziehung von Akten statt, obwohl dieser Antrag den Erfordernissen nicht genügt, wird damit nicht ohne weiteres der gesamte Akteninhalt zum Gegenstand des Rechtsstreits, weil der Tatrichter eine unzulässige Beweismittlung betrieb, wenn er von sich aus die beigezogenen Akten daraufhin überprüfte, ob sie Tatsachen enthalten, die einer Partei günstig sind (BGH, Urt. v. 12. November 2003, XII ZR 109/01, NJW 2004, 1324, 1325). So lagen die Dinge hier aber nicht. Es ging nicht um die beweismäßige Verwertung der beigezogenen Akten im Wege des Urkundenbeweises nach §§ 415 ff. ZPO. Ein entsprechender Beweis Antrag nach § 432 Abs. 1 ZPO wurde nicht gestellt; demgemäß hat das Berufungsgericht keinen Beweisbeschluss (§ 358 ZPO) erlassen. Das war auch nicht erforderlich. Denn es war – und ist – unstreitiger Prozessstoff, dass sowohl der Kläger als auch H.-S. K. in den einstweiligen Verfügungsverfahren

versucht haben, der Beklagten die Nutzung der in Frage stehenden Flächen zu untersagen. Diesen Umstand durfte das Berufungsgericht ohne weiteres in seine Beurteilung einbeziehen.

21 b) Ebenfalls erfolglos macht die Revision geltend, dass der Anspruch nach § 596 Abs. 1 BGB nicht an den Kläger habe abgetreten werden können. Entgegen ihrer Auffassung führt die Herausgabe der Flächen an den Kläger statt an H.-S. K. nicht zu einer Änderung des Inhalts der Leistung, bei der die Abtretung nach § 399 Halbs. 1 BGB ausgeschlossen wäre. Denn ein schutzwürdiges Interesse der Beklagten an der Beibehaltung von H.-S. K. als Gläubiger des Herausgabeanspruchs, welches die Abtretbarkeit ausschließt (vgl. BGH, Urt. v. 2. Juli 2003, XII ZR 34/02, NJW 2003, 2987 [= GuT 2003, 176]), ist weder vortragen noch ersichtlich. Insbesondere spielt der Gesichtspunkt, dass die Beklagte nach der Beendigung des Flächentauschvertrags einen Anspruch gegen H.-S. K. auf Herausgabe der von ihr zur Verfügung gestellten Flächen hat, in diesem Zusammenhang keine Rolle. Denn davon wird ihre eigene Herausgabepflicht weder rechtlich (vgl. §§ 404, 406, 596 Abs. 2 BGB) noch in sonstiger Weise berührt.

22 c) Nach den bisher von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen scheidet eine durch Kündigung herbeigeführte Beendigung des Flächentauschvertrags vom 30. September 2006 jedoch aus.

23 aa) Ein solcher Vertrag wird im landwirtschaftlichen Bereich üblicherweise als Pflugtauschvertrag bezeichnet. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Vertragsverhältnis, auf welches die §§ 585 ff. BGB grundsätzlich entsprechende Anwendung finden; die Ausgestaltung der Gegenleistungsverpflichtung als Pflicht zur Überlassung des unmittelbaren Besitzes an anderen Grundstücken macht jede der Vertragsparteien zu Pächtern der ihr überlassenen Grundstücke und zu Verpächtern der als Gegenleistung überlassenen Grundstücke (BGH, Urt. v. 13. Juli 2007, V ZR 189/06, WPM 2007, 2124, 2125 [= GuT 2007, 305]). Pflugtauschverträge dienen entweder der Sicherung einer Fruchtfolge oder der Arrondierung von Betriebsflächen; üblicherweise werden sie im ersten Fall auf kurze Zeit oder unbefristet mit der Möglichkeit der Kündigung entsprechend § 594a BGB, im zweiten Fall auf lange Dauer vereinbart (BGH, Urt. v. 13. Juli 2007, V ZR 189/06, a. a. O.).

24 bb) Danach ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Parteien eines Pflugtauschvertrags wollten regelmäßig keine langfristige vertragliche Bindung eingehen, sondern die wechselseitige Nutzung der Flächen ohne weitere Voraussetzungen kurzfristig beenden, weshalb ein Pachtenschutz grundsätzlich nicht in Betracht komme, rechtlich nicht haltbar. Vielmehr kommt es für die Vertragslaufzeit auf den Zweck des Pflugtausches und die vereinbarte Dauer im Einzelfall an. Da die von der Beklagten behauptete Vereinbarung der Flächenarrondierung diente, ist davon auszugehen, dass eine langfristige Bindung der Parteien gewollt war. In diesem Fall konnten die Kündigungen durch den Kläger und H.-S. K. nicht zum 30. September 2006 wirksam werden, sondern nach § 594a BGB allenfalls zum 30. September 2007. Die Möglichkeit einer vorherigen Vertragsbeendigung hätten die Parteien ausdrücklich vereinbaren müssen.

25 5. Nach alledem wird das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung klären müssen, ob die Beklagte tatsächlich die Flächen bewirtschaftet, die nach der Behauptung des Klägers ab dem 1. Oktober 2004 seine Ehefrau bewirtschaften durfte. Weiter ist zu klären, ob und gegebenenfalls mit welcher Laufzeit die von der Beklagten behauptete Flächentauschvereinbarung zustande gekommen ist, damit der Zeitpunkt der Beendigung festgestellt werden kann. Dagegen bedarf es keiner Klärung, welche Flächen die Beklagte auf der Grundlage der – eventuellen – Vereinbarung zur Bewirtschaftung durch H.-S. K. zur Verfügung gestellt hat. Denn ein Zurückbehaltungsrecht wegen ihres Herausgabeanspruchs steht ihr nach § 596 Abs. 2 BGB nicht zu, so dass es zu keiner Zug-um-Zug-Verurteilung kommen kann.

26 Der Kläger erhält durch die Zurückverweisung die Gelegenheit, seinen Klageantrag dem Inhalt des Anspruchs nach § 596 Abs. 1 BGB anzupassen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Art. 14 GG;
§§ 88, 71, 70, 51, 36, 16, 10 FlurbereinigungsG
Landwirtschaftliche Pacht; Flurbereinigung;
Enteignungs-Entschädigungsanspruch des Pächters;
Pachtbetrieb; Durchschneidung; Grundstücke im Schlag;
Baulandsache; Eisenbahntrasse; Bundesautobahn;
Verkehrsprojekt „Deutsche Einheit“; Neue Bundesländer

a) Die Regelungen des Flurbereinigungsgesetzes stehen der Entschädigung eines Pächters für durch eine vorläufige Besitzeinweisung im Unternehmensflurbereinigungsverfahren entstehende Nachteile nicht entgegen.

b) Die Zugehörigkeit einer räumlich zusammenhängenden landwirtschaftlichen Nutzfläche, die nicht durch Wege, Gräben und dergleichen durchzogen wird und eine beträchtliche Größe hat (Schlag), als Wirtschaftseinheit zu einem landwirtschaftlichen (Pacht-)Betrieb ist eine eigentumsrechtlich geschützte Position.

c) Die in der Zugehörigkeit aller im Schlag befindlichen Grundstücke zum Betrieb des Pächters wurzelnden besonderen wirtschaftlichen Vorteile sind nur solange gesichert und damit entschädigungsrechtlich bedeutsam, als die einzelnen Grundstücke in den landwirtschaftlichen Betrieb einbezogen sind. Eine durchschnittliche Pachtdauer aller im Schlag befindlichen Grundstücke kann nicht zum Maßstab für die Entschädigung des Pächters gemacht werden, wenn für die landwirtschaftliche Bearbeitung des gesamten Schlags ganz wesentliche und zentrale Grundstücke eine kürzere Pachtdauer aufweisen.

(BGH, Urteil vom 13.12.2007 – III ZR 116/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beteiligten streiten um eine Entschädigung wegen Wirtschaftserschwermissen, die im Zuge der Durchschneidung landwirtschaftlicher (Pacht-) Flächen eingetreten sind.

2 Die Beteiligte zu 1 ist Vorhabenträgerin für den Bau einer ICE-Trasse im Rahmen des Verkehrsprojektes „Deutsche Einheit“ – Straße Nr. 16/Schiene Nr. 8 (Bündelungstrasse) –, die Beteiligte zu 2 ist Vorhabenträgerin für den Bau der Bundesautobahn 71 im Rahmen dieses Verkehrsprojekts. Die Beteiligte zu 3 bewirtschaftet aufgrund von Pachtverträgen bzw. Pflugtauschrechten den circa 50 ha großen, nahezu quadratisch geschnittenen Schlag Nr. ..., der durch die Trassen der beiden Verkehrsprojekte durchschnitten wird. Mit Beschluss vom 13. Oktober 1995 wurde für die genannten Verkehrsprojekte und die damit verbundenen Folgemaßnahmen das Unternehmensflurbereinigungsverfahren „E.“ angeordnet. Durch vorläufige Anordnung vom 7. August 1996 gemäß § 88 Nr. 3 i. V. m. § 36 des Flurbereinigungsgesetzes (FlurbG) wies die Beteiligte zu 4 die Beteiligte zu 2 mit Wirkung vom 1. Oktober 1996 in den Besitz der für die Bundesautobahn 71 als Teil der Bündelungstrasse benötigten Flächen ein. Die Beteiligte zu 1 wurde durch vorläufige Anordnung vom 11. September 1997 mit Wirkung vom 1. November 1997 in den Besitz der für die ICE-Trasse erforderlichen Flächen eingewiesen. Durch die vorläufigen Besitzeinweisungen wurde der von der Beteiligten zu 3 bewirtschaftete Schlag durchtrennt.

3 Auf Antrag der Beteiligten zu 3 setzte die Beteiligte zu 4 mit Bescheid vom 3. Februar 2004 die streitige Entschädigung in Höhe von 10.677,83 € für Wirtschaftserschwermissen fest. Die Beteiligte zu 4, sachverständig beraten, hat sie anhand einer durchschnittlichen Pachtdauer von 5,36 Jahren für die im bewirtschafteten Schlag befindlichen Grundstücke ermittelt.

4 Mit ihrem Antrag auf gerichtliche Entscheidung haben sich die Beteiligten zu 1 und 2 gegen die Festsetzung der Enteignungsentschädigung gewandt. Dieser Antrag ist in beiden Vorinstanzen [LG Meiningen; OLG Jena] ohne Erfolg geblieben.

5 Das Berufungsgericht hat die Revision hinsichtlich der Rechtsfrage der Entschädigung eines Bewirtschafters für Wirtschafterschwernisse als Folge einer vorläufigen Anordnung zugelassen.

6 Mit ihrer Revision verfolgen die Beteiligten zu 1 und 2 ihren Antrag auf gerichtliche Entscheidung weiter.

7 **Aus den Gründen:** Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Beteiligten zu 3 stehe als Pächterin beziehungsweise Nutzungsberechtigter die im angefochtenen Bescheid festgesetzte Enteignungsentschädigung zu. Sie sei Inhaberin eines durch Art. 14 GG geschützten landwirtschaftlichen Betriebs, dem die innerhalb des Schlags 42 gelegenen, durch Nutzungsverträge gesicherten Grundstücksflächen zugeordnet seien. Durch die Durchschneidung sei es zu Erschwernissen für die Bewirtschaftung der von der vorläufigen Besitzeinweisung betroffenen Restflächen gekommen. Dieser Nachteil habe zu einer Substanzminderung des landwirtschaftlichen Betriebs geführt und sei mithin zu entschädigen. Dem stehe nicht entgegen, dass das Unternehmensflurbereinigungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei. Auch sei unerheblich, dass die Wirtschafterschwernisse infolge der Durchschneidung nur vorübergehender Natur sein könnten. Der Gesichtspunkt des Verbots einer Doppelentschädigung stehe den Ansprüchen der Beteiligten zu 3 nicht entgegen. Zwar entspreche die Entschädigung nach dem Durchschnittswert von 5,36 Jahren für die Laufzeiten aller für die Flächen innerhalb des Schlags geschlossenen Verträge nicht den Maßgaben für die Höhe einer Enteignungsentschädigung. Innerhalb des vom angefochtenen Bescheid für maßgeblich erachteten Zeitraums habe die Beteiligte zu 3 aber den Schlag vollständig bewirtschaftet. Unerheblich sei es auch, wenn während dieses Zeitraums die Nutzungsverträge für einzelne Flächen verlängert bzw. erneut abgeschlossen worden seien. Auch die Höhe der festgesetzten Enteignungsentschädigung sei nicht zu beanstanden.

9 II. Das Berufungsurteil steht trotz der beschränkten Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht zur vollen Überprüfung des Senats, da die Beschränkung der Zulassung auf eine Rechtsfrage unwirksam ist (vgl. BGH Urteil vom 4. Juni 2003 – VIII ZR 91/02 – NJW-RR 2003, 1192).

10 Die Revision der Beteiligten zu 1 und 2 hat Erfolg.

11 1. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision stand, soweit es der Beteiligten zu 3 eine Entschädigung dem Grunde nach zuspricht. Ein Entschädigungsanspruch ergibt sich hier aus § 88 Nr. 3 Satz 3, Nr. 6 Satz 1 FlurbG, § 19 Abs. 5 FStG i. V. m. § 42 Abs. 5 ThürStG, § 22 Abs. 4 AEG; § 37 Abs. 4 Satz 1, § 11 Abs. 1 Satz 1 ThürEG.

12 a) Die Beteiligte zu 4 hat die Beteiligten zu 1 und 2 auf deren Antrag vorläufig nach § 88 Nr. 3 Satz 1, § 36 Abs. 1 FlurbG in den Besitz der für ihre Vorhaben benötigten Flächen eingewiesen. Hierdurch wurde der von der Beteiligten zu 3 aufgrund von Pachtverträgen und Pflugtauschrechten bewirtschaftete Schlag durchschnitten.

13 b) Gemäß § 88 Nr. 3 Satz 3 FlurbG hat der Träger des Unternehmens, hier die Beteiligten zu 1 und 2, den am Flurbereinigungsverfahren Beteiligten für die infolge der vorläufigen Anordnung entstandenen Nachteile Entschädigung zu leisten. Dabei richten sich die zu erbringenden Leistungen und Geldentschädigungen nach dem für das Unternehmen geltenden Gesetz. Das ist für die Beteiligte zu 1 das Allgemeine Eisenbahngesetz und für die Beteiligte zu 2 das Bundesfernstraßengesetz. Beide Gesetze verweisen auf die Vorschriften des Thüringer Enteignungsgesetzes.

14 c) Entgegen der Auffassung der Revision steht die Entschädigungsberechtigung der Beteiligten zu 3 hinsichtlich der von der vorläufigen Besitzeinweisung nachteilig betroffenen Flächen nicht in Widerspruch zu den allgemeinen, die Regelflurbereinigung betreffenden und den sonstigen, für die Unternehmensflurbereinigung geltenden Bestimmungen des Flurbereinigungsgesetzes.

15 aa) Soweit die Revision meint, der Inanspruchnahme der Beteiligten zu 1 und 2 stehe § 36 Abs. 1 Satz 2 und 3 FlurbG entgegen, weil diese Vorschrift abschließend die Entschädigungsansprüche nach einer vorläufigen Besitzeinweisung regelt, ist ihr nicht zu folgen. Bei der Geldentschädigung nach § 88 Nr. 3 Satz 3, Nr. 6 Satz 1 FlurbG handelt es sich nicht um den Härteausgleich nach § 36 Abs. 1 Satz 2 (Senatsurteil BGHZ 89, 69, 73; BVerwGE 50, 333, 337, 342). Die Härteausgleichsregelungen verdrängen deshalb nicht die enteignungsrechtlichen Ansprüche (BVerwGE a. a. O. S. 342).

16 bb) Ebenso wenig greift der Einwand der Revision durch, eine Entschädigung für vorübergehende Nachteile komme nur nach § 51 Abs. 1 FlurbG in Betracht. Zwar ist der Auffassung des Berufungsgerichtes nicht zu folgen, dass § 88 Nr. 3 Satz 3, Nr. 6 Satz 1 FlurbG den § 51 Abs. 1 FlurbG als Spezialvorschrift verdränge. Gleichwohl berührt die letztgenannte Norm nicht die Anwendung des § 88 Nr. 3 Satz 3, Nr. 6 Satz 1 FlurbG. Beide Vorschriften haben nämlich unterschiedliche Anwendungsbereiche. § 51 Abs. 1 FlurbG verpflichtet die Teilnehmergemeinschaft (BVerwGE 59, 79, 84; BVerwG RdL 1962, 106) zum Ausgleich bei vorübergehenden übermäßigen Nachteilen einzelner Teilnehmer in Bezug auf eine im Übrigen gleichwertige Abfindung (BVerwGE 50, 333, 339). Die Norm regelt damit nicht die vom Träger des Unternehmens zu leistende Enteignungsentschädigung (BVerwGE 66, 47, 50; 50, 333, 339).

17 Dies wird durch die Entstehungsgeschichte der §§ 51, 88 Nr. 3, Nr. 6 FlurbG unterstrichen. Der Gesetzgeber hat mit der Entschädigungsregelung in § 88 FlurbG einen in der Reichsumlegungsordnung noch nicht vorhandenen Anspruch entsprechend den Vorgaben des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG normieren wollen (BT-Drucks. 1/ 3385 S. 43). § 51 FlurbG hatte aber in § 56 Reichsumlegungsordnung eine Vorgängerregelung (BT-Drucks. a. a. O. S. 39). Die hier maßgebliche Fassung des § 88 Nr. 3, 6 FlurbG erfolgte in Kenntnis des bereits bestehenden § 51 FlurbG, diente ebenfalls der Erfüllung der aus Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG folgenden Anforderungen und stellte nur eine sprachliche Konkretisierung der bereits in der vorhergehenden Gesetzesfassung normierten Entschädigungsansprüche dar (vgl. BT-Drucks. 7/3020 S. 30 f, 42, 44; 7/4169 S. 5).

18 cc) Den streitgegenständlichen Ansprüchen der Beteiligten zu 3 steht auch im Gegensatz zur Auffassung der Revision nicht § 88 Nr. 7 Satz 2 FlurbG entgegen, der die gerichtliche Geltendmachung einer Entschädigung für die von einem Teilnehmer aufgebrauchte Fläche davon abhängig macht, dass die Landabfindung aller Teilnehmer unanfechtbar feststehen muss. Im vorliegenden Fall geht es um die Entschädigung für durch eine vorläufige Anordnung entstandenen Nachteile und nicht um die Entschädigung für eine aufgebrauchte Fläche im Sinne des § 88 Nr. 7 Satz 2 FlurbG (vgl. Senatsurteil BGHZ 89, 69, 74).

19 dd) Im Gegensatz zur Auffassung der Revision schließen die Regelungen des Flurbereinigungsgesetzes die Entschädigung der Beteiligten zu 3 auch nicht deshalb von vornherein aus, weil diese lediglich Pächterin der betroffenen Flächen ist.

20 (1) Zwar ist ein Pächter nach § 10 Nr. 2 d) FlurbG nur Nebenbeteiligter und nicht Mitglied der Teilnehmergemeinschaft nach § 16 Satz 1 FlurbG. Ob ein Pächter deshalb befugt ist, gegen die Anordnung der Flurbereinigung Klage zu erheben (ablehnend BVerwG RdL 1983, 321; anders für die fernstraßenrechtliche Planfeststellung BVerwGE 105, 178), kann dahinstehen. Jedenfalls kann er Ansprüche wegen einer Enteignungsentschädigung geltend machen (BVerwG RdL 1983, 321, 322).

21 (2) Nach § 88 Nr. 3 Satz 4, Nr. 6 Satz 3 FlurbG ist die Entschädigung zu Händen der Teilnehmergeinschaft zu leisten. Diese ist dabei jedoch lediglich Zahlungsempfängerin (BVerwGE 66, 224), was die Anspruchsberechtigung des einzelnen zu Entschädigenden nicht in Frage stellt (Seehusen/Schwede a. a. O. § 88 Rn. 18; Quadflieg, Recht der Flurbereinigung, 1989, § 88 Rn. 112; vgl. Senatsurteile BGHZ 156, 257; vom 2. September 1999 – III ZR 315/98 – NVwZ 2000, 230 und vom 8. Januar 1959 – III ZR 132/57 – LM ReichsumlegungsO Nr. 1). Unzutreffend ist deshalb die Auffassung der Revision, das Flurbereinigungsgesetz sehe keine Entschädigung des Pächters vor. In dem im gerichtlichen Verfahren angegriffenen Bescheid ist die Zahlung der Enteignungsentzündigung entsprechend der gesetzlichen Vorgabe an die Teilnehmergeinschaft vorgesehen.

22 (3) Nicht durchgreifend ist der Einwand der Revision, der Pächter könne allenfalls Ansprüche nach §§ 70, 71 FlurbG haben. Er könne nur den Pachtzins mindern oder sich sonst vom Pachtvertrag nach § 70 Abs. 2 FlurbG lösen. Diese Vorschriften regeln das Schicksal des Pachtverhältnisses, wenn dem Eigentümer Land neu zugewiesen wurde, an dem sich das Pachtverhältnis fortsetzt. Darum geht es hier nicht.

23 d) Die Entschädigungsberechtigung der Beteiligten zu 3 hängt demnach allein davon ab, ob durch die vorläufige Einweisung der Beteiligten zu 1 und 2 entschädigungspflichtig in eine Art. 14 GG unterfallende Eigentumsposition der Beteiligten zu 3 als Pächterin der betroffenen Flächen im hier Streitgegenständlichen Schlag eingegriffen worden. Dies ist in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht zu bejahen.

24 aa) Der eingerichtete und ausgeübte auch landwirtschaftliche Gewerbebetrieb stellt eine durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition dar (Senatsurteile BGHZ 67, 190, 192; 92, 34, 37; 156, 257, 261; 161, 305, 312), wie auch das durch den schuldrechtlichen Pachtvertrag gewährte Nutzungsrecht am jeweiligen Grundstück (Senatsurteile vom 2. Februar 1984 – III ZR 170/82 – NJW 1984, 1878, 1879; BGHZ 83, 1, 3; 156, 257, 259 f).

25 (1) Für den Eingriff in das Pachtrecht hat der Senat ausgeführt, dass im Falle der Enteignung von Grundbesitz der Pächter als Nebenberechtigter nicht vollen Ersatz seines wirtschaftlichen Schadens beanspruchen kann, der sich als Folge der Grundstücksentzündigung eingestellt haben mag; er muss sich vielmehr regelmäßig mit der Entschädigung für seinen „Substanzverlust“ begnügen, also mit dem Ausgleich dessen, was er von seinem Recht hat abgeben müssen oder was ihm an vermögenswerter Rechtsposition genommen worden ist. Der Anspruch beschränkt sich im Grundsatz auf den Betrag, der den Pächter zur Zeit der Besitzaufgabe in den Stand setzt, ein entsprechendes Pachtverhältnis unter den nämlichen Vorteilen, Voraussetzungen und Bedingungen einzugehen, wobei ein rein objektiver Maßstab, der Wert für „jedermann“, anzulegen ist; der Reinertrag des Gewerbes, das der Pächter auf dem enteigneten Grundstück betrieben hat, kann nicht maßgebend sein – ebenso wenig wie der Wert des Betriebes –, sondern nur die Summe, die den Betroffenen in den Stand setzt, ein dem entzogenen Recht gleichwertiges zu erwerben. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein gleichgeartetes Pachtrecht überhaupt auf dem Markt zu erwerben war oder zu erwerben ist. Zahlt der Pächter in etwa den marktüblichen Zins, wird deshalb ein eigener Substanzwert des enteigneten Pachtrechts nicht angenommen werden können. Der betroffene Pächter wird durch die ersparte (§ 586 Abs. 2 beziehungsweise § 581 Abs. 2, § 536 Abs. 1 BGB) marktübliche Pacht „bildhaft“ in die Lage versetzt, sich ein entsprechendes Pachtobjekt zu beschaffen, unabhängig davon, ob diese Möglichkeit tatsächlich besteht (st. Senatsrechtsprechung BGHZ 156, 257, 259 f). Ist jedoch der marktübliche Pachtzins höher als die geschuldete Pacht, so drückt sich darin ein besonderer Wert der Pachtrechtssubstanz aus (Senatsurteil a. a. O. S. 260).

26 (2) Der Entzug einer zu einem landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden Pachtfläche stellt sich zugleich als Eingriff in den eigentumsrechtlich geschützten eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar (Senatsurteil BGHZ 67, 190, 192).

27 Als Beeinträchtigung des eingerichteten und ausgeübten landwirtschaftlichen Gewerbebetriebs kommen an- und durchschneidungsbedingte Nachteile in Betracht, die sich z. B. aus enteignungsbedingten Mehrentfernungen bzw. Umwegen ergeben.

28 Durchschneidungen und Anschneidungen der bewirtschafteten Fläche bewirken zusätzlich eine schlechtere Formung der verbleibenden Flächen im Vergleich zum Ausgangsgrundstück. Dies bedingt höhere Arbeits- und Maschinenkosten bei der Bearbeitung, höhere Kosten an Betriebsmitteln (Saatgut, Pflanzenschutz- und Düngemittel) wegen Überlappungen von Arbeitsgängen sowie Mindererträge in Wende- und Randbereichen (Köhne, Landwirtschaftliche Taxationslehre, 3. Aufl., S. 183).

29 Die Ursache dieser Nachteile liegt bei den Umweschäden (Mehrwegen) in der durch den Grundstücksverlust bedingten Lösung des Grundstückszusammenhangs und bei den sonstigen An- und Durchschneidungsschäden in den Erschwernissen für die Bewirtschaftung der Restflächen. Diese sich auf den Ertrag eines landwirtschaftlichen Betriebs auswirkenden Nachteile, die sich aus dem Wegfall des entzogenen Grundstücks als Betriebsbestandteil ergeben, sind daher Ausdruck einer enteignungsbedingten objektiven Betriebsverschlechterung und somit letztlich Ausdruck einer Substanzminderung des landwirtschaftlichen Betriebs als des Zugriffsobjekts. Sie entsprechen den betriebswirtschaftlichen Vorteilen, die das entzogene Grundstück als Bewirtschaftungs- und Wirtschaftsobjekt über den allgemeinen Verkehrswert im landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr hinaus für den konkreten landwirtschaftlichen Betrieb hatte. Diese Nachteile am ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb werden durch die Substanzentschädigung wegen des entzogenen Grundstücks grundsätzlich nicht ausgeglichen (Senatsurteil BGHZ 67, 190, 194 f).

30 bb) Im vorliegenden Fall hat nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichtes die Besitzeinweisung der Beteiligten zu 1 und 2 aufgrund der vorläufigen Anordnung der Beteiligten zu 4 zu einer Durchschneidung des von der Beteiligten zu 3 bewirtschafteten Schlags geführt; dies stellt einen Eingriff in eine Eigentumsposition der Beteiligten zu 3 dar.

31 Bei einem Schlag handelt es sich um eine räumlich zusammenhängende landwirtschaftliche Nutzfläche, die nicht durch Wege, Gräben und dergleichen durchzogen wird, und eine beträchtliche Größe hat. Wenn ein landwirtschaftlicher Unternehmer eine solche Fläche als Einheit bewirtschaftet, werden aufgrund der besonders rationellen Bearbeitungsmöglichkeit wirtschaftliche Vorteile bestehen (vgl. Aust/Jacobs/Pasternak, Enteignungsentzündigung, 6. Aufl., Rn 29). Diese Vorteile wiegen um so schwerer, je mehr einzelne Flächen den Schlag bilden, die unterschiedlichen Eigentümern gehören, und je kleiner deshalb die Grundstückseinheiten innerhalb des Schlages sind.

32 Wenn ein solcher Schlag durchschnitten wird und deshalb zusätzliche Kosten entstehen, gehen die wirtschaftlichen Vorteile der Bewirtschaftung einer großen einheitlichen Fläche verloren. Hierbei ist in den Blick zu nehmen, dass die Summe der Werte der vielen Einzelgrundstücke nicht den wirtschaftlichen Wert des Schlages insgesamt repräsentiert. Jeder einzelnen Fläche haftet für sich nicht der Vorteil an, der sich im wirtschaftlichen Wert eines Schlages anteilig für das Grundstück widerspiegelt.

33 Wenn dieser wirtschaftliche Wert, der sich aus der Zuordnung des Schlages als Gesamtfläche zum landwirtschaftlichen Unternehmen ergibt, durch die entstehenden Mehrkosten gemindert wird, handelt es sich um einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten landwirtschaftlichen Gewerbebe-

trieb. Die Zugehörigkeit eines Schlags als Wirtschaftseinheit zu einem landwirtschaftlichen Betrieb ist mithin ein zusätzlich zu entschädigendes Eigentumsrecht.

34 e) Einer Entschädigung für die aufgetretenen Wirtschafterschwernisse in einem landwirtschaftlichen Betrieb aufgrund der Durchschneidung des Schlags steht nicht das Verbot der Doppelentschädigung entgegen.

35 aa) Die hier vorliegenden Wirtschafterschwernisse sind Folge eines Eingriffs in den eigentumsrechtlich geschützten Betrieb des Pächters. Die hierfür zu zahlende Entschädigung kann im Gegensatz zur Auffassung der Revision deshalb nicht den Eigentümern zustehen.

36 bb) Die aus der Durchschneidung für die Bewirtschaftung des Schlags erwachsenden Nachteile werden auch nicht durch entsprechende Minderungsrechte des Pächters gegenüber den von der vorläufigen Besitzeinweisung betroffenen Grundstückseigentümern ausgeglichen. Nur diese Eigentümer könnten Minderungsrechten des Pächters des Schlags und auch nur im Hinblick auf die konkret in Anspruch genommene Fläche ausgesetzt sein. Gegenüber den anderen Eigentümern stehen dem Pächter von vornherein keine solche Minderungsrechte zu, da die Nutzung der von der vorläufigen Einweisung nicht betroffenen Flächen für sich genommen nicht beeinträchtigt ist. Das Minderungsrecht kann allenfalls bis zur Höhe des Pachtzins bestehen, welcher dem Wert des Nutzungsrechtes am Grundstück als Teil des Schlags – wie ausgeführt – nicht entspricht.

37 Im Übrigen beurteilt sich die Höhe der Entschädigung für die Nachteile aufgrund der vorläufigen Besitzeinweisung nach der Grundstückssituation, wie sie sich vor Abschluss des Flurbereinigungsverfahrens beim Zugriff darstellt, und nicht nach der sich nach Abschluss des Flurbereinigungsverfahrens ergebenden, die maßgeblich ist für die Bemessung der Entschädigung für die (endgültige) Enteignung.

38 cc) Unzutreffend ist die Auffassung der Revision, die durch die Durchschneidung eintretenden Wirtschafterschwernisse würden durch eine Verzinsung der Entschädigung für den Nutzungsentzug ausgeglichen. Eine Verrechnung der Zinsen, die mit einem Entschädigungsbetrag für den Eingriff in die Nutzung selbst erwirtschaftet werden könnten, mit den Entschädigungsansprüchen wegen eingetretener Wirtschafterschwernisse kommt nicht in Betracht. Ein Entschädigungsberechtigter ist grundsätzlich in der Verwendung der Entschädigung frei. Darüber hinaus sind die Zinsen in der Regel durch ein höheres Risiko des Kapitalverlustes erwirtschaftet (vgl. Senatsurteil BGHZ 67, 190, 196).

39 2. Das Berufungsurteil hält jedoch den Angriffen der Revision hinsichtlich des Umfangs der von den Beteiligten zu 1 und 2 geschuldeten Entschädigung nicht stand.

40 a) Die für die Entschädigung geltenden allgemeinen Grundsätze sind auch auf die Bemessung der Entschädigung bei vorläufiger Besitzeinweisung anzuwenden (vgl. Senatsurteile vom 24. November 1975 – III ZR 113/73 – WPM 1976, 277; BGHZ 32, 338, 349). Bei der Ermittlung des Umfangs der Entschädigung ist maßgeblich, inwieweit ein Vermögenswert als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG geschützt und eine Rechtsposition des Pächters beeinträchtigt worden ist. Es kommt also nicht darauf an, wie lange das Pachtverhältnis fortgeführt worden wäre, wenn es nicht zur Enteignung der in Rede stehenden Flächen gekommen wäre. Vielmehr ist entscheidend, bis zu welchem Zeitpunkt nach der vertraglichen Rechtslage der Pächter dem Eigentümer die Rückgabe von Besitz und Nutzung hätte vorenthalten können. Rechtlich nicht gesicherte Erwartungen des Pächters auf den Fortbestand des Vertragsverhältnisses bleiben bei der Entschädigung unberücksichtigt (st. Senatsrechtsprechung BGHZ 156, 257, 265 m.w.N.). Gelingt es dem Pächter nach dem Zugriff, die Pachtzeit zu verlängern, so steht zwar auch das dadurch neu begründete Nutzungsrecht unter dem Schutz des Art. 14 GG. Dieses entsteht aber nicht mehr in dem ursprünglichen Umfang, sondern nur noch vermindert um die

aus dem vorherigen Zugriff folgende Einschränkung der Nutzungsmöglichkeit. Die tatsächliche Verlängerung des Pachtverhältnisses nach dem Zugriff führt deshalb zu keiner höheren Entschädigung.

41 b) Für die Bemessung der Entschädigung für einen Zugriff auf Flächen in einem von einem Pächter bewirtschafteten Schlag ist deshalb von der Pachtzeit jedes einzelnen Grundstücks auszugehen. Die Zugehörigkeit jedes einzelnen Grundstücks zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des den Schlag bewirtschaftenden Pächters ist durch die zum Zeitpunkt des enteignenden Zugriffs noch vertraglich bevorstehende, nicht unter dem Vorbehalt einer möglichen Kündigung des Eigentümers stehende Pachtzeit begrenzt. Die Möglichkeit einer Pachtverlängerung stellt sich zum Zeitpunkt des Zugriffs als tatsächliche Chance, nicht als rechtlich gesichert dar, auch wenn der Pächter nach dem Zugriff eine solche erreichen konnte.

42 Dies bedeutet aber zugleich, dass die in der Zugehörigkeit aller im Schlag befindlichen Grundstücke zum Betrieb des Pächters wurzelnden besonderen wirtschaftlichen Vorteile nur solange gesichert und damit entschädigungsrechtlich bedeutsam sind, als die einzelnen Grundstücke in den landwirtschaftlichen Betrieb einbezogen sind.

43 c) Für die Höhe der Entschädigung im vorliegenden Fall folgt daraus, dass die wirtschaftlichen Nachteile zu ermitteln sind, die der Beteiligten zu 3 durch die vorläufige Besitzeinweisung entstanden sind, und zwar bezogen auf die Nutzung des gesamten Schlags, solange ein Pachtrecht bzw. Pflugschlichtrecht für alle im Schlag liegenden Grundstücke bestand. Sodann sind die Grundstücke aus der Betrachtung auszuscheiden, hinsichtlich deren die Beteiligte zu 3 keine weitere gesicherte Rechtsposition hat (vgl. Aust/Jacobs/Pasternak a. a. O., Rn. 32). Zu bewerten ist dann, inwieweit gleichwohl noch ein besonderer wirtschaftlicher Wert durch die Bewirtschaftung der übrigen Flächen als Einheit besteht, der durch die Durchschneidung gemindert wird und deshalb zu entschädigen ist. Die eigentumsbeeinträchtigende Wirkung des Zugriffs ist erst beendet, wenn die noch vom landwirtschaftlichen Betrieb einbezogenen Flächen keinen besonderen Wert mehr darstellen, der über den Nutzwert eines jeden Grundstücks hinausgeht.

44 d) Diesen Maßstäben wird das Berufungsurteil nicht gerecht. Der Sachverständige ist bei seiner Bewertung von einer Durchschnittspachtdauer des gesamten Schlags ausgegangen. Diese Betrachtung greift jedenfalls dann zu kurz, wenn, wie die Beteiligten zu 1 und 2 geltend machen, für die landwirtschaftliche Bearbeitung des gesamten Schlags ganz wesentliche und zentrale Grundstücke eine kürzere Pachtdauer aufweisen. Dann kann die besondere wirtschaftliche Bedeutung des Schlags als zu bewirtschaftende Einheit zeitlich deutlich früher beendet sein, als dies bei einem Abstellen auf eine durchschnittliche Pachtdauer anzunehmen wäre. Die bei Berücksichtigung der Durchschnittspachtdauer ermittelte Entschädigungshöhe entspricht deshalb nicht dem Ausmaß des Eingriffs in die eigentumsrechtlich geschützte Position.

45 Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht, soweit es diesen Gesichtspunkt mit der Begründung außer Acht lässt, dass die Pachtverträge hätten verlängert werden können bzw. tatsächlich verlängert wurden. Denn dann wird die zum maßgeblichen Zeitpunkt des Eingriffs in den Betrieb der Beteiligten zu 3 nur bestehende tatsächliche Chance zur weiteren Nutzung des Pachtgrundstücks zum Maßstab für die Entschädigung, obschon sie kein Eigentumsrecht darstellt.

46 3. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Aufgrund der weiteren notwendigen tatsächlichen Aufklärung zur Entschädigungshöhe ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 12, 17 ZAV

**Landpacht; Landwirtschaft; Referenzmenge für Milch;
flächengebundene, flächenlose Übertragung von
Milchquoten auf den Verpächter oder Pächtnachfolger**

Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1256/1999 steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, derzufolge eine Milchreferenzmenge bei Beendigung des Pachtverhältnisses auch dann auf den Verpächter übergeht, wenn dieser nicht selbst Erzeuger ist oder zu werden beabsichtigt, sofern er sie seinerseits in kürzester Frist an einen Erzeuger überträgt. Das gilt sowohl für den Fall einer flächengebundenen Weiterverpachtung an einen Erzeuger als auch für den Fall eines flächenlosen Verkaufs über eine staatliche Verkaufsstelle.

(BVerwG vom 2.10.2007 – 3 C 11.07)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger führt einen Milcherzeugungsbetrieb. Sein Rechtsvorgänger hatte von dem Beigeladenen im Jahr 1974 unbefristet eine Fläche von 4,1862 ha hinzugepachtet, die er zur Milcherzeugung nutzte. Im Jahr 2000 schlossen der Kläger und der Beigeladene einen Pchtaufhebungsvertrag zum 1. Januar 2001. Auf dessen Antrag hin bescheinigte die Landwirtschaftskammer Hannover – die Rechtsvorgängerin der Beklagten – dem Beigeladenen mit Bescheid vom 14. Februar 2001, geändert am 27. April 2001, den Übergang einer Referenzmenge von 9315 kg auf ihn; zugleich verfügte sie, dass eine weitere Referenzmenge von 4588 kg zugunsten der Landesreserve eingezogen werde, weil der Beigeladene selbst keine Milch erzeuge.

2 Mit seinem Widerspruch machte der Kläger geltend, er habe die Fläche 1974 ohne Referenzmenge zugepachtet. Der Beigeladene habe ihm bei der Aufhebung des Pachtvertrages versichert, die Fläche falle auch wieder ohne Referenzmenge zurück. Er sehe sich getäuscht und fechte den Aufhebungsvertrag an. Die Landwirtschaftskammer Hannover wies den Widerspruch mit Bescheid vom 6. Juli 2001 zurück. Die Beteiligten hätten bei dem Abschluss des Pchtaufhebungsvertrages keine Absprache über den Verbleib der Referenzmenge getroffen. Auch Pächterschutz komme nicht in Betracht, da der Pachtvertrag einvernehmlich beendet worden sei.

3 Auf die Klage hin hat das Verwaltungsgericht Stade die Bescheide aufgehoben. Mit Urteil vom 16. März 2005 hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht die Berufung zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Bei der Beendigung eines Pachtverhältnisses über eine Milcherzeugungsfäche falle eine entsprechende Referenzmenge nur dann an den Verpächter zurück, wenn dieser selbst Milcherzeuger sei oder die Fläche unverzüglich wieder an einen Milcherzeuger übertrage. Damit solle verhindert werden, dass Referenzmengen nicht zur Vermarktung von Milch, sondern dazu verwendet würden, unter Ausnutzung ihres Marktwertes rein finanzielle Vorteile aus ihnen zu ziehen. An diesen Grundsätzen sei auch angesichts der Neuregelung des Zusatzabgabenrechts zum 1. April 2000 festzuhalten, nach der eine Übertragung von Referenzmengen – abgesehen von Ausnahmen – nur noch flächenunabhängig im Wege des Verkaufs über die Verkaufsstelle zulässig sei. Mithin sei die strittige Referenzmenge nicht auf den Beigeladenen übergegangen. Die angefochtenen Bescheide seien rechtswidrig. Dadurch werde der Kläger auch in eigenen Rechten verletzt, ohne dass entschieden zu werden brauche, ob die strittige Referenzmenge – durch einen weiteren Bescheid – zugunsten der staatlichen Reserve eingezogen werden könne oder müsse.

4 Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten. Sie macht geltend, der Rechtsstreit betreffe Übergangsrecht, nämlich die Regeln, nach denen Altpachtverhältnisse unter dem seit 1. April 2000 geltenden neuen Zusatzabgabenrecht zu behandeln seien. Das Übergangsrecht sehe für den Fall der Beendigung von Altpachtverträgen den

Übergang der Referenzmenge auf den Verpächter und für den Fall, dass dieser die Referenzmenge nicht für die eigene Milcherzeugung benötige, einen Abzug in Höhe von 33 vom Hundert zugunsten der staatlichen Reserve vor. Das zeige, dass die Verordnung einen Übergang auch für den Fall voraussetze, dass der Verpächter die Referenzmenge nicht für die eigene Milcherzeugung benötige, also kein Milcherzeuger sei. Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts nehme dieser Regelung einen Teil ihres Anwendungsbereichs.

5 Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil.

6 Der Beigeladene teilt die Rechtsansicht der Beklagten. Er stellt keinen Antrag.

7 Der Vertreter des Bundesinteresses unterstützt die Revision.

8 Mit Beschluss vom 18. Mai 2006 – BVerwG 3 C 32.05 – (Buchholz 451.514 ZAV Nr. 3 = AUR 2006, 366 = RdL 2006, 246) hat der Senat das Verfahren ausgesetzt und dem Europäischen Gerichtshof eine Frage zur Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 des Rates vom 28. Dezember 1992 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1256/1999 zur Vorabentscheidung vorgelegt. Mit Urteil vom 7. Juni 2007 – Rs. C-278/06 – hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 in der durch die Verordnung (EG) Nr. 1256/1999 geänderten Fassung dahin auszulegen ist, dass bei der Beendigung landwirtschaftlicher Pachtverhältnisse über einen Milcherzeugungsbetrieb daran gebundene Referenzmengen an den Verpächter zurückfallen können, soweit dieser nicht Erzeuger ist oder zu werden beabsichtigt und sie in kürzester Frist über eine staatliche Verkaufsstelle an einen Dritten überträgt, der diese Eigenschaft besitzt.

9 Die Beteiligten haben auf weitere mündliche Verhandlung verzichtet.

10 **Aus den Gründen:** II. Die Revision ist begründet. Das Urteil beruht auf einer Verletzung von Bundesrecht. Da es noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

11 1. Zur Entscheidung des Rechtsstreits sind diejenigen Rechtsvorschriften heranzuziehen, die sich für den Zeitpunkt des umstrittenen Referenzmengenübergangs, also für den 1. Januar 2001 Geltung beilegen; denn der Übergang wird nicht durch die angefochtene Bescheinigung bewirkt, sondern erfolgt unabhängig von ihr (stRspr; vgl. Urteile vom 18. Dezember 2003 – BVerwG 3 C 48.02 – und vom 16. März 2005 – BVerwG 3 C 18.04 – Buchholz 451.512 Nr. 138 <S. 22> und 140 <S. 35>, jeweils m.w.N.). Anzuwenden sind damit die Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 des Rates vom 28. Dezember 1992 über die Erhebung einer Zusatzabgabe im Milchsektor (ABl EG Nr. L 405 S. 1) in der Fassung der Änderungsverordnung (EG) Nr. 1256/1999 des Rates vom 17. Mai 1999 (ABl EG Nr. L 160 S. 73) und die Verordnung zur Durchführung der Zusatzabgabenregelung (Zusatzabgabenverordnung) vom 12. Januar 2000 (BGBl I S. 27) – ZAV –.

12 2. Die angefochtenen Bescheide haben einen zweifachen Gegenstand. Sie bescheinigen zum einen dem Beigeladenen, welche Referenzmenge auf ihn übergegangen ist; das stützt sich auf § 17 Abs. 1 Nr. 1 ZAV. Der bescheinigte Rechtserwerb des Beigeladenen beruht teils auf Gesetz, teils auf Verwaltungsakt: Der Übergang der Referenzmenge vom Kläger (Pächter) auf den Beigeladenen (Verpächter) erfolgt unmittelbar kraft Gesetzes, während der Drittelabzug zugunsten der staatlichen Reserve durch Verwaltungsakt verfügt werden muss. Dieser Unterschied besteht, obwohl beide Mal § 12 Abs. 2 bis 4 ZAV einschlägig ist; diese Vorschrift bewirkt zum einen den gesetzlichen Referenzmengenübergang und bietet zum anderen und zugleich die Ermächtigungsgrundlage für den Drittelabzug zu-

gunsten der staatlichen Reserve. Damit verfügen die angefochtenen Bescheide zum anderen den Dritteinzug zugunsten der staatlichen Reserve nach § 12 Abs. 2 und 4 ZAV.

13 Die Klage richtet sich sowohl gegen den Drittelabzug als auch gegen die Bescheinigung. Sie ist in beiden Punkten zulässig; denn der Kläger ist durch beides beschwert. Allerdings bedarf der Drittelabzug nur insoweit der Überprüfung, als die Beschwer des Klägers reicht. Er hat nach § 12 Abs. 2 Satz 1 ZAV den Übergang der Referenzmenge vom Kläger auf den Beigeladenen zur Voraussetzung. Hat der Übergang nicht stattgefunden, so ist die Klage nicht nur hinsichtlich der Bescheinigung begründet, sondern führt auch zur Aufhebung des Drittelabzugs. Hat der bescheinigte Übergang hingegen stattgefunden, so ist die Klage auch insoweit abzuweisen, als sie sich gegen den Drittelabzug richtet; durch mögliche weitere Fehler beim Drittelabzug (vgl. Urteil vom 16. September 2004 – BVerwG 3 C 35.03 – BVerwGE 121, 382 ff.) wäre der Kläger dann nicht beschwert.

14 3. Der bescheinigte Referenzmengenübergang findet seine Grundlage in § 12 Abs. 2 Satz 1 ZAV. Diese Vorschrift ist – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – nicht einschränkend dahin auszulegen, dass Anlieferungs-Referenzmengen bei Auslaufen von Altpachtverträgen nur dann an den Verpächter zurückfallen, wenn dieser selbst Milcherzeuger ist oder zu werden beabsichtigt. Sie gilt vielmehr auch dann, wenn der Verpächter die Referenzmenge in kürzester Frist über die staatliche Verkaufsstelle an einen Erzeuger überträgt.

15 a) Das nationale Recht macht den Übergang der Referenzmenge bei der Beendigung von Altpachtverträgen nicht davon abhängig, dass der Verpächter selbst Milcherzeuger ist oder alsbald wird.

16 Der Wortlaut der Vorschrift gibt für diese Einschränkung nichts her. Nach § 12 Abs. 2 Satz 1 ZAV gehen, soweit Altpachtverträge mit Ablauf des 31. März 2000 oder später beendet werden, die entsprechenden Anlieferungs-Referenzmengen nach § 7 Abs. 1 bis 2a, 4 Satz 1 bis 3, Abs. 5 und 6 der Milch-Garantiemengen-Verordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. März 1994 (BGBl I S. 586), zuletzt geändert durch die Verordnung vom 25. März 1996 (BGBl I S. 535), – MGV – auf den Verpächter mit der Maßgabe über, dass 33 vom Hundert der zurückgewährten Anlieferungs-Referenzmengen zugunsten der Reserve des Landes, in dem der Betriebsitz des Pächters liegt, eingezogen werden. Die Bestimmung sieht mithin den Übergang „auf den Verpächter“, ohne jede Einschränkung vor. Auch die in Bezug genommenen Vorschriften der Milch-Garantiemengen-Verordnung knüpfen den Übergang nicht an die einschränkende Voraussetzung, dass der Verpächter selbst Milch erzeugt.

17 Dass § 12 Abs. 2 Satz 1 ZAV auch diejenigen Fälle erfassen will, in denen der Verpächter nicht selbst Milch erzeugt, zeigt § 12 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ZAV. Hiernach unterbleibt der in § 12 Abs. 2 Satz 1 ZAV vorgesehene Abzug zugunsten der staatlichen Reserve, wenn der Verpächter die Anlieferungs-Referenzmenge für die eigene Milcherzeugung benötigt. Die Zusatzabgabenverordnung geht also davon aus, dass der Verpächter die Referenzmenge in jedem Falle erlangt; wenn er selbst Milch erzeugt, erlangt er sie ungeschmälert, wenn er selbst aber keine Milch erzeugt, wird sie ihm um ein Drittel gekürzt.

18 b) Europäisches Gemeinschaftsrecht lässt eine derartige nationale Regelung zu, sofern der Verpächter, wenn er nicht selbst Erzeuger ist oder zu werden beabsichtigt, die Referenzmenge in kürzester Frist über die staatliche Verkaufsstelle an einen Dritten überträgt, der diese Eigenschaft besitzt.

19 Nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 werden bei Beendigung landwirtschaftlicher Pachtverhältnisse, abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmen, die verfügbaren Referenzmengen der betreffenden Betriebe nach den von den Mitgliedstaaten festgelegten Bestimmungen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten ganz oder teilweise „auf die Erzeuger übertragen, die sie übernehmen“. Die Vorschrift ist anwendbar. Namentlich stand sie

bis zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 zum 1. Januar 2004 durch Art. 25 der Nachfolge-Verordnung (EG) Nr. 1788/2003 des Rates vom 29. September 2003 über die Erhebung einer Abgabe im Milchsektor (ABl L Nr. 270 S. 123) nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten. Zwar ermächtigte Art. 8a Buchstabe b der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1256/1999 die Mitgliedstaaten, die Bestimmungen über die (flächengebundene) Übertragung von Referenzmengen nach Art. 7 Abs. 1 nicht anzuwenden; hiervon hat Deutschland mit der Zusatzabgabenverordnung Gebrauch gemacht. Die Ermächtigung bezog sich jedoch nicht auf Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92, so dass sich die Rechtsfolgen der Beendigung eines noch unter der Geltung von Art. 7 Abs. 1 eingegangenen landwirtschaftlichen Pachtverhältnisses unverändert nach den bisherigen Vorschriften richten.

20 Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 setzt nach Wortlaut, Sinn und Zweck voraus, dass die Referenzmenge von einem Milcherzeuger übernommen wird (stRspr; vgl. EuGH, Urteil vom 26. Oktober 2006 – Rs. C-275/05, Kibler – Slg. I-10569 <Rn. 21> m. w. N.). Das ist der Fall, wenn der Verpächter selbst Erzeuger ist oder zu werden beabsichtigt. Das europäische Gemeinschaftsrecht steht aber auch einer nationalen Regelung nicht entgegen, derzufolge die Referenzmenge bei Beendigung des Pachtverhältnisses auch dann auf den Verpächter übergeht, wenn dieser nicht selbst Erzeuger ist oder zu werden beabsichtigt, sofern er sie seinerseits in kürzester Frist an einen Erzeuger überträgt. In derartigen Fällen erscheint der Erwerb des Verpächters als Durchgangserwerb. Das gilt sowohl für den Fall einer flächengebundenen Weiterverpachtung an einen Erzeuger, wie dies die alte Rechtslage der Milch-Garantiemengen-Verordnung (MGV) vom 25. Mai 1984 in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. März 1994 (BGBl I S. 586) als Regelfall vorsah (EuGH, Urteil vom 20. Juni 2002 – Rs. C-401/99, Thomsen – Slg. I-5775, 5791), als auch für den Fall eines flächenlosen Verkaufs über eine staatliche Verkaufsstelle, wie es nunmehr die Milchabgabenverordnung vorsieht. Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 7. Juni 2007 – Rs. C 278/06 – auf die Vorlage des Senats entschieden, Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1256/1999 sei dahin auszulegen, dass bei Beendigung landwirtschaftlicher Pachtverhältnisse über einen Milcherzeugungsbetrieb daran gebundene Referenzmengen an den Verpächter zurückfallen können, auch wenn dieser nicht Erzeuger ist oder zu werden beabsichtigt, sofern er sie in kürzester Frist über eine staatliche Verkaufsstelle an einen Dritten überträgt, der diese Eigenschaft besitzt. Der Beendigung eines Pachtverhältnisses über einen ganzen Milcherzeugungsbetrieb ist die Beendigung eines Pachtverhältnisses über bestimmte Betriebsflächen gleichzuerachten (vgl. ebd. <Rn. 10>).

21 Wie die „kürzeste Frist“ zu bemessen ist, hängt von den jeweils gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen ab (vgl. Senat, Urteil vom 16. September 2004 – BVerwG 3 C 30.03 – Buchholz 421. 512 MGVO Nr. 139). Unter der Geltung des neuen Rechts ist eine Übertragung an einen Erzeuger nur durch Verkauf über die staatliche Verkaufsstelle zu festgesetzten Terminen möglich. Die Weiterübertragung an einen Erzeuger erfolgt daher „in kürzester Frist“, wenn der Verpächter die Referenzmenge zum nächsten hierfür vorgesehenen Zeitpunkt der staatlichen Verkaufsstelle andient, damit diese sie binnen kürzester Frist an einen Erzeuger verkaufen kann (EuGH, Urteil vom 7. Juni 2007 a. a. O. <Rn. 38>; vgl. schon Europäische Kommission, AUR 2003, S. 78). Dementsprechend hat der Verordnungsgeber § 12 Abs. 2 ZAV durch die Zweite Änderungsverordnung vom 14. Januar 2004 (BGBl I S. 89) dahin ergänzt, dass eine unverzügliche Übertragung dann anzunehmen ist, wenn der Verpächter, der nicht selbst Erzeuger ist oder wird, beim nächstfolgenden Übertragungstermin für die gesamte Re-

ferenzmenge ein Angebot bei der Verkaufsstelle einreicht und bei diesem oder dem darauf folgenden Übertragungstermin zum Zuge kommt.

22 Der nächstfolgende Übertragungstermin steht für den Beigeladenen noch bevor, da sein Rechtserwerb infolge der vorliegenden Klage noch nicht bestandskräftig feststeht.

23 4. Gegen den in § 12 Abs. 2 Satz 1 ZAV angeordneten Referenzmengenübergang bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

24 a) Der Senat hat in seinem Urteil vom 16. September 2004 – BVerwG 3 C 35.03 – Bedenken geäußert, ob die Zusatzabgabenverordnung von der durch Art. 8a Buchstaben b und e der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 1256/1999 eröffneten Möglichkeit, das bisherige flächengebundene Übertragungssystem durch ein völlig anders geartetes System der nur flächenlosen Übertragung von Referenzmengen über eine Milchbörse zu ersetzen, ohne eine grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers Gebrauch machen durfte (BVerwGE 121, 382 <387 ff.>). Er hat diese Frage jedoch offen gelassen, da die beschriebenen verfassungsrechtlichen Bedenken nur die Einführung des neuen Übertragungssystems, nicht jedoch auch diejenigen Vorschriften – wie § 12 ZAV – betreffen, welche Regelungen im Gefolge des bisherigen Übertragungssystems für eine Übergangszeit aufrechterhalten (ebd. <390>). Auch der vorliegende Rechtsstreit nötigt nicht zu einer abschließenden Entscheidung der Frage. Wiederum ist nur die Übergangsvorschrift des § 12 ZAV betroffen, die als zeitlich begrenzte Fortführung des alten Übertragungssystems in § 8 Abs. 1 Satz 1 MOG noch eine zureichende gesetzliche Grundlage findet.

25 b) Die Referenzmenge – und damit deren Verwertbarkeit im Verkaufswege – dem Verpächter zuzuordnen, verletzt den Pächter nicht in seinen Grundrechten.

26 Der Gleichheitssatz ist nicht verletzt. Zwar ordnet § 12 Abs. 2 Satz 1 ZAV den Referenzmengenübergang ohne Rücksicht auf den Umstand an, ob der Verpächter selbst Milch erzeugt oder nicht. Diese Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte berührt den abgebenden Pächter jedoch nicht in seiner Rechtssphäre. Der Pächter hat kein rechtlich geschütztes Interesse daran, die Referenzmenge nur an einen Milchzeuger zu verlieren. Ohne Erfolg beruft sich die Revision insofern auf das Urteil des Senats vom 18. Dezember 2003 – BVerwG 3 C 48.02 – (Buchholz 451. 512 MGVO Nr. 138). Dort hatte der Senat für den Verbleib der Referenzmenge beim bisherigen Pächter allein deshalb erkannt, weil das damalige Recht den Übergang auf den Verpächter nicht erlaubte und für einen Einzug zur staatlichen Reserve die Rechtsgrundlage fehlte. Die Aussage, dass die Referenzmenge dem bisherigen Pächter auch gerechterweise gebühre, hat der Senat nicht getroffen.

27 Auch das Eigentumsgrundrecht des bisherigen Pächters ist nicht verletzt. Zwar wird durch den Verlust der Referenzmenge sein als Eigentum geschütztes Recht an seinem Milchzeugungsbetrieb beeinträchtigt (vgl. zuletzt Senat, Urteil vom 16. September 2004 – BVerwG 3 C 35.03 – BVerwGE 121, 382 <391>); dabei ist gleichgültig, ob der Verlust zugunsten der staatlichen Reserve oder zugunsten eines Dritten angeordnet wird. Die Anordnung ist aber zulässig, weil sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet. Der Ordnungsgeber musste – in dem vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Rahmen – die berechtigten Interessen des Pächters und des Verpächters einer Milchzeugungsfäche zu einem gerechten Ausgleich bringen. Für Pachtverträge, die nach Einführung der Milchabgabenregelung im Jahre 1983 geschlossen wurden, durfte er in Rechnung stellen, dass die Referenzmenge dem Pächter zusammen mit der Fläche nur auf Zeit überlassen war und nach dem Ende des Pachtverhältnisses wieder dem Verpächter zustand. Dasselbe gilt im Grundsatz für Pachtverträge, die bereits zuvor geschlossen worden waren. Allerdings gebot der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insofern Vorkehrungen zum Schutz der berechtigten Belange des Pächters, der die Referenzmenge durch

eigene Investitionen erdient hat. Ob dem durch Ausgleichszahlungen des Verpächters oder aber durch eine Aufteilung der Referenzmenge zwischen Pächter und Verpächter Rechnung getragen wurde, oblag der Entscheidung des Verordnungsgebers. Durch den sog. Pächterschutz nach § 7 Abs. 4 MG, der auch im Rahmen von § 12 Abs. 2 ZAV noch Anwendung findet, wurde den Anforderungen von Art. 14 GG in jedem Falle genügt (stRspr; vgl. Urteile vom 30. November 1989 – BVerwG 3 C 47. 88 – BVerwGE 84, 140 <145 ff.> und vom 15. November 1990 – BVerwG 3 C 42. 88 – BVerwGE 87, 94 <99 ff.>).

28 5. Für eine abschließende Entscheidung des Rechtsstreits bedarf es noch tatsächlicher Feststellungen. Der vom Beklagten bescheinigte Übergang der umstrittenen Referenzmenge auf den Beigeladenen setzt die Beendigung des zwischen diesem und dem Kläger bestehenden Pachtverhältnisses voraus. Der Beklagte hat als Beendigungsgrund – nur – den Pachtaufhebungsvertrag (ohne Datum, wirksam zum 1. Januar 2001) angesehen. Der Kläger hat jedoch geltend gemacht, er habe seine diesbezügliche Vertragserklärung wegen Irrtums angefochten (vgl. Widerspruchsbegründung vom 22. Mai 2001). Die Vorinstanzen haben diesen – aktenkundigen – Umstand nicht gewürdigt, weil es von ihrem rechtlichen Standpunkt aus hierauf nicht ankam. Das wird nachzuholen sein. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH – XII ZR 165/01 – GuT 2005, 26 KL; BGH GuT 2007, 141; BGH – XII ZR 18/06 – GuT 2007, 153 f. KL.

Zur Übertragung von Zahlungsansprüchen auf den Verpächter bei Vertragsende vgl. BGH GuT 2007, 143 (Betriebsprämien), BGH GuT 2007, 146 Leits. (Beihilfen), BGH GuT 2007, 223 (GAP-Reform).

**§ 675 BGB; § 51 b BRAO a. F.
Mietoption; Wirkungen einer Mietoptionsklausel;
Verlängerungsoption; Erwerb vermieteten
Hausgrundstücks; Regresshaftung des Anwalts;
Schaden für den Erwerber durch
fortbestehenden Mietvertrag**

a) Zur Beratungspflicht des Anwalts über die Wirkungen einer Mietoptionsklausel.

b) Erhält der Anwalt, der den Auftraggeber vor Abschluss eines Vertrages fehlerhaft beraten hat, noch während des Laufs der Primärverjährung den neuen Auftrag, Ansprüche des Mandanten aus diesem Vertrag zu prüfen, so begründet dies die Pflicht, auf die Regresshaftung und deren Verjährung hinzuweisen, wenn diese Ansprüche in unmittelbarem inneren Zusammenhang mit der ursprünglichen Beratung stehen.

(BGH, Urteil vom 7. 2. 2008 – IX ZR 149/04)

1 **Zum Sachverhalt:** F. (im Folgenden: Verkäuferin) war Eigentümerin eines Geschäftshauses, das teilweise an die V GmbH (im Folgenden, auch für ihre Rechtsnachfolgerin: Mieterin) vermietet war, die dort eine Spielhalle betrieb. Der Mietvertrag enthielt folgende Klausel:

„Der Mietvertrag endet zum 30. April 1998. Der Mieter hat das Recht, 2 x 5 Jahre zu optieren. Es verlängert sich um jeweils 5 Jahre, wenn eine der Parteien nicht spätestens 6 Monate vor Ablauf der Mietzeit der Verlängerung widerspricht, der Mieter hat allerdings das allgemeine Optionsrecht.“

2 Anfang 1997 wollte die Klägerin das Geschäftshaus von der Verkäuferin erwerben und es an ihren Ehemann vermieten, der beabsichtigte, im Objekt eine Spielhalle einzurichten. Die Mieterin übte das Optionsrecht aus; die Verkäuferin widersprach der Verlängerung des Mietvertrags. In dieser Lage wandte sich die Klägerin an die damals zwischen den Beklagten bestehende Anwaltssozietät, die sie beim Kauf des Hauses beraten soll-

te. Die Einzelheiten des Auftrags und der Beratung sind im Streit. Die Klägerin erwarb das Hausanwesen. Der Kaufvertrag vom 3. April 1997 wies folgende Regelung auf:

„Mietverhältnisse sind bekannt. Der derzeitige Mieter hat aufgrund des Mietvertrages vom 25. März 1988 nach § 2 erklärt, dass er das Mietverhältnis aufgrund einer Option um 5 Jahre verlängern wolle. Die Vermieterin und nunmehrige Verkäuferin hat entsprechend der gleichfalls in § 2 des Mietvertrages enthaltenen Regelung fristgemäß einer solchen Verlängerung widersprochen, so dass das derzeitige Mietverhältnis am 30. April 1998 endet.“

3 Die Mieterin klagte auf Feststellung des Fortbestehens des Mietverhältnisses. Die Klägerin, vertreten durch die Beklagten, trat dem Mietprozess als Streithelferin der Verkäuferin bei. Es steht zwischen ihr, der Mieterin und der Verkäuferin aufgrund des Urteils des OLG Koblenz vom 26. Mai 1999 rechtskräftig fest, dass der Mietvertrag bis zum 30. April 2003 fortbestand. Die Mieterin übte auch die zweite Verlängerungsoption aus.

4 Die Klägerin hat geltend gemacht, sie habe das Hausanwesen nur erwerben wollen, wenn der Mietvertrag hätte beendet werden können. Das habe der Beklagte zu 1 auch gewusst. Er habe ihr jedoch nicht vom Kauf des Hauses abgeraten, weil er unzutreffenderweise angenommen habe, die Mieterin habe die Option nicht wirksam ausgeübt. Ferner habe er im Kaufvertrag für keine ausreichende Absicherung gesorgt und nicht darauf geachtet, ein Rücktrittsrecht für den Fall des Fortbestehens des Mietvertrags zu vereinbaren. Ihr sei dadurch ein noch zu beziffernder Schaden entstanden; denn sie hätte das Hausanwesen zu einer höheren als der von der Mieterin gezahlten Miete an das Unternehmen ihres Ehemanns vermieten können. Wegen der geringeren Mieteinnahmen habe sie ein Darlehen aufnehmen müssen, für das zusätzliche Zinsen anfielen.

5 Die Klägerin beantragt festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, ihr sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihr aus dem Grundstückskaufvertrag entstanden sind. Das Landgericht Trier hat die Klage abgewiesen; das Oberlandesgericht Koblenz hat ihr stattgegeben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter.

6 Aus den Gründen: Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Feststellungsantrag sei zulässig, weil der Klägerin aufgrund der fehlenden Absicherung des Grundstückskaufvertrages gegen die Wahrnehmung der Verlängerungsoption ein Schaden entstanden sei, den sie mit ihren Finanzierungsschwierigkeiten hinreichend dargelegt habe. Die Klage sei begründet, weil der Beklagte zu 1 seine Pflichten aus dem Anwaltsvertrag auch unter Zugrundelegung seines eigenen Vortrags verletzt habe. Er hätte genauer darlegen müssen, weshalb er vom Vertragsschluss abrate. Der Schaden sei ihm zuzurechnen, obwohl sich die Klägerin ohne weitere Rücksprache über seine Empfehlung hinweggesetzt habe. Der Anspruch sei auch nicht verjährt. Die Klägerin habe den Beklagten zu 1 beauftragt, sie im Verfahren der Mieterin gegen die Verkäuferin zu vertreten. Hierbei hätte er auf seine Haftung hinweisen müssen. Deshalb dürften sich die Beklagten auf den Eintritt der Primärverjährung nicht berufen.

8 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

9 I. Der Feststellungsantrag ist allerdings zulässig. Zwar hängt bereits die Zulässigkeit der Feststellungsklage von der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ab (BGHZ 166, 84, 90; BGH, Urt. v. 15. Oktober 1992 – IX ZR 43/02, WPM 1993, 251, 260; v. 14. Dezember 1995 – IX ZR 242/94, WPM 1996, 548, 549; v. 25. Oktober 2001 – IX ZR 427/98, WPM 2002, 29, 32; v. 19. Januar 2006 – IX ZR 232/01, WPM 2006, 927, 928 [= GuT 2006, 263 KL]). Beginnt aber die Verjährung etwaiger Ansprüche des Schadensersatzklägers – wie hier nach § 51b Fall 2 BRAO a. F. – unabhängig von einer Schadensentstehung spä-

testens mit der Beendigung des Mandats, so folgt daraus ohne Weiteres ein rechtliches Interesse des Klägers an einer alsbaldigen Klärung der Haftungsfrage (BGH, Urt. v. 21. Juli 2005 – IX ZR 49/02, WPM 2005, 2110; v. 19. Januar 2006 – IX ZR 232/01, a. a. O.).

10 2. Der Beklagte zu 1 hat seine anwaltlichen Pflichten verletzt. Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand steht aber nicht fest, dass der Klägerin hierdurch ein Schaden entstanden ist.

11 a) Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Beklagte zu 1 seine Vertragspflichten schuldhaft verletzt hat.

12 aa) Soweit der Mandant nicht eindeutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, ist der Rechtsanwalt zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige muss er über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und vor Irrtümern bewahren. In den Grenzen des Mandats hat er dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziele zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGH, Urt. v. 18. März 1993 – IX ZR 120/92, WPM 1993, 1376, 1377; v. 4. Juni 1996 – IX ZR 51/95, WPM 1996, 1824, 1825; v. 19. Januar 2006 – IX ZR 232/01, a. a. O.; v. 23. November 2006 – IX ZR 21/03, WPM 2007, 419; v. 1. März 2007 – IX ZR 261/03, NJW 2007, 2485, 2486, z. Vb. in BGHZ 171, 261 [= GuT 2007, 376 KL]).

13 Die Erklärungen des rechtlichen Beraters müssen dem Mandanten, der verlässlich über bestimmte Rechtsfolgen unterrichtet werden will, um darauf seine Entscheidung gründen zu können, eine annähernd zutreffende Vorstellung von den Handlungsmöglichkeiten und deren Vor- und Nachteilen vermitteln (BGH, Urt. v. 6. Februar 2003 – IX ZR 77/02, WPM 2003, 1138, 1140; v. 1. März 2007 – IX ZR 261/03, a. a. O.). Hingegen ist es nicht Aufgabe des Beraters, dem Mandanten grundlegende Entschlüsse in dessen Angelegenheiten abzunehmen (Zugehör in Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl. Rn. 558).

14 bb) Dieser Verpflichtung ist der Beklagte zu 1, auch nach seinem eigenen Vorbringen, nicht nachgekommen. Er trägt vor, ihm sei bekannt gewesen, dass der Ehemann der Klägerin in dem Haus eine Spielhalle betreiben wollte. Ihm sei nur ein früherer Entwurf des Kaufvertrages zur Stellungnahme übersandt worden. Dieser habe die Klausel, „Mietverträge sind bekannt“, enthalten. Er habe vom Abschluss des Vertrages abgeraten, weil mit dieser Klausel nicht sichergestellt sei, dass die Klägerin das Hausanwesen tatsächlich mieterfrei erhalte.

15 Dies reichte nicht aus. Die Belehrung war nicht geeignet, der Klägerin eine auch nur annähernd zutreffende Vorstellung von dem Risiko zu vermitteln, das sie mit Vertragsschluss einging. Der Beklagte zu 1 wies die Klägerin weder darauf hin, dass die Vertragsklausel über die Verlängerungsoption unklar war, noch hat er sie darüber unterrichtet, wie sie den hieraus sich ergebenden Unsicherheiten am gefahrlosesten begegnen konnte.

16 (1) Die Belehrung des Beklagten zu 1 erschöpfte sich in dem Hinweis auf die – allgemein bestehende – Gefahr, das Hausanwesen nicht mieterfrei zu erhalten. Er hätte die Klägerin aber konkret darauf hinweisen müssen, dass die im Mietvertrag enthaltene Verlängerungsoption Formulierungen aufwies, die darauf hindeuteten, dass die Vermieterin der Verlängerung nicht widersprechen konnte und daher der Mietvertrag mit der Mieterin fortbestand. Die Mieterin hatte nach Satz 2 der Klausel das Recht, zweimal eine Verlängerung des Mietvertrages um jeweils fünf Jahre zu verlangen. Dieser Anspruch ist für sich genommen eindeutig. Satz 3 der Klausel sieht vor, dass sich „es“ von selbst um fünf Jahre verlängert, wobei bei-

de Vertragsparteien einer Verlängerung widersprechen können. Mit „es“ konnte nur das Mietvertragsverhältnis gemeint sein. Die Auslegung des Beklagten zu 1, beide Vertragsparteien könnten der Ausübung der Option widersprechen, lag von vornherein fern. Denn ein Widerspruchsrecht beider Parteien gegen die vom Mieter ausübende Option erscheint unverständlich; nur ein einseitiges Widerspruchsrecht der Vermieterin ergibt einen Sinn. Vor allem aber der letzte Halbsatz der Klausel, „der Mieter hat allerdings das allgemeine Optionsrecht“, macht deutlich, dass das Widerspruchsrecht den Anspruch des Mieters auf Fortsetzung des Vertrages nicht betraf. Mit dem allgemeinen Optionsrecht kann nur das in Satz 2 der Klausel angesprochene Recht gemeint sein, weil es kein anderes gibt.

17 (2) Der Beklagte zu 1 hat die Klägerin auch nicht darüber belehrt, wie den vorstehend geschilderten Unsicherheiten bei der Auslegung des Mietvertrages am sichersten und gefahrlosesten begegnet werden könnte. Es waren zwei Wege denkbar. Zum einen hätte die Klägerin vom Kauf des Hauses Abstand nehmen können. Und zum zweiten hätte sie das Haus unter Vereinbarung eines Rücktrittsrechts für den Fall, dass der Mietvertrag fortbesteht, erwerben können. Der Umstand, dass der Beklagte zu 1 der Klägerin vom Kauf abgeraten hat, ist daher ohne die gebotene Erläuterung der Rechtslage und den Hinweis auf die aufgezeigte Handlungsalternative (Vereinbarung eines Rücktrittsrechts) unzureichend und lässt den Vorwurf einer Pflichtverletzung nicht entfallen.

18 cc) Das Verschulden wird aufgrund der Pflichtverletzung vermutet (§§ 282, 285 BGB a. F. analog; BGH, Urt. v. 18. September 1986 – IX ZR 204/85, WPM 1986, 1500, 1501; Urt. v. 20. Juni 1996 – IX ZR 106/95, WPM 1996, 1832, 1835). Der Anwalt muss darlegen und beweisen, dass ihn an der objektiven Verletzung seiner Pflichten kein Verschulden trifft (BGH, Urt. v. 18. September 1986 – IX ZR 204/85, a. a. O.). Umstände, die sie entlasten könnten, haben die Beklagten jedoch nicht vorgetragen.

19 b) Die Kausalität hat das Berufungsgericht nicht geprüft; das war rechtsfehlerhaft. Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand ist nicht anzunehmen, dass der von der Klägerin behauptete Schaden auf der Pflichtverletzung der Beklagten beruht.

20 aa) Es gilt der Anscheinsbeweis, dass der Mandant bei pflichtgemäßer Beratung des Anwalts dessen Hinweisen gefolgt wäre, sofern für ihn bei vernünftiger Betrachtungsweise aus damaliger Sicht nur eine Entscheidung nahe gelegen hätte (BGHZ 123, 311; BGH, Urt. v. 13. Januar 2005 – IX ZR 455/00, WPM 2005, 1615, 1616; v. 21. Juli 2005 – IX ZR 49/02, WPM 2005, 2110, 2111). Die Regeln des Anscheinsbeweises sind aber unanwendbar, wenn unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten unterschiedliche Schritte in Betracht kommen und der Anwalt dem Mandanten lediglich die erforderliche Information für eine sachgerechte Entscheidung zu geben hat (BGHZ 123, 311, 314; BGH, Urt. v. 15. Juli 2004 – IX ZR 256/03, NJW 2004, 2817, 2818; v. 23. November 2006 – IX ZR 21/03, a. a. O. S. 421). Dem Mandanten, der einen richtigen Vorschlag des Anwalts ablehnt, kommt im Haftungsprozess die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens nicht zugute (BGHZ 123, 311, 319; BGH, Urt. v. 1. März 2007 – IX ZR 261/03, NJW 2007, 2485, 2489, z. Vb. in BGHZ 171, 261 [= GuT 2007, 376 KL]; Fischer in *Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee*, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl. Rn. 1007).

21 bb) Schon nach ihrem eigenen Vorbringen kann sich die Klägerin nicht auf den Anscheinsbeweis berufen. Es kamen für sie unterschiedliche Verhaltensweisen in Betracht. Sie behauptet, sie hätte bei richtiger Belehrung vom Kauf Abstand genommen oder ein Rücktrittsrecht für den Fall vereinbart, dass das Mietverhältnis mit der Mieterin fortbestehen sollte. Daneben wäre auch denkbar gewesen, den Kaufvertrag gleichwohl abzuschließen und die Verkäuferin nach § 434, § 440 Abs. 1 und 4, § 326 BGB a. F. auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen; denn diese war verpflichtet, der Klägerin das Grundstück frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen die Käufer

geltend gemacht werden konnten (§ 434 BGB a. F.). Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf Rechte, die der Mieter nach § 571 BGB a. F. (§ 566 Abs. 1 BGB) dem Käufer gegenüber geltend machen kann (BGH, Urt. v. 25. Februar 1972 – V ZR 74/69, WPM 1972, 556, 557; v. 2. Oktober 1987 – V ZR 195/86, WPM 1987, 1371; v. 17. Mai 1991 – V ZR 92/90, WPM 1991, 1809, 1810, v. 8. November 1991 – V ZR 139/90, WPM 1992, 495). Die Klägerin muss darlegen und gemäß § 287 ZPO beweisen, welche dieser Alternativen sie bei vertragsgemäßer Belehrung gewählt hätte.

22 c) Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand ist das Berufungsgericht ferner zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Klägerin einen ersatzfähigen Schaden dargelegt hat.

23 Eine auf Ersatz von Vermögensschäden gerichtete Feststellungsklage ist nur dann zulässig und begründet, wenn es hinreichend wahrscheinlich ist, dass dem Kläger ein Schaden entstanden ist (BGH, Urt. v. 19. Januar 2006 – IX ZR 232/01, a. a. O. S. 930).

24 aa) Der rechtliche Berater, der seinem Auftraggeber wegen positiver Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat diesen durch die Schadensersatzleistung so zu stellen, wie er bei pflichtgemäßem Verhalten des rechtlichen Beraters stünde (BGH, Urt. v. 20. Oktober 1994 – IX ZR 116/93, NJW 1995, 449, 451; v. 19. Januar 2006 – IX ZR 232/01, a. a. O. [= GuT 2006, 263 KL]). Danach muss die tatsächliche Vermögenslage derjenigen gegenübergestellt werden, die sich ohne den Fehler des rechtlichen Beraters ergeben hätte. Das erfordert einen Gesamtvermögensvergleich, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen umfasst (BGH, Urt. v. 20. November 1997 – IX ZR 286/96, WPM 1998, 142 f.; v. 20. Januar 2005 – IX ZR 416/00, WPM 2005, 999, 1000 [= GuT 2005, 73]; v. 19. Januar 2006 – IX ZR 232/01, a. a. O. [= GuT 2006, 263 KL]). Hierbei ist grundsätzlich die gesamte Schadensentwicklung bis zur letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen in die Schadensberechnung einzubeziehen (BGHZ 133, 246, 252 f. [= WuM 1996, 549]). Es geht bei dem Gesamtvermögensvergleich nicht um Einzelpositionen, sondern um eine Gegenüberstellung der hypothetischen und der tatsächlichen Vermögenslage (BGH, Urt. v. 19. Januar 2006 – IX ZR 232/01, a. a. O. [= GuT a. a. O.]). Die Feststellungsklage ist nur begründet, wenn sich aus dem vom Mandanten vorgetragenen Sachverhalt unter Zugrundelegung dieser Grundsätze mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ergibt, dass ihm bereits ein Schaden entstanden ist oder ihm ein solcher droht.

25 bb) Daran fehlt es hier. Die Klägerin hat einen aufgrund dieser Pflichtverletzung ersatzfähigen Schaden bislang nicht hinreichend dargelegt.

26 Hätte die Klägerin das Haus bei pflichtgemäßer Beratung durch den Beklagten zu 1 nicht gekauft, wäre sie so zu stellen, wie sie ohne dessen Erwerb stünde (vgl. § 249 Satz 1 BGB a. F.). Sie hätte geringere Verbindlichkeiten, wäre aber dafür nicht Eigentümerin des Hauses. Sie müsste keine Darlehenszinsen bezahlen, hätte dafür aber keine Mieteinnahmen. Den daraus unter Umständen herrührenden Schaden hat die Klägerin schon deshalb nicht dargelegt, weil sie keine Angaben zum Wert des Hauses macht. Gleiches gilt bei Vereinbarung eines Rücktrittsrechts. Insoweit hat die Klägerin überdies schon nicht vorgebracht, dass sich die Verkäuferin auf eine solche Regelung eingelassen hätte.

27 Die von ihr behaupteten geringeren Mieteinnahmen begründen hingegen allenfalls dann einen Schaden, wenn sie mit dem angeführten Finanzierungsaufwand ein gleichwertiges Objekt hätte erwerben und dieses an ihren Ehemann hätte vermieten können. Hierzu fehlt bisher entsprechender Vortrag.

28 III. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden. Aufgrund des festgestellten Sachverhältnisses (vgl. § 563 Abs. 3 ZPO) kommt eine Abweisung der Klage wegen Eintritts der Verjährung nicht in Betracht. (wird ausgeführt; vom Abdruck wird abgesehen).

45 IV. Das Berufungsurteil ist damit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO), damit Kausalität, Schaden und Verjährung des Schadensersatzanspruchs gegen den Beklagten zu 3 erneut geprüft werden.

46 Für den Fall, dass das Berufungsgericht zu einer Haftung der Beklagten gelangt, werden folgende Punkte zu beachten sein.

47 1. Das Berufungsgericht hat der Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugesprochen. Das war selbst dann fehlerhaft, wenn der Klägerin ein Ersatzanspruch zusteht. Der Mandant kann nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wäre er ordnungsgemäß beraten worden. Der Anwalt haftet daher für Pflichtverletzungen grundsätzlich nur auf Erstattung des negativen Interesses (BGH, Urt. v. 7. Mai 1991 – IX ZR 188/90, WPM 1991, 1303, 1305; v. 16. Februar 1995 – IX ZR 15/94, WPM 1995, 941, 942 f.). Der Antrag der Klägerin deckt hingegen sämtliche Schäden ab, die ihr durch den Abschluss des Kaufvertrages entstanden sind; er umfasst sowohl das positive als auch das negative Interesse.

48 2. Die Beklagten machen geltend, die Klägerin habe den Kaufvertrag abgeschlossen, ohne sie in die weiteren Vertragsverhandlungen einzubeziehen. Das könnte unter Umständen ein Mitverschulden der Klägerin begründen (vgl. Zugehör, a. a. O. Rn. 1235 f.). Die Beklagten werden in diesem Zusammenhang näher darzulegen und zu beweisen haben, wie sie die Klägerin belehrt hätten, wenn diese sie in die weiteren Verhandlungen einbezogen hätte. Bei der Würdigung dieses Vortrags wird das Berufungsgericht insbesondere das Schreiben der Beklagten vom 23. Dezember 1999 zu berücksichtigen haben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 677 BGB

**Verwalter des Mietgrundstücks ohne Auftrag;
Mieterhöhung als Auftragspflicht; Erbengemeinschaft;
Miterbe; Eigentum des Volkes; Neue Bundesländer**

Der Geschäftsführer ohne Auftrag, der ein Mietgrundstück verwaltet, ist grundsätzlich nicht verpflichtet, gegenüber dem Mieter ein Mieterhöhungsverlangen auszusprechen.

(BGH, Urteil vom 6. 3. 2008 – III ZR 219/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist zusammen mit sechs weiteren Beteiligten in Erbengemeinschaft als Eigentümer eines in Brandenburg belegenen Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Aufgrund eines entsprechenden Rechtsträgnachweises vom 31. Januar 1977 war als einer der Miterben zunächst „Eigentum des Volkes: Rechtsträger, Rat der Gemeinde S.“ eingetragen. Seit 2002 ist dieser Miterbenanteil auf die Bundesrepublik Deutschland umgeschrieben. Das Grundstück ist mit einem vermieteten Einfamilienhaus bebaut.

2 Die Gemeinde S. (im Folgenden: Gemeinde) übertrug mit einem im August 1995 geschlossenen Vertrag der Beklagten „die Verwaltung der in S. gelegenen Grundstücke der Gemeinde bezüglich aller Angelegenheiten, die zur Verwaltung notwendig und zweckmäßig sind“. In § 3 Abs. 1 des Vertrags bevollmächtigte die Gemeinde die Beklagte, im Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben, „im Namen des Auftraggebers zu handeln und insbesondere rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber Dritten mit Wirkung für und gegen den Auftraggeber abzugeben“. Aufgrund dieses Vertrages übernahm die Beklagte auch die Verwaltung des Grundstücks der Erbengemeinschaft.

3 Der Kläger verlangt – soweit hier noch im Streit – zu deren Gunsten von der Beklagten Schadensersatz, weil sie es pflichtwidrig unterlassen habe, per 1. Januar 1996 und 1. Januar 1998 die Miete für das Wohngrundstück zu erhöhen. Er fordert den Betrag der entgangenen erhöhten Miete für die Jahre 1996 bis 1999, hilfsweise für die Folgejahre.

4 Die Vorinstanzen [AG Königs Wusterhausen; LG Potsdam] haben die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Schadensersatzanspruch weiter.

5 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision ist unbegründet. Über sie ist entsprechend § 539 Abs. 2 Satz 2, letzter Halbsatz ZPO durch ein (unechtes) Versäumnisurteil zu entscheiden.

6 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts klagt der Kläger zwar in gemäß § 2039 Satz 2 BGB zulässiger gesetzlicher Prozessstandschaft für die Erbengemeinschaft, da er einen zum Nachlass gehörenden Schadensersatzanspruch geltend mache. Weiter bestehe zwischen der Beklagten und der Erbengemeinschaft ein Schuldverhältnis, da die Beklagte als Geschäftsführerin ohne Auftrag (§ 677 ff BGB) gehandelt habe. Sie habe jedoch ihre aus diesem Rechtsverhältnis folgenden Pflichten nicht verletzt. Sie habe keine Vertretungsmacht zur Mieterhöhung für die Erbengemeinschaft gehabt. Eine Vollmacht hierfür habe sich insbesondere nicht aus dem zwischen der Beklagten und der Gemeinde geschlossenen Verwaltervertrag ergeben. Diese vertraglichen Beziehungen seien nicht geeignet, einen Schadensersatzanspruch zugunsten aller Miterben zu begründen.

7 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

8 1. a) Das Berufungsgericht nimmt an, die Voraussetzungen für eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag der Beklagten zugunsten der Erbengemeinschaft seien erfüllt. Insbesondere geht es davon aus, dass die Beklagte trotz des mit der Gemeinde geschlossenen Verwaltervertrags auch den Willen hatte, für die Erbengemeinschaft tätig zu werden. Dies nimmt die Revision als ihr günstig hin und ist von Rechts wegen auch im Hinblick darauf nicht zu beanstanden, dass der Beklagten nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag des Klägers ein Grundbuchauszug vorlag, aus dem sich das Eigentum der Erbengemeinschaft an dem betroffenen Grundstück ergab (vgl. auch Senat BGHZ 143, 9, 13 ff [= WuM 2000, 35 KL]).

9 b) Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht eine Verletzung der Pflichten der Beklagten aus dem Geschäftsführungsverhältnis und einen hieraus folgenden Schadensersatzanspruch, der sich nach dem vor dem 1. Januar 2002 anwendbaren Recht richtet (Art. 229 §§ 3, 5 EGBGB), verneint.

10 Nach § 677 BGB ist der Geschäftsführer ohne Auftrag verpflichtet, das übernommene Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert. Die Beurteilung, welche Maßnahmen danach notwendig sind, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Geschäftsführers, da die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag mit dem Fall vergleichbar ist, dass der Geschäftsherr einen allgemeinen Auftrag erteilt hat, ohne nähere Weisungen gegeben zu haben (Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, 1899, S. 1197; Staudinger/Bergmann (2006) § 677 Rn. 17). Hiernach hat die Beklagte ihre Pflichten nicht verletzt, indem sie die nach Auffassung des Klägers gebotenen Mieterhöhungsverlangen unterließ. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist grundsätzlich auf die vorübergehende Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn während einer Zeit gerichtet, in der dieser nicht in der Lage ist, das Geschäft selbst auszuführen oder Weisungen zu erteilen. Dies ergibt sich insbesondere aus § 681 Satz 1 BGB, der bestimmt, dass der Geschäftsführer die Übernahme der Geschäftsführung dem Geschäftsherrn anzuzeigen hat, sobald dies tunlich ist, und dessen Entschließung abzuwarten hat, sofern nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Aus dem grundsätzlich nur überbrückenden Charakter der Geschäftsführung ohne Auftrag folgt, dass sich der Geschäftsführer, der für den Eigentümer Mietgrundstücke verwaltet, regelmäßig in Ausübung seines pflichtgemäßen Ermessens darauf beschränken darf, die bestehenden Mietverhältnisse ordnungsgemäß abzuwickeln, insbesondere die Mieten zu vereinnahmen und die Mietsache in einem ordnungs-

gemäßen Zustand zu erhalten. Über die im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag geschuldete, grundsätzlich nur bewahrende Verwaltung geht jedoch ein Mieterhöhungsverlangen (§ 1 Satz 2 MHG, jetzt: § 557 BGB), das gegebenenfalls auch gerichtlich geltend zu machen wäre, in der Regel – und auch hier – hinaus, da es auf eine Veränderung der Rechtsposition des Geschäftsherrn gerichtet ist.

11 Dem entspricht wertungsmäßig, dass die in § 744 Abs. 2 und § 2038 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB bestimmten Notverwaltungsrechte eines einzelnen Teilhabers oder Miterben, die gesetzlich geregelte Fälle einer Geschäftsführungsbefugnis darstellen, lediglich zu Maßnahmen berechtigen, die zur Erhaltung des betroffenen gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendig sind, wie etwa das Vorgehen gegen eine Enteignung oder die Geltendmachung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in einen im Gesamthandseigentum stehenden Gegenstand oder in das gemeinschaftliche Recht (vgl. Staudinger/Werner (2002) § 2038 Rn. 28 m.w.N. und Beispielen). Demgegenüber sind bloß nützliche Maßnahmen nicht von der Geschäftsführungsbefugnis erfasst (Staudinger/Werner a. a. O. Rn. 30). Erst recht kann der jeweilige Teilhaber beziehungsweise Miterbe zu solchen Maßregeln nicht verpflichtet sein. Eine Mieterhöhung ist ein lediglich nützliches, nicht aber zur Erhaltung der Sache notwendiges Vorgehen.

12 Auf die von den Parteien und dem Berufungsgericht vertiefte Frage, ob die Beklagte zur Geltendmachung von Mieterhöhungsverlangen rechtlich in der Lage war, kommt es damit nicht mehr an.

13 2. Einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Anzeigepflicht der Beklagten gemäß § 681 Satz 1 BGB, weil hierdurch die Erbengemeinschaft gehindert wurde, die Mieterhöhungsverlangen selbst auszusprechen oder der Beklagten einen entsprechenden Auftrag nebst Bevollmächtigung zu erteilen, macht der Kläger nicht geltend.

14 3. Weiterhin hat der Kläger auch nichts zu einem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des mit der Gemeinde geschlossenen Verwaltervertrags, der Schutzwirkung zugunsten der Erbengemeinschaft haben könnte, vorgetragen. Die Haftung der Beklagten wäre im Übrigen insoweit gemäß § 2 Abs. 2 des (Individual-) Vertrags ohnehin auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Zur Haftung der Hausverwaltung bei pflichtwidriger Vereinbarung eines Wohnraummietvertrags ohne wirksame Schönheitsreparaturverpflichtung des Mieters vgl. KG GuT 2008, 54 KL = WuM 2008, 81.

§ 906 BGB

Gewerberaumiete; Brandschaden an Betriebseinrichtungen und Warenvorräten sowie Ertragseinbußen durch Feuer im Nachbargrundstück; Elektrogeräte-Defekt in der Nachbarwohnung

Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch entsprechend § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB umfasst auch Vermögenseinbußen, die der Eigentümer oder Besitzer des beeinträchtigten Grundstücks infolge der Beschädigung sich auf dem Grundstück befindlicher beweglicher Sachen erleidet (Abgrenzung zu BGHZ 92, 143).

(BGH, Urteil vom 1. 2. 2008 – V ZR 47/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Im Juni 2004 geriet eine im Eigentum des Beklagten stehende und von ihm genutzte Wohnung infolge eines defekten Küchengeräts in Brand. Dadurch wurde auch das angrenzende Gebäude beschädigt, in dem der Geschädigte in angemieteten Räumen ein Lederwarengeschäft betreibt. Dieser hatte seine Betriebseinrichtung und die Warenvorräte bei der Klägerin versichert; ferner bestand Versicherungsschutz für Betriebsunterbrechungsschäden.

2 Die Klägerin zahlte wegen der an den Warenvorräten durch Rauch, Ruß und Löschwasser entstandenen Schäden 118 510 € an den Geschädigten sowie 17 000 € zum Ausgleich seines Betriebsunterbrechungsschadens. Diese Beträge verlangt sie aus übergegangenem Recht des Geschädigten von dem Beklagten ersetzt.

3 Die Klage ist vor dem Landgericht Ulm erfolglos geblieben. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den Rechtsstreit zur Feststellung der Anspruchshöhe an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hält die Voraussetzungen eines nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB für gegeben. Die durch den Brand in die Geschäftsräume des Geschädigten eingedrungenen Rauch- und Rußpartikel stellten rechtswidrige Immissionen dar. Der Ausgleichsanspruch umfasse den unmittelbar an den Warenvorräten eingetretenen Schaden. Denn er diene als Kompensation für den Ausschluss primärer Abwehrensprüche, die nach § 862 Abs. 1 BGB auch dem Besitzer des Nachbargrundstücks und damit dem Geschädigten als Mieter zustünden. Hätte dieser seinen Abwehrensanspruch gegen die von dem Brandereignis ausgehenden Immissionen durchsetzen können, wäre der Schaden an seinen Warenvorräten nicht eingetreten. Das rechtfertige es, sie in den Schutzbereich des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs einzubeziehen. Entsprechendes gelte für den Betriebsausfallschaden, soweit er nicht durch die Reinigungs- und Sanierungsarbeiten am Gebäude, sondern möglicherweise auch durch die Dauer der Wiederbeschaffung des Warenbestands bedingt gewesen sei.

5 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

6 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Klägerin aus übergegangenem Recht des Geschädigten (§ 67 VVG) ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch in analoger Anwendung des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB zusteht.

7 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein solcher Anspruch gegeben, wenn von einem Grundstück im Rahmen privatwirtschaftlicher Benutzung rechtswidrige Einwirkungen auf ein anderes Grundstück ausgehen, die der Eigentümer oder Besitzer des betroffenen Grundstücks nicht dulden muss, aus besonderen Gründen jedoch nicht gemäß §§ 1004 Abs. 1, 862 Abs. 1 BGB unterbinden kann, sofern er hierdurch Nachteile erleidet, die das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung übersteigen (vgl. Senat, BGHZ 155, 99, 102 m.w.N.). Hiervon ist auszugehen, wenn ein Brand auf ein fremdes Grundstück übergreift, da der Nachbar die Gefahr in aller Regel – und so auch hier – nicht erkennen und die Einwirkungen auf sein Grundstück daher nicht rechtzeitig abwehren kann.

8 b) Das Berufungsgericht verkennt auch nicht, dass sich der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch nur gegen einen Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB richten kann (vgl. Senat, Urte. v. 27. Januar 2006, V ZR 26/05, NJW 2006, 992 [= WuM 2006, 216 = GuT 2006, 164 KL]). Der Senat hat bereits entschieden, dass der Eigentümer eines Hauses, welches infolge eines technischen Defekts seiner elektrischen Geräte in Brand gerät, Störer ist (BGHZ 142, 66). Für den Beklagten als Eigentümer einer selbstgenutzten Wohnung gilt nichts anderes (vgl. aber auch Senat, Urte. v. 27. Januar 2006, V ZR 26/05, NJW 2006, 992 [= WuM 2006, 216] für den Fall einer vermieteten Wohnung).

9 2. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht ferner an, dass sich Inhalt und Umfang des Anspruchs nach den Grundsätzen der Enteignungsentschädigung bestimmen (vgl. Senat, BGHZ 142, 66, 70 ff.) und dass diese Entschädigung auch die

Nachteile erfasst, die der hier Geschädigte infolge der Beeinträchtigung seiner Warenvorräte durch Rauch, Ruß und Löschwasser erlitten hat.

10 a) Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch entsprechend § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB dient als Kompensation für den Ausschluss primärer Abwehransprüche nach §§ 1004 Abs. 1, 862 Abs. 1 BGB (Senat, BGHZ 155, 99, 106), schützt also wie diese das Eigentum und den Besitz an einem Nachbargrundstück. Die Ausgleichsleistung knüpft an diese Rechtspositionen an; bei einer Besitzstörung richtet sie sich nach dem Vermögenswert, der auf dem Recht beruht, den Besitz innezuhaben. Folgt das Besitzrecht, wie hier, aus einem Mietvertrag über Gewerberäume, ist dies vor allem die Möglichkeit, den Besitz zur Unterhaltung eines Gewerbebetriebes zu nutzen. Daher sind die vermögenswerten Betriebsnachteile auszugleichen, die ihre Ursache in der Besitzstörung haben (vgl. Senat, BGHZ 147, 45, 52 f.).

11 Zu diesen Nachteilen zählen die für eine ungestörte Fortführung des Gewerbebetriebs erforderlichen Aufwendungen. Das umfasst Aufwendungen für den Ersatz von Inventar, von Warenvorräten und ähnlichen Betriebsmitteln, die durch die Besitzstörung beschädigt worden sind (vgl. Senat, a. a. O., S. 55 für unbrauchbar gewordenes Inventar sowie Senat, BGHZ 155, 99, 106 für eine beschädigte Betriebseinrichtung).

12 Dabei kommt es nicht darauf an, ob die sich auf dem Grundstück befindlichen Betriebsmittel, hier also die Warenvorräte des Geschädigten, infolge einer Beeinträchtigung der Grundstücks- oder Gebäudesubstanz (vgl. Senat, BGHZ 147, 45, 54 f.: Inventar wird durch den Gebäudeeinsturz zerstört) oder unmittelbar durch die auf das Grundstück einwirkenden Immissionen beschädigt werden (hier: Schaden unmittelbar an den Waren durch Rauch, Ruß oder Löschwasser). Denn auch der primäre Abwehranspruch gemäß §§ 1004, 862 Abs. 1 BGB, dessen faktischer Ausschluss durch die Entschädigung kompensiert werden soll, besteht unabhängig davon, welches Schadensbild infolge der drohenden unzulässigen Störung im Einzelnen zu erwarten ist. Entscheidend ist, dass der Schaden an den beweglichen Sachen nicht eingetreten wäre, wenn der Besitzer seinen Unterlassungsanspruch hätte durchsetzen können, und sich damit als Teil der diesem durch die Besitzstörung abverlangten Vermögenseinbuße darstellt.

13 Ebenso wenig ist maßgeblich, ob durch die Besitzstörung hervorgerufene Ertragseinbußen, welche grundsätzlich ebenfalls auszugleichen sind (vgl. Senat, a. a. O., S. 54) und hier infolge der Notwendigkeit, neue Lederwaren zu beschaffen, eingetreten sein sollen, auf eine Beschädigung des Grundstücks oder darauf befindlicher beweglicher Sachen zurückzuführen sind.

14 b) Eine andere Beurteilung folgt entgegen der Auffassung der Revision nicht aus dem sog. Kupolofen-Fall (BGHZ 92, 143), in dem auf einem Betriebsparkplatz abgestellte Fahrzeuge von Arbeitnehmern durch Staubwürfe einer benachbarten Schmelzanlage beschädigt worden waren. Die Begründung, mit der der Bundesgerichtshof einen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch der Arbeitnehmer gegen den Betreiber des Schmelzofens verneint hat – es fehle an dem erforderlichen Bezug der Schäden zu dem von den Immissionen betroffenen Grundstück – verweist auf die notwendige, im Kupolofen-Fall aber fehlende Haftungsgrundlage für einen solchen Anspruch. Da die klagenden Arbeitnehmer bloße Benutzer des Betriebsparkplatzes waren (a. a. O., S. 146), stand ihnen ein Abwehranspruch gegen die Immissionen aus §§ 1004 Abs. 1, 862 Abs. 1 BGB nicht aufgrund eines Rechts an dem betroffenen Grundstück, sondern nur als Eigentümer oder Besitzer der abgestellten Fahrzeuge zu. Rechte an beweglichen Sachen können – für sich genommen – aber keinen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch begründen. Als Teil des Interessenausgleichs für eine sachgerechte Nutzung benachbarter Grundstücke setzt ein solcher Anspruch auf Seiten des Anspruchstellers stets eine Störung seines Eigentums oder Besitzes an einem Grundstück voraus

(vgl. Senat, BGHZ 157, 188, 193 [= GuT 2004, 65 = WuM 2004, 215]). Nichts anderes wird in der Kupolofen-Entscheidung angesprochen, wenn es dort heißt, der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch erfasse Folgeschäden nur, wenn und soweit diese sich aus der Beeinträchtigung der Substanz oder Nutzung des betroffenen Grundstücks entwickelten.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 1004 BGB
Grundstücksbeeinträchtigung vom Nachbargrundstück;
Störungsabwehr;
Duldungspflicht des Grundstückserwerbers

Gestattet der Eigentümer eine von dem Nachbargrundstück ausgehende Störung, bindet dies seinen Einzelrechtsnachfolger grundsätzlich nicht.

(BGH, Urteil vom 29. 2. 2008 – V ZR 31/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger sind Eigentümer eines Grundstücks, das an eine im Eigentum der Beklagten stehende Privatstraße grenzt. Die Straße liegt über dem Bodenniveau des klägerischen Grundstücks und ist mit Betonsteinen gepflastert. Sie schließt unmittelbar an eine sich auf dem Grundstück der Kläger befindliche, etwa 50 cm hohe Mauer an.

2 Mit der Behauptung, die Mauer halte aus statischen Gründen den von der Privatstraße ausgehenden Druck nicht aus und drohe deshalb einzustürzen, verlangen die Kläger von den Beklagten, die Straße abzustützen.

3 Die Klage ist in den Tatsacheninstanzen [LG Osnabrück; OLG Oldenburg] erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihren Antrag weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Revision.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, ein Anspruch der Kläger aus § 1004 BGB scheitere daran, dass die frühere Eigentümerin ihres Grundstücks mit dem Anbau der Privatstraße an die Gartenmauer einverstanden gewesen sei. Diese Zustimmung müssten sich die Kläger als Rechtsnachfolger entgegenhalten lassen.

5 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht zwar an, dass die Beklagten nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Beseitigung der behaupteten Beeinträchtigung des Eigentums der Kläger in Anspruch genommen werden können. Die Beklagten sind als Zustandsstörer passivlegitimiert, da die – für das Revisionsverfahren zu unterstellende – Störung von ihrem Grundstück ausgeht und die Eigentumsbeeinträchtigung wenigstens mittelbar auf ihren Willen zurückzuführen ist (vgl. zu diesem Erfordernis: Senat, Ur. v. 1. Dezember 2006, V ZR 112/06, NJW 2007, 432 [= GuT 2007, 44 KL = WuM 2007, 77], Rdn. 14 m. w. N.). Letzteres folgt daraus, dass die Beklagten für den baulichen Zustand der von ihnen unterhaltenen und benutzten Straße verantwortlich sind (Rechtsgedanke des § 907 BGB), ohne dass es darauf ankommt, welchen eigenen Beitrag sie hierzu geleistet haben und ob sie den störenden Zustand der Straße bei Erwerb des Grundstücks kannten (vgl. Senat, Ur. v. 19. Januar 1996, V ZR 298/94, NJW-RR 1996, 659, 660; Ur. v. 22. September 2000, V ZR 443/99, NJW-RR 2001, 232).

7 Rechtsfehlerhaft ist aber die Auffassung des Berufungsgerichts, der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB sei ausgeschlossen, weil die frühere Eigentümerin des Grundstücks der Kläger damit einverstanden war, dass die Privatstraße unmittelbar an die Gartenmauer herangebaut wurde. Gestattet der Eigentümer einen bestimmten Störungszustand, bindet dies seinen Einzelrechtsnachfolger grundsätzlich nicht (Senat, BGHZ 66, 37, 39; BGHZ 60, 119, 122; Palandt/Bassenge, BGB, 67. Aufl., § 1004, Rdn. 36; MünchKomm-BGB/Medicus, 4. Aufl., § 1004 Rdn. 65 f.; Staudinger/Gursky, BGB <2006>, § 1004 Rdn.

198 m.w.N.). Denn hierbei handelt es sich – wenn eine dingliche Belastung des Grundstücks unterbleibt – um eine schuldrechtlich vereinbarte, also lediglich zwischen den Beteiligten wirkende, Duldungspflicht oder sogar nur um eine gefälligkeithalber erteilte, je nach den Umständen widerrufliche Erlaubnis.

8 Etwas anderes kommt nur in Betracht, wenn der Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks eine schuldrechtliche Duldungsverpflichtung seines Rechtsvorgängers übernommen hat. Ein Übernahmewille des Erwerbers kann aber nicht unterstellt werden, vielmehr muss er deutlich zum Ausdruck gekommen sein (vgl. Staudinger/Gursky, a. a. O.). Vorliegend ist dafür nichts ersichtlich.

9 III. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben, soweit der die Stützmauer betreffende Hilfsantrag abgewiesen worden ist. In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit es die notwendigen Feststellungen zu der von den Klägern behaupteten Eigentumsbeeinträchtigung treffen kann. Zugleich erhält das Berufungsgericht Gelegenheit, gemäß § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO auf einen sachdienlichen Antrag hinzuwirken (vgl. zum Klageantrag bei § 1004 BGB: Senat, BGHZ 67, 252, 253; Staudinger/Gursky, a. a. O., Rdn. 236 m.w.N.).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 26 EGZPO

Gaststättenpacht; Räumungsklage; Berufungsbeschwerde nach einseitiger Erledigungserklärung

Nach einseitiger Erledigungserklärung bestimmt sich der Wert der Beschwerde nach der Summe der bis zum Zeitpunkt der Erledigungserklärung entstandenen Kosten. An dieser ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hält der Senat fest.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 30.1.2008 – XII ZR 146/06)

1 **Aus den Gründen:** Die Beschwerde ist unzulässig.

2 Das Landgericht [Frankfurt/Main] hat den Beklagten zur Räumung und Herausgabe der von der Klägerin gepachteten Gaststättenräume verurteilt. Der Beklagte hat während des Berufungsverfahrens die Gaststätte geräumt. Daraufhin hat die Klägerin die Hauptsache einseitig für erledigt erklärt. Das Oberlandesgericht [Frankfurt/Main] hat die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist. Die Revision hat es nicht zugelassen. Hiergegen hat der Beklagte Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt.

3 Die Beschwerde des Beklagten beläuft sich auf lediglich 10 335 € und erreicht somit nicht die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EGZPO.

4 Nach einseitiger Erledigungserklärung bestimmt sich der Wert der Beschwerde nach der Summe der bis zum Zeitpunkt der Erledigungserklärung entstandenen Kosten (Senatsbeschluss vom 13. Juli 2005 – XII ZR 295/02 – NJW-RR 2005, 1728 m.w.N.). An dieser ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hält der Senat fest. Denn mit der einseitigen Erledigungserklärung tritt für beide Parteien an die Stelle des Sachinteresses regelmäßig das Kosteninteresse. Allerdings kann ausnahmsweise etwas anderes gelten (vgl. Senatsbeschluss a. a. O.). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier jedoch nicht vor.

5 Bei einem Streitwert von 21 354 €, den das Landgericht und das Oberlandesgericht zutreffend entsprechend der Jahrespacht auf 21 354 € festgesetzt haben, betragen die Gesamtkosten im vorliegenden Fall einschließlich Dolmetscherentschädigung 10 335,52 €:

6 In erster Instanz sind bei jeder Partei Kosten von 1955,99 € (vgl. Kostenfestsetzungsbeschluss vom 15. August 2006 Bl. 338), insgesamt somit 3911,98 € angefallen. Hinzu kommen die Gerichtskosten in Höhe von 864 €, so dass sich für die erste Instanz ein Gesamtbetrag von 4775,98 € ergibt. In zweiter Instanz sind an außergerichtlichen Kosten insgesamt 4242,82 € angefallen (vgl. Kostenfestsetzungsbeschluss vom 8. September 2006 Bl. 342). Hinzu kommen die Gerichtskosten einschließlich einer Dolmetscherentschädigung von insgesamt 1316,72 €. Die Kosten zweiter Instanz betragen daher insgesamt 5559,54 €. Für den gesamten Rechtsstreit errechnet sich somit ein Kostenbetrag von 10 335,52 €.

7 Der Widerklage kommt kein eigener Wert zu.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Art. 2, 20 GG; § 119 GVG

Berufung; Zuständigkeit; Weiterleitung an das zuständige Berufungsgericht; Auslandsberührung; Auslandsbezug

Das Grundrecht auf ein faires Verfahren gebietet es nicht, dass das angegangene Berufungsgericht sich Akten, die für die abschließende Prüfung seiner Zuständigkeit erforderlich sind, schneller als dies im ordentlichen Geschäftsgang erwartet werden kann, vorlegen lässt, damit die Berufungsschrift gegebenenfalls noch vor Ablauf der Rechtsmittelfrist an das zuständige Berufungsgericht weitergeleitet werden kann.

(BGH, Beschluss vom 18.3.2008 – VIII ZB 4/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger, von denen einer seinen Wohnsitz im Zeitpunkt der Erhebung der Klage in der Schweiz hatte, nehmen die Beklagten als ihre Mieter auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung in Anspruch. Das Amtsgericht Berlin-Schöneberg hat der Klage stattgegeben; das Urteil ist dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 30. August 2005 zugestellt worden.

2 Am 16. September 2005 haben die Beklagten dagegen beim Landgericht Berlin Berufung eingelegt und diese begründet. Die Geschäftsstelle des Landgerichts hat am 19. September 2005 beim Amtsgericht die Akten angefordert und am 23. September 2005 – noch vor Eingang der Akten – dem Kammervorsitzenden die Berufungs- und Berufungsbegründungsschrift vorgelegt. Am 28. September 2005 sind die erstinstanzlichen Akten bei der Gemeinsamen Briefannahmestelle der Justizbehörden Mitte eingegangen. Am 6. Oktober haben sie auf der Geschäftsstelle vorgelegen und sind einen Tag später erstmals dem Kammervorsitzenden zugeleitet worden.

3 Nachdem der zweitinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Kläger unter Hinweis auf § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG auf Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung zum Landgericht hingewiesen hatte, haben die Beklagten am 31. Oktober 2005 (einem Montag) Berufung zum Kammergericht eingelegt, wegen der Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und die Berufung begründet.

4 Das Kammergericht hat den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen wenden sich die Beklagten mit ihrer Rechtsbeschwerde.

5 **Aus den Gründen:** II. 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung – teilweise unter wörtlicher Übernahme der Gründe eines Beschlusses des Oberlandesgerichts Düsseldorf (ProzRB 2003, 215) – ausgeführt:

6 Die Voraussetzungen für die Bewilligung der Wiedereinsetzung gegen die versäumte Berufungsfrist nach § 233 ZPO lägen nicht vor, weil die Versäumung der Frist auf einem Ver-

schulden des zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Beklagten beruhe, der die Bestimmung des § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG übersehen habe.

7 Die Beklagten könnten sich nicht darauf berufen, dass die Berufung bereits zwei Wochen vor Ablauf der Berufungsfrist beim – unzuständigen – Landgericht eingegangen sei. Zwar könne ein unzuständiges Gericht unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs der Partei auf ein faires Verfahren verpflichtet sein, von sich aus fristgebundene Schriftsätze an das zuständige Gericht weiterzuleiten. Dies könne aber nur dann gelten, wenn das zunächst angegangene Gericht seine Unzuständigkeit habe erkennen müssen.

8 Auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das dasjenige Gericht, welches im vorangegangenen Rechtszug mit der Sache befasst gewesen sei, zur Weiterleitung fehlerhaft bei ihm eingereichter Rechtsmittelschriften für verpflichtet erachte, könnten sich die Beklagten nicht stützen, weil sie Berufung bei dem zuvor mit der Sache nicht befassten Landgericht eingelegt hätten. Ein jedes Gericht für verpflichtet zu halten, bei ihm eingegangene Rechtsmittelschriften umgehend darauf hin zu überprüfen, ob möglicherweise die Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben sei, und dann alsbald Maßnahmen zur Weiterleitung zu ergreifen, würde eine Überspannung der Fürsorgepflicht bedeuten. Eine Partei könne zudem allenfalls dann auf eine Weiterleitung ihres Schriftsatzes innerhalb der jeweiligen Frist vertrauen, wenn die fristgerechte Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang ohne weiteres erwartet werden könne.

9 Für das Landgericht habe vor Eingang der Sachakten am 6. Oktober 2005 keine Möglichkeit bestanden, seine Unzuständigkeit festzustellen. Darauf, dass das angefochtene Urteil der Berufungsschrift beigefügt gewesen sei und sich aus dessen Tenor und dem Berufungsschriftsatz für den Kläger zu 4 eine Anschrift in der Schweiz ergeben habe, komme es nicht an. § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG stelle auf den Wohnsitz zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage ab. Diese Prüfung sei hier erst nach Vorlage der Sachakten möglich gewesen.

10 2. Die gemäß § 522 Abs. 1 Satz 4, § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist zwar zulässig (§ 574 Abs. 2, § 575 ZPO), hat in der Sache aber keinen Erfolg.

11 a) Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden (Beschluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 2558/05, NJW 2006, 1579, unter II 2; vgl. auch Senatsbeschluss vom 5. Oktober 2005 – VIII ZB 125/04, NJW 2005, 3776, unter III 1 b bb), dass sich aus dem Grundrecht auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) und aus der daraus sich ergebenden verfassungsrechtlichen Fürsorgepflicht der staatlichen Gerichte keine generelle Verpflichtung zur sofortigen Prüfung der Zuständigkeit bei Eingang einer Rechtsmittelschrift ableiten lässt. Dies enthöbe die Verfahrensbeteiligten und deren Prozessbevollmächtigte ihrer eigenen Verantwortung für die Einhaltung der Formalien und überspannte die Anforderungen an die Grundsätze des fairen Verfahrens. Es wäre mit dem Grundsatz nicht vereinbar, dass sich die Abgrenzung dessen, was im Rahmen einer fairen Verfahrensgestaltung an richterlicher Fürsorge von Verfassungen wegen geboten ist, nicht nur am Interesse des Rechtsuchenden an einer möglichst weit gehenden Verfahrenserleichterung orientieren kann, sondern auch berücksichtigen muss, dass die Justiz im Interesse ihrer Funktionsfähigkeit vor zusätzlicher Belastung geschützt werden muss.

12 Mit dieser Rechtsprechung steht die Entscheidung des Berufungsgerichts in Einklang. Der Vorsitzende der Berufungskammer beim Landgericht kann danach nicht als verpflichtet angesehen werden, bei einer noch innerhalb der Berufungsfrist an ihn erfolgenden Vorlage einer Berufungs- oder Berufungsbegründungsschrift, aus denen sich – wie im vorliegenden Fall – gewichtige Anhaltspunkte für einen Auslandsbezug ergeben, der eine Berufungszuständigkeit des Oberlandesgerichts nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG begründen kann, die ab-

schließende Prüfung der Zuständigkeit so zu beschleunigen, dass gegebenenfalls die Berufungsschrift noch vor Fristablauf an das Oberlandesgericht weitergeleitet werden kann. Da es nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG auf den allgemeinen Gerichtsstand im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit in erster Instanz, also regelmäßig im Zeitpunkt der Zustellung der Klageschrift nach § 253 Abs. 1, § 261 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO ankommt, der von der aktuellen Anschrift einer Partei im Zeitpunkt des Urteilserlasses und der Berufungseinlegung durchaus abweichen kann, reicht die Kenntnis der Berufungs- und der Berufungsbegründungsschrift sowie des angefochtenen Urteils in vielen Fällen – so auch hier – zur endgültigen Beurteilung der Zuständigkeit nicht aus, sondern bedarf es einer Kenntnis der Akten, insbesondere der Angabe des Wohnsitzes in der Klageschrift (BVerfG, a. a. O.). Einer Verpflichtung des Vorsitzenden, sich diese Akten schneller, als dies im ordentlichen Geschäftsgang zu erwarten wäre, vorlegen zu lassen oder sich bei dem Berufungsführer oder dem Gericht erster Instanz nach dem Wohnsitz bei Zustellung der Klage zu erkundigen, wie sie die Rechtsbeschwerde annehmen möchte, würde die Verfahrensbeteiligten ihrer primären Verantwortung für die Bestimmung des zuständigen Rechtsmittelgerichts entheben.

13 b) Dass im ordentlichen Geschäftsgang vor dem 28. September 2005 mit einem Eingang der Akten beim Landgericht zu rechnen war, macht auch die Rechtsbeschwerde nicht geltend. Sie rügt lediglich, dass die Akte dem Vorsitzenden erst am 6. Oktober 2005, ausweislich der Akten sogar nicht vor dem 7. Oktober 2005, vorgelegt worden ist, als die Berufungsfrist bereits abgelaufen war. Ob damit die Prozessförderungspflicht des Gerichts verletzt worden ist, kann jedoch dahinstehen. Denn die Beklagten konnten in keinem Fall darauf vertrauen, dass die Akten nach Eingang bei der Briefannahmestelle des Landgerichts am 28. September 2005 dem Vorsitzenden so rechtzeitig vorgelegt werden würden, dass mit einem Eingang der Berufungsschrift beim Kammergericht noch vor Ablauf der zwei Tage später – am 30. September 2005 – endenden Berufungsfrist zu rechnen war.

14 Dafür waren ein Transport der Akten von der Briefannahmestelle zur zuständigen Geschäftsstelle des Landgerichts, sodann eine Vorlage der Akten an den Vorsitzenden, die abschließende Prüfung der Zuständigkeit jedenfalls durch den Vorsitzenden (wenn nicht durch die Kammer) und eine darauf beruhende Weiterleitungsverfügung des Vorsitzenden, die Ausführung dieser Verfügung durch die Geschäftsstelle und ein Transport der Akten zum Kammergericht erforderlich. Die Beklagten konnten nicht erwarten, dass dies im ordentlichen (nicht durch besondere Anordnungen beschleunigten) Geschäftsgang innerhalb von maximal drei Arbeitstagen abgeschlossen sein würde (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. März 2005 – 1 BvR 950/04, NJW 2005, 2137, unter II 2 c; Beschluss vom 3. Januar 2001 – 1 BvR 2147/00, NJW 2001, 1343, unter II 2). Es bedarf deshalb auch keiner Entscheidung, ob der Vorsitzende überhaupt berechtigt gewesen wäre, die von einer anwaltlich vertretenen Partei ausdrücklich zum Landgericht eingelegte Berufung wegen Unzuständigkeit ohne Weiteres an das Kammergericht weiterzuleiten, ohne der betroffenen Partei rechtliches Gehör zu gewähren und ihr Gelegenheit zu geben, die von ihr getroffene Wahl des Rechtsmittelgerichts zu begründen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. die Beiträge Gellwitzki GuT 2008, 3 und GuT 2008, 96 (in diesem Heft). Dazu auch BGH GuT 2008, 146, 147 (jew. in diesem Heft).

§ 119 GVG
Berufungszuständigkeit des OLG;
Teilurteil gegen inländischen Streitgenossen;
Auslandsberührung

Der Erlass eines Teilurteils allein gegen den im Inland wohnenden Streitgenossen hat keinen Einfluss auf die Berufungszuständigkeit des Oberlandesgerichts.

(BGH, Urteil vom 27. 3. 2008 – VII ZR 76/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht gegen die Beklagten einen Werklohnanspruch geltend. Der Beklagte zu 1 hatte im Zeitpunkt der Klageerhebung seinen Wohnsitz in der Schweiz.

2 Das Amtsgericht Bonn hat die Klage gegen die Beklagte zu 2 durch Teilurteil als unbegründet abgewiesen, weil sie weder Vertragspartnerin der Klägerin geworden sei noch nach § 1357 BGB oder Rechtscheinsgrundsätzen hafte.

3 Die hiergegen gerichtete Berufung hat das Landgericht Bonn als unzulässig verworfen, weil sie nicht beim nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG funktionell zuständigen Oberlandesgericht eingelegt worden sei.

4 Hiergegen richtet sich die vom Landgericht zugelassene Revision der Klägerin.

5 **Aus den Gründen:** I. Das Landgericht führt im Wesentlichen aus, da der Beklagte zu 1 bei Eintritt der Rechtshängigkeit seinen Wohnsitz in der Schweiz gehabt habe, sei gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts für die Berufung gegeben gewesen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass das Amtsgericht die Klage gegen die Beklagte zu 2 durch Teilurteil abgewiesen und die Berufung der Klägerin sich nur hiergegen gerichtet habe.

6 II. Das angefochtene Urteil hält einer rechtlichen Nachprüfung stand.

7 Das Landgericht hat ohne Rechtsfehler seine Zuständigkeit für die Berufung gegen das Teilurteil des Amtsgerichts vernie-

8 1. Seit dem 1. Januar 2002 weist § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG i. d. F. des Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 (BGBl. I, 1887 ff.) den Oberlandesgerichten die Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde gegen amtsgerichtliche Entscheidungen in Sachen mit Auslandsberührung zu. Entscheidend ist hierbei nach dem eindeutigen Wortlaut der gesetzlichen Regelung, ob es sich um eine Streitigkeit über Ansprüche von einer oder gegen eine Person handelt, die im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit erster Instanz ihren allgemeinen Gerichtsstand außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes hatte. Maßgeblich ist hiernach der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit, also regelmäßig der Zustellung der Klageschrift (§§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO).

9 Diese Regelung, die aufgrund einer Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses neu gefasst worden ist, trägt dem Umstand Rechnung, dass infolge der Internationalisierung des Rechts und des zunehmenden grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs ein großes Bedürfnis nach Rechtssicherheit durch eine obergerichtliche Rechtsprechung besteht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 2003 – VI ZR 430/02, BGHZ 155, 46, 48; Beschluss vom 19. Februar 2003 – IV ZB 31/02, NJW 2003, 1672). Durch die Zentralisierung der Berufung und der Beschwerde in Streitigkeiten mit internationalem Bezug beim Oberlandesgericht soll die Möglichkeit divergierender Entscheidungen in derartigen Sachen mit tendenziell internationalem Bezug verringert und die bei internationalen Sachverhalten besonders wichtige Rechtssicherheit gestärkt werden. Entsprechend diesem Zweck des Gesetzes, jedenfalls für solche Streitigkeiten eine einheitliche Rechtsprechung durch Konzentration der Berufungen bei den gegenüber der Zahl der Landgerichte wenigen Ober-

landesgerichten zu erreichen, muss diese Regelung grundsätzlich auch bei Streitgenossenschaft Anwendung finden (BGH, Urteil vom 13. Mai 2003 – VI ZR 430/02, a. a. O., S. 49).

10 Nach diesen Grundsätzen war daher das Oberlandesgericht zur Entscheidung über die Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts berufen.

11 2. Daran ändert sich – entgegen der Auffassung der Revision – nichts dadurch, dass das Amtsgericht die Klage gegen die Beklagte zu 2 durch Teilurteil als unbegründet abgewiesen hat und sich allein hiergegen die Berufung der Klägerin richtet.

12 Zwar ist dann die Partei nicht am Berufungsverfahren beteiligt, deren allgemeiner Gerichtsstand im Ausland die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts für das Berufungsverfahren begründet hat. Das berührt jedoch nach dem eindeutigen Wortlaut des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG, der auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit gegenüber der Partei mit Auslandsgerichtsstand abstellt, diese Zuständigkeit nicht. Der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit ist in diesem Sinne nicht nur für die Bestimmung des Gerichtsstands im Ausland als solchem maßgeblich, sondern auch für die in der Norm angeordnete funktionelle Zuständigkeit des Oberlandesgerichts. Spätere, erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgende Veränderungen haben grundsätzlich auf die funktionelle Zuständigkeit des Oberlandesgerichts keinen Einfluss (vgl. Urteil vom 13. Mai 2003 – VI ZR 430/02, a. a. O., S. 50).

13 Auch Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung gebieten für eine Fallgestaltung, wie sie hier vorliegt, keine andere Beurteilung.

14 a) Der Bundesgerichtshof hat allerdings für bestimmte Gruppen von Entscheidungen, in denen trotz des allgemeinen Gerichtsstandes der Partei im Ausland ausschließlich deutsches Recht anzuwenden ist, entschieden, dass aus diesem Grund die besondere Rechtsmittelzuständigkeit des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG nicht greift. Dies gilt für Entscheidungen der Vollstreckungsgerichte in Zwangsversteigerungssachen (BGH, Beschluss vom 19. März 2004 – IXa ZB 23/03, in juris dokumentiert) sowie im allgemeinen Zwangsvollstreckungsverfahren (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2006 – VII ZB 24/06, Rpfleger 2007, 210 [= GuT 2007, 97]) deshalb, weil es wegen der aus dem „lex-foi“-Prinzip folgenden Anwendbarkeit deutschen Zwangsvollstreckungsrechts nicht um Fallgestaltungen geht, in denen regelmäßig und typischerweise unter Anwendung der Bestimmungen des Internationalen Privatrechts und des Internationalen Prozessrechts zu entscheiden ist, welches nationale Recht heranzuziehen und wie es gegebenenfalls zu handhaben ist.

15 b) Mit diesen Fallgruppen ist die hier zu beurteilende Fallgestaltung einer Berufung gegen ein nur die Partei mit Inlandswohnsitz betreffendes Teilurteil nicht vergleichbar. Die durch das Teilurteil erfolgte prozessuale Verselbständigung des gegen diese Partei geführten Berufungsverfahrens führt nicht dazu, dass sich regelmäßig und typischerweise die Probleme der Anwendung von internationalrechtlichen oder auslandsrechtlichen Normen nicht mehr stellen und eine Anwendung des § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG bei Verfahrensgestaltungen dieser Art ausscheidet.

16 aa) Zum einen steht nicht fest, ob es bei der Verselbständigung des Verfahrens gegen diese Partei bleibt, da das Berufungsgericht die Zulässigkeit des Teilurteils sogar von Amts wegen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Oktober 2000 – VIII ZR 109/99, NJW 2001, 155, 156) zu überprüfen hat. Daher stellt sich auch nicht sinngemäß die in der Entscheidung vom 13. Mai 2003 (VI ZR 430/02, a. a. O., S. 50) offengelassene Frage, ob es die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts berühren kann, wenn die Partei mit allgemeinem Gerichtsstand im Ausland vor Ablauf der Berufungsfrist endgültig, etwa durch Berufungsrücknahme, aus dem Rechtsstreit ausscheidet. Auch für die Fallgruppe der Anfechtung eines Teilurteils gegen die Partei mit Inlandswohnsitz gebietet es das bei der Anwendung von Zuständigkeitsvorschriften im Vordergrund stehende Prinzip der Rechts-

mittelklarheit, von der durch § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG angeordneten funktionellen Zuständigkeit des Oberlandesgerichts nicht abzurücken.

17 bb) Zudem ergibt sich daraus, dass über die Klage gegen die Partei mit Inlandswohnsitz durch Teilurteil entschieden worden ist, keineswegs regelmäßig und typischerweise eine Folgerung dahin, dass für die Rechtsbeziehungen der Parteien dieses Berufungsverfahrens Rechtssätze des Internationalen Privatrechts oder eines ausländischen Rechts keine Rolle spielen können. Auf welcher Rechtsgrundlage und unter Anwendung welcher Rechtsordnung zwischen diesen Parteien zu entscheiden ist, ist eine nur aus dem Einzelfall, nämlich den konkreten Rechtsbeziehungen der Beteiligten heraus zu beantwortende Frage. Auf derartige Umstände des Einzelfalls darf aber schon aus Gründen der Rechtssicherheit bei der Entscheidung der Frage, ob § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG eingreift und die Berufung daher zum Oberlandesgericht einzulegen ist, niemals abgestellt werden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. zu § 119 GVG BGH GuT 2008, 144 (in diesem Heft) m.w.Hinw.; Gellwitzki GuT 2008, 3 und GuT 2008, 96 (in diesem Heft).

§§ 167, 691, 696 ZPO

Mahnbescheid; Abgabe an das Amtsgericht als Prozessgericht; Wohnsitz im Ausland im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit; Zuständigkeit des Oberlandesgerichts als Berufungsgericht § 119 GVG

Die zeitliche Grenze für dem Antragsteller zurechenbare geringfügige Verzögerungen kann bei Abgabe der Streitsache an das Prozessgericht nach Erhebung des Widerspruchs gegen einen ergangenen Mahnbescheid nicht anhand der Regelung des § 691 Abs. 2 ZPO bestimmt werden.

(BGH, Beschluss vom 28. 2. 2008 – III ZB 76/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger nimmt die Beklagten – mittlerweile geschiedene Eheleute – auf Zahlung einer Provision in Höhe von 4230 € für eine Finanzierungsvermittlung in Anspruch.

2 Auf Antrag des Klägers erließ das als zentrales Mahngericht zuständige Amtsgericht am 19. Mai 2005 über die vorgenannte Forderung nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten Mahnbescheide, die beiden Beklagten am 21. Mai 2005 unter der Anschrift ihrer früheren gemeinsamen Ehwohnung in der Bundesrepublik Deutschland zugestellt wurden. Nachdem beide Beklagte Widerspruch eingelegt hatten, benachrichtigte das Mahngericht den Kläger hiervon und übersandte ihm unter dem 30. Mai 2005 die Anforderung der Kosten für die Durchführung des streitigen Verfahrens. Die Zahlung der weiteren Gerichtskosten wurde am 24. Juni 2005 bei der Gerichtskasse verbucht. Das Mahngericht gab am 28. Juni 2005 das Verfahren an das für den früheren Wohnsitz der Beklagten zuständige Amtsgericht ab.

3 Mit Urteil vom 22. Juni 2006, das dem Kläger am 5. Juli 2006 zugestellt wurde, hat das Amtsgericht Lörrach die Klage abgewiesen. Im Rubrum dieses Urteils ist – wie bereits in einem zuvor gegen den Beklagten zu 2 ergangenen Teilversäumnisurteil – für die Beklagte zu 1 eine Adresse in der Bundesrepublik Deutschland und für den Beklagten zu 2 eine Anschrift in der Schweiz angegeben.

4 Mit Schriftsatz vom 2. August 2006 hat der Kläger gegen das amtsgerichtliche Urteil Berufung eingelegt. Dieser Schriftsatz ist an das Landgericht adressiert und ausweislich des Eingangsstempels dort am 3. August 2006 eingegangen. Außerdem trägt die Berufungsschrift einen vom gleichen Tag stammenden Eingangsstempel des Oberlandesgerichts Karlsruhe. Dieses hat hierzu festgestellt, die Berufungsschrift sei am 3. August 2006 beim Landgericht eingegangen und von dort am sel-

ben Tag an das Oberlandesgericht weitergeleitet worden. Zuvor habe eine Mitarbeiterin der Geschäftsstelle des Landgerichts in der Kanzlei der Klägervertreter angerufen und erklärt, sie werde die Berufungsschrift an das Oberlandesgericht weiterreichen, das zuständig sei, weil der Beklagte zu 2 im Ausland lebe.

5 Durch den angefochtenen Beschluss hat das Oberlandesgericht die Berufung als unzulässig verworfen. Es sei nicht nach § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG zur Entscheidung über die Berufung zuständig, weil der Beklagte zu 2 seinen Wohnsitz im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit noch nicht im Ausland, sondern in der Bundesrepublik Deutschland gehabt habe. Die Rechtshängigkeit gelte gemäß § 696 Abs. 3 ZPO als mit Zustellung des Mahnbescheids am 21. Mai 2005 eingetreten, denn die Streitsache sei innerhalb der Frist von einem Monat nach der Mitteilung über den Widerspruch und damit alsbald an das Prozessgericht abgegeben worden. Eine Verweisung oder formlose Rückgabe an das als Berufungsgericht zuständige Landgericht komme nicht in Betracht.

6 Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Rechtsbeschwerde.

7 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

8 1. Sie ist gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO i.V.m. § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthaft und auch im Übrigen nach § 574 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. ZPO zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert. Denn die angefochtene Entscheidung verletzt – wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt – die Verfahrensgrundrechte des Klägers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) und auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 575 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

9 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Das Oberlandesgericht hat zu Unrecht seine Zuständigkeit verneint und die Berufung als unzulässig verworfen.

10 a) Die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts als Berufungsgericht ergibt sich aus § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG. Danach sind die Oberlandesgerichte zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung in Streitigkeiten über Ansprüche, die von einer oder gegen eine Partei erhoben werden, die ihren allgemeinen Gerichtsstand im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in erster Instanz außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes hatte.

11 aa) Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Zwar kann hier nicht ein im amtsgerichtlichen Verfahren unangegriffen gebliebener ausländischer Gerichtsstand des Beklagten zu 2 zugrunde gelegt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Januar 2004 – VIII ZB 66/03 – NJW-RR 2004, 1073, 1074 unter II. 2. c) bb). Ob der Beklagte zu 2 bereits im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit seinen allgemeinen Gerichtsstand im Ausland hatte, war im amtsgerichtlichen Verfahren nicht unstreitig. Dies ergibt sich aber aus den Feststellungen des Berufungsgerichts. Danach begründete der Beklagte zu 2 seinen Wohnsitz in der Schweiz am 1. Juni 2005. Der Mahnbescheid wurde ihm am 21. Mai 2005 noch an seinem damaligen Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland zugestellt. Auf diesen Zeitpunkt kann die Rechtshängigkeit entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht gemäß § 696 Abs. 3 ZPO zurückbezogen werden, weil sie nicht im Sinne dieser Vorschrift alsbald nach der Erhebung des Widerspruchs an das Prozessgericht abgegeben worden ist. „Als-bald“ ist wie „demnächst“ in § 167 (und in § 693 Abs. 2 a. F.) ZPO zu definieren (BGHZ 103, 21, 28 [= WuM 1988, 176]; Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 696 Rn. 6; jew. m.w.N.). Beide Begriffe sind nicht rein zeitlich zu verstehen; ihr Inhalt wird in erster Linie durch den Zweck der genannten Rückwirkungsvorschriften bestimmt. Durch diese Regelungen soll die Partei vor einer von ihr nicht zu vertretenden verzögerlichen Sachbe-

handlung geschützt werden (BGHZ a. a. O. m. w. N.). Zuzurechnen sind dem Kläger alle Verzögerungen, die er oder sein Prozessbevollmächtigter bei gewissenhafter Prozessführung hätten vermeiden können (BGH, Urteil vom 27. Mai 1999 – VII ZR 24/98 – NJW 1999, 3125 unter II. 2.; Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 167 ZPO Rn. 10; jew. m. w. N.). Allerdings sind auch von der Partei zu vertretende geringfügige Verzögerungen bis zu 14 Tagen regelmäßig unschädlich (BGHZ 150, 221, 224; BGH, Urteile vom 27. Mai 1999 a. a. O.; vom 20. April 2000 – VII ZR 116/99 – NJW 2000, 2282 unter II. 1. m. w. N.; vom 22. September 2004 – VIII ZR 360/03 – NJW 2004, 3775, 3776 [= WuM 2004, 660] unter II. 2. a.); Beschluss vom 24. September 2003 – IV ZR 448/02 – FamRZ 2004, 21, 22; Roth a. a. O. Rn. 11 m. w. N.). Dies gilt grundsätzlich auch im Mahnverfahren. Der Antragsteller ist gehalten, nach Mitteilung des Widerspruchs ohne schuldhaftes Verzögerung die Abgabe an das Streitgericht zu veranlassen. In der Regel ist von ihm binnen eines Zeitraums von zwei Wochen nach Zugang der Mitteilung des Widerspruchs zu erwarten, dass er die restlichen Gerichtsgebühren einzahlt und den Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens stellt (HKZPO/Gierl, § 696 Rn. 17). Gemessen daran hat der Kläger nicht die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass die Streitsache alsbald nach Erhebung des Widerspruchs an das Prozessgericht abgegeben werden konnte. Die weiteren Gerichtsgebühren sind erst am 24. Juni 2005 und damit mehr als zwei Wochen nach Zugang der Zahlungsaufforderung – selbst unter Berücksichtigung der üblichen Postlaufzeit – eingezahlt worden.

12 bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann die Rechtshängigkeit nicht deshalb auf den Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids zurückbezogen werden, weil die Sache innerhalb eines Monats nach der Mitteilung über den Widerspruch an das Prozessgericht abgegeben wurde. Zwar wird die für die Beurteilung der rechtzeitigen Zustellung des Mahnbescheides ausreichende Frist an die Monatsfrist des § 691 Abs. 2 ZPO angeglichen (BGHZ 150, 221, 225; BGH, Urteil vom 27. April 2006 – I ZR 237/03 – NJW-RR 2006, 1436 f Rn. 17 [= GuT 2006, 203 KL]). Damit soll etwa im Falle der Mangelhaftigkeit des Mahnantrags vermieden werden, dass der Antragsteller von der Berichtigung absieht und Klage erhebt, wenn er durch die Behebung des Mangels Gefahr läuft, dass der berichtigte Mahnbescheid nicht innerhalb von zwei Wochen zugestellt wird (BGHZ 150 a. a. O.). Die zeitliche Grenze für geringfügige Verzögerungen kann aber nicht generell – so auch nicht für die Zustellung der Klageschrift – anhand der Regelung des § 691 Abs. 2 ZPO bestimmt werden (BGH, Beschluss vom 24. September 2003 a. a. O.; a. A. Zöller/Greger a. a. O. § 167 Rn. 11; MünchKomm/Schüler, ZPO, 3. Aufl., § 696 Rn. 19). Die Erweiterung des für die Rechtzeitigkeit maßgeblichen Zeitraums auf einen Monat ist auf die Fälle beschränkt, in denen sich die Zustellung des Mahnbescheids durch ein nachlässiges Verhalten des Antragstellers verzögert. Eine Übertragung dieser Wertung auf dem Antragsteller zurechenbare Verzögerungen nach Zustellung des Mahnbescheids und nach Aufforderung zur Zahlung der weiteren Gerichtskosten ist nicht gerechtfertigt. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Streitsache alsbald nach der Erhebung des Widerspruchs abgegeben worden ist, sind vielmehr die allgemein für § 167 ZPO geltenden Grundsätze anzuwenden (Musielak/Voit, ZPO, 5. Aufl., § 696 Rn. 4).

13 cc) Wenn die Sache – wie hier – nicht alsbald an das Prozessgericht abgegeben wird, tritt die Rechtshängigkeit nicht vor der Abgabe (BGHZ 112, 325, 329) und spätestens mit der Zustellung der Anspruchsbegründung (BGH, Urteil vom 14. November 1991 – IX ZB 250/90 – NJW 1993, 1070, 1071 unter I. 1. a), insoweit nicht in BGHZ 116, 77 abgedruckt) ein. Auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn der Beklagte zu 2 hatte bereits im Zeitpunkt der Abgabe seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht mehr in der Bundesrepublik Deutschland. Damit war die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts als Berufungsgericht nach § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG gegeben.

14 b) Die Berufung ist rechtzeitig im Sinne von § 519 Abs. 1 ZPO eingelegt worden. Nach dieser Vorschrift wird die Berufung durch Einreichung der Berufungsschrift bei dem Berufungsgericht eingelegt. Entscheidend dafür ist, dass der Schriftsatz in die Verfügungsgewalt des Rechtsmittelgerichts kommt (Senatsbeschluss vom 14. Juli 1987 – III ZB 20/87 – BGHR ZPO § 518 Abs. 1 Berufungsgericht 3; BGH, Beschluss vom 18. Februar 1997 – VI ZB 28/96 – NJW-RR 1997, 892, 893 unter II. 1.). Wird die Berufungsschrift – wie hier – bei einem unzuständigen Gericht eingereicht und von diesem an das zuständige Berufungsgericht weitergeleitet, so wirkt die rechtzeitige Weiterleitung fristwährend (Senatsbeschluss vom 14. Juli 1987 a. a. O.).

15 3. Nach alledem kann der angefochtene Beschluss keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht wird nunmehr in der Sache über die Berufung zu entscheiden haben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Zu § 119 GVG vgl. die Beiträge Gellwitzki in GuT 2008, 3 ff. und in GuT 2008, 96 ff. (in diesem Heft); BGH GuT 2008, 144, 146 (in diesem Heft).

§ 234 ZPO

Monatsfrist für den Wiedereinsetzungsantrag nach Versäumung der Berufungsbegründungsfrist

Die Frist für einen Antrag auf Wiedereinsetzung nach Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beträgt nicht zwei Wochen sondern nach § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO einen Monat. Das Motiv des Gesetzgebers, der vermögenslosen Partei nach Gewährung von Prozesskostenhilfe ausreichend Zeit zur Begründung des Rechtsmittels einzuräumen, rechtfertigt es nicht, abweichend vom Wortlaut § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO auf andere Fälle einer Versäumung der Frist zur Begründung eines Rechtsmittels nicht anzuwenden.

(BGH, Beschluss vom 15.1.2008 – XI ZB 11/07)

8 **Aus den Gründen:** II. 2. b) [...] Anders als das Berufungsgericht angenommen hat, beträgt die Frist für ein Wiedereinsetzungsgesuch bei Versäumung der Berufungsbegründungsfrist nicht zwei Wochen, sondern gemäß § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO einen Monat nach Behebung des Hindernisses. Mit der Neuregelung des § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO durch das Erste Gesetz zur Modernisierung der Justiz vom 24. August 2004 (BGBl. I S. 2198) hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien zwar in erster Linie das Ziel verfolgt, dem Rechtsmittelführer nach der Gewährung von Prozesskostenhilfe zur Begründung des Rechtsmittels eine Frist von einem Monat zur Verfügung zu stellen (BT-Drucks. 15/1508 S. 17). Dies rechtfertigt es aber nicht, § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO entgegen dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur auf Fälle der nachträglichen Bewilligung von Prozesskostenhilfe anzuwenden. In den Gesetzesmaterialien heißt es ausdrücklich, durch die Gesetzesänderung solle „insbesondere“ sichergestellt werden, dass nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe der Partei ein Monat Zeit für die Rechtsmittelbegründung bleibe. Daraus ist zu entnehmen, dass die verlängerte Frist nach dem Willen des Gesetzgebers auch in anderen Fällen als dem der nachträglichen Bewilligung von Prozesskostenhilfe gelten soll (BAG NZA 2005, 1262; s. auch OLG Zweibrücken FamRZ 2006, 1771; Hk-ZPO/Saenger, 2. Aufl. § 234 Rdn. 2). Für eine den Wortlaut missachtende einschränkende Auslegung des § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO, wie sie in der Literatur vereinzelt befürwortet bzw. erwogen wird (vgl. Zöller/Greger, ZPO 26. Aufl. § 234 Rdn. 1; Knauer/Wolf NJW 2004, 2857, 2863), ist deshalb kein Raum. Das gilt besonders, da dem Gebot der Rechtsmittelklarheit bei der Auslegung gesetzlicher Vorschriften über Fristen besonderes Gewicht zukommt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 322 ZPO

**Mietausfallschaden aus gekündigtem Mietvertrag;
verbrauchsunabhängige Nebenkosten
als Kündigungsfolgeschaden; Fitnessstudio;
einer Leistungsklage entgegenstehende Rechtskraft
der Feststellungsklage im Vorprozess**

a) Die Rechtskraft einer in einem Vorprozess der Parteien ergangenen Entscheidung ist nicht nur bei Identität der Streitgegenstände in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu beachten, sondern auch dann, wenn eine für den nachfolgenden Rechtsstreit (hier: Leistungsklage) entscheidungserhebliche Vorfrage im Vorprozess (dort: Feststellungsklage) rechtskräftig entschieden wurde.

b) Auch ein klagabweisendes Urteil, das die Zulässigkeit der Klage verfahrensfehlerhaft dahinstehen lässt, ist der uneingeschränkten materiellen Rechtskraft fähig, wenn aus dessen Tenor und Entscheidungsgründen ersichtlich ist, dass das Gericht ungeachtet seiner Zweifel an der Zulässigkeit der Klage kein Prozessurteil erlassen, sondern eine Sachentscheidung getroffen hat.

(BGH, Urteil vom 16.1.2008 – XII ZR 216/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger verlangt vom Beklagten aus gekündigten Mietverhältnissen als Ersatz seines Mietausfallschadens für die Monate Oktober 1999 bis Dezember 2000 einen Betrag von 28 974,19 € zuzüglich 4727,39 € Nebenkosten für die Monate Juni 1999 bis Dezember 2000, jeweils nebst Zinsen.

2 Die Parteien waren gemeinsam mit Walter K. Gesellschafter einer Grundstücks-, Besitz- und Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts. Diese Gesellschaft schloss mit dem Beklagten drei jeweils bis Ende 2006 befristete Mietverträge zum Betrieb eines Fitnessstudios, nämlich am 1. April 1993 über das Kellergeschoss, die Räume im Erdgeschoss rechts sowie sieben Parkplätze im Objekt D.-Weg 4, am 29. April 1994 über das Obergeschoss dieses Objekts und am 27. Dezember 1995 über sieben weitere Parkplätze auf dem Grundstück D.-Weg 2.

3 Nachdem der Beklagte den Mietzins bis einschließlich Juli 1997 an den Kläger gezahlt hatte, stellte er seine Zahlungen ein. Daraufhin kündigte der Kläger die drei Mietverträge fristlos mit Schreiben vom 10. September 1997. Am 28. Februar 1999 räumte der Beklagte die Mietobjekte.

4 Der Kläger leitete das vorliegende Verfahren mit Mahnbescheid vom 18. Dezember 2003 über 8369,58 € nebst Kosten und Zinsen ein.

5 Das Landgericht Halle gab der zuletzt auf 33 601,58 € erhöhten Klage in Höhe von 22 520,06 € nebst Zinsen statt. Dagegen legten beide Parteien Berufung ein. Das Berufungsgericht [OLG Naumburg] gab der Klage auf die Berufung des Klägers abändernd in Höhe von 27 147,45 € nebst Zinsen statt und wies die Berufungen der Parteien im übrigen zurück. Dagegen richten sich die vom Senat zugelassene Revision des Beklagten sowie die Anschlussrevision des Klägers, mit denen die Parteien ihre zuletzt gestellten Anträge weiterverfolgen.

6 **Aus den Gründen:** Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Änderung der angefochtenen Entscheidungen und zur Abweisung der Klage insgesamt. Die Anschlussrevision des Klägers hat keinen Erfolg.

7 Auf den Streit der Parteien darüber, ob der Kläger auf Vermieterseite in die von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts abgeschlossenen Mietverträge eingetreten ist, und ob die Vorinstanzen, die dies bejahen, durch Verwertung von den Parteien nicht eingeführter Erkenntnisse aus Vorprozessen zwischen ihnen gegen den Bebringungsgrundsatz verstoßen haben, kommt es nicht an. Ebenso kann dahinstehen, ob die Schriftform dieser Verträge gewahrt ist und der Beklagte sich gegenüber der Klageforderung zu Recht auf Verjährung berufen hat.

8 Dem sachlichen Erfolg der Klage steht nämlich die vor ihrer Erhebung (2004) eingetretene Rechtskraft eines zwischen den Parteien ergangenen Urteils vom 9. September 1998 (3 O 57/98 LG Halle) entgegen.

9 1. Die Rechtskraft eines früheren Urteils über denselben Streitgegenstand ist als negative Prozessvoraussetzung auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu beachten (BGHZ 53, 332, 334; BGH Urteil vom 21. Dezember 1988 – VIII ZR 277/87 – NJW 1989, 2133, 2134; Stein/Jonas/Leipold ZPO 21. Aufl. § 322 Rdn. 221; MünchKomm-ZPO/Gottwald 3. Aufl. § 322 Rdn. 67; Thomas/Putzo/Reichold ZPO 28. Aufl. § 322 Rdn. 13). Aber auch dann, wenn eine im Vorprozess rechtskräftig entschiedene Rechtsfrage lediglich Vorfrage für die Entscheidung des nachfolgenden Rechtsstreits ist, hat das Revisionsgericht die Rechtskraft der früheren Entscheidung und die sich daraus ergebende Bindungswirkung von Amts wegen zu beachten (vgl. BGH, Urteile vom 24. Juni 1993 – III ZR 43/92 – NJW 1993, 3204, 3205 und vom 6. Oktober 1989 – V ZR 283/86 – BGHR ZPO § 322 Abs.1 Amtsprüfung 1 m.N.; Zöller/Vollkommer ZPO 26. Aufl. § 322 Rdn. 20; Hk-ZPO/Saenger 2. Aufl. § 322 Rdn. 16).

10 Deshalb ist es hier ohne Belang, dass sich die Parteien in den Vorinstanzen nicht auf die Rechtskraft dieses Urteils berufen hatten, sie den Vorinstanzen deshalb verborgen blieb und der Beklagte erstmals im Rahmen seiner Nichtzulassungsbeschwerde die Beiziehung der Akten 3 O 57/98 LG Halle beantragt und auf die Rechtskraft dieses Urteils hingewiesen hat. In diesem Vorprozess (3 O 57/98 LG Halle) hatte der Kläger erstinstanzlich aus allen drei vorgenannten Mietverträgen unter anderem Mietausfallschädigung für die Zeit bis Ende Februar 1998 geltend gemacht und zusätzlich die Feststellung beantragt, „dass der Beklagte auch nach dem 1.3.1998 verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz aus entgangenen Mieteinnahmen zu leisten“.

11 Das Landgericht hatte diese Klage mit Urteil vom 9. September 1998 insgesamt abgewiesen. Seine hiergegen eingelegte Berufung nahm der Kläger – nach Ablauf der Berufungsberücksichtigungsfrist – in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht am 23. Dezember 1998 hinsichtlich des Feststellungsantrages zurück.

12 Hierdurch ist die Abweisung des Feststellungsantrags in Rechtskraft erwachsen.

13 a) Dem steht nicht entgegen, dass das Landgericht in diesem Vorprozess – rechtsfehlerhaft – in den Entscheidungsgründen ausgeführt hat, es könne dahinstehen, inwieweit der vom Kläger gestellte Feststellungsantrag zulässig sei.

14 Die höchstrichterlich noch nicht geklärte Frage, ob eine der Rechtskraft fähige Sachentscheidung vorliegt, wenn ein Gericht eine Klage alternativ als unzulässig oder unbegründet abweist, ist in der Literatur umstritten. Nur wenn das Gericht die Zulässigkeit der Klage eindeutig verneint, besteht Einigkeit darüber, dass weitere Ausführungen zur Begründetheit lediglich obiter dicta darstellen und nicht in Rechtskraft erwachsen.

15 Teilweise wird die Auffassung vertreten, ein klagabweisendes Urteil, das die Zulässigkeit der Klage zu Unrecht bewusst ungeprüft lasse, weil jedenfalls ihre Unbegründetheit ohne weiteres feststehe, erwachse nicht in Rechtskraft (vgl. Zöller/Vollkommer ZPO 26. Aufl. vor § 322 Rdn. 43).

16 Nach überwiegend vertretener Auffassung erwächst jedoch auch eine klagabweisende Entscheidung, die die Zulässigkeit der Klage ausdrücklich „offen“ lässt, als Sachurteil in Rechtskraft (vgl. MünchKomm-ZPO/Gottwald a. a. O. § 322 Rdn. 175; Musielak/Musielak ZPO 5. Aufl. § 322 Rdn. 46; Hk-ZPO/Saenger 2. Aufl. § 322 Rdn. 36).

17 Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an. Denn unzweifelhaft erwächst eine Sachabweisung auch dann in Rechtskraft, wenn das Gericht das Fehlen einer Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage übersehen oder die Zulässigkeit grob fehlerhaft bejaht hat. Darüber hinaus erwächst auch ein

Urteil in Rechtskraft, das unter Verstoß gegen § 308 ZPO mehr als beantragt zuspricht; insoweit fehlt es aber nicht nur an der Zulässigkeit einer Klage, sondern an einer Klageerhebung überhaupt. Demgegenüber erscheint eine Entscheidung, die zwar Zweifel an der Zulässigkeit anspricht, es aber verfahrenswidrig unterlässt, ihnen weiter nachzugehen, weniger fehlerhaft, so dass für den Senat kein Grund ersichtlich ist, ihr wegen eines minder schweren Fehlers die Rechtskraft abzuspochen.

18 Im vorliegenden Fall hat das Landgericht im Vorprozess jedenfalls seine nicht näher bezeichneten Bedenken gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage ersichtlich nicht zum Anlass einer Prozessabweisung genommen. Vielmehr hat es davon abgesehen, diesen Bedenken weiter nachzugehen, und sich nicht gehindert gesehen, sämtliche Klageanträge mit ausführlicher und einheitlicher Begründung, nämlich wegen fehlender Sachbefugnis des Klägers, in der Sache abzuweisen. Abgesehen davon vermag der Senat nicht zu erkennen, was der Zulässigkeit der Klage auf Feststellung einer fortdauernden Ersatzpflicht für einen hinreichend genau bezeichneten und noch nicht endgültig zu beziffernden Kündigungsfolgeschaden hier hätte entgegenstehen können.

19 b) Damit steht zwischen den Parteien rechtskräftig fest, dass das behauptete Rechtsverhältnis, nämlich eine Schadensersatzpflicht des Beklagten dem Kläger gegenüber auch für die Zeit nach dem 1. März 1998, nicht besteht (vgl. MünchKomm-ZPO/Gottwald a. a. O. § 322 Rdn. 183).

20 Im Verhältnis eines vorausgegangenen Feststellungsurteils zu einer nachfolgenden Leistungsklage bedeutet dies, dass die Abweisung der auf Feststellung einer Forderung erhobenen Klage in der Sache insoweit Rechtskraft für eine später auf dieselbe Forderung gestützte Leistungsklage schafft, als das mit ihr erstrebte Prozessziel unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt mehr aus demselben Lebenssachverhalt hergeleitet werden kann, der der Feststellungsklage zugrunde gelegen hat (BGH, Urteil vom 14. Februar 2006 – VI ZR 322/04 – NJW-RR 2006, 712, 714 Rz. 15 m. N.).

21 c) Dem sachlichen Erfolg der vorliegenden Klage hätte die rechtskräftige Abweisung der Feststellungsklage im Vorprozess daher nur dann nicht von vornherein entgegen gestanden, wenn der Kläger nunmehr geltend gemacht hätte, die ihm im Vorprozess abgesprochene Sachbefugnis zur Geltendmachung der streitgegenständlichen Ansprüche im eigenen Namen inzwischen nachträglich, das heißt nach der letzten Tatsachenverhandlung im Vorprozess (18. August 1998), erworben zu haben, sei es durch Abtretung oder im Rahmen der Auseinandersetzung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, von der der Beklagte die Mietobjekte gemietet hatte (vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 2006 – VI ZR 322/04 – NJW-RR 2006, 712, 714 Rz. 16 m. N.). Hierfür ist dem Vorbringen des Klägers aber nichts zu entnehmen.

22 3. Dies macht die vorliegende Klage zwar nicht unzulässig. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt die materielle Rechtskraft eines Urteils in einem späteren Rechtsstreit nur dann zur Unzulässigkeit der neuen Klage und deshalb zur Prozessabweisung, wenn die Streitgegenstände beider Prozesse identisch sind oder im zweiten Prozess das konträktorische Gegenteil der im ersten Prozess ausgesprochenen Rechtsfolge begehrt wird. Das ist hier nicht der Fall. Da das Urteil im Vorprozess einen Feststellungsanspruch betrifft, während hier ein Leistungsanspruch geltend gemacht wird, liegen unterschiedliche Streitgegenstände vor (vgl. BGH, Urteile vom 22. November 1988 – VI ZR 341/87 – NJW 1989, 393 f. und vom 17. Februar 1983 – III ZR 184/81 – NJW 1983, 2032 f.).

23 b) Die Klage ist aber unbegründet. Für den im vorliegenden Rechtsstreit vom Kläger geltend gemachten Zahlungsanspruch (Ersatz des durch die fristlose Kündigung der Mietverträge in der Zeit von Juni 1999 bis Dezember 2000 entstandenen Mietausfallschadens) ist die im Vorprozess entschiedene Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen der streitigen

Schadensersatzverpflichtung des Beklagten dem Kläger gegenüber für die Zeit nach dem 1. März 1998 entscheidend. Steht – wie hier – infolge rechtskräftiger Abweisung der positiven Feststellungsklage fest, dass der Beklagte dem Kläger wegen der vorzeitigen Beendigung der drei Mietverträge für die Zeit nach dem 1. März 1998 nicht schadensersatzpflichtig ist, kann eine auf Ersatz eines solchen Schadens gerichtete Leistungsklage keinen Erfolg haben, weil das nachentscheidende Gericht an einer abweichenden Beurteilung der rechtskräftig entschiedenen (Vor-)Frage gehindert ist (BGH, Urteil vom 17. Februar 1983 – III ZR 184/81 – NJW 1983, 2032 f. m. w. N.).

24 Dies gilt hier auch, soweit der Kläger einen Betrag von 4627,39 € als verbrauchsunabhängige Nebenkosten für die Monate Oktober 1999 bis Dezember 2000 verlangt. Denn hierbei handelt es sich nicht um die Nachzahlung vertraglich geschuldeter Nebenkosten für einen Zeitraum, in dem die Mietverhältnisse noch bestanden, sondern, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, um verbrauchsunabhängige Nebenkosten aus der Zeit nach vorzeitiger Beendigung der Mietverhältnisse und damit ebenfalls um einen Kündigungsfolgeschaden, der in gleicher Weise wie der sonstige ab 1. März 1998 verlangte Mietausfallschaden von der Rechtskraft der im Vorprozess ergangenen Entscheidung erfasst wird.

25 4. Da die Klage somit insgesamt unbegründet ist, kommt es auf die von der Anschlussrevision angenommene Verjährung des Anspruchs auf Mietausfall für 1999 nicht mehr an.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Art. 13 GG; §§ 114, 758, 758a, 883 ZPO;
§§ 4, 21, 22 InsO
Insolvenz-Eröffnungsverfahren; Durchsuchung der
Wohnräume und Geschäftsräume des Schuldners;
Prozesskostenhilfe für weitere Beteiligte**

1. Wird der Gerichtsvollzieher im Eröffnungsverfahren durch richterlichen Beschluss angewiesen, die Wohn- und Geschäftsräume des Schuldners nach verfahrensrelevanten Unterlagen zu durchsuchen, haben Mitbewohner des Schuldners die Durchsuchung zu dulden.

2. Legt der Schuldner gegen die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen Rechtsmittel ein, kann förmlich hinzugezogenen weiteren Beteiligten Prozesskostenhilfe nur gewährt werden, wenn sie in dem Verfahren eigene Rechte verfolgen können.

(BGH, Beschluss vom 17.1.2008 – IX ZB 41/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Das Insolvenzgericht [AG Aachen] hat im Laufe des Eröffnungsverfahrens eine Reihe von Sicherungsmaßnahmen getroffen. Durch Beschluss vom 6. Februar 2007 hat es einen vorläufigen „starken“ Insolvenzverwalter bestellt und diesen durch Beschluss vom 12. Februar 2007 ermächtigt, die Bücher und Geschäftspapiere sowie sämtliche Unterlagen der Schuldnerin, die für die Aufklärung der schuldnerischen Vermögensverhältnisse von Bedeutung sein könnten, in Besitz zu nehmen. Das Insolvenzgericht hat den zuständigen Gerichtsvollzieher angewiesen, die Geschäftsräume der Schuldnerin und die Privaträume des Komplementärs, des weiteren Beteiligten zu 1, nach Unterlagen zu durchsuchen, die für die Aufklärung der schuldnerischen Vermögensverhältnisse von Bedeutung sein könnten. Die hiergegen gerichteten sofortigen Beschwerden der Schuldnerin und (hinsichtlich der Durchsuchung) der weiteren Beteiligten zu 1 und 2 hat das Landgericht Aachen durch Beschluss vom 23. Februar 2007 zurückgewiesen. Am 18. Juni 2007 ist über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Es ist nach Angaben des weiteren Beteiligten zu 5 masseunzulänglich. Mit ihrer am 6. März 2007 eingegangenen und mit Schriftsatz vom 4. Juni 2007 begründeten Rechtsbeschwerde begehren die Schuldnerin und die weiteren Beteiligten zu 1 und 2 unterschiedslos die Aufhebung der Beschlüsse der Vorinstanzen.

2 **Aus den Gründen:** II. 1. Die nach §§ 6, 7, 21 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde der Schuldnerin ist unzulässig, weil es ihr an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung des Rechtsbeschwerdeverfahrens fehlt (vgl. BGHZ 158, 212, 216 f [= GuT 2004, 179]; HmbKomm-InsO/Schröder, 2. Aufl. § 21 Rn. 82).

3 a) Die nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 InsO angeordnete Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters hat sich mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erledigt. Eine ersetzende Sachentscheidung hierüber ist nicht mehr möglich. Die mit dem Hilfsantrag der Schuldnerin erstrebte Zurückverweisung der Sache zur erneuten Entscheidung ist wegen der eingetretenen prozessualen Überholung durch die Verfahrenseröffnung ebenfalls ausgeschlossen.

4 Die Schuldnerin ist insoweit auch nicht zu einem Fortsetzungsfeststellungsantrag übergegangen. Dieser wäre allerdings ebenfalls unzulässig. Eine solche Rechtschutzform ist weder in der Zivilprozessordnung noch in der Insolvenzordnung allgemein vorgesehen. Sie findet daher im Insolvenzverfahren nur statt, wenn eine tiefgreifende Grundrechtsverletzung zum Nachteil der Schuldnerin oder eine fortwirkende Beeinträchtigung, welche eine Sachentscheidung trotz Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzziels ausnahmsweise erfordert, möglich erscheinen (vgl. BGHZ, a. a. O. S. 216 f; BGH, Beschl. v. 12. Oktober 2006 – IX ZB 34/05, WPM 2006, 2329, 2330; v. 11. Januar 2007 – IX ZB 271/04, ZIP 2007, 438 f). Solche besonderen Rechtsschutzgründe sind nach der Verfahrenseröffnung im Rechtsmittelverfahren nicht ersichtlich und werden von der Schuldnerin mit der Rechtsbeschwerde auch nicht geltend gemacht. Die Wirksamkeit der Verfahrenseröffnung wird von ihr nicht in Zweifel gezogen.

5 Entsprechendes gilt für die durch Beschluss vom 12. Februar 2007 ausgesprochene Ermächtigung des vorläufigen Insolvenzverwalters, Bücher und Geschäftspapiere sowie ähnliche Unterlagen unter den in dem Beschluss genannten Voraussetzungen in Besitz zu nehmen.

6 b) Die in dem Beschluss vom 12. Februar 2007 getroffene Anordnung, die Geschäftsräume der Schuldnerin nach insolvenzrelevanten Unterlagen zu durchsuchen, greift in den durch Art. 13 GG geschützten Bereich der Schuldnerin ein. Nach der Rechtsprechung des Senats bleibt in diesen Fällen die sofortige Beschwerde des Schuldners statthaft, wenn sein Begehren nunmehr im Sinne eines auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gerichteten Begehrens zu verstehen ist (BGHZ 158, 212, 217 [= GuT 2004, 179]). Die Schuldnerin hat ungeachtet der in der Zwischenzeit eingetretenen Verfahrenseröffnung an dem Antrag festgehalten, die Beschlüsse der Vorinstanzen aufzuheben. Hierbei hat sie sich auf die Leitentscheidung des Senats vom 4. März 2004 (BGHZ 158, 212 ff [= GuT a. a. O.]) bezogen. Aus ihr ergibt sich nicht, dass der Schuldner sein ursprüngliches Rechtsschutzziel trotz eingetretener prozessualer Überholung im eröffneten Insolvenzverfahren weiterverfolgen könnte (BGHZ a. a. O. S. 216 f).

7 Die Schuldnerin legt auch nicht dar, dass sie durch die Durchsuchungsanordnung in ihrem Grundrecht aus Art. 13 GG verletzt sein könnte, was es rechtfertige, ihre Anträge in ein Feststellungsbegehren umzudeuten. Sie macht hierzu geltend, die gegen sie gerichtete Durchsuchungsanordnung sei objektiv willkürlich und dem Gesetz fremd. Dies ist rechtlich verfehlt. Bei dem angeordneten Einsatz des Gerichtsvollziehers handelt es sich um eine nach § 4 InsO in Verbindung mit § 758 Abs. 1, § 883 Abs. 1 ZPO zulässige Hilfstätigkeit, mit der die Sicherungsaufgabe des vorläufigen Insolvenzverwalters gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO gefördert wurde. Weiteres macht die Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang nicht geltend.

8 2. Die Rechtsbeschwerden der weiteren Beteiligten zu 1 und 2 sind unstatthaft.

9 a) Vor der prozessualen Überholung der richterlichen Durchsuchungsanordnung mit der Durchsuchung hätten die weiteren Beteiligten zu 1 und 2 gegen den Anordnungsbeschluss

keine insolvenzrechtliche sofortige Beschwerde erheben können, weil eine solche, was § 6 InsO voraussetzt, in der Insolvenzordnung nicht vorgesehen ist. Nach § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO steht gegen die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nur dem Schuldner die sofortige Beschwerde zu. Entgegen der in der Rechtsbeschwerde vertretenen Auffassung findet die vom Senat in BGHZ 158, 212, 215 ff [= GuT a. a. O.] entwickelte Ausnahme keine Anwendung, wenn es sich – wie hier – nicht um eine vorbereitende Maßnahme des Insolvenzgerichts gemäß § 5 InsO, sondern um eine Sicherungsanordnung durch das Insolvenzgericht handelt, durch welche die Sicherungsaufgabe des nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 22 InsO bestellten vorläufigen Insolvenzverwalters unterstützt werden soll.

10 Der vorläufige Insolvenzverwalter ist auch ohne besondere Anordnung nach § 22 Abs. 3 Satz 1 InsO berechtigt, die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen. Der Umstand, dass unter der Anschrift der Schuldnerin der persönlich haftende Gesellschafter und die weitere Beteiligte zu 2 möglicherweise wohnhaft waren, lässt die Anordnung nicht als eine Maßnahme erscheinen, die von vornherein außerhalb der Befugnisse lag, die dem Insolvenzgericht von Gesetzes wegen verliehen sind (vgl. BGHZ a. a. O. S. 215 f). Es bleibt deshalb im Streitfall bei der Anwendung des Enumerationsprinzips des § 6 Abs. 1 InsO, welches die Anfechtungsmöglichkeit gerichtlicher Anordnungen auf die in der Insolvenzordnung ausdrücklich vorgesehenen Fälle und bezeichneten Beteiligten beschränkt. Daran ändert auch nichts, dass die Anordnung auch gegen den weiteren Beteiligten zu 1 gerichtet war, der nach dem damaligen Erkenntnisstand des Insolvenzgerichts unter der Anschrift der Schuldnerin wohnte. Die Rechtsgrundlage für die Duldungspflicht etwaiger „Mitbewohner“ der Schuldnerin ergibt sich aus § 758a Abs. 3 Satz 1 ZPO, der über § 4 InsO auf Fälle vorliegender Art jedenfalls entsprechend anwendbar ist.

11 Die prozessuale Überholung eines von Anfang an unstatthaften Rechtsmittels bewirkt nicht, dass dieses nunmehr mit dem Ziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit der angeordneten Maßnahme wirksam wird. Mangels einer statthaften insolvenzrechtlichen sofortigen ersten Beschwerde (§ 6 InsO) war auch die Rechtsbeschwerde nach § 7 InsO unstatthaft (BGHZ 144, 78, 82; BGH, Beschl. v. 25. Januar 2007 – IX ZB 240/05, NZI 2007, 284 [= GuT 2007, 155 KL]).

12 b) Es kann offen bleiben, ob die weiteren Beteiligten zu 1 und 2 außerhalb des § 6 InsO gegen die Anordnung der Durchsuchung allgemeine vollstreckungsrechtliche Rechtsmittel ergreifen konnten. Eine Rechtsbeschwerde wäre insoweit ebenfalls unstatthaft, weil das Beschwerdegericht gegen seine Entscheidung die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat (vgl. § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

13 III. Das Ersuchen des weiteren Beteiligten zu 5, ihm für den angekündigten Antrag, die Rechtsbeschwerde der Schuldnerin zurückzuweisen, Prozesskostenhilfe zu gewähren, ist abzulehnen. Nach § 4 InsO in Verbindung mit §§ 114 ff ZPO kann im Rechtsmittelverfahren gegen Anordnungen nach §§ 21, 22 InsO aus dem Kreis der förmlich hinzugezogenen weiteren Beteiligten nur den Personen Prozesskostenhilfe gewährt werden, die in dem Verfahren eigene Rechte verfolgen können. Dies ergibt sich daraus, dass Prozesskostenhilfe im Ausgangspunkt nur der „Partei“ gewährt werden kann (§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieser Begriff ist allerdings weit auszulegen (vgl. Musielak/Fischer, ZPO 5. Aufl. § 114 Rn. 2; Zöllner/Philippi, ZPO 26. Aufl. § 114 Rn. 6); es ist deshalb anerkannt, dass die Vorschrift auch Antragsteller, Antragsgegner sowie die Streithelfer der Parteien erfasst (vgl. Hk-ZPO/Pukall, 2. Aufl. § 114 Rn. 5; Musielak/Fischer, a. a. O. Rn. 2; Zöllner/Philippi, a. a. O. Rn. 6). Der weitere Beteiligte zu 5 gehört im Streitfall als vorläufiger Insolvenzverwalter nicht zu diesem Personenkreis (vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, 2. Aufl. § 4 Rn. 21 ff). Er kann Sicherungsmaßnahmen zwar anregen, aber nicht erzwingen. Ein eigenes Beschwerderecht räumt ihm die Insolvenzordnung weder gegen die Ablehnung angeregt noch gegen die Aufhebung

einmal angeordneter Sicherungsmaßnahmen ein (vgl. § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO; BGH, Beschl. v. 26. Oktober 2006 – IX ZB 163/05, ZInsO 2007, 34, 35; MünchKomm-InsO/Haarmeyer, a. a. O. § 21 Rn. 41).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 21, 55, 60, 112 InsO
Gewerbliche Zwischenmiete; Insolvenzeröffnung;
Weiterleitung des beim Endmieter vom
vorläufigen Insolvenzverwalter eingezogenen Mietzinses
an den Hauptvermieter;
fristlose Kündigung bei Zahlungsrückstand

Ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt ist insolvenzrechtlich nicht verpflichtet, der Weiterleitung von Mietzahlungen, die der Schuldner als Zwischenvermieter erhält, an den Hauptvermieter zuzustimmen. Die Unterlassung der Mietzahlung kann ein fristloses Kündigungsrecht des Vermieters, jedoch keine Masseschuld begründen (Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 9. März 2005 – VIII ZR 394/03, ZIP 2005, 1085 [= WuM 2005, 401 = GuT 2005, 182 KL]).

(BGH, Urteil vom 24. 1. 2008 – IX ZR 201/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger vermietete eine in seinem Eigentum stehende Wohnung nebst Tiefgaragenplatz für eine monatliche Miete einschließlich Nebenkosten in Höhe von – umgerechnet – 669,16 € an die B. GmbH (fortan: Schuldnerin) als gewerbliche Zwischenmieterin. Die Schuldnerin vermietete die Räumlichkeiten an einen Dritten weiter. Mit Beschluss vom 28. November 2000 bestellte das Insolvenzgericht den Beklagten zu 1) zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt über das Vermögen der Schuldnerin. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2000 teilte der Beklagte zu 1) dem Kläger unter anderem folgendes mit:

„Als Vermieter haben Sie gegen die Firma B. als Zwischenmieterin einen Anspruch auf Zahlung der monatlich garantierten Miete. Nachdem das Amtsgericht Wuppertal in seinem Beschluss vom 28.11.2000 ein allgemeines Verfügungsverbot erlassen hat, ist es der Firma nicht mehr möglich, diese Miete zu bezahlen. Als vorläufiger Insolvenzverwalter bin ich andererseits zunächst bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens verpflichtet, die Mieten bei den Mietern der Firma B. einzuziehen. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird voraussichtlich am 01.02. 2001 erfolgen. Dies bedeutet für Sie, daß ich einerseits verpflichtet bin, die Mieten für die Monate November und Dezember 2000 sowie Januar 2001 einzuziehen, andererseits aber gehindert bin, die eingehenden Beträge an Sie weiter zu leiten. Aufgrund des § 112 InsO sind Sie andererseits nicht berechtigt, den Zwischenmietvertrag zu kündigen.“

2 Der Endmieter bezahlte für die Monate Dezember 2000 und Januar 2001 die Miete an die Schuldnerin. Der Kläger erhielt in diesem Zeitraum keine Mietzahlungen. Er kündigte daraufhin mit Schreiben vom 30. Januar 2001 den Zwischenmietvertrag fristlos zum Ablauf des 31. Januar 2001. Mit Beschluss des Insolvenzgerichts vom 31. Januar 2001 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin am 1. Februar 2001 eröffnet und der Beklagte zu 1) zum Insolvenzverwalter bestellt.

3 Der Kläger begehrt von dem Beklagten in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter (Beklagter zu 1) und persönlich (Beklagter zu 2) Schadensersatz in Höhe von 1450,20 € nebst Verzugszinsen. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus den nicht bezahlten Mieten für Dezember 2000 und Januar 2001 in Höhe von jeweils 669,16 € sowie nicht anrechenbaren Gebühren seines Rechtsanwalts für die außergerichtliche Vertretung gegenüber dem Beklagten zu 1) in Höhe von 111,88 €. Hilfsweise begehrt er Feststellung, dass die geltend gemachten Ansprüche Masseverbindlichkeiten sind.

4 Das Amtsgericht Wuppertal hat die Klage abgewiesen, die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision ist unbegründet.

6 I. Das Berufungsgericht [LG Wuppertal] hat ausgeführt, die Mietforderungen des Klägers seien nicht gemäß § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO zu Masseverbindlichkeiten geworden, weil die Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Schuldnerin nicht auf den Beklagten zu 1) als vorläufigen „schwachen“ Insolvenzverwalter übergegangen sei. Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu 2) persönlich bestünden ebenfalls nicht. Die in dem Schreiben des Beklagten zu 1) vom 6. Dezember 2000 geäußerte Rechtsauffassung, der Kläger sei zur Kündigung des Zwischenmietvertrages nicht berechtigt, sei zutreffend gewesen. Der Kläger habe den Mietvertrag wegen Zahlungsverzugs erst kündigen können, nachdem die Schuldnerin seit dem Zeitpunkt des Eröffnungsantrags für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung der Miete in Verzug geraten sei. Eine sofortige fristlose Kündigung hätte vorausgesetzt, dass der Beklagte zu 1) zum vorläufigen „starken“ Insolvenzverwalter bestellt worden wäre. Der Umstand, dass der Beklagte zu 1) den Kläger in seinem Schreiben nicht ausdrücklich auf seine Stellung als „schwacher“ vorläufiger Verwalter hingewiesen habe, sei nicht schadensursächlich geworden, weil der Kläger eine sofortige außerordentliche Kündigung nicht im Vertrauen auf die „starke“ Stellung des vorläufigen Insolvenzverwalters unterlassen habe.

7 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

8 1. Ansprüche des Klägers gegen die von dem Beklagten zu 1) vertretene Insolvenzmasse bestehen nicht.

9 a) § 55 Abs. 2 InsO betrifft ausschließlich Rechtshandlungen eines vorläufigen Insolvenzverwalters, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist. Die Vorschrift ist dagegen weder unmittelbar noch entsprechend auf Rechtshandlungen eines vorläufigen Insolvenzverwalters ohne begleitendes allgemeines Verfügungsverbot anzuwenden (BGHZ 151, 353, 358, 363; 161, 315, 318; BGH, Urt. v. 13. Juli 2006 – IX ZR 57/05, WPM 2006, 1636, 1637; v. 20. September 2007 – IX ZR 91/06, ZIP 2007, 2279, 2280). Dies gilt auch dann, wenn der vorläufige Verwalter über das Vermögen eines gewerblichen Zwischenmieters im Eröffnungsverfahren von Endmietern die Miete einzieht. Die Insolvenzordnung sieht insoweit keine Privilegierung des Vermieters gegenüber anderen Insolvenzgläubigern vor und enthält daher keine Regelung, die für diese Fallgestaltung eine Durchbrechung der angeführten Grundsätze zu § 55 Abs. 2 InsO zu rechtfertigen vermöchte.

10 b) Somit ist weder ein Anspruch auf die rückständige Miete noch ein Schadensersatzanspruch wegen der ausgebliebenen Zahlung gegen die Insolvenzmasse aus § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO gegeben. Auch wegen einer (eventuellen) Pflichtverletzung des vorläufigen Verwalters mit Zustimmungsvorbehalt kommt ein Schadensersatzanspruch gegen die Masse nicht in Betracht. Die Klage gegen den Beklagten zu 1) ist deshalb im Haupt- wie im Hilfsantrag unbegründet.

11 2. Eine persönliche Haftung des Beklagten zu 2) wegen Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten aus § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 60 Abs. 1 InsO ist ebenfalls nicht gegeben.

12 a) Die Vorschrift des § 60 InsO sanktioniert die Verletzung solcher Pflichten, die dem Insolvenzverwalter in dieser Eigenschaft nach den Vorschriften der Insolvenzordnung obliegen. Dazu gehören nicht solche Pflichten, die ihn wie jeden Vertreter fremder Interessen gegenüber Dritten treffen. Nicht insolvenzspezifisch sind außerdem im Allgemeinen Pflichten, die dem Insolvenzverwalter als Verhandlungs- oder Vertragspartner eines Dritten auferlegt sind. Eine Haftung nach § 60 InsO

kann nur dann begründet sein, wenn diesem Dritten gegenüber besondere, insolvenzspezifische Pflichten bestehen, deren Erfüllung durch die Verletzung der anderen Pflichten gefährdet wird (BGH, Urt. v. 25. Januar 2007 – IX ZR 216/05, WPM 2007, 606 [= GuT 2007, 133] m.w.N.).

13 b) Insolvenzspezifische Pflichten in diesem Sinne hat der Beklagte zu 2) weder dadurch verletzt, dass er als vorläufiger Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt die Weiterleitung der Mieten für Dezember 2000 und Januar 2001 an den Kläger verhinderte, noch dadurch, dass er diese Vorgehensweise ausdrücklich im Schreiben vom 6. Dezember 2000 gegenüber dem Kläger ankündigte. Den vorläufigen Insolvenzverwalter mit oder ohne begleitendem Verfügungsverbot trifft insolvenzrechtlich keine Pflicht, im Eröffnungsverfahren Miet- oder Pachtzahlungen zu leisten oder solchen Zahlungen des Schuldners zuzustimmen. Da der Anspruch auf Miete nur eine Insolvenzforderung begründet, ist der vorläufige Insolvenzverwalter dazu lediglich berechtigt, wenn von der Aufrechterhaltung des Miet- oder Pachtverhältnisses für die künftige Insolvenzmasse mehr Vor- als Nachteile zu erwarten sind. Soll die Nutzungsmöglichkeit für die Insolvenzmasse erhalten bleiben, müssen zur Vermeidung einer Kündigung des Miet- oder Pachtverhältnisses durch den Vermieter die nach dem Eröffnungsantrag fällig werdenden Raten deshalb wieder vertragsgerecht gezahlt werden (vgl. BGHZ 151, 353, 370 f.). Nichts anderes folgt auch aus dem ebenfalls zum vorliegenden Insolvenzverfahren ergangenen Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. März 2005 (VIII ZR 394/03, ZIP 2005, 1085, 1086 f.). Diese Entscheidung behandelt ausschließlich das Kündigungsrecht des Vermieters im Falle einer Weigerung des vorläufigen Insolvenzverwalters, die vertraglich geschuldete Miete zu zahlen.

14 c) Eine Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten des Beklagten zu 2), die ursächlich für den geltend gemachten Schaden des Klägers geworden ist, liegt auch nicht darin, dass im Schreiben vom 6. Dezember 2000 die Rechtsbehauptung aufgestellt wurde, der Kläger sei „aufgrund des § 112 InsO“ nicht berechtigt, den Zwischenmietvertrag zu kündigen.

15 aa) § 112 InsO ist auf die vorliegende Fallgestaltung anwendbar. An den Grundsätzen der Senatsentscheidung BGHZ 151, 353, 370 f. hält der Senat fest. Die von der Revision in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Einwendung geben keine Veranlassung, hiervon Abstand zu nehmen.

16 bb) Soweit aus dieser Auskunft hervorgeht, der Kläger sei auch wegen der im Eröffnungsverfahren auflaufenden Mietrückstände nicht berechtigt, den Mietvertrag wegen Zahlungsverzugs zu kündigen, war sie allerdings unzutreffend. Es entsprach bereits vor der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18. Juli 2002 (BGHZ 151, 353, 371 f.) der ganz herrschenden Auffassung, dass § 112 InsO jedenfalls bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt einer Kündigung des Mietvertrages wegen eines im Eröffnungsverfahren eingetretenen Zahlungsverzuges nach den allgemeinen Regeln nicht entgegensteht (vgl. MünchKomm-InsO/Eckert, 1. Aufl. § 112 Rn. 35 m.w.N.). Lediglich für den vorläufigen Insolvenzverwalter mit begleitendem Verfügungsverbot, der die Gegenleistung i. S. d. § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO in Masse-schulden begründender Weise in Anspruch nimmt, wurde im Schrifttum teilweise die Ansicht vertreten, der das Kündigungsrecht auslösende Verzug trete nicht ein (vgl. Kübler/Prütting/Tintelnot, InsO § 112 Rn. 11 f. m.w.N. <8. Lfg. Stand 11/00>).

17 bb) Die Frage, ob ein vorläufiger Insolvenzverwalter, der einem künftigen Insolvenzgläubiger eine falsche Auskunft über dessen Rechte im Eröffnungsverfahren erteilt, insolvenzspezifische Pflichten verletzt, kann hier offen bleiben. Dem Kläger ist aufgrund dieser Unrichtigkeit jedenfalls kein Schaden entstanden; denn er hat trotz der von dem Beklagten zu 2) geäußerten Rechtsansicht den Mietvertrag wegen Zahlungsverzugs zum 31. Januar 2001 gekündigt.

18 cc) Soweit der Kläger die Äußerung des Beklagten zu 2) in dem Sinne verstehen durfte, er sei ungeachtet der angekün-

digten Zahlungsverweigerung nicht befugt, den Mietvertrag sofort aus wichtigem Grund zu kündigen, hat der Beklagte zu 2) nicht schuldhaft gehandelt; denn die von ihm zum Ausdruck gebrachte Auffassung war im damaligen Zeitpunkt vertretbar, weil das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. März 2005 (a. a. O.) noch nicht ergangen war. Zwar hatte das OLG Düsseldorf bereits in einer älteren Entscheidung (NJW-RR 1991, 1353, 1354) die fristlose Kündigung eines Mietvertrages außerhalb eines Insolvenzverfahrens auf der Grundlage von § 554 Abs. 1 BGB a. F. auch dann für gerechtfertigt gehalten, wenn der Mieter lediglich mit einer Monatsmiete in Rückstand ist, jedoch erklärt, er werde in Zukunft zu Mietzinszahlungen nicht in der Lage sein. In den einschlägigen Kommentaren zum Mietrecht wurde auf diese Entscheidung nur vereinzelt hingewiesen (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB 59. Aufl. (2000) § 554 Rn. 5). Soweit das insolvenzrechtliche Schrifttum die Frage überhaupt behandelte, wurde indes die Auffassung vertreten, der Vermieter müsse auch bei Ankündigung des vorläufigen Verwalters, die vorläufige Masse könne oder werde nicht zahlen, bis zum Eintritt eines die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges rechtfertigenden Mietrückstands zuwarten (vgl. MünchKomm-InsO/Eckert, a. a. O. Rn. 37).

19 d) Zwar war die Erklärung des Beklagten zu 2), das Insolvenzgericht habe im Beschluss vom 28. November 2000 ein allgemeines Verfügungsverbot erlassen, und deshalb seien die Schuldnerin und er als vorläufiger Verwalter daran gehindert, die eingehenden Mieten an den Kläger weiterzuleiten, unzutreffend. Nach Überzeugung der Vorinstanzen war diese Erklärung jedoch nicht ursächlich dafür, dass der Kläger den Mietvertrag erst zum 31. Januar 2001 gekündigt hat. Diese tatrichterliche Würdigung, die die Revision nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffen hat, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Es fehlt damit jedenfalls an der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 867 ZPO; §§ 1124, 1147 BGB
Pfändung von Mietforderungen im Wege der Zwangsvollstreckung; persönlicher Titel; dinglicher Titel

a) Die Pfändung von Mietforderungen im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem persönlichen Titel führt auch dann nicht zur (relativen) Unwirksamkeit zeitlich vorangehender Verfügungen über diese Forderungen, wenn der Vollstreckungsgläubiger zuvor die Eintragung einer Zwangshypothek bewirkt hatte.

b) Der Inhaber einer Zwangshypothek, der sich durch Pfändung von Mieten aus dem Grundstück befriedigen will, benötigt einen dinglichen Titel.

(BGH, Urteil vom 13. 3. 2008 – IX ZR 119/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin geht im Wege der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) gegen einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vor, mit dem die Beklagte Mietansprüche des Nebenintervenienten (fortan: Schuldner) gegen die Mieter des Objekts O. gepfändet hat. Für die Klägerin ist an diesem Grundstück an 6. Rangstelle eine Grundschuld in Höhe von 3 200 000,00 DM eingetragen. Am 4. September 2002 trat der Schuldner außerdem sämtliche Ansprüche aus der Vermietung des Objekts an die Klägerin ab.

2 Die Beklagte hat ebenfalls Forderungen gegen den Schuldner. Am 14. Mai 1991 hatten der Schuldner und seine Ehefrau im Zusammenhang mit der Bestellung einer Grundschuld an einem anderen, zwischenzeitlich zwangsversteigerten Grundstück die persönliche Haftung für den Grundschuldbetrag nebst Zinsen und Nebenleistungen übernommen und sich insoweit der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen unterworfen. Aufgrund dessen ließ die Beklagte am 21. März 2002 Zwangshypotheken auf dem mittlerweile in Wohnungseigentumseinheiten geteilten Grundstück in O. eintragen. Am 1. Juni 2005

erwirkte sie einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hinsichtlich der „derzeitigen und künftigen Ansprüche des Schuldners auf Zahlung der fälligen und künftig fällig werdenden Mietzinsen“ aus der Vermietung dieses Grundstücks. Als „Titel“ ist die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldsbestellungs-urkunde an dem anderen Grundstück angegeben. Der Beschluss enthält folgenden weiteren Vermerk

„Gepfändet wird sowohl aus dem persönlichen als auch aus dem dinglichen Anspruch.“

3 Das Landgericht München I hat die Pfändung der Mietforderungen für unzulässig gehalten. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht [OLG München] die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin weiterhin den Antrag, die Zwangsvollstreckung in die Mietforderungen für unzulässig zu erklären.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

5 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die vollstreckbare Urkunde vom 14. Mai 1991, in der sich der Schuldner der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen habe, habe eine ausreichende Grundlage für die Zwangshypothek dargestellt. Durch die Pfändung der Mieten sei die nach § 1124 Abs. 2 BGB erforderliche Beschlagnahme der Mietforderungen bewirkt worden. Die Beschlagnahme gehe der Abtretung vor, unabhängig davon, dass die Grundschuld der Klägerin einen besseren Rang habe als die Zwangshypothek der Beklagten; denn die Klägerin habe die Mietforderungen ihrerseits nicht beschlagnahmen lassen. Der dingliche Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung folge aus den Zwangssicherungshypotheken, aber auch aus der notariellen Urkunde vom 14. Mai 1991.

6 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

7 1. Die Klage ist als Drittwiderspruchsklage zulässig. Die Klägerin beruft sich auf ein die Zwangsvollstreckung in die Mieten hinderndes Recht, nämlich darauf, aufgrund der Abtretung vom 4. September 2002 Inhaberin der von der Beklagten gepfändeten Mietforderungen geworden zu sein.

8 2. Die Klage ist auch begründet.

9 a) Soweit der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vom 1. Juni 2005 auf der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in der notariellen Urkunde vom 14. Mai 1991 (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) beruht, hat die Abtretung vom 4. September 2002 Vorrang vor der späteren Pfändung. Die Vorschrift des § 1124 Abs. 2 BGB ändert daran nichts. Gemäß § 1124 Abs. 2 BGB ist eine Vorausverfügung über Forderungen auf Miete dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf die Miete für eine spätere Zeit als den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Kalendermonat bezieht. Die Vorschrift setzt also eine Beschlagnahme der Mietforderungen zugunsten des Hypothekengläubigers voraus. Die Beschlagnahme der Mietforderungen kann durch deren Pfändung bewirkt werden; sie muss nicht durch Anordnung der Zwangsverwaltung erfolgen (BGHZ 163, 201, 208 [= GuT 2005, 229]). Grundlage der Pfändung muss dann jedoch der dingliche Anspruch sein (BGH, a. a. O.). Bei einer Zwangsvollstreckung aufgrund einer Unterwerfungserklärung wegen einer persönlichen Forderung ist diese Voraussetzung nicht erfüllt. Um einen Duldungstitel im Sinne von § 800 ZPO handelte es sich bei der Unterwerfungserklärung nicht.

10 b) Soweit der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss auf dem am 21. März 2002 eingetragenen Zwangshypotheken beruht, fehlt es an einem Vollstreckungstitel.

11 aa) Die Eintragung einer Zwangshypothek ist eine Art der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 866 Abs. 1 ZPO). Mit ihrer Eintragung entsteht die Hypothek (§ 867 Satz 2 ZPO). Eine Hypothek gewährt dem Gläubiger wegen einer ihm zustehenden Forderung einen dinglichen Anspruch auf Zahlung

des Hypothekenbetrages aus dem Grundstück (§ 1113 Abs. 1 BGB). Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1147 BGB). Diese findet nur aus einem besonderen dinglichen Titel statt, der auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück aus der Hypothek lautet. Einen solchen Titel hat die Beklagte nicht erwirkt.

12 bb) Für die Zwangsvollstreckung aus einer Zwangshypothek enthält § 867 Abs. 3 ZPO allerdings eine besondere Vorschrift. Danach genügt zur Befriedigung aus dem Grundstück durch Zwangsversteigerung der vollstreckbare (Zahlungs-)Titel, auf dem die Eintragung vermerkt ist. Ein gesonderter Duldungstitel als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist nicht erforderlich. Auf diese Vorschrift hat die Beklagte sich berufen, und das Berufungsgericht hat sie für anwendbar gehalten.

13 cc) Der Anwendungsbereich des § 867 Abs. 3 ZPO ist jedoch auf die Zwangsvollstreckung im Wege der Zwangsversteigerung beschränkt. Auf den hier vorliegenden Fall der Zwangsvollstreckung durch Pfändung von zum Haftungsverband der Hypothek gehörenden Mietforderungen ist diese Vorschrift nicht anwendbar.

14 (1) Der Wortlaut der Vorschrift ist eindeutig. Nur die Zwangsvollstreckung im Wege der Zwangsversteigerung wird benannt; andere Arten der Zwangsvollstreckung werden nicht erwähnt.

15 (2) Den Gesetzesmaterialien lässt sich entnehmen, dass der Begriff „Zwangsversteigerung“ bewusst verwandt worden ist, also nicht nur als Beispiel für alle denkbaren Arten der Zwangsvollstreckung aus einer Zwangshypothek dienen sollte. In der Begründung des Regierungsentwurfs zum Zweiten Gesetz zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften (2. Zwangsvollstreckungsnovelle) heißt es zwar, „das Erfordernis eines besonderen dinglichen Duldungstitels als Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung aus einer Zwangshypothek“ solle entfallen (BT-Drucks. 13/341, S. 38 unter 3; vgl. auch S. 12 unter 6a). Sowohl die Analyse des bis dahin geltenden Rechts (a. a. O., S. 36 ff) als auch die Begründung der Neufassung (a. a. O., S. 38 f) behandelt jedoch ausschließlich die Zwangsversteigerung. Am Ende der Einzelbegründung wird überdies ausgeführt, aus welchem Grund die Einbeziehung der Zwangsverwaltung nicht erforderlich sei (a. a. O.).

16 (3) Die Zwangsverwaltung ist deshalb aus dem Anwendungsbereich des § 867 Abs. 3 ZPO herausgenommen worden, weil auch im Falle der Vollstreckung aus dem Titel über den persönlichen Anspruch der Rang der Zwangshypothek gewahrt werde (vgl. § 155 Abs. 2, § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 5, § 11 Abs. 1 ZVG), das gesetzgeberische Ziel – die rangwahrende Vollstreckung aus der Zwangshypothek ohne einen zusätzlich zu erwirkenden Duldungstitel – also bereits erreicht sei (BT-Drucks. 13/341, S. 38 f). Mit der Pfändung von Mieten durch den Inhaber einer Zwangshypothek befasst sich die Gesetzesbegründung demgegenüber nicht. Dieser Umstand allein lässt den Schluss auf eine Regelungslücke jedoch nicht zu. Vielmehr ist die gesetzliche Regelung in dem Sinne zu verstehen, dass der mit einem Vermerk gemäß § 867 Abs. 3 ZPO versehene Titel über den persönlichen Anspruch eine Pfändung der Mieten mit der Wirkung des § 1124 Abs. 2 BGB nicht erlaubt.

17 aaa) Gemäß § 866 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung. Die Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek ist mit der Eintragung abgeschlossen (vgl. § 867 Abs. 1 ZPO). Weitere Maßnahmen wie die Zwangsversteigerung, die Zwangsverwaltung oder die Pfändung der Mietforderungen sind selbständige Maßregeln (vgl. § 866 Abs. 2 ZPO), die nur unter den gesetzlich normierten Voraussetzungen zulässig sind. Der Gesetzgeber kann dieses in der amtlichen Begründung des Entwurfs der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle so bezeichnete „formale“ Argument über-

winden und das Erfordernis des Duldungstitels abschaffen (BT-Drucks. 13/341, S. 38). Für die Pfändung der Mietforderung fehlt jedoch eine entsprechende Entscheidung des Gesetzgebers.

18 bbb) Gegen ein bloßes Versehen des Gesetzgebers spricht der erklärt fragmentarische Charakter der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle. Nach dem allgemeinen Teil der amtlichen Begründung verzichtete der Entwurf „im Interesse der raschen Umsetzbarkeit“ ausdrücklich auf eine grundlegende Reform des gesamten Vollstreckungsrechts und beschränkte sich auf die Überarbeitung einzelner Regelungen, deren Änderung von der Praxis als besonders dringlich erachtet worden war (BT-Drucks. 13/341, S. 10). Wenn sich die Begründung zu § 867 Abs. 3 ZPO dann nur mit den praktisch besonders wichtigen Vollstreckungsarten „Zwangsvollstreckung“ und „Zwangsvollstreckung“ befasste, andere Vollstreckungsarten wie die Pfändung von zum Hypothekenverband gehörenden Mietforderungen jedoch ausließ, geschah dies bewusst.

19 ccc) Die Vorschrift des § 1124 Abs. 2 BGB bezweckt den Schutz des Hypothekengläubigers vor einer Aushöhlung des Wertes seiner Sicherheit durch die isolierte Abtretung der Mietforderungen oder gleichstehenden Verfügungen des Eigentümers. Dem Hypothekengläubiger soll die laufende Miete oder Pacht als Haftungsobjekt dienen. Deshalb schränkt § 1124 Abs. 2 BGB das Prioritätsprinzip ein (BGHZ 163, 201, 207 f [= GuT 2005, 229]). Die isolierte Pfändung der Mietforderungen aufgrund eines persönlichen Titels verdient keinen besonderen Schutz, sei es vor oder nach der Erwirkung einer Zwangshypothek.

20 III. Das angefochtene Urteil kann damit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat selbst in der Sache zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts wird zurückgewiesen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

§§ 212, 366 BGB – Verjährungsneubeginn bei mehreren Forderungen und Abschlagszahlungen ohne konkrete Zuordnung

1. Für einen Neubeginn der Verjährung genügt jedes auch rein tatsächliche Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, aus dem sich das Bewusstsein vom Bestehen des Anspruchs – zumindest dem Grunde nach – ergibt und das deswegen das Vertrauen des Gläubigers begründet, dass sich der Schuldner nicht nach Fristablauf auf Verjährung berufen wird.

2. Macht der Gläubiger mehrerer offener Forderungen die Belieferung mit Neuware davon abhängig, dass der Schuldner zu jeder neuen Rechnung auch einen Abschlag auf die alten Verbindlichkeiten leistet, führen diese Abschlagszahlungen nicht zu einem sämtliche Altforderungen erfassenden Neubeginn der Verjährung. Mangels Tilgungsbestimmung des Schuldners sind die Abschlagszahlungen nach Maßgabe des § 366 Abs. 2 BGB den Altverbindlichkeiten zuzuordnen.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 16.1.2008 – 5 U 1029/07)

§§ 439, 280 BGB – Schadensersatzverpflichtung bei unberechtigtem Mängelbeseitigungsverlangen; Kaufvertrag

Ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen des Käufers nach § 439 Abs. 1 BGB stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer

erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel der Kaufsache nicht vorliegt, sondern die Ursache für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt.

(BGH, Urteil vom 23.1.2008 – VIII ZR 246/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 145.

§§ 433, 463 a. F., 535, 652 BGB – Kauf eines bebauten Mietgrundstücks; großer Schadensersatz; Vorspiegeln zusicherungsfähiger Eigenschaften; Wahrheitspflichten; Mieterträge; rechtlich zulässige Vermietungen; baurechtlich zulässiger Ausbau; auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung bei der Gewerbemiete; Entfallen des Maklerlohnanspruchs

– Ein Verkäufer eines Mietshauses, der Fragen des Käufers zur Höhe des Mietertrags bewusst falsch beantwortet, schuldet Schadensersatz wegen arglistigen Vorspiegels einer zusicherungsfähigen Eigenschaft analog § 463 Satz 2 BGB a. F. (Senat, Ur. v. 2. April 1982, V ZR 54/81, WPM 1982, 696). Der Verkäufer muss Fragen des Käufers zu Umständen, die für den Vertragsschluss von Bedeutung sein können, wahrheitsgemäß beantworten, auch wenn keine Offenbarungspflicht besteht (std. Rspr. Senat BGHZ 74, 103, 110; Ur. v. 20. September 1996, V ZR 173/95, NJW-RR 1997, 144, 145). Ein Recht des Verkäufers zur Lüge besteht auch dann nicht, wenn der Käufer die Wahrheitswidrigkeit der Erklärung durch Besichtigung des Objekts oder durch Einsicht in die ihm vom Verkäufer zur Verfügung gestellten Mietverträge aufdecken kann.

– Nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats sind die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zu dessen Gegenstand gemachten Angaben des Verkäufers über tatsächlich erzielte Mieterträge nach §§ 133, 157 BGB als Zusicherung einer Eigenschaft gem. § 463 Satz 1 BGB a. F. zu verstehen, wenn der Käufer nicht auf Grund besonderer Umstände andere Vorstellungen über den Wert des Kaufgrundstücks hegt, als sie nach der Verkehrsanschauung bei solchen Objekten mit dem zugesicherten Mietertrag verbunden sind (Senat, Ur. v. 3. November 1989, V ZR 154/88, NJW 1990, 902; Ur. v. 22. Juni 1990, V ZR 126/89, NJW-RR 1160, 1161 und Ur. v. 30. März 2001, V ZR 461/99, NJW 2001, 2551, 2552). Die Angaben des Verkäufers zur Höhe der erzielten Mieten sind nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte vom Käufer nach §§ 133, 157 BGB grundsätzlich auch dahin zu verstehen, dass es sich um Erträge aus einer rechtlich zulässigen Vermietung handelt (Senat, Ur. v. 2. Dezember 1988, V ZR 91/87, NJW 1989, 1795 und Ur. v. 22. Juni 1990, V ZR 126/89, NJW-RR 1990, 1160, 1161). Eine davon abweichende Auslegung dahin, dass die in den notariellen Kaufvertrag einbezogenen Erklärungen des Verkäufers zu den Mieten nach den Umständen von dem Käufer nicht als eine vertragliche Zusicherung zu verstehen waren, ist zwar nicht ausgeschlossen (Senat, Ur. v. 26. Februar 1993, V ZR 270/91, NJW 1993, 1385). Ein solches Verständnis liegt indes fern, wenn der Käufer vom Verkäufer eine Erklärung zu den Mieten als Bestandteil des Vertrages verlangt und mit dem Abbruch der notariellen Verhandlung droht und der Verkäufer sich dann zu einer solchen Erklärung entschließt, wie es von den Klägern unter Beweisantritt vorgetragen worden ist.

– Die baurechtliche Unzulässigkeit eines Ausbaus ist ein Sachmangel, den der Verkäufer dem Käufer nicht verschweigen darf (Senat: Ur. v. 10. Juni 1983, V ZR 292/81, WPM 1983, 990; Ur. v. 2. März 1979, V ZR 157/77, NJW 1979, 2243, 2244 und BGHZ 114, 260, 262 – std. Rspr.). Für den Vorsatz des Verkäufers reicht es aus, wenn dieser mit der Unzulässigkeit eines von den genehmigten Plänen abweichenden Ausbaus rechnet und damit die Verletzung seiner Pflicht zur Aufklärung über eine (möglicherweise) baurechtswidrige Nutzung in Kauf nimmt (Senat Ur. v. 10. Juni 1983, V ZR 292/81, WPM 1983, 990).

– Ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ist bei der Gewerberaummiete erst anzunehmen, wenn die vereinbarte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 100 % übersteigt (OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 654, 655; KG NJW-RR 2001, 1092 [= GuT 2002, 12]).

– Richtig ist zwar, dass der Anspruch des Maklers auf den Maklerlohn nach § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB auch entfällt, wenn sich ein arglistig getäuschter Käufer dafür entscheidet, statt den Vertrag nach § 123 Abs. 1 BGB anzufechten, von dem Verkäufer die Rückabwicklung der Leistungen nach dem vertraglichen Gewährleistungsrecht zu verlangen (BGH, Urt. v. 14. Dezember 2000, III ZR 3/00, NJW 2001, 966, 967). Diese Gleichbehandlung von Vertragsanfechtung und Gewährleistungsrecht setzt jedoch voraus, dass die Ansprüche auf Rückabwicklung des vermittelten, jedoch an dem „Makel der Anfechtbarkeit“ leidenden Kaufvertrags innerhalb der für die Anfechtung geltenden Jahresfrist nach § 124 Abs. 1 BGB erhoben werden (BGH, Urt. v. 14. Dezember 2000, III ZR 3/00, a. a. O.). Daran fehlt es, wenn – wie hier – der Käufer wegen der ihn zur Anfechtung berechtigenden Umstände zunächst eine Kaufpreisminderung und den Ersatz weiterer Schäden verlangt und sich erst nach mehreren Jahren dazu entschließt, den großen Schadensersatz zu wählen und damit den gesamten Leistungsaustausch rückgängig zu machen.

(BGH, Beschluss vom 10.1.2008 – V ZR 81/07)

§§ 307, 449 BGB – Langfristige Miete von Erfassungsgeräten des Energieverbrauchs; Leistung von Abrechnungsdiensten; Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Verkauf der Erfassungsgeräte; verbrauchsabhängige Abrechnung von Heizkosten oder Warmwasser

a) Im Rechtsverkehr mit Verbrauchern benachteiligt eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Laufzeit von zehn Jahren einen Mieter von Verbrauchserfassungsgeräten unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

b) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kaufvertrages über entsprechende Erfassungsgeräte, die es dem Verkäufer bei Zahlungsverzug gestattet, unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Geräte bis zur Kaufpreiszahlung vorläufig wieder zurückzunehmen, widerspricht dem wesentlichen Grundgedanken des § 449 Abs. 2 BGB und ist im Rechtsverkehr mit Verbrauchern nach § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

(BGH, Urteil vom 19.12.2007 – XII ZR 61/05)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 139.

§§ 286, 536a, 539 BGB – Aufwendungsersatz des Wohnungsmieters nach eigenmächtiger Mangelbeseitigung

Beseitigt der Mieter eigenmächtig einen Mangel der Mietsache, ohne dass der Vermieter mit der Mangelbeseitigung in Verzug ist (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder die umgehende Beseitigung des Mangels zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestands der Mietsache notwendig ist (§ 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB), so kann er die Aufwendungen zur Mangelbeseitigung weder nach § 539 Abs. 1 BGB noch als Schadensersatz gemäß § 536a Abs. 1 BGB vom Vermieter ersetzt verlangen.

(BGH, Urteil vom 16.1.2008 – VIII ZR 222/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 147.

§ 556 BGB – Abflussprinzip und Leistungsprinzip in der (wohnungs-)mietvertraglichen Betriebskostenabrechnung

§§ 556 ff. BGB legen den Vermieter bei der Abrechnung von Betriebskosten nicht auf eine Abrechnung nach dem so ge-

nannten Leistungsprinzip fest; auch eine Abrechnung nach dem Abflussprinzip ist grundsätzlich zulässig.

(BGH, Urteil vom 20.2.2008 – VIII ZR 49/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 223.

§ 556 BGB – Betriebskostenumlage; Grundsatz der Wirtschaftlichkeit; Abschluss eines Wärme-lieferungsvertrags vor der Wohnungs-Vermietung

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bezeichnet die vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten haben (hier: Abschluss eines Wärme-lieferungsvertrags), auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen. Eine Verletzung dieser Pflicht unter dem Gesichtspunkt der Eingehung eines unwirtschaftlichen Vertrages kommt nicht in Betracht, wenn das Mietverhältnis zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestand.

(BGH, Urteil vom 28.11.2007 – VIII ZR 243/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 29.

§§ 535, 556 BGB – Betriebskosten; Verwaltungskosten; Nutzerwechselgebühr für Heizung und Wasserverbrauch; Wohnraum-Miete

Kosten der Verbrauchserfassung und der Abrechnung von Betriebskosten, die wegen des Auszugs eines Mieters vor Ablauf der Abrechnungsperiode entstehen, sind keine Betriebskosten, sondern Verwaltungskosten, die in Ermangelung anderweitiger vertraglicher Regelung dem Vermieter zur Last fallen.

(BGH, Urteil vom 14.11.2007 – VIII ZR 19/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 85.

§ 558 BGB – Wohnraummiete; Mieterhöhung; Bezugnahme auf einen qualifizierten Mietspiegel

a) Nimmt der Vermieter zur Begründung seines Erhöhungsverlangens auf einen qualifizierten Mietspiegel (§ 558a Abs. 2 Nr. 1, § 558d BGB) Bezug, so hat er die Angaben des Mietspiegels zur Wohnung, auf die er sein Erhöhungsverlangen stützt, dem Mieter mitzuteilen (§ 558a Abs. 1 und 3 BGB). Der Beifügung des Mietspiegels bedarf es nicht, sofern dieser allgemein zugänglich ist.

b) Enthält der Mietspiegel ein Raster von Feldern, in denen für Wohnungen einer bestimmten Kategorie jeweils eine bestimmte Mietspanne ausgewiesen ist, so ist im Erhöhungsverlangen nur die genaue Angabe des – nach Auffassung des Vermieters – für die Wohnung einschlägigen Mietspiegelfeldes erforderlich, um den Mieter (auch) auf die im Mietspiegel für die Wohnung vorgesehene Spanne hinzuweisen.

(BGH, Urteil vom 12.12.2007 – VIII ZR 11/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 88.

§§ 180, 185, 164, 174, 535, 542, 566 BGB; § 119 GVG – Kündigung des (Wohnraum-)Mietverhältnisses durch den Grundstückserwerber vor dessen Grundbucheintragung als Eigentümer; Mietzahlungsverzug

Zu den Voraussetzungen, unter denen vor Eintragung im Grundbuch die Kündigung eines Mietverhältnisses durch den Erwerber möglich ist.

(KG, Urteil vom 4.2.2008 – 8 U 167/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 153. – Die Entscheidung kann bis zum 23. Mai 2008 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§ 573 BGB – Ordentliche Kündigung; Vertragsverletzung des Wohnraum-Mieters; Abmahnungserfordernis

Die ordentliche Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum durch den Vermieter wegen schuldhafter nicht unerheblicher Vertragsverletzung des Mieters (§ 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) setzt nicht eine Abmahnung des Mieters durch den Vermieter voraus. Allerdings kann der Abmahnung für die Kündigung ausnahmsweise insofern Bedeutung zukommen, als erst ihre Missachtung durch den Mieter dessen Vertragsverletzung das für die Kündigung erforderliche Gewicht verleiht.

(BGH, Urteil vom 28.11.2007 – VIII ZR 145/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 31.

§ 573 BGB; § 3 AnfG; § 57a ZVG – Wohnraummietvertrag; Kündigung der Bank wegen wirtschaftlicher Verwertung nach Erwerb in der Zwangsversteigerung

Eine Bank, die eine zu Wohnzwecken vermietete Immobilie in der Zwangsversteigerung erworben hat, hat ein berechtigtes Interesse an der Kündigung des Mietverhältnisses, wenn der Mieter seine Rechtsposition durch ein von ihr wegen Gläubigerbenachteiligung anfechtbares Rechtsgeschäft erlangt hat, bei Fortsetzung des Mietverhältnisses eine Verwertung des Grundstücks zu zumutbaren wirtschaftlichen Bedingungen nicht möglich ist und die Bank dadurch erhebliche Nachteile erleiden würde.

(BGH, Urteil vom 16.1.2008 – VIII ZR 254/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 233.

§§ 328, 823 BGB – Mieter im Schutzbereich eines Vertrags des Vermieters zur Übertragung der Streupflicht auf einen Dritten; deliktische Einstandspflicht des mit der Verkehrssicherung Beauftragten

Die Übertragung der Streupflicht durch den Vermieter auf einen Dritten dient auch der Sicherung des Zugangs zum Mietobjekt. Die dort wohnhaften Mieter können deshalb in den Schutzbereich des Übertragungsvertrages einbezogen sein.

Die deliktische Einstandspflicht des mit der Wahrnehmung der Verkehrssicherung Beauftragten besteht auch dann, wenn der Vertrag mit dem Primärverkehrssicherungspflichtigen nicht rechtswirksam zustande gekommen ist.

(BGH, Urteil vom 22.1.2008 – VI ZR 126/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 235.

§§ 854, 929, 930, 932, 935, 985 BGB – Gutgläubiger Eigentumserwerb an Gaststätteninventar trotz Sicherungsübereignung an eine Bank

Veräußert der Gaststättenpächter Inventar, das an eine Bank sicherungsübereignet ist, unbefugt an einen Dritten, wird dessen gutgläubiger Eigentumserwerb nicht dadurch gehindert, dass ein Bankmitarbeiter zuvor in einem Gespräch aller Beteiligten von „unseren Einrichtungsgegenständen“ gesprochen hat, wenn diese Erklärung mehrdeutig war.

(OLG Koblenz, Urteil vom 21.2.2008 – 5 U 1103/07)

§ 91 ZPO; RVG-VV, Anlage 1 Teil 3 Vorbemerkung 3 Absatz 4 – Anteilige Anrechnung der entstandenen Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr des sich anschließenden Gerichtsverfahrens

a) Es wird daran festgehalten, dass sich durch die anteilige Anrechnung einer vorgerichtlich entstandenen Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG (Nr. 2400 VV RVG aF) auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens gemäß Teil 3 Vorbe-

merkung 3 Absatz 4 VV RVG nicht die bereits entstandene Geschäftsgebühr, sondern die in dem anschließenden gerichtlichen Verfahren nach Nr. 3100 VV RVG anfallende Verfahrensgebühr vermindert (Senatsurteile vom 7. März 2007 – VIII ZR 86/06, NJW 2007, 2049 [= WuM 2007, 329]; vom 14. März 2007 – VIII ZR 184/06, NJW 2007, 2050 [= WuM 2007, 330]; vom 11. Juli 2007 – VIII ZR 310/06, NJW 2007, 3500 [= WuM 2007, 633]).

b) Für die Anrechnung ist es ohne Bedeutung, ob die Geschäftsgebühr auf materiell-rechtlicher Grundlage vom Prozessgegner zu erstatten und ob sie unstreitig, geltend gemacht, titulierte oder bereits beglichen ist.

c) Eine vorprozessual zur Anspruchsabwehr angefallene Geschäftsgebühr kann nicht Gegenstand einer Kostenfestsetzung nach §§ 103 ff. ZPO sein (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 27. April 2006 – VII ZB 116/05, NJW 2006, 2560 f.).

(BGH, Beschluss vom 22.1.2008 – VIII ZB 57/07)

§ 301 ZPO – Teilurteil bei Klage des Vermieters auf rückständige Miete und Räumung

Zur Frage der Zulässigkeit eines Teilurteils im Falle einer Klage des Vermieters auf Zahlung rückständiger Miete und auf Räumung des Mietobjekts.

(BGH, Urteil vom 12.12.2007 – VIII ZR 269/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 156.

§§ 233, 520 ZPO – Postlaufzeit bei Nutzung privaten Kurierdienstes; Wiedereinsetzung

Eine Prozesspartei darf auch bei Nutzung eines privaten Kurierdienstes (hier: Kölner Anwaltverein-Kurierdienst GmbH) darauf vertrauen, dass werktags aufgegebenen Postsendungen am folgenden Werktag im regionalen Auslieferungsgebiet ausgeliefert werden. Anderes gilt nur, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass im Einzelfall mit längeren Postlaufzeiten zu rechnen ist (im Anschluss an BGH Beschluss vom 13. Mai 2004 – V ZB 62/03 – NJW-RR 2004, 1217 [= WuM 2004, 412 = GuT 2004, 189 KL]).

(BGH, Beschluss vom 23.1.2008 – XII ZB 155/07)

§ 690 ZPO – Ausreichende Individualisierung eines Schadensersatzanspruchs des Vermieters im Mahnbescheidsantrag

Zur Individualisierung eines Schadensersatzanspruchs des Wohnraumvermieters wegen Beschädigung sowie unzureichender Reinigung der Mietsache nach Beendigung der Mietzeit kann die irrtümliche Bezeichnung im Mahnbescheidsantrag „Mietnebenkosten – auch Renovierungskosten“ genügen, wenn der Antragsteller zugleich auf ein vorprozessuales Anspruchsschreiben Bezug nimmt, welches dem Antragsgegner vermittelt, dass und wofür der Antragsteller Schadensersatz verlangt.

(BGH, Urteil vom 23.1.2008 – VIII ZR 46/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 238.

§§ 7, 12 JVEG – Sachverständigengebühren; Farbkopien und Farbausdrucke im Gutachten

Zur Erstattungsfähigkeit der Sachverständigengebühren für Farbkopien und Farbausdrucke digitaler Fotografien im schriftlichen Gutachten über die Fenster in drei Seniorenwohnheimen.

(KG, Beschluss vom 12.11.2007 – 8 W 70/07)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 23. Mai 2008 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

KI-Mitteleiter: RiOLG Weller, Koblenz; RiBGH Wellner, Karlsruhe; VRiKG Bieber, Berlin.

Teileigentum

§ 15 WEG

Gewerbliche Nutzung des Wohnungseigentums; private Arbeitsvermittlung; Schülernachhilfe

Eine Nutzung von Sondereigentum zu anderen Zwecken als der in der Teilungserklärung ausgewiesenen Wohnnutzung ist nur zulässig, wenn bei typisierender Betrachtungsweise die geänderte, gewerbliche Nutzung nicht über das Maß hinausgeht, das bei Wohnzwecken üblich ist.

Die gewerbliche Nutzung von kleinen Wohneinheiten für eine private Arbeitsvermittlung oder eine Schülernachhilfe beeinträchtigt regelmäßig stärker als eine Wohnnutzung.

(OLG Köln, Beschluss vom 23. 7. 2007 – 16 Wx 25/07)

Zum Sachverhalt: Die Antragstellerin und nunmehr der beigetretene Beschwerdeführer als Rechtsnachfolger der Antragsgegnerin zu 1. bilden die Wohnungseigentümergeinschaft.

Nach der Teilungserklärung von 1975, die für die Stockwerke 2 bis 4 Sondereigentum an Wohnungen vorsieht, sind die Wohnungs- und Teileigentümer berechtigt, die Wohnung nach Belieben zu nutzen, soweit sich nicht Beschränkungen aus dem Gesetz oder aus der Teilungserklärung ergeben. Die Antragstellerin wendet sich gegen die gewerbliche Nutzung sämtlicher Wohnungen der Antragsgegnerin im 1. bis 4. Obergeschoss. Die Wohnungen im 1. und 2. Stock waren bis 1998 oder 1999 an zwei Ärztinnen vermietet; seitdem wird die Wohnung im 2. Stock von einer Zeitarbeitsvermittlung, diejenige des 1. Stocks wurde von einer Heilpraktikerin, nun – nach einem Wechsel im Verlauf dieses Verfahrens – befindet sich darin eine private Schülernachhilfe. Zu der Nutzung des 3. und 4. Obergeschosses haben die Vorinstanzen keine Feststellungen getroffen. In den der Antragstellerin gehörenden Erdgeschossräumen wird ein Imbiss betrieben; über die Zulässigkeit dieser Nutzung haben die Beteiligten über lange Jahre gerichtlich gestritten. Der Eingang zu den Wohnungen ist getrennt vom Zugang zum Imbiss und befindet sich neben diesem.

Das Amtsgericht hat dem Antrag der Antragstellerin auf Untersagung jeder gewerblichen oder freiberuflichen Nutzung stattgegeben. Das Landgericht Köln hat auf das Rechtsmittel der Antragsgegnerin unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung den Antrag zurückgewiesen. Mit ihrer weiteren Rechtsmittel begehrt die Antragstellerin Wiederherstellung der Entscheidung des Amtsgerichts.

Aus den Gründen: II. Die form- und fristgerecht eingelegte sofortige weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 20, 22 Abs. 1, 27, 29 FGG).

Eine mündliche Verhandlung war entgegen dem Antrag der Antragstellerin nicht veranlasst, da der Sachverhalt in den Vorinstanzen ausreichend aufgeklärt war, es nur um Rechtsfragen geht und im Übrigen eine gütliche Einigung nicht zu erwarten war.

Die weitere Beschwerde hat in der Sache insoweit Erfolg, als sie die derzeitige Nutzung der Räumlichkeiten im 1. und 2. Obergeschoss angreift.

Die Ausführungen des Landgerichts halten der dem Gericht der weiteren Beschwerde allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 550 ZPO) nur zum Teil stand.

Der Antragstellerin steht gemäß § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 BGB gegen die Antragsgegnerin ein Anspruch auf Unterlassung zu, ihre im Sondereigentum stehenden Räume zum Zweck des Betriebens einer Arbeitsvermittlung oder einer Schülernachhilfe zu nutzen bzw. eine entsprechende Nutzung zuzulassen. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass maßgeblich für den geltend gemachten Anspruch der Inhalt der Teilungserklärung ist. Diese bezeichnet die Räumlichkeiten im 1. bis 4. Obergeschoss ausschließlich als „Wohnung“ und grenzt sie deutlich gegenüber den im Teileigentum stehenden Räumen des Erdgeschosses ab, die als „nicht zu Wohnzwecken dienend“ bezeichnet werden (§ 1 Nr. 1 bis 5 Teilungserklärung).

Die Teilungserklärung unterliegt wie alle Grundbucheintragen der selbständigen Auslegung durch das Rechtsbeschwerdegericht. Der Senat sieht in der Bezeichnung als Wohnung eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter gem. §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 1 Satz 2, 15 Abs. 1 WEG, die eine Nutzung des Sondereigentums der Antragsgegnerin in der derzeitigen Form nicht zulässt. Die auf Wortlaut und Sinn abgestellte Auslegung führt zweifelsfrei dazu, dass die Räumlichkeiten in den ersten beiden Stockwerken grundsätzlich nur für Wohnzwecke genutzt werden dürfen.

Etwas Anderes folgt ebensowenig aus der Vereinbarung in § 4 des Abschnittes III der Teilungserklärung. Durch die dort erwähnte Einschränkung ist wiederum auf die Zweckbestimmung der Teilungserklärung abzustellen.

Auch der in ständiger Rechtsprechung der Obergerichte, der auch der Senat folgt, entwickelte Grundsatz, dass eine Nutzung einer zu Wohnzwecken bestimmten Wohnung jedenfalls dann zu anderen, insbesondere gewerblichen Zwecken zuzulassen ist, wenn diese Nutzung nicht über das Maß hinausgeht, das bei Wohnzwecken üblich ist (Senat vom 15. 2. 2002, NZM 2002, 258; zuletzt beispielsweise OLG Saarbrücken, NZM 2006, 590; KG, ZWE 2007, 258 [201]; BayObLG, NJW-RR 1996, 1358 [= WuM 1996, 719]), führt zu keinem anderen Ergebnis. Ein solcher Fall liegt hier – entgegen der Meinung des Landgerichts – nicht vor.

Voraussetzung für diese Ausnahme wäre, dass bei einer typisierenden Betrachtung die Beeinträchtigung der übrigen Wohnungseigentümer nicht stärker ausfällt als bei einer Nutzung zu Wohnzwecken. Dabei ist – wie das Landgericht zu Recht ausführt – auf die Auswirkungen der abweichenden Nutzung, wie insbesondere Besucherfrequenz unter Berücksichtigung der zeitlichen und örtlichen Verhältnisse abzustellen.

Die Vorinstanz hat hierzu im Weiteren nicht hinreichend berücksichtigt, dass die von der Antragsgegnerin aufgezeigten Besucherzahlen, die den aktuellen Zustand wiedergeben, nicht als maßgeblich angesehen werden können. Vielmehr ist bei typisierender Betrachtungsweise entscheidend, welche Besucherfrequenzen bei der praktizierten Nutzung und bei gewöhnlichem Verlauf üblich sind. In beiden Wohnungen im 1. und 2. Stock befinden sich Dienstleistungsgewerbe, deren Büros üblicherweise ganztägig geöffnet sind. Beide Geschäftsbereiche sind erfahrungsgemäß bei gewöhnlichem Ablauf mit regem Kundenbesuch verbunden. Die Besucherzahlen können sowohl bei einer Arbeitsvermittlung als auch bei einer Schülernachhilfe täglich bei 20 Personen oder noch darüber liegen. Die vom Landgericht zugrunde gelegten Zahlen beziehen sich lediglich auf den Jetz-Zustand, der nicht dauerhaft sein muss. Vielmehr kann sich die Geschäftstätigkeit jederzeit bei einer Ausweitung oder einer Schwerpunktverlagerung erheblich verändern und einen weitaus lebhafteren Besucherstrom zur Folge haben. Im Übrigen ist auch ein Publikumsverkehr von 10 bis 15 Personen – bezogen auf eine Wohneinheit und die Nachmittagsstunden – schon beträchtlich. Bei einer – hypothetischen – privaten Wohnnutzung läge die Besucherfrequenz deutlich niedriger. Es handelt sich jeweils um 2-Zimmerwohnungen, die typischerweise von Einzelpersonen oder Kleinfamilien bewohnt werden, die nicht mit erheblichem Besuchsverkehr verbunden sind.

Die von der Antragsgegnerin erwähnten Gesichtspunkte ändern daran nichts. Es ist für die Beeinträchtigung letztlich nicht entscheidend, dass für die Wohnungen neben dem Imbiss ein separater Eingang und ein damit verbundener Flur vorhanden

sind, da die Auswirkungen der abweichenden Nutzung auf die Anlage insgesamt, für die wegen der Überzahl der Wohnungen die Wohnnutzung prägend ist, deutlich spürbar sind.

Auch die Antragstellerin als Eigentümerin der EG-Räume bzw. ihr Mieter, der den Imbissbetrieb nutzt, werden durch die von der Teilungserklärung abweichende Nutzung stärker beeinträchtigt, und zwar sowohl durch die Publikumsfrequenz wie auch durch stärkere Nutzung der Gemeinschaftsräume sowie damit verbundener höherer Kostenlast.

Der Unterlassungsanspruch ist nicht verwirkt. Die jetzige Nutzung erfolgte zum Zeitpunkt der Antragstellung (Juli 2002) allenfalls seit vier Jahren, so dass schon das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment fehlt. Ob und in welchem Umfang die Räume zuvor gewerblich genutzt wurden, spielt keine Rolle, da in Anbetracht der erwähnten Grundsätze der obergerichtlichen Rechtsprechung für die Frage der Verwirkung nur auf die konkrete abweichende Nutzung abgestellt werden kann. Zu mit der früheren Nutzung verbundenen Beeinträchtigungen ist nichts Konkretes bekannt.

Das Begehren der Antragstellerin bleibt allerdings ohne Erfolg, soweit sie jegliche gewerbliche Nutzung untersagen lassen will. Ein solcher allgemeiner Anspruch besteht nicht, da – wie ausgeführt – für eine Untersagung stets auf die konkrete Abweichung von der vereinbarten Zweckbestimmung abgestellt werden muss.

Mitgeteilt von VRiOLG Jennissen, Köln

§ 28 WEG; §§ 666, 667, 259, 242 BGB; § 254 ZPO
Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft;
Rechnungslegungspflicht des (abberufenen) Verwalters;
Einsicht in Kontoauszüge
zur Sondereigentumsverwaltung

1) Dem Anspruch der Wohnungseigentümergeinschaft gegen ihren (abberufenen) Verwalter auf Rechnungslegung und Herausgabe der Unterlagen betr. ein Fremdgeldkonto steht es nicht entgegen, dass über das Konto auch Geldbewegungen Dritter (hier: Mietein- und -auszahlungen im Rahmen der Sondereigentumsverwaltung) geflossen sind.

2) Der Anspruch ist nicht davon abhängig, dass die Eigentümergeinschaft die Unterlagen zur Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Verwalter benötigt.

3) Mangels Informationsinteresse der Gemeinschaft ist der Verwalter befugt, vor einer Herausgabe der Unterlagen diejenigen Beträge in den Kontoauszügen unkenntlich zu machen, die sich nach dem Buchungstext zweifelsfrei auf Geldbewegungen Dritter beziehen.

4) Der Zulässigkeit eines Stufenantrages steht es nicht entgegen, dass die in der ersten Stufe begehrte Auskunft auch Bedeutung für den Anspruchsgrund hat, wenn die Informationen zugleich für die Anspruchshöhe relevant sind. (nur Leitsatz)

(OLG Hamm, Beschluss vom 20.12.2007 – 15 W 41/07)

Zum Sachverhalt: Die Beteiligte zu 2) war Verwalterin der Beteiligten zu 1) und wurde durch Beschluss vom 7.6.1997 als Verwalterin abgewählt. Sie unterhielt ein Konto bei der T und wickelte über dieses Konto sowohl Geldbewegungen der Beteiligten zu 1) als auch solche im Zusammenhang der von ihr wahrgenommenen Mietsonderverwaltung für einzelne Wohnungseigentümer ab.

Die Antragsgegnerin übergab – mit Ausnahme der Unterlagen hinsichtlich des vorgenannten Bankkontos – sämtliche Unterlagen aus ihrer Verwaltertätigkeit an die Antragstellerin.

Aus den Gründen: II. [...] In der Sache hält die landgerichtliche Entscheidung der rechtlichen Prüfung nicht stand.

Das Landgericht [Essen] hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Ein Auskunfts- oder Herausgabeanspruch nach Auftragsrecht bestehe nicht, da dieser bereits erfüllt sei, die Beteiligte zu 2) habe alle Unterlagen herausgegeben, die im Zusammenhang mit der Verwaltertätigkeit ständen. Diese würden die Beteiligte zu 1) auch in der Lage versetzen, einen möglichen Schadensersatzanspruch zu berechnen.

Diese Begründung verkennt insbesondere in rechtlicher Hinsicht den Umfang der Ansprüche, die sich aus den §§ 666 S. 2, 667 BGB ergeben. Nach den §§ 666 S. 2, 259 BGB ist der Verwalter zur Rechnungslegung nebst Vorlage der üblichen Belege verpflichtet, die im Rahmen der Verwaltertätigkeit erlangten Belege und Unterlagen sind zudem nach § 667 BGB herauszugeben. Entgegen der Annahme des Landgerichts sind diese Ansprüche umfänglich nicht auf solche Unterlagen beschränkt, die der Auftraggeber, hier also die Eigentümergeinschaft, zur Prüfung ihrer Ansprüche benötigt. Vielmehr erfassen die Ansprüche sämtliche Unterlagen und Konten, in denen Vorgänge betreffend die Wohnungseigentumsanlage gebucht sind (BayObLG NJWE-MietR 1997, 14 f. [= WuM 1996, 661]). Da es nicht der – ggf. willkürlichen – Handhabung des Verwalters überlassen werden kann, ob dieser Anspruch besteht, kann es in diesem Zusammenhang nicht darauf ankommen, auf wessen Namen oder mit welcher Zweckangabe ein (Fremd-)Bankkonto eröffnet worden ist, sondern alleine darauf, ob über dieses willentlich Geldbewegungen abgewickelt wurden, die unmittelbar die Eigentümergeinschaft betrafen. Dies ist hier unstreitig der Fall.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts kommt es hier auch nicht darauf an, ob die Gemeinschaft für die Berechnung eines möglichen Schadensersatzanspruchs zwingend auf die begehrten Informationen angewiesen ist. Lediglich umgekehrt gilt, dass der Anspruch nach den §§ 226, 242 BGB ausgeschlossen sein kann, wenn seitens des Anspruchstellers keinerlei sachliche Interessen an den Informationen feststellbar sind. Hiervon kann vorliegend jedoch nicht ausgegangen werden. Der Senat teilt zwar die Auffassung des Landgerichts, dass ein Herausgabe- oder Schadensersatzanspruch der Eigentümergeinschaft tunlichst nicht auf der Grundlage einzelner Geldbewegungen, sondern auf der Grundlage einer Einnahmen-Ausgaben-Saldierung, mithin ausgehend von den Jahresabrechnungen zu berechnen ist, was den Streit regelmäßig auf die durch den ehemaligen Verwalter nachzuweisende zweckgerechte Mittelverwendung konzentriert. Gleichwohl besteht hier jedenfalls ein billigenwertes Interesse, die Vollständigkeit der abgerechneten Einnahmen anhand der Kontoauszüge zu überprüfen.

Dem Anspruch auf Herausgabe der Kontounterlagen kann die Beteiligte zu 2) schließlich nicht entgegen halten, die Herausgabe sei ihr unmöglich, da sie nicht mehr im Besitz derselben sei. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der schlichte Vortrag, nicht mehr im Besitz der Unterlagen zu sein, nicht hinreichend ist, eine entlastende Unmöglichkeit darzutun, wenn – wie hier – feststeht, dass der Verwalter im Besitz der Unterlagen war (vgl. im Einzelnen Senat OLGR Hamm 2007, 502 [= WuM 2007, 478 KL]). Im Übrigen gilt jedoch auch, dass der Anspruch auf Rechnungslegung (§§ 28 Abs. 4 WEG, 666 S. 2 BGB), der gemäß § 259 BGB die Vorlage von Belegen mit umfasst, nicht alleine dadurch eingeschränkt wird, dass der Schuldner die (Original-)Belege weggegeben oder sonst verloren hat. Vielmehr muss der Schuldner in diesen Fällen von den Empfängern der Belege Kopien anfordern oder sich sonst um den Ersatz derselben bemühen (Palandt/Heinrichs, BGB, § 261 Rdn. 24; Staudinger/Bub, BGB, Bearb. 2005, § 26 Rdn. 403). Dass ein solcher Ersatz der Belege unmöglich wäre, ist seitens der Beteiligten zu 2) nicht dargetan worden.

Da es keiner weiteren Feststellungen bedarf, kann der Senat selbst über den Hauptantrag zu 1) entscheiden.

Da im Grundsatz ein Anspruch auf Herausgabe besteht, bleibt zu prüfen, ob berechnete Interessen anderer Auftraggeber der

Anspruchserfüllung entgegenstehen. Insoweit ist davon auszugehen, dass der Auskunfts- und der hieraus abgeleitete bzw. deckungsgleiche Herausgabeanspruch nur im Rahmen des § 242 BGB besteht (vgl. OLG München NJW-RR 2002, 1045, 1047). Über eine echte Verschwiegenheitspflicht hinaus kann in diesem Rahmen auch berücksichtigt werden, dass über das hier in Frage stehende Konto auch Geldbewegungen abgewickelt worden sind, die einzelne Sondereigentümer allein in dieser Eigenschaft betreffen und an deren Offenbarung die Gemeinschaft kein berechtigtes Interesse haben kann. Ob die Beteiligten zu 2) den einzelnen Miteigentümern vertraglich tatsächlich zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, ist dann nicht entscheidend. Denn die Pflichtverletzung der Beteiligten zu 2) liegt dann schon darin, dass sie Fremdgelder kontenmäßig vermischt und damit einen Auskunftsanspruch unterschiedlicher Auftraggeber hinsichtlich des Kontos begründet hat. Wie bereits ausgeführt, kann ein derartiges pflichtwidriges Verhalten keinesfalls dazu führen, dass der Auftragnehmer/Verwalter nunmehr keinem der Auftraggeber Auskunft über das Konto zu erteilen hätte. Erforderlich ist insoweit vielmehr eine Interessenabwägung (OLG München a. a. O.). Geht es wie hier alleine darum, dass die Bewegungen auf einem Konto verschiedene Auftraggeber betreffen, kann der (mögliche) Interessengegensatz so gelöst werden, dass von der Auskunfts- und Herausgabepflicht diejenigen Konto-bewegungen ausgenommen werden, die schon nach dem Text der Kontounterlagen selbst alleine einen der Auftraggeber betreffen. Da diese Ausnahme andererseits für jeden der Auftraggeber nachvollziehbar sein muss, können von der Auskunfts- und Herausgabepflicht nur die den einzelnen Buchungen zugeordneten Beträge ausgenommen werden. Dementsprechend war dem Antrag zu 1) nur teilweise stattzugeben und die weitergehende sofortige weitere Beschwerde, soweit sie sich gegen die Zurückweisung des Antrags zu 1) richtet zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiOLG Engelhardt, Hamm

§ 883 ZPO; §§ 150, 152 ZVG
Vermietetes Teileigentum; Zwangsverwaltung;
Zwangsvollstreckung; Herausgabe der vom Mieter
geleisteten Barkaution; eidesstattliche Versicherung
des Schuldners als Vermieter über die Verrechnung der
Kaution mit rückständiger Miete

Hat der Schuldner, gegen den der Zwangsverwalter aufgrund des die Zwangsverwaltung anordnenden Beschlusses die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe der vom Mieter geleisteten Barkaution betreibt, eidesstattlich versichert, er habe als Vermieter der der Zwangsverwaltung unterliegenden Sache die Kaution mit rückständigen Mietzahlungen verrechnet, ist er im Verfahren der Herausgabevollstreckung regelmäßig nicht zu weitergehenden Auskünften darüber verpflichtet, mit welchen Forderungen genau er die Kaution verrechnet hat.

(BGH, Beschluss vom 21. 2. 2008 – I ZB 66/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Rechtsbeschwerdeführer ist Zwangsverwalter eines Teileigentums des Schuldners und mit Anordnungsbeschluss des Amtsgerichts ermächtigt worden, sich den Besitz am beschlagnahmten Vermögensgegenstand zu verschaffen. Er beauftragte den Gerichtsvollzieher auf dieser Grundlage unter anderem damit, dem Schuldner die vom Mieter geleistete Barkaution wegzunehmen und an ihn herauszugeben. Die Vollstreckung blieb erfolglos. In der vom Gerichtsvollzieher abgenommenen eidesstattlichen Versicherung gab der Schuldner an, die Kaution wegen Mietrückständen verrechnet bzw. einbehalten zu haben. Die Kaution sei somit zwischenzeitlich verwertet und nicht mehr vorhanden.

2 Der Rechtsbeschwerdeführer erteilte dem Gerichtsvollzieher daraufhin den Auftrag, die eidesstattliche Versicherung um die Erklärung ergänzen zu lassen, mit welchen Forderungen die Kaution verrechnet worden sei und wie hoch die Miete sei.

Der Gerichtsvollzieher wies den Auftrag mit der Begründung zurück, der Schuldner sei zu solchen weiteren Erklärungen nicht verpflichtet.

3 Die dagegen gerichtete Erinnerung des Rechtsbeschwerdeführers ist ebenso erfolglos geblieben wie seine nachfolgende sofortige Beschwerde (LG Heilbronn RPfleger 2007, 620).

4 Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt der Rechtsbeschwerdeführer weiterhin sein Ziel, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, dem Schuldner die begehrte Ergänzung der eidesstattlichen Versicherung abzunehmen. Der Schuldner ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht vertreten gewesen.

5 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund ihrer Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft (vgl. § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO) und auch im Übrigen zulässig. In der Sache hat sie keinen Erfolg.

6 1. Das Berufungsgericht hat die sofortige Beschwerde gegen die die Erinnerung des Zwangsverwalters zurückweisende Entscheidung des Amtsgerichts [Öhringen] für unbegründet erachtet und hierzu ausgeführt:

7 Dem Zwangsverwalter sei es verwehrt, auf dem Wege der Herausgabevollstreckung hinsichtlich des die Mietkaution verkörpernden Gegenstands vom Schuldner Auskunft über die von diesem vorgenommene Verrechnung der Mietkaution mit rückständigen Mieten sowie über die Miethöhe zu erhalten. Die in § 883 Abs. 2 ZPO geregelte Verpflichtung des Schuldners erschöpfe sich darin, auf Antrag des Gläubigers zu Protokoll an Eides Statt zu versichern, dass er die Sache nicht besitze und auch nicht wisse, wo sie sich befinde oder aber – sofern bekannt – den Ort zu nennen. Insoweit habe der Schuldner Auskunft erteilt.

8 Die vom Zwangsverwalter begehrten ergänzenden Angaben betreffen den Bestand und die Höhe der Verpflichtung des Zwangsverwalters zur Rückzahlung der Kaution, die nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. März 2005 (VIII ZR 330/03, NJW-RR 2005, 1029 [= WuM 2005, 460]) unabhängig davon bestehe, ob der Kautionsbetrag in die Zwangsverwaltungsmasse gelangt sei. Auch nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 14. April 2005 (V ZB 6/05, NJW-RR 2005, 1032 [= WuM 2005, 405]) sei der Schuldner in dieser Hinsicht nicht zur Auskunftserteilung verpflichtet. Die Frage, ob der Zwangsverwalter auf der Grundlage des Anordnungsbeschlusses entsprechend § 836 Abs. 3 ZPO vom Schuldner Auskunft über die zur Geltendmachung der Mietforderungen nötigen Angaben sowie Herausgabe der hierzu vorhandenen Urkunden verlangen und bei Nichterteilung der Auskunft das Offenbarungsverfahren nach §§ 899 ff. ZPO verfolgen könne, sei nicht zu entscheiden, weil der Zwangsverwalter diesen Weg hier nicht beschritten habe. Aus diesem Grunde könne auch offen bleiben, ob er die entsprechende Auskunft in einem Erkenntnisverfahren verlangen könne.

9 2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

10 a) Eine Erstreckung der vom Schuldner abgegebenen eidesstattlichen Versicherung gemäß § 883 Abs. 2 ZPO auf die vom Zwangsverwalter begehrten ergänzenden Angaben ist nicht im Hinblick auf den Sinn und Zweck der von diesem hier wegen der Mietkaution betriebenen Herausgabevollstreckung geboten.

11 aa) Wie der Bundesgerichtshof in dem bereits erwähnten Beschluss vom 14. April 2005 entschieden hat, stellt der Beschluss, mit dem die Zwangsverwaltung angeordnet wird, zusammen mit der Ermächtigung gemäß § 150 Abs. 2 ZVG im Hinblick auf die in § 152 ZVG geregelten Aufgaben des Zwangsverwalters einen Vollstreckungstitel dar, der diesem die zwangsweise Durchsetzung seines Anspruchs auf Überlassung einer vor der Beschlagnahme des Objekts von einem Mieter geleisteten Kaution nach § 883 ZPO ermöglicht (BGH NJW-RR 2005, 1032 f. [= WuM 2005, 405]). Davon ist ersichtlich auch das Beschwerdegericht ausgegangen.

12 bb) Das Beschwerdegericht hat mit Recht angenommen, dass der Zwangsverwalter vom Schuldner hier über die von diesem bereits gemachten Angaben hinaus gemäß § 883 Abs. 2 ZPO keine weitergehende Auskunft mehr verlangen kann.

13 (1) Die Rechtsbeschwerde weist im rechtlichen Ausgangspunkt allerdings zutreffend darauf hin, dass der Schuldner gemäß § 883 Abs. 2 ZPO im Hinblick auf den Sinn und Zweck der dort bestimmten Offenbarungspflicht über die ihm erinnerlichen Wahrnehmungen und Mitteilungen sowie über angestellte Nachforschungen alles anzugeben hat, was geeignet ist, den Verbleib der herauszugebenden Sache aufzuklären (vgl. Brehm in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 883 Rdn. 34; Storz in Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., § 883 Rdn. 46). Wenn aber die eidesstattliche Versicherung – mit welchem Inhalt auch immer – abgegeben worden ist, kann der Gläubiger grundsätzlich nurmehr die sich daraus möglicherweise ergebenden Vollstreckungsmöglichkeiten nutzen, einen etwa bestehenden Schadensersatzanspruch gemäß § 893 ZPO geltend machen oder strafrechtliche Ermittlungen wegen falscher eidesstattlicher Versicherung veranlassen. Eine erneute eidesstattliche Versicherung kann er nur ausnahmsweise dann verlangen, wenn er gemäß § 294 ZPO glaubhaft macht, dass der Schuldner nach der Abgabe der ersten eidesstattlichen Versicherung in den Besitz der Sache gelangt ist oder Kenntnis von deren Verbleib erlangt hat (Baumbach/Hartmann, ZPO, 66. Aufl., § 883 Rdn. 13; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 883 Rdn. 13; Storz in Wieczorek/Schütze a. a. O. § 883 Rdn. 45; vgl. auch Schmidberger, RPfleger 2005, 464, 465).

14 (2) Nichts Abweichendes ergibt sich aus den Besonderheiten und dem Zweck der vom Zwangsverwalter hier wegen der Mietkaution betriebenen Zwangsvollstreckung. Namentlich sprechen die Gründe, die es nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 14. April 2005 rechtfertigen, bereits den Anordnungsbeschluss in Verbindung mit der Ermächtigung des Zwangsverwalters gemäß § 150 Abs. 2 ZVG als Vollstreckungstitel zu behandeln, nicht dafür, den Zwangsverwalter in der Vollstreckung gemäß § 883 ZPO besser zu stellen als andere Gläubiger.

15 b) Eine unmittelbare Anwendung des § 836 Abs. 3 Satz 2 ZPO kommt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht in Betracht, weil der Rechtsbeschwerdeführer, wie das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, hier Herausgabe der Kaution nach § 883 ZPO verlangt. Die Frage, ob er hinsichtlich der Forderungen, mit denen der Schuldner die Kaution verrechnet hat, nach § 836 Abs. 3 Satz 2 ZPO Auskunft verlangen kann, stellt sich daher nicht. Für eine analoge Anwendung des § 836 Abs. 3 Satz 2 ZPO im Rahmen des § 883 ZPO ist schon deshalb kein Raum, weil die dort getroffene Regelung insoweit nicht lückenhaft ist.

16 III. Danach ist die Rechtsbeschwerde mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 62 WEG
Wohnungseigentum;
anhängige Zwangsversteigerungssache; WEG-Reform;
rückständiges Wohngeld

Verfahren in Zwangsversteigerungssachen sind i.S. von § 62 Abs.1 WEG ab dem Erlass des Anordnungsbeschlusses (§ 20 Abs.1 ZVG) bei Gericht anhängig.

(BGH, Beschluss vom 21. 2. 2008 – V ZB 123/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Auf Antrag der Stadtparkasse B. ordnete das Amtsgericht Linz am Rhein am 16. Mai 2002 die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums des Schuldners an. Die Gläubigerin beantragte am 13. Juli 2007 die Zwangsversteigerung dieses Wohnungseigentums wegen eines titulierten An-

spruchs gegen den Schuldner auf Zahlung von Hausgeld und Sonderumlagen; sie beansprucht die Berücksichtigung ihrer Forderung in der Rangklasse 2 des § 10 Abs.1 ZVG.

2 Das Amtsgericht hat den Beitritt zu der Zwangsversteigerung zugelassen und den Anspruch der Rangklasse 5 des § 10 Abs.1 ZVG zugeordnet; den Antrag auf Zuordnung zu der Rangklasse 2 hat es zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Landgericht Koblenz zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Gläubigerin ihren Antrag auf Zuordnung des Anspruchs zu der Rangklasse 2 des § 10 Abs.1 ZVG weiter.

3 **Aus den Gründen:** II. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts gehört der Anspruch zwar nach dem seit dem 1. Juli 2007 geltenden Recht in die Rangklasse 2 des § 10 Abs.1 ZVG. Aber nach der Übergangsvorschrift des § 62 Abs.1 WEG müsse er der Rangklasse 5 zugeordnet werden, weil das Zwangsversteigerungsverfahren am 1. Juli 2007 bereits anhängig gewesen sei. Auf den Zeitpunkt der Zulassung des Beitritts der Gläubigerin nach § 27 ZVG komme es nicht an, weil zwar jeder Beitrittsgläubiger im Verhältnis zu dem Gläubiger, der die Anordnung der Zwangsversteigerung erwirkt habe, und zu den anderen Beitrittsgläubigern in dem Verfahren eine selbständige Stellung einnehme, welche aber ein bereits anhängiges Verfahren voraussetze.

4 Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

5 III. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs.1 Nr.2 ZPO) und im Übrigen zulässig (§ 575 ZPO). Sie ist jedoch unbegründet. Zu Recht haben die Vorinstanzen den Anspruch der Gläubigerin nicht der Rangklasse 2 des § 10 Abs.1 ZVG zugeordnet.

6 1. Durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26. März 2007 (BGBl. I 370) ist § 10 Abs.1 Nr.2 ZVG neu gefasst worden. Nunmehr sind bei der Vollstreckung in ein Wohnungseigentum die daraus fälligen Ansprüche auf Zahlung der Beiträge zu den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums oder des Sondereigentums, die nach §§ 16 Abs. 2, 28 Abs. 2 und 5 WEG geschuldet werden und aus dem Jahr der Beschlagnahme und den letzten zwei Jahren stammen, der Rangklasse 2 zuzuordnen. Das Vorrecht einschließlich aller Nebenleistungen ist begrenzt auf Beträge in Höhe von nicht mehr als 5 v.H. des nach § 74a Abs. 5 festgesetzten Wertes. Danach gehört der Anspruch der Gläubigerin in die Rangklasse 2.

7 2. Nach § 62 Abs.1 WEG sind für die am 1. Juli 2007 bei Gericht anhängigen Verfahren in Wohnungseigentums- oder Zwangsversteigerungssachen die durch die Art. 1 und 2 des Gesetzes vom 26. März 2007 (a. a. O.) geänderten Vorschriften des III. Teils des Wohnungseigentumsgesetzes sowie die des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung in ihrer bis dahin geltenden Fassung weiter anzuwenden. Danach ist die Zuordnung des Anspruchs der Gläubigerin zu der Rangklasse 2 des § 10 Abs.1 ZVG ausgeschlossen.

8 a) Das Zwangsversteigerungsverfahren ist bereits seit Mai 2002 anhängig. Maßgeblicher Zeitpunkt ist insoweit nämlich der Erlass des Anordnungsbeschlusses (Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 27 Rdn. 2. 3). Dass jeder betreibende Gläubiger, also der Anordnungsgläubiger (§ 15 ZVG) und die Beitrittsgläubiger (§ 27 ZVG), in dem Verfahren insoweit eine selbständige Stellung einnimmt, als sowohl die Anordnung der Zwangsversteigerung als auch die Zulassung des Beitritts zu einem bereits anhängigen Verfahren zugunsten des jeweiligen Gläubigers als Beschlagnahme des Grundstücks gilt (§§ 20, 27 Abs. 2 ZVG) und einstweilige Einstellungen (§ 30 ZVG), deren Aufhebung (§ 30 f. ZVG), die Fortsetzung (§ 31 ZVG) und Aufhebung des Verfahrens (§ 29 ZVG) nur für und gegen den Gläubiger wirken, der den entsprechenden Antrag gestellt hat, führt nicht dazu, dass für jeden von ihnen ein selbständiges Verfahren anhängig wird. Es gibt nur ein einziges einheitliches Zwangsversteigerungsverfahren, welches anhängig ist und innerhalb dessen die

Verfahren der einzelnen betreibenden Gläubiger getrennt nebeneinander herlaufen. Dieses ist in der Übergangsvorschrift des § 62 Abs.1 WEG gemeint (Böhringer/Hintzen, Rpfleger 2007, 353, 360).

9 b) Wollte man das anders sehen und unter „anhängiges Verfahren“ i. S. von § 62 Abs.1 WEG das Einzelverfahren jedes betreibenden Gläubigers innerhalb des Gesamtverfahrens der Zwangsversteigerung verstehen, müsste man bis zum Abschluss dieses Verfahrens bei den betreibenden Gläubigern unterscheiden, ob deren Beitritt vor oder nach dem 1. Juli 2007 zugelassen worden ist. Das führte, worauf die Vorinstanzen zu Recht hingewiesen haben, bei der Feststellung des geringsten Gebots (§ 45 ZVG) und der Aufstellung des Teilungsplans (§ 113 ZVG) zu Problemen (Böhringer/Hintzen, a. a. O.). Diese sollten jedoch, wie der Gesetzesbegründung zu entnehmen ist, durch die Übergangsvorschrift des § 62 Abs.1 WEG dadurch vermieden werden, dass die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen anhängigen Verfahren durch die Neuregelung nicht berührt werden (BT-Drs. 16/887 S. 43). Dieser Zweck ist nur zu erreichen, wenn man das Gesamtverfahren als „anhängiges Verfahren“ i. S. von § 62 Abs.1 WEG ansieht.

10 IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Verpflichtung der Gläubigerin, die Gerichtskosten zu tragen, ergibt sich aus dem Gesetz; eine Erstattung außergerichtlicher Kosten findet bei Beschwerden in Zwangsversteigerungssachen grundsätzlich nicht statt (Senat, Beschl. v. 21. September 2006, V ZB 76/06, WPM 2006, 2266, 2267).

11 Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens bestimmt sich nach § 47 Abs.1 Satz 1 GKG.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Nr.1008 VV RVG
Wohnungseigentümergeinschaft;
Mehrvertretungsgebühr trotz späterer Anerkennung
der Teilrechtsfähigkeit

Ist ein Rechtsanwalt mit der Verteidigung gegen eine gegen die einzelnen Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft als Gesamtschuldner gerichteten Klage beauftragt worden und hat das Amtsgericht diese Klage rechtskräftig auf Kosten des Klägers abgewiesen, kann die hierdurch ausgelöste Mehrvertretungsgebühr nicht mehr durch die spätere Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft in Wegfall geraten (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 15. März 2007 – V ZB 77/06 – WuM 2007, 403).

(BGH, Beschluss vom 4.3.2008 – VI ZB 15/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger hat die Beklagten zu 1 bis 8 jeweils „als Mitglied der (näher bezeichneten) Wohnungseigentümergeinschaft“ als Gesamtschuldner auf Schadensersatz wegen eines Glätteunfalls vor deren Anwesen in Anspruch genommen. Das Amtsgericht hat die Klage mit Urteil vom 21. September 2005 abgewiesen und dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

2 Mit Beschluss vom 17. November 2005 hat das Amtsgericht Weiden die vom Kläger zu erstattenden Kosten auf

GuT
Gewerbemiete und Teileigentum

Bitte richten Sie Ihre Zuschriften, Manuskripte oder Entscheidungsmittelungen unmittelbar an
 Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
 Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn
 info@prewest.de · Fax 02 28 / 47 09 54

1155,94€ festgesetzt. Darin waren zwei Erhöhungsgebühren gemäß § 13 Abs.1 RVG, Nr.1008 VV in Höhe von insgesamt 434 € netto bzw. 503,44€ brutto enthalten. Der hiergegen vom Kläger eingelegten Erinnerung hat das Amtsgericht nicht abgeholfen und die Sache dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt. Das Landgericht Weiden i. d. OPf. hat mit dem angefochtenen Beschluss die sofortige Beschwerde des Klägers gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss des Amtsgerichts zurückgewiesen. Mit der vom Landgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte der Kläger weiterhin die festgesetzten Erhöhungsgebühren in Wegfall bringen.

3 **Aus den Gründen:** II. Die statthafte und auch ansonsten zulässige Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Das Landgericht hat mit Recht die festgesetzten Erhöhungsgebühren gemäß RVG-VV Nr.1008, § 13 Abs.1 RVG für erstattungsfähig erachtet.

4 1. Richtig ist zwar, dass einem Rechtsanwalt, der von einer Wohnungseigentümergeinschaft mit der Rechtsdurchsetzung bzw. -verteidigung von Rechten bzw. Pflichten der Wohnungseigentümergeinschaft beauftragt wird, seit der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft durch die Entscheidung des V Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 2. Juni 2005 (BGHZ 163, 154 [=WuM 2005, 530 = GuT 2005, 229 KL]) keine Mehrvertretungsgebühr zusteht (vgl. BGH, Beschluss vom 15. März 2007 – V ZB 77/06 – WuM 2007, 403 = BGH-Report 2007, 683; KG JurBüro 2006, 474; vgl. für die GbR: BGH, Beschluss vom 5. Januar 2004 – II ZB 22/02 – NJW-RR 2004, 489).

5 2. Ist der Rechtsanwalt dagegen – wie hier – vor der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft mit der Verteidigung gegen eine gegen die einzelnen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft als Gesamtschuldner gerichtete Klage beauftragt worden und hat das Amtsgericht – wie im Streitfall – rechtskräftig die Klage auf Kosten des Klägers abgewiesen, kann die hierdurch ausgelöste Mehrvertretungsgebühr nicht mehr durch die spätere Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft in Wegfall geraten (vgl. BGH, Beschluss vom 15. März 2007 – V ZB 77/06 – a. a. O. m. w. N.; Brandenburgisches OLG JurBüro 2006, 475; KG, Beschluss vom 16. Februar 2006 – 1 W 49/06 – juris; LG Darmstadt ZMR 2006, 397).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Teileigentum etc.

§§ 10, 16 WEG; §§ 421, 426 BGB; § 2 AVBWasserV – Haftung einzelner Mitglieder der WEG für die Kosten von Wasser und Entwässerung; Teilrechtsfähigkeit

1. Die Annahme einer gesamtschuldnerischen vertraglichen Außenhaftung einzelner Wohnungseigentümer für die von der Wohnungseigentümergeinschaft insgesamt, d. h. gemeinschaftlich bezogenen Leistungen (hier: Wasserver- und -entsorgung über ein gemeinschaftliches Leitungsnetz) kommt seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur – nunmehr bejahten – Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (BGH, V ZB 32/05, Beschluss vom 2. 6. 2005 = BGHZ 163, 154 = WuM 2005, 530 = GuT 2005, 229 KL) und aufgrund des zum 1. 7. 2007 geänderten Wohnungseigentumsgesetzes grundsätzlich nicht mehr in Betracht.

2. Die Regelung in § 10 Abs. 8 WEG über eine Außenhaftung jedes Wohnungseigentümers nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils ist auch auf vor dem 1. 7. 2007 begründete Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümergeinschaft anzuwenden.

3. Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO zuzulassen, da die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Der erkennende Senat weicht mit der vorliegenden Entscheidung von den Entscheidungen anderer Senate des Kammergerichts (7. Zivilsenat, 7 U 251/05, Urteil vom 29. September 2006 = KG-Report 2007, 46 f. = MietRB 2007, 94 = Grundeigentum 2006, 1478 = NJW-RR 2007, 232 = NZM 2007, 216 f. [= GuT 2006, 337]; 11. Zivilsenat, 11 U 16/07, Urteil vom 7. November 2007 = WuM 2008, 51 (LS) [= GuT 2008, 59 KL], sowie veröffent-

licht im Volltext bei „juris“; 13. Zivilsenat, 13 U 26/07, Urteil vom 7. August 2007 = Grundeigentum 2007, 1485 f.; 22. Zivilsenat, 22 U 79/06, Urteil vom 8. Februar 2007, unveröffentlicht) ab.

(KG, Urteil vom 12. 2. 2008 – 27 U 36/07)

Mitgeteilt von RiKG M. Schneider, Berlin

Hinw. d. Red.: Die (Einzelrichter-)Entscheidung kann bis zum 23. Mai 2008 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

Wettbewerb

Internet – Umschau April 2008

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

Abstimmung – Bundestag fordert neue Regio-TLDs

Das Thema Domain-Namen hat nun auch den Deutschen Bundestag erreicht: in einem gemeinsamen Antrag fordern die Fraktionen von CDU/CSU und SPD die Bundesregierung auf, sich für die Zulassung neuer regionaler Top Level Domains einzusetzen.

In dem bereits am 7. März des vergangenen Jahres eingebrachten Antrag stellen die Fraktionen die Bedeutung, aber auch die Diskussionen um die Internet-Verwaltung ICANN für das Internet heraus, das die moderne Gesellschaft mittlerweile in allen Bereichen durchdrungen hat. Die Weiterentwicklung des Adressraums ist dabei für Deutschland von besonderer Bedeutung, da ein zu nehmender Trend auszumachen ist, den Adressraum um regionale Top Level Domains zu erweitern, um stärkere lokale und regionale Nutzung zu fördern; als Beispiele werden .eu, .asia und .cat genannt. Diese Entwicklung bietet auch hierzulande den Bundesländern, Regionen und Städten große Chancen, sich noch stärker in ihrer Eigenheit wirtschaftlich und kulturell weltweit zu präsentieren. Auch die WHOIS-Problematik wird im Antrag nicht ausgespart. Zusammenfassend fordert man die Bundesregierung auf, sich bei ICANN für neue Regio-TLDs wie .bayern, .berlin oder .nrw einzusetzen, darauf hinzuwirken, dass die Selbstverwaltung des Internets unter internationaler Aufsicht erhalten bleibt, IDNs auf Top Level Ebene wie in .kölfn zu fördern und bei ICANN auf eine Weiterentwicklung des WHOIS zu drängen.

Anlässlich seiner Sitzung vom 17. Januar 2008 hatte sich der Bundestag nun mit diesem Antrag zu befassen. Aufgrund vorgezogener Stunde kam es zu keiner mündlichen Aussprache, so dass lediglich vorbereitete Reden zu Protokoll gegeben wurden. Erwartungsgemäß setzten sich Dorothee Bär (CDU/CSU) und Christoph Pries (SPD) für den Antrag ein, um so das Internet übersichtlicher und regionaler zu gestalten; soweit damit rechtliche Fragen aufgeworfen werden, sah man sich selbst nicht in der Pflicht, sondern teilte mit, dass ICANN gut beraten sei, „offene Fragen rechtzeitig zu klären“. Unterstützung kam von der FDP, für die Christoph Waitz die zunehmende Not bei kurzen, attraktiven und eingängigen Domains betonte, weshalb regionale Endungen für Abhilfe sorgen können; so gäbe es bereits 30 000 Domains aus Bayern, die auf das weissrussische Kürzel .by zurückgreifen, was den Bedarf an solchen Adressen unterstreicht. Sehr kritisch äußerte sich dagegen Lothar Bisky für die Links-Fraktion. So sei gar nicht nachgewiesen, dass eine Ausweitung des Adressraums notwendig sei; zudem bestehe die Gefahr der zunehmenden Unübersichtlichkeit, auch rechtliche Probleme seien oft ungeklärt. Er sprach sich für ein Experten-

gespräch aus, ob und unter welchen Umständen eine Erweiterung sinnvoll sei. Grietje Bettin von den Grünen schließlich sah bei anderen Themen wie Spam, Abmahnungen im Internet und Verbraucherschutz mehr Handlungsbedarf als bei Domains, sprach sich aber für die Beibehaltung des bisherigen DNS (Domain Name Systems) aus, nicht ohne bei ICANN Transparenz anzumahnen.

Am Ende konnte sich die Regierungskoalition mit ihrem Antrag durchsetzen. Ob und wann dies zu konkreten Ergebnissen führt, ist jedoch völlig offen. Ob sich für Bewerbung der Städte-Domain .berlin Änderungen ergeben, bleibt ebenfalls abzuwarten; an der ablehnenden Haltung des Berliner Senats hat sich nach derzeitigem Stand keine Änderung ergeben.

Den vollständigen Antrag finden Sie hier:

<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/045/1604564.pdf>

Das Sitzungsprotokoll finden Sie hier:

<http://short4u.de/4793441f5bf25>

Qual der Wahl – Gute Namen, schlechte Namen

Der gute Name einer Domain ist nicht nur die Voraussetzung für den Erfolg der Domain selbst, sondern auch für den Handel mit ihr. In einem Artikel auf deutsche-startups.de beleuchtet Florian Huber, Mitgründer und CEO der Starnberger united-domains AG sowie Kopf hinter domain-recht.de, einmal mehr die Frage nach dem „guten“ Domain-Namen:

Am Anfang steht die Suche nach einem (noch) verfügbaren Domain-Namen; vor dem Hintergrund, dass weltweit mittlerweile mehr als 153 Millionen Domains registriert sind, ein nicht gerade einfaches Unterfangen. Alleine unter der deutschen Domain-Endung .de sind bereits rund 12 Million Adressen vergeben. Soweit die schlechte Nachricht – die gute Nachricht ist, dass nach einer aktuellen Studie der Domain-Handelsbörse Sedo mehr als 50% aller Domain-Namen gar nicht wirklich genutzt werden. Die Inhaber dieser Domains versuchen, durch Domain-Parking und den Verkauf der Domains, Geld zu verdienen. Früher wurden diese Leute als „Grabber“ beschimpft, heute nennt man sie „Domain Investors“ oder noch schicker „Domain Asset Managers“. Für den Startup-Unternehmer ist das zumindest die Chance, doch noch an die Wunsch-Domain zu gelangen. Meiner Erfahrung nach lassen sich hierbei schon im Preissegment zwischen EUR 1000,- und 3000,- recht brauchbare Namen finden – über domain-spiegel.de verschafft man sich da einen ersten Eindruck.

Doch zurück zur eigentlichen Wahl des Namens. Am Anfang steht eine Grundsatzentscheidung: Soll es eher ein beschreibender Name sein (z. B. hotel.de, lastminute.com, myspace.com), ein neues Kunstwort (z. B. Abacho, eBay, Google) oder irgendwie eine Mischung aus beidem (z. B. DocMorris, immobilienscout24.de) sein? Die Marketing-Theorie streitet über die Frage, was für den Online-Bereich besser ist (vgl. hier-

zu nur Ries/Ries: Die 11 unumstößlichen Gesetze des Internet-Branding). Beides hat seine Vor- und Nachteile, und die Praxis zeigt: Grundsätzlich kann man mit jeder Kategorie von Namen erfolgreich sein. Dennoch sollte man bei der Wahl eines Domain-Namens ein paar Grundregeln beachten, um nicht von vornherein Schiffbruch zu erleiden.

Näheres zu den Grundregeln, wie „Kürze, Kürze, Kürze“, „Anrufbeantworter-Test“ und „Juristische Fallstricke beachten“, finden Sie unter:
<http://snipurl.com/2325t>

Quelle: deutsche-startups.de, domain-recht.de

EGMR ...- .de-Domains sind ein geschütztes Recht

Dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) lag ein Antrag einer deutschen Domain-Inhaberin vor, die sich von den deutschen Gerichten nicht fair behandelt sah. Der Gerichtshof beurteilte die Sach- und Rechtslage und hat eine gute und eine schlechte Nachricht (Entscheidung vom 18.09.2007, Anträge Nr. 25379/04, 21688/05, 21722/05 und 21770/05).

Die Inhaberin von tausenden .de-Domains, die in den vergangenen Jahren zahlreiche Prozesse hat führen müssen, unterlag hinsichtlich der Domains freundin-online.de, ad-acta.de, eltern-online.de und duck.de gegenüber den jeweiligen Klägern und Rechteinhabern. Nicht nur zivilrechtlich sah sie ihre Interessen bei den Entscheidungen nicht korrekt gewürdigt, auch das Verfassungsgericht, welches sie anrief, folgte nicht ihren Anträgen. Die Gerichte verwiesen in der Regel darauf, dass die Inhaberin der Domains diese seit Jahren registriert habe, jedoch nicht nutze und man deshalb davon ausgehe, sie habe die Domains gegrabbt, um sie teuer an die Rechteinhaber zu verkaufen. Die Inhaberin selbst gab im Rahmen der Prozesse kein gutes Bild ab, da sie nicht einmal klar vortrug, wie sie die Domains konkret zu nutzen gedenke.

Nachdem die Domain-Inhaberin bei den deutschen Gerichten keinen Erfolg hatte, wandte sie sich bezüglich der vier genannten Domains an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Der prüfte die Angelegenheit. Dabei stellte er fest, dass die Verträge zwischen DENIC, der Domain-Verwaltung für .de-Domains, und der Antragstellerin letztere dazu berechtige, die Domains nach Belieben zu nutzen und zu transferieren. Das aus dem Registrierungsvertrag sich konstituierende Recht erscheint im Lichte des Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten als Eigentumsrecht und nicht einfach nur als Besitz („possession“, was nicht zwingend Eigentum impliziert). Dieses Eigentumsrecht werde durch die Entscheidungen der deutschen Gerichte, die die Freigabe der Domains ausurteilten, beeinträchtigt. Doch habe sich die Antragstellerin mit Registrierung der Domains aufgrund des Vertrages mit DENIC verpflichtet, ob durch die Registrierung der Domains Rechte Dritter verletzt würden; demnach war dem Antragsteller bewusst, dass er mit Registrierung der Domains ein gewisses Risiko eingeht. Zudem sehe Absatz 2 des Artikels 1 des Zusatzprotokolls vor, dass die jeweiligen staatlichen Gerichte diesem Recht durch Anwendung des örtlichen Rechts Grenzen ziehen dürfen. Diese Grenzen sieht das EGMR als von der Gerichtsbarkeit in Deutschland eingehalten. Die Urteile waren damit in Ordnung.

Das EGMR wies in seiner Entscheidung darauf hin, dass in der Tat die Klägerin die Rechte Dritter mit Registrierung der Domains verletzt und sie nicht in der Lage war darzustellen, wie sie die Domains in nicht rechtsverletzendem Rahmen sowohl gegenüber den Rechteinhabern als auch den Domain-Bedingungen von DENIC zu nutzen gedenke.

Wir halten also fest: Der Inhaber einer Domain hat nach Ansicht des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein Eigentumsrecht an ihr. Eine Feststellung, die zu begrüßen ist. Und die staatliche Gerichtsbarkeit kann dieses Eigentumsrecht im

Rahmen ordentlicher Gesetze, die die Benutzung des Eigentums im Einklang mit dem Allgemeininteresse regeln, beschränken. Für die Antragstellerin ist das die schlechte Nachricht.

Die Entscheidung des EGMR findet man unter:
<http://snipurl.com/1zmpj>

Das Zusatzprotokoll, auf das sich das EGMR unter anderem stützt, findet man unter:
<http://www.staatsvertraege.de/emrk.htm#p1>

OLG Hamburg – Haftung für Beiträge Dritter

Die Frage der Haftung von Blogs, Forenbetreibern und anderen ist in Zeiten des „Web 2.0“ brisant wie nie. Das hanseatische Oberlandesgericht Hamburg hat in einer Entscheidung vom September 2007, die vor kurzem öffentlich wurde, eine feine Variante beschrieben, die zeigt, in welchen Fällen ein Community-Betreiber die von Dritten eingestellten Bilder sich zu eigen macht und also haftet.

Der Kläger fertigt Bilder von Nahrungsmitteln und Speisen, die auf einem Internetangebot seiner Frau, indem sie Rezepte zusammengestellt hat, eingestellt werden. Die Beklagten betreiben ihrerseits eine Rezeptsammlung. Die Rezepte unter diesem Angebot werden zu einem erheblichen Teil von Privatpersonen auf die Seite der Beklagten hochgeladen. Auf dieses Angebot der Beklagten wurden von Privatpersonen zu ihren Rezepten mehrfach Bilder des Klägers hochgeladen. Der Kläger sieht darin eine Urheberrechtsverletzung. Die Beklagten hatten deswegen bereits mehrfach Unterlassungs- und Verpflichtungserklärungen abgegeben. Allerdings sah der Kläger mit diesen Erklärungen nicht die Wiederholungsgefahr ausgeräumt und klagte vor dem LG Hamburg (Urteil vom 04.08.2006, Az.: 308 O 814/05) und bekam weitestgehend Recht. Die Beklagten legten gegen die Entscheidung Berufung beim Oberlandesgericht Hamburg ein; sie stehen auf dem Standpunkt, urheberrechtlich nicht dafür haften zu müssen, was Dritte auf ihrer Internetseite einstellen. Die ihnen zumutbaren Maßnahmen zur Verhinderung der Rechtsverstöße hätten sie bereits ergriffen.

Das hanseatische Oberlandesgericht Hamburg bestätigt in seinem Urteil vom 26.09.2007 (Az.: 5 U 165/06) im großen und ganzen die Entscheidung des Landgerichts. Es sieht die Verantwortung bei den Beklagten, bemisst die Höhe des Schadensersatzes jedoch geringer. Die Beklagten haften, weil sie als Diensteanbieter im eigenen, kommerziellen Interesse Dritten die Möglichkeit bieten, Bilder und Texte bei sich hochzuladen und einzustellen (§ 7 Abs. 1 TMG). Damit machten sie sich die Inhalte als Kernelement ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zu Eigen; sie gelten somit nicht einfach als Störer, sondern unmittelbar Handelnde einer Urheberrechtsverletzung. Entsprechend müssen die Beklagten geeignete Schutzmaßnahmen ergreifen, um Urheberrechtsverstöße zu verhindern. Die können nach Ansicht des Gerichts in einer entsprechenden geforderten Auskunft des Dritten liegen.

Besonderes Augenmerk erhielt die Frage des „sich zu Eigenmachens“ der Inhalte Dritter durch die Beklagten. Ausschlaggebend für die Beurteilung war das Gesamtgepräge der Homepage der Beklagten. Dabei kam es nicht auf die fehlende Absicht der Beklagten an, die von Dritten auf ihr Angebot eingestellten Inhalte sich im Rechtssinne zu Eigen zu machen. Die Gestaltung der Internetseite, die sich als Themenportal darstellt, auf dem sich zahlreiche informative und kommerzielle Angebote finden, war ausschlaggebend. Sie vermittelt für den Nutzer gerade den Eindruck, dass die Inhalte redaktionell bereitgestellt werden, auch wenn erkenntlich ist, dass viele Rezepte und Bilder von Dritten eingestellt werden. Dieses Gesamtgepräge unterscheidet das Angebot grundlegend von Internet-Marktplätzen, Foren oder Chatrooms, bei denen es deutlich um Drittinhalte geht, meint das Gericht. Zudem markierten die Beklagten die rechtsverletzenden Inhalte auch als eigene, mit dem Symbol einer Kochmütze, und erklärten auf ihrer Internetseite, die von Dritten eingestellten Rezepte vor Freischaltung zu prüfen.

So geben uns die Hamburger Gerichte eine Facette mehr in den Fällen der „Forenhaftung“. Dass das hOLG Hamburg hier differenziert Überlegungen zur Form und Gestaltung des jeweiligen Internetangebots gibt, macht deutlich, dass wir es in der Regel eben doch mit Einzelfallentscheidungen zu tun haben. Die vor einer gerichtlichen Entscheidung korrekt einzuschätzen, ist damit das Problem des Anbieters – sobald er abgemahnt wird.

Das Urteil des hanseatischen Oberlandesgericht findet man unter: http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT_MIR_2008_064.pdf

Wer einen Überblick über das Haftungsrecht der Forenbetreiber (Stand Dezember 2007) bekommen will, dem sei das Skript zum Thema von Dr. Stephan Ott empfohlen: <http://www.linksandlaw.de/forenhaftung-tmg.htm>

OLG Hamm – Wiederholungsgefahr bei Spam?

Unerwünschte Werbung bzw. Spam ist eine unschöne Sache – nicht nur für Verbraucher, die sich mit den Spam-Mails herumschlagen müssen, auch die Spammer selbst können ordentlich Probleme bekommen. Das Oberlandesgericht Hamm (Urteil vom 16.10.2007, Az. 4 U 91/07) beschäftigte sich in einem Streit wegen unerwünschter Werbung mit der Frage, wann in solchen Fällen eine Wiederholungsgefahr vorliegt, die eine Abmahnung und Abgabe einer Unterlassungserklärung und deren Inhalt rechtfertigt. Die Sache liegt auf der Hand: Es gilt die Form und nicht der Inhalt.

C und T erhielten im Oktober 2006 eine Werbeemail in Form einer Einladung auf eine Gewinnspielseite der Beklagten. Der Kläger, eine qualifizierte Einrichtung nach dem Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG, hier § 4 UKlG) und als solche berechtigt, über die §§ 8 Abs. 1, 3 Nr. 3 UWG Unterlassungsansprüche geltend zu machen, mahnte die Beklagte durch ihren Anwalt am 22.11.2006 wegen unerwünschter Werbung ab. Die Beklagte gab zwar eine Unterlassungserklärung ab, diese bezog sich freilich nur auf zukünftige Werbeemails an C und T und enthielt nicht – wie gefordert – den Verzicht, an Personen im Allgemeinen und auch in anderer Form Werbung ohne Einwilligung der Betroffenen zu senden. Aus diesem Grunde klagte der Kläger vor dem Landgericht Bielefeld.

Das LG Bielefeld wies die Klage zurück (Urteil vom 04.05.2007, Az. 17 O 38/07). Es folgte der Argumentation der Beklagten, die meinte, der Antrag des Klägers sei zu allgemein gehalten. Das Gericht meinte, der Antrag des Klägers gehe über den Unterlassungsanspruch hinaus; wettbewerbswidrige Handlung sei die E-Mail an C und T. Die Wiederholungsgefahr könne nicht auf E-Mail-Werbung jeder Art und jeden Inhalts ausgedehnt werden. Das sah der Kläger anders, weshalb er in Berufung ging. Das zuständige OLG Hamm gab ihm Recht.

Das OLG Hamm sieht die Schwierigkeit, dass der Antrag des Klägers zu allgemein gehalten sein könnte, da er im Grunde dem Gesetzeswortlaut entspreche und damit zu unbestimmt sei. Doch gibt es Ausnahmen für solche Fälle, beispielsweise wenn der Gesetzeswortlaut selbst konkret und eindeutig und dabei der Tatbestand unstreitig erfüllt ist, oder wenn es eine gefestigte Auslegung der Norm gebe und schließlich, wenn der Antrag eine konkrete Verletzungshandlung mit beinhaltet. Im vorliegenden Falle ging das Gericht von der Eindeutigkeit des Verbotstatbestandes des § 7 Absatz 2 Nr. 3 UWG aus, der unter anderem die Unzumutbarkeit von Werbung durch E-Mail regelt. Eine Einwilligung der Adressaten der E-Mail lag unstreitig nicht vor.

Bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr fragte sich, nachdem die Beklagte bereits im Verfahren vor dem LG Bielefeld ihre Unterlassungserklärung erweitert hatte, was das charakteristische Element ist, welches die Wiederholungsgefahr begründet. Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, die Art und Weise der Kundgabe in inhaltlicher Hinsicht dürfe sich nicht wiederholen. Der Kläger war der Ansicht, auf den Inhalt kom-

me es gar nicht an, sondern vielmehr auf den Umstand, dass ohne Einwilligung eine Belästigung durch die E-Mail stattfindet. Das sei gerade der Charakter der Werbeemail.

Das OLG Hamm bestätigte den Kläger: Nicht aufgrund des Inhalts sei hier eine Wiederholungsgefahr entstanden, sondern unabhängig von der inhaltlichen Form der Werbe-E-Mail sei die Belästigung durch die ungerechtfertigte E-Mail-Übermittlung charakteristisch für die Verbotshandlung und damit ausschlaggebend für die Wiederholungsgefahr. Die sei mit der bisher von der Beklagten abgegebenen Erklärung noch nicht beseitigt und somit das Urteil aus Bielefeld aufzuheben und der Klage stattzugeben.

Das Urteil des OLG Hamm findet man unter: http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT_MIR_2008_010.pdf

Buchtip – Neuauflage des Skriptum Internetrecht

Schon wieder ist ein halbes Jahr rum. Die Zeit vergeht und wie eine Präzisionsuhr versorgt uns Prof. Dr. Thomas Hoeren alle halbe Jahr mit einer aktualisierten Version seines „Skriptum Internetrecht“. Das Manuskript ist auf den Internetseiten des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Universität Münster abrufbar.

Ein bisschen mehr ist es wieder geworden. In die aktuelle Ausgabe ist auf fünf Seiten das Streitschlichtungsverfahren rund um die dotEU-Domain eingeflossen. Aktualisierungen findet man unter anderem hinsichtlich der Rechtsprechung des Jahres 2007 zum Internet und beim neuen Urheberrecht, und da insbesondere die neue Rechtslage aufgrund § 54 Abs. 1 UrhG.

Auf summa summarum 587 Seiten gewährt Professor Dr. Thomas Hoeren erneut einen wohl strukturierten, grundlegenden Überblick über das Internetrecht. Die bewährte Struktur des Werkes wurde weitestgehend beibehalten; die Ziffernfolge zeigt allerdings eine kleine Lücke beim Kapitel Domain-Recht, die bei der Umstrukturierung entstanden sein mag. Das Werk richtet sich nach den Bedürfnissen von Internetanbietern: es beginnt mit dem Erwerb von Domains und deren Inhalten, um dann ausführlich das Online-Marketing zu beleuchten. Weiteres Thema ist der Datenschutz, die Haftung und schließlich das internationale Verfahrensrecht. Abgerundet wird das Skript mit Gesetzesmaterialien und Formularen.

Das Manuskript kann kostenlos auf den Seiten des Instituts herunter geladen werden. Wem der Inhalt zusagt, sollte es nicht versäumen, seinen Obolus in die Kaffeekasse des Instituts zu geben. Wer sein Manuskript in der ersten Märzwoche abgerufen hat, sollte tunlichst nochmals auf die Seite der Uni Münster gehen und die Datei nochmals herunterladen, denn bei der ersten Version handelte es sich um ein unfertiges Stück, bei dem ein paar Absätze zum Thema „Reprographische Vielfältigung“ abhandeln gekommen waren.

Das Skript findet man unter den Materialien auf: <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/>

Berlin – 8. @kit-Kongress im Mai

Der von engagierten Juristen und Computerexperten gegründete Bayreuther Verein @kit lädt für Ende Mai nach Berlin zur @kit-Tagung 2008 mit dem Titel „IT-Compliance – IT und öffentliche Sicherheit – Open Source“.

Mit vollständigem Namen heisst der Verein „AKIT Bayreuther Arbeitskreis für IT – Neue Medien – Recht“. Seinen Sitz hat er freilich in Jena. Die kommende Tagung findet vom 29. bis zum 30. Mai 2008 im Rahmen der 4. „IT Profits“ und des LinuxTags 2008 auf dem Messegelände unter dem Funkturm der Messe Berlin statt.

Die Tagung beginnt am Donnerstag, den 29.05.2008 um 09.00 Uhr mit einer Begrüssung durch Prof. Dr. Stefan Leible, gefolgt von Vorträgen von Manfred Speck (Nestlé Deutschland) zu Grundfragen der IT-Compliance, und Axel Rinkler (Rechtsanwalt in Karlsruhe) über rechtliche Aspekte von IT-Compliance. Weiter folgen Vorträge zur IT-Sicherheit von Fachleuten aus der Wirtschaft und der Wissenschaft; sie endet am ersten

Tag mit einer öffentlichen Podiumsdiskussion zum brisanten Thema „Öffentliche Sicherheit durch IT-Nutzung - Wie weit darf der Staat gehen?“. Am Folgetag wird das Thema Open Source unter zahlreichen Gesichtspunkten verhandelt. Die Tagung endet am Freitag, den 30.05.2008 gegen 13.30 Uhr.

Die Teilnahmegebühr beträgt maximal EUR 290,-, es gibt jedoch zahlreiche gestaffelte Ermäßigungen für Vereinsmitglieder, Studenten und Referendare.

Weitere Informationen und Anmeldung unter:
<http://www.ak-it-recht.de/kongress08.htm>

<mailto:dingeldey@domain-recht.de>
<mailto:RA@daniel-dingeldey.de>

§ 14 BGB
Wettbewerb; Unternehmer-Eigenschaft;
eBay-Verkäufer; „Tonnenweise Hardware“

1. Die Unternehmereigenschaft eines Verkäufers bei eBay ist bei Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls anhand von Indizien zu bestimmen.

2. Mit Werbebehauptungen wie „Gebrauchte Hardware in Massen“, „Tonnenweise Hardware“ bzw. „eine Riesen-Menge Hardware“ wird den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck vermittelt, dass der Verkäufer in großem Umfang Ware zum Verkauf anbietet und damit eine planvolle, auf gewisse Dauer angelegte wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Hieran hat er sich jedenfalls dann festhalten zu lassen, wenn auch 242 Bewertungen als Verkäufer innerhalb von 2 Jahren auf eine erhebliche Geschäftstätigkeit hindeuten.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 27. 2. 2007 – 5 W 7/07)

Aus den Gründen: Das Landgericht [Hamburg] hat den Prozesskostenhilfeantrag des Beklagten zu Recht zurückgewiesen.

1. Der Beklagte erfüllt schon nach seinem eigenen Sachvortrag bzw. nach seiner Selbstdarstellung unzweifelhaft die Anforderungen, die an einen „Unternehmer“ i.S.v. § 14 BGB zu stellen sind.

Ein Gewerbe (i. S. d. HGB) liegt vor, wenn eine planvolle, auf gewisse Dauer angelegte, selbständige und wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird und dies nach außen hervortritt. Diese Begriffsbestimmung findet auch im Rahmen von § 14 BGB Anwendung.

Die Unternehmereigenschaft eines Verkäufers bei E-Bay ist vor diesem Hintergrund bei Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls anhand von Indizien zu bestimmen. Indizien, aus denen die Unternehmereigenschaft folgen kann, sind Zahl und Häufigkeit der vom Verkäufer durchgeführten Auktionen, wobei auch der Geschäftsgegenstand – Neuware, Veräußerung gleicher oder unterschiedlicher Waren – eine Rolle spielt, der Auktionsumsatz, ein Auftritt oder die Verwendung von Werbebeschreibungen, die einen professionellen Eindruck machen oder das Betreiben eines eBay-Shops. Allerdings sind allein die Anzahl der Auktionen oder die abgegebenen Bewertungen der Ersteigerer für sich genommen – zumindest unter einer bestimmten Größenschwelle – noch kein zuverlässiges Indiz für die Unternehmereigenschaft des Anbieters. Voraussetzung für eine gewerbliche Tätigkeit ist immer auch die dauerhafte, planmäßige Ausrichtung auf eine Vielzahl von Geschäften (Münchener Kommentar/Micklitz, BGB, 5. Aufl., § 14 Rdn. 28). Die in Bezug auf die Geschäftstätigkeit des Beklagten vorliegenden Indizien rechtfertigen ohne Weiteres die Annahme, dass er als Unternehmer am Geschäftsverkehr teilnimmt. Zwar muss der Umfang einer Verkaufstätigkeit hierfür kein zwingendes Indiz sein, wenn z. B. umfangreiche private Sammlungen aufgelöst oder eine Vielzahl nicht zusammenhängender Gegenstände (z. B. aus Anlass einer Haushaltsauflösung) veräußert werden. Schon auf

der Grundlage der Selbstdarstellung des Beklagten steht indes fest, dass er planvoll, gewerblich und mit wirtschaftlichen Absichten auf Dauer angelegt vorgeht.

Der Beklagte hat nach eigener Darstellung in einem Zeitraum von ca. 2 Jahren insgesamt 242 Bewertungen als Verkäufer erhalten. Schon mit dem Ausmaß der daraus ersichtlichen Geschäftstätigkeit ist der Beklagte auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung im Regelfall als Unternehmer anzusehen (vgl. z. B. OLG Frankfurt NJW 2004, 3433; LG Mainz NJW 2006, 783). Maßgeblich für die Annahme einer Unternehmereigenschaft im vorliegenden Fall ist insbesondere auch der Umstand, dass der Beklagte nicht in erster Linie eine Vielzahl unterschiedlicher Gegenstände zum Verkauf anbietet, sondern selbst offensiv mit dem Verkauf gleichartiger bzw. sachlich in Zusammenhang stehender Waren in großem Umfang wirbt. Seine Werbebehauptungen „Gebrauchte Hardware in Massen“, „Tonnenweise Hardware“ sowie „eine Riesen-Menge Hardware“ vermitteln den angesprochenen Verkehrskreisen ohne Weiteres den Eindruck, dass der Beklagte – wie dies auch tatsächlich der Fall ist – in großem Umfang Waren zum Verkauf anbietet. Aus welchen inneren Beweggründen er dies tut, auf welchem Weg er sich diese Waren beschafft hat, insbesondere ob diese ausschließlich aus privaten Beständen stammen, und ob diese noch brauchbar sind oder nicht ist für die Frage, ob der Beklagte als Unternehmer i. S.v. § 14 BGB zu behandeln ist, ohne Bedeutung. Hierauf hat das Landgericht zutreffend hingewiesen.

2. Der Beklagte hat durch sein Verhalten auch ohne Weiteres Wiederholungsgefahr gesetzt, die nur durch die – von ihm verweigerte – Abgabe einer angemessen strafbewehrten Unterlassungserklärung auszuräumen war. Für diese Verpflichtung ist die Frage, ob die von dem Kläger-Vertreter vorformulierten, der Abmahnung vom 15. 7. 2006 beigefügten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung auch Forderungen (Gerichtsstandsvereinbarung, Höhe des Streitwerts usw.) enthielt, die der Beklagte nicht zu akzeptieren bereit war, ohne rechtliche Bedeutung. Der Beklagte war an den vorgegebenen Umfang bzw. Wortlaut der Erklärung nicht gebunden. Er hatte in eigener Verantwortung zu entscheiden, welche Erklärung er abzugeben hatte, um seinen rechtlichen Pflichten zu genügen. So lässt z. B. auch eine (vorformulierte) überhöhte Vertragsstrafenforderung des Verletzten die grundsätzliche Pflicht des Verletzten unberührt, seinerseits das Erforderliche zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr zu tun, was er, da er an den Vorschlag des Abmahnenden in keiner Weise gebunden ist, auch durch Abgabe einer Verpflichtungserklärung z. B. mit angemessener, d. h. ausreichende hoher Vertragsstrafe tun kann (BGH GRUR 1983, 127, 128 – Vertragsstrafversprechen). Umso mehr gilt dies für Elemente, die schon der Sache nach kein Bestandteil der Unterwerfungsverpflichtung sind, sondern (vor)prozessuale Nebenforderungen betreffen.

3. Die weiteren zwischen den Parteien streitigen Rechtsfragen (Hinweispflichten, Wettbewerbsverhältnis, Missbräuchliche Rechtsverfolgung usw.) werden von dem Beklagten mit seiner sofortigen Beschwerde nicht aufgegriffen, so dass der Senat keine Veranlassung hat, hierzu weiter Stellung zu nehmen.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 5. ZS des OLG Hamburg

§ 312 BGB
Fernabsatzgeschäfte; Kommunikation per Telefax;
Pflichtfax

§ 312c Abs. 12 Satz 1 BGB beinhaltet keine Verpflichtung für den Unternehmer, stets auch eine Kommunikation per Telefax als Fernkommunikationsmittel vorzuhalten.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 5. 7. 2007 – 5 W 77/07)

Aus den Gründen: Die zulässige sofortige Beschwerde ist in der Sache nicht begründet und deshalb zurückzuweisen. Das Landgericht [Hamburg] hat den Erlass der begehrten einstwei-

ligen Verfügung zu Recht und mit zutreffender Begründung zum Teil zurückgewiesen. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen nimmt der Senat auf die überzeugenden Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug. Das Beschwerdevorbringen rechtfertigt keine abweichende Entscheidung. Es gibt dem Senat nur Anlass zu folgenden ergänzenden Anmerkungen:

Der Senat vermag den gesetzlichen Bestimmungen ebenso wie das Landgericht keine – schon gar nicht eine stillschweigend als selbstverständlich vorausgesetzte – Verpflichtung dahingehend zu entnehmen, dass der Unternehmer stets auch eine Kommunikation per Telefax als Fernkommunikationsmittel beispielsweise i. S. v. § 312c Abs. 1 Satz 1 BGB zwingend vorzuhalten hat. Diese Vorschrift normiert das „klare und verständliche“ Bereitstellen von Informationen nur entsprechend einer dem „eingesetzten“ Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise, ohne dieses vorzugeben. Soweit sich der Antragsteller auf das Muster in Anlage 2 zur BGB-InfoV bezieht, hat die dort verwendete Formulierung erkennbar nur Beispielscharakter („... also z. B. ...“) und lässt die vorzunehmenden Angaben gerade frei („... zusätzlich können angegeben werden ...“ bei Gestaltungshinweisen).

Ein Kommunikationsweg per Telefax mag wünschenswert sein. Für einen rechtlichen Zwang für jeden Unternehmer, der einen Fernabsatzvertrag abschließen möchte, sich – ohne Rücksicht auf die Bereitstellung sonstiger effektiver Mitteilungswege – stets auch ein derartiges Kommunikationsmittel anschaffen und dieses ständig betriebsbereit halten zu müssen, hätte es eindeutiger gesetzgeberischer Vorgaben bedurft, die nicht bestehen.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 5. ZS des OLG Hamburg

§ 35 BauGB; § 13 BauO NRW; Art. 74 GG
Wettbewerb; Werbung über Außenanlagen;
Gesetzgebungskompetenz im Baurecht; Werbeanlagen;
Außenbereich; Verunstaltung des Landschaftsbildes;
Bauordnungsrecht; Bodenrecht

Eine landesrechtliche Vorschrift (hier: § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW), die aus Gründen der Verunstaltungsabwehr Anlagen der Außenwerbung außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile grundsätzlich für unzulässig erklärt, ist dem Bauordnungsrecht zuzuordnen. Sie greift nicht in die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) über.

(BVerwG, Urteil vom 11.10.2007 – 4 C 8.06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin begehrt vom Beklagten die Erteilung eines Bauvorbescheides für die Anbringung einer Telekom-Werbeanlage am 158 m hohen Fernmeldeturm der Stadt Schwerte. Der Turm, der im Außenbereich steht, dient der Übertragung von Rundfunk- und Fernsehendungen sowie der Weiterleitung von Ferngesprächen. Die Klägerin ist Eigentümerin des Turmes. Die Werbeanlage soll an dem Fernmeldeturm ca. 15 m unterhalb der Antennenplattform in einer Höhe von ca. 80 m angebracht werden. Auf einer dreieckigen Bühnenkonstruktion aus Stahl mit jeweils 9,70 m langen Seiten sollen jeweils ein neonbeleuchteter Buchstabe („T“) in der Farbe „Telemagenta“ und je vier so genannte „Digits“ in „Weiß“ angebracht werden. Die Buchstaben sollen eine Höhe von 4,50 m und eine Breite von 3,54 m, die quadratischen „Digits“ eine Seitenlänge von 92,3 cm haben. Der Beklagte lehnte die Bauvoranfrage (der Rechtsvorgängerin der Klägerin) ab. Der Widerspruch blieb erfolglos.

2 An der von ihrer Rechtsvorgängerin erhobenen Klage hat die Klägerin festgehalten: Die Werbeanlage sei nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB privilegiert. Sie diene der privilegierten Anlage (Fernmeldeturm) als Hinweis auf dessen Eigentümer. Reine Eigenwerbung stelle eine untergeordnete Nebenanlage dar und diene dem Grundstück. Das Landschaftsbild werde nicht beeinträchtigt. Die Anlage sei auch als Eigenwerbung an der „Stätte

te der Leistung“ nach § 13 Abs. 3 BauO NRW zulässig. Die Leistung am vorgesehenen Standort bestehe in der Aussendung elektromagnetischer Wellen.

3 Das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen hat die Klage abgewiesen. Das Oberverwaltungsgericht Münster hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen: Die Klägerin habe auf die Erteilung des erstrebten Vorbescheides keinen Anspruch, weil die geplante Werbeanlage ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben der Außenwerbung darstelle und nach § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW nicht genehmigungsfähig sei. Nach dieser Vorschrift seien Werbeanlagen außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile unzulässig. Die Vorschrift sei eine Norm des Baugestaltungsrechts und falle damit in den Bereich des Bauordnungsrechts, für das den Ländern die Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 70 Abs. 1 GG zustehe. Das ergebe sich bereits aus dem Rechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Juni 1954 (BVerfGE 3, 407) über die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass eines Baugesetzes. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gehörten Werbeanlagen als solche weder allein zum Bauplanungsrecht noch allein zum Bauordnungsrecht. Sie seien vielmehr je nach der gesetzgeberischen Zielsetzung sowohl einer bauplanungsrechtlichen als auch einer bauordnungsrechtlichen Regelung zugänglich. Dies habe das Oberverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 14. März 2006 in der Parallelsache OVG 10 A 4924/05 ausführlich dargelegt. Darauf werde verwiesen. Im Übrigen habe das Bundesverwaltungsgericht bereits entschieden, dass Normen des Baugestaltungsrechts, welche die Errichtung von Werbeanlagen in Baugebieten, die hinsichtlich der Erhaltung des Orts- oder Landschaftsbildes besonders schutzwürdig erschienen, erheblich beschränkten, aus kompetenz- und grundrechtlicher Sicht (Art. 3, 12, 14 GG) nicht zu beanstanden seien. Das gelte auch für § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW, der mit dem grundsätzlichen Verbot von Werbeanlagen im Außenbereich unter dem Gesichtspunkt der Verunstaltungsabwehr dem Bedürfnis der Bevölkerung an der Erhaltung der natürlichen Eigenart der Landschaft Rechnung trage.

4 Der Ausnahmetatbestand des § 13 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BauO NRW, der Werbeanlagen an der Stätte der Leistung zulasse, greife nicht ein. „Stätte der Leistung“ sei der Ort, an dem eine „Leistung“ erbracht werde, also entweder ein Produkt hergestellt, verwaltet, gelagert oder zum Verkauf angeboten oder ein Dienst geleistet werde. Werbung an der Stätte der Leistung sei im Außenbereich ausnahmsweise zulässig, weil sie der optischen Kontaktaufnahme zwischen einem Betrieb im Außenbereich und den potenziellen Kunden diene. Werbung an technischen Einrichtungen eines an anderer Stelle ausgeübten Gewerbebetriebes sei hingegen nicht durch den Ort der Leistungserbringung veranlasst. Die Werbeanlage diene weder der Anpreisung einer an dieser Stelle hergestellten oder erhältlichen Ware und Dienstleistung noch als Hinweis für das Auffinden der Stätte, an der die Leistung abgerufen werden könne. Gerade das Angewiesensein auf die Werbeanlage am konkreten Standort sei der maßgebliche Grund dafür, dass sich das Werbeinteresse des Leistungserbringers gegenüber dem hohen Schutzgut, den Außenbereich von ihm fremder Nutzung freizuhalten, letztlich durchsetze. Für die Telekom gebe es vielfältige Fremdwerbemöglichkeiten an anderer Stelle, von denen sie ausgiebig Gebrauch mache. Ihre Position unterscheide sich deutlich von dem Gewerbetreibenden im Außenbereich, der auf den optischen Kontakt zum Kunden an dieser Stelle und notfalls auf (Lauf-)Kundschaft angewiesen sei.

5 Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Verpflichtungsbegehren weiter: Mit § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW habe der Landesgesetzgeber eine bodenrechtliche Regelung getroffen, die in die Zuständigkeit des Bundes für das Bodenrecht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG übergreife. In der Auslegung durch das Berufungsgericht sei § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW kompetenzwidrig. Die Vorschrift regle in Gestalt des grundsätzlichen Verbots, Werbeanlagen außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile zu errichten, die generelle Zulässigkeit eines be-

stimmten Typs baulicher Anlagen im Außenbereich. Aufgestellt werde eine Zulässigkeitschranke für eine bestimmte Art der baulichen Nutzung, und zwar ohne dass die landesrechtliche Regelung dies damit verknüpfe, bestimmte gestalterische Anforderungen an den Anlagentyp zu stellen. Das Bodenrecht sei flächenbezogen. Es befasse sich mit dem Einfügen eines Bauvorhabens in seine Umgebung. Das Bauordnungsrecht enthalte hingegen in seinem materiellrechtlichen Teil die ordnungsrechtlichen Anforderungen an ein konkretes Bauwerk. Es sei daher objektbezogen. § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW sei eindeutig flächenbezogen. Die Norm stelle keine objektbezogenen Anforderungen an ein einzelnes Bauvorhaben. Sie fingiere, dass ein bestimmter Anlagentyp in einem bestimmten Baugebiet generell als verunstaltend anzusehen sei. Die Norm sei verfassungskonform dahin auszulegen, dass sie nur Werbeanlagen erfasse, die mangels bodenrechtlicher Relevanz nicht Anlagen im Sinne des Bauplanungsrechts seien. Die Rechtssache sei an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es den Sachverhalt im Hinblick auf die planungsrechtliche Zulässigkeit des Werbevorbauens abschließend würdigen könne.

6 **Aus den Gründen:** II. Die Revision bleibt erfolglos. Das Berufungsurteil steht mit Bundesrecht in Einklang. Die kompetenzrechtlichen Bedenken der Revision gegen die Regelung in § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW greifen nicht durch. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass diese Vorschrift dem Bauordnungsrecht des Landes und nicht der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes für das Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) zuzuordnen ist.

7 1. Das Berufungsurteil beruht in weitem Umfang auf der Auslegung und Anwendung irrevisiblen Landesrechts. Mit der Vorinstanz ist deshalb im Revisionsverfahren davon auszugehen, dass die Telekom-Werbeanlage eine bauliche Anlage im Sinne von § 2 Abs. 1 BauO NRW ist, die nach § 63 Abs. 1 BauO NRW genehmigungsbedürftig ist (§ 173 VwGO, § 560 ZPO). Nach Landesrecht beurteilt sich auch die vom Berufungsgericht bejahte Frage, ob die Klägerin befugt ist, die Vereinbarkeit der geplanten Werbeanlage mit § 13 BauO NRW zum Gegenstand eines Vorbescheidsantrags (§ 71 Abs. 1 BauO NRW) zu machen.

8 Der Senat ist ferner an die vorinstanzliche Auslegung von § 13 Abs. 3 Satz 1 und 2 Nr. 1 BauO NRW gebunden. Das Berufungsgericht ordnet § 13 Abs. 3 BauO NRW unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien zur Vorgängervorschrift (§ 15 Abs. 3 BauO NRW 1962) der bauordnungsrechtlichen „Verunstaltungsabwehr“ zu und führt hierzu aus: Unter diesem Gesichtspunkt diene die Beschränkung für Werbeanlagen im Außenbereich dem Bedürfnis der Bevölkerung an der Erhaltung der natürlichen Eigenart der Landschaft, um dort Ruhe und Erholung zu finden. Das im angefochtenen Urteil in Bezug genommene Urteil der Vorinstanz vom 14. März 2006 – OVG 10 A 4924/05 – bezeichnet § 13 BauO NRW als Norm des „Baugestaltungsrechts“. An diese Zweckbestimmung ist das Revisionsgericht gebunden. Die Auffassung der Vorinstanz, bei den kommunikationstechnischen Vorgängen am Fernmeldeturm handele es sich nicht um eine Leistung, die es rechtfertige, die umstrittene Werbeanlage gemäß § 13 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BauO NRW „an der Stätte der Leistung“ zuzulassen, betrifft ebenfalls die Auslegung irrevisiblen Landesrechts. Sie ist aus bundesrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

9 2. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nur noch die Frage, ob die Vorschrift des § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW mit dem Inhalt, den ihr das Berufungsgericht beigelegt hat, die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für das Bodenrecht verletzt. Der erkennende Senat verneint diese Frage. Dabei geht er von folgenden Grundsätzen aus:

10 2.1 Nach dem Rechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Juni 1954 (BVerfGE 3, 407 <430 ff.>) über die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass eines Baugesetzes erstreckt sich die Zuständigkeit des Bundes für das Bodenrecht (Art. 74 Nr. 18 GG a. F.) auf das „Baupolizeirecht im bisher gebräuchlichen Sinne“ nur, soweit es Bestandteile des „heutigen

Planungsrechts“ enthält. Den Ländern fällt der Bereich des bisherigen „Baupolizeirechts“ zu, der übrig bleibt, wenn das Planungsrecht ausgeschieden wird (a. a. O. S. 432).

11 Zur Materie „Bodenrecht“ gehören nur solche Vorschriften, die den Grund und Boden „unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben, also die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln“. Den Ländern verbleiben vom „Polizeirecht im bisher gebräuchlichen Sinne“ zunächst die Aufgaben, die von den Polizeibehörden auf Verwaltungs- oder Ordnungsbehörden verlagert worden sind, jedoch ihren materiell-polizeirechtlichen Charakter im Sinne einer Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit oder den Einzelnen behalten haben. Außerdem fallen den Ländern im Bereich des Bauwesens Befugnisse zu, die den (früheren) Baupolizeibehörden durch Sondergesetze eingeräumt worden sind und nicht mehr der Gefahrenabwehr im engeren Sinne dienen, sondern „ästhetische oder der allgemeinen Wohlfahrt dienende Absichten verfolgen“. Dabei handelt es sich immer „um Maßnahmen der Polizei- oder Ordnungsbehörden, die sich auf zu erstellende oder bereits bestehende Bauwerke beziehen“ (a. a. O. S. 430 ff.). Hieran anknüpfend heißt es im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Oktober 1975 (BVerfGE 40, 261 <266>), das Bauordnungsrecht enthalte Vorschriften über die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie über die äußere Gestaltung baulicher Anlagen.

12 Diese Aufteilung der Gesetzgebungsbefugnisse entspricht der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung. Danach hat der Bund Gesetzgebungsbefugnisse nur, soweit das Grundgesetz sie ihm verleiht (Art. 70 Abs. 1 GG). Im Zweifel spricht eine Vermutung für die Zuständigkeit der Länder (Art. 30 GG; vgl. auch BVerfGE 42, 20 <28> zu Art. 74 Nr. 22 GG a. F.). Eine Norm, die im Bauordnungsrecht eines Landes enthalten und nach Entstehungsgeschichte und Verwaltungspraxis dem „Baupolizeirecht“ im herkömmlichen, traditionellen Sinn zuzuordnen ist, ist daher nur kompetenzwidrig, wenn der Nachweis gelingt, dass die geregelte Materie in den Bereich des Bodenrechts im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG fällt (und der Bund seine konkurrierende Zuständigkeit insoweit voll ausgeschöpft hat).

13 2.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Ansatz der Kompetenzabgrenzung aufgenommen und fortentwickelt. Drei ältere Leitentscheidungen, die jeweils zu Vorhaben der Außenwerbung in Baugebieten ergangen sind, haben Rechtsprechung und Landesgesetzgebung maßgeblich beeinflusst. In seinen Urteilen vom 28. Juni 1955 – BVerwG 1 C 146.53 – (BVerwGE 2, 172), vom 25. Juni 1965 – BVerwG 4 C 73.65 – (BVerwGE 21, 251) und vom 28. April 1972 – BVerwG 4 C 11.69 – (BVerwGE 40, 94) hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass bestimmte landesrechtliche Vorschriften über Anlagen der Außenwerbung zum Baugestaltungsrecht gehören, das als „Baupolizeirecht im bisher gebräuchlichen Sinne“ den Ländern vorbehalten und damit als Teil des Bauordnungsrechts anzusehen sei. Werbeanlagen seien als solche weder dem Bauordnungs- noch dem Bauplanungsrecht vorbehalten. In dem Maße, in dem sie überhaupt unter baurechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen seien, könnten sie je nach der gesetzgeberischen Zielsetzung sowohl einer bauplanungsrechtlichen als auch einer bauordnungsrechtlichen Regelung zugänglich sein (BVerwGE 40, 94 <96>; Urteil vom 3. Dezember 1992 – BVerwG 4 C 27.91 – BVerwGE 91, 234 <240>). Kompetenzrechtlich bedenklich sei es, wenn eine Vorschrift über Werbeanlagen „trotz ihrer formalen Stellung in der Landesbauordnung nach ihrem materiellen Inhalt dem Bauplanungsrecht zugerechnet werden müsste“ (BVerwGE 40, 94 <96>).

14 2.3 An dieser bei Anlagen der Außenwerbung nach der gesetzgeberischen Zielsetzung unterscheidenden Betrachtungsweise ist festzuhalten. Die Revision macht demgegenüber geltend, § 13 Abs. 3 BauO NRW sei bodenrechtlicher Natur, weil er eine Regelung der zulässigen Art der baulichen Nutzung enthalte, die nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB ggf. i. V. m. § 1 Abs. 5, § 14 BauNVO festgesetzt werden könne. Dabei beruft sie sich auf eine im Schrifttum vertretene Ansicht, nach der das

Bundesverwaltungsgericht sich in seinem Beschluss vom 31. Mai 2005 – BVerwG 4 B 14.05 – (Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 75 = BauR 2005, 1768 = ZfBR 2005, 559) von dem „finalen“ Ansatz bei der Abgrenzung des Bauordnungs- vom Bauplanungsrecht verabschiedet habe (Jäde, ZfBR 2006, 9). Es verfolge nunmehr einen „instrumental-funktionalen“ Ansatz, der sich auf die „rigide Formel“ bringen lasse, allem, was auf Grund der Ermächtigung des § 9 Abs. 1 BauGB in einem Bebauungsplan festsetzungsfähig sei, komme bodenrechtliche Relevanz zu und sei deshalb dem Kompetenzbereich des Bauordnungsrechts entzogen. Diese Argumentation lässt nicht nur außer Acht, dass die hier umstrittene Werbeanlage im Außenbereich errichtet werden soll. Sie läuft auf den Rechtssatz hinaus, dass ein Sachverhalt, der mit den Instrumenten des Bauplanungsrechts geregelt werden könne, einer bauordnungsrechtlichen Regelung, die sich im Ergebnis wie eine bauplanungsrechtliche Festsetzung auswirke, nicht zugänglich sei. Eine derart ergebnisbezogene Sperrwirkung kann der Festsetzungskatalog in § 9 Abs. 1 BauGB nicht entfalten. Sie findet in der Rechtsprechung des Senats auch keine Stütze. Jede baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschrift, die zur Ablehnung eines Bauantrages führt, hat im Ergebnis eine quasi bodenrechtliche Wirkung, weil auf einem bestimmten Grundstück ein beabsichtigtes Vorhaben nicht verwirklicht werden darf.

15 Aus dem Senatsbeschluss vom 31. Mai 2005 ergibt sich nichts anderes. Er betrifft das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 20. Dezember 2004 (ZfBR 2005, 560) zur Aschaffener Stellplatz- und Garagensatzung von 1995, nach der Kfz-Stellplätze im Vorgartenbereich nicht gewerblich genutzter Grundstücke unzulässig waren. Der Verwaltungsgerichtshof erklärte die Vorschrift inzidenter für nichtig, weil sie, obgleich generell auf gestalterische Ziele ausgerichtet, nach konkretem Regelungszweck, rechtlicher Anknüpfung und Instrumentarium in den Kompetenzbereich des Bauplanungsrechts falle. Die Vorschrift suche Einfluss auf das Ortsbild zu nehmen, regle zur Verwirklichung dieses Zieles aber nicht die äußere Gestaltung einzelner baulicher Anlagen, sondern schließe Stellplätze im Vorgartenbereich flächenbezogen aus; sie regle damit unmittelbar die Nutzung von Grund und Boden. Entscheidungsmaßstab des Urteils ist die Zielsetzung des Normgebers (konkreter Regelungszweck, Regelungsgegenstand). Diesen differenzierenden Ansatz stellt der von der Revision angeführte Senatsbeschluss vom 31. Mai 2005 nicht in Frage; er legt ihn zugrunde. Soweit der Beschluss auf die Festsetzungsmöglichkeiten in § 9 Abs. 1 Nr. 2 und 4 BauGB i.V.m. § 23 BauNVO eingeht, geschieht dies, um – wie der Verwaltungsgerichtshof – den (objektiv-rechtlichen) Regelungszweck der Satzung herauszustellen, wie er sich bei teleologischer Auslegung mit Rücksicht auf ihren Regelungsgegenstand und die Regelungsfolgen ergibt.

16 3. Mit der gesetzgeberischen Zielsetzung der Verunstaltungsabwehr steht § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW nicht nur in der Regelungstradition des umgebungsbezogenen „Verunstaltungsverbots“, das sich im Rahmen des „Baupolizeirechts im herkömmlichen Sinne“ entwickelt hat (3.1). Auch bei Anlegung rechtssystematischer und teleologischer Abgrenzungskriterien ist nicht festzustellen, dass die Vorschrift in der Auslegung des Berufungsgerichts den Regelungsbereich des den Ländern überlassenen Bauordnungsrechts verlässt (3.2).

17 3.1 Aus historischer Sicht bildeten Werbeanlagen innerhalb und außerhalb bebauter Ortschaften bereits im frühen 20. Jahrhundert einen herausgehobenen Regelungsgegenstand der den Baupolizeibehörden zugewiesenen Abwehr von Verunstaltungen durch die äußere Gestaltung von Bauwerken (Bauten).

18 Die preußische Gesetzgebung zur Abwehr von Verunstaltungen ist eine Reaktion auf die Kreuzberg-Urteile des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 10. Juni 1880 (PrVerwBl 1879/80, 401) und vom 14. Juni 1882 (PrOVG 9, 353 = DVBl 1985, 219), das den klassischen materiellen Polizeibegriff der Gefahrenabwehr unter Ausklammerung der sog. Wohlfahrts-

pflüge geprägt hat, zugleich aber über die allgemeine polizeirechtliche Ermächtigung hinausgehende Beschränkungen des Eigentums im Wege der Spezialgesetzgebung für zulässig erachtete. Der preußische Gesetzgeber hat diesen Weg beschränkt; andere sind ihm gefolgt (Einzelheiten bei Büge/Zinkahn, Der Rechtsschutz gegen Verunstaltung, 1952; Schulte, in: Reichel/Schulte (Hrsg.), Handbuch Bauordnungsrecht, 2004, S. 38 f., 372 ff.). Werbeanlagen (Reklameschilder, Schaukästen, Aufschriften und Abbildungen) waren in zweierlei Hinsicht Gegenstand gesetzlicher Regelungen. Sie mussten für sich betrachtet Ausdruck „anständiger Baugesinnung“ und werkge-rechter Durchbildung sein und sich „einwandfrei in die Umgebung einfügen“. Beispiele für das umgebungsbezogene Verbot der Verunstaltung durch Werbeanlagen enthielten das Preußische Gesetz gegen die Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden vom 2. Juni 1902 (GS S. 159) und §§ 1 und 3 des Preußischen Gesetzes gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden vom 15. Juli 1907 (GS S. 260). In den Ausführungsanweisungen der Bauverwaltung vom 4. August 1907 hieß es hierzu u. a., der Schutz vor Verunzierung durch Reklameschilder, Aufschriften und Abbildungen erstreckte sich auf das Ortsbild, sei es innerhalb oder außerhalb der bebauten Teile der Städte oder Dörfer (abgedruckt bei Büge/Zinkahn, a. a. O. S. 116).

19 Weitere Beispiele für die Beschränkung von Werbeanlagen innerhalb und außerhalb der Baugebiete finden sich z. B. in § 1 des Lippischen Heimatschutzgesetzes vom 17. Januar 1920 (Text bei Büge/Zinkahn, a. a. O. S. 123: „Die Polizeibehörden sind befugt, Anpreisungszeichen aller Art zu verbieten, wenn sie geeignet sind, Straßen, Plätze oder einzelne Bauwerke, das Ortsbild oder das Landschaftsbild zu verunstalten“) und in § 1 der VO über Baugestaltung vom 10. November 1936 (RGBI I S. 938). Diese Vorschrift erfasste auch die Errichtung von Werbeeinrichtungen, soweit sie bauliche Anlagen darstellten (Büge/Zinkahn, a. a. O. S. 55). Hiervon ausgehend hat das Bundesverwaltungsgericht die Vorschrift im Hinblick auf den rechtsstaatlichen Grundsatz der Bestimmtheit von Rechtsnormen im Wege der verfassungskonformen Auslegung auf die Verunstaltungsabwehr begrenzt (Urteil vom 28. Juni 1955 – BVerwG 1 C 146.53 – BVerwGE 2, 172 <175 ff.>). Der umgebungsbezogene Schutz besteht nach diesem Urteil darin, dass die bauliche Anlage das Gesamtbild der Umgebung nicht stören dürfe, der Gegensatz zwischen der Anlage und der Umgebung „von dem Betrachter also nicht als belastend oder Unlust erregend empfunden“ werde.

20 Die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts und das begleitende Schrifttum ordneten die Vorschriften zum Schutz gegen Verunstaltung durch Werbeanlagen dem Bereich der „Wohlfahrtspolizei“ zu und werteten sie als Ausdruck gewandelter ästhetischer Anschauungen. Das Verunstaltungsrecht wende sich gegen die Gefährdungen ästhetischer Belange, die vom bisherigen Verständnis der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne der polizeilichen Generalklauseln nicht erfasst worden seien. Anknüpfungspunkt des Schutzes vor Verunstaltung war stets die äußere Erscheinung baulicher Anlagen. Das gilt für das Anbringen von Werbeanlagen an Gebäuden ebenso wie für freistehende ortsfeste Werbeanlagen und erstreckte sich auf Werbeanlagen in bebauten Gebieten ebenso wie auf solche in der freien unbebauten Landschaft (vgl. im Einzelnen Baltz/Fischer, Preußisches Baupolizeirecht, 6. Aufl. 1934, S. 176 ff.; Isay, Das Preußische Bau- und Wohnungsrecht, 1933, S. LXV; Büge/Zinkahn, a. a. O. S. 50 ff.). § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW führt diese Regelungstradition fort.

21 3.2 In der Auslegung des Berufungsgerichts greift die Vorschrift des § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW auch dann nicht in die bundesrechtliche Zuständigkeit für das Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) ein, wenn sie losgelöst von ihrem Entstehungsgeschichtlichen Hintergrund an den von der Revision angeführten abstrakten Kriterien zur Abgrenzung von Bauordnungs- und Bauplanungsrecht gemessen wird.

22 Die Revision macht geltend, die Vorschrift statuiere die generelle Unzulässigkeit eines bestimmten „Typs baulicher Anlagen“ im Außenbereich. Verboten werde eine „Art der baulichen Nutzung“. § 13 Abs. 3 BauO NRW habe „unmittelbar“ Grund und Boden zum Gegenstand. Die Regelung sei „flächenbezogen“, weil sie sich mit dem „Einfügen eines Bauvorhabens in die Umgebung“ befasse. Das Bauordnungsrecht stelle in seinem materiellrechtlichen Teil Anforderungen an „ein konkretes Bauwerk“. Es sei daher „objektbezogen“. § 13 Abs. 3 BauO NRW stelle gegenüber Absatz 2 der Vorschrift keine „zusätzlichen gestalterischen Anforderungen“ an eine bauliche Anlage, sondern wolle abschließend über die Zulässigkeit eines bestimmten Anlagentypus im Außenbereich entscheiden. Der Rückgriff auf diese Abgrenzungskriterien spiegelt eine dogmatische Trennschärfe vor, die so nicht besteht.

23 Der Hinweis auf den „objektbezogenen“ Ansatz des Baugestaltungsrechts (Bauordnungsrechts) kann die Kompetenzwidrigkeit des § 13 Abs. 3 BauO NRW nicht begründen. Der Bezugspunkt „Bauwerk“ wird zwar bei dem gebäudebezogenen Verunstaltungsverbot in § 12 Abs. 1 BauO NRW besonders deutlich. Nach dieser Vorschrift müssen bauliche Anlagen nach Form, Maßstab, Verhältnis der Baumassen und Bauteile zueinander, Werkstoff und Farbe so gestaltet sein, dass sie nicht verunstaltet wirken. Maßstab der rechtlichen Beurteilung sind hier vor allem Gestaltungen des Daches (Dachform, Dacheindeckung, Farbton) und die Gestaltung der Fassade und der Fenster. Das (umgebungsbezogene) Verbot baulicher Anlagen und Werbeanlagen, die das Straßen-, Orts- oder Landschaftsbild verunstalten (§ 12 Abs. 2, § 13 Abs. 2 BauO NRW), verschiebt jedoch nur den Maßstab für das Merkmal der Verunstaltung. Nicht das einzelne Bauwerk, sondern sein Verhältnis zur Umgebung gerät in das Blickfeld des fiktiven Betrachters. Das Bauwerk wird nicht isoliert betrachtet, sondern in eine Beziehung zum „gestalterischen Eigenwert der Umgebung“ gesetzt (Moench/Schmidt, Die Freiheit der Baugestaltung, 1989, S. 16). Auch diese Betrachtungsweise bleibt „objektbezogen“.

24 Der Einwand der Revision, § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW stelle gegenüber Absatz 2 der Vorschrift keine „zusätzlichen gestalterischen Anforderungen“ an Werbeanlagen, sondern schließe sie im Außenbereich grundsätzlich aus, berücksichtigt nicht, dass das Berufungsgericht das Errichtungsverbot im Außenbereich der Sache nach auf die typisierende Annahme des Gesetzgebers zurückführt, Werbeanlagen, insbesondere solche der Fremdwerbung (und der Eigenwerbung außerhalb der Stätte der Leistung), fügten sich in der Regel auch dann, wenn sie an sich nicht verunstaltet („unschön“) seien, nicht „einwandfrei“ in die Umgebung ein, weil sie verunstaltend auf das Landschaftsbild einwirkten. Damit trägt der Landesgesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass Werbeanlagen optisch auffallen und gezielt Aufmerksamkeit auf sich lenken sollen. Aus dieser Sicht kann der grundsätzliche Ausschluss von Werbeanlagen durchaus das Ergebnis rechtlicher Anforderungen an die äußere Gestaltung baulicher Anlagen im Außenbereich sein. Die Ausnahmetatbestände in § 13 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BauO NRW verdeutlichen die gestalterische Zielsetzung, soweit sie Werbung in der Form von Hinweisschildern auf einer Tafel vor Ortsdurchfahrten bzw. Hinweiszeichen an Verkehrswegen für zulässig erklären.

25 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass baugestalterische Anforderungen an Werbeanlagen „tatbestandlich an deren Aufstellung in (planungsrechtlich) bestimmten Baugebieten“ anknüpfen dürfen (Urteil vom 28. April 1972 – BVerwG 4 C 11.69 – BVerwGE 40, 94 <97 f.>). Der erkennende Senat hat ferner „das baupflegerische Ziel, eine Beeinträchtigung des vorhandenen oder durch Planung gestalteten Charakters eines Baugebietes zu verhindern“, als begründetes öffentliches Anliegen bezeichnet und seine normative Ausgestaltung dem Bauordnungsrecht (Baugestaltungsrecht) überlassen (Urteil vom 25. Juni 1965 – BVerwG 4 C 73.65 – BVerwGE 21, 251 <255>). Dieser Regelungsansatz kann auf die Verunstaltungsabwehr im Außenbereich übertragen werden. Ob sich der Landesgesetz-

geber diese Sichtweise zu eigen macht, bleibt ihm überlassen. Das zu prüfen, ist Aufgabe der Tatsachengerichte, nicht des Revisionsgerichts. Die generelle Verbannung von Anlagen der Fremdwerbung aus dem Außenbereich in Gestalt eines grundsätzlichen Verbots (mit Ausnahmen) ist zunächst nur eine Frage der gesetzgeberischen Regelungstechnik. Die typisierende Betrachtungsweise ist kein Vorrecht der Städtebaugesetzgebung.

26 In der gesetzgeberischen Zielsetzung der Verunstaltungsabwehr besitzt § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW nicht den flächenbezogenen Regelungsinhalt, der die Normen des Bauplanungsrechts kennzeichnet. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist zwar inzwischen geklärt, dass Werbeanlagen der Außenwerbung, welche bauliche Anlagen im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB sind und Fremdwerbung zum Gegenstand haben, bauplanerisch eine eigenständige Hauptnutzung darstellen, deren Zulässigkeit sich im beplanten Innenbereich nach den Vorschriften der §§ 2 ff. BauNVO richtet (Urteil vom 3. Dezember 1992 – BVerwG 4 C 27.91 – BVerwGE 91, 234). Entsprechendes gilt für bauliche Anlagen der Fremdwerbung und der Eigenwerbung außerhalb der Stätte der Leistung, die im Außenbereich errichtet werden sollen. Sie sind u. a. nach § 35 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB zu beurteilen und im Einzelfall unzulässig, wenn sie die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert beeinträchtigen oder das Orts- und Landschaftsbild verunstalten. Die Vorschriften des Bauplanungsrechts verfolgen jedoch ein anderes Regelungsziel als § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW und vergleichbare landesrechtliche Vorschriften der bauordnungsrechtlichen Verunstaltungsabwehr.

27 Die Regelungen des § 35 BauGB dienen ebenso wie bauplanerische Festsetzungen aus dem Katalog des § 9 BauGB dazu, konkurrierende Bodennutzungen und Bodenfunktionen zu koordinieren und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist die Inanspruchnahme von Grund und Boden. Regelungsgegenstand ist die flächenhafte Zuweisung von Nutzungsrechten, die Gestaltung eines Nutzungsregimes. § 13 Abs. 3 BauO NRW beschränkt die Zulässigkeit von Anlagen der Außenwerbung außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile nicht, weil sie Grund und Boden in Anspruch nehmen und eine andere Flächennutzung an diesem Standort ausschließen. Das zeigt sich schon darin, dass die Vorschrift Werbeanlagen unabhängig davon erfasst, ob sie als selbstständige und freistehende bauliche Anlage Grundfläche für sich beanspruchen oder ob sie – wie im vorliegenden Fall – bautechnisch an einer bereits bestehenden Anlage ohne zusätzliche Flächeninanspruchnahme angebracht werden sollen. Das grundsätzliche Verbot, Werbeanlagen im Außenbereich zu errichten, beruht wie ausgeführt darauf, dass solche Anlagen sich bei typisierender Betrachtung wegen ihres äußeren Erscheinungsbildes und ihrer Gestaltung nicht in die Umgebung einfügen. Allein der Umstand, dass die Abwehr von Werbeanlagen faktisch denjenigen zugutekommt, die im Außenbereich Ruhe und Erholung suchen, ohne durch kommerzielle Werbung angesprochen und gestört zu werden, verleiht § 13 Abs. 3 Satz 1 BauO NRW keinen bauplanungsrechtlichen Charakter. Eine Verletzung der Bundeszuständigkeit für das Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) liegt nicht schon dann vor, wenn eine bauordnungsrechtliche (baugestalterische) Vorschrift, die der Abwehr verunstaltender baulicher Anlagen dient, in der konkreten Rechtsanwendung zu Ergebnissen führt, die im Einzelfall auch auf der Grundlage von § 35 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB erzielt werden könnten.

Beschluss: Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 10 000 € festgesetzt.

Hinw. d. Red.: Zu großflächigen Werbeanlagen, Werbeplakaten, Werbeplanen an Gebäudefassaden vgl. PM des VG und des OVG Berlin in GuT 2002, 95.

Besteuerung

Steuern – Umschau April 2008

RiFG i.R. Karl-Christian Callsen, Erfstadt-Liblar

Für Optionsgeschäfte verwendete Mieteinnahmen bleiben Mieteinnahmen

Der Kläger ist Immobilienmakler. Neben einem aus dieser gewerblichen Tätigkeit erwirtschafteten Verlust erzielte er im Streitjahr 2000 positive Einkünfte aus Kapitalvermögen und aus Vermietung und Verpachtung. Er vermietet mehr als vierzig Objekte. Daraus entstanden im Streitjahr Überschüsse in Höhe von DM 776 416,-. Aus Devisentermingeschäften erzielte er unter Verwendung von Mieteinnahmen erhebliche Verluste, die das Finanzamt den sonstigen Einkünften gem. §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 EStG zuordnete. Den Ausgleich dieser Verluste mit seinen anderen Einkünften ließ das FA jedoch nur im Rahmen des § 2 Abs. 3 EStG zu. Der Kläger meinte jedoch, weil er für diese Geschäfte Vermietungseinkünfte verwendet habe und weil er diese Beträge sodann wiederum für Zwecke der Vermietung zu verwenden beabsichtigt habe, seien diese erheblichen Verluste auch mit seinen Vermietungseinkünften zu verrechnen. Nach ablehnender Einspruchsentscheidung hatte auch seine Klage beim FG Düsseldorf mit Urteil vom 29. 9. 2005 (EFG 2006,486) keinen Erfolg. Obwohl der Einkünftealdo negativ war, ergab sich wegen der Verlustausgleichsbeschränkung des § 22 Nr. 3 Satz 3 EStG eine Einkommensteuer von DM 105 954,-. Der BFH wies auch seine Klage mit Urteil vom 18. 9. 2007 (BFH/NV 2007, 2422 = BStBl II 2008, 26 = GuT 2008, 174 KL) ab. Wenn ein Stpfl. seine Mieteinnahmen dazu verwende, um Optionsgeschäfte durchzuführen, könne er daraus entstehende Verluste auch dann nicht als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus V+V geltend machen, wenn er beabsichtige, die angelegten Beträge wiederum für Zwecke der Vermietung zu verwenden. Mit dem Einsatz der Mieteinnahmen für Optionsgeschäfte werde der Zusammenhang mit der Einkunftsart V+V gelöst und werde das jeweilige Optionsgeschäft eine eigenständige Erwerbsquelle. Schließlich sei die Verlustausgleichsbeschränkung verfassungsgemäß.

Nachträgliche Herstellungskosten für Baumaßnahmen an Mietobjekt?

Der Kläger (Kl) machte im Streitjahr 1999 Baumaßnahmen von insges. DM 101 239,- als Erhaltungsaufwand an einem Zweifamilienhaus geltend, das er seit 1993 an eine Mieterin vermietet hatte. Das Erdgeschoss und Obergeschoss nutzte sie zu eigenen Wohnzwecken, das Untergeschoss als Praxisräume. Die Baumaßnahmen waren hauptsächlich zur Beseitigung von Wasserschäden erforderlich. Die Praxisräume waren zunächst im linken und rechten Teil des Untergeschosses, infolge des Abrisses von Innenwänden befanden sie sich allein im rechten Teil des Untergeschosses. Das FA behandelte diesen Aufwand als nachträgliche Herstellungskosten und nicht als Erhaltungsaufwand. Nach ablehnender Einspruchsentscheidung hatte der Kl jedoch Erfolg mit seiner Klage (Urteil des FG Köln – Einzelrichter – vom 20.12. 2006 in EFG 2007,1682. Revision durch BFH-Beschluss vom 1. 6. 2007 unter IX B 25/07 zugelassen). Die streitigen Baumaßnahmen führten nicht zu einer wesentlichen Verbesserung des Zweifamilienhauses und zu keinem erhöhten Nutzungspotential. Diese Baumaßnahmen waren ganz wesentlich dadurch verursacht, dass Wasser in den Büroraum der Mieterin eingedrungen und deshalb die Nutzbarkeit des Mietobjekts erheblich eingeschränkt war. Die über die Schadensbeseitigung hinausgehenden Baumaßnahmen waren nicht so wesentlich, dass sie zu einer Wesensänderung des Objekts geführt hätten. Die einzige Veränderung des Objekts bestand darin, dass die Tür des Vorratsraumes herausgenommen und durch eine größere Fensteranlage ersetzt wurde.

Es bleibt abzuwarten, ob der BFH auch zu der Würdigung kommt, dass Erhaltungsaufwand insgesamt auch dann vorliegt, wenn neben Schadensbeseitigungskosten weitere nicht unerhebliche Modernisierungskosten erbracht werden.

Schadstoff-Gutachten als nachträgliche Werbungskosten?

Das Grundstück der Klägerin (Kl) wurde als betriebseigener Bauhof genutzt. Im Anschluss daran vermietete es die Kl ab 1969 an einen Kfz-Zubehörhandel mit Werkstatt und an ein Geschäft für Kleinkrafträder, Rasenmäher und Sägen, das auch Reparaturen durchführte. Die Mieter nutzten auch die auf dem Grundstück befindliche Tankstelle, wodurch das Grundstück teilweise mit Öl und Benzin verunreinigt worden war. Anfang 1993 war vorsorglich ein Schadstoff-Gutachten in Auftrag gegeben worden, das unter Berücksichtigung von Bebauung und Nutzungsgeschichte das Geschäftsgrundstück auf mögliche Kontaminationen des Bodens und der Bausubstanz untersuchen sollte. Das Gutachten wurde im Juni 1993 erstellt, die Kosten von ca. DM 50 000,- zahlte die Kl im Februar 1994. Im Oktober 1994 kündigte der letzte Mieter zu Ende 1995. Seit Februar 1995 stand das Gebäude leer, die Kl bemühte sich in den Jahren 1995 und 1996 noch über einen Makler um eine langfristige Vermietung. Im Januar 2000 wurde das Objekt verkauft. FA und FG erkannten die Gutachter-Kosten nicht als Werbungskosten des Streitjahres 1994 an. Der BFH jedoch gab der Klage mit Urteil vom 17. 7. 2007 (DB 2007,2459 = BStBl II 2007, 941 = GuT 2008, 175 KL) statt. Auch Aufwendungen auf Grund und Boden können Werbungskosten sein, da bei Vermietung von Gebäuden die damit verbundene Nutzungsüberlassung zum Einkünftebestand Vermietung gehört. Im Streitfall war der Grund und Boden durch die nutzenden Mieter kontaminiert, das Gutachten also durch die Vermietung der Kl veranlasst. Bis zur Veräußerung hatte sich die Kl auch ernsthaft um eine Vermietung bemüht, letztere wurde also nicht durch die Veräußerung überlagert. Von daher sind die Gutachterkosten zu Recht als Werbungskosten des Streitjahres erst durch den BFH anerkannt worden.

Vermietung von Ferienwohnungen

Die Klägerin (Kl) vermietete in den Streitjahren 1994 und 1995 neun Ferienwohnungen mit insges. 28 Betten in einem Landhaus in X an ständig wechselnde Feriengäste. Sie selbst bewohnte mit ihrem Ehemann am Waldrand in X ein Eigenheim. Das FA berücksichtigte die Verluste aus der Vermietung der Ferienwohnungen in den Streitjahren nicht steuermindernd. Die hiergegen gerichtete Klage wies das Niedersächs. FG mit Urteil vom 26.11.2001 (EFG 2001,1037) als unbegründet zurück. Der BFH hob dieses Urteil mit Urteil vom 14.12.2004 (BFH/NV 2005,1040) auf und verwies zurück. Da die Kl sämtliche Ferienwohnungen ohne Selbstnutzung ausschließlich an wechselnde Feriengäste und in der übrigen Zeit hierfür bereit gehalten hat, ist von einer Einkunftserzielungsabsicht ohne eine Prognoserechnung auszugehen (Niedersächs. FG vom 11.12.2006 in EFG 2007,1772; Revision zum BFH unter IX R 39/07). Einer solchen bedarf es nur dann, wenn die ortsübliche Vermietungszeit um mehr als 25% unterschritten wird. Die ortsübliche Vermietungszeit konnte das Niedersächs. FG für die Streitjahre nicht ermitteln trotz erheblicher Bemühungen des FG und das FA. Insoweit liegt die Feststellungslast beim FA, damit hatte die Kl mit ihrer Klage im zweiten Rechtsgang zunächst einmal Erfolg beim FG.

Außerordentliche AfA bei Unvermietbarkeit und nachfolgendem Verkauf?

Eine Grundstücks-GbR erzielte seit vielen Jahren Einkünfte aus der Vermietung eines Grundstücks, auf dem ein Lebensmittelmarkt errichtet worden war. Es wies nach Umbau entsprechend den Vorgaben eines Lebensmittelkonzerns eine Nutzfläche von 800 qm aus, davon Verkaufsfläche von 450 qm. Mit-

te Sept. 2000 stellten der Kläger (Kl) und der Beigeladene Überlegungen an, ob angesichts einer Strategieänderung des A-Konzerns eine Umgestaltung der Gebäude in Frage komme. Mitte Sept. 2000 kündigte der A-Konzern das Mietverhältnis zum Ende des Vorjahres. Die GbR schaltete ein Beratungsunternehmen, einen örtlichen Makler und ein weiteres Immobilienunternehmen ein, um einen Nachmieter zu finden. Gleichzeitig verhandelte sie weiterhin mit dem A-Konzern über eine Fortsetzung des Mietverhältnisses. Da sämtliche Vermietungsbemühungen erfolglos blieben, veräußerte die GbR das Grundstück an eine Bauherrengemeinschaft, die das aufstehende Gebäude abreißen und mit einem neuen Geschäftshaus bebauen ließ. Streitig ist, ob die GbR bei ihren Einkünften aus V+V als Werbungskosten eine Abschreibung wegen außergewöhnlicher wirtschaftlicher Abnutzung (AfaA) in Höhe des Restwerts des Gebäudes gem. § 7 Abs. 1 Satz 6 EStG in Anspruch nehmen konnte. Nach ablehnender Einspruchsentscheidung gab das FG Düsseldorf mit Urteil vom 9. 8. 2007 (EFG 2008/122; Revision zum BFH unter IX R 64/07) der Klage statt.

Diese AfaA aus wirtschaftlichen Gründen könne vorgenommen werden, wenn das Gebäude nach Beendigung des Mietvertrags nur noch eingeschränkt bzw. gar nicht mehr vermietbar sei. Der Vermieter müsse sich ernsthaft um eine Fortsetzung des Mietverhältnisses bemüht haben. Trotz des Verkaufs im November 2001 entfalle der erforderliche innere Zusammenhang mit den Einkünften aus V+V nicht. Die Unvermietbarkeit ergab sich daraus, dass die Verkaufsfläche nicht vergrößert werden konnte und auch keine ausreichenden Parkmöglichkeiten bestanden. Der spezielle Zuschnitt des als Lebensmittelmarkt dienenden Gebäudes erschwerte die Vermietbarkeit an Nutzer aus anderen Branchen. Der Verkaufsschluss wurde erst gefasst, als sich die Unvermietbarkeit des Gebäudes und damit der Entstehungsgrund für die AfaA herausgestellt hatten. Deshalb bestand kein Zusammenhang mit dem nachfolgenden Verkauf. Die AfaA sei hier ausschließlich auf die vergangene Nutzung bezogen, der von der GbR erzielte Kaufpreis wurde durch die Vornahme der AfaA in keiner Weise beeinflusst.

Es bleibt abzuwarten, ob die vom FG zugelassene Revision beim BFH Erfolg haben wird.

Instandhaltungsrücklage ab 1. 7. 2007 (= Reform des WEG)?

Am 1. 7. 2007 ist die Reform des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) in Kraft getreten. Steuerlich ergeben sich keine Änderungen, worauf das Bayerische Landesamt für Steuern (Schreiben vom 23. 11. 2007) hinweist.

Beiträge zur Instandhaltungsrücklage können weiterhin nicht bereits bei Zuführung als WK berücksichtigt werden. Die Gelder gehen vom einzelnen Wohnungseigentümer in die Rechtszuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft über. Aufgrund ihrer Bindung im Verwaltungsvermögen ist zwar ein Abfluss aus dem frei verfügbaren Vermögen des einzelnen Wohnungseigentümers erfolgt, dennoch sind diese Beträge zu diesem Zeitpunkt noch nicht als WK abzugsfähig. Sie sind vielmehr erst dann zu berücksichtigen, wenn sie der Verwalter tatsächlich verausgabt hat. Das gilt für die Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums oder andere Maßnahmen, die der Erzielung von Mieteinkünften dienen oder durch sie veranlasst sind. Im Jahr der Zahlung durch den Verwalter sind die Beträge den einzelnen Wohnungseigentümern entsprechend ihrem Miteigentumsanteil zuzurechnen.

Wird die ETW veräußert, geht der Anteil an einer bestehenden Instandhaltungsrücklage zwangsläufig auf den Erwerber über. Somit entfällt ein Teil des Kaufpreises grundsätzlich auf die Rücklage, auch wenn das Guthaben ohne besondere Gegenleistung auf den neuen Eigentümer übergehen soll. Dies hat zur Folge, dass für die Grunderwerbsteuer und die Afa-Bemessungsgrundlage vom Kaufpreis stets die erworbene anteilige Instandhaltungsrücklage abzuziehen ist. Beim Veräußerer ist dieser übertragene Anteil im Zeitpunkt des Eigentümerwechsels nicht als Werbungskosten abzugsfähig, da er insoweit seine Rechtsposition entgeltlich auf den Erwerber übertragen hat.

Sofern der Hausverwalter die Instandhaltungsrücklage wie üblich bei einer Bank anlegt, müssen die hieraus resultierenden Zinserträge bei den einzelnen Wohnungseigentümern versteuert werden, und zwar als Einnahmen aus Kapitalvermögen bei eigengenutzter Wohnung unter Ansatz des Freibetrags oder aus Vermietung und Verpachtung, wenn die Wohnung Dritten entgeltlich überlassen wird. Der vorab einbehaltene Zinsabschlag kann nur verrechnet werden, wenn der Verwalter eine Kopie der Steuerbescheinigung von der Bank vorlegt.

Typisierende Einkünfteerzielungsabsicht auch bei ungebautem Grundbesitz?

Eine Grundstücksgemeinschaft, an der der Kläger (Kl) beteiligt war, erwarb 1993 mehrere Grundstücke (insges. ca. 97 000 qm) für € 150 000,-. Eine Fläche von insges. 78 909 qm war zur Zeit des Kaufes bis zum 31. 12. 2003 an eine landwirtschaftliche Produktions-GmbH für DM 1197,- pro Jahr zur landwirtschaftlichen Nutzung verpachtet. Der Grund und Boden war überwiegend weder Bau- noch Bauerwartungsland. Lediglich ein kleiner Teil, der mit einem nicht der Grundstücksgemeinschaft gehörenden Kulturhaus bebaut war, konnte bebaut werden. Der Kaufpreis war fremdfinanziert.

Die Grundstücksgemeinschaft begehrte in den Verfahren zur Feststellung der Einkünfte aus V+V für die Streitjahre 1998 und 1999 die Anerkennung von Werbungskostenüberschüssen (DM 25 665,- und DM 24 885,-), die überwiegend aus Schuldzinsen und Sonderwerbungskosten des Kl (Fahrtkosten) herrührten. Das FA lehnte dies ab, weil der Gemeinschaft die Einkünfteerzielungsabsicht fehle. Nach erfolglosem Einspruchsverfahren lehnte auch das FG Düsseldorf mit seinem Urteil vom 17. 3. 2005 (EFG 2006, 1161) die begehrte Feststellung ab. Ein höheres Entgelt sei weder in den Streitjahren voraussehbar gewesen wie die Möglichkeit der Bebauung. Die auf 30 Jahre anzustellende Prognose führe zu einem WK-Überschuss von € 43 948,51.

Die Revision des Kl wurde mit Urteil des BFH vom 28. 11. 2007 (DStR 2008, 496) als unbegründet zurückgewiesen. Bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit werde die Einkünfteerzielungsabsicht typisierend unterstellt und muss deshalb tatsächlich nicht überprüft werden. Diese Typisierung gelte jedoch nicht für die dauerhafte Verpachtung von unbebautem Grundbesitz. Es kommt hierbei anders als bei dem abnutzbaren Wirtschaftsgut Gebäude grundsätzlich zu keiner durch eine spätere Veräußerung nicht kompensierbaren Inanspruchnahme von Afa. Für die deshalb zu erstellende Prognose gelte auch ein Zeitraum von 30 Jahren. Insoweit habe die Vorinstanz zu Recht einen WK-Überschuss für 30 Jahre ermittelt und damit die Einkünfteerzielungsabsicht verneint.

Tabaksteuerschuldnerschaft auch bei Unkenntnis des Fahrzeugführers?

Der Kläger (Kl) hat im Mai des Streitjahres 2005 für seinen Arbeitgeber, eine Spedition, einen Lkw-Transport mit Möbeln durchgeführt. Die Waren sind in Polen verladen und dem Kl mit Frachtpapieren, die als Ladung Möbel nannten, übergeben worden, damit er sie zunächst zu einer Firma nach Hannover bringe. In den Möbeln waren, was der Kl nach den Feststellungen des FG nicht wusste, rund 8000 Stangen Zigaretten aus dem freien Verkehr Polens versteckt. Diese wurden bei einer Kontrolle des Lastzuges durch eine mobile Kontrolltruppe des Hauptzollamtes (HZA) entdeckt. Der Kl wurde vom Amtsgericht rechtskräftig wegen Steuerhehlerei zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt. Außerdem wurde er vom HZA wegen Tabaksteuer von € 235.155,94 durch Bescheid in Anspruch genommen. Das FG Düsseldorf hob mit Urteil vom 23. 8. 2006 diesen Steuerbescheid auf, weil er nicht als Verbringer im Sinne von § 19 Tabaksteuergesetz anzusehen sei. Verbringer sei nur derjenige, der wisse, dass er steuerpflichtige Ware in das Steuergebiet verbringt. Es sei davon auszugehen, dass der Kl bis zu seinem Aufgriff nicht gewusst habe, dass sich in der Ladung versteckt Zigaretten befanden.

Der BFH jedoch hob das Urteil der Vorinstanz auf und wies die Klage ab. Er führte in seinem Urteil vom 10.10.2007 (BFH/NV 2008, 499) aus, der Fahrer eines Lastzuges „verbringt“ im Sinne des TabStG Waren in das Steuergebiet und wird folglich Steuerschuldner auch dann, wenn die Waren ohne sein Wissen in dem Fahrzeug versteckt worden sind. Das „Verbringen“ sei als reine Tathandlung zu verstehen. Auf Vorstellungen oder Verschulden des Handelnden werde nicht abgestellt. Das Urteil der Vorinstanz enthält keine Angaben dazu, weshalb es meine anzunehmen, dass der Gesetzgeber des TabStG dem im Zollrecht seit jeher geläufigen Begriff des Verbringens eine andere, hiervon und damit vom Zollrecht abweichende Bedeutung beigelegt haben sollte. Dafür sei auch sonst nichts erkennbar.

Mit sehr harschen Worten hob der BFH das Urteil der Vorinstanz auf. Im übrigen ist auch erstaunlich, dass man ohne Wissen von den die Steuerschuldnerschaft begründenden Tatumständen Schuldner einer sehr hohen Steuer werden kann.

Ähnliche Darbietung von Tänzerinnen lohnsteuerpflichtig?

Die Klägerin (Kl) bietet sportliches Autozubehör an. In den Streitjahren 1995 bis 1999 engagierte sie für Messeauftritte sowie für eine jährlich stattfindende hauseigene Vertriebsveranstaltung verschiedene Tänzerinnen aus den USA, die weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatten. Diese Tänzerinnen hatten die Aufgabe, sich auf einer Bühne nach Art eines erhöhten Laufstegs mit heller Beleuchtung zu präsentieren. Hierbei sollten sie jeweils den Laufsteg auf und abgehen und sich zu Musik bis auf einen Bikini oder Badeanzug entkleiden. Jede Tänzerin trat in der Regel pro Tag viermal jeweils für drei bis 5 Minuten auf. Für die Auftritte wurden eine Gage sowie Übernahme der Aufwendungen für Flug, Hotel und Verpflegung durch die Kl vereinbart. Einen Steuerabzug gem. § 50 a Abs. 4 und 5 EStG nahm die Kl nicht vor. Nach Durchführung einer Lohnsteuer-Außenprüfung nahm das FA die Kl durch Lohnsteuer-Haftungsbescheide (1995 = DM 28 071,- und 1996 = DM 41 931,-) in Anspruch, wobei es die Gage sowie die übernommenen Aufwendungen zugrunde legte. Das FG Münster verneinte mit Urteilen vom 25. 4. 2006 (EFG 2006, 1166), dass es sich hierbei weder um künstlerische, sportliche, artistische noch um ähnliche Darbietungen i. S.v. § 50 a Abs. 4 EStG gehandelt habe und hob die Haftungsbescheide auf. Der BFH sah dies jedoch anders und bejahte für den Streitfall eine ähnliche Darbietung i. S. dieser Vorschrift. Wenn die Darbietung zum Grenzbereich der ausdrücklich genannten künstlerischen, sportlichen und artistischen Darbietung gehöre, sich lediglich graduell von diesen unterscheide und Schnittstellen zu diesen aufweise, verleihe es der Darbietung als solcher ihrerseits einen gewissen eigenschöpferischen Charakter. Ein Auftritt, der in der Präsentation bestimmter Bewegungsabläufe im Einklang mit Musik bestehe, wobei zu den präsentierenden Bewegungsabläufen auch das weitgehende Entkleiden gehöre, erfülle diese Voraussetzungen.

Es wird das Geheimnis der BFH-Richter des ersten Senats bleiben, warum das Entkleiden von Tänzerinnen zur Musik einen gewissen eigenschöpferischen Charakter habe und damit die Kl zum Steuerabzug verpflichtete. Die Richter der Vorinstanz maßen dem „Sich entkleiden“ keinen besonderen künstlerischen Wert zu, weil dies jedermann darbieten könne, die eigentliche Tanzleistung im übrigen nebensächlich gewesen sei.

Vererblichkeit eines nicht ausgenutzten Verlustabzugs gem. § 10 d EStG?

Der Kläger (Kl) ist Landwirt. Sein in 1983 verstorbener Vater hatte ihn testamentarisch zum alleinigen Hoferben eingesetzt. Der Erbteil des Kl am hoffreien Vermögen betrug 10 v.H. Die restlichen Erbteile entfielen auf seine Mutter (50 v.H.) und seine vier Geschwister (je 10 v.H.). In den Veranlagungszeiträumen 1980 bis 1982 hatte der Erblasser Verluste von insges. DM 107 165,- erlitten, von denen er im Veranlagungszeitraum 1983 lediglich DM 16 431,- ausnutzen konnte. In seinen Einkommensteuererklärungen für 1983 bis 1986 beantragte der

Kl, die beim Erblasser nicht ausgeglichenen Verluste von DM 90 734,- bei ihm nach § 10 d EStG abzuziehen. Das FA erkannte erklärungsgemäß für die Jahre 1983 bis 1985 Verlustabzüge von DM 32 050,- an. Im Rahmen seiner Einkommensteuerfestsetzung für das Streitjahr 1986 vertrat das FA die Auffassung, dass ein Verlustabzug nicht mehr vorzunehmen sei, weil der Kl nur 10 v.H. der vom Erblasser nicht verbrauchten Verluste habe abziehen dürfen. Das FG (EFG 1999, 1221) wies die Klage ab. Es hat die Auffassung vertreten, dass der Verlustabzug entgegen der ständigen Rechtsprechung des BFH nicht vererblich sei. Nur derjenige Stpfl. könne Aufwendungen und Verluste steuermindernd geltend machen, der sie getragen habe. Der XI. Senat des BFH legte, weil andere Senate beim BFH eine andere Auffassung hierzu vertraten, mit Beschluss vom 28. 7. 2004 (BSStBl II 2005, 262) diese Frage dem Großen Senat des BFH vor.

Mit Beschluss vom 17. 12. 2007 (GrS 2/04 in DStR 2008, 545) entschied der Große Senat des BFH, der Erbe könne einen vom Erblasser nicht ausgenutzten Verlustabzug nach § 10 d EStG bei seiner eigenen Veranlagung nicht geltend machen. Jedoch sei die bisherige gegenteilige Rechtsprechung des BFH aus Gründen des Vertrauensschutzes weiterhin in allen Erbfällen anzuwenden, die bis zum Ablauf des Tages der Veröffentlichung dieses Beschlusses eingetreten sind.

Diese Entscheidung erging zu Lasten des erbenden Rechtsnachfolgers, obwohl die bisherige BFH-Rechtsprechung bisher zu seinen Gunsten entschieden hatte. Die Finanzverwaltung wird sicherlich keinen Nichtanwendungserlass hierzu verkünden. Man wird aber abwarten, ob nicht vielleicht insoweit eine Gesetzesinitiative in Gang gesetzt wird.

Inanspruchnahme von AfA auch bei vollständiger Rückgängigmachung?

Die Klägerin (Kl) erwarb mit notariellen Kaufvertrag vom Dezember 1996 einen ideellen Miteigentumsanteil mit einem noch zu bildenden Teileigentum an einer ca. 110 qm großen zu errichtenden Gewerbeeinheit; den vereinbarten Kaufpreis zahlte sie noch in diesem Monat. Sie schloss sodann im Januar 1997 einen Mietvertrag für 10 Jahre über die Nutzung der Gewerbeeinheit als Büroräume. Da die Kl eine förmliche Genehmigung zur gewerblichen Nutzung nicht erlangen konnte, wurde der Mietvertrag wieder aufgehoben. Als sie auch keine Vermietung an die Verkäuferin erreichen konnte, wurde auf Vorschlag der Verkäuferin mit notariellem Vertrag vom 19. 12. 1997 der ursprüngliche Kaufvertrag seinem gesamten Inhalt nach aufgehoben. Die von der Kl als vorab entstandene vergebliche WK bei ihren Einkünften aus V+V geltend gemachte AfA gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2a EStG für elf Monate von DM 6. 698,- ließ das FA nicht zu. Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg. Das FG Berlin führte in seinem Urteil vom 15. 12. 2005 aus, die Kl sei nicht wirtschaftliche Eigentümerin der noch zu errichtenden Gewerbeeinheit ab Dez. 1996 gewesen. Anschaffungskosten entfielen durch den Aufhebungsvertrag.

Auch der BFH billigte dies mit seinem Urteil vom 19. 12. 2007 (ab 19. 3. 2008 im Internet). Es könne offen bleiben, ob und ab wann die Kl wirtschaftliche Eigentümerin der noch zu errichtenden Gewerbeeinheit geworden sei. Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines bebauten Grundstücks können im Wege der AfA, verteilt auf die Nutzungsdauer, geltend gemacht werden. Die AfA diene nicht dem Ausgleich eines eingetretenen Wertverzehrs ohne Aufwand, sondern der periodengerechten Verteilung von Herstellungs- oder Anschaffungsaufwand. Es komme nicht darauf an, ob die Anschaffungs- oder Herstellungskosten im Zeitpunkt der Vornahme der AfA bereits bezahlt sind. Anschaffungskosten trage auch, der den Kaufpreis noch nicht ganz oder teilweise beglichen habe. Stehe jedoch – wie hier aufgrund des Aufhebungsvertrags – fest, dass die Kl keine Anschaffungskosten zu tragen habe, könne keine AfA geltend gemacht werden. Auf den Zeitpunkt der Rückzahlung der Anschaffungskosten komme es nicht an.

§ 310 StPO**Umsatzsteuer; Verdacht der Steuerhinterziehung;
Dinglicher Arrest; Drittbeteiligter; Weitere Beschwerde**

§ 310 Abs. 1 Nr. 3 StPO eröffnet die weitere Beschwerde nur gegen die Anordnung des dinglichen Arrestes. Die weitere Beschwerde eines Drittbeteiligten, der sich gegen die aufgrund eines dinglichen Arrestes ausgebrachten Pfändungen wendet, ist nach § 310 Abs. 2 StPO nicht statthaft.

(OLG Hamburg, Beschluss vom 13. 3. 2008 – 3 Ws 32-35/08)

Zum Sachverhalt: Die Staatsanwaltschaft ermittelt gegen die Beschuldigten wegen des Verdachts der Hinterziehung von Umsatzsteuer. Anlässlich von Durchsuchungen ordnete die Staatsanwaltschaft Hamburg am 16. 5. 2007 gemäß §§ 115 b Abs. 5 und 2, 111 d Abs. 1, 111 e Abs. 1 StPO i.V.m. § 73 Abs. 1, 73 a StGB dingliche Arreste in das bewegliche und unbewegliche Vermögen der Beschuldigten an, und zwar hins. des Beschuldigten zu 1) in Höhe von 403 292,70 € und hins. des Beschuldigten zu 2) in Höhe von 252 339,04 €. Aufgrund des dinglichen Arrestes gegen den Beschuldigten zu 2) pfändeten die Steuererfassungsbeamten am selben Tag u. a. Bargeld in Höhe von 87 210,00 €. Die Drittbeteiligten verlangen Aufhebung der Pfändung mit der Behauptung, das Geld sei ihr Eigentum bzw. ihnen von Dritten zur Verwahrung treuhänderisch überlassen worden.

Das Amtsgericht Hamburg bestätigte mit Beschluss vom 27. 6. 2007 die Arrestanordnungen der Staatsanwaltschaft Hamburg und die in Vollzug dieser Arreste durchgeführten Pfändungen, die Pfändung von Bargeld bezüglich des Beschuldigten zu 2) jedoch nur in Höhe von 72 210,00 €. Mit Beschluss vom 5. 9. 2007 wies das Landgericht Hamburg u. a. die Beschwerden der Drittbeteiligten zurück.

Mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 7. 2. 2008 legten die Drittbeteiligten gegen den Beschluss des Landgerichts Hamburg vom 5. 9. 2007 weitere Beschwerde ein, soweit noch ein Betrag von 72 210,00 € gepfändet wurde. Das Landgericht, das die weitere Beschwerde gemäß § 310 Abs. 1 Nr. 3 StPO für statthaft hält, hat ihr am 19. 2. 2008 nicht abgeholfen. Die Generalstaatsanwaltschaft hat Verwerfung der weiteren Beschwerde beantragt.

Aus den Gründen: II. Die weitere Beschwerde ist gemäß § 310 Abs. 2 StPO unzulässig. Nach dieser Norm findet eine weitere Anfechtung der auf eine Beschwerde ergangenen Entscheidung nur in den in § 310 Abs. 1 StPO genannten Ausnahmefällen statt.

Die weitere Beschwerde der Drittbetroffenen ist nicht nach § 310 Abs. 1 Nr. 3 StPO in der seit 1. 1. 2007 (BGBl. I S. 2350) geltenden Fassung statthaft. Diese Norm gilt schon ihrem Wortlaut nach nur für weitere Beschwerden, die „eine Anordnung des dinglichen Arrestes nach § 111 b Abs. 2 in Verbindung mit § 111 d ... betreffen“. Die weitere Beschwerde der Drittbetroffenen richtet sich aber nicht gegen die Anordnung des dinglichen Arrestes, sondern gegen die aufgrund dieses Arrestes erfolgten Pfändungen in angeblich ihnen gehörende bzw. ihnen von Dritten überlassene Gegenstände. Der Rechtsschutz der Drittbetroffenen gegen Maßnahmen in Vollziehung eines Arrestes ist seit 1. 1. 2007 in § 111 f Abs. 5 StPO geregelt, der die Beantragung einer gerichtlichen Entscheidung und sodann deren Anfechtung mit der einfachen Beschwerde nach § 304 StPO

ermöglicht (vgl. Meyer-Goßner, 50. Aufl. 2007, Rdz. 15 zu § 111 f StPO). Hätte der Gesetzgeber auch Drittbetroffenen die weitere Beschwerde eröffnen wollen, hätte er dies in § 310 Abs. 1 StPO ausdrücklich erwähnt.

Dass der Gesetzgeber entsprechend dem Wortlaut des § 310 Abs. 1 Nr. 3 StPO nur die Anordnung oder Bestätigung eines dinglichen Arrestes durch das erste Beschwerdegericht einer nochmaligen Überprüfungsmöglichkeit unterziehen wollte, ergibt sich auch aus den Gesetzgebungsmaterialien (ebenso OLG München, NJW 2008, 389, 391). Die weitere Beschwerdemöglichkeit kam erst während des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens im Rechtsausschuss zur Diskussion, und zwar ausschließlich unter dem Aspekt, den Betroffenen besser vor den möglicherweise existenzbedrohenden Folgen der Vermögensbeschlagnahme zu schützen (vgl. OLG München, a. a. O.). So heißt es in der abschließenden Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zur Begründung der Neufassung des § 310 StPO:

„Dies trägt dem Aspekt Rechnung, dass dem Betroffenen mit einer Arrestierung oftmals erhebliche Vermögenswerte entzogen werden, was insbesondere bei Firmenvermögen den Fortbestand des Unternehmens und damit die wirtschaftliche Existenz sowohl des Betroffenen als auch der Firmenangehörigen (Arbeitnehmer) in Frage stellen kann. Es erscheint daher angemessen, dem Betroffenen jedenfalls bei einem dinglichen Arrest über mehr als 20 000 € das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zu eröffnen.“ (BT-Ds. 16/2021, S. 13).

Aus dieser Begründung der dann in Gesetzeskraft erwachsenen Lösung ergibt sich zweifelsfrei, dass der Gesetzgeber lediglich die Anordnung des dinglichen Arrestes einer weitergehenden gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit unterziehen wollte, nicht aber sämtliche sonstige Maßnahmen, die in Vollziehung des dinglichen Arrestes getroffen worden sind.

Die weitere Beschwerde der Drittbetroffenen gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts vom 5. 9. 2007 erweist sich somit nach der Grundregel des § 310 Abs. 2 StPO als unzulässig.

Mitgeteilt von dem Vorsitzenden des 3. Strafsenats des OLG Hamburg

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Steuerrecht etc.

**§§ 9, 21, 22, 23 EStG; § 165 AO; § 74 FGO –
Verwendung von Mieteinnahmen für Options-
geschäfte; VuV; Verlustausgleichsbeschränkung;
vorläufige Festsetzung der Steuer**

1. Wer seine Mieteinnahmen dazu verwendet, um Optionsgeschäfte durchzuführen, kann daraus entstehende Verluste auch dann nicht als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend machen, wenn er beabsichtigte, die angelegten Beträge wiederum für Zwecke der Vermietung zu verwenden.

2. Die Verlustausgleichsbeschränkung des § 22 Nr. 3 Satz 3 EStG ist verfassungsgemäß.

3. Der BFH muss den Rechtsstreit nicht nach § 74 FGO wegen eines beim BVerfG anhängigen Verfahrens aussetzen, das die Verfassungsmäßigkeit einer auch für den Rechtsstreit einschlägigen Norm betrifft, wenn das FA die Steuer deshalb im Einvernehmen mit dem Kläger gemäß § 165 AO vorläufig festsetzt.

(BFH, Urteil vom 18. 9. 2007 – IX R 42/05)

Vorinstanz: FG Düsseldorf (EFG 2006, 486)

– Veröffentlichung in BStBl II 2008, 26 –

Hinw. d. Red.: Vgl. Bespr. bei Callsen GuT 2008, 171 (in diesem Heft).

§§ 9, 21 EStG – Vermietung und Verpachtung; VuV; Tankstellengrundstück; Werbungskosten; Kontaminationsschäden

Aufwendungen für ein Schadstoff-Gutachten, das der Feststellung der durch einen Mieter verursachten Untergrund- und Boden-Verunreinigungen dient, können als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehbar sein.

(BFH, Urteil vom 17. 7. 2007 – X R 2/05)

Vorinstanz: FG Baden-Württemberg (EFG 2005, 873)

– Veröffentlichung in BStBl II 2008, 941 –

Hinw. d. Red.: Vgl. Bespr. bei Callsen GuT 2008, 171 (in diesem Heft).

§§ 1, 2, 4, 15a UStG; § 571 a. F., 744, 745 BGB; Art. 5 Richtlinie 77/388/EWG – Umsatzsteuer; Vermietungsunternehmer; Geschäftsveräußerung

1. Überträgt ein Vermietungsunternehmer das Eigentum an einem umsatzsteuerpflichtig vermieteten Grundstück zur Hälfte

auf seinen Ehegatten, liegt darin eine Geschäftsveräußerung im Ganzen, wenn das Grundstück alleiniger Vermietungsgegenstand war.

2. Dieser Vorgang löst beim Vermietungsunternehmer keine Vorsteuerkorrektur gemäß § 15a UStG aus.

3. Die durch Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem umsatzsteuerpflichtig vermieteten Grundstück entstandene Bruchteilsgemeinschaft tritt gleichzeitig mit ihrer Entstehung gemäß § 571 BGB a. F. in einen bestehenden Mietvertrag ein.

4. Der ursprüngliche Vermieter überlässt den in seinem Eigentum verbliebenen Grundstücksanteil der Bruchteilsgemeinschaft nicht zusätzlich unentgeltlich zur Nutzung (Änderung der Rechtsprechung).

(BFH, Urteil vom 6. 9. 2007 – V R 41/05)

Vorinstanz: FG Münster (EFG 2005, 1392)

– Veröffentlichung in BStBl II 2008, 65 –

Magazin

Politik und Recht

Bundesverfassungsgericht

Präsident Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier als Vorsitzender des Ersten Senats

Einführung zur Urteilsverkündung im Verfahren „Online-Durchsuchung“ (1 BvR 370/07 u. a.) am 27. Februar 2008

Das heutige Urteil befasst sich im Schwerpunkt mit Vorschriften des nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetzes, die den heimlichen Zugriff von Verfassungsschutzbehörden auf informationstechnische Systeme ermöglichen, was untechnisch als so genannte „Online-Durchsuchung“ bezeichnet wird. Das Urteil erachtet diese Vorschriften für mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig. Die Entscheidung setzt vor allem folgende Kernpunkte, die über den konkreten Fall hinausweisen:

1. Das Bundesverfassungsgericht leitet in seinem heutigen Urteil aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht erstmalig ein Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme her. Dieses aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Grundrecht tritt zu den anderen Freiheitsgewährleistungen, wie insbesondere dem Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses, der Unverletzlichkeit der Wohnung sowie dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, hinzu, soweit diese keinen oder keinen hinreichenden Schutz gewähren.

2. Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist nicht schrankenlos. Eingriffe können sowohl zu präventiven Zwecken als auch zur Strafverfolgung gerechtfertigt sein. Der Einzelne muss aber nur solche Beschränkungen seines Grundrechts hinnehmen, die auf einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage beruhen. In dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System liegt ein Grundrechtseingriff von besonderer Schwere und Intensität. Dieser Eingriff entspricht im Rahmen einer präventiven Zielsetzung nur dann dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen, selbst wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr schon in näherer Zukunft eintritt.

Überragend wichtige Rechtsgüter sind zunächst Leib, Leben und Freiheit der Person. Ferner sind überragend wichtig solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Zum Schutz sonstiger Rechtsgüter Einzelner oder der Allgemeinheit in Situationen, in denen eine existentielle Bedrohungslage nicht besteht, ist eine staatliche Maßnahme grundsätzlich nicht angemessen, durch die – wie hier – die Persönlichkeit des Betroffenen einer weitgehenden Ausspähung preisgegeben wird. Zum Schutz solcher Rechtsgüter hat sich der Staat auf andere Ermittlungsbefugnisse zu beschränken, die ihm das jeweils anwendbare Fachrecht im präventiven Bereich einräumt.

3. Das Gesetz hat zusätzlich sicherzustellen, dass der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung als Teil der uneinschränkbar Menschenwürdegarantie geschont wird. Der verfassungsrechtlich gebotene Kernbereichsschutz lässt sich im Rahmen eines zweistufigen Schutzkonzepts gewährleisten. Die gesetzliche Regelung hat zunächst darauf hinzuwirken, dass die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten soweit wie informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich unterbleibt. Wenn dies – wie beim heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System – praktisch nicht in Betracht kommt, hat der Gesetzgeber durch geeignete Verfahrensvorschriften sicherzustellen, dass erhobene kernbereichsrelevante Daten unverzüglich gelöscht werden, eine Weitergabe oder Verwertung ist auszuschließen.

Diesen Anforderungen genügen die angegriffenen Vorschriften zur „Online-Durchsuchung“ nicht.

Hinw. d. Red.: Die Dateien der Pressemitteilung Nr. 22/2008 v. 27. 2. 2008 des BVerfG, der Leitsätze des Urteils v. 27. 2. 2008 – 1 BvR 370/07 – und – 1 BvR 595/07 – (GuT 2008, 106, in diesem Heft) sowie des Textes des Urteils mit Gründen (105 Seiten) können bis zum 23. Mai 2008 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

BMJ-Newsletter vom 27. 2. 2008

Zypries: Online-Durchsuchung in engen Grenzen möglich

Bundesjustizministerin Brigitte Zypries zu den Konsequenzen des Bundesverfassungsgerichtsurteils zum nordrhein-west-

fälischen Verfassungsschutzgesetz im Hinblick auf mögliche gesetzliche Grundlagen für eine Online-Durchsuchung von Computersystemen:

„Mit dem neuen Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme stärkt das Bundesverfassungsgericht die Freiheitsrechte. Ich begrüße, dass die Karlsruher Richter damit zugleich das Vertrauen von Bürgern und der Wirtschaft in die Integrität und Vertraulichkeit von Computersystemen stärken. Dies ist ausgesprochen wichtig, weil Informationstechnologie aus unserem Alltag nicht mehr wegzudenken ist. Computer sind für viele Menschen fester Bestandteil ihrer Lebensführung, sie nutzen sie als Informations- und Kommunikationsmedium, vielfach hat die Festplatte die herkömmliche Aufbewahrungsmöglichkeiten des Schreibtischs abgelöst. Bürgerinnen und Bürger, ebenso wie Unternehmen, müssen deshalb darauf vertrauen können, dass Privates und Geschäftsunterlagen grundsätzlich geschützt und heimliche Durchsuchungen von Computersystemen auch in Zukunft die absolute Ausnahme bleiben.“

Das neu entwickelte Grundrecht kann – wie andere Grundrechte auch – durch Gesetz eingeschränkt werden. Dafür hat das Bundesverfassungsgericht strenge Maßstäbe formuliert, insbesondere bleibt der Kernbereich privater Lebensgestaltung umfassend geschützt.

Für den präventiven Bereich ist der Bundesinnenminister jetzt gefordert, Formulierungen für das BKA-Gesetz vorzulegen, die diesen Ansprüchen genügen. Dabei werden wir ihn unterstützen.

Für den Bereich der (repressiven) Strafverfolgung werden wir prüfen, ob es einer ergänzenden Bestimmung bedarf, um die sogenannte Quellen-TKÜ als Spezialfall der Telekommunikationsüberwachung in der Strafprozessordnung zu regeln, die eine Überwachung verschlüsselt über das Internet geführter Kommunikation ermöglicht.

Prüfen werden wir weiter, ob es einer Vorschrift in der Strafprozessordnung bedarf, um zu Strafverfolgungszwecken unter engsten Voraussetzungen eine Online-Durchsuchung von Computersystemen zu ermöglichen. Im Blick haben wir dabei Fälle, in denen erfolgreiche Ermittlungsarbeit den Zugriff auf Speichermedien zwingend erfordert. Dies kann der Fall sein, wenn es um die Aufklärung organisierter Strukturen im Terrorismusbereich geht. Geprüft werden muss in diesem Zusammenhang insbesondere, wie die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für die Online-Durchsuchung im präventiven Bereich für eine mögliche Regelung im Bereich der Strafverfolgung umzusetzen wären. Zudem werden wir uns intensiv mit der Frage der Verwertbarkeit von Material, das im Wege von Online-Durchsuchungen gewonnen wurde, im Strafprozess auseinandersetzen.

Ich freue mich, dass die Karlsruher Richter meine Rechtsauffassung bestätigt haben, dass bei einem mit ganz erheblichen Grundrechtseingriffen verbundenen Ermittlungsinstrument Verfahrenssicherungen auf hohem Niveau zum Schutz der Bürgerrechte einzogen werden müssen. Eine Online-Durchsuchung darf grundsätzlich nur von einem Richter angeordnet werden, wir brauchen klare Lösungsregeln und die Möglichkeit des Betroffenen, nachträglich die Rechtmäßigkeit einer solchen Maßnahme gerichtlich überprüfen zu lassen.“

Begriffserläuterungen

Der Begriff der Online-Durchsuchung wird in der öffentlichen Diskussion für sehr verschiedene Fallkonstellationen verwendet, die teilweise rechtlich unterschiedlich zu beurteilen sind. Eine allgemeingültige Definition gibt es bislang nicht, man kann jedoch von folgender groben Unterscheidung ausgehen:

Unter Online-Durchsuchung versteht man die online erfolgende Ausleitung von solchen elektronischen Speicherinhalten, die nicht Gegenstand laufender Kommunikation sind. Hierunter fallen insbesondere zwei Fallkonstellationen:

- die Durchsuchung von Speichermedien (z. B. der Festplatte), also das Suchen in vorhandenen Datenbeständen nach dort gespeicherten Inhalten, z. B. Textdateien, Bildern, empfangenen oder gesendeten E-Mails – „Online-Durchsuchung im engeren Sinne“;
- die fortlaufende Überwachung der Datenverarbeitung am Computer einschließlich des Abgreifens aktueller Tastatureingaben (sog. Key-Logging) – „Online-Überwachung“.

Davon zu unterscheiden ist die sog. QuellenTKÜ, mittels derer beispielsweise die Telekommunikation per Internet-Telefonie an ihrer „Quelle“, dem Computersystem überwacht wird.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 27. 2. 2008

Gericht bestätigt Schäuble-Entwurf Online-Durchsuchung mit Richtervorbehalt und Kernbereichsschutz rechtmäßig

Angesichts der unerträglichen Äußerungen der Kritiker zur heutigen Entscheidung zur Online-Durchsuchung erklären der innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Uhl MdB und der Obmann der CDU/CSU-Bundestagsfraktion im Innenausschuss, Ralf Göbel MdB:

Das Bundesverfassungsgericht hat die von Union und Minister Schäuble geplante Online-Durchsuchung mit Richtervorbehalt und Kernbereichsschutz für rechtmäßig erklärt.

Den nie geplanten Popanz des schrankenlosen Missbrauchs hat das Gericht dagegen zu Recht für verfassungswidrig erklärt.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 27. 2. 2008

BKA-Gesetz mit Online-Durchsuchung zügig auf den Weg bringen Klarheit über die Möglichkeiten nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Anlässlich der heutigen Urteilsverkündung des Bundesverfassungsgerichts zur Online Durchsuchung im nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz erklärt der innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Uhl MdB:

Das Bundesverfassungsgericht hat heute die „Online-Durchsuchung“ für grundsätzlich zulässig erklärt. Gleichzeitig hat das Gericht das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu einem „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ fortentwickelt. Bei tatsächlichen Anhaltspunkten für konkrete Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit der Person oder den Bestand des Staates ist ein Eingriff zulässig. Dies gilt sowohl für Gefahrenabwehrmaßnahmen als auch für den Bereich der Strafverfolgung.

Damit hat das oberste Gericht endlich Klarheit über die Möglichkeiten von verdeckten Zugriffsmaßnahmen auf informationstechnische Systeme geschaffen. Nun können die Sicherheitsbehörden endlich in die Lage versetzt werden, wirksamer als bisher verschlüsselte Kommunikation zur Anschlagsvorbereitung zu entschlüsseln sowie auf gespeicherte Anschlagpläne oder Bombenbauanleitungen unbemerkt zuzugreifen, um terroristische Anschläge zu verhindern.

Die Koalitionsfraktionen werden unverzüglich ihre Beratungen wieder aufnehmen, um - unter Beachtung der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze - die seit 2006 für das Bundeskriminalamt im Grundgesetz vorgesehenen Kompetenzen zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus auf eine tragfähige gesetzliche Grundlage zu stellen.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 27. 2. 2008

Nahe am Totalverbot

Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Online-Durchsuchung im nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz erklärt Wolfgang Wieland, Sprecher für innere Sicherheit:

Das Urteil ist eine schallende Doppel-Ohrfeige für NRW-Innenminister Wolf und für Bundesinnenminister Schäuble. Wolfs Vorpreschen – ausgerechnet als FDP-Innenminister – wurde bestraft. Schäuble muss nun seinen Entwurf zum BKA-Gesetz in den Papierkorb werfen. Es wird keine Totalausspähung im PC geben. Die Formulierung eines Grundrechtes auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationsrechtlicher Systeme bedeutet einen Sieg für die Bürgerrechte. An diesem Maßstab sind in Zukunft alle Gesetze zu messen. Zugleich steht nunmehr fest, dass alle bisher vorgenommenen Online-Durchsuchungen in der Bundesrepublik rechtswidrig waren.

Innenminister Schäuble hat Unrecht, wenn er heute erklärt, das Gericht habe die Online-Durchsuchung grundsätzlich erlaubt. Das Gericht hat sie vielmehr grundsätzlich verboten, allerdings Ausnahmen unter engen Bedingungen zugelassen. Wir verhehlen nicht, dass wir uns über ein Totalverbot noch mehr gefreut hätten. Die Hürden des Gerichtes sind jedoch so hoch, dass wir ähnlich wie beim großen Lauschangriff nahe am Totalverbot sind. Der Bundesinnenminister jedenfalls muss jetzt weg von seinem Prinzip des Blanko-Schecks und die geforderten Sicherungen und Hürden umsetzen.

Sicherheit schafft nicht der Einsatz neuer technischer Mittel ohne Rücksicht auf Verfassung und Bürgerrechte. Das sollte nach diesem Urteil endlich auch Bundesinnenminister Schäuble begreifen. Ihm und seinem Wunschbild vom präventiven Überwachungsstaat sind heute klare Grenzen gezogen worden. Entsprechend muss der gesamte Entwurf des BKA-Gesetzes nun durch den Rechtsstaats-TÜV. Es darf kein deutsches FBI mit vollem Geheimdienst-Arsenal geben.

Das Urteil zeigt aber auch, dass wir über eine Modernisierung des Grundgesetzes nachdenken müssen. Zu Recht hat der Vorsitzende Papier ausgeführt, dass das in der Verfassung garantierte Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis an manchen Stellen nicht mehr ausreicht und es Schutzlücken gibt. Er erteilte einen Arbeitsauftrag an den Gesetzgeber. Email, Chat und Skype dürfen nicht zum Einfallstor für die Befürworter des Präventionsstaates werden, der keine Bürgerinnen und Bürger, sondern nur noch Verdächtige kennt.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 11. 3. 2008

Rote Kelle für Autobahnüberwachung

Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts über die Nichtigkeit der automatischen Erfassung von Kfz-Kennzeichen erklärt Silke Stokar, innenpolitische Sprecherin:

Langsam wird es peinlich für die Innenminister von Bund und Ländern. Erneut erklärt das Bundesverfassungsgericht zwei Polizeigesetze für verfassungswidrig und nichtig. Datenschutz ist Grundrecht und diese Botschaft aus Karlsruhe sollte allmählich sogar in den Verfassungsreferaten der Innenministerien angekommen sein. Der flächendeckende und anlasslose Abgleich von Autokennzeichen ist mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht nicht vereinbar.

Wir begrüßen die klare Grenzziehung aus Karlsruhe. Der Abgleich von Autokennzeichen mit dem Fahndungsbestand muss unverzüglich erfolgen und darf nicht „ins Blaue hinein“ vorgenommen werden, die Daten sind unverzüglich und „spurenlos“ zu vernichten.

Das Urteil steht in einer langen Reihe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in der die Sorge um den Schutz der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Die heutige Entschei-

dung knüpft unmittelbar an das Urteil zur Verfassungswidrigkeit der Online-Fahndung an, in der das Gericht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein neues IT-Grundrecht entwickelt hat.

Wir sehen uns erneut in unserer Forderung bestätigt: Datenschutz gehört als Grundrecht in die Verfassung. Wir werden einen konkreten Vorschlag vorlegen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 12. 3. 2008

Plaene zur Strafverfolgung mittels Mautdaten ausgebremst

Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur automatischen Kennzeichenerfassung erklärt der verkehrspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Uwe Beckmeyer:

Die Karlsruher Verfassungsrichter haben die Plaene zur Strafverfolgung mithilfe von Mautdaten ausgebremst. Das Vorhaben von Bundesinnenminister Wolfgang Schaeuble, die Daten fuer die Lkw-Maut und vielleicht auch spaeter von Pkw-Daten kuenftig zur Strafverfolgung zu nutzen, ist damit obsolet.

Im Mautgesetz aus dem Jahre 2002 ist ausdruecklich festgeschrieben worden, dass die erhobenen Daten ausschliesslich „zum Zweck der Ueberwachung der Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes verarbeitet und genutzt werden“ duerfen. Auf diese Einschraenkung haben die Verkehrspolitiker der SPD-Bundestagsfraktion bei der Abfassung des Gesetzestextes bestanden.

Die Plaene von Bundesinnenminister Wolfgang Schaeuble, die bundesweit installierten Lkw-Mautbruecken ueber Autobahnen zur Datenerfassung fuer die Bundespolizei bei schweren Verbrechen zu nutzen, widersprechen dem Geist des Gesetzes. Der Einsatz von Mautdaten zur Strafverfolgung stellt einen Verstoess gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Danach ist der Einzelne grundsaeztlich selbst befugt, ueber die Preisgabe und Verwertung seiner persoenlichen Daten zu entscheiden.

Die SPD hat bereits bei der Erarbeitung des Gesetzestextes dafuer gesorgt, dass eine missbraeuchliche Nutzung der Mautdaten ausgeschlossen ist. Die obersten Richter haben unsere Haltung nun bestaetigt.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 37/2008 vom 19. 3. 2008

Eilantrag in Sachen „Vorratsdatenspeicherung“ teilweise erfolgreich

Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21. Dezember 2007 dient unter anderem dazu, die Richtlinie der Europäischen Union über die Vorratsdatenspeicherung in deutsches Recht umzusetzen. Zu diesem Zweck enthält sein Art. 2 Änderungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG). Gegenstand der von acht Bürgern erhobenen Verfassungsbeschwerde sind die neu geschaffenen §§ 113a, 113b TKG. § 113a TKG regelt die *Speicherungspflicht* für Daten. Anbieter von Telekommunikationsdiensten werden verpflichtet, bestimmte Verkehrs- und Standortdaten, die bei der Nutzung von Telefon, Handy, E-Mail und Internet anfallen, für einen Zeitraum von sechs Monaten zu speichern. § 113b TKG regelt die *Verwendung* der gespeicherten Daten. Danach kann der bevorratete Datenbestand zum Zwecke der Verfolgung von Straftaten, der Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und der Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben abgerufen werden. Die Norm enthält keine eigenständige Abrufbefugnis, sie setzt vielmehr gesonderte gesetzliche Bestimmungen über einen Datenabruf unter Bezugnahme auf § 113a TKG voraus. Bismang nimmt lediglich die Strafprozessordnung (§ 100g StPO) auf § 113a TKG Bezug und ermöglicht zum Zweck der Strafverfolgung ein Auskunftersuchen über solche

Telekommunikations-Verkehrsdaten, die ausschließlich aufgrund der in § 113a TKG geregelten Bevorratungspflicht gespeichert sind.

Der Antrag der Beschwerdeführer, §§ 113a, 113b TKG im Wege der einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde außer Kraft zu setzen, hatte teilweise Erfolg. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts ließ die Anwendung von § 113b TKG, soweit er die Verwendung der gespeicherten Daten zum Zweck der Strafverfolgung regelt, bis zur Entscheidung in der Hauptsache nur modifiziert zu. Aufgrund eines Abrufersuchens einer Strafverfolgungsbehörde hat der Anbieter von Telekommunikationsdiensten die verlangten Daten zwar zu erheben und zu speichern. Sie sind jedoch nur dann an die Strafverfolgungsbehörde zu übermitteln, wenn Gegenstand des Ermittlungsverfahrens eine schwere Straftat im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO ist, die auch im Einzelfall schwer wiegt, der Verdacht durch bestimmte Tatsachen begründet ist und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre (§ 100a Abs. 1 StPO). In den übrigen Fällen ist von einer Übermittlung der Daten einstweilen abzusehen. Zugleich wurde der Bundesregierung aufgegeben, dem Bundesverfassungsgericht zum 1. September 2008 über die praktischen Auswirkungen der Datenspeicherungen und der vorliegenden einstweiligen Anordnung zu berichten. Im Übrigen lehnte der Erste Senat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab; insbesondere lehnte er die Aussetzung des Vollzugs von § 113a TKG, der allein die Speicherungspflicht für Daten regelt, ab (Beschluss vom 11. März 2008 – 1 BvR 256/08).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Das Bundesverfassungsgericht darf von seiner Befugnis, das Inkrafttreten oder den Vollzug eines Gesetzes auszusetzen, nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen, da der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist. Der Prüfungsmaßstab ist noch weiter verschärft, wenn eine einstweilige Anordnung begehrt wird, durch die der Vollzug einer Rechtsnorm ausgesetzt wird, soweit sie zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts in das deutsche Recht umsetzt. Eine solche einstweilige Anordnung droht über die Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache hinauszugehen und kann zudem das Gemeinschaftsinteresse an einem effektiven Vollzug des Gemeinschaftsrechts stören.

Ob und unter welchen Voraussetzungen das Bundesverfassungsgericht den Vollzug eines Gesetzes aussetzen kann, soweit es zwingende gemeinschaftsrechtliche Vorgaben umsetzt, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Eine derartige einstweilige Anordnung setzt aber zumindest voraus, dass aus der Vollziehung des Gesetzes den Betroffenen ein besonders schwerwiegender und irreparabler Schaden droht, dessen Gewicht das Risiko hinnehmbar erscheinen lässt, im Eilverfahren über die Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache hinauszugehen und das Gemeinschaftsinteresse an einem effektiven Vollzug des Gemeinschaftsrechts schwerwiegend zu beeinträchtigen. Nach diesen Maßstäben ist dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nur teilweise stattzugeben.

Eine Aussetzung des Vollzugs von § 113a TKG (Speicherungspflicht) scheidet aus. Ein besonders schwerwiegender und irreparabler Nachteil, der es rechtfertigen könnte, den Vollzug der Norm ausnahmsweise im Wege einer einstweiligen Anordnung auszusetzen, liegt in der Datenspeicherung allein nicht. Zwar kann die umfassende und anlasslose Bevorratung sensibler Daten über praktisch jedermann für staatliche Zwecke, die sich zum Zeitpunkt der Speicherung der Daten nicht im Einzelnen absehen lassen, einen erheblichen Einschüchterungseffekt bewirken. Der in der Vorratsdatenspeicherung für den Einzelnen liegende Nachteil für seine Freiheit und Privatheit ver-

dichtet und konkretisiert sich jedoch erst durch einen Abruf seiner Daten zu einer möglicherweise irreparablen individuellen Beeinträchtigung.

Hingegen ist die in § 113b Satz 1 Nr. 1 TKG ermöglichte Nutzung der bevorrateten Daten zu Zwecken der Strafverfolgung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde teilweise auszusetzen. Die erforderliche Folgenabwägung ergibt, dass das öffentliche Interesse am Vollzug der Norm hinter den Nachteilen, die durch den Normvollzug drohen, teilweise zurückstehen muss.

Erginge keine einstweilige Anordnung, erwiese sich die Verfassungsbeschwerde aber später als begründet, so drohten Einzelnen und der Allgemeinheit in der Zwischenzeit Nachteile von ganz erheblichem Gewicht. In dem Verkehrsdatenabruf selbst liegt ein schwerwiegender und nicht mehr rückgängig zu machender Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG (Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses). Ein solcher Datenabruf ermöglicht es, weitreichende Erkenntnisse über das Kommunikationsverhalten und die sozialen Kontakte des Betroffenen zu erlangen. Zudem werden in vielen Fällen die durch den Verkehrsdatenabruf erlangten Erkenntnisse die Grundlage für weitere Ermittlungsmaßnahmen bilden. Schließlich können die abgerufenen Verkehrsdaten sowie die durch weitere Ermittlungsmaßnahmen, die an den Verkehrsdatenabruf anknüpfen, erlangten Erkenntnisse Grundlage eines Strafverfahrens oder gegebenenfalls einer strafrechtlichen Verurteilung des Betroffenen werden, die ohne die Datenbevorratung und den Datenabruf nicht möglich gewesen wäre.

Erginge eine auf den Abruf der bevorrateten Daten bezogene einstweilige Anordnung, erwiesen sich die angegriffenen Normen jedoch später als verfassungsgemäß, so könnten sich Nachteile für das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung ergeben. Diese Nachteile wiegen allerdings teilweise weniger schwer und sind hinzunehmen, wenn nicht das Abrufersuchen ausgeschlossen, sondern lediglich die Übermittlung und Nutzung der auf das Ersuchen hin von dem zur Speicherung Verpflichteten erhobenen Daten ausgesetzt werden. Sollten die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Normen sich als verfassungsgemäß erweisen, so könnten anschließend diese Daten in vollem Umfang zum Zweck der Strafverfolgung genutzt werden. Eine Vereitelung der Strafverfolgung durch die zwischenzeitliche Löschung der bevorrateten Daten ist dann nicht zu besorgen.

Die Übermittlung und Nutzung der von einem Diensteanbieter auf ein Abrufersuchen hin erhobenen Daten sind allerdings in den Fällen nicht zu beschränken, in denen Gegenstand des Ermittlungsverfahrens eine schwere Straftat im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO ist, die auch im Einzelfall schwer wiegt, der Verdacht durch bestimmte Tatsachen begründet ist und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre (§ 100a Abs. 1 StPO). Im verfassungsgerichtlichen Eilverfahren ist von der Einschätzung des Gesetzgebers auszugehen, nach der die in § 100a Abs. 2 StPO genannten Straftaten so schwer wiegen, dass sie auch gewichtige Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG rechtfertigen können. In diesen Fällen hat das öffentliche Strafverfolgungsinteresse daher grundsätzlich ein derartiges Gewicht, dass eine Verzögerung durch eine einstweilige Anordnung nicht hingenommen werden kann. Dabei ist im Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zu klären, ob der deutsche Gesetzgeber durch die Richtlinie 2006/24/EG verpflichtet war, sämtliche der in § 100a Abs. 2 StPO aufgeführten Straftaten in die Abrufermächtigung des § 100g StPO einzubeziehen.

Liegen diese Voraussetzungen hingegen nicht vor, ist die Übermittlung und Nutzung der bevorrateten Verkehrsdaten einstweilen auszusetzen. Insbesondere in den Fällen, in denen die Abrufermächtigung der Strafprozessordnung (§ 100g StPO) Verkehrsdatenabrufe bei Verdacht auf sonstige „Straftaten von im Einzelfall erheblicher Bedeutung“ oder auf Straftaten mit-

tels Telekommunikation ermöglicht, ist das Risiko hinzunehmen, dass eine Verzögerung der Datennutzung das Ermittlungsverfahren insgesamt vereitelt. Die Nichtaufnahme in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO indiziert, dass der Gesetzgeber den verbleibenden Straftaten im Hinblick auf Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG geringere Bedeutung beigemessen hat. Dementsprechend geringer zu gewichten sind die Nachteile durch eine Aussetzung der Datennutzung, die im Rahmen der Folgenabwägung der Beeinträchtigung der Grundrechte der Betroffenen gegenüber zu stellen sind.

Für eine einstweilige Anordnung über die Datennutzung zu präventiven Zwecken (§ 113b Satz 1 Nr. 2 und 3 TKG) besteht kein Anlass, da bislang keine fachrechtlichen Abrufermächtigungen bestehen, die ausdrücklich auf § 113a TKG Bezug nehmen.

BMJ-Newsletter vom 19. 3. 2008

Vorratsdatenspeicherung bleibt zulässig

Das Bundesverfassungsgericht hat heute im Eilverfahren entschieden, dass es auch weiterhin möglich bleibt, Telekommunikationsverkehrsdaten sechs Monate lang zu speichern. Die Karlsruher Richter hatten über einen Eilantrag zu befinden, mit dem die zum 1. Januar 2008 in Kraft getretene Umsetzung der europäischen Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung angegriffen wurde.

- Die Karlsruher Richter haben keinen Anlass dafür gesehen, die Speicherung der Verkehrsdaten entsprechend der EU-Richtlinie bis zur Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen.
- Damit bleibt es dabei, dass Deutschland weiterhin vollumfänglich seinen europarechtlichen Verpflichtungen gerecht werden kann.
- Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass die Strafverfolgungsbehörden im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene effektive Strafverfolgung weiterhin berechtigt sind, Abrufersuchen nach § 100g StPO zu stellen. Die Telekommunikationsunternehmen müssen bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ihren Datenbestand auf die beantragten Verkehrsdaten durchsuchen und diese vorhalten.
- Lediglich bei der Frage, in welchen Fällen die vom Telekommunikationsunternehmen aufgrund eines Abrufersuchens ermittelten Daten an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden dürfen, ist das Gesetz bis zur Entscheidung in der Hauptsache mit bestimmten Maßgaben anzuwenden:

Uneingeschränkt zulässig ist die Übermittlung,

a) wenn es um die Verfolgung der in § 100 a Abs. 2 StPO genannten schweren Straftaten geht und die übrigen Voraussetzungen des § 100a Abs. 1 StPO vorliegen

b) wenn es sich handelt um die Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung oder solcher, die mittels Telekommunikation begangen wurden handelt und die Verkehrsdaten solche sind, die die Unternehmen zu Abrechnungszwecken (und nicht ausschließlich aufgrund der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie) gespeichert haben.

Einschränkungen gibt es in der Fallkonstellation b) dann, wenn die durch das Telekommunikationsunternehmen ermittelten Daten solche sind, die nur aufgrund der Vorratsdatenspeicherung (noch) gespeichert sind. In diesen Fällen muss das Unternehmen die Daten sichern, bis das Hauptsacheverfahren beim Bundesverfassungsgericht entschieden ist.

Fazit: Das Gericht lässt die Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten zu, es lässt auch weitgehend die Übermittlung der Daten durch die Telekommunikationsunternehmen an die Strafverfolgungsbehörden zu Strafverfolgungszwecken zu.

Lediglich bei der Verfolgung von (nur) erheblichen Straftaten und solchen, die mittels Telekommunikation begangen wurden, gibt es geringfügige Einschränkungen.

Da Verkehrsdatenabfragen durch die Strafverfolgungsbehörden wesentlich im Bereich der Katalogtaten des § 100a StPO stattfinden dürften, können die Strafverfolgungsbehörden mit dieser Interimslösung gut leben, zumal auch die Daten, die zunächst nicht vom Telekommunikationsunternehmen übermittelt werden dürfen, gesichert werden müssen und nach einer entsprechenden Hauptsacheentscheidung gegebenenfalls später noch für die Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung stünden.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 19. 3. 2008

Vorratsdatenspeicherung im Kern zunächst bestätigt Eilentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Der rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Jürgen Gehb MdB, erklärt zu der heutigen Eilentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Regelungen über die Vorratsdatenspeicherung:

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem heutigen Beschluss die mit dem Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung eingeführten Regelungen über die Vorratsdatenspeicherung im Kern zunächst bestätigt. Das ist zu begrüßen.

Bei dem Beschluss handelt es sich um eine vorläufige Entscheidung im Rahmen eines einstweiligen Anordnungsverfahrens. Ein endgültiges Urteil steht noch aus. Dennoch hat das Bundesverfassungsgericht die gesetzgeberische Entscheidung, dass in bestimmten Fällen schwerwiegender Straftaten ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG unverzichtbar sei, unbeanstandet gelassen. Es hat auch zugestanden, dass die Vorratsdatenspeicherung und der darauf gründende Verkehrsdatenabruf zur Aufklärung solcher Straftaten erforderliche und geeignete Ermittlungsinstrumente sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat der Bundesregierung aufgegeben, im weiteren Verlauf des Verfahrens einen Bericht über die praktischen Auswirkungen der Vorratsdatenspeicherung vorzulegen. Soweit das Bundesverfassungsgericht die Nutzung von Verkehrsdaten für die Ermittlung von Straftaten, die mittels Telekommunikation begangen worden sind, zunächst ausgesetzt hat, wird die Bundesregierung im Zusammenhang mit dieser Berichtspflicht auch deutlich zu machen haben, weshalb Straftaten, die mittels Telekommunikation begangen werden, nur dadurch aufgeklärt werden können, dass auch ein Zugriff auf im Rahmen dieser Telekommunikation angefallene Daten möglich ist. Es wäre jedenfalls befremdlich, wenn insoweit ein ständig größer werdendes Deliktsfeld auf Dauer faktisch straffrei gestellt würde.

FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 19. 3. 2008

Bundesverfassungsgericht erweist sich erneut als Garant für die Grundrechte

Zur heutigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Klage gegen die so genannte Vorratsdatenspeicherung erklärt der Parlamentarische Geschäftsführer der FDP-Bundestagsfraktion Jörg van Essen:

Die FDP-Bundestagsfraktion begrüßt ausdrücklich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Erneut hat das höchste deutsche Gericht einem grundrechtseinschränkendem Vorhaben der Bundesregierung Grenzen gesetzt. Dies ist eine schwere Niederlage für die Bundesjustizministerin, die bis zuletzt die Eingriffsqualität der Vorratsdatenspeicherung in die Grundrechte der Bürger heruntergespielt hatte. Bereits bei den parlamentarischen Beratungen über den Gesetzentwurf war klar

erkennbar, dass die Bundesregierung bewusst einen Verfassungsverstoß riskiert. Früher wurden die Telekommunikationsverbindungsdaten nur für Abrechnungszwecke gespeichert, heute dienen die Daten von unverdächtigen Bürgern den Ermittlungsbehörden bei der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr. Das Gesetz hat sich zudem nicht auf die Verfolgung schwerer Straftaten beschränkt, sondern z. B. auch die Nutzung der Daten zur Aufklärung von Straftaten, die mittels Telekommunikation begangen werden, zugelassen. Zu Recht hat das Bundesverfassungsgericht daher den Abruf der Daten stark eingeschränkt. Das Bundesverfassungsgericht hat in jüngster Zeit wiederholt eindrucksvoll auf die überragende Bedeutung der Grundrechte hingewiesen. Der Bundestag sollte die Mahnungen des Gerichts ernst nehmen und sich von den Vorgaben des Gerichts bei der Gesetzgebung leiten lassen. Die FDP-Bundestagsfraktion fordert daher von der Bundesregierung nach der Entscheidung aus Karlsruhe endlich eine Abkehr von der ausufernden Präventionspolitik hin zu einer grundrechtsbewussten Innen- und Rechtspolitik.

Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag Pressemitteilung vom 19. 3. 2008

Kein verfassungsrechtliches Gewissen – das Versagen der Frei Zypriens

Zu der heute veröffentlichten einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts, nach der das Gesetz zur Vorratsdatenspeicherung teilweise außer Kraft gesetzt wird, erklärt Wolfgang Neskovic, stellvertretender Fraktionsvorsitzender und rechtspolitischer Sprecher der Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag:

„Der heutige Beschluss zeigt erneut, dass dem Gesetzgeber das verfassungsrechtliche Gewissen vollständig abhanden gekommen ist. Die Gesetzgeber in Bund und Ländern begehen seit vielen Jahren Verfassungsbruch im Fortsetzungszusammenhang. Die Stopp-Signale des Verfassungsgerichts scheinen seit langem fest einkalkuliert und werden schlicht ignoriert.

Die einstweilige Anordnung, nach der die Daten bis auf weiteres nur bei schweren Straftaten abgerufen werden dürfen, war von vornherein absehbar, weil der Gesetzgeber weit über die zugrunde liegende EU-Richtlinie hinausgegangen ist. Er hat zudem zum wiederholten Male die bestehende verfassungsrechtliche Rechtsprechung zum Grundrechtsschutz missachtet. Darin liegt auch ein persönliches Versagen von Bundesjustizministerin Zypriens. Die von Datenschützern erhobene Rücktrittsforderung ist deshalb mehr als gerechtfertigt.“

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 42/2008 vom 28. 3. 2008

Grenzen des Anspruchs auf Auskunft über eine behördliche Datensammlung

In der Informationszentrale für steuerliche Auslandsbeziehungen sammelt das Bundeszentralamt für Steuern – unter anderem auf der Grundlage des § 88a Abgabenordnung – steuerlich bedeutsame Angaben über steuerrechtlich relevante Beziehungen von im Inland ansässigen Firmen und Personen zum Ausland und umgekehrt. Die Datensammlung dient der zentralen Erfassung des behördlichen Wissens, um insbesondere den Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zu verhindern, durch den Steuern rechtswidrig verkürzt werden sollen. Insbesondere sammelt das Bundeszentralamt Hinweise darauf, ob es sich bei ausländischen Gesellschaften um sogenannte Domizilgesellschaften handelt, die im Ausland ihren Sitz haben, ohne dort geschäftliche oder kommerzielle Tätigkeiten auszuüben. Solche Gesellschaften können dazu genutzt werden, Steuern rechtswidrig zu verkürzen, indem beispielsweise Geschäfte mit einer solchen Gesellschaft vorgetäuscht werden, um Zahlungen an die Gesellschaft als Betriebsausgaben steuerlich absetzen zu können, die tatsächlich an den Steuerpflichtigen

zurückgeleitet werden. Der Datenbestand des Bundesamtes setzt sich zusammen aus Meldungen des Steuerpflichtigen selbst, aus Mitteilungen deutscher und ausländischer Finanzbehörden und aus Informationen, die aus allgemein zugänglichen Quellen (z. B. Handelsregister, Nachschlagewerke) entnommen werden. Bei Bedarf werden die Daten an inländische Finanzbehörden übermittelt.

Der Beschwerdeführer verlangte vom Bundesamt Auskunft über die ihn betreffenden Daten. Dem Bundesamt lagen dreizehn umfangreiche Aktenordner vor, in denen der Name des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit mittelbaren und unmittelbaren Beziehungen zu ausländischen Gesellschaften vorkam. Der Beschwerdeführer stützte seinen Anspruch auf § 19 Bundesdatenschutzgesetz, wonach dem Betroffenen grundsätzlich Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten zu erteilen ist. Das Bundesamt lehnte die Auskunft unter Hinweis darauf ab, dass die gesammelten Informationen durch eine Auskunftserteilung wertlos würden. Der Betroffene könnte sich etwa aus Domizilgesellschaften zurückziehen, die bereits erfasst seien oder in Domizilgesellschaften tätig werden, die dem Amt noch nicht bekannt seien. Durch die Auskunftserteilung werde die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben des Amtes gefährdet. Die gegen die Ablehnung gerichtete Klage des Beschwerdeführers blieb vor den Finanzgerichten erfolglos. Nach Auffassung der Gerichte ist der Auskunftsanspruch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 Bundesdatenschutzgesetz ausgeschlossen. Danach unterbleibt die Auskunftserteilung, soweit die Auskunft die ordnungsgemäße Erfüllung der in der Zuständigkeit der verantwortlichen Stelle liegenden Aufgaben gefährden würde.

Auch die Verfassungsbeschwerde hatte keinen Erfolg. Dies entschied der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 10. März 2008 – 1 BvR 2388/03).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Das Interesse des Beschwerdeführers, von den ihn betreffenden informationsbezogenen Maßnahmen des Staates Kenntnis zu erlangen, wird durch sein Grundrecht auf Schutz der Persönlichkeit in der Ausprägung als Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewährt allerdings keinen Anspruch auf eine bestimmte Art der Informationserlangung. Bei der Ausgestaltung des Zugangs zu Informationen hat der Gesetzgeber zu berücksichtigen, welche Bedeutung ihm für den Grundrechtsschutz des Betroffenen zukommt. Hierfür sind insbesondere die Art und die Eingriffsintensität der jeweiligen informationsbezogenen Maßnahme von Bedeutung, über die oder über deren Ergebnisse der Betroffene informiert werden will.

Gegenüber einer Datensammlung wie der hier umstrittenen ist ein Informationsrecht des Betroffenen auf eigene Initiative ein zentraler Baustein einer staatlichen Informationsordnung, die den grundrechtlichen Vorgaben genügt. Der Gesetzgeber ist folglich verpflichtet, ein solches Informationsrecht zu schaffen. Für ein behördliches Ermessen bei der Entscheidung über die Auskunftserteilung ist in derartigen Fällen verfassungsrechtlich kein Raum. Soweit gegenläufige Geheimhaltungsinteressen des Staates oder Dritter der Information entgegenstehen können, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, geeignete Ausschlussstatbestände zu schaffen, die den einander gegenüberstehenden Interessen Rechnung tragen.

Diesen Anforderungen trägt § 19 Bundesdatenschutzgesetz in verfassungsmäßiger Weise Rechnung. Die Norm sieht grundsätzlich einen weit reichenden Anspruch des Betroffenen auf Auskunft vor. Die in der Norm enthaltene Abwägungsklausel stellt sicher, dass eine Auskunft nur dann unterbleiben darf, wenn das Interesse an der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung dem Informationsinteresse des Betroffenen vorgeht.

Die Annahme der Gerichte, dass im vorliegenden Fall das Auskunftsinteresse des Beschwerdeführers hinter dem Interes-

se des Bundesamts an einer ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung zurückstehen musste, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Die datensammelnde Tätigkeit des Bundesamts ist mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Speicherung von Informationen in der Datensammlung kann zwar in das Grundrecht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen. Für derartige Eingriffe enthält jedoch § 88a AO eine hinreichende verfassungsgemäße gesetzliche Grundlage. Insbesondere ist die Norm angesichts des von ihr verfolgten Ziels der gleichmäßigen Festsetzung und Erhebung von Steuern mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar.

Die Gerichte haben bei der Anwendung des in § 19 Bundesdatenschutzgesetz geregelten Ausschlussstatbestands das grundrechtlich geschützte Auskunftsinteresse des Beschwerdeführers mit dem gegenläufigen öffentlichen Interesse an der Aufgabenerfüllung des Bundesamts in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise abgewogen. In den angegriffenen Urteilen wird im Einzelnen herausgearbeitet, weswegen die Aufgabenerfüllung des Bundesamts durch eine Auskunftserteilung über die gesammelten Daten gefährdet werden kann. Der Zweck der Aufgabe, Informationen über Domizilgesellschaften zu sammeln, würde vereitelt. Eine Auskunftserteilung würde dem Betroffenen offenbaren, über welche seiner unterschiedlichen Funktionen im Ausland das Bundesamt bereits informiert sei. Der Betroffene könnte sein Verhalten dementsprechend auf den Kenntnisstand des Bundesamtes einstellen. Das öffentliche Interesse an der Aufgabenerfüllung gehe dem Informationsinteresse desjenigen, über den Daten gesammelt worden sind, vor, da die gesammelten Daten nach einer Auskunftserteilung weitgehend wertlos würden. Die Einschätzung der Gerichte, das Informationsinteresse des Beschwerdeführers wiege gegenüber dem mit der Geheimhaltung verfolgten Ziel der gleichmäßigen Festsetzung und Erhebung von Steuern vergleichsweise geringer, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Dem Umstand, dass der Beschwerdeführer infolge des Ausschlusses seines Auskunftsanspruchs derzeit die Richtigkeit der gesammelten Daten und die Rechtmäßigkeit ihrer fortwährenden Speicherung nicht wirkungsvoll überprüfen lassen kann, ist Rechnung zu tragen, wenn die Daten in einem konkreten steuerbehördlichen Verfahren zum Nachteil des Beschwerdeführers herangezogen werden. Dabei ist sicherzustellen, dass dem Beschwerdeführer keine Nachteile aus der zeitlichen Verlagerung des Rechtsschutzes erwachsen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 19. 3. 2008

Bereits eine Million E-Pässe ausgestellt Große Akzeptanz für den neuen elektronischen Pass

Anlässlich der Ausgabe des einmillionsten elektronischen Reisepasses erklären der innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Uhl, MdB und der zuständige Berichterstatter, Clemens Binninger, MdB:

Heute wurde der 1.000.000ste neue elektronische Reisepass, in dem das Gesichtsfeld und zwei Fingerabdrücke auf einem Chip gespeichert werden, ausgestellt.

Das und die deutliche Zunahme der Antragszahlen seit der Einführung der elektronischen Reisepässe am 1. November 2007 zeigen, dass die Akzeptanz bei den Bürgerinnen und Bürgern sehr groß ist.

Die Behauptung, dass die Speicherung der Fingerabdrücke auf Ablehnung und Ängste in der Bevölkerung stoßen würde, hat sich damit als unzutreffend erwiesen.

Die Bürgerinnen und Bürger wissen, dass der Sicherheitsstandard durch den elektronischen Reisepass mit dem biometrischen Merkmal Gesichtsfeld und Fingerabdrücken deutlich

gesteigert wird; anhand der biometrischen Merkmale kann die Identität des Passbesitzers schnell und zweifelsfrei festgestellt werden.

Darüber hinaus haben auch die vorbildlichen Vorarbeiten des Bundesinnenministeriums zu diesem Ergebnis geführt.

Aufgrund der intensiven Schulungsmaßnahmen der Mitarbeiter der Passbehörden und der intensiven Feldtests im Vorfeld der Einführung durch den BMI gab es keine technischen Probleme in den rund 5600 Passbehörden. Die Erfassung der Fingerabdrücke im Antragsprozess, deren Übermittlung an die Bundesdruckerei und die Produktion der Reisepässe verliefen reibungslos.

Die Einführung des elektronischen Reisepasses in Deutschland ist ein voller Erfolg.

BMJ-Newsletter vom 18. 4. 2008

Aufwind für Mediation in Europa – Zypern beruft Expertengremium aus Wissenschaft und Verbänden

Der Rat der EU hat jüngst den Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen gebilligt (sog. Mediationsrichtlinie).

Die Richtlinie, die nur grenzüberschreitende Streitigkeiten zum Gegenstand hat, regelt insbesondere:

- die Vertraulichkeit von im Rahmen einer Mediation bekannt gewordenen Erkenntnissen. Dadurch wird sicherstellt, dass Gesprächsinhalte nicht an Dritte weitergegeben werden und die Mediation in einer offenen Atmosphäre durchgeführt werden kann;
- die Vollstreckbarkeit einer im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung. Sie bewirkt, dass eine solche Vereinbarung tatsächlich durchgesetzt werden kann;
- die Hemmung von Verjährungsfristen zu Beginn der Mediationsverhandlung. Damit wird die Verjährung eines Anspruchs während einer Mediation verhindert.

Die Mediationsrichtlinie wird voraussichtlich nach ihrer Verabschiedung durch das Europäische Parlament im Sommer 2008 in Kraft treten. Die Mitgliedstaaten haben dann drei Jahre Zeit, um die Mediation als modernes Mittel der außergerichtlichen Streitbeilegung gesetzlich zu regeln.

Deutschland verfügt derzeit über keine gesetzlichen Bestimmungen zur Mediation. Bundesjustizministerin Brigitte Zypries hat eine Expertengruppe einberufen, um den Bedarf und möglichen Inhalt einer gesetzlichen Regelung für grenzüberschreitende und innerstaatliche Konflikte zu prüfen. Die Expertengruppe, der namhafte Vertreter der Wissenschaft und der berufsständischen Verbände sowie Vertreter der Länder angehören, tritt heute erstmals zusammen.

„Im Vergleich zu einem Gerichtsverfahren bietet die Mediation in vielen Fällen zahlreiche Vorteile: Die Parteien versuchen mit Hilfe eines Mediators, von ihnen selbst entwickelte Lösungen zu finden, die ihre Zukunftsvorstellungen berücksichtigen und für beide Seiten gewinnbringend sind. Auf diese Weise können persönliche und geschäftliche Beziehungen erhalten oder auf eine neue Basis gestellt werden. Außerdem können emotionale Belastungen verringert und betriebliche Kosten eingespart werden“, sagte Zypries. Ein Mediationsverfahren nimmt grundsätzlich weniger Zeit in Anspruch als ein Gerichtsverfahren, das vielfach über mehrere Instanzen geführt wird.

„Ich bin davon überzeugt, dass die Parteien in unserer Zivilgesellschaft ihre Konflikte auch ohne Inanspruchnahme der Gerichte eigenverantwortlich beilegen können. Diese Rechtskultur will ich weiterentwickeln. Die von mir einberufene Expertengruppe wird dazu einen wertvollen Beitrag leisten“, erklärte Zypries.

Hinw. d. Red.: Vgl. Kraus, Mediation – ein Versuch lohnt sich. Ansätze zur Beilegung von Streitfällen aus Gewerbemietverträgen, in GuT 2007, 123.

OLG Köln-Pressemitteilung vom 18. 3. 2008

Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung der „Russen-Siedlung“ in Köln zulässig Berufung Moskaus beim OLG Köln nur teilweise erfolgreich

Der 22. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln hat mit einem heute verkündeten Urteil die Zwangsvollstreckung des Münchener Kaufmanns Franz Sedelmeyer in Auslandseigentum der Russischen Föderation für zulässig erklärt. Der Berufung des Kaufmanns gegen ein Urteil des Landgerichts Köln vom 11.05.2007 wurde überwiegend stattgegeben; er darf damit wegen ihm zustehender Ansprüche gegen die Russische Föderation weiterhin die Zwangsversteigerung bzw. die Zwangsverwaltung in das Grundstück Friedrich-Engels-Str. 7 in Köln betreiben (Az. OLG Köln: 22 U 98/07).

Der Münchener Kaufmann und Sicherheitsberater hatte nach dem Fall des Eisernen Vorhangs in St. Petersburg eine Firma für Objekt- und Personenschutz aufgebaut und später dort eine Gründerzeitvilla als Firmensitz und Konferenzzentrum erworben, die er kostspielig sanieren ließ. Später wurde ihm das Objekt durch Erlass Boris Jelzins entzogen. Sedelmeyer gab indes nicht auf und erwirkte vor einem Schiedsgericht in Stockholm wegen seiner Entschädigungsansprüche eine Verurteilung der Russischen Föderation in Höhe von 4,9 Mio. €. Dieser Schiedsspruch wurde durch das Kammergericht Berlin für in Deutschland vollstreckbar erklärt. Daraufhin beantragte Sedelmeyer beim Amtsgericht Köln die Zwangsversteigerung sowie die Zwangsverwaltung des Kölner Gebäudegrundstücks der Russischen Föderation, das früher im Eigentum der Sowjetunion stand und die sowjetische Handelsvertretung beherbergte. Die Verwaltung des russischen Auslandsvermögens ist heute an ein selbständiges staatliches Einheitsunternehmen übertragen, das durch Erlass des Präsidenten nach russischem Recht als eigenständige Rechtspersönlichkeit errichtet worden ist. Das genannte Verwaltungsunternehmen hat das Gebäude in Köln an die Fa. GAG Immobilien AG in Köln vermietet. Auch die Mietforderungen gegen die Fa. GAG hatte der Münchener Kaufmann gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen.

Gegen die genannten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen hatte das „Unternehmen zur Verwaltung des Auslandseigentums“ mit der Begründung geklagt, sie hafte nicht für Schulden der Russischen Föderation, mit der sie nicht identisch sei. Ihr stünden daher eigene Rechte sowohl an dem Grundstück in Köln als auch an den Mietansprüchen zu, die der Zwangsvollstreckung entgegen stünden. Der Münchener Kaufmann hatte demgegenüber argumentiert, das staatliche russische Unternehmen sei nur der verlängerte Arm der russischen Föderation. Die Übertragung des Rechts zur wirtschaftlichen Verwertung sei nach deutschem Recht unbeachtlich.

Das Gericht hat in seiner heutigen Entscheidung die Zwangsvollstreckung „in das Grundstück“ für zulässig erachtet und nur die Pfändung von Mietzinsansprüchen des Verwaltungsunternehmens gegenüber der Fa. GAG Immobilien bzw. die Pfändung von Auslandskonten für unzulässig erklärt.

Zwar sei das Unternehmen zur Verwaltung des Auslandseigentums nicht mit der Russischen Föderation identisch, weil es nach russischen Recht wirksam als eigenständige Rechtsperson gegründet worden sei. Allerdings sei nach wie vor die Russische Föderation im deutschen Grundbuch als Eigentümer des

Grundstücks in Köln eingetragen. Dem klagenden Verwaltungsunternehmen stehe kein eigenes Recht am Grundstück zu, das der Zwangsversteigerung oder -verwaltung entgegengesetzt werden könne. Zwar hatte die Russische Föderation ihrem Verwaltungsunternehmen nach Anordnung der Zwangsversteigerung noch ein Nießbrauchsrecht eingeräumt – dies war allerdings zu spät, da zuvor bereits die Anordnung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung im Grundbuch eingetragen war, so dass das Nießbrauchsrecht mit dem späteren Zuschlag des Grundstücks an einen Erwerber erlischt. Das „Recht zur wirtschaftlichen Verwaltung“, das dem klagenden Verwaltungsunternehmen nach russischem Recht zustand, stellt nach Ansicht des Senats kein dingliches Recht am Grundstück dar, das der Zwangsversteigerung entgegen gehalten werden könnte. Die Gesetze der Bundesrepublik Deutschland bestimmen die möglichen Rechte am Grundstück (wie Grundschulden, Nießbrauch, Dienstbarkeiten etc.) nämlich abschließend und schreiben deren Inhalt zwingend vor, so der Senat.

Für unbegründet hat der Senat die Berufung nur erklärt, als der Kaufmann in die Mietansprüche des Verwaltungsunternehmens gegenüber der GAG vollstreckt hat. Soweit diese Mieten bereits beim Amtsgericht hinterlegt waren, muss Sedelmeyer der Freigabe zugunsten des russischen Verwaltungsunternehmens zustimmen. Inhaberin dieser Mietansprüche sei nämlich nicht die Russische Föderation, sondern das selbständige Verwaltungsunternehmen, das den Mietvertrag mit der GAG abgeschlossen habe. Die Ansprüche auf Mietzahlung seien daher beim Verwaltungsunternehmen entstanden. Die Übertragung des Rechts auf wirtschaftliche Verwertung sei auch nicht nach deutschem Recht anfechtbar.

Die Revision gegen das Urteil wurde vom Senat nicht zugelassen; das russische Verwaltungsunternehmen kann allerdings binnen eines Monats nach Zustellung des Urteils Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof erheben.

BMJ-Newsletter vom 20. 3. 2008

125 Jahre internationaler Schutz für Innovationen

Heute vor 125 Jahren wurde die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums (PVÜ) geschlossen. Es ist das erste multilaterale Übereinkommen, das umfassende Regelungen zum gewerblichen Rechtsschutz enthält. Für Deutschland ist die PVÜ im Jahre 1903 in Kraft getreten. Heute gehören ihr 172 Vertragsstaaten an.

Die PVÜ gilt für Patente, Gebrauchsmuster, Marken und Geschmacksmuster und enthält eine Reihe von Regelungen, die heute zum Kern des gewerblichen Rechtsschutzes zählen. Bahnbrechend war zum Beispiel die Schaffung des Prioritätsrechts (Art. 4 PVÜ): Meldet jemand in einem Mitgliedsstaat eine Erfindung zum Patent an, kann er dieselbe Erfindung innerhalb von 12 Monaten in einem weiteren Vertragsstaat anmelden, ohne dass er sich entgegenhalten muss, die Erfindung sei nicht mehr neu, weil er sie ja schon in einem anderen Land angemeldet habe. Dieser Schutz ist wichtig, da eine Erfindung nur dann patentiert werden kann, wenn sie gegenüber dem Stand der Technik neu ist und auf einer erfinderischen Tätigkeit beruht. Die PVÜ enthält außerdem den Grundsatz der Inländerbehandlung, wonach Angehörigen von Vertragsstaaten in allen anderen Vertragsstaaten die gleichen Rechte eingeräumt werden, die jeweils deren eigene Staatsangehörige genießen.

Auslöser für die Übereinkunft war die starke Zunahme des internationalen Handels im 19. Jahrhundert. Die Rechtszersplitterung beim Schutz des gewerblichen Eigentums behinderte zunehmend den internationalen Handel mit innovativen Produkten. Besonders deutlich wurde das Bedürfnis für gemeinsame Regelungen, als sich zahlreiche Hersteller weigerten, ihre Erfindungen auf der Weltausstellung 1873 in Wien zu präsentieren, weil sie Nachahmer fürchteten. Noch im selben Jahr begannen die Vorarbeiten zur PVÜ, die in dem Abschluss der Übereinkunft am 20. März 1883 mündeten.

www.prewest.de

über 129 000 Zugriffe seit Februar 2007

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 6. 3. 2008**

**Deutschlands Führungsrolle stärken, Erneuerbare
Energien marktreif machen**

Handlungsbedarf bei der Steigerung der Energieeffizienz

Anlässlich der Washingtoner International Renewable Energy Conference (WIREC) erklärt die Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Katherina Reiche MdB:

2004 fand die erste internationale Konferenz zu Erneuerbaren Energien in Bonn statt. Auf der zweiten Nachfolgekonferenz, WIREC in Washington, zeigt es sich, welche entscheidende Rolle die Erneuerbaren Energien nunmehr auch global spielen. Deutschlands Führungsrolle findet dabei weltweite Anerkennung.

Wir sind bei den Erneuerbaren Energien Markt- und Technologieführer. Das Erneuerbare-Energien-Gesetz hat dafür die Voraussetzungen geschaffen und dient weltweit als „Blaupause“ für erfolgreiche Förderung der Erneuerbaren Energien. Ziel der gegenwärtigen parlamentarischen Beratungen zur Novellierung des EEG ist es, die Erneuerbaren Energien schnell marktfähig zu machen, Transparenz zu schaffen und weitere Innovationssprünge angemessen zu berücksichtigen. Belastungen für die Verbraucher sind ebenso im Blick zu behalten wie Belastungen für die Wirtschaft. Neben dem verstärkten Ausbau der Erneuerbaren Energien im Strom- und Wärmebereich geht es deshalb um die Steigerung der Energieeffizienz. Dass das letztgenannte Thema Leitmotiv der diesjährigen Cebit ist, beweist den Handlungsbedarf bei der Steigerung der Energieeffizienz.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 24. 1. 2008**

**EU Energie- und Klimapakete nachbessern
Atomausstieg in Frage gestellt**

Anlässlich der Veröffentlichung des Klima- und Energiepaketes der EU-Kommission erklärt die stellvertretende Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Katherina Reiche MdB:

Dass das Paket nicht der Weisheit letzter Schluss sein kann, zeigt allein die Tatsache, dass die Kommission bis in den frühen Morgen verhandelte.

Bei der Zuteilung von Emissionsrechten an die energieintensiven Industrien scheint sich die Vernunft durchgesetzt zu haben, denn die Verlagerung hocheffizienter Branchen wie Aluminium, Stahl und Chemie in andere Teile der Welt hilft weder der Umwelt noch dem Klima. Jetzt muss Rechtssicherheit für diese Unternehmen geschaffen werden.

Nach ersten Analysen werden die Vorschläge der EU-Kommission nicht das deutsche EEG aushöhlen. Dies ist zu begrüßen. Unser EEG-Modell mit seiner Einspeiseregulation ist weltweit Vorbild für effiziente und kostengünstige Förderung der Erneuerbaren Energien.

Dass die Kommission von Deutschland in Form einer sogenannten Gerechtigkeitskomponente erhöhte CO₂ Einsparungen von 4 Prozent (14 statt 10 Prozent) ab 2005 verlangt, ist unverständlich. Hier muss Abhilfe geleistet werden. Bundesminister Gabriel ist hier gefordert!

Bei der niedrigen Deckelung der CO₂-Emissionsrechte wird sich das Thema Kernenergie nicht länger ideologisch unterdrücken lassen. Der Ausstieg vom Ausstieg wird kommen!

Unsere Anzeigenpreisliste 1/2008

im Internet: www.prewest.de
oder gemailt: info@prewest.de
oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 20. 2. 2008**

**Grünbuch zur Mobilität in der Stadt – Gefährliches Spiel
der EU-Kommission**

**Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen
Selbstverwaltung und die daraus abgeleitete Planungs-
hoheit der Städte darf nicht eingeschränkt werden**

Zur heutigen mitberatenden Stellungnahme des Bundestags-Europaausschusses zum Grünbuch der Europäischen Kommission „Hin zu einer neuen Kultur der Mobilität in der Stadt“ erklären der Europapolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Michael Stübgen MdB, und der zuständige Berichterstatter für Verkehrspolitik, der Parlamentarische Geschäftsführer, Bernhard Kaster MdB:

Die Europäische Kommission wagt sich mit ihrem Grünbuch zur städtischen Verkehrspolitik nicht zum ersten Mal in eine Grauzone ihrer Zuständigkeiten vor. Die mit dem städtischen Verkehr zusammenhängenden Fragestellungen und Probleme sind vorrangig von den kommunalen Verantwortungsträgern unter Einbeziehung der Bürger und der Wirtschaft vor Ort zu entscheiden. Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung und die daraus abgeleitete Planungshoheit der Städte darf nicht eingeschränkt werden. Von europäischer Seite kann hier sinnvollerweise nur eine Unterstützung beim Erfahrungsaustausch der Kommunen untereinander sowie bei der Entlastung von Verwaltungsaufgaben, der Vereinfachung bestehender Rechtsvorschriften sowie der Harmonisierung bestimmter technischer Normen erfolgen.

Keinesfalls jedoch können wir den Überlegungen der Kommission etwa zu möglichen Rechtsakten und Harmonisierungsvorschlägen für City-Maut-Systeme, zur Förderung sauberer Fahrzeuge oder zur Parkraumbewirtschaftung folgen. Genauso abwegig ist aus unserer Sicht eine angedachte Beobachtungsstelle für die Mobilität in der Stadt. Hier stellt die Kommission gefährliche Gedankenspiele an, die bereits jetzt befürchten lassen, dass sie mit ihrem nach Ende der laufenden öffentlichen Anhörung am 15. März angekündigten Aktionsplan gleich mehrere schwer wiegende Verstöße gegen das Subsidiaritätsprinzip plant. Wir werden als Unionsfraktion bei allen weiteren Vorschlägen der Kommission auf der Grundlage dieses Grünbuchs darauf achten, dass sie ihre Kompetenzen nicht überschreitet. Wenn dies doch geschehen sollte, werden wir uns mit allen zur Verfügung stehenden politischen und rechtlichen Mitteln zur Wehr setzen.

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion fordert die Kommission auf, ihr Handeln endlich am Subsidiaritätsprinzip, an der Verhältnismäßigkeit und am europäischen Mehrwert als Maßstab auszurichten.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 13. 2. 2008**

**Neue Bürokratie beim Bodenschutz vermeiden
Deutschland hat ein hervorragendes Niveau beim
Bodenschutz**

Zu den Plänen zur Schaffung eines Bodenerosionskatasters erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB und der zuständige Berichterstatter, Johannes Röring MdB:

Vor wenigen Wochen erst wurde durch eine klare Positionierung der Bundesregierung die Schaffung einer völlig unnötigen Bodenschutz-Rahmenrichtlinie auf EU-Ebene verhindert. Nun droht erneut eine unsinnige bürokratische Belastung der Landwirte. Aufgrund der unter Ministerin Künast vereinbarten Vorgabe der Reform der Gemeinsamen Europäischen Agrarpolitik von 2003 zu Cross Compliance, die nur in einem Vermittlungsausschuss auf Druck der Union zunächst verhindert werden konnte, soll jedes Flurstück im Hinblick auf die Erosions-

gefährdung katalogisiert werden. Für die so zugeordneten Flächen sollen je nach Gefährdungsstufe Maßnahmen zur Vermeidung von Erosion festgelegt werden.

Die Union sieht darin ein völlig überflüssiges Beschäftigungsprogramm für Landvermesser. Deutschland hat ein hervorragendes Niveau beim Bodenschutz. Die Landwirte haben einen sehr hohen Ausbildungsstand und wissen daher auch mit der Gefahr von Erosion umzugehen. Es liegt doch im eigenen Interesse des Landwirtes, seine eigene Produktionsgrundlage zu erhalten.

Wir unterstützen das Vorhaben der Bundesregierung, dieses Vorhaben im Rahmen der Entbürokratisierungsbemühungen bei Cross Compliance zu stoppen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 11. 4. 2008

Ehegattensplitting geht OECD nichts an Die Kritik der OECD an der Familienpolitik der Union ist grundfalsch und arrogant

Anlässlich des OECD-Berichts der Deutschland auffordert, das Ehegattensplitting und das versprochene Betreuungsgeld zu streichen, erklärt der familienpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Johannes Singhammer MdB:

Die Kritik der OECD an der Familienpolitik der Union ist grundfalsch und arrogant.

Das Betreuungsgeld ist im Gesetz vorgesehen und dabei bleibt es auch. Damit schaffen und gewährleisten wir die Freiheit für Mütter und Väter, selbst zu entscheiden, ob sie ihre Kinder zu Hause betreuen oder sie in fremde Hände geben.

Ebenso werden wir am Ehegattensplitting festhalten.

Die OECD wäre gut beraten, sich darum zu sorgen, welche zunehmend ungerechten Wirkungen haftungsloses Führungsverhalten ein globalisiertes Unternehmen entfaltet. Immer weniger Menschen verstehen es, wenn bei eklatantem Fehlverhalten von angestellten Managern der einfache Mitarbeiter mit dem Verlust seines Arbeitsplatzes bezahlen muss, die Verursacher des Missstandes aber mit riesigen Abfindungen davon kommen.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 1. 4. 2008

Europäischer Gerichtshof stärkt erneut Rechte von Lesben und Schwulen

Zum heutigen Urteil des Europäischen Gerichtshofs zum Anspruch gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften auf Hinterbliebenenrenten aus berufsständischen Versorgungssystemen (Fall Maruko, Rechtssache C-267/06) erklären Volker Beck, Erster Parlamentarischer Geschäftsführer, und Irmingard Schewergerigk, Parlamentarische Geschäftsführerin:

Das Signal des Urteils ist: Eine Benachteiligung von Lebenspartnerschaften gegenüber der Ehe widerspricht europäischem Recht. Sie ist eine unzulässige Diskriminierung. Das ist ein Riesensieg für die Lesben und Schwulen in Deutschland und eine Blamage für die konservative Rechtspolitik!

Diesem Signal gilt es jetzt auch gesetzgeberisch zu folgen. Gleichstellungspolitik darf sich nicht darin erschöpfen, auf Urteile aus Luxemburg oder Straßburg zu warten. Im Steuer- und Versorgungsrecht muss jetzt gleiches Recht für Lebenspartner geschaffen werden!

Das Urteil ist auch ein Ergebnis unserer Strategie, die Lebenspartner bei den Pflichten im Familienrecht mit der Ehe gleichzustellen. Was Witwen- und Witwerrenten aus betrieblichen Versorgungssystemen angeht, gibt es nach dem wegweisenden Urteil nun keinen Zweifel mehr: Da Ehe und Lebenspartnerschaft vergleichbar sind, muss es auch gleiche Ansprüche

geben. Ausdrücklich hat das Gericht sich darauf bezogen, dass der Status der Eingetragenen Lebenspartnerschaft dem der Ehe schrittweise angeglichen worden ist.

Jetzt gilt es, auch die letzten Schritte in Richtung Gleichstellung zu gehen. Die Antidiskriminierungsrichtlinien müssen konsequent umgesetzt und das Lebenspartnerschaftsgesetz ergänzt werden. Für den Ausschluss verpartnerter Beamtinnen und Beamter von der Gleichstellung gibt es immer weniger Rechtfertigung. Angestellte sind bereits seit 2005 in der gesetzlichen Rentenversicherung mit Eheleuten gleichgestellt. Der Entwurf der Bundesregierung zum Dienstrechtneuordnungsgesetz, zu dem am kommenden Montag eine Sachverständigenanhörung im Innenausschuss stattfindet, sollte unbedingt nachgebessert werden. Die schwarz-rote Koalition muss zeigen, dass sie es ernst meint mit der rechtlichen Gleichstellung von Lesben und Schwulen.

Auch das Einkommenssteuer- und Erbschaftssteuerrecht sollte sich an den Grundgedanken der Nichtdiskriminierung orientieren!

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 4. 4. 2008

Nach EuGH-Urteil: Alles spricht für Mindestlohn – Vergaberrechtsreform muss kommen

Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs zum niedersächsischen Vergaberecht erklären Brigitte Pothmer, arbeitsmarktpolitische Sprecherin, und Kerstin Andreae, wirtschaftspolitische Sprecherin:

Das Urteil macht Tempo für die möglichst schnelle und flächendeckende Einführung des Mindestlohns in Deutschland. Alles spricht dafür:

- weil die Betroffenen ihn brauchen, um existenzsichernde Löhne zu erhalten,
- weil die Mehrheit der Bevölkerung und die Mehrheit in den Parlamenten dafür ist und
- weil jetzt auch noch diese höchstrichterliche EU-Entscheidung vorliegt.

Das Urteil stärkt die Allianz für den Mindestlohn.

Jetzt gilt es nur noch, der restkollektiven Unvernunft von Wirtschaftsminister Glos und seinen Getreuen in der Unionsführung den Garaus zu machen.

Für die Branchen, die jetzt ins Entsendegesetz aufgenommen werden wollen, muss die Bundesregierung schleunigst die rechtlichen Voraussetzungen schaffen, und die Mindestlohngesetze müssen zügig im Bundestag beraten werden.

Die Bundesregierung hat die überfällige Reform des Vergaberechts schleifen lassen. Noch immer ist die EU-Vergaberichtlinie in Deutschland nicht umgesetzt. Das führt zu starken Unsicherheiten bei der Anwendung sozialer und ökologischer Vergabekriterien. Die Bundesregierung muss die Richtlinie jetzt ohne Abstriche umsetzen, um dieses rechtliche Wirrwarr zu beenden. Das EuGH-Urteil macht klare Regelungen zu Mindestlöhnen und zum Vergaberecht dringender denn je.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 24. 4. 2008

Sozialen Anspruch der EU bewahren

Zu den gravierenden Folgen des EuGH-Urteils vom 3. April 2008 fuer den Arbeitnehmerschutz erklart der Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Peter Struck:

Oeffentliche Auftraege koennen kuenftig in Deutschland nicht mehr an ortsuebliche Tarifloehne gebunden werden. Das folgt aus dem sogenannten Rueffert-Urteil des Europaeischen Gerichtshofs (EuGH). Danach ist im niedersaechsischen Vergabegesetz die Verpflichtung zur Tariftreue nicht mit dem EU-

Recht vereinbar. In den Augen des EuGH koennen Unternehmen, die oeffentliche Auftraege annehmen, lediglich zur Zahlung von gesetzlichen Mindestloehnen beziehungsweise tarifvertraglich vereinbarten und fuer allgemeinverbindlich erklarten Loehnen verpflichtet werden.

Der EuGH stellt damit wie schon in anderen Urteilen (Viking, Laval) die Dienstleistungsfreiheit ueber den Schutz der Arbeitnehmer. Dies gefaehrdet die Glaubwuerdigkeit des sozialen Anspruchs der EU.

Um dem entgegen zu wirken, setzt sich die SPD-Bundestagsfraktion da fuer ein, dass:

1. zuegig flaechendeckend Mindestloehne fuer alle Branchen in Deutschland eingefuehrt werden. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz muss auf so viele Branchen wie noetig ausgedehnt und das Mindestarbeitsbedingungengesetz novelliert und angewandt werden. Nur so koennen wir sicherstellen, dass Mindestloehnsaetze nicht unterlaufen werden und Lohndumping verhindert wird - auch im Hinblick auf die bis Ende 2009 umzusetzende EU-Dienstleistungsrichtlinie.

2. ueber Mindestloehne hinaus die gesamte Bandbreite tariflicher Entgelte fuer den Bereich der oeffentlichen Auftragsvergabe zukuenftig europarechtlich geschuetzt werden kann. Dazu muss auf europaeischer Ebene die EU-Entsenderichtlinie geaendert und klargestellt werden, dass sie einen Mindestschutz darstellt, ueber den hinausgegangen werden kann. Es muss Koherenz mit dem europaeischen Vergaberecht hergestellt werden, das die Beruecksichtigung von sozialen Kriterien bei der oeffentlichen Auftragsvergabe ausdruecklich erlaubt.

BGH-Pressmitteilung Nr. 30/2008 vom 14. 2. 2008

EuGH muss ueber die geographische Angabe „Bayerisches Bier“ entscheiden

Der u. a. fuer das Markenrecht zuständige I. Zivilsenat hat am 14. Februar 2008 beschlossen, dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) in Luxemburg Fragen zum Umfang des Schutzes einer durch eine Verordnung der Europäischen Gemeinschaften geschützten geographischen Angabe gegenüber einer international registrierten Marke vorzulegen (Beschluss vom 14. Februar 2008 – I ZR 69/04 – BAVARIA).

Der Kläger, der Bayerische Brauerbund e.V., ist der Dachverband der Bayerischen Brauwirtschaft. Zu seinen satzungsgemäßen Aufgaben gehört es, gegen die unlautere Verwendung der Angabe „Bayerisches Bier“ vorzugehen. Diese Bezeichnung ist im Jahre 2001 aufgrund eines Anfang 1994 gestellten Antrags der Bundesrepublik Deutschland in einem sogenannten vereinfachten Verfahren nach Art. 17 der Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 als geschützte geographische Angabe in das bei der Europäischen Kommission geführte Register eingetragen worden.

Die Beklagte ist eine niederländische Brauerei. Sie ist Inhaberin einer international registrierten Marke mit den Wortbestandteilen „BAVARIA HOLLAND BEER“, die in Deutschland mit Zeitrang vom 28. April 1995 Schutz für die Ware „Bier“ genießt.

Der Kläger hat die Beklagte wegen Verletzung der geschützten geographischen Angabe „Bayerisches Bier“ auf Einwilligung in die Entziehung des Schutzes der IRMarke für Deutschland in Anspruch genommen.

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die Verordnung, mit der der Schutz der Bezeichnung „Bayerisches Bier“ begründet worden ist, wirksam ist. Die Frage der Wirksamkeit dieser Verordnung ist bereits Gegenstand eines an den EuGH gerichteten Vorabentscheidungsersuchens eines italienischen Gerichts in einem zwischen den Parteien in Italien geführten Prozess.

Der Bundesgerichtshof hat nun dem EuGH weitere Fragen zum Schutz einer im vereinfachten Verfahren eingetragenen geographischen Angabe gegenüber einer Marke vorgelegt. Das

europäische Recht gibt einer eingetragenen geographischen Angabe einen weitreichenden Schutz gegenüber prioritätsjüngeren Marken, auch wenn es sich nur um eine Anspielung auf die geschützte Bezeichnung oder um eine Übersetzung handelt. Der Vorrang der älteren geographischen Angabe gegenüber der jüngeren Marke gilt selbst dann, wenn – wie bei der Marke der Beklagten („BAVARIA HOLLAND BEER“) – die tatsächliche Herkunft angegeben ist und daher mit der Marke keine Täuschung über die geographische Herkunft des Produkts verbunden ist.

Die vom Bundesgerichtshof gestellten Fragen beziehen sich vor allem auf den Zeitrang, der der geschützten geographischen Angabe zukommt. Fraglich ist insbesondere, ob als Zeitrang der Zeitpunkt der Einreichung des Antrags durch den betreffenden Mitgliedstaat maßgeblich sein kann, wenn – wie im vereinfachten Verfahren – nicht der Antrag, sondern erst die Eintragung veröffentlicht wird.

Eine zweite Frage betrifft den Fall, dass die Verordnung, mit der die Bezeichnung „Bayerisches Bier“ in das Register der geschützten geographischen Angaben eingetragen worden ist, unwirksam ist. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die Klägerin einen entsprechenden Schutz aus dem nationalen Recht in Anspruch nehmen kann. In der Literatur ist umstritten, ob auf nationale Vorschriften zum Schutz geographischer Herkunftsangaben zurückgegriffen werden kann, wenn die Bezeichnung die Voraussetzungen für einen Schutz nach den einschlägigen Vorschriften der Europäischen Gemeinschaft erfüllt, eine wirksame Eintragung in das Register der Kommission aber nicht erfolgt ist. Der Bundesgerichtshof hat daher dem EuGH auch die Frage nach dem Verhältnis der nationalen Vorschriften zum Schutz geographischer Herkunftsangaben zum Schutzsystem der Europäischen Gemeinschaften vorgelegt.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressmitteilung vom 20. 2. 2008

GS-Zeichen bleibt erhalten Erfolg für den Verbraucherschutz

Zur gestrigen Entscheidung des europäischen Binnenmarktausschusses, bei der Produktkennzeichnung weiterhin nationale Gütesiegel zuzulassen, erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB, und die Verbraucherschutzbeauftragte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Julia Klöckner MdB:

Das GS-Zeichen („Geprüfte Sicherheit“) bleibt erhalten – dies ist eine gute Nachricht für alle Verbraucher und ein erster Teilerfolg im Bereich der europäischen Produktkennzeichnung. Neben dem umstrittenen europäischen Sicherheitszeichen CE bleiben künftig nationale Siegel zugelassen und können Verbrauchern weiterhin eine wichtige Orientierung bei ihrer Kaufentscheidung geben. Damit können bei Spielzeugen mit GS-Zeichen gesundheitliche Gefahren für Kinder ausgeschlossen werden. Gerade durch die Rückrufaktionen von Spielzeugen der vergangenen Monate ist dies ein wichtiges Signal.

In Deutschland und mehreren anderen EU-Staaten weist das bewährte GS-Zeichen auf eine unabhängige Kontrolle der Produktsicherheit hin, und die Verleihung setzt eine Baumusterprüfung durch eine unabhängige Prüf- und Zertifizierungsstelle voraus. Ursprünglich sollte dieses Gütesiegel nach einem Vorhaben der EU-Kommission durch die europäische CE-Kennzeichnung ersetzt werden. Anders als das GS-Zeichen stellt die CE-Kennzeichnung jedoch lediglich eine Selbstdeklaration des Herstellers dar. Für die Verbraucherinnen und Verbraucher wäre dies ein deutlicher Rückschritt gewesen. Unser besonderer Dank gilt deshalb auch den Unionskollegen aus dem Europaparlament, die sich gemeinsam mit der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und der Bundesregierung für den Erhalt des GS-Zeichens eingesetzt haben.

Ein erster Schritt ist getan, dennoch müssen wir unsere Bemühungen nach einem europaweit freiwilligen Zeichen nach dem Vorbild von GS weiter fortsetzen. Eine Studie der Europäischen Kommission soll jetzt Klarheit über das Funktionieren des CE-Systems und des bestehenden nationalen Kennzeichens geben. Basierend auf diesen Ergebnissen müssen wir ein einheitliches und sicheres Produktkennzeichnungssystem in Europa schaffen, damit künftig die hohen deutschen Verbraucherschutzstandards auch europaweit erhalten bleiben.

BMJ-Newsletter vom 8. 4. 2008

Verbraucherkreditrichtlinie verabschiedet

Der Rat der Europäischen Union für Verkehr, Telekommunikation und Energie hat am gestrigen Abend die neue Verbraucherkredit-Richtlinie endgültig gebilligt. „Die Verbraucherkreditrichtlinie bringt viele praktische Vorteile für Europas Verbraucherinnen und Verbraucher. Künftig wird europaweit ein echter Angebotsvergleich bei Krediten möglich sein: Anbieter unterliegen einheitlichen Transparenzregeln. Der effektive Jahreszins eines Kredits wird nach einheitlichen Maßstäben berechnet“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

Ziel der Richtlinie ist es, den Verbraucherschutz europaweit durch mehr Transparenz zu verbessern. Die neue Richtlinie enthält abschließende Vorgaben für die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten (Grundsatz der Vollharmonisierung). Künftig werden auch Überziehungskredite und so genannte Renovierungskredite – anders als Kredite, die durch Grundpfandrechte gesichert sind oder zum Kauf von Grundstücken oder Gebäuden dienen – in die Richtlinie einbezogen sein, um den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Kreditformen nicht zu verzerren.

Wesentlicher Inhalt der Richtlinie:

- Werbung: Ein Kreditgeber, der mit einem Zinssatz wirbt, muss ergänzende Angaben zu den Kreditbedingungen hinzufügen (Höchstbetrag, Gebühren, effektiver Jahreszins);
- vorvertragliche Informationen: Bevor der Verbraucher einen Kreditvertrag schließt, muss er die wesentlichen Informationen zum Kredit in einem – EU-weit einheitlichen – Formular erhalten (Europäische Standardinformationen für Verbraucherkredite);
- Angaben, die in Kreditverträgen enthalten sein müssen;
- Widerrufsrecht: Ein Recht des Verbrauchers, den Kreditvertrag innerhalb von 14 Tagen zu widerrufen, gab es bislang nur in Deutschland und einigen anderen Mitgliedstaaten. Künftig gilt das Widerrufsrecht europaweit;
- vorzeitige Rückzahlung: Die Richtlinie begrenzt die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung, die der Kreditgeber im Falle der vorzeitigen Rückzahlung verlangen kann;
- Vorgaben für die einheitliche Berechnung des effektiven Jahreszinses.

Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie soll gleichzeitig der Vertiefung des europäischen Binnenmarkts und der Stärkung des Verbraucherschutzes dienen. So hilft das vom Anbieter zu verwendende Formular „Europäische Standardinformationen für Verbraucherkredite“ dem Bürger, EU-weit nach günstigen Angeboten zu suchen, auch wenn er die jeweilige Sprache nicht sicher beherrscht. Die Vorgaben zu vorvertraglichen und vertraglichen Informationen und zur Berechnung des effektiven Jahreszinses sollen fragwürdige Praktiken unterbinden, mit denen die tatsächlichen Kreditkosten vernebelt werden. Beispielsweise, indem ein scheinbar günstiger Kredit nur zusammen mit einer überteuerten Restschuldversicherung vergeben wird. Nach der neuen Fassung der Richtlinie sind nämlich die Beträge für diese Versicherungen den Kreditkosten hinzuzurechnen.

„Natürlich werden die meisten Verbraucherinnen und Verbraucher ihre Kredite weiterhin bei Banken und Sparkassen in ihrer Nähe, jedenfalls im eigenen Lande, aufnehmen. Die Richt-

linie wird es aber dem wachsenden Anteil mobiler Bürger und den Nutzern des Internet-Banking erleichtern, die Grenzen ihrer nationalen Kreditmärkte hinter sich zu lassen. Wir kaufen ganz selbstverständlich Waren aus der ganzen Welt. Warum sollte der Kredit dazu nicht aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union kommen? Es ist jetzt eine Herausforderung für die Banken und Sparkassen, das erforderliche Vertrauen der Verbraucher aus anderen Mitgliedstaaten zu erwerben“, sagte Zypries.

Die Richtlinie bedarf zu ihrem Inkrafttreten jetzt noch der Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union. Danach ist sie innerhalb von zwei Jahren in das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten umzusetzen.

BMJ-Newsletter vom 12. 3. 2008

Neues Muster für Widerrufsbelehrungen

Heute wurde die Dritte Verordnung zur Änderung der BGB- Informationspflichten-Verordnung im Bundesgesetzblatt verkündet. Damit werden die Muster für Belehrungen noch klarer gefasst, die Unternehmer Verbraucherinnen und Verbrauchern über ihre Widerrufs- und Rückgaberechte erteilen müssen. Die Neufassung wird am 1. April 2008 in Kraft treten.

„Der Handel über das Internet hat sich zu einem wichtigen Wirtschaftsfaktor entwickelt. Im letzten Jahr haben die Verbraucher nach jüngsten Erhebungen mehr als 17,2 Milliarden Euro im Internet ausgegeben – mehr als dreimal soviel wie 2002. Durch die Neufassung der Muster für die Widerrufs- und Rückgabebelehrung werden den Kunden zukünftig ihre Rechte noch klarer vor Augen geführt. Zudem geben wir den Unternehmen die nötige Rechtssicherheit, um in diesem Zukunftsmarkt erfolgreich zu sein“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

Bei bestimmten Vertriebsarten (etwa bei Haustür- und Fernabsatzgeschäften wie dem Verkauf über das Internet) und Vertragstypen (etwa bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen) haben Verbraucherinnen und Verbraucher ein Widerrufsrecht, das teilweise durch ein Rückgaberecht ersetzt werden kann. Die Widerrufsfrist beträgt grundsätzlich zwei Wochen. Die Frist beginnt jedenfalls nicht, bevor das Unternehmen den Verbraucher in Textform (etwa per E-Mail oder Telefax) über das Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt hat. Eine ordnungsgemäße Belehrung ist Voraussetzung dafür, dass das Widerrufs- oder Rückgaberecht grundsätzlich spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss erlischt.

Um den Unternehmen eine ordnungsgemäße Belehrung zu erleichtern, hat das Bundesministerium der Justiz im Jahre 2002 Muster für die Belehrung über das Widerrufs- und Rückgaberecht erarbeitet, die in zwei Anlagen zur BGB- Informationspflichten-Verordnung enthalten sind. Wenn diese Muster verwendet werden, gelten die Anforderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches an eine Belehrung als erfüllt. Allerdings steht es jedem Unternehmen frei, über ein bestehendes Widerrufs- oder Rückgaberecht zu belehren, ohne eines der Muster zu verwenden.

In der Vergangenheit haben Gerichte vereinzelt die Auffassung vertreten, die bislang geltenden Muster genügten nicht sämtlichen Anforderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und seien deshalb unwirksam. Deshalb kam es in letzter Zeit verstärkt zu wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen von Unternehmen, welche die Muster in ihrer bisherigen Fassung bei Fernabsatzgeschäften als Vorlage verwendet hatten. Dies hat bei den betroffenen Wirtschaftskreisen zu erheblicher Verunsicherung geführt.

Mit der Neufassung der beiden Muster für die Widerrufs- und Rückgabebelehrung hat das Bundesministerium der Justiz auf die Bedenken reagiert. Die Änderung der Muster in der Verordnung ist unverzichtbar, um wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen wegen Verwendung der Muster kurzfristig die Grund-

lage zu entziehen. In einem zweiten Schritt wird das Bundesministerium der Justiz Vorschläge für ein formelles Gesetz unterbreiten, das auch Regelungen zu den Musterbelehrungen enthalten wird.

Für Belehrungen, die den bislang gültigen Mustern entsprechen, gilt noch eine Übergangsfrist bis zum 1. Oktober 2008, damit den Unternehmen genügend Zeit bleibt, sich auf die Änderungen einzustellen.

Den aktuellen Text der Verordnung können Sie unter <http://www.bmj.de/bgbinfovo> herunterladen.

Hinw. d. Red.: Die Verordnung v. 4. 3. 2008 ist im BGBl I S. 292 veröffentlicht. Im Bundesanzeiger Nr. 42 v. 14. 3. 2008 Seiten 957 f. ist die Begründung zur Verordnung bekanntgemacht.

BGH-Pressmitteilung Nr. 71/2008 vom 11. 4. 2008

Haftung von eBay bei „Namensklaue“ im Internet

Der u. a. für das Kennzeichen- und Namensrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte gestern zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen ein Internet-Aktionshaus auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wenn auf seiner Plattform Namensrechte verletzt werden (Urteil vom 10. April 2008 – I ZR 227/05).

Die Beklagte betreibt die Internet-Auktionsplattform eBay. Der Kläger, der selbst bei eBay registriert war, dort aber keinen Handel trieb, wurde im November 2003 von unzufriedenen Käufern angerufen, die der Meinung waren, sie hätten bei ihm in einer eBay-Auktion einen Pullover erworben. Wie sich herausstellte, hatte sich der Anbieter der Pullover – es handelte sich offenbar um ein Plagiat eines Markenpullovers – unter dem Decknamen universum3333 bei eBay mit dem bürgerlichen Namen des Klägers registrieren lassen; auch der Wohnort und das Geburtsdatum des Klägers waren angegeben. Nachdem der Kläger dies eBay mitgeteilt und eBay diesen Anbieter sofort gesperrt hatte, kam es in der Folge zu weiteren Anmeldungen, die sich unter Verwendung anderer Decknamen wiederum mit Name, Adresse, Anschrift, Geburtsdatum und E-Mail-Adresse des Klägers registrieren ließen. Einzelne Käufer sandten dem Kläger als dem vermeintlichen Verkäufer die erworbenen Pullover zurück. Der Kläger hat daraufhin eBay wegen der Verletzung seines Namensrechts als Störerin auf Unterlassung in Anspruch genommen.

Das Landgericht und das Berufungsgericht haben der Klage stattgegeben. Die hiergegen eingelegte Revision der Beklagten führte zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Beklagte im Rahmen der Störerhaftung für die Verletzung des Namensrechts des Klägers verantwortlich sei. Zwar könne ihr nicht zugemutet werden, im Voraus Prüfungen vorzunehmen. Allerdings setze eine Prüfungspflicht der Beklagten ein, wenn sie auf eine konkrete Rechtsverletzung hingewiesen werde. Dies sei im vorliegenden Fall geschehen, ohne dass die Beklagte (erfolgreiche) Maßnahmen zur Verhinderung künftiger Namensrechtsverletzungen ergriffen habe.

Der Bundesgerichtshof hat die Auffassung des Berufungsgerichts bestätigt, dass eBay aufgrund der erfolgten Hinweise eine Pflicht trifft, derartige Verletzungen des Namensrechts des Klägers im Rahmen des Zumutbaren zu verhindern. Eine solche Verpflichtung besteht nach der Entscheidung des BGH schon aufgrund der ersten Meldung im November 2003. Allerdings darf dem Betreiber einer Internet-Plattform (Host-Provider) nach dem Gesetz keine allgemeine Überwachungspflicht auferlegt werden, die gespeicherten und ins Internet gestellten Informationen auf Rechtsverletzungen hin zu überprüfen. Ist der Host-Provider aber einmal auf einen klaren Rechtsverstoß

hingewiesen worden, muss er diesen Anbieter nicht nur sperren, sondern im Rahmen des Zumutbaren auch entsprechende Verstöße in der Zukunft verhindern.

Der Bundesgerichtshof hat das angefochtene Urteil aufgehoben, weil das Berufungsgericht noch keine Feststellungen zu der zwischen den Parteien streitigen Frage getroffen hat, ob es eBay technisch möglich und zumutbar war, weitere von Nutzern der Auktionsplattform begangene Verletzungen des Namensrechts des Klägers zu verhindern. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür liege grundsätzlich beim Kläger. eBay müsse aber – wenn die Zumutbarkeit derartiger Maßnahmen bestritten werden solle – hierzu substantiiert vortragen. Dem Geheimhaltungsinteresse von eBay könne dabei gegebenenfalls durch den Ausschluss der Öffentlichkeit und durch ein gerichtliches Geheimhaltungsgebot Rechnung getragen werden.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressmitteilung vom 25. 2. 2008

Kelber wärmt alte Forderungen wieder auf Verlässlichkeit der Entscheidungen nicht wieder infrage stellen

Zu den Äußerungen des stellvertretenden SPD-Fraktionsvorsitzenden Kelber zu den Beschlüssen der Union zum „Health Check“ der Europäischen Agrarpolitik erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB:

Die SPD wärmt mit ihren Äußerungen alte Forderungen wieder auf. Die reformierte und auf die aktuellen Anforderungen ausgerichtete Agrarpolitik läuft gerade einmal drei Jahre und schon stellt die SPD die Verlässlichkeit der Entscheidungen wieder infrage. Kein Gedanke wird verschwendet an diejenigen, die von einer Verschiebung von Finanzmitteln betroffen wären: mittelständische Unternehmen mit ihren vielen Arbeitskräften und landwirtschaftliche Betriebe mit ihren Familien im ländlichen Raum.

Der Vorwurf, nicht genug für die ländliche Entwicklung zu tun, geht völlig an der Realität vorbei. Gerade die Union hat im Haushalt 2008 des Bundeslandwirtschaftsministeriums mit einer Aufstockung der unter rot-grünen Zeiten heruntergefahrenen Mittel der Gemeinschaftsaufgabe „Agrarstruktur und Küstenschutz“ von 615 auf 660 Mio. Euro deutliche Zeichen gesetzt. Die zusätzlichen Mittel sollen vor allem für die Förderung der Versorgung ländlicher Regionen mit breitbandigen Anschlüssen verwendet werden. Dies dient der Sicherung der Zukunft von strukturschwachen Gebieten durch die Ansiedelung mittelständischer Unternehmen. Des Weiteren sollen Infrastrukturmaßnahmen für die Energieversorgung aus erneuerbaren Energien zur Verfügung stehen, z. B. Leitungen zur Einspeisung von Biogas in Nahwärmenetze. Dies sind wirkungsvolle Maßnahmen zum Klimaschutz.

Wir werden die aus der sozialistischen Klamottenkiste genährte Vorstellung einer Umverteilung von Geld durch den Staat nicht zulassen. Die SPD glaubt mehr an staatliche Investitionshilfen als an private Investitionsentscheidungen. Wir wollen das Geld bei den Menschen lassen, die auch die Arbeitsplätze im ländlichen Raum schaffen: bei den mittelständischen Betrieben in der Landwirtschaft sowie im vor- und nachgelagerten Bereich.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressmitteilung vom 18. 3. 2008

Seehofer lässt Milchbauern im Regen stehen

Anlässlich des Beschlusses des EU-Agrarministerrates, die Milchquote ab dem 1. April um zwei Prozent zu erhöhen, erklärt Ulrike Höfken, Sprecherin für Ernährungspolitik und Verbraucherfragen:

Während die Vorschläge der EU-Kommission zum Health Check der Gemeinsamen Agrarpolitik zum großen Teil in die richtige Richtung gehen, nämlich die Ländlichen Räume und die Umweltprogramme zu stärken, lehnen wir die Erhöhung der Milchquote zum 1. April ab.

Damit wird die Spirale von Überproduktion, sinkenden Erzeugerpreisen und Betriebsaufgaben wieder in Gang gesetzt. Schon seit einigen Wochen ist bereits ein Rückgang der Milchpreise zu verzeichnen. Mit der Erhöhung der Milchquote wird diese Entwicklung beschleunigt, die Existenz vieler deutscher Milchbauern in den Mittelgebirgs- und Grünlandregionen steht vor dem Aus. Das ist auch von Nachteil für die Verbraucherinnen und Verbraucher.

Die Milchwirtschaftsbetriebe erhalten von der Bundesregierung keine Unterstützung. Bundesminister Seehofer drückt sich vor einer klaren Entscheidung, wie es mit der europäischen Milchpolitik künftig weitergehen soll. Auch beim von ihm öffentlichkeitswirksam geforderten Begleitprogramm für Landwirte, die keine Alternative zur Milchproduktion haben, bleibt er Vorschläge zur Ausgestaltung schuldig. Unter verantwortungsbewusster Politik verstehen wir etwas anderes.

Nach Berechnung der EU-Kommission kostet die Aufhebung der Milchquote die Landwirte 7,8 Milliarden Euro. Dies kann nicht durch die europäischen Steuerzahler ausgeglichen werden. Darum lehnen wir die neoliberale Deregulierung des Milchmarktes ab und fordern – wie der Bund Deutscher Milchviehhalter (BDM) – ein praktikables Mengensteuerungs-Instrument, das die Milchwirtschaft in die Lage versetzt, die Verbrauchernachfrage bei angemessenen Milchpreisen zu bedienen.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 11. 2. 2008

Politik für ländliche Räume nicht länger mit Landwirtschaftsförderung gleichsetzen

Zur Analyse von Prof. Peter Weingarten vom Johann-Heinrich-von-Thünen-Institut in Braunschweig zur Umsetzung der EU-Verordnungen zur Entwicklung des ländlichen Raumes (ELER-Verordnung) erklärt Cornelia Behm, agrar- und waldpolitische Sprecherin:

Die Programme zur ländlichen Entwicklung in Deutschland sind auch in der neuen Förderperiode in erster Linie auf die Landwirtschaft ausgerichtet. Wir brauchen aber ein Umdenken des derzeitigen Politikkonzeptes für ländliche Räume. Eine integrierte Politik der ländlichen Entwicklung bedeutet, dass ländlich nicht länger mit Landwirtschaft gleich gesetzt werden darf.

Eine ausschließlich agrarbasierte Förderung ländlicher Räume ist immer weniger in der Lage, wirkungsvoll Einfluss auf ländliche Strukturen und Lebensverhältnisse auszuüben, da auf den Sektor Landwirtschaft nur ein Teil am Einkommen und an der Beschäftigung entfallen. Die Bundesregierung hat es bis heute versäumt, die Förderung der ländlichen Räume auf eine zukunftsfähige Basis zu stellen, wie es ELER auf europäischer Ebene eigentlich vorsieht. Es bedarf daher einer grundsätzlichen Überarbeitung der ländlichen Förderprogramme und eine deutlich verbesserte Finanzierung. Die Beschränkung der Gemeinschaftsaufgabe auf den Agrarsektor muss dabei zugunsten der Schaffung neuer Einkommensperspektiven und Arbeitsplätze, der Landschaftspflege, des Natur- und Artenschutzes sowie der Qualifizierung und Bildung und dem Aufbau selbst tragenden Strukturen aufgehoben werden.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 25/2008 vom 5. 3. 2008

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Ablehnung von Prozesskostenhilfe

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe für eine gegen das Land Hessen gerichtete

Amtshaftungsklage, mit der er ein angemessenes Schmerzensgeld sowie Schadensersatz insbesondere wegen der Androhung von Folter durch Polizeibeamte geltend machen will. Das Landgericht wie auch das Oberlandesgericht hatten die Gewährung von Prozesskostenhilfe mit der Begründung abgelehnt, die beabsichtigte Klage habe aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen keine Aussicht auf Erfolg.

Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers war erfolgreich. Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts stellte fest, dass die angegriffenen Entscheidungen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Rechtsschutzgleichheit verletzen. Die Sache wurde zur erneuten Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen (Beschluss vom 19. Februar 2008 – 1 BvR 1807/07).

Die Kammer wies insbesondere darauf hin, dass die Verfassung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes gebiete. Dem widerspräche es, wenn schwierige, bislang ungeklärte Rechtsfragen bereits im Prozesskostenhilfungsverfahren abschließend entschieden würden. Die beabsichtigte Amtshaftungsklage werfe in erster Linie das Problem auf, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine vorsätzliche, die Menschenwürde verletzende Amtspflichtverletzung zu einem Anspruch auf Geldentschädigung führen müsse. Hierin sei eine schwierige, bislang ungeklärte Rechtsfrage zu sehen. Mit der Ablehnung der Prozesskostenhilfe hätten die Zivilgerichte dem Beschwerdeführer den Zugang zu einer Klärung der Rechtsfrage durch die höchstrichterliche Rechtsprechung der Zivilgerichte verwehrt.

Eine Entscheidung über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Geldentschädigung wegen der Androhung von Folter ist mit diesem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts nicht getroffen.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 26/2008 vom 6. 3. 2008

Verfassungsrechtliche Grenzen für Beschlussempfehlungen des Vermittlungsausschusses

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hatte sich anhand des Art. 3 Nr. 4 Buchstabe a des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmensteuerreform vom 29. Oktober 1997 mit der Frage der verfassungsrechtlichen Grenzen für Beschlussempfehlungen des Vermittlungsausschusses zu befassen. Die beanstandete Norm war auf Empfehlung des Vermittlungsausschusses in das Gesetz aufgenommen worden, ohne dass diese oder auch nur eine thematisch verwandte Regelung Gegenstand des vorherigen Gesetzgebungsverfahrens gewesen wäre. Der Senat kam zu dem Ergebnis, dass der Vermittlungsausschuss damit seine verfassungsrechtlichen Kompetenzgrenzen überschritten hat (Beschluss vom 15. Januar 2008 – 2 BvL 12/01).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Der Vermittlungsausschuss hat die Aufgabe, im Falle unterschiedlicher Auffassungen zwischen Bundestag und Bundesrat im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens einen Einigungsvorschlag zu erarbeiten, über den der Bundestag sodann erneut zu beschließen hat. Zur Wahrung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, der Rechte der Abgeordneten, der Öffentlichkeit der parlamentarischen Debatte und damit der demokratischen Kontrolle der Gesetzgebung darf der Vermittlungsausschuss lediglich solche Änderungen, Ergänzungen oder Streichungen des Gesetzesbeschlusses vorschlagen, die sich im Rahmen des Anrufungsbegehrens und des Gesetzgebungsverfahrens bewegen. Er ist deshalb durch diejenigen Regelungsgegenstände begrenzt, die bis zur letzten Lesung im Bundestag in das jeweilige Gesetzgebungsverfahren eingeführt waren.

An diesen Maßstäben gemessen hat der Vermittlungsausschuss mit der Aufnahme des Art. 3 Nr. 4 Buchstabe a des Ge-

setzes zur Fortsetzung der Unternehmensteuerreform in den Einigungsvorschlag seine Kompetenzen überschritten. Er hat die Vorschrift in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt, ohne dass diese oder auch nur eine thematisch verwandte Regelung Gegenstand des vorherigen Verfahrens gewesen wäre. Die Entscheidung über die getroffene umwandlungssteuerliche Regelung fiel erst im Vermittlungsausschuss. Damit hat der Vermittlungsausschuss der Sache nach ein Gesetzesinitiativrecht beansprucht, das ausschließlich dem Bundestag, dem Bundesrat und der Bundesregierung zusteht.

Die Norm ist trotz des festgestellten Verfassungsverstoßes weiter gültig, weil es an der nötigen Evidenz des Verfahrensverstößes fehlt. Entscheidend ist, dass das Bundesverfassungsgericht die Maßstäbe, an denen gemessen das eingeschlagene Gesetzgebungsverfahren als verfassungswidrig anzusehen ist, erst in seinem Urteil vom 7. Dezember 1999 und damit nach Abschluss des hier in Rede stehenden Gesetzgebungsverfahrens konkretisiert hat. Auf diese Maßstäbe konnte sich der Gesetzgeber im Jahr 1997 noch nicht einstellen.

Deutscher Steuerberaterverband e.V. Pressemitteilung vom 11. 4. 2008

DStV begrüßt das Achte Steuerberatungsänderungsgesetz Weg frei für den Syndikus-Steuerberater

Am Samstag, den 12. 4. 2008 tritt mit Verkündung des Achten Steuerberatungsänderungsgesetzes im Bundesgesetzblatt die Anfang des Jahres von Bundestag und Bundesrat beschlossene Novellierung des Berufsrechtes in Kraft.

Diese erlaubt nunmehr Steuerberatern eine so genannte Syndikus-Tätigkeit, d. h. sie dürfen neben ihrer Angestelltentätigkeit in Unternehmen auch als selbstständige Steuerberater in eigener Praxis beraten. Ferner sind nunmehr Kooperationen mit Angehörigen aller Freien Berufe ebenso möglich wie Bürogemeinschaften mit Lohnsteuerhilfevereinen. Erlaubt ist fortan auch die Gründung einer Steuerberatungsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG.

Neu ist weiterhin, dass die Steuerberaterkammern eine gewerbliche Betätigung neben der Steuerberaterstätigkeit erlauben können. Daneben übernehmen künftig die Steuerberaterkammern die Organisation der Steuerberaterprüfung; für Prüfungsaufgaben und rechtliche Abnahme der Prüfung sind weiterhin die obersten Landesfinanzbehörden verantwortlich. Die Steuerberaterprüfung bleibt damit eine staatliche und bundeseinheitliche Prüfung.

Der Deutsche Steuerberaterverband e.V. (DStV) begrüßt die Verabschiedung des Gesetzes in seiner jetzigen Fassung als eine Reform mit Augenmaß. Diese trägt den Anforderungen des Berufsstands und der Mandanten gleichermaßen Rechnung.

Deutscher Steuerberaterverband e.V. Pressemitteilung vom 15. 4. 2008

Proteste zeigen Wirkung – Erfolg bei Anerkennung von privaten Steuerberatungskosten

Der Deutsche Steuerberaterverband e.V. (DStV) begrüßt ausdrücklich das Schreiben des Bundesfinanzministeriums (BMF) vom 14. 4. 2008. Demnach sollen Einkommensteuer-Veranlagungen der Jahre 2006 und 2007 in punkto Steuerberatungskosten fortan nur als „vorläufig“ erfolgen. Damit können die Steuerpflichtigen von einer für sie positiven Entscheidung des Bundesfinanzhofs oder des Bundesverfassungsgerichts ohne weiteres Zutun profitieren.

Zuvor hatten bereits einige Oberfinanzdirektionen im Falle von einschlägigen Einsprüchen für den Abzug von Steuerberatungskosten ein Ruhen des Verfahrens gewährt, um die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten. Die jüngste

Reaktion des BMF entspringt mutmaßlich der vom DStV unterstützten Revision beim Bundesfinanzhof (Az.: X R 10/08) gegen ein Urteil des Finanzgerichts Niedersachsen.

Steuerberatungskosten als Sonderausgaben werden ab 2006 nicht mehr anerkannt, was nach Ansicht des DStV gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip verstößt. Zudem entstehen Steuerberatungskosten auch zwangsläufig: Einerseits sind viele Bürger gesetzlich verpflichtet, eine Steuererklärung abzugeben. Andererseits ist hierzu ohne fachkundige Hilfe des Steuerberaters - aufgrund der Kompliziertheit des Steuerrechts - nur die Minderheit der Steuerpflichtigen in der Lage.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 4. 3. 2008

Der Bund der Steuerzahler luegt

Zu den heute in der Bildzeitung veröffentlichten Zahlen des Bundes der Steuerzahler zur Steuerbelastung erklärt der stellvertretende finanzpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Florian Pronold:

Der Bund der Steuerzahler luegt. Die heute in der Bildzeitung veröffentlichten Zahlen zur angeblichen Steuerbelastung sind der Gipfel der Volksverdummung. Selbst wenn man alle Annahmen des BdSt uebernimmt, liegt die Steuer- und Abgabenbelastung nicht bei 52 sondern bei gut 30 Prozent Abzug vom Lohn. Berechnet man wie der BdSt auch noch die Verbrauchsteuern einschliesslich Tabaksteuern ein, liegt der Staatsanteil immer noch unter 40 Prozent.

Wie kommt der BdSt auf seine unsinnigen Zahlen? Mit zwei Tricks: Zum einen wird das Kindergeld in Hoehe von 154 Euro im Monat unterschlagen. Rechnet man das Kindergeld mit ein, liegt die Steuerbelastung der Familie bei sehr moderaten zehn Prozent. Dazu kommen dann etwa 20 Prozent Sozialabgaben.

Den grossten propagandistischen Effekt erzielt der BdSt allerdings durch seine absurde Bezugsgrösse. Seine hohen Prozentsatze kommen dadurch zustande, dass er die Belastungsquote nicht auf den Bruttolohn der Arbeitnehmer bezieht, sondern auf das Arbeitgeberbrutto einschliesslich der Arbeitgeberbeitraege zur Sozialversicherung. Diesen Wert findet der Bild-Leser nicht auf seinem Lohnzettel. Er muss die BdSt-Zahlen deshalb missverstehen. Genau das ist das Ziel dieser Kampagne: Volksverdummung, um damit am Ende Steuersenkungen fuer Spitzenverdiener durchzusetzen.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 22. 4. 2008

Regierung braucht keine Etat-Ratschlaege

Zu den Etat-Aeusserungen der CDU-Abgeordneten Kampeter und Roettgen erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Joachim Poss:

Die CDU-Bundestagsabgeordneten Steffen Kampeter und Norbert Roettgen sollten aufhoeren, dem Bundesfinanzminister und der Bundesregierung bei der Aufstellung des Regierungsentwurfs des Bundeshaushalts 2009 Ratschlaege zu geben: Die Aufstellung des Bundeshaushalts 2009 ist bis zur Einbringung in den Bundestag im Herbst allein Sache der Bundesregierung. Sie – und schon gar nicht Herr Kampeter und Herr Roettgen – muss dem Parlament einen Etatentwurf zur Beratung vorlegen, der auf vernuenftige Weise Konsolidierungserfordernisse und Gestaltungsnotwendigkeiten zusammen bringt.

Hinzu kommt, dass die Ratschlaege von Kampeter und Roettgen alles andere als wohlmeinend sind. Wie schon so oft auch in den vergangenen Wochen werden hier immer nur die SPD-Bundesminister als Verschwender an den Pranger gestellt.

Im Fall des Bundesarbeitsministers toben Kampeter und Roettgen darueber hinaus ihre Vorbehalte gegen Leistungsempfänger und Arbeitssuchende aus – und das zu einem Zeit-

punkt, zu dem sich der CDU-NRW-Ministerpräsident wieder einmal kraefitig und mit fragwuerdigen Argumenten einen sozialen Anstrich zu geben versucht.

Kampeter und Roettgen moechten sicherlich nicht provozieren, dass jetzt von SPD-Seite auf CDU-Bundesminister eingeschlagen wird.

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 24. 4. 2008**

**Gesetz für frühere Kriegsheimkehrerentschädigung auf dem Weg
Etwa 12. 200 Kriegsgefangene und ca. 3. 800 Geltungskriegsgefangene erhalten eine Unterstützungsleistung**

Zum Vorziehen des Heimkehrerstiftungsaufhebungsgesetzes erklären der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und Sprecher der ostdeutschen CDU-Abgeordneten, Arnold Vaatz MdB und der Stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, Klaas Hübner MdB:

Es ist der CDU/CSU- und der SPD-Bundestagsfraktion gelungen, das Inkrafttreten des Heimkehrerstiftungsaufhebungsgesetzes vom 01.01. 2009 auf den 01.07. 2008 vorzuziehen und damit das weitere Warten der über-fünfundsechzigjährigen Betroffenen zu beenden. Auch Dank der nunmehr vorliegenden Formulierungshilfe der zuständigen Ministerien, des Bundesinnen-, des Bundesfinanz- und des Bundesjustizministeriums, kann jetzt das Gesetzesvorhaben zügig umgesetzt werden.

Etwa 12.200 Kriegsgefangene und ca. 3.800 Geltungskriegsgefangene, die aus dem ausländischen Gewahrsam in die ehemalige DDR entlassen wurden und ihren Wohnsitz dort nicht aufgegeben haben, erhalten eine Unterstützungsleistung.

Die Kriegsgefangenen und Geltungskriegsgefangenen mit den Entlassungsjahrgängen 1947 und 1948 bekommen eine Entschädigung von 500 EUR, die Entlassungsjahrgänge 1949 und 1950 1.000 EUR und die Heimkehrer ab 1951 eine Einmalzahlung von 1.500 EUR.

Nach Aussage des Bundesverwaltungsamtes sollen alle entscheidungsrelevanten Anträge zwischen Juli und Dezember 2008 bearbeitet werden können.

Diese positive Wendung ist ein Erfolg der großen Koalition.

Hinw. d. Red.: Vgl. in dieser Angelegenheit die Pressemitteilung vom 9.11. 2007 der SPD-Bundestagsfraktion in GuT 2007, 476.

Bücher und Veröffentlichungen

Wohnungseigentumsgesetz. Von Dr. *Michael J. Schmid/Hermann Kahlen*, München 2007. XII, 454 Seiten, kartoniert, € 32,00, ISBN; 978-3-8006-3476-7. Verlag Franz Vahlen, München.

Dieses Buch bietet dem Praktiker bei seiner täglichen Arbeit im Wohnungseigentumsrecht eine Hilfestellung. Im Vordergrund steht deshalb neben den Kommentierungen der Neuregelungen die Darstellung der Rechtsprechung, soweit sie nach der seit 1. Juli 2007 in Kraft getretenen WEG-Reform noch von Bedeutung ist.

Die Pluspunkte dieses neuen Kommentars nach der Reform des Wohnungseigentumsgesetzes 2007 sind ein umfassender Ratgeber in Kommentarform, handlich im Taschenformat, völlig neu geschrieben sofort und aktuell nach der Reform, allgemeinverständlich unter Verzicht auf ungebräuchliche Abkürzungen, mit Übersichten und mit alphabetischen Stichwortlisten.

Eingearbeitet sind gesetzliche Änderungen wie

- Erweiterte Möglichkeiten von Mehrheitsentscheidungen durch die Wohnungseigentümer, beispielsweise über die Verteilung der Betriebskosten
- Das neue Verfahrensrecht nach der ZPO statt wie bisher nach dem FG
- Einführung einer Beschluss-Sammlung beim Verwalter
- Das begrenzte Vorrecht für Hausgeldforderungen der Wohnungseigentümer vor Grundpfandrechten in der Zwangsversteigerung
- Gesetzliche Festschreibung des BGH-Beschlusses vom 2. 6. 2005 zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft.

Die Autoren RiOLG Dr. Michael Schmid und RA Hermann Kahlen sind bereits durch mehrfache Veröffentlichungen zum Wohnungseigentumsrecht sowie zum Mietrecht als Experten hervorgetreten.

Das Werk wendet sich an den fachkundigen Nichtjuristen wie Verwaltungsbeiräte, Wohnungsverwalter, Makler, Bauunternehmer, Banken sowie an alle Wohnungseigentümer. Infolge der Detailfülle der verwerteten Rechtsprechung werden auch Rechtsanwälte, Richter, Rechtspfleger sowie Notare von diesem aktuellen Kommentar profitieren.

**Prewest
Versandantiquariat**

Unsere Kataloge im Netz unter www.prewest.de

Pfad: Medien und Kultur → hier

Telefax: 02 28 / 47 09 54

e-mail: antiquariat@prewest.de

Neu:

Unsere Anzeigenpreisliste 1/2008

im Internet: www.prewest.de

oder gemailt: info@prewest.de

oder geschrieben: Fax 02 28 / 47 09 54

Die Anfechtung in der Insolvenz. Von Dr. Mark Zeuner, 2. Auflage, München 2007. XXXIV, 318 Seiten, kartoniert, € 43,00, ISBN 978-3-406-52692-3. Verlag C. H. Beck, München.

Mit der Insolvenzordnung und dem Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens hat der Gesetzgeber ein zentrales Instrument zur Rückabwicklung rechtlich missbilligter Vermögensverschiebungen geschaffen. Das Werk gibt dem Praktiker Handlungsanweisungen für die tägliche Anwendung des Gesetzes und behält auch wissenschaftliche Fragestellungen stets im Blickfeld.

Inhalt:

- Grundlagen
- Gemeinsame Tatbestandsmerkmale der Insolvenzanfechtung und des Anfechtungsgesetzes
- Anfechtungstatbestände
- Fristberechnung
- Durchsetzung des Anfechtungsrechts
- Rechtsfolgen der Anfechtung
- Verjährung
- Rechtshandlungen nach Verfahrenseröffnung.

Die 2. Auflage berücksichtigt neben zahlreichen Nachweisen der aktuellen Rechtsprechung und Literatur auch die in den vergangenen Jahren in der Öffentlichkeit breit angelegte Diskussion zum neuen Anfechtungsrecht. Das Werk wendet sich an Insolvenzverwalter, Berater von Gläubigern und Schuldern, insbesondere Rechtsanwälte, Unternehmensjuristen, Rechtsabteilungen der Banken, Betriebswirte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Treuhänder und Sachverwalter sowie an Richter.

Die leere Seite. Von Regina M. Valenta, Neufahrn 2008. 222 Seiten, geb., 17,50 EUR ReValent Consulting Verlag, Neufahrn.

Die Araber nennen die Wüste (lat. vastus = weit, wüst, leer) „Meer ohne Wasser“, das Schiff der Wüste ist das Kamel. In Wüstengebieten schwanken die Temperaturen: große Hitze am Tag, starke Abkühlung in der Nacht. Nachts wird deswegen ein bodennaher Taupunkt erreicht. Pflanzen und andere Lebewesen können dann von den gebildeten Tautropfen leben. Wenn es einmal regnet, dann meist sehr heftig. Dann blüht die Wüste auf: Es wachsen farbenprächtige Wüstenpflanzen mit kurzem Lebenszyklus. Diese Vegetationsperioden ermöglichen ein erstaunlich reiches Tierleben. Wüstensand erzählt Geschichten über Gebirgsmassive, Meere, Flüsse oder Eiszeiten, die vor Hunderttausenden oder sogar Millionen von Jahren die Gestalt der Erde prägten. Wüstensand ist „zerriebene Zeit“. ■

Menschen sicheren Wohnraum und eine Existenz zu verschaffen und damit das Leben menschenwürdig zu gestalten, ist Auftrag der DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V. Für die betroffenen Familien wie für ihre Spender und Förderer ist sie ein zuverlässiger und kompetenter Partner. Die DESWOS realisiert seit 35 Jahren Projekte der Entwicklungszusammenarbeit in Ländern Afrikas, Asiens und Lateinamerikas, um Menschen gezielt zu helfen.



DESWOS

Im Vordergrund steht der Bau einfacher und sicherer Häuser in Selbsthilfe. Die Menschen selbst planen die Bauprojekte mit fachlicher Unterstützung durch erfahrene Partnerorganisationen der DESWOS aus den jeweiligen Ländern. Die Betroffenen schließen sich in Gruppen zusammen und errichten gemeinsam die Häuser.

Mit der DESWOS gibt die deutsche Wohnungswirtschaft notleidenden Menschen ein menschenwürdiges Zuhause und eine realistische Perspektive für die Zukunft. Das bedeutet mehr als nur eine kurzfristige Hilfsaktion.

Es schafft Geborgenheit und Sicherheit. Es fördert Selbstbewusstsein und soziale Stärke. Bitte unterstützen Sie die Projektarbeit der DESWOS.

DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V., Gustav-Heinemann-Ufer 84-88, 50968 Köln, www.deswos.de
Stadtsparkasse Köln, Kontonummer 660 22 21, BLZ 370 501 98 (Spenden absetzbar)



**Sparen auch Sie bis zu
50.000,- € durch
Eigenleistung!**

YTONG Bausatzhaus
Rhein-Sieg-Oberberg GmbH
Dipl.-Ing. Johannes Hermann
Tel. 02205/88321
YTONG@YTONG-Rhein-Sieg.de
www.ytong-bausatzhaus.de/Rhein-Sieg



GuT

G 58438

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH,
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

Im übertragenen Sinne steht die Wüste für „Durststrecken im Dasein“, für Lebensphasen der Trauer, der Krankheit, der Einsamkeit. Die Wüste ist auch Ort der Einkehr und Besinnung, der Prüfung und Herausforderung, wie wir ihn aus der Bibel kennen. Siehe hierzu: Exodus, 2. Buch Mose im Alten Testament, und „Die Versuchung Jesu“, Lukas 4, 1-13, Neues Testament.

Das Buch „Die leere Seite“ von Regina M. Valenta enthält 222 leere, nummerierte Seiten aus Samt-Offset-Papier, die die Autorin in den Rahmen ihrer Lebensvision „Das Geschenk der Leere, eine Freiheit in Neuer Form“ gesetzt hat. Der Leser findet einen kurzen, hinführenden Text, das Titelblatt, bibliographische Angaben, einen Leitspruch und eine Danksagung. Regina Valenta hat viele Jahre in Afrika und Arabien verbracht. Die Titelseite des Einbands des Buches zeigt den Weg in den Afrikanischen Busch, die Rückseite eine faszinierende Wüstenlandschaft nahe Dubai. Frau Valenta hat bewusst ihre Abenteuer und Erfahrungen in der Wüste für sich behalten, also auf eine ausführliche Wegbeschreibung zu der Aussage ihres Buches verzichtet. Unvorbereitet wird der Leser mit den vielen leeren Seiten in ihrem Buch konfrontiert. Soll er die Seiten so belassen, soll er sie nutzen als Tagebuch? Soll das Buch unberührt in unserem Bücherregal stehen und bei Bedarf zu einer Tasse wohlthuenden Tees hervorgeholt werden? Sollen wir es mit Aufzeichnungen unserer Gedanken füllen, wie man es uns in der Schule beigebracht hat? Wie lautet die Botschaft der Autorin?

In dem Buch „Die leere Seite“ wird der Leser von Regina M. Valenta aufgefordert, „die leere Seite in sich“ zu entdecken, d. h. sich eine Auszeit zur Verinnerlichung zu nehmen, um sich von der Übersättigung in unserem täglichen Leben, mit der die geistige und die zwischenmenschliche Leere Hand in Hand gehen, zu befreien. Von Geburt an sind die Menschen keine „unbeschriebenen Blätter“, sie sind geprägt von ihren Anlagen und ihrer Umgebung, von ihren Lebenserfahrungen und ihren Lebensumständen. Eine absolut leere Seite in uns kann es eigentlich nicht geben. Regina M. Valenta verbindet daher den Begriff der Leere mit dem „Loslassen“: Abschied nehmen vom Ballast des bisherigen Lebens, damit wir uns neue Räume schaffen und wieder frei atmen können. Wenn wir die Wahrnehmung unserer eigenen Fähigkeiten fördern, gewinnen

wir seelische Harmonie und Lebensfreude, Ruhe und Offenheit für das, was das Leben für uns bereithält. Unser Leben wird dann nicht leer sein, wenn wir ihm einen positiven Inhalt geben, Verantwortung für uns selbst übernehmen und unsere Mitmenschen sehen. Betrachtet der Einzelne sich als ein Teil des Ganzen, ist seine „Zeit des Daseins“ nicht sinnentleert.

Es mag dem einen oder anderen sehr kopflastig erscheinen, die leeren Buchseiten immer wieder in aller Stille anzuschauen. Doch ist dies ein Weg zur Entdeckung bisher noch nicht bekannter Seiten in uns. Ein anderer wird über das Buch einen Zugang zur Meditation, zu Exerzitien, zum Fasten finden und sein Bewusstsein auf diese Weise erweitern. Wieder andere werden sich eingeladen fühlen, sich mit dem Begriff der Leere oder der Leerheit in der Philosophie, in den unterschiedlichen Religionen und in den Naturwissenschaften auseinandersetzen. Wie der Leser mit diesem Buch und dem Geheimnis der Leere umgeht, so sagt Frau Valenta, soll ihm selbst überlassen bleiben. Sie möchte seine Phantasie wecken, wie das auch durch die Betrachtung eines abstrakten Gemäldes oder eines Gegenstandes der Minimal Art geschieht: Wir üben, Grenzen und Blockaden zu überwinden.

Abschließend möchte ich an dieser Stelle Khalil Gibran aus „Sand und Schaum“ (1926) zur Leere zitieren: „Bäume sind Gedichte, die die Erde in den Himmel schreibt. Wir fällen sie nieder und verwandeln sie in Papier, um unsere Leere zu dokumentieren.“ Regina Valenta erklärt: „Die Leere gibt dem Menschen die Essenz des Lebens zurück“, wenn es uns gelingt, sie seelisch zu durchdringen und unsere Erfahrungen einzubeziehen.

Für Menschen, die am Beginn eines neuen Lebensabschnittes stehen oder die Neues in sich entdecken wollen, die ihre Visionen entwickeln wollen, die ihre Kräfte wieder spüren möchten, könnte sich über dieses Buch ein Weg zu ihrer inneren Welt eröffnen, nicht zuletzt durch Füllen der unbeschriebenen Seiten, durch Aufschreiben von Gedanken, Gefühlen, Erfahrungen und Visionen, durch die Auseinandersetzung mit dem Geschriebenen.

Maria Figgerer, München

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemietete und Teileigentum



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn