

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**1-3/09**

**9. Jahrgang**

**Heft 47**

**Jan./Feb./März 2009**

**S. 1-80**

**Erscheinungsort Bonn**

## **Beiträge**

**W. E. Joachim: Öffnungszeiten von SC-Ladengeschäften**

**M. J. Schmidt: Schönheitsreparaturen bei Gewerberaummieta**

## **Wirtschaft und Verbände**

**A. Merkel: Jubiläum**

**G. Landsberg: Wettbewerbsfähigkeit des ländlichen Raums**

## **Gewerbemiete**

**Übernahme von Praxisräumen und Betrieb (BGH)**

**Offenbarungspflicht des Mietinteressenten über öffentlichkeitswirksames Warensortiment (OLG Naumburg)**

**Zahlungspflicht Grundmiete plus MwSt (BGH)**

**Mangel; Mieterstruktur im Gebäude (BGH)**

**Geldautomat im Lebensmittelmarkt (OLG Düsseldorf)**

**Verpachtung der Milchquote (BGH)**

**Fischereirecht (BGH)**

**Rückgriff des Feuerversicherers (OLG Koblenz)**

**Sicherungs-Räumungsverfügung (OLG Düsseldorf)**

**Pflichten des Insolvenzverwalters (BGH)**

## **Teileigentum**

**Gewerbliche Nutzung der Eigentumswohnung (OLG Köln)**

## **Wettbewerb**

**D. Dingeldey: Internet - Umschau März 2009**

**Antwortpflicht des Abgemahnten (OLG Hamburg)**

## **Besteuerung**

**K.-Chr. Callsen: Steuern - Umschau März 2009**

**Sonderabgabe; Absatzfonds (BVerfG)**

**WEG-Instandhaltungsrücklage bei V + V (BFH)**

**Grundsteuer; Leerstand (OVG Münster)**

## **Magazin**

# Inhalt

## Beiträge

W. E. Joachim,  
**(In-)Transparenz von AGB-Klauseln im „Brennpunkt der Betrachtung“: Vorformulierte Betreiber-Klauseln zu Öffnungszeiten von Shopping-Center SC-Ladengeschäften**

M. J. Schmidt,  
**Zum Begriff der Schönheitsreparaturen bei der Gewerberaumiete – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 8. 10. 2008 – XII ZR 15/07 –**

## Wirtschaft und Verbände

A. Merkel,  
**Jubiläum  
Rede auf der Festveranstaltung zum 60-jährigen Bestehen des Bundesverbandes der Freien Berufe am 4. März 2009 in Berlin**

G. Landsberg,  
**Wettbewerbsfähigkeit des ländlichen Raums durch Breitbanderschließung stärken**

## Gewerbemiete

Kundenbeziehung des Versorgungsunternehmens mit dem Grundstückseigentümer bei bestehendem Vertrag mit dem Grundstücksnutzer (BGH)

Gewerberaumiete; Übernahme der Praxisräume und des Betriebs; Physiotherapie-Praxis (BGH)

Gewerberaumiete; Ladenlokal; Offenbarungspflicht des Mietinteressenten über öffentlichkeitswirksames Warensortiment; Szene-Textilien der Marke „Thor Steinar“; rechtsextreme Szene; Lage der Geschäftsräume; Charakter des Geschäftshauses; „Hundertwasser-Haus“ Magdeburg (OLG Naumburg)

Auslegung der gewerbemietvertraglichen Zahlungspflichten; Grundmiete plus Mehrwertsteuer (BGH)

Gewerberaumiete; Bürogebäude; Mangel der vereinbarten Zugangskontrolle zum Gebäude; Mangel der sich verschlechternden Mieterstruktur im Gebäude; Milieuschutz; Arbeitsamt; Agentur für Arbeit als Neumieter; Publikumsverkehr (BGH)

Gewerberaumiete; Lebensmittel-Verbrauchermarkt; Sortiment; vertragsgemäßer Gebrauch; Bank-Geldautomat; Unterlassungsverfügung (OLG Düsseldorf)

Gewerbliches Mietrecht; Krankheit des Mieters; Sonderkündigungsrecht; Risikosphäre; Untervermietungsrecht; Nachmieterstellung (OLG Düsseldorf)

Schriftform des Pachtvertrags über ein Apart-Hotel; Abgrenzung zu anderen Grundstücksnutzern; Tiefgaragenstellplätze; Inventar; Kaufoption; Salvatorische Klausel (BGH)

Milchquote; Verpachtung der flächenlosen Referenzmenge; Rückfall an den Verpächter; Übertragung über die Milchbörse an einen Dritten (BGH)

Fischereirecht; Eigentum am Gewässer; selbständiges Fischereirecht als Ausnahme (BGH)

Gemeinschaft; Miteigentum am Grundstück; Mietzins aus der Vermietung von Stellplätzen; Beteiligung der Teilhaber (BGH)

Brand einer Scheune; defekte Stromleitung; Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch bei mittelbarem Übergreifen eines Brandes auf ein fremdes Grundstück; Rückgriff des Gebäudeversicherers (OLG Koblenz)

## Prozessrecht

– Gewerberaumiete; Revisionsbeschwerde; Streitiges Bestehen des Mietverhältnisses; Kündigungen von Mieter und Vermieter (BGH)

- Gewerberaumiete; Feststellungsklage zur Vertragsbeendigung; Teilurteil; Kündigung aus wichtigem Grund; Widerklage auf Mietzinszahlung (BGH) **35**
- Gewerberaumiete; fristlose Kündigung; weitere Mietrückstände; Sicherungs-Räumungsverfügung; Untermiete; verbotene Eigenmacht; Regelungsverfügung auf Räumung; Existenzgefährdung des Vermieters (OLG Düsseldorf) **37**
- Zwangsvollstreckung; Herausgabe des Grundstücks; Räumung und Besitzeinweisung; brachliegende Fläche; Ermittlung der Grenzen (BGH) **39**
- Insolvenz; Restschuldbefreiung; Mitwirkungspflichten des Schuldners; Steuererklärung des Schuldners; Pflichten des Verwalters in Steuersachen des Schuldners; Erstattung von Einkommensteuer (BGH) **40**
- Kurzfassungen / Leitsätze Gewerberaumiete etc. **42**

## Teileigentum

- Gebrauchsrecht; Zweckbestimmung; gewerbliche Nutzung der Eigentumswohnung; Prostitution in der Wohnanlage; randständige Menschen (OLG Köln) **44**
- Kurzfassungen / Leitsätze Teileigentum etc. **45**

## Wettbewerb

- D. Dingeldey, Internet – Umschau März 2009 **45**
- Wettbewerb; „Antwortpflicht“ des zu Unrecht Abgemahnten (OLG Hamburg) **48**
- Kurzfassungen / Leitsätze Wettbewerb etc. **48**

## Besteuerung

- K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau März 2009 **48**
- Nichtsteuerliche Abgabe; Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion; Gruppennutzen; Absatzfonds der deutschen Landwirtschaft und Ernährungswirtschaft; CMA; ZMP; Finanzverfassung; Budgetrecht des Parlaments; Finanzierungsverantwortung; finanzielle Inanspruchnahme für eine staatliche Aufgabenwahrnehmung; Verkürzung der unternehmerischen Freiheit (BVerfG) **50**
- V + V; vermietetes Wohnungseigentum; Beiträge zur Instandhaltungsrücklage als Werbungskosten der Vermietung und Verpachtung (BFH) **57**
- Grundsteuer; Erlass wegen Ertragsminderung; Leerstand (OVG Münster) **58**

## Magazin

- Politik und Recht **59**
- Impressum **78**

Die Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2006–2007  
Preis: 15,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Die zwei Einbanddecken  
2001–2003 und 2004–2005  
Paketpreis: 24,60 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt  
Einzelpreis je 15,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Die drei Einbanddecken  
2001–2003, 2004–2005, 2006–2007  
Paketpreis: 36,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt  
Lieferung solange vorrätig.

Bestellungen an  
Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn  
Tel 02 28 /47 63 78, Fax 02 28 / 47 09 54, info@prewestde

Prof. Dr. Willi E. Joachim, LL.M., Bielefeld\*

## (In-)Transparenz von AGB-Klauseln im „Brennpunkt der Betrachtung“:

### Vorformulierte Betreiber-Klauseln zu Öffnungszeiten von Shopping-Center SC-Ladengeschäften

- I. Streitfall und Problemstellung
  1. SC-Klauselkontrolle und -auslegung
  2. (Faktisch) Einheitliche Ladenöffnungszeiten im SC
- II. Art und Umfang des Transparenzgebots; § 307 I 2 BGB
  1. Klausel-Klarheit und -Verständlichkeit als „Minimalanforderung“
  2. Klausel-„Verschleierung“ und -„Irreführung“ als Unwirksamkeitsgründe
  3. (Un-/Sinnstiftende) Abgrenzung: Großraum- / Kleinmieter
  4. Mehrheitsquorum – zukünftige Forderung: „Doppelte Mehrheit“:
    - a) Fläche
    - b) „Köpfe“ – Mieteranzahl
  5. Fallgruppenbildung
- III. Maßstab: Rechtsfigur des „durchschnittlich (verständigen) Vertragspartners“,
  1. Aktuelles BGH-Urteil
  2. „Ratio Decidendi“
  3. Maßstab: Verständiger Rechtsgenosse = Reasonable Man-Test
  4. Transparenzgebot im Geschäftsverkehr
  5. Vorrang der Individualvereinbarung
- IV. Ähnliche Klausel: „Transparenzfälle“
  1. Schönheitsreparaturen im Mietrecht
  2. Kardinalpflichten im unternehmerischen Verkehr
- V. SC-Spezifika:
  1. Art und Umfang der Betriebspflicht
  2. Funktionierendes Center
    - a) Steuerungsfunktion, Zentralisierungsfunktion des SC-Vermieters/-Betreibers/-Managers
    - b) SC-Mieter-Gemeinschaftssicht
    - c) Wachsender und vorausschauender SC-Vermieter
- VI. Ausblick
  1. Zunehmende „Verrechtlichung“ im SC
  2. Verschärfung der SC-Klauselkontrolle
  3. (In-)Transparenz-Rechtsprechung als Beitrag zur „Verschleierung“ bzw. „Intransparenz“

muss, und zwar konkret am Samstag bis 20 Uhr und nicht nur bis 18 Uhr. Im SC-Mietvertrag steht die übliche Betriebspflichtklausel, wonach „der Mieter das Geschäftslokal im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen mindestens so lange offen halten wird, wie die überwiegende Anzahl aller Mieter ihre Geschäfte offen hält. Der Mieter hat das Recht, die gesetzlichen Ladenöffnungszeiten voll auszuschöpfen.“ Allein diese Regelung betrifft nur die „Groß- bzw. Ankermieter“. Die Mehrheit der SC-Mieter, die „Kleinmieter“, haben in ihren Verträgen einer weiteren Bestimmung zugestimmt, welche den Vermieter zur abschließenden Festlegung der Öffnungszeiten berechtigt. Als einziger „Großmieter“ will der beklagte Mieter seinen Laden samstags nur bis 18 Uhr öffnen.

Der BGH gibt dem Mieter Recht: Kann der SC-Vermieter aufgrund eines mietvertraglichen Vorbehalts gegenüber der überwiegenden Mehrzahl der Ladenmieter einseitig Öffnungszeiten und mithin Art und Umfang der Betriebspflicht bestimmen, ist eine in nur wenigen Verträgen ohne solchen Vorbehalt vorhandene Klausel, derzufolge es für den Umfang der Betriebspflicht darauf ankommt, wie lange „die überwiegende Mehrzahl aller Mieter ihre Geschäfte offenhält“, intransparent gem. § 307 I 2 BGB; denn diese Klausel ruft den – so der BGH: unzutreffenden – Eindruck hervor, die konkreten Öffnungszeiten bestimmten sich nach dem Mehrheitsverhalten der Mieter – statt tatsächlich nach der einseitigen Festlegung des Vermieters; die betroffenen Mieter werden nicht nur im Unklaren gelassen, „sondern regelrecht in die Irre geleitet.“<sup>1</sup> Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Bedenken sind anzubringen bei der Begründung und der Handhabung des Transparenzgebots in der konkreten Fallkonstellation. Die grundsätzliche Kritik geht dahin: Die angestrebte Transparenz gerät zur nicht kalkulierbaren Intransparenz.<sup>2</sup>

#### 1. SC-Klauselkontrolle und -auslegung

Die „Verrechtlichung in der Vertragspraxis des EKZ“ nimmt erfreulicherweise zu. Verstärkt befasst sich der zuständige XII. Senat mit der Auslegung von regelmäßig vorformulierten und vom SC-Betreiber gestellten SC-Vertragsklauseln. In der Tendenz schränkt er die formulärmäßige Gestaltungsmacht des

#### I. Streitfall und Problemstellung

In einem aktuellen Fall befasst sich der für das Gewerbemietrecht zuständige XII. Zivilsenat des BGH mit der (In-)Transparenz von Ladenöffnungszeiten im Shopping-Center(SC)Mietvertrag.

Worum geht es? Die Parteien streiten, wie lange der SC-Mieter sein Geschäft im Einkaufszentrum (EKZ) geöffnet halten

\* Der Autor ist zugelassener Rechtsanwalt; Dozent und Professor an der International School of Management, ISM, in Dortmund und Direktor am Euro Business College, EBC, in Bielefeld. Seinen LL.M.-Grad hat er in Dallas/Texas/USA erworben. Zusätzlich hat er die Prüfung als vereidigter Buchprüfer, vBP, abgelegt.

1) Besprechung von BGH, Urt. v. 16. 5. 2007 – XII ZR 13/05, GuT 2007, 205; Besprechung Joachim, NZM 2008, 316.

2) Ausführlich Joachim, NZM 2008, 316.

EKZ-Betreibers erheblich ein, und zwar vermehrt unter Hinweis auf die Intransparenz der Klausel im Zuge des Auslegungsprozesses.

So verstößt die formulärmäßige Auferlegung der Instandhaltung und Instandsetzung der gemeinschaftlich genutzten Flächen und Anlagen im Center auf den Mieter ohne Beschränkung der Höhe nach gegen das Transparenzgebot<sup>3</sup>. In einer weiteren Entscheidung betont der Senat, dass in einem SC-Formularmietvertrag die Höhe der Beträge, welche der Mieter an eine SC-Werbegemeinschaft zu zahlen hat, bestimmbar sein muss; zumindest muss eine Höchstgrenze festgelegt sein, damit der EKZ-Mieter die auf ihn zukommenden Kosten kalkulieren kann<sup>4</sup>. Die Kostentransparenz beim formulärmäßigen Beitritt zu einer EKZ-Werbegemeinschaft ist in dem Streitfall genauso zu hinterfragen wie die konkrete Handhabung des Transparenzgebots. Grundsätzlich bewegt sich der BGH auf dem bewährten Terrain der AGB-Klauselprüfungen. Zu kritisieren ist im Grundsatz, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung die Besonderheiten der SC-Praxis nicht bzw. nicht hinreichend berücksichtigt. Das gilt insbesondere für den Branchenmix, Konkurrenzschutz, die Betriebspflicht, Ladenöffnungszeiten, Werbegemeinschaft, daran anknüpfende Zahlungspflichten und die detaillierte Gestaltung der verschiedenen SC-Mieten mit festen und variablen Komponenten, der SC-Mieterpflichten zur Umsatzmitteilungen, um nur einige zentrale Regelungsfelder zu nennen<sup>5</sup>.

## 2. (Faktisch) Einheitliche Ladenöffnungszeiten im SC

Ein gut funktionierendes EKZ weist einheitliche Ladenöffnungszeiten auf, die im jeweiligen SC-Mietvertrag und/oder durch Regelungen des Centermanagers bzw. der Werbegemeinschaft zugrundegelegt, von den Mietern beachtet und von den Kunden erwartet werden. Ausgewogener, stets aktualisierter Branchenmix und einheitliche, am Kundenwunsch ausgerichtete Ladenöffnungszeiten sind ein „dynamisches Doppel“ und zugleich wichtige „Stellschrauben“ für ein erfolgreich am Markt eingeführtes und gemanagtes Center<sup>6</sup>.

Vor diesem „SC-praxisrelevanten Hintergrund“ erscheint es fraglich, warum vorliegend ein ca. 5-jähriger Rechtsstreit durch die Instanzen geführt werden musste. Man vergegenwärtige sich: Der Prozess wird über die verlängerte Ladenöffnungszeit am Samstag geführt, und zwar – unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich erfolgten gesetzlichen Änderungen beim Ladenschluss – bis 20 Uhr, wobei der beklagte SC-Mieter sein Geschäft am Samstag bis 18 Uhr öffnet, ausgenommen an den Adventssamstagen, an denen auch er bis 20 Uhr seinen Laden geöffnet hat. 39 von 44 Mietern öffnen im Fall ihre Läden auch am Samstag bis 20 Uhr. Es geht also um 1 von 5 SC-Mietern, der um 2 Stunden verkürzte „Ausnahme-Öffnungszeiten“ an Samstagen praktiziert und sich an den Adventssamstagen bereits vertrags- bzw. mehrheitskonform verhält. Worum und warum wird tatsächlich so erbittert gestritten? Oft verbergen sich betriebs- bzw. wirtschaftliche Probleme mit einem derartigen Prozess wie dem hier zu besprechenden. Vielleicht hätte hier ein Mediationsverfahren eine behutsame Moderation sowie alternative und attraktive Streitbeilegung bewerkstelligt. Denn einstweilen ist die im Fall praktizierte SC-Vertragsregelung hinsichtlich der Öffnungszeiten intransparent. Eine „transparente Lösung“ muss (noch? Im Konsensweg?) gefunden werden. Faktisch werden einheitliche Öffnungszeiten angestrebt und sich durchsetzen.

## II. Art und Umfang des Transparenzgebots; § 307 I 2 BGB

### 1. Klausel-Klarheit und -Verständlichkeit als „Minimalanforderung“

Im Rahmen der Inhaltskontrolle von vorformulierten Vertragsbedingungen kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist, § 307 I 2 BGB. Nach diesem Transparenzgebot sind die AGB-Verwender gemäß den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertrags-

partner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Wirtschaftliche Nachteile und Belastungen müssen erkennbar sein, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann<sup>7</sup>. Der Vertragstextsteller muss klar und verständlich formulieren, damit der Partner „kapiert“ kann. Dem Transparenzgebot ist „eine geradezu intuitive Richtigkeitsgewähr zu eigen“<sup>8</sup>; man könnte ergänzen: Dem Verdikt der Intransparenz haftet ein „Totschlagsargument“ an. Rechtswissenschaft und Praxis bemühen sich seit Jahren, ja Jahrzehnten um inhaltliche Konturierung<sup>9</sup>. Noch immer droht das Transparenzgebot zur nicht vorhersehbaren Intransparenz auszuarten. Auch im vorliegenden Fall überrascht die Feststellung der Intransparenz bei Festlegung der SC-Öffnungszeiten, allerdings vielleicht nur auf den ersten Blick. Das Gebot geht als Verpflichtung des Verwenders dahin, dem Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar die Rechte und Pflichten darzustellen. Also muss der SC-Vermieter dem SC-Mieter klipp und klar sagen, was er von ihm erwartet – auch und gerade hinsichtlich der Ladenöffnungszeiten. Hier hätte der Verwender zum Ausdruck bringen können und ggf. müssen, dass er bei den „Kleinmietern“ das Alleinbestimmungsrecht für die Öffnungszeiten hat. Zumal auch nicht „klar und verständlich“ ist, wer „Kleinmieter“ und wer „Großmieter“ ist und nach welchen Kriterien sich das bestimmt.

### 2. Klausel-„Verschleierung“ und -„Irreführung“ als Unwirksamkeitsgründe

Im vorliegenden Fall stützt der BGH seinen Vorwurf der Intransparenz auf die Erweckung eines unzutreffenden Eindrucks beim SC-Mieter, weil diesem durch die Bezugnahme auf zwei Vertragsparagrafen und die so gewählte – relativ komplizierte – Formulierung das Ausmaß seiner Verpflichtung verschleiert wird. Wegen der Bezugnahme auf die Kleinmieterklausel im SC-Vertrag kann der klagende Vermieter gegenüber dem Mieter letztlich allein entscheiden, wie lange er sein Geschäft öffnen muss. Durch diese Formulierung und Verknüpfung wird der SC-Mieter „nicht lediglich im Unklaren gelassen, sondern regelrecht in die Irre geleitet.“<sup>10</sup> Die Intransparenz rührt daher, weil die Klausel den – unzutreffenden – Eindruck erweckt, das Mietverhalten und nicht die Vermieterentscheidung sei maßgebend. Zukünftig bedarf es einer klaren Ansage und keiner komplizierten Klausel, was „klipp und klar“ vom SC-Mieter erwartet wird. Im SC-Mietvertrag ist klar und unmissverständlich zu regeln, wer über die Betriebspflichten entscheiden darf. Ergänzend sollte in demselben Zusammenhang – nicht über „versteckte Kombinationslösungen“ – der Umfang der Ladenöffnungszeiten geregelt werden, ggf. unter Bezugnahme auf die jeweils gesetzlich maximal zulässigen Zeiten in Form einer „dynamischen Verweisklausel“.

Hinzuzufügen ist, dass SC-Nutzer regelmäßig hinsichtlich Öffnungszeiten Bescheid wissen oder sich entsprechend informieren, was auf sie zukommt. Sie selbst profitieren vom einheitlichen Erscheinungsbild und von gleichen Öffnungszeiten

3) BGH, Urt. v. 6. 4. 2005 – XII ZR 158/01, GuT 2005, 213; dazu näher Joachim, NZM 2006, 368.

4) BGH, Urt. v. 12. 7. 2006 – XII ZR 39/04, GuT 2006, 224 = NJW 2006, 3057 mit Anmerkung Joachim, NJW 2007, 3058; ausführlich Joachim, GuT 2007, 3.

5) Ausführlich Joachim, NZM 2000, 785 m.w.N.

6) Dazu näher Joachim, NZM 2007, 513; ders., NZM 2000, 785.

7) So aktuell BGH, GuT 2007, 205; zuvor BGHZ 164, 11 (16) = NJW-RR 2005, 1496 = NJW 2006 46 L; BGHZ 165, 12 = NJW 2006, 996; Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl. (2005) Rn. 148 b; zum alten Recht richtungweisend mit Risikozuweisungen Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 8. Aufl. (2000), Rn. 384 ff, 393 ff; neuerdings zu Allgemeinen Beförderungsbedingungen BGH, RRA 2007, 74 und dazu die Anmerkung von Kappus, RRA 2007, 78; Joachim, NZM 2008, 316 (317).

8) So richtungweisend Köndgen, NJW 1989, 943 (944); dazu Kappus, RRA 2007, 78.

9) Gottschalk, AcP 206 (2006), 555; Vogt, in: Graf v. Westphalen (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Transportrecht (Stand: Oktober 2006), Rn. 155.

10) BGH, GuT 2007, 205 (206).

im Center. Auch das kann von EKZ-Marktteilnehmern erwartet werden. Dies sollte die Rechtsprechung zukünftig (noch) mehr berücksichtigen.

### 3. (Un-/Sinnstiftende) Abgrenzung: Großraum-/Kleinmieter

Die Abgrenzung zwischen Großraum- und Kleinmieter im vorliegenden Fall ist eher unsinn- als sinnstiftend und trägt bei zur Intransparenz. Kleinmieter machen die „Mieter-Masse“ bzw. die deutliche Mieter-Mehrheit aus. Erschwerend kommt die Kombination von SC-Vertragsklauseln hinzu, wonach bei „Kleinmietern“ letztlich der Vermieter die Ladenöffnungszeiten bestimmen kann. Dies dürfte in der Tat zur Ausweitung der Betriebspflicht führen, welche an einer anderen Stelle des SC-Mietvertrags niedergelegt ist und durch die Verknüpfung mit der „Kleinmieter-Klausel“ dem Vermieter ein nicht ohne weiteres ersichtliches Bestimmungsrecht für Ladenöffnungszeiten und damit für den Umfang der Betriebspflicht einräumt. Wenn man schon im SC-Vertrag an einer solchen Differenzierung festhalten will, müssen klare Kriterien zur Einteilung der Größenklassen aufgestellt sein.

### 4. Mehrheitsquorum – zukünftige Forderung: „Doppelte Mehrheit“

Im SC-Vertrag des Falles bestimmen sich die Ladenschlusszeiten danach, „wie die überwiegende Anzahl aller Mieter ihre Geschäfte offen hält. Der Mieter hat das Recht, die gesetzlichen Ladenöffnungszeiten voll auszuschöpfen.“ Nach dieser Formulierung kommt dem SC-Mieter ein „Recht“ zum Ausschöpfen der Öffnungszeiten zu; die Realität sieht anders aus. Hier liegt eine wesentliche Ursache der Intransparenz im Streitfall begründet<sup>11</sup>. Unklar ist zudem, was unter „überwiegende“ Anzahl zu verstehen ist. Es handelt sich um eine „schwammige Formulierung“. Damit zusammenhängende Unklarheiten und Zweifel bei der Auslegung gehen zu Lasten des Verwenders, § 305 c II BGB. Von einer „weit“ überwiegender Anzahl ist eben nicht die Rede. Handelt es sich um 50%, 66% oder 75% der Mieter? Wie ist diese „überwiegende“ Mehrheit festzustellen? Diese Fragen bergen viel „Unklarheitspotential“ in sich. Dem kann durch klare, verständliche und optisch gut gestaltete Vertragsformulierungen wirksam begegnet werden.

Zukünftig sollte eine klare Vertragsregelung zugrunde gelegt werden, die sich in Anlehnung an die EU-Staatsvertragspraxis bzw. an die politische Diskussion an einer sog. „doppelten Mehrheit“ ausrichtet, und zwar:

#### a) Fläche

Der Mieter muss eine bestimmte Mietfläche nutzen. Die die Mehrheit bildenden Geschäfte müssen bezogen auf die SC-Gesamtmietfläche eine bestimmte, im SC-Vertrag niedergelegte Größe ausmachen. Der geschickte SC-Betreiber bzw. -Manager wird die „Flächenmehrheitsmacht“ eines „Ankermieters“, z. B. eines Textil-Filialisten, Media-Markts, Lebensmittelladens usw. als „gestaltbare Verhandlungsmasse“ zu nutzen wissen.

#### b) „Köpfe“ – Mieteranzahl

Zusätzlich muss ein genaues Quorum an SC-Shops erreicht werden. Eine bestimmte Prozentzahl könnte im EKZ-Vertrag als ein klares Kriterium niedergelegt werden.

So weiß jeder SC-Mieter, worauf er sich hinsichtlich Betriebspflicht und Ladenöffnungszeiten einlässt, zumindest kann er es leicht in Erfahrung bringen. Dies gilt für alle relevanten Vertragsangelegenheiten im zentralen SC-Betrieb.

### 5. Fallgruppenbildung

Um das Transparenzgebot hinsichtlich Anforderung und Umfang klarer fassen und in der Kautelarjurisprudenz berechenbarer handhaben zu können, sollte eine Fallgruppenbildung vorgenommen werden. Die folgenden Gruppen stellen Beispielfälle von intransparenten Bestimmungen dar, welche sich zur Verallgemeinerung anbieten und zukünftig mit Bedacht ausgebaut werden sollten.

Es geht jeweils um fehlende<sup>12</sup>

- a) formale Strukturierung;
- b) Bestimmtheit;
- c) Verständlichkeit;
- d) formale und/oder inhaltliche Klarheit, einhergehend mit der (eingetretenen) Gefahr der Irreführung.

### III. Maßstab: Rechtsfigur des „durchschnittlich (verständigen) Vertragspartners“

#### 1. Aktuelles BGH-Urteil

In dem aktuellen Urteil zieht der BGH bei Feststellung der (In-)Transparenz einen subjektiven Bewertungsmaßstab heran, der auf eine – vermeintlich – objektive Wertung verweist. Abzustellen ist bei Bewertung der Transparenz auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses<sup>13</sup>. Mit diesem Maßstab versetzt sich der streitentscheidende Richter in die Rolle des „durchschnittlichen Vertragspartners“ und legt dessen Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten bewertend aus.

#### 2. „Ratio Decidendi“

Wie gelangt der BGH „in den Schuhen“ des durchschnittlichen Vertragspartners im Fall zur Intransparenz?

a) Die Formulierung, „wie lange die überwiegende Mehrzahl aller Mieter ihre Geschäfte offen hält“, erweckt den unzutreffenden Anschein: Die Ausweitung der Betriebspflicht hängt nicht vom Vermieterwillen, sondern allein von der Mieter-Mehrheit ab. Mit dem an anderer Stelle des SC-Vertrags enthaltenen Weisungsrecht des Vermieters gegenüber anderen Mietern (der SC-Vermieter hat nämlich die überwiegende Mieter-Mehrheit, sog. „Kleinmieter“, bei Festlegung der Öffnungszeiten seinem Willen unterworfen) rechnet der durchschnittliche Adressat bei der MV-Lektüre nicht.

b) Dadurch wird das Ausmaß der Verpflichtung verschleiert<sup>14</sup>. In Wirklichkeit kann der Vermieter allein die Öffnungszeiten bestimmen, weil die Kleinmieter so lange öffnen müssen, wie es der Vermieter will. Die nötige „Entschleierung“ hätte der Vermieter als Verwender selbst bewirken können, indem er klipp und klar von den Öffnungszeiten und deren Festlegung spricht.

c) Die Intransparenz der Regelung besteht darin, dass beim Mieter der Eindruck entsteht, nicht der Vertragspartner, sondern die Mieter würden über die Öffnungszeit entscheiden. Der Mieter wird nicht nur im Unklaren gelassen, sondern regelrecht in die Irre geleitet<sup>15</sup>. Der BGH wirft dem SC-Klauselverwender nicht nur eine Unklarheit vor, sondern eine Täuschung, welche als tiefe Enttäuschung zur mangelnden Transparenz gereicht und damit als Verstoß gegen § 307 I 2 BGB.

#### 3. Maßstab: Verständiger Rechtsgenosse = Reasonable Man-Test

Indem bei der Bewertung der Transparenz auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines „durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses“ abgestellt wird<sup>16</sup>, gelangt ein eigener subjektiver Maßstab des streitentscheidenden Richters zur Anwendung. Diese Rechtsfigur findet seit langem Verwendung, und zwar auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis; dort ist vom „Reasonable-Man-Test“ die Rede<sup>17</sup>. Klarer wird der Erkenntnis- und

11) BGH, GuT 2007, 205.

12) Vgl. zur Fallgruppenbildung beim Transparenzgebot Jauernig/Teichmann, § 307 Rn. 9; im Ansatz Fritz, Rn. 148 b.

13) BGH, GuT 2007, 205 (206); zuvor bereits BGHZ 165, 12 (22) = NJW 2006, 996.

14) BGH, GuT 2007, 205 (206).

15) BGH, GuT 2007, 205 (206).

16) So BGH, GuT 2007, 205 (206).

17) Joachim, The „Reasonable Man“ in United States and German Commercial Law, Comp.Law Yearbook of International Law, Vol. 14 (1992), 341; ders., Judiz – Brauchen Juristen (Rechts)Gefühl?, in: ZVglRWiss 93 (1994), 343.

Entscheidungsprozess dadurch keineswegs. Der den Rechtsstreit entscheidende Richter sollte letztlich dazu stehen und sich dazu bekennen, warum er die konkrete Klausel als intransparent erachtet. Er sollte die ihn leitenden Erwägungen ausdrücklich benennen.

#### 4. Transparenzgebot im Geschäftsverkehr

Für die gebotene Klarheit und Deutlichkeit einer Klausel ist auf die Erkenntnismöglichkeit eines typischerweise bei Verträgen zu erwartenden durchschnittlichen Vertragspartners abzuheben. An einen Reisenden sind geringere Anforderungen zu stellen als an einen Vertreter eines kaufmännischen Unternehmens bei einer Globalzession<sup>18</sup>. Im Geschäftsverkehr mit Unternehmen ist das Transparenzgebot nicht mit gleicher Strenge anzuwenden wie gegenüber Verbrauchern. Es dient zielgerichtet dem effektiven Verbraucherschutz. Bei Unternehmen kann auf Grund ihrer Geschäftserfahrung sowie auf Grund von Handelsgewohnheiten und -bräuchen von einer besseren Erkenntnis- und Verständnismöglichkeit ausgegangen werden<sup>19</sup>. Mit Blickrichtung auf die „SC-Szene“ wird man sagen können, dass in der Regel „Einzelhandels- und Immobilien-Profis“ auf Vermieter- und zumeist auch auf Mieterseite agieren. Insbesondere Betriebspflichten und Ladenöffnungszeiten sind ihnen geläufig oder müssten es sein; andernfalls sind sie im „SC-Geschehen“ deplatziert. Abgesehen von Ausnahmefallkonstellationen schutzbedürftiger „Kleinhändler“ (nicht falsch zu verstehender: „Kleinkrämer“) im SC ist das Transparenzgebot bei SC-Verträgen behutsam und mit Bedacht zurückhaltend anzuwenden. Man könnte versucht sein zu behaupten: Die betroffene Mietpartei hätte es wissen können und müssen; vielleicht sogar die Verknüpfung der beiden Vertragsklauseln, welche letztlich dem BGH zufolge den SC-Mieter „in die Irre geleitet“ hat. Hier sollte zukünftig ein weiter(er) Maßstab angelegt werden. Zu viel Verbraucherschutz und Transparenz können zur Intransparenz führen. Dem Grundsatz der Vertragsfreiheit i.S.v. § 311 BGB ist stets gebührend Geltung zu verschaffen. Es gibt, wie so oft, zwischen den widerstreitenden Interessen die konsensstiftende Balance zu finden.

#### 5. Vorrang der Individualvereinbarung

Ein „Praxistipp“: Bei komplexen Regelungsmaterien sollte der SC-Vermieter bei entsprechender Markt- und Verhandlungsmacht eine Individualvereinbarung aushandeln und abschließen. Bekanntlich hat sie Vorrang vor einer vorformulierten Bestimmung, § 305 b BGB. Diese Vorgehensweise bietet sich vor allem an bei Erfassung der Hauptpflichten, insbesondere der verschiedenen Mieten bzw. Mietgestaltungen, der Nebenkosten, dem Konkurrenzschutz, dem zentralen Centerbetriebsbereich, u. a. der Werbegemeinschaft und deren Kostentragung<sup>20</sup>.

#### IV. Ähnliche Klausel: „Transparenzfälle“

Einer Kontrolle am Maßstab des Transparenzgebots können in zunehmendem Maß vorformulierte Vertragsregelungen nicht standhalten. Wenn auch die Rechtsprechung dazu kein einheitliches Bild abgibt, birgt das Transparenzgebot manch' ungeahnten „Klausel-Sprengstoff“ in sich<sup>21</sup>. Namentlich öffnet sich hier ein „Einfallstor“ für die Realisierung eines – vermeintlich – effektiven Verbraucherschutzes. Aus der Vielzahl der Wirtschaftsrechtsgebiete seien beispielhaft erwähnt:

##### 1. Schönheitsreparaturen im Mietrecht

Der VIII. Zivilsenat des BGH kassiert in ständiger Rechtsprechung Schönheitsreparaturklauseln mit „starrer Fristenplan“ im Wohnraummietrecht. Bei den grundsätzlich zulässigen „weichen“ Klauseln mit flexibler Fristengestaltung mutet er den Mietvertragsparteien „geradezu hellseherische Fähigkeiten zu, wenn es darum geht, „weich“ formulierten Dekorsintervallen („im Allgemeinen“, „regelmäßig“ o.ä.) im Einzelfall zu entnehmen, wann genau man denn nun zum Pinsel greifen müsse bzw. worin die (begründeten) Ausnahmen liegen sollen.“<sup>22</sup>. Der Klauselverwender erhält nur allgemeine Hin-

weise; die vom BGH geforderten „weichen“ Formulierungen und Fristen tragen weder zur Rechtsklarheit noch zur -sicherheit bei.

#### 2. Kardinalpflichten im unternehmerischen Verkehr

Der Rechtsprechung zufolge soll es für einen Unternehmer nicht klar sein, was der Begriff „Kardinalpflichten“ in unternehmerischen Haftungsfreizeichnungsklauseln umfasst. Bei genauem Nachdenken und einem Blick ins Gesetz, § 307 II Nr. 2 BGB „wesentlich“, dürfte jedem Teilnehmer am Rechtsverkehr und erst recht dem Unternehmer klar sein, dass damit relevante Pflichtverletzungen von einigem Gewicht und einiger Erheblichkeit gemeint sind<sup>23</sup>. Bei relativ einfach zu ermittelndem Bedeutungsinhalt und -sinn darf nicht über das Transparenzgebot im Ergebnis – auch und gerade bei der künftigen Rechtsanwendung – Intransparenz herauskommen.

#### V. SC-Spezifika

Im vorliegenden Fall geht es um wichtige SC-Regelungsbereiche, die den zentralen Centerbetriebsbereich erfassen. Regelmäßig sind die Vertragsparteien erfahrene EKZ-Experten. Ihnen dürfte einleuchtend sein, dass der SC-Vermieter bzw. -Manager eine zentralisierende Funktion ausübt und dies durch einschlägige Bestimmungen zur Betriebspflicht und zu den Ladenöffnungszeiten ausdrückt.

##### 1. Art und Umfang der Betriebspflicht

In der Regel entscheidet der SC-Vermieter bzw. -Manager über derartige „EKZ-Essentialia“. Dazu zählt grundsätzlich die Betriebspflicht, welche konkludent und erst recht ausdrücklich im SC-Vertrag enthalten sein kann bzw. sollte<sup>24</sup>. Die Wahrnehmung und Ausgestaltung einer konstituierten Betriebspflicht zählt grundsätzlich zum Risikobereich des Mieters. So entfällt die Betriebspflicht regelmäßig nicht, wenn der Mieter aus finanziellen oder gesundheitlichen Gründen den Geschäftsbetrieb nicht aufrecht zu erhalten vermag<sup>25</sup>. Die SC-Betriebspflicht kann vertragsstrafenbewehrt ausgestaltet sein; sie kann zudem mit einem Ausschluss des Konkurrenzschutzes einhergehen<sup>26</sup>. Nicht nur wegen der umfangreichen (formularvertraglichen) Risikoverteilung bei der SC-Gewerbeflächenvermietung<sup>27</sup> gilt: Den Beteiligten kann nur geraten werden, die umfangreichen Vertragskonvolute genau zu studieren. Als Profis gelten für sie die gemeinrechtlichen Weisheiten: „Wer sich in die (SC-)Gefahr begibt, kommt darin (bei nicht entsprechendem Schutz) um...“ und „wer die Augen nicht auf tut (und nicht genau liest und – auch die Vertragszusammenhänge – nicht genau versteht), tut den Beutel auf!“ Richtungweisend stellt sich für sie die betriebswirtschaftliche Entscheidung dar: „Will ich in diesem Center vertreten sein? Dann muss ich mit SC-Spezifika rechnen und mich darauf einstellen!“

18) BGHZ 108, 57 zum Reisenden; zur Intransparenz von Haftungsbeschränkungen bei der Luftbeförderung aktuell BGH, RRA 2007, 74; dazu die Anmerkung von Kappus, RRA 2007, 78; BGHZ 133, 32 zum kaufmännischen Unternehmen; Jauernig/Teichmann, § 307 Rn. 8.

19) BGH, GuT 2007, 205 (206); zum alten Recht: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. § 9 Rn. 147; neuerdings Joachim, NZM 2006, 368 (369); ders., NZM 2008, 316 (317).

20) Dazu näher Joachim, NZM 2006, 368 (370); ders., GuT 2005, 99 (110).

21) In diesem Sinn Kappus, RRA 2007, 78, in einer Anmerkung zu einer reiserechtlichen Entscheidung der Haftungsbegrenzung bei der Luftbeförderung.

22) Kritisch Kappus, RRA 2007, 78; ders., NZM 2006, 6 zur erwähnten Juridikatur.

23) BGH, NJW-RR 2005, 1496; ablehnend Kappus, NJW 2006, 15.

24) Wolf/Eckert/Ball, Rn. 649 ff; Joachim, NZM 2000, 785 (798) m.w.N.

25) Neuerdings OLG Düsseldorf, GuT 2007, 206; zuvor OLG Düsseldorf, ZMR 2004, 508 = GuT 2004, 53.

26) OLG Rostock, NZM 2004, 460 (461); OLG Hamburg, ZMR 2003, 254 = GuT 2003, 57; Fritz, Rn. 234; Kraemer, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. (1999), III Rn. 1240, 1244; ausführlich Joachim, BB 1986 Beilage 6; ders., GuT 2005, 99 (108); ders., NZM 2008, 316.

27) Eingehend Joachim, NZM 2006, 368; ders., GuT 2005, 99 und 135.

## 2. Funktionierendes Center

Für alle SC-Parteien, vornehmlich in den großen Centern mit 100, 150–200 Ladeneinheiten, gilt der maßgebende Grundsatz vom funktionierenden Center. Regelmäßig haben sich Nutzer und Betreiber dem unterzuordnen, profitieren sie doch alle davon! Drei Aspekte sind zu betonen:

### a) Steuerungsfunktion, Zentralisierungsfunktion des SC-Vermieters/-Betreibers/-Managers

Ein EKZ kann nur dann nach erfolgreicher Marktplatzierung dauerhaft und nachhaltig funktionieren, wenn die Steuerung der wesentlichen Betriebsabläufe durch den SC-Vermieter, das Centermanagement sowie unterstützend und flankierend durch die SC-Werbegemeinschaft erfolgt. Eine zukunftsweisende, zugleich einladende Architektur, ein stets attraktiver Branchenmix, Aufmerksamkeit heischende Sonderaktionen, ein ausgefeiltes Betriebskonzept u. a. mit einheitlichen Ladenöffnungszeiten gehören dazu. Diese und andere Erfolgskriterien basieren auf der weitreichenden Zentralisierungsfunktion des SC-Betreibers.

### b) SC-Mieter-Gemeinschaftssicht

Die SC-Mietergemeinschaft profitiert von einem funktionierenden Center. Groß- wie Kleinmieter, wenn man an der wenig geglückten Einteilung festhalten will, gelangen auch aufgrund praktischer Erfahrung zu der Einsicht: „Gemeinsam sind wir stark!“ Das Wohl (und Wehe) aller Nutzer wie z. B. in der EKZ-Werbegemeinschaft gehandhabt, hängt davon ab. Dieser „Gemeinschaftsauftritt“ bedingt eine durchgängige Betriebspflicht mit weitreichenden, dem Konsumentenverhalten gemäßen Ladenöffnungszeiten. Folglich dürfen gemäß SC-Vertrag keine Ladenschließungen aufgrund von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventurzeiten erfolgen. Dem SC-Nutzer sind diese Anforderungen bewusst, zumindest drängen sie sich ihm auf, und er hätte sich während der Mietvertragsverhandlungen informieren können und ggf. müssen. Wenn er im Rahmen der SC-Mietergemeinschaft eine „weiche“ und „weitgehende“ Klausel hinnimmt, kommt ihm als Unternehmer und „EKZ-Teilnehmer“ kein so weitgehender Schutz zu, so wie vom XII. Zivilsenat gewährt. Der BGH geht im Fall beim Umfang des SC-Mieterschutzes zu weit.

### c) Wachsender und vorausschauender SC-Vermieter

Allerdings muss auch der SC-Vermieter und Klauselverwender angesichts der „Transparenzgebotsrechtsprechung“ vorausschauend wachsam sein, klar und verständlich formulieren und vorsorglich informieren. Alles, was der SC-Betreiber als zum wichtigen Center-Kernbereich gehörend erachtet, darf er nicht durch allzu „wachsweiche Regelungen“ im Ergebnis aus der Hand geben bzw. dem Verdikt der Intransparenz aussetzen, sondern sollte er selbst bestimmen und entsprechend kommunizieren. Ein erkanntes, relevantes Risiko sollte er in den Verhandlungen ansprechen, zuweisen und entsprechend vertraglich fixieren. Für den Klausel-Verwender und erst recht den SC-Vermieter und -Manager gilt: „Sei auf der Hut – dann geht es Dir gut!“<sup>28</sup>

## VI. Ausblick

### 1. Zunehmende „Verrechtlichung“ im SC

Der „Shopping-Center-Boom“ hält unverändert an, und zwar im In- und Ausland<sup>29</sup>. Manche konstatieren einen „Run auf Shopping-Center“ bzw. einen „Center-Boom“ trotz der Finanzkrise; so bauen Immobiliengesellschaften neue Einkaufszentren in Duisburg, Essen und Dortmund<sup>30</sup>. Jung und Alt besuchen die Einkaufs- und Erlebnis-Magneten als Begegnungsorte für Kommerz und Konsum<sup>31</sup>, zugleich auch für Kunst, Kultur und Kommunikation, mithin als Event- und Entertainment-Center und als „Menschenmassen anziehende Frequenzimmobilien“. Vor diesem praktischen und wirtschaftlichen Hintergrund nimmt nicht zuletzt angesichts komplexer und komplizierter SC-Vertragsregelungen die „Verrechtlichung im EKZ“ kontinuierlich zu. Gleiches gilt für die Zunahme von SC-Rechts-

streitigkeiten und im Gefolge davon der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Judikatur. Das ist im Grundsatz nachhaltig zu begrüßen<sup>32</sup>.

### 2. Verschärfung der SC-Klauselkontrolle

Mit der vorliegenden Entscheidung verschärft der BGH erneut die Anforderungen, die eine Klauselkontrolle an vorformulierte EKZ-Mietverträge und auch an Gewerbemietverträge mit mehreren Mietern stellt. Die vom Senat praktizierte Angemessenheits- und insbesondere Transparenzkontrolle orientiert sich verstärkt an Risikoeinteilungen und -zuweisungen. Dabei handelt es sich um eine zunehmend zu beobachtende Argumentationsweise der modernen Zivilrechtsdogmatik<sup>33</sup>. Die Formulierung von eindeutigen und transparenten Ladenöffnungszeiten und die Folgen unklarer Regelungen zählen grundsätzlich zum Risikobereich des SC-Klauselverwenders bzw. -Vermieters, ebenso wie eine nachvollziehbare Verteilung der Nebenkosten und der Werbegemeinschaft im Center<sup>34</sup>. SC-Betreiber und -Nutzer sowie Kautelarjuristen haben sich auf diese Rechtsprechung, der im Grundsatz zuzustimmen ist, einzustellen und ihre Verträge ggf. anzupassen bzw. entsprechend abzuschließen. Die „Rechtsprechungs-Rallye“ zur umfassenden Klauselkontrolle – auch und gerade im SC-Mietvertrag – geht nachhaltig weiter und nimmt zunehmend Fahrt auf<sup>35</sup>.

### 3. (In-)Transparenz-Rechtsprechung als Beitrag zur „Verschleierung“ bzw. „Intransparenz“

Kritisch ist auf die intransparente Verwendung des Prüfungsmaßstabs der (In-)Transparenz i. S. v. § 307 I 2 BGB durch den XII. Senat hinzuweisen. Ein nicht im einzelnen subjektiver Beurteilungsstandard wird mit der Rechtsfigur der „Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders“ herangezogen. Subjektive Festsetzungen treten an die Stelle von objektiv nachprüfbar und nachvollziehbaren Entscheidungsfindungen. Der richterliche Erkenntnisprozess erscheint so für die Rechtsgemeinschaft alles andere als transparent, geschweige denn konsensbegründend nachvollziehbar zu sein. Die konturlose Verwendung des Transparenzgebots droht eher, zur schlecht von der Rechtsberatung vorhersagbaren Intransparenz, wenn nicht gar zur „Verschleierung“ zu degenerieren. So stellt § 307 I 2 BGB ein dynamisches, drohendes „Damokles-Schwert“ für den Rechtsanwender dar. Judikatur und Jurisprudenz bleiben zur weiteren Formgebung über Fallgruppenbildung und Konkretisierung des Transparenzgebots aufgerufen<sup>36</sup>.

28) So Joachim, NZM 2008, 316 (317).

29) Handelsblatt (HB) vom 27./28./29. Juli 2007, Nr. 143, S. 3; Joachim, NZM 2007, 513; ders., GuT 2007, 117.

30) HB vom 09. bis 12. Mai 2008, S. 32; HB vom 13. Mai 2008, S. 13; HB vom 16. bis 18. Mai 2008, S. 35; Financial Times Deutschland (FTD) vom 20. Mai 2008, S. 2.

31) HB, aaO.; Joachim, Frequenzimmobilien, Alles unter einem Dach, in: Immobilien Manager 1999, 10.

32) Dazu näher Joachim, NZM 2000, 785 (798); ders., GuT 2007, 117 jeweils m.w.N.

33) Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979; Eckert, Die Risikoverteilung im Pauschalreiserecht, 2. Aufl. (1995); Joachim, BB 1988, 779; ders., in: Heymann/Horn, 2. Aufl. (2005), Vorb. § 407 Rdnr. 14 (Risiko- bzw. Sphärenbereich, Risikozuweisung im Transportrecht); ders., GuT 2005, 99 u. 135 (Risikoverteilung bei der Vermietung von Centerflächen); ders., NZM 2001, 162 (Risikoverteilung beim Hotelbetriebsvertrag); ders., NZM 2006, 368 (Formularmäßige Risikoverteilung bei der Gewerbeflächenvermietung im Einkaufszentrum); neuerdings ders., Reiserechtsrisiko-Regelungen, in: Jahrbuch Accounting, Taxation & Law (ATL) 2009, ISM Schriftenreihe, Band 7, Dortmund und Münster 2009, 109.

34) BGH, GuT 2005, 213 = NZM 2005, 863 (Anmerkung Joachim, NZM 2006, 368); BGH, GuT 2006, 224 = NJW 2006, 3057 (Anmerkung Joachim, NJW 2006, 3058).

35) So im Ausblick Joachim, NZM 2008, S. 316 (317).

36) Zur Transparenzkontrolle im Unternehmensverkehr BGH, NJW-RR 2005, 1496 (krit. Kappus, NZM 2006, 6; ders., NJW 2006, 15); NJW 2006, 996 (zur „Garantie“ von Gesellschaftern im Bereich Franchising); aktuell zu Allgemeinen Beförderungsbedingungen im Flugverkehr BGH, RRA 2007, 74 (Anmerkung Kappus, RRA 2007, 78); Joachim, NZM 2006, 368 (370).

# Zum Begriff der Schönheitsreparaturen bei der Gewerberaummieta

– Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 8.10.2008 – XII ZR 15/07 –<sup>1</sup>

## I. Zum Begriff der Schönheitsreparaturen

a) Der XII. Zivilsenat des BGH hatte Gelegenheit, sich zum Begriff der Schönheitsreparaturen im Gewerberaummietverhältnis zu äußern. Er billigte den Rückgriff auf § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV, machte aber auch allgemeine Ausführungen zum Begriff der Schönheitsreparaturen. Konkret entschied er, dass im gewerblichen Mietverhältnis zu den Schönheitsreparaturen auch die Grundreinigung eines Teppichbodens gehört.

b) Der BGH kommt zu seinem Ergebnis allein durch die Auslegung des Begriffs der Schönheitsreparaturen<sup>2</sup>. Dabei ist zu beachten, dass im Vertrag nicht auf § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV Bezug genommen und auch dessen Wortlaut nicht wiederholt wurde. Wäre dies der Fall gewesen, so wäre es bedenklich, sich über diese ausdrückliche Vereinbarung hinwegzusetzen. Der BGH scheint jedoch hierin kein Problem zu sehen, da er die Teppichgrundreinigung unmittelbar aus § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV ableitet.

Die Aufzählung in § 28 Abs. 4 II. BV ist völlig veraltet. So wäre ein Vermieter wohl nicht nur mit dem Streichen eines Parkettfußbodens nicht einverstanden, sondern auch nicht, wenn die Wände gekalkt, die furnierten Türen und die Kunststofffensterrahmen gestrichen würden.

Verkannt wird weitgehend, dass § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV rechtssystematisch keine Definition enthält, sondern, wie sich aus dem Wort „nur“ ergibt, eine Beschränkung. Als Definition ist § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV auch deshalb unzureichend, weil er nur die auszuführenden Tätigkeiten beschreibt, aber nicht den Grund für die Notwendigkeit. So kann das Streichen der Wände wegen normaler Abnutzung, aber auch wegen eines Brandes oder wegen einer Beschädigung notwendig sein. Nur im ersten Fall handelt es sich um eine Schönheitsreparatur. Gleichwohl hat es sich eingebürgert, die Vorschrift als Definition zu behandeln.

Kernpunkt der Entscheidung des BGH scheint mir die Aussage zu sein, dass es Ziel der Regelung über die Schönheitsreparaturen ist, die Mieträume insgesamt wieder in einen ansehnlichen, zur Weitervermietung geeigneten Zustand zu versetzen (Absatz 17) und die Spuren des vertragsgemäßen Gebrauchs zu beseitigen (Absatz 25)<sup>3</sup>. Dem Merkmal der Weitervermietung kommt dabei im laufenden Mietverhältnis nur beschreibende Funktion zu. Stillschweigend vorausgesetzt ist, dass es sich um Maßnahmen innerhalb der Mieträume handelt<sup>4</sup>.

c) Für den nicht ordnungsgemäßen Zustand der Mieträume kommen fünf Gruppen von Ursachen in Betracht:

1. Unterlassen der üblichen Pflege- und Reinigungsmaßnahmen<sup>5</sup>.
2. Nichtdurchführung von Schönheitsreparaturen.
3. Nichtdurchführung geschuldeter Reparaturen<sup>6</sup>.
4. Verursachung von Beschädigungen durch den Mieter oder ihm zuzurechnende Personen<sup>7</sup>.
5. Schäden außerhalb des Verantwortungsbereiches des Mieters<sup>8</sup>.

Die Gruppen 1. bis 3. betreffen den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache, wobei sich 1. auf Optik und Funktionsfähigkeit auswirken kann, 2. auf die Optik und 3. auf die Funktionsfähigkeit. Gruppe 4. betrifft einen vertragswidrigen Gebrauch. Gruppe 5. betrifft Umstände, mit denen der Mieter nichts zu tun hat, z. B. Brand- oder Sturmschäden, Gebäudeschäden durch Alterung oder Eingriffe Dritter.

d) Damit lässt sich als allgemeine Definition der Schönheitsreparaturen ableiten, dass es sich dabei um Maßnahmen innerhalb der Mieträume handelt, die über die üblichen Pflege- und Reinigungsmaßnahmen hinausgehen und der Beseitigung

von optischen Beeinträchtigungen dienen, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache verursacht werden.

e) Wozu dann aber noch der Rückgriff auf § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV? Der BGH<sup>9</sup> hat in anderen Bereichen bereits eine Abkehr von den Vorschriften des Preisbindungsrechts vollzogen. Es erscheint angebracht, dies auch bei den Schönheitsreparaturen zu tun, statt eine Definition zu verwenden, die eigentlich gar keine Definition ist und der heutigen Ausstattung von Wohnungen und erst recht von Gewerberäumen nicht mehr entspricht. Der einzige Grund, an dieser „Definition“ festzuhalten, ist wohl derjenige, dass es bisher keine andere Einzelaufzählung gibt. Mit der vom BGH angedeuteten und hier vertieften Definition lassen sich jedoch brauchbare Ergebnisse erzielen. Der BGH ist auf dem richtigen Weg, sollte diesen aber zu Ende gehen und auf den Rückgriff auf § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV verzichten.

## II. Einzelfälle

*Wände und Decken:* Die Schönheitsreparaturen erfassen auch die hierzu erforderlichen kleineren Vorarbeiten, aber nicht die Beseitigung größerer Untergrundschäden an Holz, Putz oder Mauerwerk<sup>10</sup>. Nicht unter § 28 Abs. 4 Satz 4 II. BV fallen das Abschleifen, Grundieren und Lackieren einer Wand- und Deckenvertäfelung<sup>11</sup>, wohl aber bloße Anstrich<sup>12</sup>.

*Fußböden:* Das Abschleifen und Versiegeln von Parkettfußböden gehört nicht zu den Schönheitsreparaturen<sup>13</sup>. Eine Erneuerung des Teppichbodens<sup>14</sup> oder von PVC-Fliesen<sup>15</sup> gehört ebenfalls dazu.

*Heizkörper und -rohre:* Erfasst sind nur Rohre, die zum Heizungssystem gehören, nicht Wasserrohre<sup>16</sup> und Gasrohre<sup>17</sup>.

*Fenster und Türen:* Ein Ablaugen oder Abschleifen geht über die Schönheitsreparaturen hinaus<sup>18</sup>.

All diese nicht unter den Begriff der Schönheitsreparaturen fallenden Maßnahmen können jedoch grundsätzlich dem Gewerberaummieter im Mietvertrag auferlegt werden.

## III. Abgrenzungen

### 1. Zu üblichen Reinigungs- und Pflegearbeiten

Die Abgrenzung der Schönheitsreparaturen zu den üblichen Reinigungs- und Pflegearbeiten<sup>19</sup> ist erforderlich, weil es für

\*) Der Autor ist Richter am Oberlandesgericht, Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a. D., Mitglied des für Immobilienmiete und Wohnungseigentumssachen zuständigen 32. Zivilsenats des OLG München. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

1) GuT 2008, 484 = GE 2009, 111 = IMR 2009, 46 und 47 m. Anm. Lehmann-Richter. Soweit BGH ohne weitere Fundstelle zitiert wird, ist auf diese Entscheidung Bezug genommen.

2) Schach GE 2009, 83 <84>.

3) Harsch in Schmid, FAK-Mietrecht, 2. Aufl., § 535 Rn. 306; Häublein in Münch-Komm-BGB, 5. Aufl., § 535 Rn. 114; Lehmann-Richter GE 2007, 1031.

4) Vgl. Harsch in Schmid, FAK-Mietrecht, 2. Aufl., § 535 Rn. 407.

5) Unten III. 1.

6) Unten III. 3.

7) Unten III. 2.

8) Unten III. 2. und 3.

9) BGH WuM 2006, 200 = GE 2006, 502.

10) Büschgens DWW 2002, 284 <285>.

11) AG und LG Marburg ZMR 2000, 359 ff.

12) Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 538 Rn. 73.

13) OLG Düsseldorf WuM 2003, 621 = GE 2003, 1608.

14) OLG Stuttgart NJW-RR 1995, 1101; OLG Düsseldorf GuT 2007, 211.

15) OLG Düsseldorf GuT 2008, 204 = GE 2008, 731.

16) OLG Celle GE 2000, 155; Harsch in Schmid, FAK-Mietrecht, 2. Aufl., § 535 Rn. 318; a.A. LG Berlin GE 2001, 1674; a.A. Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 538 Rn. 72.

17) Harsch in Schmid, FAK-Mietrecht, 2. Aufl., § 535 Rn. 318; Goch WuM 2004, 513 <515>; a.A. Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 538 Rn. 72.

18) LG Potsdam GE 2004, 821.

19) Oben I. c) Gruppe 1.



letztere keiner gesonderten Vereinbarung bedarf<sup>20</sup>. Übliche Reinigungsarbeiten ordnet der BGH (Absatz 15 und 26) der Obhuts- und Sorgfaltspflicht des Mieters zu. Sie werden immer geschuldet. Die Grenze zwischen üblichen Reinigungsarbeiten und Schönheitsreparaturen wird dort zu ziehen sein, wo mehr erforderlich ist als eine in kurzen Zeitabständen regelmäßig wiederkehrende Reinigung, wie gerade das Beispiel der Teppichreinigung zeigt. Ist der Mieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet, sind damit in jedem Fall zumindest klarstellend auch die üblichen Reinigungsarbeiten umfasst.

## 2. Zu Beschädigungen

Auch zur Beseitigung von Beschädigungen<sup>21</sup> ist der Mieter ohne besondere vertragliche Vereinbarungen verpflichtet. Der Vermieter kann, ohne dass er dem Mieter Gelegenheit zur Selbstbeseitigung der Schäden gegeben oder gar eine Nachfrist setzen muss, nach § 249 Satz 2 BGB den zur Schadensbeseitigung erforderlichen Geldbetrag verlangen, während ein Schadensersatz zur Erledigung der nicht durchgeführten Schönheitsreparaturen nach § 281 BGB grundsätzlich eine Fristsetzung verlangt.

## 3. Zu anderen Reparaturen

Schönheitsreparaturen sind bereits nach der Konstruktion des § 28 II. BV Instandhaltungskosten<sup>22</sup>, auch wenn der BGH die Schönheitsreparaturen nicht als Reparaturen im eigentlichen Sinn bezeichnet (Absatz 25). Die Abgrenzung der Schönheitsreparaturen zu anderen Reparaturen<sup>23</sup> ist vor allem für Wohnraummietverhältnisse von Bedeutung. Die Kosten für Reparaturen können dem Wohnraummieter in einem Formularmietvertrag nur in sehr begrenztem Umfang auferlegt werden<sup>24</sup>. Unwirksam sind auch Formulklauseln, die den Wohnraummieter verpflichten, die Kleinreparaturen selbst vorzunehmen<sup>25</sup>.

Da bei der Gewerberaummieta grundsätzlich auch Instandhaltungskosten umgelegt werden können und zwar auch in Formularmietverträgen<sup>26</sup>, ist die Abgrenzung von Schönheitsreparaturen zu sonstigen Instandhaltungskosten nicht von gleicher Bedeutung wie beim Wohnraummietrecht. Die Parteien können unabhängig von der Einordnung in die Kategorie Schönheitsreparaturen oder sonstige Maßnahmen weitgehend frei vereinbaren, welche Maßnahmen der Mieter durchzuführen hat.

Die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung kann bei der Gewerberaummieta formularmäßig auf den Mieter übertragen werden, soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind. Die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild findet dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird. Damit werden dem Mieter auch Kosten übertragen, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen. Die Übertragung der Erhaltungslast gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen ist allenfalls wirksam, wenn sie in einem bestimmten, zumutbaren Rahmen erfolgt<sup>27</sup>. In der Literatur und Rechtsprechung wird hierzu beispielsweise eine Kostenbegrenzung auf einen festen Prozentsatz der Jahresmiete vorgeschlagen<sup>28</sup>.

Für das Gewerberaummietrecht von grundsätzlicher Bedeutung ist deshalb nicht die Abgrenzung von Schönheitsreparaturen zu anderen Reparaturen, sondern die Abgrenzung von formularmäßig umlegbaren zu den formularmäßig nicht umlegbaren Reparaturen. Dem Bereich des Mieters sind auch Schäden zuzurechnen, die durch Personen verursacht werden, denen der Mieter den Zutritt zu den Mieträumen ermöglicht, z. B. Kunden oder Lieferanten. In der Regel wird sich das dahin auswirken, dass Schäden innerhalb der Mieträume der Sphäre des Mieters zuzurechnen sind. Das ist aber nur der Regelfall, nicht das vom BGH als entscheidend herangezogene Abgrenzungskriterium. So wird man dem Risikobereich des Mieters nicht zurechnen können einen durch Blitzschlag oder durch von außen begangene Brandstiftung entstandenen Brandschaden, auch

wenn dadurch die Mieträume innen beschädigt werden. Entscheidend bei der Gewerberaummieta ist deshalb nicht die Art der durchzuführenden Arbeiten, sondern der Grund für die Notwendigkeit dieser Maßnahmen.

Von Bedeutung ist der Begriff der Schönheitsreparaturen, wenn dieser Begriff im Mietvertrag verwendet wird.

## IV. Vertragliche Regelungen

Auf die Verwendung dieses Begriffs zur Beschreibung der durchzuführenden Maßnahmen kann und sollte jedoch weitgehend verzichtet werden. Wird die Durchführung von Schönheitsreparaturen vereinbart, ist es in jedem Fall von Vorteil, zur Vermeidung von Streitigkeiten im Einzelnen zu regeln, was unter die Schönheitsreparaturen im Sinne des jeweiligen Mietvertrages fällt. Bezugnahmen auf § 28 Abs. 4 Satz 3 II. BV sollten nur dann erfolgen, wenn wirklich gemeint ist, was dort steht, was aber in der Regel nicht der Fall ist<sup>29</sup>.

Zweckmäßiger ist jedoch eine umfassende Instandhaltungsvereinbarung in dem von der Rechtsprechung zugelassenen und von den Parteien gewünschten Umfang. Dabei empfiehlt es sich, in einer Generalklausel die Pflichten des Mieters zu umschreiben und bereits bei Vertragsabschluss absehbare einzelne Maßnahmen beispielhaft („insbesondere“) anzuführen. Um eine zu weite Fassung zu vermeiden, sollte auch auf den Anlass der Maßnahme eingegangen werden, insbesondere eine Verpflichtung des Mieters dort ausgeschlossen oder begrenzt werden, wo die Maßnahme nicht in der Sphäre des Mieters ihre Ursache hat<sup>30</sup>.

Dass von der Verpflichtung zur Instandhaltung auch die Schönheitsreparaturen umfasst sind, sollte klarstellend vermerkt werden.

## V. Annex: Übertragung der Rechtsprechung auf Wohnraummietverhältnisse

Soweit die Entscheidung die Auslegung des Begriffs „Schönheitsreparaturen“ insoweit betrifft, als anstelle des Streichens der Fußböden eine Grundreinigung des Teppichs tritt, enthält sie keine Gesichtspunkte, die in den Besonderheiten des Gewerberaumrechts begründet wären. Sie kann deshalb auch auf preisfreie Wohnraummietverhältnisse übertragen werden<sup>31</sup>. Bedenken gegen eine Übertragung bestehen jedoch bei preisgebundenem Wohnraum, da sich hier der Umfang der Schönheitsreparaturen nicht aus dem Vertrag, sondern aus der II. BV ergibt. Angesichts der enumerativen Aufzählung kann hier ohne Änderung der Verordnung keine Ausweitung des Begriffs der Schönheitsreparaturen erfolgen<sup>32</sup>. Bei preisfreiem Wohnraum kann individualvertraglich, aber nicht formularmäßig vereinbart werden, dass der Mieter über die gesetzliche Definition hinaus Schönheitsreparaturen durchzuführen hat<sup>33</sup>. In Formularmietverträgen ist eine Kostenbelastung des Mieters mit sonstigen Reparaturkosten nur sehr eingeschränkt möglich<sup>34</sup>.

20) Kritisch hierzu Lehmann-Richter IMR 2009, 47.

21) Oben I. c) Gruppe 4.

22) Schmid in Schmid, FAK-Mietrecht, 2. Aufl., § 28 II. BV Rn. 12; Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 538 Rn. 80.

23) Oben I. c) Gruppen 4 und 5.

24) Vgl. z. B. Harsch in Schmid, FAK-Mietrecht, 2. Aufl., § 535 Rn. 609 ff. m.w.N.

25) BGH WuM 1992, 355.

26) Harsch in Schmid, FAK-Mietrecht, 2. Aufl., § 535 Rn. 321.

27) BGH ZMR 2005, 844 = GuT 2005, 213; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rn. 5535.

28) Bub NZM 1998, 789, 793; Wodicka NZM 1999, 1081; KG NJW-RR 2003, 586.

29) Oben I. b).

30) Oben III. 3.

31) Lehmann-Richter IMR 2009, 46; Schach GE 2009, 83 <84>.

32) Schmid in Schmid, FAK-Mietrecht, 2. Aufl., § 28 II. BV Rn. 13; Harsch in Schmid, FAK-Mietrecht, 2. Aufl., § 535 Rn. 319.

33) Harsch in Schmid, FAK-Mietrecht, 2. Aufl., § 535 Rn. 412, 413; Weidenkaff in Palandt, BGB 68. Aufl., § 535 Rn. 41.

34) Oben III. 3.

# Wirtschaft und Verbände

Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel, Berlin

## Jubiläum

### Rede auf der Festveranstaltung zum 60-jährigen Bestehen des Bundesverbandes der Freien Berufe am 4. März 2009 in Berlin

Sehr geehrter Herr Oesingmann,  
meine Damen und Herren,

2009 ist aus vielerlei Gründen ein besonderes Jahr, aber ganz besonders deshalb, weil es ein Jahr der Jubiläen ist. So feiert nicht nur die Bundesrepublik ihren 60. Geburtstag, sondern auch Sie tun das. Das heißt, Sie sind sozusagen ein konstitutiver Bestandteil der Gründung der Bundesrepublik Deutschland. Wir werden am 9. November auch feiern, dass der Mauerfall 20 Jahre zurückliegt. Gerade auch die Freien Berufe haben eine Entfaltungsmöglichkeit in den neuen Bundesländern bekommen. Das heißt, dass das sicherlich auch für Sie ein schöner Tag ist.

Als ich mich heute damit beschäftigt habe, wie Sie, Herr Oesingmann, Ihren Geburtstag feiern, hat mir gefallen, dass Sie Bischöfin Käbmann eingeladen haben, deren Beiträge ich immer sehr schätze, und dass Sie ein Stück über sich selbst nachgedacht und sich in unser gesamtes Wertesystem eingeordnet haben. Das ist nicht bei jedem Verband so.

Dazu gehört auch, dass Sie sich Ihr neues Leitbild gegeben haben. Das ist am Anfang des 21. Jahrhunderts sicherlich eine wichtige Sache. Ich glaube, Sie haben sich damit in den Rahmen gestellt, der unser alltägliches Leben bestimmt. Wir sind freie Geschöpfe, aber aufgefordert, unser Leben in Verantwortung zu gestalten und den Nächsten im Auge zu behalten. Das geht nicht ohne ein festes Wertefundament.

Wenn wir sagen, dass die Bundesrepublik Deutschland am 23. Mai 60 Jahre alt wird, dann heißt das auch, dass das Grundgesetz 60 Jahre alt wird. Es ist eine Verfassung, die die Freiheit und die Würde des Einzelnen in ihrem Bestand hat, die daraus die Grundrechte und alles daraus Folgende ableitet und die, wenn man sich einmal zurückerinnert, wie sie in den Trümmern des Zweiten Weltkriegs entstanden ist, eine wunderbare Verfassung, ein wunderbares Grundgesetz für uns alle ist. Wir haben uns alle daran gewöhnt.

Ich weiß noch, als ich nach dem Ende der DDR aktive Bürgerin der Bundesrepublik Deutschland geworden bin - die passive Staatsbürgerschaft, die einem eine gewisse Ruhe gegeben hat, hatte ich glücklicherweise schon immer -, war ich der festen Überzeugung, dass alle Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland dem gesunden Menschenverstand entsprechen müssen, weil das System auf einem guten Grundgesetz aufgebaut ist. Ich habe immer versucht, mir die verschiedenen Regelungen zu erklären. Es gelingt bei vielem, aber nicht bei allem. Ich schließe auch nicht aus, dass diese Bundesregierung schon Beiträge dazu geleistet hat, dass die Erklärungen nicht immer einfach waren. Ich weise aber auch darauf hin, dass diese Bundesregierung schon Beiträge geleistet hat, mit denen manches einfacher geworden ist.

Es ist vor 60 Jahren alles andere als selbstverständlich gewesen, dass sich diese Republik so entwickelt hat, wie sie sich entwickelt hat, dass sie heute zu den großen Wirtschaftsnationen der Welt gehört, dass sie ein freiheitlich verfasstes Land ist, das in Frieden und Freundschaft mit seinen Nachbarn und mit vielen Ländern der Welt lebt, das Spitzenplätze in der Forschung hat, das sich als Exportnation durch Wettbewerbsfähigkeit auszeichnet und das als Kulturnation weltweit geachtet ist. Dass das alles möglich war und ist, hat seinen Ursprung in der freiheitlichen Entscheidung der Menschen und in einem Mix aus

Leistungsbereitschaft, unternehmerischem Wagemut und Innovationskraft. Das sind Eigenschaften, die für die Freien Berufe von ganz besonderer Bedeutung sind.

Ob Sie als Ärzte, Anwälte, Architekten, als Schauspieler, Ingenieure oder in einem der vielen anderen Freien Berufe arbeiten, tätig sind und mit den Menschen in unserem Land in Kontakt sind - Sie verkörpern einen wichtigen Teil des Geistes der Sozialen Marktwirtschaft. Sie tragen ganz wesentlich dazu bei, dass diese ein Erfolgsmodell ist. Deshalb möchte ich Ihnen nicht einfach nur zum Geburtstag gratulieren, sondern ich möchte Ihnen, die Sie für die eine Million Freiberufler und ihre fast drei Millionen Beschäftigten stellvertretend hier sind, auch ein herzliches Dankeschön für das sagen, was Sie für den Aufbau dieser Republik getan haben.

Simple Zahlen allein sprechen schon für sich, nämlich durchschnittliche Wachstumsraten von jährlich vier Prozent. Aber, Herr Oesingmann, Sie haben von etwas gesprochen, das vielleicht noch viel wichtiger ist. Das ist das Vertrauen von Millionen Menschen in Ihre Arbeit, die für viele existenziell und wichtig ist. Freie Berufe sind als Teil des Mittelstandes das Rückgrat unserer Volkswirtschaft.

Ihr Verband denkt immer an die Zukunft. Im Bereich der Ausbildung leisten Sie Hervorragendes. Sie sind Partner im Pakt für Ausbildung. 44.000 Ausbildungsplätze haben Sie 2008 zur Verfügung gestellt. Meine herzliche Bitte an Sie ist, dass Sie auch in diesem wirtschaftlich schwierigen Jahr 2009 daran denken, dass wir auch für die Zukunft vorsorgen müssen. Es wird in wenigen Jahren in Deutschland eher einen Mangel an jungen Menschen geben, die aber in der Ausbildung gebraucht und gesucht werden. Wer immer kann, sollte Vorsorge für die Zukunft treffen und deshalb auch jungen Menschen eine Perspektive geben, die ja so wichtig ist und die im Alter zwischen 16 und 18 Jahren mit darüber entscheidet, welchen Lebensweg sie nehmen und welchen Arbeitsplatz sie später bekommen werden. Das ist meine herzliche Bitte.

Ich möchte Sie ermuntern, auch in dieser wirtschaftlich schwierigen Situation Ihren Beitrag für das Gemeinwohl zu leisten. Sie wollen das und Sie werden das tun, davon bin ich überzeugt.

Unser Ziel ist es, aus dieser Krise gemeinsam gestärkt hervorzugehen, als Republik stärker herauszukommen, als wir hineingegangen sind. Die Politik versucht, dazu ihren Beitrag zu leisten. Dieser Beitrag verfliegt natürlich, wenn wir nicht diejenigen haben, die zu den Mitteln greifen, die wir anbieten, und wenn nicht ein Stück Vertrauen, ein Stück Engagement, ein Stück Leistungsbereitschaft vorhanden sind. Ich weiß, dass das alles bei den Freiberuflern in ganz besonderer Weise da ist.

Wir stehen vor einer wirtschaftlichen Herausforderung, wie wir sie seit Jahrzehnten nicht gesehen haben, vor einer außergewöhnlichen Situation, die - das ist die Besonderheit - alle Teile der Welt erfasst hat. Eine solche außergewöhnliche Situation erfordert auch außergewöhnliche Handlungen und Maßnahmen. Gerade deshalb ist es so wichtig, dass wir über unser Selbstverständnis sprechen, dass wir dies im Geiste der Sozialen Marktwirtschaft tun - natürlich in einer solch schwierigen Situation nicht als business as usual -, dass wir die Grundwerte und ordnungspolitischen Leitplanken nicht aus den Augen

verlieren. Ich bitte Sie, sich in die Diskussion offensiv einzumischen. Dies ist eine gesamtgesellschaftliche Diskussion, es ist keine einfache Diskussion.

Wir haben erlebt, dass Marktexzesse zu einer dramatischen Krise im Finanzsystem geführt haben - ausgehend von den Vereinigten Staaten von Amerika und sich jetzt weltweit umspannend, und zwar überall dort, wo große Finanzinstitutionen sind. Dies hat uns in eine Lage gebracht, die es wahrscheinlich in der Bundesrepublik Deutschland so noch nicht gegeben hat - jedenfalls nicht in den letzten 20 Jahren, die mir bekannt sind -, und zwar in eine Lage, in der Finanzinstitutionen auf uns zukamen und - nicht nur in Deutschland, sondern überall - vom Staat verlangt haben: Rettet uns! Wir haben das getan. Ich sage aber auch, wir haben es nicht wegen der Banken getan, wir haben es noch weniger wegen der Banker getan. Wir haben es getan, weil wir uns bewusst sind, dass ein funktionierendes Finanzsystem die Voraussetzung dafür ist, dass Spareinlagen gesichert sind und dass Wirtschaften überhaupt möglich ist.

Ich werde oft gefragt: Wann macht ihr denn nun endlich etwas für den Mittelstand? Ich sage dann immer: Gerade die Rettung der Finanzinstitutionen ist eine ganz wichtige Maßnahme gewesen, damit der Mittelstand nicht noch mehr als jetzt schon in Mitleidenschaft gezogen wird. Dafür haben wir das getan.

Sie dürfen auch ganz beruhigt sein, falls Sie beunruhigt sind, dass der Staat keinerlei Interesse - ich als Regierungschefin schon gar nicht - daran hat, irgendwie als Dauerunternehmer aufzutreten. In meinem beziehungsweise im Regierungsprogramm der Großen Koalition waren Staatsanteile an Banken nicht vorgesehen. Deshalb werden wir froh sein, wenn wir sie wieder los sind. Wir müssen aber gewiss sein, dass wir angesichts dessen, was wir jetzt an Steuergeldern einsetzen, und der Summen, die wir täglich im Mund führen und die uns vor einem halben Jahr noch nicht leicht über die Lippen gekommen sind, immer noch daran denken, dass wir eine Lösung finden, die auch im Sinne des Steuerzahlers ist.

Wir führen Debatten, die ich für richtig halte, bei denen es zum Beispiel darum geht, was mit einer Bank wie der Hypo Real Estate geschieht. Wenn wir nun aber mit einer Kaskade von Maßnahmen, Gesprächen, Kapitalschnitten, Kapitalerhöhungen, um als Staat die Kontrollmehrheit zu bekommen, vielleicht nicht erfolgreich sind - wir werden alles vorher durchdeklinieren - und dann sagen, dass wir eventuell den Enteignungstatbestand als Ultima Ratio anwenden müssen, dann bitte ich Sie, immer im Auge zu haben, dass unter normalen Bedingungen, wenn wir nicht versprochen hätten, dass wir kein Institut insolvent gehen lassen, dieses Institut auf dem Markt überhaupt nicht mehr existieren würde. Das heißt, wir würden etwas enteignen, das unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen gar nicht mehr zu enteignen wäre, bei dem man eher ein dickes Minuszeichen als ein dickes Pluszeichen hätte.

Insofern handelt es sich um eine besondere Situation. Das klarzustellen, ist mir sehr, sehr wichtig. Wenn Leute, die von der DDR nie irgendetwas mitbekommen haben, versuchen, einen Vergleich mit VEBs zu ziehen, kann ich nur sagen: Lassen Sie die Finger davon und nehmen Sie die Situation heute so, wie sie ist.

Das Finanzsystem hat eine Bedeutung für die gesamte Volkswirtschaft. Die Frage, wie wir heute in der so genannten Realwirtschaft vorgehen, stellt sich noch einmal anders. Hierbei ist es natürlich notwendig, dass wir auf die Folgen der Finanzkrise reagieren und zum Beispiel zur Kenntnis nehmen, dass die Banken keineswegs heute wieder alle so arbeiten, wie sie dies vor der Krise getan haben. Wir haben das Sparkassensystem, das Volks- und Raiffeisenbankensystem - da haben wir wenig Klagen, das funktioniert einigermaßen; es funktioniert eigentlich ganz gut, wie ich sagen will, sonst bekomme ich morgen gleich wieder Briefe, weil ich nur „einigermaßen“ gesagt habe, aber Norddeutsche haben es nicht so mit dem Loben. Wir haben die Landesbanken, da sieht es schon sehr viel schwieriger aus. Und wir haben andere Banken, denen wir helfen müssen.

Überall, wo ein langfristiger, auf die Zukunft ausgerichteter überregionaler Kredit gefordert ist, haben wir im Augenblick erhebliche Schwierigkeiten.

Aus diesem Grund ist ein Teil unseres Maßnahmenpakets ein Bürgschaftsrahmen, und zwar ein Bürgschaftsrahmen, um Unternehmen zu helfen, die heute wegen der Finanzkrise in Kreditbedingungen hineingetrieben werden, die deutlich schlechter sind, als sie es früher waren. Es geht um Unternehmen, die gesund sind, das heißt, eine klare positive Fortführungsprognose haben. Das muss durch Wirtschaftsprüfer bestätigt sein, am besten auch durch Banken, die ihre Experten dort hinschicken. - Gut, ich meine, wenn es die Politik macht, ist es noch schlimmer. Verstehen Sie? Ich muss schon sagen, die Kameradschaft unter den in der Wirtschaft Tätigen hält sich in Grenzen. Die Banken schicken manchmal auch Wirtschaftsprüfer oder Anwälte hinein, auch Freiberufler, wenn ich das richtig sehe. Ich bitte Sie, jetzt ganz vorsichtig zu sein, damit Sie kein Eigentor schießen.

Ich möchte damit nur sagen, wenn sich eine Bank mit ihren Experten - es sind zum großen Teil Anwälte - die Dinge in einem Unternehmen ansieht, dann zeigt das immerhin, dass es ein Interesse daran gibt, hier Geld hineinzugeben. Daher hat unser Bürgschaftsrahmen zum Beispiel auch nur eine Absicherung von 90 Prozent und verlangt immer einen Eigenanteil, es sei denn, es handelt sich um eine von der Europäischen Union seit langem praktizierte Restrukturierungsbeihilfe, die dann mit ganz vehementen Einschnitten auch bei der Umstrukturierung verbunden ist. Wir versuchen, sozusagen Eigenanreize immer dabei zu haben, um ein Gefühl dafür zu bekommen, dass es im wirtschaftlichen Interesse ist. Ich meine, das ist in der augenblicklichen Diskussion sehr, sehr wichtig, weil manchmal das Ergebnis schon vorweggenommen wird, obwohl man erst am Anfang der Prüfung steht.

Es ist wichtig, dass wir versuchen, alles zu tun, um erstens die Banken wieder zum Laufen zu bringen und zweitens den Unternehmen eine Hilfestellung zu geben, die unverschuldet in eine Krise geraten sind, und sie mit den notwendigen Krediten auszustatten.

Ich füge hinzu, wir werden nachdenken und daran auch innerhalb der Europäischen Union arbeiten müssen, wie wir in dieser Krise mit Basel II umgehen. Denn die prozyklischen Elemente von Basel II werden Ihnen und allen Unternehmen in den nächsten Monaten schwer zu schaffen machen. Dies könnte die Krise noch einmal verstärken. Das kann nicht Sinn der Sache sein.

Wir müssen natürlich in diesen Zeiten - das sage ich auch, denn wir sind eine global ausgerichtete Wirtschaftsnation - immer auch einen Blick darauf lenken, was in anderen Teilen der Welt passiert. Wir haben mit viel Mühe Basel II miteinander ausgearbeitet - wenn ich „miteinander“ sage, dann meine ich auch die Vereinigten Staaten von Amerika. Wir haben dann darauf hingearbeitet, dass Basel II im Rahmen der Europäischen Union sorgfältigst in Form einer EU-Richtlinie eingeführt wurde. Auf der anderen Seite haben die Vereinigten Staaten von Amerika Basel II nur für die großen Banken eingeführt, für alle kleineren Banken nicht. Das führt natürlich zu einem verzerrten Wettbewerbsfeld.

Deshalb ist es gerade jetzt in dieser Krisensituation wichtig zu fragen: Was können wir machen? Wenn wir aus dieser Krise die Lehren für die Zukunft ziehen wollen - das haben wir uns für den Finanzgipfel am 2. April vorgenommen -, dann brauchen wir Eigenkapitalfonds, die in guten Zeiten angelegt werden, um einen Puffer für schlechte Zeiten zu haben, damit wir nicht immer prozyklische Wirkungen haben, die daraus resultieren, dass in der Krise keinerlei oder nur eine unzureichende Eigenkapitaldeckung vorhanden ist, was das Bankvolumen sofort einschränkt. Es geht also darum, Banken zum Laufen zu bringen.

Hinzu kommt, dass wir in dieser Krise das Element der Kurzarbeit anbieten. Wir haben es flexibilisiert, sodass die Freien

Berufe daran teilhaben können. Wir haben darüber gesprochen, Herr Oesingmann, als ich Sie im Dezember eingeladen hatte. Ich glaube, das haben wir gut und vernünftig umgesetzt. Insofern ist es nicht richtig, wenn immer wieder behauptet wird, hier werde nur den Großen geholfen und den Kleinen nicht. Wir haben vielmehr alle Instrumente unseres Maßnahmenpakets für das kleinste Unternehmen genauso wie für das größte ausgebaut. Wir haben unser erstes Bürgschaftsprogramm im Übrigen für kleinere Unternehmen bis zu 500 Millionen Euro Umsatz geschmiedet und erst jetzt das große Bürgschaftsprogramm. Auch das sollte man im Auge behalten.

Wir haben zweitens - das müsste die Architekten freuen - ein Infrastrukturinvestitionsprogramm aufgelegt. Ich hoffe für Sie, die Arbeiten sind so kompliziert, dass man Architekten dafür braucht, und beinhalten nicht nur handwerkliche Tätigkeiten - Herr Kentzler ist ja auch da. Wir werden diese Infrastrukturmaßnahmen zu zwei Dritteln auf Ausgaben im Bildungsbereich konzentrieren. Das sind Investitionen in die Zukunft. Wenn wir uns unsere Schulen, unsere Kindergärten und unsere Fachhochschulen ansehen, dann müssen wir leider sagen, dass da noch viel zu tun ist. Deshalb verbinden wir das Nützliche jetzt auch mit dem Richtigen und Zukunftsweisenden und versuchen, die Schulen besser auszustatten.

Wir werden steuerliche Erleichterungen und Abgabenerleichterungen vornehmen. Viele von Ihnen werden vielleicht sagen, dass das nur ein kleiner Schritt, ein Tropfen auf den heißen Stein ist. Trotzdem ist es ein wichtiges Element. Wir sind damit unserem Versprechen treu geblieben, bei den Lohnzusatzkosten unter 40 Prozent zu bleiben, und zwar sogar - das hatten wir gar nicht geplant - inklusive der Erhöhung der Arbeitnehmerbeiträge um 0,9 Prozent. Ich will Sie auch darauf hinweisen, dass die Staatsquote in den letzten Jahren, in den Zeiten des Wachstums gesunken ist. Wir haben außerdem einen kleinen Schritt dahin gemacht, dass die so genannte kalte Progression abgemildert wird. Ich glaube, dass das auch in der nächsten Legislaturperiode fortgesetzt werden muss, denn es kann nicht sein, dass man schon als Facharbeiter oder Meister beim Spitzensteuersatz ankommt. Das ist, glaube ich, nicht im Sinne des Steuerrechts.

Wir investieren mit unserem Programm eine Menge in Forschung und Entwicklung. Sie haben die so genannte Abwrackprämie angesprochen - natürlich ist sie in ihrer zentralen Rolle der Automobilindustrie geschuldet - und Sie haben auch auf die Dienstwagen hingewiesen. Es ist zwar heute Geburtstag, aber nicht alle Wünsche werden sofort erfüllt. Ich habe das dennoch im Auge. Wir haben darüber auch schon im Dezember gesprochen. Ich kann Ihnen das nicht zusagen, aber ich glaube, dass da etwas Wahres dran ist - das sage ich jetzt einmal so.

Wir müssen uns jetzt die Frage stellen: Wie kommen wir aus dieser Krise heraus und was ist da schiefgelaufen? Diese Frage reduziert sich jetzt nicht auf ein Maßnahmenpaket, also darauf, dass man sagt: Wir geben jetzt zwei Jahre lang 1,5 Prozent des Bruttoinlandsprodukts, zusammen also drei Prozent des Bruttoinlandsprodukts, für Maßnahmen gegen die Krise aus. Das ist aber natürlich ein wichtiger Teil der europäischen und weltweiten Maßnahmen. Deutschland steht - das ist etwas sehr Interessantes - in den Büchern der Europäischen Kommission mit einem Beitrag von 4,7 Prozent des Bruttoinlandsprodukts, weil die so genannten automatischen Stabilisatoren - Rentenerhöhungen, Hartz-IV-Erhöhungen, auch die Gesundheitsausgaben und anderes mehr - diesen Effekt ergeben.

Man muss sich einmal vor Augen halten, was das für das Einkommen der Rentnerinnen und Rentner bedeutet, wenn so eine Krise in den Vereinigten Staaten von Amerika auftritt, wo die Rentenzahlungen zumeist an Kapitalerträge gebunden sind. Wir haben dafür große Sicherungssysteme, zum Beispiel bei der Riester-Rente und auch der kapitalgedeckten Rente, sodass man alles, was man einbezahlt, sicher herausbekommt. Das sind langfristige, vertrauensbildende Investitionen, die uns als Land ein Stück mehr Sicherheit geben, die allerdings auch alle Anstren-

gungen erfordern, genauso schnell aus der Krise herauszukommen wie die anderen Länder auch. Aber in dieser Krise ist das ein großer, wichtiger Sicherheitsfaktor, um den uns viele Menschen auf der Welt beneiden.

Damit bin ich bei der eigentlichen Ursache dieser Krise. Die Ursache dieser Krise liegt darin, dass an vielen Stellen und vor allem in den Vereinigten Staaten von Amerika über eine zu lange Zeit geglaubt wurde, dass man dauerhaft über seine Verhältnisse leben kann. Es ist richtig: Es gab Exzesse auf den Märkten. Manche Finanzmarktprodukte hat keiner mehr verstanden. Aber es war natürlich auch ein Stück politischer Wille, Wachstum zu generieren und ein Stück stärker zu erscheinen, als man eigentlich war. Natürlich wurde das auch von einem Land wie Deutschland in Anspruch genommen, weil wir als Exportnation davon profitiert haben. Aber der Abstand zwischen dem, was die eigentliche Leistungsfähigkeit war, und dem, was man sich geleistet hat, war zu groß geworden. Damit sind die Risiken angewachsen und das hat zu dieser Krise geführt.

Das heißt, die Lehre aus dieser Krise muss sein, dass wir uns auch global darüber verständigen, welche Form von Risiken wir denn eingehen wollen. Deshalb schlage ich vor und habe darüber auch mit vielen internationalen Organisationen gesprochen - wir werden das auch beim G20-Treffen im April in London besprechen -, dass wir an einer Charta für nachhaltiges Wirtschaften auf der Welt arbeiten, eben weil wir global vernetzt sind.

Hiermit komme ich zu einem Punkt, den Sie, Herr Oesingmann, soeben deutlich gemacht haben: Das Wirtschaften der Freien Berufe ist auf Nachhaltigkeit angewiesen. Ein dauerhafter Streitpunkt, bei dem wir Sie auch in vielen Fragen unterstützen, ist ja die Frage des europäischen Wettbewerbsrechts und der damit einhergehenden Regulierung beziehungsweise Deregulierung der Möglichkeit, als Freiberufler tätig zu sein.

Da stellt sich die klassische Frage: Soll ich auf kurzfristige Gewinnmaximierung abstellen - dann ist etwa die Versandapotheke natürlich die billigste Form -, oder stelle ich zum Beispiel auf das Gut der Beratung, der langfristigen Bindung, des Aufbaus von Vertrauen ab? Wie aber kann ich das preislich beziffern? Andersherum: Wenn ich es preislich nicht beziffern kann, muss es dann sofort aus dem Wettbewerbsrecht herausgedrängt werden oder darf es auch in einem, wie ich jetzt einmal sage, auch wenn sich das ein bisschen ausschließt, menschlichen Wettbewerbsrecht einen Platz haben? Wir werden an allen Stellen genau auf diese Fragen stoßen. Wie ist unser Modell? Stellt es auf einen reinen Kostenaufwand für eine Leistung ab oder auch auf ein über lange Zeit aufgebautes Vertrauen, das seinen Wert hat, das dann aber auch seinen Preis hat? Diese Frage ist in der gesamten europäischen Politik nicht gelöst.

Ich könnte jetzt auch über die Installation von Breitbandleitungen und über die Frage sprechen, ob uns nur interessiert, was der Kunde für eine Leistung bezahlen muss, oder ob es auch eine flächendeckende Anbindung aller Haushalte geben soll. Genauso ist es mit der Apotheke und genauso ist es mit vielen anderen Dingen. Was sind uns Lebensqualität und die Gemeinwohlausrichtung wert und wie bekomme ich das in eine moderne, wettbewerbsfreundige Gesellschaft hinein?

Darüber zu streiten, lohnt sich natürlich. Ich denke, gerade im Bereich der Ärzte ist diese Diskussion voll entbrannt. - Man schaut mich gerade so zustimmend an. - Ich könnte jetzt sehr viel dazu sagen. Das Spannungsfeld zwischen niedergelassenen Ärzten und angestellten Ärzten in Gesundheitsfabriken, wenn ich das einmal so nennen darf, wird uns in den nächsten Jahren sehr schwer beschäftigen. Wir werden - das sage ich Ihnen zu - immer einen Pfad suchen müssen, auf dem die Existenz von Freiberuflern nicht verbaut wird. Das erfordert aber auch - das ist in der Globalisierung nicht einfacher, weil man das Freiberuflerdasein in anderen Gesellschaften nicht in diesem Maße kennt und der Druck im Rahmen der Globalisierung dadurch natürlich zunimmt -, dass wir uns sehr offensiv aufstellen und

für unsere Modelle werben müssen. Das schafft die Politik nicht alleine, sondern wir brauchen ein ganz enges gemeinsames Verhältnis, um über diese Dinge in Europa und woanders überzeugend sprechen zu können.

Unsere Art der dualen Ausbildung, die Frage der Breitbandanschlüsse bis hin zur Frage der Freien Berufe - es geht immer um dasselbe Thema: Langfristige Investition mit einer gedeihlichen Entwicklung der Gesellschaft steht gegen ein kurzfristiges Erfolgsmodell, das alle anderen Dinge außer Betracht lässt. Deshalb bin ich Ihnen ausdrücklich dankbar dafür, dass Sie sich mit Ihrem Leitbild dieser Frage gestellt haben, dass Sie sich ausdrücklich zu Werten bekennen. Denn ohne dieses Bekenntnis, ohne die gesellschaftliche Einbindung, kann der Freiberufler seine Existenz in einer auf harten und kurzfristigen Wettbewerb ausgerichteten Welt nicht begründen.

Ich möchte, dass Sie als Freiberufler nicht nur einen 60., sondern auch noch einen 100. Geburtstag feiern können. Ich glaube, auch Sie werden sich an einigen Stellen natürlich den neuen Zeiten anpassen müssen; das zeigen Sie durch Ihre Diskussion. Wir werden im Einzelfall, ob es nun die Honorierung der Architekten, die Honorierung der Ärzte oder andere Dinge betrifft, miteinander auch immer wieder kontroverse Gespräche führen. Aber diese Gespräche - das sage ich Ihnen im Namen der gesamten Bundesregierung zu - werden von dem Wissen um das getragen sein, was Sie für dieses Land leisten. Weil dieses Wissen um das, was Sie leisten, sich in der Tat in dem Begriff des Vertrauens in bestimmte Leistungen ausdrückt, sage ich Ihnen, dass Vertrauen auch im 21. Jahrhundert ein hohes Gut für das Gelingen unseres gesellschaftlichen Zusammenlebens sein

muss. Dieses Land wird künftig noch mehr auf gegenseitiges Vertrauen angewiesen sein.

Es wird natürlich die Frage aufkommen: Wo kannst du am besten leben? Die Europäische Union wächst immer enger zusammen. Wir haben einen Binnenmarkt. Man kann sich mühelos überall niederlassen. Es werden dann auch die so genannten weichen Faktoren - die Fragen, wie Menschen zusammenleben, worauf sie sich verlassen können, welche Dienstleistungen sie in Anspruch nehmen können und wie das Klima in einer Gesellschaft ist - von herausragender Bedeutung sein. In unserer Gesellschaft wird das nicht einfacher werden, weil wir einen demographischen Wandel durchleben. Die Menschen werden erfreulicherweise älter, aber die Zahl der Jüngeren und derer, die im Berufsleben stehen, wird geringer. Auf dieser jüngeren Generation wird ein unglaublicher Druck lasten: Sie wird für ihr eigenes Leben aufkommen müssen, die Gesellschaft erwartet, dass sie sich für Kinder entscheidet, sie muss für die Älteren sorgen und sie muss im Hinblick auf den internationalen Wettbewerb leistungskräftig und wettbewerbsfähig sein. Deshalb wird es so wichtig sein, dass wir dafür geeignete Bedingungen schaffen, sich entscheiden und sagen zu können: Deutschland ist ein Land, wo ich mich engagieren kann, wo ich Leistung zeigen kann, wo ich mich für das Gemeinwohl einsetzen kann und wo dies auch akzeptiert wird.

Deshalb für Ihre Tätigkeiten und die Ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ein herzliches Dankeschön! Ich wünsche uns weiterhin gute Gespräche, manchmal auch kontroverse Gespräche, und ansonsten eine gute Entwicklung für die gesamte Bundesrepublik Deutschland!

*Dr. Gerd Landsberg, Deutscher Städte- und Gemeindebund DStGB, Berlin*

## Wettbewerbsfähigkeit des ländlichen Raums durch Breitbanderschließung stärken

Die Wettbewerbsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Regionen hängt entscheidend vom schnellen Auf- und Ausbau der Breitbandtechnologien ab. Wenngleich die Zahl von Breitbandinternetanschlüssen in den vergangenen Jahren in Deutschland stark gestiegen ist, muss festgestellt werden, dass insbesondere in ländlichen Bereichen, aber auch in Randlagen der Städte der Zugang zu dieser Schlüsseltechnologie des einundzwanzigsten Jahrhunderts noch zu oft fehlt. Ein andauerndes und ausgeprägtes Kommunikationsinfrastrukturgefälle zwischen Ballungsräumen und ländlichen Gebieten ist jedoch aus gesellschafts- und wirtschaftspolitischer Sicht nicht hinnehmbar.

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund setzt sich seit geraumer Zeit für eine Verbesserung der Breitband-Versorgung des ländlichen Raums ein. So wurde in Kooperation mit dem Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM) ein Umfragekonzept entwickelt, das darauf abzielt, den politischen Entscheidern auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene sowie den Telekommunikationsanbietern möglichst vollständige Informationen zu jeder un- oder unterversorgten Gemeinde hinsichtlich ortsbezogener Wirtschaftsdaten, topographischer Merkmale zur Verfügung zu stellen. Die derzeit laufende Umfrage hat zum März 2009 bereits über 1900 Datensätze erbracht, die über das Breitbandportal des Bundeswirtschaftsministeriums abrufbar sind. Im Mai 2008 hat der DStGB in Kooperation mit der Deutschen Telekom AG das Projekt „Mehr Breitband für Deutschland“ ins Leben gerufen. Im Rahmen dieser Initiative werden den betroffenen Kommunen Informationen über Fördermöglichkeiten, Kooperationsmodelle und neue technische Lösungen zur Verfügung gestellt.

Außerdem veranstaltet der DStGB im Rahmen dieses Projektes in ausgewählten Landkreisen regionale Workshops zum Thema Breitband und informiert auf diese Weise Bürgermeister und Wirtschaftsförderer aus betroffenen Städten und Gemeinden über Möglichkeiten der Versorgung mit schnellen Internetanschlüssen. Darüber hinaus wirkt der DStGB in verschiedenen Arbeitsgruppen zur Schaffung flächendeckender Breitbandanbindung mit und stellt schriftlich und auf seiner Homepage regelmäßig aktuelle einschlägige Informationen zur Verfügung. Er begrüßt nachhaltig, dass die Bundesregierung zahlreiche seiner Forderungen und Vorschläge in ihre Breitbandstrategie aufgenommen hat. Ausgehend von der gegenwärtigen Diskussion um eine zielführende Breitbandstrategie erachtet der DStGB folgende Maßnahmen als vordringlich:

### 1. Informationstechnische Chancengleichheit

Die zeitnahe Versorgung des ländlichen Raums mit Breitbandinternetverbindungen bedarf der gemeinsamen Anstrengung aller beteiligten Interessengruppen. Der Deutsche Städte- und Gemeindebund appelliert deshalb an Bund, Länder und Wirtschaft, jetzt parteiübergreifend alle Kräfte zu mobilisieren und zu bündeln, um die Breitbandkluft zwischen Stadt und Land zu beseitigen und eine flächendeckende, leistungsfähige Breitbandinfrastruktur auch in den ländlich geprägten Regionen Deutschlands zu schaffen.

### 2. Vorhandene Infrastruktur nutzen

Bund, Länder und Kommunen müssen bereit sein, ihre vorhandene breitbandrelevante Infrastruktur für die Mitnutzung frei zu geben, um auf diesem Wege unnötige Erschließungskosten zu vermeiden sowie Synergieeffekte zu erreichen. So verfügen

etwa BMVBS, BMVg und BMI über eigene teils weit reichende Glasfaserinfrastruktur und Leerrohrkapazität. Auch Städte und Gemeinden verfügen über Potentiale zur infrastrukturellen Erschließung. So können etwa Abwasserkanäle für die Verlegung von Glasfaserkabeln genutzt oder Standorte für Anlagen zur funkttechnischen Übertragung von Datensignalen zu Verfügung gestellt werden.

### 3. Infrastrukturatlas

Um vorhandene Infrastruktur für den flächendeckenden Breitbandausbau sinnvoll nutzen zu können, müssen die entsprechenden Informationen den Infrastruktur schaffenden Unternehmen bekannt sein. Deshalb ist eine zusammenfassende Datenbank aller nutzbaren breitbandrelevanten Anlagen unverzichtbar. Diese kann sich jedoch nicht allein auf die Erfassung von Einrichtungen in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft beschränken, sondern muss auch die Kommunikationsnetze von Privatunternehmen wie z. B. der Deutsche Bahn AG, der Deutsche Post AG sowie der in Deutschland vorhandenen Energieversorgungsunternehmen umfassen. Selbstverständlich müssen in die Datenbank auch die Netze der Telekommunikationsunternehmen aufgenommen werden.

### 4. Baustellendatenbank

Um Kostenvorteile beim Flächenausbau des Breitbandinternets zu erzielen, kann es sinnvoll sein, im Zuge von Baumaßnahmen an und auf öffentlichen Straßen und Wegen sowie fiskalischen Grundstücken der öffentlichen Hand Leerrohrkapazitäten zu schaffen. Es sollte daher eine zentrale Erfassung aller relevanten Bauvorhaben stattfinden, die idealerweise mit dem Datenbestand des Infrastrukturatlases in praxistauglicher Weise verknüpft werden sollte.

### 5. Konjunkturpaket II für Breitbandausbau nutzen

Es gilt, die den Ländern für den Investitionsschwerpunkt Infrastruktur (speziell den informationstechnischen Ausbau der kommunalen Infrastruktur) zur Verfügung gestellten Mittel zielgerichtet einzusetzen. Hierbei sollte jedoch nicht allein die Zahlung verlorderer Zuschüsse zur Schließung von Wirtschaftlichkeitslücken bei Erschließungsmaßnahmen der Infrastruktur schaffenden Unternehmen im Vordergrund stehen. Annähernd 90% der Breitbandausbaukosten resultieren aus Grabungs- und Verlegungsarbeiten. Eine Reduzierung der Ausbaukosten durch gezielte Förderung von Baumaßnahmen zur Verlegung von Leerrohren im Rahmen schneller und unkompliziert wirkender Sonderförderprogramme kann die Wirtschaftlichkeit der Breitbanderschließung ländlicher Räume wesentlich begünstigen.

### 6. Verfahrensvereinfachung

Angesichts der zu verzeichnenden Zurückhaltung der Kommunen bei der Inanspruchnahme bestehender Förderprogramme der Länder ist es sinnvoll, wenn die Länder sich in diesem Zusammenhang entschließen, die Notwendigkeit kommunaler Komplementärfinanzierung zu streichen oder zumindest stark zurück zu fahren. Darüber hinaus ist - im Rahmen des gemeinschaftsrechtlich Möglichen - auch eine Vereinfachung der Förderrichtlinien anzustreben.

### 7. Digitale Dividende

Rundfunkfrequenzen zwischen 790 und 862 MHz sind grundsätzlich für breitbandige Mobilfunkanwendungen und damit den Flächeneinsatz geeignet. Die Länder sind aufgefordert, die im Zuge der Umstellung des Rundfunks frei gewordenen Kapazitäten verfügbar zu machen. Zwar liefern mobile Übertragungstechniken generell weniger Bandbreite als leitungsgebundene Internetanbindungen. Mit Sicht auf die zügige Breitbanderschließung des ländlichen Raums sind diese dennoch aktuell zu begrüßen, wenngleich sie langfristig nur als Übergangslösung betrachtet werden können. Unter dieser Voraussetzung ist es vernünftig und konsequent, die möglichen Potentiale der Digitalen Dividende durch rasche Aufstellung eines Frequenznutzungsplans und der Durchführung eines Vergabeverfahrens so zeitnah wie möglich auszuloten. Allerdings ist zu verlangen, dass bei der Versteigerung der Nutzungsrechte (anders als im Zusammenhang mit UMTS oder WIMAX, die den ländlichen Raum nach wie vor weitgehend aussparen) die Schließung von Versorgungslücken als maßgebliches Vergabekriterium den Vorzug vor monetären Interessen erhält.

### 8. Investitionsfreundlicher Regulierungsrahmen

Das rasant zunehmende Kommunikationsinfrastrukturgefälle zwischen Ballungsräumen und weniger stark besiedelten Regionen zeigt, dass die derzeitige Regulierungspolitik der Entfaltung der Marktkräfte im Telekommunikationsbereich in ländlichen un- oder unterversorgten Gebieten entgegensteht. Es ist in der Tat nicht von der Hand zu weisen, dass das Prinzip des diskriminierungsfreien Netzzugangs, bei allen unbestreitbaren Vorzügen im Allgemeinen, unter dem Gesichtspunkt flächendeckenden Infrastrukturaufbaus auch prohibitive Wirkung entfalten kann. Anders als beispielsweise im Bereich des Strom- oder Gasmarktes kann der Telekommunikationsmarkt im Segment breitbandiger Internetversorgung nicht auf eine flächendeckende Infrastruktur aufsetzen. Der Deutsche Städte- und Gemeindebund fordert deshalb die Bundesregierung auf, nach Wegen zu suchen, übermäßige Belastungen für Infrastruktur schaffende Unternehmen zu vermeiden und in diesem Zusammenhang anreizorientierte sowie investitionsfördernde und zugleich wettbewerbsneutrale Regulierungsinstrumente stärker zu betonen.

### 9. Bundesbreitbandkompetenzzentrum

Nachdem bereits in zahlreichen Ländern gute Erfahrungen mit zentralen Ansprechpartnern für Fragen im Zusammenhang mit Breitbandinternetverbindungen gesammelt wurden, unterstützt der Deutsche Städte- und Gemeindebund die Einrichtung eines Breitbandkompetenzzentrums auf Bundesebene im Grundsatz. Er mahnt aber an, dieses von Anfang an als Ergänzung und nicht als Konkurrenzinstitution zu bereits in den Ländern bestehenden Einrichtungen oder Initiativen zu konzipieren.

### 10. Kommunen dauerhaft einbinden

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund bietet an, das BMWIT im Themenkomplex Breitband weiterhin bei kommunal-relevanten Maßnahmen der Öffentlichkeitsarbeit zu unterstützen. Dafür ist es jedoch notwendig, den Sachverstand des Verbandes in allen relevanten Arbeitskreisen angemessen zu Rate zu ziehen.

*Dokumentation,  
Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

**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!

# Gewerbemiete

## § 2 AVBWasserV; §§ 433, 631 BGB

### Kundenbeziehung des Versorgungsunternehmens mit dem Grundstückseigentümer bei bestehendem Vertrag mit dem Grundstücksnutzer

**Ein Vertrag über die Erbringung von Ver- und Entsorgungsleistungen für ein Grundstück kommt dann nicht durch Annahme einer sog. Realofferte mit dem Grundstückseigentümer zustande, wenn das Versorgungsunternehmen diese Leistungen gegenüber einem Dritten (hier: Grundstücksnutzer) aufgrund eines mit diesem bestehenden Vertrages erbringt (st. Rspr., zuletzt Senatsbeschluss vom 15. Januar 2008 – VIII ZR 351/06, WuM 2008, 139). Dafür ist es ohne Bedeutung, ob der mit dem Dritten bestehende Vertrag ausdrücklich oder konkludent geschlossen ist.**

(BGH, Urteil vom 10. 12. 2008 – VIII ZR 293/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte ist seit Sommer 2001 Eigentümerin des Grundstücks H.-Straße in B. Die Klägerin versorgt das Grundstück mit Trinkwasser und entsorgt das auf dem Grundstück anfallende Schmutz- und Niederschlagswasser. Sie beansprucht von der Beklagten, die sie auf Grund deren Eigentümerstellung als ihre Vertragspartnerin ansieht, für die im Zeitraum von Dezember 2004 bis September 2005 auf privatrechtlicher Grundlage erbrachten Ver- und Entsorgungsleistungen Leistungsentgelte in Höhe von insgesamt 80 725,97 €. Die betreffenden Entgelte hatte die Klägerin - wie schon in der Zeit davor - der Grundstücksmieterin, der inzwischen insolventen C. GmbH (im Folgenden: C.), ohne Beteiligung der Beklagten direkt in Rechnung gestellt.

2 Das Landgericht Berlin hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Das Kammergericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen wendet diese sich mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision ist begründet.

4 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Beklagte sei bei ihrem Grundstückserwerb zwar nicht ausdrücklich in den Vertrag eingetreten. Sie hafte jedoch für die Ver- und Entsorgungsleistungen der Klägerin aufgrund konkludenten Vertragsschlusses. In dem Leistungsangebot eines Versorgungsunternehmens liege regelmäßig ein Vertragsangebot zum Abschluss eines Versorgungsvertrages in Form einer Realofferte. Dieses Angebot werde von demjenigen angenommen, der die Versorgungsleistungen aus dem Leitungsnetz entnehme. Zwar scheidet ein derart konkludenter Vertragsschluss aus, wenn das Versorgungsunternehmen seine Leistungen einem Dritten aufgrund eines mit diesem bestehenden ausdrücklichen Vertragsverhältnisses erbringe. Das sei hier aber nicht gegeben, weil nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung davon auszugehen sei, dass mit den jeweiligen Eigentümern bzw. schuldrechtlich Nutzungsberechtigten des Grundstücks in der Vergangenheit nie ein ausdrücklicher Vertrag geschlossen worden sei. Dass die Klägerin die Rechnungen in der Vergangenheit der C. übersandt und diese mit Ausnahme der offen gebliebenen Rechnungen den Zahlungsausgleich vorgenommen habe, stehe dem nicht entgegen. Allein die langjährige Übersendung der Rechnungen an den Mieter rechtfertige noch keinen Rückschluss auf einen Vertrag mit diesem, weil der Vertragsschluss mit dem jeweiligen Grundstückseigentümer vorgehe und eine Zahlung auch durch Dritte erfolgen könne. Ein Ausnahmefall nach den ergänzenden Bedingungen der Klägerin zu § 2 AVBWasserV, wonach der Vertrag auch mit dem Nutzungsberechtigten geschlossen werden könne, liege nicht vor, zumal sich der Eigentümer dann zur Er-

füllung des Vertrages hätte mitverpflichten müssen. Dass bis zum Eigentumserwerb der Beklagten eine Haftung des Voreigentümers auf Grund eines durch die Entnahme oder Duldung der Entnahme erfolgten konkludenten Vertragsschlusses bestanden habe, stehe dem ebenfalls nicht entgegen, da diese Verpflichtung durch den Übergang des Eigentums an einen anderen auflösend bedingt gewesen sei. Entsprechendes gelte für die hier erfolgte Entsorgung von Schmutz- und Regenwasser.

5 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Denn ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung der Entgelte für die erbrachten Ver- und Entsorgungsleistungen (§ 433 Abs. 2, § 631 Abs. 1 BGB) hängt nicht entscheidend davon ab, ob die Klägerin mit der C. einen Vertrag über die Inanspruchnahme dieser Leistungen ausdrücklich geschlossen hat. Es genügt, dass sich ein solcher Vertragsschluss - wie hier - den Umständen entnehmen lässt. In solch einem Fall ist daneben für eine eigenständige, nur aus einer bestimmten Interessenlage abgeleitete Vertragsbeziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten kein Raum mehr.

6 1. Das Berufungsgericht geht im Ansatz zutreffend davon aus, dass in dem Leistungsangebot eines Versorgungsunternehmens grundsätzlich ein Vertragsangebot zum Abschluss eines Versorgungsvertrages in Form einer sogenannten Realofferte zu sehen ist, welche von demjenigen konkludent angenommen wird, der aus dem Leitungsnetz des Versorgungsunternehmens Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme entnimmt. Durch diesen Rechtsgrundsatz, der im seinerzeit geltenden § 2 Abs. 2 der Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Energie- und Wasserversorgung (AVBELtV, AVBGasV, AVBWasserV, AVBFernwärmeV) lediglich wiederholt worden ist, wird der Tatsache Rechnung getragen, dass in der öffentlichen leitungsgebundenen Versorgung die angebotenen Leistungen vielfach ohne ausdrücklichen schriftlichen oder mündlichen Vertragsschluss in Anspruch genommen werden. Er zielt darauf ab, einen ersichtlich nicht gewollten vertragslosen Zustand bei den zugrunde liegenden Versorgungsleistungen zu vermeiden (Senatsurteil vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, NJW 2006, 1667 [= WuM 2006, 207], Tz. 15 m.w.N.). Empfänger der im Leistungsangebot des Versorgungsunternehmens liegenden Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrages ist typischerweise der Grundstückseigentümer bzw. derjenige, der die Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübt. Diese Richtung kommt einem Leistungsangebot des Versorgungsunternehmens aber dann nicht zu, wenn der Abnehmer der Versorgungsleistung bereits anderweitig feststeht, weil das Versorgungsunternehmen oder der Abnehmer zuvor mit einem Dritten eine Liefervereinbarung geschlossen haben, aufgrund derer die Leistung in ein bestehendes Vertragsverhältnis eingebettet ist (zuletzt Senatsbeschluss vom 15. Januar 2008 - VIII ZR 351/06, WuM 2008, 139 m.w.N.).

7 2. Das Berufungsgericht versteht das aus seiner Sicht auch hier einschlägige Senatsurteil zur Stromversorgung vom 17. März 2004 (VIII ZR 95/03, WPM 2004, 2450 [= WuM 2004, 354 = GuT 2004, 192 KL]) dahin, dass ein solcher konkludenter Vertragsschluss durch Entnahme von Energie mit dem Grundstückseigentümer nur dann nicht in Betracht komme, wenn bereits ein ausdrückliches Vertragsverhältnis zwischen dem Versorgungsunternehmen und einem Dritten bestehe, aufgrund dessen die Energielieferungen erbracht würden. Dies rügt die Revision zutreffend als rechtsfehlerhaft.

8 a) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Senat habe in seinem Urteil vom 17. März 2004 (aaO, unter II 2 a) zum Ausdruck gebracht, dass nur ein ausdrücklicher Vertragsschluss des Versorgungsunternehmens mit dem Mieter der Annahme eines konkludenten Vertragsschlusses aufgrund einer Realofferte mit

dem Grundstückseigentümer entgegenstehen könne, trifft nicht zu. Soweit es dort heißt, dass zwecks Vermeidung unterschiedlicher Versorgungsverträge für das gleiche Versorgungsverhältnis grundsätzlich von dem Vorrang des durch ausdrückliche Vereinbarung begründeten Vertragsverhältnisses gegenüber einem Vertragsabschluss durch schlüssiges Verhalten auszugehen sei, nimmt dies ersichtlich Bezug auf die dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhaltsgestaltung, die durch einen ausdrücklichen Vertragsschluss geprägt war. Dass der Senat Vertragsverhältnissen mit Dritten, die auf andere Weise zustande gekommen sind, eine solche Vorrangwirkung nicht beimessen wollte, kann den Ausführungen nicht entnommen werden, zumal es dort auch eingangs nur heißt, dass die Voraussetzungen für einen konkludenten Vertragsschluss fehlten, wenn bereits ein Vertragsverhältnis zwischen dem Versorgungsunternehmen und einem Dritten bestehe, aufgrund dessen die Energielieferungen erbracht würden (aaO). Eine Einschränkung der Vorrangwirkung auf ausdrücklich begründete Versorgungsverhältnisse geht im Übrigen auch aus späteren Entscheidungen des Senats nicht hervor, die auf das Urteil vom 17. März 2004 Bezug nehmen. Im Gegenteil heißt es dort nur, der Senat habe bereits ausgesprochen, dass die Voraussetzungen für einen konkludenten Vertragsschluss fehlten, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen dem Versorgungsunternehmen und einem Dritten bestehe, aufgrund dessen die Energielieferungen erbracht würden (Senatsurteile vom 26. Januar 2005 - VIII ZR 1/04, ZNER 2005, 63, unter II 1 b, und VIII ZR 66/04, WPM 2005, 1089, unter II 1 b bb).

9 b) Es besteht keine Veranlassung, die genannte Vorrangwirkung auf Vertragsverhältnisse mit Dritten zu beschränken, die ausdrücklich abgeschlossen sind. Entscheidend ist, dass sie abgeschlossen sind, weil allein schon dadurch dem Umstand hinreichend Rechnung getragen wird, dass eine von den Beteiligten ersichtlich nicht gewollte Erbringung von Versorgungsleistungen ohne vertragliche Grundlage vermieden wird. Dagegen besteht weder Anlass noch Bedürfnis, den Grundstückseigentümer selbst in den Fällen als (weiteren) Vertragspartner heranzuziehen, in denen das Versorgungsunternehmen seine Leistungen unmittelbar gegenüber einem Grundstücksnutzer erbringt, es jedoch verabsäumt, diese vertragliche Leistungsbeziehung in gehöriger Form zu dokumentieren. Denn für das Zustandekommen einer Vertragsbeziehung zu dem Grundstücksnutzer macht es keinen Unterschied, ob der Vertrag ausdrücklich oder konkludent geschlossen worden ist. Beide Verträge äußern vielmehr trotz der unterschiedlichen Art ihres Zustandekommens die gleichen rechtlichen Wirkungen.

10 c) Dem steht nicht entgegen, dass beim Abschluss eines Vertrages über die Versorgung mit Wasser und die Entsorgung von Abwasser eine Abschluss- und Versorgungspflicht des Versorgungsunternehmens nur gegenüber dem Grundstückseigentümer besteht (Hempel in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand Oktober 2008, III AVB-WasserV § 2 Rdnr. 8, 15 f.), mit dem hier für die Grundstücksentwässerung sogar noch ein Anschluss- und Benutzungszwang des Grundstückseigentümers nach § 2 Abs. 6 Nr. 2, § 3 des Berliner Betriebesetzes vom 9. Juli 1993 (GVBl. S. 319) und aus § 40 Abs. 2 der Bauordnung für Berlin idF vom 3. September 1997 (GVBl. S. 421, 512) einher geht. Zwar hat der Senat bei diesen Gegebenheiten in seinem Urteil vom 30. April 2003 (VIII ZR 279/02, WPM 2003, 1730 [= WuM 2003, 460], unter II 1 b, 3) für die Wasserversorgung und die Grundstücksentwässerung ausgeführt, dass sich das Angebot des Versorgungsunternehmens auf Erbringung von Versorgungsleistungen typischerweise an den Grundstückseigentümer richtet, weil nur diesem ein Anspruch auf Anschluss an die Versorgung zusteht und Wasserversorgungsunternehmen ihre Versorgungsaufgabe durch Abschluss des Wasserversorgungsvertrages mit diesem Personenkreis erfüllen. Ebenso wird in der Kommentarliteratur betont, dass die Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrages über die Belieferung mit Wasser, das häufig schon aus technischen Gründen über einen einzigen Messpunkt geleitet und von

dort aus grundstückintern weiterverteilt werde, grundsätzlich an den Grundstückseigentümer bzw. sonstige dinglich Berechtigte gerichtet sei und dass nur diese Personen Vertragspartner eines durch schlüssiges Verhalten über die Belieferung eines Grundstücks abgeschlossenen Wasserlieferungsvertrages würden, gleich ob der Grundstückseigentümer selbst Wasser beziehe oder das Grundstück verpachtet oder vermietet habe und das Wasser von den Pächtern oder Mietern entnommen werde (Hempel in: Hempel/Franke, aaO, III AVB-WasserV § 2 Rdnr. 12, 14 f., 18 f. m.w.N.).

11 Diese auf den Grundstückseigentümer als Vertragspartner weisende Ausgangslage besteht jedoch dann nicht, wenn gegenläufige Auslegungsgesichtspunkte vorliegen, die unübersehbar in eine andere Richtung weisen (vgl. auch Hempel in: Hempel/Franke, aaO, AVB-WasserV § 2 Rdnr. 21). Hierzu gehört der Fall, dass das Versorgungsunternehmen über die für das Grundstück erbrachten Leistungen ungeachtet einer an sich nur gegenüber dem Eigentümer bestehenden Abschluss- und Versorgungspflicht eigenständig mit einem Grundstücksnutzer abschließt. Dabei steht es gleich, ob dies ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten geschieht, wenn und soweit nur erkennbar bleibt, dass der Nutzer selbst Vertragspartner und nicht lediglich Rechnungsempfänger zum Zwecke einer aus Vereinfachungsgründen praktizierten Direktabrechnung sein soll. Ein etwaiger Wille des Versorgungsunternehmens, zumindest daneben auch stets mit dem Grundstückseigentümer abzuschließen, bleibt dagegen unbeachtlich, solange mit diesem nicht eigens Entsprechendes vereinbart ist.

12 3. Das Berufungsgericht hat sich, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, mit der danach entscheidungserheblichen Frage nicht mehr befasst, ob zwischen der Klägerin und der C. ein Vertrag über die erbrachten Ver- und Entsorgungsleistungen zumindest durch schlüssiges Verhalten zustande gekommen ist. Eine Zurückverweisung kommt indessen nicht in Betracht, weil die Sache im Sinne der Klageabweisung entscheidungsreif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Der Senat kann die unterbliebene Auslegung der für einen konkludenten Vertragsschluss zwischen der Klägerin und der C. sprechenden Umstände selbst nachholen, weil die hierzu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen und weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind (vgl. BGH, Senatsurteil vom 13. Juni 2007 - VIII ZR 387/04, NJW-RR 2007, 1309 [= WuM 2007, 443 = GuT 2007, 315 KL], Tz. 10; Urteil vom 5. Oktober 2006 - III ZR 166/05, NJW 2006, 3777, Tz. 12, jew. m.w.N.).

13 Danach hat die Klägerin nur mit der C., nicht hingegen (auch) mit der Beklagten ein Vertragsverhältnis begründet. Die Klägerin hat die von ihr erbrachten Ver- und Entsorgungsleistungen die ganze Zeit über ausschließlich direkt gegenüber der C. abgerechnet, die diese Leistungen mit Ausnahme der hier streitigen Rechnungsbeträge auch bezahlt hat. Sie hat der C. in diesem Zusammenhang ein eigenes Vertragskonto eingerichtet und eine eigene Vertragskontonummer zugeteilt, wie sie nach einem von ihr beigefügten Erläuterungsschreiben „alle Kunden der Berliner Wasserbetriebe haben“. Sie hat die C. dabei als „ihre Kundin“ angesprochen und in weiteren Erläuterungsblättern der an sie gerichteten Rechnungen auf eine Speicherung der „aus dem bestehenden Vertragsverhältnis“ anfallenden Daten hingewiesen. Dass sie die C. nur als Rechnungsempfänger für einen hiervon abweichenden Grundstückseigentümer oder als Mitverpflichtete neben diesem ansehen wollte, hat sie dagegen nirgends zum Ausdruck gebracht. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die Klägerin sich jemals an die Beklagte zwecks Begründung einer eigenen Kundenbeziehung gewandt oder ihr gesonderte Rechnungen übersandt hat. Vor diesem Hintergrund hat der Umstand, dass in den der C. gestellten Rechnungen als Bezugsgegenstand der berechneten Leistungen jeweils das Grundstück benannt war, lediglich leistungsbeschreibenden Charakter. Eine Aussage zu einem anderen oder weiteren Vertragspartner der erbrachten Leistungen liegt darin nicht.

14 III. Da hiernach nur zwischen der Klägerin und der C. ein Vertragsverhältnis über die erbrachten Ver- und Entsorgungs-



leistungen begründet worden ist, fehlt es an einer rechtlichen Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der hier streitigen Beträge. Das angefochtene Urteil kann deshalb keinen Bestand haben. Es ist auf die Revision der Beklagten vielmehr unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils aufzuheben, und die Klage ist abzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 535 BGB**  
**Gewerberaumiete;**  
**Übernahme der Mieträume und des Betriebs;**  
**Physiotherapie-Praxis**

**Zu Miete und Übernahme der Gewerberäume zum Betrieb einer Praxis für Physiotherapie neben der Übernahme des Betriebs von der früheren Mieterin.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 14. 5. 2008 – XII ZR 171/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von dem Beklagten - nach fristloser Kündigung des Mietvertrages wegen Zahlungsverzugs - Zahlung rückständiger Miete für die Zeit von Dezember 2004 bis August 2005, Zahlung einer Kaution und Räumung des Mietobjekts.

2 Mit Vertrag vom 22. September 1994 vermietete die Klägerin an Frau S. Gewerberäume zum Betrieb einer Praxis für Physiotherapie. Frau S. und der Beklagte zeigten der Klägerin mit Schreiben vom 9. Juli 2001 an, dass nunmehr der Beklagte Praxisinhaber sei und künftig jeglicher Schriftverkehr über diesen geführt werden solle. Frau S. sei als angestellte fachliche Leiterin weiterhin in der Praxis tätig.

3 Am 1. Februar 2004 schlossen die Parteien einen Mietvertrag über die Praxisräume. Ab Dezember 2004 stellte der Beklagte die bis dahin von ihm erbrachten Mietzahlungen ein.

4 Der Beklagte verweigert die Zahlung und Räumung mit der Begründung, die Klägerin habe ihm im Hinblick auf das Mietverhältnis mit Frau S. den Gebrauch der Mietsache nicht verschaffen können.

5 Das Landgericht Dessau hat den Beklagten zur Räumung und bis auf einen Teil der Betriebskostenvorauszahlung und der Zinsforderung antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht [OLG Naumburg] die Klage abgewiesen. Es hat die Revision nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin, mit der sie die Zulassung der Revision und die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt.

6 **Aus den Gründen:** II. Das angefochtene Urteil ist nach § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet, denn das Berufungsgericht hat bei seiner Entscheidung Teile des unter Beweis gestellten und hinreichend substantiierten Sachvortrags der Klägerin übergangen und damit deren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt (vgl. Senatsbeschluss vom 1. Juni 2005 - XII ZR 275/02 - NJW 2005, 2710).

7 1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, die Klägerin habe keine Umstände vorgetragen, aus denen sich ergebe, dass der Beklagte die Räume in Besitz genommen habe.

8 Dabei hat es - wie die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht rügt - den unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin, der Beklagte habe die Mieträume bereits vor Vertragsabschluss tatsächlich genutzt, übergangen. Es hat darüber hinaus den unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin, wonach die Zeugin S. als Angestellte des Beklagten diesem den Besitz an den Praxisräumen vermittelt habe, unberücksichtigt gelassen.

9 Schließlich hat das Berufungsgericht - wie die Nichtzulassungsbeschwerde weiter zu Recht rügt - bei der Annahme, die Klägerin habe keine ausreichenden Anknüpfungstatsachen

vorgetragen, aus denen sich eine Inbesitznahme der Räume durch den Beklagten ergebe, deren Vortrag unberücksichtigt gelassen, dass dem Beklagten - ausweislich des Mietvertrages - die Schlüssel für die Mieträume übergeben worden seien.

10 2. Der Rechtsstreit war deshalb gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

11 Der Senat weist darauf hin, dass in dem Schreiben der Frau S. an die Klägerin vom 28. Oktober 2005 zum Ausdruck kommt, dass Frau S. von der Beendigung des zwischen ihr und der Klägerin abgeschlossenen Mietvertrages spätestens seit dem 1. August 2004 ausgeht. Da auch die Klägerin den mit Frau S. abgeschlossenen Mietvertrag für beendet hält, kommt eine konkludente Aufhebung in Betracht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 123, 142, 535 BGB**  
**Gewerberaumiete; Ladenlokal; Offenbarungspflicht**  
**des Mietinteressenten über öffentlichkeitswirksames**  
**Warensortiment; Szene-Textilien der Marke**  
**„Thor Steinar“; rechtsextreme Szene;**  
**Lage der Geschäftsräume; Charakter des**  
**Geschäftshauses; „Hundertwasser-Haus“ Magdeburg**

**Ein Mietinteressent, der beabsichtigt, in bevorzugter Innenstadtlage einer Landeshauptstadt ein Ladengeschäft anzumieten und dort das Warensortiment einer Marke anzubieten, die in der Presseberichterstattung in Zusammenhang mit der rechtsextremen Szene gebracht wird, muss dem Vermieter bei den Vertragsverhandlungen die Marke des Warensortiments ungefragt mitteilen.**

(OLG Naumburg, Urteil vom 28. 10. 2008 – 9 U 39/08)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht gegen den Beklagten einen Anspruch auf Räumung eines Ladengeschäfts geltend. Mit Vertrag vom 1. 6. 2007 vermietete die C. Immobilien GmbH & Co. KG, vertreten durch die Klägerin, dem Beklagten die in dem Objekt Breiter Weg 10 in Magdeburg gelegenen, als Gewerbe 0.02 bezeichneten Räume im Erdgeschoss. Die C. Immobilien GmbH & Co. KG ist Eigentümerin des Objekts. Sie und die Klägerin sind mit dem katholischen Bistum Magdeburg verbunden. Das Anwesen Breiter Weg 10 war von dem Künstler Friedensreich Hundertwasser entworfen worden; es ist als „Die Grüne Zitadelle von Magdeburg“ oder als „Hundertwasser-Haus“ bekannt. Das Mietverhältnis wurde gemäß § 2 des Vertrages für die Dauer von 3 Jahren, beginnend am 1. 8. 2007, fest abgeschlossen.

Gemäß § 1 Nr. 4 des Mietvertrages erfolgt die Vermietung zum Zweck „Verkauf und Vertrieb von Textilien und Sortimenten im Outdoorbereich“; dem Vertrag ist als Anlage 5 eine Sortimentsliste beigefügt, die Bestandteil des Vertrages ist. Diese Sortimentsliste enthält allgemeine Angaben zu dem beabsichtigten Verkauf von Textilien und Bekleidungsartikeln. Der Beklagte, der Geschäftsführer der M. GmbH war, beabsichtigte bereits zur Zeit des Vertragsschlusses, in den Mieträumen weit überwiegend das von der M. GmbH vertriebene Warensortiment der Marke „Thor Steinar“ anzubieten; ein Hinweis auf diese Marke ist in der Sortimentsliste nicht enthalten.

Am 20. 7. 2007 wurden die Gewerberäume dem Beklagten übergeben. Am 25. 7. 2007 wurde die Klägerin von Mietern darüber in Kenntnis gesetzt, dass in der Öffentlichkeit behauptet werde, das vom Beklagten angebotene Warensortiment der Marke „Thor Steinar“ sei der rechten Szene zuzuordnen. Daraufhin fand am 26. 7. 2007 ein Gespräch zwischen dem geschäftsführenden Gründungskommanditisten der Eigentümerin N. D. und dem Beklagten in Anwesenheit der Zeugen Dr. R. L., G. N. und A. K. statt. Bei dem Gespräch ging es um einen Verzicht des Beklagten auf die Eröffnung des Ladens oder auf den Vertrieb des Warensortiments der Marke „Thor Steinar“. Der Zeu-

ge D. schlug vor, eine Erklärung für den Beklagten vorzubereiten, die dieser unterzeichnen möge; die Erklärung sollte in einer Pressekonferenz verlesen werden.

Am 27. 7. 2007 fand ein Gespräch des Beklagten mit Vertretern der Klägerin und deren Rechtsanwalt J. S. statt. Im Nachgang zu dieser Besprechung unterzeichnete der Beklagte als Mieter folgende „Erklärung zum Mietvertrag“ mit der C. Immobilien GmbH & Co. KG:

„1. Vermieterin und Mieter sind über einen Gewerberaummietvertrag vom 01. 06. 2007 über die im Erdgeschoss der Liegenschaft Breiter Weg 10, 39104 Magdeburg, gelegene Einheit 0.02 zu einer Größe von 67,82 m<sup>2</sup> mietvertraglich miteinander verbunden.

2. In Zusammenhang mit diesem Mietverhältnis erklärt der Mieter, dass von dem von ihm betriebenen Gewerbe keine verfassungsrechtlich relevanten Aktivitäten ausgehen. Des Weiteren erklärt der Mieter, dass er rechts- oder linksextremistische Parteien oder Gruppierungen finanziell nicht unterstützt und dies auch in Zukunft nicht tun wird.“

Die Erklärung wurde außer vom Beklagten auch durch Rechtsanwalt S. unterzeichnet. Sie wurde am 27. 7. 2007 durch Vertreter der Eigentümerin auf einer Pressekonferenz verlesen.

Ebenfalls am 27. 7. 2007 eröffnete der Beklagte sein Ladengeschäft. Anlässlich der Eröffnung überreichte der geschäftsführende Gründungskommanditist der Vermieterin N. D. dem Beklagten als Geschenk ein Bild von Friedensreich Hundertwasser.

Mit Schreiben vom 27. 7. 2007 kündigte die Klägerin im Namen der Eigentümerin den Mietvertrag aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung. Nachdem der Beklagte die mangelnde Bevollmächtigung der Klägerin durch die Eigentümerin gerügt hatte, wiederholte sie die Kündigung unter Vollmachtsvorlage mit Schreiben vom 2. 8. 2007; in diesem Kündigungsschreiben erklärte die Klägerin vorsorglich auch die Anfechtung des Mietvertrages im Namen der C. Immobilien GmbH & Co. KG.

Die C. Immobilien GmbH & Co. KG trat ihren Räumungs- und Herausgabeanspruch gegen den Beklagten durch auf den 2. 8. 2007 datierte schriftliche Vereinbarung an die Klägerin ab.

Die Klägerin hat behauptet, am Ende der Vertragsverhandlungen seien für sie keinerlei Auffälligkeiten im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Betrieb des Ladengeschäfts durch den Beklagten erkennbar gewesen. Sie sei davon ausgegangen, dass der Beklagte im Objekt unverfängliche Textilien und Sortimente aus dem Outdoorbereich anbieten werde. Das Sortiment der Marke „Thor Steinar“ werde jedoch sehr bevorzugt von Anhängern und Mitgliedern der rechtsradikalen Szene gekauft, getragen und als Erkennungssymbol für die Zugehörigkeit zur rechten Szene genutzt. Erst kurz vor der Eröffnung des Geschäfts sei für die Klägerin erkennbar gewesen, dass der Beklagte das Sortiment der Marke „Thor Steinar“ anbieten werde.

Die Klägerin wäre aus eigener Überzeugung und im Hinblick auf die Persönlichkeit des Künstlers Friedensreich Hundertwasser unter keinem Umstand bereit gewesen, mit dem Beklagten oder einem von diesem beauftragten Vertreter einen Mietvertrag abzuschließen, wenn ihr aufgrund ihrer ausdrücklichen Anfrage eine inhaltlich korrekte Sortimentsliste übergeben worden wäre oder wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass auf der Mietfläche das Sortiment der Marke „Thor Steinar“ angeboten werden sollte.

Dem Beklagten seien die Verbindung der Klägerin mit dem katholischen Bistum Magdeburg und erst recht die Stellung des Mietobjekts, eines von Friedensreich Hundertwasser entworfenen Hauses, bekannt und bewusst gewesen. Ihm sei auch bewusst gewesen, dass die Klägerin im Fall der wahrheitsgemäßen Mitteilung des Vertriebs von Textilien der Marke „Thor Steinar“ nicht zum Abschluss des Mietvertrages bereit gewesen wäre. Das Warensortiment des Beklagten sorge in dem Mietobjekt seit der Eröffnung des Ladens für Unruhe.

Die Klägerin hat gemeint, nach der wirksam erklärten Anfechtung sämtlicher Erklärungen im Zusammenhang mit dem Abschluss des Mietvertrages vom 1. 7. 2007 sei der Beklagte zur Räumung des Objekts verpflichtet, da er bei den Vertragsverhandlungen bewusst unvollständige Angaben gemacht habe. Einem Mieter obliege wie einem Vermieter grundsätzlich eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Umstände und Rechtsverhältnisse, die von besonderer Bedeutung für den Entschluss des Vertragspartners zur Eingehung des Vertrages seien.

Die schriftliche Erklärung vom 27. 7. 2007 sei ausschließlich vom Beklagten abgegeben worden; die Klägerin oder die Eigentümerin sei nicht beteiligt gewesen. Die Unterschrift des Rechtsanwalts S. stelle lediglich eine Bestätigung der Erklärung des Beklagten dar. Mit den Gesprächen vom 26. und 27. 7. 2007 sei keine Aufgabe der berechtigten Position der Klägerin verbunden gewesen. Eine Vereinbarung über die Fortsetzung des Mietverhältnisses sei nicht zustande gekommen.

Das Verhalten des Anfechtungsberechtigten dürfe nur dann als stillschweigende Kundgabe eines Bestätigungswillens gewertet werden, wenn jede andere den Umständen nach einigermaßen verständliche Deutung dieses Verhaltens ausscheide.

Der Beklagte hat bestritten, die Klägerin über das von ihm angebotene Sortiment getäuscht zu haben. Er hat gemeint, für die von der Klägerin erklärte Anfechtung und die Kündigung bestehe keine Grundlage, weil er die Klägerin stets über alle Umstände informiert habe, hinsichtlich derer die Klägerin Auskunft begehrt habe. Die Klägerin habe - was unstreitig ist - nicht konkret abgefragt, welche Kleidungsmarken der Beklagte zu verkaufen beabsichtige.

Die vom Beklagten vertriebenen Textilien seien unverfänglich. Die überreichte Sortimentsliste entspreche den üblichen Angaben, die im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Textilengeschäfts erteilt würden. Insbesondere sei es unüblich, die jeweils zum Verkauf beabsichtigte Modemarke zu benennen.

Dem Beklagten sei bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen nicht bekannt gewesen, dass die Klägerin und die von ihr vertretene Eigentümerin eng mit dem katholischen Bistum Magdeburg verbunden seien.

Der Beklagte hat gemeint, die Klägerin sei nicht berechtigt gewesen, das Mietverhältnis wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Mit der Unterzeichnung der Zusatzklärung durch Rechtsanwalt S. habe die Klägerin zum Ausdruck gebracht, dass sie in Kenntnis aller nunmehr im Rahmen der Klage behaupteten Umstände bereit gewesen sei, das Mietverhältnis mit dem Beklagten fortzusetzen. Es habe Einverständnis bestanden, dass das Warensortiment bestehen bleiben könne, wenn sich der Beklagte im Rahmen der vorbereiteten Erklärung erkläre.

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht Magdeburg hat die Geschäftsführerin der Klägerin und den Beklagten angehört. Außerdem hat es die Zeugen A. K., N. D., J. S. und G. N. vernommen. Außerdem hat das Landgericht Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin Dr. R. L.

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 13. 2. 2008 stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dem Beklagten stehe aufgrund des Mietvertrages kein Recht zum Besitz zu (§§ 985, 986 BGB). Die Eigentümerin, vertreten durch die Klägerin, habe die Willenserklärung, die zum Abschluss des Mietvertrages geführt habe, nach §§ 123 Abs. 1, 124, 142, 143, 278 BGB wirksam angefochten. Eine arglistige Täuschung liege vor; in der Sortimentsliste fehle die Markenbezeichnung „Thor Steinar“. Dadurch habe der Beklagte eine insgesamt unzutreffende Angabe über die beabsichtigte Geschäftstätigkeit gemacht, die für ihn erkennbar die Vermieterin zum Abschluss des Mietvertrages veranlasst habe; in Kenntnis des wahren Sachverhalts hätte die Vermieterin den Mietvertrag

mit dem Beklagten nicht geschlossen. Entscheidend für die Relevanz der falschen Angabe in der Sortimentsliste sei das Bild der Marke „Thor Steinar“ in der Öffentlichkeit mit den daraus abgeleiteten Reaktionen auf die Marke und mit den daraus sich ergebenden negativen Rückwirkungen auf die Wertschätzung des Mietobjekts Hunderwasserhaus. Solche negativen Umstände seien dem Vertragspartner bei Vertragsschluss mitzuteilen, unabhängig davon, ob der Beklagte die Einschätzung der Öffentlichkeit teile. Unstreitig werde - für die Öffentlichkeit prägend - publiziert, dass die Marke „Thor Steinar“ einen ausschließlichen Bezug zur rechtsradikalen Szene habe. Auch der Beklagte wisse, dass der Vertrieb der Marke „Thor Steinar“ in einem schon aufgrund der äußeren Erscheinung ersichtlich städtebaulich relevanten Gebäude in zentraler, ansprechender Lage für die Entscheidung des Vermieters Relevanz besitze, weil dadurch die Vermietbarkeit der anderen Objekte an Dritte, die der nationalsozialistischen Ideologie fern stünden, erschwert werde und die Wertschätzung des Gewerbeobjekts in der überwiegend dementsprechend denkenden Öffentlichkeit herabgesetzt werde. Dass die Vermieterin den Mietvertrag in Kenntnis der Umstände mit dem Beklagten nicht abgeschlossen hätte, sei durch die Zeugenaussagen nachgewiesen.

Eine Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts nach § 141 BGB sei nicht erfolgt. Die Behauptung des Beklagten, die Parteien hätten eine Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag geschlossen, sei durch das Ergebnis der Beweisaufnahme in Zusammenschau mit dem Inhalt des Schriftstücks vom 27. 7. 2007 widerlegt. Der Beklagte habe nur einen geringen Teil der von der Vermieterseite vorbereiteten Erklärung unterzeichnet. Das Angebot der Klägerin habe er damit nicht angenommen (§ 150 Abs. 2 BGB). Die Unterschrift des Beklagten unter nur einen Teil der Erklärung sei allenfalls ein neues Angebot zur Vertragsergänzung an die Klägerin, das diese jedoch nicht angenommen habe. Ein den Mietvertrag bestätigender Vertrag sei auch aus anderen Gründen zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Keine andere Bewertung ergebe sich aus dem Umstand, dass Rechtsanwalt S. das vom Beklagten Unterschriebene nachträglich rechts unterzeichnet habe. Die Bestätigung der Unterschrift des Beklagten durch Rechtsanwalt S. sei lediglich in „quasipotentieller Form“ erfolgt. Dass Herr D. dem Beklagten am Eröffnungstag ein Bild von Hundertwasser mit einem Kreuz übergeben habe, erfülle nicht die Voraussetzungen des § 141 BGB. Denn es habe sich nach der glaubhaften Aussage des Herrn D. um ein Geschenk mit Symbolcharakter gehandelt.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten. Der Beklagte hält an seiner Auffassung fest, dass die Klägerin nicht zur Anfechtung des Mietvertrages berechtigt gewesen sei. Denn er sei nicht verpflichtet gewesen mitzuteilen, welche Modemarke er zu vertreiben beabsichtige, da die Klägerin ihn hiernach nicht gefragt habe. Das Landgericht habe keine Feststellungen getroffen, weshalb für den Beklagten erkennbar gewesen sein soll, dass für die Vermieterin wichtig sei, welche Marken zum Verkauf im Mietobjekt stehen würden. Der Beklagte meint, auf das Bild der Öffentlichkeit komme es nicht an, weil dieses stark subjektiv geformt sei.

Durch die Bestätigungsvereinbarung vom 27. 7. 2007 und dadurch, dass der Zeuge D. dem Beklagten am Tag der Eröffnung ein Eröffnungsgeschenk zur Verfügung gestellt habe, sei die Anfechtungsmöglichkeit entfallen. Zudem sei nicht bewiesen, dass ein Mietvertrag nicht zustande gekommen wäre, wenn die Marke Thor Steinar im Vorfeld des Vertragsabschlusses benannt worden wäre.

Die Klägerin verteidigt das angegriffene Urteil. Sie meint, für eine Aufklärungspflicht des Beklagten spreche auch, dass die Außendarstellung der Marke dem Beklagten bewusst gewesen sei. Auf der Internetseite der Fa. M. GmbH werde - was unstreitig ist - über eine unmittelbar vor Ausfertigung der Sortimentsliste mit der W. GmbH & Co. KG geführte gerichtliche

Auseinandersetzung berichtet. Dem Beklagten sei bekannt gewesen, welche Vorwürfe gegenüber den Käufern des Warensortiments erhoben würden.

**Aus den Gründen:** II. Die Berufung ist zulässig, sie bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. Die C. Immobilien GmbH & Co. KG hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der streitgegenständlichen Räumlichkeiten gemäß § 985 BGB, den die Klägerin aufgrund der in der Abtretungsvereinbarung vom 2. 8. 2007 enthaltenen Ermächtigung im eigenen Namen geltend machen kann (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 158).

1. Die C. Immobilien GmbH & Co. KG ist Eigentümerin der streitgegenständlichen Räume, der Beklagte Besitzer.

2. Der Beklagte hat kein Recht zum Besitz gemäß § 986 BGB. Denn der Mietvertrag vom 1. 6. 2007, aufgrund dessen die C. Immobilien GmbH & Co. KG dem Beklagten den Besitz überlassen hat, ist gemäß § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen.

a) Die Klägerin hat im Namen und gemäß § 164 Abs. 1 BGB in Vollmacht der C. Immobilien GmbH & Co. KG den Mietvertrag vom 1. 6. 2007 innerhalb der Jahresfrist (§ 124 BGB) mit dem Schreiben vom 2. 8. 2007 gemäß § 143 Abs. 1, Abs. 2 BGB wirksam angefochten.

b) Die auf den Abschluss des Mietvertrages gerichtete Willenserklärung der C. Immobilien GmbH & Co. KG war gemäß § 123 Abs. 1 BGB anfechtbar, weil die Klägerin zu der Willenserklärung durch arglistige Täuschung seitens des Beklagten bestimmt worden ist.

aa) Der Beklagte war, auch wenn sein eigener Sachvortrag zugrunde gelegt wird, verpflichtet, der Klägerin im Zuge der Vertragsverhandlungen selbst ohne ausdrückliche Nachfrage mitzuteilen, dass er weit überwiegend Ware der Marke „Thor Steinar“ zu verkaufen beabsichtige.

(1) Das Verschweigen von Tatsachen stellt dann eine Täuschung im Sinne von § 123 BGB dar, wenn hinsichtlich der verschwiegenen Tatsachen eine Aufklärungspflicht besteht. Entscheidend ist, ob der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung erwarten durfte. Grundsätzlich ist es Sache jeder Partei, ihre eigenen Interessen selbst wahrzunehmen. Es besteht daher keine allgemeine Pflicht, alle Umstände zu offenbaren, die für die Entschliebung des anderen Teils von Bedeutung sein können. Unter bestimmten Voraussetzungen besteht dennoch eine Aufklärungspflicht. Beispielsweise müssen Umstände, die für die Willensbildung des anderen Teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind, ungefragt offenbart werden (Palandt/Heinrichs/Ellenberger, BGB, 67. Auflage, § 123 Rn. 5, 5a, 5b; BGH, NJW 1971, 1795, 1799).

(2) Im vorliegenden Fall trägt der Beklagte selbst vor, dass es Presseberichterstattung gebe, die dem von ihm angebotenen Warensortiment eine hohe Affinität zur rechten Szene zuweise. In der Berufungsbegründung auf S. 11 heißt es, dass verschiedene Medien, insbesondere im Pressebereich, ein bestimmtes Bild von der Marke „Thor Steinar“ zeichnen, und dass im Regelfall in den entsprechenden Pressemedien die Meinungsäußerung vertreten werde, die Marke „Thor Steinar“ werde bevorzugt von Anhängern und Mitgliedern der rechtsradikalen Szene gekauft und getragen, und im Übrigen würden die Kleidungsstücke bevorzugt als Erkennungssymbol für die Zugehörigkeit zur „Rechten Szene“ genutzt.

In dem vom Beklagten mit der Berufungsbegründung vorgelegten Artikel aus der TAZ vom 2. 5. 2008 heißt es:

„Filialen der einschlägigen Ladenkette ... stoßen bei Antifa-Gruppen wie braven Bürgern jedenfalls stets auf Protest. In mehreren Fußballstadien der neuen Bundesländer, im Bundestag und im Landtag von Mecklenburg-Vorpommern ist es verboten, mit Kleidung des Labels „Thor Steinar“ aufzukreuzen.“

Zwar lässt sich nach Aktenlage nicht feststellen, dass sämtliche der in dem TAZ-Artikel beschriebenen Erscheinungen bereits vor dem Abschluss des streitgegenständlichen Vertrages aufgetreten sind. Jedoch spricht auch nichts für das Gegenteil. Zumindest die W. GmbH & Co. KG a.A. hat spätestens am 27. 4. 2007, also vor Abschluss des streitgegenständlichen Mietvertrages, für Zuschauer mit Kleidung der Marke „Thor Steinar“ ein Stadionverbot verhängt, wie die Klägerin mit der Berufungserwiderung vom 14. 8. 2008 unbestritten vorgetragen hat.

Aus öffentlich zugänglichen Quellen, etwa dem Artikel „Thor Steinar“ in der Internet-Enzyklopädie Wikipedia, ist ersichtlich, dass bereits vor dem 1. 6. 2007 Presseberichterstattung existierte, die die Marke „Thor Steinar“ mit Rechtsextremismus in Verbindung brachte, nämlich die bei Wikipedia zitierten Artikel in der ZEIT vom 23. 9. 2004, in der Märkischen Allgemeinen Zeitung vom 5. 10. 2004, in der WELT vom 13. 11. 2004 und in der TAZ vom 30. 11. 2005.

Aus dem unstreitigen Vortrag der Parteien und allgemein-kundigen Tatsachen ergibt sich mithin, dass bereits vor Abschluss des streitgegenständlichen Vertrages verschiedene öffentlichkeitswirksame Institutionen die Marke „Thor Steinar“ im Hinblick auf eine Nähe zum Rechtsextremismus negativ dargestellt haben und dass diese negative Außendarstellung der Marke von einer breiten Öffentlichkeit zur Kenntnis genommen worden ist und wird.

(3) Für den Beklagten war offensichtlich, dass das Hundertwasser-Haus, in dem sich die Mieträume befinden, eine Touristenattraktion in bevorzugter Innenstadtlage der Landeshauptstadt Magdeburg in der Nähe des Domes, des Landtages und der Staatskanzlei darstellt. Für den Vermieter von Gewerberäumen in einem derartigen Objekt ist bei der Entscheidung über den Abschluss eines Mietvertrages von ausschlaggebender Bedeutung, ob im Zusammenhang mit dem Mietvertrag eine Presseberichterstattung zu erwarten ist, die das vom Mieter unter einer bestimmten Marke verkaufte Warensortiment und somit den Käuferkreis in Zusammenhang mit der rechtsextremen Szene bringt. Mit einer derartigen Presseberichterstattung sind zwangsläufig erhebliche Unannehmlichkeiten verbunden. Welcher Art diese im Einzelnen sind, ist in diesem Zusammenhang nicht entscheidend. Fest steht, dass der Vermieter aufgrund einer Presseberichterstattung, die das Mietobjekt mit der rechtsextremen Szene in Zusammenhang bringt, selbst in den Blickpunkt der Öffentlichkeit gerät und sich mit dieser Situation auseinandersetzen muss. Der Vermieter hat ein schutzwürdiges Interesse daran, eigenverantwortlich darüber entscheiden zu können, ob er sich den genannten erheblichen Unannehmlichkeiten aussetzen will. Diese Entscheidung kann er nur treffen, wenn ihm bei den Vertragsverhandlungen die notwendigen Informationen gegeben werden.

Angesichts der genannten Umstände hätte der Beklagte der Vermieterin bei den Vertragsverhandlungen auch ungefragt mitteilen müssen, dass er weit überwiegend Waren der Marke „Thor Steinar“ anzubieten beabsichtige. Damit hätte er seiner Aufklärungspflicht genügt; denn er hätte der Vermieterin Gelegenheit gegeben, nach eigenem Ermessen Recherchen über „Thor Steinar“ anzustellen; hierzu hatte die Vermieterin auf der Grundlage der ihr vorliegenden, unauffälligen Informationen über das Warensortiment und über die Person des Beklagten noch keine Veranlassung.

Ob und inwieweit die Marke „Thor Steinar“ tatsächlich von Angehörigen der rechtsextremen Szene bevorzugt wird, lässt sich nach Aktenlage nicht feststellen; dies ist aber für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht maßgeblich. Entscheidend ist, dass die Darstellung der Marke „Thor Steinar“ in zumindest wesentlichen Teilen der Öffentlichkeit bereits als solche ein Gesichtspunkt ist, der eine Pflicht des Beklagten begründet hat, die Vermieterin über die Marke des zu verkaufenden Sortiments zu informieren.

bb) Die Verletzung der Aufklärungspflicht ist für die Entscheidung der C. Immobilien GmbH & Co. KG, den Mietvertrag abzuschließen, ursächlich geworden.

(1) Für die Annahme eines Zusammenhangs zwischen Täuschung und Abgabe der Willenserklärung genügt es, dass der Getäuschte Umstände dargetan hat, die für seinen Entschluss von Bedeutung sein konnten, und dass die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluss auf die Entschließung hat. Dass die arglistig hervorgerufene Fehlvorstellung unter Umständen nicht das einzige für den Vertragsschluss bestimmende Moment war, ist unerheblich. Es genügt, dass es mitursächlich war; wenn dies der Fall ist, ist der Beweis der Ursächlichkeit der Täuschung zumindest dem Anschein nach erbracht (BGH, NJW 1995, 2361, 2362).

Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass die Eigentümerin und die Klägerin zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen über die das Warensortiment des Beklagten beherrschende Marke nicht informiert waren. Aus der inzwischen umfangreichen Presseberichterstattung und aus den Reaktionen von Institutionen wie Fußballvereinen oder Parlamenten auf die Marke „Thor Steinar“ kann der Schluss gezogen werden, dass nach der Lebenserfahrung die Kenntnis oder Unkenntnis des potentiellen Vermieters von dem beabsichtigten Verkauf des Sortiments dieser Marke Einfluss auf die Entschließung eines potentiellen Vermieters hat; dies gilt auch für die C. Immobilien GmbH & Co. KG im vorliegenden Fall. Die Bedeutung der Marke „Thor Steinar“ für die Bemühungen der Vermieterseite um eine Beendigung des Vertragsverhältnisses lässt den Schluss zu, dass das Fehlen eines Hinweises auf diese Marke bei den Vertragsverhandlungen für den Vertragsschluss zumindest mitursächlich war, auch wenn es der Vermieterseite oblag, sich selbst nähere Informationen über die Marke „Thor Steinar“ zu beschaffen und diese Informationen bei der Entscheidung über den Vertragsschluss zu berücksichtigen. Der somit begründete Anschein der Ursächlichkeit der Täuschung für den Vertragsschluss ist vom Beklagten nicht entkräftet worden. Vielmehr hat das Landgericht aufgrund der Vernehmung der Zeugen D., N. und Dr. L. die Feststellung getroffen, in Kenntnis der Umstände, zu denen insbesondere die vom Beklagten vertriebene Marke „Thor Steinar“ gehört, hätte die Vermieterin den Mietvertrag nicht abgeschlossen; diese Feststellung ist nicht zu beanstanden.

(2) Im Übrigen lässt das Beweisergebnis entgegen der Meinung des Beklagten sogar den Schluss zu, dass eine Nennung der Marke während der Vertragsverhandlungen den Vertragsschluss verhindert hätte: Der Zeuge D. hat nämlich glaubhaft bekundet, dass Herr N. recherchiert und die Brisanz der Marke „Thor Steinar“ bemerkt hätte, wenn die Marke in der Sortimentsliste erwähnt worden wäre.

Soweit der Beklagte in der mündlichen Verhandlung am 21. 10. 2008 und mit Schriftsatz vom 25. 10. 2008 die Auffassung vertreten hat, die Ursächlichkeit einer möglichen Nennung der Marke „Thor Steinar“ für den Vertragsschluss sei als innere Tatsache einer Beweiserhebung nicht zugänglich, weil es an einer erkennbaren Außenwirkung der inneren Tatsache der Entscheidung gegen den Vertragsschluss fehle, verhilft dies der Rechtsverteidigung nicht zum Erfolg.

Zwar bedarf es, wenn eine innere Tatsache, die bei einer Person vorliegen soll, unter Beweis durch das Zeugnis einer anderen Person gestellt wird, näherer Darlegung, anhand welcher Anknüpfungstatsachen diese inneren Tatsachen nach außen in Erscheinung getreten sein sollen; ansonsten ist dem Zeugenbeweis nicht nachzugehen (BGH, Beschluss vom 12. 6. 2008, V ZR 223/07, zitiert nach Juris; BGH, NJW 2000, 2986 f.). Dieser Rechtssatz betrifft jedoch die vorliegende Fallgestaltung nicht.

Da die Vermieterseite während der Vertragsverhandlungen von dem beabsichtigten Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ keine Kenntnis hatte, konnte die nicht vorhandene Kenntnis naturgemäß nicht nach außen zu Tage treten; das Gleiche

che gilt für hypothetisches Verhalten der Vermieterseite, das *nicht* tatsächlich stattgefunden hat. Insofern hätte die Klägerin keine Anknüpfungstatsachen vortragen können, anhand deren innere Tatsachen nach außen hätten in Erscheinung treten können. Das Problem besteht hier nicht in dem Nachweis einer inneren Tatsache, sondern in dem Nachweis eines hypothetischen Kausalverlaufs, der, wenn er sich realisiert hätte, ohne weiteres nach außen in Erscheinung getreten wäre. Dasjenige, was in diesem Zusammenhang nach außen in Erscheinung treten konnte, hat sich realisiert: Als die Vermieterseite von dem beabsichtigten Verkauf des streitgegenständlichen Warensortiments Kenntnis erlangt hatte, hat sie umgehend Recherchen angestellt und in deren Folge die Beendigung des Vertragsverhältnisses veranlasst. Dies folgt aus der Einlassung der Geschäftsführerin der Klägerin bei ihrer Anhörung durch das Landgericht und aus der glaubhaften Aussage des Zeugen N.

cc) Die subjektiven Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung durch Verschweigen eines zu offenbarenden Umstandes sind gegeben. Ein arglistiges Verschweigen setzt voraus, dass der (z. B.) Verkäufer den Fehler kennt oder ihn zumindest für möglich hält und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der (z. B.) Käufer den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (BGH, NJW-RR 2003, 989, 990). Im vorliegenden Fall hat der Beklagte mindestens ernsthaft für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen, dass der Mietvertrag nicht zustande gekommen wäre, wenn die Vermieterin vor Vertragsschluss von der Marke des angebotenen Sortiments Kenntnis erlangt hätte und sich daraufhin Informationen über die Darstellung der Marke „Thor Steinar“ in den Medien verschafft hätte. Wie ausgeführt, hatte es bereits vor Abschluss des streitgegenständlichen Vertrages kritische Presseberichterstattung gegeben; und das Tragen von „Thor Steinar“-Kleidung im Stadion von W. war bereits verboten worden. Wie aus dem Inhalt der betreffenden Berichterstattung und aus der Internetseite der Marke „Thor Steinar“ ersichtlich ist, waren dem Beklagten diese Umstände bekannt. Dies stellt ein hinreichendes Indiz dafür dar, dass dem Beklagten die Bedeutung der Marke des Warensortiments für die Willensbildung eines potentiellen Vermieters mindestens im Sinne eines - hier ausreichenden - Eventualvorsatzes bekannt war.

c) Die Anfechtung ist nicht gemäß § 144 BGB ausgeschlossen.

aa) Eine Bestätigung des anfechtbaren Geschäfts im Sinne des § 144 BGB liegt nur vor, wenn ein Verhalten gegeben ist, das den Willen offenbart, trotz der Anfechtbarkeit an dem Rechtsgeschäft festzuhalten; jede andere den Umständen nach mögliche Deutung muss ausgeschlossen sein. Eine Bestätigung setzt in der Regel voraus, dass der Bestätigende die Anfechtbarkeit kannte oder mit ihr rechnete (BGH, NJW 1990, 1106; Palandt/Heinrichs, a. a. O., § 144 Rn. 2).

bb) Nach diesen Grundsätzen hat weder die Klägerin noch die von ihr vertretene C. Immobilien GmbH & Co. KG eine Bestätigungserklärung abgegeben. Es kann nicht festgestellt werden, dass jede andere den Umständen nach mögliche Deutung des Verhaltens der Vermieterin ausgeschlossen ist.

(1) Eine Bestätigungserklärung der Vermieterin liegt nicht in der „Erklärung zum Mietvertrag“ vom 27. 7. 2007. Der Schwerpunkt der Erklärung liegt darin, dass der Mieter erklärt, von ihm gingen keine verfassungsrechtlich relevanten Aktivitäten aus; der Satz unter Ziffer 1 stellt in der Art einer Präambel, ohne einen eigenständigen Erklärungsgehalt zum Ausdruck zu bringen, lediglich klar, worauf sich der Satz unter Ziffer 2 bezieht. Jedenfalls kann nicht festgestellt werden, dass jede andere Deutung als diejenige, dass der Fortbestand des Mietverhältnisses trotz Kenntnis des Vermieters von der Anfechtbarkeit des Mietvertrages bekräftigt werden sollte, ausgeschlossen ist.

Dass aus der Erklärung vom 27. 7. 2007 nicht zwingend auf einen Bestätigungswillen der Vermieterin zu schließen ist, ergibt sich auch daraus, dass der ausgedruckte Text eine Unter-

schrift des Vermieters nicht vorsieht, sondern nur eine Unterschrift des Mieters. Dieser Gesichtspunkt wird durch die Unterschriftsleistung des Rechtsanwalts S. nicht entkräftet. Denn deren Grund ist nicht vollständig klar; zumindest steht nicht fest, dass Rechtsanwalt S. als Vertreter der Vermieterin unterschrieben hat, um für diese eine mit der Erklärung des Beklagten korrespondierende Willenserklärung abzugeben. Ein - nach dem Beklagtenvorbringen naheliegender - Vertretungszusatz fehlt genauso wie ein - nach dem Klagevorbringen naheliegender - Beglaubigungsvermerk. Der Zeuge S. hat zudem bei seiner Aussage vor dem Landgericht den Vortrag der Klägerin gestützt, er habe unterschrieben, um die Unterschrift des Beklagten zu bestätigen; wenn sein Auftraggeber eine Erklärung zur Bestätigung eines Mietverhältnisses gewünscht hätte, hätte er, S., das anders formuliert. Diese in sich nachvollziehbare Aussage ist nicht widerlegt worden.

(2) Die mündlichen Besprechungen im Zusammenhang mit der Abfassung der Erklärung vom 27. 7. 2007 und im Vorfeld der Pressekonferenz, bei der die Erklärung vom 27. 7. 2007 verlesen wurde, sind ebenfalls nicht als Bestätigung im Sinne des § 144 BGB zu verstehen.

Die Behauptung des Beklagten, am 27. 7. 2007 vormittags habe Einverständnis bestanden, dass das Warensortiment bestehen bleiben könne, soweit sich der Beklagte im Rahmen der vorbereiteten Erklärung erkläre, ist nicht bewiesen worden. Der Zeuge D. hat vor dem Landgericht ausgesagt, Ziel der Besprechung am Vortag der Eröffnung sei gewesen, dass der Beklagte einlenke und den Laden nicht zum 1. August eröffne. Im Lauf des Gesprächs sei klar geworden, dass der Mietvertrag nicht ohne weiteres gekündigt werden könne. Das Ziel der weiteren Besprechungen sei dennoch gewesen, dass der Beklagte ausziehe. Es könne allerdings sein, dass es während des Gesprächs ein gewisses „Hin und Her“ gegeben habe. Diese Aussage lässt nicht erkennen, dass D. auf ein Anfechtungsrecht hätte verzichtet und dem Beklagten den Verkauf des Sortiments der Marke „Thor Steinar“ verbindlich hätte gestatten wollen; vielmehr hat D. sich bei den Verhandlungen alle Optionen offen gehalten, die einen Auszug des Beklagten aus dem Objekt hätten zur Folge haben können. Angesichts der zeitweilig als gering eingeschätzten Aussicht des Erfolgs einer Räumungsklage hat D. die Möglichkeit, dass der Beklagte vorerst bis zu einer gütlichen Einigung im Objekt verbleibt, in die Erwägungen einbezogen. In diesem Zusammenhang ist auch die Äußerung „Jetzt drehen wir den Spieß um“ zu sehen, in deren Folge die erwähnte schriftliche Erklärung des Beklagten formuliert und später in einer Pressekonferenz verlesen worden ist. Nach der Aussage des Zeugen D. wurde so verfahren, weil die Vermieterin wegen der Bedenken bezüglich des Vorgehens bei Gericht nicht einfach kündigen konnte. Ein Wille, den Vertrag trotz bestehenden Anfechtungsrechts zu bestätigen, lässt sich dieser Aussage nicht entnehmen; die Aussage deutet vielmehr darauf hin, dass D. den Vertrag hätte kündigen wollen, wenn er die Möglichkeit dazu gesehen hätte.

Die Aussagen der Zeugen N. und Dr. L. lassen ebenfalls keine andere Deutung zu. Soweit Dr. L. bekundet hat, die Vermieterseite habe sich gefragt, ob sie sich mit der Kündigung einen Gefallen tue, kann dieser Gesichtspunkt dahingestellt bleiben; denn ein unzweifelhafter Wille, das Mietverhältnis trotz der arglistigen Täuschung fortzuführen und auf das Anfechtungsrecht zu verzichten, ist den taktischen Erwägungen der Vermieterseite zum weiteren Vorgehen nicht zu entnehmen.

Die Äußerungen der Vermieterseite im Umfeld der Unterzeichnung der schriftlichen Erklärung des Beklagten vom 27. 7. 2007 und der Verlesung der Erklärung in der Pressekonferenz waren mithin so zu verstehen, dass angesichts der Problematik einer Kündigung und der gerichtlichen Durchsetzung des Räumungsanspruchs zunächst versucht werden sollte, die Öffentlichkeit durch die Erklärung des Beklagten zu beruhigen, damit ohne Druck erwogen werden konnte, ob und wie das Vertragsverhältnis einvernehmlich aufgehoben werden konnte; Vergleichsverhandlungen werden typischerweise geführt, ohne dass

die Beteiligten ihren jeweiligen Rechtsstandpunkt aufgeben. So hat es sich auch hier verhalten. Eine derartige Deutung des Verhaltens des geschäftsführenden Gründungskommanditisten der Vermieterin ist jedenfalls nicht fernliegender als die Annahme, die Vermieterin habe auf die Geltendmachung von Anfechtungsgründen verzichten wollen. Es kann nicht festgestellt werden, dass jede andere den Umständen nach mögliche Deutung als eine Bestätigung des Vertrages ausgeschlossen ist.

(3) Die Überreichung des Hundertwasser-Bildes mit einem Kreuz anlässlich der Geschäftseröffnung ist dem außerjuristischen, gesellschaftlichen Bereich zuzuordnen. Ein Wille, auf Rechtspositionen zu verzichten, ist durch die Überreichung des Geschenks nicht zum Ausdruck gebracht worden, jedenfalls nicht mit der im Anwendungsbereich des § 144 BGB erforderlichen Eindeutigkeit. Deshalb ist nicht entscheidend, ob es sich um ein Abschiedsgeschenk oder um ein Eröffnungsgeschenk gehandelt hat. Dass die erste Alternative zutrifft, ist zudem nicht widerlegt worden. Der Zeuge D. hat bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht bekundet, es habe sich um ein Abschlussgeschenk gehandelt, und er habe bei der Überreichung des Geschenks zum Beklagten gesagt, sie hätten nun einen Kreuzweg vor sich, von dem er hoffe, dass der nicht so lange gehe, wie ihn ein anderer gegangen sei. Der Hinweis des Zeugen D. auf einen hoffentlich nicht so langen Kreuzweg lässt sich mit dem Wunsch nach einem baldigen Ende der beiderseitigen rechtlichen Beziehungen nicht schlechter in Zusammenhang bringen als mit einem Wunsch nach einem baldigen Ende der Presseberichterstattung und einer ungestörten Durchführung des Mietverhältnisses. Die Aussage des Zeugen D., er habe zum Beklagten gesagt, er wäre schwer enttäuscht und würde mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln rechtlich gegen ihn vorgehen, wenn das Bild, das der Beklagte ihm gegenüber gezeichnet habe, nicht richtig sein sollte, spricht eher dagegen, dass D. auf das Recht zur Anfechtung seiner auf den Mietvertragsabschluss gerichteten Willenserklärung verzichten wollte. Der vom Beklagten benannte Zeuge K. hat zu dem Inhalt des Gesprächs anlässlich der Geschenkübergabe keine Angaben gemacht, die so präzise wären, dass sie die Aussage des Zeugen D. entkräften könnten; er hat ausgesagt, er könne sich inhaltlich nicht mehr genau daran erinnern, was D. gesagt habe.

3. Ein Anspruch auf Herausgabe und Räumung der streitgegenständlichen Räume steht gemäß § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alternative, BGB i.V.m. § 398 BGB auch der Klägerin selbst zu; der bereicherungsrechtliche Anspruch wird durch den Anspruch gemäß § 985 BGB nicht verdrängt, wenn es, wie hier, um die Rückabwicklung eines nichtigen Vertragsverhältnisses geht (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 67. Auflage, Einf v § 812 Rn. 14). Die Beklagte hat durch Leistung der C. Immobilien GmbH & Co. KG „etwas“, nämlich den unmittelbaren Besitz an dem streitgegenständlichen Ladengeschäft, erlangt. Die Leistung ist aus denselben Gründen, aus denen der Beklagte kein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB hat, ohne rechtlichen Grund erfolgt. Der Herausgabeanspruch ist durch die Abtretungsvereinbarung vom 2. 8. 2007 auf die Klägerin übergegangen.

III. [...] Der Senat hat die Revision gemäß § 543 ZPO zugelassen, weil die Frage, ob die in der Presse verbreitete negative Darstellung der Geschäftstätigkeit eines potentiellen Mieters von Gewerberäumen als solche für den Vermieter - unabhängig von der sachlichen Richtigkeit der Presseberichterstattung - von ausschlaggebender Bedeutung ist und deshalb den potentiellen Mieter bei den Vertragsverhandlungen zu einer besonders konkreten Bezeichnung der betreffenden Geschäftstätigkeit verpflichtet, grundsätzliche Bedeutung hat.

Mitgeteilt vom Veröffentlichungsverein des OLG Naumburg

**Hinw. d. Red.:** Zur Reichweite der Menschenwürdegarantie bei Bewerbung von Kleidung der Marke Benetton vgl. u. a. BVerfGE 107, 275 = NJW 2003, 1303; BVerfGE 102, 347 = NJW 2001, 591; BGHZ 149, 247 = NJW 2002, 1200.

**§§ 535, 157 BGB; §§ 4, 9 UStG  
Auslegung der gewerbietvertraglichen  
Zahlungspflichten; Grundmiete plus Mehrwertsteuer**

a) **Zur Auslegung der Vereinbarung einer Grundmiete von „monatlich x DM zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer, zur Zeit 15%, = y DM“ anhand der Vorstellungen der Vertragsparteien bei der Festlegung des Mietzinses, wenn der Vermieter nicht wirksam zur Steuerpflicht optieren konnte (Fortführung des Senatsurteils vom 28. Juli 2004 - XII ZR 292/02 - NJW-RR 2004, 1452 [= GuT 2004, 159]).**

b) **Zur Entscheidungserheblichkeit der Behauptung des Vermieters, bei Abschluss dieses Vertrages habe die Mieterin ihre Bereitschaft erklärt, den verlangten Gesamtpreis unabhängig davon zu zahlen, ob sie selbst zum Vorsteuerabzug berechtigt sei und welche steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Vermieter wahrnehmen könne oder wolle.**

(BGH, Urteil vom 21. 1. 2009 – XII ZR 79/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte ist Rechtsnachfolgerin der Innungskrankenkasse Mittelsachsen, die vom Kläger mit Vertrag vom 22. Juni 1993 und Nachtragsvereinbarung über weitere Mietflächen vom 8. Dezember 1993 Büroräume in M. für ihre Verwaltung gemietet hatte.

2 Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte dem Kläger über den jeweiligen „Nettobetrag“ der Miete hinaus von Januar 1998 bis Februar 2001 die Beträge schuldet und für Mai 2001 bis August 2003 noch nachzuzahlen hat, die im Mietvertrag der Parteien als darauf entfallende und zusätzlich zu zahlende gesetzliche Mehrwertsteuer ausgewiesen sind.

3 Insofern bestimmt § 3 - Mietzins - des Mietvertrages (*in Klammern vom Senat angefügt sind die durch die Nachtragsvereinbarung geänderten Beträge*):

„(1) Die Grundmiete beträgt monatlich DM 18.710,25 (DM 24.005,25) zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer, zur Zeit 15 %:

**DM 21.516,78. (DM 27.606,04)**

Der Betrag der Grundmiete errechnet sich aus einem Preis von 25,- DM/qm zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer.

(2) Der Mieter trägt alle Betriebs- und Nebenkosten zuzüglich der jeweils geltenden Mehrwertsteuer.

(3) Bis zur Abrechnung dieser Kosten zahlt der Mieter eine Betriebs- und Nebenkostenpauschale von 4,50 DM/qm zuzüglich Mehrwertsteuer, welche neben dem Mietzins als monatlicher Abschlag im Voraus zu zahlen ist.“

4 Nachdem die Beklagte ebenso wie ihre Rechtsvorgängerin den der Mehrwertsteuer entsprechenden Betrag zunächst laufend an den Kläger gezahlt hatte, vertrat die Beklagte später die Auffassung, diese Beträge nicht zu schulden, und stellte ihre Zahlungen ab März 2001 in diesem Umfang ein.

5 Nach Abschluss eines neuen, den alten Vertrag ersetzenden Mietvertrages zum 1. September 2003 erhob der Kläger Teilklage auf Zahlung der streitigen Beträge für März und April 2001, die - inzwischen rechtskräftig - als unbegründet abgewiesen wurde.

6 Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger Nachzahlung der allein dem Grunde nach streitigen Beträge für die Monate Mai 2001 bis August 2003 in Höhe von insgesamt 61 635,46 € sowie die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet war, die für Januar 1998 bis Februar 2001 von ihr als Umsatzsteueranteil geleisteten Beträge von insgesamt 79 679,18 € zu zahlen.

7 Das Landgericht Dresden wies die Klage als unzulässig ab, weil die Parteien im Oktober 2003 eine Prozessvereinbarung getroffen hätten, der zufolge die Entscheidung über die Teil-

klage hinsichtlich der streitigen Mehrwertsteuerfrage auch für die übrige Laufzeit des zum 31. August 2003 beendeten Mietvertrages verbindlich und abschließend sein sollte.

8 Das Oberlandesgericht Dresden, das eine solche Prozessvereinbarung verneint, wies die Berufung des Klägers mit der Maßgabe zurück, dass die Klage als unbegründet abgewiesen wird.

9 Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Klägers, mit der er sein Klagebegehren weiterverfolgt.

10 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

11 I. Soweit das Berufungsgericht eine der Zulässigkeit der Klage entgegenstehende Prozessvereinbarung der Parteien verneint, weil diese die Entscheidung über die Teilklage nur für den Fall ihres Erfolges als auch für die übrigen Mietzeiträume verbindlich vereinbart hätten, hält dies der von Amts wegen vorzunehmenden uneingeschränkten rechtlichen Prüfung stand und wird von der Revision als ihr günstig auch nicht angegriffen.

12 Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht auch die Feststellungsklage als zulässig angesehen. Deren Zulässigkeit folgt allerdings nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, aus der gerechtfertigten Erwartung, dass die Beklagte als Körperschaft des öffentlichen Rechts den sich aus der Feststellung ergebenden Zahlungspflichten nachkommen werde. Der Feststellungsantrag betrifft nämlich Beträge, die die Beklagte bereits gezahlt hatte, und ist schon deshalb zulässig, weil mit rechtskräftiger Feststellung eines Rechtsgrundes für diese Zahlungen zugleich feststünde, dass der Beklagten insoweit ein Rückforderungsanspruch aus § 812 BGB, dessen sie sich berührt und mit dem sie bereits die Aufrechnung gegenüber weiteren Mietzinsforderungen des Klägers erklärt hat, nicht zusteht (vgl. Zöller/Greger ZPO 27. Aufl. § 256 Rdn. 7). Dieses Feststellungsinteresse entfällt nicht dadurch, dass der Kläger es hier in Gestalt einer positiv formulierten Feststellungsklage verfolgt, weswegen der Senat deren Streitwert auch mit dem vollen Wert des streitigen Betrages bemessen hat. Darauf, ob auch davon auszugehen ist, dass die Beklagte nach entsprechender Feststellung die weiteren hier nicht streitgegenständlichen Mietzinsforderungen begleichen werde, kommt es nicht an.

13 II. 1. Zutreffend ist der - von beiden Parteien geteilte - Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass die Umsätze des Klägers aus der Vermietung der Büroräume an die Beklagte nach § 4 Nr. 12 a UStG von der Umsatzsteuer befreit waren und der Kläger auch nicht wirksam gemäß § 9 Abs. 1 UStG auf diese Befreiung verzichten konnte. Eine solche Option zur Umsatzsteuer wäre nämlich nur dann möglich gewesen, wenn die Beklagte Unternehmerin gewesen wäre und die Mieträume für unternehmerische Zwecke genutzt hätte. Dies gilt unabhängig davon, ob hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen § 9 Abs. 2 UStG entweder in der seit 1. Januar 1994 geltenden Fassung oder - nach der Übergangsvorschrift des § 27 Abs. 2 Nr. 3 UStG § 9 Abs. 2 UStG - in der bis zum 31. Dezember 1993 geltenden Fassung maßgeblich ist. Eine Nutzung für unternehmerische Zwecke liegt aber, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nach § 2 Abs. 3 Satz 1 UStG nicht vor, wenn - wie hier - ein Träger der gesetzlichen Krankenversicherung als selbstverwaltete Körperschaft des öffentlichen Rechts Büroräume lediglich zu eigenen Verwaltungszwecken nutzt, und zwar auch dann nicht, wenn er hier nach § 10 des Mietvertrages mit Zustimmung des Vermieters zu einer gewerblichen Untervermietung berechtigt gewesen wäre.

14 Richtig ist ferner, dass eine solche Regelung des nationalen Steuerrechts, die das Optionsrecht von der eigenen Umsatzsteuerpflicht des Mieters und seiner Berechtigung zum Vorsteuerabzug abhängig macht, nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Sie ist vielmehr mit Art. 13 Teil B Buchstabe b der Sechsten Richtlinie des Rates vom 17. Mai 1977 (77/388/EWG,

ABl. L 145/77 S. 1) vereinbar, weil dem nationalen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des nach Art. 13 Teil C Buchstabe a der Richtlinie freigestellten Optionsrechts ein weites Ermessen zusteht (vgl. EuGH Rechtssache C-269/03 Slg. 2004, I-8067 ff. = DSIRE 2005, 172 ff. Tz. 21 f.).

15 Mangels Erteilung einer Rechnung mit betragsmäßigem Ausweis der Mehrwertsteuer kommt auch eine Verpflichtung des Klägers zu deren Abführung aus § 14 Abs. 2 UStG a.F. bzw. § 14 c Abs. 1 UStG in der ab 1. Januar 2004 geltenden Fassung nicht in Betracht (vgl. Senatsurteil vom 28. Juli 2004 - XII ZR 292/02 - NJW-RR 2004, 1452, 1453 [= GuT 2004, 159]). Erst recht kann daher aus dieser Vorschrift auch keine Verpflichtung der Beklagten abgeleitet werden, zusätzlich zur vereinbarten Nettomiete „die jeweils gültige Mehrwertsteuer“ zu zahlen, da der Vermieter es sonst in der Hand hätte, eine solche Verpflichtung des Mieters durch Ausstellung unrichtiger Mehrwertsteuerrechnungen herbeizuführen. Auch das greift die Revision nicht an.

16 2. Die gleichwohl getroffene Vereinbarung im Mietvertrag, dass als Grundmiete 25 DM/m<sup>2</sup> zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer zu zahlen ist, geht somit ihrem Wortlaut nach ins Leere, da es keine „gültige Mehrwertsteuer“ für nicht steuerpflichtige Vermietungsumsätze gibt und es auch nicht zur Disposition der Parteien steht, nach dem Gesetz steuerfreie Umsätze durch Vereinbarung steuerpflichtig zu machen (vgl. Senatsurteil vom 28. Juli 2004 - XII ZR 292/02 - NJW-RR 2004, 1452, 1453 [= GuT 2004, 159]).

17 3. Mit Erfolg greift die Revision aber die Auffassung des Berufungsgerichts an, die Klage sei unbegründet, weil sich auch im Wege der (ergänzenden) Auslegung des Vertrages keine Verpflichtung der Beklagten ergebe, Miete in Höhe des Gesamtbetrages zu zahlen, der sich im Falle einer wirksamen Option des Klägers zur Umsatzsteuer aus dem Betrag von 25 DM/m<sup>2</sup> zuzüglich der dann jeweils gültigen Mehrwertsteuer ergäbe.

18 a) Zwar ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Ermittlung des Inhalts und der Bedeutung von Individualvereinbarungen grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Die Auslegung durch den Tatrichter kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf geprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehlern beruht (vgl. BGHZ 150, 32, 37 m.N.).

19 Diese Voraussetzungen liegen hier aber vor.

20 b) Eine von den Parteien irrtümlich getroffene Preisabsprache „zuzüglich Mehrwertsteuer“ wird zwar im Zweifel dahin auszulegen sein, dass eine in Wirklichkeit nicht anfallende Mehrwertsteuer vom Schuldner auch nicht zu zahlen ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juni 1990 - XI ZR 280/89 - ZIP 1990, 1048, 1150).

21 Zumind. denkbar ist aber auch die Auslegung, dass die Parteien den zu zahlenden Mietzins unabhängig von den steuerrechtlichen Gegebenheiten auf den Betrag festlegen wollten, der in der Vertragsklausel

„(1) Die Grundmiete beträgt monatlich DM 18.710,25 (DM 24.005,25) zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer, zur Zeit 15%:

**DM 21.516,78. (DM 27.606,04)**

Der Betrag der Grundmiete errechnet sich aus einem Preis von 25,- DM/qm zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer.“

als Endpreis („Grundmiete“) ausgewiesen und durch Fettdruck hervorgehoben ist, und die Angabe eines „Netto“-Betrages lediglich erläuternden und ergänzenden Charakter in dem Sinne haben sollte, dass die Höhe des Mietzinses bei einer Veränderung des allgemeinen Mehrwertsteuersatzes entsprechend steigen oder fallen soll.

22 Eine solche Auslegung liegt zumindest dann nicht fern, wenn der Mieter sich bei Abschluss des Vertrages bereit erklärt hat, den vom Vermieter verlangten Gesamtpreis zu zahlen, und zwar unabhängig davon, ob er selbst zum Vorsteuerabzug berechtigt ist und welche steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Vermieter wahrnehmen kann oder will, und erst recht, wenn er diesen Preis auch - wie hier - über einen längeren Zeitraum vorbehaltlos zahlt.

23 Insoweit rügt die Revision zu Recht, dass das Berufungsgericht entsprechenden (bestrittenen) Vortrag des Klägers zu den wechselseitig geäußerten Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss zwar zur Kenntnis genommen und in den Entscheidungsgründen auch erwähnt hat, dies aber nicht zum Anlass nimmt, eine vom Wortlaut abweichende Auslegung des Vertrages zu prüfen. Es hätte daher zunächst die vom Kläger angebotenen Beweise (Zeugnis Z. und P.) für dessen im Berufungsrechtszug wiederholte Behauptung erheben müssen, die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe sich in Kenntnis ihrer fehlenden Vorsteuerabzugsberechtigung mit dem vom Kläger geforderten Gesamtpreis einverstanden erklärt, weil sie ihn für angemessen erachtet habe und es ihr gleichgültig gewesen sei, ob der Kläger mit der gewählten Vertragsformulierung sein erklärtes Ziel habe erreichen können, die von ihm auf die Herstellungskosten gezahlte Mehrwertsteuer „zurückzuholen“.

24 c) Stattdessen hat das Berufungsgericht allein die Möglichkeiten einer ergänzenden Vertragsauslegung oder eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht gezogen, beide aber mit der Begründung verneint, aus dem Wortlaut des Vertrages ergebe sich weder eine Regelungslücke, noch sei die einseitige Vorstellung des Klägers über dessen Optionsmöglichkeit zur Umsatzsteuer gemeinsame Geschäftsgrundlage geworden, weil der Kläger ein Aushandeln der Miete unter diesem Gesichtspunkt nicht vorgetragen habe.

25 Dies hält der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Vorrangig vor der Frage ergänzender Vertragsauslegung oder eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage hätte zunächst geprüft werden müssen, ob der Vertrag angesichts der vom Kläger behaupteten Umstände in dessen Sinne auszulegen ist. Erst wenn dies zu verneinen ist, stellt sich die Frage einer ergänzenden Vertragsauslegung und hilfsweise die eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

26 Aber auch dann, wenn die Möglichkeit einfacher Vertragsauslegung hier zu verneinen wäre, hätte eine ergänzende Vertragsauslegung nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung abgelehnt werden dürfen.

27 Wie das Berufungsgericht zutreffend erkennt, kommt eine im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließende Regelungslücke in Betracht, wenn die Parteien die Höhe der Miete unter Berücksichtigung einer als möglich angesehenen Option des Klägers zur Umsatzsteuer und der sich daraus für ihn ergebenden Steuervorteile ausgehandelt haben, so dass nicht lediglich ein einseitiger Kalkulationsirrtum des Klägers vorlag, dessen Folgen dieser allein zu tragen hätte (vgl. Senatsurteil vom 28. Juli 2004 - XII ZR 292/02 - NJW-RR 2004, 1452, 1453 [= GuT 2004, 159]).

28 Entsprechender Vortrag ist zumindest als stillschweigendes Hilfsvorbringen in dem Vortrag des Klägers enthalten; auch insoweit rügt die Revision zu Recht, das Berufungsgericht habe die dafür angebotenen Beweise erheben müssen. Denn wenn die Behauptung des Klägers unbewiesen bliebe, die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe sich in jedem Falle mit der Zahlung der (höheren) Gesamtmiete einverstanden erklärt, wäre jedenfalls seinem weiteren Vortrag nachzugehen, er habe erklärt, im Hinblick auf seine Herstellungskosten auch auf die Zahlung des als Mehrwertsteueranteil bezeichneten Betrages angewiesen zu sein, und die Beklagte habe „die von ihm vorgegebene Mietpreisgestaltung gebilligt“.

29 4. Der Senat ist somit an die Auslegung des Berufungsgerichts nicht gebunden. Er kann jedoch die Auslegung nicht

selbst vornehmen, da sie maßgeblich vom Ergebnis der Beweisaufnahme über die beiderseitigen Vorstellungen und Erklärungen bei Abschluss des Mietvertrages abhängen wird.

30 Die angefochtene Entscheidung ist daher aufzuheben und der Rechtsstreit zur Nachholung dieser Beweisaufnahme an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 536 BGB

**Gewerberaumiete; Bürogebäude; Mangel der vereinbarten Zugangskontrolle zum Gebäude; Mangel der sich verschlechternden Mieterstruktur im Gebäude; Milieuschutz; Arbeitsamt; Agentur für Arbeit als Neumieter; Publikumsverkehr**

**Zur Frage, wann Art und Umfang des Publikumsverkehrs eines gewerblichen Mitmieters (hier Arbeitsgemeinschaft der Bundesagentur für Arbeit und des Landkreises) in einem vor Vertragsschluss als exklusiv angepriesenen Bürohochhaus als Mangel der Mietsache anzusehen sind.**

(BGH, Urteil vom 15. 10. 2008 – XII ZR 1/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger haben von der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit Vertrag vom 18. Dezember 2003 für die Dauer von 10 Jahren Gewerberäume zum Betrieb einer radiologischen Gemeinschaftspraxis im 6. Obergeschoss eines 13-geschossigen Bürohochhauses zu einem monatlichen Mietzins von 7370,13 € gemietet. Sie begehren die Feststellung, seit dem 1. März 2005 nur einen geminderten Mietzins zu schulden.

2 Sie machen geltend, die in der Baubeschreibung (Teil III Nr. 4 des Mietvertrages) vereinbarte Zugangssicherung zum Büroturm durch ein Codekartensystem habe gewährleisten sollen, dass außer den Inhabern von Codekarten nur solche Personen das Gebäude betreten könnten, denen nach entsprechender Meldung über die vor dem Eingang angebrachte Sprechanlage von den jeweiligen Mietern geöffnet werde. Diese Zugangssicherung sei außer Kraft gesetzt worden. Seit Überlassung der anfänglich leerstehenden Obergeschosse 2 bis 4 an die „Hartz-IV-Behörde“ (Arbeitsgemeinschaft der Bundesagentur für Arbeit und des Landkreises Heilbronn, im Folgenden: ARGE) nebst Drogenberatungsstelle und Schuldnerberatung im Januar 2005 stehe - unstreitig - der Eingang zum Büroturm (Drehtür) während der Sprechzeiten der ARGE werktäglich von 8 bis 12 Uhr und an Donnerstagen auch nachmittags ständig offen. Dies führe angesichts des hohen Publikumsaufkommens der ARGE und des Verhaltens eines nicht unbeachtlichen Teils ihres Kundenkreises zu im einzelnen näher dargelegten massiven und dauerhaften Unzuträglichkeiten, die eine Minderung der Miete rechtfertigten.

3 Das Landgericht Heilbronn gab der Klage auf Feststellung, dass die Miete ab 1. März 2005 um 50% gemindert sei, teilweise statt, nämlich in Höhe einer Minderung um 10% ab 1. März 2005 und einer weiteren Minderung dieses geminderten Mietzinses um 5% ab 1. Dezember 2005. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten wies das Oberlandesgericht Stuttgart zurück. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihren Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Klage weiterverfolgt.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision ist zulässig und begründet. Sie führt, soweit die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Heilbronn zurückgewiesen wurde, zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 I. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten auch insoweit zurückgewiesen, als sie die vom Landgericht getroffene Feststellung für die Zeit bis zum 31. Januar 2006 bestraf. Zwar hatten die Kläger im Berufungsrechtszug ihre ursprüngliche Klage erweitert, indem sie für den Zeitraum März 2005 bis Januar 2006 anstelle der bislang auch insoweit be-



gehrten Feststellung beantragt hatten, die Beklagte zur Zahlung von 8870,41 € nebst Zinsen zu verurteilen. Im Umfang dieser Erweiterung wies das Berufungsgericht die Klage als unzulässig zurück, beließ es aber bei der vom Landgericht (auch) für diesen Zeitraum getroffenen Feststellung mit der Begründung, in dem unzulässigen Zahlungsantrag sei der ursprüngliche Feststellungsantrag für diese Zeit als - zulässiges und begründetes Minus - enthalten.

6 Dies begegnet in prozessualer Hinsicht keinen Bedenken und wird von der Revision insoweit auch nicht angegriffen.

7 II. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Mieträume seien seit dem 1. März 2005 mit Mängeln behaftet, die eine Mietminderung um 15 % rechtfertigten, hinter der die vom Landgericht getroffene Feststellung teilweise zurückbleibe.

8 1. Ein erster Mangel bestehe darin, dass der mietvertraglich geschuldete Betrieb einer Zugangskontrolle während der Öffnungszeiten der ARGE nicht gewährleistet sei. Insoweit könne dahinstehen, ob die Beklagte die Kontrollanlage während dieser Zeiten außer Betrieb setze oder deren Kontrollfunktion dadurch vereitere, dass sie während dieser Zeiten die Drehtür im Erdgeschoss öffne und so beliebigen Personen einen unkontrollierten Zugang zum Gebäude ermögliche.

9 Diese Maßnahmen der Beklagten seien weder durch die Hausordnung noch durch ein ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis der Kläger gedeckt. Der Beurteilung als Mangel stehe auch nicht der Umstand entgegen, dass die Beklagte den Eingangsbereich zu den fraglichen Zeiten durch eine als Pförtner oder Sicherheitskraft eingestellte Aufsichtsperson kontrollieren lasse. Damit könne eine vergleichbare Sicherheitslage wie durch eine Zugangskontrollanlage nicht geschaffen werden, weil die Aufsichtsperson das Verhalten der eintretenden Personen jenseits des Eingangsbereiches nicht wahrnehmen könne.

10 2. Einen zweiten Mangel sieht das Berufungsgericht in dem Umstand, dass die Beklagte Räume an die ARGE vermietet habe, deren Besucherverkehr sowohl in quantitativer als auch in „qualitativer“ Hinsicht den konkludenten Abreden bei Abschluss des Mietvertrages widerspreche. Allein schon die nicht fern liegende Möglichkeit von Belästigungen und Gefahren durch diesen Personenkreis rechtfertige eine Minderung. Zudem würden die Kläger im Gebrauch der Mietsache durch Wartezeiten an den Aufzügen sowie eine größere Verschmutzung des Treppenhauses und der übrigen Zugänge, auch zu ihren eigenen Praxisräumen, unmittelbar berührt.

11 Aus dem Mietvertrag einschließlich der Mieterbaubeschreibung gehe nämlich hervor, dass das Hochhaus ausschließlich für Bürozwwecke vermietet werde und der Betrieb einer Zugangskontrolle und einer Türsprechanlage vereinbart sei. Aus der Vereinbarung eines deutlich über dem örtlichen Spitzenpreis für Büroräume und unter Berücksichtigung des von der Rechtsvorgängerin der Beklagten herausgegebenen Exposés ergebe sich zudem die konkludente Abrede, dass die Mieträume auch hinsichtlich ihres unmittelbaren Umfeldes, zu dem insbesondere auch die Mitmieter und deren Besucherverkehr gehörten, eher über dem Durchschnitt liegenden Anforderungen gerecht würden und einem hoch angesiedelten Niveau entsprächen. Deshalb schulde die Beklagte den Klägern die Vermietung der übrigen Flächen nur an solche Mitmieter, deren Besucherverkehr einem Bürobetrieb entspreche, durch die Zugangskontrollanlage in Verbindung mit der Türsprechanlage bewältigt werden könne und in „qualitativer“ Hinsicht zumindest durchschnittlichen Anforderungen gerecht werde. Mit diesen Anforderungen sei eine auf die ARGE entfallende tägliche Besucherzahl von mindestens 280, unter denen sich ein überdurchschnittlicher Anteil von sozial auffällig gewordenen Personen befinde, nicht vereinbar.

12 III. Das hält der revisionsrechtlichen Prüfung und den Angriffen der Revision nicht stand.

13 Die Beurteilung, ob eine Abweichung der Mietsache von der vereinbarten Sollbeschaffenheit den vertragsgemäßen Miet-

gebrauch mehr als nur unwesentlich beeinträchtigt, und welche Minderung des Mietzinses ein solcher Mangel gegebenenfalls rechtfertigt, obliegt zwar in erster Linie dem Tatrichter. Das Revisionsgericht hat jedoch zu prüfen, ob der Tatrichter die Sollbeschaffenheit zutreffend beurteilt hat, den Begriff des Mangels nicht verkennt und auf entsprechende Rüge hin auch, ob seiner Beurteilung verfahrensfehlerfrei getroffene Feststellungen zugrunde liegen.

14 Diesen Anforderungen wird die angefochtene Entscheidung in entscheidenden Punkten nicht gerecht.

15 1. Die getroffenen Feststellungen rechtfertigen noch nicht die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beeinträchtigung der Funktion der Zugangskontrollanlage sei als Mangel der Mietsache anzusehen.

16 a) Soweit diese Anlage gewährleisten soll, dass Inhaber von Codekarten ihre Büroräume auch außerhalb der üblichen Bürostunden jederzeit problemlos aufsuchen oder verlassen können, ist eine Beeinträchtigung dieser Funktion weder festgestellt noch von den Klägern behauptet worden. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch keine Feststellungen zu der Behauptung der Kläger getroffen, dass zur Sicherung der Tiefgarage installierte Rolllor sei nunmehr ständig geöffnet, so dass sich dort auch Unbefugte aufhielten, denn hierfür haben die Kläger keinen Beweis angetreten.

17 Zu beurteilen ist daher allein, ob die Tauglichkeit der Mieträume der Kläger zum vertragsgemäßen Gebrauch mehr als nur unerheblich gemindert ist, seitdem die Drehtür zum Eingangsbereich des Hochhauses während der Öffnungszeiten der ARGE geöffnet ist.

18 b) Zutreffend ist zwar der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass dieser Umstand eine Abweichung von der vertraglich vorgesehenen Sollbeschaffenheit darstellt. Denn nach der Mieterbaubeschreibung, die Bestandteil des Mietvertrages ist, sollte die Zugangskontrolle (nur) solchen Personen den Zutritt zum Gebäude ermöglichen, die entweder über eine Codekarte verfügen oder denen die Tür nach Anmeldung über die Sprechanlage vom jeweiligen Mieter mittels des elektrischen Türöffners geöffnet wurde. Dies bedeutet zugleich, dass die Eingangstür im Übrigen regelmäßig geschlossen blieb und die Mieter jeweils selbst entscheiden konnten, wem sie Einlass gewährten und wem nicht.

19 c) Das Berufungsgericht hat aber keine hinreichenden Feststellungen zu den konkreten tatsächlichen Auswirkungen der geänderten Handhabung auf den Mietgebrauch der Kläger getroffen. Damit fehlt es auch an einer tragfähigen Grundlage für die tatrichterliche Beurteilung, ob eine Minderung der Tauglichkeit der Mietsache die Erheblichkeitsschwelle des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB überschreitet.

20 Zwar trägt die Beklagte und Revisionsklägerin die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, die eine Beeinträchtigung des Mietgebrauchs der Kläger als unerheblich erscheinen lassen (vgl. Emmerich in Emmerich/Sonnenschein Miet 9. Aufl. § 536 Rdn. 18 m.N.). Dem ist sie jedoch nachgekommen. Sie hat behauptet und unter Beweis gestellt, der - unstreitige - Einsatz einer Aufsichtsperson im Eingangsbereich habe dazu geführt, dass sich die Sicherheitslage jedenfalls nicht verschlechtert habe; auch habe der Publikumsverkehr der ARGE bislang nicht zu Unzutraglichkeiten geführt, insbesondere nicht in den Bereichen des Gebäudes, die von den Klägern, ihren Mitarbeitern oder ihren Patienten mitbenutzt würden.

21 Das Berufungsgericht hat sich hingegen darauf beschränkt, die abstrakte Gefahr des Eindringens Unbefugter zu bejahen und daraus auf einen Mangel der Mietsache zu schließen, der eine Minderung rechtfertige. Insoweit hat es den einmaligen Vorfall der Beschädigung eines Aufzugspiegels als exemplarischen Beleg für eine tatsächliche Verschlechterung der Sicherheitslage herangezogen. Dies hält den Angriffen der Revision und der rechtlichen Prüfung nicht stand.

22 Es ist bereits nicht ersichtlich, dass die Veränderung der Zugangskontrolle für die Beschädigung des Aufzugspiegels ursächlich war. Es ist weder festgestellt, dass der Täter, der unstreitig ein Besucher der ARGE war, das Gebäude unbefugt betreten hatte und bei Anmeldung über die Türsprechanlage abgewiesen worden wäre, noch dass die Sachbeschädigung hätte vermieden werden können, wenn die ARGE ihn wegen eines Anliegens eingelassen und somit von seiner Anwesenheit im Gebäude Kenntnis gehabt hätte. Jedenfalls ist in dieser Sachbeschädigung noch keine unmittelbare Beeinträchtigung des Mietgebrauchs der Kläger zu sehen; weder war die Funktion des Aufzuges beeinträchtigt, noch haben die Kläger vorgetragen, dass das negative Erscheinungsbild des Aufzuges erst nach unangemessen langer Zeit durch eine Reparatur beseitigt worden sei. Auch rechtfertigt ein einmalig gebliebener Vorfall dieser Art noch nicht den Schluss auf eine allgemeine, einen Mitmieter beeinträchtigende Gefahrenlage, etwa in Gestalt einer gestiegenen Zahl von Personen, die sich unbefugt im Gebäude aufhalten.

23 Es wäre daher erforderlich gewesen, nähere Feststellungen zu Art, Intensität und Effizienz der von der Aufsichtsperson im Eingangsbereich ausgeübten Zutrittskontrolle zu treffen, wozu auch eine Ortsbesichtigung zu den Öffnungszeiten der ARGE hätte beitragen können, um diese Feststellungen sodann mit der hypothetischen Situation zu vergleichen, die bestünde, wenn es bei Vollvermietung der jetzt von der ARGE genutzten Geschosse bei dem bisher gehandhabten Einlass mittels Türsprechanlage verblieben wäre. Insoweit hätte auch die bisherige oder zu erwartende Intensität dieser Zugangskontrolle in Betracht gezogen werden müssen, namentlich die Frage, ob sämtliche Mieter über die Türsprechanlage den Namen des Besuchers zu erfragen, eine entsprechende Terminvereinbarung zu überprüfen oder Maßnahmen zu ergreifen pflegen, wenn ein Besucher nicht innerhalb angemessener Zeit nach Einlass bei ihnen vorstellig wird.

24 Die Zurückverweisung wird dem Berufungsgericht Gelegenheit geben, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen.

25 2. Ferner verkennt das Berufungsgericht den Begriff des Mangels, wenn es einen solchen bereits abstrakt in der Vermietung von Räumen an die ARGE sieht.

26 a) Ohne besondere Absprachen kann aus der bloßen Vereinbarung einer deutlich über den örtlichen Spitzenpreisen liegenden Miete, auch vor dem Hintergrund eines das „einmalige Ambiente“ und die „angenehme Atmosphäre“ hervorhebenden Exposés, noch keine Verpflichtung des Vermieters abgeleitet werden, einen bestimmten „Mietermix“ oder ein bestimmtes „Milieuniveau“ zu bewahren. Dies gilt auch, soweit das Berufungsgericht demgegenüber aus der Miethöhe die konkludente Abrede herleitet, dass das Umfeld, namentlich die Mitmieter und deren Besucherverkehr, zumindest „eher über dem Durchschnitt liegenden Anforderungen“ gerecht werden müsse. Dieser Begriff ist bereits so unbestimmt und einer Subsumtion so wenig zugänglich, dass die Miethöhe allein kein hinreichendes Indiz für einen dahingehenden Rechtsbindungswillen der Parteien darstellt.

27 Die Kläger haben daher keinen Anspruch darauf, dass sich im Umfeld ihrer Mieträume nur Kunden oder Besucher anderer Mieter einfinden, die einer „gehobenen“ Bevölkerungsschicht angehören oder sich durch ein angenehmes Erscheinungsbild und Verhalten auszeichnen. Gehören zu den Bestandsmietern - wie hier - Anwälte und Ärzte, ohne dass Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass diese infolge ihrer Spezialisierung bzw. mangels Kassenzulassung sämtlich nur einen exklusiven Mandanten- oder Patientenstamm betreuen, ist ohnehin damit zu rechnen, dass das Gebäude von Angehörigen aller Bevölkerungskreise aufgesucht wird.

28 b) Hinsichtlich der „qualitativen“ Anforderungen des Berufungsgerichts an einen mit dem Mietgebrauch zu vereinbarenden Besucherverkehr sind aber auch die bislang getroffenen

tatsächlichen Feststellungen nicht geeignet, einen durch den Besucherkreis der ARGE bedingten Mangel der Mietsache zu begründen.

29 Es kann dahinstehen, ob die Auffassung des Berufungsgerichts zutrifft, unter den Besuchern der ARGE einschließlich der von ihr für ihre Kunden betriebenen Schuldner- und Suchtberatung befinde sich ein überdurchschnittlich hoher Anteil sozial auffällig gewordener Personen. Gleiches mag auf Mandanten eines Strafverteidigers, Klienten eines Bewährungshelfers und Patienten eines Psychiaters zutreffen, kann aber für sich allein die Annahme eines Mangels noch nicht rechtfertigen. Dies setzt vielmehr voraus, dass der vertragsgemäße Mietgebrauch hierdurch konkret beeinträchtigt wird. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn einzelne Mieter, deren Mitarbeiter oder Kunden sich allein wegen der Vorstellung, mit einem solchen Personenkreis konfrontiert werden zu können, in ihrem Wohlbefinden beeinträchtigt fühlen. Erst wenn wiederholt konkrete Anlässe oder Gefahrensituationen auftreten, die dem Besucher- oder Kundenkreis eines anderen Mieters zuzuordnen sind, kommt dieser Umfeldeinfluss als mietrechtlich relevanter Mangel in Betracht.

30 Die einmalige, unbestritten einem ARGE-Besucher zuzurechnende Beschädigung des Spiegels und der Wandverkleidung des Aufzuges erfüllt diese Voraussetzung auch dann noch nicht, wenn sie mutwillig war. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts reicht hierfür auch nicht der weitere Umstand aus, dass die ARGE zum Schutz ihrer Bediensteten auf den Fluren vor ihren Mieträumen einen Sicherheitsdienst patrouillieren lässt, der nach der Aussage des Zeugen F. gelegentlich auch schon eingreifen musste. Es ist nämlich weder festgestellt, dass die Anwesenheit des Sicherheitsdienstes nicht ausreiche, die Gefahr derartiger Vorfälle, die sich dort - offenbar in räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit den vorgetragenen Anliegen - zutragen, rechtzeitig zu unterbinden, noch dass solche Gefahrensituationen und Vorfälle von Mitarbeitern oder Patienten der Kläger wahrgenommen werden und sich auf ihr Verhalten oder die dortigen Praxisräume auswirken. Dem Vortrag der Kläger ist jedenfalls nicht zu entnehmen, dass es auch in der Nähe ihrer Praxisräume oder auf dem Weg dorthin zu bedrohlichen Situationen gekommen ist.

31 Soweit die Kläger geltend machen, ihre Patienten fühlten sich bereits durch den Anblick einer Aufsichtsperson im Eingangsbereich eher verunsichert oder abgeschreckt, weil dies zugleich die Vermutung einer problematischen Gefahrenlage nahe lege, haben sie hierfür weder Beweis angetreten noch dargelegt, dass etwa Patienten oder potentielle Patienten deswegen davon Abstand genommen hätten, die Praxis der Kläger aufzusuchen.

32 c) Mit Erfolg greift die Revision auch die Feststellung des Berufungsgerichts an, aus der Aussage des Zeugen F. ergebe sich, dass der Besucherverkehr der ARGE zu einer größeren Verschmutzung des Treppenhauses und der übrigen Zugänge führe, die bis zur nächsten Reinigung andauere. Der Zeuge F. hat ausweislich der Vernehmungsniederschrift lediglich bekundet, ihm sei abends schon das eine oder andere Mal aufgefallen, dass irgendetwas auf dem Boden liege; morgens sei der Eingangsbereich aber wieder sauber. Es bedarf keiner Erörterung, dass dies noch keinen erheblichen Mangel darstellt. Auch die Niederschrift der vom Landgericht um 16 Uhr durchgeführten Ortsbesichtigung erwähnt keine Verschmutzungen. Auch soweit das Landgericht stärkere Verschmutzungen als durch vorgelegte Fotos teilweise bewiesen angesehen hat, ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass es darin angesichts regelmäßiger zeitnaher Reinigung keinen Mangel im Sinne des § 536 BGB gesehen hat.

33 3. Auch in der Vielzahl oder dem Verhalten der Kunden und Besucher eines Mitmieters ist ein den vertragsgemäßen Gebrauch der Mieträume mehr als nur unwesentlich beeinträchti-

gender Mangel erst dann zu sehen, wenn sich daraus Unzuverlässigkeiten oder Belästigungen ergeben, die sich konkret auf den Mieter und seinen Betrieb auswirken.

34 Unter einem Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können. So können bestimmte äußere Einflüsse oder Umstände - etwa die Behinderung des Zugangs zu einem gemieteten Geschäftslokal - einen Fehler des Mietobjekts begründen. Erforderlich ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind (Senatsurteile vom 21. September 2006 - XII ZR 66/03 - NJW 2006, 899, 900 [= GuT 2006, 19] und vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714, 1715 [= WuM 2000, 593] m.N.).

35 Hierfür reichen die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aus.

36 a) Das Berufungsgericht lässt dahinstehen, ob die ARGE täglich von 280 oder 500 Personen aufgesucht wird; revisionsrechtlich ist daher zugunsten der Beklagten von einer täglichen Besucherzahl von 280 auszugehen.

37 Ob diese Zahl angesichts der von dem Zeugen F. genannten Zahl von 109 Mitarbeitern der ARGE und einer von dieser im zweiten bis vierten Stockwerk genutzten Mietfläche von rund 2350 m<sup>2</sup> den anteiligen Publikumsverkehr, der in einem derartigen Bürohochhaus zu erwarten und von den Mitmietern zu tolerieren ist, quantitativ deutlich überschreitet und die Nutzung der Räume der ARGE deshalb derjenigen einer Schalterhalle einer Bank oder des Bürgeramtes einer Gemeindeverwaltung gleichkommt, entzieht sich einer eigenen Beurteilung des Senats. Auch das Berufungsgericht führt keine Vergleichszahlen an, auf die es - gegebenenfalls aufgrund eigenen Sachverständes - eine solche Beurteilung hätte stützen können.

38 Vielmehr hätte es auch insoweit weiterer Feststellungen bedurft. Ohne Belang ist nämlich die Zahl der Kunden der ARGE, die sich gleichzeitig in den Räumen der ARGE aufhalten und während dieser Zeit nach außen nicht in Erscheinung treten. Für die von einem Mitmieter wahrzunehmende Belastung des Gebäudes mit Publikumsverkehr der ARGE kommt es allein auf die Zahl derer an, die sich zu gleicher Zeit in den allgemein zugänglichen Bereichen des Gebäudes aufhalten, weil sie sich auf dem Weg zur ARGE oder zurück befinden oder gegebenenfalls Wartezeiten auf den Fluren und nicht in den Räumen der ARGE selbst verbringen.

39 Diese Zahl bedarf sodann der Gegenüberstellung mit der korrespondierenden Größenordnung des Publikumsverkehrs, die zu erwarten wäre, wenn die Räumlichkeiten der ARGE von anderen Mietern - beispielsweise als freiberufliche Praxen - genutzt würden (und nicht etwa dem Publikumsverkehr, der während des Leerstandes der nun von der ARGE genutzten Stockwerke vorhanden war).

40 b) Mit Erfolg greift die Revision auch die Beurteilung des Berufungsgerichts an, diese Besucherzahl berühre die Kläger unmittelbar, weil sie die Leichtigkeit des Zugangs zu ihren Praxisräumen beeinträchtigt.

41 Den getroffenen Feststellungen ist jedenfalls nicht zu entnehmen, dass sich etwa im Eingangsbereich, im Treppenhaus oder gar im Zugangsbereich zu den Praxisräumen der Kläger im 6. Stock Schlangen wartender ARGE-Besucher aufhielten, an denen vorbei sich die Kläger, ihre Angestellten oder ihre Patienten einen Weg bahnen müssten. Vielmehr stellt das Berufungsgericht insoweit allein auf längere Wartezeiten an den Aufzügen ab, mit denen ohne diesen Besucherverkehr nicht zu rechnen sei. Insoweit lässt das Berufungsgericht dahinstehen, ob es

sich um Wartezeiten von zwei Minuten handelt, wie der Zeuge F. bekundet habe, oder von bis zu 15 Minuten, wie die Kläger behaupten. Der Zeuge F. (Geschäftsführer bei der Bundesanstalt für Arbeit) hat indes lediglich bekundet, ihm seien größere Menschenansammlungen vor den Aufzügen oder längere Wartezeiten bislang nicht aufgefallen; es komme aber durchaus vor, dass sich dort vier bis fünf Personen gleichzeitig ansammelten. Er selbst habe maximal 2 Minuten Wartezeit erlebt. Revisionsrechtlich ist daher lediglich von gelegentlich auftretenden Wartezeiten von bis zu zwei Minuten auszugehen.

42 Hier fehlt es wiederum an einer tatrichterlichen Würdigung solcher Wartezeiten im Hinblick darauf, ob diese in einem 13-geschossigen Bürohochhaus eine mehr als nur unerhebliche Beeinträchtigung des Zugangs darstellen. Diese Würdigung kann jedenfalls nicht durch die Erwägung ersetzt werden, ohne eine Vermietung an die ARGE hätte es keine Wartezeiten gegeben. Auch hier bedarf es eines Vergleichs mit den Wartezeiten, mit denen in diesem Gebäude bei einer Vollvermietung von Büro- und Praxisräumen typischerweise zu rechnen wäre.

43 IV. Mit der gegebenen Begründung kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da die Kläger weitergehende Beeinträchtigungen durch den Publikumsverkehr der ARGE behauptet und unter Beweis gestellt haben, ohne dass das Berufungsgericht die angebotenen Beweise erhoben hätte. Dies wird nachzuholen sein, da nicht auszuschließen ist, dass sich als Ergebnis der weiteren Beweisaufnahme in der Gesamtwürdigung eine konkrete Beeinträchtigung des Mietgebrauchs der Kläger ergibt, die auch nach den vorstehend dargelegten Maßstäben eine Minderung rechtfertigt.

44 Ferner wird das Berufungsgericht auch den Beweisangeboten der Kläger für ihre Behauptung nachzugehen haben, die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe ihnen im Rahmen der Vertragsverhandlungen versichert, sie werde lediglich an „ausgewählte, besonders exklusive Mieter“ vermieten, bei der Auswahl „strengste Maßstäbe anlegen und darauf achten, dass es keine Mieter mit nennenswertem Publikumsverkehr“ gebe, weshalb beispielsweise die Vermietung des Dachgeschosses zum Betriebe eines Dachrestaurants nicht in Betracht komme, obwohl die Räume sich angesichts der dortigen Rundumsicht hervorragend dafür eignen würden. Je nach dem Ergebnis dieser Beweisaufnahme kann sich nämlich eine andere vertraglich vereinbarte Sollbeschaffenheit des Mietobjekts herausstellen, als sie ohne derartige Absprachen zugrunde zu legen ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Vgl. ebenso in einer Parallelsache (Mieträume im 7. Obergeschoss zum Betrieb einer Wirtschaftsprüfer- und Steuerberaterkanzlei) BGH, Urteil vom 15. 10. 2008 - XII ZR 2/07. In einer weiteren Parallelsache (Büroräume im 9. Obergeschoss) vgl. das Urteil des Berufungsgerichts OLG Stuttgart vom 21. 12. 2006 - 13 U 51/06 - in GuT 2007, 22.

**§§ 541, 535 BGB; §§ 935, 940 ZPO**  
**Gewerberaumiete; Lebensmittel-Verbrauchermarkt;**  
**Sortiment; vertragsgemäßer Gebrauch;**  
**Bank-Geldautomat; Unterlassungsverfügung**

**1. Besteht der Mietzweck im „Betrieb eines Lebensmittelverbrauchermarktes mit den für diese Betriebsform üblichen Sortimenten, auch mit den üblichen Non-Food-Artikeln“, so fällt der Betrieb eines Geldautomaten nicht darunter.**

**2. Gestatten der Mieter und der Untermieter trotz Abmahnung des Vermieters die Fortsetzung des Betriebs des Bank-Geldautomaten, so kann für den Vermieter eine entsprechende Unterlassungsverfügung ergehen, wenn er den Eintritt erheblicher Schäden glaubhaft gemacht hat.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. 12. 2007 - I-24 U 185/07)

**Aus den Gründen:** Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das Urteil des Landgerichts [Duisburg] ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen.

Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Die Berufungsbegründung rechtfertigt keine für die Verfügungsbeklagte günstigere Beurteilung.

I. Der Senat hat hierzu in seinem Hinweisbeschluss vom 12. 11. 2007 ausgeführt:

Zu Recht hat das Landgericht dem Antrag auf Erlass der von der Verfügungsklägerin begehrten einstweiligen Verfügung stattgegeben (§§ 935, 940 ZPO). Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine abweichende Entscheidung. Der Verfügungsklägerin steht gegen die Verfügungsbeklagte aus dem Mietvertrag der Parteien vom 25./29. April 2005 über die Räume des Verbrauchermarkts in O., ein Anspruch auf Unterlassung des Betriebs eines Geldautomaten zu. Auch fehlt es der Verfügungsklägerin nicht an einem Verfügungsgrund.

1. Nach § 541 BGB ist der Mieter verpflichtet, den vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache nach Abmahnung des Vermieters zu unterlassen. Die Fortsetzung des vertragswidrigen Gebrauchs berechtigt den Vermieter, auf Unterlassung zu klagen. Was jeweils im Einzelnen zur vertragsgemäßen Nutzung des Mieters gehört, richtet sich in erster Linie nach den Abreden der Parteien. Maßgebend sind bei deren – auch ergänzender – Auslegung die gesamten Umstände des Mietverhältnisses, insbesondere die Mietsache in ihrer Eigenart und deren beabsichtigte Nutzung sowie die Verkehrssitte unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben (BGH NJW-RR 2007, 1243-1245 [= WuM 2007, 381] zur Wohnraummiete; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 535 Rdnr. 35).

a) Wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, gebraucht die Verfügungsbeklagte die Mietsache unter Verletzung des Mietvertrages der Parteien. Zwar nutzt die Verfügungsbeklagte die gemieteten Gewerberäume nicht selbst, weil sie diese auf Grund eines Untermietvertrages der Firma F. Z. (Untermieterin) überlassen hat. Die Verfügungsbeklagte gestattet oder duldet zumindest, dass die Untermieterin einen Geldautomaten im Eingangsbereich ihres Verbrauchermarkts durch die E. betreibt. Darin liegt eine eigene Vertragsverletzung. Im übrigen haftet sie auch für das Verhalten der Untermieterin; denn der Mieter hat grundsätzlich dafür einzustehen, dass der Dritte, dem er den Gebrauch des Mietobjekts überlässt, dieses nur in den durch den Hauptmietvertrag gezogenen Grenzen nutzt (vgl. BGH ZMR 2000, 596 [= WuM 2000, 419]; Bub/Treier/Kraemer Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., IIIA Rdn. 1029).

Nach dem eindeutigen Wortlaut des Mietvertrages (§ 1) der Parteien besteht der Mietzweck im „Betrieb eines Lebensmittelverbrauchermarktes mit den für diese Betriebsform üblichen Sortimenten, auch mit den üblichen Non-Food-Artikeln“. Darunter fällt der Betrieb eines Geldautomaten nicht. Es handelt sich selbstverständlich nicht um einen Teil des Lebensmittel-sortiments. Auch zählen die mit dem Bankautomaten möglichen Geldgeschäfte nicht zu den „Non-Food-Artikeln“. Darunter fallen nur nicht zum Verzehr bestimmte Waren, die der Verbraucher für seinen Haushaltsbedarf benötigt. Zu Recht hat das Landgericht dazu Reinigungs- und Drogerieartikel, aber auch Küchenzubehör und Schreibwaren gezählt, wobei diese Aufzählung nur beispielhaft sein kann.

Demgegenüber handelt es sich bei den mit dem Geldautomaten ermöglichten Geschäften auch bei weitgehender, den Interessen der Verfügungsbeklagten gerecht werdender Auslegung nicht um den Vertrieb von Waren. Vielmehr dient der Bankautomat der Geldbeschaffung durch ein Kreditgeschäft, das der Inhaber einer den Zugang zu dem Automaten erlaubenden Kreditkarte mit dem betreibenden Bankinstitut eingeht. Dieses Geschäft ist zudem nicht notwendig mit einem Einkauf der Kunden am Markt der Verfügungsbeklagten verbunden. Vielmehr kann sich jedermann, der die Zugangsvoraussetzungen erfüllt, mit Geldmitteln versorgen, ohne anschließend einen Einkauf zu tätigen. Ihren Kundenwünschen kann die Verfügungsbeklagte

auch ohne einen Bankautomaten entsprechen, indem sie ihnen an der Kasse des Verbrauchermarktes die Bezahlung mit Kredit- oder sonstigen Bankkarten ermöglicht.

Ob inzwischen die Aufstellung von Geldautomaten im Eingangsbereich von Verbrauchermärkten üblich ist, kann auf sich beruhen. Zum einen können dem nämlich entsprechende Mietverträge zu Grunde liegen. Zum anderen kann der vom Vermieter zugelassene oder auch nur geduldete Betrieb derartiger Geldautomaten schlicht seine Ursache darin haben, dass in näherer Umgebung des betroffenen Marktes ein Geldinstitut nicht existiert. Das ist hier gerade nicht der Fall. Denn im selben Einkaufszentrum ist eine Sparkassenfiliale vorhanden, von der ein Geldautomat bereitgestellt wird.

b) Einen abweichenden Mietzweck haben die Parteien auch nicht mündlich neben dem schriftlichen Mietvertrag vereinbart. Abgesehen davon, dass dagegen die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der umfangreichen Mietvertragsurkunde spricht, hat das Landgericht überzeugend das Ergebnis der Beweisaufnahme gegen die Verfügungsbeklagte gewertet. Im übrigen hat die Verfügungsbeklagte auch im zweiten Rechtszug nicht glaubhaft gemacht, dass die Verfügungsklägerin in Abweichung vom schriftlichen Mietvertrag bei wöchentlichen Bauplanungsgesprächen den Einbau eines Geldautomaten gestattet hat. Insbesondere sind die angeblichen Zusagen zeitlich so unbestimmt, dass nicht festgestellt werden kann, ob der schriftliche Vertrag vorher oder nachher geschlossen worden ist. Hinzu kommt, dass im Nachtrag Nr. 1 vom 6./14. Juni 2006 ein Hinweis auf den Geldautomaten wiederum nicht enthalten, dafür aber die Bezugnahme auf die Baubeschreibung des Verbrauchermarktes L.-Str. entfallen ist.

c) Gibt der Mietzweck somit für das Betreiben von Bankgeschäften durch die Verfügungsbeklagte oder Dritte nichts her, so bedurfte es auch nicht der Vereinbarung einer Konkurrenzschutzklausel (vgl. § 11 Abs. 3 Mietvertrag), wie sie die Verfügungsklägerin mit der Stadtparkasse O. vereinbart hat. Ebenso wenig wie diesem Kreditinstitut nach dem mit ihm vereinbarten Mietzweck ein Konkurrenzverbot hinsichtlich des Betriebs eines Verbrauchermarktes aufzuerlegen war, gilt dies für den Betrieb von Bankgeschäften für die Verfügungsbeklagte.

d) Die erforderliche Abmahnung hat die Verfügungsklägerin der Verfügungsbeklagten mit Schreiben vom 24. Mai 2007 übersandt und auf Beseitigung des Geldautomaten gedrängt. Darin steckt auch das Unterlassungsbegehren, das Gegenstand dieses Rechtsstreits ist.

2. Zu Recht hat das Landgericht auch einen Verfügungsgrund angenommen. Zwar birgt die hier erlassene Leistungsverfügung stets die Gefahr der Vorwegnahme der Hauptsache in sich. Ist aber unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die begehrte Unterlassung zur Vermeidung größerer Schäden der Vermieterin geboten, steht auch einer Leistungsverfügung nichts im Wege. Im vorliegenden Fall hat die Stadtparkasse O. der Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 24. Mai 2007 Schadensersatzforderungen angedroht, und zwar im Hinblick auf den ihr zugesagten Konkurrenzschutz. Auch ist eine Minderung der Bankfilialenmiete möglich. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist der Verfügungsbeklagten demgegenüber unschwer möglich, den Betrieb des Geldautomaten bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu unterlassen.

II. Der Schriftsatz der Verfügungsbeklagten vom 20. November 2007 gibt zu einer abweichenden Beurteilung keine Veranlassung.

Eine vom schriftlichen Mietvertrag abweichende Vereinbarung der Parteien ist immer noch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. [wird ausgeführt]

III. Die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO liegen ebenfalls vor, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und eine Entscheidung des Berufungsgerichts im Urteilsverfahren auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich ist (§ 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO).

Mitgeteilt von VRIOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 535, 543, 542 BGB; § 114 ZPO**  
**Gewerbliches Mietrecht; Krankheit des Mieters;**  
**Sonderkündigungsrecht; Risikosphäre;**  
**Untervermietungsrecht; Nachmietergestellung**

**Eine schwere Krankheit des Mieters rechtfertigt nicht die Kündigung des Mietvertrages (Bestätigung von Senat MDR 2001, 83 [= WuM 2002, 94]).**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. 7. 2008 – I-24 W 53/08)

**Aus den Gründen:** I. Die gemäß §§ 127 Abs. 2 S. 2, 1. Alt., 567 Abs. 1 Nr. 1, 569 ZPO an sich statthafte und auch im Übrigen zulässige (sofortige) Beschwerde ist in der Sache unbegründet. Das Landgericht [Duisburg] hat dem Kläger zu Recht die beantragte Prozesskostenhilfe mangels hinreichender Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung verweigert, § 114 ZPO. Das bis zum 28. Februar 2009 befristete Mietvertragsverhältnis ist durch die fristlose Kündigung des Klägers (Mieter) vom 25. September 2007 nicht beendet worden, so dass der auf Feststellung der Vertragsbeendigung mit Ablauf des 29. September 2007 gerichtete Antrag ebenso unbegründet ist, wie der gegen den Beklagten (Vermieter) gerichtete Antrag auf Teilrückzahlung der Barkaution (8.000 EUR nebst Zinsen und Kosten).

1. Die behauptete schwere Krebserkrankung des Klägers rechtfertigt entgegen seiner Ansicht keine Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grunde. Hat, wie im Streitfall, der Vermieter die Vertragspflichten, die er gegenüber dem Mieter zu beobachten hat, unstreitig nicht verletzt, kann ein befristeter Mietvertrag allenfalls dann ausnahmsweise vorzeitig gekündigt werden, wenn sonstige wichtige Gründe aus dem Interessensbereich des Mieters vorliegen, die nicht in dessen Risikosphäre fallen (Senat MDR 2001, 83 = ZMR 2001, 106 = NZM 2001, 669 = WuM 2002, 94; Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 543 Rn 8 m. w. N.). Das trifft für den Fall der Erkrankung des Mieters aber nicht zu. Nach § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB trägt nämlich der Mieter das persönliche Verwendungsrisiko, und zwar gleichgültig, aus welchem Grunde er für langfristige angemietete Räume keine Verwendung mehr hat (Senat aaO und GuT 2006, 25 = OLGR Düsseldorf 2006, 103). Zu dem vom Mieter zu tragenden Risiko gehört deshalb auch der Erhalt seiner Gesundheit; selbst sein Tod fällt in seinen Risikobereich, beendet also das Mietverhältnis nicht, sondern lässt es auf die Erben übergehen, §§ 542 Abs. 2, 1922, 1967 Abs. 2, Halbs. 1 BGB (vgl. Senat MDR 2001, 83; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 537 Rn 4 m.w.N.). Schließlich gilt auch die den Erben des Wohnungsmieters privilegierende Ausnahmebestimmung des § 564 Satz 2 BGB (außerordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist, aber nicht fristlos (!)) mangels Verweisung (vgl. § 578 Abs. 2 Satz 1 BGB) nicht im gewerblichen Mietrecht.

2. Diese gesetzliche Risikozuweisung kann entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht mit allgemeinen Erwägungen unter Verweis auf die Grundsätze von Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) überspielt werden.

a) Der Kläger übersieht, dass das ihm gesetzlich zugewiesene Risiko durch die gesetzlich (§ 540 Abs. 1 Satz BGB) und vertraglich (§ 10 Nr. 2 Satz 1 Mietvertrag) eingeräumte Möglichkeit zur Untervermietung deutlich reduziert ist (vgl. BGHZ 130, 50 = BGH NJW 1995, 2034, 2035 [= WuM 1995, 481]; Senat GuT 2006, 25 = OLGR Düsseldorf 2006, 103). Zwar ist die Untervermietung von der Zustimmung des Vermieters abhängig; wird diese aber ohne wichtigen Grund verweigert, hat der Mieter das Recht, den Mietvertrag gemäß § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB außerordentlich mit gesetzlicher Frist (nicht fristlos (!)) zu kündigen. Das beim Mieter verbleibende und im Streitfall verwirklichte Risiko, keinen geeigneten Untermieter zu finden, ist nicht unangemessen und rechtfertigt weder die Anpassung der Vertragsbedingungen noch eine außerordentliche Kündigung (Senat, aaO m. w. N.).

b) Keiner weiteren Erörterung bedarf im Streitfall die Frage, ob und unter welchen Umständen der Vermieter im Einzelfall gemäß § 242 BGB die Rechte aus dem Mietvertrag verliert, wenn der Mieter zwar keinen Untermieter, wohl aber einen solventen Mietsnachfolger präsentiert, der bereit ist, mit dem Vermieter unmittelbar zu kontrahieren (vgl. dazu OLG Naumburg WuM 2002, 537 = OLGR Naumburg 2002, 529). Einen abschlussbereiten Mietsnachfolger hat der Kläger nicht beigebracht.

c) Der Kläger ist schließlich aber auch deshalb nicht schutzwürdig, weil er das ihm auf die (unberechtigte) fristlose Kündigung unterbreitete Angebot, das Mietverhältnis mit Ablauf des 29. Februar 2008 einvernehmlich aufzuheben, aus eigensüchtigen Motiven (sofortige Beendigung des Vertrags und Rückzahlung der Kaution) und damit grundlos ausgeschlagen hat.

II. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, § 127 Abs. 4 ZPO.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 581, 550, 311b, 125, 139 BGB**  
**Schriftform des Pachtvertrags über ein Apart-Hotel;**  
**Abgrenzung zu anderen Grundstücksnutzern;**  
**Tiefgaragenstellplätze; Inventar; Kaufoption;**  
**Salvatorische Klausel**

**Ein Grundrissplan und ein Inventarverzeichnis zum bereits geschlossenen Pachtvertrag über ein Apart-Hotel, die der bloßen Veranschaulichung und Beweis Zwecken dienen, sind keine Essentialia der Schriftform des Pachtvertrags.**

**Zur salvatorischen Erhaltungsklausel im Pachtvertrag mit nicht notariell beurkundeter Kaufoption.**

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Versäumnisurteil vom 17. 12. 2008 – XII ZR 57/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt die Übergabe eines von der Beklagten gemieteten Hotels sowie die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den aus der verspäteten Übergabe entstandenen Schaden zu ersetzen.

2 Mit schriftlichem Vertrag vom 9. September 2004 mietete die Klägerin von der Beklagten ab 15. Januar 2005 für die Dauer von 15 Jahren das Aparthotel R. in B. Ziffer 1.1 des Mietvertrages lautet:

„Gegenstand des Mietvertrages ist das Aparthotel R., P. Straße ..., B. Vermietet wird das gesamte Objekt wie von den Parteien besichtigt (mit Ausnahme der Gewerberäume im EG/1. OG (B. B., Bäckerei, Buchhandlung sowie T-Sendeanlagen und Büros Nr. 1.04 und 1.07 1. OG). Mitvermietet wird die gesamte Inventarisierung gemäß Anlage. Die Anlage ist Bestandteil des Mietvertrages. 18 TG-Plätze, mit Ausnahme von 6 Plätzen für die Gewerbemiete.“

3 Gemäß Ziff. 15 des Mietvertrages wurde der Klägerin eine Kaufoption für das gesamte „Objekt-Gebäude einschließlich Einrichtung“ eingeräumt. Der Bestand des Vertrages sollte gemäß Ziff. 16.5 des Vertrages nicht durch die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen berührt werden. Bestandteil des Vertrages sollten gemäß Ziff. 16.6 u. a. die Anlagen Grundrissplan mit Ausstattungs- und Einrichtungsbeschreibung, Inventar-Verzeichnis sein. Daneben ist jeweils handschriftlich vermerkt: „folgt“.

4 Mit Schreiben vom 3. Januar 2005 erklärte die Beklagte die Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung und kündigte mit Schreiben vom 13. Januar 2005 den Mietvertrag hilfsweise aus wichtigem Grund. Sie verweigerte die Übergabe des Mietobjekts.

5 Das Landgericht Berlin hat der Klage bis auf die ebenfalls herausverlangten, nicht mitvermieteten sechs Tiefgaragenplätze für die anderen Gewerberaummieter stattgegeben. Das Be-

rufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten das Urteil dahin abgeändert, dass es dem Feststellungsantrag für die Zeit vom 15. Januar bis 30. Juni 2005 stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen hat. Die weitergehende Berufung des Beklagten hat es zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung weiter.

6 **Aus den Gründen:** Gegen die im Verhandlungstermin nicht vertretene Beklagte ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Dieses beruht inhaltlich jedoch nicht auf der Säumnis; es berücksichtigt den gesamten Sach- und Streitstand.

7 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

8 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe keinen Anspruch mehr auf Übergabe des Hotels. Zwar sei der Mietvertrag weder durch die Anfechtung noch durch die fristlose Kündigung der Beklagten beendet worden. Er habe auch keiner notariellen Beurkundung wegen der vereinbarten Kaufoption bedurft. Der Mietvertrag sei aber durch eine ordentliche Kündigung der Beklagten vom Dezember 2004 mit Ablauf des 30. Juni 2005 beendet worden. Der auf die Dauer von 15 Jahren abgeschlossene Mietvertrag genüge nämlich nicht der Schriftform und gelte deshalb gemäß §§ 550, 578 BGB nur für unbestimmte Zeit. Bei dem Grundrissplan und dem Inventarverzeichnis, die als Anlagen im Mietvertrag genannt, diesem aber nicht beigelegt gewesen seien, handele es sich um wesentliche Vertragsbedingungen, die der Beurkundungspflicht unterlägen.

9 Die Jahresfrist des § 550 Satz 2 BGB gelte nur für überlassenen Wohnraum. Sie sei auf nicht überlassene Gewerberräume nicht entsprechend anwendbar.

10 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

11 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts scheidet die Wahrung der Schriftform des Vertrages nicht daran, dass die in Ziff. 16.6 des Vertrages erwähnten Anlagen (Grundrissplan, Inventarverzeichnis) diesem nicht beigelegt waren.

12 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats genügt ein für längere Zeit als ein Jahr geschlossener Miet- oder Pachtvertrag über ein Grundstück bereits dann der Schriftform der §§ 581, 550 BGB, wenn sich die wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere Mietgegenstand, Mietzins sowie Dauer und Parteien des Mietverhältnisses - aus der Vertragsurkunde ergeben. Der Schriftform bedürfen hingegen nicht solche Abreden, die den Vertragsinhalt lediglich erläutern oder veranschaulichen sollen (Senatsurteile BGHZ 176, 301 [= GuT 2008, 284] und 142, 158, 162 [= WuM 1999, 516]). Für die Einhaltung der Schriftform ist es ausreichend, dass sich die wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinreichend bestimmbar aus der Vertragsurkunde ergeben (Senatsurteil vom 2. November 2005 - XII ZR 212/03 - NJW 2006, 139, 140 [= GuT 2006, 11]). Insoweit darf auch auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden, wenn diese zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vorgelegen haben.

13 b) Der Pachtgegenstand ist in Ziff. 1.1 des Pachtvertrages hinreichend bestimmbar beschrieben. Weder der Grundrissplan noch das Inventarverzeichnis, die gemäß Ziff. 16.6 des Pachtvertrages noch nachgereicht werden sollten, sind zur Bestimmung des Pachtgegenstandes erforderlich. Ihnen kommt kein eigener rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zu, der sich nicht ohnehin schon aus dem Vertrag ergibt. Sie dienen vielmehr lediglich der Veranschaulichung bzw. Beweis Zwecken.

14 aa) Die Einigung der Parteien darüber, welche Räumlichkeiten verpachtet werden sollten, ist in Ziff. 1.1 des Pachtvertrages beurkundet worden. Dort werden die verpachteten Räumlichkeiten in Abgrenzung zu den anderen gewerblichen Nutzungen, die in dem Gebäude P. Straße ... in B. vorhanden sind, beschrieben. Diese anderen gewerblichen Nutzungen wurden

ebenso wie das Hotel bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses betrieben. Im Rahmen einer Besichtigung war also vor Ort erkennbar, welche Räume als zum Hotel gehörig an die Klägerin vermietet werden sollten. Auf diese tatsächliche Nutzung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses stellt Ziff. 1.1 des Pachtvertrages, der an die vorangegangene Besichtigung anknüpft, auch ab. Dafür, dass der Grundrissplan den bereits vereinbarten Pachtgegenstand lediglich veranschaulichen sollte, spricht auch, dass die Verweisung auf den Plan erst unter „Sonstiges“ in Ziff. 16.6 des Vertrages erfolgt ist und nicht bei der Beschreibung des Pachtobjekts in Ziff. 1.1.

15 bb) Entgegen der von der Beklagten in der Revisionsurteilung vertretenen Ansicht sind auch die Tiefgaragenplätze in Ziff. 1.1 des Vertrages hinreichend bestimmbar beschrieben. Danach darf die Klägerin von den vorhandenen 18 Stellplätzen 12 Plätze nutzen; die verbleibenden 6 Plätze stehen den anderen Gewerbemietern zur Verfügung. Da im Vertrag keine feste Platzzuweisung vereinbart ist und die Parteien eine solche Vereinbarung auch nicht behauptet haben, ergibt sich aus dem schriftlichen Vertrag, dass die Klägerin von den vorhandenen freien Plätzen nach Wahl 12 Plätze nutzen kann (vgl. auch BGH Urteil vom 12. März 2008 - VIII ZR 71/07 - NJW 2008, 1661 [= WuM 2008, 290]).

16 cc) Auch das Fehlen des Inventarverzeichnisses führt nicht zum Verstoß gegen das Schriftformgebot.

17 Die Parteien haben sich in Ziff. 1.1 des Pachtvertrages darüber geeinigt, dass die „gesamte Inventarisierung“ gemäß Anlage mitverpachtet wird. Bei Abschluss des Vertrages lag die Anlage allerdings nicht vor. Sie sollte später erstellt werden. Aufgrund dieser Umstände ist davon auszugehen, dass sich die Parteien bereits bei Vertragsunterzeichnung darüber einig waren, dass das gesamte am Tag des Vertragsschlusses vorhandene Inventar mitverpachtet werden sollte. Dafür spricht schon, dass das Wort „gesamte“ in Ziff. 1.1 des Vertrages überflüssig wäre, wenn lediglich das in einer noch anzufertigen Anlage aufgeführte Inventar hätte verpachtet werden sollen. Daneben spricht auch die auf Miet- und Pachtverträge entsprechend anwendbare Auslegungsregel des § 311 c BGB dafür, dass das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandene Zubehör des Pachtobjekts mitverpachtet ist, mithin auch das gesamte Hotelinventar (vgl. Senatsurteile vom 26. Februar 2000 - XII ZR 258/97 - NZM 2000, 548, 549 und vom 29. September 1999 - XII ZR 313/98 - NJW 2000, 354, 357). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien eine davon abweichende Regelung wollten und sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 9. September 2004 noch nicht über den Umfang des mitverpachteten Inventars geeinigt hatten, sondern erst später bei der Erstellung der Inventarliste entscheiden wollten, welche Gegenstände mitverpachtet werden sollten.

18 Haben sich die Parteien aber über die Mitverpachtung des gesamten Inventars geeinigt, ist die Form des § 550 BGB gewahrt. Denn nach dieser Vorschrift ist nur formbedürftig, was nicht von Gesetzes wegen ohnehin gelten würde. Die vereinbarte Aufnahme eines Inventarverzeichnisses dient lediglich Beweis Zwecken (vgl. Senatsurteil vom 29. September 1999 - XII ZR 313/98 - NJW 2000, 354, 357).

19 Der Pachtvertrag genügt somit der Schriftform der §§ 581 Abs. 2, 550 Satz 1 BGB. Da er auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist, konnte er von der Beklagten nicht ordentlich gekündigt werden.

20 2. Der Pachtvertrag ist auch nicht im Hinblick auf die in Ziff. 15 des Vertrages vereinbarte Kaufoption nichtig (§§ 311 b, 125 BGB). Dabei kann offen bleiben, ob die vereinbarte Kaufoption der notariellen Beurkundung gemäß § 311 b BGB bedurfte. Denn der Vertrag ist schon deshalb nicht insgesamt nichtig (§§ 125 Abs. 2, 139 BGB), weil die Parteien in Ziff. 16.5 des Vertrages eine salvatorische Klausel vereinbart haben. Diese bewirkt eine Umkehr der Vermutung des § 139 BGB dahin, dass derjenige, der sich auf die Gesamtnichtigkeit des Vertrages beruft, die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass die

Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen hätten (Senatsurteile vom 21. November 2007 - XII ZR 149/05 - GuT 2008, 38, 39 und vom 25. Juli 2007 - XII ZR 143/05 - NJW 2007, 3202, 3203 [= GuT 2007, 299] m.w.N.). Die Beklagte hat nicht dargetan, dass das Rechtsgeschäft ohne die Vereinbarung einer Kaufoption nicht vorgenommen worden wäre. Sie hat lediglich vorgetragen, die Kaufoption sei für den Abschluss des Vertrages wesentlich gewesen. Diesen bestrittenen Vortrag hat sie nicht substantiiert und auch nicht unter Beweis gestellt.

21 3. Schließlich ist der Pachtvertrag auch nicht durch die von der Beklagten erklärte Anfechtung und außerordentliche Kündigung nichtig bzw. beendet worden. Die hierzu getroffenen Feststellungen des Landgerichts und des Berufungsgerichts sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

22 4. Die Klägerin hat danach, wie das Landgericht zu Recht erkannt hat, aus dem zwischen den Parteien am 9. September 2004 abgeschlossenen Pachtvertrag einen Anspruch auf Überlassung des gepachteten Hotels einschließlich 12 Tiefgaragenplätzen. Sie hat weiter einen Anspruch auf Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr alle Schäden zu ersetzen, die durch die Verzögerung der Übergabe entstanden sind oder noch entstehen werden (§§ 280, 286 BGB).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Art. 7 EWG-VO Nr. 3950/92;  
§ 12 ZusatzabgabenVO a. F.  
Milchquote;  
Verpachtung der flächenlosen Referenzmenge;  
Rückfall an den Verpächter;  
Übertragung über die Milchbörse an einen Dritten**

**Die Rückübertragung einer verpachteten flächenlosen Milchreferenzmenge an den Verpächter nach Beendigung eines Pachtverhältnisses, das vor dem 1. April 2004 geschlossen worden ist, ist auch dann möglich, wenn er selbst zwar kein Milcherzeuger ist, aber die Milchreferenzmenge in kürzester Frist über die staatliche Verkaufsstelle an einen Dritten überträgt, der Milcherzeuger ist (im Anschluss an EuGH Urteil vom 7. Juni 2007 Otten C-278/06 Slg. 2007, I-4513 und Aufgabe von Senatsurteil vom 27. Oktober 2004 - XII ZR 165/01 - Rdl. 2005, 82 [= GuT 2005, 26 KL]).**

(BGH, Urteil vom 23. 4. 2008 - XII ZR 195/06)

14 **Aus den Gründen:** II. 3. Der Beklagte war [...] gemäß § 581 Abs. 1, § 556 Abs. 1 BGB a.F. verpflichtet, die Referenzmenge dem Kläger bei Beendigung des Pachtverhältnisses am 31. März 2000 zurückzugewähren. Da er dies trotz Aufforderung nicht getan hat, sondern sich darauf berufen hat, er habe die Referenzmenge durch Kauf erworben, haftet er dem Kläger nach § 286 Abs. 1 BGB a.F. auf Schadensersatz.

15 Im Gegensatz zur Auffassung der Revision ändert der bestandskräftige Bescheid vom 8. Januar 1999 hieran nichts. Zwar ist das Landwirtschaftsamt dabei davon ausgegangen, dass der Beklagte die Referenzmenge auf Dauer erwerbe. Wie sich jedoch aus § 9 Abs. 1 i. V.m. § 7 Abs. 2 a MGV ergibt, wird mit dem Bescheid der Zweck verfolgt, die (öffentlich-rechtliche) Zulässigkeit der Vereinbarung zwischen den Parteien festzustellen. Hingegen regelt er nicht die vertraglichen Beziehungen, sondern gibt die Vereinbarung der Parteien - hier allerdings unzutreffend - lediglich wieder.

16 Der Senat hat allerdings im Urteil vom 27. Oktober 2004 - XII ZR 165/01 - Rdl. 2005, 82 [= GuT 2005, 26 KL] angenommen, dass einem Verpächter eine flächenlose Milch-Referenzmenge nach Beendigung des Pachtverhältnisses nicht zurück übertragen werden kann, wenn er - wie hier - kein Milcherzeuger ist, sondern die Referenzmenge an der Milchquotenbörse veräußern will. Der Senat hat dieses Ergebnis aus Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 und dem dazu ergangenen Urteil des EuGH vom 20. Juni 2002, Thomsen (C

401/99 Slg. 2002, I 5775 Rdn. 41 ff.) abgeleitet. Danach ist die genannte Vorschrift dahingehend auszulegen, dass bei Beendigung eines landwirtschaftlichen Pachtvertrags die vollständige oder teilweise Rückübertragung der Referenzmenge auf den Verpächter nur dann möglich ist, wenn dieser selbst aktiver Milcherzeuger i.S. von Art. 9 Buchst. c VO (EWG) Nr. 3950/92 ist oder wenn er im Zeitpunkt der Übertragung nachweisen kann, dass er konkrete Vorbereitungen trifft, in kürzester Zeit die Tätigkeit eines Milcherzeugers auszuüben oder wenn er im selben Zeitpunkt die Referenzmenge auf einen Dritten überträgt, der aktiver Milcherzeuger ist.

17 Zwischenzeitlich hat jedoch der Europäische Gerichtshof auf Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluss vom 18. Mai 2006 - 3 C 32/05 - Rdl. 2006, 246) entschieden, dass Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 dahin auszulegen ist, dass bei Beendigung landwirtschaftlicher Pachtverhältnisse über einen Milcherzeugungsbetrieb daran gebundene Referenzmengen an den Verpächter zurückfallen können, auch soweit dieser nicht Erzeuger ist oder zu werden beabsichtigt, sie aber in kürzester Frist über eine staatliche Verkaufsstelle (Milchbörse) an einen Dritten überträgt, der diese Eigenschaft besitzt (EuGH Urteil vom 7. Juni 2007, Otten, C - 278/06, Slg. 2007, I-4513). Diese Voraussetzungen lagen hier vor. Der Kläger wollte die Referenzmenge an der Milchbörse verkaufen. Dabei kann auch davon ausgegangen werden, dass er dies in kürzester Frist, also zum nächst möglichen Termin beabsichtigte. Der Beklagte war daher nicht aus Gründen des Europäischen Gemeinschaftsrechts gehindert, die Referenzmenge am Ende der Pachtzeit auf den Kläger zurück zu übertragen. Es besteht daher auch kein Anlass, die deutschen Durchführungsbestimmungen (§ 12 Abs. 2 ZAbgVO; jetzt § 48 Abs. 2 und 3 i. V.m. § 9 MilchQuotV) einschränkend auszulegen.

18 4. Unter diesen Voraussetzungen ist das Berufungsgericht zu Recht und mit zutreffender Begründung davon ausgegangen, dass der Beklagte vertraglich verpflichtet ist, daran mitzuwirken, dass der Kläger eine amtliche Bescheinigung über den Rückfall der Referenzmenge erhält (vgl. jetzt § 52 MilchQuotV).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 23 PrFischG  
Fischereirecht; Eigentum am Gewässer;  
selbständiges Fischereirecht als Ausnahme**

**§ 23 PrFischG ist nur auf selbständige, vom Eigentum am Gewässergrundstück getrennte Fischereirechte, nicht aber auf das Eigentümerfischereirecht anwendbar.**

(BGH, Beschluss vom 11. 12. 2008 - III ZR 101/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die gemeinsamen Vorfahren der Parteien, August und Emilie H., waren Eigentümer von Grundstücken, auf denen sich die große und die kleine Talsperre D. sowie die Anwesen D. und R. befanden.

2 Mit notariellem Vertrag vom 12. September 1922 verkauften die Eigentümer ihrem Sohn Ernst H. - dem Großvater des Klägers - mehrere Grundstücke, zu denen das Anwesen D. zählte. Dabei sollten auch Flurstücke, auf denen unter anderem die große Talsperre belegen war, geteilt werden. Die außerhalb dieses Gewässers befindlichen Teile sollten ebenso wie die kleine Talsperre dem Erwerber übertragen werden. Weiter war in dem Vertrag vereinbart, dass die Fischereirechte der großen und der kleinen Talsperre sowie das Recht, diese Gewässer gewerbsmäßig zu Sportzwecken, insbesondere zum Befahren mit Booten, zu nutzen, an Ernst H. mitveräußert werde. Der Kläger betreibt am kleinen Stausee eine Gastwirtschaft und eine Vermietung von Ruder- und Tretbooten. Mit notariellem Vertrag vom 19. Dezember 1922 verkauften August und Emilie H. ihrem zweiten Sohn Walter H. - dem Vater der Beklagten - Grund-

stücke im Bereich des Anwesens R., unter anderem die Parzellen, auf denen die große Talsperre belegen ist. Dort unterhält die Beklagte ein Wasserkraftwerk.

3 Im Wasserbuch des M.-Baches, der die große und die kleinen D. bildet, waren seit 1921 beziehungsweise 1933 Fischereirechte zu Gunsten des Großvaters des Klägers eingetragen, die 1967 und 1976 in das jeweilige aktuelle Wasserbuch übertragen wurden.

4 Der Kläger und seine Rechtsvorgänger nutzten unter zwischen den Parteien im Einzelnen umstrittenen Umständen auch das Gewässer der großen Talsperre für Zwecke der Fischerei und im Rahmen der Bootsvermietung.

5 Unter dem 1. März 2003 verpachtete die Beklagte das Fischereirecht der großen Talsperre an einen Dritten. Mit Datum vom 27. August 2003 erhielt sie eine wasserrechtliche Bewilligung zur Anstauung des M.-Baches, um ihr Wasserkraftwerk weiter betreiben zu können. Der Bewilligungsbescheid enthält als Auflage unter anderem das Verbot, die große D.-Talsperre mit Freizeitletbooten zu befahren. Daraufhin blockierte die Beklagte die Durchfahrt für Boote von der kleinen in die große Talsperre.

6 Der Kläger ist der Auffassung, er sei im Wege der Erbfolge Inhaber des Fischereirechts auch im Bereich der großen Talsperre geworden. Zudem habe er das Recht, das Gewässer seinen Bootsmietern zum Befahren zur Verfügung zu stellen. Seine auf Unterlassung der Verpachtung von Fischereirechten, Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten sowie auf Unterlassung des Versperrens der Bootsdurchfahrt gerichtete Klage hat in erster Instanz [LG Köln] hinsichtlich der Fischereirechte Erfolg gehabt. Das Berufungsgericht [OLG Köln] hat das gegen die Teilabweisung gerichtete Rechtsmittel des Klägers zurückgewiesen und die Klage auf die Berufung der Beklagten insgesamt abgewiesen. Mit seiner Beschwerde begehrt der Kläger die vom Oberlandesgericht versagte Zulassung der Revision gegen das Berufungsurteil.

7 **Aus den Gründen:** II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

8 1. Zu dem vom Kläger beanspruchten Fischereirecht hat das Berufungsgericht ausgeführt, das 1917 in Kraft getretene Preußische Fischereigesetz vom 11. Mai 1916 (PrFischG) habe der in dem Kaufvertrag vom 12. September 1922 vorgesehenen Abspaltung eines selbständigen Fischereirechts vom Grundstückseigentum an der großen Talsperre entgegengestanden. Dadurch, dass das Eigentum des August H. und seiner Ehefrau an den Gewässergrundstücken mit dem Fischereirecht zusammengefallen sei, sei dieses Recht, sofern es zuvor selbständig bestanden habe, mit Inkrafttreten des Preußischen Fischereigesetzes gemäß § 24 PrFischG als besonderes Recht erloschen. Dem Kläger komme auch nicht § 23 PrFischG („Ein Fischereirecht, das mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden ist, verbleibt bei dessen Teilung, wenn nichts anderes in der Form des § 19 vereinbart wird, der ältesten Hofstelle und, wenn eine solche nicht vorhanden ist, dem größten Teilgrundstücke, bei einer Teilung in gleiche Teile dem Teilgrundstücke, das die Fischereibehörde bestimmt. Eine Vereinbarung, nach der das Fischereirecht mit mehreren Teilgrundstücken verbunden bleiben soll, ist nichtig.“) zugute. Diese Regelung habe lediglich Fischereirechte betroffen, die als dingliche Rechte mit einem Grundstück nur verbunden gewesen seien, die also nicht mit dem Eigentum an dem betreffenden Gewässer zusammengefallen seien und sich im Eigentümerfischereirecht vereinigt hätten. Der Kläger habe ein Fischereirecht im Bereich der oberen Talsperre auch nicht gewohnheitsrechtlich erlangt.

9 2. Entgegen der Auffassung des Klägers hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Die Beschwerde nimmt die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Erlöschen des vormals selbständigen Fischereirechts an den Grundstücken gemäß § 24 PrFischG - mit Recht - hin (vgl. insoweit auch BGH, Urteil vom 7. Oktober

1964 - V ZR 116/62 - LM Nr. 3 zum PrFischG, Bl. 1 R), hält jedoch den Anwendungsbereich des § 23 PrFischG für klärungsbedürftig. Der Kläger meint, im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsgerichts habe diese Vorschrift auch dann eingegriffen, wenn ein vom Eigentum getrenntes selbständiges Fischereirecht nicht (mehr) existiert habe. Die Rechtsfrage ist, obgleich das Preußische Fischereigesetz trotz seiner Ablösung durch die Fischereigesetze der betroffenen Länder teilweise noch fortwirkt, nicht klärungsbedürftig. Sie ist nicht umstritten, vielmehr eindeutig - zum Nachteil des Klägers - zu beantworten.

10 a) Zwar ist die Rechtsfrage, soweit ersichtlich, höchstrichterlich nicht entschieden worden. Die einschlägige obergerichtliche Rechtsprechung und Literatur gingen aber einhellig von der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung über den Anwendungsbereich des § 23 PrFischG aus (vgl. PrOVGE Kurzausgabe, Gruppe VIII, S. 156, 158 ff; Bergmann, Fischereirecht, in: von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. VI - Ergänzungsband, 4. 4. 8. 7.; Born, Das preußische Fischereigesetz <1928>, § 23 Anm. 1 <1. und 2. Absatz>; Delius, Das preußische Fischereigesetz, 2. Aufl. <1929>, § 18 Anm. 1 und § 23 Anm. 1 a.E.; Görcke, Das Preußische Fischereigesetz <1918>, § 22 Anm.\*).

11 b) Auch die Gesamtschau von Wortlaut, dem aus den Gesetzgebungsmaterialien ersichtlichen historischen Willen des Gesetzgebers und der Gesetzessystematik stützt allein die Auffassung des Berufungsgerichts.

12 aa) Bereits der Gesetzeswortlaut des § 23 PrFischG, nach dem nur Fischereirechte erfasst wurden, die „mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden“ waren, legt nahe, dass hiermit keine Eigentümerfischereirechte gemeint waren. Diese stellen gerade einen Ausfluss aus dem Eigentum dar und sind daher nicht mit diesem „verbunden“ (RGZ 94, 33, 34; PrOVGE aaO S. 158 f). Auch im Übrigen bezog sich der Begriff des mit dem Eigentum verbundenen Fischereirechts im Preußischen Fischereigesetz stets auf subjektivdingliche Rechte, also auf selbstständige Fischereirechte, die dem Eigentümer eines herrschenden Grundstücks zustanden (vgl. Senatsurteil vom 9. Juni 1969 - III ZR 231/65 - MDR 1969, 916, 917; BGH, Urteil vom 7. Oktober 1964 aaO; PrOVGE aaO, S. 159).

13 bb) Nach der Begründung des Regierungsentwurfs des Preußischen Fischereigesetzes regelte der Abschnitt der „§§ 18 bis 25“ PrFischG (nur) die Übertragbarkeit der auch nach Inkrafttreten des Gesetzes fortbestehenden, nicht auf dem Eigentum am Gewässer beruhenden Fischereirechte (Begründung des Entwurfs eines Fischereigesetzes, Anlagen zu den stenografischen Berichten über die Verhandlungen des Herrenhauses, Session 1916, Aktenstück Nr. 12, S. 44). Die Entwurfsbegründung hob zudem als allgemeinen Grundsatz hervor, dass das Fischereirecht dem Eigentümer des Gewässers zustehen solle. Hier-von sollten nur in den Fällen Ausnahmen zu machen sein, die unvermeidbar seien, um nicht in bestehende Rechte einzugreifen (aaO S. 38). Die Belastung eines Gewässers mit neuen Fischereirechten sollte hingegen rechtlich ausgeschlossen werden, um einer weiteren Zersplitterung der Fischereirechte vorzubeugen (aaO S. 44 zu § 17 PrFischG-E). Insbesondere sollte ein mit dem Eigentum am Gewässer vereinigt Fischereirecht nicht mehr von diesem getrennt werden können, da dies dem vorgenannten, in § 17 PrFischG niedergelegten Grundsatz widerspräche, dass ein Gewässer mit neuen Fischereirechten nicht belastet werden solle (aaO S. 45 zu §§ 18 bis 25 PrFischG-E). Mit diesen Anliegen des Gesetzgebers ist die von der Beschwerde für richtig gehaltene Auslegung des § 23 PrFischG unvereinbar, da sie zu einer Neubegründung selbständiger Fischereirechte führen würde.

14 Auch in der Beratung des Entwurfs durch die Kommission des Herrenhauses wurde betont, dass von dem Grundsatz, nach dem das Fischereirecht Ausfluss des Eigentumsrechts sei, nur in den Fällen Ausnahmen bestehen sollten, in denen bereits am 30. April 1914 Fischereirechte an fremden Grundstücken bestanden hätten (Bericht der X. Kommission des Herrenhaus-



ses zu dem Entwurf eines Fischereigesetzes, Anlagen zu den stenografischen Berichten über die Verhandlungen des Herrenhauses, Session 1916, Aktenstück Nr. 27A, S. 2). Der Grundeigentümer dürfe sich seines Fischereirechts ohne die gleichzeitige Übertragung des Eigentumsrechts an seinem Grundstück nicht mehr entäußern können (aaO S. 4).

15 In den Beratungen des Abgeordnetenhauses zu dem infolge der Schließung des Landtags im Juni 1915 erledigten Entwurf des Preußischen Fischereigesetzes von 1914, der 1916 im wesentlichen unverändert erneut eingebracht wurde (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs aaO S. 33; Bericht der X. Kommission aaO, S. 1), war ebenfalls hervorgehoben worden, es stelle den Kardinalpunkt der Gesetzesvorlage dar, dass sie grundsätzlich allein dem Gewässereigentümer das Fischereirecht zuweise (Bericht der 16. Kommission des Abgeordnetenhauses über den Entwurf eines Fischereigesetzes, Anlagen zu den stenografischen Berichten, Sammlung der Drucksachen, Session 1914/15, Drucksache Nr. 725A, S. 4999 f, 5019 f, 5030).

16 bb) Diese gesetzgeberischen Intentionen haben in den vorerwähnten §§ 17, 24 PrFischG und in § 8 Abs. 1 PrFischG, nach dem vom Eigentum selbständige Fischereirechte nur aufrechterhalten blieben, soweit sie am 30. April 1914 bestanden hatten, Ausdruck gefunden. Gegen die vom Kläger für richtig gehaltene Auslegung des § 23 PrFischG spricht zudem § 11 Abs. 2 PrFischG. Nach Nummer 1 dieser Bestimmung erloschen Fischereirechte, die nicht dem Eigentümer des Gewässers zustanden, mit Ablauf von zehn Jahren ab Inkrafttreten des Gesetzes, wenn die in Absatz 1 dieser Bestimmung vorgesehene Eintragung in das Wasserbuch nicht vorher beantragt wurde. Der Beschränkung der Möglichkeit der rechtserhaltenden Eintragung eines selbständigen Fischereirechts im Wasserbuch auf den Zeitraum von zehn Jahren nach Inkrafttreten des Preußischen Fischereigesetzes ist zu entnehmen, dass sich Nummer 1 des § 11 Abs. 2 PrFischG lediglich auf zum Zeitpunkt des Inkrafttretens fortbestehende selbständige Rechte bezog, jedoch nicht auf neue, vom Eigentum getrennte Fischereirechte, die grundsätzlich nicht mehr entstehen sollten. Soweit dies ausnahmsweise doch gemäß § 9 PrFischG (Inanspruchnahme des Eigentums an einem Wasserlauf durch den Staat unter Aufrechterhaltung des Fischereirechts des vormaligen Eigentümers) oder § 10 Abs. 1 und 2 PrFischG (Übergang bereits bestehender vom Eigentum getrennter Fischereirechte auf neue Grundstücke, wenn sich der Wasserlauf ändert) der Fall sein konnte, kam es für die Frist zur rechtserhaltenden Eintragung des selbständigen Fischereirechts im Wasserbuch gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 9 PrFischG auf die Zustellung des Bescheides an, in dem der Berechtigte auf die Folge der Nichteintragung hingewiesen wurde, und gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 10 Abs. 1 und 2 PrFischG auf den Zeitpunkt des Entstehens des Fischereirechts an dem neuen Gewässergrundstück. Daraus, dass eine entsprechende Sonderregelung für die Fälle des § 23 PrFischG nicht vorgesehen war, ist zu schließen, dass die in dieser Bestimmung geregelten Fischereirechte bereits von § 11 Abs. 1 Nr. 1 PrFischG erfasst waren, der sich nur auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Preußischen Fischereigesetzes bereits bestehende und fortgeltende selbständige Fischereirechte bezog.

17 3. Von einer weiteren Begründung sieht der Senat gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO ab.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

*Dokumentation,  
Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

## §§ 743, 745 BGB

### Gemeinschaft; Miteigentum am Grundstück; Mietzins aus der Vermietung von Stellplätzen; Beteiligung der Teilhaber

a) Das Nutzungsrecht ist kein wesentlicher Bestandteil des Eigentums und damit einer schuldrechtlichen Sondervereinbarung zugänglich (Bestätigung Sen.Urt. v. 8. Dezember 1997 – II ZR 203/96, ZIP 1998, 384 f.).

b) Die Gebrauchsvorteile eines im Miteigentum stehenden Grundstücks (hier: Mietzins aus der Vermietung von Stellplätzen) stehen den Teilhabern aufgrund ihrer Mitberechtigung nur dann gemeinsam zu, wenn die Nutzungen mit dem Grundstück verbunden und nicht aufgrund einer Sondervereinbarung einzelnen Miteigentümern als Sondervermögen zugewiesen sind. § 743 Abs. 1 BGB garantiert nur die Beteiligung an vorhandenen Nutzungen.

(BGH, Beschluss vom 20. 10. 2008 – II ZR 246/07)

1 **Aus den Gründen:** Zulassungsgründe liegen nicht vor; die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

2 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt der von ihm formulierten Rechtsfrage keine grundsätzliche Bedeutung zu. Es steht außer Streit und ist deshalb schon nicht klärungsbedürftig, dass innerhalb einer Bruchteilsgemeinschaft in den Grenzen des § 745 Abs. 3 BGB durch Mehrheitsbeschluss der Teilhaber Sondernutzungsrechte für einzelne Teilhaber begründet werden können (siehe insoweit nur BGH, Urt. v. 17. April 1953 - V ZR 58/52, NJW 1953, 1427; Staudinger/Langhein, BGB <2002> § 743 Rdn. 40, § 745 Rdn. 14; MünchKommBGB/K. Schmidt, 4. Aufl. §§ 744, 745 Rdn. 24).

3 Der Rechtsstreit wirft auch im Übrigen keine Rechtsfragen auf, die die Zulassung der Revision rechtfertigen würden, und beruht nicht auf einem Verfahrensverstöß zu Lasten der Kläger.

4 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

5 Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend entschieden, dass den Klägern gegen die Beklagte kein Anspruch auf Abrechnung über die Verwaltung des Flurstücks 1180 und Auskehrung eines sich daraus ergebenden Verwaltungsüberschusses sowie auf Zahlung von 1628,19 € nebst Zinsen zusteht. Der Anspruch der Kläger scheidet bereits daran, dass ihnen kein Nutzungsrecht an dem Flurstück zusteht. Fehlt es an dem Nutzungsrecht, hat die Beklagte über die ihr allein zustehenden Nutzungen keine Abrechnung zu erteilen und vor allem keinen Überschuss auszukehren, da sich ein solcher zugunsten der Kläger nicht ergeben kann. Dies führt zur Unbegründetheit der Stufenklage und des Zahlungsanspruchs.

6 a) Zwar besagt § 743 BGB, dass die Früchte und die Gebrauchsvorteile des im Miteigentum (u. a. der Kläger) stehenden Grundstücks, worunter der aus der Vermietung der Stellplätze erzielte Mietzins fällt, den Teilhabern aufgrund ihrer Mitberechtigung gemeinsam zustehen. Dass mit dem im Miteigentum stehenden Grundstück Nutzungen verbunden sind, wird jedoch in § 743 BGB nicht geregelt, sondern vorausgesetzt (Staudinger/Langhein aaO § 743 Rdn. 1), denn § 743 Abs. 1 BGB garantiert nur die Beteiligung an vorhandenen Nutzungen (MünchKommBGB/K. Schmidt aaO § 743 Rdn. 4).

7 b) Hier ist aufgrund der Vereinbarungen in den zwischen den Klägern und der Beklagten geschlossenen Kaufverträgen, mit denen sie das Bruchteilseigentum an dem Flurstück 1180 erworben haben, das Nutzungsrecht an dem Flurstück nicht mitübertragen worden, sondern gemäß § 7 Abs. 3 des jeweiligen Kaufvertrages bei der Beklagten verblieben.

8 Eine derartige vertragliche Vereinbarung widerspricht entgegen der Ansicht der Revision nicht dem abgeschlossenen Katalog des Sachenrechts, da sich an der dinglichen Zuordnung des Eigentums durch die rein schuldrechtliche Vereinbarung, das Nutzungsrecht bei der veräußernden Beklagten zu belassen, nichts geändert hat. Auch sonst gibt es keine zwingenden ge-

setzlichen Vorschriften, die eine derartige Vereinbarung ausschließen. Das Nutzungsrecht ist kein wesentlicher Bestandteil des Eigentums und damit einer schuldrechtlichen Sondervereinbarung zugänglich (siehe nur Sen.Urt. v. 8. Dezember 1997 - II ZR 203/96, ZIP 1998, 384 f.). Es war der Beklagten daher unbenommen, das Nutzungsrecht, wie bei anderen Erwerbungen geschehen, zusätzlich zu den Miteigentumsanteilen gesondert zu einem dafür ausgewiesenen Kaufpreis zu veräußern, und, soweit der Erwerb des Nutzungsrechts von den Grundstückskäufern - wie den Klägern - wegen des damit verbundenen erhöhten Kaufpreises nicht gewünscht war, dieses zu behalten und in ihrem eigenen wirtschaftlichen Interesse durch Vermietung der Stellplätze zu realisieren.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Mitteilers:** Das Revisionsverfahren ist durch Zurückweisungsbeschluss erledigt worden.

**Art. 14 GG; §§ 862, 906, 1004 BGB**  
**Brand einer Scheune; defekte Stromleitung;**  
**Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch bei mittelbarem**  
**Übergreifen eines Brandes auf ein fremdes Grundstück;**  
**Rückgriff des Gebäudeversicherers**

**Greift ein Brand auf ein fremdes Grundstück über, besteht ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB. Dass das Feuer erst über ein anderes Grundstück auf das Grundstück des Geschädigten Übergreifen hat, ist für den Anspruch ohne Bedeutung.**

(OLG Koblenz, Urteil vom 28. 8. 2008 – 5 U 218/08)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist Feuerversichererin der im Ortskern gelegenen, benachbarten Hausgrundstücke Gossbach 4 b, Gossbach 4 a und Hauptstr. 6. Das Grundstück Gossbach 6 grenzt unmittelbar an das Anwesen 4 b an. Die Grundstücke Gossbach 4 a und Hauptstr. 6 grenzen dagegen nur an das Grundstück 4 b an.

In der Nacht vom 22. auf den 23. Oktober 2005 brach in der Scheune des Grundstücks Gossbach 6 ein Brand aus. Ausgehend von einem Defekt der Stromleitung kam es zu einem Brand, der sich über die hölzernen Tragbalken und den Dachaufbau zu einem Vollbrand im Dachbereich entwickelte. Von dort griff der Brand auf das Anwesen Gossbach 4 b über. Dieser breitete sich dann auf die Grundstücke Gossbach 4 a und Hauptstr. 6 aus.

Die Klägerin hat den an diesen Anwesen entstandenen Schäden in Höhe von insgesamt 25 895, 55 € ausgeglichen. Das ist zwischen den Parteien mittlerweile unstreitig.

Die Haftpflichtversicherung des Beklagten weigert sich gegenüber dem Rückgriffsanspruch der Klägerin, die Schäden auszugleichen, die an den Gebäuden Gossbach 4 a und Hauptstr. 6 entstanden sind und zwar mit der Begründung, die Schäden seien nicht unmittelbar durch die vom Grundstück des Versicherungsnehmers ausgehenden „Immissionen“ entstanden, sondern durch den Übergreif des Feuers vom Grundstück Gossbach 4 b auf die Grundstücke Gossbach 4 a und Hauptstr. 6.

Die entsprechende Anwendung des § 906 Abs. 2 S. 2. BGB auf den so gearteten „Nachbarfall“ ist, nachdem Höhe und Regulierung unstreitig geworden sind, der einzige – rechtliche – Streitpunkt.

Das Landgericht Mainz hat die Klage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, bei Brandemissionen hänge die Ausbreitung des Brandes, mit Ausnahme der Fälle von Funkenflug auf nicht unmittelbar an das brennende Grundstück angrenzende Grundstücke, davon ab, ob sich brennbares Material auf den dazwischen liegenden Grundstücken befinde oder nicht.

Wäre beispielsweise im zwischen den Grundstücken ein Teichgrundstück gelegen gewesen, so wäre es, abgesehen vom Fall des Funkenflugs, zu einer Ausbreitung des Brandes auf die Grundstücke Gossbach 4 a und Hauptstr. 6 nicht gekommen.

Ob auf den dazwischen liegenden Grundstücken brennbares Material vorhanden sei oder nicht, hänge nicht vom Willen des Eigentümers des Grundstücks ab, auf dem der Brand ursprünglich ausgebrochen sei. Im Verhältnis des Beklagten zu den Grundstücken Gossbach 4 a und Hauptstr. 6 sei er deshalb Nichtstörer.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung des Klägers. Die Parteien vertiefen die wechselseitig eingenommenen Rechtsstandpunkte.

**Aus den Gründen:** II. Die zulässige Berufung der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Änderung des Urteils des Landgerichts und zum Zuspruch der Klageforderung.

1. Der auf die Klägerin übergegangene Anspruch (§ 67 VVG) rechtfertigt sich aus einer analogen Anwendung des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB.

a) Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 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 (BGH NJW 2003, 2377; BGH NJW 2004, 3701).

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 (BGH NJW 2008, 992 [= GuT 2008, 142]).

b) Der Beklagte ist Störer auch im Verhältnis zu den Eigentümern der Grundstücke Gossbach 4 a und Hauptstr. 6. Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch kann sich nur gegen einen Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB richten. Handlungsstörer ist, wer die Beeinträchtigung durch seine Handlung oder pflichtwidrige Unterlassung adäquat verursacht hat (BGH NJW 2007, 432 [= WuM 2007, 77 = GuT 2007, 44 KL]). Zustandsstörer ist der Eigentümer, Besitzer oder Verfügungsbefugte einer Sache, von der eine Beeinträchtigung ausgeht, jedoch nicht alleine auf Grund dieser Rechtsstellung, sondern nur, wenn die Beeinträchtigung wenigstens mittelbar auf seinen Willen zurückgeht (BGH NJW 2005, 1366 mit umfangreichen Nachweisen aus der Rspr.).

Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. Juni 1999 (NJW 1999, 2896 „bestätigt“ durch BGH NJW 2008, 992 [= GuT 2008, 142]) begründet der bloße Umstand des Eigentums an dem Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht, nicht die Störereigenschaft. Die Beeinträchtigung muss wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers zurückgehen. Die Frage, ob der Eigentümer eines Grundstücks für hiervon ausgehende Beeinträchtigungen als Störer in Anspruch genommen werden kann, lässt sich nicht begrifflich klären, sondern kann nur in wertender Betrachtung von Fall zu Fall beantwortet werden.

Im hier vorliegenden Fall des drohenden Brandübergreifens beruhte der Brand auf Umständen, auf die grundsätzlich der Beklagte, und nur dieser Einfluss nehmen konnte, wenn konkret auch kein Anlass für ein vorbeugendes Tätigwerden bestanden haben mag.

Bricht auf Grund eines Defekts an elektrischen Leitungen auf einem Grundstück ein Brand aus, ist es Sache des Eigentümers, auch zur Verhinderung einer Ausweitung, für eine Eindämmung und Behebung zu sorgen. Greift der Brand über, kann der be-

troffene Nachbar Maßnahmen zur Abwehr, selbst unter Inkaufnahme der Beschädigung des Hauses, von dem der Brand ausgeht, treffen (§ 228 BGB).

Es ist daher gerechtfertigt, den Beklagten als Störer i.S. des § 1004 BGB anzusehen (BGH NJW 1999, 2896/2897; vgl. auch BGH NJW 1999, 2896; Rohrbruch; a.A. Staudinger/Roth, BGB, Neubearbeitung 2002, § 906 Rn. 69: Grenze zur Gefährdungshaftung überschritten).

c) Es kann dahingestellt bleiben, ob im Hinblick auf die subjektiven Voraussetzungen auch der Eigentümer des in Brand geratenen Anwesens Gossbach 4 b als Störer i.S. des § 1004 BGB zu bewerten ist. Der Umstand, dass der Brand nicht „unmittelbar“ auf die Hausanwesen Gossbach 4 a sowie Hauptstr. 6 übergreifen hat, sondern durch das benachbarte Anwesen Gossbach 4 b „vermittelt“ worden ist, ist rechtlich ohne Belang. Zum einen sind anspruchsberechtigt nicht nur die unmittelbaren Grundstücksnachbarn, da § 906 BGB als nicht genuin nachbarrechtliche Regelung keine Beschränkung auf das Nachbarverhältnis der Grundstückseigentümer vorsieht (Münchener Kommentar/Säcker, BGB, 4. A., § 906 Rn. 141). So hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 20. November 1998 (NJW 1999, 1029) einen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch anerkannt bei Sprengungen, die zu Erschütterungsrissen an einem 1,5 km entfernten Gebäude geführt hatten. Zum andern kommt es nur darauf an, ob der in Anspruch Genommene Störer ist, und nicht darauf, ob die Auswirkung vom Grundstück des Störers unmittelbar oder mittelbar infolge faktischen Duldungszwangs (BGH NJW 1999, 2896) die Schäden verursacht hat.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts kommt es auf die Umgebung (Stichwort: Teichgrundstück) und die Vermittlung der Störung durch sie nicht an, denn hierdurch kann die Verantwortlichkeit des Störers und Schädigers nicht abhängig sein. Jede andere Betrachtung würde die Einstandspflicht des Störers dem Zufall überantworten.

2. [...] Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben, da der Anwendungsbereich des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB in entsprechender Anwendung von der höchstrichterlichen Rechtsprechung hinreichend geklärt ist.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

**§ 8 ZPO; § 26 EGZPO**  
**Gewerberaumiete; Revisionsbeschwerde;**  
**streitiges Bestehen des Mietverhältnisses;**  
**Kündigungen von Mieter und Vermieter**

**Zur Berechnung der Beschwer im Streit über das Bestehen oder die Dauer des Mietverhältnisses, das der Mieter und der Vermieter zu unterschiedlichen Zeitpunkten aufgekündigt haben.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 2. 7. 2008 – XII ZR 44/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten haben den mit der Klägerin für die Zeit vom 1. Januar 1997 bis 31. Januar 2007 abgeschlossenen Mietvertrag über Gewerberäume mit Schreiben vom 27. September 2002 wegen Versagung der Erlaubnis zur Untervermietung vorzeitig zum 31. Januar 2003 gekündigt. Das Landgericht Hildesheim hat der auf Feststellung des Fortbestandes des Mietverhältnisses über den 31. Januar [2003] hinaus gerichteten Klage [am 15. 7. 2003] stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben [OLG Celle, Urteil vom 6. 5. 2004]. Die Klägerin hatte ihrerseits mit außergerichtlichem Schreiben vom 2. Januar 2004, das den Beklagten am 12. Januar 2004 zugestellt worden ist, den Mietvertrag zum 15. Januar 2004 wegen Zahlungsverzuges der Beklagten gekündigt.

2 Mit der Beschwerde erstreben die Beklagten die Zulassung der Revision, mit der sie ihren Klagabweisungsantrag weiterverfolgen wollen.

3 **Aus den Gründen:** II. Die Beschwerde hat schon deshalb keinen Erfolg, weil der Wert des Beschwerdegegenstandes 20 000 € nicht übersteigt und sie deshalb nicht statthaft ist (§ 26 Nr. 8 EGZPO).

4 Die Berechnung der von Amts wegen zu prüfenden Beschwer (Senatsbeschluss vom 20. April 2005 - XII ZR 92/02 - NJW-RR 2005, 1011 [= GuT 2005, 180]) richtet sich nach § 8 ZPO. Danach ist, wenn das Bestehen oder die Dauer eines Mietverhältnisses streitig ist, der auf die gesamte streitige Zeit entfallende Mietzins anzusetzen, wenn nicht der 25-fache Betrag des einjährigen Mietzins geringer ist (Senatsbeschluss vom 10. Mai 2000 - XII ZR 335/99 - NJW-RR 2000, 1739).

5 Hat der Kläger seinerseits zu einem Zeitpunkt gekündigt, der vor dem Ablauf des Mietverhältnisses liegt, ist streitige Zeit im Sinne von § 8 ZPO nicht mehr die gesamte restliche Mietzeit, sondern nur die Zeit bis zu dieser Kündigung (Senatsbeschluss vom 30. September 1998 - XII ZR 163/98 - NZM 1999, 21).

6 Die Beklagten berufen sich darauf, dass der Mietvertrag durch ihre Kündigung vom 27. September 2002 zum 31. Januar 2003 beendet worden sei. Nachdem die Klägerin ihrerseits den Mietvertrag zum 15. Januar 2004 fristlos gekündigt hat, ist das Bestehen des Mietverhältnisses nur noch für den Zeitraum vom 1. Februar 2003 bis zum 15. Januar 2004 streitig. Der auf diesen Zeitraum entfallende Mietzins beträgt, ausgehend von einer vereinbarten Miete in Höhe von monatlich 869,19 €, insgesamt 9995,69 €. Auf etwaige Schadensersatzansprüche kommt es schon deshalb nicht an, weil solche im vorliegenden Verfahren nicht geltend gemacht worden sind. Damit ist die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EGZPO nicht erreicht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 301 ZPO; § 542 BGB a. F.**  
**Gewerberaumiete;**  
**Feststellungsklage zur Vertragsbeendigung;**  
**Teilurteil; Kündigung aus wichtigem Grund;**  
**Widerklage auf Mietzinszahlung**

**Über die Klage eines Mieters auf Feststellung, dass sein Mietverhältnis durch fristlose Kündigung aus wichtigem Grund beendet worden ist, kann nicht durch Teilurteil entschieden werden, wenn der Vermieter widerklagend Mietzins für die Zeit vor oder nach dem angeblichen Beendigungstermin begehrt.**

(BGH, Urteil vom 21. 1. 2009 – XII ZR 21/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten, ob die Rechtsvorgängerin der Klägerin einen zwischen ihr als (Unter-)Mieterin und der Beklagten als (Unter-)Vermieterin geschlossenen Untermietvertrag wirksam gekündigt hat, ferner über rückständigen Untermietzins.

2 Mit Untermietvertrag vom 21. Juli 1997 mietete die T. Gesellschaft mbH (im Folgenden T. GmbH) von der Beklagten Räume zum Betrieb eines Baumarktes. Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin der T. GmbH. Die vermieteten Räume gehören zu einem Einkaufszentrum, das aus einem ca. 3700 m<sup>2</sup> großen SB-Warenhaus und einer ca. 6000 m<sup>2</sup> großen Baumarktfäche besteht. Bei Abschluss des Untermietvertrags waren die Räume noch nicht fertig gestellt. Eine Baugenehmigung wurde am 22. April 1998 erteilt, die Übergabe der Räume erfolgte am 8. Februar 1999. Im März 1999 eröffnete die T. GmbH in den ihr untervermieteten Räumen einen Baumarkt, den sie Ende 1999 schloss. In der Folgezeit holte sie Gutachten zur Mangelhaftigkeit des Mietobjektes ein, u. a. zu Fragen des Brandschutzes. Unter Bezugnahme auf diese Gutachten setzte die T. GmbH der Beklagten mehrfach Fristen zur Nachbesserung und kündigte das Mietverhältnis schließlich mit Schreiben vom 7. Juni 2000 fristlos. Den Untermietzins hatte die T. GmbH ab März 1999

um 20%, später <für Januar und Februar 2000> um 10% gemindert; zum 1. März 2000 hatte sie die Zahlung des Untermietzinses ganz eingestellt.

3 Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass der Mietvertrag durch die fristlose Kündigung vom 7. Juni 2000 beendet worden ist. Die Beklagte begehrt widerklagend die Zahlung von Untermietzins für die Zeit von März 1999 bis Dezember 2001 <in Höhe von 1119 532,92 € nebst Zinsen>. Das Landgericht Köln hat der Klage entsprochen und die Widerklage abgewiesen. Die Berufungen der Beklagten und der Streithelferin zu 4. hat das Oberlandesgericht Köln durch Teilurteil insoweit zurückgewiesen, als das Landgericht festgestellt hat, dass das zwischen den Parteien bestehende (Unter-)Mietverhältnis durch das Kündigungsschreiben vom 7. Juni 2000 beendet worden ist. Die Entscheidung über die Widerklage hat das Oberlandesgericht dem Schlussurteil vorbehalten. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten hat der Senat die Revision zugelassen.

4 **Aus den Gründen:** Das Rechtsmittel ist begründet.

5 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ist die von der T. GmbH ausgesprochene fristlose Kündigung nach § 542 Abs. 1 BGB a.F. (i.V.m. Art. 229 § 3 EGBGB) wirksam. Die Mietsache habe einen Sachmangel im Sinne des § 537 BGB a.F. aufgewiesen, da die bauliche Ausgestaltung der Trennwände (Brandabschnittswände) des Baumarktes im Bereich zur Nachbarhalle, aber auch innerhalb des Baumarktes von dem vereinbarten Zustand in erheblicher Weise abgewichen sei. Dies ergebe sich aus dem - vom Oberlandesgericht als unstreitig erachteten - Umstand, dass die Trennwände zwar hinsichtlich des Mauerwerks in der vereinbarten Qualität (Feuerwiderstandsklasse F 90) brandgeschützt seien, nicht aber auch die ungeschützten Stahlstützen bzw. Stahlbauteile, von denen das Mauerwerk unterbrochen werde. Das Oberlandesgericht hat deshalb die Feststellungsklage für begründet erachtet. Die Widerklage sei dagegen noch nicht entscheidungsreif. Hier müsse noch aufgeklärt werden, ob und in welchem Umfang das Mietobjekt weitere Mängel aufgewiesen habe, um für die einzelnen Zeitabschnitte die Minderungsquote ermitteln zu können. Unbeschadet dieses Aufklärungsbedarfs könne jedoch bereits über die Klage - wie geschehen - durch Teilurteil entschieden werden.

6 2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Oberlandesgericht durfte über die Klage nicht durch Teilurteil entscheiden.

7 Nach § 301 ZPO ist ein Teilurteil nur zulässig, wenn es über einen aussonderbaren, einer selbständigen Entscheidung zugänglichen Teil des Verfahrensgegenstandes ergeht und der Ausspruch über diesen Teil unabhängig von demjenigen über den restlichen Teil des Verfahrensgegenstandes getroffen werden kann, so dass die Gefahr widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist. Dabei ist der Erlass eines Teilurteils bereits dann unzulässig, wenn sich diese Gefahr durch die abweichende Beurteilung eines Rechtsmittelgerichts im Instanzenzug ergeben kann (vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 107, 236, 242 f. = FamRZ 1989, 954, 955 und vom 24. Februar 1999 - XII ZR 155/97 - FamRZ 1999, 992, 993). So liegen die Dinge hier: Das Teilurteil ist zwar darauf gestützt, dass das Mietobjekt nicht den vereinbarten ausreichenden Brandschutz aufweise. Dabei handelt es sich aber nur um ein Begründungselement, das keiner rechtskräftigen Entscheidung zugänglich ist. Die Frage eines ausreichenden Brandschutzes stellt sich deshalb erneut, wenn das Gericht über die bei ihm noch anhängige Widerklage auf Zahlung von rückständigem Mietzins entscheidet.

8 Die Gefahr widersprechender Entscheidungen besteht bereits insoweit, als die Beklagte mit ihrer Widerklage Untermietzins für die Zeit bis zur Kündigung verlangt. Hier ist zu entscheiden, ob und inwieweit die T. GmbH den Untermietzins wegen eines nicht ausreichenden Brandschutzes mindern durfte. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht die - im

Teilurteil verneinte - Frage, ob das Mietobjekt über einen ausreichenden Brandschutz verfügte, nunmehr bejaht und insoweit eine Mietminderung verneint.

9 Nichts anderes gilt im Ergebnis aber auch insoweit, als die Beklagte mit ihrer Widerklage Untermietzins für die Zeit nach dem Ausspruch der Kündigung begehrt. Zwar wäre ein Widerspruch zwischen den Entscheidungen über Klage und Widerklage ausgeschlossen, sobald das Teilurteil rechtskräftig wird; denn dann stünde unter den Parteien rechtskräftig fest, dass das Mietverhältnis mit dem Ausspruch der Kündigung beendet ist mit der Folge, dass jedenfalls Untermietzinsansprüche für die Zukunft nicht mehr entstehen konnten. Der Ausgang des Rechtsmittelverfahrens über das Teilurteil ist indes bei dessen Erlass ungewiss; auch muss über das Rechtsmittel gegen das Teilurteil noch nicht entschieden sein, wenn das Vordergericht seinerseits nunmehr auch über den ihm verbliebenen Teil des Rechtsstreits entscheidet, und zwar unabhängig davon, ob es diese Entscheidung in Übereinstimmung mit oder in Abweichung von seiner dem Teilurteil zugrunde liegenden Beurteilung trifft. Auch hinsichtlich der für die Zeit nach der Kündigung geltend gemachten Mietzinsforderung bestünde somit die Gefahr divergierender Entscheidungen. Dies schließt die Zulässigkeit des Teilurteils aus.

10 Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Die Sache war daher an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen, damit es über Klage und Widerklage einheitlich entscheidet.

11 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

12 a) Das Oberlandesgericht hat als unstreitig angesehen, dass - wie in dem in erster Instanz eingeholten Schiedsgutachten dargelegt und in den vom Landgericht zum Beweis einer etwaigen offenbaren Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens eingeholten weiteren Sachverständigengutachten bestätigt werde - das Mauerwerk der Brandschutzwände jeweils durch (nicht brandgeschützte) Stahlstützen bzw. Stahlbauteile unterbrochen sei. Soweit die Streithelferin zu 1. im Berufungsverfahren unter Hinweis auf Planungsunterlagen vorgetragen habe, dass sich in der Trennwand zwischen dem Baumarkt und dem SB-Markt keine Stützen des alten Stahlskeletts befänden, stehe dieser Vortrag in krassem Widerspruch zu den anlässlich der Ortstermine getroffenen Feststellungen. Es sei nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich, weshalb der vor Ort von allen Beteiligten wahrgenommene Zustand nicht der Realität entsprechen haben solle. Deshalb könne in der schlichten Bezugnahme auf Planungsunterlagen kein hinreichendes Bestreiten gesehen werden. Diesen - nach seiner Auffassung unstreitigen - Sachverhalt hat das Oberlandesgericht seiner Rechtsprüfung zugrunde gelegt, ohne die Beanstandungen der Klägerin, wie von der Revision unter Berufung auf § 15 des Mietvertrags gefordert, durch ein Schiedsgutachten verbindlich zu klären.

13 Der Verzicht des Oberlandesgerichts auf eine erneute gutachterliche Klärung erscheint jedenfalls dann folgerichtig, wenn man - mit dem Oberlandesgericht - annimmt, das Vorhandensein von ungeschützten Stahlträgern oder Stahlbauteilen in den in Frage stehenden Trennwänden (Brandschutzwänden) sei unstreitig. Nicht ganz unzweifelhaft ist allerdings die Annahme des Oberlandesgerichts, die Beklagte habe das Vorhandensein solcher Stahlstützen deshalb nicht hinreichend bestritten, weil ihr Vortrag insoweit „in krassem Widerspruch zu den anlässlich der Ortstermine getroffenen Feststellungen“ stehe. Es ist nicht ersichtlich, dass die Sachverständigen vor Ort Untersuchungen darüber angestellt haben, ob im Mauerwerk Stahlstützen oder Stahlbauteile vorhanden sind oder ob, wie später von der Streithelferin zu 1. behauptet, solche Stahlstützen in der Trennwand zwischen Baumarkt und SB-Markt nicht vorhanden seien, die in Frage stehenden Wände vielmehr von Stahlbetonrahmen eingefasst würden, die ihrerseits über Stahlbetonstützen mit gesondertem Fundament verfügten. Jedenfalls ist nicht auszuschließen, dass die Sachverständigen - ebenso wie die Kläge-

rin und lange Zeit auch die Beklagte - lediglich davon ausgegangen sind, dass in den Wänden (nur) ungeschützte Stahlstützen vorhanden sind. Die Zurückverweisung gibt der Beklagten Gelegenheit, ihren Vortrag zum Nichtvorhandensein ungeschützter Stahlstützen oder Stahlbauteile zu präzisieren.

14 b) Der Umstand, dass im Hinblick auf die Brandschutzwände die Ist-Beschaffenheit des Mietobjekts möglicherweise von dessen Soll-Beschaffenheit abweicht, dürfte für sich genommen nicht notwendig einen wichtigen Grund ergeben, der zu einer fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses nach § 542 Abs. 1 BGB a.F. berechtigt. Dies dürfte insbesondere dann gelten, wenn die tatsächliche Beschaffenheit den Erforderlichkeiten (Brandschutz) in vergleichbarer Weise entspricht wie die Soll-Beschaffenheit.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### §§ 935, 940 ZPO

**Gewerberaumtete; fristlose Kündigung;  
weitere Mietrückstände;  
Sicherungs-Räumungsverfügung; Untermiete;  
verbotene Eigenmacht; Regelungsverfügung auf  
Räumung; Existenzgefährdung des Vermieters**

**1. Die behauptete Uneinbringlichkeit der Mietzinsrückstände und etwa bis zum Abschluss eines Hauptverfahrens weiter auflaufende Mietzinsforderungen rechtfertigen nicht den Erlass einer Sicherungs-Räumungsverfügung.**

**2. Verbotene Eigenmacht (§§ 858, 861 BGB) kann nicht gegen den Vermieter als nur mittelbaren Besitzer verübt werden.**

**3. Eine auf Räumung gerichtete Regelungsverfügung kommt nicht bereits dann in Betracht, wenn der Untermieter sich nach beendetem Hauptmietverhältnis weigert, das Mietobjekt an den Hauptvermieter herauszugeben und es ohne Zahlung eines Nutzungsentgelts an diesen weiter benutzt.**

**4. Zur Frage, ob eine Regelungsverfügung auf Räumung zulässig ist, wenn der Vermieter infolge einer besonderen (wirtschaftlichen!) Notlage auf die sofortige Herausgabe der Räume angewiesen ist.**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. 2. 2009 – I-10 W 14/09)

**Zum Sachverhalt:** Die Antragstellerin hat Räume auf dem Grundstück X-Straße 31 mit Mietvertrag vom 2. 1./6. 1. 2004 in Verbindung mit der Mieteintrittsvereinbarung vom 23. 8./25. 8. 2005 an die Fa. X-GmbH für die Zeit vom 1. 3. 2004 bis 28. 2. 2009 zum Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts vermietet. Die Miete beträgt insgesamt 8984,50 € (= 6600,00 € netto zzgl. 950,00 € Nebenkostenvorauszahlung zzgl. MWSt.). Zu den gemäß § 4 des Ausgangsmietvertrags auf die Mieterin umlegbaren Betriebskosten zählen gemäß der vorgedruckten Aufstellung in § 4 Ziffer 3 a) die „Versicherungsbeiträge“, zu denen gemäß handschriftlicher Ergänzung eine „Mietverlustversicherung“ gehört.

Die Antragstellerin hat erstinstanzlich u. a. vorgetragen, bereits seit 2005 seien regelmäßige, erhebliche Zahlungsverzögerungen aufgetreten. Seit September 2008 erfolgten keine Mietzahlungen mehr. Der Mietrückstand betrage 38 993,95 € (= Zeitpunkt der Antragstellung am 23. 12. 2008). Anfang Dezember 2008 habe sie zufällig davon Kenntnis erhalten, dass das Mietobjekt nicht mehr von ihrer Mieterin genutzt werde, sondern von dieser – ohne Berechtigung – an die Antragsgegnerin weitervermietet bzw. überlassen worden sei. Wegen des Mietrückstands habe sie das Mietverhältnis mit Anwaltsschreiben vom 17. 12. 2008 fristlos gekündigt, die Antragsgegnerin hierüber mit Telefax gleichen Datums informiert und sie verblichlich zur Räumung und Herausgabe der Mietsache an sie aufgefordert. Die besondere Dringlichkeit ergebe sich zum einen daraus, dass die Kautionsinzwischen aufgebraucht sei. Zum an-

deren sei die Hauptmieterin allem Anschein nach vermögenslos bzw. faktisch nicht mehr existent. Ihr entstehe durch die fort-dauernde Nutzung ein monatlicher Mietausfallschaden in Höhe von 8984,50 €, den sie nicht ersetzt bekommen könne und der sie in ihrer finanziellen Existenz gefährde. Deswegen und aufgrund der Tatsache, dass eine – bereits erfolgte – Weitervermietung nur bei vorheriger umfassender Renovierung möglich sei, sei eine Eilentscheidung geboten.

Das Landgericht Krefeld hat den Antrag auf Erlass der Räumungsverfügung mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Erlass der begehrten Leistungsverfügung würde die Hauptsache vorwegnehmen, was in dem Eilverfahren grundsätzlich nicht möglich sei. Ihr Erlass käme deswegen nur bei einer Besitzschutzverletzung durch die Antragsgegnerin in Betracht, die aber nach dem Vortrag der Antragstellerin nicht vorliege. Im Übrigen habe die Antragstellerin ihre Angaben nicht glaubhaft gemacht, Anlagen seien der Antragsschrift nicht beigelegt gewesen. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie ihren Verfügungsantrag weiterverfolgt. Sie macht u. a. ergänzend geltend, eine Leistungsverfügung sei ausnahmsweise zuzulassen, wenn der Antragsteller dringend auf die sofortige Erfüllung seines Leistungsanspruchs angewiesen sei und ein Abwarten des ordentlichen Verfahrens – wie hier – zu irreparablen Schäden führen würde, die ganz außer Verhältnis zu dem Schaden stünden, der der Antragsgegnerin aus der sofortigen, vorläufigen Erfüllung drohe. Sie bestreite durch die Vermietung der Gewerbeimmobilie ihren Lebensunterhalt und sei auf die Mieteinnahmen finanziell angewiesen. Durch die zu erwartenden Mietausfälle und Schadensersatzforderungen des Nachmieters würde sie in eine wirtschaftlich existentielle Lage geraten. Für den Erlass der Räumungsverfügung spreche zudem die eindeutige Rechtslage. Es werde davon ausgegangen, dass die nicht zu ermittelnde Hauptmieterin und die Antragsgegnerin kollusiv zusammenarbeiteten, wobei keine Mietzahlungen geleistet würden.

Mit Nichtabhilfebeschluss vom 23. 1. 2009 hat das Landgericht der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und diese dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. In der Begründung hierzu heißt es auszugsweise: „Die Antragstellerin hat einen Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht. Allein aus der Tatsache einer im Vertragsverhältnis der Antragstellerin zu ihrer Mieterin möglicherweise unerlaubten Untervermietung ergibt sich keine verbotene Eigenmacht der Untermieterin. Ohne diese ist aber der Erlass einer Regelungsverfügung, die bei der Vollstreckung zur endgültigen Befriedigung des Herausgabean-spruchs führt, wegen des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache regelmäßig unzulässig. Die bei verzögerter Räumung nach Kündigung regelmäßig drohenden erheblichen Vermögensschäden rechtfertigen den Erlass der einstweiligen Verfügung nicht.“

**Aus den Gründen:** II. Die sofortige Beschwerde, die der Einzelrichter gemäß § 568 Satz 2 ZPO dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat, ist zulässig, in der Sache aber ohne Erfolg. Das Landgericht hat den Erlass der beantragten Räumungsverfügung zu Recht abgelehnt. Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung liegen nicht vor. Nach den §§ 935, 940 ZPO können einstweilige Verfügungen im Regelfall nur zur Sicherung eines Anspruchs oder zur vorläufigen Regelung eines Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen werden. Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist die Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs und eines Verfügungsgrundes. Zwar hat die Antragstellerin einen Verfügungsanspruch dargelegt und glaubhaft gemacht. Danach ist die Hauptmieterin gemäß § 546 Abs. 1 BGB zur Räumung und Herausgabe des Mietobjekts an die Antragstellerin verpflichtet. Das Hauptmietverhältnis ist durch die außerordentliche Kündigung der Antragstellerin aus wichtigem Grund vom 17. 12. 2008 gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a BGB wegen des seit September 2008 bestehenden Verzugs der Haupt-

mieterin mit der Entrichtung der laufenden Miete beendet worden mit der Folge, dass die Antragstellerin gemäß § 546 Abs. 2 BGB auch von der Antragsgegnerin Herausgabe des Mietobjekts verlangen kann. Die Antragstellerin hat jedoch einen Verfügungsgrund weder schlüssig dargelegt noch ausreichend glaubhaft gemacht. Ein solcher liegt gemäß §§ 935, 940 ZPO vor, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei im Hauptsacheverfahren vereitelt oder wesentlich erschwert wird (Sicherungsverfügung) oder wenn zur Verhinderung von Gewalt, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus sonstigen gleichwertigen Gründen vor der Entscheidung des Streits im Hauptsacheverfahren eine einstweilige Regelung eines Rechtsverhältnisses erforderlich ist (Regelungsverfügung).

Eine Sicherungsverfügung kommt im Streitfall schon deshalb nicht in Betracht, weil der Räumungs- und Herausgabeanspruch der Antragstellerin durch die schlichte Herausgabeverweigerung der Antragsgegnerin nicht gefährdet ist. Es sind keine Anhaltspunkte vorgetragen, dass insoweit eine Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung im Hauptsacheverfahren droht. Die von der Antragstellerin behauptete Uneinbringlichkeit der Mietzinsrückstände und etwa bis zum Abschluss eines Hauptverfahrens weiter auflaufende Mietzinsforderungen gefährden den Räumungsanspruch jedenfalls nicht (OLG Celle, Beschl. v. 26. 7. 2000, NZM 2001, 194 = ZMR 2000, 752 – 2 W 58/00).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist auch der Erlass einer Regelungsverfügung weder zur Verhinderung von Gewalt noch zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus sonstigen gleichwertigen Gründen geboten. Die Antragsgegnerin hat den Besitz an der Mietsache nicht durch verbotene Eigenmacht, sondern durch Besitzüberlassung der Hauptmieterin erlangt. Das Landgericht hat in seiner Nichtabhilfeverfügung zutreffend ausgeführt, dass allein aus der Tatsache einer im Vertragsverhältnis der Antragstellerin zu ihrer (Haupt-)Mieterin möglicherweise unerlaubten Untervermietung keine verbotene Eigenmacht des Untermieters folgt. Der bloße Ablauf des Mietvertrags und die Weigerung der Antragsgegnerin, die Sache an die Antragstellerin herauszugeben, machen den Besitz im Verhältnis der Parteien im Übrigen auch nicht fehlerhaft i.S.d. § 858 BGB. Verbotene Eigenmacht i.S. der §§ 858, 861 BGB kann nur gegen den unmittelbaren Besitzer nicht aber gegen die Antragstellerin als nur mittelbare Besitzerin verübt werden (BGH, Urt. v. 6. 7. 1977, LM § 233 Nr. 1 = NJW 1977, 1818).

Zur Abwendung wesentlicher Nachteile kann dann eine einstweilige Verfügung erlassen werden, wenn über die bloße Herausgabeverweigerung und fortgesetzte Nutzung der Sache hinaus Rechtsnachteile für die Mietsache drohen. Diese Voraussetzungen werden etwa angenommen, wenn der unberechtigte Besitzer die Sache in einer vom Vertrag nicht mehr gedeckten Weise nutzt und der Sachsubstanz aus diesem Grunde konkrete Gefahr droht. Hierzu reicht es nicht aus, dass der Untermieter sich nach beendetem Hauptmietverhältnis weigert, das Mietobjekt an den Hauptvermieter herauszugeben und es ohne Zahlung eines Nutzungsentgelts an diesen weiter benutzt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. 6. 2004, GuT 2004, 175 = MDR 2004, 1291 = NZM 2005, 180 = OLGR 2005, 5 = ZMR 2004, 751 – 24 W 36/04; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4. 1. 1999, 24 W 93/98, n. v.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30. 3. 1995, OLGR 1995, 174 = MDR 1995, 635 – 11 W 10/95; OLG Brandenburg, Beschl. v. 13. 7. 2001, MDR 2001, 1185 = NZM 2002, 191 = OLGR 2001, 387 – 6 W 133/01 bzw. 138/01; OLG Celle, a. a. O.; OLG Dresden, Beschl. v. 21. 10. 1997, MDR 1998, 305 – 17 W 1513/97; OLG Köln, Beschl. v. 10. 1. 1997, OLGR 1997, 127 = NJW-RR 1998, 1588 = ZIP 1988, 1588 – 1 W 113/96; OLG Hamm, Urt. v. 17. 6. 1992, OLGR 1992, 351 – 30 U 5/92; LG Hamburg, Beschl. v. 3. 3. 2003, ZMR 2003, 493 – 311 O 62/03; Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummietsache, 3. Aufl., RdNr. 1959; Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., Vor § 935, RdNr. 44, S. 1749). Eine drohende Verschlechterung ergibt sich auch nicht aus dem unspezifizier-

ten Vortrag in der lediglich in Kopie vorgelegten „Eidesstattlichen Erklärung“ des Mitarbeiters der Hausverwaltung F. vom 20. 1. 2009, „Wir gehen des Weiteren davon aus, dass mieterrelevante Versicherungen nicht bezahlt sind und somit ein erhebliches Risiko für das Gebäude gegeben ist, welches im Schadensfall zu einer weiteren Belastung des Eigentümers führt“.

Soweit des weiteren in Rechtsprechung und Schrifttum vereinzelt eine Räumungsverfügung zugelassen wird, wenn der Vermieter infolge einer besonderen (wirtschaftlichen!) Notlage auf die sofortige Herausgabe der Räume angewiesen ist (OLG Rostock, Urt. v. 3. 5. 2001, OLGR 2001, 560 – 1 U 233/00; OLG Köln, Beschl. v. 11. 1. 1995, NJW-RR 1995, 1988 – 16 W 73/94; LG Karlsruhe, Urt. v. 27. 7. 2005, ZMR 2005, 870 – 4 O 510/05; Kleemann/Haberkamm, Einstweiliger Rechtsschutz, § 11, Rd-Nr. 123; Schuschke/Walker, a. a. O.), ist dem entgegen zu halten, dass die einstweilige Verfügung nicht das Vermögen schützen soll, sondern ihr Ziel ist es, ein Individualrecht zu schützen, das hier in Gestalt des Anspruchs auf Herausgabe der Mietsache durch das verweigernde Verhalten der Antragsgegnerin nicht gefährdet ist. Würde die einstweilige Verfügung zum Schutz des Vermögens eingesetzt, wie es etwa durch das OLG Rostock (OLG Rostock, a. a. O.) oder das LG Karlsruhe (a. a. O.: drohende wirtschaftliche Aushöhlung des Herausgabeanspruchs) angenommen und hier von der Antragstellerin für sich beansprucht wird, müsste die Herausgabe auch stets an den Gläubiger und nicht an den Sequester angeordnet werden. Denn die Herausgabe an den Sequester hinderte den Gläubiger gleichermaßen daran, den Besitz an der Mietsache zurückzuerhalten, worauf es der Antragstellerin jedoch gerade ankommt. Im Verfahren der einstweiligen Verfügung können in der Regel aber nur solche Maßnahmen angeordnet werden, die den Anspruch des Gläubigers sichern oder in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis die Regelung eines einstweiligen Zustands bezwecken, ohne die Entscheidung in der Hauptsache vorwegzunehmen (Stein-Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl., vor § 935, Rd-Nr. 31). Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass die Antragstellerin durch die Vermietung der Gewerbeimmobilie ihren Lebensunterhalt bestreiten sowie auf die Mieteinnahmen finanziell angewiesen sein will und sie durch die zu erwartenden uneinbringlichen Mietausfälle und Schadensersatzforderungen des Nachmieters in eine wirtschaftlich existentielle Lage geraten würde. In einem solchen Fall, der unter den derzeitigen Finanz- und Wirtschaftsbedingungen in der Praxis nicht ungewöhnlich sein dürfte, käme es stets zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs, und die ratio legis der §§ 935, 940 ZPO wäre in ihr Gegenteil verkehrt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. 6. 2004, a. a. O.; vgl. auch Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl., RdNr. 999; der weiter anwachsende Mietausfall ist kein Verfügungsgrund).

Soweit der Senat mit Urt. v. 29. 9. 2005 (GuT 2005, 257 = ZMR 2006, 446 – I-10 U 18/05) entschieden hat, dass *ausnahmsweise* eine Regelungsverfügung auf Herausgabe des Grundstücks gerechtfertigt sein kann, wenn das Pachtgrundstück nach Ablauf des Pachtvertrages von dem Pächter nicht geräumt wird und eine Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile des Gläubigers unter Berücksichtigung der Schuldnerbelange unabweisbar ist, handelt es sich schon nach dem Leitsatz um eine Ausnahmeentscheidung, die darauf beruht, dass nach den besonderen Umständen des Streitfalls das Pachtverhältnis im Zeitpunkt der Entscheidung seit mehr als sechs Monaten beendet war, der Antragsgegner die Wirksamkeit des Pachtvertrages selbst in Frage gestellt und die Zahlung der vereinbarten Pacht eingestellt hatte, sowie keinerlei nachvollziehbare Gründe dafür angegeben hat und angeben konnte, warum er den Herausgabeanspruch des Verpächters nicht erfüllen wollte. Unter diesen besonderen Umständen hat der Senat den Interessen des Verpächters am Rückhalt des verpachteten Fischteiches den Vorrang eingeräumt und antragsgemäß die Erledigung des Verfügungsrechtsstreits in der Hauptsache festgestellt.

Selbst wenn der Erlass einer Räumungsverfügung bei einer existenziellen Notlage des Vermieters aber gemäß § 940 ZPO gerechtfertigt wäre, hat die Antragstellerin jedenfalls die ihr insoweit obliegende Darlegungs- und Beweislast nicht erfüllt. An die Darlegung des Verfügungsgrundes sind strenge Anforderungen zu stellen. Das Vorbringen des Verfügungsklägers darf sich nicht in Gemeinplätzen erschöpfen, sondern muss die Notlage nachvollziehbar beschreiben. Bereits hieran fehlt es. Der Vortrag der Antragstellerin ist substanzlos. Ihre pauschale Behauptung, ein Abwarten des ordentlichen Verfahrens würde zu irreparablen Schäden führen, die ganz außer Verhältnis zu dem Schaden stehe, der der Antragsgegnerin aus der sofortigen vorläufigen Erfüllung drohe, sie bestreite durch die Vermietung der Gewerbeimmobilie ihren Lebensunterhalt und sei auf die Mieteinnahmen finanziell angewiesen und durch die bereits eingetretenen und zu erwartenden uneinbringlichen Mietausfälle und Schadensersatzforderungen des Nachmieters würde sie in eine wirtschaftlich existentielle Notlage geraten, ist ohne konkrete Einzelheiten zu ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen nicht geeignet zu belegen, dass der Erlass der beantragten Räumungsverfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile i.S. des § 940 ZPO erforderlich ist. Auch eine ausreichende Glaubhaftmachung fehlt. Eine eigene eidesstattliche Versicherung hat die Antragstellerin nicht vorgelegt. In der nur in Kopie vorgelegten „Eidesstattlichen Erklärung“ des Mitarbeiters der von der Antragstellerin beauftragten Verwalterfirma F. vom 20. 1. 2009 heißt es, soweit hier von Interesse, lediglich lapidar, „Wir bitten um schnellstmögliche Entscheidung der Fa. Y-GmbH die Nutzung des Ladenlokals zu entziehen, da die Eigentümerin vom Ertrag der Immobilie ihre Existenz bestreitet und ihren Lebensunterhalt sichert“. Auch die weiteren vorgelegten Unterlagen enthalten zu einer schwerwiegenden Notlage der Antragstellerin keine ausreichenden Angaben. Hinzu kommt, dass der mit der Hauptmieterin abgeschlossene Mietvertrag in § 4 Ziffer 3 a zu den neben der Grundmiete umlegbaren Betriebskosten die Versicherungsbeiträge aufführt, die handschriftlich um die Kosten der „Mietverlustversicherung“ ergänzt sind. Der Senat entnimmt diesem Zusatz, dass die Antragstellerin ihr Mietausfallrisiko durch den Abschluss einer entsprechenden Versicherung abgesichert hat, ein Umstand, der der Annahme einer existentiellen Notlage entgegensteht. In diesem Zusammenhang ist weiterhin zu beachten, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin den ihr aufgrund der Nichträumung entstehenden Schaden gemäß §§ 280, 286 BGB zu ersetzen hat und ihr bei Kenntnis von der Beendigung des Hauptmietverhältnisses gemäß §§ 987, 991 BGB eine Nutzungsentuschädigung in Höhe der ortsüblichen Miete schuldet (Emmerich/Sonnenschein/Rolfs, Miete, 9. Aufl., § 546 BGB, RdNr. 33). Dass diese Forderungen auch gegen die Antragsgegnerin uneinbringlich sind, ist weder dargelegt noch glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin trägt vielmehr selbst vor, dass es sich bei dem von der Antragsgegnerin zu räumenden Objekt um einen Filialbetrieb von insgesamt acht Niederlassungen handelt. Dies lässt in Ermangelung eines substanziierten entgegenstehenden Vortrags der Antragstellerin auf eine entsprechende Wirtschaftskraft schließen. Auch durch die mit Schriftsatz vom 24. 2. 2009 vorgelegte Bonitätsauskunft („supercheck Bonität“) wird eine angebliche Zahlungsunfähigkeit der Antragsgegnerin mangels konkreter Angaben nicht plausibel dargelegt. Letztendlich darf bei der Prüfung der Frage, ob die Antragstellerin eine existentielle Notlage schlüssig dargelegt hat, nicht außer Acht gelassen werden, dass diese bisher weder Räumungsklage gegen die Hauptmieterin noch gegen die Antragsgegnerin erhoben hat noch sonst flankierende Maßnahmen zur Sicherung ihrer Mieterforderung (z. B. Urkundsverfahren i.V.m. einem Vorgehen nach §§ 829, 835 ZPO wegen etwaiger Ansprüche auf Mietzahlung im Verhältnis Hauptmieterin-Untermieterin) eingeleitet hat. Auch dies spricht gegen den Vortrag der Antragstellerin. Unter diesen Umständen rechtfertigt auch der Umstand, dass die Antragstellerin das Objekt bereits am 10./17. 8. 2008 zum 1. 3. 2009 neu vermietet hat, nicht den Erlass der beantragten Räumungsverfügung.

Die Rechtsbeschwerde ist wegen des durch die §§ 574 Abs. 1 Satz 2, 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO begrenzten Instanzenzugs ausgeschlossen (BGH, Beschl. v. 18. 12. 2008, I ZB 32/06; Beschl. v. 6. 4. 2004, V ZB 25/04; BGHZ 154, 102).

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

### § 885 ZPO

#### Zwangsvollstreckung; Herausgabe des Grundstücks; Räumung und Besitzeinweisung; brachliegende Fläche; Ermittlung der Grenzen

**Muss der Schuldner aufgrund eines Titels ein grundbuchmäßig hinreichend bestimmtes Grundstück herausgeben, erfolgt die Zwangsvollstreckung in der Weise, dass der Gerichtsvollzieher das Grundstück auf Antrag des Gläubigers räumt und den Gläubiger an Ort und Stelle in den Besitz einweist. Stellt der Gerichtsvollzieher – wenn es sich etwa um eine brachliegende Fläche handelt – fest, dass eine Räumung nicht erforderlich ist, kann er den Gläubiger durch Protokollerklärung in den Besitz einweisen, auch wenn er in Ermangelung von Grenzsteinen u.Ä. die genauen Grenzen des Grundstücks an Ort und Stelle nicht bestimmen kann.**

(BGH, Beschluss vom 4. 12. 2008 – I ZB 120/05)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil des Landwirtschaftsgerichts Mühlhausen vom 9. Februar 2005 gegen den Schuldner. Der Tenor des Urteils lautet:

„Der Beklagte wird verurteilt, folgende landwirtschaftliche Flächen zu räumen und an die Klägerin herauszugeben:

Gemarkung O., Flur 7, Flurst. 219, groß 8.795 qm  
 Gemarkung O., Flur 7, Flurst. 224, groß 22.881 qm  
 Gemarkung O., Flur 9, Flurst. 300/1, groß 2.156 qm  
 Gemarkung O., Flur 9, Flurst. 404/318, groß 6.702 qm  
 Gemarkung O., Flur 9, Flurst. 433/346, groß 36.653 qm  
 Gemarkung O., Flur 4, Flurst. 530/98, groß 28.021 qm  
 Gemarkung O., Flur 8, Flurst. 268, groß 46.284 qm  
 Gemarkung O., Flur 8, Flurst. 531/277, groß 24.136 qm.“

2 Im Februar 2005 erteilte die Gläubigerin dem Gerichtsvollzieher einen entsprechenden Vollstreckungsauftrag mit dem Ziel der Besitzeinweisung und übersandte dem Gerichtsvollzieher eine Flurkarte im Original. Der Gerichtsvollzieher lehnte die Einweisung als undurchführbar ab: Die genaue örtliche Lage der Grundstücke, die bislang als Großflächen genutzt und bestellt worden seien, könne nicht festgestellt werden; teilweise verfügten sie nicht über einen Weg und seien nur über andere Grundstücke zu erreichen.

3 Mit der Erinnerung hat die Gläubigerin beantragt, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, die Gläubigerin in den Besitz der in Rede stehenden Flächen einzuweisen. Auch ohne Grenzsteine sei der Gerichtsvollzieher in der Lage, sie in den Besitz einzuweisen. Eine Vermessung der Grundstücke vor Einweisung sei nicht erforderlich.

4 Das Amtsgericht Sondershausen hat die Erinnerung zurückgewiesen. Die gegen diese Entscheidung gerichtete sofortige Beschwerde hat das Landgericht Mühlhausen zurückgewiesen.

5 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Gläubigerin ihren Antrag auf Zwangsvollstreckung weiter.

6 **Aus den Gründen:** II. Das Beschwerdegericht hat angenommen, dass der Gerichtsvollzieher nicht verpflichtet gewesen sei, die von der Gläubigerin begehrte Vollstreckungshandlung auszuführen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

7 Für eine Vollstreckung nach § 885 Abs. 1 ZPO sei unerlässlich, dass das Grundstück in der Natur dem im Vollstreckungstitel bezeichneten Grundstück zugeordnet werden könne. Zwar seien die Grundstücke in dem der Vollstreckung zugrunde lie-

genden Titel hinreichend individualisiert. An Ort und Stelle sei eine Individualisierung der fraglichen Grundstücke aber nicht möglich. Aus der dem Gerichtsvollzieher übergebenen Flurkarte seien die Grenzverläufe nicht ersichtlich. Der Gerichtsvollzieher sei auch nicht verpflichtet, auf ein von der Gläubigerin zur Verfügung gestelltes GPS-System zurückzugreifen. Nicht ausreichend sei es, wenn der Gerichtsvollzieher lediglich feststelle, dass der Schuldner die Grundstücke, wie sie sich aus dem Vollstreckungstitel ergäben, zu räumen habe und die Gläubigerin in den Besitz eingewiesen werde.

8 III. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben Erfolg. Zu Unrecht hat der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung mit der Begründung abgelehnt, er könne die Grundstücksgrenzen nicht eindeutig feststellen.

9 1. Eine Herausgabevollstreckung nach § 885 Abs. 1 Satz 1 ZPO setzt zunächst voraus, dass der zu vollstreckende Titel hinreichend bestimmt ist. Insbesondere muss er das herauszugebende Anwesen grundbuchmäßig (Gemarkung, Band, Blatt und Flurstücksnummer) bezeichnen. Im Streitfall erfüllt der Herausgabebetitel diese Voraussetzung. Der Gerichtsvollzieher kann sich anhand der Angaben im Titel über die Lage der dort genannten Flurstücksnummern mit allgemein zugänglichen Hilfsmitteln wie Grundbuchauszug und Flurkarte in Kenntnis setzen (vgl. OLG München DGVZ 1999, 56 f.).

10 2. Die Zwangsvollstreckung aus einem auf Herausgabe eines Grundstücks gerichteten Titel erfolgt in der Weise, dass der Gerichtsvollzieher den Schuldner – notfalls durch unmittelbaren Zwang (§ 758 Abs. 3 ZPO) – aus dem Besitz setzt und den Gläubiger in den Besitz des Grundstücks einweist (§ 885 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Was für die Besitzeinweisung erforderlich ist, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass der Gläubiger die tatsächliche Gewalt über das Grundstück erlangt (§ 854 BGB). Hierfür kann eine Erklärung des Gerichtsvollziehers zu Protokoll (§ 762 ZPO) ausreichen.

11 a) Um den Schuldner aus dem Besitz zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen, muss der Gerichtsvollzieher in der Regel in der Lage sein, die Grenzen des fraglichen Grundstücks an Ort und Stelle zu ermitteln. Muss die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass sich der Schuldner auf dem zu räumenden Grundstück aufhält oder dass er dort bewegliche Sachen lagert, kann der Gerichtsvollzieher seiner Aufgabe nur nachkommen, wenn er nicht nur die grundbuchmäßige Lage des Grundstücks kennt, sondern auch den Verlauf seiner Grenzen an Ort und Stelle nachvollziehen und aufgrund dessen beurteilen kann, ob eine Räumung erforderlich ist.

12 b) Kommt dagegen eine Räumung nicht in Betracht, weil das fragliche Grundstück Teil einer brachliegenden Fläche ist, oder steht von vornherein fest, dass lediglich eine Fläche geräumt werden muss, die auf jeden Fall zu dem herauszugebenden Grundstück gehört, setzt die Herausgabevollstreckung nach § 885 Abs. 1 Satz 1 ZPO eine präzise Bestimmung der Grundstücksgrenzen in der Natur nicht voraus. In einem solchen Fall reicht es aus, wenn der Gerichtsvollzieher an Ort und Stelle – d.h. dort, wo er beurteilen kann, ob eine Räumung erforderlich ist – zu Protokoll (§ 762 ZPO) erklärt, dass er den Schuldner aus dem Besitz setzt und den Gläubiger in den Besitz einweist (LG Trier DGVZ 1972, 93, 94; MünchKomm.ZPO/Gruber, ZPO, 3. Aufl., § 885 Rdn. 24; Zöller/Stöber, ZPO, 27. Aufl., § 885 Rdn. 14; Brehm in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 885 Rdn. 25 Fn. 108; Hüßtege in Thomas/Putzo, 29. Aufl., § 885 Rdn. 8; Baumbach/Lauterbach, ZPO, 67. Aufl., § 885 Rdn. 3).

13 c) Ein solches Verständnis des § 885 ZPO trägt den Erfordernissen Rechnung, die das bürgerliche Recht an den Besitzerwerb stellt. Nach § 854 Abs. 1 BGB wird Besitz allerdings grundsätzlich durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. Für den Erwerb des Besitzes ist jedoch nach § 854 Abs. 2 BGB die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers ausreichend, wenn der Erwerber in der La-

ge ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Danach kann auch der Besitz an einem frei zugänglichen Grundstück durch Einigung erworben werden (Soergel/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 854 Rdn. 24). Entsprechend kann auch bei der Besitzeinweisung nach § 885 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch Protokollerklärung ersetzt werden, wenn der Gläubiger in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über das Grundstück auszuüben.

14 d) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts nimmt es die Gläubigerin mit ihrem Begehren nicht hin, vom Gerichtsvollzieher auch in fremde Grundstücke eingewiesen zu werden. Durch die Erklärung der Besitzeinweisung zu Protokoll wird vielmehr gewährleistet, dass ausschließlich die Flächen an die Gläubigerin herausgegeben werden, auf die sich der Herausgabebetitel bezieht. Eine Einweisung in den Besitz an anderen Flächen als denen, die im Vollstreckungstitel aufgeführt sind, wird durch die Protokollerklärung gerade ausgeschlossen.

15 IV. Der angefochtene Beschluss des Landgerichts kann danach keinen Bestand haben. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, weil noch die weiteren Vollstreckungsvoraussetzungen zu prüfen sind. Da auch das Beschwerdegericht bei richtiger Entscheidung zurückverwiesen hätte, verweist der Senat die Sache an das Amtsgericht zurück.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 290 InsO

**Insolvenz; Restschuldbefreiung; Mitwirkungspflichten des Schuldners; Steuererklärung des Schuldners; Pflichten des Verwalters in Steuersachen des Schuldners; Erstattung von Einkommensteuer**

**Zur Versagung der Restschuldbefreiung wegen Nichtvorlage zur Fertigung der Steuererklärung benötigter Unterlagen.**

(BGH, Beschluss vom 18.12.2008 – IX ZB 197/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Über das Vermögen des Schuldners wurde auf seinen in Verbindung mit einem Antrag auf Restschuldbefreiung gestellten Eigenantrag am 24. November 2003 das Insolvenzverfahren eröffnet und der weitere Beteiligte zu 2 zum Verwalter bestellt.

2 Der Verwalter forderte den Schuldner mehrfach unter Fristsetzung auf, eine Steuererklärung für das Jahr 2003 bei dem zuständigen Finanzamt einzureichen. Am 14. Oktober 2004 teilte der Schuldner dem Verwalter mit, seine Einkommensteuererklärung für das Jahr 2003 am selben Tag bei dem zuständigen Finanzamt unter Verwendung des ELSTER-Verfahrens abgegeben zu haben. Auf sein Ersuchen, ein etwaiges Steuergut haben der Masse zu erstatten, teilte das Finanzamt dem Verwalter am 30. November 2004 mit, dass eine Einkommensteuererklärung des Schuldners nicht eingegangen sei. Mit Fristsetzungen verbundene Anfragen des Verwalters an den Schuldner, ob er seine Einkommensteuererklärung zwischenzeitlich eingereicht habe, blieben ohne Reaktion. Schließlich legte der Verwalter eine Ablichtung der ihm von dem Schuldner übermittelten Einkommensteuererklärung dem Finanzamt mit der Bitte vor, diese Kopie als Steuererklärung zu behandeln. In der Folgezeit wurde seitens der Finanzverwaltung eine Steuererstattung von 202,86 € an die Masse ausgezahlt.

3 Im Schlusstermin vom 15. Februar 2005 beantragte der Gläubiger, dem Schuldner die Restschuldbefreiung zu versagen. Das Amtsgericht Bochum hat dem Schuldner die Restschuldbefreiung angekündigt. Auf die sofortige Beschwerde des Gläubigers hat das Landgericht Bochum dem Schuldner die Restschuldbefreiung versagt. Dagegen richtet sich seine Rechtsbeschwerde.

4 **Aus den Gründen:** II. Die statthafte (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO, § 289 Abs. 2 Satz 1, §§ 7, 6 Abs. 1 InsO) und auch im Übri-



gen zulässige Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

5 1. Das Landgericht meint, dem Schuldner könne eine Verletzung von Mitwirkungspflichten nicht deshalb angelastet werden, weil er trotz mehrfacher Aufforderung keine Steuererklärung eingereicht habe. Denn nicht der Schuldner, sondern der Verwalter sei zur Abgabe der Steuererklärung in Bezug auf die Insolvenzmasse verpflichtet. Der Schuldner bleibe zwar verpflichtet, dem Verwalter die für die Erstellung der Steuererklärung erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Er sei jedoch seitens des Verwalters und des Amtsgerichts nicht zur Abgabe entsprechender Unterlagen, sondern zur Einreichung der Steuererklärung aufgefordert worden. Die Nichtvorlage der Unterlagen könne nicht als grob fahrlässig eingestuft werden, weil der Schuldner wegen des mehrfachen Hinweises auf die Erforderlichkeit der Einreichung einer Steuererklärung davon ausgehen durfte, nicht zur Vorlage von Unterlagen verpflichtet zu sein. Dem Schuldner sei jedoch die Restschuldbefreiung zu verwehren, weil er gegenüber dem Verwalter wahrheitswidrig behauptet habe, die Steuererklärung bei dem Finanzamt abgegeben zu haben. Durch diese Behauptung habe er den Verwalter davon abgehalten, selbst die Steuererklärung bei dem Finanzamt einzureichen. Insoweit habe der Schuldner zumindest grob fahrlässig gehandelt.

6 2. Diese Ausführungen halten in einem entscheidenden Punkt rechtlicher Prüfung nicht stand. Da den Schuldner nach Insolvenzeröffnung keine Verpflichtung zur Erstellung einer Einkommensteuererklärung traf, kann aus seinem Verhalten nach den bislang getroffenen Feststellungen ein Versagungsgrund im Sinne des § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO nicht hergeleitet werden.

7 a) Der Versagungsgrund des § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO setzt eine Verletzung von Auskunft- oder Mitwirkungspflichten „nach diesem Gesetz“, also nach der Insolvenzordnung, voraus. Die Nichterfüllung einer Anordnung kann nur dann zur Versagung der Restschuldbefreiung nach dieser Vorschrift führen, wenn die erteilte Auflage rechtmäßig gewesen ist, also selbst den Vorschriften der Insolvenzordnung entsprach (BGH, Beschl. v. 20. März 2003 - IX ZB 388/02, WPM 2003, 980, 983).

8 b) Der Verwalter hat gemäß § 34 Abs. 1 und 3 AO die steuerlichen Pflichten des Schuldners zu erfüllen, soweit seine Verwaltung reicht. Die Verwaltungsbefugnis des Verwalters (§ 80 InsO) erstreckt sich auf das zur Insolvenzmasse (§§ 35, 36 InsO) gehörende Vermögen (BGH, Urt. v. 24. Mai 2007 - IX ZR 8/06, WPM 2007, 1340, 1341 Rn. 9). Demgemäß hatte der Verwalter auch im Streitfall den dem Schuldner obliegenden steuerlichen Pflichten nachzukommen und für ihn eine Einkommensteuererklärung bei dem Finanzamt einzureichen (BFH, Urt. v. 23. August 1994 - VII R 143/92, ZIP 1994, 1969, 1970; vgl. BGHZ 74, 316, 318; 160, 176, 178). Da der Schuldner durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens seine steuerliche Handlungsfähigkeit verliert (Kübler in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 155 Rn. 81), kann nur der Verwalter für ihn eine Steuererklärung bei dem Finanzamt abgeben. Auf Verlangen des Verwalters ist der Schuldner lediglich zur Vorlage der zur Erstellung der Steuererklärung notwendigen Unterlagen verpflichtet (HmbKomm/InsO-Streck, 2. Aufl. § 290 Rn. 34).

9 aa) War der Schuldner folglich nicht gehalten, eine Einkommensteuererklärung zu verfassen, kann aus der Missachtung entsprechender Auflagen des Verwalters - wie das Beschwerdegericht zutreffend erkennt - ein Versagungsgrund im Sinne des § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO nicht hergeleitet werden. Der Verwalter kann sich seiner originären Verpflichtung zur Abfassung der das Schuldnervermögen betreffenden Steuererklärung nicht durch eine entsprechende Aufforderung an den Schuldner entledigen und darf folglich nicht auf Zusagen des Schuldners vertrauen, die Steuererklärung selbst bei dem Finanzamt einzureichen.

10 bb) Ein Versagungsgrund kann entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts nicht daraus hergeleitet werden, dass der Schuldner wahrheitswidrig die Abgabe der Steuererklärung an das Finanzamt versichert hat. Ein Versagungsgrund ist zwar gegeben, wenn der Schuldner dem Verwalter wahrheitswidrig verspricht, ihm die Steuererklärung zu übersenden, und dadurch den Verwalter an der Geltendmachung von Steuererstattungsansprüchen hindert (LG Mönchengladbach ZInsO 2005, 104; zustimmend HmbKomm/Streck, aaO; FK-InsO/Ahrens, 4. Aufl. § 290 Rn. 48a). Der Schuldner hat jedoch mit seiner Erklärung den Verwalter ersichtlich nicht davon abhalten wollen, selbst eine Steuererklärung bei dem Finanzamt einzureichen. Denn der Schuldner hat den Verwalter durch die - von dem Beschwerdegericht nicht berücksichtigte - Übersendung einer Kopie der Steuererklärung tatsächlich in den Stand versetzt, gegenüber dem Finanzamt durch Abgabe einer Steuererklärung tätig zu werden und einen Erstattungsbeitrag zu realisieren. Überließ der Schuldner dem Verwalter eine ohne weiteres zur Verwirklichung des Steuererstattungsanspruchs geeignete Steuererklärung, erscheint es überdies naheliegend, dass die versprochene Einreichung der Steuererklärung durch den Schuldner nur versehentlich unterblieben ist. Selbst wenn man hier von einer Pflichtwidrigkeit des Schuldners ausgeht, handelt es sich mit Rücksicht auf das grundsätzlich unberechtigte Verlangen des Verwalters, eine Steuererklärung bei dem Finanzamt einzureichen, um einen unwesentlichen Verstoß, der für sich genommen nicht die Versagung der Restschuldbefreiung trägt (BGH, Beschl. v. 20. März 2003, aaO S. 982; v. 23. Juli 2004 - IX ZB 174/03, WPM 2004, 1840, 1841 f; v. 17. März 2005 - IX ZB 260/03, NZI 2005, 461; v. 7. Dezember 2006 - IX ZB 11/06, ZInsO 2007, 96, 97 Rn. 8).

11 c) Allerdings könnte der Versagungsgrund des § 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO eingreifen, falls eine Gesamtbetrachtung des Verhaltens des Schuldners die Annahme rechtfertigt, dass er durch eine fortdauernde Verweigerung seiner Mitwirkungspflichten die Durchsetzung seines Steuererstattungsanspruchs zu verhindern suchte.

12 aa) Nach den Feststellungen der angefochtenen Entscheidung hat der Verwalter den Beschwerdeführer zunächst wiederholt aufgefordert, eine Lohnsteuerkarte nebst ergänzender Unterlagen einzureichen, damit er - der Verwalter - eine Steuererklärung fertigen kann. Dieser Aufforderung ist der Schuldner nicht nachgekommen, sondern hat in dem eigens zwecks Auskunftserteilung vor dem Amtsgericht anberaumten Anhörungstermin seinerseits die Bereitschaft geäußert, eine Steuererklärung bei dem Finanzamt einzureichen und dem Verwalter eine Ablichtung zu übersenden.

13 bb) Bei dieser Sachlage durften Gericht und Verwalter ausnahmsweise auf die Einreichung einer Steuererklärung durch den Schuldner bei dem Finanzamt vertrauen. Der Schuldner war offenbar wiederholt der Verpflichtung, dem Verwalter die zur Fertigung der Steuererklärung benötigten Unterlagen zur Verfügung zu stellen, nicht nachgekommen. Weitergehenden Anordnungen entzog sich der Schuldner durch die Versicherung, selbst die Steuererklärung bei dem Finanzamt einzureichen. Gibt der Schuldner in einer solchen Konstellation gleichwohl die Steuererklärung tatsächlich nicht ab, muss er sich bei wertender Betrachtung so behandeln lassen, wie wenn er dem Verwalter die zur Fertigung der Steuererklärung benötigten Unterlagen nicht überlassen hätte. Der Schuldner kann den Verwalter nicht auf die ihm obliegende Verpflichtung, die Steuererklärung zu fertigen, verweisen, wenn er ihm trotz der Zusage, selbst die Steuererklärung einzureichen, die entsprechenden Unterlagen vorenthält. In der unterlassenen Einreichung der Steuererklärung könnte darum in Verbindung mit der Vorenthaltung der für die Einreichung der Steuererklärung erforderlichen Unterlagen eine fortwährende Verweigerung von Mitwirkungspflichten liegen.

14 cc) Die Zurückverweisung gibt dem Beschwerdegericht Gelegenheit, insoweit ergänzende Feststellungen zu treffen. Ebenso kann der Schuldner auf sein Vorbringen zurückkommen

und es unter Beweis stellen, die Steuerklärung tatsächlich bei dem Finanzamt eingereicht zu haben. Rechtfertigt das Verhalten des Schuldners im Zusammenhang mit der Erstellung der Steuererklärung nicht die Versagung der Restschuldbefreiung, wird das Beschwerdegericht die bisher offen gelassene Frage zu klären haben, ob die Missachtung einer Ratenzahlungsvereinbarung durch den Schuldner einen Versagungsgrund bildet.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

<b>Kurzfassungen/Leitsätze (KL)</b>
<b>Gewerbemiete etc.</b>

### §§ 249, 251 BGB – Schaden; Datenbestand auf der Festplatte

Zur Bemessung des Schadens bei der Vernichtung eines Datenbestandes auf der Festplatte eines betrieblich genutzten Computers.

(BGH, Urteil vom 9. 12. 2008 – VI ZR 173/07)

### § 307 BGB; §§ 45 k, 84 TKG – Kündigungsfrist des Telefon-Festnetz-Anschlusses; Allgemeine Geschäftsbedingungen AGB

Folgende Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telefonfestnetzanschlüsse benachteiligt die Kunden nicht nach Treu und Glauben unangemessen:

„Das Vertragsverhältnis ist für beide Vertragspartner zum Schluss eines jeden Werktages kündbar. Die Kündigung muss der zuständigen Niederlassung der X (= Anbieter) oder dem Kunden mindestens sechs Werktage vor dem Tag, an dem sie wirksam werden soll, zugehen. Der Samstag gilt nicht als Werktag.“

(BGH, Urteil vom 12. 2. 2009 – III ZR 179/08)

### §§ 323, 434, 437, 476 BGB – Kauf vom Pferdezüchter; Mangelgewährleistungsanspruch bei angeblich lammfrommem Pferd

1. Erweist sich ein Pferd, das als ruhig und für Kinder geeignet verkauft worden ist, als nervös und störrisch, ist eine Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht entbehrlich, weil der Verkäufer das Tier schulen oder dem Käufer ein taugliches Ersatzpferd zur Verfügung stellen kann.

2. Im Leugnen des Mangels liegt nicht zwingend eine endgültige Erfüllungsverweigerung, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass der Fehler erstmals nach der Übergabe zutage getreten ist.

(OLG Koblenz, Urteil vom 13. 11. 2008 – 5 U 900/08)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in gmbbl.de 2009, 2.

### § 535 BGB – Gewerberaummiete; Abrechnungsfrist für Betriebskosten

Begründet ist die Berufung, soweit die Klage Betriebskostenvorauszahlungen in Höhe von monatlich Euro 55,83 für die „kalten“ Betriebskosten und in Höhe von monatlich Euro 39,88 für die Heiz- und Warmwasserkosten betrifft. Zwar findet die Vorschrift des § 556 BGB unmittelbar nur für die Wohnraummietsgeltung. Es ist aber allgemeine Meinung, dass auch der Mieter von Gewerberäumen einen Anspruch auf eine Abrechnung innerhalb angemessener Frist - regelmäßig innerhalb eines Jahres nach Ende des Abrechnungszeitraums - hat; nach Ablauf der Abrechnungsfrist kann der Vermieter die ausstehenden Vorauszahlungen nicht mehr einfordern, sondern nur noch den Ausgleich eines Saldos aus einer etwaigen Abrechnung (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 27. 11. 2002, VIII ZR 108/02, in GE 2003, 250 [=GuT 2003, 61]; KG, Beschluss vom 29. 12. 2006, 12 U 117/06, in GE 2007, 845; OLG Düsseldorf,

Urteil vom 9. 3. 2000, 10 U 194/98, in GE 2000, 537 ff. [=WuM 2000, 212 KL]; Bub/Treier-v. Brunn, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiets, 3. Auflage, 1999, Teil III. A., Rn. 46; Schmidt-Futterer/Langenberg, a. a. O., § 556 BGB, Rn. 455; Palandt-Weidenkaff, a. a. O., § 535 BGB, Rn. 94 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung). Bezüglich der „kalten“ Betriebskosten entspricht der Abrechnungszeitraum gemäß § 4 Ziffer 3. des Mietvertrages dem Kalenderjahr. Bezüglich der Heiz- und Warmwasserkosten läuft der Abrechnungszeitraum gemäß § 6 Ziffer 9 a) des Mietvertrages jeweils vom 1. Mai bis zum 30. April eines Jahres. Der Kläger hat weder innerhalb dieser Abrechnungszeiträume noch danach Abrechnungen für die Jahre 2003 bis 2005 vorgelegt. Folglich kann er für die Monate Mai 2003 bis Juni 2005 nur die Nettokaltmiete von 26 x Euro 265,87 beanspruchen zuzüglich der Restmiete für April 2003 in Höhe von Euro 25,46. Für den Monat April 2003 ist gemäß §§ 366, 367 BGB davon auszugehen, dass die geleisteten Zahlungen zunächst mit den Betriebskostenvorschüssen verrechnet wurden.

(KG, Urteil vom 4. 2. 2008 – 8 U 49/08)

### § 535 BGB; § 286 ZPO; § 61 a.F. VVG – Gebäudeversicherung; Regress gegen den Geschäftsraummieter; Repräsentantenhaftung; Regressverzicht; Verbesserung des vertrags- gemäßen Ausstattungsstandards; Elektroanlage

1. Den Gebäudeversicherer trifft im Regressprozess gegen den Mieter die Darlegungs- und Beweislast für eine Leistungsfreiheit nach § 61 VVG.

2. Zu den – hier verneinten – Voraussetzungen grober Fahrlässigkeit in Bezug auf einen Brandschaden, der durch ein fehlerhaft angebrachtes Elektrokabel unter dem Büro des Marktleiters eines Lebensmittelsupermarktes verursacht worden ist.

3. Repräsentant ist, wer in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, aufgrund eines Vertretungs- oder ähnlichen Verhältnisses an die Stelle des Versicherungsnehmers getreten ist.

4. Weder die bloße Überlassung der Obhut über die versicherte Sache noch allein verwandtschaftliche (Ehegatte, Kinder) oder allein vertragliche Beziehungen, kraft derer der Dritte die Obhut über das versicherte Risiko ausübt (z. B. Miet-, Arbeits-, oder Geschäftsbesorgungsverträge), reichen aus, um ein Repräsentantenverhältnis anzunehmen.

5. Hat der Versicherungsnehmer die eigenverantwortliche Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag einem Dritten übertragen, ist dieser insoweit sein Repräsentant.

6. Sind die Voraussetzungen des § 61 VVG a.F. nicht gegeben, erfasst der Regressverzicht des Gebäudeversicherers auch einen übergegangenen Anspruch wegen Verletzung einer vertraglichen Anzeigepflicht.

7. Der Mieter hat – abgesehen von den Fällen einer (akuten) Gesundheitsgefährdung – grundsätzlich keinen Anspruch auf Anpassung veralteter technischer Anlagen an neuere Standards.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 8. 5. 2008 – I-10 U 24/08)

**Hinw. d. Red.:** Die Entscheidung kann bis zum 30. April 2009 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

### § 280 BGB; § 7 AUB – Versicherungsmaklerver- trag; Fürsorgepflichten des Versicherungsmaklers im Schadensfall; Hinweis auf Ausschlussfristen

Ein Versicherungsmakler, der es übernommen hat, den Versicherungsnehmer hinsichtlich der Schadensmeldung für eine Unfallversicherung zu unterstützen, muss diesen in diesem Zusammenhang auch auf die Regelung des § 7 I. Abs. 1 Satz 2 AUB hinweisen.

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. 12. 2008 – 9 U 141/08 – n. rkr.)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in gmbbl.de 2009, 8.

### §§ 133, 157, 320, 322, 631, 632, 633, 634 BGB; §§ 4, 92, 96 ZPO – Beweislast für Festpreisvereinbarung beim BGB-Werkvertrag; Fälligkeit des Werklohns trotz offener Nachbesserungsarbeiten

1. Beim BGB-Werkvertrag hat der Unternehmer eine vom Besteller behauptete Festpreisvereinbarung zu widerlegen. Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Auftraggeber nicht in der Lage ist, eine derartige Absprache plausibel darzulegen.

2. Hat der Unternehmer dem Besteller die Durchführung von Nachbesserungsarbeiten mehrmals erfolglos angeboten, kann der Werklohn fällig werden, wenn das Verhalten des Auftraggebers den sicheren Schluss erlaubt, dass er an der vertragsgemäßen Herstellung kein Interesse mehr hat.

3. Dass eine Nebenforderung für den Streitwert ohne Bedeutung ist, ändert nichts daran, dass ein erheblich überhöhtes Zinsbegehren trotz umfassenden Obsiegens in der Hauptsache eine Kostenquotelung nach § 92 Abs. 1 ZPO erfordert.

4. Erweisen sich sämtliche Mängelrügen des Bestellers als unbegründet, kann es geboten sein, ihm die gesamten Kosten der Sachaufklärung aufzuerlegen.

(OLG Koblenz, Urteil vom 12. 6. 2008 – 5 U 52/08)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in gmbbl.de 2009, 5.

### §§ 249, 675 BGB – Fehler des Berufungsanwalts; mangelnder Rechtsvortrag; Schaden

Unterlässt es der Berufungsanwalt, auf ein die Rechtsauffassung seines Mandanten stützendes Urteil des Bundesgerichtshofs hinzuweisen, und verliert der Mandant deshalb den Prozess, wird der Zurechnungszusammenhang zwischen dem Anwaltsfehler und dem dadurch entstandenen Schaden nicht deshalb unterbrochen, weil auch das Gericht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs übersehen hat.

(BGH, Urteil vom 18. 12. 2008 – IX ZR 179/07)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2009, 134.

### § 839 BGB – Zwangsversteigerung; Amtspflicht des Schutzes des Vollstreckungsgläubigers als Dritten

Die Amtspflicht des Versteigerungsgerichts zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften im Zwangsversteigerungsverfahren schützt auch den Vollstreckungsgläubiger. Der Schutzzweck dieser Amtspflicht umfasst den Verlust, der dadurch eintritt, dass der Zuschlagsbeschluss wegen eines Zustellungsfehlers wieder aufgehoben wird und in einem nachfolgenden Versteigerungstermin ein geringerer Erlös erzielt wird (Abgrenzung zum Senatsurteil vom 13. September 2001 – III ZR 228/00 – NJW-RR 2002, 307).

(BGH, Versäumnisurteil vom 22. 1. 2009 – III ZR 172/08)

### § 265 a StGB – Erschleichen von Leistungen; Beförderung durch ein Verkehrsmittel

Eine Beförderungsleistung wird bereits dann im Sinne des § 265 a Abs. 1 StGB erschlichen, wenn der Täter ein Verkehrsmittel unberechtigt benutzt und sich dabei allgemein mit dem Anschein umgibt, er erfülle die nach den Geschäftsbedingungen des Betreibers erforderlichen Voraussetzungen.

(BGH, Beschluss vom 8. 1. 2009 – 4 StR 117/08)

### §§ 8, 9, 511 ZPO; § 5 KleingG – Beschwerdewert der Räumungsklage nach vorausgegangener Kündigung; Bemessung nach Mietentgelt mit Nebenleistungen; Kleingartenpacht

a) Bei Räumungsklagen nach vorausgegangener Kündigung eines Kleingartenpachtverhältnisses ist der Wert des Beschwerdegegenstandes regelmäßig in entsprechender Anwen-

dung des § 9 ZPO nach dem auf einen Zeitraum von dreieinhalb Jahren entfallenden Entgelt für die Gebrauchsüberlassung zu bemessen.

b) Zu diesem Entgelt gehören bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise neben dem eigentlichen Pachtzins auch Gegenleistungen anderer Art, wie die Übernahme der öffentlich-rechtlichen Lasten im Sinne von § 5 Abs. 5 BKleingG.

(BGH, Beschluss vom 11. 12. 2008 – III ZB 53/08)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2009, 138.

### §§ 3, 4, 543 ZPO – Revisionszulassung; Streitwert des Revisionsverfahrens; Betriebskostenabrechnung der Gewerberaumiete; Behandlung der Verwaltungskosten; Abrechnungssaldo

Die Gegenvorstellung des Klägers gibt dem Senat keine Veranlassung, die Festsetzung des Gebührenstreitwerts in seinem Beschluss vom 11. Juni 2008 zu ändern.

1 Entgegen der Auffassung des Klägers hatte das Oberlandesgericht Frankfurt in seinem Urteil vom 17. Januar 2008 [27 U 25/07 – juris] die Revision unbeschränkt zugelassen, weshalb der Streitwert des Revisionsverfahrens auf 41 359 € festzusetzen war. Zwar heißt es in den Urteilsgründen, die Revision werde „im Hinblick auf die Behandlung der Verwaltungskosten“ zugelassen. Von einer sich aus den Gründen des Berufungsurteils ergebenden Zulassungsbeschränkung kann indessen nur dann ausgegangen werden, wenn sich daraus mit hinreichender Klarheit ergibt, dass das Berufungsgericht die Möglichkeit einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nur wegen eines abtrennbaren Teils seiner Entscheidung eröffnen wollte (Senatsurteil BGHZ 153, 358, 361; BGH Urteil vom 3. März 2005 – IX ZR 45/04 – NJW-RR 2005, 715 f.). An einer solchen Beschränkung fehlt es hier. Der im Streit befindlichen Forderung auf eine Betriebskostennachzahlung liegt ein (jährlich zu ermittelnder) Abrechnungssaldo aus den geforderten Betriebskosten und den bereits geleisteten Vorauszahlungen zugrunde. Demgegenüber stellt sich die in dem Saldo enthaltene Position „Verwaltungskosten“ nur als unselbständiger Rechnungsposten, nicht aber als selbständiger prozessualer Anspruch des Klägers dar. Es ist deshalb anzunehmen, dass das Berufungsgericht den gesamten Saldo zur revisionsrechtlichen Nachprüfung stellen wollte, wenn auch nur vor dem Hintergrund einer umstrittenen Abrechnungssposition.

(BGH, Beschluss vom 9. 7. 2008 – XII ZR 34/08)

### § 21 GKG – PKH Prozesskostenhilfe; Verfahrensführung; Verfahrenskosten

Im Rahmen des Prozesskostenhilfverfahrens ist das Gericht weder verpflichtet, mit der Anhörung des Gegners zuzuwarten, bis die Bedürftigkeit des Antragstellers abschließend geklärt ist, noch hat es den anwaltlich vertretenen Antragsteller auf etwaige mit der Anhörung des Gegners verbundene Kosten hinzuweisen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. 10. 2008 – I-10 W 94/08)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in gmbbl.de 2009, 12.

**NEU**

**Gemeinsames Beiblatt (GmBBI)**

**Online-Ausgabe: [www.gmbbl.de](http://www.gmbbl.de)**

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

**GKG KV-Nr. 9003; § 28 GKG; § 299 ZPO – Auslagenschuldner für die Aktenversendungs-pauschale**

Aus den Regelungen der ZPO über das Akteneinsichtsrecht und die Prozessvollmacht ergibt sich, dass eine Aktenversendung regelmäßig als durch die Partei beantragt anzusehen sein wird, so dass Auslagenschuldner für die Aktenversendungs-pauschale die Partei selbst ist und nicht deren Prozessbevollmächtigter.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. 4. 2008 – I-10 W 18/08)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in gmbbl.de 2009, 13.

**§ 8 JVEG – Sachverständigenkosten; Nachprüfung des Zeitaufwands; erforderliche Zeit**

1. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Angaben des Sachverständigen über die tatsächlich benötigte Zeit richtig sind.

Ein Anlass zur Nachprüfung, ob die von dem Sachverständigen angegebene Zeit auch erforderlich war, wird nur dann bestehen, wenn der angesetzte Zeitaufwand im Verhältnis zur erbrachten Leistung ungewöhnlich hoch erscheint.

2. Eine Herabsetzung des vom Sachverständigen angegebenen Zeitaufwandes kann nur erfolgen, wenn zugleich angegeben werden kann, welche der vom Sachverständigen angegebenen Arbeitszeiten zu lang bemessen sind und in welcher Zeit und aus welchen Gründen die Einzelarbeit hätte schneller verrichtet werden können. Das Gericht darf sich insoweit nicht darauf beschränken, jeweils pauschal eine gewisse Anzahl von Stunden unter Plausibilitäts Gesichtspunkten zu schätzen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. 6. 2008 – I-10 W 40/08)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in gmbbl.de 2009, 15.

**KL-Mitteleiter:** RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiOLG Weller, Koblenz; VRiKG Bieber, Berlin; RiOLG Geldmacher, Düsseldorf; VRiOLG Lauven, Freiburg.

**Teileigentum**

**§ 14 WEG**

**Gebrauchsrecht; Zweckbestimmung; gewerbliche Nutzung der Eigentumswohnung; Prostitution in der Wohnanlage; randständige Menschen**

**1. Im Regelfall stellt die Prostitutionsausübung in einer Wohnanlage für die benachbarten Eigentümer einen nicht mehr hinnehmbaren Nachteil dar, der einen Unterlassungsanspruch begründet.**

**2. Handelt es sich allerdings um eine atypische Anlage, in der beispielsweise keine Familien wohnen, Obdachlose zur Wiedereingliederung untergebracht sind und sich auch in der Umgebung randständige Personen aufhalten, so kann im Einzelfall ein Unterlassungsanspruch unbegründet sein.**

(OLG Köln, Beschluss vom 25. 8. 2008 – 16 Wx 117/08)

**Zum Sachverhalt:** Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin zweier Wohnungen der Wohnungseigentümergeinschaft. Die Antragsteller nehmen die Antragsgegnerin in Anspruch, weil diese ihre zwei Wohnungen an Damen vermietet hat, die dort der Prostitution nachgehen. Die Mieterinnen als Callgirls verabreden sich telefonisch mit den Freiern. Die Antragsteller verlangen, dass die Antragsgegnerin diese Wohnungsnutzung unterlässt; ferner beantragen sie Erstattung angefallener Detekteikosten. Die Gemeinschaftsordnung dieser Wohnanlage sieht u. a. vor, dass die Ausübung eines Gewerbes oder Berufes in einer Wohnung der Zustimmung des Verwalters bedarf, die dieser nur aus wichtigem Grund, insbesondere bei einer unzumutbaren Beeinträchtigung, verweigern darf. Beide Vorinstanzen haben - unter verschiedenen Gesichtspunkten - die Anträge abgelehnt. In dem Verfahren der weiteren Beschwerde verfolgen die Antragsteller ihr ursprüngliches Begehren weiter.

**Aus den Gründen:** II. Die in formeller Hinsicht unbedenkliche sofortige weitere Beschwerde ist nicht begründet.

Die Entscheidung des Landgerichts [Köln] ist aus Rechtsgründen, die allein Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens sein können (§ 27 FGG i. V. m. 546 ZPO), im Ergebnis nicht zu beanstanden. Aufgrund des festgestellten Sachverhalts haben Amts- und Landgericht zu Recht den Unterlassungs- wie den Zahlungsanspruch verneint.

Im Regelfall wird für eine Anlage, in der sich Wohnungseigentumseinheiten befinden, ganz überwiegend angenommen, dass die bloße Tatsache der Prostitutionsausübung für die benachbarten Wohnungseigentümer einen nicht mehr hinnehmbaren Nachteil darstellt, weil dieser Umstand den Wert der Wohnung und damit die Preisbildung negativ beeinflusst (OLG Hamburg, ZMR 2005, 644; OLG Frankfurt, NZM 2004, 950).

Vorliegend handelt es sich indes um eine Wohnanlage, die nicht den Ansprüchen typischer Mehrfamilienwohnanlagen entspricht, vielmehr verschiedene Besonderheiten hinsichtlich ihrer Nutzung und Lage aufweist. Dies hat zur Folge, dass die Ausübung der Prostitution an sich noch keine unzumutbare Beeinträchtigung der übrigen Wohnungseigentümer darstellt. Hierzu hat das Amtsgericht zutreffend auf verschiedene, von ihm fehlerfrei festgestellte Besonderheiten verwiesen. So besteht die Anlage aus 70 Einzimmerwohnungen, die überwiegend etwa 23-24 qm groß sind. Familien mit Kindern wohnen dort nicht. Mindestens fünf Wohnungen werden von einer karitativen Einrichtung genutzt, um dort im Wechsel Obdachlose zur Wiedereingliederung für einige Monate unterzubringen. Dass darunter auch Personen sind, die Alkohol- oder Drogenprobleme haben, wird auch von der Antragstellerseite nicht in Abrede gestellt. Ferner befindet sich in der Anlage eine Wohngemeinschaft mit jugendlichen Drogensüchtigen. Die Wohnanlage liegt an einer Straße der Stadt, in der auch randständige Menschen Unterkunft finden. Bei einer Gesamtschau dieser Umstände werden allein durch die Ausübung der Prostitution in zwei Wohnungen, wenn wie hier die Verabredungen mit den Freiern telefonisch erfolgen - „Callgirls“ -, der Wohnwert und der wirtschaftliche Wert der übrigen Wohnungen der Wohnanlage nicht erheblich beeinträchtigt. Durch die geschilderte sonstige Nutzung und die Lage der Wohnanlage entspricht diese nicht den Anforderungen an übliche Mehrfamilienwohnanlagen, sondern ist - jedenfalls derzeit - auf andere Bedürfnisse zugeschnitten. Diese Sachverhaltsfeststellung des Amtsgerichts ist verfahrensfehlerfrei zustande gekommen und lässt keine Mängel in der Beweiswürdigung erkennen.

Eine andere Beurteilung ergäbe sich, wenn durch die Prostitutionsausübung konkrete Beeinträchtigungen der anderen Mieter/Eigentümer verbunden wären, mithin die Ausübung der Prostitution in einer Weise nach außen hervortritt, dass hieran Anstoß genommen werden könnte (vgl. LG Nürnberg-Fürth, NJW-RR 1990, 1355; Staudinger/Kreuzer, BGB, 13. Aufl., § 13 WEG

Rdnr. 57). Dies vermochten die Antragsteller nicht schlüssig darzulegen. Auch nach einem gerichtlichen Hinweis durch die Beschwerdekammer haben die Antragsteller keine konkreten Umstände vorgebracht, die eine besondere Belästigung als Folge der Nutzung durch Callgirls erkennen lassen. Der Hinweis auf die in dem Schreiben vom 19. 7. 2006 aufgezeigten Vorfälle reicht nicht, da sich die dort aufgeführten Beanstandungen auf insgesamt fünf Apartments beziehen und nicht erkennen lassen, ob und ggfs. welche Einzelfälle mit den Wohnungen Nr. 20 und 35 in Zusammenhang stehen. Das weitere Vorbringen aufgrund des Hinweises im Schriftsatz vom 15. 2. 2008 bleibt ungenau und damit unbeachtlich. Selbst wenn - wie vorgetragen - Freier „immer wieder“ suchend vor dem Klingeltabelleau stehen sollten, bedeutet dies bei einem Appartementhaus mit 70 Wohnungen keine besondere Belästigung, abgesehen davon, dass diese vermeintlich belästigenden Nachfragen nicht konkretisiert werden. Soweit eine Belästigung weiblicher Hausbewohner behauptet wird, lässt auch dieses Vorbringen jegliche Angabe zu Häufigkeit und zeitlicher Einordnung vermissen; angeblich betroffene Bewohnerinnen werden nicht benannt.

Da somit keine besonderen Belästigungen als Folge der Prostitutionsausübung ersichtlich sind, liegt nach der Teilungserklärung kein wichtiger Grund für eine Untersagung der Zustimmung zur gewerblichen Nutzung vor, so dass diese Nutzung zulässig ist. Damit fehlt die Grundlage für einen Unterlassungsanspruch. Ob ein solcher Anspruch darüber hinaus bereits verwirkt wäre, kann dahin stehen.

Bereits aus den dargelegten Gründen, aber auch mit den Erwägungen der Vorinstanzen ist der Zahlungsanspruch der Antragsteller ebenfalls zurückzuweisen.

Es entspricht billigem Ermessen, dass die Antragsteller die Gerichtskosten des ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels zu tragen haben, § 47 Satz 1 WEG a.F.

Gründe, nach § 47 Satz 2 WEG a.F. eine Erstattung außergerichtlicher Kosten anzuordnen, hat der Senat nicht gesehen.

Mitgeteilt von VRiOLG Jennissen, Köln

## Kurzfassungen / Leitsätze (KL) Teileigentum etc.

### **§ 154 ZVG – Verantwortlichkeiten des Zwangsverwalters gegenüber den Beteiligten; Wohnungseigentümergeinschaft als Beteiligte; Wohngeld und Sonderumlagen als Ausgaben der Verwaltung während der Beschlagnahme**

a) Der Zwangsverwalter ist allen Personen verantwortlich, gegenüber denen ihm das Zwangsversteigerungsgesetz besondere Pflichten auferlegt.

b) Die Wohnungseigentümergeinschaft kann „Beteiligte“ im Sinne von § 154 Satz 1 ZVG sein.

(BGH, Urteil vom 5. 2. 2009 – IX ZR 21/07)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2009, 194.

### **§ 62 WEG; § 18 ZVG – Mehrere Zwangsverwaltungsverfahren in der Eigentumswohnungsanlage; Verwendung jeweiliger Erlöse aus der Verwaltung für jeweils geschuldetes Hausgeld**

Das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung findet auch auf Zwangsverwaltungsverfahren, die am 30. Juni 2007 anhängig waren, weiterhin in seiner an diesem Tage geltenden Fassung Anwendung.

Dass mehrere Zwangsverwaltungsverfahren, die dieselbe Eigentumswohnungsanlage betreffen, gemeinsam betrieben werden, führt nicht dazu, dass der Erlös aus der Verwaltung einzelner Einheiten von dem Zwangsverwalter dazu verwendet werden könnte, das auf andere Einheiten entfallende Hausgeld zu bezahlen.

(BGH, Beschluss vom 20. 11. 2008 – V ZB 81/08)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2009, 192.

## Wettbewerb

### Internet – Umschau März 2009

*Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin*

#### **LG Frankfurt – Kennzeichen-Domains bleiben tabu**

Das Landgericht Frankfurt hat in einer aktuellen Entscheidung deutlich gemacht, wo die Grenze bei der Registrierungspflicht seitens der deutschen Domain-Verwaltung DENIC eG liegt (Urteil vom 07. 01. 2009, Az.: 2-06 O 362/08): Sie muss keine Domain-Registrierung durchführen für Domains, die einem Kfz-Kennzeichen für den Kfz-Zulassungsbezirk eines Landkreises entsprechen.

Die Klägerin behauptet, sie sei regional und überregional unter einem Zweizeichenkürzel bekannt, was sie durch jahrelange eigene Verwendung des Kürzels erreicht habe. Sie verlangt die entsprechende Zwei-Zeichen-Domain unter dem Länderkürzel .de für Deutschland. Dabei bezieht sie sich darauf, dass Konkurrenten unter Domains wie faz.de und taz.de im Internet erreichbar seien. Zumindest müsste eine vorläufige Registrierung der Domain möglich sein. Die deutsche Domain-Verwaltung DENIC eG verweist auf ihre Domain-Richtlinien und weigert sich, die Domain für den Besteller zu registrieren. Nach ihren Domain-Richtlinien werden Domains, die einem offiziellen Kennzeichen für den Kfz-Zulassungsbezirk eines Land-

kreises entsprechen, freigehalten, um eine Regionalisierung des Internets unter der Endung .de zu ermöglichen.

Das Landgericht Frankfurt wies die Klage als unbegründet zurück. Es konnte keine kartellrechtlich relevante unberechtigte Ungleichbehandlung der Klägerin gegenüber ihren Konkurrenten erkennen. Die Weigerung der DENIC, die gewünschte Domain für die Klägerin zu registrieren, weist einen sachlichen Grund aus und ist damit rechtmäßig. Die in den Domain-Richtlinien getroffene Regel der DENIC eG stellt einen sachlichen Grund im Sinne des Kartellrechts dar, der als Grundlage für eine Ungleichbehandlung dienen kann. Auch wenn derzeit dreizehn dreistellige Second Level Domains, die Kfz-Zulassungsbezirken entsprechen oder ehemals entsprachen, unter .de registriert sind, bestehen keine Bedenken wegen der Anwendung der Richtlinien auf die Klägerin. Der Plan der DENIC, auf der Third Level Ebene ein „Regionales Netz“ aufzubauen, ist derzeit jedenfalls noch umsetzbar. Einer von der Klägerin vorgeschlagenen vorläufigen Registrierung der Domain zu ihren Gunsten steht entgegen, dass die Beklagte dann alle Domains (derzeit 385), die Zulassungsbezirken entsprechen, vorübergehend vergeben müsste, was erhebliche Schwierigkeiten in der Umsetzung des geplanten „de-Regionalnetzes“ mit sich brächte, da umfangreiche rechtliche Auseinandersetzungen zu befürchten wären.

Diese Entscheidung des LG Frankfurt ist nicht in einen Topf mit der früheren Entscheidung hinsichtlich der Domain vw.de zu werfen. Bei der vw.de-Entscheidung ging es um Fragen der technischen Machbarkeit, mit der der kartellrechtlich relevante sachliche Grund stand oder fiel. In der nun neuen Entscheidung war die Frage der technisch bedenkenlosen Machbarkeit nicht relevant. Gegen die Registrierung der Zwei-Zeichen-Domain unter .de spricht allein das Wollen der Beklagten. Diese hat sich in ihren Richtlinien dazu geäußert und ist dieser Selbstverpflichtung immer nachgekommen. Aus diesem Grunde sah das Gericht hier keine Ungleichbehandlung.

Die Entscheidung findet man unter:  
<http://www.domain-recht.de/verweis/58>

### AG Ludwigshafen – Name unterliegt Spitzname

Das AG Ludwigshafen hat bereits vor geraumer Zeit entschieden, dass auch ein Spitzname einem bürgerlichen Namen gleichsteht und die Klage des Namensträgers gegen einen Domain-Inhaber abgewiesen (Urteil vom 23.05.2007, Az.: 2 h C 22/07). In Anbetracht der maxem.de-Entscheidung des Bundesgerichtshofs stellt die Entscheidung des AG Ludwigshafen eine Herausforderung dar.

Der Kläger, Inhaber einer im Handelsregister eingetragenen Firma auf seinen Namen, will sich unter der .de-Domain, die seinem Nachnamen entspricht, eine Internetseite einrichten. Der Inhaber der Domain und Beklagte trägt diesen Namen als Spitznamen, unter dem er im Freundes- und Bekanntenkreis seit Jahren bekannt ist. Zugleich ist er Inhaber eines Gewerbebetriebes, den er unter der gleichnamigen Domain unter der Endung .it präsentiert. Die .de-Domain nutzt der Beklagte ausschließlich privat.

Der Kläger sah hier eine Namensrechtsverletzung und verlangte die Unterlassung der Nutzung und Registrierung der Domain sowie deren Übertragung an ihn gegen Erstattung der Registrierungskosten. Er erhob Klage beim Amtsgericht in Ludwigshafen. Das Gericht sah die Angelegenheit anders. Zunächst prüfte es jedoch seine Zuständigkeit, da für Kennzeichenrechtsangelegenheiten üblicherweise die Landgerichte zuständig sind. Da die streitbefangene Domain unstrittig ausschließlich privat genutzt wird, konnte von einer möglichen Kennzeichenrechtsverletzung nicht ausgegangen werden.

In der Sache sah das Gericht jedoch auch keine Namensrechtsverletzung, da seitens des Beklagten weder eine Namensanmaßung noch eine Namensleugnung vorlag. Die vom Beklagten als Spitznamen genutzte Bezeichnung ist nach Auffassung des Gerichts eine für alle nachvollziehbar abgeleitete Kurzform aus seinem Familiennamen, die ihn individualisiert, weshalb die Bezeichnung durch § 12 BGB geschützt ist. Die Entscheidung des BGH zur Domain maxem.de stelle einen anderen Fall dar: dort ging es um einen allein in Netzwerken (und besonders im Internet) genutzten Namen. Seinen Spitznamen nutze der Beklagte hier aber seit Jahren tatsächlich als Ruf- und Spitznamen; das sei ein entscheidungserheblicher Unterschied zum Fall des BGH.

Der Bundesgerichtshof ging in seiner Entscheidung (Urteil vom 26.06.2003, Az.: I ZR 296/00) davon aus, dass ein Pseudonym dem namensrechtlichen Schutz zugänglich sei, wenn der Verwender unter diesem Namen im Verkehr bekannt ist, also mit diesem Namen Verkehrsgeltung besitzt. Ob das im Fall des AG Ludwigshafen zugunsten des Beklagten so war, lässt sich kaum nachvollziehen; nähere Ausführungen dazu hätten der Entscheidung gut getan.

Die Entscheidung des AG Ludwigshafen findet man unter:  
[http://depre.de/cms/070523AG-Ludwigshafen-2hC22\\_07.pdf](http://depre.de/cms/070523AG-Ludwigshafen-2hC22_07.pdf)  
Die Entscheidung des Bundesgerichtshof zu maxem.de findet man unter: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030258.htm>

### LG Hamburg – eMail-Adresse genießt Markenschutz

Das Landgericht Hamburg hat in einer verwirrenden Rechtsache ein denkwürdiges Urteil gefällt: der Bestandteil vor dem @-Zeichen einer eMail-Adresse kann kennzeichenrechtlichen

Schutz entwickeln (Urteil vom 18.09.2008, Az.: 315 O 988/07). Ob das so stehen bleiben kann, prüft das OLG Hamburg (Az.: 3 U 206/08).

Die Beklagte, eine Rechtsanwaltskanzlei, benutzt seit 1983 ununterbrochen das Kennzeichen „p.l.“, und zwar zunächst als Telegrammadresse, später zudem als eMail-Adresse in der Form „p.l@domain.tld“ und seit 10. Januar 2001 auch in der Domain „p.l.de“. Der Kläger ist ein finnisches Unternehmen, das unter anderem die deutsche Marke „p.“ (ohne „l“ am Ende) registriert hat (eingetragen am 26. Januar 2007), unter der sie in Deutschland ein Unternehmen im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes betreiben und unter anderem ein Lifestylegetränk auf den Markt bringen will. Gegen die Beklagte macht sie hinsichtlich der Domain „p.l.de“ markenrechtliche Unterlassungsansprüche wegen Verwechslungsgefahr und Schadensersatz geltend. Die Beklagte reklamiert für sich, durch die beständige Nutzung des Begriffs sei ein kennzeichenrechtlicher Schutz entstanden.

Das Landgericht Hamburg wies die Klage ab. Einen Unterlassungsanspruch seitens des Klägers konnte das Gericht nicht feststellen, da die Beklagte sich berechtigter Weise auf eigene Markenrechte (§§ 4, 14 MarkenG) berufen konnte. Die Beklagte sei Inhaberin eines Unternehmenskennzeichens, einer besonderen geschäftlichen Bezeichnung mit besserer Priorität im Verhältnis zum Kläger. Mit der Aufnahme der Benutzung des Zeichens als Bestandteil der eMail-Adresse der Kanzlei, spätestens aber mit Benutzung des Zeichens in Gestalt der Domain „p.l.de“ seit dem Jahr 2001 erwarb die Beklagte gegenüber der Markenmeldung des Klägers prioritätsbesseren kennzeichenrechtlichen Schutz für den Begriff „p.l.“ in Bezug auf die hier betroffene Dienstleistung.

Die Verwendung des Begriffs „p.l.“ in der eMail-Adresse vor dem @-Zeichen unter der Domain eines Telekommunikationsdienstleistungsanbieters führte nach Ansicht des Gerichts zu einem kennzeichenrechtlichen Schutz der Beklagten, da für die angesprochenen Verkehrskreise das Zeichen als ein Herkunftshinweis auf den Betrieb der Beklagten zu verstehen war. Sie hat durch die Art der und die beständige Nutzung des Begriffs diesem Namensfunktion für die Kanzlei zugewiesen. Da das Kennzeichen unterscheidungskräftig ist, bedurfte es auch nicht der Verkehrsdurchsetzung. Ohne rechtliche Bedeutung sei, dass das „p.l.“ nicht als Haupt-Unternehmenskennzeichen fungiere. Schutzrechtbegründend sei die Nutzung der Domain „p.l.de“ gewesen, in der das Gericht zeichenmäßige Verwendung als Herkunftshinweis sah, auch wenn die Domain lediglich der Weiterleitung zur eigentlichen Kanzleiseite unter einer ganz anderen Domain diene. Dem Verkehr war die Domain „p.l.de“ als zusätzlicher Name der Beklagten erkennbar.

Das Verfahren weist einige Skurrilitäten auf, angefangen davon, dass die Beklagte meinte, hinter dem Kläger verberge sich ein ehemaliger Mitarbeiter, dem innerhalb der Probezeit gekündigt wurde und der sich nun rächen wolle, über die Diskrepanz des von Klägerseite behaupteten Dienstleistungsspektrums, welches man anbieten wolle, bis hin zu den denkwürdigen Tippfehlern im Urteil, wo die Beklagte an einer Stelle zur Klägerin wird und wohl in der eigentlichen Internetadresse der Beklagten aus einem „bach“ ein „berg“ wird. Die Entscheidung des Landgerichts ist sicher nicht unproblematisch und sollte überprüft werden. Wie das OLG Hamburg mit dieser verfahrenen Sache umgeht, werden wir sicher in Bälde berichten können.

Sie finden die Entscheidung des LG Hamburg unter:  
<http://www.domain-recht.de/verweis/40>

und die andere Sicht der Dinge unter:  
<http://pressemitteilung.ws/node/141561>

### OLG Köln – Portalbetreiber in der Haftung

Einen besonderen Fall der Urheberrechtsverletzung entschied das Oberlandesgericht Köln (Urteil vom 26.09.2008, Az.: 6 U 111/08). Auf einem Internetportal, über das Kunst versteigert wird, setzte sich der Betreiber desselben der Haftung als Ge-

hilfe wegen der öffentlichen Zugänglichmachung von Kunstwerken einer durch den Veräußerer begangenen Rechtsverletzung aus.

Der Antragsteller hat eine Zeichnung, die er in den 50er Jahren geschaffen hatte, auf der Versteigerungsplattform des Antragsgegners durch seinen Verfahrensbevollmächtigten ersteigern bzw. kaufen lassen. Nach Abschluss der Versteigerung war die Zeichnung noch länger als eine Woche online für jedermann einsehbar. Darin sah der Antragsteller eine Urheberrechtsverletzung (§ 58 Abs. 1 UrhG) und ließ die Antragsgegner abmahnen, woraufhin diese die Zeichnung vom Netz nahmen. Der Antragsteller begehrt als Inhaber der ihm auch nach der Veräußerung an den Versteigerer verbliebenen Nutzungsrechte Unterlassung der öffentlichen Zugänglichmachung.

Das Landgericht Köln erließ zunächst eine einstweilige Verfügung. Doch in der mündlichen Verhandlung nach Einlegen des Widerspruchs kam die Kammer zu einem anderen Ergebnis: Eine Haftung der Antragsgegner komme wenn, nur als Störer in Betracht, doch liege diese nicht vor, da eine Überprüfung der Rechtssituation zum Zeitpunkt der Einstellung des Bildes zu Beginn der Auktion nicht zumutbar gewesen sei. Nach Beendigung der Auktion sei die Zugänglichmachung mangels näherer Informationen über den Status des Versteigerers, der ja auch Schöpfer des Werkes hätte sein können und selbst über das Recht an der Zeichnung verfügen könnte, ebenfalls nicht zumutbar.

Der Antragsteller legte gegen die Entscheidung Berufung ein, so dass nun das Oberlandesgericht Köln zu entscheiden hatte. Dieses bestätigte seinen Anspruch. Alle sind sich einig, dass es sich um ein Werk mit entsprechender Schöpfungshöhe handelt, für das das Urhebergesetz gilt. Der Antragsteller als Schöpfer des Werkes darf dieses zugänglich machen (§ 19 a UrhG), unabhängig davon, ob er Eigentümer ist. Dem Erwerber seines Werkes räumt der Urheber grundsätzlich kein Nutzungsrecht ein (§ 44 Abs. 1 UrhG). Der Erwerber eines Werkes darf ein Werk zwar öffentlich ausstellen (§ 44 Abs. 2 UrhG), soweit der Urheber nicht ausdrücklich widersprochen hat; doch hier ging es um die Zugänglichmachung des Werkes (§ 19 a UrhG). Auch § 58 Abs. 1 UrhG, der die werbemäßige öffentliche Zugänglichmachung anlässlich unter anderem eines öffentlichen Verkaufs eines Werkes regelt, rechtfertigte nach Ansicht des Gerichts nicht, dass hier die Zeichnung länger als eine Woche nach dem Verkauf von den Antragsgegnern noch öffentlich zugänglich gemacht wurde.

Bis zum Erwerb der Zeichnung ist die öffentliche Zugänglichmachung von § 58 Abs. 1 UrhG gedeckt, so das Gericht. Die Ansichten, was danach ist, gehen unter den Fachleuten auseinander. Einerseits soll mit Abschluss des Geschäfts das Recht der Zugänglichmachung enden, andererseits soll es noch kurze Zeit bestehen. Aber länger als eine Woche nach dem Verkauf besteht dieses Recht auf keinem Fall, meint das OLG Köln und bestätigte die Berufung seitens des Antragstellers.

Auch wenn der eigentliche Urheberrechtsverletzer der Veräußerer der Zeichnung sei, seien, so das Gericht, die Antragsgegner die richtigen Adressaten in der Sache. Denn die müssen unter dem Gesichtspunkt der Gehilfenhaftung ebenfalls für die Rechtsverletzung einstehen. Das ergäbe sich aus der Form ihres Geschäftsmodells, das grundsätzlich nur zur Nutzung durch Eigentümer von Kunstwerken und nicht deren Urheber gedacht ist und auch vorsehe, dass veräußerte Kunstwerke nach dem Verkauf länger als eine Woche im Netz bleiben. Damit schaffen die Antragsgegner eine Plattform, auf der mit Rechtsverstößen zu rechnen sei, da die Veräußerer in der Regel nicht Inhaber der Rechte auf öffentliche Zugänglichmachung der Werke seien. Das Geschäftsmodell sei auch nicht durch eine Befristung der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke auf eine Woche nach dem Verkauf gefährdet. Ansonsten sei das Geschäftsmodell völlig in Ordnung; allein die Möglichkeit, die Werke nach dem Verkauf länger öffentlich zugänglich zu machen, führt zu Urheberrechtsverletzungen, zu denen die Antragsgegner einen aktiven Beitrag leisten.

Hier war es also nicht die Störerhaftung, die noch von der Vorinstanz herangezogen und zurückgewiesen wurde, sondern die Gehilfenstellung im Rahmen einer Urheberrechtsverletzung, die zur Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Betreiber eines Internetportals führten. Die betroffenen Betreiber sind in ihrem Geschäftsmodell durch die Entscheidung nicht gefährdet. Andere Internetdienstleister werden durch solch ein Urteil sensibilisiert und sind aufgefordert, ihre eigenen Geschäftsmodelle auf irgendwelche Rechtsfehler hin zu untersuchen - am besten mit professioneller Hilfe.

Sie finden die Entscheidung des OLG Köln unter:  
<http://www.jurpc.de/rechtspr/20080202.htm>

Informationen zum verwandten Thema Forenhaftung finden Sie im Guide (Stand: 12/2007) von Dr. Ott unter:  
<http://www.linksandlaw.de/forenhaftung-tmg.htm>

### Workshops – bundesweite Konferenz zum eCommerce

Die „eCommerce Conference“ der Penton Media GmbH zieht auch in diesem Frühjahr ihre Bahnen. Vom 28. April bis zum 12. Mai 2008 findet die Workshop-Tour in vier Großstädten statt. Die Roadshow richtet sich an eCommerce-Leiter und Betreiber von Online-Shops.

Der Schwerpunkt der Veranstaltung liegt auch diesmal auf der eCommerce-Seite, doch wird im Rahmen der Workshops dem Recht ebenfalls die Ehre erwiesen. Die eCommerce-Workshops befassen sich mit Shopsystemen, eShop-Software, Webshop-Gestaltung, Webshop-Analyse und Marketing sowie Strategien, Shop-Prozesse, Webcontrolling, Logistik und E-Payment.

Die Termine für die je eintägigen Konferenzen sind:

Hamburg	– 28. April 2009
München	– 30. April 2009
Düsseldorf	– 05. Mai 2009
Frankfurt	– 12. Mai 2009

Die Teilnehmerzahl ist begrenzt. Die Preise für die Teilnahme sind gegenüber der letzten „eCommerce Conference“ reduziert worden.

Weitere Informationen und Anmeldung unter:  
<http://www.ecommerce-conference.de>

### Buchtipps – Neuauflage des Skriptum Internetrecht

Das Standardwerk zum Internetrecht von Prof. Dr. Thomas Hoeren, Leiter des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Universität Münster, das „Skriptum Internetrecht“, ist vor wenigen Tagen in neuer Auflage erschienen und steht zum Gratisdownload bereit.

Das Skriptum mit Stand März 2009 ist nun etwas kompakter. Waren es in der Voraufgabe 594 Seiten, gibt Hoeren nun auf 546 Seiten seinen in bekannter Struktur gefassten grundsätzlichen Überblick über das Internetrecht. Inhaltlich ist das Werk auf den neuesten Stand gebracht, aktuelle Entscheidungen und Meinungen wurden hinzugefügt. Im Abschnitt Urheberrecht findet man ein Kapitel zum zweiten Korb und zur Enforcement-Richtlinie vorangestellt. Das Widerrufsrecht bei Online-Verkäufen hat ein eigenes Kapitel erhalten. Abstriche machte der Autor bei den technischen Fragen der digitalen Signatur und bei den Ausführungen zu Mehrwertdiensten, beide sind weggefallen. Zudem verzichtet der Autor diesmal auch auf die Gesetzesgrundlagen, die in der Voraufgabe noch ihren Platz hatten.

Das Manuskript steht zum kostenlosen Download zur Verfügung. Damit mag es zwar gratis sein, umsonst sollten die Bemühungen aber nicht sein: wem der Inhalt zusagt und wer auch die künftige Arbeit des Instituts unterstützen will, sollte die Möglichkeit einer freiwilligen Spende in beliebiger Höhe auf das angegebene Konto nutzen.

Das Skriptum Internetrecht finden Sie in der Rubrik „Materialien“ oder „Aktuell“ zum Herunterladen unter:  
<http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/Hoeren>

mailto: dingeldey@domainrecht.de  
mailto: RA@daniel-dingeldey.de

**§§ 91a, 321a ZPO; Art. 103 GG  
Wettbewerb;  
„Antwortpflicht“ des zu Unrecht Abgemahnten**

**1. In wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten ist eine „Antwortpflicht des Abgemahnten“ dann nicht anzuerkennen, wenn der Abgemahnte eine wettbewerbswidrige Handlung nicht begangen hat oder eine solche nicht droht.**

**2. Der Anspruch einer Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Nicht hingegen hat das Gericht jedes Vorbringen in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich zu bescheiden.**

(OLG Hamburg, Beschluss vom 24. 11. 2008 – 5 W 117/08)

**Aus den Gründen:** Die als Gehörsrüge nach § 321 a ZPO auszuliegende „Gegenvorstellung“ der Antragstellerin ist zulässig. Sie ist insbesondere form- und fristgerecht erhoben worden (§ 321 a Abs. 2 Satz 1 und 4 ZPO). Die Anhörungsrüge ist jedoch nicht begründet. Eine entscheidungserhebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs der Antragstellerin im Sinne des § 321 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO ist nicht gegeben.

Der in Art. 103 Abs. 1 GG niedergelegte Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Nicht hingegen hat das Gericht jedes Vorbringen in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich zu bescheiden (vgl. BVerfG, Urteil vom 8. 7. 1997, Az.: 1 BvR 1621/94; juris-Rz. 43 f.; BGH NJW-RR 2005, 1051, 1052).

Gegen dieses Gebot hat der erkennende Senat nicht verstoßen. Er hat bei seiner Entscheidung über die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen die gemäß § 91 a ZPO getroffene Kostenentscheidung des Landgerichts vielmehr auch die mit der vorliegenden Anhörungsrüge wiederholte Rechtsauffassung geprüft, dass die fehlende Reaktion der Antragsgegnerin auf die Abmahnung der Antragstellerin vom 25. 1. 2007 eine abweichende Kostenentscheidung zugunsten der Antragstellerin jedenfalls in Bezug auf die Kosten des Erlassverfahrens rechtfertigt.

Der Senat hält diese Rechtsauffassung weiterhin für nicht durchgreifend, und zwar aus den nachfolgend aufgeführten Gründen (§ 321 a Abs. 4 Satz 5 ZPO):

Die Antragstellerin stützt sich zur Begründung ihrer Rechtsauffassung, dass die Antragsgegnerin auf ihre Abmahnung hätte reagieren und auf ihre fehlende Verantwortlichkeit für die streitgegenständliche Werbeanzeige hinweisen müssen, auf eine „Antwortpflicht des Abgemahnten“. Die Antragstellerin

übersieht, dass es nach herrschender Auffassung (vgl. BGH WRP 1995, 300 ff. – Kosten bei unbegründeter Abmahnung; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 12 Rn. 1. 63 m.w.N.; Harte/Henning/Brüning, UWG, § 12 Rn. 69; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 41 Rn. 55 ff.; Ahrens/Spätgens, Der Wettbewerbsprozess, 5. Aufl., Kap. 4 Rn. 12 ff.) eine derartige „Antwortpflicht“ des zu *Unrecht* Abgemahnten nicht gibt, da es an einer begangenen oder drohenden wettbewerbswidrigen Handlung mangelt. Ein Wettbewerbsverstoß der Antragsgegnerin liegt nach den Ausführungen des Senats in dem angegriffenen Beschluss vom 10. 10. 2008 nicht vor. Eine Aufklärungspflicht lässt sich daher nicht aus einem zwischen dem Abmahnenden und dem Abgemahnten bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnis herleiten. Die einseitige Zusendung einer Abmahnung als solche kann ebenfalls kein Rechtsverhältnis schaffen, aus dem eine Aufklärungspflicht folgen könnte. Aus den gleichen Gründen folgt eine Antwortpflicht – so sinnvoll eine Antwort zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten auch sein mag – nicht aus § 311 Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB (c.i.c.) oder nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. einer entsprechenden Anwendung des § 840 Abs. 1, 2 ZPO (vgl. eingehend BGH WRP 1995, 300, 301 f. – Kosten bei unbegründeter Abmahnung).

Da die Antragsgegnerin nach dem Sachverhalt, von dem der Senat bei seiner Entscheidung auszugehen hatte, die Werbeanzeige weder in Auftrag gegeben noch für diese als Störer verantwortlich gewesen ist und auch nicht zurechenbar den Anschein eines von ihr begangenen Verstoßes gesetzt hatte, kann sich auch nicht ausnahmsweise eine Pflicht zur Aufklärung ergeben (vgl. Harte/Henning/Brüning a. a. O. a. E.).

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 5. ZS des OLG Hamburg

**Kurzfassungen/Leitsätze (KL)  
Wettbewerb etc.**

**§ 85 MarkenG – Frist zur Begründung der Rechtsbeschwerde nach Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe**

Die Frist zur Begründung der Rechtsbeschwerde beginnt nach § 85 Abs. 3 Satz 3 MarkenG auch dann mit der Einlegung der Rechtsbeschwerde, wenn der Rechtsbeschwerdeführer nach Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe Rechtsbeschwerde einlegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde beantragt.

(BGH, Beschluss vom 18. 12. 2008 – I ZB 83/08)

## Besteuerung

**Steuern – Umschau März 2009  
RiFG i. R. Karl-Christian Callsen, Erststadt-Liblar**

**Übernahme von Geldbußen und -auflagen als Arbeitslohn**

Der Kläger (Kl) war im Streitjahr 1997 Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. Die Gemeinde setzte mit Bescheid vom 16. 1. 1996 gegen den Kl eine Geldbuße gem. § 17 OWiG von DM 10 000,- zzgl. Verfahrenskosten von DM 7008,- fest, weil er als Verantwortlicher der GmbH unter Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Bestimmungen Produkte in den Verkehr gebracht hatte. Desweiteren wurde ein Strafverfahren wegen Verstoßes gegen lebensmittelrechtliche Bestimmungen gegen Zahlung einer „Geldbuße“ von DM 62 000,- im Sommer

1997 eingestellt. Die GmbH zahlte für den Kl Geldbuße und -auflage von insges. DM 79 008,-. Als das Wohnsitz-FA davon erfuhr, behandelte es die übernommenen Zahlungen als geldwerten Vorteil und damit als steuerpflichtigen Arbeitslohn, es rechnete mit geändertem Einkommensteuerbescheid des Streitjahres ihm den Betrag von DM 79 008,- als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit hinzu. Klage (Urteil des FG Bremen vom 6. 10. 2005 in EFG 2006, 202) und Revision zum BFH (Urteil vom 22. 7. 2008 in DB 2008, 2627) blieben erfolglos. Die Würdigung des FG, dass ein eigenbetriebliches Interesse der GmbH nachrangig sei ggb. dem erheblichen wirtschaftlichen Interesse des Kl an der Übernahme der Geldbeträge, sei möglich und nachvollziehbar. Nur bei einem ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse liege keine Lohnzuwendung vor. Eine Sal-



dierung dieses Arbeitslohnes mit fiktivem Werbungskostenabzug kam auch nicht in Betracht, weil dieser nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 8 Satz 1 EStG gesetzlich ausgeschlossen ist.

Es ist schon manchmal verwunderlich und oft nicht nachvollziehbar, was alles geldwerter Vorteil ist und damit der Lohnsteuer zu unterwerfen ist.

### **Aufwendungen für NLP- und Supervisions-Kurse als Werbungskosten?**

Der für Lohnsteuern zuständige VI. Senat beim BFH hat mit zwei für Stpfl. erfreulichen Urteilen und anders als die Vorinstanzen Aufwendungen für Fortbildungskurse als beruflich veranlasst angesehen.

Nach dem Sachverhalt des BFH-Urteils vom 28. 8. 2008 (VI R 44/04 in BFH/NV 2008, 2106; Vorinstanz FG München mit Urteil vom 10. 7. 2001 in EFG 2005, 776) nahm die Klägerin, die als Leiterin der Redaktion eines internen Informationsblattes für Führungskräfte nichtselbständig tätig war, in den Streitjahren 1997 und 1998 an vier Kursen zum „Neuro-Linguistischen Programmieren“ (NLP-Kurse) teil. Gegenstand dieser Kurse war die Verbesserung der Kommunikationsfähigkeit der Teilnehmer (Aufwand 1997 = DM 7663,- und 1998 = DM 6593,-). Die Klage zum FG blieb erfolglos, auf die Revision hin gab der BFH der Klage statt.

Nach dem Sachverhalt des BFH-Urteils gleichen Datums (VI R 35/05 in BFH/NV 2008, 2108; Vorinstanz FG Münster mit Urteil vom 8. 6. 2004 in EFG 2005, 1186) war der Kläger Diplom-Kaufmann, interner Revisor bei einer Firma und führte dort ein Team von fünf Mitarbeitern. Seine mit ihm zusammen zu veranlagende Ehefrau und Klägerin war approbierte Apothekerin und im Streitjahr 2000 als Vertreterin verschiedener Apothekenleiter und -inhaber nichtselbständig tätig wie ihr Ehemann. Sie besuchten im Streitjahr Seminare zur Persönlichkeitsentwicklung von Führungskräften (Supervisions-Kurse; Aufwand des Kl = DM 4733,-; Aufwand der Klin = DM 10 116,-), den Aufwand hierfür erkannten das FA und das FG nicht als WK an, wohl aber der BFH.

Man konnte bei diesen Sachverhalten nicht ohne weiteres mit dem durchschlagenden Erfolg der Revisionen beim BFH, d.h. mit der Stattgabe der Klagen, rechnen. Aber man ist bekanntlich nicht nur auf hoher See, sondern auch bei Gericht in Gottes Hand.

### **„Toilettengroschen“ als tauschähnlicher Umsatz steuerpflichtig**

Der Antragsteller (ASt) betrieb in den Kaufhäusern von 16 Gemeinden im gesamten Bundesgebiet sog. Pachttoiletten. Ihm wurden von den Kaufhäusern diese Toilettenräume „pachtfrei“ verpachtet, er verpflichtete sich dafür, die ständige Reinigung, Betriebspflege und Hygienewartung zu übernehmen. Sein Reinigungspersonal war berechtigt, von den Benutzern der Toiletten Trinkgelder oder freiwillige Beträge entgegenzunehmen. Es durfte jedoch keine direkte Benutzungsgebühr verlangen und auch keinen Zahlungsdruck ausüben. Die Trinkgelder (Toilettengroschen) übergaben dem ASt seine Arbeitnehmer, der daraus seine Aufwendungen einschl. Lohnkosten bestritt. Sein FA behandelte die Einnahmen aus den Toilettengroschen zunächst als nicht steuerbar. Erst nach einer Umsatzsteuer-Sonderprüfung im Jahr 2006 vertrat die Prüferin die Auffassung, diese Einnahmen seien umsatzsteuerpflichtig. Der von den Benutzern gezahlte Toilettengroschen stelle keine aus privaten Motiven geleistete Schenkung dar, sondern ein freiwilliges Entgelt für die Toilettennutzung und damit eine sonstige Leistung i.S.d. UStG. Eine Vollziehungsaussetzung des UStB 2003 lehnten FA und FG Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 10. 6. 2008) ab. Die Gegenleistung der Leistungsempfänger des ASt, der Kaufhäuser, sei der Verzicht auf die Herausgabe des Toilettengroschens (Aufwendungsersatzanspruch). Auf die vom FG zugelassene Beschwerde hin lehnte auch der BFH mit Beschluss vom 30. 9. 2008 (BFH/ NV 2008, 2066) im Ergebnis eine Vollziehungsaussetzung ab. Es liege ein tauschähnlicher Umsatz vor.

Entgelt für die Reinigungsleistungen sei der Wert der dem ASt eingeräumten Möglichkeit, die freiwilligen Zahlungen der Toilettennutzer zu vereinnahmen.

Wer hätte als „normaler“ Stpfl. daran gedacht, dass sein freiwillig gezahlter Toilettengroschen den BFH veranlasst, in einem mehr als zweiseitigen Beschluss dessen Umsatzsteuerpflicht zu bejahen!? Pecunia non olet.

### **Ermittlung des geldwerten Vorteils bei verbilligter Vermietung**

Es gibt sicherlich manchen Streit von Stpfl. mit dem FA bei der Frage, ob und in welchem Umfang der Arbeitgeber seinem Arbeitgeber eine Wohnung oder ein EFH verbilligt überlassen hat (geldwerter Vorteil) oder Eltern ihren Kindern oder umgekehrt eine ETW oder ein EFH zu billig (unterhalb der Grenze des § 21 Abs. 2 EStG; bei weniger als 75% der Marktmiete ist Gesamtgewinnprognose erforderlich) überlassen haben (Höhe der abzugsfähigen WK).

Der BFH hat nunmehr in einem Beschluss vom 24. 7. 2008 (BFH/NV 2008, 1838) klargestellt, dass nach dem üblichen Endpreis am Abgabeort zu ermitteln ist, ob bei einer verbilligten Überlassung einer Wohnung ein lohnsteuerrechtlich erheblicher Vorteil vorliegt. Das ist die ortsübliche Miete für Wohnungen vergleichbarer Art, Lage und Ausstattung. Die maßgebliche Miete ist im Wege der Schätzung zu ermitteln und ergibt sich grundsätzlich aus dem örtlichen Mietspiegel.

In dem o. a. Beschluss wendete sich das FA im Wege der Nichtzulassungsbeschwerde dagegen, dass die Vorinstanz (Hessisches FG mit Urteil vom 12. 12. 2007) zum einen Mietwertabschläge und zum andern keinen Zuschlag für die Übernahme der Schönheitsreparaturen vornahm. Der BFH führte jedoch aus, dass das FG bei der Schätzung der ortsüblichen Miete aus Rechtsgründen nicht derart an den Mietspiegel gebunden sei, dass individuelle Besonderheiten unberücksichtigt blieben. Dies gelte insbesondere dann, wenn ein Mietspiegel keine Bandbreite, sondern einen festen Wert ausweise und das FG in seiner Schätzungsbefugnis auch keine Zu- oder Abschläge vornehmen dürfe. Die ortsübliche Miete sei keine punktgenaue Einzelmiete, sondern könne selbst bei unterschiedlichen Miethöhen innerhalb einer gewissen örtlich bedingten Bandbreite liegen.

Hier hatte das FA wohl wieder einmal entgegen dem § 88 Abs. 2 AO gehandelt, wonach es auch die für den Stpfl. günstigen Umstände zu berücksichtigen hat.

### **Einkommensteuerrechtliche Beurteilung von Photovoltaikanlagen**

Die Oberfinanzdirektion Hannover hat mit Erlass vom 26. 11. 2008 (S 2190-160-StO 221/StO 222) ausführlich zur einkommensteuerrechtlichen Beurteilung von Photovoltaikanlagen Stellung genommen (in Höhe der vom Netzbetreiber gewährten, jährlich sinkenden Vergütungen Einkünfte aus Gewerbebetrieb, sofern Einkunftserzielungsabsicht zu bejahen/Betriebsvorrichtung oder unselbständiger Gebäudebestandteil/Förderprogramme der Kreditanstalt für Wiederaufbau). Hinzuweisen ist darauf, dass die insoweit erklärten Einkünfte in den ESt-Bescheiden regelmäßig wegen der Abgrenzung zur Liebhaberei unter Nachprüfungsvorbehalt gestellt werden, das Damoklesschwert der steuerlichen Nichtanerkennung also von Anfang an darüber schwebt, falls durchweg negative Einkünfte insoweit erklärt werden. Auch umsatzsteuerlich dürfte insbes. wegen der Frage der Vorsteuern das Wohnsitz-FA nicht ohne weiteres die Umsatzsteuererklärungen übernehmen.

Neuerdings unterliegen ab 1. Januar 2009 Photovoltaikanlagen, die erst nach diesem Zeitpunkt in Betrieb genommen werden, einer Meldepflicht bei der Bundesnetzagentur. Nur wenn der Betreiber seine Anlage angezeigt hat, ist der jeweilige Netzbetreiber verpflichtet, den erzeugten Strom auf der Grundlage des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) zu vergüten. Die Bundesnetzagentur erwartet jährlich mehrere zehntausend Da-

tenmeldungen, wobei sich die Vergütungssätze für die Einspeisung von Strom von Jahr zu Jahr verringern. Je später die Anlage also in Betrieb geht, desto geringer ist der Vergütungssatz.

**Der Begriff des Verheizens**

Auch der kundige Leser reibt sich verwundert die Augen und kann das Urteil des BFH vom 28. 10. 2008 (VII R 6/08 in HFR 2009, 140) nicht mehr verstehen ob der Kompliziertheit der Sprache, der zitierten Richtlinien EG und EWG sowie der EuGH-Rspr.

Die Klägerin (Kl), ein textilverarbeitendes Unternehmen, wollte statt einer vom Hauptzollamt (HZA) festgesetzten Vergütung von nur € 104, 91 an Energiesteuer für die Monate August und September 2006 eine um € 289, 21 höhere Vergütung festgesetzt haben. Sie verwendet im Rahmen ihrer Produktion versteuertes Erdgas zum Absengen von Textilfasern. Dabei werden Gewebbahnen an einer durch das Verbrennen des Erdgases erzeugten Flamme vorbeigeführt, wodurch überstehende Textilfasern abgesengt werden. Dieser Vorgang verleiht den Gewebbahnen eine besonders glatte und feine Erscheinungsform, so dass sie eleganter und griffiger wirken. Für das derart verwendete Erdgas beantragte die Kl eine Vergütung, die das HZA verweigerte. Die Klage zum FG Düsseldorf hatte mit dessen Urteil vom 9. 1. 2008 Erfolg. Dieses urteilte, das von der Kl zum Absengen von Textilfasern eingesetzte Erdgas werde auch zu einem anderen Zweck als dem des Verheizens eingesetzt. Der BFH entschied jedoch in seinem o. a. Urteil, dass dieses Absengen ein Verheizen von Erdgas sei. Der EuGH sei in seinem Urteil aus 2004 der Rechtsauffassung des BFH und der Finanzverwaltung entgegengetreten, dass die Annahme des Verheizens ausgeschlossen sei, wenn ein unmittelbarer Kontakt der Flamme mit dem zu be- oder verarbeitenden oder zu vernichtenden Stoff (z. B. Absengen von Textilfasern oder Abbrennen von Unkraut) bestehe. Das Ziel der Mineralölsteuer als Verbrauchssteuer spreche für die Auslegung, nach der sich der Begriff „Verbrauch als Heizstoff“ auf alle Fälle beziehe, in denen Mineralöle verbrannt werden und die so erzeugte Energie zum Heizen genutzt werde, und zwar unabhängig vom Zweck des Heizens, der auch die Umwandlung oder Vernichtung des Stoffes umfassen könne, auf den die thermische Energie bei einem chemischen und industriellen Prozess übertragen werde.

Das, was die hochbezahlten Richter beim BFH und EuGH hier produziert haben und was nur ausschnittsweise wiedergegeben wird, kann verstehen, wer will, jedenfalls nicht mehr ein normal denkender Mensch.

**Art. 12, 105, 110 GG; §§ 2, 10, 11, 12 AbsFondsG**  
**Nichtsteuerliche Abgabe;**  
**Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion;**  
**Gruppennutzen; Absatzfonds der deutschen**  
**Landwirtschaft und Ernährungswirtschaft; CMA; ZMP;**  
**Finanzverfassung; Budgetrecht des Parlaments;**  
**Finanzierungsverantwortung; finanzielle**  
**Inanspruchnahme für eine staatliche**  
**Aufgabenwahrnehmung;**  
**Verkürzung der unternehmerischen Freiheit**

**Lässt sich eine Finanzierungsverantwortung der mit einer Sonderabgabe belasteten Abgabepflichtigen praktisch ausschließlich mit Blick auf Zweck und Wirkung staatlicher Förderungsmaßnahmen zugunsten der belasteten Gruppe begründen, bestehen in Bezug auf die gruppennützige Verwendung erhöhte Anforderungen. Der durch die Abgabe zu finanzierende und die Abgabe rechtfertigende Gruppennutzen muss evident sein.**

(BVerfG, Urteil vom 3. 2. 2009 – 2 BvL 54/06)

In dem Verfahren zur verfassungsrechtlichen Prüfung, ob § 10 Abs. 3 Nrn. 2, 7 und 8 in Verbindung mit den §§ 1 und 2 des Absatzfondsgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 21. Juni 1993 (BGBl I S. 998), zuletzt geändert durch die Siebente Zu-

ständigkeitsanpassungs-Verordnung vom 29. Oktober 2001 (BGBl I S. 2785), gegen Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 105 GG und Art. 110 GG verstoßen und damit nichtig sind, - Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 18. Mai 2006 - 13 K 2230/05 - hat das Bundesverfassungsgericht - Zweiter Senat - aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2008 durch Urteil für Recht erkannt:

§ 2 Absatz 1 bis Absatz 4 Satz 1, Absatz 6, § 10 Absatz 1 bis Absatz 8, § 11 und § 12 des Gesetzes über die Errichtung eines zentralen Fonds zur Absatzförderung der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft (Absatzfondsgesetz) in der Fassung des Gesetzes vom 21. Juni 1993 (Bundesgesetzblatt Teil I Seite 998), mit nachfolgenden Änderungen, zuletzt in der Fassung des Gesetzes zur Neufassung des Absatzfondsgesetzes vom 4. Oktober 2007 (Bundesgesetzblatt Teil I Seite 2342), sind seit dem 1. Juli 2002 mit Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes in Verbindung mit Artikel 105 und Artikel 110 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig.

**Gründe:** A. Das Verfahren betrifft die Frage, ob die Abgabe, die nach dem Absatzfondsgesetz von Unternehmen der Land- und Ernährungswirtschaft erhoben wird, mit dem Grundgesetz, insbesondere mit den Anforderungen an die Erhebung einer nichtsteuerlichen Abgabe, vereinbar ist. Ihr Aufkommen fließt einem Absatzfonds zu, der den Absatz und die Verwertung von Erzeugnissen dieser Wirtschaftszweige fördern soll.

I. 1. Um der deutschen Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft ein wirkungsvolles Instrument zur zentralen Absatzförderung zu verschaffen und ihre Marktstellung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu festigen, wurde im Jahr 1969 durch § 1 des Gesetzes über die Errichtung eines zentralen Fonds zur Absatzförderung der deutschen Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft (Absatzfondsgesetz) - AbsFondsG - vom 26. Juni 1969 (BGBl I S. 635) der heute noch bestehende Fonds errichtet. Nach der dem Bundesverfassungsgericht vorgelegten Fassung des § 2 Abs. 1 AbsFondsG vom 21. Juni 1993 (BGBl I S. 998, zuletzt geändert durch die Siebente Zuständigkeitsanpassungs-Verordnung vom 29. Oktober 2001, BGBl I S. 2785) hat dieser Fonds die Aufgabe,

den Absatz und die Verwertung von Erzeugnissen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft durch Erschließung und Pflege von Märkten im In- und Ausland mit modernen Mitteln und Methoden zentral zu fördern. Er kann bei der Erschließung von Märkten auch auf die Verbesserung der Qualität und der Marktorientierung von Erzeugnissen hinwirken.

Mit für den vorliegenden Entscheidungszusammenhang unwesentlichen Änderungen lautet § 2 Abs. 1 AbsFondsG in der geltenden Fassung vom 4. Oktober 2007 (BGBl I S. 2342):

Der Absatzfonds hat den Absatz und die Verwertung von Erzeugnissen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft durch Erschließung und Pflege von Märkten im In- und Ausland mit modernen Mitteln und Methoden unter Berücksichtigung der Belange des Verbraucher-, Tier- und Umweltschutzes zentral zu fördern. Er soll dabei auch auf die Verbesserung der Qualität und Sicherheit sowie der Marktorientierung von Erzeugnissen hinwirken.

2. Die näheren Regelungen zur Beitragserhebung sind seit der Gesetzesfassung von 1993 bis auf eine Umstellung auf Euro-Beträge praktisch unverändert geblieben. Nachfolgend wird lediglich auf die aktuelle Gesetzesfassung vom 4. Oktober 2007 (BGBl I S. 2342) Bezug genommen:

Dem Absatzfonds fließen zur Durchführung seiner Aufgaben Beiträge zu, die von Betrieben der Land- und Ernährungswirtschaft nach Maßgabe des § 10 Abs. 3 bis 8 AbsFondsG erhoben werden. Die Beiträge werden nach § 10 Abs. 8 AbsFondsG von der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE), einer bundesunmittelbaren rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, erhoben.

Dies geschieht bei den sogenannten Flaschenhalsbetrieben, den Betrieben an den jeweils marktengsten Stellen, die ein landwirtschaftlicher Rohstoff auf seinem Weg zum Verbraucher durchläuft. Solche regelmäßig als Abgabenschuldner herangezogenen Flaschenhalsbetriebe sind gemäß § 10 AbsFondsG unter anderem Zuckerfabriken, Mühlenbetriebe, Brauereien, Molkereien, Schlachtbetriebe und Eierpackstellen. Die mögliche Überwälzung der Beiträge von den abgabepflichtigen Betrieben auf deren Lieferanten ist gemäß § 10 Abs. 7 AbsFondsG Vereinbarungen zwischen jenen Betrieben vorbehalten.

Die für das vorliegende Verfahren entscheidungserheblichen Beitragsregelungen lauten in der aktuellen Fassung des Gesetzes wie folgt:

#### § 10 Finanzierung

(1) Dem Absatzfonds fließen zur Durchführung seiner Aufgaben Beiträge nach den folgenden Absätzen zu.

(2) Die Beiträge werden von den Betrieben der Land- und Ernährungswirtschaft nach Maßgabe der Absätze 3 bis 8 erhoben. Auf eingeführte Waren mit Ursprung im Ausland werden keine Beiträge erhoben, wenn vom Beitragspflichtigen der Ursprung im Ausland nachgewiesen wird.

(3) Der Beitrag beträgt für 1. Zuckerfabriken 0,16 Euro je 1000 Kilogramm aufgenommene Zuckerrüben, 2. Mühlenbetriebe 0,48 Euro je 1000 Kilogramm in der Handlungsmüllerei vermahlene Brotgetreide, 3. Brauereibetriebe 0,61 Euro je 1000 Kilogramm verwendetes Malz,

4. Erzeugerzusammenschlüsse sowie Betriebe, die und soweit sie mit Kern-, Stein- oder Beerenobst, Tafeltrauben, Gemüse, Küchenkräutern, Hülsenfrüchten oder Kartoffeln Großhandel treiben, 0,40 Euro je 100 Euro von inländischen Erzeugern oder Sammlern an sie oder unter ihrer Mitwirkung abgesetzte Waren dieser Art; wirkt bei dem Absatz ein Erzeugerzusammenschluss oder ein Großhandelsbetrieb mit, so ist dieser und nicht der Erzeugerzusammenschluss oder Großhandelsbetrieb beitragspflichtig, an den die Ware abgesetzt worden ist,

5. Betriebe, die Waren der unter Nummer 4 genannten Art, soweit es sich um frische, gekühlte oder lediglich zur vorläufigen Haltbarmachung entweder gefrorene oder vorbearbeitete Waren oder um Hülsenfrüchte handelt, industriell bearbeiten oder zu Erzeugnissen verarbeiten, deren Charakter überwiegend von diesen Waren bestimmt wird, 0,40 Euro je 100 Euro zu diesem Zweck aufgenommene Waren dieser Art,

6. Molkereien, Milchsammelstellen und Rahmstationen 1,22 Euro je 1000 Kilogramm angelieferte Milch,

7. Eierpackstellen 0,30 Euro je 1000 verpackte Eier,

8. Geflügelschlachtereien, deren monatliche Schlachtkapazität mindestens 500 Tiere beträgt, 0,36 Euro je 100 Kilogramm Lebendgewicht des geschlachteten, zur Vermarktung bestimmten Mastgeflügels,

9. Betriebe, die für gewerbliche Zwecke geschlachtetes Vieh der Fleischschau zuführen,

-2,04 Euro je Rind,

-0,51 Euro je Schwein,

-0,30 Euro je Schaf,

es sei denn, der ganze Tierkörper wird bei der fleischhygienerechtlichen Beurteilung beanstandet,

10. Ölmühlenbetriebe

-0,71 Euro je 1000 Kilogramm geschlagener Raps- und Rübensamen,

-0,81 Euro je 1000 Kilogramm geschlagene Sonnenblumenkerne.

(4) Der Beitrag beträgt für Betriebe, die Blumen, Zierpflanzen, Ziergehölze, Gehölze für den Straßen- und Landschaftsbau oder deren Pflanzgut auf einer Mindestgrundfläche von 150 Flächeneinheiten bei den Gehölzen und deren Pflanzgut,

von 400 Flächeneinheiten bei den übrigen Pflanzen und deren Pflanzgut erzeugen oder kultivieren, jährlich 0,06 Euro je genutzte Flächeneinheit. Als Flächeneinheit gelten

1. bei Blumen und Zierpflanzen:

5,0 Quadratmeter Freiland,

1,0 Quadratmeter Frühbeet,

0,5 Quadratmeter Gewächshaus;

2. bei Ziergehölzen und Gehölzen für den Straßen- und Landschaftsbau:

10,0 Quadratmeter Freiland.

Werden die in Satz 2 Nr. 1 und 2 genannten Pflanzen miteinander im zeitlichen Wechsel oder gemischt angebaut, gelten als Flächeneinheit die Quadratmetersätze derjenigen Pflanzen, deren Anbau überwiegt. Werden die in Satz 2 Nr. 1 und 2 genannten Pflanzen mit anderen Pflanzen im zeitlichen Wechsel oder gemischt in der Weise angebaut, dass mehr als die Hälfte des Kalenderjahres oder der Grundfläche mit den anderen Pflanzen genutzt wird, gilt als Flächeneinheit das Doppelte der nach Satz 2 Nr. 1 oder 2 jeweils maßgebenden Quadratmetersätze; Satz 3 gilt entsprechend.

(5) Ein Beitrag wird nicht erhoben in den Fällen

1. des Absatzes 3 Nr. 1, 5, 6 und 7 für Ware, für die ein anderer Betrieb bereits beitragspflichtig ist,

2. des Absatzes 3 Nr. 4 und 5 für Ware, die zur Herstellung von Stärke, Essenzen, Alkohol, Branntwein oder Spirituosen oder die nicht zum menschlichen Verzehr bestimmt ist,

3. des Absatzes 3 Nr. 5 für Ware, die ihrer Gattung nach im Inland unter natürlichen Klimabedingungen nicht wächst und unter künstlichen Klimabedingungen nicht zu Erwerbszwecken erzeugt wird.

(5a) (weggefallen)

(6) Das Bundesministerium wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, soweit erforderlich, die Berechnung des nach Absatz 3 Nr. 4 und 5 für die Beitragshöhe maßgebenden Warenwertes näher zu bestimmen, insbesondere die Zugehörigkeit von öffentlichen Abgaben und von Kosten der Beförderung und Verpackung zum Warenwert zu regeln.

(7) In den Fällen des Absatzes 3 richtet sich eine Erstattung des Beitrages nach einer zwischen dem Lieferanten und dem Betriebsinhaber getroffenen Vereinbarung. Satz 1 gilt entsprechend, wenn die Lieferung über einen oder mehrere Händler erfolgt.

(8) Das Bundesministerium wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen und mit Zustimmung des Bundesrates die Zuständigkeit und das Verfahren bei der Erhebung, die Beitreibung und die Fälligkeit der Beiträge durch Rechtsverordnung zu regeln. Die Rechtsverordnung kann bestimmen, dass für die Erhebung der Beiträge die Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung zuständig ist. Die landwirtschaftlichen Alterskassen sind berechtigt und verpflichtet, die für die Beitragspflicht nach Absatz 4 in Betracht kommenden Betriebe der für die Beitragserhebung zuständigen Behörde mitzuteilen.

(9) Soweit Mittel aus den Beiträgen sowie Erträgen innerlich des Absatzfonds innerhalb eines Haushaltsjahres nicht zur Bestreitung von Ausgaben verwendet werden, verbleiben sie ihm für die Erfüllung seiner Aufgaben.

Nach den Angaben des Absatzfonds der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft betragen die Beitragseinnahmen insgesamt im Zeitraum von 1997 bis 2006 im Mittelwert rund 88 000 000 Euro pro Jahr. Die Beitragseinnahmen lassen sich verschiedenen Produktbereichen zuordnen. Demnach ist die Produktgruppe „Molkereien/Milch“ mit über 35 Prozent der größte Beitragszahler. Etwa ein weiteres Drittel der Beitrags-

einnahmen wird allein im Bereich „gewerbliche Schlachter/Schlachtvieh“ erhoben. Die anderen Produktbereiche tragen gemeinsam zu dem übrigen Teil der Beitragseinnahmen bei.

3. Zur Durchführung seiner Aufgaben bedient sich der Absatzfonds der Centralen Marketinggesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH (CMA), einer „zentralen Einrichtung der Wirtschaft“, die kein eigenes erwerbswirtschaftliches Warengeschäft betreiben darf (§ 2 Abs. 2 AbsFondsG). Für die Marktberichterstattung wurde eine weitere besondere zentrale Einrichtung der Wirtschaft geschaffen (§ 2 Abs. 3 AbsFondsG), die Zentrale Markt- und Preisberichtsstelle für Erzeugnisse der Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft GmbH (ZMP).

a) Die Tätigkeit der CMA besteht vor allem in Werbemaßnahmen für deutsche Agrargüter und in der Veranstaltung von Messen, Ausstellungen und sonstigen Verkaufsförderungsaktionen im In- und Ausland. Hinzu treten sowohl Marktforschung und -analysen und sonstige Maßnahmen zur Verbesserung der Markttransparenz als auch die Förderung der Verwendung von Herkunfts- und Gütezeichen und die Entwicklung neuer Produkte und Produktprogramme.

Für ihre Arbeit erhält die CMA vom Absatzfonds die erforderlichen finanziellen Mittel (§ 2 Abs. 4 AbsFondsG). Die Mittel werden grundsätzlich für die Produktbereiche ausgegeben, die sie aufgebracht haben. Bei extremen Marktstörungen können Mittel vorübergehend umgeschichtet werden.

b) Die ZMP ist eine mit Mitteln des Absatzfonds finanzierte Einrichtung, die die Märkte für Erzeugnisse der Land- und Ernährungswirtschaft beobachtet und analysiert. Die ZMP erhebt nach den Angaben des Absatzförderungsfonds zu diesen Produkten Markt- und Preisinformationen aus einem agrarwirtschaftlichen Meldernetz, den Datenbasen der Landwirtschaftskammern, Erzeugergemeinschaften und Großmärkte und verarbeitet Daten von Marktforschungsinstituten und spezifischen Marktstudien.

II. 1. Im Ausgangsverfahren haben drei Unternehmen der Ernährungswirtschaft nach erfolglos durchgeführten Widerspruchsverfahren Klage wegen der Erhebung von Beiträgen nach dem Absatzfondsgesetz erhoben.

Bei der Klägerin zu 1) handelt es sich um ein Mühlenunternehmen, welches Brotgetreide vermahlt und anschließend als Mehl verkauft. Sie wurde mit Bescheid vom 24. Januar 2003 von der Beklagten des Ausgangsverfahrens, der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE), zur Beitragszahlung für den Monat Dezember 2002 in Höhe von rund 4900 Euro herangezogen. Als Bemessungsgrundlage wurde für diesen Zeitraum eine vermahlene Brotgetreidemenge von rund 10 000 Tonnen zugrunde gelegt.

Die Klägerin zu 2) verpackt als sogenannte Eierpackstelle Eier. Sie wurde mit Bescheid vom 23. Mai 2003 zur Zahlung eines Beitrages zum Absatzfonds in Höhe von rund 1000 Euro für den Zeitraum Juli bis Dezember 2002 herangezogen. Als Bemessungsgrundlage diente hierbei eine durch Schätzung ermittelte Menge von rund 3,5 Millionen durch die Klägerin zu 2) in dieser Zeit verpackten Eiern.

Die Klägerin zu 3) betreibt eine Geflügelschlachterei. Mit Bescheid vom 28. März 2003 wurde sie auf Grundlage einer durch Selbstveranlagung ermittelten Menge von rund 31 000 Tonnen Geflügelfleisch zur Zahlung eines Beitrages zum Absatzfonds in Höhe von rund 115 000 Euro für den Zeitraum Juli bis Dezember 2002 herangezogen.

2. Das Verwaltungsgericht Köln hat das Verfahren mit Beschluss vom 18. Mai 2006 - 13 K 2230/05 - gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt,

ob § 10 Abs. 3 Nrn. 2, 7 und 8 in Verbindung mit den §§ 1 und 2 des Absatzfondsgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 21. Juni 1993 (BGBl I S. 998), zuletzt geändert durch die Siebente Zuständigkeitsanpassungs-Verordnung vom 29. Okto-

ber 2001 (BGBl I S. 2785), gegen Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 105 GG und Art. 110 GG verstoßen und damit nichtig sind.

a) Zur Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage führt das Verwaltungsgericht Köln aus, die tatbestandlichen Voraussetzungen für Abgabepflichten der Klägerinnen seien erfüllt. Die Beitragstatbestände ergäben sich für die Klägerinnen als Mühlenbetrieb, Eierpackstelle und Geflügelschlachtereie aus § 10 Abs. 3 Nr. 2, Nr. 7 und Nr. 8 AbsFondsG. Anderweitige Rechtsgrundlagen seien nicht ersichtlich.

b) Nach Überzeugung des Verwaltungsgerichts sind § 10 Abs. 3 Nrn. 2, 7 und 8 in Verbindung mit den §§ 1 und 2 des Absatzfondsgesetzes verfassungswidrig.

Das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Entscheidung im Jahr 1990 (BVerfGE 82, 159) bereits festgestellt, dass es sich bei der in § 10 Abs. 1 AbsFondsG geregelten Abgabe um eine Sonderabgabe handele. Die Anforderungen an eine zulässige Sonderabgabe erfülle der Beitrag zum Absatzfonds nicht.

Es sei in hohem Maße zweifelhaft, ob die Erhebung der Sonderabgabe im Hinblick auf ihre Zweckbestimmung noch zulässig sei. Habe dieser Zweck noch 1990 in der Stärkung und dem Schutz der deutschen Agrarwirtschaft in der Konkurrenz zu der anderer Agrarexportländer in den Europäischen Gemeinschaften bestanden, stehe dieser Zweck neun Jahre nach Vollendung des europäischen Binnenmarktes im Bereich der Landwirtschaft im Widerspruch zu den Zielen eines gesamteuropäischen Marktes.

Zudem bestünden erhebliche Zweifel an der Gruppenhomogenität der deutschen Landwirtschaft. Das die Abgabenschuldner verbindende Merkmal liege in den Startschwierigkeiten bei dem Übergang in den gemeinsamen Markt, das nach Vollendung desselben entfallen sei. Zudem sei eine definitorische Abgrenzung der deutschen Landwirtschaft wegen der Internationalisierung der Branche nicht mehr möglich.

Wegen des veränderten europarechtlichen Umfeldes sei es nicht mehr möglich, das Aufkommen der Sonderabgabe gruppennützig zu verwenden. Es liege ein unlösbarer Zielkonflikt zwischen den Vorgaben des Europarechts und der gesetzlichen Aufgabendefinition des Absatzfonds vor. Eine gruppennützige Verwendung setze entsprechend der gesetzlichen Zielsetzung des Absatzfonds eine zulässige herkunftsbezogene Werbung gerade für die deutsche Landwirtschaft voraus. Die Möglichkeiten hierzu hält das vorlegende Gericht unter Hinweis auf die sogenannte Werbeleitlinie der Kommission (Abl. EG Nr. C 252/03 vom 12. September 2001, S. 5 ff.) sowie insbesondere auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 5. November 2002 (Rs. C-325/00, Slg. 2002, I-9977) wegen der zunehmend weiten Auslegung des Art. 28 EG für zu gering, um von einer Gruppennützigkeit der Aufkommensverwendung auszugehen. Dies sei insbesondere dem Umstand geschuldet, dass der Gerichtshof die Anforderungen für eine europarechtskonforme Werbebotschaft weiter verschärft habe.

Im Bereich der Werbung mit der Herkunft als sekundärer Werbebotschaft sei zu berücksichtigen, dass diese grundsätzlich zulässige Form der herkunftsbezogenen Werbung jedenfalls dann unzulässig werde, wenn sich daraus die ernsthafte Absicht eines Mitgliedstaates ergebe, aus anderen Mitgliedstaaten importierte Produkte durch einheimische zu ersetzen. Demnach sei bereits die im Sinne der Zielsetzung des Absatzfonds erfolgreiche Profilierung deutscher Produkte auch ohne eine hiermit verbundene Diskriminierung ausländischer Erzeugnisse mit dem Europarecht unvereinbar. Andererseits sei die rein generische Werbung, die auf Herkunftsmerkmale verzichtet, ungeeignet, spezifische Vorteile gerade für die deutsche Land- und Ernährungswirtschaft gegenüber ausländischen Mitbewerbern zu begründen. Eine allein auf die einzelnen Lebensmittelarten abstellende Werbung stelle gar einen wirtschaftlichen Nachteil für die Abgabenschuldner dar, weil hierdurch auch der Absatz der von ausländischen Wettbewerbern angebotenen Produkte

gefördert werde, ohne dass diese, im Gegensatz zu den dem Absatzfondsgesetz unterliegenden Unternehmen, durch eine Kostentragung belastet seien.

Der Aufbau sogenannter Qualitätssicherungssysteme durch die CMA stelle durch deren Öffnung auch für ausländische Interessenten keine spezifisch gruppennützige Verwendung des Aufkommens des Absatzfonds dar.

Wegen ihrer untergeordneten Bedeutung im Verhältnis zum Bereich Werbung und Qualitätssicherung könne offenbleiben, ob die von der CMA eingesetzten Mittel für die Durchführung von Messen und Fortbildungsmaßnahmen sowie für die allgemeinen Informationen über ernährungswissenschaftliche Themen das Erfordernis der gruppennützigen Verwendung des Aufkommens erfüllen.

Gleiches gelte für die nach § 2 Abs. 3 AbsFondsG mit Aufgaben betraute Zentrale Markt- und Preisberichtsstelle für Erzeugnisse der Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft GmbH (ZMP). Allerdings bestünden auch an der Gruppennützigkeit der Verwendung dieser Mittel erhebliche Zweifel. Die Tätigkeit der ZMP begünstige nicht spezifisch die Unternehmen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft, sondern biete ihre Leistungen gegen eine geringe und nicht kostendeckende Schutzgebühr jedem interessierten Dritten an.

Im Übrigen ergebe sich die Verfassungswidrigkeit der im Absatzfondsgesetz geregelten Abgabe aus der unzureichenden Erfüllung der Verpflichtung, die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Sonderabgabe in regelmäßigen Abständen zu überprüfen. Bei der Gesetzesänderung im Jahre 2002 habe insbesondere der Erlass der Werbeleitlinie am 12. September 2001 und die damit verbundene Veränderung der europarechtlichen Zulässigkeit der staatlichen Förderung des Absatzes der nationalen Land- und Ernährungswirtschaft den verfassungsrechtlichen Prüfungsbedarf für den Gesetzgeber ausgelöst.

3. Die Klägerinnen der Ausgangsverfahren sind im Wesentlichen der Auffassung des vorlegenden Verwaltungsgerichts. Ergänzend wird ausgeführt, dass der gemeinschaftsrechtlich bedingte Fortfall der Zielsetzung des Absatzfonds zwangsläufig auch zum Fortfall der Gruppenhomogenität geführt habe. Wegen des Wegfalls des Finanzierungszweckes bestehe in dem oben beschriebenen Sinne nach den Wertungen der *nationalen* Rechtsordnung keine homogene Gruppe mehr. In der *europäischen* Rechtsordnung sei ebenfalls, wenn auch aus anderen Gründen, keine abgrenzbare Gruppe vorstrukturiert. Vor diesem Hintergrund sei maßgeblich, dass die deutsche Landwirtschaft einer von mehreren Teilnehmern des Gemeinsamen Marktes sei, ohne jedoch ein rechtlich abgrenzbares Teilsegment zu bilden. Der Gesichtspunkt der Staatsangehörigkeit beziehungsweise der Ansässigkeit in einem bestimmten Mitgliedstaat sei kraft Gemeinschaftsrechts bedeutungslos. Im europäischen Binnenmarkt befinde sich demnach jeder deutsche land- und ernährungswirtschaftliche Betrieb gegenüber seinen innerstaatlichen Wettbewerbern in einer nicht anders gearteten Konkurrenzsituation als gegenüber den im EU-Ausland ansässigen Unternehmen.

4. Nach Auffassung des Absatzfonds sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine zulässige Sonderabgabe erfüllt. Der Zweck der Absatzförderungstätigkeit sei durch den Binnenmarkt, der im Übrigen noch gar nicht verwirklicht sei, keineswegs in Frage gestellt.

Die Instrumente der zentralen Absatzförderung seien darauf ausgerichtet, die Wertigkeit heimischer Erzeugnisse nicht nur in der Konkurrenz zu Agrarerzeugnissen anderer Länder stärker in den Fokus der Verbraucher zu rücken, sondern auch im Verhältnis zu Waren und Dienstleistungen anderer Branchen. An der Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit dieser Zielvorgabe habe sich seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1990 nichts geändert.

Es bestehe kein Widerspruch zwischen dem Zweck des Absatzfondsgesetzes und den Regelungen des europäischen Binnenmarktes.

Das vorliegende Gericht unterstelle dem Absatzfonds zu Unrecht eine gleichsam protektionistische Ausrichtung. Bei der Verwirklichung seiner Ziele habe sich der Absatzfonds selbstverständlich an die Vorgaben des europäischen Rechts zu halten. Diese bildeten den Rahmen, innerhalb dessen sich die Tätigkeit des Absatzfonds und seiner Durchführungsgesellschaften entfalten könne. Auch an diesem europarechtlichen Rahmen habe sich seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 1990 nichts geändert.

Die deutsche Land- und Ernährungswirtschaft bilde nach wie vor eine homogene Gruppe. Sie sei nach wie vor durch das gemeinsame Interesse daran verbunden, ihre Wettbewerbsfähigkeit auf den deutschen, europäischen und globalen Märkten zu stärken und diese Märkte für deutsche landwirtschaftliche Erzeugnisse zu erschließen und zu pflegen. Weder auf der Ebene der Primärerzeugung noch im Bereich der nachgelagerten Produktion lasse die mäßige Internationalisierung der Branche diese gemeinsame Interessenlage entfallen.

Die Voraussetzungen der spezifischen Sachnähe und der Gruppenverantwortung seien erfüllt. Der Aufgabe der Marktpflege und -erschließung für ihre eigenen Produkte stehe die deutsche Land- und Ernährungswirtschaft evident näher als jede andere Gruppe und die Allgemeinheit der Steuerzahler. Dies ergebe sich schon daraus, dass es sich inhaltlich um die Gewährung von Sondervorteilen handele, die anderen Wirtschaftsbereichen in dieser Form nicht zugute kämen.

Das Aufkommen aus der Abgabe werde auch gruppennützig verwendet. Die CMA habe sich in den letzten Jahren den Entwicklungen der Absatzmärkte in der Form angepasst, dass nunmehr drei Aufgabenschwerpunkte in den Mittelpunkt ihres Tätigkeitsspektrums gerückt seien, nämlich die Förderung und Vermittlung von Qualität und Transparenz, die Vermittlung der Wertigkeit von Lebensmitteln und die Förderung des Exportes.

Im Hinblick auf die herkunftsbezogenen Werbemaßnahmen finde die Auffassung des Verwaltungsgerichts Köln weder in den einschlägigen europarechtlichen Vorschriften noch in der Rechtsprechungspraxis des Europäischen Gerichtshofs oder in der Genehmigungspraxis der Kommission eine Stütze. Die Kommission habe ein differenziertes System der Zulässigkeit von herkunftsbezogenen Werbemaßnahmen geschaffen. Werbung sei demnach zulässig, soweit ein angemessenes Verhältnis zwischen Hinweisen auf Eigenschaften und Sorten des Produktes einerseits und auf seinen nationalen Ursprung andererseits gewahrt bleibe. Dies sei schon dann der Fall, wenn der Hinweis auf den nationalen Ursprung in einer Gesamtbewertung der Hauptwerbepotschaft untergeordnet sei. Im Übrigen sei die herkunftsbezogene Werbung im Exportbereich mit dem Europarecht vereinbar.

Die rein generische Werbung sei als gruppennützige Verwendung der Mittel aus der Sonderabgabe anzusehen. Die Instrumente der zentralen Absatzförderung seien in diesem Bereich darauf ausgerichtet, die Wertschätzung der Agrarerzeugnisse beim Verbraucher und damit deren Anteil am verfügbaren Haushaltseinkommen zu erhöhen, um auf diese Weise zu einer höheren Wertschöpfung des Sektors beizutragen. Generische Werbung bewirke im Übrigen dann eine unmittelbare Stärkung der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft in Konkurrenz zu den Erzeugnissen anderer EU-Agrarexportländer, wenn es sich bei dem beworbenen Produkt um ein überwiegend in Deutschland produziertes und im Verbraucherbewusstsein eher unbekanntes Erzeugnis handele, welches sich in einem direkten Konkurrenzverhältnis zu überwiegend oder ausschließlich im Ausland produzierten Erzeugnissen befinde. Des Weiteren werde die Gruppennützigkeit der generischen Werbemaßnahmen durch deren Abstimmung mit den Reife- und Erntezeiten bestimmter Agrarprodukte erreicht.

Auch die Etablierung und Bewerbung von Güte- und Prüfzeichen komme jedenfalls weit überwiegend den Unternehmen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft sowohl im Hinblick auf ihre Position im Wettbewerb mit ausländischen Kon-

kurrenten als auch im Hinblick auf die Steigerung des Anteils der Lebensmittel am verfügbaren Haushaltseinkommen zugute. Durch die faktische Konzentration auf deutsche Unternehmen verbesserten diese Zeichen die Wettbewerbsfähigkeit gerade der deutschen Landwirtschaft, indem sie Vertrauen beim Verbraucher in die zertifizierten Produkte schafften und damit unmittelbar zu einem höheren Absatz beitrugen.

Für die Maßnahmen der CMA außerhalb des Bereiches der Werbung, etwa Messen, Schulungen etc., stehe die Gruppennützigkeit der Mittelverwendung außer Frage. Diese Maßnahmen dienten unmittelbar den Interessen der Unternehmen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft, die an den Messen und den Schulungen teilnahmen.

Hinsichtlich der Tätigkeit der ZMP sei die allgemeine Zugänglichkeit der Informationen für die am Markt Handelnden Voraussetzung für die Schaffung von Markttransparenz. Die Mitnutzung durch Nichtabgabepflichtige sei demnach zwangsläufige Folge der aufgabengerechten Tätigkeit der ZMP.

Im Rahmen einer gemeinschaftsrechtlichen Betrachtung seien zudem die Vorteile einzubeziehen, die den Unternehmen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft durch die nationalen Absatzförderungssysteme der anderen EU-Staaten entstünden. Praktisch alle wichtigen Agrarnationen innerhalb der Europäischen Union betrieben ebenfalls eine staatliche beziehungsweise aus parafiskalischen Mitteln finanzierte Absatzförderung. Von diesen Systemen profitierten deutsche Unternehmen beim Export von Waren in diese Länder ebenso wie ausländische Unternehmen beim Import nach Deutschland von den Maßnahmen nach dem Absatzfondsgesetz.

Im Übrigen sei bei der Beurteilung der Gruppennützigkeit zu beachten, dass die deutsche Land- und Ernährungswirtschaft in erheblichem Umfang in die Entscheidung über die Mittelverwendung einbezogen sei. Durch dieses gesetzgeberische Modell der materiellen Selbstverwaltung sei sichergestellt, dass die Maßnahmen des Absatzfonds und seiner Durchführungsorganisationen stets im Interesse der Gesamtgruppe erforderlich und sinnvoll seien.

Der Gesetzgeber habe auch seine Überprüfungs- und Anpassungspflicht im Hinblick auf das Absatzfondsgesetz nicht verletzt. Eine Verletzung dieser Pflicht könne selbst im Falle ihres Vorliegens nicht zur Verfassungswidrigkeit der Sonderabgabe führen.

5. Die Bundesregierung, die Landesregierung Baden-Württemberg und die Bayerische Staatsregierung halten den Beitrag zum Absatzfonds für eine nichtsteuerliche Abgabe, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erhebung von Sonderabgaben genügt. Der durch das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1990 festgestellte Zweck des Absatzfondsgesetzes bestehe fort. Die Homogenität der Gruppe der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft ergebe sich schon daraus, dass nahezu sämtliche Erzeugnisse der Landwirtschaft und ein großer Teil der Verarbeitungserzeugnisse von den Marktordnungen des Gemeinschaftsrechts erfasst würden. Damit liege eine in der europäischen Rechtsordnung vorstrukturierte Gruppe vor. Im Übrigen habe die vorwiegend mittelständisch geprägte nachgelagerte Ernährungswirtschaft ebenso wie die Stufe der Landwirtschaft keine wesentliche internationale Verflechtung erlebt, die einer gemeinsamen Interessenlage entgegenstehen könne. Die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Instrumente der Absatzförderung ermöglichten auch weiterhin eine gruppennützige Verwendung des Aufkommens der Sonderabgabe im Sinne einer Verwendung desselben im überwiegenden Interesse der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft.

Die gesetzliche Aufgabenstellung des Absatzfonds nach § 2 Abs. 2 AbsFondsG stehe schon deshalb im Einklang mit den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, weil sie ohnehin keine Maßnahme im Sinne von Art. 28 EG darstellen könne. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht seien allein die vom Absatzförderungsfonds ergriffenen Absatzförderungsmaßnahmen maßgeblich.

Des Weiteren geht auch die Bundesregierung von der gruppennützigen Verwendung des Aufkommens der Absatzfondsabgabe aus. Es stehe der Rechtmäßigkeit der Beitragserhebung nicht entgegen, dass die Belasteten lediglich mittelbar oder erst in Zukunft Nutzeffekte aus der Mittelverwendung zögen. Gleiches gelte für den Umstand, dass auch Dritte, etwa die Verbraucher oder die Agrarwirtschaft anderer EU-Länder, von der Förderung profitierten.

Sowohl bei der CMA als auch der ZMP sei im Übrigen die gruppennützige Verwendung des Aufkommens der Sonderabgabe schon durch die Mitwirkung der Abgabenbelasteten durch ihre Vertreter in den Gremien und Organen des Absatzfonds auf operativer Ebene gesichert.

Durch die entsprechenden Erörterungen in den Gesetzgebungsverfahren sei der Gesetzgeber zudem seiner Pflicht zur periodischen Überprüfung bei einer Sonderabgabe nachgekommen.

6. Als sachkundige Dritte nach § 27a BVerfGG haben der Zentralausschuss der Deutschen Landwirtschaft, die Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., der Bund Ökologische Lebensmittelwirtschaft und die Bundesvereinigung der Deutschen Ernährungsindustrie e.V. Stellung genommen. Nach deren gemeinsamer Auffassung ist eine zentrale Absatzförderung der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft auch zukünftig sinnvoll und erforderlich. Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Finanzierung dieser Aufgabe mittels der Erhebung einer Sonderabgabe seien erfüllt.

7. Der Bundesrechnungshof ist der Auffassung, dass die Aufgabe des Absatzfonds, die deutsche Land- und Ernährungswirtschaft gegen die Konkurrenz aus dem Ausland zu stärken und zu schützen, im Widerspruch zu den Regelungen des europäischen Binnenmarkts stehe. Es sei zudem nicht erkennbar, dass die nationale Absatzförderung durch Absatzfonds und CMA trotz hohen Mitteleinsatzes den Absatz und die Verwertung der Erzeugnisse der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft nennenswert zu fördern geeignet sei. Vorzugswürdig sei demgegenüber eine Privatisierung der Absatzförderungsaktivitäten.

8. In der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2008 stand die Erörterung der Ziele des Absatzfondsgesetzes im Rahmen aktueller gemeinschaftsrechtlicher und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen des Absatzes von Produkten der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft im Vordergrund. Schwerpunkte hierbei waren das Maß der internationalen Verflechtung der Land- und Ernährungswirtschaft sowie der einer wirksamen Absatzförderung gemeinschaftsrechtlich verbleibende Spielraum. Erörtert wurden zudem die Notwendigkeit einer Zwangsmitgliedschaft und die Möglichkeiten alternativer Wahrnehmung der Absatzförderung. Abschließend wurden Fragen zur Belastungsgleichheit der Abgabenerhebung insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis der Branchen untereinander behandelt.

B. Die Abgabenerhebung nach dem Absatzfondsgesetz in der vorgelegten Fassung des Gesetzes vom 21. Juni 1993 (BGBl I S. 998), geändert durch die Siebente Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 29. Oktober 2001 (BGBl I S. 2785), und den seitherigen Fassungen ist jedenfalls seit dem 1. Juli 2002 verfassungswidrig. Die Verfassungswidrigkeit führt zur Nichtigkeit von § 2 Abs. 1 bis Abs. 4 Satz 1, Abs. 6, § 10 Abs. 1 bis Abs. 8, § 11 und § 12 AbsFondsG.

I. Die Regelungen des § 10 AbsFondsG zur Erhebung von Abgaben sind wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 105 GG und Art. 110 GG verfassungswidrig.

Bei der Abgabe nach § 10 AbsFondsG handelt es sich um eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion (1.), die den strengen verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsanforderungen an solche Sonderabgaben unterliegt (2.). Diese Anforderungen erfüllt die Abgabe nach § 10 AbsFondsG nicht (3.).

1. Wie der Zweite Senat bereits in seiner Entscheidung zum Absatzfondsgesetz aus dem Jahr 1990 (vgl. BVerfGE 82, 159

<178>) ausgeführt hat, ist die Abgabe nach § 10 AbsFondsG keine Steuer, denn sie wird nicht als Gemeinlast auferlegt; den Abgabepflichtigen wird vielmehr als einer bestimmten Gruppe von Wirtschaftsunternehmen wegen einer besonderen Nähe zu der zu finanzierenden Aufgabe eine spezielle Finanzierungsverantwortung zugewiesen. Nach dem tatbestandlich bestimmten materiellen Gehalt (vgl. BVerfGE 110, 370 <384>; 113, 128 <145>) handelt es sich entgegen der gesetzlichen Terminologie auch nicht um einen Beitrag, denn die Abgabe wird nicht für die potentielle Inanspruchnahme einer staatlichen Einrichtung oder Leistung (vgl. BVerfGE 113, 128 <148>) erhoben, sondern dient der Finanzierung einer allgemeinen Absatzförderung im Wege staatlich organisierter „Selbsthilfe“ (vgl. BVerfGE 82, 159 <178>).

2. a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. zuletzt BVerfGE 113, 128 <146 f.> m.w.N.) ergeben sich aus den Begrenzungs- und Schutzfunktionen der bundesstaatlichen Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) Grenzen auch für die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben und insbesondere für die Erhebung von Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion, die der Gesetzgeber in Wahrnehmung einer ihm zustehenden Sachkompetenz außerhalb der Finanzverfassung nach den allgemeinen Regeln der Art. 70 ff. GG erhebt. Die Finanzverfassung, die die bundesstaatliche Verteilung der Gesetzgebungs-, Ertrags- und Verwaltungskompetenzen im Wesentlichen - neben den Zöllen und Finanzmonopolen - nur für das Finanzierungsmittel der Steuer regelt, schließt die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben verschiedener Art zwar nicht aus; das Grundgesetz enthält keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabetypen. Die grundgesetzliche Finanzverfassung verlöre aber ihren Sinn und ihre Funktion, wenn unter Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern beliebig nichtsteuerliche Abgaben unter Umgehung der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln begründet werden könnten und damit zugleich ein weiterer Zugriff auf die Ressourcen der Bürger eröffnet würde. Die Finanzverfassung schützt insofern auch die Bürger.

Die Auferlegung nichtsteuerlicher Abgaben wird danach grundlegend begrenzt durch das Erfordernis eines besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrundes, der einerseits eine deutliche Unterscheidung gegenüber den Steuern ermöglicht und andererseits auch im Hinblick auf die zusätzliche Belastung neben den Steuern geeignet ist, der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen Rechnung zu tragen. Zudem ist der Grundsatz der Vollständigkeit des Haushalts hinreichend zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 93, 319 <342 f.>; 108, 1 <16 f.>; 108, 186 <215 f.>; 110, 370 <387 f.>; 113, 128 <147>).

b) Die für alle nichtsteuerlichen Abgaben geltenden Begrenzungen hat das Bundesverfassungsgericht für Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion (Sonderabgaben im engeren Sinn) in besonders strenger Form präzisiert. Sonderabgaben im engeren Sinn zeichnen sich dadurch aus, dass der Gesetzgeber Kompetenzen außerhalb der Finanzverfassung in Anspruch nimmt, obwohl weder ein Gegenleistungsverhältnis noch ähnlich unterscheidungskräftige besondere Belastungsgründe eine Konkurrenz der Abgabe zur Steuer ausschließen. Sie schaffen trotz ihrer Ähnlichkeit mit den ebenfalls „voraussetzungslos“ erhobenen Steuern neben diesen und außerhalb der Grundsätze steuergerechter Verteilung der Gemeinlasten zusätzliche Sonderlasten und gefährden in den Fällen organisatorischer Ausgliederung des Abgabenaufkommens und seiner Verwendung aus dem Kreislauf staatlicher Einnahmen und Ausgaben zugleich das Budgetrecht des Parlaments. Wegen dieser Gefährdungen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen sowie des parlamentarischen Budgetrechts unterliegen Sonderabgaben engen Grenzen und müssen gegenüber den Steuern seltene Ausnahmen bleiben (stRspr; vgl. BVerfGE 55, 274 <308>; 108, 186 <217> m.w.N.; 113, 128 <149 f.>).

Der Gesetzgeber darf sich der Abgabe nur im Rahmen der Verfolgung eines Sachzwecks bedienen, der über die bloße Mit-

telbeschaffung hinausgeht. Mit einer Sonderabgabe darf nur eine homogene Gruppe belegt werden, die in einer spezifischen Beziehung (Sachnähe) zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck steht und der deshalb eine besondere Finanzierungsverantwortung zugerechnet werden kann. Das Abgabenaufkommen muss gruppennützig verwendet werden (BVerfGE 75, 108 <147 f.>; vgl. aus der ständigen Rechtsprechung näher BVerfGE 55, 274 <305 ff.>; 67, 256 <275 ff.>; 82, 159 <179 ff.>). Zusätzlich muss der Gesetzgeber im Interesse wirksamer parlamentarisch-demokratischer Legitimation und Kontrolle die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentieren (vgl. BVerfGE 108, 186 <218 f.>).

Innerhalb des Ensembles der speziellen Anforderungen an die Zulässigkeit einer Sonderabgabe mit Finanzierungszweck besteht eine besonders enge Verbindung zwischen der spezifischen Beziehung oder auch Sachnähe der Abgabepflichtigen zum Zweck der Abgabenerhebung, einer daraus ableitbaren Finanzierungsverantwortung und der gruppennützigen Verwendung des Abgabenaufkommens. Sind Sachnähe zum Zweck der Abgabe und Finanzierungsverantwortung der belasteten Gruppe der Abgabepflichtigen gegeben, so wirkt die zweckentsprechende Verwendung des Abgabenaufkommens zugleich gruppennützig, entlastet die Gesamtgruppe der Abgabenschuldner nämlich von einer ihrem Verantwortungsbereich zuzurechnenden Aufgabe. Die Erfüllung dieser Merkmalsgruppe in ihrem Zusammenspiel bildet zugleich den entscheidenden Rechtfertigungsgrund für eine zu der Gemeinlast der Steuern hinzutretende Sonderlast und sichert so die Wahrung verhältnismäßiger Belastungsgleichheit (BVerfGE 113, 128 <150 f.>).

3. Nach diesen Maßstäben stellt die Abgabe zum Absatzfonds eine verfassungsrechtlich unzulässige Sonderabgabe dar, denn es fehlt jedenfalls an einer Finanzierungsverantwortung der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft.

Allerdings bildet die deutsche Land- und Ernährungswirtschaft eine in der europäischen Rechtsordnung vorstrukturierte Gruppe (Art. 32 ff. EG; vgl. zu Art. 39 ff. EWGV bereits BVerfGE 82, 159 <183 f.>; aus dem Sekundärrecht etwa Verordnung Nr. 2826/2000 des Rates vom 19. Dezember 2000 über Informations- und Absatzförderungsmaßnahmen für Agrarerzeugnisse im Binnenmarkt, Abl. EG Nr.L 328, S. 2, in der Fassung der Verordnung Nr. 2060/2004 des Rates vom 22. November 2004 zur Änderung der Verordnung <EG> Nr. 2702/1999 über Informations- und Absatzförderungsmaßnahmen für Agrarerzeugnisse in Drittländern und der Verordnung <EG> Nr. 2826/2000 über Informations- und Absatzförderungsmaßnahmen für Agrarerzeugnisse im Binnenmarkt, Abl. EG Nr.L 357, S. 3). Auch weisen die Unternehmen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft zu der mit der Abgabe finanzierten Aufgabe eine besondere Sachnähe auf. Sie stehen der zu finanzierenden Aufgabe, nämlich der Förderung des Absatzes und der Verwertung land- und ernährungswirtschaftlicher Produkte, jedenfalls insoweit evident näher als jede andere Gruppe und die Gesamtheit aller Steuerzahler, als es um den Absatz ihrer je eigenen Produkte geht.

Rechtlich vorstrukturierte Abgrenzbarkeit einer Gruppe und besondere Sachnähe sind für sich genommen jedoch nicht ohne weiteres geeignet, eine spezielle Finanzierungsverantwortung im Hinblick auf eine staatlich organisierte Absatzförderung von land- und ernährungswirtschaftlichen Produkten in ihrer Gesamtheit zu begründen. Gruppenhomogenität und Sachnähe müssen inhaltlich derart qualifiziert sein, dass sie geeignet sind, einen rechtfertigenden Zusammenhang mit einer spezifischen Finanzierungsverantwortung der Abgabepflichtigen für die Wahrnehmung der Aufgabe herzustellen. Dies ist bei der Abgabe nach dem Absatzfondsgesetz nicht der Fall.

Es handelt sich bei dieser Abgabe nicht um eine Sonderabgabe, die bei der Zurechnung von Sonderlasten der Abgabepflichtigen an den Verursachungsgedanken anknüpft und ihre Rechtfertigung in einer Verantwortlichkeit für die Folgen gruppenspezifischer Zustände oder Verhaltensweisen finden kann.

Vielmehr geht es um eine zwangsweise durchgeführte Fördermaßnahme, zu deren Finanzierung die Gruppe der Abgabepflichtigen nur aus Gründen eines Nutzens herangezogen wird, den der Gesetzgeber dieser Gruppe zugedacht hat. Die Unternehmen der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft verursachen keinen Bedarf, für dessen Befriedigung sie ohne weiteres verantwortlich gemacht werden könnten. Der Staat greift vielmehr auf der Grundlage des Absatzfondsgesetzes mit wirtschaftspolitisch begründeten Förderungsmaßnahmen gestaltend in die Wirtschaftsordnung ein und weist den erst dadurch entstehenden Finanzierungsbedarf den mit der Abgabepflicht belasteten Unternehmen zu. Diese finanzielle Inanspruchnahme für die staatliche Aufgabenwahrnehmung, die durch hoheitliche Entscheidung an die Stelle des individuellen unternehmerischen Handelns tritt, stellt sich aus der Sicht des Abgabepflichtigen nicht nur als eine rechtfertigungsbedürftige, zur Steuer hinzutretende Sonderbelastung, sondern auch als Verkürzung seiner Freiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit dar (vgl. BVerfGE 111, 191 <213 f.>; 113, 128 <145>) und bedarf auch insoweit besonderer Rechtfertigung. Für die nach dem Absatzfondsgesetz im Schwerpunkt entfalteten Werbemaßnahmen für Produkte der Land- und Ernährungswirtschaft tritt diese freiheitsbeschränkende Qualität der Abgabe besonders augenfällig in Erscheinung, denn die finanzielle Inanspruchnahme für solche Werbemaßnahmen kann auch als Schmälerung des eigenen unternehmerischen Werbeertrags angesehen werden.

Wieweit vor diesem Hintergrund allein wirtschaftspolitische Förderungsziele und -wirkungen die Begründung einer speziellen Finanzierungsverantwortung durch Sonderabgaben der geförderten Gruppen rechtfertigen können, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung; jedenfalls in der vorliegenden Konstellation scheidet eine solche Rechtfertigung aus.

Der weite gesetzgeberische Gestaltungsraum bei wirtschaftspolitischer Zielsetzung und Instrumentenwahl, den das Bundesverfassungsgericht für belastende Regelungen der Berufsausübung stets anerkannt hat, kann nicht auch für die Rechtfertigung des Einsatzes von Sonderabgaben mit Finanzierungszweck Geltung beanspruchen, denn dies stünde in deutlichem Widerspruch zum Vorrang des Finanzierungsinstruments der Steuer gegenüber der Sonderabgabe, für deren Einsatz stets sachliche Gründe von besonderem Gewicht zu fordern sind (vgl. nur BVerfGE 110, 370 <390 f.>; 113, 128 <153>).

Lässt sich eine Finanzierungsverantwortung der Abgabepflichtigen praktisch ausschließlich mit Blick auf Zweck und Wirkung staatlicher Förderungsmaßnahmen zugunsten der belasteten Gruppe begründen, so bestehen in Bezug auf die gruppennützige Verwendung erhöhte Anforderungen. Der durch die Abgabe zu finanzierende und die Abgabe rechtfertigende Gruppennutzen muss evident sein. Diese Anforderung erfüllt der Nutzen aus der Tätigkeit des Absatzfonds, wie er insbesondere mit den seit geraumer Zeit im Vordergrund der Tätigkeit der CMA stehenden Werbemaßnahmen angestrebt wird, nicht.

Verfassungsrechtlich zulässige agrar- und ernährungspolitische Ziele sowie mögliche positive Effekte staatlicher Werbemaßnahmen für einen bestimmten Wirtschaftszweig reichen allein für einen greifbaren Gruppennutzen zur Rechtfertigung einer Finanzierung durch Sonderabgaben statt durch Steuern gerade nicht aus. Dies gilt auch deshalb, weil es für die Vermutung eines Mehrwerts staatlich organisierter im Vergleich mit privatwirtschaftlicher Werbung keine hinreichenden Anhaltspunkte gibt. Darauf, ob und wieweit dies besonders deutlich für die (staatliche) sogenannte generische Werbung im Vergleich mit der (privaten) Markenwerbung hervortritt, kommt es vorliegend nicht an.

In Konstellationen der vorliegenden Art, in denen das Abgabenaufkommen nicht für direkte Zuwendungen an Gruppenmitglieder, etwa zur Befriedigung von Ausgleichsbedarfen, verwendet wird, kann sich der erforderliche greifbare Gruppennutzen vor allem dann ergeben, wenn es bei den staatlichen För-

dermaßnahmen um das plausibel begründete Erfordernis geht, erheblichen Beeinträchtigungen entgegenzuwirken oder spezielle Nachteile auszugleichen, die die Gruppenangehörigen besonders betreffen und die von diesen selbst voraussichtlich nicht, oder jedenfalls nicht mit gleicher Erfolgsaussicht kompensiert werden könnten. Als solche Beeinträchtigungen kommen Nachteile im transnationalen Wettbewerb grundsätzlich in Betracht. An einer derartigen, das Absatzfondsgesetz ursprünglich tragenden Rechtfertigung fehlt es indes jedenfalls seit dem im Ausgangsverfahren betroffenen Streitjahr 2002. Andere Anhaltspunkte für einen besonderen Gruppennutzen der Beteiligten dieses Wirtschaftssektors sind nicht erkennbar.

Während das Vorliegen abzuwehrender Nachteile im innergemeinschaftlichen Wettbewerb 1990 noch in vertretbarer Weise angenommen werden konnte, hat sich die Situation der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft seitdem zu deren Gunsten entwickelt. Das Bundesverfassungsgericht hat 1990 die Fortschreibung der Lagebeurteilungen aus der Zeit der parlamentarischen Beratungen zum Absatzfondsgesetz gebilligt, wonach sich der Absatz deutscher land- und ernährungswirtschaftlicher Waren vor dem Hintergrund eines verschärften innergemeinschaftlichen Wettbewerbs nur durch koordinierte Anstrengungen im Gemeinsamen Markt behaupten könne (vgl. BVerfGE 82, 159 <182 f.>). Es hat dazu den Agrarbericht 1989 (BTDrucks 11/3968) herangezogen (BVerfGE 82, 159 <189 f.>). Danach war im ernährungswirtschaftlichen Handel mit den EG-Partnern im Jahr 1987 bei einem Export in Höhe von rund 19,3 Mrd. DM und einem Import von rund 33,5 Mrd. DM immerhin noch ein erhebliches Außenhandelsdefizit festzustellen (a. a. O., S. 67 f.). In der Folgezeit hat sich die Situation jedoch so deutlich stabilisiert, dass von einem Erfordernis, erhebliche Beeinträchtigungen der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft durch staatlich organisierte Werbung abzuwehren, nicht mehr gesprochen werden kann. Die Stellung der deutschen Agrar- und Ernährungswirtschaft entwickelte sich kontinuierlich zum Besseren. Zwar ergab der Export im Jahr 1993 bei rund 22,5 Mrd. DM gegenüber einem Import von 38 Mrd. DM (Agrarbericht 1995, BTDrucks 13/400, S. 86 f., mit Hinweis auf die nur bedingte Vergleichbarkeit mit Vorjahreswerten aufgrund von Änderungen der statistischen Erfassung) noch eine etwas schlechtere Exportquote, das änderte sich aber in den Folgejahren (vgl. etwa für die Jahre 1999 bis 2001 die Zahlen im Ernährungs- und agrarpolitischen Bericht 2003 der Bundesregierung, BTDrucks 15/405, S. 112, jeweils Export/Import in - gerundeten - Mrd. Euro: 1999: 18,1/26,1; 2000: 20,4/27,1; 2001: 22,5/28,4). Mit einer Relation von Export 23,2 Mrd. Euro zu Import 29 Mrd. Euro im Jahr 2002 (vgl. Ernährungs- und agrarpolitischen Bericht 2004 der Bundesregierung, BTDrucks 15/2457, S. 124) konnte nicht von einem Ungleichgewicht gesprochen werden, das auf beträchtliche Nachteile der deutschen Agrar- und Ernährungswirtschaft als Wettbewerber innerhalb der Gemeinschaft schließen ließe. Die Entwicklung in den Folgejahren war unverändert günstig (vgl. für die Jahre 2003 bis 2005 den Agrarpolitischen Bericht 2007 der Bundesregierung, BTDrucks 16/4289, S. 74, jeweils Export/Import <EU-25> in - gerundeten - Mrd. Euro: 2003: 26,2/31,7; 2004: 27,9/31,9; 2005: 30,3/32,9).

Anhaltspunkte für die Annahme, diese Entwicklung sei wesentlich auf die Tätigkeit des Absatzfonds zurückzuführen und werde ohne diese Tätigkeit rückläufig sein, sind nicht erkennbar. Insbesondere Einschränkungen einer gerade auf die deutsche Land- und Ernährungswirtschaft bezogenen Absatzförderung spiegeln sich in der Entwicklung des Verhältnisses von Einfuhr und Ausfuhr nicht wider. So verlief die kontinuierlich günstige Entwicklung unbeeinflusst von dem in der zweiten Hälfte des Jahres 2002 eingeleiteten „Strategiewechsel“ bei der Absatzförderung (vgl. dazu Bundesrechnungshof, Beratung zum System der Absatzförderung deutscher land- und ernährungswirtschaftlicher Erzeugnisse vom 30. Juni 2006, S. 14 ff.). Nachdem der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Verwendung des CMA-



Gütesiegels in der bisherigen Form festgestellt hatte (EuGH, Urteil vom 5. November 2002, Rs. C-325/00, Slg. 2002, I-9977), blieb die Ersetzung dieses Kennzeichens durch das herkunftsneutrale QS-Zeichen, das auch anderen als deutschen Produzenten zugänglich ist, ohne erkennbare Auswirkungen ebenso wie die im Herbst 2002 eröffnete und unter besonderer Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben gestaltete Kampagne „Deutschland hat GesCMAck“, bei der zum Teil auf die Nennung der Herkunft der Produkte vollständig verzichtet wurde mit der Erwartung, der Adressat werde die Herkunft „zwischen den Zeilen“ herauslesen.

II. Die Verfassungswidrigkeit der als Sonderabgabe gestalteten Beiträge nach § 10 AbsFondsG führt zur Nichtigkeit von § 2 Abs. 1 bis Abs. 4 Satz 1, Abs. 6, § 10 Abs. 1 bis Abs. 8, § 11 und § 12 AbsFondsG. Besondere Gründe gegen die Nichtigkeit als Regelfolge der Verfassungswidrigkeit einer Norm sind vorliegend nicht erkennbar.

Die Nichtigkeit der Beitragsregelung hat die Nichtigkeit der genannten Vorschriften des Absatzfondsgesetzes zur Folge, denn mit dem Wegfall der Abgabe als Instrument zur Finanzierung eines agrarwirtschaftlichen Werbeverbundes verlieren diese Vorschriften insgesamt ihren Sinn (vgl. grundlegend BVerfGE 8, 274 <301>). Einen praktisch bedeutsamen Sinn für die Durchführung von Abwicklungsaufgaben behalten lediglich die Vorschriften zur Errichtung des Absatzfonds als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts und die Regelungen über die Organe und die Finanzen, ferner die Vorschriften zur Aufsicht durch das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, die Prüfungskompetenz des Bundesrechnungshofs sowie die Regelung über die Steuerfreiheit und jene Vorschrift, aufgrund derer der Absatzfonds der Bundesanstalt für Landwirtschaft Personal- und Sachkosten für die bisherige Beitragserhebung zur erstatten hat.

III. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit erstreckt sich auf die Fassung des Absatzfondsgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 21. Juni 1993 (BGBl I S. 998), zuletzt geändert durch die Siebente Zuständigkeitsanpassungs-Verordnung vom 29. Oktober 2001 (BGBl I S. 2785) sowie auf alle seitherigen Fassungen. Die nach diesem Zeitpunkt erfolgten Änderungen des Absatzfondsgesetzes betreffen neben redaktionellen Korrekturen im Wesentlichen die Zusammensetzung des Verwaltungsrates nach § 5 Abs. 1 des Absatzfondsgesetzes und lassen den materiellen Gehalt der Regelungen offensichtlich unberührt. In zeitlicher Hinsicht ist der Urteilsausspruch auf den Beginn der in den Ausgangsverfahren erheblichen Zeiträume, also vom 1. Juli 2002 an, zu beschränken (vgl. BVerfGE 21, 292 <305>).

**Hinw. d. Red.:** S. dazu die Pressemitteilung Nr. 10/2009 des BVerfG GuT 2009, 64 f. (in diesem Heft) sowie Stellungnahmen der Bundestagsfraktionen der SPD und CDU/CSU ibd.

#### § 9 EStG; §§ 10, 16 WEG

#### V+V; vermietetes Wohnungseigentum; Beiträge zur Instandhaltungsrücklage als Werbungskosten der Vermietung und Verpachtung

**Beiträge zur Instandhaltungsrücklage der Wohnungseigentümergeinschaft sind auch nach Zuerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit erst mit Verausgabung durch den Verwalter als Werbungskosten aus V+V abzugsfähig.**

(BFH, Beschluss vom 9. 12. 2008 – IX B 124/08)

2 **Aus den Gründen:** Nach der Rechtsprechung des BFH sind Beiträge zur Instandhaltungsrücklage mit ihrer Zahlung aufgrund ihrer Zuordnung zum bzw. der Bindung im Verwaltungsvermögen der Wohnungseigentümergeinschaft zwar aus dem frei verfügbaren Vermögen des einzelnen Wohnungseigentümers abgefließen. Sie können aber beim einzelnen Wohnungseigentümer erst dann als Werbungskosten abgezogen werden, wenn der Verwalter sie für die Wohnungseigentümergeinschaft tatsächlich für die Erhaltung des gemeinschaftlichen

Eigentums oder für andere Maßnahmen verausgabt, die durch die Erzielung von Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung veranlasst sind (BFH-Urteil vom 26. Januar 1988 – IX R 119/83, BFHE 152, 471, BStBl II 1988, 577; BFH-Beschluss vom 21. Oktober 2005 – IX B 144/05, BFH/NV 2006, 291; vgl. auch BFH-Urteil vom 14. Oktober 1980 – VIII R 22/76, BFHE 131, 510, BStBl II 1981, 128). Hiervon ist das Finanzgericht in dem angefochtenen Urteil zutreffend ausgegangen.

3 Etwas anderes folgt auch nicht aus der Einfügung der Regelungen in § 10 Abs. 6, 7 des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26. März 2007 (BGBl I 2007, 370; s. hierzu allg. Köhler, Das neue WEG, 2007, Rz 91 ff.). Mit den genannten Neuregelungen ist der Gesetzgeber der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (s. Beschluss vom 2. Juni 2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, 154 [= WuM 2005, 530 = GuT 2005, 229 KL]; Urteil vom 7. März 2007 – VIII ZR 125/06, Neue Juristische Wochenschrift 2007, 2987 [= WuM 2007, 341]) gefolgt und hat der Wohnungseigentümergeinschaft die (Teil-) Rechtsfähigkeit zuerkannt. Wie der erkennende Senat indes bereits in seiner Entscheidung in BFHE 152, 471, BStBl II 1988, 577 ausgeführt hat, ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt die zur Instandhaltungsrücklage geleisteten Beiträge als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abgezogen werden können, unabhängig davon zu beurteilen, wie die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer zur Eigentümergeinschaft zivilrechtlich einzustufen sind. Dies folge schon daraus, dass erst im Zeitpunkt der Verausgabung von Rücklagebeträgen beurteilt werden könne, ob diese für Erhaltungsaufwendungen verwendet worden seien und mithin zu sofort abziehbaren Werbungskosten führen oder ob diese als Herstellungskosten zu beurteilen seien, welche nur in Höhe der entsprechenden Absetzungen für Abnutzung als Werbungskosten berücksichtigt werden können. An dieser grundlegenden Bewertung hat sich auch nach Einführung der maßgeblichen Neuregelungen des Wohnungseigentumsgesetzes nichts geändert. Die Zuweisungsentscheidung in § 10 Abs. 7 WEG, wonach „das Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gehört“, beantwortet nicht die nach § 9 Abs. 1 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes allein maßgebliche Frage, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Höhe der Steuerpflichtige Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung von Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung tätigt (gl.A. Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl. 2007, § 21 Rz 229 f.; Weitnauer, Wohnungseigentumsgesetz, 9. Aufl. 2005, Anh. I 36).

4 In der Literatur wird zwar auch die Auffassung vertreten, Beiträge zur Instandhaltungsrücklage seien schon im Zeitpunkt der Zahlung an die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft als Werbungskosten zu berücksichtigen (in diesem Sinne z. B. Sauren, Deutsches Steuerrecht 2006, 2161, 2163; Jenßen, Die Verwalterabrechnung nach dem Wohnungseigentumsgesetz, 3. Aufl. 1995, Rz 173). Dieser Auffassung folgt der Senat jedoch nicht; sie könnte im Einzelfall dazu führen, dass solche Beiträge des Steuerpflichtigen stets, in vollem Umfang und sofort – unabhängig von ihrer späteren Einordnung als Herstellungskosten oder Erhaltungsaufwand – als Werbungskosten abziehbar wären. Darüber hinaus wären Beiträge des Steuerpflichtigen zur Instandhaltungsrücklage auch dann im Zeitpunkt der Leistung in vollem Umfang als Werbungskosten abziehbar, wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt – ggf. auch nur teilweise – für Maßnahmen verausgabt werden, die in keinem Veranlassungszusammenhang mit der Erzielung von Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung stehen. Der Senat verkennt nicht, dass seine hier vertretene Rechtsauffassung in Verkaufsfällen dazu führen kann, dass ein Steuerpflichtiger verausgabte Beiträge zur Instandhaltungsrücklage als Werbungskosten ansetzen kann, die nicht er selbst, sondern ein früherer Eigentümer geleistet hat; dem steht jedoch der Umstand ge-

genüber, dass der Eigentümer im Verkaufsfalle den Umfang bereits geleisteter, jedoch noch nicht verausgabter Beiträge bei der Bemessung seiner Kaufpreisforderung berücksichtigen kann.

**§ 33 GrStG**  
**Grundsteuer; Erlass wegen Ertragsminderung;**  
**Leerstand**

**1. Voraussetzung für einen Grundsteuererlass wegen einer wesentlichen Ertragsminderung ist weiterhin das Vorliegen atypischer Umstände oder eines strukturell bedingten Leerstandes.**

**2. Auch ein längerer Leerstand bei einem gewerblichen Objekt mit spezieller Ausstattung und besonderem Verwendungsprofil begründet noch keine atypischen Umstände.**

**3. Eine Ertragsminderung kann auch dann zu vertreten sein, wenn sie auf einer gegebenenfalls nachvollziehbaren unternehmerischen Entscheidung beruht, ein Gesamtobjekt zu einem nur geringen Mietzins zu vermieten.**

(OVG Münster, Urteil vom 31. 10. 2008 – 14 A 1420/07)

**Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, die früher unter dem Namen „C. Grundstücksvermietungsgesellschaft mbH & Co. P. KG“ firmierte, war Eigentümerin und Vermieterin des Grundstückes mit der postalischen Bezeichnung E. Straße in P. (Steuerobjekt). Das Grundstück ist 98.337 qm groß und mit ca. 80 Büro-, Produktions- und Lagergebäuden bebaut (865.099 cbm umbauter Raum), die sich teilweise in sanierungsbedürftigem und nicht vermietbarem Zustand befinden. Es war seit 1990/1994 an die Firma „C. Immobilienmanagement GmbH“ (im Folgenden: C.1) verleast. Diese Firma vermietete die Gebäude auf dem Grundstück an verschiedene C.-Unternehmen weiter. Über das Vermögen der C. 1 wurde am 1. 9. 2002 das Insolvenzverfahren eröffnet, nachdem durch die Insolvenz des C.-Konzerns die Mieteinnahmen aus diesen Untervermietungen entfielen. Nach Eröffnung des Verfahrens kündigte die Mieterin das Leasingverhältnis mit der Klägerin zum 31. 3. 2003. Für die Zeit vom 1. 9. 2002 bis zum 31. 3. 2003 einigte sich die Klägerin mit dem Insolvenzverwalter der C. 1 auf eine verminderte Leasingzahlung, um das Risiko einer Befriedigung nur mit einer geringeren Insolvenzquote zu vermeiden. Zum 1. 4. 2003 schlossen die Klägerin und der Insolvenzverwalter der C. 1 einen auf fünf Jahre befristeten Mietvertrag. Bei der Festlegung des Mietzinses wurde berücksichtigt, dass die Mieterin keine eigenen finanziellen Mittel aufbringen könne und die Mieterin sämtliche Instandhaltungen und -setzungen vorzunehmen habe, so dass die Miete aus den Überschüssen der Untervermietung bestehe. Anträge der Klägerin auf einen Teilerlass der Grundsteuer für die Jahre 2003 und 2004 lehnte der Beklagte ab. Widerspruch und Klage blieben erfolglos. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen.

**Aus den Gründen:** Anspruchsgrundlage für den begehrten Erlass ist § 33 Abs. 1 Satz 1 GrStG, wonach die Grundsteuer in Höhe des Prozentsatzes erlassen wird, der vier Fünfteln des Prozentsatzes der Minderung entspricht, soweit bei Betrieben der Land- und Forstwirtschaft und bei bebauten Grundstücken der normale Rohertrag des Steuergegenstandes um mehr als 20 vom Hundert gemindert ist und der Steuerschuldner die Minderung des Rohertrages nicht zu vertreten hat.

Es lässt sich nicht feststellen, dass die geltend gemachte Ertragsminderung auf atypische Umstände oder einen strukturell bedingten Leerstand zurückzuführen ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG (vgl. u. a. Urteil vom 3. 5. 1991 – 8 C 13. 89 –, BStBl. II 1992, 580), der sich der Senat in ständiger Rechtsprechung angeschlossen hat (OVG Münster, Urteil vom 26. 8. 2008 – 14 A 2509/07 –), können die Voraussetzungen eines Grundsteuererlasses wegen Minderung des normalen Rohertrages (grundsätzlich) nur erfüllt

sein, wenn der (geringe) Ertrag eines Grundstückes auf vorübergehend vorliegende Umstände zurückgeht, die im Vergleich zu den vom Gesetz erfassten Regelfällen atypisch sind. Dieser Grundsatz ist auch nicht dadurch in Zweifel zu ziehen, dass sich das BVerwG (Beschluss vom 24. 4. 2007 – GmS-OG 1/07 –, ZKF 2007, 211 [= GuT 2007, 333 KL, PM]) auf die Kritik des BFH (Beschluss vom 13. 9. 2006 – II R 5/05 –, BStBl. II 2006, 921 [= GuT 2008, 392 f. KL]) dessen Rechtsprechung angeschlossen hat und nunmehr auch strukturell bedingte Ertragsminderungen als Erlassgrund anerkennt.

Es ist nicht erkennbar, dass damit eine grundsätzliche Änderung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung verbunden ist in dem Sinn, dass auf den Gesichtspunkt der „Atypizität“ in jedem Fall zu verzichten sei und damit im Ergebnis jeder Leerstand als für einen Grundsteuererlass berücksichtigungsfähig in Betracht kommen könnte (OVG Münster, Urteile vom 16. 1. 2008 – 14 A 461/07 –, DWW 2008, 108 und WuM 2008, 241, vom 11. 6. 2008 – 14 A 1185/07 – und vom 26. 8. 2008 – 14 A 2509/07 –, a.A. BFH, Urteil vom 24. 10. 2007 – II R 5/05 –, juris [= GuT 2008, 392 f. KL]). Hiergegen spricht bereits die Formulierung im o. a. Beschluss des BVerwG vom 24. 4. 2007, wonach nicht nur atypische Ertragsminderungen, sondern auch strukturell bedingte Ertragsminderungen in Betracht kommen.

Im Übrigen beruhte die frühere Rechtsprechung des BVerwG, soweit es den „strukturell bedingten Leerstand“ betrifft, auf der Annahme, dass ein derartiger Leerstand bei der nächsten Hauptfeststellung zu berücksichtigen sei. Dem ist der BFH im o. a. Beschluss vom 13. 9. 2006 mit dem Argument entgegengetreten, dass der Gesetzgeber die Hauptfeststellung ausgesetzt habe. Daraus ist zu schließen, dass das BVerwG die Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung, die im o. a. Beschluss vom 24. 4. 2007 allerdings nicht begründet worden ist, gerade auf dieses Argument des BFH gestützt hat, das sich speziell auf die Frage des „strukturell bedingten Leerstandes“ bezieht. Dass das BVerwG eine Änderung seiner Rechtsprechung auch hinsichtlich anderer Fallkonstellationen habe vornehmen wollen, kann daraus nicht gefolgert werden.

In dieser Auffassung sieht sich der Senat durch die jüngere Rechtsprechung des BVerwG (Urteil vom 25. 6. 2008 – 9 C 8.07 –, juris) bestätigt. Im Rahmen der Entscheidungsgründe hat das BVerwG nochmals darauf hingewiesen, dass es sich der Rechtsprechung des BFH angeschlossen habe, wonach ein Grundsteuererlass „nicht nur bei atypischen und vorübergehenden Ertragsminderungen in Betracht komme, sondern auch strukturell bedingte Ertragsminderungen von nicht nur vorübergehender Natur erfassen könne.“ Dem entspricht auch der vom BVerwG zu dieser Entscheidung verfasste erste Leitsatz: „Ein Grundsteuererlass kommt nach den in § 33 Abs. 1 GrStG bestimmten Voraussetzungen auch in Fällen strukturellen Leerstandes in Betracht, in denen die Ertragsminderung des Grundstückes weder atypisch noch vorübergehend ist.“ Dem steht auch nicht entgegen, dass das BVerwG bei der Frage, ob der normale Rohertrag des klägerischen Grundstückes um mehr als 20 vom Hundert gemindert sei, ausgeführt hat: „Gefordert ist ein Vergleich mit „anderen“. Ob der erzielte - geringe - Ertrag auf eine atypische Situation zurückzuführen ist und/oder länger anhält, ist unerheblich.“ Diese Ausführungen stehen ersichtlich ausschließlich im Zusammenhang mit der Frage der Ermittlung einer Minderung des normalen Rohertrages bei Grundstücken, deren Bewertung im Sachwertverfahren erfolgt. Ihnen ist nicht zu entnehmen, dass das BVerwG nunmehr grundsätzlich jede Ertragsminderung unabhängig von ihren Ursachen als Erlassgrund anerkennen würde, sofern diese Ertragsminderung nicht zu vertreten ist.

Im vorliegenden Fall sind atypische Umstände des Einzelfalles für die Minderung der Ertragslage nicht zu erkennen.

Zwar ist der Klägerin zuzugestehen, dass die Zahlungsunfähigkeit eines Mieters in der Regel einen atypischen Fall im Sinne der genannten Voraussetzungen für einen Grundsteuererlass darstellen dürfte (vgl. u. a. OVG Saarl., Beschluss vom

28.9.2001 – 1 Q 26/01 –, NVwZ-RR 2002, 885). Dies gilt jedoch nicht für die Konstellation im vorliegenden Verfahren. Bei einem gewerblichen Objekt mit spezifischer Ausstattung und einem besonderen Verwendungsprofil, für dessen Anmietung von vornherein nur ein begrenzter Interessentenkreis in Frage kommt, begründet ein längerer Leerstand vor einer Neuvermietung keinen atypischen, einen Grundsteuererlass rechtfertigenden Umstand (OVG Münster, vom 18.6.2008 – 14 A 1185/07 –, juris, m. w. N.). Das hier in Rede stehende Objekt umfasst 98.337 qm Grundstücksfläche und ist mit ca. 80 Büro-, Produktions- und Lagergebäuden uneinheitlich strukturiert bebaut. Angesichts dieser Daten konnte die Klägerin nicht davon ausgehen, dass bei einem Ausfall des bisherigen Mieters das Objekt in seiner Gesamtheit auch mittelfristig neu vermietet werden konnte. Die eingetretene Verzögerung stellt sich vielmehr als Folge der Vermarktungsabsichten der Klägerin angesichts der besonderen und damit für das gesamte Objekt typischen Gegebenheiten dar. Dies bestätigt ihr eigenes Verhalten, nämlich das Mietverhältnis mit der insolventen C.1 als Mieterin des Gesamt-Objekts fortzuführen.

Der Leerstand ist auch nicht auf eine nachhaltige und länger andauernde Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse zurückzuführen, die sich im allgemeinen Markt- und Preisniveau niedergeschlagen hat, und damit nicht als strukturell bedingter Leerstand anzusehen (vgl. zum Begriff des strukturellen Leerstandes: Martini, Der Grundsteuererlass nach § 33 GrStG bei auf Veränderungen der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse beruhenden Ertragsminderungen in der Rechtsprechung des BVerwG, BayVBl. 2006, 329, m. w. N. aus der Rechtsprechung; OVG Münster, Urteil vom 18.6.2008 – 14 A 1185/07 –).

Anhaltspunkte dafür, dass der Markt in P. vor der Insolvenz der C.1 ein entscheidungserheblich größeres Potential an möglichen Mietern für das Gesamtgrundstück des genannten Zugschnitts geboten hätte, sind nicht festzustellen. Im Übrigen hat die Klägerin, offensichtlich vor dem Hintergrund einer Untervermietung von einzelnen Teilen des Objekts, selbst eingeräumt, ein strukturell bedingter Leerstand habe nicht bestanden.

Schließlich hat die Klägerin die weitgehende Ertragsminderung ihres Grundstücks auch zu vertreten. Denn sie hat nicht alle ihr zumutbaren Maßnahmen ergriffen, um die Ertragsminderung zu verhindern. Sie hat sich darauf beschränkt, das Gesamtobjekt zu einem geringen Mietzins der insolventen C.1 zu überlassen. Das mag gegebenenfalls eine nachvollziehbare unternehmerische Entscheidung gewesen sein. Mit dieser Entscheidung hat die Klägerin jedoch von vornherein darauf verzichtet, selbst durch eigene Bemühungen Vermietungen zumindest von Teilbereichen des Objekts zu realisieren und daraus höhere Einnahmen zu erzielen. Die mit der C.1 vertraglich vorgesehenen variablen Mieteinnahmen aus den Überschüssen der Untervermietung durch die C.1 waren von vornherein nur theoretischer Natur. Den Vertragsbeteiligten und damit auch der Klägerin musste von vornherein klar sein, dass Mieteinnahmen der insolventen C.1 in erster Linie deren Konkursgläubigern zugute kommen würden. Um Alternativen zu einer Vermietung an die C.1 hat sich die Klägerin offensichtlich nicht bemüht. Jedenfalls hat sie keine Nachweise für derartige Bemühungen vorgelegt.

Mitgeteilt von der Veröffentlichungskommission des OVG Münster

**Hinw. d. Red.:** S. a. BFH GuT 2008, 392 f. KL m. w. Hinw. d. Red.

## Magazin

### Politik und Recht

#### BVerfG-Pressemitteilung Nr. 19/2009 vom 3.3.2009

#### Verwendung von Wahlcomputern bei der Bundestagswahl 2005 verfassungswidrig

Das Bundesverfassungsgericht hat über zwei Wahlprüfungsbeschwerden geurteilt (Urteil vom 3.3.2009 – 2 BvC 3/07 und 2 BvC 4/07), die sich gegen den Einsatz von rechnergesteuerten Wahlgeräten (sog. Wahlcomputer) bei der Bundestagswahl 2005 zum 16. Deutschen Bundestag richteten (vgl. Pressemitteilung Nr. 85/2008 vom 25. September 2008). Der Zweite Senat hat entschieden, dass der Einsatz elektronischer Wahlgeräte voraussetzt, dass die wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung vom Bürger zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl (Art. 38 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG), der gebietet, dass alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlicher Überprüfbarkeit unterliegen, soweit nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen. Danach ist es verfassungsrechtlich zwar nicht zu beanstanden, dass § 35 Bundeswahlgesetz (BWG) den Einsatz von Wahlgeräten zulässt. Die Bundeswahlgeräteverordnung ist jedoch verfassungswidrig, weil sie nicht sicherstellt, dass nur solche Wahlgeräte zugelassen und verwendet werden, die den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Grundsatzes der Öffentlichkeit genügen. Die bei der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag eingesetzten rechnergesteuerten Wahlgeräte entsprachen nach der Entscheidung des

Bundesverfassungsgerichts nicht den Anforderungen, die die Verfassung an die Verwendung elektronischer Wahlgeräte stellt. Dies führt jedoch nicht zur Auflösung des Bundestages, weil der Bestandsschutz der gewählten Volksvertretung die festgestellten Wahlfehler mangels irgendwelcher Hinweise darauf, dass Wahlgeräte fehlerhaft funktioniert hätten oder manipuliert worden sein könnten, überwiegt. Soweit die Verfahrensgestaltung des Wahlprüfungsausschusses des Deutschen Bundestages beanstandet wurde, war die Wahlprüfungsbeschwerde erfolglos.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

I. Die beanstandeten Fehler des Wahlprüfungsverfahrens vor dem Deutschen Bundestag waren erfolglos. Auch wenn das Verfahren zwischen Einlegung des Wahleinspruchs und der Entscheidung des Deutschen Bundestages über ein Jahr gedauert hat, handelt es sich noch nicht um einen schwerwiegenden Verfahrensfehler. Allein die Dauer des Verfahrens entzieht der Entscheidung nicht die Grundlage. Es stellt ebenfalls keinen schwerwiegenden Fehler dar, der der Entscheidung des Deutschen Bundestages die Grundlage entzieht, dass der Wahlprüfungsausschuss von einer mündlichen Verhandlung des Wahleinspruchs des Beschwerdeführers abgesehen und auch im Übrigen nicht in öffentlicher Sitzung beraten hat.

II. Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl, der sich aus den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für Demokratie, Republik und Rechtsstaat ergibt, gebietet, dass alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlich überprüfbar sind, so-

weit nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen. Dabei kommt der Kontrolle der Wahlhandlung und der Ermittlung des Wahlergebnisses eine besondere Bedeutung zu.

Der Einsatz von Wahlgeräten, die die Stimmen der Wähler elektronisch erfassen und das Wahlergebnis elektronisch ermitteln, genügt nur dann den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn die wesentlichen Schritte von Wahlhandlung und Ergebnisermittlung zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können. Während bei der herkömmlichen Wahl mit Stimmzetteln Manipulationen oder Wahlfälschungen unter den Rahmenbedingungen der geltenden Vorschriften jedenfalls nur mit erheblichem Einsatz und einem präventiv wirkenden sehr hohen Entdeckungsrisiko möglich sind, sind Programmierfehler in der Software oder zielgerichtete Wahlfälschungen durch Manipulation der Software bei elektronischen Wahlgeräten nur schwer erkennbar. Die große Breitenwirkung möglicher Fehler an den Wahlgeräten oder gezielter Wahlfälschungen gebietet besondere Vorkehrungen zur Wahrung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Wahl.

Der Wähler selbst muss ohne nähere computertechnische Kenntnisse nachvollziehen können, ob seine abgegebene Stimme als Grundlage für die Auszählung oder jedenfalls als Grundlage einer späteren Nachzählung unverfälscht erfasst wird. Wird das Wahlergebnis durch rechnergesteuerte Verarbeitung der in einem elektronischen Speicher abgelegten Stimmen ermittelt, genügt es nicht, wenn anhand eines zusammenfassenden Papierausdrucks oder einer elektronischen Anzeige lediglich das Ergebnis des im Wahlgerät durchgeführten Rechenprozesses zur Kenntnis genommen werden kann.

Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, bei den Wahlen elektronische Wahlgeräte einzusetzen, wenn die verfassungsrechtlich gebotene Möglichkeit einer zuverlässigen Richtigkeitskontrolle gesichert ist. Eine ergänzende Kontrolle durch den Wähler, die Wahlorgane oder die Allgemeinheit ist beispielsweise bei elektronischen Wahlgeräten möglich, in denen die Stimmen neben der elektronischen Speicherung anderweitig erfasst werden. Ob es noch andere technische Möglichkeiten gibt, die ein auf Nachvollziehbarkeit gegründetes Vertrauen des Wahlvolks in die Korrektheit des Verfahrens bei der Ermittlung des Wahlergebnisses ermöglichen und damit dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl genügen, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung.

Einschränkungen der bürgerschaftlichen Kontrollierbarkeit des Wahlvorgangs können nicht dadurch ausgeglichen werden, dass Mustergeräte im Rahmen des Verfahrens der Bauartzulassung oder die bei der Wahl konkret eingesetzten Wahlgeräte vor ihrem Einsatz von einer amtlichen Institution auf ihre Übereinstimmung mit bestimmten Sicherheitsanforderungen und auf ihre technische Unversehrtheit hin überprüft werden. Auch eine umfangreiche Gesamtheit sonstiger technischer und organisatorischer Sicherungsmaßnahmen ist allein nicht geeignet, fehlende Kontrollierbarkeit der wesentlichen Schritte des Wahlverfahrens durch die Bürger zu kompensieren. Denn die Kontrollierbarkeit der wesentlichen Schritte der Wahl fördert begründetes Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Wahl erst dadurch, dass die Bürger selbst den Wahlvorgang zuverlässig nachvollziehen können.

Beim Einsatz rechnergesteuerter Wahlgeräte sind keine gegenläufigen Verfassungsprinzipien erkennbar, die eine weitreichende Einschränkung der Öffentlichkeit der Wahl und damit der Kontrollierbarkeit von Wahlhandlung und Ergebnisermittlung rechtfertigen könnten. Der Ausschluss unbewusst falscher Stimmzettelnzeichnungen, unbeabsichtigter Zählfehler und unzutreffender Deutungen des Wählerwillens bei der Stimmenauszählung rechtfertigt für sich genommen nicht den Verzicht auf jegliche Art der Nachvollziehbarkeit des Wahlakts. Auch der Grundsatz der Geheimheit der Wahl und das Interesse an einer raschen Klärung der Zusammensetzung des Deutschen Bundestages bilden keine gegenläufigen Verfassungsbe-

lange, die als Grundlage einer weit reichenden Einschränkung der Kontrollierbarkeit von Wahlhandlung und Ergebnisermittlung herangezogen werden könnten. Von Verfassungs wegen ist nicht gefordert, dass das Wahlergebnis kurz nach Schließung der Wahllokale vorliegen muss. Zudem haben die vergangenen Bundestagswahlen gezeigt, dass auch ohne den Einsatz von Wahlgeräten das vorläufige amtliche Endergebnis der Wahl regelmäßig innerhalb weniger Stunden ermittelt werden kann.

III. Während die Verordnungsermächtigung des § 35 BWG keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, ist die Bundeswahlgeräteverordnung wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl verfassungswidrig. Die Bundeswahlgeräteverordnung enthält keine Regelungen, die sicherstellen, dass nur solche Wahlgeräte zugelassen und verwendet werden, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine wirksame Kontrolle der Wahlhandlung und eine zuverlässige Nachprüfbarkeit des Wahlergebnisses genügen. Die Bundeswahlgeräteverordnung stellt nicht sicher, dass nur solche Wahlgeräte eingesetzt werden, die bei Abgabe der Stimme eine verlässliche Kontrolle ermöglichen, ob die Stimme unverfälscht erfasst wird. Die Verordnung stellt auch keine konkreten inhaltlichen und verfahrensmäßigen Anforderungen hinsichtlich einer verlässlichen nachträglichen Kontrolle der Ergebnisermittlung. Dieses Defizit kann nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung behoben werden.

IV. Auch die Verwendung der oben genannten elektronischen Wahlgeräte bei der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag verletzt die Öffentlichkeit der Wahl. Die Wahlgeräte ermöglichten keine wirksame Kontrolle der Wahlhandlung, da wegen der ausschließlich elektronischen Erfassung der Stimmen auf einem Stimmespeichermodul weder Wähler noch Wahlvorstände oder im Wahllokal anwesende Bürger die unverfälschte Erfassung der abgegebenen Stimmen überprüfen konnten. Auch die wesentlichen Schritte bei der Ergebnisermittlung konnten von der Öffentlichkeit nicht nachvollzogen werden. Es reichte nicht aus, dass anhand eines zusammenfassenden Papierausdrucks oder einer elektronischen Anzeige das Ergebnis des im Wahlgerät durchgeführten Rechenprozesses zur Kenntnis genommen werden konnte.

V. Die festgestellten Wahlfehler führen nicht zu einer Wiederholung der Wahl in den betroffenen Wahlkreisen.

Der Wahlfehler, der sich aus der Verwendung von rechnergesteuerten Wahlgeräten ergibt, deren Beschaffenheit mit den Anforderungen an eine wirksame Kontrollierbarkeit des Wahlvorgangs nicht vereinbar war, führt, seine Mandatsrelevanz unterstellt, nicht zur teilweisen Ungültigerklärung der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag. Das Interesse am Bestandsschutz der im Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit der Bundeswahlgeräteverordnung zusammengesetzten Volksvertretung überwiegt den Wahlfehler, da dessen mögliche Auswirkungen auf die Zusammensetzung des 16. Deutschen Bundestages mangels irgendwelcher Hinweise darauf, dass Wahlgeräte fehlerhaft funktioniert hätten oder manipuliert worden sein könnten, allenfalls als marginal einzustufen sind und auch im Hinblick darauf, dass der festgestellte Verfassungsverstoß bei noch ungeklärter Rechtslage erfolgte, den Fortbestand der gewählten Volksvertretung nicht unerträglich erscheinen lassen.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 3. 3. 2009**

#### **Verbleibende Möglichkeiten ausloten Der künftige Einsatz elektronischer Wahlgeräte ist am Maßstab des Urteils gründlich zu prüfen**

Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts über die Zulässigkeit der Verwendung von Wahlcomputern erklären der Justitiar der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Günter Krings MdB, und der zuständige Berichterstatter für Wahlrecht im Innenausschuss, Stephan Mayer MdB:

Der Zweite Senat hat eine Entscheidung zugunsten von Transparenz und Verständlichkeit des Wahlvorgangs und damit eine bürgerfreundliche Entscheidung getroffen. Das Vertrauen in Wahlen wird durch die Entscheidung hochgehalten und durch die aufgestellten außerordentlich hohen Anforderungen an die Verwendung von Wahlcomputern untermauert.

Dem Gesetzgeber steht es nach dem Urteil weiter offen, bei Wahlen elektronische Wahlgeräte einzusetzen. Das Gericht hat lediglich die Verwendung der bislang eingesetzten Wahlcomputer für verfassungswidrig erklärt, da diese über eklatante Mängel verfügten. Verfassungsrechtlich gefordert wird künftig die „Möglichkeit einer zuverlässigen Richtigkeitskontrolle“.

Alle wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung müssen vom Bürger zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können, so die Richter. Dies gebiete der verfassungsrechtliche Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl. Verfassungswidrig ist danach die Bundeswahlgeräteverordnung, da sie nicht sicherstellt, dass nur solche Wahlgeräte zugelassen und verwendet werden, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

Das Urteil unterstreicht einmal mehr die Bedeutung der Wahlhandlung in der parlamentarischen Demokratie. Jeder Bürger soll auf den ordnungsgemäßen Ablauf der Wahl vertrauen können und muss in die Lage versetzt werden, den Wahlvorgang zu verstehen. Künftig dürfen demnach nur solche Wahlgeräte eingesetzt werden, die bei Abgabe der Stimme eine verlässliche Kontrolle ermöglichen, ob die Stimme unverfälscht erfasst wird, so die Erwägungen der Richter. Der künftige Einsatz elektronischer Wahlgeräte ist am Maßstab des Urteils gründlich zu prüfen.

#### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 3. 3. 2009**

##### **Bundesverfassungsgericht gibt Rahmen fuer den Einsatz von Wahlgeraeten vor**

Zum heutigen Urteil des Bundesverfassungsgerichts ueber den Einsatz von elektronischen Wahlgeraeten erklart der zustaeandige Berichterstatter im Wahlpruefungsausschuss Carl-Christian Dressel:

Mit seinem heutigen Urteil hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass der Einsatz von elektronischen Wahlgeraeten bei der Bundestagswahl 2005 verfassungswidrig war. Die Bundestagswahl muss jedoch nicht wiederholt werden, da es keinerlei Hinweise dafuer gibt, dass die Geraete fehlerhaft funktioniert haben oder es Manipulationen gegeben haben koennte. Es ist daher nur richtig, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil ausdrecklich darauf hinweist, dass der Einsatz von Wahlgeraeten in Zukunft durchaus moeglich ist, soweit der Waehler die wesentlichen Schritte seiner Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung zuverlaessig und ohne besondere Sachkenntnis ueberpruefen kann.

Festzuhalten ist darueber hinaus, dass die Erfahrungen mit elektronischen Wahlgeraeten bei Bundestagswahlen bereits seit Jahrzehnten ausgesprochen positiv sind. An der Richtigkeit des Ergebnisses der Auszaehlung durch Wahlgeraete wurden auch bei vorherigen Wahlen keine Zweifel geaeussert.

Nun muss die Bundesregierung das Verfassungsgerichtsurteil eingehend auswerten. Dann kann das Bundesministerium des Innern durch Erlass einer neuen Wahlverordnung auf die Entscheidung reagieren.

Wir halten die Entscheidung fuer einen Meilenstein, da das Bundesverfassungsgericht ausdrecklich den verfassungsrechtlichen Rahmen fuer den Einsatz von Technik bis hin zu Internetwahlen aufzeigt.

#### **DStGB Deutscher Städte- und Gemeindebund Pressemitteilung vom 3. 3. 2009**

##### **DStGB begrüßt Rechtssicherheit beim Einsatz von Wahlcomputern - Elektronische Wahlhilfen künftig optimieren**

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund begrüßt die jetzt eingetretene Rechtssicherheit beim Einsatz von Wahlcomputern. „Gut ist auch, dass keine kostenträchtige Durchführung von Nachwahlen für zwei Millionen Bürger notwendig wird“, erklärte das Geschäftsführende Präsidialmitglied des DStGB, Dr. Gerd Landsberg, heute in Berlin. Dies dürfe aber nicht das Ende des Einsatzes von Wahlcomputern sein.

„Wir müssen vielmehr nach den Maßstäben des Urteils den Einsatz elektronischer Wahlhilfen optimieren“, betonte Landsberg. Denn nach wie vor kann dadurch ein erheblicher Beitrag zur Kostenoptimierung und zum Abbau von Bürokratie geleistet werden. „Hier sind das Bundesministerium des Innern und die Hersteller von Wahlcomputern gefordert, um insbesondere sicherzustellen, dass die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Transparenz des Wahlvorgangs gewährleistet wird“, forderte Landsberg.

Zum Hintergrund: Das Bundesverfassungsgericht hat heute in einem Grundsatzurteil den Einsatz der derzeit in Gebrauch befindlichen Wahlcomputer verboten und festgestellt, dass diese dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl widersprechen. Damit hatten zwei Wahlprüfungsbeschwerden, die sich gegen den Einsatz der Geräte bei der Bundestagswahl 2005 richteten, im Grundsatz Erfolg. Diese elektronischen Wahlgeräte waren in 39 der 299 Wahlkreise eingesetzt worden, und zwar in den Bundesländern Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt. Da jedoch keine Anhaltspunkte für Manipulationen vorlagen, bleibt das Wahlergebnis gültig. Nachwahlen wurden nicht angeordnet.

Für die Durchführung künftiger Wahlen müssten jedoch Verfahren entwickelt werden, die den verfassungskonformen Einsatz elektronischer Wahlhilfen ermöglichen.

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 21/2009 vom 5. 3. 2009**

##### **Neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur „Rügeverkümmern“ im Strafverfahren verfassungsgemäß**

Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage der „Rügeverkümmern“ im Strafverfahren wahrt die verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsfindung und begegnet auch im Hinblick auf die Beschuldigtenrechte auf ein faires Verfahren und auf effektiven Rechtsschutz keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies entschied der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 15. 1. 2009 – 2 BvR 2044/07).

Der Beschwerdeführer war wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt worden. In der Revision machte er mit einer Verfahrensrüge geltend, der Anklagesatz sei in der tatrichterlichen Hauptverhandlung nicht verlesen worden. Zum Beweis berief sich der Beschwerdeführer auf das Sitzungsprotokoll, in der die Verlesung des Anklagesatzes nicht bekundet war. Der Vorsitzende der Strafkammer leitete daraufhin ein Protokollberichtigungsverfahren ein. Nachdem sämtliche Kammermitglieder, die Urkundsbeamtin und der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft erklärt hatten, dass der Anklagesatz tatsächlich verlesen worden sei, wurde das Protokoll entsprechend berichtigt.

Der für die Revision zuständige 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hielt die Verfahrensrüge für unbegründet, weil er die Protokollberichtigung als beachtlich ansah. An der beabsichtigten Verwerfung der Revision sah der Senat sich indes durch die bis dahin praktizierte Rechtsprechung zum „Verbot der Rügeverkümmern“ gehindert. Nach dieser bereits durch das Reichsgericht begründeten Rechtsprechung war eine Berichtigung des tatrichterlichen Protokolls für das Revisionsgericht

ausnahmsweise unbeachtlich, wenn durch die Protokollberichtigung einer bereits erhobenen Verfahrensrüge die Grundlage im Protokoll entzogen wurde.

Der 1. Strafsenat legte daher dem Großen Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs die Sache zur Entscheidung vor. Dieser rückte von der bisherigen Rechtsprechung zum „Verbot der Rügeverkümmerung“ ab und erkannte, dass durch eine zulässige Berichtigung des Protokolls auch zum Nachteil des Beschwerdeführers einer bereits ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge die Tatsachengrundlage entzogen werden kann. Die Urkundspersonen hätten im Vorfeld einer rügeverkümmernden Protokollberichtigung allerdings den Beschwerdeführer anzuhören und - wenn dieser der Protokollberichtigung substantiiert widerspreche - die Protokollberichtigungsentcheidung zu begründen. Die Beachtlichkeit der Protokollberichtigung unterliege im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht, wobei im Zweifel das Protokoll in der nicht berichtigten Fassung gelte. Auf der Grundlage dieser neuen Rechtsprechung zur Rügeverkümmerung verwarf der 1. Strafsenat die Revision des Beschwerdeführers als unbegründet.

Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers wies der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit folgender Begründung zurück:

Die Revisionsentscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs wahrt die verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsfindung. Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs ist in vertretbarer Weise davon ausgegangen, dass die Strafprozessordnung im Hinblick auf die Zulässigkeit und Beachtlichkeit „rügeverkümmernder“ Protokollberichtigung eine Lücke aufweist, und hat diese Lücke in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise ausgefüllt. Die neue Rechtsprechung zur „Rügeverkümmerung“ steht auch mit den Beschuldigtenrechten auf effektiven Rechtsschutz und auf ein faires Verfahren im Einklang. Sie gewährt dem Angeklagten effektiven Schutz vor unberechtigten Protokollberichtigungen. Zudem ermöglicht die Zulassung „rügeverkümmernder“ Protokollberichtigungen es den Gerichten, dem Phänomen der unwahren, auf das Protokoll gestützten Verfahrensrüge zu begegnen. Sie trägt damit dem verfassungsrechtlichen Anliegen einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, dem Beschleunigungsgrundsatz und dem Gesichtspunkt des Opferschutzes Rechnung.

Im Einzelnen liegen der Entscheidung folgende Erwägungen zu Grunde:

Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beachtlichkeit nachträglicher Protokollberichtigungen begegnet im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Rechtsfindung keinen Bedenken. Die Auffassung der Revisionsgerichte, die Strafprozessordnung weise in Bezug auf die Zulässigkeit nachträglicher Protokollberichtigungen eine planwidrige Regelungslücke auf, ist nicht zu beanstanden. Das Gesetz selbst enthält keine Regelung zur nachträglichen Protokollberichtigung und auch den Motiven zur Strafprozessordnung sind insoweit keine eindeutigen Hinweise zu entnehmen. Die Motive erwähnen den Fall der nachträglichen Protokollberichtigung nicht.

Die neue Rechtsprechung setzt sich auch insoweit nicht über die in § 274 StPO niedergelegten Entscheidungen des Gesetzgebers hinweg, als sie annimmt, die ausschließliche Beweiskraft nach § 274 StPO gehe im Falle einer nachträglichen Protokollberichtigung grundsätzlich auf die berichtigte Fassung des Protokolls über. Der grundsätzliche Übergang der Beweiskraft auf die berichtigte Protokollfassung steht nicht im Widerspruch zu § 274 StPO. § 274 Satz 1 StPO spricht davon, dass die Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch „das Protokoll“ bewiesen werden kann, und lässt damit offen, welcher Protokollfassung - der ursprünglichen oder der berichtigten - im Falle einer nachträglichen Protokollberichtigung die ausschließliche Beweiskraft zukommen soll.

Auch die im Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vorgesehene Regelung, wonach die Beachtlichkeit rügeverkümmernder Protokollberichtigungen im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt, wahrt die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfindung. Nach § 274 StPO darf zwar die Beachtung dieser Förmlichkeiten grundsätzlich nicht zum unmittelbaren Gegenstand von Beweiserhebungen im Rechtsmittelzug gemacht werden. Die Möglichkeit einer solchen Beweiserhebung unmittelbar über wesentliche Förmlichkeiten des Hauptverfahrens wird indes durch die neue Rechtsprechung nicht eröffnet. Vielmehr sind die Revisionsgerichte lediglich zu einer Überprüfung der „Beachtlichkeit der Protokollberichtigung“ befugt und verpflichtet. Nur in diesem Rahmen haben die Revisionsgerichte auch die Beobachtung der wesentlichen Förmlichkeiten des Hauptverfahrens zu überprüfen.

Der Bundesgerichtshof hat die Grenzen richterlicher Rechtsfindung auch nicht überschritten, indem er das Verbot der Rügeverkümmerung aufgegeben hat. Es gehört zu den anerkannten Aufgaben der Rechtsprechung, im Rahmen der Gesetze von ihr als rechtsgrundsätzlich aufgestellte Rechtssätze zu überprüfen und sie, wenn erforderlich, weiter zu entwickeln. Der Umstand, dass ein im Wege richterlicher Rechtsfindung gewonnener Rechtssatz über einen langen Zeitraum Beachtung fand, mag in die Entscheidung einfließen, ob es gerechtfertigt ist, einen abweichenden Rechtssatz aufzustellen, er verleiht indes dem bisherigen Rechtssatz keine höhere Wertigkeit oder gar eine verfassungsrechtlich erhebliche Bestandsgarantie.

Der angegriffene Revisionsverwerfungsbeschluss verletzt den Beschwerdeführer auch nicht in seinen Rechten auf effektiven Rechtsschutz und auf ein faires Verfahren. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht - auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte - ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde.

Im Rahmen dieser Gesamtschau sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick zu nehmen. Das Rechtsstaatsprinzip, das die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthält, fordert nicht nur eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts. Es gestattet und verlangt auch die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann. Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden.

Bei der Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren ist auch der verfassungsrechtliche Beschleunigungsgrundsatz zu berücksichtigen. Eine funktionstüchtige Strafrechtspflege erfordert nicht nur die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs überhaupt, sondern auch eine Durchsetzung innerhalb so kurzer Zeit, dass die Rechtsgemeinschaft die Strafe noch als Reaktion auf geschehenes Unrecht wahrnehmen kann.

Nach diesen Grundsätzen begegnet der angegriffene Revisionsverwerfungsbeschluss keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Zulassung rügeverkümmernder Protokollberichtigungen ermöglicht den Gerichten, dem Phänomen der unwahren, auf das Protokoll gestützten Verfahrensrüge zu begegnen, und trägt damit dem verfassungsrechtlichen Anliegen einer effektiven Strafverfolgung, dem Beschleunigungsgrundsatz und dem Gesichtspunkt des Opferschutzes Rechnung. Die neue Rechtsprechung gewährt dem Angeklagten und Revisionsführer effektiven Schutz vor unberechtigten Protokollberichtigungen durch ein zu beachtendes Berichtigungsverfahren und eine Prüfungspflicht des Revisionsgerichts. Im Übrigen ergibt eine Gesamtbetrachtung der strafrechtlichen Revision, dass deren Koordinatensystem sich in den letzten Jahren und Jahrzehnten keineswegs einseitig zu Lasten des Beschuldigten verschoben

hat. Vielmehr stellt sich die Aufgabe des Verbots der Rügeverkümmung als Teil einer Gesamtentwicklung des Revisionsrechts dar, durch die die Gesichtspunkte der materiellen Wahrheit und der Einzelfallgerechtigkeit in den Vordergrund der revisionsgerichtlichen Überprüfung gerückt wurden.

#### **Sondervotum des Vizepräsidenten Voßkuhle, der Richterin Osterloh und des Richters Di Fabio**

Vizepräsident Voßkuhle, Richterin Osterloh und Richter Di Fabio sind der Auffassung, der Senat verkenne die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfindung.

Bei der verfassungsgerichtlichen Überprüfung richterlicher Rechtsfortbildung dürfe sich das Bundesverfassungsgericht nicht - wovon der Senat auszugehen scheine - auf eine bloße Vertretbarkeitsprüfung beschränken. Anders als bei der Kontrolle von Rechtsanwendungsfehlern, bei denen sich die eingeschränkte Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts aus funktionellrechtlichen Erwägungen rechtfertige, gehe es bei Überprüfung richterlicher Rechtsfortbildung um die Abgrenzung der Kompetenzen von gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt. Dies sei eine originär verfassungsrechtliche Frage, bei der das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden habe, ob das Fachgericht unter Aufgabe seiner Gesetzesbindung einen hinreichend klar erkennbaren Willen des Gesetzgeber hintangestellt und durch eine eigene, für vorzugswürdig empfundene Regelungskonzeption ersetzt habe. Dabei komme es nicht darauf an, ob das vom Fachgericht eingeführte Verfahren tatsächlich zweckmäßiger oder sachgerechter als das gesetzliche Modell erscheine. Das Demokratieprinzip und das Funktionsgefüge des Grundgesetzes nähmen nachhaltig Schaden, könnte sich die Rechtsprechung immer dann über die eindeutige gesetzgeberische Grundentscheidung hinwegsetzen, wenn sie die Konsequenzen einer solchen Entscheidung als „unzweckmäßig“ ansähe und der Gesetzgeber nicht wie „gewünscht“ handelte. Klar erkennbare gesetzgeberische Regelungskonzepte seien vom Richter zu respektieren.

Nach diesen Maßstäben habe der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten, indem er ein Protokollberichtigungsverfahren mit der möglichen Rechtsfolge der Beachtlichkeit der berichtigten Fassung im Revisionsverfahren eingeführt und dadurch die in § 274 StPO klar zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Konzeption durch seine eigene, als vorzugswürdig empfundene Konzeption ersetzt habe.

Der Gesetzgeber habe sich mit § 274 StPO - vor dem Hintergrund bestehender alternativer Regelungsmodelle anderer Rechtsordnungen - ausdrücklich und mit ausführlicher Begründung für eine bestimmte Konzeption entschieden. Deren zentrales Kennzeichen sei, dass eine nachträgliche Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren unter dem Gesichtspunkt der Einhaltung wesentlicher Förmlichkeiten - gegen den protokollierten Sachverhalt - aus der Erinnerung von Verfahrensbeteiligten ausgeschlossen sein solle. Grund für die Wahl des Modells seien die Entlastung des Revisionsverfahrens und ebenso grundsätzliche wie nachvollziehbare Bedenken gegen die Erinnerungsfähigkeit von Verfahrensbeteiligten gewesen. Es habe verhindert werden sollen, dass eine nicht zur Tatsachenermittlung eingerichtete Instanz über Prozesshandlungen Beweis zu erheben und die Erinnerung der Beteiligten im Einzelfall als sicher oder unsicher zu überprüfen habe. Damit komme in § 274 StPO die Grundentscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck, im engen Anwendungsbereich der wesentlichen Förmlichkeiten Erwägungen der Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit den Vorzug vor der - vom Senat betonten - Erforschung der materiellen Wahrheit zu geben. An diese Grundentscheidung seien die Revisionsgerichte gebunden, auch wenn dies im Einzelfall zu dem „unerwünschten“ Ergebnis der Aufhebung des Urteils und der Neuverhandlung der Sache führe. Die Grundentscheidung des Gesetzgebers komme in der Vorschrift des § 274 StPO klar zum Ausdruck, indem sie dem Pro-

tokoll absolute Beweiskraft verleihe und - außer bei erwiesener Protokollfälschung - jeden Nachweis gegen die Unrichtigkeit des beurkundeten Sachverhalts ausschließe.

#### **Sondervotum des Richters Gerhardt**

Richter Gerhardt stimmt der Entscheidung des Senats im Ergebnis zu, ist aber der Meinung, dass der Senat mit seinen Erwägungen zur Wahrung der Grenzen richterlicher Rechtsfindung die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts überschritten hat. Die Auslegung von Gesetzen und die Fortbildung des Rechts seien den in ein komplexes Rechtssystem eingebundenen Fachgerichten übertragen. Dieses System stelle - auch praktisch - sicher, dass Grundsatzfragen nicht in richterlicher „Selbstherrlichkeit“, also ohne die Bereitschaft, sich Recht und Gesetz zu unterwerfen, entschieden würden. Es sei nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, sich in die Rolle der Superrevisionsinstanz zu begeben und die Entscheidung eines obersten Bundesgerichts nachvollziehend auf ihre Vereinbarkeit mit dem, was das Bundesverfassungsgericht selbst und unter Umständen mit erheblichem Aufwand zur Rechtslage ermittelt habe, zu überprüfen.

#### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 6.3.2009**

##### **Protokollberichtigung oder Protokollfälschung? Der Bundestag muss handeln**

Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die nachträgliche Änderung des Protokolls eines Strafverfahrens zum Nachteil des Verurteilten zu erlauben, erklärt Jerzy Montag, rechtspolitischer Sprecher:

Das Bundesverfassungsgericht hat gesprochen, aber die Sache ist noch nicht erledigt. Es hat den Hauch von Manipulation an sich, wenn ein Gericht sein eigenes Protokoll ändert, nachdem sich der Verurteilte mit seinem Rechtsmittel auf dieses Protokoll berufen hat. Damit ändert das Gericht nachträglich die Grundlagen seiner Entscheidung zu Lasten des Verurteilten.

Dem Bundesverfassungsgericht war nicht wohl bei seiner Entscheidung. Drei Richter sprechen davon, dass die Demokratie und das Grundgesetz bei einer solchen Gerichtspraxis nachhaltig Schaden nimmt. Auch ein vierter Richter äußerte erhebliche Bedenken.

Das Recht und die Grenzen der Möglichkeit, ein Gerichtsprotokoll nachträglich ändern zu dürfen, müssen gesetzlich geregelt werden.

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 3/2009 vom 22.1.2009**

##### **Entscheidung über Gegenvorstellung setzt keine neue Frist zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde in Lauf „Übergangsfrist“ bis 2. März 2009**

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hob eine Entscheidung des Amtsgerichts wegen des Verstoßes gegen das Grundrecht der freien Berufsausübung auf, die eine Rüge zum Gegenstand hatte, die dem Beschwerdeführer, einem Rechtsanwalt, wegen Umgehung des Gegenanwalts erteilt worden war. Dabei stellte sich die für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde relevante Frage, ob eine vom Fachgericht in der Sache beschiedene Gegenvorstellung die Monatsfrist zur Einlegung und Begründung einer Verfassungsbeschwerde erneut in Gang setzt. Diese Frage, die bisher vom Bundesverfassungsgericht nicht geklärt war, hat der Senat verneint. Wegen der bisher unklaren Rechtslage wurde dem Beschwerdeführer, der zunächst Gegenvorstellung erhoben hatte, von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt (Beschluss vom 25.11.2008 – 1 BvR 848/07). In künftigen Fällen wird bei der Prüfung dieser Frage nur noch für den Zeitraum von einem fehlenden Verschulden hinsichtlich des Fristversäumnisses ausgegangen werden können, der erforderlich ist, um dem Recht-

suchenden Gelegenheit zu geben, sich auf die nun geklärte Rechtslage einzustellen und entsprechend zu reagieren. Einem Beschwerdeführer, der bisher von der Einlegung der Verfassungsbeschwerde abgesehen hatte, weil er zunächst eine Gegenvorstellung erhoben hatte, wird daher nur dann Wiedereinsetzung zu gewähren sein, wenn er die Verfassungsbeschwerde unverzüglich bis spätestens Montag, den 2. März 2009 nachholt.

Der Beschwerdeführer vertrat einen Antragsteller in einer Wohnungseigentumssache vor Gericht. In der mündlichen Verhandlung schloss die in dieser Sache ebenfalls anwaltlich vertretene Antragsgegnerin auf Vorschlag des Gerichts einen unwiderruflichen Vergleich, obwohl ihr Rechtsanwalt aufgrund einer fehlerhaften Mitteilung des Gerichts in der mündlichen Verhandlung nicht anwesend war. Der Rechtsanwalt der Antragsgegnerin beschwerte sich bei der Rechtsanwaltskammer und diese erteilte dem Beschwerdeführer wegen eines Verstoßes gegen das Umgehungsverbot aus § 12 Abs. 1 BORA eine Rüge. Gegen diese legte der Beschwerdeführer Einspruch ein, der von der Rechtsanwaltskammer zurückgewiesen wurde. Den daraufhin vom Beschwerdeführer gestellten Antrag auf gerichtliche Entscheidung wies das Anwaltsgericht zurück. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Gegenvorstellung, die vom Anwaltsgericht zurückgewiesen wurde. Mit seiner Verfassungsbeschwerde, die sich gegen alle angeführten Entscheidungen richtet, rügt der Beschwerdeführer die Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 103 Abs. 1 GG.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Bei Einlegung der Verfassungsbeschwerde war die dafür bestimmte Frist (§ 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) bereits verstrichen, weil die Entscheidung des Anwaltsgerichts über die von dem Beschwerdeführer erhobene Gegenvorstellung für den Beginn dieser Frist nicht maßgebend ist. Der Zulässigkeit steht dies jedoch nicht entgegen; denn der Senat gewährt dem Beschwerdeführer hinsichtlich der versäumten Frist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Die Gegenvorstellung zählt nicht zu dem Rechtsweg, dessen Erschöpfung § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG grundsätzlich als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde bestimmt und dessen rechtzeitiges Beschreiten folgerichtig die Frist zur Einlegung und Begründung der Verfassungsbeschwerde offenhält. Mit der Gegenvorstellung wendet sich der Betroffene vielmehr außerhalb der einschlägigen Verfahrensordnung und außerhalb förmlicher Verfahrensrechte an das Gericht mit dem Ziel einer Überprüfung einer Entscheidung.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war bislang nicht geklärt, welche Folgen aus der seit dem Plenarbeschluss vom 30. April 2003 geänderten Rechtsprechung zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegenüber außerordentlichen Rechtsbehelfen für das Offenhalten der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG bei Einlegung einer Gegenvorstellung zu ziehen sind. Gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung und Begründung der Verfassungsbeschwerde ist dem Beschwerdeführer wegen der bisher unklaren Rechtslage von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Sämtliche Voraussetzungen dafür liegen vor, insbesondere hat der Beschwerdeführer die verspätete Einlegung der Verfassungsbeschwerde nicht verschuldet.

Die dem Beschwerdeführer erteilte Rüge und die diese Maßnahme bestätigenden Entscheidungen des Kammervorstandes und des Anwaltsgerichts verletzen den Beschwerdeführer auch in seinem durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Grundrecht auf freie Berufsausübung.

Das Umgehungsverbot aus § 12 Abs. 1 BORA begegnet zwar keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Auch wenn mit diesem Verbot in die Freiheit der Berufsausübung eingegriffen wird, weil es Rechtsanwälten den unmittelbaren Kontakt mit anwaltlich vertretenen Gegnern grundsätzlich untersagt und damit deren berufliche Tätigkeit reglementiert, ist diese Be-

schränkung der Berufsfreiheit durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls, nämlich den Schutz des Gegners vor Überumpelung und damit auch einer funktionsfähigen Rechtspflege, legitimiert.

Ungeachtet der hiernach verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden rechtlichen Grundlage verletzen die angegriffenen Entscheidungen des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer und des Anwaltsgerichts den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit, weil die Auslegung des Umgehungsverbots nicht hinreichend Bedeutung und Tragweite der durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Freiheit der Berufsausübung berücksichtigt. Die strikte Einhaltung des Umgehungsverbots hätte von dem Beschwerdeführer verlangt, in der mündlichen Verhandlung vor Gericht keine Vergleichsverhandlungen mit der Antragsgegnerin zu führen und insbesondere keinen Prozessvergleich abzuschließen, obwohl nicht festgestellt wurde, dass die Antragsgegnerin im konkreten Fall des Schutzes vor Überumpelung bedurfte. Dies hätte jedoch offensichtlich dem Interesse des eigenen Mandanten an einer zügigen und sachgerechten Beendigung des Rechtsstreits durch Abschluss eines Prozessvergleichs widersprochen, zu der der Rechtsanwalt vertraglich verpflichtet ist. Unter diesen Umständen scheidet eine berufrechtliche Ahndung allein als Sanktion unkollegialen Verhaltens aus.

**Hinw. d. Red.:** Vgl. zur Fristsetzung 2. März 2009: Zur (verneinten) Pflicht des Steuerberaters, Entwicklungen des Steuerrechts auch in der Tagespresse zu verfolgen, vgl. BGH GuT 2007, 176. Im Zeitschriften-Inhalts-Dienst (ZID) des Kuselit Verlags und der Universität des Saarlandes vom 2. 3. 2009 ist die Inhaltsübersicht von „Prozessrecht aktiv“ (PA) 2/2009 wiedergegeben, aus der die Behandlung der BVerfG-Entscheidung in dieser Ausgabe hervorgeht. In der NJW vom 12. 3. 2009 ist der Beschluss des BVerfG abgedruckt (S. 829 f.). In Beck-online wird die Entscheidung über google am 13. 3. 2009 15. 30 Uhr als „vor 15 Stunden gefunden“ mit der NJW-Fundstelle nachgewiesen. In der DAV-Depeche Nr. 05/09 v. 5. 2. 2009 wird auf die Entscheidung des BVerfG hingewiesen und online lesbar gestellt. Z. B. die RAK Celle übernimmt den Hinweis und den Link.

### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 10/2009 vom 3. 2. 2009**

#### **Abgabe an den Absatzfonds der Land- und Ernährungswirtschaft mit dem Grundgesetz nicht vereinbar**

Zur Absatzförderung der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft gibt es seit 1969 den als Anstalt des öffentlichen Rechts nach dem Absatzfondsgesetz gegründeten Absatzfonds, der sich zur Erfüllung seiner Aufgaben der „Centralen Marketinggesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH“ (CMA) und der „Zentralen Markt- und Preisberichtsstelle für Erzeugnisse der Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft GmbH“ (ZMP) bedient (vgl. Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichts Nr. 75/2008 vom 16. Juli 2008). Die Finanzierung dieser Einrichtungen beruht im Wesentlichen auf Abgaben, die von bestimmten Betrieben der Land- und Ernährungswirtschaft erhoben werden. Diese Abgaben nach dem Absatzfondsgesetz waren bereits im Jahr 1990 Gegenstand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 31. Mai 1990, BVerfGE 82, 159). Das Bundesverfassungsgericht sah unter den damals gegebenen Voraussetzungen das Absatzfondsgesetz nur insoweit als verfassungswidrig an, als dieses die Forstwirtschaft in den Kreis der Abgabenschuldner einbezog.

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat jetzt entschieden, dass die Regelungen des Absatzfondsgesetzes zur Abgabenerhebung jedenfalls seit dem 1. Juli 2002 mit dem Grundgesetz (Art. 12 in Verbindung mit Art. 105 und Art. 110) unvereinbar und nichtig sind. Die Abgabe ist eine unzulässige Sonderabgabe, denn es fehlt an einer Finanzierungsverantwortung.



tung der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft für die staatliche Absatzförderung (Urteil vom 3. 2. 2009 – 2 BvL 54/06).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Bei der Abgabe nach § 10 Absatzfondsgesetz handelt es sich um eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion, die den strengen verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsanforderungen an solche Sonderabgaben unterliegt. Diese Anforderungen erfüllt die Abgabe nach § 10 Absatzfondsgesetz nicht. Sie ist keine Steuer, denn sie wird nicht als Gemeinlast auferlegt; den Abgabepflichtigen wird vielmehr als einer bestimmten Gruppe von Wirtschaftsunternehmen wegen einer besonderen Nähe zu der zu finanzierenden Aufgabe eine spezielle Finanzierungsverantwortung zugewiesen.

Sonderabgaben unterliegen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts engen Grenzen und müssen gegenüber den Steuern seltene Ausnahmen bleiben. Der Gesetzgeber darf sich der Abgabe nur im Rahmen der Verfolgung eines Sachzwecks bedienen, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht. Als Adressat kommt nur eine homogene Gruppe in Betracht, die in einer spezifischen Beziehung (Sachnähe) zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck steht und der deshalb eine besondere Finanzierungsverantwortung zugerechnet werden kann. Das Abgabenaufkommen muss gruppennützig verwendet werden. Zusätzlich muss der Gesetzgeber im Interesse wirksamer parlamentarisch-demokratischer Legitimation und Kontrolle die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentieren.

Nach diesen Maßstäben stellt die Abgabe zum Absatzfonds eine verfassungsrechtlich unzulässige Sonderabgabe dar, denn es fehlt ein rechtfertigender Zusammenhang zwischen Gruppenspezifität und Sachnähe einerseits und einer spezifischen Finanzierungsverantwortung der Abgabepflichtigen für die Wahrnehmung der Aufgabe andererseits.

Es handelt sich bei dieser Abgabe nicht um eine Sonderabgabe, die bei der Zurechnung von Sonderlasten der Abgabepflichtigen an den Verursachungsgedanken anknüpft und ihre Rechtfertigung in einer Verantwortlichkeit für die Folgen gruppenspezifischer Zustände oder Verhaltensweisen finden kann, sondern um eine zwangsweise durchgeführte Fördermaßnahme, zu deren Finanzierung die Gruppe der Abgabepflichtigen nur aus Gründen eines Nutzens herangezogen wird, den der Gesetzgeber dieser Gruppe zugedacht hat. Der Staat greift hier auf der Grundlage des Absatzfondsgesetzes mit wirtschaftspolitisch begründeten Fördermaßnahmen gestaltend in die Wirtschaftsordnung ein und weist den erst dadurch entstehenden Finanzierungsbedarf den mit der Abgabepflichtigen belasteten Unternehmen zu. Diese finanzielle Inanspruchnahme für die staatliche Aufgabenwahrnehmung, die durch hoheitliche Entscheidung an die Stelle des individuellen unternehmerischen Handelns tritt, stellt sich aus der Sicht des Abgabepflichtigen nicht nur als eine rechtfertigungsbedürftige, zur Steuer hinzutretende Sonderbelastung, sondern auch als Verkürzung seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit dar und bedarf auch insoweit besonderer Rechtfertigung. Für die nach dem Absatzfondsgesetz im Schwerpunkt entfaltenen Werbemaßnahmen für Produkte der Land- und Ernährungswirtschaft tritt diese freiheitsbeschränkende Qualität der Abgabe besonders augenfällig in Erscheinung, denn die finanzielle Inanspruchnahme für solche Werbemaßnahmen kann auch als Schmälerung des eigenen unternehmerischen Werbeertrags angesehen werden.

Verfassungsrechtlich zulässige agrar- und ernährungspolitische Ziele sowie mögliche positive Effekte staatlicher Werbemaßnahmen für einen bestimmten Wirtschaftszweig reichen allein für einen greifbaren Gruppennutzen zur Rechtfertigung einer Finanzierung durch Sonderabgaben statt durch Steuern nicht aus. Dies gilt auch deshalb, weil es für die Vermutung eines Mehrwerts staatlich organisierter im Vergleich mit privat-

wirtschaftlicher Werbung keine hinreichenden Anhaltspunkte gibt. Lässt sich eine Finanzierungsverantwortung der Abgabepflichtigen praktisch ausschließlich mit Blick auf Zweck und Wirkung staatlicher Fördermaßnahmen zugunsten der belasteten Gruppe begründen, bestehen in Bezug auf die gruppennützige Verwendung erhöhte Anforderungen: Der Gruppennutzen muss evident sein. Dies kann zwar dann der Fall sein, wenn staatliche Fördermaßnahmen erforderlich sind, um erhebliche Beeinträchtigungen oder spezielle Nachteile, z. B. auch solche im transnationalen Wettbewerb, abzuwehren oder auszugleichen. An einer derartigen, das Absatzfondsgesetz ursprünglich tragenden Rechtfertigung fehlt es aber jedenfalls seit dem im Ausgangsverfahren betroffenen Streitjahr 2002.

Während das Vorliegen abzuwehrender Nachteile im innergemeinschaftlichen Wettbewerb bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1990 noch in vertretbarer Weise angenommen werden konnte, hat sich die Situation der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft seitdem so deutlich stabilisiert, dass von einem Erfordernis, erhebliche Beeinträchtigungen der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft durch staatlich organisierte Werbung abzuwehren, nicht mehr gesprochen werden kann.

**Hinw. d. Red.:** Vollständiger Entscheidungsabdruck in GuT 2009, 50 (in diesem Heft)

#### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 3. 2. 2009**

##### **Verfassungsgericht erklärt Absatzfondsgesetz fuer verfassungswidrig**

Zum heutigen Urteil des Verfassungsgerichts erklärt der zuständige Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion Gustav Herzog:

Das Verfassungsgericht hat heute das Absatzfondsgesetz fuer verfassungswidrig erklärt. Damit folgen die Karlsruher Richter den Klägern, die insbesondere eine fehlende Gruppennuetzigkeit geltend machen. Dies widerspricht der Haltung sowohl des Bundestags als auch der Bundesregierung und des Bundesrates, die im Zuge der letzten Novelle eine Vereinbarung des Gesetzes mit unserer Verfassung festgestellt haben.

Das heutige Urteil ist ein schwerer Schlag fuer das zentrale Agrarmarketing, der nachhaltige Folgen auf die gesamte Agrar- und Ernahrungswirtschaft haben wird. Einen gesetzlich geregelten Fonds wird es mit diesem Urteil in dieser oder aehnlicher Form nicht mehr geben. Die Wirtschaftsbeteiligten werden dringend eroertern muessen, wie die nun entstehende Luecke privatrechtlich geschlossen werden kann. Zunaechst muessen aber erst einmal die Einzelheiten des Urteils und alle daraus resultierenden Schritte sorgfaeltig geprueft werden.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 3. 2. 2009**

##### **Union bedauert Urteil zum Absatzfondsgesetz Neuregelung wird Zeit und Marktanteile kosten**

Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Absatzfondsgesetz erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB und die zuständige Berichterstatterin, Marlene Mortler MdB:

Wir bedauern das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Absatzfondsgesetz. Es steht zu befürchten, dass das Aus für die zentrale Absatzförderung im Bereich der Land- und Ernährungswirtschaft die Marktstellung und die Wettbewerbsfähigkeit der Branche schwächen wird. Dies ist angesichts der derzeit weltweit angespannten Wirtschaftslage besonders hart.

Der Abbau der Markt- und Preisstützung im Binnenmarkt macht die nationale Absatzförderung unserer Ansicht nach be-

deutsamer denn je für die Branche. Die CMA hat einen wichtigen Beitrag dazu geleistet, dass Deutschland zu den größten Agrarexporturen der Welt zählt. Bis die Wirtschaft eine private Nachfolgegesellschaft auf die Beine gestellt hat, wird einige Zeit vergehen. Es bleibt zu hoffen, dass diese Umstellungsphase nur vorübergehend zu Marktanteilverlusten führen wird.

Deutschland braucht eine starke Absatzförderungsgesellschaft, um seine Stellung auf den internationalen Märkten zu behaupten. Wir laden daher alle Marktbeteiligten ein, sich gemeinsam mit der Politik schnellstmöglich an einen Tisch zu setzen und über Nachfolgeregelungen und -modelle zu beraten.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 11. 2. 2009**

##### **Zentrale nationale Absatzförderung notwendiger denn je Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes**

Zum Bericht über die Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) zum Absatzfonds der Land- und Ernährungswirtschaft erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB und die zuständige Berichterstatterin, Marlene Mortler MdB:

Vielen Kritikern der CMA wird erst jetzt so richtig klar, was das Urteil des BVerfG zum Absatzfondsgesetz wirklich bedeutet: Die Programmgenehmigungen sind widerrufen worden, der Absatzfonds ist abzuwickeln! Die Auswirkungen beispielsweise auf die Aktivitäten im zentral-regionalen Marketing sind noch nicht abzusehen. Allzu oft wurde die tatsächliche finanzielle und inhaltliche Unterstützung durch die CMA klein geredet. Die Unionsfraktion hat immer die Leistung der CMA für das Image deutscher Agrarprodukte, insbesondere nach Krisensituation anerkannt. Wenn die Kritiker jetzt dicke Krokodilsträhnen vergießen, ist dies schlichtweg unehrlich.

Auch die ZMP mit ihrem großen Beitrag zur Markttransparenz ist als zweite Durchführungsgesellschaft des Absatzfonds von der Abwicklung betroffen. Gerade im Sinne der fast 300 Mitarbeiter beider Gesellschaften, die von heute auf Morgen ihrer beruflichen Perspektive beraubt wurden, müssen nun schnellstmöglich Entscheidungen getroffen werden. Die Wirtschaft ist gefordert, ein eigenständiges System zur Durchführung einer zentralen Absatzförderung zu vereinbaren.

Vor allem muss das hervorragende Know-How der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von CMA und ZMP gesichert werden, die mit ihren Büros im In- und Ausland über gute Netzwerke verfügen. Dies ist besonders bei den jüngst erreichten Erfolgen im Export deutlich geworden. Wir können es uns nicht leisten, diese Experten zu verlieren.

Die Unionsfraktion sieht ihre Aufgabe vor allem in der Moderation der aktuellen Debatte. Wir setzen uns darüber hinaus für eine größtmögliche Unterstützung des Neuanfangs auch durch das BMELV - im Rahmen der vom BVerfG vorgegebenen Möglichkeiten - ein.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 4. 3. 2009**

##### **Agrarwirtschaft braucht wirksame Absatzförderung Die Wirtschaft ist gefordert, ihre Vorstellungen zu formulieren**

Zur Ablehnung des Antrages auf Durchführung einer Anhörung zur Fortführung einzelner Aufgabengebiete des Absatzfonds im Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB:

Die Unionsfraktion beteiligt sich sehr intensiv an der Diskussion um die Folgen des Urteils des Bundesverfassungsge-

richtes zum Absatzfondsgesetz. Es gilt, keine Zeit zu verlieren, um zu entscheiden, welche Aufgaben von einem gemeinsamen Interesse der Marktbeteiligten sind und auf welcher finanziellen und rechtlichen Grundlage diese durchgeführt werden sollen. Zu den wichtigsten Aufgaben in der aktuellen Diskussion gehört die Sicherung des Know-Hows der bisher in der Exportförderung tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im In- und Ausland.

Andererseits ist die gute Präsentation der deutschen Agrar- und Ernährungswirtschaft auf Auslandsmessen auch in Zukunft sicherzustellen, die eine der Grundlagen für die positive Entwicklung der deutschen Agrarexporte in den vergangenen Jahren war. Die Wirtschaft ist gefordert, ihre Vorstellungen zu formulieren. Erst danach kann über eine mögliche Begleitung oder Förderung seitens des Bundes entschieden werden.

Eine Anhörung im Ausschuss ist für uns nach den derzeit vorliegenden Erkenntnissen nicht das geeignete Instrument der Diskussion. Idiologische Debatten sind vor allem im Hinblick auf die von der Abwicklung betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter völlig fehl am Platze. Deshalb haben wir heute den Antrag auf die Durchführung einer Anhörung zum jetzigen Zeitpunkt abgelehnt.

#### **BMJ Newsletter vom 26. 2. 2009**

##### **Zypries begrüßt Vorschlag der EU-Kommission zu Bilanzvereinfachungen für kleine Unternehmen**

Bundesjustizministerin Brigitte Zypries hat den heute von der EU-Kommission vorgelegten Richtlinienvorschlag zur Vereinfachung des Europäischen Bilanzrechts begrüßt. Danach sollen die EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit erhalten, sog. Kleinstunternehmen („micro entities“) vom Anwendungsbereich des EU-Bilanzrechts auszunehmen. In Deutschland könnte dies zu Vereinfachungen für besonders kleine GmbH und GmbH & Co. KG führen.

„Der Mittelstand ist das Rückgrat unserer Wirtschaft. Kleine Unternehmen von überflüssigen Anforderungen zu entlasten, ist mir deshalb ein persönliches Anliegen. In Deutschland haben wir mit unserem Entwurf des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes bereits vorgeschlagen, kleine Einzelkaufleute von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten zu befreien. Seit langem setzen wir uns auch in Brüssel für Entlastungsmaßnahmen ein. Erfreulich ist, dass Kommissar McCreevy nun einen konkreten Richtlinienvorschlag vorgelegt hat. Wenn er vom Rat und Europäischem Parlament verabschiedet wird, hätten wir auch im Bereich der kleinen Kapitalgesellschaften die Möglichkeit, Erleichterungen bei der Bilanzierung zu gewähren. Die Bundesregierung wird sich für eine möglichst zügige Beratung und Verabschiedung des Vorschlags der Kommission, gegen den es bislang in anderen Mitgliedstaaten aber leider noch Vorbehalte gibt, einsetzen“, sagte Zypries in Berlin.

Nach dem Vorschlag der Kommission sollen die Mitgliedsstaaten die Option erhalten, Kleinstunternehmen aus dem Anwendungsbereich der Vorschriften zur Umsetzung der EU-Bilanzrichtlinien herauszunehmen. Die EU-Bilanzrichtlinien betreffen Kapitalgesellschaften (d.h. insb. GmbH, Aktiengesellschaften, GmbH & Co. KG ohne persönlich haftende Gesellschafter). Als konkrete Schwellenwerte für Kleinstunternehmen schlägt die Kommission vor: Unternehmen mit einer Bilanzsumme von unter 500.000 EUR, einem Jahresumsatz von weniger als 1 Million EUR und weniger als 10 Mitarbeitern (zwei dieser drei Kriterien müssen an zwei aufeinanderfolgenden Bilanzstichtagen unterschritten sein). Deutschland hätte dann die Möglichkeit, kleine GmbH und GmbH & Co. KG unterhalb dieser Schwellenwerte von den auf EU-Recht basierenden Vorschriften der §§ 264 ff. HGB zur Bilanzierung und Publizität auszunehmen. Nicht in den Anwendungsbereich des EU-Bilanzrechts fallen Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG) und Einzelkaufleute, für die deshalb schon mit dem BilMoG Erleichterungen geschaffen werden können.

**BMJ Newsletter vom 18. 2. 2009****Kabinett beschließt Gesetzentwurf zur Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung**

Künftig soll die Versteigerung von Gegenständen, die vom Gerichtsvollzieher in der Zwangsvollstreckung gepfändet wurden, einfacher im Internet erfolgen können. Die Internetauktion soll als Regelfall neben der bisher üblichen Versteigerung vor Ort ermöglicht werden. Auf Vorschlag von Bundesjustizministerin Brigitte Zypries hat das Bundeskabinett heute einen entsprechenden Gesetzentwurf beschlossen.

Die Versteigerung im Internet ist nicht nur im Interesse des Gläubigers. „Es ist auch für den Schuldner gut, wenn in der Versteigerung ein möglichst hoher Erlös erzielt wird. Denn: Je höher der Erlös, desto schneller können die Schulden getilgt werden. Bei höheren Erlösen muss zur Tilgung unter Umständen weniger Eigentum des Schuldners versteigert werden. Das spart dem Schuldner auch Kosten für weitere Vollstreckungsmaßnahmen. Je schneller die Versteigerung, desto geringer sind die auflaufenden, dem Schuldner zusätzlich zur Last fallenden Zinsen. Ich gehe davon aus, dass mit der geplanten Internetversteigerung höhere Erlöse erzielt werden können. Über das Internet erreichen wir einen viel größeren Bieterkreis und die Auktionsplattform ist für jedermann 24 Stunden am Tag zugänglich. Ein größerer Bieterkreis bedeutet mehr Wettbewerb um den Zuschlag und dadurch höhere Erträge. Wir helfen damit Schuldnern, schneller wieder auf die Beine zu kommen. Und wir unterstützen die Gläubiger bei der raschen und effektiven Beitreibung ihrer offenen Forderungen“, erklärte Zypries.

Bislang ist die Versteigerung von sog. beweglichen Sachen - also keine Grundstücke - in der Zivilprozessordnung als Präsenzversteigerung durch den Gerichtsvollzieher vorgesehen. Die dafür notwendige Anwesenheit von Versteigerer und Bieter ist umständlich und verursacht nicht zuletzt wegen der Anreise teilweise hohe Kosten. Der Gerichtsvollzieher kann die gepfändeten Sachen auf andere Art - etwa über das Internet - nur versteigern, wenn Gläubiger oder Schuldner dies beantragen. Das ist aufwändig und unpraktikabel. Künftig soll die Versteigerung beweglicher Sachen ohne weiteres im Internet erfolgen können und eine gleichberechtigte Alternative zur Präsenzversteigerung werden. „Dadurch sparen wir Kosten und ermöglichen ein anwenderfreundliches und unbürokratisches Verfahren“, betonte Zypries.

Der Gesetzentwurf ergänzt die bestehenden Vorschriften der Zivilprozessordnung, damit die Internetversteigerung selbstverständlich wird. Die Bundesländer werden ermächtigt, Einzelheiten wie etwa die Versteigerungsplattform, Beginn, Ende und Ablauf der Auktion oder die Voraussetzungen für die Teilnahme an der Versteigerung durch Rechtsverordnung zu regeln.

Das Gesetzesvorhaben betrifft daneben die Vollstreckung aus Steuerbescheiden und aus Urteilen der Finanzgerichte zugunsten der Finanzbehörden. Die Internetversteigerung beweglicher Sachen wird auch in der Abgabenordnung als gesetzlicher Regelfall neben der Präsenzversteigerung etabliert. Die Versteigerung findet in diesen Fällen auf der Auktionsplattform [www.zoll-auktion.de](http://www.zoll-auktion.de) statt. Diese von der Bundeszollverwaltung betriebene Plattform wird bereits seit einigen Jahren erfolgreich genutzt.

Das Gesetz bedarf der Zustimmung des Bundesrates. Ziel ist es, das parlamentarische Verfahren noch in dieser Legislaturperiode abzuschließen.

**BGH-Pressemitteilung Nr. 197/2008 vom 27. 10. 2008****Beschränkungen für schweizerische Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland gelten fort**

Der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat hatte über die Frage zu entscheiden, nach welchen Regeln schweizerische Aktiengesellschaften zu behandeln sind, die ihren Ver-

waltungssitz in Deutschland haben und vor den deutschen Gerichten klagen (Urteile vom 27. 10. 2008 – II ZR 158/06 und II ZR 290/07).

Die Klägerin ist eine in der Schweiz ordnungsgemäß gegründete Aktiengesellschaft, die in dieser Rechtsform vor dem Landgericht Essen aufgetreten ist und von den Beklagten Miete wegen der Überlassung von Grundstücken in Gelsenkirchen verlangt hat. Die Parteien haben u. a. darum gestritten, ob die Klägerin ihren Verwaltungssitz in der Schweiz oder in der Bundesrepublik Deutschland hat und welche Folgen sich daraus für die Prozessführung vor deutschen Gerichten ergeben.

Die Beklagten haben sich auf die sog. „Sitztheorie“ berufen, wonach die ausländische Gesellschaft mit der Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Deutschland aufgelöst ist, ihren Status als juristische Person verliert und deswegen nicht mehr vor deutschen Gerichten klagen kann. Die Klägerin hat dagegen gemeint, sie müsse genauso behandelt werden wie eine Gesellschaft, die in einem Staat der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) nach deren Recht gegründet worden sei; diese könnte aufgrund der in der EU und dem EWR geltenden Niederlassungsfreiheit ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegen und müssten deswegen im Inland mit ihrem Status als ausländische Gesellschaft anerkannt werden.

Das OLG Hamm hatte der Klägerin Recht gegeben und die Revision zugelassen. Der II. Zivilsenat hat - im Ergebnis - dieses Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Dabei hatte er für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellen, dass die Klägerin ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat. Der Senat ist den Erwägungen des Berufungsgerichts nicht gefolgt und hat es abgelehnt, die sog. „Gründungstheorie“ zugunsten der Klägerin anzuwenden. Er hat vielmehr im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung die Klägerin als schweizerische Aktiengesellschaft wegen des - unterstellten - Verwaltungssitzes in Deutschland als aufgelöst angesehen, sie aber als eine in Deutschland klagebefugte Personengesellschaft behandelt. Er hat es abgelehnt, die Schweiz - wie das Oberlandesgericht Hamm in der Vorinstanz - wegen deren dem Recht der EU weitgehend angeglichenen Rechts in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit wie einen EU-Staat zu behandeln; dass die Schweiz als einziger Mitgliedstaat der EFTA das Abkommen über den EWR nicht unterzeichnet habe, aus der sich die Niederlassungsfreiheit auch für die Unterzeichnerstaaten der EFTA ergebe, müsse respektiert werden und dürfe nicht durch eine auf allgemeine Erwägungen gestützte Anwendung dieser Regeln unterlaufen werden. Der Forderung, die für Gesellschaften aus Staaten außerhalb der EU und des EWR geltende „Sitztheorie“ grundsätzlich zu verwerfen und alle ausländischen Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland in ihrer jeweiligen Rechtsform anzuerkennen, hat der Senat nicht entsprochen. Er hat es ausdrücklich abgelehnt, insoweit dem Gesetzgeber vorzugreifen, der zwar einen Referentenentwurf zum internationalen Privatrecht der Gesellschaften vorgelegt hat, mit dem die „Sitztheorie“ abgeschafft werden soll, gegen den sich aber beträchtlicher politischer Widerstand gebildet hat, so dass die Verwirklichung des Vorhabens offen ist. Die Klage ist im Ergebnis abgewiesen worden, weil die Klägerin nicht Partnerin des Mietvertrages geworden war, aus dem sich die eingeklagten Ansprüche ergeben sollten.

**BGH-Pressemitteilung Nr. 25/2009 vom 5. 2. 2009****Bundesgerichtshof entscheidet über von einem Verbraucherverband beanstandete Hinweise im Katalog eines Mobiltelefonanbieters**

Der Kläger (Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände e.V.) nimmt die Beklagte, ein Unternehmen, das Mobiltelefone mit Zubehör und Mobilfunkdienstleistungen anbietet, auf Unterlassung in Anspruch. Die Beklagte vertreibt einen Katalog, in dem sie für ihre Produkte wirbt. Der

Katalog von September 2005 enthält auf Seite 39 unterhalb der dort beworbenen Produkte einen klein gedruckten Absatz mit der Schlusszeile

„Alle Preise inkl. MwSt! Solange der Vorrat reicht! Änderungen und Irrtümer vorbehalten. Abbildungen ähnlich.“

Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Verurteilung der Beklagten dahingehend, dass diese es zu unterlassen habe, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die Hinweise „Änderungen und Irrtümer vorbehalten“ und „Abbildungen ähnlich“ oder diesen inhaltsgleiche Bestimmungen im Zusammenhang mit Angeboten für Telekommunikationsdienstleistungen, wie auf Seite 39 des Katalogs „September 2005“ geschehen, zu verwenden.

Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, dem Kläger stehe gegen die Beklagte kein Anspruch auf Unterlassung aus § 1 des Unterlassungsklagengesetzes zu, weil es sich bei den gerügten Katalogtextpassagen nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen handle. Ein derartiger Katalog enthalte keine bindenden Angebote, sondern öffentliche Werbung, mit der Kunden interessiert und aufmerksam gemacht werden sollten. Bei lebensnaher Betrachtung handle es sich aus der Sicht eines verständigen Kunden bei den beanstandeten Erklärungen nicht um Regelungen eines Vertragsinhalts, sondern um Hinweise, die den Werbe- und unverbindlichen Angebotscharakter des Prospekts unterstrichen.

Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung des Berufungsgerichts bestätigt und die dagegen gerichtete Revision des Klägers zurückgewiesen (Urteil vom 4. 2. 2009 – VIII ZR 32/08). Die Hinweise bringen lediglich die auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt bestehende Rechtslage zum Ausdruck, dass die im Katalog enthaltenen Angaben zu den Produkten und deren Preisen und Eigenschaften – ebenso wie die Abbildungen – nicht ohne Weiteres Vertragsinhalt werden, sondern insoweit vorläufig und unverbindlich sind, als die Katalogangaben durch die Beklagte vor oder bei Abschluss des Vertrages noch korrigiert werden können. Die Hinweise verdeutlichen damit, dass erst die bei Vertragsschluss abgegebenen Willenserklärungen und nicht schon die Katalogangaben oder -abbildungen für den Inhalt eines Vertrages über die im Katalog angebotenen Produkte maßgebend sind. Den Hinweisen ist keine Beschränkung der Rechte des Vertragspartners in haftungs- oder gewährleistungsrechtlicher Hinsicht zu entnehmen. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof den Kataloghinweis „Irrtümer sind vorbehalten“ wegen fehlender Rechtsbeeinträchtigung auch bereits in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht für unbedenklich gehalten (BGH, Urteil vom 7. November 1996 – IZR 138/94, NJW 1997, 1780). Anders wäre es dann, wenn die Beklagte unter Umgehung der Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) die Hinweise dazu missbrauchen würde, eine Geltendmachung berechtigter Ansprüche von Verbrauchern zu verhindern. Für einen derartigen Verstoß gegen das Umgehungsverbot (§ 306a BGB) ist im vorliegenden Fall aber nichts festgestellt.

### **BGH-Pressmitteilung Nr. 24/2009 vom 5. 2. 2009**

#### **Metro-Konzern unterliegt im Streit um die Bezeichnung „METROBUS“**

Der unter anderem für das Markenrecht zuständige I. Zivilsenat hat in drei Entscheidungen kennzeichenrechtliche Ansprüche gegen die Verwendung der Bezeichnung „METROBUS“ durch die Verkehrsbetriebe in Berlin, Hamburg und München verneint (Urteile vom 5. 2. 2009: I ZR 167/06 – HVV Metrobus; I ZR 174/06 – BVG Metrobus; I ZR 186/06 – MVG Metrobus).

Die zur Metro-Unternehmensgruppe gehörige Klägerin ist Inhaberin der Marken „METRO“ und „METRORAPID“, die unter anderem für Dienstleistungen im Bereich des Transportwesens und der Veranstaltung von Reisen eingetragen sind. Sie

nimmt zudem die Rechte aus dem Unternehmenskennzeichen der Metro AG wahr. Die drei Beklagten betreiben in den Städten Berlin (Berliner Verkehrsbetriebe), Hamburg (Hamburger Verkehrsverbund) und München (Münchner Verkehrsgesellschaft) den öffentlichen Personennahverkehr und verwenden die Bezeichnung „METROBUS“ für bestimmte Buslinien, die U-Bahn-Stationen an das übrige öffentliche Verkehrsnetz anschließen. Sie hatten sich ihrerseits die Bezeichnung „Metrobus“ in Verbindung mit einer auf ihr Unternehmen hinweisende Abkürzung (z. B. „BVG Metrobus“, „HVV Metrobus“ und „MVG Metrobus“) als Marke eintragen lassen.

Die Klägerin hat die Verwendung der Bezeichnung „METROBUS“ durch die Beklagten allein oder zusammen mit den auf die jeweiligen Verkehrsbetriebe hinweisenden Buchstabenkombinationen „BVG“, „HVV“ oder „MVG“ als eine Verletzung ihrer Markenrechte und des Unternehmenskennzeichens der Metro AG beanstandet.

Der Bundesgerichtshof hat Ansprüche der Klägerin verneint, soweit die Beklagten die Bezeichnung „METROBUS“ im Zusammenhang mit Transportdienstleistungen im Bereich des Personennahverkehrs verwenden. Er ist in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen davon ausgegangen, dass zwischen den Zeichen der Klägerin mit dem Bestandteil „METRO“ und der Bezeichnung „METROBUS“ bei der Verwendung im Bereich des Personennahverkehrs keine kennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr besteht, weil das Publikum die angegriffene Bezeichnung „METROBUS“ nicht in die Bestandteile „METRO“ und „BUS“ aufspaltet und deshalb auch keine gedankliche Verbindung zwischen der Bezeichnung einer Buslinie mit „METROBUS“ und der Metro-Unternehmensgruppe herstellt. Aus diesem Grund schieden auch Ansprüche aufgrund des Schutzes von „METRO“ als bekannter Marke und als bekanntes Unternehmenskennzeichen gegen die Verwendung von „METROBUS“ im Dienstleistungssektor des Personennahverkehrs aus.

Soweit die Beklagten die von ihnen eingetragenen Marken auch für Waren und Dienstleistungen haben registrieren lassen, die sich nicht auf Transportleistungen beziehen, hat der Bundesgerichtshof die zugunsten des Metro-Konzerns ergangenen Entscheidungen teilweise bestätigt oder - soweit gegen den Metro-Konzern entschieden worden war - teilweise aufgehoben und die Verfahren zur weiteren Aufklärung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

### **BMJ-Newsletter vom 5. 3. 2009**

#### **Neues Recht für Vorstandsgehälter**

Die Bundesregierung hat heute auf Vorlage von Bundesjustizministerin Brigitte Zypries eine Formulierungshilfe zum Handels- und Aktienrecht beschlossen. Die heute gebilligten Regelungsvorschläge sollen als Gesetzentwurf durch die Fraktionen von SPD und CDU/CSU eingebracht werden. Die Schärfung des rechtlichen Instrumentariums wird dafür Sorge tragen, dass bei der Vergütung von Vorständen verstärkt Anreize für eine nachhaltige und auf Langfristigkeit ausgerichtete Unternehmensentwicklung gesetzt werden.

„Wir stehen in der Politik zur Zeit vor der Aufgabe, den Schaden, den Manager am Finanzmarkt angerichtet haben, im Gemeinwohlinteresse so gut es geht zu begrenzen. In vielen Unternehmen wurde in der Vergangenheit zu stark auf das Erreichen kurzfristiger Parameter - wie etwa Umsatzzahlen oder Börsenkurse zu bestimmten Stichtagen - geschaut und das langfristige Wohlergehen des Unternehmens aus dem Blick verloren. Darüber sind sich alle einig: Das hat in erheblichem Maß zu der gegenwärtigen Krise beigetragen. Das Verhalten von einigen Managern hat dazu geführt, dass die Grundlagen unseres Finanzmarktes ins Wanken geraten sind und nun durch staatliche Hilfen vom Steuerzahler im Lot gehalten werden müssen. Es ist es an der Zeit, dass die Politik den Ordnungsrahmen neu justiert. Die Koalition hat sich auf die Einführung langfristiger Verhaltensanreize bei Vergütungsvereinbarungen und längere

Ausübungsfristen bei Aktienoptionsprogrammen geeinigt. Außerdem soll konkreter gesetzlich festgelegt werden, was eine angemessene Vergütung ist,“ sagte Zypries am Mittwoch in Berlin. „Es geht dabei gar nicht um die Höhe der Vergütung, die ist nicht Sache des Staates. Es geht aber darum, bei einer erfolgsabhängigen Bezahlung die richtigen Anreize zu setzen. Es muss auf den nachhaltigen Erfolg eines Unternehmens ankommen und nicht auf einen hohen Börsenkurs an einem bestimmte Stichtag“, sagte Zypries weiter.

Die Regelungen im Einzelnen:

- Die Vergütung des Vorstands einer Aktiengesellschaft muss künftig auch in einem angemessenen Verhältnis zu den Leistungen des Vorstands und der (branchen- oder landes-)üblichen Vergütung stehen. Es soll aber auch auf die Vergleichbarkeit im Unternehmen geschaut werden. Die Bezüge sollen zudem langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung setzen. Es wird klargestellt, dass diese Vorgaben auch für anreizorientierte Vergütungszusagen (sog. „Boni“) wie zum Beispiel Aktienbezugsrechte gelten.
- Aktienoptionen können künftig frühestens vier Jahre nach Einräumung der Option ausgeübt werden. Damit wird dem begünstigten Manager ein stärkerer Anreiz zu nachhaltigem Handeln zum Wohl des Unternehmens gegeben.
- Die Möglichkeit des Aufsichtsrats, die Vergütung bei einer Verschlechterung der Lage des Unternehmens nachträglich zu reduzieren, soll erweitert werden. Es bedarf hierfür einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, weil in bestehende Verträge eingegriffen wird. Eine solche Verschlechterung liegt zum Beispiel vor, wenn die Gesellschaft Entlassungen vornehmen muss und keine Gewinne mehr ausschütten kann. Eine Insolvenz ist dafür nicht erforderlich.
- Die Entscheidung über die Vergütung eines Vorstandsmitglieds soll künftig vom Plenum des Aufsichtsrates getroffen werden und darf - anders als bislang - nicht mehr an einen Ausschuss delegiert werden. Damit wird die Festsetzung der Vergütung transparenter.
- Die Haftung des Aufsichtsrates wird verschärft. Setzt der Aufsichtsrat eine unangemessene Vergütung fest, macht er sich gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig. Damit wird klargestellt, dass die angemessene Vergütungsfestsetzung zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats gehört und er für Pflichtverstöße persönlich haftet.
- Die Unternehmen werden künftig zu einer weitergehenden Offenlegung von Vergütungen und Versorgungsleistungen an Vorstandsmitglieder im Falle der vorzeitigen oder regulären Beendigung der Vorstandstätigkeit verpflichtet. Damit erhalten die Anteilsinhaber einen besseren Einblick in den Umfang der mit dem Führungspersonal getroffenen Vereinbarungen.
- Schließlich können ehemalige Vorstandsmitglieder für eine „Cooling-Off“ Periode von drei Jahren nach ihrem Ausscheiden aus dem Vorstand nicht Mitglied eines Prüfungsausschusses werden - damit sollen Interessenkonflikte vermieden werden.

Wesentliche Ursache des erheblichen Anstiegs der Gehälter war die extreme Ausweitung variabler, an die Gewinn- bzw. Börsenkursentwicklung der Unternehmen gekoppelter Vergütungsbestandteile für das Top-Management. Das bildet einen Anreiz, das Tagesgeschäft eher an kurzfristig ausgerichteten Interessen von Anteilseignern an der Steigerung des Börsenwertes („shareholder value“) auszurichten. Das Interesse der Belegschaften an einer nachhaltigen Sicherung von Arbeitsplätzen und Standorten gerät dadurch in den Hintergrund. Die gemeinsame Arbeitsgruppe der Koalitionsfraktionen hat seit September 2008 daran gearbeitet, die von kurzfristig ausgerichteten Vergütungsinstrumenten ausgehenden Verhaltensanreize zu beseitigen. Die Finanzmarktkrise hat gezeigt, dass diese das nachhaltige Wachstum von Unternehmen gefährden können und zum

Eingehen unverantwortlicher Risiken verleiten. Dem sollen die Neueregulungen entgegenwirken, auf die sich die Koalitionsfraktionen am 4. März 2009 geeinigt hatten.

Das Gesetz bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates. Ziel ist es, die parlamentarischen Beratungen noch vor der Sommerpause abzuschließen.

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 18/2009 vom 27. 2. 2009**

#### **Verfahrensrügen gegen Eilbeschlüsse des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs in Sachen Flughafen Frankfurt a. M. erfolglos**

1. Durch Beschluss vom 18. Dezember 2007 stellte das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung den Ausbauplan für den Flughafen Frankfurt a.M. fest. Danach ist vorgesehen, den Flughafen durch den Bau einer weiteren Landebahn zu erweitern. Gegen diesen Beschluss erhoben diverse Privatpersonen und Gemeinden Anfang 2008 Klage zum Hessischen Verwaltungsgerichtshof (HessVGH) und beantragten dort die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage. Die Flughafengesellschaft sagte zu, mit dem Vollzug des Planfeststellungsbeschlusses bis zur Entscheidung des HessVGH abzuwarten. Im Januar 2009 lehnte der HessVGH in mehreren Beschlüssen die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ab, so dass mit dem Bau begonnen werden konnte. Zuvor waren gegen die Richter des entscheidenden Senats aus mehreren Gründen Befangenheitsanträge gestellt und vom HessVGH abgelehnt worden. Über die Hauptsache hat der HessVGH noch nicht entschieden.

2. Gegen die Beschlüsse des HessVGH haben die Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerden eingelegt und Anträge auf einstweilige Anordnung gestellt. Dabei ging es nicht unmittelbar um die Rechtmäßigkeit des Flughafenausbaus selbst, sondern ausschließlich um die Rüge angeblicher Verstöße des HessVGH bei der Ablehnung der Befangenheitsgesuche. Zum einen wurden Verletzungen der grundgesetzlichen Verfahrensgarantie des Anspruchs auf rechtliches Gehör wegen unterlassener Anhörung zu einem Schriftsatz der Gegenseite betreffend die Befangenheitsgesuche gerügt. Zum anderen wurde eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter geltend gemacht; dies insbesondere deshalb, weil der HessVGH die Befangenheitsanträge angeblich willkürlich gehandhabt und das Gebot effektiven Rechtsschutzes verletzt haben soll, indem er nicht sofort auf der Grundlage einer bloßen Interessenabwägung, sondern auf der Grundlage einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache entschieden hat.

3. Die Verfassungsbeschwerden und die Anträge auf einstweilige Anordnung blieben ausnahmslos erfolglos (Beschlüsse vom 24. 2. 2009 – 1 BvR 165/09, 1 BvR 182/09 (1 BvQ 5/09), 1 BvR 189/09 (1 BvQ 7/09), 1 BvR 188/09 (1 BvQ 8/09)). Dem liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Auch wenn der HessVGH den Beschwerdeführern zu den Befangenheitsanträgen betreffenden Schriftsätzen der Gegenseite zunächst keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat, beruhen seine Beschlüsse nicht auf diesem etwaigen Gehörsverstoß. Denn es kann ausgeschlossen werden, dass die Anhörung zu einer für die Beschwerdeführer günstigeren Entscheidung über die Befangenheitsanträge geführt hätte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführer nach den ablehnenden Befangenheitsbeschlüssen des HessVGH Gelegenheit hatten, sich in einem Folgeverfahren (Anhörungsrüge) zu den Schriftsätzen der Gegenseite zu äußern. Der HessVGH hat diese Äußerung jedoch nicht für rechtlich erheblich befunden.

Das Bundesverfassungsgericht konnte auch keine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter feststellen. Insbesondere ist der HessVGH nicht auf willkürliche Art und Weise vom Fehlen einer Befangenheit der Richter des entscheidenden Senats ausgegangen. Er hat zu dem erhobenen Vorwurf einer ein-

seitigen Absprache mit der Gegenseite über den Entscheidungszeitpunkt gut vertretbar dargelegt, dass dieser Zeitpunkt allen Beteiligten bekannt war oder hätte bekannt sein können.

Schließlich war es angesichts des von der Flughafengesellschaft zugesagten Zuwartens bis zur gerichtlichen Entscheidung nicht zu beanstanden, dass der HessVGH erst im Januar 2009 über die Eilanträge entschieden und dabei statt einer sofortigen Entscheidung aufgrund bloßer Interessenabwägung auf die - hier aus Sicht des HessVGH fehlenden - Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren abgestellt hat.

### **BVerfG-Pressemittelung Nr. 17/2009 vom 27. 2. 2009**

#### **Eilantrag in Sachen „Bayerisches Versammlungsgesetz“ teilweise erfolgreich**

Mit dem am 1. Oktober 2008 in Kraft getretenen Bayerischen Versammlungsgesetz (BayVersG), das für das Gebiet des Freistaates Bayern an die Stelle des Versammlungsgesetzes des Bundes (VersG) gerückt ist, hat ein Bundesland erstmalig von den Bundesländern seit der Föderalismusreform zustehenden Kompetenz für das Versammlungsrecht Gebrauch gemacht. Hierbei knüpft der Bayerische Gesetzgeber zwar vielfach an bestehende Regelungen des VersG an, bildet die Vorschriften jedoch - unter Berufung auf ein eigenständiges rechts- und ordnungspolitisches Konzept - fort und erhöht hierbei die Anforderungen an die Durchführung von Versammlungen. So werden unter anderem die Bekanntgabe-, Anzeige- und Mitteilungspflichten für Veranstalter von Versammlungen erheblich formalisiert und ausgeweitet, die Mitwirkungspflicht und die Verantwortlichkeit des Leiters einer Versammlung ausgedehnt und für Versammlungsteilnehmer ein allgemeines Militanzverbot eingeführt (Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 und 2 BayVersG). An diese Ge- und Verbote schließen sich Ordnungswidrigkeitentatbestände an, wonach den Betroffenen im Fall eines Verstoßes ohne vorausgehende verwaltungsrechtliche Verfügungen unmittelbar eine Geldbuße auferlegt werden kann (Art. 21 Nr. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG). Auch wird eine Befugnis der Versammlungsbehörde geregelt, die vom Veranstalter benannten Leiter und Ordner abzulehnen, wenn sie unzuverlässig oder ungeeignet sind. Weiter ist der Katalog für polizeiliche Beobachtungs- und Dokumentationsmaßnahmen erweitert worden (Art. 9 Abs. 2 und 4 BayVersG). Die Vorschrift ermächtigt die Polizei, zur Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes Übersichtsaufnahmen (Art. 9 Abs. 2 Satz 1 BayVersG) und zur Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens auch Übersichtsaufzeichnungen (Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BayVersG) von Versammlungen anzufertigen, wobei letztere für Anschlussnutzungen längerfristig und eventuell sogar unbegrenzt gespeichert werden können.

Dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung liegt eine Verfassungsbeschwerde mehrerer Landesverbände von Gewerkschaften und Parteien sowie anderer nichtstaatlicher Organisationen gegen annähernd das gesamte BayVersG zugrunde. Die Beschwerdeführer rügen einen versammlungsfeindlichen Charakter des Gesetzes als Ganzes sowie seiner Regelungen im Einzelnen. Die Vorschriften führten zu bürokratischer Gängelei und Kontrolle der Bürger, die von der Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit abschreckten. Ausdrücklich ausgenommen von den Angriffen sind allerdings die Vorschriften, die spezifischen Gefahren rechtsextremistischer Versammlungen begegnen sollen (Art. 15 Abs. 2 Nr. 1a und 2 BayVersG).

Der Antrag der Beschwerdeführer, das BayVersG im Wege der einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde außer Kraft zu setzen, hatte teilweise Erfolg. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die Bußgeldvorschriften bezüglich der Bekanntgabe-, Anzeige- und Mitteilungspflichten der Veranstalter, der Mitwirkungspflicht des Leiters und des Militanzverbots der Teilnehmer einstweilen außer Kraft gesetzt. Auch werden die Befugnisse für polizeiliche Beobachtungs- und Dokumentationsmaßnahmen im

Zusammenhang mit Versammlungen einstweilen modifizierend eingeschränkt. So sind insbesondere Übersichtsaufzeichnungen, bei denen eine Speicherung des Versammlungsgeschehens erfolgt, nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von der Versammlung erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Eine Auswertung der Übersichtsaufzeichnungen ist nur unverzüglich nach Beendigung der Versammlung zulässig. Soweit danach die Daten nicht in Bezug auf einzelne Personen zur Verfolgung von Straftaten im Zusammenhang mit der aufgezeichneten Versammlung oder zur Abwehr künftiger versammlungsspezifischer Gefahren benötigt werden, müssen sie innerhalb von zwei Monaten gelöscht oder irreversibel anonymisiert werden. Übersichtsaufnahmen zur Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes, bei denen die Bilder von dem Versammlungsgeschehen ohne Speicherung in eine Einsatzzentrale in Echtzeit übertragen werden, sind dagegen nur zulässig, wenn sie wegen der Größe oder Unübersichtlichkeit der Versammlung im Einzelfall erforderlich sind. Im Übrigen lehnte der Senat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab (Beschluss vom 17. 2. 2009 – 1 BvR 2492/08).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Das Bundesverfassungsgericht darf von seiner Befugnis, das Inkrafttreten eines Gesetzes zu verzögern oder ein in Kraft getretenes Gesetz wieder außer Kraft zu setzen, nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen, da der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist. Ein Gesetz darf deshalb bei noch offenem Ausgang des Verfassungsbeschwerdeverfahrens nur dann vorläufig außer Kraft gesetzt werden, wenn die Nachteile, die mit seiner Geltung nach späterer Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit verbunden wären, ganz besonderes Gewicht haben und in Ausmaß und Schwere deutlich die Nachteile überwiegen, die im Falle der vorläufigen Außerkraftsetzung eines sich als verfassungsgemäß erweisenden Gesetzes einträten.

Nach diesen Maßstäben ist aufgrund der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen Folgenabwägung dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung teilweise stattzugeben.

1. Die Bußgeldvorschriften des Art. 21 Nr. 1, 2, 7, 13 und 14 BayVersG sind vorläufig außer Kraft zu setzen. Sie erheben den Verstoß gegen weitreichende versammlungsrechtliche Ge- und Verbote unmittelbar zu einer Ordnungswidrigkeit. Als förmliche Missbilligung rechtswidrigen vorwerfbaren Fehlverhaltens unterscheidet sich die Wirkung der Bußgeldbewehrung grundlegend von der Statuierung verwaltungsrechtlicher Pflichten, die dem Bürger gegenüber auf der Grundlage eines konkretisierenden Verwaltungsakts und unter Umständen mit den Mitteln des Verwaltungsvollstreckungsrechts durchgesetzt werden. Was in der jeweiligen Situation für den Einzelnen verbindlich ist, wird dort durch Verwaltungsakt - anders als bei einer Ahndung mit einer Geldbuße - zunächst einzelfallbezogen festgestellt und dem Bürger, Rechtsklarheit schaffend und mit Rechtsmitteln überprüfbar, vor Augen gehalten, ohne dass ein Schuldvorwurf im Raum steht. Diese rechtsstaatliche Funktion des Verwaltungsakts ist gerade in Bezug auf die hier in Rede stehenden Pflichten bedeutsam, die vom Gesetzgeber teils detailgenau ausdifferenziert, teils konkretisierungsbedürftig offen ausgestaltet sind. So besteht für den Veranstalter die Pflicht zur Angabe von Ort, Zeit, Thema sowie Namen des Veranstalters bei einer Einladung für jede öffentliche Versammlung ab zwei Personen, unabhängig davon, ob sie klein oder groß ist, im Freien oder in geschlossenen Räumen stattfindet, spontan oder geplant abgehalten wird. Auch wenn die erforderlichen Angaben für sich gesehen einfach sind, kann die Frage, was als Einladung zu qualifizieren ist, welche Genauigkeit erforderlich ist oder wie die Angaben bei zeitgemäßen Formen der elektronischen Kommunikation - wie SMS - zu gewährleisten sind, ernsthaft fraglich sein. Nicht ohne nähere Kenntnis zu beant-

worten kann auch die Frage sein, wann Angaben zu den differenzierten Anzeigepflichten für Versammlungen im Freien vollständig sind oder wann unverzüglich mitzuteilende Änderungen rechtzeitig übermittelt werden. Erst recht sind die Pflichten des Versammlungsleiters zur Verhinderung von Gewalttätigkeiten konkretisierungsbedürftig. Was „geeignete Maßnahmen“ sind, um „Gewalttätigkeiten“ „aus der Versammlung heraus“ zu „verhindern“, und wann eine Versammlung mangels Durchsetzungsfähigkeit aufzulösen ist, ist von schwierigen Bewertungen in oftmals unübersichtlichen Situationen abhängig. Nichts anderes gilt für die an den einzelnen Teilnehmer adressierte Pflicht, an Versammlungen nicht in einer Art und Weise teilzunehmen, die dazu beiträgt, dass die Versammlung ein bestimmtes Erscheinungsbild mit einschüchternder Wirkung erhält. Mit den Bußgeldvorschriften verbindet sich so das schwer kalkulierbare Risiko einer persönlichen Sanktion, die bei den Bürgern zu Einschüchterungseffekten führen und die Inanspruchnahme des Grundrechts der Versammlungsfreiheit beeinträchtigen kann.

2. Dagegen scheidet eine vorläufige Außerkraftsetzung der den Bußgeldvorschriften zugrunde liegenden versammlungsrechtlichen Ge- und Verbote aus. Eine solche hätte zur Folge, dass es dem Bayerischen Versammlungsrecht bis zur Entscheidung über die Hauptsache an zentralen Vorschriften, wie etwa schon generell an einer Anzeigepflicht, fehlte. Damit wäre eine sichere Wahrnehmung des Versammlungsrechts zumindest erheblich gefährdet. Das Bundesverfassungsgericht müsste wenigstens einige der angegriffenen Vorschriften durch eine gerichtliche Anordnung ersetzen. Das aber kann nur in Sonderkonstellationen gerechtfertigt sein, die hier nicht gegeben sind. Außerdem werden die Nachteile der angegriffenen Vorschriften durch die vorläufige Außerkraftsetzung der Bußgeldvorschriften so weit aufgefangen, dass eine weitergehende einstweilige Anordnung nicht geboten erscheint.

3. Mit einschränkenden Maßnahmen zu versehen ist weiterhin die Anwendung des Art. 9 Abs. 2 und 4 BayVersG, der Befugnisse der polizeilichen Beobachtungs- und Dokumentationsmaßnahmen regelt. Die Vorschrift erlaubt generell „zur Lenkung und Leitung des Polizeieinsatzes“ die Anfertigung von Übersichtsaufnahmen (Kamera-Monitor-Übertragung) und „zur Auswertung des polizeitaktischen Vorgehens“ die Anfertigung von Übersichtsaufzeichnungen. In solchen Aufzeichnungen sind nach dem heutigen Stand der Technik die Einzelpersonen in der Regel individualisierbar mit erfasst. Der Sache nach ermächtigt Art. 9 Abs. 2 Satz 2 BayVersG damit zu einer anlasslosen Aufzeichnung des gesamten Versammlungsgeschehens einschließlich der Ablichtung der einzelnen Versammlungsteilnehmer, die hierzu zurechenbar keinen Anlass gesetzt haben. Bei jeder Versammlung muss folglich jeder Teilnehmer damit rechnen, dass seine Teilnahme unabhängig von der Größe und dem Gefahrenpotential der Versammlung aufgezeichnet wird. Der hierin liegende Nachteil erhält dadurch weiteres Gewicht, dass die Übersichtsaufzeichnungen zur Abwehr künftiger versammlungsspezifischer Gefahren ein Jahr ab Entstehung und zu Zwecken der allgemeinen Strafverfolgung auch darüber hinaus genutzt und gespeichert werden können. Eine solche anlasslose Datenbevorratung, die allein an die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit und damit an das Gebrauchmachen von einem für die demokratische Meinungsbildung elementaren Grundrecht anknüpft, führt zu durchgreifenden Nachteilen. Durch einschränkende Maßgaben hat der Senat diese Nachteile bis zur Entscheidung in der Hauptsache begrenzt. Danach sind Übersichtsaufzeichnungen nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von der Versammlung erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen und auch die anschließende Nutzung und Speicherung anlassbezogen begrenzt bleibt.

[www.gut-netzwerk.de](http://www.gut-netzwerk.de)

## BVerfG-Pressemitteilung Nr. 8/2009 vom 29. 1. 2009

### Zum Abwehrrecht gegen Castor-Transporte

Das Bundesamt für Strahlenschutz erteilte im April 2003 einem Unternehmen die Genehmigung, bis einschließlich 31. Dezember 2003 unter Verwendung von Transport- und Lagerbehältern des Typs „CASTOR HAW 20/28 CG“ maximal zwei Schienen- und zwölf Straßentransporte hochaktiver Glaskokillen aus einer Wiederaufbereitungsanlage zum Transportbehälterlager Gorleben durchzuführen. Die Beschwerdeführerin legte als Miteigentümerin eines Wohnhauses, das ungefähr acht Meter von der Transportstrecke entfernt ist, Widerspruch gegen diese Genehmigung ein. Nach dessen Zurückweisung erhob sie Klage zum Verwaltungsgericht. Das Verwaltungsgericht wies die Klage als unzulässig ab, da die Beschwerdeführerin nicht klagebefugt sei. Den Antrag auf Zulassung der Berufung lehnte das Oberverwaltungsgericht ab. Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde gegen die gerichtlichen Entscheidungen und rügt eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.

Die 3. Kammer des Ersten Senats gab der Verfassungsbeschwerde statt, soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die Ablehnung ihres Antrags auf Zulassung der Berufung wendet. Die Beschwerdeführerin ist durch die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz verletzt, weil das Oberverwaltungsgericht den Zugang der Beschwerdeführerin zum Berufungsrechtszug in unzumutbarer Weise erschwert hat (Beschluss vom 21. 1. 2009 – 1 BvR 2524/06).

Die Verneinung ernsthafter Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Das Oberverwaltungsgericht hat die Frage des drittschützenden Charakters von § 4 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 5 AtG abschließend mit Argumenten verneint, die in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts keine Grundlage finden. Es hat das Urteil des BVerwG vom 22. Oktober 1982 (NJW 1983, S. 1507/1508), das die Anforderungen an die Klagebefugnis bei der Anfechtung immissionsschutzrechtlicher Vorbescheide für ortsfeste Anlagen betrifft, unbesehen auf die atomrechtliche Beförderungsgenehmigung übertragen. Dabei hat es verkannt, dass das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte spezifische Gefährdungspotential der Beförderung von Kernbrennstoffen eine andere Qualität hat, als die - der genannten Entscheidung des BVerwG zugrundeliegende - fortlaufende und dauerhafte Belastung der Umgebung bei ortsfesten Anlagen. Die Beschwerdeführerin hatte demgegenüber geltend gemacht, dass sich bei Nichteinhaltung des gebotenen Schutzstandards auch bei nur kurzzeitiger, aber massiver Strahlenexposition eine erhebliche Gesundheitsgefährdung und Eigentumsbeeinträchtigung für „Dritte“ ergeben könne.

Das Bundesverwaltungsgericht hat für die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 5 AtG, der zufolge eine atomrechtliche Anlageneignung nur erteilt werden darf, wenn der erforderliche Schutz gegen Störmaßnahmen und sonstige Einwirkungen Dritter gewährleistet ist, und für die gleichlautende Vorschrift des § 6 Abs. 2 Nr. 4 AtG, die insbesondere für die Lagerung von Kernbrennstoffen in Standortzwischenlagern einschlägig ist, sowie für die Vorgabe der bestmöglichen Gefahrenabwehr gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 und § 6 Abs. 2 Nr. 2 AtG einen drittschützenden Charakter bejaht. Angesichts der Tatsache, dass § 4 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 und Nr. 5 AtG gleichlautend formuliert sind, drängt sich die Frage der Übertragbarkeit der für § 7 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 und Nr. 5 sowie § 6 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 4 AtG im Hinblick auf den Drittschutz geltenden Grundsätze geradezu auf, ohne dass es für die Frage der Zulassung der Berufung darauf ankäme, wie dies im Ergebnis zu entscheiden sein wird.

Die Frage, ob die Rechtsprechung des BVerwG zum Rechtsschutz „Dritt betroffener“ gegen atomrechtliche Aufbewahrungsgenehmigungen (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 4 AtG) und An-

lageneinigungen (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 5 AtG) auf die atomrechtlichen Beförderungsgenehmigungen (§ 4 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 5 AtG) zu übertragen sind, erfüllt auch die Voraussetzungen der Grundsatzbedeutung gemäß § 124 Abs. Nr. 3 VwGO.

Eine weitere Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts wurde im Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 2594/06 aus den gleichen Gründen aufgehoben und das Verfahren zur erneuten Entscheidung in der Sache zurückverwiesen.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 6. 2. 2009**

#### **Schweden steuert um - Blockadehaltung in Deutschland führt nicht weiter Kernenergie gehört zu einem ausgewogenen Energiemix**

Die Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Katherina Reiche MdB, erklärt zur Entscheidung der schwedischen Regierung, zukünftig wieder Reaktoren zu bauen:

Das Abrücken der Schweden vom Verbot, neue Reaktoren zu bauen, macht erneut deutlich, dass wirksamer Klimaschutz nicht ohne Nutzung von Kernenergie zu machen ist. Die revidierte Haltung Stockholms in dieser Frage ist insoweit besonders bemerkenswert, als Schweden – im Unterschied z. B. zu Deutschland – wesentlich bessere Voraussetzungen zur Erzeugung von Energie aus alternativen Quellen hat.

Die SPD befindet sich mit ihrer Blockadehaltung in Sachen Kernenergie, für die der deutsche Verbraucher die Zeche zahlt, auf dem Holzweg. Das, was die Gegner der Kernenergie mit dem Ausstieg erreichen wollten, nämlich dass andere Länder diesem Beispiel folgen, ist nicht eingetreten.

Kernenergie gehört zu einem ausgewogenen Energiemix. Wenn Schweden, Finnland, die Schweiz, die Niederlande und Frankreich auf die Kernenergie setzen, Großbritannien neue Kernkraftwerke bauen will und Italien wieder über Kernkraft nachdenkt, dann können wir nicht so tun, als wäre der „Atomausstieg“ in Deutschland das letzte Wort zu diesem Thema.

Mit einer Verlängerung der Laufzeiten könnte es uns gelingen, 2020 ca. 60% unseres Stromes CO<sub>2</sub>-neutral zu beziehen. Das wäre gut für den Klimaschutz, gut für die Verbraucherpreise und gut für den Industriestandort Deutschland!

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 25. 2. 2009**

#### **Bei Kernenergie von britischen Umweltschützern lernen Wichtiger Bestandteil eines breiten Energiemixes**

Das eindeutige Bekenntnis zur Kernenergie von vier prominenten Vertretern der grünen Bewegung in Großbritannien kommentiert der Koordinator für Energiepolitik der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Dr. Joachim Pfeiffer MdB:

Vier der bekanntesten britischen Umweltschützer haben sich nach gründlichem Studium der Fakten zur Kernenergie bekannt. „Es war ein wenig wie eine religiöse Bekehrung. Gegen die Kernkraft zu sein war lange Zeit eine essentielle Position, wenn man Umweltschützer war. Aber nun, wenn ich mit anderen Umweltschützern darüber spreche, ist die Ansicht tatsächlich ziemlich weit verbreitet, dass die Kernkraft zwar nicht ideal, aber immer noch besser als der Klimawandel sei“, erklärt Stephen Tindale, bis vor drei Jahren Direktor der internationalen Umweltschutzorganisation Greenpeace, der britischen Tageszeitung The Independent.

Lord Chris Smith of Finsbury, Vorsitzender der britischen Umweltschutzbehörde Environment Agency betont, die Abschöpfung erneuerbarer Energiequellen wie Wind, Sonne oder Gezeiten müsse zwar nach wie vor ausgebaut werden; ohne die Kernenergie werde es jedoch sehr viel schwieriger werden, den CO<sub>2</sub>-Ausstoß zu begrenzen.

Diesem Bekenntnis schlossen sich Mark Lynas, ein anerkannter Buchautor, und Chris Goodall von den britischen Grünen an.

Die Position der prominenten Umweltschützer entspricht der Forderung der Union nach sauberer, sicherer und bezahlbarer Energie. Kernenergie ist nicht die Lösung aller Probleme der Zukunft. Aber sie ist ein wichtiger Bestandteil des breiten Energiemixes, der die fossilen Energieträger, wie auch die erneuerbaren Energien einschließt.

In folgenden Ländern sind beispielsweise Neubauten von Kernkraftwerken geplant: Großbritannien, Frankreich, Schweiz, Schweden, Tschechien, Polen, Litauen, Rumänien, Bulgarien, Kanada und USA. Gestern hat auch Italien den Bau eines neuen Kernkraftwerks bis 2020 bestätigt. In Deutschland ist das kein Thema. Es geht darum, die Laufzeiten der Kernkraftwerke, die zu den sichersten der Welt gehören, zu verlängern.

### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 26. 2. 2009**

#### **Finanzdebakel Atomenergie!**

Zum Gewinneinbruch und dem Hilferuf nach Subventionen des Atomkonzerns Areva an die französische Staatsregierung erklärt Hans-Josef Fell, energiepolitischer Sprecher:

Der Gewinneinbruch bei Areva war absehbar, denn Atomkraftwerke sind extrem teuer und unwirtschaftlich. Seit Jahren explodieren die Kosten für den Bau des Druckwasserreaktors (EPR) in Finnland wegen der vielen technischen Probleme. Die vorgebliche Atom-Renaissance erweist sich also schon beim ersten Prestigeobjekt in Finnland als teurer Bluff. Die Kosten des Gemeinschaftsprojekts von Areva und Siemens sind mittlerweile um etwa 1,5 Milliarden Euro gestiegen. Der EPR erweist sich als Milliardengrab und eben nicht als Goldgrube. Dabei werden die angedrohten Strafzahlungen in Milliardenhöhe für die verspätete Inbetriebnahme Areva weiter belasten. Es ist auch zu erwarten, dass sich das finnische Desaster auf die Ergebnisse des deutschen Atomkonzerns Siemens negativ auswirken wird.

Schon in den 80er und 90er Jahren wurde der weltweite Ausbau der Atomenergie jäh gestoppt, weil die Reaktoren viel teurer wurden als ursprünglich geplant. Es ist kein Zufall, dass im vergangenen Jahr weltweit kein einziges neues Atomkraftwerk ans Netz gegangen ist und in den Jahren zuvor mehr Reaktoren abgeschaltet wurden als neue in Betrieb genommen wurden.

Das Desaster in Finnland sollte anderen Regierungen eine Warnung sein. Ob in Italien oder Großbritannien: Neue Atomkraftwerke sind nicht nur unsicher, sie kommen die Verbraucherinnen und Verbraucher teuer zu stehen – beim Bau und erst recht bei der Entsorgung des Mülls.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 27. 2. 2009**

#### **Internet-GAU im BMU Umweltministerium nimmt Umfrage aus dem Internet-Angebot**

Zur Absetzung der Internetumfrage zur Laufzeitverlängerung durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) erklärt die Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Katherina Reiche MdB:

Wenn sich bei einer zugegebenermaßen nicht repräsentativen Internetumfrage des BMU 57 Prozent der Befragten für eine Laufzeitverlängerung der deutschen Kernkraftwerke aussprechen, so ist das noch lange kein Grund, die Befragung abubrechen.



Dennoch hat das BMU, nachdem es sich mit dieser Tatsache konfrontiert sah und es offensichtlich nicht ertragen konnte, dass seine Antikernkraftkampagnen der letzten Monate keine Früchte tragen, das Projekt zu Grabe getragen.

Wer so handelt, der diskreditiert sich selbst. Es bleibt zu hoffen, dass das BMU aus seinem Fehler lernt und in Zukunft wieder mehr informiert, statt einseitig Stimmung zu machen. Sonst heißt die Botschaft, Plebiszit ja bitte, aber nur in unserem Sinne.

### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 9. 3. 2009**

#### **Atomare Abfallpolitik in der Sackgasse – Umweltausschuss des Bundestages muss nach Gorleben**

Zu den Berichten über Laugenzuflüsse in den Salzstock Gorleben erklären Brigitte Pothmer und Sylvia Kottling-Uhl, umweltpolitische Sprecherin:

Wir werden die aktuelle Entwicklung im geplanten Atom-mülllager Gorleben mit einer Anfrage erneut auf die Tagesordnung des Bundestages setzen. Alle Informationen über Mengen, Zusammensetzung und Bearbeitung der im Gorlebener Salzstock eingebrochenen Laugen müssen jetzt auf den Tisch. Nach dem Desaster in der Asse dürfen Meldungen über möglicherweise vergleichbare Gefahrenlagen in Gorleben nicht auf die leichte Schuler genommen werden.

Die Mitteilung, dass dort über hunderttausend Liter Laugen zugeflossen sind, widerlegt alle Versicherungen, dass das Erkundungsbergwerk trocken ist. Jahrzehntlang hat die Atomindustrie mit tatkräftiger Unterstützung ihrer politischen Helfershelfern versucht, die Probleme mit der Endlagerung ihres Mülls zu verschleiern. Die Asse war Versuchsanlage für Gorleben. Dieser Test ist gescheitert und bis heute weiß niemand, wie man mit dem verseuchten Gefahrgut umgehen soll.

Die atomare Abfallpolitik steckt in der Sackgasse. Niedersachsen als Atomklo der Republik versinkt immer tiefer im Sumpf des Gerangels zwischen Land und Bund und in der organisierten Unverantwortlichkeit der großen Koalition. Es wird höchste Zeit, dass sich der Umweltausschuss des Bundestages der Sache annimmt und sich ein Bild von der Lage vor Ort macht. Das werden wir beantragen.

### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 12. 3. 2009**

#### **Atomwirtschaft zeigt erneut ihr raffgeriges Gesicht**

Zur Ablehnung einer Kernbrennstoffsteuer durch Betreiber von Atomanlagen und die Lobbyverbände der Atomwirtschaft erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Ulrich Kelber:

Es bleibt dabei: Die Atomwirtschaft und die damit verbundenen Energiemonopole sind auf das maximale Abkassieren ausgerichtet. Nachhaltigkeit und gesellschaftliche Verantwortung spielen keine Rolle. Aktuelles Beispiel ist die Weigerung der Atomwirtschaft, fuer die Kosten der Sanierung des „Forschungsendlagers“ Asse II im Rahmen der tatsächlichen Verursacherrolle aufzukommen. Das deckt sich mit der durchsichtigen Hintertreibung des vertraglich vereinbarten Atomausstiegs durch strompreistreibende und vermutlich kartellrechtswidrige Massnahmen.

Die Atomwirtschaft zeigt ihr raffgeriges Gesicht, wenn sie sich darauf zurueckzieht, dass der urspruenglich aus Atomkraftwerken stammende radioaktive Muell in Asse II jetzt nur in oeffentlicher Verantwortung liegt, weil sie ihn zu Forschungszwecken abgegeben haetten. Diese Argumentation mag formaljuristisch stimmen, kommt der gesellschaftlichen Verantwortung fuer das eigene Handeln aber in keiner Weise nach. Der Vorschlag von Bundesumweltminister Sigmar Ga-

brüel, eine Kernbrennstoffsteuer einzufuehren, koennte die Steuerzahlerinnen und Steuerzahler von den Folgekosten der Billigentsorgung der Atomwirtschaft entlasten und ist daher dringend notwendig. Zu einer Erhoehung der Strompreise fuehrt diese Kernbrennstoffsteuer uebrigens bekanntlich nicht, sondern schmaelert nur die Gewinne der Atomwirtschaft. Der Strom aus laengst abgeschriebenen und subventionierten Atomkraftwerken wird zu Preisen verkauft, die erhebliche Gewinne bedeuten.

Speziell das Unternehmen RWE muss sich fragen lassen, ob es seine Marktmacht nicht zur Erhoehung der Strompreise und damit seiner eigenen Gewinne missbraucht: Wenn es das Atomkraftwerk Biblis A ohne technischen Zwang einfach vom Netz nimmt, um politische Vorteile fuer den Fall eines bestimmten Ausgangs der Bundestagswahl daraus zu ziehen, verknappt RWE das Stromangebot und setzt damit einen Preisimpuls in Richtung Steigerung. Ich hoffe, dass das Bundeskartellamt diesen Vorgang untersuchen wird. Die Atomwirtschaft fordere ich auf, ihr durchsichtiges Spiel zulasten der Allgemeinheit sofort zu beenden.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 24. 2. 2009**

#### **Schröder verhält sich bigott Rede von Altbundeskanzler Schröder vor der iranischen Handelskammer**

Zur Rede von Altbundeskanzler Schröder vor der iranischen Handelskammer erklärt die Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Katherina Reiche MdB:

Dass Altkanzler Gerhard Schröder, der den Atomausstieg in Deutschland zu verantworten hat, dem Iran die friedliche Nutzung der Kernenergie zugesteht, spricht fuer sich. Diese Position entspricht zwar dem internationalen Recht, zeigt aber auch exemplarisch auf, dass ein deutscher Sonderweg nicht funktionieren wird.

Egal, ob wir am Ausstieg festhalten oder nicht, wir werden weiter von Kernkraftwerken umgeben sein, die auch in unseren Nachbarlaendern stehen und wir werden ueber das europäische Stromnetz weiter Strom aus Kernkraft beziehen. Hinzu kommt, dass der europäische Strommarkt immer weiter liberalisiert wird und es fuer den deutschen Verbraucher bald möglich sein duerfte, reinen französischen oder tschechischen Nuklearstrom zu beziehen.

Mit einer Verlängerung der Laufzeiten unserer Kernkraftwerke koennte es uns zudem gelingen, 2020 ca. 60 Prozent unseres Stroms CO2 frei zu beziehen. Das wäre ein Riesenschritt fuer den Klimaschutz, aber auch fuer die stromintensive Industrie und damit fuer den Industriestandort Deutschland.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 6. 3. 2009**

#### **Gasmarkt gibt Gas Ankündigung von Erdgasnetzbetreibern starkes Signal für den europäischen Binnenmarkt**

Anlässlich der Ankündigung von Erdgasnetzbetreibern, ihre drei Marktgebiete zu verbinden, erklärt der Koordinator fuer Energiepolitik der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Joachim Pfeiffer MdB:

Die Ankündigung der überregionalen Erdgastransportgesellschaften Gasunie Deutschland, ONTRAS - VNG Gastransport, WINGAS TRANSPORT sowie StatoilHydro Deutschland und DONG Energy Pipelines, ihre drei Marktgebiete zu vereinen, ist ein positives Signal fuer mehr Wettbewerb und Liquidität im Erdgasmarkt.

Für die Verbraucher bedeutet dies deutlich mehr Wettbewerb, da sie aus einer wesentlich größeren Zahl an Erdgaslieferanten auswählen können.

Gleichzeitig ist das ein starkes Signal für den europäischen Binnenmarkt. Die Zusammenlegung ermöglicht einen durchgängigen Zugang zu internationalen Netzkopplungspunkten an den Grenzen zu unseren europäischen Nachbarn Polen, Tschechien, Dänemark, den Niederlanden und Belgien. Gleichzeitig wird so ein Beitrag zu mehr Versorgungssicherheit geleistet.

Nun sind die Unternehmen gefordert, nicht zu zögern und die Ankündigung zum nächst möglichen Zeitpunkt, also zum sogenannten Beginn des neuen Gasjahres am 1. Oktober dieses Jahres, umzusetzen. Danach wird es in Deutschland nur noch acht Gasmarktgebiete geben. Das politische Zwischenziel von weniger als zehn Marktgebieten ist damit erreicht.

Wir müssen nun weiter an einer Reduzierung der Gasmarktgebiete arbeiten, um den Wettbewerb noch mehr zu fördern, die Liquidität im Markt weiter zu erhöhen, die Abwicklung von Gastransporten zu erleichtern sowie den Umgang mit Regel- und Ausgleichsenergie rationeller zu gestalten.

Die Große Koalition hat mit ihrem Maßnahmenpaket den Wettbewerb auf dem Energiemarkt in Schwung gebracht. Wir haben eine neue Gasnetzzugangsverordnung verabschiedet, das Wettbewerbsrecht novelliert und das Mess- und Zählerwesen liberalisiert. Das sind entscheidende Schritte hin zu einem freien und wettbewerblichen Energiemarkt. Die Union wird den Weg konsequent weitergehen. Nur so ist eine günstige, saubere und sichere Energieversorgung auf Dauer zu erreichen.

#### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 28. 1. 2009**

##### **Bis 2020 über 50 Prozent Erneuerbare Stromversorgung möglich**

Zu der Prognose des Bundesverbandes Erneuerbare Energie erklärt Hans-Josef Fell, energiepolitischer Sprecher:

Erneuerbare Energien können 2020 schon über die Hälfte des deutschen Strombedarfs decken. Der Bundesverband Erneuerbare Energien geht in seiner konservativ gerechneten Prognose von 47 Prozent Strom aus heimischen Erneuerbaren Energien bis 2020 aus. Berücksichtigt man darüber hinaus noch mögliche Importe etwa von Solarstromkraftwerken in Nordafrika, könnte der Anteil der Erneuerbaren Energien schon 2020 die fünfzig-Prozent-Marke überschreiten.

Eine wichtige Erkenntnis der BEE-Berechnungen: Eine Stromlücke wird es in einem intelligenten Stromnetz nicht geben.

Wenn die Bundesregierung Klimaschutz wirklich ernst nimmt, muss sie das Angebot der Erneuerbaren-Energien-Branche aufgreifen. Investitionen in Erneuerbare Energien, intelligente Netze und Energiespeicher sind Zukunftsinvestitionen und das beste Konjunkturprogramm.

Die Bundes- und Landesregierungen müssen jetzt die Bremsen lösen. Das Energieleitungsausbaugesetz ist auf die Bedürfnisse der Erneuerbaren Energien abzustimmen und die Genehmigungspraxis in den Ländern muss Erneuerbare Energien unterstützen statt zu blockieren.

Wir Grünen stehen voll hinter dem Ausbau der Erneuerbaren Energien. Wir wollen möglichst schon bis 2030 hundert Prozent der Stromerzeugung mit Erneuerbaren Energien erreichen. Wir fordern die Union und die FDP auf, die Laufzeitverlängerungen für Atomkraftwerke aus ihren Wahlprogrammen zu streichen. Ebenso fordern wir die SPD auf, von der klimafeindlichen Kohle abzurücken und sich künftig eindeutig hinter die Erneuerbaren Energien zu stellen. Die Erneuerbaren Energien sind in der Lage, die Stromversorgung ohne neue Kohlekraftwerke und ohne Laufzeitverlängerungen für Atomkraftwerke zu sichern.

#### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 24. 2. 2009**

##### **Vattenfall will ökologische Konkurrenz durch Nuon beenden**

Zum Übernahmeangebot Vattenfalls an den niederländischen Stromversorger Nuon erklären Dr. Thea Dückert, parlamentarische Geschäftsführerin, und Hans-Josef Fell, Sprecher für Energiepolitik:

Auf Grund der Übernahme der Stromsparte des Energieversorgers Nuon durch den Vattenfall Konzern verlieren die Verbraucherinnen und Verbraucher in Berlin und Hamburg eine wichtige ökologische Alternative zu den vier großen deutschen Energieversorgern. Auf den lokalen Märkten der Großstädte ist Nuon der wichtigste unabhängige Wettbewerber der deutschen Energieriesen.

Nuon war Auffangbecken für unzufriedene Vattenfallkunden, diese beziehen ihren Strom jetzt wieder ungewollt vom Konzern, der in der Vergangenheit besonders durch seine intransparente Informationspolitik bei Störungen in Atomkraftwerken auffiel. Durch die Übernahme wolle Vattenfall angeblich das niederländische Know-how im Bereich der erneuerbaren Energien nutzen und den Umbau in einen klimaneutralen Betrieb bis 2050 umsetzen. Es ist eher zu befürchten, dass Vattenfall seine antiökologischen Interessen unter Ausschaltung des atom- und kohlestromfreien Konkurrenten Nuon verfolgt.

Verlorenes Vertrauen kann man aber nicht zurückkaufen. Die Fokussierung von Nuon auf die erneuerbaren Energien muss erhalten bleiben, am besten in dem Nuon eigenständig bleibt. Vattenfall darf seine größere Marktstellung in Berlin und Hamburg nicht zu Lasten des Verbrauchers und des Klimaschutzes missbrauchen. Der Konzern muss eine grundlegende Wende weg von Kohle und Atom, hin zu einer umweltverträglichen Energieerzeugung und hin zu fairen Preisen machen. Ein erstes Zeichen wäre der Verzicht auf den Bau des Kohlekraftwerkes in Moorburg sowie der Verzicht auf die Wiederinbetriebnahme des veralteten Atomkraftwerkes Brunsbüttel.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 3. 2. 2009**

##### **Union fordert Energiepolitik aus einem Guss Alle relevanten energiepolitischen Entscheidungskompetenzen der Ministerien in einer Hand bündeln**

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion fordert, in der nächsten Legislaturperiode alle energiepolitischen Kompetenzen in einer Hand zu bündeln. Dies soll Teil des Wahlprogramms werden. Dazu erklärt der Koordinator für Energiepolitik, Dr. Joachim Pfeiffer MdB:

Energie ist die Grundlage unseres Wohlstands. Eine günstige und zuverlässige Energieversorgung auch in Zukunft sicherzustellen, ist angesichts von Ressourcenverknappung und Klimawandel eine der großen politischen Herausforderungen.

Als rohstoffarmes Land muss sich Deutschland diesen Herausforderungen in besonderer Weise stellen. Wollen wir dies langfristig mit Erfolg tun, dann ist eine Energiepolitik aus einem Guss und damit die Bündelung der Kompetenzen in einer Hand zwingend erforderlich; die derzeitige institutionelle Zersplitterung der Energiepolitik muss überwunden werden.

Für uns als Union sprechen vor allem zwei zentrale Gründe für die institutionelle Neugestaltung der Energiepolitik:

Zum einen wird die Europäische Union im Energiebereich immer bedeutender. Nach Innen wird das bereits an dem einheitlichen Emissionshandelssystem und dem zusammenwachsenden europäischen Binnenmarkt deutlich. In den Außenbeziehungen der EU sind Fragen des Rohstoffzugangs und -transports schon heute zentraler Bestandteil der politischen Agenda.

Zum anderen führt die institutionelle Zersplitterung der Energiepolitik oft zu einer unabgestimmten, wenig kohärenten und widersprüchlichen Gesetzgebung. Energiepolitische Kernkompetenzen sind auf elf Ministerien verteilt.

Um diese Herausforderungen meistern zu können, fordert die Union einen integrierten und effektiveren Politikansatz, der alle relevanten energiepolitischen Entscheidungskompetenzen der Ministerien in einer Hand bündelt.

Zielführende Wege sind dabei entweder die Zusammenfassung der energiepolitischen Kompetenzen im heutigen Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie – welches dann Bundesministerium für Wirtschaft und Energie heißen müsste – oder die Einrichtung eines Energieministeriums. Dies wird dazu führen, dass Transparenz und Kohärenz steigen und eine Energiepolitik aus einem Guss erfolgt.

#### **KfW-Newsletter vom 25. 2. 2009**

##### **Bundesumweltministerium, KfW Bankengruppe und Münchener Rück fördern Geothermie-Tiefenbohrungen in Deutschland**

Das Bundesumweltministerium, die KfW Bankengruppe und die Münchener Rück starten ab sofort ein neues Kreditprogramm für den Ausbau der Geothermie in Deutschland: Sie stellen gemeinsam 60 Mio. EUR zur Finanzierung von geothermischen Tiefenbohrungen zur Verfügung. Mit diesem Programm wird insbesondere das Fündigkeitsrisiko der Projekte gemindert.

Die hohen Bohrkosten sind wegen des Risikos, in der Tiefe nicht fündig zu werden, das größte Investitionshemmnis für Tiefengeothermie-Projekte. Die kommerzielle Nutzung der Tiefen-Erdwärme für die Wärme- und/oder Stromgewinnung hängt entscheidend davon ab, dass im Untergrund ausreichende Mengen an genügend heißem Wasser vorgefunden werden. Investitionen von oft mehr als 10 Mio. EUR stehen pro Projekt im Risiko. Mit dem Förderinstrument von BMU, KfW und Münchener Rück soll nun das so genannte Fündigkeitsrisiko für Investoren deutlich verringert werden.

Im Einzelnen ist geplant, dass die KfW Darlehen für Tiefengeothermiebohrungen über Geschäftsbanken gewährt. Es werden maximal bis zu 80% der förderfähigen Kosten finanziert. Wird die Nicht-Fündigkeit festgestellt, wird der Investor ab diesem Zeitpunkt von der Rückzahlung des Restdarlehens freigestellt. Das Fündigkeitsrisiko der jeweiligen Tiefengeothermieprojekte und damit die Förderwürdigkeit wird im Vorfeld der Darlehensvergabe überprüft.

Die Förderdarlehen enthalten neben den üblichen Darlehenszinsen einen „Risikoaufschlag“ für das Fündigkeitsrisiko. Zusätzlich fallen einmalige Gebühren bei Antragstellung und Abschluss des Darlehensvertrages an. Im Gegenzug erhält der Investor eine sachkundige Überprüfung sowie Begleitung seines Tiefengeothermieprojektes vor und während der Bohrphase.

„Die Tiefengeothermie bietet große Chancen für eine klimafreundliche und wirtschaftliche Energieversorgung. Mit einer stärkeren Förderung von Geothermieanlagen im Marktanzreizprogramm und der seit dem 1. Januar geltenden EEG-Novelle haben wir die Rahmenbedingungen für diese Technologie nochmals verbessert. Das neue Kreditprogramm sorgt dafür, dass die Risiken für Anlagenbetreiber weiter verringert werden. Die Kooperation ist im Übrigen ein gutes Beispiel dafür, wie Politik und Unternehmen beim Klimaschutz angesichts der großen wirtschaftlichen Chancen auch in Zeiten der Finanzkrise an einem Strang ziehen können“, sagte Bundesumweltminister Sigmar Gabriel.

„Die KfW Bankengruppe ist dem Grundsatz der Nachhaltigkeit verpflichtet. Die Erschließung der heimischen erneuerbaren Energiequelle Tiefengeothermie ist aus Gründen des Klimaschutzes und einer nachhaltigen Energieversorgung wichtig und stellt einen weiteren bedeutenden Baustein im Kanon un-

serer breit gefächerten in- und ausländischen Förderaktivitäten für den Klimaschutz dar“, sagte Wolfgang Kroh, Mitglied des Vorstands der KfW Bankengruppe.

Thomas Blunck, Vorstandsmitglied der Münchener Rück: „Die Zusammenarbeit ist als Anschlag gedacht, um die Finanzierung von Projekten im Bereich der erneuerbaren Energien zu erleichtern. Wir sehen den Klimawandel nicht nur als Risiko, sondern auch als große Chance, da bei konsequentem Klimaschutz neue Technologien wie etwa die Energieerzeugung aus erneuerbaren Ressourcen enorme Wachstumspotenziale haben. Mit unserer Expertise als Risikoträger können wir wesentlich dazu beitragen, die vielfach sehr speziellen Unsicherheitsfaktoren abzumildern - so auch in diesem Fall durch unsere Erfahrungen im Bereich der Fündigkeitsversicherung für Tiefengeothermiebohrungen. Dabei kommt der Überprüfung des Fündigkeitsrisikos durch die Münchener Rück im Vorfeld der Vergabe der Förderdarlehen eine wesentliche Bedeutung zu. Denn die Anzahl der förderbaren Geothermieprojekte hängt entscheidend davon ab, wie erfolgreich diese sind.“

Die Erdwärme bietet ein nach menschlichem Ermessen unerschöpfliches Energiereservoir. In Deutschland gelten das Molassebecken südlich von München, der Oberrheingraben und die norddeutsche Tiefebene als besonders geeignete Regionen für Tiefengeothermieprojekte. Das bislang größte Geothermiekraftwerk in Deutschland mit einer Strom- und Wärmeleistung von 38 Megawatt wurde - ebenfalls mit Unterstützung der öffentlichen Hand - in Unterhaching bei München errichtet. Die Münchener Rück beteiligte sich an dem Projekt damals mit der ersten Fündigkeitsversicherung überhaupt.

Weitere Informationen erhalten interessierte Investoren unter [www.kfw-foerderbank.de](http://www.kfw-foerderbank.de) oder über das Infocenter der KfW Förderbank unter der Telefonnummer 01801 / 33 55 77.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 27. 1. 2009**

##### **ARD-Ausstieg – Akt der Respektlosigkeit Vorzeitige Beendigung der Übertragung der Gedenkveranstaltung des Deutschen Bundestages für die Opfer des Nationalsozialismus**

Anlässlich der vorzeitigen Beendigung der Übertragung der Gedenkveranstaltung des Deutschen Bundestages für die Opfer des Nationalsozialismus erklärt der kultur- und medienpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Wolfgang Bönnsen (Bönstrup) MdB:

Der Ausstieg der ARD aus der Live-Übertragung der nationalen Gedenkstunde des Deutschen Bundestages ist ein Akt der Respektlosigkeit gegenüber den Opfern des Nationalsozialismus und ihren Hinterbliebenen. Es ist aber gleichzeitig eine Brückierung unseres Staatsoberhauptes, Bundespräsident Professor Horst Köhler.

Was hat die Verantwortlichen des größten deutschen Senders bloß veranlasst, sich pünktlich um 12.00 Uhr aus dem Bundestag auszublenden, die Übertragung der Gedenkstunde des Bundespräsidenten abzubrechen und stattdessen Börsennachrichten zu senden?

Tausenden von Bürgern unserer Republik ist dieser Gedenktag ein persönliches Anliegen. Hunderte von Schulklassen beschäftigen sich gerade in dieser Stunde mit der Auschwitz-Thematik. Sie alle wurden durch dieses Verfahren vor den Kopf gestoßen.

Auch wenn der Spartenkanal Phoenix weiter gesendet hat, ersetzt diese Ersatzhandlung nicht die moralische Verpflichtung der ARD, sich dieser Thematik an einem solchen besonderen Tag anzunehmen. Bei Fußballspielen oder dem Musikantenstadel würden sich die Senderverantwortlichen ein solches Vorgehen zweimal überlegen.

**Hinw. d. Red.:** Die Datei der Gedenkrede des Bundespräsidenten kann über die Homepage der Bundesregierung aufgerufen oder bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) in einer Übergangszeit kostenfrei angefordert werden.

### **SPD-Bundestagsfraktion**

**Pressemitteilung vom 28. 1. 2009**

#### **Dialog mit Zentralrat der Juden intensivieren**

Anlaesslich des Gedenkens fuer die Opfer des Nationalsozialismus erkluert der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Fritz Rudolf Koerper:

Es ist bedauerlich, dass die Deutschen juedischen Glaubens nicht an der Gedenkfeier im Deutschen Bundestag fuer die Opfer des Nationalsozialismus am 27. Januar teilgenommen haben.

Das wieder erstandene juedische Leben in Deutschland ist von grosser Bedeutung und hat fuer die gesamte Gesellschaft eine hohe Bedeutung. Ich bin mir sicher, damit die Einschaeetzung der Mitglieder des Deutschen Bundestages wiederzugeben.

Der Zentralrat der Juden in Deutschland hat sein Fernbleiben mit wachsendem Antisemitismus begruetet und damit, dass seine Vertreter in den vergangenen Jahren nicht begruesst worden waren. Der damalige Praesident des Zentralrates der Juden, Paul Spiegel, wurde im Jahre 2005 ausdruerklich von Bundes[tags]praesident Wolfgang Thierse begruesst.

Das Fernbleiben des Zentralrates sollte uns allen zu denken geben. Der Dialog mit dem Zentralrat der Juden in Deutschland hat einen sehr hohen Rang. Das gilt immer und muss deshalb auch symbolisch klargestellt bleiben, insbesondere bei der jaehrlichen Gedenkfeier am 27. Januar. Gemeinsam und sichtbar muessen wir uns damit auch jeglichem Aufflackern von Antisemitismus und Rassismus entgegenstellen.

### **SPD-Bundestagsfraktion**

**Pressemitteilung vom 12. 2. 2009**

#### **SPD schafft Sicherheit fuer Pendler - Erneute Trickereien bei Pendlerpauschale**

Zur Initiative von SPD-Finanzminister Peer Steinbrueck, Rechtssicherheit bei der Pendlerpauschale zu schaffen, erkluert der stellvertretende finanzpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Florian Pronold:

Die Initiative von Peer Steinbrueck, sofort Rechtssicherheit fuer Pendlerinnen und Pendler zu schaffen, ist die richtige Antwort auf die erneuten CSU-Trickereien. Sie schafft Klarheit fuer die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Bei keinem anderen Thema beluegt Seehofer die Menschen so, wie bei der Pendlerpauschale. Erst waren Seehofer und Co. die Totengraeber der alten Pendlerpauschale, dann spielten sie die Voodoo-Priester, um sie wieder zum Leben zu erwecken. Kaum hat das Bundesverfassungsgericht dies erledigt, fuehrt die CSU die Menschen wieder hinters Licht.

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts weigerten sich die Finanzpolitiker der CDU/CSU, ein Gesetz zu verabschieden, das die Rueckkehr zur alten Pendlerpauschale fuer die Vergangenheit festschrieb. Deshalb muessen nun alle Steuerbescheide, mit denen die Pendlerpauschale rueckwirkend ausbezahlt wird, als vorlaeufig ergehen. Das verunsicherte viele Betroffene.

Sofort agierte Seehofer nach dem alten CSU-Motto „Erst Brandstifter, dann Feuerwehrmann.“ Mit einer Bundesratsinitiative wollte er das Problem loesen, das seine CSU-Finanzpolitiker in Berlin angezettelt hatten. Doch auch das waren nur Lippenbekenntnisse, denn diese Woche lehnten die Finanzpo-

litiker von CDU/CSU erneut den SPD-Vorschlag ab, sofort Rechtssicherheit herzustellen. Deshalb: Nicht an den Worten, an den Taten sollt ihr die CSU erkennen.

Gut, dass Bundesfinanzminister Steinbrueck das CSU-Doppelspiel jetzt mit einer eigenen Gesetzesinitiative durchkreuzt.

### **SPD-Bundestagsfraktion**

**Pressemitteilung vom 4. 3. 2009**

#### **SPD beschliesst Gesetz zur Wiedereinfuehrung der alten Entfernungspauschale**

Zum Beschluss der SPD-Bundestagsfraktion ueber ein Gesetz zur Wiedereinfuehrung der alten Entfernungspauschale erkluern der zustaendige Berichterstatter Florian Pronold und der finanzpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Hans-Ulrich Krueger:

Die SPD hat die Einbringung eines Gesetzes zur Wiedereinfuehrung der alten Entfernungspauschale beschlossen. Damit wird endgueltige Rechtssicherheit fuer die Berufspendler geschaffen.

Nach dem Gesetzentwurf kann die alte Pauschale von 30 Cent pro Entfernungskilometer ab dem 1. Januar 2007 wieder fuer den gesamten Weg zwischen Wohnort und Arbeitsstaette geltend gemacht werden. Darueber hinaus werden auch hoehere Aufwendungen fuer oeffentliche Verkehrsmittel beruecksichtigt.

Der beharrliche Einsatz der SPD fuer eine gesetzliche Regelung hat sich damit gelohnt. Auch die Union hat schliesslich eingesehen, dass nur durch die rasche Verabschiedung eines Gesetzes wirkliche Klarheit hergestellt werden kann. Der Gesetzentwurf soll deshalb zuegig beraten werden. Bei einer konstruktiven Zusammenarbeit aller Beteiligten kann das Gesetzgebungsverfahren bereits Anfang April erfolgreich abgeschlossen werden.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion**

**Pressemitteilung vom 4. 3. 2009**

#### **Fuehrerschein-Ausnahmeregelung fuer Feuerwehren kommt Vereinfachte Fuehrerscheinausbildung wird ermoglicht**

Zur Ankueundigung einer Ausnahmeregelung fuer Fuehrerscheine durch das Bundesministerium fuer Verkehr, Bau und Stadtentwicklung erkluern der stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Friedrich MdB, und der verkehrspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dirk Fischer MdB:

Wo ein Wille ist, da ist auch ein Weg! Diese Weisheit hat sich bei dem monatelangen Bemuehen um eine Ausnahmeregelung fuer den Fuehrerschein bewaehret.

Nach monatelangem Draengen der CDU/CSU-Bundestagsfraktion hat sich das Bundesverkehrsministerium dazu bereit erkluert, eine vereinfachte Fuehrerscheinausbildung mit Pruefung zu ermoglichen. Diese Vorschriften sind innerhalb des EU-Rechts moeglich.

Nach geltendem europaeischen Recht duerfen Fuehrerscheininhaber des Fuehrerscheins der Klasse B (ehemals Klasse 3), die nach 1999 erworben wurden, nur noch Fahrzeuge bis 3,5 Tonnen fahren. Sie scheiden damit fuer die Fuehrung von Feuerwehrfahrzeugen aus. Diese Einschraenkung gefaehrdet die dauerhafte und flaechendeckende Einsatzbereitschaft der Freiwilligen Feuerwehren! Daher hat sich die Unionsfraktion beim Bundesverkehrsministerium intensiv daefuer eingesetzt, eine angemessene Loesung fuer dieses Problem zu erarbeiten.

Die Kosten fuer die jetzt vorgeschlagene Fuehrerscheinausbildung sollen deutlich geringer sein, als die Kosten fuer die Fuehrerscheine der Klasse C1 fuer Fahrzeuge bis zu 7,5 t bzw. der Klasse C fuer Fahrzeuge ueber 7,5 t Gesamtgewicht.

Wichtig ist, dass die Bürokraten diesen neuen Feuerwehrführerschein nicht mit unnötigen Anforderungen belasten und erschweren.

### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 5. 3. 2009**

#### **Fuehrerschein-Ausnahmeregelung fuer Feuerwehren kommt**

Anlaesslich der Ankuendigung von Bundesminister Tiefensee, eine Fuehrerschein-Ausnahmeregelung fuer Feuerwehren zu schaffen, erklaert die zustaendige Berichterstatterin der SPD-Bundestagsfraktion Heidi Wright:

Die Ankuendigung von Bundesverkehrsminister Wolfgang Tiefensee, eine Fuehrerschein-Ausnahmeregelung fuer Feuerwehrfahrzeuge bis zu 4,25 Tonnen zu schaffen, beweist die Entschlossenheit der Bundesregierung, das Problem des mangelnden Fahrernachwuchses bei der Freiwilligen Feuerwehr schnellstmoeglich zu loesen. Beim gestrigen 4. Berliner Abend der deutschen Feuerwehren ging Verkehrsminister Tiefensee noch einen Schritt weiter auf die Vertreter der Feuerwehr zu und lud zu einem Runden Tisch am 23. Maerz 2009, um weitere Unterstuetzungsmoeglichkeiten fuer den Erwerb der erforderlichen Fahrerlaubnis auszuloten.

Durch eine Aenderung der Fahrerlaubnis-Verordnung (FeV) im Rahmen des EG-Rechts will das Verkehrsministerium die gesetzlichen Voraussetzungen dafuer schaffen, dass Ehrenamtliche zukuenftig unter vereinfachten Bedingungen neben ihrer Fahrerlaubnisklasse B durch eine spezifische Zusatzausbildung und Pruefung auch den Fuehrerschein fuer Einsatzfahrzeuge bis 4,25 Tonnen erlangen koennen. Die Pruefung soll die Verkehrssicherheit bei den Einsaetzen voll gewaehrleisten. Die Kosten des Fuehrerscheins sollen auf ein Drittel reduziert werden; bislang kostet der Erwerb des Fuehrerscheins der Klasse C 1 rund 3.000 Euro. Dies ist eine sehr praktikable und verantwortungsvolle Loesung.

Mit der Ueberleitung der EU-Richtlinie von 1991 ueber den Fuehrerschein in deutsches Recht zum 1. Januar 1999 waren das Fahrerlaubnisrecht und insbesondere die Fahrerlaubnisklassen neu zu regeln. Dies hatte Auswirkungen auf das Fuehren von Fahrzeugen von Rettungs- und Hilfsorganisationen, zum Beispiel auch der Feuerwehr. Danach koennen mit einer Fahrerlaubnis der Klasse B (Pkw) Kraftfahrzeuge bis zu einer zulassigen Gesamtmasse von 3,5 Tonnen gefahren werden, zwischen 3,5 Tonnen und 7,5 Tonnen ist eine Fahrerlaubnis der Klasse C 1 erforderlich. Das deutsche Fahrerlaubnisrecht kann sich daher nur in dem vom EG-Recht vorgegebenen Rahmen bewegen.

### **FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation vom 17. 2. 2009**

#### **Gluehlampenverbot entmuendigt EU-Buerger**

Zur heutigen Entscheidung des Umweltausschusses des Europäischen Parlaments, keinen Widerspruch gegen das Verbot von Gluehlampen einzulegen, erklaert die Sprecherin fuer Energiepolitik und Welthandelsfragen der FDP-Bundestagsfraktion Gudrun Kopp:

Dem fuer unmuendig erklarten EU-Buerger sollte beim Gluehlampen-Verbot ein Licht aufgehen: Nicht EU-Verbote, sondern Produktinformationen sind wichtig fuer die selbstbestimmte Kaufentscheidung der Kunden in Europa. Mit solchen unsinnigen Verboten steigt lediglich der Frust der europäischen Wähler gegenüber den EU-Parlamentariern.

Studienergebnisse ueber das Verbraucherverhalten belegen inzwischen, dass Nutzer von Energiesparlampen diese laenger eingeschaltet lassen, um die Lebensdauer der Lampen zu erhalten. So wirkt ihr angeblicher Nutzen sogar kontraproduktiv im Hinblick auf das angestrebte CO<sub>2</sub>- und Energieeinsparziel.

Vollig ungeklaert ist auch, wie die Entsorgung der quecksilberhaltigen Energiesparlampen angesichts der vielfach fehlenden Recycling-Infrastruktur und notwendigen Beratungsdienstleistungen von den einzelnen Mitgliedsstaaten organisiert und finanziert werden soll.

Statt durch Produktverbote im Namen einer angeblichen Energieeffizienz sollten sich neue Technologien durch einen ueberzeugenden Nutzen fuer den Verbraucher am Markt durchsetzen.

### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 12. 3. 2009**

#### **Abwrackpraemie muss fuer Hartz-IV-Bezieher anrechnungsfrei sein**

Zur Ablehnung der Anrechnungsfreiheit der Abwrackpraemie fuer Hartz-IV-Bezieher durch die Unionsfraktion erklaert die arbeits- und sozialpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Andrea Nahles:

Wieder einmal blockiert die Unionsfraktion eine wichtige und gerechte arbeitsmarktpolitische Massnahme.

Die SPD-Bundestagsfraktion haelt daran fest, dass die Abwrackpraemie auch Beziehern von Arbeitslosengeld II anrechnungsfrei zugutekommen muss. Wir wollen eine entsprechende Klarstellung im Gesetz.

Die Abwrackpraemie bezweckt und foerdert mit grossem Erfolg den Absatz von PKWs. Sie kommt zielgerichtet allen zugute, die ein neues Auto anschaffen und ein altes verschrotten. Ein Grund, ausgerechnet Bezieher von Arbeitslosengeld II davon auszuschliessen, ist nicht zu erkennen.

Wir erwarten von diesen Menschen, dass sie durch Arbeit ihren Lebensunterhalt selbst sichern. Gerade in laendlichen Raeumen, wo es keinen ausreichenden oeffentlichen Nahverkehr gibt, brauchen Arbeitnehmer ein Auto. Besonders fuer Familien kann ein eigenes Fahrzeug unverzichtbar sein.

Es moegen nicht viele sein, fuer die die Anschaffung eines Neuwagens moeglich ist. Aber es ist schlicht eine Frage der Gerechtigkeit, ob Bezieher von Arbeitslosengeld II das bekommen, was auch leitende Angestellte in Anspruch nehmen.

Um sicherzustellen, dass niemand, auch Bezieher von Arbeitslosengeld II nicht von der Abwrackpraemie ausgeschlossen sind, benoetigen wir eine Gesetzesaenderung. Dies hat das Bundesarbeitsministerium eindeutig festgestellt.

Ich fordere den Koalitionspartner auf, diese Gesetzesaenderung nicht zu blockieren. Dort, wo gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist, muessen wir auch handlungsfahig bleiben.

## *Dokumentation, Analyse, Entwicklung*

# **GUT**

### **Gewerbemiete und Teileigentum**

Sonderpreise fuer zurueckliegende Jahrgaenge auf Anfrage  
im Direktbezug vom Prewest Verlag

**Download Hefte Nrn. 1-46 und Register**

kostenlos bei Besuch unserer Homepage moeglich.

[www.gut-netzwerk.de](http://www.gut-netzwerk.de)

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn, Fax: 02 28 / 47 09 54  
[www.prewest.de](http://www.prewest.de) [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)

## SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 23. 1. 2009

### SPD draengt Ilse Aigner zu effizienterem Mitteleinsatz zur Unterstuetzung der deutschen Milchbauern

Anlaesslich der Diskussion um die Wiedereinfuehrung der Exportsubventionen fuer Milchprodukte erklaeeren der stellvertretende agrarpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Wilhelm Priesmeier und der entwicklungspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Sascha Raabe:

Die geplanten Exportsubventionen fuer Milchprodukte werden weder den Milchpreis stuetzen noch die dramatische Situation der Milchviehhalter spuerbar verbessern. Gleichzeitig werden sie unmittelbar negativ auf Maerkte in den Entwicklungslaendern wirken. Mit fatalen Folgen fuer deren Milcherzeugung. Die Existenz von Kleinbauern wird hierdurch auf das Hoechste gefaehrdet. Angesichts des derzeitigen niedrigen Milchpreinsniveaus ist eine Unterstuetzung der heimischen Milchbauern zwar dringend erforderlich; Exportsubventionen sind jedoch der falsche Weg.

Der Grund fuer den extremen Milchpreisverfall liegt zum einen im drastischen Nachfrageeinbruch auf dem Weltmarkt. Zusaetzlich verteuern erhebliche Waehrungsdifferenzen die europaeischen Milchprodukte im Handel mit wichtigen Exportlaendern. Exportsubventionen werden beides nicht aendern. Dort, wo es keinen Markt gibt, kann man sich auch nicht einkaufen. Die SPD lehnt daher die geplanten Exportsubventionen ab.

Bei diesem Thema kann sich Bundeslandwirtschaftsministerin Ilse Aigner nicht ueber mehrere verbindliche Bundestagsbeschluesse in dieser Legislaturperiode hinwegsetzen, in denen ebenfalls ein Ende der Agrarsubventionen gefordert wird.

Auch muss sie die Kritik der Agrarminister afrikanischer Laender ernst nehmen. Diese hatten anlaesslich des ersten Berliner Agrarministertreffens von der EU den vollstaendigen Abbau aller handelsverzerrenden Exportsubventionen gefordert. Ansonsten bestehe die Gefahr, dass weitere Millionen von Landwirten und deren Familien in den Schwellen- und Entwicklungslaendern in die Armut geraten.

Ministerin Aigner betont, dass die Industrielaender eine Verantwortung fuer die Welt haetten und neue Strategien eine vernuenftige und nachhaltige Bodenbewirtschaftung sichern sollen. Diesen Einsichten muessen nun Taten folgen. In Bruessel muss sich Ministerin Aigner daher fuer Unterstuetzungsleistungen einsetzen, die nicht zu Marktverzerrungen in Entwicklungslaendern fuehren und die wirklich bei den deutschen Milchbauern ankommen. Denkbar waere hier eine Aufstockung der Investitionsbeihilfen fuer Milchviehbetriebe.

Aber auch die Unternehmen der Milchwirtschaft muessen ihre Anstrengungen verstaerken und zuegig die erforderlichen Konsolidierungsprozesse einleiten. Zukuenftig werden nur gut aufgestellte und leistungsfaeihige Milchverarbeiter neue Produktideen umsetzen und damit Maerkte erfolgreich bedienen koennen.

## CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 27. 1. 2009

### Ausfuhrerstattungen fuer Milch richtig und wichtig Waehrungsdisparitaeten ausgleichen und Wegbrechen eines ganzen Produktionszweiges verhindern

Zur anhaltenden Diskussion ueber die von der EU-Kommission in Aussicht gestellten Ausfuhrerstattungen fuer Milch erklaeeren der stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Wolfgang Zoeller MdB und der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB:

Falsche Behauptungen werden nicht wahrer, je oeffter man sie wiederholt. Der immer wieder von bestimmten Interessengruppen und zuletzt auch vom Koalitionspartner wiederholte Vorwurf, die von der EU-Kommission in Aussicht gestellten Ausfuhrerstattungen fuer Milch wuerden die Existenz von Kleinbauern in Entwicklungslaendern gefaehrdet, entbehrt jeder Grundlage. Man muss sich nur die Entwicklung der Erstattungen der letzten Jahre vor Augen fuehren: alleine zwischen 2005 und 2008 wurden sie um 97 Prozent zurueckgefahren.

In der aktuell schwierigen Situation im Milchsektor gilt es, unsere Bauern zu unterstuetzen und alle Maessnahmen zu nutzen, die uns nach geltenden WTO-Regeln zur Verfuegung stehen, also auch die Intervention oder die Gewaehrung von Ausfuhrerstattungen. Wir sagen klar, dass dies fuer uns Mittel zweiter Wahl sind. Aber als Element eines Sicherheitsnetzes bei extremen Marktstoerungen sind Exporterstattungen notwendig, um Waehrungsdisparitaeten auszugleichen und das Wegbrechen eines ganzen Produktionszweiges zu verhindern. Wir sind uns auch der moeglichen negativen Auswirkungen auf Milchviehbetriebe in Entwicklungslaendern bewusst und werden deren besondere Lage bei der Umsetzung beruecksichtigen.

Es ist interessant, dass der Koalitionspartner im Konjunkturpaket sehr schnell Geld fuer einzelne Branchen einfordert, bei der Nutzung moeglicher und rechtlich zuessaessiger Maessnahmen im Milchbereich aber ploetzlich Skrupel bekommt.

Die Union steht weiter zum Ziel, im Zuge einer Gesamteinigung bei den WTO-Verhandlungen bis Ende 2013 alle Formen

## Impressum

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

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

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 5/2009.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Strae 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](mailto:kontakt@kluth-dtp.de), Internet: [www.kluth-dtp.de](http://www.kluth-dtp.de)

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Strae 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](mailto: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 Abonnementzeitraumes. Auslandsabonnement: 174,80 € (inkl. Versand und ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkueendigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres.

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

Die mit Namen gekennzeichneten Beitrage geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder. Beitrage und Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts uebertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken und zur Digitalisierung sowie das Recht weiterer Vervielfaeltigung und Verarbeitug zu gewerblichen Zwecken.

Die persoenlichen Beitrage werden nur unter der Voraussetzung angenommen, dass sie keiner weiteren Stelle zur Veroeffentlichung angeboten werden. Nach Ablauf von zwei Jahren seit Veroeffentlichung kann der Autor anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung fuer Printmedien erteilen, ein Honorar hieraus steht dem Autor zu. Die Abdruckgenehmigung ist auch dem Verlag mitzuteilen.

Fuer unaufgefordert eingesandte Manuskripte wird keine Haftung uebernommen. Sie werden nur auf Anforderung des Einsenders, die spaetestens bis zum Ablauf von 6 Monaten schriftlich beim Herausgeber eingegangen sein muss, auf Kosten und Gefahr des Einsenders zurueckgesandt. Nachdruck, fotomechanische Wiedergabe, Mikroverfilmung und Aufnahme in Datenbanken, aehnliche Einrichtungen und auf Datentraeger aller nicht amtlichen, geschuetzten Werke sind nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet.

Anschriftenaenderungen und Umbestellungen koennen nur beruecksichtigt werden, wenn sie dem Verlag unmittelbar mitgeteilt werden. Allein Adressummeldung oder Nachsendeantrag bei der Post sind seit 1. 7. 2005 nicht ausreichend. Nicht eingegangene Exemplare koennen nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

handelsverzerrender Exportsubventionen abzuschaffen. Darunter fallen neben den von der EU angewandten Ausfuhrerstattungen auch Exportkredite, die vor allem von den USA genutzt werden. Exportmonopole, wie sie in Kanada oder Australien bestehen sowie die systematische Beseitigung von Überschüssen als Nahrungsmittelhilfe außerhalb humanitärer Notlagen.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 21. 1. 2009**

#### **Heimische Produktion setzt international Standards Unser Ziel ist es, eine flächendeckende Landbewirtschaftung in Deutschland zu erhalten**

Anlässlich des traditionellen Rundgangs der AG Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz auf der Internationalen Grünen Woche erklären der stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Wolfgang Zöller MdB und der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB:

Die Union steht auf Seiten der Land-, Agrar- und Ernährungswirtschaft. Wir halten Kurs in der Agrar- und Ernährungspolitik. UBG und Waldgesetz sind mit uns nur zu machen, wenn damit keine weiteren bürokratischen Belastungen für die Landwirtschaft verbunden sind.

Besonders im Milchmarkt haben wir uns klar positioniert: Die Quotenregelung wird 2015 auslaufen. Die nächsten Jahre müssen dazu genutzt werden, den Quotenausstieg zu begleiten und die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Milchbauern und der Milchwirtschaft zu verbessern, auch mit den Mitteln aus der im Rahmen des Health Check vereinbarten höheren Modulation.

Darüber hinaus müssen wir alle Maßnahmen nutzen, die uns nach den geltenden Regeln der WTO zur Verfügung stehen, wie z. B. die Intervention oder die Gewährung von Ausfuhrerstattungen. Wir sagen klar, dass dies für uns Mittel zweiter Wahl sind. Aber als Element eines Sicherheitsnetzes bei extremen Marktstörungen sind Exporterstattungen aktuell notwendig, um Währungsdisparitäten auszugleichen und das Wegbrechen eines ganzen Produktionszweiges zu verhindern. Befürchtungen, dass diese Maßnahmen zulasten von Bauern in Entwicklungsländern gehen, werden sich nicht bewahrheiten.

Unser Ziel ist es, eine flächendeckende Landbewirtschaftung in Deutschland zu erhalten.

Dies sichert lebenswerte ländliche Räume und ein vielfältiges Angebot regionaler Spezialitäten. Nur wenn wir die Produktion von Nahrungsmitteln durch die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit im Land behalten, können wir international unsere hohen Standards in Tierschutz oder Umweltschutz einfordern und durchsetzen. Wir lassen es nicht zu, dass unsere hohen Produktionsstandards von Interessengruppen, die damit ihr Geschäft betreiben, mies gemacht werden.

In der aktuellen Diskussion um die Stabilisierung der Agrarkonjunktur setzt die Union auf mittel- und langfristig wirksame Maßnahmen. Dazu gehört die Einführung einer Risikoausgleichsrücklage, um große Preis- und Ertragsschwankungen leichter auszugleichen. Darüber hinaus setzen wir uns für zusätzliche Mittel in der Gemeinschaftsaufgabe Agrarstruktur und Küstenschutz (GAK) ein, um einzelbetriebliche Investitionen zu fördern und den in einigen Regionen vorhandenen Investitionsstau aufzulösen. Nicht populistische Forderungen sind das Gebot der Stunde, sondern eine ernsthafte Prüfung von Möglichkeiten, die die Auswirkungen der Finanzkrise und des aktuellen Preisverfalls auf die einzelnen Betriebe verringern können. Dazu gehört auch die von der Union schon oft vorgebrachte Forderung nach einer Anpassung der Agrardieselbesteuerung. Hier besteht dringender Handlungsbedarf.

Nur wenn für die Land- und Agrarwirtschaft faire Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden, ist sie in der Lage, ihren notwendigen Beitrag zur Sicherung der Welternährung und zu Sicherstellung der Energieversorgung zu angemessenen Preisen zu leisten.

Die hohe Qualität der Produkte der deutschen Ernährungswirtschaft ist beeindruckend. Sie genießen daher international einen hervorragenden Ruf. Wir setzen uns für eine Stärkung der Verbraucherinformation beim Einkauf von Lebensmitteln durch eine klare und verständliche Kennzeichnung auf den Verpackungen ein, u. a. durch die Angabe der Gesamtkalorien auf der Vorderseite. Die so genannte „Ampelkennzeichnung“ ist und bleibt für die Union reine Alibipolitik und eine Entmündigung des Verbrauchers.

In Bezug auf die Vermeidung von Problemen beim Umgang mit Alkohol, insbesondere bei Jugendlichen setzt die Union auf die Einhaltung der bestehenden Gesetze und auf präventive Maßnahmen zum verantwortungsvollen Umgang mit Alkohol. Wichtigstes Element ist dabei die Zusammenarbeit zwischen Elternhaus, Schulen und Gastronomie. Steuererhöhungen, weitergehende Verbote oder Einschränkung der Werbung sind für uns die falsche Antwort auf die aktuellen Herausforderungen.

#### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 29. 5. 2008**

#### **Das Branntweinmonopol ist gut fuer die Landwirtschaft und den laendlichen Raum**

Zur Zukunft des Branntweinmonopols nach 2010 erklart der zustaeundige Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion Reinhard Schultz:

Mit dem heutigen Beschluss will der Deutsche Bundestag den in den Jahren 2009 beziehungsweise 2010 in Bruessel anstehenden Entscheidungsprozess um das kuenftige Schicksal des Branntweinmonopols politisch begleiten und der Bundesregierung bei ihrem Kampf fuer den Erhalt des deutschen Branntweinmonopols den Ruecken staerken.

Das nun bald 90 Jahre alte Branntweinmonopol stellt nach einigen grundlegenden Aenderungen in den vergangenen Jahren heute eine sehr sinnvolle Foerderung fuer die Landwirtschaft, die laendlichen Raeume und fuer den Erhalt unserer Kulturlandschaft dar. Das Monopol steht nach dieser Reform fuer einen spezifisch deutschen Weg der Alkoholerzeugung. Mit ihm foerdern wir die dezentrale Produktion in kleinen und mittleren landwirtschaftlichen Brennereien, die mit der Landwirtschaft eine oekonomische und oekologische Einheit bilden. Als Nebenberwerb ist die Brennerei fuer den landwirtschaftlichen Betrieb ein starkes wirtschaftliches Standbein. Zugleich leistet das Branntweinmonopol einen unverzichtbaren Beitrag zum Artenschutz. Die oekonomische Nutzung des Obstes von seltenen hochstaemmigen Obstbaeumen auf Streuobstwiesen sichert nicht nur die biologische Vielfalt seltener Obstbaumarten, sondern auch die Vielfalt von Insekten und Tieren, die sich in den Streuobstwiesen wohl fuehlen.

Nur mit grossem politischen Druck konnte 2003 eine bis zum 31. Dezember 2010 befristete Ausnahmeregelung fuer das Branntweinmonopol im Rahmen der europaeischen Alkoholmarktordnung durchgesetzt werden. Nun muss die EU-Kommission dem Rat und dem Europaparlament bis Ende 2009 einen Bericht zusammen mit geeigneten Vorschlaegen vorlegen, wie es mit dem deutschen Branntweinmonopol weitergehen soll. Darum wollen wir fruehzeitig ein Signal setzen, dass es sich beim Branntweinmonopol um ein fuer Deutschland wichtiges politisches Anliegen handelt. Man kann davon ausgehen, dass die Beamten der EU-Kommission bereits zu Beginn des Jahres 2009 Struktur und Inhalt des Berichts konzipieren. Wir wollen erreichen, dass die EU-Kommission von sich aus als geeigneten Vorschlag die Verlaengerung der Ausnahmeregelung um sieben Jahre bis 2017 vorschlaegt. Denn nur in diesem Fall kann

# GUT

G 58438

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH,  
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

der Rat die Verlaengerung mit qualifizierter Mehrheit beschliessen. Wuerde die Kommission eine Verlaengerung ablehnen, muesste der Rat einstimmig gegen die EU-Kommission entscheiden, das scheint bei 27 Mitgliedstaaten relativ ausgeschlossen. Es kann also nicht frueh genug mit der Ueberzeugungsarbeit in Bruessel begonnen werden.

Zu einer Verlaengerung der geltenden beihilferechtlichen Ausnahmeregelung des Branntweinmonopols gibt es keine Alternative. Die Moeglichkeit eines alternativen Foerdermodells, das mit EG-Recht vereinbar ist, wurde intensiv gepueft. Doch weder eine Foerderung der Brennereien ueber entkoppelte Direktzahlungen je Betrieb, noch ueber die Verordnung ueber den laendlichen Raum (ELER-Verordnung) oder aber durch De-minimis-Beihilfen im Agrarsektor waere ein adaequater Ersatz zur Einkommens- und damit Existenzsicherung der Brennereien; zum Teil scheiden die Loesungsansaeetze von vornherein aus rechtlichen, technischen oder oekonomischen Gruenden aus.

Mit unserem Beschluss setzen wir uns ein fuer die landwirtschaftlichen Brennereien, fuer die durch sie gepflegte Kulturlandschaft und insbesondere fuer die durch die Brennereien geschaffenen Arbeitsplaetze im laendlichen Raum. Denn das Branntweinmonopol ist nicht nur wichtig fuer die Landwirtschaft, es ist auch gut fuer den laendlichen Raum.

## **DEG-Pressemitteilung vom 22.1.2009**

### **DEG foerdert Jatropha-Forschung in Ostafrika 466.000 Euro aus BMZ-Mitteln bereitgestellt**

#### **Welche Sorten liefern unter welchen Bedingungen die besten Ertraege?**

#### **Beitrag zum Klimaschutz durch Foerderung von umweltfreundlichem Kraftstoff**

Weltweit steigt der Energiebedarf. Um diesen zu decken, gilt es alternative Energiequellen zu erschliessen. Eine Moeglichkeit ist die Nutzung der Jatropha-Pflanze. Es fehlen jedoch umfassende Kenntnisse ueber geeignete Anbaumethoden. Daher unterstuetzt die DEG – Deutsche Investitions- und Entwicklungsgesellschaft den Aufbau von elf Versuchsplantagen in Kenia, Tansania und Uganda. Koordinator des Vorhabens ist die kenianische Unternehmensberatung Pipal Ltd. (Pipal),

hinzu kommen elf mittelstaendische ostafrikanische Betriebe aus dem Agrarbereich, die ihre Erfahrungen mit Anbau, Weiterverarbeitung, Lagerung oder Transport von landwirtschaftlichen Produkten in das Projekt einbringen. Wissenschaftlich unterstuetzt wird das Vorhaben von international anerkannten Jatropha-Spezialisten sowie lokalen Forschungsinstituten. Die privaten Partner tragen mit 536.000 Euro zum Vorhaben bei. Die DEG ergaenzte diesen Beitrag um 466.000 Euro aus dem Public-Private-Partnership (PPP)-Programm des Bundesministeriums fuer wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ).

Jatropha ist eine tropische Pflanze, aus deren nicht-essbaren Oelfruechten alternativer Treibstoff gewonnen werden kann. Sie waechst auf trockenen Boeden, die fuer den Anbau von Nahrungsmitteln ungeeignet sind. Bislang sind Erfahrungen mit wirtschaftlichen Anbaumethoden nur sehr begrenzt vorhanden.

Hier setzt das Projekt an: Jatropha-Pflanzen werden auf elf vorher brach liegenden Versuchsplantagen von je zehn Hektar an unterschiedlichen Standorten in Kenia, Tansania und Uganda angebaut. Ueber drei Jahre soll getestet werden, welche Sorten unter welchen Bedingungen die besten Ertraege liefern. Wie wirken sich beispielsweise Bodenbeschaffenheit, Wasser- und Naehrstoffmengen, Art des Anbaus (Misch- oder Monokultur) und die Lichtversorgung aus? Auch Informationen ueber die Gewinnung des Oels und die Weiterverarbeitung werden analysiert. Diese Daten werden gesammelt und wissenschaftlich ausgewertet. Auf diesem Weg sollen moegliche private Investoren fuer den Anbau von Jatropha in Ostafrika gefunden werden. Bisher brach liegende Flaechen werden dank des Projektes kuenftig bewirtschaftet. Zudem erwerben die lokalen Betriebe Know-How, mit dem sie sich zusaezliche Einkommensquellen erschliessen koennen. Aufgrund der Foerderung eines emissionsarmen Kraftstoffes traegt das Vorhaben zum Klimaschutz bei.

In Indien hat die DEG bereits ein Jatropha-Projekt unterstuetzt. In Zusammenarbeit mit der Daimler AG wurden in verschiedenen Klimazonen des Landes Versuche zum Anbau von Jatropha durchgefuehrt. Die Versuchsergebnisse zeigten bereits das Potenzial der Pflanze als umweltschonender Energielieferant auf. Mit der Forschung in Ostafrika hofft die DEG an diese positiven Resultate anknuepfen zu koennen.

**NEU**

**Gemeinsames Beiblatt (GmBBI)**

**Online-Ausgabe: [www.gmbbl.de](http://www.gmbbl.de)**

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn